

CH_VB <td class="metadataCell">150000173</td> vom 2. Dezember 2009

Bundesverwaltung, 2009-12-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000173__td_

FR: CH_VB <td class="metadataCell">150000173</td> du 2 décembre 2009

IT: CH_VB <td class="metadataCell">150000173</td> del 2 dicembre 2009

Erwägungen

E. 1

Ausgangslage und Fragestellung 245

E. 2

Die «BWIS II»-Vorlage im Lichte der berührten Grundrechte 246 a.

Besondere Mittel der Informationsbeschaffung als zentraler Gegenstand 246

b. Berührte Grundrechte

247 c. Die Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel

..... 248 d. Ermessen beim Einsatz der besonderen Mittel

..... 249 e. Weitere Neuerungen und berührte

Grundrechte 250

E. 3

Gegenstand und Charakter der Überprüfung 251

E. 4

Beurteilung der besonderen Mittel (Art. 18a ff. E-BWIS) aus grundrechtlicher Sicht

..... 264 a. Definition der

Eingriffsschwelle (Bestimmtheitsgebot) 264 b.

Fokussierung der Überwachungsmaßnahmen 266

c. Weitere Fragen der Verhältnismässigkeit

268 d. Verfahrensstrukturen

..... 269 e. Insbesondere: das

Genehmigungsverfahren (Art. 18d E-BWIS) 270 f. Insbesondere:

das Anordnungsverfahren (Art. 18e E-BWIS) 273 g.

Insbesondere: das Dringlichkeitsverfahren (Art. 18f E-BWIS)

274 h. Ausgestaltung des Rechtsschutzes (Art. 29a E-BWIS)

..... 275 i. Mitteilungsverzicht bzw. –aufschub (Art. 18i Abs.

2 E-BWIS) 277 k. Zur Problematik der Datenweitergabe (insb.

an Strafverfolgungsbehörden) 281

E. 5

Ergebnis 282

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 243

III. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit des Tätigkeitsverbots gemäss Art. 18n E-BWIS	
.....	284
1. Zur Fragestellung	284
2. Zur Kompetenzfrage	284
a. Kompetenzrahmen	284
b. Beurteilung von Art. 18n E-BWIS aus kompetenzrechtlicher Sicht	285
3. Zur Frage der Grundrechtskonformität	286
a. Charakterisierung des Grundrechtseingriffs	286
b. Vergleich mit bestehenden Handlungsmöglichkeiten (Art. 184 und Art. 185 BV)	286
c. Überprüfungskriterien	287
d. Gesetzliche Grundlage (Bestimmtheitsgebot)	288
e. Verhältnismässigkeit	289
4. Ergebnis	290
IV. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der Auskunftspflichten gemäss Art. 13a ff. E-BWIS	
1. Zur Fragestellung	290
2. Besondere Auskunftspflicht von Behörden (Art. 13a E-BWIS)	291
a. Bundesstaatlich-kompetenzielle Fragen	291
b. Grundrechtliche Fragen	293
3. Auskunftspflicht gewerblicher Transporteure (Art. 13c E-BWIS)	295
4. Ergebnis	295
V. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der Regelung betreffend die Funkaufklärung (Art. 14a E-BWIS)	
1. Zur Fragestellung	296
2. Grundrechtsschutz im Bereich der Funkaufklärung	297
3. Verfassungsrechtliche Beurteilung von Art. 14a E-BWIS	298
a. Dem Fernmeldegeheimnis unterliegende elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland	299
b. Übrige Ausstrahlungen	300
4. Ergebnis	301
VI. Zur Notwendigkeit einer Präzisierung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» und der «Verdachtsmerkmale» (Art. 13a und Art. 18a E-BWIS)	
1. Zur Fragestellung	301

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 244

a. Bedeutung und Funktion der Begriffe «innere und äussere Sicherheit»	301
b. Bedeutung und Funktion der «Verdachtsmerkmale» (Bedrohungsformen)	304
c. Folgerungen für die Untersuchung	304
2. Zur Verwendung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit»	304
a. Beurteilung von Art. 13a E-BWIS	305
b. Beurteilung von Art. 18a E-BWIS	305
c. Ansatzpunkte für eine Präzisierung der Einsatzvoraussetzungen	305
d. Fazit	306
3. Zur Verwendung der Begriffe «Terrorismus», «verbotener Nachrichtendienst», «verbotener	

Handel mit Waffen» [usw.]	307 a. Beurteilung von Art. 18a E-BWIS	307 b. Beurteilung von Art. 13a E-BWIS	308 c. Fazit	309 4. Ergebnis	309 VII. Zur Frage der Grundrechtskonformität des sog. indirekten Auskunftsrechts (Art. 18 BWIS)
.....	309 1. Zur Fragestellung	309 a. Ausgangspunkt	309 b. Vergleich mit der Regelung des Auskunftsrechts in Art. 8 und 9 DSGVO	310 c. Charakterisierung der Auskunftsregelung in Art. 18 BWIS	312 2. Verfassungs- und konventionsrechtliche Anforderungen
.....	313 a. Inhaltliche Garantien	313 b. Verfahrensrechtliche Garantien	313 c. Fazit	314 3. Beurteilung von Art. 18 BWIS aus der Sicht des verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutzes	315 a. Beurteilung unter dem Aspekt der inhaltlichen Garantien
.....	315 b. Beurteilung unter dem Aspekt der verfahrensrechtlichen Garantien	316 4. Ergebnis	318 VIII. Zusammenfassende Schlussbemerkungen	318 Abkürzungen	320 Literatur (Auswahl)
.....	322 Materialien	324 Anhang: Der bundesrätliche Entwurf vom 15. Juni 2007 (ohne Anhang)	325		

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 245

I. Einleitende Bemerkungen 1. Ausgangslage und Fragestellung Wenn der Staat Fragen des Staatsschutzes regelt, begibt er sich auf ein sehr schwieriges Terrain. Die einander bedingenden elementaren Staatszwecke «Freiheit» und «Sicherheit» (Art. 2 BV) stehen hier offenkundig in einem Spannungsverhältnis. Es ist in erster Linie Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, zu bestimmen, welche Wege in diesem heiklen Gelände angelegt und beschriftet werden sollen. Der Gesetzgeber besitzt dabei einen beträchtlichen Entscheidungsspielraum. Er unterliegt aber auch verschiedenen rechtlichen Bindungen. Dazu gehören namentlich die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger, für die der Gesetzgeber im demokratischen Verfassungsstaat eine besondere Verantwortung trägt (Art. 35 BV). Zu den Konsequenzen dieser Grundrechtsverantwortung gehört, dass der Gesetzgeber, wenn er es staatlichen Behörden ermöglicht, sich auf grundrechtssensibles Gelände zu begeben, geeignete Schutzvorkehrungen treffen muss. Die Wege, die der Gesetzgeber anlegt, müssen, bildhaft gesprochen, mit Wegweisern und Leitplanken versehen werden, die sicherstellen, dass die rechtsanwendenden Behörden die ihnen verliehenen Befugnisse und Mittel nur im Rahmen der Verfassungsvorgaben nutzen. Der Gesetzgeber muss in diesem Sinne dafür sorgen, dass die Grundrechte in der Staatspraxis nicht über Gebühr eingeschränkt werden und wirksam gesichert sind. Kommt der Gesetzgeber seinen Sicherungspflichten nicht nach, gerät er selber in Konflikt mit der Verfassung.

Der schweizerische Bundesgesetzgeber hat dem Thema Staatsschutz nicht immer gleich viel Aufmerksamkeit gewidmet. Noch bis vor wenigen Jahren gab es nur eine sehr rudimentäre gesetzliche Regelung der behördlichen Befugnisse (Art. 17 Abs. 3 BStP, aufgehobene Fassung). Mit Erlass des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) wurde die demokratische Abstützung und rechtsstaatliche Eingrenzung der Staatsschutzaktivitäten signifikant verbessert. Die hier zu beurteilende Teilrevision dieses Gesetzes («BWIS II»-Vorlage) will weitere rechtsstaatliche Sicherungen schaffen, strebt aber mit dem geplanten Ausbau des Instrumentariums der Informationsbeschaffung auch eine Neuerung in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich an. Im vorliegenden Gutachten ist nicht die (rechtspolitische) Frage der Wünschbarkeit dieser Teilrevisions-Vorlage zu beurteilen, sondern die Frage der Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht.

Im Gutachtensauftrag werden Ausgangslage und Fragestellung wie folgt umschrieben:

«Der Bundesrat hat am 15. Juni 2007 die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) («BWIS II») verabschiedet. In der Folge wurde das Geschäft dem Nationalrat als Erstrat zugeteilt. Dessen Kommission für Rechtsfragen beschloss am 19. Juni 2008 mit 11 zu 5 Stimmen bei 8 Enthaltungen auf die Vorlage einzutreten. Nach dem Eintreten sprach sich die Kommission jedoch mit 16 zu 9 Stimmen dafür aus, die Vorlage an den Bundesrat zurückzuweisen. Insbesondere möchte sie den Bundesrat beauftragen, • die Begriffe innere und äussere Sicherheit, geschützte Rechtsgüter und die abstrakt gehaltenen Verdachtsmerkmale der Artikel 13a und 18a E-BWIS zu konkretisieren und eng zu umschreiben, • die Zusammenarbeit der Polizeiorgane des Bundes mit den kantonalen Behörden und deren Auskunftspflicht sowie insbesondere die Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen zu präzisieren, • die Schnittstellen zwischen der Verwaltung (Polizeiorgane des Bundes) und den Gerichten klar zu regeln; • die parlamentarische Aufsicht im Bund wirksamer auszugestalten; • die finanziellen Konsequenzen der Vorlage für Bund und Kantone aufzuzeigen; • die Verfassungsmässigkeit der Vorlage detailliert zu überprüfen, dies insbesondere im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), der Medienfreiheit (Art. 17 BV), Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) und der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV). [...]

Das Ziel des Auftrages ist die Klärung der von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates aufgeworfenen Fragen, soweit diese rechtlicher Natur sind. [...]

Der Beauftragte ist gebeten, folgende Fragen zu beantworten:

Ist die Vorlage mit der Bundesverfassung und der EMRK vereinbar?

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 246

Im Rahmen der Beantwortung dieser Frage sind folgende Teilfragen zu beantworten:

a) Ist für die Vorlage insgesamt die Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung und der EMRK gegeben? b) Ist insbesondere die Verfassungsmässigkeit / EMRK-Kompatibilität in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre gegeben? c) Ist insbesondere die Verfassungsmässigkeit / EMRK-Kompatibilität in Bezug auf die Meinungs- und Informationsfreiheit gegeben? d) Ist insbesondere die Verfassungsmässigkeit /

EMRK-Kompatibilität in Bezug auf die Medienfreiheit gegeben? e) Ist insbesondere die Verfassungsmässigkeit / EMRK-Kompatibilität in Bezug auf die Versammlungsfreiheit gegeben? f) Ist insbesondere die Verfassungsmässigkeit / EMRK-Kompatibilität in Bezug auf die Vereinigungsfreiheit gegeben? g) Ist die Verfassungsmässigkeit in Bezug auf die Begriffe innere und äussere Sicherheit gegeben? Ist eine formell-gesetzliche Umschreibung (Legaldefinition) der Begriffe möglich und notwendig? Formulierungsvorschlag? h) Ist die Verfassungsmässigkeit in Bezug auf die Verdachtsmerkmale der Artikel 13a und 18a E-BWIS gegeben? Ist eine Konkretisierung der Verdachtsmerkmale möglich und notwendig? Formulierungsvorschlag?

Ist das indirekte Auskunftsrecht gemäss Artikel 18 BWIS mit übergeordnetem Recht im Einklang? Falls nein, welche Vorgaben sind aus rechtlicher Sicht einzuhalten? Formulierungsvorschlag?»

2. Die «BWIS II»-Vorlage im Lichte der berührten Grundrechte a. Besondere Mittel der Informationsbeschaffung als zentraler Gegenstand Im Zentrum der vom Bundesrat am 15. Juni 2007 verabschiedete Vorlage zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)¹ (und im Zentrum des vorliegenden Gutachtens) stehen die im 2. Abschnitt des neuen Kapitels 3a aufgeführten besonderen Mittel der Informationsbeschaffung, nämlich: - das Überwachen des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 18k E-BWIS), - das Beobachten an nicht allgemein zugänglichen Orten, auch mittels technischem Überwachungsgerät (Art. 18l E-BWIS), sowie - das geheime Durchsuchen eines Datenbearbeitungssystems (Art. 18m E-BWIS).

Im 1. Abschnitt des Kapitels 3a finden sich «Allgemeine Bestimmungen» (Art. 18a–18i E-BWIS). Diese regeln die für alle drei besonderen Mittel geltenden Voraussetzungen und Rahmenbedingungen. Dass der Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung zu Grundrechtseingriffen führt, bedarf keiner langen Erläuterung. Nicht nur in der bundesrätlichen Botschaft², sondern auch im Gesetzesentwurf selbst kommt dies deutlich zum Ausdruck: Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung dürfen gemäss Art. 18b E-BWIS «nur eingesetzt werden, wenn [...] das gewählte Mittel [...] nur soweit als nötig in die Grundrechte Betroffener eingreift» (Bst. d in fine). Wie noch zu zeigen ist, garantiert eine derartige gesetzgeberische Ermahnung an die rechtsanwendenden Behörden für sich allein die gemäss Bundesverfassung (vgl. Art. 35 BV) und Europäischer Menschenrechtskonvention (vgl. Art. 1 EMRK) geschuldete Achtung der Grundrechte des Individuums³ noch nicht hinreichend. Weitere Sicherungen sind nötig. Die «BWIS II»-Vorlage umfasst eine ganze Reihe solcher Sicherungen. Im vorliegenden Rechtsgutachten wird es darum gehen, zu prüfen, ob diese Sicherungen ausreichen.

1 Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5038 f. (im Folgenden: Botschaft «BWIS II»). 2 Vgl. z.B. BBl 2007 5095 (zu Art. 18b E-BWIS), 5097 (zu Art. 18d E-BWIS), 5105 (zum Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage), 5106 f., 5108 und 5110 (zu den einzelnen besonderen Mitteln), 5122 ff. (Verfassungsmässigkeit und Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen). 3 Die Grundrechte (droits fondamentaux, diritti fondamentali) unterscheiden sich von den übrigen Rechten des Individuums vor allem dadurch, dass sie erhöhten (Rechts-) Schutz bieten (vgl. Art. 35, 36 und 189 BV; Art. 95 und Art. 116 BGG).

Gutachten Giovanni Biaggini

b. Berührte Grundrechte Zentral betroffen ist das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK). Berührt sein können, je nach Sachumständen, weitere Garantien, so die (im Auftrag ausdrücklich angesprochenen) Grundrechte der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK), der Medien- freiheit (Art. 17 BV; Art. 10 EMRK), der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV; Art. 11 EMRK) und der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV; Art. 11 EMRK), weiter etwa die Persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Religionsfreiheit (Art. 15 BV; Art. 9 EMRK), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) oder die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).⁴ Eine abschliessende Liste der potenziell berührten Grundrechte zu erstellen, ist praktisch kaum möglich.

Im weiteren Verlauf der Untersuchung soll, vorab aus Gründen der Praktikabilität, der Schutz der Pri- vatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK) als «Leitgrundrecht» dienen. Wo erforderlich, wird auf die Beson- derheiten anderer möglicherweise berührter Grundrechte eingegangen. Im Einzelfall kann sich ein strengerer Überprüfungsmassstab ergeben (z.B. Beachtung des Redaktionsgeheimnisses oder des Zensurverbots gemäss Art. 17 Abs. 2 und 3 BV, soweit Medienschaffende betroffen sind).

Gemäss Art. 13 Abs. 1 BV hat jede Person «Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.» In ähnlichen Worten garantiert Art.

E. 8

Vgl. Z.B. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 154 ff. J.P. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 187 ff.

E. 9

Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 22 N. 9; BREITENMOSER, St. Galler Kommentar, N. 9 ff. zu Art. 13 BV; KIE- NER/KÄLIN, Grundrechte, 148; BGE 133 I 77 (unter Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 2 BV).

E. 10

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 27. Februar 2008 betreffend Online- Durchsuchungen (1 BvR 370/07) ein (im Rahmen von Art. 2 GG mitgarantiertes) »Grundrecht auf Gewährleis- tung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme« anerkannt. Vgl. dazu etwa GABRIELE BRITZ, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, in: DöV 2008, 411 ff.; AXEL TSCHENT-

Gutachten Giovanni Biaggini

gen Zugriff besonders gesichertes Datenverarbeitungssystem» (Art. 18m E-BWIS) dürfte im Regel- fall als Teil der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) anzusehen sein. Darüber hinaus können, je nach Umständen, weitere Grundrechte bzw. spezifische Teilgehalte wie das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 13 Abs. 1 BV) ebenfalls grundrechtlichen Schutz bieten. Dies muss im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht vertieft werden. Bei allen hier interessierenden Mitteln der Informationsbeschaffung spielt zudem der in Art. 13 BV gewährleistete grundrechtliche

«Anspruch auf Schutz vor Missbrauch [von] persönlichen Daten» (Abs. 2) eine wichtige Rolle. Die Bestimmung bietet gerade auch Schutz gegen die nicht erkennbare verdeckte Datenerhebung, welche die drei hier interessierenden Mittel charakterisiert (vgl. insb. Art. 18m E-BWIS: «ohne Wissen»). Über den etwas zu eng geratenen Wortlaut hinaus bietet Art. 13 Abs. 2 BV nicht erst bei eigentlichem Datenmissbrauch Schutz. Der verfassungsrechtliche Datenschutz gebietet vielmehr auch eine Beachtung verschiedener datenschutzrechtlicher Grundsätze.¹¹ Der Wahrung des Datenschutzes dienen drei in Art. 13 Abs. 2 BV nicht ausdrücklich genannte, aber anerkanntermassen darin enthaltene verfassungsrechtliche Ansprüche, nämlich - der Anspruch auf Berichtigung falscher Daten, - der Anspruch auf Löschung ungeeigneter und nicht (mehr) benötigter Daten und - der Anspruch auf Auskunft bzw. Einsicht.¹²

Der zuletzt genannte Anspruch ist eine unentbehrliche Voraussetzung für die Verwirklichung der bei den anderen Ansprüche und gilt zu Recht als ein «Grundpfeiler des Datenschutzrechts».¹³ Er umfasst auch die Auskunft darüber, ob man registriert ist oder nicht. Der Anspruch steht daher grundsätzlich auch einer nicht-registrierten Person zu.

Der verfassungsmässige Anspruch auf Auskunft gilt nach allgemein geteilter Auffassung nicht absolut. Das Verweigern, Einschränken oder Aufschieben einer Auskunft muss aber den Anforderungen an einen Grundrechtseingriff genügen (Art. 36 BV), d.h. gesetzlich vorgesehen sein, durch ein legitimes öffentliches (Geheimhaltungs-) Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

In Praxis und Lehre zur EMRK wird der Datenschutz als Teilgehalt des Rechts auf Achtung der Privat- sphäre eingestuft.¹⁴

Im Rahmen der vorliegenden Abklärungen geht es darum, die Gesetzesvorlage als solche zu überprüfen (im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle; vgl. hinten I.3.). Es braucht daher nicht näher untersucht zu werden, ob automatisch jeder verdeckte Einsatz der besonderen Mittel als Grundrechtseingriff einzustufen ist bzw. ob (theoretisch) Fälle denkbar sind, in welchen die genannten Grundrechtspositionen nicht berührt sind. c. Die Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel Die «BWIS II»-Vorlage errichtet im Zusammenhang mit den besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung ein ganzes System von Voraussetzungen, Kontrollen und Rechtsschutzmöglichkeiten. Dieses System soll (gerade auch) dem Schutz der Grundrechte dienen. Der Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung ist nur zulässig, - wenn «konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten [lassen], dass ein mutmasslicher Gefährder» (Art. 18l–18m E-BWIS) bestimmte Dienste, Orte oder Systeme für seine Zwecke nutzt;

SCHER, Das Grundrecht auf Computerschutz, in: AJP 2008, 383 ff.; RHINOW/SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 276 f. – Das Bundesgericht hatte bisher keinen Anlass für eine vergleichbare Verselbstständigung. Die Zuordnung zu bestehenden Grundrechten dürfte im Regelfall genügend Schutz bieten.

E. 11

Rechtmässigkeit der Beschaffung, Bearbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz (»Erkennbarkeit«), Zweckbindung, Verhältnismässigkeit, Richtigkeit, Wahrung der Datensicherheit, Beschränkung der Datenweitergabe ins Ausland, wenn kein gleichwertiger Persönlichkeits- bzw. Datenschutz besteht. Vgl. Z.B. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 39, 44 zu Art. 13 BV.

E. 12

Vgl. BGE 128 II 259, 279; BGE 126 I 7, 12; RHINOW, BV 2000, 113.

E. 13

SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 45 zu Art. 13 BV.

E. 14

Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 22 N. 10, 26.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 249

- und wenn der Einsatz «für das Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit erforderlich ist» (Art. 18a Abs. 1 E-BWIS); - und wenn diese konkrete Gefahr ausgeht von «Terrorismus», «verbotenem politischen oder militärischen Nachrichtendienst» oder von «verbotenem Handel mit Waffen [usw.]» (Art. 18a Abs. 1 E-BWIS); - und wenn «eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung verdächtigt wird, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret zu gefährden», oder wenn es «unerlässlich ist, um die Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder Quellen des Bundesamtes zu gewährleisten» (Art. 18b Bst. a E-BWIS); - und wenn die «Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz oder der Sicherheit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter oder Quellen des Bundesamtes es rechtfertigen» (Art. 18b Bst. b E-BWIS); - und wenn die Informationsbeschaffung mit den übrigen Mitteln (Art. 14 BWIS) «erfolglos geblieben ist oder die Beurteilung der Gefährdung ohne den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde» (Art. 18b Bst. c E-BWIS); - und wenn «das gewählte Mittel dem jeweiligen Fall angemessen ist und nur soweit als nötig in die Grundrechte Betroffener eingreift» (Art. 18b Bst. d E-BWIS); - und wenn Berufsgeheimnisse von Drittpersonen gewahrt sind (Art. 18c E-BWIS; mit Ausnahmen); - und wenn das Bundesverwaltungsgericht den schriftlich begründeten Antrag des Bundesamtes genehmigt (Art. 18d E-BWIS; Ausnahme: Dringlichkeitsverfahren gemäss Art. 18f E-BWIS); - und wenn sowohl der Vorsteher bzw. die Vorsteherin des EJPD als auch der Vorsteher bzw. die Vorsteherin des VBS zugestimmt haben¹⁵ (Art. 18e E-BWIS; Ausnahme: Dringlichkeitsverfahren); - und wenn die Dauer des Einsatzes befristet wird (Art. 18d Abs. 2 E-BWIS).

Die verdeckte Massnahme muss der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden (Art. 18i E-BWIS, mit Ausnahmen), so dass der Rechtsweg beschritten werden kann (Art. 29a E-BWIS). Ein Eingriff in die Grundrechte einer konkreten Person tritt nicht schon im Falle der Verabschiedung bzw. des Inkrafttretens der Gesetzesvorlage ein, sondern erst wenn ein förmlicher Entscheid betreffend den Einsatz ergangen ist. Dies ist der Fall: - im ordentlichen Verfahren: wenn der Entscheid der zuständigen Departementsvorsteherin bzw. des zuständigen Departementsvorstehers ergangen ist (Art. 18e Abs. 2 E-BWIS); - im Dringlichkeitsverfahren: wenn die Anordnung des Direktors oder der Direktorin des Bundesamtes ergangen ist (Art. 18f Abs. 1 E-BWIS).

Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen können auch im weiteren Verlauf des Geschehens eintreten, so etwa bei der Weitergabe persönlicher Daten, die mit Hilfe der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung gewonnen wurden (vgl. hinten II.4.k.), oder beim Verzicht auf die Mitteilung gemäss Art. 18i E-BWIS (vgl. hinten II.4.i.).

Im Rahmen dieses Gutachtens wird zu prüfen sein, ob dieses System den Anforderungen an einen wirksamen Grundrechtsschutz genügt. Bei der Prüfung der Vereinbarkeit von Art. 18a ff. E-BWIS mit dem übergeordneten Recht wird das Zusammenwirken der verschiedenen Voraussetzungen, Rahmenbedingungen und Kontroll- bzw. Rechtsschutzmöglichkeiten zu beurteilen sein. Die Beurteilung der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung darf mit anderen Worten nicht gestützt auf eine isolierte Lektüre und Deutung einzelner Bestimmungen erfolgen. d. Ermessen beim Einsatz der besonderen Mittel Zu berücksichtigen ist bei der Beurteilung auch, dass die einschlägigen Bestimmungen den rechtsanwendenden Instanzen in verschiedener Hinsicht Ermessen einräumen. - Besondere Mittel der Informationsbeschaffung «können» eingesetzt werden (Art. 18a E-BWIS).

E. 15

Die neuen organisatorischen Gegebenheiten (Überführung des DAP in das VBS per 1. Januar 2009) sind im bundesrätlichen Gesetzesentwurf noch nicht berücksichtigt.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 250

- Das Bundesamt «kann» den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung beantragen (Art. 18e Abs. 1 E-BWIS). - Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD «kann» den Einsatz der besonderen Mittel zum Vollzug anordnen; der Vorsteher bzw. die Vorsteherin VBS kann die Zustimmung verweigern (Art. 18e Abs. 2 E-BWIS implizit). - Der Direktor oder die Direktorin des Bundesamtes «kann» den sofortigen Einsatz von Mitteln der besonderen Informationsbeschaffung anordnen, wenn Gefahr im Verzug ist (Art. 18f E-BWIS). - Der Post- und Fernmeldeverkehr «kann» überwacht werden (Art. 18k E-BWIS). - Nicht allgemein zugängliche Orte «können» beobachtet werden; die Überwachung «kann» durch Bild- und Tonaufnahmen im Sinne von Artikel 179bis–179quater StGB oder mit anderen technischen Überwachungsgeräten erfolgen. - Diese Mittel «können» auch eingesetzt werden, um an allgemein zugänglichen Orten das nichtöffentliche Verhalten in Wort und Bild zu erfassen (Art. 18l E-BWIS). - Ein Datenverarbeitungssystem «kann» durchsucht werden. Die Durchsuchung «kann» ohne Wissen des mutmasslichen Gefährders erfolgen (Art. 18m E-BWIS). - Die Mitteilung gemäss Art. 18i E-BWIS «kann» aufgeschoben werden oder entfallen.

Diese Ermessensklauseln sind Ausdruck des im Polizeirecht häufig anzutreffenden Opportunitätsprinzips.¹⁶ Behördliches Ermessen muss pflichtgemäss und rechtmässig ausgeübt werden. Ermessensklauseln ermöglichen eine verfassungs- und EMRK-konforme Anwendung der einschlägigen Bestimmungen. Sie bieten aber für sich allein noch nicht hinreichend Gewähr dafür. e. Weitere Neuerungen und berührte Grundrechte Die «BWIS II»-Vorlage sieht darüber hinaus verschiedene weitere verfassungsrechtlich (insb. grundrechtlich) relevante Massnahmen vor: - Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone sowie gewisse Organisationen sollen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall zur Auskunftserteilung an die Staatsschutzorgane verpflichtet werden können (Art. 13a E-BWIS). - Unter bestimmten Voraussetzungen sollen auch gewerbliche Transporteure zur Erteilung von Auskünften über eine bestimmte Leistung verpflichtet werden können (Art. 13c E-BWIS). - Für die Funkaufklärung werden gesetzliche Leitplanken gesetzt (Art. 14a E-BWIS). - Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD soll die Kompetenz erhalten, Tätigkeiten zu

verboten, welche terroristische oder gewaltextremistische Umtriebe fördern und die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret gefährden (Art. 18n E-BWIS).

Berührt sein können im Rahmen dieser Massnahmen Grundrechte wie der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre bzw. auf Schutz persönlicher Daten (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK), die Medienfreiheit (Art. 17 BV; Art. 10 EMRK), die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV; Art. 11 EMRK), weiter etwa die Religionsfreiheit (Art. 15 BV; Art. 9 EMRK), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) oder die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).

Bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der genannten Massnahmen wird zu berücksichtigen sein, dass es einige Berührungspunkte zu den besonderen Mitteln gemäss Art. 18a ff. E-BWIS gibt: - Der Anwendungsbereich der besonderen Auskunftspflicht von Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen gemäss Art. 13a E-BWIS wird mit ähnlichen Worten umschrieben wie der gesetzliche Einsatzbereich der besonderen Mittel: Die Massnahme muss «notwendig» [Art. 18a E-BWIS: «erforderlich»] sein «für das Erkennen oder [Art. 18a E-BWIS: «und»] Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit», die «ausgeht von: a. Terrorismus; b. verbotenem politischen oder militärischen Nachrichtendienst; c. verbotenem Handel mit Waffen oder radioaktiven Materialien oder von verbotenem Technologietransfer.» (vgl. Frage 1.h.; dazu hinten VI.)¹⁷

E. 16

Vgl. LIENHARD/HASLER, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: SBVR III/1, 135 f.

E. 17

Entsprechendes gilt für die Bestimmung betreffend die Auskunftspflicht der gewerblichen Transporteure (Art. 13c E-BWIS), welche an die Voraussetzungen gemäss Art. 13a E-BWIS anknüpft.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 251

- Bei der Funkaufklärung (Art. 14a E-BWIS) kommen die Bestimmungen des Kapitels 3a betreffend Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs dann (und nur dann) zur Anwendung, wenn es sich um «elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland» handelt, «die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen» (vgl. dazu hinten V.3.). - Die Bestimmung betreffend das Tätigkeitsverbot (Art. 18n E-BWIS) knüpft an die (auch in Art. 18a bzw. 18b E-BWIS verwendeten) Begriffe «innere oder äussere Sicherheit» an (vgl. dazu hinten III. und VI.2.).

Weitere Reformpunkte stehen aus einer verfassungsrechtlich-grundrechtlichen Perspektive weniger im Zentrum und werden hier nicht näher untersucht: - die Regelung betreffend Entschädigung und Schutz von Informantinnen und Informanten (Art. 14b und 14c E-BWIS); - die Regelung betreffend Tarnidentitäten (Art. 14d E-BWIS)¹⁸; - die Regelung betreffend das sog. Clearing (Art. 17 Abs. 3 E-BWIS); - die Bestimmung betreffend Lagerdarstellung (Art. 10a E-BWIS).

Die letzte Gutachterfrage hat keinen direkten Bezug zur «BWIS II»-Vorlage vom 15. Juni 2007. Sie betrifft die Verfassungs- bzw. EMRK-Konformität des sog. indirekten Auskunftsrechts gemäss Art. 18 BWIS.

3. Gegenstand und Charakter der Überprüfung Bevor die einzelnen Fragen näher untersucht werden, ist hier kurz auf einige Besonderheiten hinzuweisen, welche (fast) allen zu prüfenden Fragen gemeinsam sind.

Im Folgenden geht es im Wesentlichen um die Überprüfung von generell-abstrakt¹⁹ strukturierten Rechtsvorschriften (Stadium Erlassentwurf) auf Stufe Bundesgesetz («BWIS II»-Vorlage) am Massstab übergeordneter Normen (Bundesverfassung und EMRK). Die Überprüfung erfolgt losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall. Der Sache nach handelt es sich um eine abstrakte Normenkontrolle²⁰ (wie sie beispielsweise das Bundesgericht vornimmt, wenn es ein angefochtenes kantonales Gesetz auf Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht überprüft).²¹

Die abstrakte Normenkontrolle zeigt verschiedene Besonderheiten und kann schwierige Frage aufwerfen. So muss man «mögliche Anwendungssituationen mit ihrem Wirklichkeitsbezug gedanklich» vorwegnehmen.²² Gemäss Bundesgericht ist bei der abstrakten Normenkontrolle zu berücksichtigen, «ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den [einschlägigen] Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbaren lässt». Der blosser Umstand, dass eine Vorlage bzw. Norm «in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte», führt gemäss Bundesgericht «für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung» (BGE 133 I 77, 79, mit weiteren Hinweisen).

Diese Maximen lassen sich sinngemäss auf die hier vorzunehmende Prüfung übertragen. Der blosser Umstand, dass eine Bestimmung der «BWIS II»-Vorlage in einzelnen Fällen auf eine grundrechtswidrige Weise angewendet werden könnte (z.B. unverhältnismässiges Vorgehen im Einzelfall), führt mit anderen Worten für sich allein noch nicht zur Einstufung der fraglichen Vorschrift (oder gar der ganzen Vorlage) als verfassungs- bzw. konventionswidrig.

E. 18

Ein Berührungspunkt zu den besonderen Mitteln besteht insofern, als die Schaffung einer Tarnidentität (Art. 14c bzw. 14d E-BWIS) der Ermächtigung seitens des Vorstehers bzw. der Vorsteherin des EJPD und der Genehmigung durch das Bundesverwaltungsgericht (Art. 18d Abs. 4 E-BWIS) bedarf. – Vgl. auch hinten Fn. 107.

E. 19

Vgl. Art. 22 Abs. 4 ParlG; BGE 125 I 313, 316.

E. 20

Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, in: ius.full 2006, 164 ff.

E. 21

Früher im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 83 ff. OG), heute im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG i.V.m. Art. 95 BGG).

E. 22

RHINOW/SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, N 557. – Das Bundesgericht behilft sich mit Annahmen (mögliche, wahrscheinliche usw. Auslegung bzw. Anwendung). Vgl. z.B. 109 Ia 273 ff. Vgl. auch SCHEFER, Festgabe Juristentag, 478.

Zu den Besonderheiten der hier vorzunehmenden Überprüfung gehört weiter, dass nicht ein «fertiges» (von der Bundesversammlung bereits verabschiedetes) Gesetz, sondern ein Erlassentwurf zu beurteilen ist. Die Tragweite der gesetzlichen Vorschriften lässt sich nur bedingt abschätzen. Die praktischen Konsequenzen sind noch nicht bekannt. Anders als bei einem «fertigen» Gesetz²³ gibt es noch keine Materialien aus dem parlamentarischen Verfahrensstadium.²⁴ Zwei Gesichtspunkte, die bei der Auslegung und Beurteilung von Gesetzesrecht regelmässig gute Dienste leisten (Materialien, Praxis), können hier somit nicht fruchtbar gemacht werden.

4. Massstab und Kriterien der Überprüfung a. Grundrechte als Massstab Weitere Besonderheiten ergeben sich aus dem Beurteilungsmassstab. Dieser besteht hier im Wesentlichen aus Grundrechtsnormen des nationalen und internationalen Rechts (vgl. vorne I.2.b.). Grundrechtsnormen zeichnen sich typischerweise durch Offenheit und Weite aus. Die Rechtsprechung zu den Grundrechten ist mittlerweile sehr reichhaltig. Und einige Leiturteile des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) geben Anhaltspunkte für die Beurteilung der «BWIS II»-Vorlage. Dazu gehören namentlich die auch in der bundesrätlichen Botschaft angeführten Urteile des Bundesgerichts in Sachen Vest (BGE 109 Ia 273 ff.²⁵), in Sachen T. gegen Staatsanwaltschaft und Überweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt (BGE 122 I 182 ff.²⁶) und des Strassburger Gerichtshofs in Sachen Klass (EGMR, Urteil vom 6. September 1978, Série A Nr. 2827). Für zahlreiche der hier interessierenden Fragen fehlen jedoch einschlägige Präzedenzfälle. Urteile ausländischer oberster Gerichte (etwa des deutschen Bundesverfassungsgerichts²⁸) lassen sich wegen unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen nicht ohne weiteres auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen.

Die Tragweite von Grundrechtsnormen lässt sich nicht mathematisch-exakt ermitteln. Grundrechte bedürfen (wie sich das Bundesgericht ausdrückt) «eher der Konkretisierung denn der Auslegung, einer Konkretisierung, welche auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen vermag».²⁹ Die Beurteilung am Massstab der Grundrechte ist insofern zwangsläufig zeitgebunden und nicht für alle Zukunft gültig. Sowohl bei der Ermittlung des Schutzbereichs als auch bei der Bestimmung der Schranken sind Abwägungen erforderlich und Wertungen unumgänglich. Es gibt Fragen, die sich in guten Treuen unterschiedlich beantworten lassen. b.

Beurteilungskriterien im Überblick Grundrechte zeichnen sich im Vergleich zu anderen Rechten dadurch aus, dass sie qualifizierten Schutz gegen staatliche Beeinträchtigungen bieten. Grundrechte gelten allerdings gewöhnlich nicht absolut³⁰, sondern können unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden. Dies gilt na-

E. 23

D.h. anders als bei einer abstrakten Normenkontrolle, wie sie etwa das Bundesgericht durchführt.

E. 24

Gerade bei besonders umstrittenen Vorschriften lässt die in den Materialien dokumentierte Entstehungsgeschichte mitunter wichtige Rückschlüsse betreffend die Auslegung zu (z.B. erfolgreiche oder gescheiterte Änderungsanträge).

E. 25

Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 9. November 1983 in Sachen Hans Vest und Demokratische Juristen der Schweiz, Regionalgruppe Basel, gegen Kanton Basel-Stadt (staatsrechtliche Beschwerde) betreffend Überwachung des Post-, Telefon und Telegrafatenverkehrs und Einsatz technischer Überwachungsgeräte (zitiert in Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5094, 5097 f., 5102 f.).

E. 26

Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 2. Mai 1996 in Sachen T. gegen Staatsanwaltschaft und Überweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt (staatsrechtliche Beschwerde) betreffend Telefonabhörung, Verwendung von Gesprächen eines Mitbenützers des überwachten Anschlusses, Zeugnisverweigerungsrecht (zitiert in Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5098).

E. 27

EGMR, Urteil vom 6. Juni 1978, Klass und andere gegen Deutschland (Requête no 5029/71), Série A 28 (deutsche Übersetzung in NJW 1979, 1755) betreffend Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (zitiert in Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5097 f. und 5103).

E. 28

Vgl. BVerfGE 100, 313 – Telekommunikationsüberwachung (Urteil vom 14. Juli 1999); BVerfGE 109, 279 – Grosser Lauschangriff (Urteil vom 3. März 2004); BVerfGer, 1 BvR 370/07 – Online-Durchsuchungen (Urteil vom 27. Februar 2008).

E. 29

BGE 112 Ia 208, 213.

E. 30

Eine Ausnahme bildet etwa das Folterverbot (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 253

mentlich für die hier näher interessierenden Freiheitsrechte (siehe vorne I.2.b.). Art. 36 BV nennt vier Voraussetzungen, die beachtet werden müssen, wenn der Staat ein Freiheitsrecht einschränken will.

«Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten 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. 2 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. 3 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein. 4 Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.»³¹

Je nach Grundrecht können weitere Erfordernisse hinzutreten.³² c. Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Bestimmtheitsgebot) Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen «Einschränkungen von Grundrechten [...] einer gesetzlichen Grundlage» (wenn man von gewissen Ausnahmesituationen absieht); schwer wiegende Einschränkungen «müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein.» Rechtsprechung und Lehre leiten daraus drei Arten von

Erfordernissen ab:33 - Erfordernis der generell-abstrakten Regelung (Vorbehalt des Rechtssatzes); hierbei handelt es sich um eine vorab rechtsstaatlich motivierte Minimalanforderung (Satz 1); - Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn (d.h. vom Gesetzgeber erlassene Norm) bei qualifizierten Grundrechtsbeschränkungen (Vorbehalt des Gesetzes); hierbei handelt es sich um eine vorab demokratisch motivierte erhöhte Anforderung betreffend die Normstufe (Satz 2);³⁴ - Erfordernis der hinreichend bestimmten Regelung (Bestimmtheitsgebot); hierbei handelt es sich um eine in Art. 36 BV implizit enthaltene, teils rechtsstaatlich (i.V.m. Satz 1), teils demokratisch (i.V.m. Satz 2) motivierte allgemeine Anforderung.

Mit der vorliegenden Gesetzesvorlage soll eine Handlungsgrundlage auf Stufe Bundesgesetz geschaffen werden.³⁵ Bei der Prüfung unter dem Aspekt der ausreichenden Rechtsgrundlage wird es im Folgenden somit im Wesentlichen um die Frage der Beachtung des Bestimmtheitsgebots gehen.

Das Bestimmtheitsgebot³⁶ steht im Dienst der Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns) und der rechtsgleichen Rechtsanwendung. In Verbindung mit dem Erfordernis der Gesetzesform (Gesetzesvorbehalt) dient das Bestimmtheitsgebot der demokratischen Abstützung, Steuerung und Kontrolle staatlichen Handelns.³⁷ Der Gesetzgeber soll das Handeln der Verwaltung lenken. Wichtige Weichenstellungen sollen nicht erst durch die Verwaltung im Einzelfall getroffen werden. Das Bestimmtheitsgebot wirkt darauf hin, dass der Gesetzgeber sich seiner Regelungsverantwortung nicht entzieht.

E. 31

Der Inhalt des unantastbaren Kerngehalts ergibt sich nicht aus Art. 36 Abs. 4 BV selbst, sondern aus der betreffenden Grundrechtsgarantie in Verbindung mit der Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV). Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 5 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, N 24 zu Art. 36.

E. 32

Bei der Medienfreiheit z.B. die Beachtung des Zensurverbots (Art. 17 Abs. 2 BV).

E. 33

Vgl. MAHON, Comm., Art. 36, N. 7 ff; BIAGGINI, Komm. BV, N 10 ff. zu Art. 36 und N 7 ff. zu Art. 5; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 10 ff. zu Art. 36 BV. Vgl. auch HANGARTNER, St. Galler Kommentar, N. 5 ff. zu Art. 5 BV.

E. 34

Auf Bundesebene haben die Behörden auch Art. 164 BV zu berücksichtigen, welcher vorschreibt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind.

E. 35

An einzelnen Stellen ist eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Bundesrat (Verordnungsstufe) vorgesehen (Art. 10a, Art. 13a, Art. 14a E-BWIS; vgl. BBl 2007 5125). Auf die Delegationsproblematik wird, soweit grundrechtsrelevant, im jeweiligen Zusammenhang einzugehen sein (zur Funkaufklärung vgl. V.3.). Im hier zentral interessierenden Bereich der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung ist keine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vorgesehen.

E. 36

Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, N 10 ff. zu Art. 36; N 10 ff. zu Art. 5; SCHEFER, Beeinträchtigung, 53 ff. Eingehend (noch zur BV 1874) THOMAS COTTIER, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. Aufl., Chur 1991. – Aus der Rechtsprechung vgl. BGE 132 I 49, 58 ff.; BGE 132 II 13, 29; BGE 128 I 327, 339. Vgl. auch BGE 131 II 271, 278.

E. 37

Vgl. BGE 128 I 327, 339.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 254

Eine Regelung muss so präzise formuliert sein, «dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».38 Die Anforderungen an die Normbestimmtheit dürfen einerseits nicht überspannt, andererseits aber auch nicht vorschnell herabgesetzt werden. Zu verlangen ist «eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit».39 Das Bundesgericht führte diesbezüglich in BGE 128 I 327, 340, aus:40

«Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab».

Wie die bundesrätliche Botschaft an mehreren Stellen ausführt, bewirken verschiedene Neuerungen der «BWIS II»-Vorlage, namentlich die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung, schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen (insb. des Rechts auf Schutz der Privatsphäre).41 Nach allgemein geteilter Auffassung gilt: Je intensiver der Eingriff in ein Grundrecht ist, desto höher sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. Die Intensität spielt daneben auch eine wichtige Rolle bei der Verhältnismässigkeitsprüfung (insb. Frage der Zumutbarkeit bzw. Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung; vgl. hinten e.).42 Schwerwiegende Beeinträchtigungen von Grundrechten lassen sich nur mit dem Schutz sehr wichtiger Rechtsgüter rechtfertigen.

Bei der Beurteilung des Gesetzesentwurfs unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebotes wird zu berücksichtigen sein, dass die normative Unbestimmtheit gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bis zu einem gewissen Grad «durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden» kann.43 Grund dafür ist, dass der Gesetzgeber nicht darauf verzichten kann, «allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss» (BGE 132 I 49, 58). Dies gilt anerkanntermassen gerade auch im Bereich des Polizeirechts (Gefahrenabwehr). Hier stösst die vorausschauende generell-abstrakte Normierung sachbedingt oft an Grenzen.44 Bei verdeckten Massnahmen sind die Anforderungen an die verfahrensrechtliche Sicherung besonders hoch.45 d. Zum Erfordernis des rechtfertigenden öffentlichen Interesses Staatliches Handeln muss stets am Allgemeinwohl ausgerichtet sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Art. 36 Abs. 2 BV bekräftigt und akzentuiert diesen allgemeinen Gedanken für

den Bereich der Grundrechte. Die für die Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung in Betracht kommenden öffentlichen Interessen werden in Art. 36 Abs. 2 BV nicht spezifiziert (anders die EMRK; siehe hinten f.).

Eine zentrale Rolle spielt das Gewicht des mit einer staatlichen Massnahme verfolgten öffentlichen Interesses bzw. des zu schützenden Rechtsguts. Dies gilt nicht nur bei der Rechtfertigung im Rahmen von Art. 36 Abs. 2 BV (die in Rechtsprechung und Lehre oft eher summarisch beurteilt wird), sondern auch – ja vor allem – im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)⁴⁶.

E. 38

BGE 117 Ia 472, 480. Vgl. auch HANGARTNER, St. Galler Kommentar, N 11 zu Art. 5 BV.

E. 39

So BGE 132 I 49, 58.

E. 40

Vgl. auch BGE 132 I 49, 58; BGE 125 I 369, 379; BGE 109 Ia 273, 284.

E. 41

Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 5106, 5108, 5110 (betreffend Art. 18k–18m E-BWIS) sowie 5117 (betreffend Art. 18n E-BWIS).

E. 42

Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 29, 53 f., 84.

E. 43

BGE 128 I 327, 340. Vgl. auch BGE 109 Ia 273, 284 (Telefonüberwachung).

E. 44

BGE 128 I 327, 340, mit Hinweisen. Vgl. auch SCHEFER, Beeinträchtigung, 54; (kritisch) SCHWEIZER/MÜLLER, in: LeGes 2008/3, 384 ff.

E. 45

Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 172 (mit Hinweisen).

E. 46

Die Anforderungen gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 BV werden denn auch in der Praxis oft in einem Atemzug genannt und geprüft. Vgl. etwa Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5077, 5082, 5084, 5087, 5106, 5108, 5110, 5113.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 255

Vorliegend stehen Sicherheitsinteressen im Zentrum (vgl. insb. Art. 13a, 18a, 18b, 18n E-BWIS⁴⁷). Sicherheitsinteressen sind ein grundlegendes und omnipräsentes Anliegen der Bundesverfassung (vgl. Art. 2 und Art. 57 BV). Die im BWIS mehrfach angesprochene Gefahrenabwehr (Schutz der so genannten Polizeigüter⁴⁸) ist ein traditionsreiches, legitimes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV mit in der Regel erheblichem Gewicht.

Als Rechtfertigungsgrund kommt gemäss Art. 36 Abs. 2 BV auch der «Schutz von Grundrechten Dritter» in Betracht. Dazu zählen nicht zuletzt auch das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 BV; vgl. auch Art. 2 und 3 EMRK).

Die zentrale Zielsetzung der «BWIS II»-Vorlage⁴⁹ – das rechtzeitige Erkennen und Abwehren von Gefahren für die Sicherheit des Landes und seiner Bevölkerung – verkörpert ein legitimes und gewichtiges öffentliches Interesse, das auch im Rahmen der EMRK (siehe hinten f.) grundsätzlich geeignet ist, Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.⁵⁰ Diese Feststellung entbindet freilich nicht von der sorgfältigen Prüfung und Abwägung der Interessen im Zusammenhang mit der Beurteilung einzelner Massnahmen. e. Zum Erfordernis der Verhältnismässigkeit Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, wie das Bundesgericht in BGE 132 I 49, 62 fast lehrbuchmässig ausführt,

«dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann».

Zu den Kriterien der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit sind folgende Präzisierungen anzubringen: - Eignung: Das gewählte Mittel muss grundsätzlich geeignet sein, den angestrebten Zweck zu fördern. Dabei wird gewöhnlich kein allzu strenger Massstab angelegt. Rechtsprechung und Lehre gestehen dem Gesetzgeber gewöhnlich einen erheblichen Bewertungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum zu. Mitunter begnügt sich das Bundesgericht mit der Feststellung, dass die Massnahme ein «tendenziell taugliches Mittel» darstellt.⁵¹ - Erforderlichkeit: Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht weiter gehen als nötig, um das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen.⁵² - Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit): Der (im öffentlichen Interesse liegende) verfolgte Zweck und die getroffene Massnahme dürfen nicht in einem Missverhältnis zueinander stehen. Die berührten öffentlichen und privaten Interessen sind gegeneinander abzuwägen. Entsprechend spielen hier das Gewicht des Eingriffs und das Gewicht der Eingriffsinteressen (Schutzgüter) eine entscheidende Rolle.

E. 47

Vgl. auch Art. 1 BWIS, wonach das Gesetz «der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung» dient.

E. 48

Öffentliche Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit, Ruhe und Ordnung, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Vgl. BGE 125 I 369, 383; BGE 128 I 327, 342; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 463 ff. In der Literatur wird der Kreis der Schutzgüter mitunter etwas anders umschrieben. Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, in: SBVR III/1, 73 ff. (öffentliche Sicherheit und Ordnung).

E. 49

Vgl. BBl 2007 5038.

E. 50

Zur Rechtfertigung einer präventiven Überwachung vgl. auch BGE 109 Ia 273, 293 (betreffend § 71a Abs. 3 StPO/BS; Anordnungskompetenz: Vorsteher des Polizei- und Militärdepartements): «Entsprechend der Bedeutung der Verbrechensverhütung liegt es daher durchaus im öffentlichen Interesse, gegen Verdächtige die Überwachung des Post-, Telefon- und Telegrafverkehrs sowie den Einsatz technischer Überwachungsgeräte zuzulassen.» 51 So z.B. BGE 109 Ia 33, 38. Laut Bundesgericht genügte es, dass der sog. «Sirup-Artikel» des Berner Gastgewerbegesetzes (wonach alkoholführende Gaststätten eine Auswahl alkoholfreier Getränke nicht teurer anbieten haben als das billigste alkoholhaltige Getränk in der gleichen Menge) ein «tendenziell taugliches Mittel» zur Bekämpfung des Alkoholismus sei. 52 Vgl. BGE 126 I 112, 120.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 256

Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist typischerweise stark durch die Einzelumstände geprägt. Wird, wie hier, eine gesetzliche Regelung als solche überprüft (abstrakte Normenkontrolle; vgl. vorne I.3.), kann naturgemäss nur eine grobe, auf verschiedene Annahmen gestützte Beurteilung der Verhältnismässigkeit erfolgen. Die allfällige Bejahung der Verhältnismässigkeit im Rahmen einer abstrakten Kontrolle ist kein «Persilschein» für die Rechtsanwendungspraxis. Die Frage der Verhältnismässigkeit wird vielmehr auch später in jedem Einzelfall zu thematisieren sein. Umgekehrt kann selbst die beste Gesetzgebung keine Garantie dafür bieten, dass es in der Praxis nie zu unverhältnismässigem Staatshandeln kommt. Gerade auch deshalb ist ein wirksamer Rechtsschutz aus rechtsstaatlicher Sicht unentbehrlich. f. Die EMRK als Massstab Neben den Grundrechten der Bundesverfassung sind auftragsgemäss auch die Grundrechte der EMRK in die Prüfung einzubeziehen. Das Bundesgericht pflegt in seiner neueren Rechtsprechung regelmässig darauf hinzuweisen, dass die EMRK keinen weiter gehenden Schutz biete als die entsprechenden Garantien der Bundesverfassung.⁵³ Häufig werden daher die nationalen und die entsprechenden internationalen Grundrechtsgarantien in einem Atemzug genannt und parallel behandelt.⁵⁴

Diese «Parallelisierung» liegt insofern nahe, als es ein erklärtes Ziel der Totalrevision der Bundesverfassung war, den nationalen Grundrechtsschutz (wo dies nicht schon der Fall war) mindestens auf das europäische Schutzniveau anzuheben.⁵⁵ Dieses Revisionsziel dürfte im Wesentlichen erreicht worden sein. Bei der Formulierung verschiedener Garantien des Grundrechtskatalogs stand die EMRK erkennbar Pate. Dies gilt insbesondere für den hier im Zentrum stehenden Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz der Privatsphäre), dessen Wortlaut sich stark an Art. 8 EMRK anlehnt⁵⁶ (siehe vorne I.2.b.). Das Bundesgericht zieht bei der Auslegung der Grundrechte gemäss Bundesverfassung regelmässig die EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR heran.⁵⁷

Zwischen dem durch die EMRK vermittelten Grundrechtsschutz und jenem gemäss Bundesverfassung besteht in einem Punkt ein substanzieller Unterschied. Laut Art. 190 BV sind «Bundesgesetze und Völkerrecht [...] für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.» Nach neuerer Rechtsprechung und Lehre greift die «Immunisierung» der Bundesgesetze (Art. 190 BV) im Verhältnis zur EMRK nicht.⁵⁸ Dieser Unterschied fällt bei der vorliegend vorzunehmenden Prüfung allerdings nicht ins Gewicht. Denn es geht hier um die Beurteilung einer Gesetzesvorlage (Entwurf

Teilrevision BWIS), so dass – anders als später im Rahmen der Anwendung eines förmlich verabschiedeten Bundesgesetzes – die Beschränkung gemäss Art. 190 BV nicht greift.

Wie die Grundrechte der Bundesverfassung sind auch die hier interessierenden Grundrechte der EMRK (siehe vorne) nicht absolut geschützt. Eine allgemeine «Schrankenordnung» (wie sie Art. 36 BV statuiert) besteht im Rahmen der EMRK allerdings nicht. Die Voraussetzungen für eine Einschränkung werden in den jeweiligen Konventionsbestimmungen genannt. Die Anforderungen sind mit jenen des Art. 36 BV nicht deckungsgleich, aber strukturell nahe verwandt. Stellvertretend sei hier Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) zitiert:

53 Vgl. z.B. BGE 132 I 49, 56 (betreffend Art. 22 BV und Art. 11 EMRK). 54 Vgl. z.B. BGE 134 I 49, 51 (betreffend Art. 9 EMRK und Art. 15 BV); BGE 133 I 77 (betreffend Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 2 BV); BGE 132 I 49, 56 (betreffend Art. 11 EMRK und Art. 22 BV); BGE 132 I 256, 260 (betreffend Art. 10 bzw. 11 EMRK und Art. 16 bzw. 22 BV); BGE 130 I 369, 375 (betreffend u.a. Art. 8 bzw. 10 EMRK und Art. 10 Abs. 2, 16 bzw. 17 BV). – Vgl. auch BGE 133 I 58, 66 (betreffend Art. 8 EMRK und Art. 10 Abs. 2 und 13 BV). 55 Vgl. HEINRICH KOLLER/GIOVANNI BIAGGINI, Die neue schweizerische Bundesverfassung – Neuerungen und Akzentsetzungen im Überblick, in: EuGRZ 2000, 337 ff.; vgl. auch Botschaft über eine neue Bundesverfassung (vom 20. November 1996), BBl 1997 I 1 ff., 34. 56 Vgl. BREITENMOSER, St. Galler Kommentar, N 9 ff. zu Art. 13 BV. – Zu Inhalt und Tragweite von Art. 8 EMRK vgl. aus der jüngsten Literatur (statt vieler) GRABENWARTER, EMRK, § 18 N. 14 ff.; THILO MARAUHN/KONSTANTIN MELJNIK, Privat und Familienleben, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn, EMRK/GG. Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, 744 ff. Eingehend BREITENMOSER, Privatsphäre; WILDHABER/BREITENMOSER, Art. 8 EMRK, in: Karl u.a. (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK. 57 Vgl. z.B. BGE 133 I 100, 103 (betreffend Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK). 58 Vgl. insb. BGE 125 II 417, 424 f. Vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, N 31 zu Art. 5 und N 16 zu Art. 190 (mit Hinweisen).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 257

«(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.» [Hervorhebungen hinzugefügt]⁵⁹

Im Vergleich zur Rechtslage gemäss Bundesverfassung ergibt sich: - Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gemäss EMRK sind weniger spezifisch als die Voraussetzungen gemäss Art. 36 Abs. 1 BV. Die Anforderungen gehen grundsätzlich nicht weiter als jene gemäss Bundesverfassung. Bei der Überprüfung der gesetzlichen Grundlage übt der EGMR gewöhnlich Zurückhaltung.⁶⁰ - Anders als in Art. 36 Abs. 2 BV werden in der EMRK die zulässigen Regelungsmotive (öffentliche Interessen) einzeln und abschliessend aufgezählt. Für die vorliegende Untersuchung hat dieser Unterschied keine praktischen Konsequenzen. Denn in allen hier einschlägigen Aufzählungen (Art. 8–11 EMRK, je Abs. 2) werden die vorliegend im Zentrum stehenden Kriterien «öffentliche Sicherheit» bzw. «Schutz der Rechte [und Freiheiten] anderer» ausdrücklich genannt.⁶¹ In der Rechtsprechung des

EGMR zu Art. 8 EMRK wird dem Interesse am Schutz der nationalen Sicherheit grosses Gewicht beigemessen.⁶² - Das Kriterium der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft erfüllt im Wesentlichen die Funktion der Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 36 Abs. 3 BV).⁶³ Bei Massnahmen zum Schutz der nationalen Sicherheit räumt der EGMR den Vertragsstaaten einen weiten Ermessensspielraum ein.⁶⁴ - Anders als in Art. 36 BV fehlt in den einschlägigen Bestimmungen der EMRK eine allgemeine Kerngehaltsgarantie.

Nach heutigem Stand von Rechtsprechung und Lehre darf man davon ausgehen, dass die Voraussetzungen gemäss EMRK allgemein weniger streng oder zumindest nicht strenger sind als die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV.⁶⁵ Dennoch lässt sich nicht ausschliessen, dass es zu Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR kommt. Auch in jüngerer Zeit ist dies verschiedentlich geschehen. Allerdings ging es dabei meist um Probleme auf der Ebene der Rechtsanwendungspraxis, weniger um Probleme auf der Ebene der Rechtsetzung (die hier im Zentrum steht). Manche der jüngeren Verurteilungen hätten sich wohl mit etwas mehr «Grundrechtssensibilität» und «Fingerspitzengefühl» im nationalen Verfahren vermeiden lassen.⁶⁶

Die Wahrscheinlichkeit unliebsamer Überraschungen, wie sie in den ersten Jahren nach dem schweizerischen Beitritt zur EMRK verschiedentlich vorkamen⁶⁷, hat sich nach Abschluss der Totalrevision der Bundesverfassung und der Justizreform wesentlich verringert. Immerhin kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Strassburger Rechtsprechung sich in einer Art und Weise fortentwickelt, welche Schutzlücken im «parallelen» nationalen Grundrechtsschutz entstehen lässt. Die letztinstanzliche Auslegung und Konkretisierung der EMRK obliegt dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), der diese Aufgabe autonom wahrnimmt, d.h. ohne an nationale Deutungen gebunden zu sein. Dieser Umstand macht es schwierig, in Bezug auf Fragen der EMRK-Konformität eine abschlies-

59 Die übrigen Bestimmungen weichen in einzelnen Punkten von Art. 8 Abs. 2 EMRK ab. So fehlt z.B. in Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit das Adjektiv «national». In Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäusserung) ist neben der nationalen und der öffentlichen Sicherheit die «territoriale Unversehrtheit» eigens erwähnt. 60 Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 74. Vgl. auch GRABENWARTER, EMRK, § 18 N. 7 ff. 61 Vgl. auch SCHEFER, Beeinträchtigung, 78 f. – Die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs scheitert im Verfahren vor dem EGMR nur sehr selten am Fehlen eines legitimen Ziels. Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 18 N. 13. 62 Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 22 N. 36, 38 (mit weiteren Hinweisen). 63 Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 18 N. 14 ff. 64 Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 22 N. 38. 65 Dies entspricht auch der Grundidee, wonach die EMRK einen europäischen Mindeststandard setzen soll, den die einzelnen Vertragsstaaten nicht unterschreiten, aber durchaus überschreiten dürfen. Zum sog. Günstigkeitsprinzip (Art. 53 EMRK) vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 2 N. 14, § 4 N. 16; BGE 122 II 142. 66 Man denke etwa an den Fall Hertel betreffend die freie Meinungsäusserung (BGE 120 II 76, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Februar 1994; EGMR, Urteil vom 25.8.1998, Recueil 1998-VI, 2298, BGE 125 III 185). 67 Man denke etwa an das Urteil des EGMR vom 29.4.1988 in Sachen Belilos (Série A, Nr. 132; EuGRZ 1989, 21 ff.) betreffend Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

Gutachten Giovanni Biaggini

sende Beurteilung abzugeben. Umgekehrt darf man davon ausgehen, dass der Strassburger Gerichtshof bei heiklen Bewertungs-, Prognose- und Abwägungsfragen, gerade auch im Sicherheitsbereich, den nationalen Behörden eine – mitunter beträchtliche – «*marge d'appréciation*»⁶⁸ zugesteht.

Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, bei der Beurteilung der Grundrechtskonformität jeweils von der bundesgerichtlichen Maxime auszugehen, wonach die Grundrechte der Bundesverfassung heute in aller Regel mindestens soviel Schutz bieten wie die entsprechenden Garantien der EMRK. Auf all-fällige Besonderheiten des Schutzes gemäss EMRK wird von Fall zu Fall einzugehen sein.

II. Zur Frage der Grundrechtskonformität der Regelung betreffend die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) 1. Rahmenbedingungen polizeilichen Handelns a. Handeln unter Ungewissheit Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) sollen eingesetzt werden können, «wenn es für das Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äusserliche Sicherheit erforderlich ist».

Die Ähnlichkeiten mit den (Zwangs-) Massnahmen des Strafprozessrechts sind nicht zu übersehen. Es handelt sich jedoch bei den hier interessierenden Instrumenten um eigenständige verwaltungsrechtliche Massnahmen im Bereich des präventiven (d.h. nicht des repressiven⁶⁹) Handelns. Präventives Handeln (Gefahrenabwehr) steht typischerweise unter Ungewissheitsbedingungen. Für die zuständige Behörde resultiert daraus ein für das Recht der Gefahrenabwehr (Polizeirecht) typisches Dilemma, das sich nicht nur im Bereich der hier interessierenden «BWIS II»-Vorlage zeigt: - Auf der einen Seite hat die zuständige Behörde (gewöhnlich) einen gesetzlichen Auftrag, bestimmte Rechtsgüter zu schützen. Sie darf sich der Erfüllung ihres Auftrags nicht durch Untätigbleiben entziehen. - Auf der anderen Seite verfügt die Behörde (oft) nicht über die erforderlichen Kenntnisse, um verlässlich abschätzen zu können, wie gross die Gefahr ist.

Wer unter Unsicherheitsbedingungen handeln muss, läuft Gefahr, entweder zu wenig zu tun oder aber mehr zu tun als nötig (z.B. stärker als erforderlich in Grundrechte einzugreifen). Was richtig ist bzw. gewesen wäre, lässt sich oft auch im Rahmen einer Beurteilung *ex post* nicht abschliessend klären. Im Recht der Gefahrenabwehr wurden verschiedene Rechts- und Argumentationsfiguren entwickelt, die sicherstellen sollen, dass polizeilich motiviertes staatliches Handeln in rechtsstaatlich-demokratischen Bahnen verläuft, insbesondere nicht über das an sich legitime Ziel hinausschiesst. Im Vordergrund stehen: - das Erfordernis einer im Voraus – in Gestalt einer generell-abstrakt strukturierten Norm – möglichst klar definierten Eingriffsschwelle (Frage des Gefahrenbegriffs; vgl. hinten II.1.c.), - das Erfordernis des möglichst schonenden Eingriffs, - das Störerprinzip, wonach sich eine polizeiliche Massnahme gegen den Störer (und nicht gegen unbeteiligte Dritte) richten soll.

⁶⁸ Dazu etwa GRABENWARTER, EMRK, § 18 N. 20, § 22 N. 38. Der EGMR spricht in seinem Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg und andere gegen Schweden (Requête no 62332/00), § 104, von einer «*ample marge d'appréciation*» des Staates bei der Abwägung zwischen den «*intérêts de la sécurité nationale et de la lutte contre le terrorisme*» einerseits und den Interessen von Einzelpersonen «*à être informés de l'intégralité des informations les concernant conservées dans les fichiers de la Sûreté*» andererseits. ⁶⁹ Zu dieser Grundunterscheidung vgl. z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 2475 ff.;

SCHOCH, N. 9 ff. Vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5045 ff.; LOBSIGER, Grundaufgaben, in: SBVR III/1, 198 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 259

Diese Kriterien erinnern an die Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen gemäss Art. 36 BV (insb. Gesetzmässigkeitsprinzip, Bestimmtheitsgebot, Verhältnismässigkeitsprinzip). Dies ist kein Zufall, greift doch polizeilich motiviertes Handeln häufig in Grundrechtspositionen ein. Entsprechende rechtsstaatliche Barrieren sind daher unabdingbar. Unter demokratischem Blickwinkel ist es sodann zentral, dass der Gesetzgeber die Definition der Eingriffsschwelle nicht den nachgeordneten (Verwaltungs-) Stellen überlässt, sondern diese Schwelle selber möglichst präzise festlegt. b. Verwaltungrechtlich-polizeirechtliche Perspektive In den folgenden Ausführungen wird zunächst eine primär verwaltungsrechtlich-polizeirechtliche Perspektive eingenommen. Dies hat den Vorteil, dass gewisse Zusammenhänge etwas deutlicher hervortreten, welche für die Beurteilung der polizeilichen Handlungsbefugnisse wichtig sind: - Je tiefer die Eingriffsschwelle liegt, desto heikler ist typischerweise der Eingriff, da eine früh getroffene Massnahme oft nicht zielgenau sein kann und möglicherweise unbeteiligte Dritte (Nicht-Störer) erfasst. - Massnahmen, welche nicht in die Rechte von Individuen eingreifen, lassen sich typischerweise leichter rechtfertigen als Massnahmen, welche Grundrechte – des Störers, allfälliger Dritter – berühren. Auch ein früher Einsatz erscheint hier gewöhnlich nicht sonderlich problematisch. - Je stärker eine Massnahme in die Rechte von Individuen eingreift, desto gewichtiger müssen die verfolgten Interessen bzw. die zu schützenden Güter sein, desto heikler ist ein früher Einsatz. - Das polizeiliche Handeln folgt aus einer zwangsläufig mit Unsicherheiten behafteten Beurteilung ex ante. Die Ermöglichung einer unabhängigen Beurteilung ex post (gerichtliche Überprüfung) ist ein zentrales rechtsstaatliches Anliegen.

Art und Schwere der drohenden Gefahr, aber auch Art und Gewicht der zu schützenden Güter sowie Art und Gewicht der allenfalls berührten Individualrechte spielen dabei eine entscheidende Rolle. c. Hinweise zum verwaltungsrechtlichen Gefahrenbegriff Der Begriff «Gefahr» bezeichnet eine Sachlage, in der nach dem objektiv zu erwartenden Geschehen innert absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für ein geschütztes Gut (Polizeigut) eintreten wird.⁷⁰ Es lassen sich verschiedene Gefahren-Stufen (bzw. Eingriffsschwellen) unterscheiden:⁷¹ - konkrete Gefahr: Die in einem einzelnen Fall bestehende hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. - abstrakte Gefahr: Die (gedachte) Möglichkeit einer konkreten Gefahr. Einer abstrakten Gefahr begegnet man typischerweise mit dem Erlass von polizeilichen Vorschriften. - Störung: realisierte Gefahr. - Gefahrenverdacht: Die zuständige Behörde hält das Vorliegen einer Gefahr für möglich. Es bestehen jedoch Unsicherheiten in Bezug auf die Diagnose (Sachverhalt) oder in Bezug auf die Prognose betreffend den Geschehensablauf (Kausalverlauf). Es stellt sich die Frage, ob bzw. welche Massnahmen zur genaueren Abklärung des Gefahrenverdachts zu ergreifen sind. Eine Gefahrenforschungsmassnahme kann sich aufdrängen.

Qualifizierte Gefahrenbegriffe: - gegenwärtige Gefahr: Das schädigende Ereignis hat bereits begonnen oder steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevor. - unmittelbare Gefahr: Bei ungehindertem Geschehensablauf tritt mit hoher

Wahrscheinlichkeit ein Schaden für das geschützte Gut ein.

70 Vgl. z.B. SCHOCH, N. 84; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, in: SBVR III/1, 81 ff. 71 Entsprechende Typisierungen finden sich vor allem in der deutschen Literatur zum Polizei- und Ordnungsrecht. Vgl. statt vieler SCHOCH, N. 84 ff.; DENNINGER, in: Handbuch, E 39 ff.; RALF POSCHER, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, in: Die Verwaltung 2008, 345 ff., 356 ff. In der schweizerischen Lehre ist die Systematisierung weniger weit fortgeschritten. Dies widerspiegelt sich auch im nicht immer systematischen Begriffsgebrauch der kantonalen Polizeigesetzgebung.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 260

- erhebliche Gefahr: Eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut (z.B. Leib, Leben, Freiheit, Bestand des Staates). - dringende Gefahr: Mit hoher Wahrscheinlichkeit droht ein Schaden für ein hochrangiges Rechtsgut. - Gefahr im Verzug: Sachlage, bei der ein Schaden eintreten würde, wenn nicht an Stelle der an sich zuständigen Behörde eine andere tätig wird.

2. Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung als Instrumente der Gefahrenabwehr
a. Geschützte Rechtsgüter Bei den hier interessierenden besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) zeigen sich die folgenden Besonderheiten.

Es handelt sich um Massnahmen, die (aus der Sicht der berührten Personen) heimlich angeordnet und durchgeführt werden. Mit dem Einsatz der besonderen Mittel gehen Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre und allenfalls weitere Grundrechtseingriffe einher, die als schwer wiegend zu taxieren sind. Da die Massnahme verdeckt durchgeführt wird, kann der Rechtsschutz für betroffene Individuen nicht ohne weiteres spielen.

Als geschützte Rechtsgüter werden in den hier interessierenden Bestimmungen (Art. 18a ff. E-BWIS) – direkt oder indirekt – genannt: - «die innere oder äussere Sicherheit» (Art. 18a E-BWIS); - Schutz von Leib und Leben; Wahrung der Unabhängigkeit des Landes; Förderung eines friedlichen Zusammenlebens der Völker (vgl. auch Art. 2, Art. 54 und Art. 57 BV); diese Rechtsgüter sind implizit in den «Verdachtsmerkmalen» (Bedrohungsformen) gemäss Art. 18a Abs. 1 E-BWIS (Terrorismus, verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst, verbotener Handel mit Waffen usw.) enthalten; - «Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder Quellen des Bundesamtes» (Art. 18b E-BWIS).

Im Zusammenhang mit dem Aufschub bzw. Ausschluss der Mitteilung (Art. 18i E-BWIS) – als ebenfalls grundrechtstangierende Massnahme im «System» des Kapitels 3a (Art. 18a ff. E-BWIS) – werden im Gesetzesentwurf weiter auch angesprochen: - der Schutz einer laufenden Informationsbeschaffung oder eines laufenden rechtlichen Verfahrens; - der Schutz der Beziehungen der Schweiz zum Ausland; - die erhebliche Gefährdung Dritter; - praktische Gründe; Verwaltungsökonomie (fehlende Erreichbarkeit von betroffenen Personen bzw. Drittpersonen).

Zusammenfassend kann man festhalten, dass die geschützten Rechtsgüter bzw. verfolgten öffentlichen Interessen vielfältig und von unterschiedlichem Gewicht sind. Das Spektrum reicht von ganz elementaren, hochrangigen Rechtsgütern (wie Schutz von Leib und Leben einer grossen Zahl von Menschen: Verhinderung terroristischer Anschläge) bis hin zu eher

vagen Allgemeininteressen. b. Festlegung der Eingriffsschwelle Die Eingriffsschwelle wird im Gesetzesentwurf – gemessen an den in der polizeilichen Gesetzgebung üblichen Standards – relativ tief angesetzt; dies mit dem erklärten Ziel, ein frühzeitiges Handeln im Gefahrenvorfeld zu ermöglichen:⁷² - Die besonderen Mittel können nicht erst für die «Abwehr», sondern bereits «für das Erkennen» einer konkreten Gefahr eingesetzt werden (Art. 18a E-BWIS).

⁷² Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5038 f.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 261

- Vorausgesetzt wird immerhin, dass eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung «verdächtig wird, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret zu gefährden».

Für den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung genügt somit im Prinzip ein Gefahrenverdacht.

Eine gewisse Erhöhung der Eingriffsschwelle dürfte praktisch gesehen daraus resultieren, dass der Einsatz von der «Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz» abhängig gemacht wird (Art. 18b Bst. b E-BWIS). Weiter ist zu beachten, dass die Eingriffsschwelle für bestimmte Konstellationen eigenständig festgelegt wird: - Etwas höher liegt die Eingriffsschwelle bei den Massnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder Quellen des Bundesamtes (der Begriff «unerlässlich» impliziert das Vorhandensein einer konkreten Gefahr). - Der sofortige Einsatz der besonderen Mittel im sog. Dringlichkeitsverfahren (Art. 18f E-BWIS) ist nur zulässig, wenn «Gefahr im Verzug» ist, d.h. eine konkrete Gefahr für die zu schützenden Güter gegeben ist (vgl. hinten II.4.g.). - Im Zusammenhang mit dem Aufschub bzw. Ausschluss der Mitteilung (Art. 18i E-BWIS) wird die Gefahrenschwelle im Allgemeinen eher vage umschrieben (Bst. a: «gefährden»). Eine Ausnahme bildet der Schutz Dritter, wo eine erhebliche Gefährdung vorausgesetzt wird (Bst. c).

Nicht von der Gefahrenschwelle (aber ebenfalls vom Umgang mit Ungewissheit) handelt die bei der Regelung der einzelnen Mittel (Art. 18k–18m E-BWIS) verwendete Formulierung «Lassen konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten, dass ein mutmasslicher Gefährder [...] usw.».⁷³ c. Fazit Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung haben, soweit sie zur (Früh-) Erkennung von Gefahren (und nicht erst zur Abwehr) eingesetzt werden⁷⁴, den Charakter von Gefahrenforschungsmassnahmen.⁷⁵ Es geht um Massnahmen, die vorbeugend greifen sollen, bevor ein Strafverfahren eröffnet worden ist bzw. werden kann.⁷⁶ Die Gefahr ist zwar möglicherweise gross, aber noch wenig greifbar. Gefahrenforschungsmassnahmen zeigen fast zwangsläufig die Tendenz, übers Ziel hinauszuschiessen. Aus grundrechtlicher Sicht ist dies problematisch. Dies begründet einen erhöhten Bedarf an besonderen gesetzgeberischen Sicherungen.

Es kommt hinzu, dass sich im Falle einer relativ offenen Normierung von Eingriffsvoraussetzungen die Gefahr von Missbräuchen erhöht. Wie das Bundesgericht im Jahr 1983 im Urteil Vest ausführte, können Missbräuche «im präventiven Bereich noch weit mehr als bei der repressiven Überwachung schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben» (BGE 109 Ia 273 ff., 295). Daher kommt nicht nur der

anordnenden Behörde und der richterlichen Instanz, welche die Massnahme zu genehmigen hat, eine grosse Verantwortung zu. 77 Dies gilt vielmehr auch für den Gesetzgeber selbst. Dieser steht in der Pflicht, gesetzliche Leitplanken zu setzen, welche der besonderen Natur der eingesetzten Mittel (hier: verdeckter Einsatz; Gefahrenforschung als Zweck) und den damit verbundenen problematischen Aspekten (besondere Intensität des Grundrechtseingriffs) hinreichend Rechnung trägt.

Der EGMR hat diese grundlegenden Gesichtspunkte in seinem Leiturteil in Sachen Rotaru gegen Rumänien aus dem Jahre 2000 in die folgenden Worte gekleidet:

73 Vgl. auch Art. 18c E-BWIS betreffend Überwachung von Einrichtungen usw. Dritter. Ähnlich, aber etwas konkreter Art. 4 BÜPF («wenn auf Grund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss»). Vgl. auch Art. 270 der neuen eidgenössischen StPO. 74 Die Verbesserung der Möglichkeiten im Bereich der Früherkennung ist ein erklärtes Ziel der «BWIS II»-Vorlage. Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5056, 5063. 75 Anders verhält es sich beim Schutz von Mitarbeitenden oder Quellen des Bundesamtes gemäss Art. 18b Bst. a und b E-BWIS (Abwehr einer konkreten Gefahr). 76 Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5045 ff. 77 Vgl. BGE 109 Ia 273, 295.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 262

«La Cour doit aussi se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus, car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale comporte le risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre (arrêt Klass et autres précité, pp. 23-24, §§ 49-50). En effet, pour que les systèmes de surveillance secrète soient compatibles avec l'article 8 de la Convention, ils doivent contenir des garanties établies par la loi et qui sont applicables au contrôle des activités des services concernés. Les procédures de contrôle doivent respecter aussi fidèlement que possible les valeurs d'une société démocratique, en particulier la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention. Elle implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits de l'individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière (arrêt Klass et autres précité, pp. 25-26, § 55). »78

3. Anforderungen an das gesetzgeberische Handeln a. Drohender Funktionsverlust der Verhältnismässigkeitsprüfung Eine Vorverlagerung des Einsatzes grundrechtsberührender polizeilicher Instrumente in den Bereich der (Früh-) Erkennung von Gefahren (Gefahrenforschung; vgl. II.2.) hat Konsequenzen für die praktische Handhabung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Denn die bewährten Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. vorne I.4.e.) drohen ihre Massstabsfunktion einzubüssen: - Eignung: Für das frühe Erkennen von Gefahren (vgl. Art. 18a E-BWIS) erscheinen praktisch alle erdenklichen Informationen geeignet. - Erforderlichkeit: Solange eine konkrete Gefahr als Referenzpunkt fehlt, erscheint es aus präventiv-polizeilicher Optik erforderlich, möglichst viele Informationen zu sammeln. - Zumutbarkeit: Und wie sollte das Beschaffen und Bearbeiten von Informationen unzumutbar sein, wenn es gilt, terroristische Anschläge wie jene von New York, Madrid oder London zu verhindern?79

Unter diesen Rahmenbedingungen fällt es schwer, die Verhältnismässigkeit einer Massnahme gestützt auf die hergebrachten Kriterien zu verneinen. Dies betrifft nicht nur die Arbeit der vollziehenden Stellen, sondern auch die präventive Kontrolle (insb. Genehmigungsinstanz) und die nachträgliche Kontrolle (Rechtsschutz). Die Vorverlagerung des polizeilichen Handelns in ein Vorfeld (blosser Gefahrenverdacht) und die damit einhergehende Herabsetzung der Eingriffsschwelle (vgl. vorne II.1.) hat zur Folge, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip als wichtiges und bewährtes Mittel zur rechtsstaatlichen Begrenzung staatlichen Handelns an normativer Kraft und Wirksamkeit verliert.

Es ist vor diesem Hintergrund sehr zu begrüessen, dass der Gesetzesentwurf an verschiedenen Stellen die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips bzw. seiner Teilgehalte anmahnt und damit die Wichtigkeit dieses Grundsatzes unterstreicht (so insbesondere in Art. 18b E-BWIS). Diese zum Teil ausdrücklichen Bezugnahmen auf das Verhältnismässigkeitsprinzip können freilich nicht ungeschehen machen, dass die Anwendung dieses Grundsatzes unter erheblich erschwerten Bedingungen erfolgt. Der Blick auf zwei Regelungen in Art. 18b E-BWIS zeigt dies exemplarisch. - Bst. c verlangt, dass «die Informationsbeschaffung nach Artikel 14 erfolglos geblieben ist oder die Beurteilung der Gefährdung ohne den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde». Hier wird zwar der Grundsatz der Wahl des schonenderen Mittels (Kriterium der Erforderlichkeit) bekräftigt. Näher besehen normiert die Bestimmung aber nur, was sich bereits aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt. - Bst. d verlangt, dass «das gewählte Mittel dem jeweiligen Fall angemessen ist und nur soweit als nötig in die Grundrechte Betroffener eingreift». Hier werden gleich zwei Gesichtspunkte der Verhältnismässigkeitsprüfung umschrieben («angemessen», «nur soweit als nötig»); dies allerdings, ohne dass die Regelung damit (über Art. 36 BV hinaus) an normativer Substanz gewinnen würde. b. Art. 18b Bst. c E-BWIS als Beispiel Der drohende Funktionsverlust des Verhältnismässigkeitsprinzips (und das Dilemma der Rechtsanwendung) wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Überlegungen die rechtsan-

78 EGMR, Urteil vom 4. Mai 2000, Rotaru gegen Rumänien (Requête no 28341/95), § 59 (Hervorhebung hinzugefügt). 79 In diesem Sinne POSCHER, Eingriffsschwellen, 345 ff., 349.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 263

wendenden Behörden (bzw. das Bundesverwaltungsgericht als Genehmigungsbehörde) anzustellen haben, wenn die Voraussetzung der «Erfolglosigkeit» der Informationsbeschaffung nach Art. 14 BWIS geprüft werden soll: - Ausgangspunkt ist der Verdacht einer Gefahr. - Erfolgreich ist die Informationsbeschaffung (als Gefahrenforschungsmassnahme) dann, wenn sie zutage fördert, ob eine konkrete Gefahr besteht oder nicht. - Wenn die Informationsbeschaffung nach Art. 14 BWIS eine Gefahr zutage fördert, ist der Einsatz besonderer Mittel nicht erforderlich (und gemäss Art. 18b E-BWIS unzulässig). - Wenn jedoch die Informationsbeschaffung nach Art. 14 BWIS in Bezug auf das Bestehen einer Gefahr keine Klärung erbringt, so kann dies einerseits daran liegen, dass es den potenziellen Störern gelungen ist, ihr Vorhaben gut zu verbergen; es kann aber andererseits auch daran liegen, dass eine konkrete Gefahr nicht besteht. - In der Situation der Ungewissheit, in der sich die Behörden diesfalls typischerweise befinden, liegt

es nahe (gerade wenn es um gewichtige Schutzgüter wie Leib und Leben geht), die Abklärungen so lange nicht abubrechen, bis man die Gewissheit hat, dass keine Gefahr besteht. - Unter diesen Bedingungen kann es leicht dazu kommen, dass immer intensivere Massnahmen als «erforderlich» eingestuft werden (erforderlich, um Gewissheit in Bezug auf die Gefahrenlage zu erlangen).

Der hier aufgezeigten Gefahr eines «Leerlaufens» des Verhältnismässigkeitserfordernisses muss der Gesetzgeber durch wirksame Vorkehren begegnen, wenn er seiner Aufgabe, die Grundrechte zu schützen (Art. 35 BV), gerecht werden will.

Vergleichbare Schwierigkeiten ergeben sich auch bei der Handhabung der Kriterien «aussichtslos» bzw. «unverhältnismässig erschwert» (Art. 18b Bst. c E-BWIS).⁸⁰

Der Wortlaut des Art. 18b Bst. c E-BWIS erinnert insgesamt stark an den geltenden Art. 3 BÜPF und den künftigen Art. 269 StPO. Danach kann die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (erst) angeordnet werden, wenn «die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden» (Art. 269 Abs. 1 Bst. c StPO). Bei der Beurteilung von Art. 18b E-BWIS muss, ungeachtet dieser Parallelen, beachtet werden, dass hinsichtlich der Ausgangslage ein grundlegender Unterschied besteht. Die Überwachungsmassnahmen gemäss BÜPF bzw. StPO kommen in einem Verfahren zum Einsatz, das der Verfolgung einer bestimmten Straftat dient. In diesem Kontext findet die Beurteilung der Aussichts- bzw. Erfolglosigkeit anderer Massnahmen unter anderen Rahmenbedingungen statt. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz kann seine Wirkungen hier typischerweise viel besser entfalten als unter den Bedingungen einer ungewissen Gefahrenlage, wie sie im Falle des Art. 18b Bst. c E-BWIS typisch ist.

Ausserdem schwebt im Bereich des Strafprozessrechts über dem Einsatz von Zwangsmitteln (inkl. besondere Überwachungsmassnahmen) das Damoklesschwert des Beweisverwertungsverbotes (vgl. Art. 141 StPO). Dieser Umstand erzeugt einen systemimmanenten Druck, die rechtlichen Vorgaben betreffend den Zwangsmittel-Einsatz zu respektieren. Beim Einsatz von besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung im präventivpolizeilichen Bereich fehlt ein vergleichbarer Druck. c. Folgerungen Die hier geschilderten Schwierigkeiten müssen nicht zwangsläufig zur Schlussfolgerung führen, dass die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung per se verfassungswidrig wären und ihre Einführung unzulässig wäre. Das frühzeitige Erkennen und Abwehren existenzbedrohender Gefahren verkörpert ein grundsätzlich legitimes öffentliches Interesse von erheblichem Gewicht. Der Bundesgesetzgeber hat dies mit dem Erlass des BWIS im Jahr 1997 anerkannt und bekräftigt. Dies heisst jedoch nicht, dass es ohne weiteres legitim ist, jedes geeignete Mittel einzusetzen.

Im demokratischen Verfassungsstaat trägt der Gesetzgeber eine gesteigerte Verantwortung für den Schutz und die Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV). Im hier interessierenden präventivpolizeilichen Bereich resultiert eine doppelte Verantwortung des Gesetzgebers. Dieser muss:

⁸⁰ Der Gedanke der Verhältnismässigkeit wird hier gewissermassen «umgedreht», denn die unverhältnismässige Erschwerung der Informationsbeschaffung wird an dieser Stelle des Gesetzes als Rechtfertigungsgrund für den Einsatz eines stärker in Grundrechte eingreifenden Mittels genannt.

- erstens die Eingriffsschwelle definieren und - zweitens sicherstellen, dass diese Vorgabe beachtet wird.

Entsprechende gesetzgeberische Vorkehren können zum einen bei den materiellen Vorgaben an die Rechtsanwendungspraxis ansetzen, zum anderen im Bereich des Verfahrens und der Organisation. Mit Blick auf die «BWIS II»-Vorlage lassen sich die folgenden verfassungsrechtlichen Richtpunkte für die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen für besonders grundsrechtssensible Massnahmen (wie Art. 18a ff. E-BWIS) bestimmen: - möglichst klare Definition der Eingriffsschwelle (Bestimmtheitsgebot); - möglichst präzise Fokussierung der Überwachungsmassnahme auf mögliche Störer bzw. «mut- massliche Gefährder»⁸¹ (vgl. Art. 18b E-BWIS); - Sicherstellung möglichst klarer Rahmenbedingungen für die unter erschwerten Bedingungen statt- findende Verhältnismässigkeitsprüfung; - Sicherstellung eines aus grundrechtlicher Sicht vertretbaren Verhältnisses von Eingriffsintensität (verdeckte Überwachung der Privatsphäre) einerseits und geschützten Rechtsgütern andererseits; - Einbau verfahrensrechtlicher Sicherungen (Ausgleich von Normunbestimmtheit); - Sicherstellung einer unabhängigen Beurteilung ex post (Rechtsschutz).

Diese Ansatzpunkte und Möglichkeiten werden im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage im Grossen und Ganzen genutzt. Allerdings geschieht dies, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, noch nicht durchweg in befriedigender Weise. Insoweit bleibt die «BWIS II»-Vorlage in der vorliegenden Fassung hinter den verfassungsrechtlichen Anforderungen zurück. Aus grundrechtlicher Sicht besteht Nach- besserungsbedarf.

4. Beurteilung der besonderen Mittel (Art. 18a ff. E-BWIS) aus grundrechtlicher Sicht Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung zeigen Ähnlichkeiten mit Massnahmen des Straf- prozessrechts (vgl. insb. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss Art. 18k E-BWIS und gemäss BÜPF). Eine Anlehnung an bestehende Regelungsmodelle (vgl. in diesem Sinne Art. 18k Abs. 4 E-BWIS) erhöht die Orientierungssicherheit. Dabei dürfen aber die unterschiedlichen Rege- lungsansätze – präventivpolizeiliche Gefahrenforschung hier, Strafverfolgung da – und die damit verbundenen Unterschiede und Besonderheiten (insb. tiefere Eingriffsschwelle) nicht aus den Augen verloren werden. Zu den Unterschieden gehört, wie bereits erwähnt, dass im Strafprozess bei Miss- achtung rechtsstaatlicher Vorgaben Beweisverwertungsverbote drohen (von denen eine entsprechen- de disziplinierende Kraft ausgeht). Im präventivpolizeilichen Bereich fehlt ein vergleichbarer Druck. Umso wichtiger sind hier wirksame organisatorisch-verfahrensmässige Garantien und Sicherungen. a. Definition der Eingriffsschwelle (Bestimmtheitsgebot) aa. Aus grundrechtlicher Sicht ist zu fordern, dass bei schwer wiegenden Grundrechtseingriffen – wie sie der Einsatz der besonderen Mittel mit sich bringt (vgl. I.2.) – die Definition der Eingriffsschwelle nicht den mit dem Gesetzesvollzug betrauten Verwaltungsorganen überlassen bleibt. Es ist nicht nur rechtsstaatlich, sondern vor allem auch demokratisch geboten, dass der Gesetzgeber selbst sich um die Festlegung kümmert. Im präventivpolizeilichen Bereich gilt dies umso mehr, als hier das Verhält- nismässigkeitsprinzip seine Schutzwirkungen nur bedingt zu entfalten vermag (siehe vorne I.4.e.). Das Bestimmtheitsgebot verwehrt es dem Gesetzgeber nicht, die Eingriffsschwelle eher tief zu legen. Es hindert ihn aber daran, diesen – aus grundrechtlicher Sicht heiklen

(und im Sinne von Art. 164 BV «grundlegenden») – Entscheidung an die Rechtsanwendung zu delegieren.

bb. Die «BWIS II»-Vorlage nimmt sich der Frage der Eingriffsschwellen-Definition an mehreren Stellen an und orientiert sich dabei an den hier skizzierten Grundsätzen. Es fällt allerdings nicht leicht, die Regelung zu überblicken, da die Festlegung der Eingriffsschwelle in einer wenig übersichtlichen Weise auf verschiedene, zum Teil ineinander verschachtelte Bestimmungen aufgeteilt ist (vgl. vorne

81 Der Begriff «mutmasslicher Gefährder» ist passender als der Begriff «Störer», da es im Bereich der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung schon um die Aufklärung eines blossen Gefahrenverdachts gehen kann.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 265

I.2.c.). Dies ist wenig leser- und anwenderfreundlich, stellt jedoch im vorliegenden Kontext in erster Linie ein gesetzesredaktionelles, nicht primär ein grundrechtliches Problem dar.

cc. Ein zentrales Element bei der Festlegung der Eingriffsschwelle ist der Begriff der «konkreten Gefahr» (Art. 18a E-BWIS). Dabei handelt es sich um einen zwar relativ unbestimmten, im Polizeirecht jedoch verbreiteten und grundsätzlich hinreichend konturierten, einigermaßen operablen Gesetzesbegriff, der auch der richterlichen Beurteilung grundsätzlich zugänglich ist.

Der Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung wird bereits «für das Erkennen» einer konkreten Gefahr ermöglicht. Damit will die Gesetzesvorlage bewusst den blossen Verdacht einer konkreten Gefahr genügen lassen (vgl. auch Art. 18b Bst. a E-BWIS). Diese Ausweitung der Einsatzmöglichkeiten in Richtung Gefahrenvorfeld ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs. Dieser Schritt ist erkennbar gewollt und (sofern der Entwurf zum Gesetz erhoben wird) demokratisch abgestützt.

dd. Aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger bedeutet die Verwendung relativ unbestimmter Begriffe in Verbindung mit der Ausweitung in Richtung Gefahrenvorfeld, dass das Risiko steigt, von besonderen Überwachungsmassnahmen als Drittperson erfasst zu werden. Auch wer sich bewusst bemüht, sich beruflich und privat nur in einem Umfeld zu bewegen, von dem er nach bestem Wissen annimmt, dass es mit Terrorismus, Nachrichtendienst usw. nichts zu tun hat, kann vor verdeckten Gefahrenerforschungsmassnahmen nicht sicher sein. Sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR haben auf die möglichen schädlichen Folgen verdeckter Massnahmen für eine freiheitliche, demokratische Ordnung hingewiesen.⁸²

Unbestimmtheiten dieser Art sind daher problematisch. Sie lassen sich aber kaum vermeiden, wenn der Gesetzgeber Gefahrenerforschungsmassnahmen ermöglichen will. Die Unbestimmtheit lässt sich aus grundrechtlicher Sicht dann (und nur dann) rechtfertigen, wenn anderweitig wirksam sichergestellt wird, dass der Einsatz besonderer Mittel der Informationsbeschaffung sich in geordneten Bahnen bewegt und nicht ausufert.

ee. Solche Sicherungen sieht die «BWIS II»-Vorlage vor, allerdings in einer Weise, die aus grundrechtlicher Sicht (noch) nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen vermag. Art. 18b E-BWIS begnügt sich nicht mit einem bloss vagen Gefahrenverdacht. Der Verdacht muss sich vielmehr gegen eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung richten, und

es muss sich um eine konkrete Gefahr für die «innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» (Art. 18b E-BWIS) handeln.

Diese Präzisierungen sind jedoch selbst nicht unproblematisch. Wegen des engen Zusammenhangs mit anderen Fragen soll dies an dieser Stelle noch nicht abschliessend erörtert werden (für die gesetzliche Umschreibung der mutmasslichen Gefährder vgl. hinten b.; für die Präzisierungsbedürfnisse im Zusammenhang mit den Begriffen «innere und äussere Sicherheit» vgl. Frage h sowie hinten VI.2.).

Weniger problematisch erscheint dagegen der Umstand, dass der Gesetzesentwurf in Art. 18b E-BWIS darauf verzichtet, von einem «dringenden Verdacht» zu sprechen. In diesem Punkt unterscheidet sich die «BWIS II»-Vorlage von der Regelung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs im Rahmen des BÜPF bzw. der StPO (Art. 3 BÜPF bzw. Art. 269 StPO, je Abs. 1 Bst. a). Dieser Verzicht lässt sich prinzipiell rechtfertigen, da es im Bereich der präventivpolizeilichen Massnahmen nicht um die Aufklärung einer Straftat, sondern um das Erkennen und Abwehren von Gefahren geht (Gefahrerforschung).

ff. Was die Bezugnahme auf die «innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» betrifft, so ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Begriff «Sicherheit» keine klaren Konturen aufweist und nicht ohne Grund als vielfältig und schillernd gilt.⁸³ Erschwerend kommt hinzu, dass sich in jüngerer Zeit eine deutliche Tendenz zeigt, den Begriff immer weiter auszudehnen und immer umfassender zu verstehen.⁸⁴ Allerdings fallen diese begrifflichen Unschärfen im hier interessierenden Zusammenhang des Art. 18b E-BWIS nicht sonderlich schwer ins Gewicht. Dies hängt einerseits mit der Funktion zusammen, welche die Bezugnahme auf die «innere und äussere Sicherheit» hier (und an anderer Stelle in der «BWIS II»-Vorlage) primär erfüllt. Andererseits spielt mit, dass es sich bei den genannten Begriffen um Verfassungsbegriffe handelt, die, wenn überhaupt, durch den Verfassungsgeber, nicht

82 Vgl. BGE 109 Ia 273, 295 (Vest); EGMR, Urteil vom 4. Mai 2000, Rotaru gegen Rumänien (Fn. 78), § 59. 83 Vgl. z.B. RUCH, Sicherheit in der Demokratie, in: SBVR III/1, 21 ff.; SCHWEIZER/KÜPFER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, N. 1 ff.; MOHLER/GÄTTELIN/MÜLLER, in: AJP 2007, 815 ff., 825 ff. 84 Vgl. SCHWEIZER/KÜPFER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, N. 1 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 266

durch den Gesetzgeber zu präzisieren wären (vgl. hinten VI.2.). Dem Problem der Normbestimmtheit muss in Art. 18b E-BWIS in anderer Weise begegnet werden.

gg. Aus grundrechtlicher Sicht bietet sich als erster Ansatzpunkt eine Präzisierung der in Art. 18b E-BWIS normierten Anwendungsvoraussetzungen an, als zweiter Ansatzpunkt ein Ausgleich der normativen Unbestimmtheit durch organisatorische und verfahrensrechtliche Massnahmen (dazu hinten d.- h.).

Der Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) kann schwer wiegende Grundrechtsbeeinträchtigungen nach sich ziehen. Diese lassen sich nur rechtfertigen, wenn der Einsatz der verdeckten Überwachungsmassnahmen zu Gunsten legitimer öffentlicher Interessen erfolgt, die so gewichtig sind, dass sie die entgegenstehenden Freiheitsinteressen Betroffener überwiegen. Art. 18b E-BWIS

überlässt die Bewertung und Abwägung der Interessen im Wesentlichen den rechtsanwendenden Behörden. Die einzige Vorgabe besteht darin, dass Art. 18b Bst. b E-BWIS von den rechtsanwendenden Behörden verlangt, auf die «Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz» abzustellen.

Hier nimmt der Gesetzgeber seine Verantwortung für einen wirksamen Grundrechtsschutz (vgl. vorne II.3.) zu wenig wahr. Unter dem Blickwinkel des rechtsstaatlich, aber auch demokratisch motivierten Bestimmtheitsgebotes (vgl. vorne I.4.c.) ist es Sache des Gesetzgebers, klarzustellen, welche Schutzgüter derart gewichtig sind, dass sie einen schwer wiegenden verdeckten Grundrechtseingriff als zumutbar erscheinen lassen. Der Passus «Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz» ist zu offen formuliert. Es bedarf daher in Art. 18b E-BWIS einer präziseren Bezeichnung jener Schutzgüter, die der Gesetzgeber für geeignet hält, schwere Grundrechtseingriffe aufzuwiegen. Im Vordergrund stehen Schutzgüter wie Leib und Leben, Bestand des Staates, Funktionsfähigkeit seiner zentralen Institutionen.

Wie eine solche präzisere gesetzgeberische Umschreibung der Schutzgüter und der Abwägungsaufgabe auszugestaltet ist, wird durch die Verfassung nicht im Einzelnen vorgegeben. Der Gesetzgeber besitzt einen gewissen Bewertungs- und Gestaltungsspielraum. Er darf in seiner Regelung berücksichtigen, dass verschiedene verfahrensrechtliche Vorkehrungen vorgesehen sind, die dafür sorgen, dass die Konkretisierung der relativ unbestimmten Gesetzesbegriffe nicht allein der erstinstanzlich vollziehenden Behörde überlassen bleibt (Genehmigungs- und Anordnungsverfahren, Art. 18d und 18e E-BWIS; Rechtsschutz, Art. 29a E-BWIS). b. Fokussierung der Überwachungsmaßnahmen

aa. Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung richten sich gemäss Art. 18b E-BWIS gegen «eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung», die «verdächtigt wird, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret zu gefährden (mutmasslicher Gefährder)».

Anders als man es im Polizeirecht erwarten könnte, knüpft Art. 18b E-BWIS nicht an den Begriff des «Störers» an.⁸⁵ Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung kommen im Rahmen der präventivpolizeilichen Gefahrenforschung und –abwehr zum Einsatz; dies in einem Zeitpunkt, in welchem typischerweise noch keine Störung, sondern erst eine Gefahr, möglicherweise erst ein Gefahrenverdacht vorliegt. Der Begriff «mutmasslicher Gefährder» (im Sinne von «mutmasslicher Verursacher einer konkreten Gefahr») bringt diesen Sachverhalt treffend zum Ausdruck. Ob es in einem konkreten Fall zulässig ist, die entsprechenden Mittel bereits im Gefahrenvorfeld einzusetzen, beurteilt sich nach den an anderer Stelle diskutierten Kriterien. In Anbetracht der Regelungsaufgabe (Gefahrenforschung) dürfte es kaum möglich sein, die anvisierten Personen bzw. Organisationen oder Gruppierungen präziser zu umschreiben.

bb. Art. 18k, 18l und 18m E-BWIS statuieren (gleichlautend), dass das jeweilige besondere Mittel der Informationsbeschaffung nur eingesetzt werden darf, wenn «konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten» lassen, dass der mutmassliche Gefährder einen bestimmten Ort, Computer, Fernmeldeanschluss usw. für seine Zwecke nutzt. Diese Formulierung enthält eine Reihe von relativ unbestimmten Begriffen. Eine gewisse Präzisierung bringt immerhin, dass das Vorliegen von konkreten, aktuellen Tatsachen bzw. Vorkommnissen verlangt wird. «Blosse» Vermutungen genügen mithin nicht. Es dürfte kaum möglich sein, den hier zu regelnden Tatbestand signifikant präziser zu formulieren.

85 Zu Begriff und Konzept des Störers vgl. statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI, 478 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 2488 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 267

Im Übrigen gilt es bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen, dass die verwendeten Begriffe einer richterlichen Beurteilung und Kontrolle grundsätzlich zugänglich sind. Die in Art. 4 BÜPF (für eine vergleichbare Konstellation) verwendete Formulierung – «wenn auf Grund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss» – ist ähnlich unbestimmt (ähnlich auch Art. 18c Abs. 1 E-BWIS). Mangels tauglicher gesetzgeberischer Regelungsalternativen muss eine Unbestimmtheit dieser Art wohl hingenommen werden.

cc. Problematisch ist unter grundrechtlichem Blickwinkel, dass die im Rahmen der Art. 18a ff. E-BWIS vorgesehenen Massnahmen unter Umständen auch Dritte erfassen kann, d.h. Personen, Organisationen oder Gruppierungen, die nicht als mutmassliche Gefährder einzustufen sind⁸⁶, beispielsweise (wie in der «BWIS II»-Vorlage vorgesehen) andere Nutzer des überwachten Fernmeldeanschlusses bzw. die Gesprächspartner des mutmasslichen Gefährders (Art. 18k E-BWIS), andere Nutzer der Datenverarbeitungsanlage (Art. 18m E-BWIS), Gesprächspartner oder weitere Personen, die sich an einem überwachten Ort befinden (Art. 18l E-BWIS).

Aus rechtsstaatlichen Gründen ist der Gesetzgeber verpflichtet, das Nötige vorzukehren, um die Grundrechte dieser Drittpersonen, insbesondere deren Grundrecht auf Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK), zu schützen (vgl. Art. 35 BV).⁸⁷ Die «BWIS II»-Vorlage trifft diesbezüglich verschiedene Vorkehrungen (vgl. insb. Art. 18c Abs. 2 und Art. 18k Abs. 4 E-BWIS). Diese vermögen jedoch aus grundrechtlicher Sicht nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen. Exemplarisch sei hier auf zwei Problempunkte hingewiesen.

dd. Noch nicht zu genügen vermag die Regelung über den Umgang mit Erkenntnissen betreffend eine Drittperson, gegen die ein Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung nicht hätte angeordnet werden dürfen. Eine Regelung betreffend sog. Zufallsfunde findet sich nur im Zusammenhang mit der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 18k Abs. 4 E-BWIS). Diese besteht zudem aus einem blossen Verweis auf das BÜPF und seine Ausführungsbestimmungen. Die dortigen Vorschriften sind indes auf die Situation der Strafverfolgung gemünzt. Was genau die in Art. 18k Abs. 4 E-BWIS statuierte «sinngemässe» Anwendung der BÜPF-Regelungen unter den Rahmenbedingungen der präventivpolizeilichen Gefahrenforschung im Einzelnen bedeutet und bewirkt, bleibt unklar. Da diese Frage grundrechtsrelevant ist (Schutz der Privatsphäre der Drittperson), erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht eine klarere gesetzgeberische Regelung erforderlich.

ee. Ebenfalls noch nicht zu genügen vermag die Regelung betreffend die Überwachung Dritter, die durch ein Berufsgeheimnis geschützt sind.⁸⁸ Art. 18c Abs. 2 E-BWIS sieht eine Triage unter richterlicher Aufsicht vor, die sicherstellen soll, «dass das Sicherheitsorgan keine Berufsgeheimnisse erfährt». Die Regelung lehnt sich an Art. 4 Abs. 3, 5 und 6 BÜPF an. Die dortigen Bestimmungen sind freilich auf die Strafverfolgung zugeschnitten.

Es kommt hinzu, dass die Durchführung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss BÜPF einem besonderen Dienst obliegt, der seine Aufgaben

selbstständig und ohne Weisungen erfüllt (Art. 2 Abs. 1 BÜPF). Diesem Dienst kommt beim Schutz von Berufsgeheimnisträgern eine wichtige Rolle zu (vgl. Art. 17 und Art. 25 VÜPF). Diese Regelung findet zwar laut Art. 18k Abs. 4 E-BWIS sinngemäss Anwendung. Dies gilt jedoch nur bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, nicht aber bei den anderen besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung.⁸⁹ Art. 18c Abs. 2 E-BWIS verlangt, dass durch Triage der erhobenen Daten sichergestellt wird, «dass das Sicherheitsorgan keine Berufsgeheimnisse erfährt». Die «BWIS II»-Vorlage regelt nur die Durchführung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs näher (durch Verweis auf das BÜPF und durch Einbezug des entsprechenden Dienstes). Für die beiden anderen besonderen Mittel fehlen spezifische Regelungen. Der Gesetzesentwurf schliesst es nicht aus, dass Daten direkt durch die Sicherheitsorgane erhoben werden und die Daten somit direkt bei den Sicherheitsorganen anfallen. Damit aber vermag der in Art. 18c Abs. 2 E-BWIS in allgemeiner Weise angesprochene Mechanismus (Überwachung der Triage der Daten durch eine Richterin oder einen Richter der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts) nicht oder nicht in hinreichend wirksamer Weise zu greifen. Im Interesse

⁸⁶ Diese Dritten sind gegenüber staatlichen Überwachungsmaßnahmen eigenständig grundrechtlich geschützt. Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 209, 216. ⁸⁷ Das Problem der «Streubreite» der Massnahme dürfte im Fall der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung meist nicht so ausgeprägt sein wie bei einer allgemeinen Videoüberwachung eines öffentlichen Platzes (dazu BGE 133 I 77), sollte aber gleichwohl nicht unterschätzt werden. ⁸⁸ Zur Bedeutung der Berufsgeheimnisse für den Grundrechtsschutz vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 199 f. ⁸⁹ Beobachten an nicht allgemein zugänglichen Orten (Art. 18l E-BWIS) und geheimes Durchsuchen eines Datenverarbeitungssystems (Art. 18m E-BWIS).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 268

eines wirksamen Schutzes von Berufsgeheimnissen erscheint eine gesetzgeberische Nachbesserung der Regelung verfassungsrechtlich geboten.

ff. Entsprechende Überlegungen gelten für den verfassungsrechtlich gebotenen Kerngehaltsschutz. Zwar ist heute nicht abschliessend geklärt, was genau zum unantastbaren Kerngehalt des Rechts auf Schutz der Privatsphäre gehört (Art. 13 BV).⁹⁰ Es ist aber richtigerweise davon auszugehen, dass es gewisse die Intimsphäre betreffende Vorgänge gibt, die in den Genuss des absoluten Schutzes gemäss Art. 36 Abs. 4 BV kommen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht nennt in seinem 2004 ergangenen Urteil betreffend den sog. «Grossen Lauschangriff»⁹¹ als Beispiele für Vorgänge im Kernbereich privater Lebensgestaltung:

«die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäusserungen, Äusserungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität. Die Möglichkeit entsprechender Entfaltung setzt voraus, dass der Einzelne über einen dafür geeigneten Freiraum verfügt. Auch die vertrauliche Kommunikation benötigt ein räumliches Substrat jedenfalls dort, wo die Rechtsordnung um der höchstpersönlichen Lebensgestaltung willen einen besonderen Schutz einräumt und die

Bürger auf diesen Schutz vertrauen. Das ist regelmäßig die Privatwohnung, die für andere verschlossen werden kann. Verfügt der Einzelne über einen solchen Raum, kann er für sich sein und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei entfalten. Die Privatwohnung ist als «letztes Refugium» ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde. Dies verlangt zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt.»

Mit den Möglichkeiten, welche die «BWIS II»-Vorlage neu eröffnet – insb. Beobachten an nicht allgemein zugänglichen Orten, auch mittels technischem Überwachungsgerät (Art. 181 E-BWIS) –, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass Vorgänge mit Kerngehaltscharakter – betreffend die überwachte Person, aber auch betreffend Dritte – erfasst werden. Spezifische Kernbereichsschutzmassnahmen fehlen. Im Rahmen der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs kann das Dazwischenschalten eines unabhängigen Dienstes (Art. 2 Abs. 1 BÜPF) und der Verzicht auf Direktschaltungen einen Beitrag zum Kerngehaltsschutz leisten. Die Frage, wie der Schutz bei den anderen besonderen Mitteln sichergestellt werden soll, bleibt im Gesetzesentwurf offen. Ähnlich wie beim Schutz der Berufsgeheimnisse bedarf die «BWIS II»-Vorlage aus verfassungsrechtlichen Gründen einer Nachbesserung. c. Weitere Fragen der Verhältnismässigkeit aa. Die in Art. 18b (insb. Bst. c und Bst. d) E-BWIS statuierten Voraussetzungen orientieren sich an den Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung. Die Nennung der Kriterien im Gesetzestext für sich allein vermag jedoch, wie gesehen, nicht hinreichend zu gewährleisten, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz respektiert wird (vgl. I.4.e.).

Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist bedeutsam, dass die «BWIS II»-Vorlage den Einsatzbereich der besonderen Mittel begrenzt. Diese dürfen gemäss Art. 18a E-BWIS nur eingesetzt werden, wenn es darum geht, eine Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit zu erkennen oder abzuwehren, die ausgeht von:

a. Terrorismus;⁹² b. verbotenem politischen oder militärischen Nachrichtendienst; c. verbotenem Handel mit Waffen oder radioaktiven Materialien sowie verbotenem Technologietransfer.

Ein Vergleich mit den Aufgabenfeldern gemäss Art. 2 BWIS zeigt, dass im Kapitel 3a (bewusst⁹³) nicht erfasst werden: - verbotener wirtschaftlicher Nachrichtendienst, - gewalttätiger Extremismus und - Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen.

90 Vgl. z.B. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 161; SCHEFER, Kerngehalte, 446 ff. 91 Vgl. BVerfGE 109, 279 – Grosser Lauschangriff (Urteil vom 3. März 2004), Rz. 120. Vgl. dazu etwa die Besprechung von OLIVER LEPSIUS, in: JurA 2005, 433, 586. Vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 196. 92 Zur Frage der Definition des Begriffs vgl. hinten VI.3. 93 Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5094 f.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 269

Die Ausklammerung dieser Aufgabenfelder beruht auf der gesetzgeberischen Einschätzung, dass es in diesen Bereichen zurzeit nicht angezeigt und angemessen ist, den Einsatz der – qualifiziert grundrechtssensiblen – besonderen Mittel der Informationsbeschaffung vorzusehen. Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

bb. Umgekehrt beruht die Aufzählung in Art. 18a E-BWIS auf der gesetzgeberischen Einschätzung, dass der Einsatz in den in Abs. 1 genannten Bereichen grundsätzlich in Betracht fällt und gerechtfertigt werden kann. Diese Einschätzung ist nicht selbstverständlich, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass beim Einsatz der besonderen Mittel schwer wiegende Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschützten Privatsphäre auf dem Spiel stehen. Schwer wiegende Grundrechtseingriffe lassen sich nur rechtfertigen (insb. unter dem Aspekt der Zumutbarkeit), wenn damit hochrangige Rechtsgüter geschützt werden sollen (vgl. vorne 4.a.). Dieser Gedanke kommt auch in Art. 18b Bst. b E-BWIS zum Ausdruck kommt, wenn verlangt wird, dass «Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz» den Einsatz rechtfertigen müssen.⁹⁴

Im Einsatzbereich «Terrorismus» stehen offenkundig hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel, zumal bei terroristischen Anschlägen Leib und Leben vieler Menschen gefährdet sein können. Ob im Bereich der beiden anderen Einsatzfelder durchweg derart gewichtige Rechtsgüter in vergleichbar schwer wiegender Weise bedroht sind, ist weniger evident.⁹⁵ Eine «pauschale» Unterstellung der Einsatzfelder verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst und verbotener Handel mit Waffen usw. unter das Kapitel 3a (Art. 18a Abs. 2 E-BWIS) lässt sich rechtfertigen, wenn sichergestellt ist, dass der Einsatz der besonderen Mittel im konkreten Fall nur erfolgt, wenn tatsächlich hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Dies geschieht in der «BWIS II»-Vorlage noch nicht in genügender Weise.

Der soeben zitierte Art. 18b Bst. b E-BWIS erhebt zwar die «Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz» zum Kriterium. Die Abwägung der gegenläufigen Interessen wird aber durch diese gesetzgeberische Vorgabe kaum strukturiert. Nicht nur aus der Sicht des Bestimmtheitsgebotes (vgl. vorne 4.a.), sondern auch unter dem Blickwinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips erscheint somit eine präzisere Umschreibung und Gewichtung der Schutzgüter im Gesetz selbst geboten. Eine Präzisierung ist auch deshalb wichtig, weil das zur Entscheidung berufene Bundesverwaltungsgericht auf justiziable Massstäbe angewiesen ist, wenn es die Erforderlichkeit und Angemessenheit einer konkreten Massnahme (Art. 18b Bst. c und d E-BWIS) adäquat überprüfen können soll.

cc. Einer kurzen gesonderten Betrachtung bedarf der in Art. 18b Bst. a und Bst. b E-BWIS speziell erwähnte Einsatzzweck der Gewährleistung der Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder von Quellen des Bundesamtes. Es fällt auf, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bzw. Quellen in den Genuss des besonderen Schutzes nur in den drei in Art. 18a Abs. 1 E-BWIS genannten Aufgabenfeldern kommen können. Ob eine Ungleichbehandlung von Mitarbeitern bzw. Quellen je nach Einsatzbereich im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 BV (Rechtsgleichheit) durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, kann im Rahmen dieser Abklärungen nicht abschliessend beurteilt werden, da sich in der bundesrätlichen Botschaft diesbezüglich zu wenig Anhaltspunkte finden.

dd. In zeitlicher Hinsicht sieht Art. 18d Abs. 2 E-BWIS vor, dass besondere Mittel der Informationsbeschaffung «beim ersten Mal für eine Dauer von längstens sechs Monaten beantragt werden» können. Der Gesetzesentwurf sieht die Möglichkeit einer zweimaligen Verlängerung um jeweils höchstens drei Monate vor. Die Genehmigung einer Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs im Rahmen der Strafverfolgung wird demgegenüber «für höchstens drei Monate» erteilt (Art. 7 Abs. 3 BÜPF; Art. 274 Abs. 5 StPO; mit jeweils wiederum befristeter Verlängerungsmöglichkeit). Inwieweit im

präventivpolizeilichen Bereich eine – im Vergleich zur Regelung im BÜPF bzw. in der StPO – doppelt so lange Höchstdauer erforderlich ist, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden, da die Regelungsmotive in der bundesrätlichen Botschaft nicht näher dargelegt werden. d. Verfahrensstrukturen Über den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung ist in einem mehrstufigen Verfahren zu entscheiden. Die Regelung des Verfahrens verdient besondere Aufmerksamkeit, weil die verfassungsrechtliche Beurteilung der «BWIS II»-Vorlage nicht zuletzt davon abhängt, ob die normati-

94 Zur zweiten Rechtfertigungsalternative (Gewährleistung der Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder von Quellen des Bundesamtes) siehe sogleich cc. 95 Zu den drohenden Gefahren vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5055 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 270

ve Unbestimmtheit verschiedener Bestimmungen durch organisatorisch-verfahrensmässige Garantien und Sicherungen kompensiert werden kann (vgl. vorne 4.a.).⁹⁶

Am Entscheidungsverfahren sind die folgenden Stellen beteiligt:⁹⁷ - Bundesamt: Antragstellung (Art. 18d Abs. 1 E-BWIS); - Bundesverwaltungsgericht: Genehmigungsverfahren (Art. 18d E-BWIS); - Vorsteher/in EJPD (Art. 18e E-BWIS): Entscheid im Anordnungsverfahren; - Vorsteher/in VBS (Art. 18e E-BWIS): Zustimmung im Anordnungsverfahren.⁹⁸

Als Verfahrensbesonderheiten sind hervorzuheben: - Die mit dem Vollzug des BWIS betraute Verwaltungsstelle entscheidet nicht selbst über den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung, sondern stellt bloss Antrag (zur Ausnahme im Dringlichkeitsverfahren, Art. 18f E-BWIS, vgl. hinten g.). - Den abschliessenden Entscheid trifft ein Mitglied des Bundesrates, mithin eine demokratisch besonders legitimierte und politisch verantwortliche⁹⁹ Magistratsperson. - Der Anordnung geht ein richterliches Genehmigungsverfahren voraus. Der abschliessende Entscheid über den Einsatz ergeht somit in Kenntnis der rechtlichen Beurteilung durch eine mit Unabhängigkeit ausgestattete richterliche Instanz.

Die in der «BWIS II»-Vorlage verwendete Terminologie erinnert in mancherlei Hinsicht an die Regelungen im BÜPF bzw. in der neuen eidgenössischen StPO betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Man darf jedoch nicht ausser Acht lassen, dass die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung hier in einem anderen – präventivpolizeilich-verwaltungsrechtlichen, nicht strafprozessualen – Kontext sowie in einem anderen behördlich-organisatorischen Umfeld zum Einsatz kommen. Der «Transfer» aus dem strafprozessualen in den präventivpolizeilichen Bereich erscheint noch nicht in jeder Hinsicht optimal geglückt.¹⁰⁰ Dies ist allerdings in erster Linie ein Gesetzesredaktionelles Problem. e. Insbesondere: das Genehmigungsverfahren (Art. 18d E-BWIS) aa. Die Bundesverfassung sieht ein richterliches Genehmigungsverfahren für präventivpolizeiliche Massnahmen nicht vor, schliesst ein solches Verfahren aber auch nicht aus.¹⁰¹ Dass für das Genehmigungsverfahren das Bundesverwaltungsgericht (und nicht etwa das Bundesstrafgericht) zuständig ist, unterstreicht den speziellen – präventivpolizeilichen, nicht straftatbezogenen – Charakter des Einsatzes der besonderen Mittel.

Aus grundrechtlicher Sicht erfüllt das Genehmigungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 18d E-BWIS) eine doppelte Funktion: - Zum einen ermöglicht es eine präventive rechtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich. - Zum andern verhindert es, dass die Konkretisierung der Eingriffsschwelle allein der vollziehenden Verwaltungsstelle überlassen bleibt. Insoweit sorgt das Genehmigungsverfahren in Verbindung mit dem Anordnungsverfahren für eine rechtsstaatlich-demokratische Rückkopplung der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe.

96 BGE 128 I 327, 340. Vgl. auch BGE 109 Ia 273, 284 (Telefonüberwachung). 97 Aus grundrechtlicher Sicht ist der Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre bereits mit dem das Verfahren abschliessenden förmlichen Entscheid perfekt (nicht erst wenn mit der Ausführung der konkreten Massnahme begonnen wird). 98 Die Überführung des DAP in das VBS per 1. Januar 2009 ist im hier zu beurteilenden bundesrätlichen Gesetzesentwurf noch nicht berücksichtigt. 99 Vgl. Art. 37 Abs. 1 RVOG: «Der Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin führt das Departement und trägt dafür die politische Verantwortung.» 100 Vgl. z.B. die «Gefahr im Verzug»-Regelung in Art. 18f E-BWIS (dazu hinten g.bb.). 101 Anders etwa Art. 13 Abs. 4 GG mit Blick auf die «Unverletzlichkeit der Wohnung». Dazu statt vieler GEORG HERMES, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 13, Rz. 68 ff., 80 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 271

Art. 18d E-BWIS regelt verschiedene Aspekte des Verfahrens. Den organisatorischen Gesichtspunkten widmet die Bestimmung eher wenig Aufmerksamkeit. Diese Rücksichtnahme auf die organisatorische Autonomie des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 14 VGG102) ist nachvollziehbar. Aus grundrechtlicher Sicht wäre es dennoch wünschenswert, wenn im BWIS103 klargestellt würde, dass die Genehmigung nicht in Form eines Einzelrichterentscheids104, sondern als Kollegialentscheid ergeht.105

bb. Unter verfahrensmässigem Blickwinkel unterscheidet sich ein (nicht-kontradiktorisches) Genehmigungsverfahren erheblich vom üblichen (kontradiktorischen) Urteilsverfahren auf Beschwerde oder Klage hin. Die «BWIS II»-Vorlage enthält für das (nicht-kontradiktorische) richterliche Genehmigungsverfahren Vorschriften betreffend die Antragsstellung (Art. 18d Abs. 1 E-BWIS) und betreffend verschiedene weitere Teilaspekte des Verfahrens (Art. 18d Abs. 3, Art. 18f E-BWIS). Unklar bleibt, nach welchen Regeln jene Fragen zu entscheiden sind, welche die BWIS-Teilrevisionsvorlage offen lässt. - Das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) regelt die beiden Verfahrensarten der Beschwerde (Art. 31 VGG) und der Klage (Art. 35 VGG). Es kennt jedoch (im Unterschied zum Strafgerichtsgesetz, SGG) kein richterliches Genehmigungsverfahren. - Für die nähere Regelung des Verfahrens verweist das Verwaltungsgerichtsgesetz im Wesentlichen auf das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG). Inwieweit dies auch für das im VGG nicht erwähnte Genehmigungsverfahren gemäss Art. 18d E-BWIS gelten soll, bleibt unklar. - Das VwVG wiederum unterstellt in seinem Art. 1 Abs. 2 c bis (unter anderem auch) das Bundesverwaltungsgericht dem Gesetz, soweit es eine Verwaltungssache in erster Instanz durch Verfügung zu erledigen hat. Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kriterien kommt einer Genehmigung Verfügungscharakter zu.106 Inwieweit dies auch für den Entscheid des

Bundesverwaltungsgerichts im Genehmigungsverfahren gemäss Art. 18d E-BWIS zutrifft, ist nicht restlos klar. - Aus grundrechtlicher Sicht ist es nicht ohne Belang, ob der Entscheid über die Genehmigung (Art. 18d E-BWIS) im Verfahren der Aktenzirkulation – gemäss Art. 41 VGG der Regelfall im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht – oder aber gestützt auf eine mündliche Beratung getroffen wird.

Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht Wege finden wird, Fragen dieser Art zu beantworten, erscheint eine gesetzgeberische Klarstellung der hier angesprochenen Verfahrensfragen angesichts der Grundrechtssensibilität der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung und angesichts der wichtigen rechtsstaatlichen (Kompensations-) Funktion des richterlichen Genehmigungsverfahrens dringend angezeigt.¹⁰⁷

cc. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist es wichtig (und zu begrüssen), dass das Genehmigungsverfahren durch einen schriftlich begründeten Antrag eingeleitet werden muss (Art. 18d Abs. 1 E-BWIS). Dieser

102 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.32). 103 Denkbar wäre auch eine entsprechende Klarstellung im Verwaltungsgerichtsgesetz. – Die «BWIS II»-Vorlage sieht keine Ergänzung des VGG vor, obwohl das Genehmigungsverfahren keinem der bisherigen Verfahrenstypen entspricht. Angesichts verschiedener Unklarheiten (vgl. hinten bb.) sollte eine Ergänzung des VGG in Betracht gezogen werden. 104 So die gesetzliche Regelung für die richterliche Genehmigung der Telefonüberwachung im Rahmen des BÜPF (Art. 7) und (künftig) der StPO. 105 Dass es um einen Kollegialentscheid geht, ergibt sich aus den aktuell geltenden allgemeinen Regeln für das Bundesverwaltungsgericht. Da es sich beim Verfahren gemäss Art. 18d E-BWIS nicht um ein Präsidiumsgeschäft im Sinne von Art. 15 VGG handelt und auch keine Zuständigkeit eines anderen Organs (Art. 16 ff. VGG) gegeben ist, ist davon auszugehen, dass die Entscheidung über die Genehmigung in die Zuständigkeit einer der (heute fünf) Abteilungen fällt (Art. 19 VGG). Die nähere Festlegung hat im Rahmen des vom Gesamtgericht erlassenen Geschäftsreglements zu erfolgen (VGR; SR 173.320.1). Nach den allgemeinen Regeln (Art. 14 ff. VGG) entscheiden die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Spruchkörper); sie entscheiden in Fünferbesetzung, wenn der Präsident beziehungsweise die Präsidentin dies im Interesse der Rechtsfortbildung oder der Einheit der Rechtsprechung anordnet (Art. 21 VGG). Die Bildung der Spruchkörper innerhalb der jeweils zuständigen Abteilung ist auf Reglementsstufe zu regeln (Art. 24 VGG). 106 Vgl. M. MÜLLER, in: Auer u.a. (Hrsg.), Kommentar VwVG, Art. 5, N 28. 107 Nicht minder dringend erscheint der Klarstellungs- und Ergänzungsbedarf beim – hier nicht näher untersuchten – Verfahren betreffend Schaffung einer Tarnidentität (gemäss Art. 14c und 14d i.V.m. Art. 18d Abs. 4 E-BWIS), zumal es dort um wichtige Fragen betreffend die Rechtsstellung einer Person geht.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 272

Antrag soll das – mit einer schwierigen Aufgabe betraute – Bundesverwaltungsgericht in die Lage versetzen, die Rechtmässigkeit (insb. Grundrechtskonformität) zu überprüfen. Aus grundrechtlicher Sicht sollen die Angaben im Antrag dem Bundesverwaltungsgericht namentlich eine Beurteilung erlauben – betreffend das Erreichen der Eingriffsschwelle, -

betreffend die Intensität des Grundrechtseingriffs, - betreffend das Gewicht der Gefahr bzw. der betroffenen Schutzgüter.

Für die Beurteilung der Erforderlichkeit eines Einsatzes (Art. 18b Bst. c E-BWIS) ist es wichtig, dass dem Bundesverwaltungsgericht bekannt ist, - dass und weshalb eine Informationsbeschaffung nach Art. 14 BWIS erfolglos geblieben ist bzw. - dass und weshalb die Beurteilung der Gefährdung ohne den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde.

Die Vorgaben betreffend den Inhalt des Antrags (Art. 18d Abs. 1 E-BWIS) erscheinen unter diesem Blickwinkel nicht optimal. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt immerhin über die Möglichkeit, den Antrag zur Ergänzung an das Bundesamt zurückzuweisen (Art. 18d Abs. 3 E-BWIS), wenn es nicht über alle für die Beurteilung des Antrags erforderlichen Informationen verfügt. Gleichwohl wäre es wünschenswert, die Liste mit den inhaltlichen Anforderungen betreffend den Antrag (Art. 18d Abs. 1 E-BWIS) einer Überprüfung zu unterziehen; dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Gesetzesvorlage eine rasche Entscheidung anstrebt und das Bundesverwaltungsgericht sich von Gesetzes wegen innert kurzer Fristen zum Antrag äussern soll (Art. 18d Abs. 3 E-BWIS).

dd. Der Überprüfungsauftrag des Bundesverwaltungsgerichts wird in Art. 18d Abs. 3 E-BWIS mit den folgenden Worten definiert:

«3 Das Bundesverwaltungsgericht prüft [...], ob die Voraussetzungen, der Zweck und der beabsichtigte Vollzug [...] den Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechen.»
[Hervorhebung hinzugefügt]

Gerichte sind gewöhnlich damit betraut, nicht bloss die Gesetzmässigkeit, sondern die Rechtmässigkeit integral zu überprüfen. Gerade vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Problematik leuchtet es nicht ein, weshalb hier als Massstab einzig das BWIS dienen soll und nicht auch die Grundrechte¹⁰⁸ bzw. das Bundesrecht insgesamt (wie im Verwaltungsprozessrecht üblich). Im Rahmen eines späteren Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht (Art. 29a E-BWIS) kann nicht bloss eine Verletzung des BWIS geltend gemacht werden, sondern die Verletzung von Bundesrecht schlechthin.¹⁰⁹ Auch das letztinstanzlich zur Entscheidung berufene Bundesgericht kann die Bundesrechts- und die Völkerrechtskonformität umfassend prüfen (vgl. Art. 95 BGG). In diesem Sinne sieht der ebenfalls im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage beantragte Art. 14a Abs. 4 E-BWIS vor:¹¹⁰

«4 Die unabhängige Kontrollinstanz nach Artikel 99a des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 überwacht die Rechtmässigkeit der Funkaufklärung.» [Hervorhebung hinzugefügt]

¹⁰⁸ Rein formal betrachtet werden «die Grundrechte» (gemäss Bundesverfassung und den für die Schweiz verbindlichen internationalen Garantien) durch Nennung in Art. 18b Bst. c E-BWIS in den gesetzlichen Prüfungsmassstab «hereingeholt». Dies ist aber aus mehreren Gründen kein adäquater Ersatz für eine direkte richterliche Überprüfung am Massstab der Grundrechtsgarantien gemäss BV und EMRK. Entsprechendes gilt für die Überprüfung am Massstab des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV). Dieses sollte eigenständig und nicht bloss in «mediatisierter» Form (Art. 18b E-BWIS) als Prüfungsmassstab herangezogen werden können. ¹⁰⁹ D.h. Verfassung, Gesetze, Verordnungen des Bundes und, soweit unmittelbar anwendbar, das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht. Vgl. B. SCHINDLER, in: Auer u.a. (Hrsg.), Kommentar VwVG,

Art. 49, N. 24. 110 Ähnlich auch Art. 18d VE-BWIS (Vernehmlassungsvorlage), wonach das Bundesverwaltungsgericht «Stellung zur Rechtmässigkeit» der beantragten Massnahmen zu nehmen hat. – Vgl. auch Art. 7 Abs. 3 BÜPF: «Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte gerechtfertigt ist.» Die Formulierung impliziert eine Überprüfung der Rechtmässigkeit insgesamt (nicht bloss der Vereinbarkeit mit dem BÜPF).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 273

Auch für das Genehmigungsverfahren gemäss Art. 18d E-BWIS sollte im Gesetz ausdrücklich als Massstab die Rechtmässigkeit, nicht bloss die Vereinbarkeit mit dem BWIS, genannt werden.¹¹¹ Art. 18d Abs. 3 E-BWIS sollte entsprechend angepasst werden.¹¹²

ee. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass das Genehmigungsverfahren vor Bundesverwaltungsgericht dazu gedacht ist und, trotz schwieriger Entscheidungssituation, prinzipiell auch dazu geeignet ist, eine rechtsstaatlich wichtige Sicherungsfunktion zugunsten der betroffenen Grundrechte zu übernehmen. Die in richterlicher Unabhängigkeit ausgeübte Garantenfunktion des Bundesverwaltungsgerichts stösst aber an Grenzen. Denn die Überprüfung erfolgt vor dem Einsatz der besonderen Mittel, d.h. in einem Zeitpunkt, in welchem eine erschöpfende und abschliessende Beurteilung der Grundrechtskonformität noch nicht möglich ist. Das richterliche Genehmigungsverfahren macht den späteren Rechtsschutz (Art. 29a E-BWIS) somit nicht entbehrlich. f. Insbesondere: das Anordnungsverfahren (Art. 18e E-BWIS) aa. Das Anordnungsverfahren gemäss Art. 18e E-BWIS dient der wirksamen Sicherung der Grundrechte, indem es dafür sorgt, dass die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung nur eingesetzt werden können, wenn die Zustimmung zweier Mitglieder der Landesregierung (Vorsteher/in EJPD und VBS) – d.h. von politisch verantwortlichen Magistratspersonen (Art. 37 Abs. 1 RVOG) – vorliegt. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Verfahren betreffend Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss BÜPF bzw. künftiger StPO.

Die organisatorische Zusammenführung der zivilen Nachrichtendienste im VBS ist im hier zu beurteilenden bundesrätlichen Entwurf vom 15. Juni 2007 noch nicht berücksichtigt. Die Frage der Zuständigkeitsverteilung stellt sich daher neu. Das Konsultationsverfahren nach dem Modell von Art. 18e Abs. 2 E-BWIS wird in den Erläuterungen zur Vernehmlassungsvorlage vorab mit Koordinationsbedürfnissen begründet (Vermeidung von Doppelspurigkeiten im Verhältnis DAP / Strategischer Nachrichtendienst).¹¹³ Ein Verfahren mit zweifacher Zustimmung kann auch unter veränderten organisatorischen Gegebenheiten Sinn machen. Die Entscheidung über den Einsatz besonderer Mittel der Informationsbeschaffung ist breiter abgestützt, und man kann dem auf dieser Entscheidungsstufe zu gewärtigenden Vorwurf, der Einsatzentscheid sei von (partiell)politischen Überlegungen mitgeprägt, leichter begegnen.

bb. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen dem Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) und der Überwachung gemäss BÜPF (künftig StPO) zeigt sich darin, dass der Einsatz im Bereich der Strafverfolgung bereits vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beginnen kann (Art. 7 BÜPF bzw. Art. 275 StPO), während die Anordnung zum Vollzug der besonderen Mittel gemäss Art. 18a ff. E-BWIS erst nach Vorliegen der richterlichen Genehmigung angeordnet werden darf (Art.

18 Abs. 2 E-BWIS). Eine Ausnahme bildet das Dringlichkeitsverfahren gemäss Art. 18f E-BWIS (dazu hinten g.). Die Verfahrenshürden sind damit wesentlich höher als im Bereich der Strafverfolgung. Dies wird noch durch das ausdrücklich statuierte Delegationsverbot (Art. 18e Abs. 2 E-BWIS in fine) unterstrichen.¹¹⁴

cc. Unter rechtsstaatlichem Blickwinkel vermag nicht ganz zu befriedigen, dass die rechtliche Qualifikation des Entscheiders in der Schwebe bleibt. Gemäss Art. 18e Abs. 1 E-BWIS stellt das Bundesamt dem Departementsvorsteher bzw. der Departementsvorsteherin Antrag. Dies deutet darauf hin, dass der Departementsvorsteher bzw. die Departementsvorsteherin den förmlichen und verbindlichen verfahrensabschliessenden Entscheid trifft. In Art. 18e Abs. 3 E-BWIS ist dann allerdings davon die Rede, dass der Vollzug «mit zusätzlichen Einschränkungen und Auflagen versehen werden» kann (Hervorhebung nur hier). Dies könnte so verstanden werden, dass der Entscheid des Departements-

111 Die Rechtmässigkeit sollte auch im Verfahren betreffend die Genehmigung des Mitteilungsverzichts bzw. – aufschubs gemäss Art. 18i i.V.m. Art. 18d E-BWIS als Massstab dienen. In der Botschaft «BWIS II» wird im fraglichen Zusammenhang richtigerweise von der Überprüfung der Rechtmässigkeit gesprochen (vgl. BBl 2007 5103).
112 Es handelt sich hierbei nicht um eine verfassungsrechtlich zwingend gebotene Anpassung. – Bei dieser Gelegenheit sollte auch eine redaktionelle Unebenheit beseitigt werden: Der Begriff «Voraussetzungen» und das Verb «entsprechen» passen sprachlich schlecht zusammen.
113 Vgl. Erläuternder Bericht vom 5. Juli 2006, S. 52 (zu Art. 18e Abs. 2 und 3 VE-BWIS).
114 Der Gesetzeswortlaut und auch die Erläuterungen in der Botschaft lassen nicht klar erkennen, ob das Delegationsverbot nur für den Entscheid des Vorstehers bzw. der Vorsteherin EJPD oder auch für die Zustimmung des Vorstehers bzw. der Vorsteherin VBS gelten sollen. Eine redaktionelle Klarstellung erscheint wünschenswert.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 274

vorstehers bzw. der Departementsvorsteherin eher Genehmigungscharakter hat.¹¹⁵ Im Interesse einer klaren Zuordnung rechtlicher und politischer Verantwortlichkeiten erscheint eine Klarstellung (eigenständiger Entscheid, nicht bloss Genehmigung) wünschenswert. g. Insbesondere: das Dringlichkeitsverfahren (Art. 18f E-BWIS) aa. Das Dringlichkeitsverfahren gemäss Art. 18f E-BWIS bildet insofern einen neuralgischen Punkt im System der verfahrensmässig-organisatorischen Sicherungen, als die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung hier, wenn auch nur vorübergehend, ohne vorherige richterliche Prüfung und Genehmigung und ohne das Placet der zuständigen Mitglieder des Bundesrates zum Einsatz kommen können. Art. 18f Abs. 1 E-BWIS nennt eine einzige Voraussetzung, nämlich dass «Gefahr im Verzug» ist. Dabei handelt es sich um einen zwar unbestimmten, aber im Polizeirecht geläufigen Begriff.¹¹⁶ Der Begriff steht für eine Zuständigkeitsverschiebung: Eine an sich nicht zuständige Instanz wird ermächtigt, die fragliche Massnahme an Stelle der im Regelfall zuständigen Behörde anzuordnen.¹¹⁷ An den sonstigen Voraussetzungen des Handelns ändert sich durch diese Kompetenzverlagerung nichts. Art. 18f E-BWIS muss in diesem Sinne dahingehend verstanden werden, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 18a ff. (inkl. Art. 18k–18m) E-BWIS auch im Falle des Dringlichkeitsverfahrens erfüllt sein müssen.¹¹⁸

bb. Nicht ohne weiteres klar ist, was in dem hier interessierenden Zusammenhang unter «Gefahr [im Verzug]» genau zu verstehen ist. Nach allgemeinem polizeirechtlichem Verständnis dieser Rechtsfigur (Gefahrenabwehr)¹¹⁹ kann nur eine konkrete Gefahr für das polizeilich zu schützende Rechtsgut «im Verzug» sein, wenn der Gefahrenbegriff nicht jede Kontur verlieren soll.¹²⁰ Bei einem Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung im Interesse der (Früh-) Erkennung von Gefahren¹²¹ geht es aber erst um die nähere Abklärung eines Gefahrenverdachts (Gefahreneerforschungsmassnahme). Ob überhaupt eine konkrete Gefahr besteht, ist unsicher (vgl. vorne II.1.c.). Ausgehend vom herkömmlichen polizeirechtlichen Verständnis fällt es schwer, in dieser Konstellation von «Gefahr im Verzug» zu sprechen. Der Einsatz des Dringlichkeitsverfahrens, so wie in Art. 18f E-BWIS normiert, kann daher wohl nur in Betracht kommen, wenn es um den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung «für das [...] Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit» geht (Art. 18a Abs. 1 E-BWIS, zweite Alternative; Hervorhebung hinzugefügt).

Das in der Botschaft angeführte Beispiel für «Gefahr im Verzug» –

«Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine wichtige Zielperson überraschend in die Schweiz einreist und ab der Einreise intensiv – beispielsweise auch durch Überwachung des Fernmeldeverkehrs – überwacht werden muss.»

– hinterlässt vor diesem Hintergrund einen etwas zwiespältigen Eindruck. Die Tatsache allein, dass eine wichtige Zielperson «überraschend in die Schweiz einreist», vermag noch keine Gefahr im Sinne des herkömmlichen polizeirechtlichen Verständnisses der Rechtsfigur der «Gefahr im Verzug» zu begründen. Entscheidend ist, aus welchen Gründen die fragliche Person «überwacht werden muss».

¹¹⁵ Auch die Wendung «den Einsatz [...] zum Vollzug anordnen» (Art. 18e Abs. 2 E-BWIS) und die Erläuterungen in der Botschaft «BWIS II» («auf den Vollzug der Massnahme verzichten»; BBl 2007 5100) könnten so verstanden werden, dass die Anordnungskompetenz eigentlich beim Bundesamt liegt und der Departementsvorteher bzw. die Departementsvorsteherin über eine (blosse) Genehmigungskompetenz verfügt. ¹¹⁶ Vgl. vorne II.1.c. – Vgl. auch Art. 7 BWIS und Art. 4 VWIS (dort als «Gefahr in Verzug» bezeichnet), wo die «Gefahr im Verzug»-Klausel, anders als in der «BWIS II»-Vorlage, jeweils das föderalistische Verhältnis betrifft (Koordination Bund-Kantone; Übernahme der Leitung durch den DAP bei Gefahr im Verzug). ¹¹⁷ Vgl. z.B. SCHOCH, N. 100; DENNINGER, E 64. ¹¹⁸ Im Interesse der Regelungsklarheit erscheint es wünschenswert, dass dies im Wortlaut von Art. 18f E-BWIS deutlicher zum Ausdruck kommt. ¹¹⁹ Strafprozessualen Vorschriften liegt dagegen typischerweise ein anderes Verständnis des Begriffs «Gefahr im Verzug» zugrunde (vgl. z.B. Art. 213, Art. 241 und Art. 263 der künftigen eidgenössischen StPO): Hier geht es nicht um den Schutz allgemeiner polizeilicher Schutzgüter, sondern um das spezifische Risiko eines Beweismittelverlustes. Vgl. CARMEN TROCHSLER-HUGENTOBLER/ADRIAN LOBSIGER, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: SBVR III/1, 298, 303. ¹²⁰ Vgl. z.B. Schoch, N. 100: Gefahr im Verzug «meint eine Sachlage, bei der ein Schaden eintreten würde, wenn nicht an Stelle der zuständigen Behörde eine andere Behörde tätig wird.» Schaden ist hier zu verstehen als: Schaden für ein polizeiliches Schutzgut. ¹²¹ Art. 18a Abs. 1 E-BWIS, erste Alternative: «Erkennen [...] einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit».

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 275

(Im Beispiel werden diese Gründe nicht spezifiziert.) Die blosser «Gefahr», dass die Zielperson ebenso überraschend die Schweiz wieder verlässt, ohne dass man den Aufenthalt in der Schweiz für die Gewinnung von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen nutzen konnte, begründet für sich allein noch keine «Gefahr im Verzug» im herkömmlichen polizeirechtlichen Sinn.¹²² Eine solche Gefahr dürfte umgekehrt zu bejahen sein, wenn beispielsweise ein sofortiger Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung unerlässlich ist, «um die Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder Quellen des Bundesamtes zu gewährleisten» (Art. 18b Bst. a E-BWIS).

Wenn das Dringlichkeitsverfahren auch in Fällen zum Zuge kommen soll, bei denen es nicht um eine «Gefahr im Verzug» nach herkömmlichem polizeirechtlichem Verständnis geht (sondern eher um eine Art Pendant zur strafprozessualen «Beweissicherung»), so müssten aus rechtsstaatlich-demokratischen Gründen die Voraussetzungen in Art. 18f E-BWIS anders formuliert werden, und es müssten die bei einem Mitteleinsatz im blossen Gefahrenvorfeld nötigen organisatorisch-verfahrensmässigen Vorkehren zum Schutz der Grundrechte getroffen werden.

cc. Im Sinne einer verfahrensmässigen Absicherung verlangt Art. 18f Abs. 1 E-BWIS, dass die Anordnung vom Direktor des Bundesamtes getroffen wird. Diese gesetzgeberische Fixierung der Zuständigkeit auf Stufe Amtsdirektor entspricht einer bekannten Rechtsfigur («Behördenleiter-Vorbehalt») und erscheint hier sinnvoll.¹²³ Aus rechtsstaatlicher Sicht wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzeswortlaut selbst deutlich zum Ausdruck bringt, dass das zuständige Bundesratsmitglied sofort¹²⁴ zu orientieren ist und dass die Anordnung schriftlich festzuhalten ist.

dd. Gemäss Art. 18f Abs. 2 E-BWIS muss das Genehmigungsverfahren innert 24 Stunden eingeleitet werden. Wenn das Bundesverwaltungsgericht die Genehmigung verweigert oder die Vorsteherin bzw. der Vorsteher des EJPD nicht innert 48 Stunden den weiteren Vollzug anordnet, so muss das Bundesamt Dossiers, Datenträger und alle aus dieser Informationsbeschaffung stammenden Daten umgehend zurückziehen und vernichten (bzw. ihre Vernichtung verlangen). Rechnet man die gesetzlichen Fristen zusammen, dann kann ein Einsatz bis zu 96 Stunden ohne richterliche Genehmigung erfolgen, gegebenenfalls bis zu weitere 48 Stunden (maximal 120 Stunden) ohne Plazet der politischen Ebene.¹²⁵

Trotz dieser Sicherungen und Limitierungen und trotz der ausdrücklich statuierten Pflicht zur sofortigen Einstellung (Art. 18g Bst. d und Bst. e E-BWIS) und zur Folgenbeseitigung (Art. 18f Abs. 4 E-BWIS) bei Ausbleiben der nachträglichen Genehmigung bzw. Zustimmung bleibt das Dringlichkeitsverfahren aus rechtsstaatlich-grundrechtlicher Sicht problematisch. Zur Verbesserung der nachträglichen Kontrollmöglichkeiten erscheint es wünschenswert, im Gesetz ausdrücklich vorzusehen, dass im Rahmen der Orientierungen des Bundesrates und der Geschäftsprüfungsdelegation (Art. 27 Abs. 1bis E-BWIS) jeweils auch die Anzahl und Dauer der Dringlichkeitsverfahren und die Anzahl diesbezüglicher negativer Entscheide bzw. abgelehnter Anträge gesondert ausgewiesen wird. h. Ausgestaltung des Rechtsschutzes (Art. 29a E-BWIS) aa. Ein wirksamer Rechtsschutz ist – gerade beim hier interessierenden präventivpolizeilichen Einsatz besonderer Überwachungsmethoden – ein unentbehrliches Element rechtsstaatlicher Kontrolle, wie die

einschlägigen Leitentscheidungen des Bundesgerichts (insb. BGE 109 Ia 273 ff., Vest) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (insb. Urteil vom 6. September 1978 in Sachen Klass) betonen.¹²⁶ Bei der vom Bundesgericht anerkannten Möglichkeit der Kompensation normativer Unbe-

122 Im Beispiel klingt das strafprozessuale Verständnis des Begriffs «Gefahr im Verzug» (Risiko eines Beweismittelverlustes) an. Im präventivpolizeilichen Bereich geht es aber um Gefahrenabwehr, nicht um Beweissicherung. Vgl. CARMEN TROCHSLER-HUGENTOBLER/ADRIAN LOBSIGER, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: SBVR III/1, 298 und 303. 123 Anders als Art. 18e Abs. 2 in fine E-BWIS statuiert Art. 18f E-BWIS kein ausdrückliches Delegationsverbot. Stellvertretung im Verhinderungsfall dürfte möglich sein (durch den stellvertretenden Direktor). Hingegen sollte in diesem besonders grundrechtssensiblen Bereich die Anwendung der allgemeinen Regel des Art. 49 Abs. 3 RVOG («Die Direktoren und Direktorinnen der Gruppen und Ämter regeln für ihren Bereich die Unterschriftenberechtigung.») ausgeschlossen sein. Eine ausdrückliche Regelung in diesem Sinn erscheint wünschenswert. 124 In diesem Sinne Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5100. 125 Zum Vergleich: Im Rahmen des BÜPF (das wegen eines anderen Regelungsansatzes kein Dringlichkeitsverfahren kennt und braucht) dauert die Einsatzphase ohne richterliche Genehmigung maximal 120 Stunden (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 BÜPF; analog Art. 274 Abs. 2 StPO). 126 Die beiden hier erwähnten Urteile werden in der bundesrätlichen Botschaft mehrfach angesprochen.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 276

stimmtheit «durch verfahrensrechtliche Garantien»¹²⁷ spielt gerade auch die Möglichkeit des Individuums, wenigstens nach erfolgtem Eingriff ein Gericht anzurufen und seine Rechte wirksam geltend zu machen, eine ganze entscheidende Rolle (Ausgleich durch Rechtsschutz ex post). Diese zweite (nachträgliche) unabhängige gerichtliche Kontrolle ist aus grundrechtlicher Sicht auch deshalb unentbehrlich, weil die erste (präventive) richterliche Kontrolle – im Rahmen des Genehmigungsverfahrens (Art. 18d E-BWIS) – wegen des Überprüfungszeitpunkts zwangsläufig an Grenzen stösst (vgl. vorne 4.e.). Für den nachträglichen Rechtsschutz wiederum ist bei geheim gehaltenen Überwachungsmaßnahmen entscheidend, dass die betreffende Person vom Grundrechtseingriff überhaupt Kenntnis erlangt (vgl. hinten 4.i.).

bb. Unter dem Titel «Verfahren und Rechtsschutz» soll im BWIS ein neuer Art. 29a BWIS eingefügt werden, und zwar mit folgendem Wortlaut:

«1 Gegen die gestützt auf dieses Gesetz von Bundesorganen erlassenen Verfügungen steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerdeentscheide sind an das Bundesgericht weiterziehbar. 2 Die Beschwerdefrist gegen Handlungen, die dem Verfahren nach den Artikeln 18d, 18e und 18f unterliegen, beginnt mit der Mitteilung nach Artikel 18i zu laufen. 3 Mit der Beschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes geltend gemacht werden. 4 Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege.»

Nach der allgemeinen Regel, wonach eine jüngere und speziellere Norm einer älteren und allgemeineren Norm vorgeht, ist davon auszugehen, dass Art. 29a Abs. 1 Satz 1 E-BWIS die bisher einschlägige (und weiter fortbestehende) Ausnahmeklausel des Verwaltungsgerichtsgesetzes (Art. 32 VGG¹²⁸) im Anwendungsbereich des BWIS verdrängt, so dass der Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht offen steht.¹²⁹ Eine Öffnung erfährt auch der Beschwerdeweg an das Bundesgericht, indem Art. 29a Abs. 1 Satz 2 E-BWIS eine entsprechende Verdrängung der (fortbestehenden) Ausnahmeklausel des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 83 Bst. a BGG¹³⁰) bewirkt, dies ebenfalls beschränkt auf den Anwendungsbereich des BWIS. Im Interesse der Rechtsklarheit erscheinen entsprechende Präzisierungen im VGG und im BGG selbst wünschenswert.

cc. Abweichend von den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege schliesst Art. 29a Abs. 3 E-BWIS für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (implizit) die sonst zulässige Rüge der Unangemessenheit (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG) aus. Diese Einschränkung des Spektrums der Beschwerdegründe vor Bundesverwaltungsgericht ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die beschwerdeführende Partei kann im Rahmen des Art. 29a Abs. 3 E-BWIS die Verletzung von Bundesrecht¹³¹ sowie Sachverhaltsrügen geltend machen.¹³² Damit erfüllt Art. 29a Abs. 3 E-BWIS die aus der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) fließenden Anforderungen.¹³³

127 BGE 128 I 327, 340. Vgl. auch BGE 109 Ia 273, 284; EGMR, Urteil vom 6. Juni 1978, Klass und andere gegen Deutschland (Fn. 27), §§ 50 ff. 128 Die Bestimmung lautet: «1 Die Beschwerde ist unzulässig gegen: a. Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt; [...]» 129 Die Botschaft «BWIS II» spricht davon, dass Art. 32 VGG «präzisiert» werde (BBl 2007 5114). 130 Die Bestimmung lautet: «Die Beschwerde ist unzulässig gegen: a. Entscheide auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt; [...]» 131 Der Begriff «Bundesrecht» umfasst im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auch die für den Bund verbindlichen Normen des Völkerrechts. Vgl. B. SCHINDLER, in: Auer u.a. (Hrsg.), Kommentar VwVG, Art. 49 N. 24. 132 Aus gesetzgebungstechnischer Sicht vermag die Bestimmung nicht ganz zu befriedigen, weil nicht ohne weiteres klar wird, ob die in Abs. 3 genannten Rügemöglichkeiten auch in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht (vgl. Art. 29a Abs. 1 Satz 2 E-BWIS) gelten sollen. Dies würde auf eine Erweiterung der Beschwerdegründe hinauslaufen, da das Bundesgericht nach den allgemeinen Regeln (Art. 97 BGG) nur eine begrenzte Sachverhaltskontrolle vornehmen kann. Eine redaktionelle Klarstellung im Gesetz erscheint wünschenswert. 133 Vgl. dazu BIAGGINI, Komm. BV, N 8 zu Art. 29a. – Die Rechtsweggarantie der Bundesverfassung (Art. 29a BV) geht im hier interessierenden Kontext mindestens so weit wie die Garantien gemäss Art. 6 und Art. 13 EMRK, so dass hier diesbezüglich keine vertiefte Überprüfung erforderlich ist.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 277

dd. Gemäss Art. 29a Abs. 2 E-BWIS beginnt «die Beschwerdefrist gegen Handlungen, die dem Verfahren nach den Artikeln 18d, 18e und 18f unterliegen»¹³⁴, mit der Mitteilung

nach Artikel 18i E-BWIS zu laufen.¹³⁵ Hier findet die Schlüsselfunktion der Mitteilungspflicht für die Verwirklichung eines wirk- samen Grundrechtsschutzes sichtbaren Ausdruck: Nur wer nachträglich vom verdeckt durchgeführten Einsatz der besonderen Mittel gemäss Art. 18a ff. E-BWIS erfährt, hat Anlass und Chance, den Rechtsweg zu beschreiten und eine unabhängige gerichtliche Beurteilung der Grundrechtskonformität des behördlichen Handelns zu erwirken. Erweist sich eine Beschwerde als begründet, so kann das angerufene Gericht das Rad der Zeit natürlich nicht einfach zurückdrehen und den bereits durchge- führten verdeckten Einsatz der besonderen Mittel ungeschehen machen. Die überwachte Person muss im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes aber jedenfalls die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Einsatzes erwirken können. Es muss ihr darüber hinaus auch die Möglichkeit zustehen, die Beseitigung der Folgen einer unrechtmässigen Datenerhebung zu verlangen (insb. Rückzug und Vernichtung der unrechtmässig beschafften Daten¹³⁶). Dies muss in Art. 29a E-BWIS nicht unbedingt eigens normiert werden, da diese Anliegen aufgrund der zur Anwendung gelangenden allgemeinen Regeln der Bundesrechtspflege hinreichend sichergestellt sein sollten.

ee. Der in Art. 29a Abs. 2 E-BWIS verwendete Begriff «Handlungen» ist im verfahrensrechtlichen Kon- text unüblich, führt aber nicht zu einer Einschränkung, sondern tendenziell zu einer Ausweitung des Rechtsschutzes, der im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sonst typischerweise an einen förmlichen Akt (Verfügung) anknüpft (Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).¹³⁷ Es ist theoretisch möglich, dass eine betroffene Person bereits vor der behördlichen Mitteilung vom Einsatz besonderer Mittel der Informationsbeschaffung Kenntnis erlangt. Eine – gemessen an der gesetzlichen Definition des Fris- tenbeginns – «vorzeitige» Beschwerdeführung erscheint durch Art. 29a Abs. 2 E-BWIS nicht ausge- schlossen. Die Verfahrensfairness ist insoweit gewahrt. i. Mitteilungsverzicht bzw. –aufschub (Art. 18i Abs. 2 E-BWIS) aa. Art. 18i E-BWIS auferlegt dem Bundesamt die Pflicht, der überwachten Person sowie den mitbe- troffenen Dritten (vgl. Art. 18c E-BWIS) nach Abschluss der Operation binnen Monatsfrist Grund, Art und Dauer der Überwachung mit besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung mitzuteilen. Dabei handelt es sich um eine wichtige, unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes unentbehrliche Schlüs- selbestimmung der Gesetzesvorlage. Ohne die durch die Mitteilungspflicht gesicherte Kenntnisgabe an die betreffenden Personen könnte der Rechtsschutz nicht greifen und wäre die Wirksamkeit der Grundrechte entscheidend geschmälert.

Der an die nachträgliche Mitteilung anschliessende zweistufige gerichtliche Rechtsschutz (Art. 29a Abs. 1 E-BWIS) genügt den Anforderungen der neuen verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV).¹³⁸

bb. Die Mitteilungspflicht muss, soll sie ihre Funktion erfüllen, mit Blick auf den Personenkreis so ge- fasst sein, dass alle Personen, deren Grundrechte berührt und potenziell verletzt sind, die Chance haben, Beschwerde zu erheben. Zu diesem Kreis gehören jene Personen, gegen die sich der Ver- dacht (Art. 18b Bst. a E-BWIS) und der Einsatz des besonderen Mittels richtet. Weiter können zu die- sem Kreis auch Dritte gehören sowie allenfalls betroffene Mitarbeiter bzw. Informanten des Bundes- amtes (in deren Privatsphäre möglicherweise ohne ihr Wissen eingegriffen wird).

Gemäss Art. 18i Abs. 1 E-BWIS besteht die Mitteilungspflicht gegenüber «der überwachten Person und den nach Artikel 18c von den Massnahmen mitbetroffenen Dritten». Nicht ganz

klar ist, wie es sich mit den in Art. 18b Bst. a E-BWIS separat angesprochenen Organisationen oder Gruppierungen verhält. Durch geeignete Interpretation der Begriffe «Person» bzw. «Dritte» (Art. 18i Abs. 1 E-BWIS) im Lichte von Art. 18b Bst. a E-BWIS dürfte sich auf dem Weg der Auslegung eine sachgerechte Lösung finden lassen.

134 Diesem Verfahren unterliegen neben den drei besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung (Art. 18k–18m E-BWIS) auch die Funkaufklärung (Art. 14a Abs. 4 E-BWIS) und das Ausstatten bestimmter Personen mit einer Tarnidentität (Art. 14c und Art. 14d E-BWIS). 135 Die Frage der genauen verwaltungs(verfahrens)rechtlichen Qualifikation der nachträglichen «Mitteilung» kann hier angesichts der gesetzgeberischen Festlegung offen bleiben. 136 In diesem Sinne Art. 18 Abs. 4 E-BWIS für den Spezialfall des nachträglich nicht genehmigten dringlichen Einsatzes. 137 In der Botschaft «BWIS II» werden die entsprechenden Entscheide als Verfügungen qualifiziert (BBl 2007 5114). 138 Auch die Anforderungen der EMRK können als erfüllt angesehen werden.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 278

Unklar bleibt weiter auch, unter welchem Titel in Art. 18i E-BWIS die Mitarbeiter und Informanten des Bundesamtes erfasst werden. Ein Lösungsansatz könnte darin bestehen, dass man den Begriff der «überwachten Person» weit auslegt; ein anderer darin, dass man den Begriff des «mitbetroffenen Dritten» entsprechend weit versteht (was sich freilich mit der Bezugnahme auf Art. 18c E-BWIS im Gesetzeswortlaut nicht ohne weiteres verträgt). Noch besser wäre es freilich, wenn man den Wortlaut des Art. 18i Abs. 1 E-BWIS etwas präziser fassen würde.¹³⁹

cc. Die in Art. 18i Abs. 1 E-BWIS genannte Frist von einem Monat nach Abschluss der Operation ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Der Inhalt der Mitteilung wird in eher knappen Worten umschrieben («Grund, Art und Dauer der Überwachung»). Die Bestimmung ist grundrechtskonform so zu interpretieren, dass die Mitteilung all jene Elemente umfassen muss, die für eine wirksame Wahrnehmung der Beschwerdemöglichkeiten erforderlich sind.

dd. Die Mitteilungspflicht soll gemäss «BWIS II»-Vorlage nicht uneingeschränkt gelten. Art. 18i Abs. 2 E-BWIS sieht die folgenden, angesichts des Normwortlauts als abschliessend zu verstehenden Ausnahmen vor:

«2 Die Mitteilung kann aufgeschoben oder von ihr kann abgesehen werden, wenn: a. dies notwendig ist, um eine laufende Informationsbeschaffung oder ein laufendes rechtliches Verfahren nicht zu gefährden; b. dies wegen eines anderen überwiegenden öffentlichen Interesses zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit nötig ist oder die Beziehungen der Schweiz zum Ausland es erfordern; c. durch die Mitteilung Dritte erheblich gefährdet werden könnten; oder d. die betroffene Person oder die Drittperson nicht erreichbar sind.»

Aus der Sicht der vom Einsatz eines besonderen Mittels betroffenen Person und ihrer Grundrechte ist diese Bestimmung von ganz zentraler Bedeutung. Denn bei einem Mitteilungsaufschub bzw. -verzicht fehlt, praktisch gesehen, der Anknüpfungspunkt für ein Beschwerdeverfahren. Ein Mitteilungsverzicht verhindert nicht nur die Inanspruchnahme der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bzw. des Rechts auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK), sondern verunmöglicht es gleichzeitig auch, sich wirksam gegen eine allfällige Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK)

zu wehren. Der Mitteilungsverzicht bewirkt mithin auch einen Eingriff in materielle Grundrechtsgarantien. Dies gilt sinngemäss auch für den Mitteilungsaufschub.

Mitteilungsverzicht wie Mitteilungsaufschub bedürfen daher nicht nur einer Rechtfertigung im Rahmen von Art. 29a BV bzw. Art. 13 EMRK, sondern auch einer Rechtfertigung im Sinne von Art. 36 BV bzw. Art. 8 EMRK (Einschränkung des Anspruchs auf Schutz der Privatsphäre). Da es (zumindest) beim endgültigen Verzicht auf Mitteilung¹⁴⁰ um einen schwer wiegenden Grundrechtseingriff geht und auch der faktische Ausschluss von Rechtsschutzmöglichkeiten schwer wiegt, sind die Anforderungen an eine Rechtfertigung entsprechend hoch.

Art. 18i Abs. 2 E-BWIS trägt dieser besonderen Ausgangslage insofern Rechnung, als der Mitteilungsaufschub bzw. –verzicht im qualifizierten Verfahren gemäss Art. 18d und 18e E-BWIS genehmigt und angeordnet werden muss.¹⁴¹ Es muss mit anderen Worten sowohl die Genehmigung des Bundesverwaltungsgerichts eingeholt als auch die Zustimmung von zwei Mitgliedern des Bundesrates erwirkt werden. Dies sind hohe Verfahrenshürden, die einen wichtigen Beitrag zur Sicherung der Grundrechte leisten können.

ee. Zu den einzelnen Ausnahmeklauseln¹⁴² ist – im Lichte der Kriterien des Art. 36 BV (insb. überwiegendes öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Normbestimmtheit) – zunächst Folgendes zu bemerken:

139 Neben den (in Art. 18i Abs. 1 E-BWIS angesprochenen) Dritten «nach Artikel 18c E-BWIS» könnten auch noch weitere Dritte betroffen und in ihren Grundrechten verletzt sein (z.B. Gesprächsteilnehmer). Auch diese weiteren Dritten müssen gegebenenfalls die Chance haben, den Rechtsweg zu beschreiten. 140 Ein vorläufiger Verzicht auf Mitteilung (Mitteilungsaufschub) wiegt je nach Umständen mehr oder weniger schwer. 141 Anders als Art. 18d E-BWIS statuiert Art. 18i E-BWIS keine Vorgaben betreffend den beim Bundesverwaltungsgericht zu stellenden Antrag. Angesichts der unterschiedlichen Informations- und Interessenlage – wenn keine überzeugenden Argumente angeführt werden, wird das Bundesverwaltungsgericht die Genehmigung versagen, so dass die Mitteilung erfolgen muss – erscheint dies hier grundsätzlich vertretbar. 142 Ähnlich die Ausnahmeklauseln in Art. 10 Abs. 3 BÜPF. Knapper künftig Art. 279 Abs. StPO: Wenn «der Aufschub oder das Unterlassen zum Schutze überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist».

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 279

- Gefährdung einer laufenden Informationsbeschaffung oder eines laufenden rechtlichen Verfahrens (Bst. a): Die Formulierung ist eher vage, das darin zum Ausdruck kommende Interesse aber plausibel und grundsätzlich legitim.¹⁴³ Die Klausel ist einer grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung zugänglich. Naturgemäss lässt sich im Rahmen von Bst. a nur ein Aufschub, nicht aber ein endgültiger Verzicht rechtfertigen. - Anderes überwiegendes öffentliches Interesse zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit¹⁴⁴ (Bst. b): Mit dieser sehr vagen Formulierung überantwortet der Gesetzgeber die Handhabung der Norm den rechtsanwendenden Instanzen, ohne konkrete Richtpunkte zu nennen. Die hier verwendeten Begriffe finden sich in ähnlicher Weise auch etwa in Art. 9 Abs. 2 Bst. a DSGVO oder in Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Dort ist allerdings die Tragweite der Normunbestimmtheit eine andere. Im Bereich des Art. 18i Abs. 2 E-BWIS geht es um den

(allenfalls vorläufigen) Ausschluss der Information überhaupt. Wird auf die Mitteilung (vorerst) verzichtet, so erfährt die betroffene Person nämlich nicht nur von der Überwachung, sondern auch von der (vorläufigen) Verweigerung der Mitteilung nichts. Somit ist ihr die Chance genommen, den Rechtsweg einzuschlagen und durch eine unabhängige Instanz überprüfen zu lassen, ob die Berufung auf ein «anderes überwiegendes öffentliches Interesse» gerechtfertigt war oder nicht. – Anders verhält es sich im Bereich des DSG oder des BGÖ: Die Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten oder der Auskunft über Personendaten aus Gründen der inneren oder äusseren Sicherheit ist der gesuchstellenden Person förmlich zu eröffnen. Diese kann daraufhin den Rechtsweg beschreiten (vgl. Art. 16 BGÖ; Art. 33 DSG) und gerichtlich überprüfen lassen, ob das geltend gemachte Geheimhaltungsinteresse besteht oder nicht. – Einen gewissen Ausgleich und Ersatz bietet im Falle des Mitteilungsaufschubs bzw. –verzichts gemäss Art. 18i E-BWIS das Genehmigungsverfahren vor Bundesverwaltungsgericht. Dem Gericht fällt die wichtige Aufgabe (und die entsprechende gesteigerte Verantwortung) zu, durch Ausübung seiner «Veto»-Möglichkeit eine den grundrechtlichen Anforderungen gerecht werdende Praxis zu sichern. Vor diesem Hintergrund erscheint eine grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung der Klausel prinzipiell möglich. - Beziehungen der Schweiz zum Ausland (Bst. b): Hier gelten die Überlegungen zu den «anderen überwiegenden öffentlichen Interessen» analog. - Erhebliche Gefährdung Dritter (Bst. c): Angesichts des legitimen Interesses und der Qualifizierung («erheblich») erscheint die Regelung aus grundrechtlicher Sicht vertretbar. Bei der Anwendung der Bestimmung wird unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit zu beachten sein, dass sich der Mitteilungsverzicht bzw. -aufschub nur rechtfertigen lässt, solange die Gefährdung der Drittperson anhält. Weiter werden neben den Interessen der Drittperson auch die Grundrechtsinteressen der überwachten Person gebührend in die Abwägung einzubeziehen sein.¹⁴⁵ - Fehlende Erreichbarkeit (Bst. d): Der vierte Rechtfertigungsgrund klingt zunächst plausibel, denn man kann ja von den zuständigen Stellen schlecht das Unmögliche verlangen.¹⁴⁶ Der Problemgehalt der Klausel darf aber nicht unterschätzt werden. Denn die betroffene Person weiss nicht um die Situation und hat deshalb keinen Anlass, etwas zur Klärung beizutragen. Und für die zur Kontrolle berufenen Instanzen (Bundesverwaltungsgericht, Departementsvorsteher/in) ist es, wenn überhaupt, nur sehr schwer möglich, das Fehlen der Erreichbarkeit zu überprüfen. Da gewöhnlich davon auszugehen sein wird, dass die fehlende Erreichbarkeit vorübergehender Natur ist, erscheint ein definitiver Mitteilungsverzicht gestützt auf Bst. d verfassungsrechtlich problematisch.

Die fehlende Erreichbarkeit wird nicht erwähnt. – Beim Vergleich von Art. 18 Abs. 2 E-BWIS mit den strafprozessualen Regelungen gilt es zu beachten, dass es dort eine zusätzliche Voraussetzung gibt: «Die Mitteilung kann mit Zustimmung des Zwangsmassnahmengerichts aufgeschoben oder unterlassen werden, wenn: a. die Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden; und b. [...]» (Art. 275 Abs. 2 StPO; ähnlich Art. 10 Abs. 3 BÜPF, Einleitungssatz). Diese spezifisch strafprozessuale Bedingung hat eine disziplinierende Wirkung, für die es im präventivpolizeilichen Bereich kein direktes Pendant gibt. ¹⁴³ Vgl. auch BGE 109 Ia 273, 300 ff. (mit weiteren Hinweisen). ¹⁴⁴ Die Bezugnahme auf die innere oder äussere Sicherheit geschieht hier, anders als in Art. 18a Abs. 2 E-BWIS, ohne Einschränkung auf bestimmte Aufgabenfelder. Die Bezugnahme erfüllt hier indes eine andere Funktion (Umschreibung des Geheimhaltungsinteresses) als in Art. 18a und Art. 18b E-BWIS (Gefährdung des Schutzguts als Voraussetzung für den Einsatz der besonderen Mittel der

Informationsbeschaffung). Die dort diskutierten Einwände greifen hier nicht zwangsläufig durch. 145 Redaktionell erscheint Art. 18i E-BWIS verbesserungsfähig: Der Begriff «Dritte» im Sinne von Abs. 2 Bst. c meint nicht unbedingt dasselbe wie der Begriff «Dritte» in Abs. 1 bzw. der Begriff «Drittperson» in Abs. 2 Bst. d. 146 Verlangen darf man aber – angesichts des auf dem Spiel stehenden (Grund-) Rechtsschutzes (vgl. vorne aa.) – , dass die Behörden das ihnen Mögliche tun, um die Mitteilung vornehmen zu können.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 280

Angesichts der Schlüsselrolle der Mitteilung für den Rechtsschutz und für die wirksame Sicherung der Grundrechte erfordern die Ausnahmeklauseln und ihre Anwendung besondere Aufmerksamkeit. Eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung von Art. 18i Abs. 2 E-BWIS ist grundsätzlich möglich, zumal der Mitteilungsverzicht bzw. -aufschub als Option ausgestaltet ist («kann»). Die zuständigen Instanzen sind gehalten, das ihnen eingeräumte Ermessen grundrechtskonform zu handhaben.

Unter grundrechtlichem Blickwinkel ist bei der Anwendung von Art. 18i Abs. 2 E-BWIS zu beachten, dass die Überprüfung der Gründe im Rahmen des Verfahrens gemäss Art. 18d und 18e E-BWIS zwangsläufig den Charakter einer Momentaufnahme hat. Die Rechtfertigungsgründe haben denn auch in aller Regel – wenn nicht sogar per se (Bst. a) – vorübergehenden Charakter. Anders als beim Entscheid über den Einsatz eines besonderen Mittels¹⁴⁷ ist die Berücksichtigung später eintretender tatsächlicher Veränderungen (nachträglicher Wegfall eines Verweigerungsgrundes) beim Entscheid über den Mitteilungsverzicht oder -aufschub nicht institutionalisiert. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit dürfte es daher regelmässig angezeigt sein, den Mitteilungsverzicht zu befristen (blosser Aufschub). Die kontrollierenden Instanzen sind befugt (auch ohne dass das Gesetz dies ausdrücklich sagt), anstelle eines beantragten definitiven Mitteilungsverzichts einen blossen Aufschub zu gewähren (Art. 18i Abs. 3 i.V.m. Art. 18d Abs. 3 bzw. Art. 18e Abs. 3 E-BWIS). Unter dem Blickwinkel eines wirksamen Grundrechtsschutzes wäre es freilich wünschenswert, die Befristung bereits auf Gesetzesstufe zum Regelfall zu erheben.¹⁴⁸ Angesichts der besonderen Problematik und Tragweite des Mitteilungsverzichts bzw. -aufschubs erscheint es sodann wünschenswert, im Gesetz ausdrücklich vorzusehen, dass im Rahmen der Orientierungen des Bundesrates und der Geschäftsprüfungsdelegation (Art. 27 Abs. 1bis E-BWIS) nicht nur die Anzahl der Ausnahmen von der Mitteilungspflicht ausgewiesen wird, sondern auch die Anzahl diesbezüglicher negativer Entscheide bzw. abgelehnter Anträge.

ff. Ausnahmen von der Mitteilungspflicht beeinträchtigen nicht nur den grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre, sondern schmälern auch die Rechtsweggarantie (vgl. vorne dd.). Der Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde gilt freilich nicht absolut. Bund und Kantone können gemäss Art. 29a Satz 2 BV «durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.»¹⁴⁹ An die Begründung von Ausnahmen von der Rechtsweggarantie sind hohe Anforderungen zu stellen.¹⁵⁰ In Lehre und Praxis zu Art. 29a BV werden als Gründe vor allem genannt:¹⁵¹ - die «spezielle Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte in einem Kanton und damit verbunden Argumente der Gewaltentrennung (z. B. referendumsfähige Beschlüsse des Parlamentes)»¹⁵²; - die «mangelnde Justiziabilität».

Die hier zu beurteilende Konstellation (Mitteilungsverzicht bzw. -aufschub) wurde in der Literatur zu Art. 29a BV, soweit ersichtlich, bisher nicht thematisiert. Es stellt sich die Frage, ob die in Art. 18i Abs. 2 E-BWIS zum Ausdruck kommenden Geheimhaltungsinteressen als «Ausnahmefälle» im Sinne von Art. 29a BV verstanden werden können. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Im Sinne einer harmonisierenden Auslegung und Anwendung der verschiedenen Verfassungsvorgaben sollte Art. 29a BV so interpretiert werden, dass Geheimhaltungsinteressen, die eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 13 BV zu rechtfertigen vermögen, eine Inanspruchnahme der Rechtsweggarantie-Ausnahmeklausel (Art. 29a Satz 2 BV) gestatten.¹⁵³ Im Ergebnis laufen bei einer solchen Interpretation die Anforderungen aus Art. 29a Satz 2 BV (Ausnahme von der Rechtsweggarantie) im Wesentli-

147 Vgl. insb. Art. 18d Abs. 2 E-BWIS (obligatorische Befristung der Massnahme) und Art. 18g E-BWIS (Einstellung des Einsatzes). Vgl. auch Art. 18e Abs. 3 (Überprüfung der Notwendigkeit einer Weiterführung). 148 Diese Lösung würde die Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes besser gewährleisten als die Statuierung einer Pflicht zur periodischen Überprüfung der Verzichtgründe von Amtes wegen. 149 Eine völkerrechtliche Grenze zieht zusätzlich Art. 6 Ziff. 1 EMRK, dies allerdings beschränkt auf «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» und «strafrechtliche Anklagen». 150 Vgl. WALTER KÄLIN, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBI 1999, 49 ff., 58 ff. – Vgl. auch BGE 130 I 312, 327. 151 Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung (vom 20. November 1996), BBl 1997 I 1 ff., 524; ESTHER TOPHINKE, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, in: ZBI 2006, 88 ff., 98 ff. 152 Botschaft über eine neue Bundesverfassung (vom 20. November 1996), BBl 1997 I 1 ff., 524. – Wie bei den oft zitierten *actes de gouvernement* (Entscheidungen mit «überwiegend politischem Charakter») dürfte es sich hierbei vielfach um unechte Ausnahmen handeln (vgl. BIAGGINI, Komm. BV, N 6 und 10 zu Art. 29a). 153 Für entsprechende Überlegungen zu Art. 13 EMRK vgl. das Urteil des EGMR vom 6. Juni 1978, *Klass und andere gegen Deutschland* (Fn. 27), §§ 68 ff. (zu Art. 13 EMRK). Dazu hinten VII.2 und 3.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 281

chen parallel zu den Überlegungen betreffend die Verfassungskonformität der einzelnen Gründe gemäss Art. 18i Abs. 2 E-BWIS (Art. 13 i.V.m. Art. 36 BV; vgl. vorne ee.). Eine Einordnung der in Art. 18i Abs. 2 E-BWIS vorgesehenen Ausnahmen unter Art. 29a Satz 2 BV dürfte somit grundsätzlich in Betracht kommen. Art. 18i Abs. 2 E-BWIS ist auch mit Blick auf Art. 29a BV einer grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung prinzipiell zugänglich. Die rechtsanwendenden Behörden (insb. das Bundesverwaltungsgericht als Genehmigungsinstanz) werden dafür zu sorgen haben, dass bei der praktischen Umsetzung der Ausnahmecharakter von Art. 29a Satz 2 BV gewahrt bleibt.

Entsprechende Überlegungen gelten für das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK, das nach der Rechtsprechung des EGMR Einschränkungen zur Wahrung legitimer Geheimhaltungsinteressen erleiden kann.¹⁵⁴ k. Zur Problematik der Datenweitergabe (insb. an Strafverfolgungsbehörden) aa. Die «BWIS II»-Vorlage enthält unter anderem auch eine Bestimmung betreffend das Bearbeiten der mit den besonderen Mitteln beschafften Personendaten. Gemäss Art. 18h Abs. 1 E-BWIS hat das Bundesamt

sicherzustellen, dass Personendaten, die keinen Bezug zur anordnungsbegründenden Gefährdung aufweisen, nicht bearbeitet und spätestens innert 30 Tagen nach Einstellung des Einsatzes vernichtet werden. Art. 18h Abs. 2 E-BWIS verweist im Übrigen auf die (im Wesentlichen unverändert bleibenden) Art. 3 Abs. 1–3 sowie Art. 15–17 BWIS.

Unter dem Titel «Weitergabe von Personendaten» statuiert Art. 17 BWIS in seinem (unverändert bleibenden) Abs. 1:

«Der Bundesrat regelt durch Verordnung, an welche Empfänger in der Schweiz, die öffentliche Aufgaben erfüllen, der DAP im Einzelfall Personendaten weitergeben kann, soweit es zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit oder zur Kontrolle seiner Aufgabenerfüllung notwendig ist. Wenn die gewonnenen Erkenntnisse andern Behörden zur Strafverfolgung oder zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens dienen können, werden sie diesen ohne Verzug zur Verfügung gestellt.»

Die Weitergabe von Erkenntnissen, die im Rahmen präventivpolizeilicher Tätigkeiten gewonnen wurden, an die Organe der Strafverfolgung entspricht grundsätzlich einem öffentlichen Interesse.¹⁵⁵ Die mit der «BWIS II»-Vorlage angestrebte Teilrevision des Gesetzes schafft für diese Kooperationsregel ein neues Umfeld. Denn das Bundesamt soll künftig Mittel der Informationsbeschaffung einsetzen können, welche den Strafverfolgungsbehörden nicht in dieser Form bzw. nicht in einem derart frühen Zeitpunkt zur Verfügung stehen: - Art. 18m E-BWIS ermöglicht die geheime Durchsuchung eines Datenverarbeitungssystems («ohne Wissen»). Die bundesrätliche Botschaft weist ausdrücklich auf diesen wesentlichen Unterscheid zum Einsatz im Bereich der Strafverfolgung hin: «Im Gegensatz [zu] der im Rahmen einer Strafuntersuchung durchgeführten Durchsuchung, wird hier die Durchsuchung ohne das Wissen des mutmasslichen Gefährders durchgeführt.»¹⁵⁶ - Im Rahmen eines Strafverfahrens kann die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten an nicht allgemein zugänglichen Orten gemäss Art. 269 ff. bzw. 280 f. StPO nur bei dringendem Tatverdacht und nur bei bestimmten gravierenderen Straftaten angeordnet werden. Gemäss Art. 18a ff. E-BWIS ist der Einsatz der entsprechenden Mittel bereits zur Früherkennung von Gefahren möglich, d.h. unter Umständen weit im Vorfeld einer allfälligen Straftat.

Die Kooperationsregel des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BWIS ermöglicht es (ja scheint es zu gebieten), dass präventivpolizeiliche Erkenntnisse, die im Rahmen eines Strafverfahrens nicht oder nicht in dieser Form oder nicht in einem derart frühen Zeitpunkt hätten gewonnen werden können, ohne weiteres in ein Strafverfahren einfliessen. Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 BWIS lässt es zu (ja scheint zu gebieten¹⁵⁷), dass auch die unter Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-

¹⁵⁴ Eingehend dazu das Leiturteil des EGMR vom 6. Juni 1978 in Sachen Klass und andere gegen Deutschland (Fn. 27). Vgl. auch hinten VII.2. ¹⁵⁵ Nicht zu erörtern ist hier die Frage der Verwertbarkeit im Strafprozess. ¹⁵⁶ Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5109. – Die in Art. 246 der künftigen StPO vorgesehene Durchsuchung von «Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen» ist denn auch nicht im Kapitel «Geheime Überwachungsmaßnahmen» (Art. 269 ff. StPO) eingeordnet. Ein direktes Pendant zu Art. 18m E-BWIS fehlt. ¹⁵⁷ In diesem Sinne die Vernehmlassungsvorlage «BWIS II», Erläuternder Bericht, S. 10 (wo von einer Pflicht zur Weitergabe die Rede ist).

Gutachten Giovanni Biaggini

BWIS) gewonnenen Erkenntnisse für die Verfolgung irgendwelcher Delikte weitergegeben werden, ganz unabhängig von der Art und Schwere der verfolgten Tat. Spezifikationen oder Begrenzungen sind weder aus dem Gesetzestext (Art. 17 Abs. 1 BWIS) noch aus der ausführenden Verordnung¹⁵⁸ ersichtlich.¹⁵⁹ Auch die Weitergabe von Personendaten ins Ausland wird im Gesetz ähnlich offen geregelt (vgl. insb. Art. 17 Abs. 3 Bst. a BWIS).¹⁶⁰

Auf diese Weise droht die wichtige rechtsstaatliche Garantiefunktion des Strafprozessrechts¹⁶¹ unterlaufen zu werden.¹⁶² Der Übergang von Erkenntnissen aus dem präventivpolizeilichen Bereich in den Bereich der Strafverfolgung bedarf einer Regelung, welche den unterschiedlichen Befugnissen und Möglichkeiten bei der Gewinnung von Erkenntnissen Rechnung trägt. Art. 17 Abs. 1 BWIS reflektiert die im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage entstehenden neuen – die Befugnisse der Strafverfolgungsorgane übersteigenden – Möglichkeiten der Staatsschutzorgane nicht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Regelung zu unbestimmt formuliert. Eine Eingrenzung und Klarstellung der Weitergabemöglichkeiten im Gesetz erscheint aus grundrechtlicher Sicht geboten.¹⁶³

Die Verfassung gibt dem Bundesgesetzgeber nicht eine bestimmte Lösung vor. Das Gesetz muss aber sicherstellen, dass die unter Einsatz der besonderen Mittel (Art. 18a ff. E-BWIS) gewonnenen Erkenntnisse nicht für die Verfolgung irgendwelcher – auch ganz geringfügiger – Delikte weitergegeben werden. Die «Übermittlungsschwelle» muss in einem vernünftigen Verhältnis zu Art und Schwere der zu verfolgenden Tat stehen.¹⁶⁴ Der Gesetzgeber verfügt dabei über einen beträchtlichen Bewer- tungs- und Gestaltungsspielraum. Er darf sich aber seiner Verantwortung, klarere gesetzliche Leitplanken für die Datenweitergabe zu setzen, nicht entziehen.

5. Ergebnis Die Frage, ob im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage besondere Mittel der Informationsbeschaffung für präventivpolizeiliche Zwecke eingeführt werden sollen, ist im Wesentlichen eine politische Frage, die vom Gesetzgeber im Rahmen des demokratischen Entscheidungsverfahrens zu beantworten ist.

Wird diese Frage bejaht, so steht der Gesetzgeber in der Pflicht, für eine grundrechtskonforme Ausgestaltung der Mittel und ihres Einsatzes zu sorgen. Denn der Einsatz bewirkt schwer wiegende Grundrechtseingriffe, insbesondere in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK). Ein wirksamer Grundrechtsschutz in diesem grundrechtlich bekanntermassen sehr sensiblen Bereich verlangt nicht nur, dass: - die Regelungen auf der Stufe des Gesetzes hinreichend bestimmt formuliert sind, - der Einsatz generell und im Einzelfall durch hinreichend gewichtige öffentliche Interessen (Schutz von Rechtsgütern) gerechtfertigt ist,

¹⁵⁸ Vgl. Anhang 2 der bundesrätlichen Verordnung vom 27. Juni 2001 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (VWIS; SR 120.2), Ziffer 5 (Weitergabe an: «schweizerische Strafverfolgungsbehörden zur Verhütung und Verfolgung strafbarer Handlungen»). ¹⁵⁹ Auch die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft bieten diesbezüglich keine klaren Anhaltspunkte (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1183). ¹⁶⁰ Gemäss Art. 17 Abs. 3 BWIS kann der DAP im Einzelfall Personendaten an Sicherheitsorgane von Staaten weitergeben, mit denen die Schweiz diplomatische Beziehungen pflegt, wenn ein Gesetz

oder eine genehmigte zwischenstaatliche Vereinbarung es vorsieht oder wenn «a. die Information benötigt wird, um ein auch in der Schweiz strafbares Verbrechen oder Vergehen zu verhindern oder aufzuklären [...]». – Vgl. auch Art. 20 und 20a VWIS. 161 Dazu etwa NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl. Zürich 2004, 4. 162 Aus rechtsstaatlich-grundrechtlicher Sicht ist es nicht nur problematisch, wenn Erkenntnisse aus Überwachungsmaßnahmen im Rahmen gerichtspolizeilicher Ermittlungen auch für staatschützerisch-präventive Bedürfnisse verwendet werden (dazu Bericht PUK EJPD vom 22.11.1989, BBl 1990 I 637 ff., Ziff. V.6.4.), sondern auch, wenn dies ungehindert in entgegengesetzter Richtung geschieht. 163 Klarzustellen ist dabei auch, inwieweit der DAP zur Weitergabe bloss) befugt, inwieweit er dazu gegebenenfalls (sogar) verpflichtet ist. Die heutige Formulierung (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BWIS) ist in dieser Hinsicht zu wenig klar. 164 Vgl. zur Problematik BVerfGE 100, 313 – Telekommunikationsüberwachung (Urteil vom 14. Juli 1999); GEORG HERMES, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 10, Rz. 79; LISKEN/DENNINGER, C 122 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 283

- das Verhältnismässigkeitsprinzip und allenfalls berührte grundrechtliche Kerngehalte gewahrt werden (vgl. Art. 36 BV).

Zu verlangen ist aus grundrechtlicher Sicht auch, dass der Gesetzgeber dafür sorgt, dass die Einhaltung der Vorgaben wirksam gesichert wird: - durch (verwaltungs)interne und externe Kontrollen des Einsatzes; - durch wirksame Vorkehrungen gegen eine unrechtmässige Weiterverwendung der gewonnenen personenbezogenen Daten; - durch wirksame Rechtsschutzmöglichkeiten.

Diesen Anforderungen genügt die «BWIS II»-Vorlage in der Fassung der bundesrätlichen Botschaft vom 15. Juni 2007 noch nicht in jeder Hinsicht.

Eine Nachbesserung der in Art. 18a ff. E-BWIS enthaltenen Regelungen ist insbesondere in folgenden Punkten verfassungsrechtlich geboten: - Spezifizierung der Schutzgüter, die der Gesetzgeber als derart gewichtig einstuft, dass sie einen schwer wiegenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermögen bzw. den Eingriff als zumutbar erscheinen lassen (Art. 18b Bst. b E-BWIS). (Vgl. vorne II.4.a. und c.) - Sicherstellung eines wirksamen Schutzes von Grundrechten Dritter (insb. in Bezug auf Berufsheimnisse). (Vgl. vorne II.4.b.dd. und ee.) - Sicherstellung eines wirksamen Kerngehaltsschutzes. (Vgl. vorne II.4.b.) - Eingrenzung und Klarstellung der Weitergabemöglichkeiten in Bezug auf Personendaten, die mit besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung gewonnen wurden. (Vgl. vorne II.4.k.)

Im Rahmen der vorliegenden Abklärungen sind bei verschiedenen Bestimmungen des Gesetzesentwurfes Unklarheiten, Mängel und Lücken zutage getreten, die nicht oder jedenfalls nicht zwingend als Verfassungs- oder Konventionsverletzung einzustufen sind, die aber gleichwohl eine entsprechende Überarbeitung und Anpassung wünschenswert erscheinen lassen. Es betrifft dies insbesondere die folgenden Punkte: - Genehmigungsverfahren (Art. 18d E-BWIS): Klarstellung verschiedener Verfahrensfragen (Bundesverwaltungsgericht). Anpassung des VGG. Vgl. vorne II.4.e. - Genehmigungsverfahren (Art. 18d E-BWIS): Überprüfungsmaßstab (Rechtmässigkeit). Vgl. vorne II.4.e. - Anordnungsverfahren (Art. 18e E-BWIS): Rechtliche Qualifikation des

Entscheid. Vgl. vorne II.4.f. - Dringlichkeitsverfahren (Art. 18f E-BWIS): Ausdrückliche Verpflichtung zu sofortiger Benachrichtigung. Vgl. vorne II.4.g. - Mitteilungspflicht (Art. 18i E-BWIS): Befristung als Regelfall. Vgl. vorne II.4.i. - Berichterstattung (Art. 27 Abs. 1bis E-BWIS): Verschiedene Präzisierungen. Vgl. vorne II.4.g. und i.

Weitere Hinweise finden sich unter II.4. im Text sowie in den Fussnoten.

Mit der «BWIS II»-Vorlage wird neu die Gliederungsebene «Kapitel» eingeführt.¹⁶⁵ Aus gesetzesredaktioneller Sicht stellt sich die Frage, ob man bei dieser Gelegenheit nicht gleich die Kapitel neu durchnummerieren soll, statt (ausgehend von der alten Abschnitts-Struktur) mit Einschüben – z.B. Kapitel 3a, Kapitel 3b usw. – zu arbeiten.

¹⁶⁵ Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5139.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 284

III. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit des Tätigkeitsverbots gemäss Art. 18n E-BWIS
1. Zur Fragestellung Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD soll mit der «BWIS II»-Vorlage die Befugnis erhalten, Tätigkeiten zu verbieten, welche terroristische oder gewaltextremistische Umtriebe fördern (Art. 18n E-BWIS).¹⁶⁶

Die Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 18n (neu) Verbot von Tätigkeiten 1 Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD kann einer Person, Organisation oder Gruppierung eine Tätigkeit verbieten, die mittelbar oder unmittelbar dazu dient, terroristische oder gewaltextremistische Umtriebe zu propagieren, zu unterstützen oder in anderer Weise zu fördern, und die die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret gefährdet. Umfang und Inhalt des Verbotes werden so genau wie möglich bestimmt. 2 Ein Verbot kann für höchstens fünf Jahre verfügt werden. Es kann verlängert werden, wenn die in Absatz 1 genannten Bedingungen noch erfüllt sind. Das Departement prüft regelmässig, ob die Bedingungen noch erfüllt sind, und hebt das Verbot nach Wegfall der Anordnungsbedingungen auf.

Als möglichen Anwendungsfall nennt die bundesrätliche Botschaft das Verbot von (prima vista möglicherweise harmlos erscheinenden) Geldsammlungen für Destinatäre in einem ausländischen Krisengebiet.¹⁶⁷

Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Art. 18n E-BWIS stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: - zum einen die Frage, ob der Bund über die nötige Kompetenz für eine derartige Regelung verfügt (vgl. 2.); - zum anderen die – im vorliegenden Gutachten im Zentrum stehende – Frage der Grundrechtskonformität (Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Bundesverfassung und der EMRK; vgl. 3.).

2. Zur Kompetenzfrage a. Kompetenzrahmen Der Bund besitzt eine grundsätzlich umfassende Kompetenz im Bereich der äusseren Sicherheit (Art. 54 und Art. 58 BV). Im Bereich der inneren Sicherheit sind grundsätzlich die Kantone zuständig, wenn und soweit nicht Zuständigkeiten des Bundes bestehen (Art. 3 BV).¹⁶⁸

In der Bundesverfassung finden sich verschiedene Anknüpfungspunkte für punktuelle Zuständigkeiten des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit.¹⁶⁹ Eine Kompetenznorm herkömmlichen Zuschnitts fehlt allerdings. Ähnlich verhielt es sich schon unter der Bundesverfassung von 1874. Dennoch war

166 Nicht näher zu untersuchen ist hier Art. 18o E-BWIS (Sicherstellung, Beschlagnahme und Einziehung von Propagandamaterial), welcher unverändert den bisherigen Art. 13a BWIS fortführt (vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5113). 167 Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5111. 168 Vgl. auch Art. 4 Abs. 1 BWIS. 169 Vgl. z.B. Art. 52 BV (Bundesintervention), Art. 57 Abs. 2 (Koordinationskompetenz) und Art. 58 Abs. 2 (Unterstützung ziviler Behörden) sowie die in den Armeekompetenzen (Art. 58 ff. BV) implizit enthaltenen polizeilichen Zuständigkeiten im militärischen Bereich (vgl. Art. 92 MG). Vgl. auch die völkerrechtlich fundierte Pflicht des Bundes, den Schutz bestimmter Personen und Gebäude (insb. Botschaften) sicherzustellen (dazu Art. 22 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen, SR 0.191.01). – Vgl. AUBERT, Comm., Art. 57, N 2.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 285

und ist dem Grundsatz nach unbestritten, dass der Bund über eine (inhärente) Kompetenz zum Schutz der eigenen Institutionen und Organe bzw. des Gesamtstaates besitzt.¹⁷⁰

Das Bundesgericht hat in einer noch unter der Bundesverfassung von 1874 ergangenen Leitentscheidung unter Berufung auf EICHENBERGER klargestellt, dass dem Bund «wegen seiner Staatlichkeit» die «notwendig mitgegebene primäre Staatsaufgabe» zufalle, «für seine innere und äussere Sicherheit zu sorgen» (BGE 117 Ia 202, 211). Bei der Ausübung dieser «ungeschriebene[n] oder stillschweigende[n]» Kompetenz (BGE 117 Ia 202, 212) habe der Bund die verfassungsrechtliche Ordnung zu beachten. Dazu gehören laut Bundesgericht neben den Grundrechten auch die «Zuständigkeiten anderer Staatsorgane und insbesondere der Kantone», denen «für ihr Gebiet primär die allgemeine Polizeihoheit» zukomme (BGE 117 Ia 216).¹⁷¹

Das noch unter der alten Bundesverfassung beschlossene BWIS beruft sich in seinem Ingress im Wesentlichen auf eine nicht näher spezifizierte (ungeschriebene) «Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft».¹⁷²

Es gibt keine Anzeichen dafür, dass sich die Kompetenzlage mit Erlass der neuen Bundesverfassung substantiell verändert hätte. Insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass man der Staatsschutzgesetzgebung, wie sie in den Jahren 1998/99 Bestand hatte, die Kompetenzgrundlage hätte absprechen oder entziehen wollen. Die Überlegungen des Bundesgerichts bleiben somit auch unter der neuen Bundesverfassung aktuell. Das (Weiter-) Bestehen einer ungeschriebenen Kompetenz des Bundes wird im Übrigen in Bestimmungen wie Art. 57 Abs. 2 BV, Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b oder Art. 185 Abs. 3 BV vorausgesetzt.

Naturgemäss wird der genaue Umfang einer ungeschriebenen Bundeszuständigkeit aus der Verfassungsurkunde nicht ersichtlich. Auch wenn daher der Umfang im Einzelnen unklar und umstritten sein mag, darf man davon ausgehen, dass der Bundesgesetzgeber auch nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung grundsätzlich befugt ist, Massnahmen zu treffen, die dem Erkennen und Abwehren von Gefährdungen durch Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst und gewalttätigen Extremismus dienen. b. Beurteilung von Art. 18n E-BWIS aus kompetenzrechtlicher Sicht Der Erlass eines Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 18n E-BWIS setzt voraus, dass die fragliche Tätigkeit «terroristische oder gewaltextremistische Umtriebe» fördert und «die innere oder äussere Sicherheit der

Schweiz konkret gefährdet» (Hervorhebung hinzugefügt). Der Bund darf mithin Tätigkeitsverbote nur bei Gefährdungen aussprechen, welche die rein gliedstaatliche Ebene übersteigen und mithin der nationalen (gesamtstaatlichen) Ebene zuzuordnen sind. Die beiden genannten Bedrohungsfelder (Terrorismus, gewalttätiger Extremismus) gehören zum anerkannten Aufgabenbereich des Bundes (vgl. vorne a.). Die vorgeschlagene Bestimmung bewegt sich insoweit innerhalb des anerkannten Kompetenzrahmens.

Daran ändert der Umstand nichts, dass es im Einzelfall schwierig sein kann, die innere Sicherheit des Landes (Kompetenz des Bundes) und die innere Sicherheit der Kantone (kantonale Kompetenz) voneinander abzugrenzen. Bei der Anwendung des Art. 18n E-BWIS in einem konkreten Einzelfall werden die zuständigen Behörden den verfassungsrechtlichen (Kompetenz-) Rahmen zu beachten haben. Dies gilt sowohl bei der Anordnung eines Verbots (Departementsvorsteher/in; Abs. 1) als auch bei der regelmässigen Überprüfung eines Verbots. Zu den «Anordnungsbedingungen», die vom zuständigen Departement (Abs. 2) zu überprüfen sind, gehört auch der Kompetenzrahmen.

Ein Kanton könnte auf dem Klageweg (Art. 120 BGG) gerichtlich überprüfen lassen, ob der Kompetenzrahmen gewahrt ist. Da es sich nicht um eine verdeckte Massnahme handelt, sind auch die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen in der Lage, mittels Beschwerde eine richterliche Überprüfung zu verlangen. Die Prüfung der Rechtmässigkeit eines Tätigkeitsverbots (Art. 29a Abs. 3 E-BWIS) umfasst auch die Frage der Kompetenzmässigkeit.

170 Vgl. KURT EICHENBERGER, Komm. aBV, Art. 102, N 149, 156; RUCH, Äussere und innere Sicherheit, 898; BIAGGINI, Komm. BV, N 6 zu Art. 57 (je mit Hinweisen). 171 Gemäss Bundesgericht bestehen «parallele oder konkurrierende Zuständigkeiten» (BGE 117 Ia 216). Es wäre allerdings präziser, von teils parallelen, teils konkurrierenden, teils ausschliesslichen Kompetenzen des Bundes zu sprechen. Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, N 6 und 8 zu Art. 57. 172 Der Ingress (in der Fassung vom 24. März 2006) nennt daneben Art. 54 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 2 BV.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 286

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 18n E-BWIS unter kompetenzrechtlichem Blickwinkel einer verfassungskonformen Anwendung zugänglich ist.

3. Zur Frage der Grundrechtskonformität a. Charakterisierung des Grundrechtseingriffs Ein in Anwendung von Art. 18n E-BWIS ausgesprochenes Tätigkeitsverbot kann, je nach Gegenstand und Ausgestaltung, in unterschiedliche Grundrechte eingreifen. Im Vordergrund stehen Grundrechte wie die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK), die Medienfreiheit (insb. Pressefreiheit; Art. 17 BV; Art. 10 EMRK), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV; Art. 11 EMRK), die im Rahmen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit geschützte Kundgebungsfreiheit sowie die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV; Art. 11 EMRK).¹⁷³ Berührt sein können, je nach Konstellation, auch Grundrechte wie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) oder das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV).

Es handelt sich hierbei um Grundrechte, die (unabhängig von der Staatsangehörigkeit) allen Menschen¹⁷⁴ und im Allgemeinen auch den juristischen Personen zustehen.

Ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 18n E-BWIS kann, je nach Ausgestaltung, einen schwer wiegenden Eingriff in die genannten Grundrechte bewirken. Entsprechend bedarf ein Tätigkeitsverbot einer Grundlage in einem Bundesgesetz. Eine solche Grundlage soll mit Art. 18n E-BWIS geschaffen werden (vgl. dazu auch hinten d.)

Bei der Beurteilung der Grundrechtskonformität von Art. 18n E-BWIS ist zu berücksichtigen: - dass das Verbot vom zuständigen Departementsvorsteher bzw. von der zuständigen Departementsvorsteherin (Abs. 1) und damit von einer politisch verantwortlichen Magistratsperson (Art. 37 Abs. 1 RVOG) ausgesprochen werden muss;¹⁷⁵ - dass das Verbot von Gesetzes wegen befristet werden muss und für höchstens fünf Jahre verfügt werden kann (Abs. 2); - dass das Verbot von Gesetzes wegen regelmässig überprüft werden muss (Abs. 2); - dass das Verbot nur ausgesprochen werden darf, wenn (kumulativ) zwei Voraussetzungen erfüllt sind (Tätigkeit mit bestimmtem Zweck; konkrete Gefährdung der Sicherheit des Landes); - dass die Verbotsvoraussetzungen im Gesetz mit relativ unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben werden (Abs. 1); - dass die Tätigkeiten, die mit einem Verbot belegt werden können, im Gesetz selbst nicht näher umschrieben sind (Abs. 1). b. Vergleich mit bestehenden Handlungsmöglichkeiten (Art. 184 und Art. 185 BV) Tätigkeitsverbote können bereits heute gestützt auf die bundesrätlichen Kompetenzen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit (Art. 184 und Art. 185 BV, je Abs. 3) erlassen werden.¹⁷⁶ Die Regelung gemäss Art. 18n E-BWIS unterscheidet sich im Wesentlichen in den folgenden Punkten von den Rahmenbedingungen gemäss Art. 184 und 185 BV:

¹⁷³ Die Vereinigungsfreiheit umfasst auch die Betätigungsfreiheit (dazu näher GIOVANNI BIAGGINI, Vereinigungsfreiheit und Koalitionsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Hrsg., Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg usw. 2007, 594). Als geschützt gilt u.a. das Geldsammeln im Rahmen des Vereinszwecks (vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 598). ¹⁷⁴ Bei der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gilt dies mit gewissen Abstrichen. ¹⁷⁵ Stellvertretung im Sinne von Art. 22 RVOG (anderes Mitglied des Bundesrates) ist möglich. – Auch wenn (anders als in Art. 18e Abs. 2 in fine E-BWIS) eine Delegation nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, muss die gewählte Formulierung so verstanden werden, dass eine Weiterübertragung der Befugnis an eine nachgeordnete Stelle im Departement (z.B. Generalsekretär, Amtsdirektor) nicht zulässig ist. Eine entsprechende Verdeutlichung im Gesetz (nach dem Muster von Art. 18e Abs. 2 E-BWIS) erscheint wünschenswert. ¹⁷⁶ Vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5111. – Zu den genannten Verfassungsbestimmungen vgl. THÜRER/TRUONG/SCHWENDIMANN, St. Galler Kommentar, N. 17 ff. zu Art. 184 BV; SAXER, St. Galler Kommentar, N. 34 ff. zu Art. 185 BV; BIAGGINI, Komm. BV, N 11 zu Art. 184 und N 9 ff. zu Art. 185 (je mit weiteren Hinweisen).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 287

- Zuständigkeit (Departementsvorsteher/in statt Bundesratskollegium); - zwingende Befristung (im Falle von Art. 184 bzw. Art. 185 Abs. 3 BV: nur für Verordnungen, nicht aber für Verfügungen ausdrücklich vorgesehen). - ausdrückliche Verpflichtung zu regelmässiger Überprüfung (Art. 18n E-BWIS); - enger gefasster Anwendungsbereich (Art. 18n E-BWIS: nur im Zusammenhang mit terroristischen oder gewaltextremistischen Umtrieben); - etwas weniger strenge Umschreibung der Voraussetzungen (Art. 18n

E-BWIS: konkrete Gefährdung und mittelbare Förderung; Art. 185 Abs. 3 BV: eingetretene oder unmittelbar drohende schwere Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit); - ausdrückliche Nennung der potenziellen Adressaten eines Verbots (Art. 18n E-BWIS: Person, Organisation oder Gruppierung);¹⁷⁷ - ordentlicher Rechtsschutz (Verfügungen des Bundesrates, die sich auf Art. 184 Abs. 3 bzw. Art. 185 Abs. 3 BV stützen: grundsätzlich keine Beschwerdemöglichkeit);¹⁷⁸ - Pflicht, die Geschäftsprüfungsdelegation zu informieren (Art. 27 Abs. 1bis E-BWIS).

Im Unterschied zu Art. 184 bzw. 185 BV bildet Art. 18n E-BWIS keine Grundlage für das Verbot einer Organisation.¹⁷⁹ c. Überprüfungskriterien Die möglicherweise berührten Grundrechte (vgl. vorne a.) gelten nicht absolut. Einschränkungen sind zulässig, sofern sie den in Art. 36 BV bzw. in den einschlägigen Bestimmungen der EMRK (Art. 8 ff., je Abs. 2) normierten Anforderungen genügen.¹⁸⁰ Je nach Grundrecht und Art des Eingriffs können diese Anforderungen strenger oder weniger streng sein.

Bei einer «abstrakten» Überprüfung (Gesetzesentwurf als solcher, losgelöst von einem konkreten Einzelfall; vgl. vorne I.3.) stehen im Vordergrund: - die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage (insbesondere unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes; vgl. vorne I.4.b.), - die Anforderungen aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. vorne I.4.e.), soweit sie nicht einzelfallspezifisch sind.

Das Erfordernis des öffentlichen Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV) und das Gebot der Wahrung grundrechtlicher Kerngehalte (Art. 36 Abs. 4 BV) geben hier keinen Anlass zu einer detaillierteren Prüfung. Die mit Art. 18n E-BWIS verfolgten Ziele repräsentieren ein grundsätzlich legitimes öffentliches Interesse. Der Erlass einer Norm mit dem geplanten Inhalt bewirkt nicht selbst schon einen Eingriff in unantastbare grundrechtliche Kerngehalte.

¹⁷⁷ Bei der redaktionellen Überprüfung des Gesetzesentwurfs sollte auf eine kohärente Verwendung des Begriffs «Person» geachtet werden. Der Begriff «Person» in Art. 13c E-BWIS meint offenkundig sowohl natürliche als auch juristische Personen. In Art. 18n E-BWIS scheint dies anders zu sein. ¹⁷⁸ Art. 33 VGG und Art. 86 BGG e contrario. Vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5111. – Auf Umwegen kann es bei Massnahmen, die sich auf Art. 184 oder 185 BV stützen, gleichwohl zu einer gerichtlichen Überprüfung bestimmter Fragen kommen. Vgl. z.B. BGE 132 I 229 ff. (Mobutu). ¹⁷⁹ Das Verbot der Gruppierung «Al-Qaida» und verwandter Organisationen erging in Form der gleichnamigen Verordnung (SR 122) des Bundesrates am 7. November 2001 (ursprünglich befristet bis Ende 2003, seither mehrfach verlängert). – Zur Problematik dieses Regelungsansatzes vgl. BIAGGINI, Komm. BV, N 10 zu Art. 185. Vgl. auch DERS., «Al-Qaida»-Verordnung, in: *ius.full*, 2002, 22 ff.; MICHAEL GUERY, *Wie weiter mit dem schweizerischen Al-Qaida-Verbot?*, *Anwaltsrevue* 2005, 427 ff. ¹⁸⁰ Die Kriterien gemäss Art. 36 BV passen nach hergebrachter Auffassung nicht auf den Fall des Rechtsgleichheitsgebotes gemäss Art. 8 BV (oder doch nicht ohne weiteres). Art. 18n E-BWIS ist einer rechtsgleichheitskonformen Auslegung und Anwendung grundsätzlich zugänglich. Daher kann hier davon abgesehen werden, diesen besonders gelagerten Fall weiter zu vertiefen.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 288

d. Gesetzliche Grundlage (Bestimmtheitsgebot) aa. Die durch ein Tätigkeitsverbot bewirkten Grundrechtseingriffe können schwer wiegen (vgl. vorne a.). Daher ist eine hinreichend bestimmt formulierte Grundlage in einem Bundesgesetz erforderlich (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV; vgl. vorne I.4.c.). Eine bundesgesetzliche Grundlage wird mit Art. 18n E-BWIS geschaffen. Art. 18n Abs. 1 E-BWIS operiert allerdings bei der Umschreibung der Verbotsvoraussetzungen mit Begriffen, die einen beträchtlichen Grad an Offenheit aufweisen (z.B. «Tätigkeit»; «mittelbar»; «gefährdet»).

Wie bereits einleitend ausgeführt (vgl. vorne I.4.b.), ist der Grad der erforderlichen Bestimmtheit gemäss Bundesgericht abhängig:¹⁸¹

«von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung» (BGE 128 I 327, 340).

Die generell-abstrakte Normierung stösst, wie das Bundesgericht ausführt, gerade im Bereich des Polizeirechts (Gefahrenabwehr) sachbedingt an Grenzen, da sich die Polizeitätigkeit vielfach gegen nicht leicht bestimmbare Gefährdungsarten und Gefährdungsformen richtet.¹⁸² Die Anforderungen an die Normbestimmtheit dürfen daher nicht überspannt werden.

bb. Vor diesem Hintergrund gibt Art. 18n Abs. 1 E-BWIS zu den folgenden Bemerkungen Anlass:

Die Bestimmung ist zwar generalklauselartig formuliert. Es handelt sich indes um einen Bereich, in welchem die zu verbietenden Tätigkeiten sich im Voraus kaum genauer fassen lassen.¹⁸³ Ein Tätigkeitsverbot kann zwar zu einem schweren Grundrechtseingriff führen. Das Verbot selbst ergibt sich jedoch (anders als bei strafrechtlichen Verboten) nicht schon aus der fraglichen Norm. Es entsteht vielmehr erst durch eine konkrete Anordnung im Einzelfall. Der Gesetzesentwurf auferlegt dem zur Rechtsanwendung berufenen Mitglied des Bundesrates ausdrücklich die Pflicht, Umfang und Inhalt des Verbotes so genau wie möglich zu bestimmen. Eine zu vage formulierte Verbotsverfügung müsste wegen Verletzung der genannten Vorgabe als gesetzwidrig eingestuft und aufgehoben werden.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die normative Unbestimmtheit gemäss gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts bis zu einem gewissen Grad «durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden» kann.¹⁸⁴ Beim Erlass des konkretisierenden Verwaltungsaktes (Verfügung) kommt das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes zur Anwendung (Art. 1 und Art. 3 VwVG e contrario). Es sind die in Gesetz und Verfassung verankerten rechtsstaatlichen Garantien zu beachten. Insbesondere muss das Tätigkeitsverbot nach allgemeinen Grundsätzen begründet werden (Art. 35 VwVG). Das Verbot kann erst mit Rechtskraft der Verfügung greifen und nur gegenüber jenen Personen, Organisationen oder Gruppierungen, denen die Verfügung in gehöriger Form eröffnet wurde (Art. 34, 36, 38 VwVG). Die Verfügung unterliegt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, mit Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht (Art. 29a E-BWIS). Es steht das übliche Spektrum an Rügemöglichkeiten zur Verfügung.¹⁸⁵ In einem allfälligen Beschwerdeverfahren ist es nach allgemeinen Grundsätzen Sache der Behörde darzutun, dass die Voraussetzungen für ein Verbot erfüllt sind. Gelingt dies nicht, so wird die angerufene Gerichtsstanz das Verbot aufzuheben haben.¹⁸⁶

Gemäss Art. 18n E-BWIS kann auch eine Tätigkeit verboten werden, die bloss mittelbar der Förderung von terroristischen oder gewaltextremistischen Umtrieben dient. Auf den ersten Blick scheint sich

181 Vgl. auch BGE 132 I 49, 58; BGE 125 I 369, 379; BGE 109 Ia 273, 284. 182 BGE 128 I 327, 340, mit Hinweisen. Vgl. auch SCHEFER, Beeinträchtigung, 54; (kritisch) SCHWEIZER/MÜLLER, in: LeGes 2008/3, 379 ff. 183 Gemäss Botschaft «BWIS II» (BBl 2007 5064) wäre eine abschliessende Auflistung der mit einem Verbot erfassbaren Tätigkeiten wenig sachgerecht. Dies leuchtet grundsätzlich ein. Immerhin ist der Bundesgesetzgeber nicht gehindert, der Norm dadurch etwas mehr Konturen zu verleihen, dass er einige typische Beispiele für mögliche Tätigkeitsverbote aufzählt (eingeleitet durch das Wort «namentlich» oder «insbesondere»). 184 BGE 128 I 327, 340. Vgl. auch SCHEFER, Beeinträchtigung, 54. 185 Die einzige Ausnahme ist das Fehlen der Angemessenheitskontrolle vor Bundesverwaltungsgericht (Art. 29a Abs. 3 E-BWIS; vgl. vorne II.4.b.). Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht (Art. 29a BV) nicht weiter problematisch. Die Anforderungen an eine wirksame Beschwerdeführung im Sinne von Art. 13 EMRK sind erfüllt. 186 Eine Umkehr der Beweislast findet insoweit nicht statt. – Vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5111.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 289

mit diesem unbestimmten Rechtsbegriff ein sehr weites Einsatzfeld für Tätigkeitsverbote zu öffnen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass es für die Anwendung von Art. 18n E-BWIS nicht genügt, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist. Vielmehr muss darüber hinaus stets auch (kumulativ) eine konkrete Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes gegeben sein. Ein blosser Gefahrenverdacht (vgl. vorne II.1.c.) reicht nicht aus. Bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit ist weiter zu berücksichtigen, dass der Gesetzesentwurf eine konkrete Gefährdung voraussetzt und somit an einen im Polizeirecht gebräuchlichen Begriff anknüpft, der einer genaueren richterlichen Überprüfung grundsätzlich zugänglich ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 18n E-BWIS zwar eine beträchtliche Offenheit aufweist. Gemessen an den Massstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann man allerdings die aus Art. 36 Abs. 1 BV fliessenden Anforderungen an die Normbestimmtheit als erfüllt ansehen, zumal die Offenheit verfahrensrechtlich kompensiert wird.

cc. Gemäss EMRK müssen Eingriffe in die geschützten Freiheitsrechte «gesetzlich vorgesehen» sein (vgl. z.B. Art. 11 Abs. 2 EMRK). Die Anforderungen der EMRK an die Normbestimmtheit sind im Allgemeinen nicht strenger als jene gemäss Bundesverfassung. Die vorstehenden Überlegungen können bei der Überprüfung der Konventionskonformität sinngemäss herangezogen werden. Dass die Voraussetzungen eines Tätigkeitsverbots mit relativ offenen Begriffen umschrieben werden, hat sachbedingte Gründe. Nach heutigem Stand von Rechtsprechung und Lehre dürften diese Gründe auch im Rahmen der EMRK für eine Rechtfertigung ausreichen.¹⁸⁷ e. Verhältnismässigkeit Die Überprüfung der Regelung unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit – soweit diese bereits im jetzigen Stadium (Gesetzesentwurf), d.h. losgelöst von einem konkreten Einzelfall, möglich ist – ergibt Folgendes. - Eignung: Der Erlass eines Tätigkeitsverbots gemäss Art. 18n E-BWIS erscheint als ein grundsätzlich geeignetes Mittel, um terroristischen oder

gewaltextremistischen Umtrieben entgegenzuwirken. - Erforderlichkeit: Art. 18n E-BWIS enthält eine bloss Ermächtigung (nicht eine Verpflichtung), Tätigkeitsverbote auszusprechen. Das eingeräumte Ermessen («kann») ermöglicht eine grundrechtskonforme Handhabung der Bestimmung in sachlicher, örtlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht.¹⁸⁸ Verboten werden kann nur eine Tätigkeit, nicht eine Organisation als solche. Der Kreis der möglichen Adressaten wird auf eine Weise umschrieben, die es erlaubt, dem Störerprinzip (vgl. vorne II.1.b.) Rechnung zu tragen. Die im Gesetzesentwurf vorgesehene Maximaldauer von fünf Jahren (Abs. 2; verlängerbar) mag prima vista als ziemlich lang erscheinen. Art. 18n E-BWIS begründet jedoch keine Verpflichtung, diesen Rahmen auszuschöpfen. Vielmehr gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Festsetzung einer angemessenen Verbotsdauer im Einzelfall. Der Gesetzesentwurf sieht zudem ausdrücklich eine Beendigung des Verbots vor, wenn die regelmässig von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung ergibt, dass die Anordnungsbedingungen nicht erfüllt sind.¹⁸⁹ - Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit): Ob das präventivpolizeiliche Handeln die Proportionen zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung wahrt, kann letztlich erst im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Die gesetzliche Regelung lässt keine Anzeichen eines offenkundigen Missverhältnisses erkennen.

Eine grundrechtskonforme Handhabung der Norm im Einzelfall ist somit möglich. Ein wirksamer Schutz der Grundrechte ist freilich damit allein noch nicht garantiert (vgl. vorne II.3.). In die verfassungsrechtliche Beurteilung ist auch einzubeziehen, unter welchen Rahmenbedingungen die fragliche Norm künftig angewendet wird.

¹⁸⁷ Es bleibt immerhin darauf hinzuweisen, dass die traditionell stark einfallorientierte Rechtsprechung des EGMR weniger gefestigt und stärker im Fluss ist als die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den parallelen Anforderungen gemäss Bundesverfassung. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der EGMR in einem künftigen Einzelfall einen strengeren Massstab an die Normbestimmtheit anlegt als das Bundesgericht. ¹⁸⁸ Der Umstand, dass die Förderung terroristischer oder gewaltextremistischer Umtriebe bereits Gegenstand strafrechtlicher Verbotsnormen ist (vgl. insb. Art. 260quinquies StGB: Finanzierung des Terrorismus), hindert den Bundesgesetzgeber nicht, auch auf verwaltungsrechtlicher Ebene Verbote vorzusehen. ¹⁸⁹ Eine Beendigung muss nach allgemeinen Grundsätzen auch dann erfolgen, wenn die Überprüfung auf Verlangen betroffener Kreise erfolgt ist.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 290

Art. 18n E-BWIS setzt mit Blick auf die Rechtsanwendung verschiedene (bereits unter d. erörterte) gesetzliche Leitplanken, die gerade auch eine verhältnismässige Anwendung des Gesetzes sichern helfen. So liegt die Verbotsanordnung in der Zuständigkeit einer politisch verantwortlichen Magistratsperson (Art. 18n Abs. 1 E-BWIS). Die Anordnung ergeht in Gestalt eines förmlichen Entscheids im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens. Es besteht die Möglichkeit, Beschwerde zu erheben. Die einschlägige Gesetzgebung erlaubt eine volle richterliche Rechts- und Sachverhaltskontrolle.

Diese Rahmenbedingungen sollten hinreichend Gewähr dafür bieten, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Praxis nachgelebt wird.

Unter dem Aspekt der EMRK ist aus heutiger Sicht keine andere Beurteilung angezeigt. Nach gegenwärtigem Stand von Rechtsprechung und Lehre sind die Anforderungen an eine Einschränkung der Parallelgarantien der EMRK (Art. 8 ff. EMRK, jeweils Abs. 2) grundsätzlich nicht strenger als die Anforderungen gemäss Art. 36 BV (vgl. vorne I.4.f.).

Trotz aller Sicherungen kann nicht von vornherein kategorisch ausgeschlossen werden, dass gestützt auf Art. 18n E-BWIS in einem Einzelfall eine unverhältnismässige Anordnung ergeht. Dies ist freilich kein Grund, die fragliche Bestimmung im Rahmen der hier vorgenommenen abstrakten Überprüfung (vgl. vorne I.3.) als grundrechtswidrig einzustufen.

4. Ergebnis Die Überprüfung ergibt, dass Art. 18n E-BWIS, welcher den Erlass von Tätigkeitsverboten ermöglicht, kompetenzgemäss ist (vgl. 2.) und einer grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung zugänglich ist (vgl. 3.).

IV. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der Auskunftspflichten gemäss Art. 13a ff. E-BWIS 1. Zur Fragestellung Gemäss Art. 13 Abs. 1 und 2 BWIS sind Strafverfolgungsorgane, Polizeistellen, Grenzschutz- und Zollorgane sowie verschiedene weitere Behörden und Verwaltungseinheiten zu Auskünften und Meldungen an die Staatsschutzbehörden verpflichtet. Gestützt auf die heute geltende Fassung von Art. 13 Abs. 3 BWIS¹⁹⁰ kann der Bundesrat die Melde- und Auskunftspflichten vorübergehend («für begrenzte Zeit») auf weitere, nicht in Art. 13 Abs. 1 BWIS aufgelistete Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen ausdehnen. Der Bundesrat hat dies mit seiner (mehrfach verlängerten) Verordnung vom 7. November 2001 getan.¹⁹¹

Im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage sollen für die nicht durch Art. 13 Abs. 1 BWIS erfassten Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone sowie für bestimmte, vom Bundesrat zu bezeichnende (Art. 13a Abs. 3 E-BWIS) Organisationen folgende Neuerungen eingeführt werden: - Besondere Auskunftspflicht (Art. 13a Abs. 1 E-BWIS): In den Bereichen «Terrorismus», «verbote-ner politischer oder militärischer Nachrichtendienst» und «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» sollen die fraglichen Verwaltungsträger¹⁹² im Einzelfall unter bestimmten Voraussetzungen von

¹⁹⁰ Die Bestimmung lautet: «Der Bundesrat kann für begrenzte Zeit weitere Behörden, Stellen und Organisationen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, zu denjenigen Meldungen und Auskünften verpflichten, die zum Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz notwendig sind.»

¹⁹¹ Verordnung vom 7. November 2001 betreffend die Ausdehnung der Auskunftspflichten und des Melderechts von Behörden, Stellen und Organisationen zur Gewährleistung der inneren und äusseren Sicherheit (SR 120.1; ursprünglich bis Ende 2002 befristet; zuletzt verlängert bis zum 31. Dezember 2011). ¹⁹² Als Beispiele nennt die bundesrätliche Botschaft die Meldestelle für Geldwäscherei oder die für Ausweise zuständigen Behörden (Botschaft «BWIS II», BBl 2079 5080).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 291

Gesetzes wegen zur Auskunft verpflichtet sein (d.h. nicht, wie heute, nur vorübergehend im Rahmen einer bundesrätlichen Verordnung). - Melderecht (Art. 13a Abs. 4 E-BWIS): Diese Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen sollen unaufgefordert Meldung erstatten können, wenn sie eine konkrete Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit in

den genannten Bereichen feststellen. - Auch für Steuerbehörden soll die besondere Auskunftspflicht gelten. Hier statuiert der Gesetzesentwurf einige zusätzliche Rahmenbedingungen (Art. 13a Abs. 2 E-BWIS).

Die genannten Bestimmungen regeln Fragen der Amtshilfe zugunsten der Staatsschutzbehörden des Bundes. Soweit es im Rahmen der Auskunftserteilung bzw. im Rahmen von Meldungen um die Weitergabe von Personendaten geht, kommen auch grundrechtliche Aspekte (verfassungsmässiger Persönlichkeitsschutz) ins Spiel.

Bei der Beurteilung von Art. 13a E-BWIS stehen aus verfassungsrechtlicher Sicht zwei Fragen im Zentrum: - Inwieweit ist der Bundesgesetzgeber befugt, Behörden, Verwaltungseinheiten und Aufgabenträger ausserhalb der Bundesverwaltung (kantonale Amtsstellen, externe Aufgabenträger) zur Auskunftserteilung zu verpflichten? (Frage nach den Kompetenzen des Bundes; dazu hinten 2.a) - Inwieweit setzt der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz der Weitergabe von Personendaten Grenzen? (Vereinbarkeit mit den einschlägigen Grundrechten¹⁹³, insb. Art. 13 BV, Art. 8 EMRK; dazu hinten 2.b)

Im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage sollen neu auch gewerbliche Transporteure unter bestimmten Voraussetzungen zur Erteilung von Auskünften über von ihnen erbrachte Leistungen verpflichtet werden können (Art. 13c E-BWIS). Im Vordergrund steht hier die Frage, inwieweit der Bund private Unternehmen zur Auskunftserteilung verpflichten darf (dazu hinten 3.).

Nur punktuell erörtert werden müssen im Folgenden zwei Bestimmungen des Gesetzesentwurfs, welche allgemeine Rahmenbedingungen für die Amtshilfe festlegen (Art. 13b E-BWIS: Verfahren bei Streitigkeiten; Art. 13d E-BWIS: Wahrung gesetzlicher Berufsgeheimnisse).

2. Besondere Auskunftspflicht von Behörden (Art. 13a E-BWIS) a.

Bundesstaatlich-kompetenzielle Fragen aa. Für die Regelung des Amtsverkehrs zwischen Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes kann sich der Bundesgesetzgeber auf die – in Art. 164 Abs. 1 Bst. g, Art. 178 und Art. 182 Abs. 2 BV vorausgesetzte (inhärente¹⁹⁴) – Zuständigkeit zur Regelung von Organisation und Verfahren der Bundesbehörden stützen. Entsprechendes gilt auch für «Organisationen» im Sinne von Art. 13a Abs. 1 E-BWIS (ausgelagerte Aufgabenträger), soweit sie der Bundesebene zugeordnet sind (Art. 178 Abs. 3 BV).

Die Kantone (samt ihren Behörden, Verwaltungseinheiten usw.) sind gemäss Art. 44 Abs. 2 BV in allgemeiner Weise verpflichtet, Amts- und Rechtshilfe zu leisten. Soweit die Kantone Bundesrecht umsetzen (Art. 46 Abs. 1 BV), kann sich der Bundesgesetzgeber darüber hinaus auch auf die einschlägigen Sachkompetenzbestimmungen stützen, um Amtshilfeverpflichtungen zu statuieren.¹⁹⁵

Die Auskunftsbegehren im Rahmen von Art. 13a Abs. 1 E-BWIS stehen von Gesetzes wegen im Zusammenhang mit dem Erkennen oder Abwehren von Gefahren für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz in den Bereichen Terrorismus, verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst

¹⁹³ Nicht näher untersucht wird hier das Verhältnis zur allgemeinen Datenschutzgesetzgebung des Bundes. ¹⁹⁴ Zu den Kompetenztypen näher (statt vieler) TSCHANNEN, Staatsrecht, 286 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, N 10 vor Art. 42. ¹⁹⁵ Im vorliegenden (bundesstaatlich-kompetenziellen) Kontext interessieren vorerst nur die

Auskunftspflichten (Art. 13a Abs. 1 E-BWIS). Auf das Melderecht (Art. 13a Abs. 4 E-BWIS) wird im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz kurz einzugehen sein.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 292

und verbotener Handel mit Waffen (usw.). Sie dienen somit der Erfüllung einer verfassungsrechtlich ausreichend abgestützten Bundesaufgabe (vgl. auch III.2.a.).¹⁹⁶ Die Regelung betreffend die besondere Auskunftspflicht (Art. 13a Abs. 1 E-BWIS) ist auch insoweit kompetenziell hinreichend abgestützt.

Das Bestimmtheitsgebot beansprucht nicht nur im Bereich der Grundrechte Geltung (vgl. vorne I.4.c.), sondern in allgemeiner Weise (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV)¹⁹⁷ und somit auch im bundesstaatlichen Verhältnis (Bund–Kantone), wenn auch hier nicht mit derselben Strenge wie im Grundrechtsbereich. Unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes ist zunächst festzuhalten, dass Art. 13a E-BWIS einen relativ hohen Abstraktionsgrad aufweist. Dies gilt sowohl für die Bezeichnung der Verpflichteten (Behörden, Verwaltungseinheiten, Organisationen) als auch für die Voraussetzungen und den Umfang der Auskunftspflichten.

bb. In Bezug auf die Behörden und Verwaltungseinheiten ist die Offenheit nicht weiter problematisch. Denn nach dem Konzept des Gesetzesentwurfs sind alle Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone¹⁹⁸ zu Auskünften verpflichtet, entweder gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BWIS oder aber (neu) gestützt auf Art. 13a E-BWIS.

Was die «Organisationen, die öffentliche Aufgaben erfüllen», betrifft, so reduziert sich die Unbestimmtheit durch die in Art. 13a Abs. 3 E-BWIS genannten Kriterien (die ihrerseits aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig sind) sowie durch die vom Bundesrat zu erlassende Verordnung, in welcher die verpflichteten Organisationen anhand der gesetzlichen Kriterien zu bestimmen sind. Für dieses Vorgehen des Gesetzgebers lassen sich sachliche Gründe anführen.¹⁹⁹ Aus bundesstaatlicher Sicht ist diese Regelungsmethode nicht zu beanstanden.

cc. In Bezug auf die Voraussetzungen und den Umfang der Verpflichtung zur Auskunftserteilung ist der Gesetzestext ebenfalls relativ offen formuliert. Immerhin ist aufgrund des Wortlauts und der Gesetzessystematik hinreichend klar, dass die im Rahmen von Art. 13a E-BWIS erfassten Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen nur zu Auskünften im Einzelfall verpflichtet sind. Für allgemeine oder besondere Informationsaufträge (vgl. Art. 11, Art. 13 Abs. 2 BWIS) bietet Art. 13a Abs. 1 E-BWIS keine Grundlage.²⁰⁰

Im Übrigen lassen sich für die relative Offenheit des Art. 13a E-BWIS sachliche Gründe anführen, die im Zusammenhang mit dem hier interessierenden bundesstaatlichen Verhältnis (Bund–Kantone) hinreichend gewichtig sind: - Im Bereich der Gefahrenabwehr stösst die generell-abstrakte Normierung sachbedingt an Grenzen (vgl. vorne I.4.c.). - Die besondere Auskunftspflicht aktualisiert sich erst im Einzelfall. Ausgangspunkt ist stets ein konkretes Auskunftsbegehren des zuständigen Sicherheitsorgans. Wenn die um Auskunft ersuchte Stelle der Auffassung ist, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 13a Abs. 1 E-BWIS nicht erfüllt sind, so kann sie sich dem Begehren widersetzen (auch wenn dies in Art. 13a und 13b E-BWIS nur implizit gesagt wird). Es ist diesfalls Sache des

Sicherheitsorgans, aktiv zu werden und entweder den Klageweg zu beschreiten und das Bundesverwaltungsgericht anzurufen (Art. 13b Abs. 2 E- BWIS) oder – sofern sich die Streitigkeit innerhalb der Bundeszentralverwaltung abspielt – die gemeinsame Aufsichtsbehörde um Entscheid anzugehen. Spätestens in diesem Stadium wird das Auskunft verlangende Sicherheitsorgan darzutun haben, dass die gesetzlichen Voraussetzungen

196 Vgl. in diesem Sinne auch Art. 4 Abs. 2 BWIS, wonach die Kantone Amts- und Vollzugshilfe leisten, «(s)oweit der Bund nach Verfassung und Gesetz für die innere Sicherheit verantwortlich ist». 197 Zu den Anforderungen an die Normbestimmtheit im Lichte des allgemeinen Gesetzmässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) vgl. BIAGGINI, Komm. BV, N 10 zu Art. 5; zur bundesstaatlichen Komponente des Legalitätsprinzips (Art. 5, Art. 46, Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV) vgl. a.a.O., N 7 zu Art. 46 (mit weiteren Hinweisen). 198 Der Gesetzestext nennt die Behörden und Verwaltungseinheiten auf Stufe der Gemeinden nicht ausdrücklich. Die Gemeindestufe ist aber nach allgemeinem bundesstaatsrechtlichem Sprachgebrauch im Wort «Kantone» inbegriffen (vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5080). Eine ausdrückliche Nennung erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht entbehrlich. 199 Vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5080. 200 Wie aus Art. 13a Abs. 4 E-BWIS hervorgeht, sind die erfassten Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen zur Erstattung von (unaufgeforderten) Meldungen berechtigt, aber nicht verpflichtet. In Art. 13a Abs. 1 E-BWIS fehlt das Wort «Meldungen». – Gemäss Art. 13 Abs. 3 BWIS kann der Bundesrat weitere Behörden, Amtsstellen und Organisationen nicht nur zu Auskünften, sondern auch zu Meldungen verpflichten. Im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage reduziert sich der Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 3 BWIS auf die Bereiche gewalttätiger Extremismus und verbotener wirtschaftlicher Nachrichtendienst.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 293

erfüllt sind, d.h. dass die verlangten Auskünfte im konkreten Einzelfall «notwendig sind für das Erkennen oder Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit» und dass es um eines der in Art. 13a Abs. 1 E-BWIS genannten Bedrohungsfelder geht.²⁰¹ - Zu berücksichtigen ist weiter, dass den erfassten Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen aus Art. 13a E-BWIS keine Verpflichtung erwächst, aktiv Informationen zu beschaffen. Die Auskunftspflicht bezieht sich auf bereits vorhandene Informationen.²⁰²

dd. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Regelung betreffend die besondere Auskunftspflicht für weitere Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen (Art. 13a Abs. 1 E- BWIS) zwar relativ offen formuliert ist, aber unter dem hier untersuchten bundesstaatlich- kompetenziellen Aspekt nicht zu beanstanden ist. b. Grundrechtliche Fragen aa. Etwas schwieriger zu beantworten ist die Frage der Vereinbarkeit mit dem verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz (insb. Art. 13 BV; Art. 8 EMRK).

Grundrechtsrelevant ist nicht nur das Erheben und Aufbewahren von Personendaten, sondern auch die Weitergabe. Berührt sind in erster Linie das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre (vgl. Art. 13 BV, insb. Abs. 2; Art. 8 EMRK) und die daraus abgeleiteten verfassungsrechtlichen Datenschutz- Grundsätze (näher dazu vorne I.2.b.), darunter

namentlich der Grundsatz der Transparenz im Umgang mit Personendaten sowie der Grundsatz der Zweckbindung.²⁰³

Grundrechtliche Bindungen bestehen nicht nur im Zusammenhang mit der Auskunftspflicht, sondern auch bei der Ausübung des Melderechts. Art. 13a Abs. 4 E-BWIS bildet die gesetzliche Grundlage für einen grundrechtlich relevanten Vorgang. Die Ermächtigungsnorm dispensiert nicht von der Beachtung der übrigen Anforderungen an Einschränkungen des verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutzes. Der mit der Weitergabe von Daten verbundene Eingriff in das auch hier als «Leitgrundrecht» dienende Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre ist somit nur zulässig, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllt sind.

bb. Eine gesetzliche Grundlage soll mit Art. 13a E-BWIS geschaffen werden. Aus dem Normwortlaut geht hinreichend deutlich hervor (und ist insoweit für Private hinreichend erkennbar und vorhersehbar), dass prinzipiell alle Behörden und Verwaltungsstellen der eidgenössischen und kantonalen Ebene (Art. 13 Abs. 1 und Art. 13a Abs. 1 E-BWIS) sowie alle in der bundesrätlichen Liste enthaltenen Organisationen (Art. 13a Abs. 3 E-BWIS) im Rahmen der gesetzlichen Zwecke zur Auskunftserteilung verpflichtet sind.

Die Massnahme verfolgt ein grundsätzlich legitimes öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) von erheblichem Gewicht (Erkennen und Abwehren von Gefahren für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz in den Bereichen Terrorismus, verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst und verbotener Handel mit Waffen usw.).

Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist zunächst festzuhalten, dass die Auskunftspflicht bzw. das Melderecht prinzipiell geeignete Mittel sind, um im öffentlichen Interesse liegende Ziele zu verfolgen und zu fördern.

Ob die Weitergabe von Personendaten mit den weiteren Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 36 Abs. 3 BV) in Einklang steht, kann erst bei der Beurteilung eines konkreten Einzelfalls entschieden werden. Das Kriterium der Erforderlichkeit wird im Text der Norm selbst angesprochen («notwendig») und zur Handlungsvoraussetzung gemacht. Der Erlass einer Norm wie Art. 13a E-BWIS greift für sich allein nicht in unantastbare grundrechtliche Kerngehalte ein.

201 Die (in der Vernehmlassungsvorlage noch nicht enthaltene) Spezialvorschrift betreffend Auskunftspflicht der Steuerbehörden (Art. 13a Abs. 2 E-BWIS) bewirkt, dass das um Auskunft ersuchende Sicherheitsorgan die drohende Gefahr und die Notwendigkeit der Auskunftserteilung bereits in einem frühen Stadium spezifizieren muss. 202 Eine weitergehende Verpflichtung (zu aktiver Informationsbeschaffung) bedürfte einer hinreichend klaren Grundlage in einem Bundesgesetz. Art. 13a Abs. 1 E-BWIS genügt dafür nicht. 203 Die Auskunftspflicht gemäss Art. 13a E-BWIS bezieht sich auf Daten, die zu anderen Zwecken (insb. nicht zu Staatsschutz- oder Strafverfolgungszwecken) erhoben wurden.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 294

cc. Art. 13a E-BWIS ist einer verfassungskonformen (grundrechtskonformen) Auslegung und Anwendung grundsätzlich zugänglich. Für die Beurteilung unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel genügt dies allein nicht. Die gesetzliche Regelung muss insgesamt hinreichend Gewähr für einen wirksamen Grundrechtsschutz bieten (vgl. vorne II.3.). Wie schon bei der Überprüfung der besonderen Mittel der

Informationsbeschaffung ausgeführt (vgl. II.3.a.), droht das Kriterium der Erforderlichkeit im Bereich der präventivpolizeilichen Massnahmen seine begrenzende Kraft einzubüssen. Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch hier. Von entscheidender Bedeutung ist somit, ob genügend Sicherungen für eine grundrechtskonforme Anwendung von Art. 13a E-BWIS im Einzelfall bestehen.

Die Überprüfung der Bestimmung unter diesem Aspekt ergibt Folgendes: - Gemäss Art. 13d E-BWIS bleiben Berufsgeheimnisse gewahrt.²⁰⁴ Für bestimmte persönlichkeitsrechtlich besonders sensible Informationen ist die Weitergabe somit von Gesetzes wegen ausgeschlossen. - Die Weitergabe erfolgt nicht im Sinne eines Automatismus. Wie bereits erörtert, kann sich die um Auskunft ersuchte Stelle dem Begehren widersetzen. Im Streitfall ist eine dritte Instanz einzuschalten. Bei dieser handelt es sich um ein unabhängiges Gericht, wenn das Auskunftsbegehren sich an eine Stelle ausserhalb der Bundeszentralverwaltung richtet (Art. 13b E-BWIS).²⁰⁵ - Die im Rahmen von Art. 13a E-BWIS erlangten Personendaten müssen in der Folge entsprechend den gesetzlichen Vorgaben für das Bearbeiten und die Weitergabe von Personendaten (Art. 15 ff. BWIS) behandelt werden. Die einschlägigen Vorschriften sehen unter anderem vor, dass die beschafften Informationen nach Richtigkeit und Erheblichkeit bewertet (Art. 15 Abs. 1 BWIS) und gelöscht werden, wenn sie für die Erfüllung der Aufgaben nach BWIS nicht (mehr) notwendig sind (Art. 15 Abs. 5 BWIS), dass für besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile erhöhte Anforderungen gelten (Art. 15 Abs. 1 BWIS), dass die Zugriffsrechte klar geregelt sein müssen (Art. 15 Abs. 3 BWIS) usw. -

dd. Als neuralgischer Punkt erweist sich – auch hier (vgl. vorne II.4.k., zu Art. 18a ff. E-BWIS) – die Regelung betreffend die Weitergabe von Personendaten. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BWIS statuiert:

«Wenn die gewonnenen Erkenntnisse andern Behörden zur Strafverfolgung oder zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens dienen können, werden sie diesen ohne Verzug zur Verfügung gestellt.»

Wie vorne dargelegt, entspricht die Möglichkeit der Weitergabe von Erkenntnissen, die im Rahmen präventivpolizeilicher Tätigkeiten gewonnen wurden, an die Organe der Strafverfolgung grundsätzlich einem öffentlichen Interesse. Bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit ist zu berücksichtigen, dass es hier um die Weitergabe von Personendaten geht, - die von Behörden ausserhalb des Sicherheitsbereichs (vgl. Art. 13 Abs. 1 BWIS) zu ganz anderen Zwecken erhoben wurden und - die nur unter qualifizierten Voraussetzungen (Art. 13a E-BWIS) überhaupt zum DAP gelangen konnten.

Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 BWIS lässt es zu (ja scheint geradezu zu gebieten), dass im Verfahren gemäss Art. 13a E-BWIS erlangte Personendaten für die Verfolgung irgendwelcher Delikte weitergegeben werden. Weder Art. 17 Abs. 1 BWIS noch die ausführende Verordnung enthalten Spezifikationen oder Begrenzungen (vgl. vorne II.4.k.). Ähnlich offen geregelt ist auch die Weitergabe von Personendaten ins Ausland (vgl. insb. Art. 17 Abs. 3 Bst. a).²⁰⁶

Aus verfassungsrechtlicher Sicht sind diese Regelung zu wenig bestimmt, um einen wirksamen Schutz des Anspruchs auf Achtung der Privatsphäre gewährleisten zu können. Eine Eingrenzung und

204 Für die Bestimmung des Kreises der Berufsgeheimnisträger wird in der Botschaft «BWIS II» auf Art. 321 StGB verwiesen (BBl 2007 5085 und 5096). Der Straftatbestand der «Verletzung des Berufsgeheimnisses» erfasst: «Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen» (Art. 321 Ziff. 1 StGB). 205 Beim Melderecht gemäss Art. 13a Abs. 4 E-BWIS greift diese Sicherung nicht. 206 Danach kann der DAP im Einzelfall Personendaten an Sicherheitsorgane von Staaten weitergeben, mit denen die Schweiz diplomatische Beziehungen pflegt, wenn ein Gesetz oder eine genehmigte zwischenstaatliche Vereinbarung es vorsieht oder wenn «a. die Information benötigt wird, um ein auch in der Schweiz strafbares Verbrechen oder Vergehen zu verhindern oder aufzuklären [...]». – Vgl. auch Art. 20 und 20a VWIS.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 295

Klarstellung der Weitergabemöglichkeiten im Gesetz erscheint aus grundrechtlicher Sicht geboten (näher dazu vorne II.4.k.).²⁰⁷

3. Auskunftspflicht gewerblicher Transporteure (Art. 13c E-BWIS) Das Erbringen von Transportdienstleistungen durch private Unternehmen ist durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geschützt.²⁰⁸ Die Auskunftspflicht gewerblicher Transporteure (Art. 13c E-BWIS) tangiert die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.

Aus der Sicht der betroffenen Person kann die Weitergabe persönlicher Daten an Sicherheitsorgane einen Eingriff in den verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz bewirken. Für die Frage der Vereinbarkeit mit den einschlägigen Grundrechten kann auf die Ausführungen unter Ziffer 2.b verwiesen werden.

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen die allgemeinen Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllen. Darüber hinaus sind die besonderen Anforderungen gemäss Art. 94 BV zu beachten (Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit; Wettbewerbsneutralität). Diese besonderen Anforderungen spielen bei Art. 13c E-BWIS allerdings keine Rolle.

Die Einschränkung ist gesetzlich vorgesehen. Art. 13c E-BWIS weist eine gewisse Offenheit auf. Bei der Beurteilung unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes ist zu berücksichtigen, dass es hier nicht um einen sonderlich schwerwiegenden Eingriff in die Ausübung einer Erwerbstätigkeit geht. Die Umschreibung des Kreises der verpflichteten Unternehmen («Personen, die gewerbmässig Transporte durchführen oder Transportmittel zur Verfügung stellen oder vermitteln») kann als hinreichend bestimmt eingestuft werden. Die Umschreibung der Auskunftspflicht im Gesetz («Auskünfte über eine bestimmte Leistung») könnte zwar noch präziser gefasst werden, erscheint aber aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig, zumal sich die Pflicht des einzelnen Transporteurs im Fall einer Anfrage aktualisiert und konkretisiert. Die Massnahme verfolgt ein grundsätzlich legitimes öffentliches Interesse von erheblichem Gewicht. Die Eignung der Massnahme kann grundsätzlich bejaht werden. Ob sie erforderlich und zumutbar ist, kann erst bei der Prüfung eines konkreten Einzelfalls abschliessend beurteilt werden. Auf einer generellen Ebene können die Erforderlichkeit und die Zumutbarkeit bejaht werden, da der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit aus der Sicht eines einzelnen gewerblichen Transporteurs im Allgemeinen geringfügig sein dürfte. Es sind nur bereits vorhandene Informationen weiterzugeben; weitergehende Abklärungen sind nicht zu treffen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 13c E-BWIS keinen übermässigen Eingriff in die Wirtschafts- freiheit der gewerblichen Transporteure bewirkt und einer verfassungskonformen Auslegung und An- wendung zugänglich ist.

4. Ergebnis Die Überprüfung ergibt, dass die beiden Bestimmungen betreffend die besondere Auskunftspflicht der Behörden (Art. 13a E-BWIS) und betreffend die gewerblichen Transporteure (Art. 13c E-BWIS) im Wesentlichen verfassungskonform sind. Den grundrechtlichen Vorgaben entspricht die Regelung inso- fern noch nicht ganz, als für die Weitergabe von Personendaten, die via Art. 13a bzw. 13c E-BWIS zum DAP gelangt sind, keine hinreichend klaren gesetzlichen Leitplanken gesetzt sind (Art. 17 BWIS). Der Gesetzgeber muss hier aus verfassungsrechtlichen Gründen nachbessern. Dabei steht ihm ein Bewertungs- und Gestaltungsspielraum zu.

207 Klarzustellen ist dabei auch, wann der DAP zur Weitergabe (nur) befugt und wann er dazu gegebenenfalls sogar verpflichtet ist. Die heutige Regelung (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BWIS) ist in dieser Hinsicht unklar. 208 Die Frage, inwieweit öffentliche Unternehmen sich auf die Wirtschaftsfreiheit oder andere Grundrechte berufen können, kann im Rahmen der hier vorzunehmenden abstrakten Beurteilung des Gesetzesentwurfs offen blei- ben.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 296

V. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der Regelung betreffend die Funkaufklärung (Art. 14a E-BWIS) 1. Zur Fragestellung Die Funkaufklärung befasst sich mit dem Erfassen, Verdichten, Triagieren, Aufbereiten und Auswerten elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen.209 Sie ist heute im Wesentli- chen auf Verordnungsstufe geregelt.210 Im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage soll eine tragfähige gesetz- liche Grundlage geschaffen werden (Art. 14a E-BWIS; Art. 99 Abs. 1 und Art. 99a E-MG).211

Eine Besonderheit der Informationsbeschaffung mittels Funkaufklärung besteht darin, dass bei der Bundesstelle, die mit der technischen Durchführung betraut ist²¹², zwangsläufig auch Informationen anfallen (möglicherweise in grosser Zahl), welche keinen Bezug zu den Zwecken und Aufgaben des Staatsschutzes aufweisen.²¹³

Im Folgenden steht die Prüfung der Grundrechtskonformität von Art. 14a E-BWIS im Vordergrund. Die geplanten Änderungen des Militärgesetzes werden, soweit erforderlich, einbezogen. Die im BWIS einzufügende Bestimmung soll den folgenden Wortlaut erhalten:

Art. 14a (neu) Funkaufklärung 1 Das Bundesamt kann elektromagnetische Ausstrahlungen von technischen Anlagen oder Telekommunikati- onssystemen im Ausland erfassen und auswerten. 2 Elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland dürfen nur erfasst und ausgewertet werden, soweit sie nicht dem Fernmeldegeheimnis unterliegen. Für elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, gelten die Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmelde- verkehrs nach Kapitel 3a. 3 Zum Zweck der Funkaufklärung kann das Bundesamt mit anderen Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone zusammenarbeiten oder ihnen einen Auftrag erteilen. 4 Die unabhängige Kontrollinstanz nach Artikel 99a des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 überwacht die Rechtmässigkeit der Funkaufklärung. Erstreckt sich die Funkaufklärung auf Verkehr, der dem Fernmeldege- heimnis unterliegt, ist das Verfahren nach den Artikeln 18d und 18e anwendbar. 5 Der Bundesrat regelt die

Tätigkeiten, die Organisation und das Verfahren der Funkaufklärung im Einzelnen.

Der Bestimmung liegen zwei Unterscheidungen zugrunde: - erstens die Unterscheidung zwischen elektromagnetischen Ausstrahlungen aus dem Inland und solchen aus dem Ausland; - zweitens – bei den elektromagnetischen Ausstrahlungen aus dem Inland – die Unterscheidung zwischen Ausstrahlungen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen und den übrigen Ausstrahlungen. gen.214

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Bestimmung spielt eine zentrale Rolle, inwieweit elektromagnetische Ausstrahlungen, die von der Funkaufklärung erfasst werden, grundrechtlich ge-

209 Vgl. Art. 4 der Verordnung vom 15. Oktober 2003 über die elektronische Kriegführung (VEKF; SR 510.292) und Art. 9a VWIS; vgl. auch Art. 99 Abs. 1 E-MG. 210 Vgl. insb. Art. 2 ff. VEKF sowie Art. 9a VWIS. – Die VEKF stützt sich auf Art. 99 Abs. 3 MG sowie Art. 13, 14 und 30 BWIS. 211 Damit soll nicht zuletzt eine Forderung der Geschäftsprüfungsdelegation erfüllt werden. Diese hatte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Nutzung des Funkaufklärungssystems ONYX verlangt. Vgl. Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 9. November 2007 über die Rechtmässigkeit und Wirksamkeit des Funkaufklärungssystems «Onyx», BBl 2008 2545 ff. (insb. Empfehlung 3); Bericht vom 10. November 2003, BBl 2004 1499 ff.; Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5086 f., 5115. 212 In den Erläuterungen zu Art. 14a Abs. 3 E-BWIS nennt die Botschaft das Bundesamt selbst (das aber nur in geringem Umfang eigene Anlagen für die Erfassung von Kurzwellenfunk betreibt) sowie die Abteilung Elektronische Kriegführung im VBS (Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5087). 213 Vgl. diverse diesbezügliche Regelungen in Art. 4 ff. VEKF. 214 Bei den Ausstrahlungen aus dem Ausland wird keine vergleichbare Unterscheidung gemacht.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 297

schützt sind. Nach den entsprechenden Klärungen (hinten 2.) wird die Zulässigkeit allfälliger Grundrechtseinschränkungen im Lichte der Anforderungen gemäss Bundesverfassung (Art. 36 BV) bzw. EMRK zu prüfen sein (hinten 3.).

2. Grundrechtsschutz im Bereich der Funkaufklärung Elektromagnetische Ausstrahlungen stehen im Dienst der Kommunikation. Die zwischenmenschliche Kommunikation ist unter verschiedenen Titeln grundrechtlich geschützt. Schutz bieten neben dem allgemeinen Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) auch verschiedene spezifische Garantien, so namentlich die Medienfreiheit (Art. 17 BV), die auch das Redaktionsgeheimnis und den damit verbundenen Quellenschutz umfasst (Art. 17 Abs. 3 BV), weiter das Recht auf Schutz der Privatsphäre, welches namentlich auch das Recht auf Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs garantiert (Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 8 EMRK). Grundrechtlichen Schutz geniessen nicht nur die Kommunikationsinhalte, sondern auch die sog. Randdaten der Kommunikation.215

Wie bereits ausgeführt (vgl. I.2.), endet der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre nicht zwangsläufig, wenn sich eine Person aus dem Bereich des Privaten hinausbegibt und in den öffentlichen Raum tritt. Das Bundesgericht hat dies im Zusammenhang mit der Überwachung von öffentlichen Plätzen und Strassen mittels Videokameras klargestellt.216 Entsprechende Überlegungen drängen sich auch im Bereich der Kommunikation mit

fernmeldetechnischen Mitteln auf.

Wer mit anderen via herkömmlichen Funk²¹⁷ kommuniziert, muss damit rechnen, dass die Kommunikation nicht nur vom Adressaten, sondern auch von anderen wahrgenommen werden kann. Entsprechendes gilt auch bei Nutzung anderer elektromagnetischer Ausstrahlungsarten (z.B. Richtstrahl- oder Satellitenverbindung). Die Kommunikation verliert insoweit ihren rein privaten Charakter. Ob und inwieweit in solchen Konstellationen der besondere strafrechtliche Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 321ter StGB²¹⁸) noch spielt, braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Denn es kommt nicht auf die sachliche oder territoriale Reichweite des strafrechtlichen Fernmeldegeheimnisses²¹⁹ an, wenn es darum geht, den Schutzzumfang und die Schutzwirkung der einschlägigen Grundrechte zu bestimmen. Der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz (Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK) greift auch ausserhalb des reinen Privatbereichs. Werden für die Kommunikation von persönlichkeitsrelevanten Daten elektromagnetische Ausstrahlungen genutzt, so ergibt sich aus diesem Umstand – bzw. aus dem Umstand, dass das strafrechtliche (oder verwaltungsrechtliche) Fernmeldegeheimnis seinen Schutz allenfalls nicht entfaltet – kein Freipass für den Staat, die fragliche Kommunikation für Sicherheitszwecke auszuwerten. Auch hier sind die einschlägigen Grundrechte zu wahren (Art. 35 Abs. 2 BV) und die Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen einzuhalten (Art. 36 BV).²²⁰

Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, empfiehlt es sich, im hier interessierenden Zusammenhang vom grundrechtlichen «Anspruch auf Achtung [des] Fernmeldeverkehrs» zu sprechen (so Art. 13 Abs. 1 BV)²²¹ und den Begriff «Fernmeldegeheimnis» zu vermeiden, wenn der grundrechtliche Schutz gemeint ist.²²²

²¹⁵ Vgl. BGE 126 I 50, 61 ff. Vgl. vorne I.2.b. ²¹⁶ Vgl. BGE 133 I 77 (unter Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 2 BV). Vgl. auch GRABENWARTER, EMRK, § 22 N. 9; BREITENMOSE, St. Galler Kommentar, N. 9 ff. zu Art. 13 BV; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 148. ²¹⁷ Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5086. ²¹⁸ Art. 321ter StGB (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses) statuiert in seinem ersten Absatz: «Wer als Beamter, Angestellter oder Hilfsperson einer Organisation, die Post- oder Fernmeldedienste erbringt, einem Dritten Angaben über den Post-, Zahlungs- oder den Fernmeldeverkehr der Kundschaft macht, eine verschlossene Sendung öffnet oder ihrem Inhalt nachforscht, oder einem Dritten Gelegenheit gibt, eine solche Handlung zu begehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.» ²¹⁹ Entsprechendes gilt auch für das verwaltungsrechtliche Fernmeldegeheimnis (Art. 43 FMG). ²²⁰ Eine andere (hier nicht weiter zu untersuchende) Frage ist, wie schwer ein solcher Eingriff wiegt. Die Eingriffssintensität kann (u.a.) bei der Verhältnismässigkeitsprüfung eine Rolle spielen. ²²¹ Oder allenfalls von der grundrechtlich geschützten «Vertraulichkeit des Fernmeldeverkehrs» (so BGE 126 I 50, 66). ²²² Art. 13 Abs. 1 BV spricht ausdrücklich vom Schutz des (Brief-, Post- und) Fernmeldeverkehrs, nicht vom Fernmeldegeheimnis (anders noch Art. 36 Abs. 4 aBV: «Unverletzlichkeit des Post- und Telegrafengeheimnisses»).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 298

Die vorstehenden Überlegungen gelten nicht nur für den herkömmlichen Funkverkehr, sondern auch (und gerade) dann, wenn der Zugriff auf die übertragenen Informationen nur

unter Einsatz komplexer technischer Systeme (wie ONYX) möglich ist.²²³ Zu berücksichtigen ist unter grundrechtlichem Blickwinkel weiter auch, dass es für die Fernmeldeteilnehmenden oft nicht ohne weiteres ersichtlich ist, ob die Übermittlung – streckenweise – mittels elektromagnetischer Ausstrahlungen (Richtstrahl- oder Satellitenverbindung) erfolgt oder nicht. Es liesse sich mit dem verfassungsrechtlichen Grundanliegen eines wirksamen Grundrechtsschutzes (vgl. Art. 35 BV) kaum vereinbaren, das Bestehen oder Nichtbestehen grundrechtlicher Garantien von Zufälligkeiten (Übertragungsart bzw. –weg) abhängig zu machen, welche die Fernmeldeteilnehmenden nicht überblicken können.

In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der grundrechtliche Schutz der Kommunikation nicht nur auf Vorgänge im Inland.²²⁴ Art. 10 EMRK gewährleistet ausdrücklich die grenzüberschreitende Freiheit der Kommunikation.²²⁵ Entsprechendes gilt auch für die Kommunikationsgrundrechte der schweizerischen Bundesverfassung (insb. Art. 13 und 16 BV). Es gehörte zu den erklärten Zielen der Totalrevision der Bundesverfassung, im nationalen Grundrechtskatalog den Schutzstandard der EMRK nicht zu unterschreiten (vgl. I.4.).

Nicht abschliessend geklärt ist heute, inwieweit auch die im Ausland stattfindende Telekommunikation in der Schweiz grundrechtlich geschützt ist. Die Frage muss hier nicht in allgemeiner Weise beantwortet werden.²²⁶ Entscheidend ist, dass der grundrechtliche Schutz jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn eine schweizerische Amtsstelle durch Erfassung und Auswertung eines Kommunikationsvorgangs im Ausland Informationen gewinnt, aufbewahrt und allenfalls weitergibt, die unter den verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz fallen. Die im Ausland stattfindende Telekommunikation ist diesfalls hinreichend eng mit inländischem staatlichem Handeln verknüpft. Da somit auch die Aufklärung der elektromagnetischen Ausstrahlungen von technischen Anlagen oder Telekommunikationssystemen im Ausland in der Schweiz grundrechtsrelevant sein kann, müssen die einschlägigen Anforderungen an Grundrechtseinschränkungen beachtet werden.

Zusammenfassend ergibt sich: Die einschlägigen Grundrechte schützen nicht nur die geheime, für Dritte insoweit unzugängliche Kommunikation. Die Funkaufklärung im Sinne von Art. 14a E-BWIS kann verschiedene Grundrechte beeinträchtigen, nicht zuletzt auch den Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK). Daher müssen die Anforderungen erfüllt sein, welche die Bundesverfassung bzw. die EMRK an Grundrechtseingriffe stellen (vgl. I.4.).

3. Verfassungsrechtliche Beurteilung von Art. 14a E-BWIS Der Gesetzesentwurf unterscheidet in Art. 14a E-BWIS zwischen: - elektromagnetischen Ausstrahlungen aus dem Inland, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen (Art. 14a Abs. 2 Satz 2 E-BWIS; vgl. a.), und - den übrigen Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen (Art. 14a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 E-BWIS; vgl. b.).

Für die Frage der Geltung der Grundrechte im Bereich der Funkaufklärung ist diese Unterscheidung, wie bereits erörtert, nicht ausschlaggebend (vgl. 2). Dies hindert den Gesetzgeber indes nicht, diese Unterscheidung vorzunehmen und unterschiedliche rechtliche Regelungen daran zu knüpfen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist entscheidend, dass all diese Regelungen den jeweils einschlägigen grundrechtlichen Anforderungen genügen.

223 Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, wenn es in der Botschaft zur «BWIS II»-Vorlage heisst, die moderne Funkaufklärung sei ein «Mittel zur Informationsbeschaffung aus Quellen, die grundsätzlich öffentlich zugänglich sind», da doch jedermann «mit entsprechender Ausrüstung die Informationen empfangen» könne. So Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5087 (wo immerhin implizit eingeräumt wird, dass es dabei gleichwohl zu Eingriffen in die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre kommen könne). 224 Ebenfalls nicht entscheidend ist unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes, welche Nationalität eine im Rahmen der Funkaufklärung erfasste Person hat. 225 In Art. 10 EMRK umschrieben als «Freiheit, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben». 226 Vgl. zu dieser Frage etwa MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 206 (m.w.H.); BVerfGE 100, 313 – Telekommunikationsüberwachung (Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1999), insb. Rdnr. 173 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 299

a. Dem Fernmeldegeheimnis unterliegende elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland aa. Unterliegt ein Kommunikationsvorgang dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses (wie es in Art. 321ter StGB aus strafrechtlicher, in Art. 43 FMG aus verwaltungsrechtlicher Perspektive umschrieben wird), so dürfen die Kommunikationsteilnehmer darauf bauen, dass die Vertraulichkeit der Kommunikation in hohem Masse gewährleistet ist. Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz von Funkaufklärung in diesem Bereich als schwerwiegender Eingriff in die einschlägigen Grundrechte zu qualifizieren (insb. Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK). Entsprechend hoch sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines solchen Grundrechtseingriffs.²²⁷

Art. 14a Abs. 2 Satz 2 E-BWIS sieht vor, dass für elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, die Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach Kapitel 3a (Art. 18a ff. E-BWIS) zur Anwendung kommen.

Die aus den einschlägigen Bestimmungen resultierenden inhaltlichen und verfahrensmässigen Vorgaben bieten, wie bereits erörtert, in den meisten Hinsichten ausreichend Gewähr für einen wirksamen Grundrechtsschutz. Die Regelung weist aber in einzelnen Punkten Defizite auf (näher II.4.). Diese Defizite sind für die verfassungsrechtliche Beurteilung des hier interessierenden Art. 14a E-BWIS von Bedeutung. Die Regelung über die Funkaufklärung kann nur dann als verfassungskonform eingestuft werden, wenn die aus grundrechtlicher Sicht erforderlichen Nachbesserungen im Kapitel 3a (Art. 18a ff. E-BWIS) vorgenommen werden.

Bei der entsprechenden Überarbeitung des Kapitels 3a ist im Übrigen zu beachten, dass die Funkaufklärung technikbedingte Besonderheiten aufweist (vgl. vorne I.), die bei der herkömmlichen Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 18k E-BWIS) nicht oder nicht im selben Ausmass bestehen. Solche Besonderheiten können – im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes – einen Bedarf nach spezifischen (zusätzlichen) Schutzvorkehrungen hervorrufen (so etwa im Zusammenhang mit der sog. Triage von Informationen bzw. beim Umgang mit Zufallsfunden).

bb. Für die Beurteilung der Regelung betreffend die Funkaufklärung aus verfassungsrechtlicher Sicht ist bedeutsam, dass aus dem Gesetzesentwurf nicht klar hervorgeht, welche Regeln bei der Durchführung der hier interessierenden qualifizierten Fälle zur Anwendung kommen. Einerseits erteilt Art. 14a Abs. 5 E-BWIS dem Bundesrat (als Verordnungsgeber) in allgemeiner Weise den Auftrag, die Tätigkeiten, die Organisation und das Verfahren der Funkaufklärung im Einzelnen zu regeln. Für elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, verweist der Gesetzesentwurf in Art. 14a Abs. 2 E-BWIS auf die Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach Kapitel 3a. Der dort einschlägige Art. 18k Abs. 4 E-BWIS wiederum legt fest, dass für Fragen der Organisation, für die Bearbeitung von Zufallsfunden, für die technische Umsetzung usw. sinngemäss das BÜPF und die zugehörigen Ausführungsbestimmungen zur Anwendung kommen. Die in Art. 18k Abs. 4 E-BWIS getroffene Regelung vermag schon für die im Kapitel 3a geregelte präventivpolizeiliche Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nicht vollauf zu befriedigen (vgl. vorne II.4.b.). Für die noch einmal spezieller gelagerte Funkaufklärung (Art. 14a E-BWIS) gilt dies erst recht, denn hier obliegt die Durchführung ja nicht dem (selbstständigen und weisungsungebundenen) Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 2 BÜPF)228, sondern einer anderen Stelle. Es bleibt unklar, was in diesem anderen organisatorischen Zusammenhang das Wort «sinngemäss» bedeutet und bewirkt.

Gerade in einem grundrechtssensiblen Bereich ist es sehr wichtig, dass der Gesetzgeber die Vorgaben und Verantwortlichkeiten klar formuliert. Schon die unklare Verweiskette – Art. 14a Abs. 2 Satz 2 E-BWIS/Art. 18k Abs. 4 E-BWIS/BÜPF und VÜPF «sinngemäss» – schafft hier erhebliche Unsicherheiten. Diese Unsicherheiten erhöhen sich noch durch das ungeklärte Nebeneinander von Verweiskette und offener allgemeiner Delegationsnorm229 (Art. 14a Abs. 5 E-BWIS). Im Interesse eines wirklichen Grundrechtsschutzes muss der Gesetzesentwurf nachgebessert werden.

227 In diesem Sinne Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5087 f.: «Bestimmte Arten des Funkverkehrs, die mithilfe der Funkaufklärung überwacht werden können, fallen aber unter das Fernmeldegeheimnis. Hier kann die Funkaufklärung erheblich in die Privatsphäre eingreifen.» 228 Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5087, sowie vorne 1. 229 Vgl. dazu auch die Ausführungen unter b.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 300

Das hier erörterte Beispiel legt es nahe, bei der Überarbeitung von Kapitel 3a (auf welches Art. 14a Abs. 2 E-BWIS pauschal verweist) die verschiedenen Verfahrensschritte und Vorgaben generell daraufhin zu überprüfen, ob sie den Besonderheiten der Funkaufklärung hinreichend Rechnung tragen.230 b. Übrige Ausstrahlungen aa. Für alle übrigen elektromagnetischen Ausstrahlungen, d.h. - für Ausstrahlungen aus dem Inland, die nicht dem Fernmeldegeheimnis unterliegen und - für alle elektromagnetischen Ausstrahlungen aus dem Ausland,

hält der Gesetzesentwurf fest, dass das Bundesamt zur Erfassung und Auswertung befugt ist.231 Anders als für inländische Ausstrahlungen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen (vgl. vorne a.), stellt Art. 14a E-BWIS für die übrigen Ausstrahlungen keine weiteren gesetzlichen Leitplanken auf. Dies bedeutet nicht, dass die Funkaufklärung in

diesen Bereichen nach Belieben eingesetzt werden darf. Neben den allgemeinen gesetzlichen Vorgaben, insbesondere betreffend Zweck und Aufgaben des Staatsschutzes (Art. 1 und 2 BWIS) und betreffend die Bearbeitung von Personendaten (Art. 15 ff. BWIS), sind auch die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Wie bereits erörtert, kann die Funkaufklärung auch in den nun interessierenden übrigen Bereichen in Grundrechte eingreifen, insbesondere in das Recht auf Schutz der Privatsphäre (vgl. 2.). Diese Eingriffe dürften gewöhnlich weniger schwer wiegen als Eingriffe im Rahmen von Art. 14a Abs. 2 Satz 2 E-BWIS (Ausstrahlungen im Inland, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen).²³² Gleichwohl müssen auch hier die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten (vgl. I.4.) beachtet werden.

bb. Eine gesetzliche Grundlage wird mit Art. 14a E-BWIS geschaffen. Ein rechtfertigendes öffentliches Interesse kann bejaht werden. Die gewählte Formulierung («kann») ermöglicht eine Anwendung der Bestimmung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips. Der Erlass der geplanten Bestimmung für sich allein greift nicht in unantastbare grundrechtliche Kerngehalte ein. Die Bestimmung ist somit einer grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung grundsätzlich zugänglich. Wie vorne dargelegt (vgl. II.3.), genügt dies allein nicht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist auch eine wirksame Sicherung der Grundrechte geschuldet. Da die Erhebung von persönlichen Daten mit den Mitteln der Funkaufklärung für die Betroffenen nicht erkennbar ist (und somit ein Ansatzpunkt für Nachfragen oder Beschwerden fehlt), ist entscheidend, ob die allgemeinen Sicherungen und Kontrollen einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleisten.

cc. Die verfassungsrechtliche Beurteilung hat zu berücksichtigen, dass bei der Funkaufklärung, technisch bedingt, auch Informationen anfallen können, die keinen Bezug zu den Zwecken und Aufgaben des Staatsschutzes aufweisen (z.B. betreffend Drittpersonen) oder die durch Berufsgeheimnisse geschützt sind oder die in den Bereich des grundrechtlichen Kerngehaltsschutzes fallen (vgl. II.4.b.). Im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass eine entsprechende Triage stattfindet und dass diese Triage in der Weise organisiert ist und durchgeführt wird, dass die Sicherheitsorgane keine Daten zur Kenntnis erhalten, die ihnen aus verfassungsrechtlichen Gründen vorenthalten bleiben müssen.

Mit Blick auf Organisation und Verfahren der Funkaufklärung begnügt sich Art. 14a E-BWIS damit, in allgemeiner Weise die Behördenkooperation zu regeln (Abs. 3) und eine unabhängige Kontrollinstanz vorzusehen, welche die Rechtmässigkeit der Funkaufklärung überwacht (Abs. 4; vgl. auch Art. 99a E-MG). Im Übrigen wird die Regelung dem Bundesrat als Verordnungsgeber überlassen (Art. 14a Abs. 5 E-BWIS).²³³

Aufgrund der heute geltenden Regelung in der Verordnung vom 15. Oktober 2003 über die elektronische Kriegführung (VEKF; SR 510.292) kann man sich eine Vorstellung davon machen, in welcher Weise der Verordnungsgeber den in Art. 14a Abs. 5 E-BWIS erteilten Regelungsauftrag in etwa umsetzen dürfte (vgl. insb. Art. 2 ff. und 14 ff. VEKF). Von Interesse ist hier beispielsweise Art. 15 VEKF.

²³⁰ Mangels genauerer Kenntnisse der technischen Abläufe und Besonderheiten der Funkaufklärung ist es dem Verfasser im Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens nicht möglich, diese Fragestellung näher zu untersuchen. ²³¹ Vgl. Art. 14a Abs. 1 («kann») und Art. 14a Abs. 2 Satz 1 («dürfen») E-BWIS. ²³² Vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5087. ²³³ Die Bestimmung lautet: «Der Bundesrat regelt die Tätigkeiten, die Organisation und

das Verfahren der Funkaufklärung im Einzelnen.»

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 301

Darin werden der Überprüfungsauftrag der Unabhängigen Kontrollinstanz (Abs. 2)²³⁴ und ihre Handlungsmöglichkeiten festgelegt (Abs. 3).²³⁵

Wenn der Gesetzgeber die Regelung dieser und anderer wichtiger Fragen (z.B. Organisation der Tri-age) ohne jede Vorgabe an den Verordnungsgeber delegiert, so kommt der Gesetzgeber seiner Verantwortung, einen wirksamen Grundrechtsschutz sicherzustellen, nicht im nötigen Mass nach. Die Absätze 4 und 5 des Art. 14a E-BWIS sind zu offen formuliert.²³⁶ Art. 14a E-BWIS genügt in seiner jetzigen Fassung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine grundrechtsrelevante Regelung nicht.

dd. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die im präventivpolizeilichen Bereich tätigen Sicherheitsorgane im Rahmen der Funkaufklärung (Art. 14a E-BWIS) über Informationsbeschaffungsmöglichkeiten verfügen, die den Strafverfolgungsbehörden nicht zustehen (vgl. Art. 269 ff. StPO e contrario). Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Weitergabe von entsprechend gewonnenen Informationen an Strafverfolgungsbehörden erfolgen darf. Die Ausführungen unter Ziffer II.4.k. gelten sinngemäss auch hier.

4. Ergebnis Mit dem Erlass von Bestimmungen wie Art. 14a E-BWIS, Art. 99 und Art. 99a E-MG wird die Funkaufklärung gesetzlich besser abgestützt. Unter grundrechtlichem Blickwinkel weisen die geplanten Regelungen noch gewisse Defizite auf. Dies gilt sowohl für den Bereich der dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Ausstrahlungen aus dem Inland (unklare Verweiskette: Art. 14a Abs. 2 Satz 2 E-BWIS/Art. 18k Abs. 4 E-BWIS/BÜPF und VÜPF «sinngemäss») als auch für die übrigen Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen (insb. zu offene Delegationsnorm in Art. 14a Abs. 5 E-BWIS).

VI. Zur Notwendigkeit einer Präzisierung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» und der «Verdachtsmerkmale» (Art. 13a und Art. 18a E-BWIS) 1. Zur Fragestellung a. Bedeutung und Funktion der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» aa. Die Begriffe «innere Sicherheit» bzw. «äussere Sicherheit» (oder kurz: «Sicherheit») werden in der Bundesverfassung in einer ganzen Reihe von Bestimmungen verwendet, so namentlich in: 237 - Art. 2 BV («Zweck»): «Die Schweizerische Eidgenossenschaft [...] wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes.»

234 Art. 15 Abs. 2 VEKF lautet wie folgt: «Die UKI überprüft: a. jeden Auftrag; b. die Ergänzung von Aufträgen mit neuen Funkaufklärungsobjekten; c. die Beschaffung von Funkaufklärungsergebnissen, deren Weiterleitung und deren Weiterbearbeitung beim Auftraggeber.» 235 Art. 15 Abs. 3 VEKF lautet wie folgt: «Sie kann aufgrund der Überprüfung: a. schriftliche Empfehlungen an Auftraggeber und EKF abgeben; b. beim Departement des Auftraggebers die Einstellung von Funkaufklärungsaufträgen beantragen, welche den Grundsätzen der Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit nicht oder nicht mehr genügen, sowie Empfehlungen über die weitere Bearbeitung oder Löschung der allenfalls bereits erhobenen Resultate abgeben.» 236 Art. 99a E-MG bringt in Bezug auf die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Unabhängigen Kontrollinstanz ebenfalls keine weiteren Klärungen. 237 Vgl. auch Art. 58 Abs. 2 BV (Die Armee

«unterstützt die zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen.») und Art. 121 Abs. 2 BV («Ausländerinnen und Ausländer können aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden.»)

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 302

- Art. 57 BV («Sicherheit»): «1 Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung. 2 Sie koordinieren ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit». - Art. 173 Abs. 1 BV: «Die Bundesversammlung hat zudem folgende Aufgaben und Befugnisse: a. Sie trifft Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz. b. Sie trifft Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit. [...]» - Art. 185 BV («Äussere und innere Sicherheit»): «1 Der Bundesrat trifft Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz. 2 Er trifft Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit. 3 [...]»

Eine Begriffsdefinition findet sich in keiner der genannten Bestimmungen. Auch im Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) fehlt eine Legaldefinition.

bb. In der staatsrechtlichen Literatur wird regelmässig darauf hingewiesen, dass der Begriff «Sicherheit» grosse Auslegungsschwierigkeiten bereitet und mannigfaltige Abgrenzungsprobleme in sich birgt.²³⁸ Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von «innerer» und «äusserer» Sicherheit geht auf die Bundesstaatsgründung zurück (vgl. Art. 74 und 90 BV 1848; Art. 95 und 102 BV 1874). Während sich die «äussere Sicherheit» auf Bedrohungen militärischer, allenfalls machtpolitischer Natur von aussen (Ausland) bezieht, meint Wahrung der «inneren Sicherheit» vor allem: Sicherstellung der grundlegenden Aspekte des friedlichen Zusammenlebens, Schutz der staatlichen Institutionen (verlässliches Funktionieren), Verhinderung elementarer Gefährdungen der Gesellschaft und der Einzelnen.²³⁹

In der Lehre wird immer wieder betont, dass die Unterscheidung von «innerer» und «äusserer» Sicherheit unter heutigen Bedingungen nicht mehr zweckmässig, ja letztlich überholt sei.²⁴⁰ Mitunter wird auch kritisiert, dass das hergebrachte Begriffspaar in die neue Bundesverfassung übernommen wurde. In dieser Hinsicht wiegt die Kritik allerdings nicht sonderlich schwer. Denn die Unterscheidung hat kaum (kompetenz)rechtliche Relevanz.²⁴¹ Die Grenze zwischen den Kompetenzbereichen des Bundes und der Kantone verläuft nämlich im Allgemeinen gerade nicht entlang der Unterscheidung von «innerer» und «äusserer» Sicherheit. Der Bund besitzt, neben seinen Kompetenzen im Bereich der äusseren Sicherheit, anerkanntermassen auch gewisse Kompetenzen im Bereich der «inneren Sicherheit» (vgl. vorne III.2.). Eine trennscharfe Abgrenzung der Begriffe «innere» und «äussere» Sicherheit ist auf Verfassungsebene entbehrlich. Entsprechendes gilt auch im Bereich des BWIS und der «BWIS II»-Vorlage.

cc. Für die hier interessierende Frage nach der Konkretisierungs- und Präzisierungsbedürftigkeit der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» in Art. 13a und Art. 18a E-BWIS ist von Bedeutung, dass es sich bei diesen Begriffen um Verfassungsbegriffe handelt. Der Gesetzgeber kann in seinen Regelungen selbstverständlich an

Verfassungsbegriffe anknüpfen. Es steht ihm aber nicht frei, Begriffe der Verfassungsstufe durch eine eigene Definition auf Gesetzesstufe enger oder weiter zu fassen. Eine «Legaldefinition» im eigentlichen Sinn zu geben, ist daher Sache des Verfassungsgebers.²⁴² Der Bundesgesetzgeber hat, wenn überhaupt, nur einen kleinen Spielraum für konkretisierende Festlegungen. Es kommt hinzu, dass die Begriffe «innere und äussere Sicherheit» im Kontext des BWIS und der «BWIS II»-Vorlage an mehreren Stellen vorkommen²⁴³ und dabei mehrere Funktionen erfüllen

238 Vgl. zur Problematik des Sicherheitsbegriffs statt vieler RUCH, Sicherheit in der Demokratie, in: SBVR III, 21 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, in: SBVR III/1, 86 ff.; MOHLER/GÄTTELIN/MÜLLER, in: AJP 2007, 825 f. 239 Vgl. aus der staatsrechtlichen Literatur etwa KURT EICHENBERGER, Komm. aBV, Art. 102 Ziff. 10, N 150. – Zu den Begriffen «innere und äussere Sicherheit» vgl. auch die bundesrätliche Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1137 ff. 240 Vgl. z.B. SCHWEIZER/KÜPFER, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, N. 4 (mit weiteren Hinweisen). 241 Marginal in Art. 57 Abs. 2 BV und Art. 58 Abs. 2 BV. 242 Nicht zu erörtern ist hier die Frage, ob es opportun (ja ob es überhaupt möglich) ist, eine Legaldefinition der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» in die Verfassung aufzunehmen. 243 In der geltenden Fassung: Art. 2 Abs. 4 Bst. b; Art. 4; Art. 5 Abs. 1; Art. 10; Art. 11 Abs. 2 Bst. b; Art. 12; Art. 13 Abs. 2 und 3; Art. 15 Abs. 6 Bst. a; Art. 17 Abs. 1; Art. 18 Abs. 6; Art. 19 Abs. 1; Art. 20 Abs. 1; Art. 29

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 303

(dazu sogleich). Ob es gelingen kann, eine Begriffs Umschreibung zu finden, die präzise ist und zugleich allen Bedürfnissen gerecht wird, ist alles andere als sicher. Eine begrenzte Legaldefinition – mit Wirkung nur für die hier interessierenden Bestimmungen (Art. 13a und 18a E-BWIS) – erscheint aus gesetzgebungsmethodischer Sicht wenig empfehlenswert.

dd. Damit ist nicht gesagt, dass es im Bereich der Art. 13a und 18a E-BWIS keine Präziserungsbedürfnisse und Konkretisierungsmöglichkeiten gäbe. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass eine Legaldefinition oder eine Präzisierung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» nicht der geeignete Ansatzpunkt für die Behebung entsprechender Defizite ist.

Die Präziserungsbedürfnisse und Konkretisierungsmöglichkeiten sind besser zu erkennen, wenn man sich klar macht, welche Funktion(en) die Bezugnahme auf die Begriffe «innere und äussere Sicherheit» im Rahmen der Staatsschutzgesetzgebung des Bundes, insbesondere in der «BWIS II»-Vorlage, hat. Im Vordergrund stehen zwei Funktionen. Der Passus «innere und äussere Sicherheit» kann - erstens dazu dienen, Aufgaben oder Kompetenzen zu umschreiben oder abzugrenzen (vgl. z.B. Art. 4 BWIS); - zweitens das handlungsleitende öffentliche Interesse bezeichnen, welches das staatliche Handeln – mit Blick auf die Grundrechte (Art. 36 BV) oder generell (Art. 5 BV) – legitimeren soll (vgl. z.B. Art. 17 Abs. 1 oder Art. 18 Abs. 6 BWIS; ähnlich Art. 18i Bst. b E-BWIS).

Je nach Verwendungszusammenhang steht die Kompetenz-Dimension oder die grundrechtliche Funktion im Vordergrund. Nicht selten sind gleichzeitig beide (und

mitunter auch noch weitere) Funktionen im Spiel.

Ein Beispiel dafür ist Art. 18n E-BWIS (Verbot von Tätigkeiten; vgl. vorne III.). Der Passus «die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret gefährdet» – eine den beiden Voraussetzungen für ein Tätigkeitsverbot – beinhaltet zwei Aussagen: - kompetenzbezogen: Ein Tätigkeitsverbot ist nur zulässig, wenn es um die innere Sicherheit der Schweiz (d.h. des ganzen Landes) geht, nicht bei Bedrohungen mit bloss lokaler Dimension; - grundrechtsbezogen: Ein Tätigkeitsverbot ist nur zulässig, wenn bestimmte, hinreichend gewichtige Sicherheitsinteressen betroffen sind.

Aus bundesstaatsrechtlicher Sicht gilt: Der Gesetzgeber kann die kompetenzielle Dimension in der jeweiligen Bestimmung des BWIS ansprechen (wie er dies in Art. 18n E-BWIS getan hat). Er kann aber auch davon absehen, wenn und soweit die entsprechenden kompetenzbedingten Handlungs- grenzen bereits hinreichend klar aus den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes (vgl. Art. 2 BWIS) bzw. aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung hervorgehen. Ein Vergleich der geltenden Fassung von Art. 13 Abs. 3 BWIS mit der Fassung, die im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage vorge- schlagen wird, mag dies veranschaulichen (Hervorhebung hinzugefügt). - Art. 13 Abs. 3 BWIS (geltende Fassung): «Der Bundesrat kann [...] zu denjenigen Meldungen und Aus- künften verpflichten, die zum Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz notwendig sind.» - Art. 13 Abs. 3 E-BWIS: «[...] zum Erkennen und Abwehren einer konkreten, von gewalttätigem Extremis- mus oder verbotenen wirtschaftlichen Nachrichtendienst ausgehenden Gefahr für die innere oder die äussere Sicherheit notwendig sind.»

Dass es auch in Art. 13 Abs. 3 E-BWIS um die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz geht, er- gibt sich aus der Fassung gemäss «BWIS II»-Vorlage nur noch implizit aus der allgemeinen Kompe- tenz- und Aufgabenteilung (vgl. Art. 2 BWIS).

BWIS; in der «BWIS II»-Vorlage: Art. 10a Abs. 1; Art. 13 Abs. 3; Art. 13a Abs. 1 und 4; Art. 13c; Art. 17 Abs. 3 Bst. e; Art. 18a; Art. 18b; Art. 18i Abs. 2 Bst. b; Art. 18n Abs. 1 E-BWIS.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 304

b. Bedeutung und Funktion der «Verdachtsmerkmale» (Bedrohungsformen) Ähnlich, wenn auch nicht ganz gleich liegen die Dinge bei den «Verdachtsmerkmalen» oder Bedro- hungsformen²⁴⁴, auf welche Art. 13a und Art. 18a E-BWIS – und indirekt auch Art. 14a E-BWIS (Funkaufklärung) – Bezug nehmen.

Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass die Begriffe «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]», anders als die Begriffe «innere und äussere Sicherheit» (vgl. vorne a.), keine Verfassungsbegriffe sind. Insoweit bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Legaldefinition auf Gesetzesstufe.

Ähnlich wie der Begriff «innere und äussere Sicherheit» erfüllen auch die Begriffe «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» in der «BWIS II»-Vorlage mehr als eine Funktion. - Im Vordergrund steht gewöhnlich die kompetenzbezogene Dimension. So dienen die genannten Begriffe in Art. 13a Abs. 1 und in Art. 18a Abs. 1 E-BWIS in erster Linie dazu,

jene Aufgabenfelder der Sicherheitsorgane abzustecken, in denen die fraglichen Instrumente überhaupt zum Einsatz kommen dürfen (ähnlich Art. 18n Abs. 1 E-BWIS betreffend Tätigkeitsverbote). - Diese Aufgabenfelder verkörpern zugleich auch bestimmte öffentliche (Sicherheits-) Interessen. So steht der Begriff «Terrorismus» für eine Bedrohung von Leib und Leben einer unbestimmten Zahl von Menschen. Hinter dem Begriff «verbotener politischer Nachrichtendienst» steht (u.a.) das öffentliche Interesse am ungehinderten und unbeeinflussten Funktionieren der staatlichen Institutionen. Mit der in Art. 13a Abs. 1 und in Art. 18a Abs. 1 E-BWIS getroffenen Auswahl («Terrorismus» usw., nicht aber Gewaltextremismus) signalisiert der Gesetzesentwurf, dass zurzeit nur bestimmte Bedrohungen bzw. Interessen als derart gewichtig einzustufen sind, dass der Einsatz besonderer – aus grundrechtlicher Sicht: besonders einschneidender – Instrumente prinzipiell möglich sein soll.

Weiter spielen die Begriffe «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» eine Rolle bei der Bestimmung des Geltungsbereichs von behördlichen (Auskunfts-) Verpflichtungen (vgl. Art. 13a Abs. 1 E-BWIS). Diese bestehen nur im Zusammenhang mit den genannten Bedrohungsformen, nicht jedoch in den Bereichen «gewalttätiger Extremismus» und «verbotener wirtschaftlicher Nachrichtendienst». c. Folgerungen für die Untersuchung Für die Beantwortung der beiden Fragen:

g) Ist die Verfassungsmässigkeit in Bezug auf die Begriffe innere und äussere Sicherheit gegeben? Ist eine formell-gesetzliche Umschreibung (Legaldefinition) der Begriffe möglich und notwendig? Formulierungsvorschlag? h) Ist die Verfassungsmässigkeit in Bezug auf die Verdachtsmerkmale der Artikel 13a und 18a E-BWIS gegeben? Ist eine Konkretisierung der Verdachtsmerkmale möglich und notwendig? Formulierungsvorschlag?

ergibt sich daraus Folgendes: Die verfassungsrechtliche Beurteilung erfordert eine Analyse der Funktion(en), welche die fraglichen Begriffe in einer bestimmten Vorschrift erfüllen. Je nach Verwendungszusammenhang und Funktion erscheint die relative Offenheit der hier interessierenden Begriffe aus verfassungsrechtlicher Sicht mehr oder weniger problematisch.

2. Zur Verwendung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» Wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen, ist die Verwendung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» in Art. 13a und 18a E-BWIS (Frage g) aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Ein Präzisierungs- oder Änderungsbedarf ist aus grundrechtlicher Sicht nicht gegeben.

244 Der Begriff «Verdachtsmerkmale» ist insofern missverständlich, als er den Eindruck erwecken kann, dass es hier um strafprozessuale Kategorien gehen könnte. Gemeint sind indes Bedrohungsformen, welche Anlass zu präventivpolizeilichen Massnahmen geben können (vgl. in diesem Sinne etwa Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5084).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 305

a. Beurteilung von Art. 13a E-BWIS In Art. 13a E-BWIS dient die Bezugnahme auf die Begriffe «innere und äussere Sicherheit» in erster Linie dazu, die Voraussetzungen der besonderen Auskunftspflicht bestimmter Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen zu umschreiben.

Art. 13a Besondere Auskunftspflicht der Behörden 1 Die nicht in Artikel 13 Absatz 1 genannten Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone sowie Organisationen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind verpflichtet, dem Bundesamt oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des Bundesamtes im Einzelfall die Auskünfte zu erteilen, die notwendig sind für das Erkennen oder Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit, die ausgeht von: a. Terrorismus; [... usw.].

Nur bei Gefahren «für die innere oder äussere Sicherheit» der Schweiz²⁴⁵ kann sich die Auskunftspflicht aktualisieren, nicht aber bei anderen Arten konkreter Gefahren. Die Begriffe «innere oder äussere Sicherheit» haben hier in erster Linie eine klarstellende Funktion. Die entsprechende Begrenzung für den Einsatz des präventivpolizeilichen Instrumentariums resultiert nämlich schon aus der Kompetenzlage gemäss Bundesverfassung (insb. Art. 57 BV; vgl. vorne III.2.) und aus den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes (insb. Art. 2 und 4 BWIS).

Von entscheidender Bedeutung sind in Art. 13a E-BWIS die Begrenzungen, die sich aus den Begriffen «notwendig», «konkrete Gefahr» sowie aus der abschliessenden Nennung der Bedrohungsarten ergeben. Wenn man es für angebracht hält, die Auskunftspflichten auf Gesetzesstufe zu präzisieren²⁴⁶, so müsste man bei diesen Begriffen ansetzen, nicht beim Passus betreffend die «innere oder äussere Sicherheit». Nichts anderes gilt mit Blick auf Art. 13a Abs. 4 E-BWIS: Der Passus hat hier keine eigenständige Bedeutung (Verweis auf die Anforderungen gemäss Abs. 1) und könnte ohne Einbusse an normativer Substanz weggelassen werden. b. Beurteilung von Art. 18a E-BWIS Ähnlich verhält es sich mit Art. 18a Abs. 1 E-BWIS:

Art. 18a (neu) Grundsatz 1 Besondere Mittel der Informationsbeschaffung können eingesetzt werden, wenn es für das Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit erforderlich ist, die ausgeht von: a. Terrorismus; [... usw.].

Der Passus «innere oder äussere Sicherheit» hat auch hier in erster Linie eine klarstellende Funktion. Dass es im Geltungsbereich des BWIS um die «innere oder äussere Sicherheit» (der Schweiz) geht, und nicht um andere Sicherheitsaspekte, ergibt sich bereits aus der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und der Zwecksetzung und Aufgabenumschreibung in den allgemeinen Bestimmungen des BWIS.

Die Funktion, den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung zu begrenzen, fällt in erster Linie anderen Gesetzesbegriffen zu. Wenn die Voraussetzungen präzisiert werden sollen (zu Notwendigkeit bzw. Wünschbarkeit vgl. vorne II.4.), so ist mit einer Konkretisierung oder Legaldefinition der Begriffe «innere oder äussere Sicherheit» wenig gewonnen. Angesetzt werden müsste vielmehr bei den übrigen Begriffen bzw. Formulierungen. c. Ansatzpunkte für eine Präzisierung der Einsatzvoraussetzungen Dies kann am Beispiel des Art. 18b E-BWIS veranschaulicht werden:

Art. 18b (neu) Voraussetzungen Besondere Mittel der Informationsbeschaffung dürfen nur eingesetzt werden, wenn: a. eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung verdächtig wird, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret zu gefährden (mutmasslicher Gefährder) [...]; b. die Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz [...] es rechtfertigen; [...]

245 Aus kompetenzrechtlichen Gründen (vgl. vorne III.2.) kann hier nur die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gemeint sein. 246 Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dies nicht geboten (siehe vorne IV.2.).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 306

Art. 18b E-BWIS nennt fallbezogene Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung. Der zweifach verwendete Passus betreffend die «innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» steht hier – wie die übrigen in Art. 18b E-BWIS genannten Voraussetzungen – im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen.

Wie bereits erörtert, ist Art. 18b E-BWIS – angesichts der Schwere der ermöglichten Eingriffe – zu vage formuliert. Aus grundrechtlicher Sicht genügt es nicht, im Gesetz abstrakt auf die «Schwere und Art der Gefährdung» abzustellen. Die verfassungsrechtlich gebotene Präzisierung der Norm muss sicherstellen, dass der Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter erfolgt (insb. Leib und Leben, Bestand des Staates, Funktionsfähigkeit seiner zentralen Institutionen). Zwar verkörpern die in Art. 18a Abs. 1 E-BWIS genannten Bedrohungsformen («Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]») grundsätzlich legitime öffentliche Interessen. Man kann aber daraus nicht ableiten, dass allein schon die Zuordnung einer Massnahme zu den genannten Bedrohungsformen genügt, um einen schwer wiegenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Die Eingriffsinteressen überwiegen im Rahmen der grundrechtlich gebotenen Abwägungen (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) nur dann, wenn es um den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter geht. Der Bundesgesetzgeber ist gehalten, entsprechende Leitplanken für die Rechtsanwendung zu setzen.²⁴⁷ Dies lässt sich auf unterschiedliche Weise bewerkstelligen, zum Beispiel: - durch Nennung der Rechtsgüter, die der Gesetzgeber als derart gewichtig einstuft, dass sie als Rechtfertigung für einen schwer wiegenden, verdeckten Grundrechtseingriff in Betracht kommen²⁴⁸; oder - durch einen Deliktskatalog, der die Straftaten aufzählt, zu deren Verhütung bestimmte Mittel eingesetzt werden dürfen²⁴⁹.

Die Verfassung gibt dem Bundesgesetzgeber nicht eine bestimmte Methode vor. Auch belässt sie ihm hinsichtlich der Auswahl und Gewichtung der Rechtsgüter einen gewissen Bewertungsspielraum. Sie verlangt aber vom Gesetzgeber, dass er die erforderliche Interessenabwägung in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich wie hier stärker strukturiert.²⁵⁰ Dieser Verantwortung darf sich der Gesetzgeber nicht durch eine zu offene Normierung entziehen. Anzusetzen ist aber nicht bei einer Präzisierung (oder Legaldefinition) der Begriffe «innere oder äussere Sicherheit» in Art. 18b E-BWIS – die keinen substanziellen Beitrag zur Erreichung des genannten Ziels zu leisten vermag –, sondern bei der Präzisierung der eigentlichen Eingriffsvoraussetzungen in Art. 18a ff. E-BWIS.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint es grundsätzlich ausreichend, wenn der Gesetzgeber in Art. 18a ff. E-BWIS die eingriffslegitimierenden (besonders gewichtigen) Rechtsgüter genauer spezifiziert. Eine detailfreudige Regelung, wie sie für die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder für die verdeckte Ermittlung besteht²⁵¹, ist im präventivpolizeilichen Bereich möglich²⁵², aber aus

verfassungsrechtlicher Sicht nicht zwingend geboten.²⁵³ d. Fazit Zusammenfassend kann die Frage nach der Verfassungsmässigkeit der «BWIS II»-Vorlage in Bezug auf die Begriffe «innere und äussere Sicherheit» (Frage g) bejaht werden.

247 Diese Überlegungen betreffen den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E- BWIS). Die besondere Auskunftspflicht (Art. 13a E-BWIS) bedarf einer gesonderten verfassungsrechtlichen Beurteilung (vgl. vorne IV.2.). 248 Vgl. etwa § 20h und § 20k des Bundeskriminalamtgesetzes vom 7. Juli 1997 (BGBl. 1997 I S. 1650) in der Fassung des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008 (BGBl. 2008 I S. 3083). 249 Vgl. etwa § 4a Abs. 1 Satz des Bundeskriminalamtgesetzes in der Fassung vom 25. Dezember 2008 (BGBl. 2008 I S. 3083) i.V.m. § 129a Abs. 1 und 2 StGB. 250 Diese Überlegungen betreffen den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E- BWIS). Die besondere Auskunftspflicht (Art. 13a E-BWIS) bedarf einer gesonderten verfassungsrechtlichen Beurteilung. 251 Vgl. die Deliktskataloge in Art. 3 BÜPF und Art. 4 BVE bzw. in Art. 269 und Art. 286 StPO. – Zur Problematik vgl. JENT-SØRENSEN/KATZENSTEIN/KELLER, 556 f. 252 Das deutsche Recht operiert im präventivpolizeilichen Bereich verschiedentlich mit Deliktskatalogen. 253 Zur Frage der Konkretisierung in Form eines Deliktskatalogs vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5107.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 307

Eine formell-gesetzliche Umschreibung (Legaldefinition) der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» ist nicht erforderlich.²⁵⁴ Hingegen ist es aus grundrechtlicher Sicht geboten, die Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) präziser zu fassen. Anzusetzen ist bei der Interessenabwägung und bei der Spezifizierung der (in Art. 18b E-BWIS nur sehr vage angesprochenen) Rechtsgüter, welche den schwer wiegenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermögen. Rechtsetzungsmethodisch stehen dem Bundesgesetzgeber dabei verschiedene Möglichkeiten offen. 3. Zur Verwendung der Begriffe «Terrorismus», «verbotener Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen» [usw.] Die in Art. 13a und Art. 18a E-BWIS verwendeten Begriffe «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» weisen je eine gewisse Offenheit auf. Die «BWIS II»-Vorlage verzichtet auf Legaldefinitionen oder nähere Umschreibungen.

Es stellt sich die Frage, wie die begriffliche Offenheit unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel zu beurteilen ist, insbesondere ob aus grundrechtlicher Sicht eine Präzisierung oder Konkretisierung der Begriffe geboten ist. Es handelt sich nicht um eine neue Frage, da diese Begriffe schon in der geltenden Fassung des BWIS enthalten sind (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 BWIS).

Ähnlich wie bei den Begriffen «innere und äussere Sicherheit» (vorne 2.) spielt bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung auch hier eine zentrale Rolle, welche Funktion den Begriffen in Art. 13a und Art. 18a E-BWIS zugeordnet ist. a. Beurteilung von Art. 18a E-BWIS aa. Die Bezugnahme auf die Bedrohungsmerkmale «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» in Art. 18a Abs. 1 E-BWIS hat primär die Funktion, das mögliche Einsatzfeld der

besonderen Mittel der Informationsbeschaffung zu begrenzen.

Art. 18a (neu) Grundsatz 1 Besondere Mittel der Informationsbeschaffung können eingesetzt werden, wenn es für das Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit erforderlich ist, die ausgeht von: a. Terrorismus; b. verbotenem politischen oder militärischen Nachrichtendienst; c. verbotenem Handel mit Waffen oder radioaktiven Materialien sowie verbotenem Technologietransfer. [...]

Die zentrale Aussage des Art. 18a Abs. 1 E-BWIS ist die, dass die besonderen Mittel in den übrigen Tätigkeitsfeldern des Staatsschutzes (verbotener wirtschaftlicher Nachrichtendienst, gewalttätiger Extremismus, Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen; vgl. Art. 2 BWIS; Art. 13 Abs. 3 E-BWIS) von vornherein nicht zum Zuge kommen können.

Die Begriffe «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» weisen auch einen Bezug zu den öffentlichen Interessen auf, die bei der Rechtfertigung des Einsatzes der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung eine Rolle spielen. Über die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs entscheidet freilich nicht in erster Linie die Auslegung und Anwendung der in Art. 18a Abs. 1 Bst. a–c E-BWIS enthaltenen Begriffe. Im Zentrum stehen vielmehr die in Art. 18b ff. E-BWIS normierten Voraussetzungen und Rahmenbedingungen (vgl. vorne II.4.).

Unter diesen Umständen fällt die relative Unbestimmtheit der hier interessierenden Begriffe nicht sonderlich ins Gewicht, jedenfalls sehr viel weniger als die Unbestimmtheit der in Art. 18b E-BWIS verwendeten Begriffe mit unmittelbar eingriffsbegrenzender Funktion.

bb. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Begriffe «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst» und «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» auch in anderen Gesetzen vorkommen und dadurch schärfere Konturen erlangen. Zu nennen sind Art. 272, Art. 274 und Art. 301 StGB, aus der

254 Da es sich um Verfassungsbegriffe handelt, wäre ein Definitionsversuch auf Gesetzesstufe ohnehin sehr problematisch.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 308

Spezialgesetzgebung insbesondere das Kriegsmaterialgesetz (KMG), aus dem Bereich der völkerrechtlichen Verträge etwa das Übereinkommen vom 10. April 1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen (SR 0.515.07). Angesichts der begrenzten, primär kompetenzbezogenen Funktion von Art. 18a Abs. 1 E-BWIS (Bezeichnung von Aufgabenfeldern) und angesichts der Überprüfbarkeit der Rechtsanwendung im Rahmen der einschlägigen Kontrollverfahren (insb. Art. 18d und 29a E-BWIS) erscheint es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zwingend geboten, die Begriffe «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst» und «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» im Gesetz selbst weiter zu präzisieren.

cc. Weniger klar sind die Konturen des Begriffs «Terrorismus». In der bundesrätlichen Botschaft zur «BWIS II»-Vorlage wird (wie schon in der Botschaft zum BWIS von

1994255) auf das Fehlen einer umfassenden international anerkannten Definition sowie auf die Schwierigkeiten einer präzisen Begriffsfestlegung hingewiesen. Immerhin enthält das Bundesrecht heute auf Verordnungsstufe eine Begriffsumschreibung.

Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a VWIS gelten als

«terroristische Aktivitäten: Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung von Staat und Gesellschaft, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten sowie mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen».

Die Aufnahme einer entsprechenden Legaldefinition in Art. 18a E-BWIS wäre grundsätzlich möglich. Mit einem solchen Schritt würde sich freilich keine substantielle Klärung und Verbesserung in Bezug auf die Voraussetzungen für eine Grundrechtseinschränkung ergeben. Dies hängt damit zusammen, dass die Entscheidung über den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung wesentlich durch die Auslegung und Anwendung anderer Kriterien geprägt wird (insb. Art. 18b E-BWIS; vgl. vorne I.2.c. und II.4.). Die Unschärfen des Begriffs «Terrorismus» in Art. 18a E-BWIS fallen daher aus grundrechtlicher Sicht im Ergebnis nicht entscheidend ins Gewicht. Die Aufnahme einer Legaldefinition in Art. 18a E-BWIS erscheint daher verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten.

dd. Wie bereits ausgeführt, besteht im Bereich der Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung aus grundrechtlicher Sicht ein Konkretisierungs- und Präzisionsbedarf. Mit einer Legaldefinition des Begriffs «Terrorismus» in Art. 18a E-BWIS wäre in dieser Hinsicht wenig gewonnen. Denn für die Beurteilung der Zulässigkeit des Einsatzes im konkreten Fall (Art. 18d E-BWIS) sind andere Kriterien weit wichtiger. Entscheidend ist aus grundrechtlicher Sicht nicht, dass der Gesetzgeber den Begriff «Terrorismus» möglichst genau definiert, sondern dass er den rechtsanwendenden Behörden (inkl. Genehmigungs- und Rechtsschutzinstanzen) hinreichend klare Vorgaben für die Interessenabwägung auf den Weg gibt (vgl. vorne II.4 und 5.). Bei diesem Punkt (bzw. Defizit) gilt es in erster Linie anzusetzen. Die Präzisierung der Bedrohungsformen («Terrorismus») ist nicht der adäquate Ansatzpunkt. b. Beurteilung von Art. 13a E-BWIS Entsprechende Überlegungen stehen auch bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Art. 13a E-BWIS im Zentrum.

Art. 13a Besondere Auskunftspflicht der Behörden 1 Die nicht in Artikel 13 Absatz 1 genannten Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone sowie Organisationen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind verpflichtet, dem Bundesamt oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des Bundesamtes im Einzelfall die Auskünfte zu erteilen, die notwendig sind für das Erkennen oder Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit, die ausgeht von: a. Terrorismus; b. verbotenem politischen oder militärischen Nachrichtendienst; c. verbotenem Handel mit Waffen oder radioaktiven Materialien oder von verbotenem Technologietransfer.

Die Bezugnahme auf die Bedrohungsformen dient hier in erster Linie der Festlegung und Begrenzung von behördlichen Auskunftspflichten. Die in Bst. a–c verwendeten Begriffe spielen eine gewisse Rolle für die Bestimmung der Rechte und Pflichten der beteiligten Behörden. Sie spielen indes keine Schlüsselrolle bei der Abwägung in grundrechtlicher Hinsicht. Im Streitfall obliegt die Klärung der Fra-

255 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1169

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 309

ge, ob eine Auskunftspflicht besteht oder nicht, einem Gericht bzw. (im Bereich der Bundeszentralverwaltung) einer politisch verantwortlichen Instanz (Bundesrat oder Departementsvorsteher/in; vgl. Art. 13b E-BWIS sowie vorne IV.2.).

Unter diesen Umständen erscheint die relative Offenheit der Begriffe, welche in Art. 13a Abs. 1 Bst. a– c E-BWIS der Bezeichnung der Bedrohungsformen dienen, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig. c. Fazit Die Frage, ob die Verfassungsmässigkeit in Bezug auf die «Verdachtsmerkmale» der Art. 13a und Art. 18a E-BWIS gegeben sei (Frage h), kann somit bejaht werden. Eine Konkretisierung oder Legaldefinition der Begriffe «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst» und «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zwingend geboten.

Entsprechendes gilt auch für den Begriff «Terrorismus». Eine Konkretisierung ist zwar möglich (vgl. Art. 8 VWIS) und mag aus rechtspolitischer Sicht als wünschenswert angesehen werden. Angesichts der begrenzten Funktion und Tragweite des Begriffs, wie er in Art. 13a und Art. 18a E-BWIS verwendet wird, ist die Konkretisierung indes verfassungsrechtlich nicht geboten.

Verfassungsrechtlich geboten erscheint dagegen eine Präzisierung der Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS; vgl. auch vorne II.4.).

4. Ergebnis Die Verwendung der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» sowie «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» in Art. 13a Abs. 1 und Art. 18a Abs. 1 E-BWIS ist verfassungskonform.

Eine Konkretisierung oder Legaldefinition der Begriffe «innere und äussere Sicherheit» ist verfassungsrechtlich nicht geboten (ja erscheint sogar problematisch, da es sich um Verfassungsbegriffe handelt). Eine Konkretisierung oder Legaldefinition der Begriffe «Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]» ist möglich, aber ebenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten.

VII. Zur Frage der Grundrechtskonformität des sog. indirekten Auskunftsrechts (Art. 18 BWIS) 1. Zur Fragestellung a. Ausgangspunkt Das BWIS enthält eine eigene Regelung betreffend die Erteilung von Auskünften über bearbeitete Personendaten. Diese weicht in mehreren Punkten von den allgemeinen Regeln (Art. 8 und 9 DSG) ab.

Die einschlägige Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 18 Auskunftsrecht 1 Jede Person kann beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten verlangen, dass er prüfe, ob im Informationssystem des Bundesamtes rechtmässig Daten über sie bearbeitet werden. Der Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte 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 den DAP gerichtet habe. 2 Ein Rechtsmittel gegen diese Mitteilung ist ausgeschlossen. Die betroffene Person kann verlangen, dass der Präsident oder die Präsidentin der auf dem Gebiet des Datenschutzes zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts die Mitteilung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten oder den

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 310

Vollzug der von ihm abgegebenen Empfehlung überprüft. Der Präsident oder die Präsidentin teilt der Person in einer stets gleich lautenden Antwort mit, dass die Prüfung im beehrten Sinn durchgeführt wurde. 3 Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte 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 wieder gut zu machender Schaden erwächst. 4 Die Kantone überweisen Gesuche, die sich auf Akten des Bundes beziehen, an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten. 5 Im Anschluss an das Auskunftsgesuch überprüft der DAP unabhängig von den festgelegten Laufzeiten, ob die vorhandenen Daten noch benötigt werden. Alle nicht mehr benötigten Daten werden im Informationssystem gelöscht. 6 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 DSG Auskunft erteilt, sofern dies nicht mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist.

Für diese Regelung hat sich der Begriff «indirektes Auskunftsrecht» eingebürgert, obwohl die Rechtslage damit nur ungenau erfasst wird.²⁵⁶

Im Unterschied zu den übrigen hier untersuchten Regelungen handelt es sich bei Art. 18 BWIS um heute geltendes Recht, zu welchem bereits eine entsprechende Praxis besteht. Zu beurteilen ist im Folgenden nicht die heutige Praxis zu Art. 18 BWIS, sondern die Verfassungs- und Konventionskonformität der Bestimmung, insbesondere die Möglichkeit einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung und Anwendung. b. Vergleich mit der Regelung des Auskunftsrechts in Art. 8 und 9 DSG Art. 8 und 9 DSG, soweit hier von Interesse, lauten wie folgt:

Art. 8 Auskunftsrecht 1 Jede Person kann vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. 2 Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person mitteilen: a. alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten; b. den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger. [...] 5 Die Auskunft ist in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie sowie kostenlos zu erteilen. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen. [...]

Art. 9 Einschränkung der Informationspflicht und des Auskunftsrechts 1 Der Inhaber der Datensammlung kann die Information nach Artikel 7a oder die Auskunft nach Artikel 8 verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit: a. ein Gesetz im formellen Sinn dies

vorsieht; b. es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist. 2 Ein Bundesorgan kann zudem die Information oder die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit: a. es wegen überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, erforderlich ist; b. die Information oder die Auskunft den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines andern Untersuchungsverfahrens in Frage stellt. [...] 4 Der Inhaber der Datensammlung muss angeben, aus welchem Grund er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt.

Bei einem Vergleich mit der allgemeinen Regelung des Auskunftsrechts (Art. 8 und 9 DSG) fallen zunächst die folgenden Besonderheiten der Auskunftsregelung gemäss Art. 18 BWIS auf.

256 Vgl. RHINOW/SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 272; BEAT RUDIN, «Indirekte Auskunft», 184 ff.; SCHWEIZER, Das indirekte Auskunftsrecht, 775; TIZIANA MONA, Das indirekte Auskunftsrecht, 364 ff. Vgl. auch Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5104; Botschaft zum Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 24. Mai 2006, BBl 2006 5061 ff., 5072 f.; Antwort des Bundesrates vom 13. März 2009 auf die Motion Leutenegger Oberholzer (08.3852).

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 311

- Das Auskunftersuchen muss an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDSÖB) gerichtet werden, nicht an den Inhaber der Datensammlung (DAP). - Der EDSÖB kann eine Auskunft (nur) ausnahmsweise erteilen (Abs. 3). - In den übrigen Fällen erhält die anfragende Person die in Abs. 1 beschriebene Standardmitteilung. - Ein Rechtsmittel gegen diese Mitteilung wird ausdrücklich ausgeschlossen (Abs. 2). Die betroffene Person kann eine weitere Überprüfung durch eine unabhängige Instanz verlangen (Abteilungspräsident des Bundesverwaltungsgerichts). Diese Überprüfung mündet wiederum in eine Standardmitteilung (Abs. 2). - Das Auskunftsgesuch löst behördliche Pflichten zur internen Überprüfung aus (Abs. 5; vgl. auch Abs. 1 in fine).

Für die Beurteilung aus verfassungsrechtlicher bzw. grundrechtlicher Sicht ist wichtig, auf welche Weise das Verhältnis zur allgemeinen Gesetzgebung geregelt ist. Aus Art. 18 Abs. 6 BWIS ergibt sich, dass die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln (DSG) nicht ausgeschlossen wird, sondern in zeitlicher Hinsicht zurückgestellt wird, nämlich: - bis zum Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen; - längstens aber bis zum Ablauf der Aufbewahrungsdauer.²⁵⁷

Beim Erreichen dieses Zeitpunkts muss nach Massgabe des DSG Auskunft erteilt werden, sofern dies nicht mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist (Art. 18 Abs. 6 BWIS). Aus Wortlaut und Regelungskontext ergibt sich somit, dass die Anwendung der allgemeinen Regeln des DSG aufgeschoben, aber nicht aufgehoben ist. Art. 18 BWIS beinhaltet insoweit keine abschliessende Regelung betreffend die Auskunftserteilung. Das besondere («indirekte») Verfahren gemäss Art. 18 BWIS kommt während einer begrenzten Zeitdauer zur Anwendung (die aber unter Umständen viele Jahre umfassen kann).

Art. 18 Abs. 6 BWIS regelt nur den Fall der registrierten Personen, die ein Auskunftsgesuch gestellt haben, ausdrücklich. Der verfassungsmässige Anspruch auf Auskunftserteilung umfasst auch die Frage, ob man überhaupt registriert ist oder nicht (vgl. vorne I.2.b.). Der

verfassungsmässige Auskunftsanspruch steht mit anderen Worten auch einer nicht-registrierten Person zu.²⁵⁸ In Art. 18 Abs. 6 BWIS wird der Fall der nicht-registrierten Person nicht angesprochen. In verfassungskonformer – insbesondere auch das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) respektierender – Auslegung muss Art. 18 Abs. 6 BWIS dahingehend interpretiert werden, dass auch eine nicht-registrierte Person nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer bzw. nach dem Dahinfallen allfälliger Geheimhaltungsinteressen darüber zu informieren ist, dass sie (im Zeitpunkt des Auskunftsbegehrens) nicht registriert war.

Das Anwendbarwerden des DSG (Art. 18 Abs. 6 BWIS) hat nicht automatisch zur Folge, dass die verlangte Auskunft erteilt wird. Auskunftserteilung «nach Massgabe des DSG» bedeutet: Die Auskunft kann verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden (Art. 9 DSG): - wenn dies wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (Abs. 1 Bst. b); - wenn dies wegen überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, erforderlich ist (Abs. 2 Bst. a); - wenn die Information oder die Auskunft den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines andern Untersuchungsverfahrens in Frage stellt (Abs. 2 Bst. b).

Gründe der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft dürften praktisch gesehen in diesem Zeitpunkt kaum mehr ins Gewicht fallen, zumal Art. 9 DSG ja erst zur Anwendung kommen

257 Die Festlegung der maximalen Aufbewahrungsdauer von Daten obliegt dem Bundesrat (Art. 15 Abs. 5 BWIS). Die einschlägigen Regelungen sind in Art. 17 ff. der Verordnung vom 30. November 2001 über das Staatsschutz-Informationen-System (ISIS-Verordnung; SR 120.3) enthalten. Die Aufbewahrungsdauer für präventivpolizeiliche Daten beträgt gemäss Art. 17 Abs. 1 ISIS-VO grundsätzlich längstens 15 Jahre. Die Daten von bestimmten (in der Verordnung aufgezählten) Datenbanken können zeitlich unbeschränkt aufbewahrt werden (Art. 17 Abs. 3 ISIS-VO). Die personen- und ereignisbezogene Datenbank «Staatsschutz» (Art. 4 Abs. 1 ISIS-VO) befindet sich nicht darunter. Kritisch zu den Aufbewahrungsfristen gemäss ISIS-VO MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 176. ²⁵⁸ In diesem Sinne auf Gesetzesstufe klarstellend Art. 8 Abs. 1 DSG.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 312

kann, nachdem die Voraussetzungen gemäss Art. 18 Abs. 6 BWIS (Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen) bejaht wurden.

Nimmt man den in Art. 18 Abs. 6 BWIS enthaltenen Verweis auf die allgemeine Regelung (DSG) beim Wort, so geht mit dem Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen eine Änderung der Zuständigkeiten einher. Denn nach Art. 8 Abs. 1 DSG ist der Inhaber der Datensammlung (hier: der DAP) auskunftsverpflichtet.

Der um Auskunft ersuchte Inhaber der Datensammlung (Art. 8 Abs. 1 DSG) muss angeben, aus welchem Grund er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt (Art. 9 Abs. 4 DSG). Der Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 33 DSG). c. Charakterisierung der Auskunftsregelung in Art. 18 BWIS Vor diesem Hintergrund kann die Regelung in Art. 18 BWIS zusammenfassend wie folgt kurz charakterisiert werden:

Die Bestimmung bewirkt, entgegen dem ersten Eindruck, keinen generellen Ausschluss der Auskunft, insbesondere keine generelle Abkehr von der allgemeinen Ordnung gemäss Art. 8 und 9 DSG (inkl. Rechtsschutz, Art. 33 DSG), sondern führt dem Grundsatz nach zu einem – unter Umständen langjäh- rigen – Aufschub der Auskunftserteilung.

Die vorläufige Verweigerung der Auskunft wird in Art. 18 BWIS mit einem besonderen Überprüfungs- mechanismus verbunden. Darin sind zwei unabhängige Instanzen, der EDSÖB und, gegebenenfalls, der Präsident der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts einbezogen.

Verfassungskonform ausgelegt, bietet Art. 18 BWIS keine Grundlage für eine endgültige Auskunft- verweigerung.

Die in Art. 18 BWIS getroffene Regelung ist in jüngerer Zeit wiederholt kritisiert worden.²⁵⁹ So gelangte die (frühere) Eidgenössische Datenschutzkommission (EDSK)²⁶⁰ in ihrem Entscheid vom 15. Februar 2006 / 23. Mai 2006 zum Schluss, dass das Verfahren nach Art. 18 BWIS den Anforderungen von Art. 13 EMRK nicht genüge, da die dort vorgesehenen Eingaben (Anrufung des EDSÖB und der EDSK, heute Bundesverwaltungsgericht; Art. 18 Abs. 1 und 2 BWIS) keine wirksame, effektive Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK darstellten.²⁶¹

In seiner Antwort auf die Motion Leutenegger Oberholzer (08.3852), welche unter anderem eine Ände- rung von Art. 18 BWIS verlangt²⁶², hielt der Bundesrat am 13. März 2009 fest: «Die Einschränkung des Auskunftsrechts wurde kürzlich anlässlich der Schaffung des Bundesgesetzes über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13. Juni 2008 (BPI, SR 361) wiederum ausführlich dis- kutiert und im Vergleich mit Artikel 18 BWIS in abgeschwächter Form (direktes Auskunftsrecht mit Möglichkeit des Aufschubs der Antwort in bestimmten Fällen) und beschränkt auf einen engen Geltungsbereich, nämlich auf Bundesdelikte, auch in Artikel 8 BPI festgesetzt. [...] Angesichts der grossen Bedeutung des Auskunftsrechts für den Datenschutz muss eine Einschränkung in je- dem Fall auf das zeitlich und sachlich unbedingt Notwendige begrenzt werden, was auch vom Bundesgericht und ferner vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte betont wird (siehe BGE 125 II 473 E. 4c; EGMR Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg und andere / Schweden, Nr. 62332/00, Ziff. 88). Das indi- rekte Auskunftsrecht ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich problematisch. Es entspricht nicht einem echten Auskunftsrecht. Der Bundesrat teilt daher im Grundsatz die Auffassung der Motionärin, dass bei allen Daten- sammlungen, mithin auch bei denjenigen in den Bereichen innere Sicherheit und polizeiliche Information, den betroffenen Personen ein Auskunftsrecht gemäss Artikel 8 DSG zu gewähren ist und dass die Ausnahmen davon im Rahmen von Artikel 9 DSG zu bestimmen sind. Allfällige spezialgesetzliche Regelungen sind auf ein Minimum zu beschränken.»

²⁵⁹ Vgl. die Literaturhinweise vorne unter b. ²⁶⁰ Die Eidgenössische Datenschutzkommission ist mit Inkrafttreten der Reform der Bundesrechtspflege (1. Januar 2007) im Bundesverwaltungsgericht aufgegangen. ²⁶¹ Auszugsweise abgedruckt in: ZBl 2007, 392 ff. (vgl. insb. Erw. 3.c, S. 399 f.). ²⁶² Die am 17. Dezember 2008 eingereichte Motion fordert den Bundesrat auf, bei allen Datensammlungen des Bundes ein Auskunftsrecht nach Art. 8 und 9 DSG sicherzustellen (unter Anpassung insb. auch von Art. 18 BWIS).

Gutachten Giovanni Biaggini

Im Folgenden wird es nicht um die rechtspolitische Wünschbarkeit einer Änderung von Art. 18 BWIS gehen. Erörtert wird allein die Frage, ob Art. 18 BWIS allenfalls wegen eines Verstosses gegen über- geordnetes Recht (BV, EMRK) angepasst werden muss. Dabei wird davon ausgegangen, dass die allgemeine Regelung gemäss DSG (Art. 8 und 9), auf welche Art. 18 Abs. 6 BWIS verweist, mit den Anforderungen des übergeordneten Rechts grundsätzlich in Einklang steht. 2. Verfassungs- und konventionsrechtliche Anforderungen a. Inhaltliche Garantien Aus verfassungsrechtlicher bzw. konventionsrechtlicher Sicht stellt sich bei der Beurteilung von Art. 18 BWIS die Frage, ob es zulässig ist, bis zum Dahinfallen von Geheimhaltungsinteressen (bzw. bis zum Ende der maximalen Aufbewahrungsfrist) keinerlei substanzielle Auskunft zu erteilen.²⁶³

Die Bundesverfassung gewährleistet ein Recht auf «Schutz vor Missbrauch» von persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV). Verfassungsrechtlich gewährleistet sind im Rahmen von Art. 13 Abs. 2 BV un- bestrittenermassen auch (vgl. vorne I.2.b.) der Anspruch auf Berichtigung falscher Daten, der der An- spruch auf Löschung ungeeigneter und nicht (mehr) benötigter Daten sowie der Anspruch auf Aus- kunft. Der zuletzt genannte Anspruch umfasst auch die Auskunft darüber, ob man registriert ist oder nicht. Der verfassungsmässige Anspruch auf Auskunft besteht indes nach allgemein geteilter Auffassung nicht absolut. Das Verweigern, Einschränken oder Aufschieben einer Auskunft muss aber den Anforderungen an einen Grundrechtseingriff genügen (Art. 36 BV).

Auch die EMRK vermittelt einen Anspruch auf Datenschutz. Dieser findet seine Grundlage in erster Linie im Anspruch auf Achtung der Privatsphäre (Art. 8 EMRK).²⁶⁴ Auch die EMRK verleiht einen An- spruch auf Auskunftserteilung. Und auch im Rahmen der EMRK sind Einschränkungen prinzipiell zu- lässig (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK). Wie einleitend dargelegt (vgl. vorne I.4.), wird hier davon ausgegan- gen, dass die einschlägigen Anforderungen nicht strenger sind als die Anforderungen im Rahmen der Bundesverfassung. Man darf im Weiteren davon ausgehen, dass die in Art. 8 und 9 DSG getroffene Regelung mit den Vorgaben der EMRK grundsätzlich in Einklang steht (was nicht heisst, dass es im Einzelfall nicht zu einem Konflikt kommen kann). b.

Verfahrensrechtliche Garantien Neben den materiellen Garantien (hier insb. Anspruch auf Schutz persönlicher Daten bzw. auf Aus- kunftserteilung) bieten auch verfahrensrechtliche Garantien Schutz. So vermittelt Art. 29a BV (vgl. vorne II.4.i.) bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf richterliche Beurteilung. Erfasst werden auch Rechtsstreitigkeiten betreffend das Bestehen und den Umfang des Auskunftsanspruchs. Der An- spruch aus der Rechtsweggarantie gilt allerdings nicht absolut (vgl. Art. 29a Satz 2 BV).

Art. 13 EMRK garantiert einen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde. Die Bestimmung lautet:

Art. 13 Recht auf wirksame Beschwerde Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verlet- zung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK geht in der Sache weniger weit als Art. 29a BV. So garantiert Art. 13 EMRK nicht den Zugang zu einem Gericht. Bei der wirksamen Be- schwerde muss es sich zudem nicht zwingend um ein förmliches Rechtsmittel handeln.²⁶⁵ Entgegen dem Wortlaut von Art. 13 EMRK muss die EMRK

nicht verletzt worden sein. Es genügt, wenn eine Verletzung der EMRK in vertretbarer Weise behauptet wird («grief défendable»).

263 Auch nicht hinsichtlich der Frage, ob der Gesuchsteller registriert ist oder nicht. 264 Vgl. z.B. GRABENWARTER, EMRK, § 22 N. 10, 57; EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg und andere gegen Schweden (Fn. 68), §§ 70 ff., 99 ff. 265 Zu Umfang und Inhalt des Anspruchs vgl. z.B. EGMR, Urteil vom 4. Mai 2000, Rotaru gegen Rumänien (Fn. 78), §§ 67 ff.; EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg und andere gegen Schweden (Fn. 68), §§ 116 ff. (je mit weiteren Hinweisen); GRABENWARTER, EMRK, § 24 N. 160 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 4. Lieferung Mai 2000, Art. 13.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 314

Auch der Anspruch aus Art. 13 EMRK gilt nicht absolut.²⁶⁶ Eine Einschränkung kann sich unter anderem dann ergeben, wenn legitime staatliche Geheimhaltungsinteressen im Spiel sind. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich in seinem im Jahr 1978 ergangenen Leiturteil in Sachen Klass (worin es um die Zulässigkeit geheimer technischer Überwachungsmaßnahmen ging) zu dieser Frage wie folgt geäußert (Hervorhebungen hinzugefügt):²⁶⁷

«La Cour a déjà relevé que c'est le caractère secret des mesures qui rend malaisé, voire impossible pour l'intéressé d'exercer un recours, notamment aussi longtemps que dure la surveillance (paragraphe 55 ci-dessus). La surveillance secrète et ses implications sont des faits que la Cour, bien qu'à regret, a déclarés nécessaires, dans une société démocratique et dans la situation actuelle, à la sécurité nationale comme à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales (paragraphe 48 ci-dessus). Ainsi que la Commission l'a indiqué dans son rapport, toute interprétation de l'article 13 doit être en harmonie avec l'économie de la Convention car il faut lire cette dernière comme un tout. La Cour ne peut interpréter ou appliquer l'article 13 (art. 13) de manière à en arriver à un résultat équivalent, en fait, à annuler sa conclusion d'après laquelle le défaut de notification aux intéressés est compatible avec l'article 8 pour assurer l'efficacité des mesures de surveillance (paragraphe 58-60 ci-dessus). Elle estime donc, en conformité avec ses conclusions au titre de l'article 8, que l'absence de notification n'entraîne pas une violation de l'article 13 dans les circonstances de la cause. [...] A partir de cette notification, diverses voies de recours – judiciaires – s'ouvrent à l'individu.»

Diese mit legitimen Geheimhaltungsinteressen begründete Einschränkung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde ergibt sich, wie man in der Lehre gesagt hat, gewissermassen «aus der Natur der Sache».²⁶⁸

Die im Urteil Klass entwickelte Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK wurde in späteren Entscheidungen bekräftigt, so insbesondere in dem im Jahr 2000 gefällten Urteil in Sachen Rotaru gegen Rumänien.

«En outre, en matière de surveillance secrète, un mécanisme objectif de contrôle peut être suffisant aussi longtemps que les mesures restent secrètes. Ce n'est qu'une fois les mesures divulguées que des voies de recours doivent s'ouvrir à l'individu (ibidem [Urteil Klass], p. 31, §§ 70-71).»

Die im Urteil Klass begründete und im Urteil Rotaru bekräftigte Rechtsprechung bildet nach wie vor die massgebliche Leitlinie.²⁶⁹ Daran hat sich, soweit ersichtlich, auch mit dem in der bundesrätlichen Antwort auf die Motion Leutenegger Oberholzer zitierten Urteil des EGMR vom 6. Juni 2006 in Sachen Segerstedt-Wiberg und andere gegen Schweden nichts geändert.²⁷⁰

Zusammenfassend kann somit davon ausgegangen werden, dass der Anspruch auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) nicht absolut gilt und im Bereich legitimer staatlicher Geheimhaltungsinteressen Einschränkungen erleiden kann.²⁷¹ c. Fazit Für die folgenden Abklärungen ergibt sich daraus: Es gilt in erster Linie die Frage nach der Tragweite und Einschränkbarkeit des Auskunftsrechts zu untersuchen (vgl. nachstehend 3.a). Die Frage, ob der Anspruch auf eine richterliche Beurteilung (Art. 29a BV) bzw. auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) verletzt wurde oder nicht, stellt sich erst in zweiter Linie (nachstehend 3.b).²⁷² Dabei ist die Möglichkeit von Ausnahmen (im Sinne von Art. 29a Satz 2 BV) bzw. von Einschränkungen (im Sinne der Klass/Rotaru-Rechtsprechung) zu berücksichtigen.

²⁶⁶ Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 24 N. 164. ²⁶⁷ EGMR, Urteil vom 6. Juni 1978, Klass und andere gegen Deutschland (Fn. 27), §§ 68 ff. ²⁶⁸ So GRABENWARTER, EMRK, § 24 N. 164. ²⁶⁹ Vgl. GRABENWARTER, EMRK, § 24 N. 164. ²⁷⁰ Im Urteil Segerstedt-Wiberg (Fn. 68) wird auf die Urteile Klass und Rotaru Bezug genommen. Eine Abkehr von der Klass-/Rotaru-Rechtsprechung ist nicht erkennbar. Vgl. auch hinten 3.b. ²⁷¹ Auf diesen Gesichtspunkt geht der vorne (Fn. 261) zitierte Entscheid der EDSK nicht näher ein. ²⁷² Im vorne zitierten Entscheid der EDSK (Fn. 261) wird dieser zweite Aspekt losgelöst vom ersten Aspekt behandelt.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 315

3. Beurteilung von Art. 18 BWIS aus der Sicht des verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutzes a. Beurteilung unter dem Aspekt der inhaltlichen Garantien aa. Aus der Sicht des verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutzes ist zunächst festzuhalten, dass die vorläufige Verweigerung der Auskunft gesetzlich vorgesehen ist (Art. 18 BWIS).

Ohne in die Einzelheiten gehen zu müssen, kann man sodann festhalten, dass Geheimhaltungsinteressen zur Wahrung der inneren Sicherheit (vgl. Art. 18 Abs. 6 BWIS) grundsätzlich legitim und hinreichend gewichtig sind, um einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.²⁷³ Die vorläufige Verweigerung der Auskunft ist ein grundsätzlich geeignetes Mittel zur Verfolgung einer grundsätzlich legitimen Zielsetzung.

Die Beschränkung der Auskunftserteilung darf sodann nicht weiter gehen als erforderlich, um das verfolgte öffentliche Interesse – hier die Geheimhaltung aus Gründen des Staatsschutzes – zu verwirklichen. Und sie muss gemessen an den auf dem Spiel stehenden Grundrechtsinteressen zumutbar sein.

bb. Die in Art. 18 BWIS getroffene spezielle Regelung greift von Gesetzes wegen nur, solange ein Geheimhaltungsinteresse besteht, längstens aber bis zum Ablauf der Aufbewahrungsdauer (vgl. vorne 1.b.). Nach dem Dahinfallen des Geheimhaltungsinteresses ist die Auskunft nach Massgabe der allgemeinen Regeln zu erteilen (Art. 8 und 9 DSGVO). Besteht schon im Zeitpunkt der Einreichung des Auskunftsgesuchs kein legitimes Geheimhaltungsinteresse (mehr), so ist die Frage der

Auskunftserteilung konsequenterweise von Anfang an nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen (Art. 8 und 9 DSGVO).

Beim Erlass von Art. 18 DSGVO ist der Bundesgesetzgeber offensichtlich davon ausgegangen, dass es grundsätzlich legitim sei, geheim zu halten, ob jemand registriert ist oder nicht.²⁷⁴ Ausdruck dieser gesetzgeberischen Wertung ist die in Art. 18 Abs. 1 und 2 DSGVO vorgesehene Standardantwort, wonach in Bezug auf die gesuchstellende Person «entweder keine Daten unrechtmässig bearbeitet» würden oder dass «bei Vorhandensein allfälliger Fehler in der Datenbearbeitung eine Empfehlung zu deren Behebung an das Bundesamt gerichtet» worden sei. Mit dieser Standardantwort soll sichergestellt werden, dass die gesuchstellende Person aus der Antwort nicht ableiten kann, ob überhaupt Daten, die sie betreffen, im Staatsschutz-Informationssystem bearbeitet werden.²⁷⁵ Auf diese Weise kann zum Beispiel verhindert werden, dass terroristische oder gewaltextremistische Kreise Rückschlüsse hinsichtlich des Kenntnisstandes der Sicherheitsorgane ziehen können. Dies entspricht einem grundsätzlich legitimen öffentlichen Interesse. Es können somit gewichtige Gründe dafür sprechen, schon das blosses Faktum der Registrierung bzw. Nichtregistrierung geheim zu halten, d.h. diesbezüglich keine Auskunft zu erteilen.

cc. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Geheimhaltung betreffend den Umstand der Registrierung in jedem Einzelfall gerechtfertigt ist. Das bei Grundrechtseingriffen zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 36 Abs. 3 BV) kann eine Offenlegung gebieten. In diesem Sinne sieht Art. 18 Abs. 3 DSGVO vor, dass ausnahmsweise in angemessener Weise Auskunft erteilt werden kann, wenn damit keine Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit verbunden ist und der gesuchstellenden Person sonst ein erheblicher, nicht wieder gut zu machender Schaden erwächst.²⁷⁶

Es ist denkbar, dass das Geheimhaltungsinteresse auch in weiteren Fällen weniger Gewicht hat als der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz.

²⁷³ Aus der Sicht der EMRK vgl. etwa EGMR, Urteil vom 6. Juni 1978, Klass (Fn. 27), § 46, und EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), § 87. ²⁷⁴ Zum Auskunftsanspruch von nicht-registrierten Personen vgl. vorne I.2.b. ²⁷⁵ In diesem Sinne die Erläuterungen in der bundesrätlichen Botschaft zum Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 24. Mai 2006 (BB1 2006 5061 ff., 5072 f., zu Art. 8 des Entwurfs). Art. 8 E-BPI war nach dem Modell des Art. 18 DSGVO geformt. Der Gesetzgeber entschied sich für ein anderes Modell. ²⁷⁶ Zur Handhabung dieser Bestimmung in der Praxis vgl. TIZIANA MONA, Das indirekte Auskunftsrecht, 368 ff., sowie den im Jahr 2006 ergangenen Entscheid der EDSK (vorne Fn. 261), insb. Erw. 4., in: ZBl 2007, 392 ff., 394 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 316

Die Voraussetzungen in Art. 18 Abs. 3 DSGVO sind restriktiv umschrieben («ausnahmsweise», «erheblicher Schaden»). Es stellt sich die Frage, wie dem Grundrechtsschutz (Auskunftserteilung) auch in solchen weiteren Fällen Rechnung getragen werden kann. Dies erscheint im Rahmen der Auslegung und Anwendung von Art. 18 Abs. 6 DSGVO prinzipiell möglich (vgl. auch vorne I.c.). Beim Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen kommen die allgemeinen Regeln (DSG) zur Anwendung. Wenn nun aber die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung der Interessen (Prüfung der

Zumutbarkeit) ergibt, dass der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz gewichtiger ist als das Geheimhaltungsinteresse, so muss das Geheimhaltungsinteresse weichen. Wenn dies der Fall ist, so bedeutet dies nichts anderes, als dass das Geheimhaltungsinteresse dahingefallen ist. Die Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 6 BWIS sind in diesem Fall erfüllt. Die allgemeinen Regeln gemäss Art. 8 und 9 DSGVO kommen zur Anwendung. Somit ist Art. 18 BWIS einer grundrechtskonformen Auslegung und Handhabung, die den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Geheimhaltung nur wenn und soweit nötig) Rechnung trägt, prinzipiell zugänglich.

dd. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer grundrechtseinschränkenden Vorschrift genügt es freilich nicht, dass eine grundrechtskonforme Auslegung möglich ist. Vielmehr muss auch hinreichend Gewähr für eine verhältnismässige und damit grundrechtskonforme Auslegung des Gesetzes bestehen (vgl. vorne II.3.).

In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, dass Art. 18 BWIS ein Verfahren einrichtet, in das – neben den Staatsschutzorganen – auch der EDSÖB einbezogen ist (Abs. 1). Dabei handelt es sich um eine Instanz, die in ihrer Aufgabenerfüllung unabhängig ist (Art. 26 DSGVO). Im Weiteren ist vorgesehen, dass auf Verlangen der betroffenen Person der Präsident der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts tätig wird. Dass es sich bei diesem Überprüfungsverfahren nicht um ein förmliches Rechtsmittel handelt (vgl. Art. 18 Abs. 2 BWIS), ist nicht entscheidend. Was hier zählt, ist der Umstand, dass – ähnlich wie in Art. 18d E-BWIS (besondere Mittel der Informationsbeschaffung) – ein spezielles Verfahren eingerichtet ist, in welchem die Rechtmässigkeit einer allfälligen Datenbearbeitung unabhängig überprüft werden kann. Die Mitteilung ist eines von mehreren Elementen eines speziellen Kontrollmechanismus, der ausserhalb des Individualrechtsschutzsystems steht.

ee. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 18 BWIS – nicht zuletzt dank Abs. 6 – einer grundrechtskonformen (verfassungs- und konventionskonformen) Auslegung und Anwendung prinzipiell zugänglich ist. b. Beurteilung unter dem Aspekt der verfahrensrechtlichen Garantien aa. Im Verfahren gemäss Art. 18 Abs. 1 BWIS ergeht eine (stets gleichlautende) Mitteilung des EDSÖB. Gemäss Art. 18 Abs. 2 BWIS besteht kein Rechtsmittel gegen diese Mitteilung. Auch der allenfalls angerufene Präsident der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts erlässt keine anfechtbare Verfügung. Hingegen steht der Rechtsweg prinzipiell offen, sobald in Anwendung von Art. 18 Abs. 6 BWIS die Auskunftserteilung nach Massgabe des DSGVO zu erfolgen hat (Art. 33 DSGVO). Wie vorne ausgeführt, besteht gemäss Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) bei Rechtsstreitigkeiten ein Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Die richterliche Beurteilung kann «in Ausnahmefällen» durch Gesetz ausgeschlossen werden.

bb. Ähnlich wie der Mitteilungsaufschub gemäss Art. 18i E-BWIS (vgl. vorne II.4.i.) gründet die in Art. 18 Abs. 1 und 2 BWIS getroffene Regelung auf grundsätzlich legitimen Geheimhaltungsinteressen zur Wahrung der inneren Sicherheit. Es stellt sich die Frage, ob Geheimhaltungsinteressen dieser Art grundsätzlich geeignet sind, einen «Ausnahmefall» im Sinne von Art. 29a BV zu begründen. In den Materialien und in der Literatur zu Art. 29a BV wurde die hier interessierende Konstellation soweit ersichtlich nicht thematisiert (vgl. vorne II.4.i.). Man darf aber, ähnlich wie beim Mitteilungsaufschub, davon ausgehen, dass die soeben erörterten grundsätzlich legitimen Geheimhaltungsinteressen eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie zu rechtfertigen vermögen.

Der Bundesgesetzgeber verstösst somit nicht gegen die verfassungsmässige Rechtsweggarantie, wenn er die Mitteilung des EDSÖB bzw. des Präsidenten der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts als nicht-anfechtbaren Akt qualifiziert.²⁷⁷

cc. Die Beurteilung der Regelung gemäss Art. 18 BWIS unter dem Aspekt von Art. 13 EMRK ergibt Folgendes.

²⁷⁷ Ob es bei der Anwendung von Art. 18 Abs. 1 und 2 BWIS stets um eine Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29a BV geht, kann somit offen bleiben.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 317

Gegen die Mitteilung des EDSÖB im Sinne von Art. 18 Abs. 1 BWIS besteht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung kein Rechtsmittel (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 BWIS). Gemäss Art. 13 EMRK muss nicht ein förmliches Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Eine «wirksame Beschwerde» bei einer «in-nerstaatlichen Instanz» (die kein Gericht zu sein braucht) reicht aus (vgl. vorne 2.b.).

Man kann sich nun die Frage stellen, ob die Möglichkeit, an den EDSÖB und, gegebenenfalls, an den Präsidenten der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts zu gelangen, eine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK darstellt.²⁷⁸ Angesichts beschränkter Entscheidungskompetenzen ist dies fraglich.²⁷⁹

Die Frage kann freilich offen gelassen werden. Denn die Garantie gemäss Art. 13 EMRK gilt nicht absolut (vgl. vorne 2.b.). Es stellt sich daher, ähnlich wie bei der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV, vorweg die Frage, ob der Gesetzgeber im (hier interessierenden) Bereich des Staatsschutzes eine Ausnahme von der Garantie des Art. 13 EMRK vorsehen kann.

Wenn man sich die vorne zitierten Leitentscheidungen des EGMR in Sachen Klass und in Sachen Rotaru vor Augen führt, dürfte eine Einschränkung, wie sie in Art. 18 BWIS vorgenommen wird, grundsätzlich zu rechtfertigen sein. Für diese Annahme sprechen folgende Überlegungen: - Die Auslegung von Art. 13 EMRK «doit être en harmonie» mit der Auslegung der übrigen Bestimmungen.²⁸⁰ Die Anwendung der Beschwerdeggarantie darf nicht darauf hinauslaufen, dass die Wirksamkeit von konventionsrechtlich zulässigen Geheimhaltungsmassnahmen unterlaufen wird. - Im vorliegenden Zusammenhang geht es um grundsätzlich legitime Geheimhaltungsinteressen von erheblichem Gewicht, die der Wahrung der nationalen Sicherheit dienen. - Die Geheimhaltung erscheint unter dem Aspekt des Art. 8 EMRK als notwendig und prinzipiell gerechtfertigt (vgl. 3.a.). - Art. 18 BWIS richtet einen Kontrollmechanismus ein, der eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung durch unabhängige Instanzen vorsieht (vgl. vorne 1.).²⁸¹ Die (rechtsmittel- freie) Mitteilung ermöglicht eine zweite Überprüfung. - Die Rechtsprechung des EGRM verlangt, dass wirksame Beschwerdemöglichkeiten greifen, wenn die Geheimhaltungsinteressen bzw. die Geheimhaltung dahingefallen sind.²⁸² Diese Voraussetzung ist mit dem grundrechtskonform ausgelegten Art. 18 Abs. 6 BWIS erfüllt, der beim Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen ein Vorgehen nach Massgabe des DSG vorsieht (vgl. vorne 1.).

dd. Im Urteil vom 6. Juni 2006 in Sachen Segerstedt-Wiberg und andere gegen Schweden – erwähnt in der bundesrätlichen Antwort auf die Motion Leutenegger Oberholzer (vgl. vorne 1.c.) – hat der EGMR in seinen Erwägungen zu Art. 13 EMRK die beiden Leiterteile Klass und Rotaru als Beleg für die bisherige Rechtsprechung angeführt.²⁸³ Die einschlägige Rechtsprechung wurde dabei, soweit ersichtlich, in keiner Weise relativiert. Dies hängt auch mit der speziellen Fallkonstellation im Urteil Segerstedt-Wiberg zusammen. Dort ging es im Wesentlichen um den Anspruch auf Zugang zu Staatsschutzakten. Hinsichtlich vier der fünf beschwerdeführenden Parteien bejahte der EGMR eine Verletzung von Art. 8, 10 und 11 EMRK, weil es sich bei den – schliesslich zugänglich gemachten – fraglichen Informationen um Daten handelte, die von den Sicherheitsorganen nicht hätten aufbewahrt werden dürfen.²⁸⁴ In einem anderen Punkt verneinte der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK: Die schwedischen Behörden seien nicht verpflichtet gewesen, die Dossiers vollständig offen zu legen.²⁸⁵ Schliesslich bejahte der EGMR eine Verletzung von Art. 13 EMRK in Bezug auf alle fünf beschwerdeführenden Parteien.

278 Zu dieser Frage vgl. den im Jahr 2006 ergangenen Entscheid der EDSK (Fn. 261), Erw. 5.c (ZBI 2007, 399 f.). 279 Von der EDSK offen gelassen (Eingabe beim EDSÖB) bzw. verneint (Eingabe bei der EDSK). Vgl. dazu den im Jahr 2006 ergangenen Entscheid (Fn. 261), Erw. 5.c (ZBI 2007, 399). 280 EGMR, Urteil vom 6. Juni 1978, Klass (Fn. 27), § 68. Auf diesen Gesichtspunkt geht der vorne (bei Fn. 261) zitierte Entscheid der EDSK nicht näher ein. 281 Vgl. EGMR, Urteil vom 4. Mai 2000, Rotaru (Fn. 78), § 69 («un mécanisme objectif de contrôle peut être suffisant»). 282 Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 1978, Klass (Fn. 27), § 68; EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), § 117 in fine. 283 Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), §§ 116, 121. 284 Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), §§ 8 ff., 87 ff., 107. 285 Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), §§ 99 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 318

In der Sachverhaltsdarstellung kommt unter anderem zur Sprache, dass gemäss schwedischer Gesetzgebung schon die Information, ob eine Person registriert ist oder nicht, grundsätzlich der Geheimhaltung unterliegt.²⁸⁶ Für die Feststellung des EGMR, dass Art. 13 EMRK verletzt sei, war die Existenz dieser Regelung freilich nicht ausschlaggebend. Wie sich aus der Sachverhaltsdarstellung und den Erwägungen zur Sache ergibt, hatten die beschwerdeführenden Parteien – wenn auch erst nach längerem Hin und Her und nur partiell – Einblick in die einschlägigen Dossiers erhalten. Die Verletzung von Art. 13 EMRK wurde vom EGMR im Ergebnis deshalb bejaht, weil die Instanzen, an welche sich die beschwerdeführenden Parteien wenden konnten und gewendet haben, nur über begrenzte Handlungsmöglichkeiten verfügten.²⁸⁷

Die schwedische Geheimhaltungsregelung weist gewisse Parallelen zu Art. 18 BWIS auf. Die Regelung war indes im Verfahren vor dem EGRM nicht entscheidend. Angesichts der Spezifika des Sachverhalts und der konkreten Fragestellung des Falls Segerstedt-Wiberg kann man aus der stark fallbezogenen Argumentation des EGMR keine Rückschlüsse dahingehend ziehen, dass eine Regelung nach dem Muster von Art. 18 BWIS konventionswidrig wäre. Eine konventionskonforme Auslegung und Anwendung von Art. 18 BWIS erscheint nach wie vor möglich. Ein detaillierter Vergleich des schwedischen und des schweizerischen Rechts ist entbehrlich.

4. Ergebnis Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 18 BWIS einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung und Anwendung grundsätzlich zugänglich ist. Mithin besteht insoweit kein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, vermag die in Art. 18 BWIS getroffene Regelung allerdings in verschiedener Hinsicht nicht zu befriedigen. Eine Überprüfung erscheint, wenn nicht verfassungs- und konventionsrechtlich zwingend geboten, so doch wünschenswert.

VIII. Zusammenfassende Schlussbemerkungen

1. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ging es nicht darum, die «BWIS II»-Vorlage gesamthaft zu würdigen oder die Wünschbarkeit der pendenten Teilrevision zu beurteilen. Zu klären war die Frage der Vereinbarkeit der Vorlage mit dem übergeordneten Recht (BV, EMRK). Angesichts dieser Aufgabenstellung standen naturgemäss die problematischen Punkte der Vorlage im Vordergrund.

Ein wichtiges Ergebnis der Untersuchung ist, dass das übergeordnete Recht den Revisionsanliegen nicht prinzipiell entgegensteht. Dies gilt auch für die mit der «BWIS II»-Vorlage beantragte Einführung der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung gemäss Art. 18a ff. E-BWIS. Es hat sich allerdings gezeigt, dass der Gesetzentwurf in verschiedenen Hinsichten den Sicherungspflichten noch zu wenig Rechnung trägt, die der Gesetzgeber zu beachten hat, wenn er in einem grundrechtssensiblen Gelände wie dem Staatsschutz bestehende Wege ausbauen oder neue Wege anlegen will.

2. Die wichtigsten Einzelergebnisse der vorliegenden Abklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a. Im Bereich der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) ist eine Nachbesserung insbesondere in folgenden Punkten verfassungsrechtlich geboten: - Spezifizierung der Schutzgüter, die der Gesetzgeber als derart gewichtig einstuft, dass sie einen schwer wiegenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermögen (Art. 18b Bst. b E-BWIS). (Vgl. vorne II.4.a. und c.) - Sicherstellung eines wirksamen Schutzes von Grundrechten Dritter (insb. in Bezug auf Berufsgeheimnisse). (Vgl. vorne II.4.b.dd. und ee.) - Sicherstellung eines wirksamen Kerngehaltsschutzes. (Vgl. vorne II.4.b.)

286 Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), § 121. 287 Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 2006, Segerstedt-Wiberg (Fn. 68), insb. § 120.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 319

- Eingrenzung und Klarstellung der Weitergabemöglichkeiten in Bezug auf Personendaten, die mit besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung gewonnen wurden. (Vgl. vorne II.4.k.)

b. Auch in den übrigen untersuchten Bereichen sind Anpassungen der Vorlage in verschiedenen Punkten verfassungsrechtlich geboten: - Die Bestimmungen betreffend die besondere Auskunftspflicht der Behörden (Art. 13a E-BWIS) und der gewerblichen Transporteure (Art. 13c E-BWIS) sind im Wesentlichen verfassungskonform. Den grundrechtlichen Vorgaben entspricht die Regelung insofern nicht ganz, als für die Weitergabe von Personendaten, die via Art. 13a bzw. 13c E-BWIS zum DAP gelangt sind, keine hinreichenden gesetzlichen Leitplanken bestehen. (Vgl. IV.4.) - Art. 14a E-BWIS

bringt eine wesentliche Verbesserung der rechtsstaatlich-demokratischen Abstützung der Funkaufklärung. Unter grundrechtlichem Blickwinkel weisen die geplanten Regelungen aber noch verschiedene Defizite auf (Art. 14a Abs. 2 Satz 2 E-BWIS: unklare Verweiskette; Art. 14a Abs. 5 E-BWIS: zu offene Delegationsnorm; Weitergabe von Daten). (Vgl. V.4.)

3. Im Rahmen der vorliegenden Abklärungen sind bei verschiedenen Bestimmungen des Gesetzesentwurfes Unklarheiten, Mängel und Lücken zutage getreten. Es handelt sich um Regelungsgesichtspunkte, die nicht (oder jedenfalls nicht zwingend) als verfassungs- oder konventionswidrig einzustufen sind, die aber gleichwohl eine Überarbeitung und Anpassung der fraglichen Normen wünschenswert erscheinen lassen. (Vgl. II.5. sowie weitere Hinweise im Text und in den Fussnoten).

4. Die Fragen an den Gutachter lassen sich abschliessend wie folgt beantworten:

Ist die Vorlage mit der Bundesverfassung und der EMRK vereinbar?

Die «BWIS II»-Vorlage weist unter grundrechtlichem Blickwinkel verschiedene – grundsätzlich beheb- bare – Mängel auf; in der vorliegenden Fassung (Entwurf vom 15. Juni 2007) ist sie nicht in jeder Hinsicht verfassungs- bzw. konventionskonform (Teilfrage a; dazu zusammenfassend vorne Ziffer 2.). Dies wurde in erster Linie anhand des Rechts auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK) aufgezeigt, das hier als «Leitgrundrecht» diente (Teilfrage b). Entsprechendes gilt auch für die weiteren angesprochenen Grundrechte: Meinungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit (Teilfragen c–f).

Die Frage der Verfassungsmässigkeit der «BWIS II»-Vorlage in Bezug auf die Begriffe «innere und äussere Sicherheit» (Teilfrage g) kann bejaht werden. Eine formell-gesetzliche Umschreibung (Legaldefinition) ist nicht erforderlich und wäre überdies – da es sich um Verfassungsbegriffe handelt – auf Gesetzesstufe problematisch.

Eine Konkretisierung oder Legaldefinition der «Verdachtsmerkmale» (oder Bedrohungsformen) gemäss Art. 13a und 18a E-BWIS («Terrorismus», «verbotener politischer oder militärischer Nachrichtendienst», «verbotener Handel mit Waffen [usw.]») ist möglich, aber ebenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten (Teilfrage h).

Hingegen erscheint es aus grundrechtlicher Sicht geboten, die Voraussetzungen für den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung (Art. 18a ff. E-BWIS) präziser zu fassen. Anzusetzen ist aber aus den dargelegten Gründen nicht bei den Begriffen «innere und äussere Sicherheit» oder bei den «Verdachtsmerkmalen». Erforderlich ist vielmehr eine Spezifizierung der Schutzgüter, die der Gesetzgeber als derart gewichtig einstuft, dass sie einen schwer wiegenden Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermögen (Art. 18b Bst. b E-BWIS).

Ist das indirekte Auskunftsrecht gemäss Artikel 18 BWIS mit übergeordnetem Recht im Einklang?

Art. 18 BWIS ist – nicht zuletzt dank Abs. 6 – einer grundrechtskonformen (verfassungs- und konventionskonformen) Auslegung und Anwendung prinzipiell zugänglich. Ob Art. 18 BWIS, wie dies verschiedentlich gefordert wird, geändert werden soll, ist daher in erster Linie eine rechtspolitische Frage.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 320

Abkürzungen

aBV (alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AJP Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift) BBl Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGBI (deutsches) Bundesgesetzblatt BGG Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichts-gesetz; SR 173.110) BGÖ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz; SR 152.3) BStP Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0) BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) Botschaft «BWIS II» Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) vom 15. Juni 2007 (BBl 2007 5037 ff.) BÜPF Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1) BVE Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (SR 312.8) BWIS Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120) Comm. AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003 DAP Dienst für Analyse und Prävention DöV Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) DSG Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1) E-BWIS Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung), Entwurf des Bundesrates vom 15. Juni 2007 (BBl 2007 5139 ff.) EDSK (frühere) Eidgenössische Datenschutzkommission EDSÖB Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EJPD Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement E-MG Teilrevision des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militär-gesetz; SR 510.10) im Rahmen der «BWIS II»-Vorlage, Entwurf des Bundesrates vom 15. Juni 2007 (BBl 2007 5153 f.) EMRK Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) EuGRZ Europäische Grundrechte-Zeitschrift i.V.m. in Verbindung mit Komm. aBV AUBERT JEAN-FRANÇOIS ET AL. (Hrsg.), Kommentar zur [alten] Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Basel/Zürich/Bern 1987-1996 Komm. BV BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenos-senschaft. Kommentar, Zürich 2007 LeGes Gesetzgebung heute, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung MG Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärver-waltung (Militär-gesetz; SR 510.10) ParlG Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10) RVOG Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) SBVR III/1 RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bun-des, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III/1, Basel usw. 2008. SR Systematische Sammlung des Bundesrechts

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 321

St. Galler Kommen- tar EHRENZELLER BERNHARD u.a. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesver- fassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2008 StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) StPO Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (BBl 2007 6977; Referendumsvorlage) VBS

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VE-BWIS
Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit
(Besondere Mittel der Informationsbeschaffung), Vorentwurf vom 5. Juli 2006
(Vernehmlassungsvorlage) VEKF Verordnung vom 15. Oktober 2003 über die
elektronische Kriegführung (SR 510.292) VGG Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das
Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32) VÜPF Verordnung
vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR
780.11) VWIS Verordnung vom 27. Juni 2001 über Massnahmen zur Wahrung der inneren
Sicherheit (SR 120.2) VwVG Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das
Verwaltungsverfahren (SR 172.021) ZBl Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und
Verwaltungsrecht

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 322

Literatur (Auswahl) AUBERT JEAN-FRANÇOIS u.a. (Hrsg.), Kommentar zur [alten]
Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt,
Basel/Zürich/Bern 1987–1996. AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit
commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999,
Zürich 2003. AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit
constitutionnel suisse, 2 Bände, 2. Aufl., Bern 2006. AUER CHRISTOPH/MÜLLER
MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das
Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St.Gallen 2008. BIAGGINI GIOVANNI,
Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, Zürich 2007.
BIAGGINI GIOVANNI, «Al-Qaïda»-Verordnung, in: *ius.full*, 2002, 22 ff.
BREITENMOSER STEPHAN, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK,
Basel/Frankfurt a.M. 1986. BULL HANS PETER, Sind Nachrichtendienste
unkontrollierbar? in: *Die öffentliche Verwaltung (DöV)* 2008, 751 ff. BURCKHARDT
WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3.
Aufl., Bern 1931. COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der
gesetzlichen Grundlage, 2. Aufl., Chur 1991. DENNINGER ERHARD, Polizeiaufgaben,
in: Hans Liskan/Erhard Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl.,
München 2007, Abschnitt E (S. 299 ff.). EHRENZELLER BERNHARD u.a. (Hrsg.), *Die
Schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, 2. Aufl., Zürich usw. 2008. FROWEIN
JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention:
EMRK- Kommentar*, 2. Aufl., Kehl a. Rhein 1996. GRABENWARTER CHRISTOPH,
Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München usw. 2008. GROTE
RAINER/MARAUHN THILO (Hrsg.), *EMRK/GG – Konkordanzkommentar*, Tübingen
2006. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches
Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl., Zürich 2008. HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN
FRANK, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2. Aufl., Bern
1999. HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUECHAVY MICHEL, *La Suisse
devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2005. JENT-SØRENSEN
INGRID/KATZENSTEIN ANNEGRET/KELLER HELEN, *Telefonüberwachung –
Verfassungsrechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung*, in: *Zürcher Festgabe zum
Schweizerischen Juristentag 2006*, Zürich 2006, 551 ff. KARL WOLFRAM/MIEHSLER
HERBERT/PETZOLD HERBERT (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäi-
schen Menschenrechtskonvention*, Loseblatt, Köln usw. 1986 ff. KIENER REGINA/KÄLIN

WALTER, Grundrechte, Bern 2007. LIENHARD ANDREAS/HASLER PHILIPP, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: SBVR III/1, 95 ff. LISKEN HANS/DENNINGER ERHARD, Die Polizei im Verfassungsgefüge, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München 2007, Abschnitt C (S. 67 ff.). LOBSIGER ADRIAN, Grundaufgaben der Verwaltung, Polizei und Justiz sowie des Zivilen Staatsschutzes, in: SBVR III/1, 155 ff. MAURER URS/VOGT NEDIM PETER, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel usw. 2006. MEYER-LADEWIG JENS, EMRK-Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006. MOHLER MARKUS/GÄTTELIN PATRICK/MÜLLER RETO, Unsicherheit über Sicherheit – von Verfassungsbegriffen bis zur Rechtsanwendung, in: AJP 2007, 815 ff. MONA TIZIANA, Das indirekte Auskunftsrecht – zur Praxis der Eidgenössischen Datenschutzkommission, in: ZBl 2007, 364 ff. MÖSTL MARKUS, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen 2002. MÜLLER JÖRG PAUL, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 621 ff. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008. MÜLLER LUCIEN/WIDMER NINA/SCHWEIZER RAINER J., BWIS-II-Reform: Kritische Bemerkungen, in: digma 2008, 124 ff. MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Polizeiliche Generalklausel, in: Sicherheit & Recht 2008, 4 ff. PETERS ANNE, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003. PETTITI LOUIS-EDMOND/DECAUX EMMANUEL/IMBERT PIERRE-HENRI, La Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Paris 1999.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 323

PIEROTH BODO/SCHLINK BERNHARD/KNIESEL M., Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007. POSCHER RALF, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, in: Die Verwaltung 2008, 345 ff. RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel usw. 2009. RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000, Basel usw. 2000. RITTER WERNER, Schutz der Freiheitsrechte durch genügend bestimmte Normen, Chur/Zürich 1994. RUCH ALEXANDER, Äussere und innere Sicherheit, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 891 ff. RUCH ALEXANDER, Sicherheit in der freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie, in: SBVR III/1, 1 ff. SCHEFER MARKUS, Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006. SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001. SCHEFER MARKUS, Gefährdung von Grundrechten – Eine grundrechtsdogmatische Skizze, Basler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Bern 2004, 441 ff. SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, 4. Aufl. Zürich 2004. SCHOCH FRIEDRICH, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Assmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin 2008, 127 ff. SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Allgemeiner Teil, SBVR Band III/1, Basel usw. 2008. SCHWEIZER RAINER J., Das indirekte Auskunftsrecht im Datenschutzrecht der Schweiz aus grund- und menschenrechtlicher Sicht, in: Festschrift Luzius Wildhaber, Zürich usw. 2007, 775 ff. SCHWEIZER RAINER J., Notwendigkeit und Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Staatsschutzes, in: ZBl 1991, 285 ff. SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, in: LeGes 2008/3, 379 ff. SCHWEIZER RAINER J./SUTTER PATRICK/WIDMER NINA, Grundbegriffe, in: SBVR III/1, 53 ff.

TROCHSLER-HUGENTOBLER CARMEN/LOBSIGER ADRIAN, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: SBVR III/1, 279 ff. TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007. TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005. TSCHENTSCHER AXEL, Das Grundrecht auf Computerschutz, in: AJP 2008, 383 ff. VAN DIJK PIETER/VAN HOOFF GODEFRIDUS J.H./VAN RIJN ARJEN/ZWAAK LEO, Theory and Practice of the ECHR, 4. Aufl., Den Haag 2006. VILLIGER MARK E., EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 647 ff. VILLIGER MARK E., Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999. WIEDERIN EWALD, Privatsphäre und Überwachungsstaat, Wien 2003. WIEDERIN EWALD, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht, Wien/New York 1998. WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Bern 2001.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 324

Materialien Zur Verfügung standen und verwendet wurden im Wesentlichen die folgenden Unterlagen und Materialien: - Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5037 ff. (=«BWIS II»-Vorlage) - Teilrevision BWIS, Vorentwurf und Erläuternder Bericht, beide vom 5. Juli 2006 (Vernehmlassungsvorlage) sowie Vernehmlassungsantworten. - Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127 ff.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 325

Anhang: Der bundesrätliche Entwurf vom 15. Juni 2007 (ohne Anhang)

Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) Änderung vom ...

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 15. Juni 2007, beschliesst:

I Das Bundesgesetz vom 21. März 1992 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit wird wie folgt geändert:

Ersatz eines Ausdrucks Im ganzen Erlass wird in den Gliederungstiteln der Ausdruck «Abschnitt» durch «Kapitel» ersetzt.

Art. 2 Abs. 4 Bst. bbis und bter (neu) 4 Vorbeugende Massnahmen sind: bbis. der Einsatz besonderer Mittel der Informationsbeschaffung nach den Artikeln 18k–18m; bter. das Verbot von Tätigkeiten nach Artikel 18n;

Art. 7 Abs. 2 dritter Satz (neu) 2 ... Erleichtert es den gegenseitigen Informationsaustausch massgeblich, so kann das Bundesamt die Koordination übernehmen.

Gliederungstitel vor Art. 10 Kapitel 3: Allgemeine Informationsbeschaffung und -bearbeitung

Art. 10a (neu) Lagedarstellung 1 Zur Darstellung der Lage im Bereich der inneren Sicherheit (Lagedarstellung) betreibt das Bundesamt ein elektronisches System, in dem Daten über Ereignisse und polizeiliche Massnahmen bearbeitet werden. Im System können Personendaten sowie besonders schützenswerte Personendaten aufgenommen werden, soweit dies zur Lagedarstellung unerlässlich ist. 2 Das System dient den Polizeibehörden des Bundes und der Kantone zur polizeilichen Führung und zur Informationsverbreitung mit Blick auf die Durchführung von sicherheitspolizeilichen Massnahmen und zu deren polizeilichen Führung, namentlich bei Ereignissen mit befürchteten Gewalttätigkeiten. 3 Die Bearbeitung der Daten erfolgt durch die für den Vollzug dieses Gesetzes zuständigen Stellen des Bundesamtes und durch die Polizeibehörden der Kantone, soweit dies zur Aufgabenerfüllung notwendig ist. Das Bundesamt prüft die Richtigkeit und Erheblichkeit der verwendeten Daten und berichtigt oder löscht unrichtige oder unerhebliche Daten. 4 Das System steht im Rahmen von Artikel 17 schweizerischen Sicherheits- und Polizeibehörden über ein Ab-rufverfahren zur Verfügung. Bei besonderen Ereignissen kann im Rahmen von Artikel 17 Absätze 2–5 privaten Stellen sowie ausländischen Sicherheits- und Polizeibehörden Zugang gewährt werden. 5 Der Bundesrat regelt die Zugriffsrechte im Einzelnen und die Grundsätze für die Aufbewahrung und Löschung der Daten.

Art. 13 Sachüberschrift, Abs. 3 und 4

Allgemeine Auskunftspflicht der Behörden 3 Der Bundesrat kann für begrenzte Zeit weitere Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, zu denjenigen Meldungen und Auskünften verpflichten, die zum Erkennen und Abwehren einer konkreten, von gewalttätigem Extremismus oder verbotenen wirtschaftlichen Nachrichtendienst ausgehenden Gefahr für die innere oder die äussere Sicherheit notwendig sind. 4 Aufgehoben

Art. 13a Besondere Auskunftspflicht der Behörden 1 Die nicht in Artikel 13 Absatz 1 genannten Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone sowie Organisationen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind verpflichtet, dem Bundesamt oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des Bundesamtes im Einzelfall die Auskünfte zu erteilen, die notwendig

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 326

sind für das Erkennen oder Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit, die ausgeht von: a. Terrorismus; b. verbotenen politischen oder militärischen Nachrichtendienst; c. verbotenen Handel mit Waffen oder radioaktiven Materialien oder von verbotenen Technologietransfer. 2 Auch die gesetzlichen Geheimhaltungspflichten unterliegenden Steuerbehörden sind im Sinne von Absatz 1 auskunftspflichtig. Das Bundesamt legt der zuständigen Steuerbehörde jedoch summarisch dar, worin die zu erkennende oder abzuwehrende konkrete Gefahr besteht und inwiefern Auskünfte über die steuerliche Situation der Person, deren Steuergeheimnis aufgehoben werden soll, der Gefahrenerkennung oder Gefahrenabwehr dienen. Es bezeichnet in der schriftlichen Anfrage namentlich die betroffene natürliche oder juristische Person, die benötigte Auskunft und den für die Auskunft massgeblichen Zeitraum. Die angefragte Behörde ist verpflichtet, gegenüber Dritten über das Ersuchen und die allfällige Auskunft Stillschweigen zu bewahren. 3 Der Bundesrat bestimmt in einer Verordnung die

Organisationen, die zu Auskünften verpflichtet sind. Darunter fallen namentlich Organisationen des öffentlichen und privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, soweit sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Artikel 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 19683 über das Verwaltungsverfahren erlassen oder soweit sie ihnen übertragene Vollzugsaufgaben des Bundes erfüllen; ausgenommen sind Kantone. 4 Die Behörden, Verwaltungseinheiten und Organisationen nach Absatz 1 können dem Bundesamt oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des Bundesamtes unaufgefordert Meldung erstatten, wenn sie eine konkrete Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit nach Absatz 1 feststellen.

Art. 13b (neu) Streitigkeiten über die Auskunftspflicht 1 Über Streitigkeiten über die Auskunftspflicht nach den Artikeln 13 und 13a zwischen dem Bundesamt und einer Einheit der zentralen Bundesverwaltung entscheidet die gemeinsame Aufsichtsbehörde. 2 Über Streitigkeiten über die Auskunftspflicht nach den Artikeln 13 und 13a zwischen dem Bundesamt oder den Sicherheitsorganen der Kantone und einer Behörde, einer Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung, einer Verwaltungseinheit der Kantone oder einer Organisation urteilt das Bundesverwaltungsgericht auf Klage des Bundesamtes hin endgültig.

Art. 13c (neu) Auskunftspflicht gewerblicher Transporteure Das Bundesamt oder die Sicherheitsorgane der Kantone zuhanden des Bundesamtes können im Einzelfall von Personen, die gewerbsmässig Transporte durchführen oder Transportmittel zur Verfügung stellen oder vermitteln, Auskünfte über eine bestimmte Leistung verlangen, die zum Erkennen oder Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder die äussere Sicherheit nach Artikel 13a Absatz 1 notwendig sind.

Art. 13d (neu) Berufsgeheimnis Gesetzliche Berufsgeheimnisse bleiben gewahrt.

Art. 14 Abs. 3 Aufgehoben

Art. 14a (neu) Funkaufklärung 1 Das Bundesamt kann elektromagnetische Ausstrahlungen von technischen Anlagen oder Telekommunikationssystemen im Ausland erfassen und auswerten. 2 Elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland dürfen nur erfasst und ausgewertet werden, soweit sie nicht dem Fernmeldegeheimnis unterliegen. Für elektromagnetische Ausstrahlungen aus dem Inland, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, gelten die Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach Kapitel 3a. 3 Zum Zweck der Funkaufklärung kann das Bundesamt mit anderen Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone zusammenarbeiten oder ihnen einen Auftrag erteilen. 4 Die unabhängige Kontrollinstanz nach Artikel 99a des Militärgesetzes vom 3. Februar 19954 überwacht die Rechtmässigkeit der Funkaufklärung. Erstreckt sich die Funkaufklärung auf Verkehr, der dem Fernmeldegeheimnis unterliegt, ist das Verfahren nach den Artikeln 18d und 18e anwendbar. 5 Der Bundesrat regelt die Tätigkeiten, die Organisation und das Verfahren der Funkaufklärung im Einzelnen.

Art. 14b (neu) Informantinnen und Informanten 1 Informantinnen und Informanten sind Personen, die dem Bundesamt regelmässig oder einzelfallweise Erkenntnisse mitteilen, die der Aufgabenerfüllung nach diesem Gesetz dienen. 2 Das Bundesamt kann Informantinnen und Informanten für Umtriebe im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung entschädigen und für besonders wertvolle Hinweise Prämien ausrichten. 3 Soweit es für den Quellenschutz oder die weitere Informationsbeschaffung notwendig ist, gelten diese Entschädigungen oder Prämien weder als steuerbares Einkommen noch als

Einkommen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 327

Art. 14c (neu) Schutz von Informantinnen und Informanten 1 Zum Schutz von Leib und Leben von Informantinnen und Informanten trifft oder finanziert das Bundesamt Massnahmen zum Personenschutz oder für örtliche Veränderungen. Es kann auch Vorkehrungen treffen, um den Aufenthalt oder die Niederlassung von Informantinnen oder Informanten in der Schweiz oder im Ausland zu ermöglichen. 2 Die Massnahmen können auch zugunsten von den Informantinnen und Informanten nahestehenden Personen getroffen werden. 3 Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD kann das Bundesamt im Rahmen des Entscheides des Bundes- verwaltungsgerichts nach Artikel 18d ermächtigen, Informantinnen oder Informanten nach Beendigung der Zu- sammenarbeit mit einer Tarnidentität ausstatten, wenn dies zum Schutz von Leib und Leben der Betroffenen unerlässlich ist. Das Bundesamt legt im Einvernehmen mit diesen die Bedingungen für die Verwendung der Tarnidentität fest. 4 Die Massnahmen sind zeitlich begrenzt. Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD kann von einer zeitli- chen Begrenzung absehen, wenn die Risiken für die Betroffenen besonders gross sind und wenn damit gerechnet werden muss, dass die Risiken fortbestehen.

Art.14d (neu) Tarnidentitäten 1 Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD kann das Bundesamt im Rahmen des Entscheides des Bundes- verwaltungsgerichts nach Artikel 18d ermächtigen, die folgenden Personen mit einer Tarnidentität auszustatten, um deren Sicherheit oder die Informationsbeschaffung zu gewährleisten: a. die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes; b. die im Bundesauftrag tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Sicherheitsorgane der Kantone; c. Informantinnen und Informanten des Bundesamtes im Rahmen einer bestimmten Operation. 2 Die Ermächtigung ist befristet auf: a. höchstens fünf Jahre für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes oder der Sicherheitsorgane der Kantone; b. höchstens sechs Monate für Informantinnen und Informanten des Bundesamtes; die Frist kann zweimal um jeweils höchstens drei Monate verlängert werden. 3 Die Tarnidentität darf nur zur Informationsbeschaffung benützt werden und nur, soweit es die Aufrechterhal- tung der Tarnung oder die Wahrung der eigenen Sicherheit erfordert.

Art. 15 Abs. 6 Aufgehoben

Art. 17 Abs. 3 Bst. e (neu) 3 Das Bundesamt kann im Einzelfall Personendaten an Sicherheitsorgane von Staaten weitergeben, mit denen die Schweiz diplomatische Beziehungen pflegt, wenn ein Gesetz oder eine genehmigte zwischenstaatliche Vereinba- rung es vorsieht oder wenn: e. der ersuchende Staat schriftlich zusichert, über das Einverständnis des oder der Betroffenen zu verfügen, und dem ersuchenden Staat dadurch die Beurteilung ermöglicht wird, ob der oder die Betroffene an klassifizierten Projekten des Auslandes im Bereich der inneren oder äusseren Sicherheit mitwirken oder Zugang zu klassifizier- ten Informationen, Materialien oder Anlagen des Auslandes erhalten kann (Clearing).

Gliederungstitel vor Art. 18a (neu) Kapitel 3a: Besondere Informationsbeschaffung (neu) 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 18a (neu) Grundsatz 1 Besondere Mittel der Informationsbeschaffung können eingesetzt werden, wenn es für das Erkennen und Abwehren einer konkreten Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit erforderlich ist, die ausgeht von: a. Terrorismus; b. verbotenem politischen oder militärischen Nachrichtendienst; c. verbotenem Handel mit Waffen oder radioaktiven Materialien sowie verbotenem Technologietransfer. 2 Besondere Mittel der Informationsbeschaffung sind: a. das Überwachen des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 18k); b. das Beobachten an nicht allgemein zugänglichen Orten, auch mittels technischem Überwachungsgerät (Art. 18l); c. das geheime Durchsuchen eines Datenbearbeitungssystems (Art. 18m).

Art. 18b (neu) Voraussetzungen Besondere Mittel der Informationsbeschaffung dürfen nur eingesetzt werden, wenn: a. eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung verdächtigt wird, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret zu gefährden (mutmasslicher Gefährder), oder wenn es unerlässlich ist, um die Sicherheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder Quellen des Bundesamtes zu gewährleisten;

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 328

b. die Schwere und Art der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz oder der Sicherheit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter oder Quellen des Bundesamtes es rechtfertigen; c. die Informationsbeschaffung nach Artikel 14 erfolglos geblieben ist oder die Beurteilung der Gefährdung ohne den Einsatz der besonderen Mittel der Informationsbeschaffung aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde; und d. das gewählte Mittel dem jeweiligen Fall angemessen ist und nur soweit als nötig in die Grundrechte Betroffener eingreift.

Art. 18c (neu) Überwachung Dritter und Schutz des Berufsgeheimnisses 1 Die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung können eingesetzt werden, um Gegenstände, Geräte, technische Einrichtungen, Anlagen, Systeme, Räume, Fahrzeuge oder sonstige Mittel oder Örtlichkeiten, über die eine Drittperson verfügen kann, zu überwachen, wenn aufgrund konkreter und aktueller Tatsachen angenommen werden muss, dass der mutmassliche Gefährder oder die mutmassliche Gefährderin diese für seine oder ihre Zwecke benutzt. 2 Wird eine Person überwacht, die an ein Berufsgeheimnis gebunden ist, muss durch die Triage der bei der Überwachung erhobenen Daten sichergestellt werden, dass das Sicherheitsorgan keine Berufsgeheimnisse erfährt, ausser die Gefährdung der Sicherheit erfolge gezielt unter dem Vorwand des Berufsgeheimnisses. Eine Richterin oder ein Richter der zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts überwacht die Triage der Daten, damit die Sicherheitsorgane keine dem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten zur Kenntnis erhalten.

Art. 18d (neu) Genehmigungsverfahren 1 Das Bundesamt stellt dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich begründete Anträge auf den Einsatz von besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung; darin sind namentlich zu bezeichnen: a. das im Einzelnen angestrebte Ziel; b. der mutmasslichen Gefährder oder die mutmassliche Gefährderin; c. die besonderen Mittel, die eingesetzt werden sollen; d. die Dauer, während der die besonderen Mittel der Informationsbeschaffung eingesetzt werden sollen, oder die Frist, innerhalb der der Auftrag durchzuführen ist. 2 Besondere Mittel der Informationsbeschaffung können beim ersten Mal für eine Dauer von längstens sechs Monaten beantragt werden. Verlängerungen können nach demselben Verfahren wie beim

ersten Mal zweimal für jeweils höchstens drei Monate beantragt werden. 3 Das Bundesverwaltungsgericht prüft gestützt auf den Antrag des Bundesamtes, ob die Voraussetzungen, der Zweck und der beabsichtigte Vollzug der beantragten besonderen Mittel der Informationsbeschaffung den Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechen. Es teilt dem Bundesamt seinen begründeten Entscheid innerhalb von 72 Stunden mit. Es kann die beantragten Massnahmen oder Vorkehren genehmigen, sie ganz oder teilweise ablehnen oder den Antrag an das Bundesamt zur Ergänzung zurückweisen. Es sorgt in seinem Bereich für die Geheimhaltung. 4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auf begründeten Antrag des Bundesamtes, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Schaffung einer Tarnidentität nach den Artikeln 14c Absatz 3 und 14d erfüllt sind.

Art. 18e (neu) Anordnungsverfahren 1 Das Bundesamt kann dem Vorsteher oder der Vorsteherin des EJPD im Rahmen des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts den Einsatz der genehmigten besonderen Mittel der Informationsbeschaffung beantragen; dem Antrag ist der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts beizulegen. Es informiert den Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD über vom Bundesverwaltungsgericht abgelehnte Anträge. 2 Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD konsultiert den Vorsteher oder die Vorsteherin des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS). Bei beidseitiger Zustimmung kann der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD den Einsatz der vom Bundesverwaltungsgericht genehmigten besonderen Mittel der Informationsbeschaffung zum Vollzug anordnen. Eine Delegation ist nicht möglich. 3 Der Vollzug kann mit zusätzlichen Einschränkungen oder Auflagen versehen werden, insbesondere mit der Pflicht, den Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD regelmässig über den Ablauf des Vollzugs, die Notwendigkeit seiner Weiterführung und die bisherigen Ergebnisse zu informieren.

Art. 18f (neu) Dringlichkeitsverfahren 1 Der Direktor oder die Direktorin des Bundesamtes kann den sofortigen Einsatz von Mitteln der besonderen Informationsbeschaffung anordnen, wenn Gefahr im Verzug ist. Er oder sie orientiert den Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD. 2 Er oder sie unterbreitet innerhalb von 24 Stunden den Antrag dem Bundesverwaltungsgericht und begründet die Dringlichkeit. Das Bundesverwaltungsgericht teilt dem Bundesamt seinen Entscheid innert 72 Stunden mit. 3 Genehmigt das Bundesverwaltungsgericht den beantragten Einsatz, stellt das Bundesamt dem Vorsteher oder der Vorsteherin des EJPD umgehend Antrag auf die Anordnung des weiteren Vollzuges. Das Verfahren nach Artikel 18e Absatz 2 ist anwendbar. 4 Lehnt das Bundesverwaltungsgericht den Einsatz ab oder ordnet der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD den weiteren Vollzug nicht innert 48 Stunden an, zieht das Bundesamt Dossiers, Datenträger und alle aus dieser

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 329

Informationsbeschaffung stammenden Daten umgehend zurück und vernichtet sie oder verlangt ihre Vernichtung.

Art. 18g (neu) Einstellung des Einsatzes Das Bundesamt ordnet die sofortige Einstellung des Einsatzes an, soweit: a. der Einsatz nicht mehr notwendig ist, um neue Informationen zu beschaffen; b. sich der Einsatz als aussichtslos erwiesen hat; c. das Bundesverwaltungsgericht oder der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD nach Konsultation des Vorstehers oder der Vorsteherin des VBS die Verlängerung nach Artikel

18d Absatz 2 ablehnen; d. im Dringlichkeitsverfahren das Bundesverwaltungsgericht den Einsatz ablehnt; oder e. im Dringlichkeitsverfahren der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPB, nach Konsultation des Vorstehers oder der Vorsteherin des VBS, die Anordnung des weiteren Vollzugs ablehnt oder den Vollzug nicht innert 48 Stunden anordnet.

Art. 18h (neu) Bearbeiten der mit besonderen Mitteln beschafften Personendaten 1 Das Bundesamt stellt sicher, dass mit den besonderen Mitteln beschaffte Personendaten, die keinen Bezug zu der die Anordnung begründenden Gefährdung aufweisen, nicht bearbeitet und spätestens innert 30 Tagen nach Einstellung des Einsatzes von besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung vernichtet werden. 2 Im Übrigen gelten für die Bearbeitung der mit besonderen Mitteln beschafften Personendaten die Artikel 3 Absätze 1–3 und 15–17.

Art. 18i (neu) Mitteilungspflicht 1 Das Bundesamt teilt der überwachten Person und den nach Artikel 18c von den Massnahmen mitbetroffenen Dritten nach Abschluss der Operation binnen Monatsfrist Grund, Art und Dauer der Überwachung mit besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung mit. 2 Die Mitteilung kann aufgeschoben oder von ihr kann abgesehen werden, wenn: a. dies notwendig ist, um eine laufende Informationsbeschaffung oder ein laufendes rechtliches Verfahren nicht zu gefährden; b. dies wegen eines anderen überwiegenden öffentlichen Interesses zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit nötig ist oder die Beziehungen der Schweiz zum Ausland es erfordern; c. durch die Mitteilung Dritte erheblich gefährdet werden könnten; oder d. die betroffene Person oder die Drittperson nicht erreichbar sind. 3 Der Aufschub oder der Verzicht auf die Mitteilung muss im Verfahren nach den Artikeln 18d und 18e genehmigt und angeordnet werden.

Art. 18j (neu) Vollzug durch die Kantone Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten auch für Einsätze von besonderen Mitteln der Informationsbeschaffung, welche die Sicherheitsorgane der Kantone im Auftrag des Bundes durchführen.

2. Abschnitt: Besondere Mittel der Informationsbeschaffung (neu)

Art. 18k (neu) Überwachen des Post- und Fernmeldeverkehrs 1 Lassen konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten, dass ein mutmasslicher Gefährder oder eine mutmassliche Gefährderin den Post- und Fernmeldeverkehr dazu benutzt, seinen oder ihren Zwecken dienliche Sendungen oder Mitteilungen entgegenzunehmen oder weiterzugeben, kann der Post- und Fernmeldeverkehr überwacht werden. 2 Eine öffentliche Fernmeldestelle oder ein Fernmeldeanschluss, der keiner bekannten Person zugeordnet werden kann, darf nur dann überwacht werden, wenn konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten lassen, dass sie von einem mutmasslichen Gefährder oder einer mutmasslichen Gefährderin benutzt werden könnten. 3 Lassen konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten, dass der mutmassliche Gefährder oder die mutmassliche Gefährderin Fernmeldeanschlüsse in rascher Folge wechselt, kann ausnahmsweise erlaubt werden, dass alle identifizierbaren Anschlüsse, die der mutmassliche Gefährder oder die mutmassliche Gefährderin benutzt, ohne Genehmigung im Einzelfall überwacht werden können. 4 Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und die Ausführungsbestimmungen gelten für die Organisation der Überwachung, die Bearbeitung von Zufallsfunden, die Formen der Überwachung, ihre Entschädigung und ihre technische Umsetzung sinngemäss.

Art. 18l (neu) Beobachten an nicht allgemein zugänglichen Orten, auch mittels technischem Überwachungsgerät 1 Lassen konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten, dass ein mutmasslicher Gefährder oder eine mutmassliche Gefährderin ihm oder ihr zur Verfügung stehende nicht allgemein zugängliche Orte benutzt, um sich mit Dritten zu treffen, sich oder Dritte dort zu verstecken, dort Material zu lagern oder in anderer Weise einer seinen oder ihren Zwecken dienlichen Tätigkeit nachzugehen, können diese Orte beobachtet werden.

Gutachten Giovanni Biaggini

VPB/JAAC/GAAC 2009, Ausgabe vom 2. Dezember 2009 330

2 Die Überwachung kann durch Bild- und Tonaufnahmen im Sinne von Artikel 179bis–179quater des Strafgesetzbuches (StGB) oder mit anderen technischen Überwachungsgeräten erfolgen. Diese Mittel können auch eingesetzt werden, um an allgemein zugänglichen Orten das nichtöffentliche Verhalten in Wort und Bild zu erfassen.

Art. 18m (neu) Geheimes Durchsuchen eines Datenverarbeitungssystems Lassen konkrete und aktuelle Tatsachen oder Vorkommnisse vermuten, dass ein mutmasslicher Gefährder oder eine mutmassliche Gefährderin ein ihm oder ihr zur Verfügung stehendes und gegen Zugriff besonders gesichertes Datenverarbeitungssystem benutzt, kann dieses vom Bundesamt durchsucht werden. Die Durchsuchung kann ohne Wissen des mutmasslichen Gefährders oder der mutmasslichen Gefährderin erfolgen.

Kapitel 3b: Verbot von Tätigkeiten und Bekämpfung von Gewaltpropaganda (neu)

Art. 18n (neu) Verbot von Tätigkeiten 1 Der Vorsteher oder die Vorsteherin des EJPD kann einer Person, Organisation oder Gruppierung eine Tätigkeit verbieten, die mittelbar oder unmittelbar dazu dient, terroristische oder gewaltextremistische Umtriebe zu propagieren, zu unterstützen oder in anderer Weise zu fördern, und die die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret gefährdet. Umfang und Inhalt des Verbotes werden so genau wie möglich bestimmt. 2 Ein Verbot kann für höchstens fünf Jahre verfügt werden. Es kann verlängert werden, wenn die in Absatz 1 genannten Bedingungen noch erfüllt sind. Das Departement prüft regelmässig, ob die Bedingungen noch erfüllt sind, und hebt das Verbot nach Wegfall der Anordnungsbedingungen auf.

Art. 18o (neu) Sicherstellung, Beschlagnahme und Einziehung von Propagandamaterial 1 Die Polizei- und die Zollbehörden stellen, ungeachtet der Menge, Beschaffenheit und Art, Material sicher, das Propagandazwecken dienen kann und dessen Inhalt konkret und ernsthaft zur Gewalttätigkeit gegen Menschen oder Sachen aufruft. 2 Sie übermitteln das Material dem Bundesamt. Dieses entscheidet über die Beschlagnahme und die Einziehung. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren ist anwendbar. 3 Stossen die zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes auf entsprechendes Material, so können sie es auch direkt sicherstellen. 4 Liegt ein Verdacht auf eine strafbare Handlung vor, so übermittelt die sicherstellende Behörde das Material der zuständigen Strafbehörde. 5 Bei Verbreitung von Propagandamaterial nach Absatz 1 über das Internet kann das Bundesamt: a. die Löschung der betroffenen Website verfügen, wenn das Propagandamaterial auf einem schweizerischen Rechner liegt; b. eine Sperrempfehlung an die schweizerischen Provider erlassen, wenn das Propagandamaterial nicht auf einem schweizerischen Rechner liegt.

Art. 27 Abs. 1bis (neu) 1bis Das Departement orientiert den Bundesrat und die Geschäftsprüfungsdelegation jährlich oder nach Bedarf: a. über die Anzahl der für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Sicherheitsorgane des Bundes und der Kantone erstellten und verwendeten Tarnidentitäten und über die Anzahl und den Verwendungszweck von Tarnidentitäten, die Informantinnen und Informanten des Bundesamtes verwendet haben; b. über die besondere Informationsbeschaffung, insbesondere ihre Anzahl, jeweilige Dauer, Anzahl überwachter Personen und Dritter im Sinne von Artikel 18c, deren Ergebnisse und die Anzahl der negativen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und der vom Vorsteher oder von der Vorsteherin des EJPD abgelehnten Anträge sowie die Anzahl Ausnahmen von der Mitteilungspflicht nach Artikel 18i Absatz 2; c. über Verbote von Tätigkeiten und die Ergebnisse der regelmässigen Prüfung nach Artikel 18n Absatz 2.

Gliederungstitel vor Art. 29a Kapitel 6a: Verfahren und Rechtsschutz (neu)

Art. 29a (neu) 1 Gegen die gestützt auf dieses Gesetz von Bundesorganen erlassenen Verfügungen steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerdeentscheide sind an das Bundesgericht weiterziehbar. 2 Die Beschwerdefrist gegen Handlungen, die dem Verfahren nach den Artikeln 18d, 18e und 18f unterliegen, beginnt mit der Mitteilung nach Artikel 18i zu laufen. 3 Mit der Beschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes geltend gemacht werden. 4 Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege.

Änderung bisherigen Rechts [...]

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2009.14 - Verfassungsrechtliche Abklärung betreffend die Teilrévision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Vorlage 'BWIS'), Gutachten vom Juni 2009 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2009 Année Anno Band - Volume Volume Seite 238-330 Page Pagina Ref. No 150 000 173 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

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