



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Markus Müller / Christoph Jenni

Kantonale Aufsicht über die Staatsschutztaetigkeit

Gutachten

zuhanden der Oberaufsichtskommission des Grossen Rates des Kantons Bern

Bern, den 28. März 2011

Prof. Dr. Markus Müller
Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht

Dr. Christoph Jenni
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Departement für öffentliches Recht
Schanzeneckstrasse 1
Postfach 8573
CH-3001 Bern

Tel. +41 (0)31 631 88 94 (Sekretariat)
E-Mail: markus.mueller@oefre.unibe.ch

Tel. +41 (0)31 631 45 98
E-Mail: christoph.jenni@oefre.unibe.ch

Internet: <http://www.oefre.unibe.ch>
Fax +41 (0)31 631 38 83

Inhaltsverzeichnis

I. Auftrag und Fragestellungen	5
II. Übersicht über das Aufsichtswesen (Kanton Bern und Bund)	7
A. Dienstaufsicht	7
B. Parlamentarische Oberaufsicht	8
1. Funktionen	8
2. Aufgaben und Befugnisse	9
a) Oberaufsichtskommission des Kantons Bern	9
b) Rechtsvergleich	10
3. Schranken	11
C. Datenschutzaufsicht	12
D. Fazit und Überleitung	13
III. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gemäss der Verordnung über den Nachrichtendienst im Lichte des übergeordneten Rechts (Frage 1)	15
A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	15
1. Kompetenzverteilung im Bereich innere Sicherheit bzw. Staatsschutz	15
2. Organisationsautonomie und Eigenständigkeit der Kantone	16
3. Vollzugsföderalismus und Legalitätsprinzip	17
4. Aufsicht des Bundes über kantonale Behörden	18
a) Bundesaufsicht	18
b) Parlamentarische Oberaufsicht	18
c) Datenschutzaufsicht	19
5. Fazit und Überleitung	20
B. Aufsichtsrechtliche Vorgaben des BWIS	20
1. Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen	20
2. Aufsichtstätigkeit von kantonalen Organen	21
a) Kantonale Dienstaufsicht (Art. 6 Abs. 3 BWIS)	22
b) Kantonale Datenschutzaufsicht (Art. 16 BWIS)	22
c) Parlamentarische Oberaufsicht in den Kantonen	24
3. Aufsichtstätigkeit von Bundesorganen	24
a) Dienstaufsicht durch den Bundesrat (Art. 26 BWIS)	24
b) Bundesaufsicht	25
c) Datenschutzaufsicht durch den EDÖB (Art. 18 BWIS)	26
d) Oberaufsicht der Bundesversammlung	26
4. Quellenschutz und Informationsweitergabe an Aufsichtsstellen	27
a) Quellenschutz (Art. 7 ZNDG)	27
b) Weitergabe von Personendaten (Art. 17 BWIS)	28
5. Fazit und Überleitung	30
C. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung über den Nachrichtendienst	30
1. Beachtung der Delegationsgrundsätze	31
a) Kontrolltätigkeit des NDB (Art. 31 V-NDB)	31
b) Kontrolltätigkeit der Nachrichtendienstlichen Aufsicht	32
c) Kontrolle in den Kantonen (Art. 35 V-NDB)	32
d) Weitergabe von Personendaten (Art. 22 V-NDB)	33
2. Materielle Gesetzeskonformität	33
a) Kontrolle in den Kantonen	33
b) Weitergabe von Personendaten (Art. 22 V-NDB)	36
3. Fazit	37
D. Die kantonale Oberaufsicht im Lichte des Bundesrechts	37
E. Antwort auf Frage 1	38

IV. Zulässigkeit und Konsequenzen der Beschränkung der kantonalen Aufsicht (Frage 2)	39
A. Zulässigkeitsvoraussetzungen	39
B. Konsequenzen	39
C. Antwort auf Frage 2	40
V. Durchsetzung parlamentarischer Informationsrechte (Frage 3)	41
A. Ausgangslage	41
B. Verfahren im Kanton	41
1. Rechtsweg – Gesuch der Obergerichtskommission an den Regierungsrat?	42
2. Politische Wege	42
C. Gesuch um Dateneinsicht beim NDB	43
D. Antwort auf Frage 3	45
VI. Würdigung der aktuellen Situation (Frage 4)	47
A. Kantonale Dienstaufsicht	47
1. Umfassende Verantwortlichkeit	47
2. Einrichtung eines verwaltungsinternen Kontrollorgans	48
a) Vorgaben des Bundes	48
b) Das basel-städtische Modell	48
c) Vor- und Nachteile einer verwaltungsinternen Kontrollinstanz	49
d) Rechtliche Voraussetzungen	49
B. Kantonale Obergerichtsaufsicht	50
1. Umfassende Verantwortlichkeit	50
2. Sicherstellung des Geheimnisschutzes	50
C. Kantonale Datenschutzaufsicht	51
D. Antwort auf Frage 4	53
VII. Ergebnisse	55
Literaturverzeichnis	56
Materialien und Abkürzungen	57

I. Auftrag und Fragestellungen

Die Oberaufsichtskommission des Kantons Bern beauftragte die Unterzeichneten am 7. Januar 2011 zur Erstellung eines Rechtsgutachtens betreffend die kantonale Aufsicht über die Staatsschutz­tätigkeit.

Die zur Begutachtung anstehenden Fragen lauten sinngemäss wie folgt:

1. Lassen sich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die innere Sicherheit bezüglich der Aufsicht (Art. 6, 16, 25 und 26 BWIS) mit der Bundesverfassung und die entsprechenden Bestimmungen der neuen Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes (Art. 31 – 35a V-NDB) mit dem BWIS vereinbaren?
2. Unter welchen Voraussetzungen kann der Bund die kantonale Aufsicht über die bernischen Staatsschutzbehörden einschränken? Welche Konsequenzen hätte dies auf die kantonale Aufsichtstätigkeit?
3. Welche Möglichkeiten hat die Oberaufsichtskommission zur Durchsetzung ihrer Informationsansprüche gegenüber dem Regierungsrat bzw. dem Bund?
4. Welches Optimierungspotential besteht bezüglich der kantonalen Aufsicht über die bernischen Staatsschutzbehörden (z.B. verwaltungsinterne Aufsichtsstelle, spezielle Oberaufsichtsdelegation)?

Abschnitt VII (S. 55) enthält die Zusammenfassung der Ergebnisse.

II. Übersicht über das Aufsichtswesen (Kanton Bern und Bund)

Aufsicht ist nicht gleich Aufsicht. Vielmehr bestehen zahlreiche Unterformen, welche je unterschiedliche Funktionen erfüllen, auf verschiedenen Staatsebenen angesiedelt sind und andere Kompetenzen beinhalten. Die Beantwortung der Gutachtensfragen bedingt vorerst eine Klärung der Begriffe:

A. Dienstaufsicht

Dienstaufsicht bedeutet die Befugnis einer hierarchisch übergeordneten Stelle, Handlungen innerhalb des Verwaltungsträgers (z.B. Zentralverwaltung) zu kontrollieren und wenn nötig zu korrigieren. Sie bildet das *Korrelat* zum Dienstbefehl bzw. der Dienstweisung und wird mit dem sog. Selbsteintrittsrecht komplettiert:¹ Die Dienstaufsichtsbehörde kann über mehrere Hierarchieebenen hinweg spezifische Weisungen über die konkrete Behandlung eines bestimmten Sachgeschäfts erteilen, aber auch allgemein gehaltene Anordnungen erlassen.²

Die oberste Dienstaufsichtsbehörde des Kantons Bern ist der *Regierungsrat*;³ im Bund ist es der *Bundesrat*.⁴ Allerdings obliegt die Aufsicht über die „gute Dienstleistung“ jeder vorgesetzten Stelle entlang der hierarchischen Linie.⁵ Sie umfasst den gesamten Aufgabenbereich innerhalb des Verwaltungsträgers, beinhaltet *unbeschränkte Einsichtsrechte* und beschlägt Rechts- wie Angemessenheitsfragen gleichermaßen. „Blinde Flecken“ im Sinn von *dienstaufsichtsfreien Verwaltungsbereichen* sind damit *ausgeschlossen*.⁶ Systemwidrig wäre insbesondere eine Dienstaufsicht, die sich auf eine formale Kontrolle von Verwaltungsprozessen beschränkt, gleichzeitig aber die Augen vor der eigentlichen Verwaltungstätigkeit verschliesst.

¹ Schlagwortartig gilt die Trias „Kommando, Kontrolle, Korrektur“.

² In diesem Sinn TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 5 Rz. 31 f; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1233; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 187 BV, Rz. 9.

³ Vgl. Art. 87 KV-BE, wonach der Regierungsrat die Verwaltung führt (Abs. 1), für die rechtmässige, bürgernahe und wirkungsvolle Verwaltungstätigkeit sorgt (Abs. 2) und darüber dem Grossen Rat Rechenschaft schuldet (Abs. 4); dazu BOLZ, Kommentar zu Art. 87 KV-BE, S. 478 ff. Die Dienstaufsichtspflicht der Regierung wird in Art. 2 Abs. 1 Bst. f des Organisationsgesetzes (OrG-BE) weiter ausgeführt: Demnach übt der Regierungsrat „die ständige und systematische Aufsicht über die Kantonsverwaltung“ aus.

⁴ Vgl. Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV („Der Bundesrat [...] beaufsichtigt die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes“); Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG.

⁵ Dienstaufsicht durch die Regierung bedeutet demnach „Kontrolle der untergebenen Kontrolleure“.

⁶ Weiterführend TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 5 Rz. 32; MASTRONARDI, Verwaltungskontrolle, S. 18. Vgl. ferner die Botschaft BWIS, S. 1152: „Die Auffassung, es könne einen Raum gesetzlich nicht geregelter freier Verwaltungstätigkeit geben, lässt sich nach den heutigen Grundsätzen über die Gesetzmässigkeit der Verwaltung für die polizeilichen Aufgaben nicht mehr aufrechterhalten.“

Aus alledem erschliesst sich die *Funktion* der Dienstaufsicht: Sie ist ein *Mittel der Verwaltungsführung*⁷ und sichert die Recht- und Zweckmässigkeit des Verwaltungshandelns *innerhalb* des jeweiligen Verwaltungsträgers. Sie bildet überdies die Grundlage für die Ausübung der parlamentarischen Oberaufsicht.⁸ Die verwaltungsinterne Kontrolle allein genügt nämlich nicht, denn sie vermag die politische bzw. demokratische Verantwortlichkeit nur unzureichend herzustellen: Weil Kontrolleur und Kontrolladressaten derselben Gewalt angehören und folglich in (gegenseitiger) Abhängigkeit zueinander stehen, muss eine unabhängige Kontrolle durch die Volksvertretung hinzutreten (dazu nachfolgend Abschnitt B).

B. *Parlamentarische Oberaufsicht*

1. *Funktionen*

Die parlamentarische Oberaufsicht⁹ bezweckt, das Handeln der Exekutive einschliesslich der Verwaltung einer *unabhängigen Kontrolle* zu unterziehen. Sie dient der *Machthemmung* und der Herstellung der *politisch-demokratischen Verantwortlichkeit*.¹⁰ Wie die Dienstaufsicht soll sie rechtlich und sachlich korrektes Staatshandeln sicherstellen. Allerdings bestehen gewichtige Unterschiede: Die Oberaufsicht bedeutet Kontrolle fremder Amtsführung, ist demnach gerade kein Mittel der Verwaltungsführung, sondern vielmehr der *politischen Kontrolle*, beinhaltet *kein Weisungsrecht* und beschränkt sich in aller Regel auf die *nachträgliche Überprüfung* abgeschlossener Geschäfte.¹¹ Ihre Funktion besteht m.a.W. in der Sicherung des *öffentlichen Vertrauens* in Regierung und Verwaltung, indem sie *Transparenz* herstellt und *Kritik* „vor den Ohren der Öffentlichkeit“¹² vorbringt.

Die Oberaufsicht obliegt zwar im *Kanton Bern* dem Grossen Rat¹³ und im *Bund* der Bundesversammlung,¹⁴ die eigentliche Kontrollarbeit wird jedoch durch *ständige Kommissionen* erledigt. Wenn im Folgenden von Oberaufsicht die Rede ist, so ist stets die Kontrolltätigkeit der jeweiligen (eidgenössischen oder kantonalen) Aufsichtskommissionen gemeint. Im Kanton Bern sind dies die *Oberaufsichtskommission* (OAK, bestehend aus 17 Mitgliedern) sowie – hier nicht weiter von Belang – die Finanz- und Justizkommission.¹⁵

⁷ NUSPLIGER, Regierung und Parlament, S. 155; SÄGESSER, RVOG, Art. 8 Rz. 36 (in Bezug auf das Bundesrecht).

⁸ In diesem Sinn BOLZ, Kommentar zu Art. 87 KV-BE, S. 480.

⁹ Der *Begriff der Oberaufsicht* wird im Folgenden stets in einem *engen Sinn* verwendet und umfasst die Kontrolltätigkeit des Parlaments bzw. der besonders berufenen parlamentarischen Aufsichtskommissionen. In einem weiter verstandenen Sinn bildet die parlamentarische Oberaufsicht auch eine Teilfunktion der Gesetzgebung, der Genehmigung von Staatsverträgen, der Abnahme der Staatsrechnung usw.; vgl. dazu KIENER, Informationsrechte, S. 224 m.w.H.

¹⁰ In diesem Sinn NUSPLIGER, Regierung und Parlament, S. 154; MASTRONARDI, Verwaltungskontrolle, S. 37; MEYER, Grundregeln, S. 336 f.; KIENER, Informationsrechte, S. 225.

¹¹ Zu letzterem einlässlich MEYER, Grundregeln, S. 353 ff.

¹² EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, § 80 Rz. 4; KIENER, Informationsrechte, S. 226.

¹³ Vgl. Art. 78 KV-BE.

¹⁴ Vgl. Art. 169 Abs. 1 BV sowie Art. 26 Abs. 1 ParlG.

¹⁵ Vgl. Art. 21 - 23 GRG-BE.

Auf Bundesebene sind die *Geschäftsprüfungskommissionen* der beiden Räte (GPK, bestehend aus 13 bzw. 25 Mitgliedern) sowie die gemeinsame *Geschäftsprüfungsdelegation* (GPDel) zu nennen.¹⁶ Letztere nimmt die spezielle Aufgabe wahr, die Tätigkeit im Bereich des Staatsschutzes und der Nachrichtendienste zu überwachen und umfasst – zwecks Sicherstellung des Geheimnisschutzes – nur 6 Mitglieder. Der Kanton Bern kennt dagegen keine spezielle, ständig eingerichtete Delegation für die angesprochenen Bereiche, jedoch kann die Oberaufsichtskommission einen Ausschuss mit der Abklärung einer konkreten Frage beauftragen. Darauf ist zurückzukommen (Abschnitt VI/B).

Unmittelbarer *Adressat* der Oberaufsicht ist die Regierung. Sie zeichnet für die Tätigkeit der ihr unterstellten Verwaltung verantwortlich und ist dem Parlament gegenüber entsprechend rechenschaftspflichtig.¹⁷ Dienst- und Oberaufsicht geben sich mithin die Hand, weshalb der Umfang der *Oberaufsichtskompetenz* deckungsgleich mit der Dienstaufsichtskompetenz der Exekutive ist. Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang von der sog. *Akzessorietät* der Oberaufsicht gesprochen und meint, diese reiche sachlich nur, aber immerhin so weit wie die entsprechenden Aufsichtsrechte der Regierung.¹⁸ Grundsätzlich gibt es somit *keine oberaufsichtsfreien Verwaltungsbereiche* im Sinn von „Kernbereichen exekutivischer Eigenverantwortlichkeit“¹⁹ (zu den Schranken vgl. nachfolgend Ziff. 3).

2. Aufgaben und Befugnisse

a) *Oberaufsichtskommission des Kantons Bern*

Die *Aufgaben* der Oberaufsichtskommission sind weitreichend: Namentlich kann sie eigene systematische Untersuchungen und Analysen über Aufgaben und Massnahmen im Kompetenzbereich des Gemeinwesens vornehmen²⁰ und somit „in die Tiefe“ der Verwaltung eindringen. Es ist augenscheinlich, dass zur sachgerechten Bewertung der verwaltungsinternen Vorgänge unmittelbarer und selbstständiger Zugriff auf die ursprünglichen Datenträger, Einsicht in Originalakten und Befragung der direkt involvierten Personen nötig ist.²¹

Deshalb weisen Verfassung und Gesetz der Oberaufsichtskommission – verglichen mit den anderen „gemeinen“ Ratsmitgliedern – *weitgehende Auskunfts- bzw. Einsichtsrechte* und *Untersuchungsbefugnisse* zu. Dazu gehört das Recht, vom Regierungsrat alle erforderlichen Informationen und Dokumente zu erhalten, die für die Führung des Dialogs notwendig sind.²² Ebenso kann sie Einsicht in die Unterlagen verlangen, auf welche die Berichterstattung des Regierungsrates Bezug nimmt, jedenfalls soweit keine „übergeordne-

¹⁶ Vgl. Art. 52 und 53 ParlG.

¹⁷ Für alle KIENER, Informationsrechte, S. 227 f.

¹⁸ KIENER, Informationsrechte, S. 229; ferner sinngemäss MASTRONARDI, Verwaltungskontrolle, S. 129.

¹⁹ KIENER, Informationsrechte, S. 45, ferner S. 228 m.w.H., S. 232; MASTRONARDI, Verwaltungskontrolle, S. 128 und 136; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 3.

²⁰ Vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. d GRG.

²¹ KIENER, Informationsrechte, S. 245 (in Bezug auf den Bund).

²² Art. 81 Abs. 3 KV-BE, Art. 36 Abs. 1 Bst. a GRG-BE.

ten Bestimmungen und Beschlüsse eine Einsichtnahme ausdrücklich ausschliessen“.²³ Vom Einsichtsrecht erfasst sind auch Dokumente, die dem Amtsgeheimnis unterstehen.²⁴ Zwar kann der Regierungsrat an Stelle der Aktenherausgabe einen besonderen Bericht erstatten, aber die Oberaufsichtskommission ist befugt – nach Anhörung der Exekutive – trotzdem auf der Herausgabe zu beharren, „sofern es im Rahmen der Oberaufsicht notwendig ist“.²⁵ Im Übrigen kann sie direkt mit der Verwaltung verkehren und von ihr Auskünfte und Informationen erhalten, Mitarbeiter anhören sowie Inspektionen und Besichtigungen der Kantonsverwaltung vornehmen.²⁶ Hervorzuheben ist, dass das bernische Recht die Oberaufsicht über die Staatsschutzbehörden nicht einschränkt.

Noch mehr Informationsrechte kommt der besonders einzusetzenden *Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK)*²⁷ zu: Dieser räumt das Gesetz Zugang zu allen geheimen Informationen ein, ohne dass die vorstehend beschriebene „Schlaufe“ via Berichterstattung und Anhörung zu durchlaufen ist.²⁸ Zudem kann eine PUK Zeugen befragen, ohne dass diese vorgängig vom Amtsgeheimnis zu entbinden sind. – Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch der *Präsident des Grossen Rates* jederzeit Einsicht in die Akten des Regierungsrates nehmen kann.²⁹

b) *Rechtsvergleich*

Ein rechtsvergleichender Blick zeigt, dass die Informations- und Einsichtsrechte der Oberaufsichtsorgane im Bund sowie in ausgewählten Kantonen uneinheitlich, jedoch tendenziell restriktiver als im Kanton Bern geregelt sind:

- Das *Bundesrecht* erlaubt nur der wesentlich kleineren Geschäftsprüfungsdelegation,³⁰ nicht aber den Aufsichtskommissionen,³¹ umfassende Einsichtsrechte in Staatsschutzakten.
- Die Informationsrechte der Oberaufsichtskommission des Kantons *Basel-Stadt* sind nur soweit garantiert, wie keine *schwerwiegenden privaten oder öffentliche Interessen* entgegen stehen.³² Die Einsicht in Staatsschutzakten dürfte damit regelmässig ausgeschlossen sein. Nur eine vom Kantonsparlament mit besonderem Quorum einzuset-

²³ Art. 36 Abs. 1 Bst a und b GRG-BE.

²⁴ Vgl. Art. 41 Abs. 1 GRG-BE sowie NUSPLIGER, Regierung und Parlament, S. 162 f.

²⁵ Vgl. Art. 40 Abs. 2 GRG-BE.

²⁶ Vgl. Art. 35 Abs. 1 GRG-BE. Hinweis: Die in Art. 35 GRG-BE genannten Befugnisse stehen nicht nur der einleitend genannten Finanzkommission, sondern auch der Oberaufsichtskommission zu, vgl. den Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 GRG-BE.

²⁷ Vgl. Art. 25 GRG-BE (Einsetzung der PUK), Art. 27 GRG-BE (Einvernahme) und Art. 38 GRG-BE (Befugnisse).

²⁸ Vgl. Art. 42 GRG. Hier entfällt die Entbindung vom Amtsgeheimnis durch den Regierungsrat (Art. 40 GRG-BE).

²⁹ Vgl. Art. 82 Abs. 4 KV-BE, Art. 33 GRG-BE.

³⁰ Vgl. Art. 154 Abs. 2 ParlG: „Die Delegationen der Aufsichtskommissionen haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben [...] das Recht: a. Unterlagen einzusehen, die [...] im Interesse des Staatsschutzes oder der Nachrichtendienste geheim gehalten werden; b. Personen als Zeuginnen oder Zeugen einzuvernehmen.“

³¹ Vgl. Art. 153 Abs. 4 ParlG: „[Die Aufsichtskommissionen] haben keinen Anspruch auf Einsichtnahme in Unterlagen, die [...] im Interesse des Staatsschutzes oder der Nachrichtendienste geheim zu halten sind.“

³² Vgl. § 69 GO-BS.

zende Parlamentarische Untersuchungskommission hat demgegenüber umfassende Einsichtsrechte.³³

- Im Kanton *Genf* hat die Oberaufsichtskommission dagegen weitgehende Informationsrechte. Jedoch dürfen Personen, die *von Bundesrechts wegen* an das Amtsgeheimnis gebunden sind, die Aussage verweigern, sofern der Geheimnisherr den Schutz nicht aufhebt.³⁴
- Im Kanton *Zürich* kann die Regierung die Herausgabe von geheimen Informationen verweigern, wenn dies zur Wahrung schutzwürdiger *privater* Interessen, zum Schutz der Persönlichkeit oder aus Rücksicht auf ein hängiges justizförmiges Verfahren unerlässlich ist. Diesfalls muss sie nur einen besonderen Bericht erstatten. Dagegen kann gegenüber der Aufsichtskommission das Amtsgeheimnis nicht geltend gemacht werden, wenn „bloss“ der Schutz überwiegender *öffentlicher* Interessen im Raum steht.³⁵ Praktisch unbeschränkte Informationsrechte kommen dagegen der Parlamentarischen Untersuchungskommission zu.³⁶

Im Licht der beschriebenen „Schwesterregelungen“ erscheint die bernische Oberaufsichtsordnung als relativ umfassend. Darin spiegelt sich das generelle *Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt*, wie es in Art. 17 Abs. 2 KV-BE vorgeschrieben ist.³⁷ Die weitgehenden Befugnisse bieten Gewähr, lückenlose Transparenz in sämtlichen Verwaltungsbereichen zu schaffen. Die Risiken dieser Regelung liegen freilich auf der Hand: Je grösser der Kreis der Einsichtsberechtigten, desto grösser ist die Gefahr, dass schutzwürdige Informationen privater oder öffentlicher Art an die Öffentlichkeit gelangen.

3. Schranken

Die parlamentarische Oberaufsicht unterliegt – wie jede andere staatliche Aufgabenerfüllung – den *Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns*.³⁸ Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Aspekte von besonderer Bedeutung:

- Beschränkung auf den *Kompetenzbereich des Gemeinwesens*:³⁹ Die Kontrollbefugnisse der jeweiligen Oberaufsichtsorgane erstrecken sich in erster Linie auf die originären

³³ Vgl. § 79 GO-BS; zum Ganzen MEYER, Grundregeln, S. 346 ff.

³⁴ Vgl. Art. 201A LRGC-GE.

³⁵ Vgl. § 34e KRG-ZH.

³⁶ Vgl. § 34h und § 34i KRG-ZH.

³⁷ Vgl. NUSPLIGER, Regierung und Parlament, S. 162.

³⁸ Zu den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) zählt als Teilaspekt des Legalitätsprinzips selbstredend auch das kompetenzkonforme Handeln sowie die Beachtung des übergeordneten Rechts.

³⁹ Vgl. den Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 Bst. d GRG-BE, wonach „systematische Untersuchungen und Analysen über Aufgaben und Massnahmen im Kompetenzbereich des Kantons“ zu den Aufgaben der Oberaufsichtskommission gehören. In diesem Sinn auch CONTI, Oberaufsichtsrechte, S. 142, der festhält, „dass die oberaufsichtsrechtlichen Befugnisse kein Freipass für das Parlament sind, um sich über die im positiven Staatsrecht geschaffene Kompetenzordnung hinwegzusetzen“; ferner MEYER, Grundregeln, S. 353; KIENER, Informationsrechte, S. 246;

Aufgabenbereiche des Kantons bzw. des Bundes.⁴⁰ Klärungsbedürftig ist hingegen, ob der Kanton im Bereich von Vollzugsaufgaben, die kantonale Behörden im Auftrag des Bundes wahrnehmen (wie beispielsweise im Bereich von BWIS-Aufgaben), Dienst- und Oberaufsichtskompetenzen wahrnehmen können. Darauf ist in Abschnitt III zurückzukommen.

- Beachtung *übergeordneter Rechts*: Die kantonalen Aufsichtsbehörden müssen Geheimhaltungsvorschriften des Bundes beachten, soweit diese verfassungs- und gesetzeskonform ausgestaltet sind.
- Beachtung des *Verhältnismässigkeitsprinzips*:⁴¹ Die Aufsichtstätigkeit muss geeignet und erforderlich sein, um die Kontrollzwecke zu erreichen. Namentlich darf die Funktionsfähigkeit der Regierung nicht beeinträchtigt werden. Zudem muss eine Güterabwägung zwischen kollidierenden Informations- und Geheimhaltungsinteressen erfolgen:⁴² Dem Staat, namentlich dem Gesetzgeber, ist hier aufgetragen, einen möglichst schonenden Ausgleich der betroffenen Interessen im Sinne „praktischer Konkordanz“ herzustellen. Darauf ist in Abschnitt VI/B/2 zurückzukommen.

Weitere, für unsere Fragestellung weniger im Vordergrund stehende Maximen:

- Beachtung der *Gewaltenteilung* innerhalb des eigenen Gemeinwesens.⁴³
- Bindung an die *gesetzliche Aufgabe* der Oberaufsicht.⁴⁴

C. *Datenschutzaufsicht*

Nachrichtendienstliche Aktivitäten bedeuten im Kern das Sammeln, Auswerten, Bearbeiten und Speichern von Daten. Angesprochen ist damit das Thema Datenschutzaufsicht, verstanden als Kontrolle über die Einhaltung der Datenschutzvorschriften des Bundes bzw. der Kantone.⁴⁵ Sie stellt eine besondere Spielart der Aufsicht über die Verwaltungstätigkeit dar, indem sie einem speziell eingerichteten, *verwaltungsunabhängigen* Aufsichtsorgan zugewiesen ist (auf Bundesebene dem Eidgenössischen Datenschutzbeauf-

⁴⁰ Im jeweiligen Aufgabenbereich kommt weder dem Bund noch den Kantonen eine „wechselseitige“ Dienst- bzw. Oberaufsichtskompetenz zu. Vorbehalten bleibt allerdings die Verbandsaufsicht durch den Bundesrat bzw. die Bundesversammlung, vgl. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 21.

⁴¹ Vgl. beispielhaft den Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 Bst. a GRG-BE: „Die Oberaufsichtskommission hat im Rahmen ihrer Tätigkeit [...] überdies das Recht, [...] alle Informationen und Dokumente zu erhalten, die für die Führung des Dialogs *geeignet und erforderlich* sind, [...]“ (Hervorhebung durch die Autoren).

⁴² Vgl. KIENER, Informationsrechte, S. 246; NUSPLIGER, Regierung und Parlament, S. 162.

⁴³ Vgl. NUSPLIGER, Regierung und Parlament, S. 154.

⁴⁴ Die Kontrolltätigkeit muss vor dem staatsrechtlichen Sinn und Zweck (Wahrnehmung demokratischer Verantwortung) begründet werden können. „Neugierdeanfragen oder Vorstösse, die ausschliesslich der politischen, sozialen, persönlichen oder ökonomischen Vorteilserzielung dienen“, dürfen nicht unter dem Deckmantel der Oberaufsicht erfolgen, vgl. dazu MEYER, Grundregeln, S. 353 m.w.H.

⁴⁵ Für das Bundesrecht vgl. HUBER, Kommentar zu Art. 27 DSG, Rz. 5.

tragten,⁴⁶ im Kanton Bern dem Beauftragten für Datenschutz⁴⁷). Die Aufsichtsorgane erstatten dem Parlament (und der Regierung) Bericht.⁴⁸

Das Datenschutzaufsichtsorgan hat weitgehende Informationsrechte; namentlich kann es auch geheime Akten herausverlangen. Im Kanton Bern kann dem Beauftragten für Datenschutz das Amtsgeheimnis nicht entgegen gehalten werden.⁴⁹ Auch auf Bundesebene ist einzig der Bundesrat als Kollegium bzw. dessen Akten, nicht aber der Nachrichtendienst, von der Kontrolle ausgenommen.⁵⁰ Insbesondere kann der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (auf Gesuch eines Bürgers) prüfen, ob die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung rechtmässig erfolgt.⁵¹ Diese Aufgabe bedingt umfassende Einsicht in den Datenbestand des Bundesnachrichtendienstes.

Unklarheiten bestehen bezüglich der Abgrenzung der Zuständigkeiten der kantonalen und eidgenössischen Aufsichtsorgane. Offen ist namentlich, wer die nachrichtendienstliche Tätigkeit der kantonalen Staatsschutzbehörden beaufsichtigen kann bzw. muss: der eidgenössische oder der kantonale Datenschutzbeauftragte. Darauf ist in den Abschnitten III/A/4/c sowie III/B/2/c zurückzukommen.

D. Fazit und Überleitung

Das gesamte Verwaltungshandeln auf Bundes- wie auch auf Kantonsebene unterliegt sowohl der verwaltungsinternen Dienst- wie auch der parlamentarischen Oberaufsicht. Hinzu kommt die spezielle Datenschutzaufsicht. Die Abgrenzung der jeweiligen Aufsichtskompetenz richtet sich in erster Linie nach der Aufgabenkompetenz des jeweiligen Gemeinwesens. Fraglich ist nunmehr, wie weit die Aufsicht durch kantonale Organe in jenen Aufgabenbereichen reicht, die von Bund und Kantonen gemeinsam erfüllt werden, wie dies namentlich für den Bereich der inneren Sicherheit der Fall ist. Zu beantworten sind nachfolgend fünf Fragen:

- Welche Kompetenzverteilung schreibt die Bundesverfassung im Bereich der inneren Sicherheit bzw. dem Staatsschutz vor (III/A/1)?
- Enthält die Bundesverfassung eigentliche „Aufsichtsrechtsgarantien“ zu Gunsten der Kantone (III/A/2 und 3)?

⁴⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 3 ff. DSG.

⁴⁷ Vgl. Art. 33 ff. KDSG-BE.

⁴⁸ Für den Bund vgl. Art. 30 Abs. 1 DSG (dem Bundesrat wird der Bericht bloss „übermittelt“, dem Parlament dagegen „erstattet“). Im Kanton Bern wird diese feine Unterscheidung nicht gemacht, vgl. Art. 37 Abs. 1 KDSG-BE.

⁴⁹ Vgl. Art. 35 Abs. 2 KDSG-BE: „Die Aufsichtsstelle kann bei Behörden, *ungeachtet allfälliger Geheimhaltungspflichten*, schriftliche oder mündliche Auskünfte einholen. Sie kann Einsicht in alle Unterlagen von bestimmten Bearbeitungen nehmen, Besichtigungen durchführen und sich Bearbeitungen vorführen lassen.“ (Hervorhebungen durch die Autoren).

⁵⁰ Vgl. Art. 27 Abs. 1 DSG; zur Zuständigkeit vgl. ferner HUBER, Kommentar zu Art. 27 DSG, Rz. 3.

⁵¹ Vgl. Art. 18 BWIS.

II. Übersicht über das Aufsichtswesen (Kanton Bern und Bund)

- Räumt die Verfassung den Aufsichtsorganen des Bundes die Kompetenz ein, kantonale Behörden zu beaufsichtigen (III/A/4)?
- Welche spezialgesetzliche Regelung des Aufsichtswesens sieht das Bundesgesetzrecht vor (III/B)?
- Entspricht das Bundesverordnungsrecht den gesetzlichen Vorgaben (III/C)?

III. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gemäss der Verordnung über den Nachrichtendienst im Lichte des übergeordneten Rechts (Frage 1)

A. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

1. Kompetenzverteilung im Bereich innere Sicherheit bzw. Staatsschutz

Gemäss Art. 57 BV sorgen Bund und Kantone „im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung“. Aus dem Wortlaut von Art. 57 BV lässt sich jedoch nicht entnehmen, welche Aufgaben im Einzelnen in die Kompetenz des Bundes bzw. der Kantone fallen. Gemeinhin gilt, dass primär die Kantone für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf ihrem Gebiet zuständig sind. Die auch als „Polizeihoheit der Kantone“ bezeichnete originäre Aufgabenkompetenz umfasst insbesondere die Kriminal- und Ordnungspolizei.⁵²

Wo jedoch die Existenz der Eidgenossenschaft als Staat bzw. einzelner seiner Institutionen oder Organe betroffen sind, endet die Zuständigkeit der Kantone. Für diesen Bereich der Sicherheitsverantwortung, dem sog. „Staatsschutz“,⁵³ kommt dem Bund eine *ausschliessliche* und *umfassende Regelungskompetenz* zu.⁵⁴

Dies erschliesst sich zwar nicht unmittelbar aus dem Verfassungstext,⁵⁵ gründet jedoch auf dem *föderativen Staatsaufbau* der Schweiz (sog. *inherent powers*)⁵⁶ sowie dem Prinzip, dass der Bund für jene Bereiche verantwortlich zeichnet, die zwingend einer *einheitlichen Regelung* bedürfen. Letztgenannter Grundsatz fliesst aus Art. 52 Abs. 2 BV, wonach der Bund eingreift, „wenn die Ordnung in einem Kanton [...] bedroht ist und der betroffene Kanton sie nicht selber oder mit Hilfe anderer Kantone schützen kann.“ Es ist naheliegend, dass für die Abwehr von Gefahrensituationen im Kontext des Staatsschutzes die leitende Hand des Bundes notwendig ist. Denn ohne zentrale Koordination ist eine bundesweite Bedrohungsanalyse bzw. eine adäquate Reaktion auf Kantonsebene kaum denkbar. Nach hier vertretener Auffassung findet sich daher die verfassungsrechtliche Verankerung des Inlandnachrichtendienstes auch in Art. 52 i.V.m. Art. 57 BV.⁵⁷

⁵² Hinzu kommen die Verkehrs- und Gewerbepolizei sowie spezielle Verwaltungsdienste, vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 57 BV, Rz. 6; zur kantonalen Polizeihoheit siehe auch REINHARD, Polizeirecht, S. 40.

⁵³ Zum Begriff des Staatsschutzes vgl. BGE 117 Ia 202 E. 6b S. 216; ferner RUCH, § 56 Rz. 34; sowie KIENER, Informationsrechte, S. 249, wonach alle präventiven oder repressiven Tätigkeiten des Bundes, welche dem Schutz der Eidgenossenschaft vor gewalttätigem Extremismus, organisierter Kriminalität, Terrorismus sowie nachrichtendienstliche Aktivitäten erfasst sind.

⁵⁴ BGE 117 Ia 202 E. 6b S. 218; RUCH, § 56 Rz. 34; KIENER, Informationsrechte, S. 249 f., der zufolge „die Sorge um die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit verfassungsrechtlich dem Bund im Sinn einer Verbandszuständigkeit vorbehaltlos und vollumfänglich zugewiesen ist.“; ferner wohl auch LIENHARD/HÄSLER, Verfassungsrechtliche Grundlagen, C Rz. 13.

⁵⁵ So die herrschende Meinung im Schrifttum, vgl. dazu R. P. MÜLLER, Innere Sicherheit, S. 419.

⁵⁶ Stillschweigende Bundeszuständigkeiten vom Typ „inherent power“ sind zwar selten, jedoch verfassungsrechtlich zulässig, vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 Rz. 12 f. Zur stillschweigenden Bundeskompetenz für den Bereich des Staatsschutzes vgl. auch BGE 117 Ia 202 E. 4 S. 211 ff.

⁵⁷ So auch R. P. MÜLLER, Innere Sicherheit, S. 420 sowie S. 435 f.

Die ausschliessliche und folglich umfassende Zuständigkeit des Bundes bedeutet, dass er „alle im betreffenden Sachbereich aufscheinenden Rechtsfragen bis in alle Einzelheiten erschöpfend beantworten“⁵⁸ kann.⁵⁹ Dazu gehören grundsätzlich auch Fragen der Aufsicht, und zwar auch dann, wenn der Vollzug einzelner Teilaufgaben an kantonale Behörden delegiert wurde. Allerdings hält die Bundesverfassung den Bundesgesetzgeber an, bei der Aufgabenverteilung Rücksicht auf die Kantone zu nehmen und namentlich deren Organisationsautonomie zu beachten. Davon handeln die folgenden Ausführungen.

2. Organisationsautonomie und Eigenständigkeit der Kantone

Gemäss Art. 47 Abs. 2 BV soll der Bund die Organisationsautonomie der Kantone beachten. In den Worten von PETER SALADIN ist darunter die „grundsätzliche Autonomie der Kantone in der Gestaltung ihrer staatlichen Organisation und ihrer ‚politischen‘ Verfahren, d.h. der Verfahren, welche zu ‚politischen Entscheidungen‘ führen,“ zu verstehen.⁶⁰ Dass die Ausgestaltung und Wahrnehmung der (Ober)Aufsicht im Sinn einer „politischen Kontrolle“ (Abschnitt II/B/1) über die Tätigkeit der kantonalen Verwaltung in den Autonomiebereich fällt, ist unschwer zu erkennen.

Allerdings garantiert Art. 47 Abs. 2 BV die Organisationsautonomie nicht im Sinn eines verfassungsrechtlichen Anspruchs der Kantone, sondern stellt ein blosses *Postulat* dar, welches es nach Möglichkeit zu beachten gilt – nicht mehr und nicht weniger.⁶¹ Soweit es die *Sachzuständigkeit* des Bundes verlangt und *hinreichend wichtige Gründe* vorliegen (z.B. die Sicherstellung der richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts), kann der Bund folglich in die Organisationsautonomie der Kantone eingreifen.⁶² Im Kontext der Aufsicht über den Staatschutz stellt insbesondere der *Informations- und Geheimnisschutz* einen wichtigen Grund für eine Autonomiebeschränkung der Kantone dar. Die Bundesverfassung berechtigt und verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die nötigen Vorkehrungen vorzusehen, um die drohende Vereitelung des Bundesrechts abzuwenden. Mit anderen Worten: Die Organisationsautonomie garantiert den Kantonen nicht, die Aufsicht über „ihre“ Vollzugsorgane uneingeschränkt auszuüben.

Gleiches gilt bezüglich der in Art. 47 Abs. 1 BV festgeschriebenen Verpflichtung des Bundes zur Wahrung der kantonalen Eigenständigkeit. Vielleicht liesse sich daraus ein justizialer Anspruch der Kantone konstruieren, doch gibt GIOVANNI BIAGGINI zu bedenken, dass sich aus der Norm nicht ableiten lässt, „der Bund habe alles zu unterlassen, was die Selbstbestimmung der Kantone tangiert“.⁶³ Auch hier gilt, dass innerhalb des verfassungsmässig gesteckten Kompetenzrahmens und bei Vorliegen hinreichend gewichtiger Gründe in die Eigenständigkeit der Kantone eingegriffen werden kann.

⁵⁸ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 20 Rz. 35.

⁵⁹ Vgl. Art. 3, 42 und 43 BV.

⁶⁰ SALADIN, Bund und Kantone, S. 495.

⁶¹ Vergleichbar mit der Aufforderung an den Kanton, den Gemeinden einen möglichst weiten Autonomiespielraum zu belassen (Art. 109 Abs. 2 KV Bern).

⁶² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 16 Rz. 11; SALADIN, Bund und Kantone, S. 497; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 47 BV, Rz. 8.

⁶³ Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 47 BV, Rz. 4, demgemäss die Justiziabilität „prinzipiell möglich“ ist, vgl. a.a.O. Rz. 5.

Der Vollständigkeit halber ist auch kurz auf Art. 5a BV (Subsidiaritätsprinzip⁶⁴), Art. 43a BV (Grundsätze der Aufgabenzuweisung und -erfüllung⁶⁵) sowie Art. 46 Abs. 3 BV (Wahrung von Gestaltungsfreiräumen für die Kantone) einzugehen. Diese Bestimmungen postulieren einen schonungsvollen Umgang mit der Autonomie der Kantone und richten sich – wie auch Art. 47 Abs. 2 BV – in erster Linie an den Bundesgesetzgeber. Sie statuieren ebenfalls keine justiziablen Rechte zu Gunsten der Kantone.

3. Vollzugsföderalismus und Legalitätsprinzip

Im schweizerischen Bundesstaat sind *in der Regel* die Kantone für den Vollzug des Bundesrechts zuständig (vgl. Art. 46 Abs. 1 BV, sog. Vollzugsföderalismus). Zum Vollzug gehören u.a. der Entscheid im Einzelfall, die Errichtung der zuständigen Behörden, sowie die Bereitstellung der nötigen Finanz- und Sachmittel.⁶⁶ Die Dienst- bzw. Oberaufsichtskompetenz folgt auf dem Fuss.⁶⁷ Diese Regel gilt jedoch nicht ausnahmslos: Der Bundesgesetzgeber kann – im Rahmen der jeweiligen verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung und unter Beachtung des Organisationsautonomiepostulats – Vollzugsaufgaben ganz oder teilweise einer Bundesbehörde zuweisen.

Die Betonung liegt hier auf dem Wort „Gesetzgeber“, bringt doch bereits der Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 BV (Umsetzung „nach Massgabe von Verfassung und Gesetz“) zum Ausdruck, dass eine bloss Bundesratsverordnung nicht genügt, um von der beschriebenen Regelzuständigkeit der Kantone abzuweichen. Gleiches ergibt sich überdies aus Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV (Gesetzesvorbehalt bezüglich der „Verpflichtung der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts“). Deshalb stellt GIOVANNI BIAGGINI zu Recht fest, „dass eine bloss Verordnung (oder ein Entscheid des Bundesrates) nicht genügt, um vom System des „Vollzugsföderalismus“ abzurücken, d.h. den Vollzug (ganz oder teilweise) dem Bund und seinen Verwaltungsorganen zuzuweisen. Art. 46 Abs. 1 BV statuiert insoweit einen allgemeinen *Gesetzesvorbehalt zu Gunsten der Kantone*.“⁶⁸

Diese „Garantie zu Gunsten der Kantone“⁶⁹ bedeutet für die vorliegend interessierende Fragestellung, dass ein Ausschluss bzw. eine Beschränkung der kantonalen Oberaufsichtsbefugnisse grundsätzlich nicht auf dem Verordnungswege erfolgen kann. Es sei denn, Verfassung oder Bundesgesetz übertrage – unter Einhaltung der *Delegationsgrundsätze* – die erforderlichen Regelungskompetenzen an den Bundesrat. Darauf ist zurückzukommen (Abschnitt III/B und C).

⁶⁴ Das Subsidiaritätsprinzip bedeutet vereinfacht gesagt, dass der Bund Kompetenzen und Aufgaben nicht an sich ziehen soll, die auf kantonaler Ebene besser oder ebenso gut aufgehoben sind. Vgl. dazu BIAGGINI, Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 5. Demnach ist die Norm als „inhaltlich offener, konkretisierungsbedürftiger Rechtsgrundsatz“ zu bezeichnen, die zwar mehr als eine bloss programmatische Erklärung (a.a.O. Rz. 11), aber nichtsdestotrotz nicht justizierbar sei (a.a.O. Rz. 14).

⁶⁵ Art. 43a BV soll Art. 5a BV konkretisieren und ergänzen, bleibt allerdings selber diffus und ist nicht justizierbar; vgl. hierzu die Kommentierung von BIAGGINI, Kommentar zu Art. 43a BV, Rz. 2 ff.

⁶⁶ Hinzu kommt der Erlass von Vorschriften; vgl. zum Ganzen BIAGGINI, Kommentar zu Art. 46 BV, Rz. 1 f.

⁶⁷ Zur Kaskade Kommando, Kontrolle, Korrektur vgl. Abschnitt II/A.

⁶⁸ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 46 BV, Rz. 4, m.w.H. (Hervorhebung durch die Verfasser).

⁶⁹ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 46 BV, Rz. 7 m.w.H.

4. Aufsicht des Bundes über kantonale Behörden

a) *Bundesaufsicht*

Der Bund hat das Recht und die Pflicht, die Kantone zu beaufsichtigen (sog. Bundesaufsicht, Art. 49 Abs. 2 BV). Über Gegenstand, Zuständigkeit, Adressaten, Massstäbe, Instrumente und Verfahren der Bundesaufsicht schweigt sich die Verfassung jedoch mehrheitlich aus. Einigkeit herrscht einzig darüber, dass die Aufsicht über die Kantone in erster Linie durch den Bundesrat erfolgt.⁷⁰ Im Übrigen herrscht Konfusion. Nach dem im Schrifttum postulierten Leitbild „ist' die Bundesaufsicht Verbandsaufsicht (nicht Dienstaufsicht), Rechtskontrolle (nicht Zweckmässigkeitskontrolle) und mit föderalistischer Zurückhaltung zu üben.“⁷¹ Dies würde etwa bedeuten, dass die Landesregierung kein Selbsteintrittsrecht hat, keine Weisungskompetenz gegenüber einzelnen kantonalen Beamten beanspruchen darf und den Ermessensspielraum der Kantone in jedem Fall wahren muss. Der Bund soll die kantonale Eigenständigkeit (Art. 47 BV) respektieren und ihnen die Chance belassen, die bundesrechtlichen Verpflichtungen eigenverantwortlich zu erfüllen. Deshalb wird die Bundesaufsicht als *subsidiär* zur Aufsicht in den Kantonen beschrieben.⁷²

Allerdings lässt das verfassungsrechtliche Institut der Bundesaufsicht durchaus *Raum für Abweichungen*,⁷³ auch wenn dies nicht der „reinen Lehre“ entsprechen mag. Je nach verfassungsrechtlicher Kompetenzlage kann der Gesetzgeber dem Bundesrat oder der Verwaltung ein direktes Weisungsrecht an kantonale Vollzugsbehörden einräumen.⁷⁴ Gleiches gilt bezüglich Zweckmässigkeitskontrollen.⁷⁵ Wird von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht, verwischen allerdings die Grenzen zwischen Bundes- bzw. Verbands- und Dienstaufsicht bis hin zur Unkenntlichkeit. Wo aber das Spezialgesetz der Bundesverwaltung *dienstaufsichtsähnliche Kompetenzen* einräumt, spielt es keine Rolle, wie diese Aufsicht genau bezeichnet wird. Entscheidend ist, dass Art. 49 Abs. 2 BV einer intensiven und regelmässigen Kontrollaufsicht des kantonalen Vollzugs nicht von vornherein entgegensteht. Auch hier ist es letztlich Sache des Gesetzgebers, Gegenstand, Zuständigkeit, Adressaten, Massstäbe, Instrumente und Verfahren der Bundesaufsicht im Einzelnen zu regeln.

b) *Parlamentarische Oberaufsicht*

Die parlamentarische Oberaufsicht erfasst gemäss Art. 169 Abs. 1 BV „den Bundesrat und die Bundesversammlung [...] und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes.“ Die Kantone finden dagegen keine explizite Erwähnung. Es stellt sich daher die Frage, ob die Aufsichtsorgane des Bundesparlaments auch zur Oberaufsicht über die Kantone befugt sind. Praxis und Lehre sind hier geteilter Auffassung:

⁷⁰ Vgl. Art. 186 BV; ferner BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 21.

⁷¹ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 19.

⁷² Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 20.

⁷³ Zur Unterscheidung zwischen dogmatischem Leitbild und der verfassungsrechtlichen „Realität“ vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 19.

⁷⁴ Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 22.

⁷⁵ Vgl. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 49 BV, Rz. 23 m. zahlreichen H.

- Nach dem Selbstverständnis der *Geschäftsprüfungsdelegation* erstreckt sich „die Oberaufsicht der GPDel über den Staatsschutz [auch] auf den Vollzug des BWIS durch die Kantone.“⁷⁶ Die GPDel hat denn auch im vergangenen Jahr die Staatsschutzbehörden dreier Kantone inspiziert (BE, BS, GE).⁷⁷
- Im *Schrifttum* wird die Aufsichtszuständigkeit der Bundesversammlung über die kantonalen (Staatsschutz-)behörden ebenfalls bejaht.⁷⁸ Diese Tätigkeit wird indes nicht als Aufsichtstätigkeit qualifiziert, sondern als „besondere, dem Parlament verfassungsrechtlich zugeordnete Aufgabe[n] im Bereich der Staatsleitung“ beschrieben.⁷⁹ PHILIPPE MASTRONARDI spricht in diesem Zusammenhang von „der anders gearteten *Verbandsaufsicht* des Bundes“, welche dem Bundesrat und der Bundesversammlung gemeinsam zusteht (Art. 173 Abs. 1 Bst. e bzw. Art. 186 BV).⁸⁰

Nach hier vertretener Ansicht ist die von der Lehre geforderte begriffliche Abgrenzung zwischen Oberaufsicht und Verbandsaufsicht – jedenfalls für den vorliegenden Sachverhalt – wenig ergiebig. Die parlamentarische Oberaufsicht erstreckt sich nämlich auf das gesamte Handeln des Bundesrates, mithin also auch auf dessen Kontrolltätigkeit im Rahmen der Bundesaufsicht. Oder mit anderen Worten: Die Aufsichtstätigkeit des Bundesrats bahnt den Weg für die parlamentarische Oberaufsicht.⁸¹

c) *Datenschutzaufsicht*

Vollziehen die Kantone Bundesrecht, so fragt sich, welches Organ die Datenschutzaufsicht über die ausführende Behörde ausübt: Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte oder aber die kantonalen Aufsichtsstellen? Die *Bundesverfassung* regelt die Zuständigkeitsfrage nicht ausdrücklich.⁸² Nach dem Bundesgesetz über den Datenschutz gilt das Bundesdatenschutzrecht (nur) für Bundesbehörden, während die Vollzugstätigkeit durch kantonale Behörden dem jeweiligen kantonalen Datenschutzrecht unterliegt.⁸³ Dementsprechend gestaltet sich die Zuständigkeitsordnung für die Aufsicht.

⁷⁶ Vgl. Bericht ISIS, S. 7704.

⁷⁷ Die Inspektion hatte zum Ziel, den Datenbearbeitungsprozess auf kantonaler Ebene nachvollziehen zu können, die Schnittstelle Bund-Kanton zu klären sowie mehr über die kantonale Staatsschutzaufsicht zu erfahren, vgl. Bericht ISIS, S. 7704.

⁷⁸ Vgl. KIENER, Informationsrechte, S. 253 und S. 255. Demnach umfasst der Kontrollbereich der GPDel all jene kantonalen oder kommunalen Verwaltungseinheiten, die mit dem Bundesnachrichtendienst unmittelbar zusammenarbeiten.

⁷⁹ KIENER, Informationsrechte, S. 253. Die Autorin macht allerdings darauf aufmerksam, dass sich das Handeln der GPDel kaum je differenziert der einen oder anderen Verfassungsgrundlage zuordnen lässt.

⁸⁰ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 21.

⁸¹ In diesem Sinn auch BIAGGINI, Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 12 m.H. auf AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Art. 169 Rz. 14, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003; ferner auch MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 21.

⁸² Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber verfassungs- und völkerrechtlich verpflichtet ist, zumindest eine unabhängige Datenschutzaufsichtsstelle vorzusehen; dazu WALDMANN/SPIELMANN, *Datenschutzaufsicht*, S. 22 ff.

⁸³ Vgl. Art. 37 DSG sowie die Umschreibung des Geltungsbereichs in Art. 2 Abs. 1 DSG.

Ausnahmen sind aber auch hier verfassungsrechtlich erlaubt: Sofern dem Bund eine umfassende Regelungskompetenz für einen bestimmten Sachbereich zukommt, kann er auch den Datenschutz sowie die Datenschutzaufsicht im Sinn einer *Annexkompetenz* speziell regeln.⁸⁴ Die Bestimmungen eines spezielleren Erlasses wie z.B. des BWIS gehen dem DSG als einem Querschnittserlass vor. Freilich muss der Bund auch hier stets die kantonale *Organisationsautonomie* soweit wie möglich respektieren.

5. Fazit und Überleitung

Die Regelung des Staatsschutzes fällt in die ausschliessliche und umfassende Regelungskompetenz des Bundes. Somit kann er sämtliche Details – eingeschlossen die kantonale Dienst-, Datenschutz- bzw. Oberaufsicht – regeln. Für die Umsetzung des Bundesrechts sind dagegen regelmässig die Kantone zuständig (sog. Vollzugsföderalismus). Soll eine oder mehrere Vollzugskomponenten (bspw. die Dienstaufsicht) ausnahmsweise an eine Bundesbehörde übertragen werden, bedarf dies einer formellgesetzlichen Grundlage. Dabei ist der kantonalen Organisationsautonomie weitestmöglich Beachtung zu schenken.

Die Aufsicht über die Kantone obliegt einerseits dem Bundesrat (Bundes- bzw. Verbandsaufsicht), andererseits der Bundesversammlung (Oberaufsicht). Dabei kann der Bundesrat – je nach spezialgesetzlicher Ausgestaltung – mehr oder weniger intensive Weisungs- und Kontrollrechte gegenüber den kantonalen Vollzugsbehörden wahrnehmen. Im selben Mass aktiviert sich dann auch die Oberaufsichtszuständigkeit der Bundesversammlung. Schliesslich erlaubt die Verfassung auch, die Datenschutzaufsicht über kantonale Vollzugsbehörden spezialgesetzlich zu regeln und gegebenenfalls dem Bund zuzuweisen.

Soweit der verfassungsrechtliche Rahmen. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie der Bundesgesetzgeber die Aufsicht im Bereich des Staatsschutzes konkret geregelt hat.

B. Aufsichtsrechtliche Vorgaben des BWIS

1. Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen

Die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich innere Sicherheit wird im 2. und 3. Abschnitt des BWIS geregelt. Verkürzt gilt folgendes:

- In erster Linie sind die *Kantone* für die Gewährleistung der inneren Sicherheit auf ihrem Gebiet zuständig (originäre Zuständigkeit). Soweit jedoch der Bund – gestützt auf das BWIS – zuständig ist, leisten sie ihm Amts- und Vollzugshilfe (delegierte Zu-

⁸⁴ SCHWEGLER, Datenschutz, S. 6 f., merkt an, „der Grundsatz, wonach der Kanton beim Vollzug des Bundesrechts sein eigenes Datenschutzrecht anwendet, täuscht deshalb über die vor allem im Polizeiwesen durch den Bundesgesetzgeber tatsächlich geschaffene Situation hinweg.“ Vgl. ferner WALDMANN/SPIELMANN, S. 37. Differenzierend zwischen „formellem“ und „materiellem“ Datenschutzrecht dagegen RUDIN, Verfassungswidrige Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, S. 1 ff.

ständigkeit).⁸⁵ Dazu gehört namentlich die aktive Informationsbeschaffung in den Bereichen Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst, gewalttätigem Extremismus und Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen.⁸⁶ Die von den Kantonen beschafften Daten werden von diesen mehr oder weniger lang zwischengespeichert, verdichtet und – sofern sich die „Staatschutzrelevanz“ erhärtet – anschliessend dem Bund gemeldet. Die Kantone dürfen zu diesem Zweck ein eigenes Staatsschutzinformationssystem betreiben.⁸⁷

- Der *Bund* ist zuständig für die Leitung und Koordination und die periodische Lageanalyse. Der Bund zahlt überdies eine Kostenpauschale für die kantonalen Staatsschutzbemühungen.⁸⁸ Zudem erlässt er Aufträge an die mit dem Vollzug betrauten kantonalen Behörden. Der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) hat ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber den kantonalen Behörden,⁸⁹ welche diesem wiederum zur Berichterstattung verpflichtet sind.⁹⁰ Die Kantone können selber entscheiden, welche Organisationseinheit für den Staatsschutz zuständig ist. Allerdings müssen sie den Dienstweg so festlegen, dass dringliche Einzelaufträge des Bundes ohne Verzug durchgeführt werden können.⁹¹ Auf einen Nenner gebracht beansprucht der Bund eine „koordinierende Leitungs- und Dienstleistungskompetenz, welche die primäre Zuständigkeit der Kantone überlagert.“⁹² Der Bund betreibt ein elektronisches Informationssystem (genannt ISIS), auf welches die involvierten Behörden des Bundes wie auch der Kantone Zugriff haben.⁹³

Daraus folgt, dass der Vollzug des BWIS zwar nicht vollständig, aber doch zu einem gewichtigen Teil den Kantonen belassen ist. Trotzdem weicht der Gesetzgeber vom Prinzip des Vollzugsföderalismus teilweise ab (partielle Rückübertragung von Vollzugsaufgaben an Bundesbehörden, direktes Weisungsrecht, Übernahme der Finanzierung). Im Folgenden ist von Interesse, welche Auswirkungen dies auf die kantonalen Aufsichtsbe-fugnisse hat, namentlich auf die kantonale Dienstaufsicht (Ziff. 2/a), die kantonale Datenschutzaufsicht (Ziff. 2/b) sowie die kantonale Oberaufsicht (Ziff. 2/c).

2. Aufsichtstätigkeit von kantonalen Organen

Das BWIS regelt die kantonale Dienstaufsicht sowie die kantonale Datenschutzaufsicht (Bst. a und b), nicht aber die kantonale Oberaufsicht (Bst. c). Im Einzelnen:

⁸⁵ Art. 4 BWIS.

⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 BWIS.

⁸⁷ Art. 16 Abs. 2 BWIS.

⁸⁸ Art. 28 BWIS.

⁸⁹ Art. 6 Abs. 1 und 7 Abs. 4 BWIS.

⁹⁰ Art. 12 BWIS.

⁹¹ Art. 6 Abs. 1 BWIS.

⁹² Botschaft BWIS, S. 1173.

⁹³ Art. 15 Abs. 3 BWIS.

a) *Kantonale Dienstaufsicht (Art. 6 Abs. 3 BWIS)*

Gemäss Art. 6 Abs. 3 BWIS unterstehen „Personen, die von den Kantonen mit Aufgaben nach diesem Gesetz betraut sind [...], dem kantonalen Dienstrecht und der kantonalen Dienstaufsicht.“ Erhellend ist ein Blick in die Botschaft:

„Unklarheiten bestanden (...) teilweise darüber, ob sich die Dienstaufsicht auch nach kantonalem Recht richte, beziehungsweise darüber, ob die kantonalen Regierungsräte volle oder nur begrenzte Leitungs- und Weisungsbefugnisse über die Aufgabenerfüllung für den Bund hätten. Hier soll künftig klargestellt werden, dass die Kantone als Gemeinwesen gegenüber dem Bund für den Vollzug verantwortlich sind; folglich muss diese Verantwortung auch durch *volle Dienstaufsicht* getragen werden.“⁹⁴

Art. 6 Abs. 3 BWIS dient der Wahrung der kantonalen Organisationsautonomie. Die Norm stellt klar, dass die Dienstaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden in der Kompetenz der Kantone verbleibt.⁹⁵ Daraus folgt, dass die hierarchisch vorgesetzte Stelle, im Kanton Bern der Direktor bzw. die Direktorin der POM, gegenüber dem im Bereich Staatsschutz tätigen Personal *umfassende Leitungs-, Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse* besitzt. Art. 6 Abs. 3 BWIS bestätigt damit, was im Rahmen des Vollzugsföderalismus die Regel bildet: Vollzugs- und Dienstaufsichtskompetenz gehen Hand in Hand.

Beschränkungen der kantonalen Dienstaufsichtsbefugnisse sind gesetzlich nicht vorgesehen. Dies ist kein Zufall: Um die „volle Dienstaufsichtsverantwortung“ wahrnehmen zu können, muss das kantonale Dienstaufsichtsorgan umfassenden Zugang zu den Aktenbeständen der unterstellten Behörde erhalten.⁹⁶ Es ist daher nur folgerichtig, dass die Aufsichtsaufgabe und die hierzu notwendigen Aufsichtsbefugnisse deckungsgleich sind. Diese *gesetzgeberische Grundsatzentscheidung* ist bei der Ausgestaltung des Ausführungsverordnungsrechts von zentraler Bedeutung (Abschnitt III/C).

b) *Kantonale Datenschutzaufsicht (Art. 16 BWIS)*

Die Datenbearbeitung durch die kantonalen Staatsschutzorgane erfolgt gemäss Art. 16 Abs. 1 BWIS „nach den Bestimmungen des Bundes“.⁹⁷ Damit weicht das Gesetz vom Grundsatz ab, dass die Vollzugstätigkeit der Kantone *in der Regel* dem kantonalen Datenschutzrecht untersteht.⁹⁸

⁹⁴ Botschaft BWIS, S. 1175 (Hervorhebung durch die Verfasser).

⁹⁵ So auch das Gutachten BJ vom 25.6.2008, S. 4

⁹⁶ Vgl. für die insofern vergleichbare Situation im Rahmen der Datenschutzaufsicht HUBER, Kommentar zu Art. 27 DSG, Rz. 7 ff.; ferner Gutachten BJ vom 25.6.2008, S. 7, wonach das Informationszugangrecht als „wesentlicher Teil der Aufsichtsbefugnisse“ beschrieben wird, da sonst die Kontrolle der Rechtmässigkeit nur eingeschränkt möglich wäre.

⁹⁷ Praktisch gleich lautet Art. 16 Abs. 3 Satz 1: „Soweit kantonale Sicherheitsorgane Daten nach diesem Gesetz bearbeiten, unterstehen sie dem Datenschutzrecht des Bundes.“

⁹⁸ Die Unterstellung der kantonalen Vollzugstätigkeit unter das Bundesdatenschutzrecht erscheint mit Blick auf die umfassende Regelungskompetenz des Bundes für den Bereich des Staatsschutzes unproblematisch; vgl. dazu auch SCHWEGLER, Datenschutz, S. 38 sowie die Überlegungen in Abschnitt III/A/4/c. A.M. RUDIN, Verfassungswidrige Anwendbarkeit, S. 5.

Die beschriebene Abweichung gilt jedoch nicht umfassend: Art. 16 Abs. 3 Satz 2 BWIS bestimmt im Sinn einer *Gegenausnahme*, dass „die im kantonalen Recht vorgesehenen Aufsichtsrechte [gewahrt bleiben].“⁹⁹ Damit ist die *kantonale Datenschutzaufsicht* gemeint.¹⁰⁰ Dies ergibt sich zum einen aus dem systematischen Zusammenhang der Art. 15 - 18 BWIS (Stichwort „Bearbeiten von Personendaten“), andererseits aus den Materialien: Die Botschaft BWIS erläutert nämlich, „[die] Bearbeitung von Daten nach diesem Gesetz durch kantonale Sicherheitsorgane untersteht dem Datenschutzrecht des Bundes [...]. Die mit Aufgaben nach diesem Gesetz betrauten Personen unterstehen jedoch der *Aufsicht der kantonalen Organe*, zum Beispiel eines *kantonalen Datenschutzbeauftragten*.“¹⁰¹

Art. 16 BWIS schreibt also eine *zweigeteilte Verantwortung* vor: Die materiellen Datenschutzbestimmungen ergeben sich aus dem Bundesrecht, während die Aufsicht über ihre Einhaltung in der Zuständigkeit der Kantone verbleibt. Ein föderaler Kompromiss also, denn der Gesetzgeber wollte einerseits sicherstellen, dass in diesem sensiblen Bereich ein einheitliches Recht gewährleistet ist.¹⁰² Andererseits wollte er nicht auch noch die Aufsicht über die Einhaltung der Datenschutzvorschriften durch die kantonalen Staatsschutzbehörden dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten übertragen. Wie bereits für die Regeln zur Dienstaufsicht festgestellt, dient auch Art. 16 Abs. 3 Satz 2 BWIS der *Schonung der kantonalen Organisationsautonomie*.

Art. 16 BWIS regelt den *Umfang* der kantonalen Datenschutzaufsichtsbefugnisse nicht weiter. Es ist Sache der Kantone, die genauen Modalitäten festzulegen.¹⁰³ In Art. 18 BWIS findet sich dagegen eine Beschränkung hinsichtlich der Prüfung von *Auskunftsbegehren* seitens Privater über die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung durch Staatsschutzbehörden: Diese Aufgabe wird dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten zugewiesen; die Kantone müssen entsprechende Gesuche an diesen überweisen (Abs. 1 und 4). Auf den ersten Blick eine einfache Regelung, die aber beim zweiten Hinsehen eine ganze Reihe von Fragen aufwirft, auf welche in Ziff. 3/b zurückzukommen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesgesetzrecht die kantonale Datenschutzaufsicht mit Ausnahme der Auskunftserteilung an Bürger gewährleistet.

⁹⁹ Eine praktisch gleichlautende Bestimmung fand sich bis zum Inkrafttreten des BWIS im damaligen Art. 24 Abs. 4 DSG.

¹⁰⁰ Zum Begriff der Datenschutzaufsicht vgl. Abschnitt II/C. Blickt man nur auf den Wortlaut von Art. 16 Abs. 3 Satz 2 BWIS, so könnte man sich fragen, ob der Begriff „Aufsichtsrechte“ nicht im Sinn eines Oberbegriffs für jegliche Arten von kantonalen Aufsichtsarten (Dienst-, Ober- und Datenschutzaufsicht) zu verstehen ist. Ein so weites Begriffsverständnis ist jedoch abzulehnen: Einerseits wird die kantonale Dienstaufsicht bereits in Art. 6 Abs. 3 BWIS geregelt – Art. 16 Abs. 3 BWIS wäre dann eine wenig sinnvolle Dopplung. Andererseits bildet die kantonale Oberaufsicht nicht Gegenstand des BWIS (dazu nachfolgend Bst. c).

¹⁰¹ Botschaft BWIS S. 1182 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

¹⁰² REINHARD, Kommentar zu Art. 24 DSG, Rz. 24.

¹⁰³ Zu berücksichtigen sind dabei die in Art. 1 Ziff. 1 des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 8. November 2001 (SR 0.235.11) völkerrechtlich vorgeschriebenen Befugnisse des Datenschutzorgans (Ermittlungs- und Klagebefugnis sowie Melderechte). Das Zusatzprotokoll ist für die Schweiz am 1. April 2008 in Kraft getreten; vgl. hierzu auch WALDMANN/SPIELMANN, Datenschutzaufsicht, S. 26 ff.

c) *Parlamentarische Oberaufsicht in den Kantonen*

Das Bundesgesetzesrecht regelt die parlamentarische Oberaufsicht auf kantonaler Stufe nicht. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, diese sei im Sinn eines „qualifizierten Schweigens“ von Beginn weg ausgeschlossen.¹⁰⁴ Die Materialien zum BWIS enthalten jedenfalls nichts Einschlägiges. Gegen einen Ausschluss der kantonalen Oberaufsicht in Staatsschutzbelangen spricht auch, dass die kantonale Dienstaufsicht uneingeschränkt gewährleistet ist (systematische Betrachtung). Gleiches sollte zweckmässigerweise für die parlamentarische Oberaufsicht gelten, welche der verwaltungsinternen Kontrolle auf dem Fuss folgt (Akzessorietätsprinzip).¹⁰⁵ Schliesslich folgt die „Vermutung“ zu Gunsten der Oberaufsichtskompetenz der Kantone aus dem Grundsatz, dass die kantonale Organisationsautonomie nur aus hinreichend wichtigen Gründen eingeschränkt werden darf.¹⁰⁶ Es wäre Sache des Gesetzgebers gewesen, das Vorliegen solcher Gründe festzustellen und entsprechende Beschränkungen explizit festzuschreiben.

Daraus ist zu schliessen, dass die parlamentarische Oberaufsicht von Bundesgesetzesrechts wegen im selben Umfang wie die kantonale Dienstaufsicht gewährleistet ist.¹⁰⁷

3. Aufsichtstätigkeit von Bundesorganen

Das BWIS regelt die Dienst- und Oberaufsicht der Bundesorgane im 6. Abschnitt. Die Datenschutzaufsicht durch den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten wird in Art. 18 BWIS geregelt. Die Eckpunkte sind die Folgenden:

a) *Dienstaufsicht durch den Bundesrat (Art. 26 BWIS)*

Gemäss Art. 26 Abs. 1 BWIS sorgt der Bundesrat dafür, „dass die *Tätigkeit des NDB* auf Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit geprüft wird.“¹⁰⁸ Angesprochen ist damit die *Dienstaufsichtspflicht der Landesregierung* über die Bundesverwaltung im Rahmen ihrer Führungsverantwortung.¹⁰⁹

¹⁰⁴ So auch das Gutachten BJ vom 25.6.2008, S. 5. Zum Begriff des qualifizierten Schweigens vgl. etwa BGE 132 II 1 E. 3.2 S. 8.

¹⁰⁵ Dazu Abschnitt II/B/1.

¹⁰⁶ Vgl. sinngemäss das Gutachten BJ vom 25.6.2008, S. 5.

¹⁰⁷ Das *kantonale Recht* kann allerdings seinerseits *Einschränkungen* vorsehen. Es darf nämlich nicht ausser Acht gelassen werden, dass mit der Kontrollbefugnis auch eine (implizite) Verpflichtung an die Kantone übergeht, die zur Gewährleistung des Geheimnisschutzes notwendigen Massnahmen zu ergreifen. In erster Linie ist hier der kantonale Gesetzgeber angesprochen; vgl. dazu Abschnitt VI/B.

¹⁰⁸ Hervorhebung durch die Verfasser. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 8 ZNDG die Kontrolle von allen zivilen Nachrichtendienststellen (also auch des NDB) in Anwendung von Art. 25 bzw. 26 Abs. 1 und 2 BWIS erfolgen.

¹⁰⁹ Art. 26 BWIS steht unter dem Titel „Verwaltungskontrolle“, was synonym zum Begriff Dienstaufsicht zu verstehen ist. Die Weitergabe der Dienstaufsichtsergebnisse wird in Art. 27 BWIS geregelt. Demnach orientiert der Bundesrat die eidgenössischen Räte, die Kantone und die Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Sicherheitsorgane des Bundes sowie die Bedrohungslage. Das VBS und der NDB orientieren wiederum die Kantonsregierungen bzw. die kantonalen Sicherheitsorgane.

Die Aufsicht des Bundes über die *Kantone* ist dagegen nicht Gegenstand von Art. 26 Abs. 1 sondern von Abs. 3 BWIS (Bst. b).

b) *Bundesaufsicht*

Der Bund, insbesondere der Bundesrat, übt unter dem Titel der Bundesaufsicht die Kontrolle über die Tätigkeit der Kantone aus. Der Kontrollumfang bestimmt sich in erster Linie nach den spezialgesetzlichen Bestimmungen.¹¹⁰ Für den Bereich des Staatsschutzes schreibt Art. 26 Abs. 3 BWIS folgendes vor: „Der Bundesrat legt die Mindestanforderungen an die Kontrolle in den Kantonen fest. Die Durchführung der Kontrollen ist Sache der Kantone.“

Daraus folgt eine *zweigeteilte Verantwortung*: Der Bund (Bundesrat) soll in erster Linie regeln, während den Kantonen die eigentliche Kontrollarbeit verbleibt. Angesichts der unmittelbaren Dienstbefehlskompetenz der Bundesbehörden gegenüber den kantonalen Staatsschutzbehörden mag dies erstaunen, denn Kommando- und Kontrollbefugnis gehen in der Regel Hand in Hand. Der Bundesrat schreibt denn auch in seiner Botschaft:

„Verschiedene Kantone haben in der Vernehmlassung gefordert, der Bund solle als Entsprechung seiner Leitung des Staatsschutzes auch dessen Kontrolle übernehmen. In der Tat gibt es in Artikel [16 Abs. 3 BWIS] ein Vorbild, in dem das Datenschutzrecht des Bundes auch für kantonale Organe gilt, jedoch die ‚im kantonalen Recht vorgesehenen Aufsichtsrechte‘ gewahrt bleiben. In diesem Ausmass ist es bundesstaatlich verantwortbar, dass der Bund in den kantonalen Vollzug eingreift. Wir schlagen deshalb vor, den Bundesrat zu beauftragen, die Grundzüge der Kontrollen festzulegen. Die Kontrollen selber müssen jedoch von kantonalen Aufsichtsbehörden durchgeführt werden.“¹¹¹

Art. 26 Abs. 3 BWIS stellt folglich einen *föderalen Kompromiss* dar: Der Gesetzgeber wollte einerseits sicherstellen, dass in diesem sensiblen Bereich ein einheitliches Recht gewährleistet ist, andererseits sollte die *kantonale Organisationsautonomie* so weit wie möglich gewahrt bleiben. Deshalb ermächtigt die Norm den Bundesrat nur zum Erlass von Ausführungsbestimmungen über die kantonsinterne Kontrolltätigkeit, nicht aber zur Ausübung der Kontrolle über die kantonalen Staatsschutzorgane.

Mit der Begriffsverwendung „Mindestanforderungen“ wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass auf Verordnungsstufe jene *minimalen Vorgaben* festzulegen sind, damit eine effektive Kontrolle durch die Kantone gewährleistet ist.¹¹² Mithin sollte eine einheitliche, minimale Kontrolltiefe auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft sichergestellt werden. Das gegenteilige Wortverständnis – Festlegung der *maximal* zulässigen Kontrollmöglichkeiten der Kantone – findet dagegen weder im Wortlaut

¹¹⁰ Je nach Kompetenzlage und spezialgesetzlicher Ausgestaltung kann die Bundesaufsicht auch dienstaufsichtsähnlichen Umfang annehmen, vgl. dazu Abschnitt III/A/4/a.

¹¹¹ Botschaft BWIS, S. 1191 f. In der Botschaft wird statt auf Art. 16 Abs. 3 BWIS auf den identischen Art. 24 Abs. 4 DSG Bezug genommen, welcher nunmehr ausser Kraft getreten ist. Zur geteilten Datenschutzaufsichtsverantwortung gemäss Art. 16 Abs. 3 BWIS vgl. die Ausführungen in Ziff. 2/b sowie nachfolgend Bst. c.

¹¹² Im bundesrätlichen Entwurf war noch die Rede von „Grundsätzen“ (vgl. BBl 1995 591); die ständerätliche Kommission präziserte dann auf „Mindestanforderungen“. Die Änderung wurde von den Räten ohne Diskussion angenommen.

von Art. 26 Abs. 3 BWIS einen Rückhalt, noch finden sich in den Materialien entsprechende Hinweise. Auch der systematische Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 3 bzw. Art. 16 Abs. 3 BWIS lässt darauf schliessen, dass der Verordnungsgeber die Voraussetzungen für die *umfassende Aufsichtsverantwortung* der Kantone sicherstellen soll. Darauf ist in Abschnitt III/C zurückzukommen.

Zusammengefasst ergibt sich folgendes Bild: Der Bund verzichtet aus Rücksicht auf die kantonale Organisationsautonomie auf die Ausübung der Kontrolle über die kantonalen Staatsschutzbehörden. Er beschränkt sich auf den Erlass von Minimalanforderungen und überträgt die primäre Aufsichtsverantwortung den Kantonen. Die Wahrnehmung dieser Verantwortung verlangt nach entsprechenden Informationsrechten seitens der kantonalen Aufsichtsorgane. Das BWIS beschränkt diese weder dem Wortlaut noch dem Sinne nach. Vielmehr wäre es geradezu unsinnig, seitens des Bundes auf die Kontrollausübung über die kantonalen Behörden zu verzichten, den Kantonen aber die Mittel für die effektive Kontrolle zu verwehren. Dies hätte zur Folge, dass unbeaufsichtigte Verwaltungsbereiche entstünden.

Versagt dagegen die kantonale Aufsicht, so lebt die Kontrollzuständigkeit des Bundes ausnahmsweise im Sinn einer *subsidiären Bundesaufsicht* wieder auf. Diese leitet sich unmittelbar aus Art. 49 Abs. 2 BV ab.¹¹³

c) *Datenschutzaufsicht durch den EDÖB (Art. 18 BWIS)*

Die Zuständigkeit für die Datenschutzaufsicht ist, wie bereits ausgeführt, zwischen Bund und Kantonen zweigeteilt (Ziff. 2/b). Daraus folgt, dass die kantonalen Datenschutzorgane die kantonalen Staatsschutzbehörden beaufsichtigen, während der EDÖB die Bundesbehörden kontrolliert. Entsprechend sieht Art. 18 Abs. 1 BWIS auch vor, dass Auskunftsbegehren von Privaten über die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung „im Informationssystem des Bundesamtes“ der EDÖB zuständig ist. Erhalten dagegen die Kantone Gesuche, „die sich auf Akten des Bundes beziehen“, müssen sie diese an den EDÖB weiterleiten.¹¹⁴

d) *Oberaufsicht der Bundesversammlung*

Gemäss Art. 25 BWIS wird die parlamentarische Kontrolle „von der Geschäftsprüfungsdelegation“ nach Massgabe des Parlamentsgesetzes wahrgenommen.¹¹⁵ Wie bereits früher

¹¹³ Zur Subsidiarität der Bundesaufsicht vgl. Abschnitt III/A/4/a.

¹¹⁴ Diese auf den ersten Blick einleuchtende Regelung wirft beim genaueren Hinschauen jedoch Fragen auf. Offen ist insbesondere, welches Aufsichtsorgan für jene Akten zuständig ist, die nicht im Informationssystem des Bundes, sondern in den kantonalen Informationssystemen gespeichert sind. Die Frage ist deshalb von Interesse, weil dem Bund nicht sämtliche Datenbestände der Kantone bekannt sein müssen. Bevor nämlich die Kantone Daten an den Bund weiterleiten, prüfen sie diese auf ihre „Staatschutzrelevanz“ und führen ggf. weitere Ermittlungen durch. Zwischen der Datenbeschaffung und deren Einspeisung in das Informationssystem des Bundes liegt somit eine mehr oder weniger grosse Zeitspanne. Diese „Vorverdachtsdaten“ werden in kantonalen Staatsschutzinformationssystemen zwischengespeichert. Da diese Daten dem Bund noch nicht gemeldet sind bzw. bei fehlender „Staatschutzrelevanz“ auch nie gemeldet werden, kann der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte deren Rechtmässigkeit faktisch nicht prüfen, schliesslich hat er keine Kenntnis von deren Existenz. Für die abschliessende Beantwortung eines Auskunftsbegehrens müsste der EDÖB allerdings auf die Datenbestände sowohl von Bund wie auch der Kantone zugreifen können.

¹¹⁵ Zu den Aufsichtsrechten der GPDel vgl. II/B/2/b.

festgehalten, umfasst die Oberaufsicht durch das Bundesparlament das gesamte Handeln des Bundesrates, mithin also auch dessen Kontrolltätigkeit im Rahmen der Bundesaufsicht über die Kantone.¹¹⁶ Insofern unterstehen auch die kantonalen Staatsschutzbehörden der Oberaufsicht durch das Bundesparlament bzw. der GPDel.

Die Bundesaufsicht im Bereich des kantonalen Staatsschutzes wurde vorstehend aber als bloss subsidiär beschrieben.¹¹⁷ Weil Ober- und Bundesaufsicht in einem akzessorischen Verhältnis stehen,¹¹⁸ tritt folglich auch die Kontrollverantwortung des Bundesparlaments nur subsidiär in Erscheinung. Die Hauptverantwortung für die Oberaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden liegt somit bei den kantonalen Parlamenten.

4. Quellenschutz und Informationsweitergabe an Aufsichtsstellen

a) Quellenschutz (Art. 7 ZNDG)

Die Staatsschutzorgane des Bundes bzw. der Kantone können ihre Aufgabe nur dann wahrnehmen, wenn sie Informationen an Dritte weitergeben können (z.B. Strafverfolgungsbehörden von Bund und Kantonen, ausländische Nachrichtendienste oder Private). Allerdings stammen die weiterzugebenden Informationen teilweise aus „verdeckten“ Quellen (z.B. Informanten, verdeckte Ermittler etc.). Die ungefilterte Informationsweitergabe kann diesfalls zur Enttarnung der Quellen führen, was für die betroffenen Personen ggf. schwerwiegende Konsequenzen hätte. Die Offenlegung von Quellen kann überdies negative Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Nachrichtendienstes haben (gestörte Zusammenarbeit mit in- oder ausländischen Partnern).

Deshalb sieht Art. 7 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG) vor, dass der „Quellenschutz entsprechend den Schutzbedürfnissen der verschiedenen Quellen“ auf Verordnungsstufe zu regeln ist. Insbesondere müssen „Personen, die aufgrund ihrer Informationstätigkeit über das Ausland gefährdet sind, [...] in jedem Fall [geschützt werden].“ Werden demnach Informationen an Dritte weitergegeben, so soll die Informationsquelle nach Möglichkeit verdeckt bleiben.

Allerdings beschränkt sich der Quellenschutz auf die Informationsweitergabe im *operativen Aufgabenbereich*.¹¹⁹ Die Dienst- und Oberaufsicht ist dagegen nicht betroffen. Der Bundesrat bzw. die Kantonsregierungen sind von Verfassung und Gesetzes wegen für die *umfassende Dienstaufsicht* über die ihnen zugeordneten Staatsschutzorgane verantwortlich.¹²⁰ Gleiches gilt für die Oberaufsichtsorgane des Bundes bzw. der Kantone.¹²¹ Diese

¹¹⁶ Dazu Abschnitt III/A/4/b.

¹¹⁷ Vgl. Abschnitt III/A/4/b.

¹¹⁸ Vgl. Abschnitt II/B/1.

¹¹⁹ Z.B. an Strafverfolgungsbehörden von Bund und Kantonen.

¹²⁰ Vgl. für den Bundesrat Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV, Art. 8 Abs. 3 RVOG sowie die Ausführungen in Abschnitt II/A. Die umfassende Dienstaufsichtsverantwortung der Kantone ergibt sich aus Art. 6 Abs. 3 und Art. 26 Abs. 3 BWIS, vgl. Abschnitt III/B/2/a.

¹²¹ Zu den unbeschränkten Informationsrechten der GPDel vgl. Art. 154 Abs. 2 ParlG. Die Oberaufsicht durch die kantonalen Parlamente wird vom Bundesrecht im selben Umfang wie die kantonale Dienstaufsicht gewährleistet, vgl. Abschnitt III/B/2/c.

im „höchsten staatspolitischen Interesse“¹²² liegende Verantwortung kann nur wahrgenommen werden, wenn die Informationsrechte unbeschränkt gewährleistet sind, ansonsten *aufsichtsfreie Verwaltungsbereiche* drohen. Hätte der Gesetzgeber ein solches Auseinanderklaffen von Aufsichtsverantwortung und Informationsrechten gewollt, hätte er dies mit der notwendigen Klarheit geäussert.¹²³

b) *Weitergabe von Personendaten (Art. 17 BWIS)*

Die sinnvolle Wahrnehmung von Kontrollrechten ist nur möglich, wenn die *Einsicht* in die Akten der beaufsichtigten Behörden gewährleistet ist. Dies bedingt zumeist auch die Weitergabe von Personendaten an die Aufsichtsstelle.

Die Weitergabe von Personendaten durch *kantonale Sicherheitsorgane* wird in Art. 17 Abs. 6 BWIS explizit geregelt. Danach dürfen die kantonalen Behörden „Daten, die sie vom Bund erhalten haben, nur an andere kantonale Stellen und nur nach den vom Bundesrat erlassenen Grundsätzen weitergeben.“ Aus dem *Wortlaut* folgt zweierlei: Zum einen regelt die Bestimmung nur die Weitergabe der vom Bund erhaltenen Daten, während die Informationen, welche die Kantone selber beschafft haben, nicht erfasst sind. Zum andern erlaubt das Gesetz die Informationsweitergabe innerhalb des Kantons, allerdings nur unter Bedingungen („Grundsätzen“), die vom Bundesrat auf *Verordnungsstufe* näher festzulegen sind.

Nun fragt sich, ob unter den Begriff „kantonale Stelle“ auch die kantonalen Aufsichtsstellen fallen. Der Wortlaut ist insofern klar, als dass der besondere Begriff der kantonalen Aufsichtsstellen unter das weite Begriffsdach der „kantonalen Stelle“ passt. Aus dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 6 BWIS ergeben sich keine Anhaltspunkte, welche ein enges Begriffsverständnis nahelegen.

Demgegenüber scheint der Bundesrat in seiner Botschaft von einem anderen Normverständnis von Art. 17 Abs. 6 BWIS ausgegangen zu sein: „Ferner wird festgelegt, dass die Weitergabe von Daten aus dem Bereich der inneren und äusseren Sicherheit grundsätzlich nur durch das Bundesamt erfolgt. Auch die kantonalen Sicherheitsorgane sollen die ihnen vom Bund zur Verfügung gestellten Informationen nicht weitergeben, sondern Endempfänger sein. Die Detailregelung durch den Bundesrat, welche die notwendigen Ausnahmen festlegt, wird ermöglichen, dass bestimmte Anfragen von kantonalen Amtsstellen oder Gerichten beantwortet werden können. In den anderen Fällen muss die kantonale Polizei das Einvernehmen mit dem Bundesamt herstellen.“¹²⁴

¹²² Vgl. Botschaft BWIS, S. 1184 bzgl. der Oberaufsicht bzw. Dienstaufsicht auf Bundesebene. Dieselbe staatspolitische Gewichtung kommt selbstredend auch der Aufsicht auf der kantonalen Ebene zu.

¹²³ Der Quellenschutz gilt auch im operativen Bereich nicht umfassend. Hat sich beispielsweise der Informant selber strafbar gemacht, so kann von vornherein keine strikte Vertraulichkeit garantiert werden, vgl. Botschaft BWIS, S. 1184. Umso weniger kann der Quellenschutz dann im Aufsichtsbereich zur Geltung gelangen. Zwar nimmt das Risiko der Enttarnung mit zunehmender Anzahl Geheimnisträger zu. Diese unterstehen jedoch strikte dem Amtsgeheimnis. Das verbleibende „Restrisiko“ stellt mithin den rechtsstaatlichen bzw. föderalen Preis für die unumgängliche Kontrolle der Staatsschutzbehörden bzw. der föderalen Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen dar. – Demgegenüber scheint der Bundesrat davon auszugehen, dass der Quellenschutz oder wesentliche Sicherheitsinteressen es rechtfertigen, die gemäss Art. 6 Abs. 3, 16 Abs. 3 bzw. 26 Abs. 3 BWIS ausdrücklich vorbehaltenen kantonalen Aufsichtsrechte zu relativieren, vgl. Zusatzbotschaft „BWIS II reduziert“, S. 7854.

¹²⁴ Botschaft BWIS, S. 1184.

Die geäusserte Absicht (keine Weitergabe von Daten durch die kantonalen Sicherheitsorgane, Zustimmungserfordernis des Bundes) kommt jedoch in keiner Weise aus dem Wortlaut von Art. 17 BWIS zum Ausdruck – im Gegenteil! Hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Einschränkung gewollt, hätte er sie mit der nötigen Klarheit zum Ausdruck bringen müssen.¹²⁵ Dies nur schon mit Blick auf die föderale Brisanz. In der parlamentarischen Debatte wurde Art. 17 Abs. 6 BWIS jedoch nicht thematisiert.¹²⁶ Der systematische Zusammenhang mit Art. 6, 16 und 26 BWIS zeigt, dass der Gesetzgeber den Kantonen die volle Aufsichtsverantwortung belassen wollte. Es wäre nunmehr nicht sinn- und zweckmässig, wenn er die Datenweitergabe an die kantonalen Kontrollorgane untersagen würde, bildet diese doch die notwendige Voraussetzung für die Aufsichtstätigkeit. Mithin bestehen *keine triftigen Gründe* für die Annahme, dass der *klare Wortlaut* nicht den wahren Sinn der Vorschrift ausdrückt.¹²⁷ Folglich ist davon auszugehen, dass Art. 17 Abs. 6 BWIS die Datenweitergabe an kantonale Aufsichtsstellen erlaubt.

Art. 17 Abs. 6 BWIS bestimmt nicht näher, wie der Verordnungsgeber die Grundsätze der Datenweitergabe regeln soll. Orientierungshilfe bieten jedoch die Vorgaben in Art. 6 Abs. 3, 16 Abs. 3 und 26 Abs. 3 BWIS.¹²⁸ Diesen Vorschriften zufolge muss der Verordnungsgeber die Grundsätze der innerkantonalen Datenweitergabe so festlegen, dass die volle Aufsichtsverantwortung durch die kantonalen Aufsichtsbehörden gewährleistet bleibt. Darauf ist zurückzukommen (Abschnitt III/C).

Die *Datenweitergabe durch den NDB* regelt Art. 17 Abs. 1 - 5 BWIS. Aus diesen Bestimmungen ergeben sich keine verwertbaren Hinweise zur Regelung der Datenweitergabe innerhalb der kantonalen Behörden. Insbesondere lässt sich aus Art. 17 Abs. 1 BWIS nicht ableiten, dass ausschliesslich der NDB für die Datenweitergabe befugt sei. Dem steht bereits der klare Wortlaut von Art. 17 Abs. 6 BWIS entgegen. Ebenfalls enthält das Gesetz keine Grundlage für einen generellen Zustimmungsvorbehalt des NDB für die Weitergabe von Staatsschutzdaten.¹²⁹

¹²⁵ So hielt Ständerat Hans Danioth in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen im Rahmen der Eintretensdebatte fest, „dass man es in wichtigen Fragen nicht bei einem Rahmengesetz bewenden lassen darf. Die Delegationsnorm an den Bundesrat ist hier mit grosser Zurückhaltung anzuwenden. Im Zweifelsfall sind Einschränkungen klar im Gesetz zu statuieren.“, vgl. AB S 1995 571.

¹²⁶ Vgl. zu Art. 17 BWIS AB S 1995 588 sowie AB N 1996 732. Im Entwurf wurde die Bestimmung noch als Art. 15 geführt.

¹²⁷ Zum Stellenwert des klaren Wortlauts bei der Auslegung vgl. BGE 131 III 314 E. 2.2 S. 315 f.: „Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen von einem klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann.“ Vgl. ferner TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 25 Rz. 3.

¹²⁸ Vgl. zu diesen Vorschriften eingehend vorne Abschnitt III/B/2 und hinten Abschnitt III/B/3/b.

¹²⁹ Anders dagegen das Gutachten BJ vom 25.6.2008, S. 8. Anzumerken ist, dass sich das Gutachten im Wesentlichen auf Art. 17 Abs. 1 BWIS bzw. auf das Verordnungsrecht abstützt, während der Gehalt von Art. 6 Abs. 3 bzw. 26 Abs. 3 BWIS unberücksichtigt bleibt. Bezüglich Art. 16 Abs. 3 BWIS wird gemutmasst, der Gesetzgeber sei sich bei dessen Formulierung „mangels gegenteiliger Indizien in den Materialien“ wohl „nicht in allen Einzelheiten über deren Konsequenzen im Klaren gewesen“. – Die GPDel ihrerseits betrachtet Art. 17 Abs. 1 BWIS ebenfalls als hinreichende Grundlage für Einschränkungen der kantonalen Aufsichtsrechte, vgl. Bericht ISIS, S. 7734.

5. Fazit und Überleitung

Das BWIS enthält grundlegende Bestimmungen zur Verteilung der Aufsichtskompetenz zwischen Bund und Kantonen:

- Das Gesetz belässt den Kantonen die *Dienstaufsicht* über deren Staatsschutzbehörden (Art. 6 Abs. 3 BWIS). Der Bund verzichtet auf die unmittelbare Kontrolle der kantonalen Staatsschutzbehörden und beschränkt sich auf den Erlass von Minimalanforderungen durch den Verordnungsgeber. Die primäre Aufsichtsverantwortung überträgt das Gesetz den Kantonen (Art. 26 Abs. 3 BWIS).
- Die *Bundesaufsicht* kommt zur Anwendung, wenn die kantonale Aufsicht versagt (Subsidiarität). Gleiches gilt für die parlamentarische Oberaufsicht der Bundesversammlung über die kantonalen Staatsschutzbehörden (Akzessorietät von Oberaufsicht und Bundesaufsicht).
- Die *Datenschutzaufsicht* über die kantonale Verwaltung ist Sache der Kantone (Art. 16 Abs. 3 BWIS). Die einzige Beschränkung betrifft die Zuständigkeit, Auskunftsbeghären von Bürgern zu beantworten, soweit „Akten des Bundes“ betroffen sind (Art. 18 Abs. 4 BWIS).
- Die Tätigkeit der *kantonalen Oberaufsichtsbehörden* wird vom BWIS nicht geregelt. Keinen Rückhalt findet die Ansicht, die kantonale Oberaufsicht sei von Beginn weg ausgeschlossen, weil sie nicht ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die kantonale Oberaufsicht ebenso gewahrt wird wie die kantonale Dienstaufsicht.
- Die *Datenweitergabe* von kantonalen Staatsschutzorganen an die kantonalen Aufsichtsstellen ist grundsätzlich erlaubt. Der Bundesrat soll aber die dabei zu beachtenden „Grundsätze“ auf Verordnungsstufe regeln (Art. 17 Abs. 6 BWIS). Dabei hat er die Aufsichtskompetenzen der Kantone gemäss Art. 6 Abs. 3, 16 Abs. 3 und 26 Abs. 3 BWIS zu beachten.

Soweit die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Aufsicht über die kantonalen Staatsschutzorgane. Wie gezeigt, hat der Bund von seiner umfassenden Kompetenz nur zurückhaltend Gebrauch gemacht: Den Kantonen verbleiben gewichtige Vollzugsaufgaben, für die auch die kantonalen Aufsichtsrechte weitgehend gewahrt bleiben. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie der Bundesrat die gesetzlichen Vorgaben auf Verordnungsebene (V-NDB) konkretisiert hat und vor allem, ob er sich dabei an den gesetzlichen Rahmen gehalten hat.

C. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung über den Nachrichtendienst

Die Frage nach der Gesetzeskonformität der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung über den Nachrichtendienst (8. Abschnitt) ist in zwei Schritten zu beantworten:

- *Formelle Gesetzeskonformität*: Hält der Gesetzgeber die Delegationsvorschriften ein? (Ziff. 1)
- *Materielle Gesetzeskonformität*: Hält sich der Verordnungsgeber an die gesetzlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der kantonalen Dienstaufsicht? (Ziff. 2)

1. Beachtung der Delegationsgrundsätze

Eine gesetzesergänzende Verordnung¹³⁰ – wie es die V-NDB darstellt – ist nur unter Einhaltung der Delegationsgrundsätze zulässig.¹³¹ Im Zentrum stehen dabei die folgenden Fragen: 1. Besteht eine *Delegationsnorm* im formellen Gesetz? 2. Betrifft die Verordnungsbestimmung eine *wichtige Materie*, deren *Grundzüge* gegebenenfalls im Gesetz zu regeln sind?¹³²

Die Nachrichtendienstverordnung enthält vier Bestimmungen, welche die Kontrolle des kantonalen Vollzugs zum Gegenstand haben und folglich je getrennt zu betrachten sind:

- Kontrolltätigkeit des NDB über die kantonale Aufgabenerfüllung (Bst. a);
- Kontrolltätigkeit der Nachrichtendienstlichen Aufsicht (Bst. b);
- Innerkantonale Kontrolle (Bst. c);
- Weitergabe von Personendaten (Bst. d).

a) *Kontrolltätigkeit des NDB (Art. 31 V-NDB)*

Der NDB soll „die Auftrags erledigung der kantonalen Stellen [kontrollieren], die BWIS-Aufgaben vollziehen“ (Art. 31 Abs. 2 V-NDB). Diese Verordnungsbestimmung ist in einem *engen Sinn* zu verstehen: Prüfung der eintreffenden Meldungen der Kantone im Sinn einer Eingangskontrolle.¹³³ An sich beschlägt Art. 31 Abs. 2 V-NDB eine Selbstverständlichkeit, weil die Prüfung der Auftrags erledigung durch zudienende Stellen stets der weisungsberechtigten Behörde obliegt. Die Bestimmung greift nicht in die Sphäre der Kantone ein, weshalb die Regelung auf Verordnungsstufe genügt (keine wichtige Materie). Als formellgesetzliche Grundlage dient Art. 26 Abs. 1 BWIS.

¹³⁰ Zum Begriff der gesetzesvertretenden Verordnung vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 46 Rz. 22 ff.

¹³¹ Zu den Delegationsgrundsätzen vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27 Rz. 27 ff. Die Delegation darf verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen sein, es muss eine Delegationsnorm im formellen Gesetz vorhanden sein, die Delegation muss sich auf eine bestimmte Materie beschränken und – soweit eine wichtige Materie betroffen ist – müssen die Grundzüge im formellen Gesetz vorgespurt sein.

¹³² Die weiteren Delegationsgrundsätze bieten vorliegend keine Probleme: Ein verfassungsrechtlicher Ausschluss der Delegation liegt nicht vor. Auch beschränkt sich die Regelung auf eine bestimmte Materie. Beide Aspekte bleiben im Folgenden unerwähnt.

¹³³ Keinen Rückhalt im übergeordneten Recht würde dagegen ein *weites Normverständnis* finden, welches dem NDB die Kontrollbefugnis über die „Produktionsbedingungen vor Ort“, also direkt bei den Kantonen, einräumte. Solche dienstaufsichtsähnlichen Kontrollen könnten sich weder auf Art. 26 Abs. 1 noch auf Abs. 3 BWIS stützen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

b) *Kontrolltätigkeit der Nachrichtendienstlichen Aufsicht*

Die Aufsicht über den NDB obliegt der sog. *Nachrichtendienstlichen Aufsicht*,¹³⁴ einer besonders eingerichteten, VBS-internen Kontrollstelle. Dieser Kontrollstelle räumt Art. 33 Abs. 2 V-NDB die Befugnis ein, „Auskünfte und Akteneinsicht bei anderen Stellen [...] der Kantone [zu] verlangen, soweit diese Informationen einen Bezug auf die Zusammenarbeit dieser Stellen mit dem NDB aufweisen.“

Demnach räumt das Verordnungsrecht der Nachrichtendienstlichen Aufsicht weitgehende Informationsrechte gegenüber den kantonalen Staatsschutzbehörden ein.¹³⁵ Die Aufsichtsstelle soll – anders als der NDB – nicht nur die „Endprodukte“ der Vollzugsbehörden (Meldungen) bei ihrem Eintreffen prüfen, sondern die „Produktionsbedingungen“ vor Ort selbst kontrollieren können. Mithin handelt es sich um *dienstaufsichtsähnliche Befugnisse*, welche gegebenenfalls auch organisatorische oder personelle Aspekte mitumfassen können.

Um die Qualität der Zusammenarbeit der am Vollzug beteiligten Bundes- und Kantonsstellen fundiert zu prüfen, sind weitgehende Einsichtsmöglichkeiten zu Gunsten der ND-Aufsicht gewiss von grossem Wert. Mit Blick auf die Delegationsgrundsätze erscheint die vorliegende Regelung jedoch zweifach problematisch:

- Das formelle Gesetz enthält *keine Delegationsnorm* für den Regelungsgegenstand „Kontrollbefugnisse von Bundesbehörden über die kantonalen Vollzugsbehörden“.¹³⁶
- Die unmittelbare Kontrolle kantonalen Vollzugsbehörden durch die Nachrichtendienstliche Aufsicht stellt eine *wichtige Materie* dar, zumal damit stark in die *Organisationsautonomie* der Kantone eingegriffen wird. Dies bedeutet, dass die *Grundzüge* vom Bundesgesetzgeber zu regeln wären.¹³⁷ Wie die vorstehenden Ausführungen zeigten, enthält das Bundesgesetz jedoch keine entsprechenden Vorgaben. Im Gegenteil: Art. 26 Abs. 3 BWIS weist die Kontrollzuständigkeit über die kantonalen Staatsschutzbehörden ausnahmslos den Kantonen zu.

Beim Erlass von Art. 33 Abs. 2 V-NDB sind folglich nicht alle Delegationsgrundsätze gebührend berücksichtigt worden.

c) *Kontrolle in den Kantonen (Art. 35 V-NDB)*

Art. 35 V-NDB regelt die Dienstaufsicht innerhalb der Kantone. Die entsprechende Delegationsnorm findet sich in Art. 26 Abs. 3 BWIS. Die Bestimmung greift stark in die *Organisationsautonomie* des Kantons ein, weshalb es sich um eine wichtige Materie i.S.

¹³⁴ Die Nachrichtendienstliche Aufsicht ist die VBS-interne Kontrollinstanz, welche die Tätigkeit des NDB umfassend überwacht, vgl. Art. 32 V-NDB. Vgl. dazu weiterführend Abschnitt VI/A/2/a.

¹³⁵ Vgl. Rapport explicatif OSRC, S. 6.

¹³⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 1 BWIS (die Norm behandelt nur die Kontrolle des NDB, nicht aber die Aufsicht des kantonalen Vollzugs) bzw. Art. 26 Abs. 3 BWIS (die Norm delegiert nur die Regelungskompetenz für die Kontrolle innerhalb der Kantone, nicht aber die Aufsichtsverantwortung durch den Bund).

¹³⁷ Die Bundesverfassung schreibt in Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV vor, dass „grundlegende Bestimmungen über [...] die Verpflichtung der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts [...] in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen“ sind.

von Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV handelt. Die Grundzüge sind im BWIS jedoch genügend klar festgehalten (Gewährleistung der kantonalen Dienstaufsichtsrechte). Damit sind dem Verordnungsgeber klare (und genügend) Leitplanken vorgegeben. Art. 35 V-NDB wahrt somit die Delegationsgrundsätze.

d) Weitergabe von Personendaten (Art. 22 V-NDB)

Art. 22 V-NDB konkretisiert die Vorgaben des Gesetzgebers gemäss Art. 17 BWIS, wonach die Weitergabe von Daten zwischen Behörden desselben Kantons erlaubt sind, sofern die vom Verordnungsgeber zu erlassenden „Grundsätze“ beachtet werden. Die Verordnungsbestimmung kann sich folglich auf eine Delegation im formellen Gesetz abstützen.

Bleibt zu prüfen, ob Art. 22 V-NDB eine wichtige Materie regelt, so dass auch die Grundzüge vom Gesetzgeber vorgezeichnet werden müssten. Zu beachten ist, dass Art. 22 V-NDB die Ausübung der kantonalen Aufsichtsrechte direkt betrifft, weil die Datenweitergabe eine zentrale Voraussetzung für die wirksame Kontrolle darstellt. Demnach behandelt die Norm eine wichtige Materie. Die notwendigen Leitplanken hat der Gesetzgeber in Art. 17 Abs. 6 BWIS – wenn auch sehr spärlich – vorgezeichnet (Weitergabe nur an „andere kantonale Stellen“). Demnach wahrt Art. 22 V-NDB die Delegationsgrundsätze.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 22, 31 und 35 V-NDB die Delegationsgrundsätze wahren, während Art. 33 Abs. 3 V-NDB keinen formellgesetzlichen Rückhalt findet.

2. Materielle Gesetzeskonformität

Die Prüfung der materiellen Gesetzeskonformität beschränkt sich auf die Bestimmungen zur Kontrolle in den Kantonen gemäss Art. 35 f. V-NDB (Bst. a-c) sowie zur Weitergabe von Personendaten gemäss Art. 22 V-NDB (Bst. d).

Die Bestimmung zur Kontrolle der kantonalen Aufgabenerfüllung durch den NDB gibt dagegen zu keinerlei weiteren Bemerkungen Anlass (vgl. Art. 31 V-NDB, dazu oben 1/a), während die Bestimmung zur Kontrolle durch die Nachrichtendienstliche Aufsicht die Delegationsgrundsätze bereits in formeller Hinsicht nicht erfüllt (oben 1/b).

a) Kontrolle in den Kantonen

aa) Zuständigkeit (Art. 35 Abs. 1 V-NDB)

Gemäss Art. 35 Abs. 1 V-NDB „obliegt die Dienstaufsicht in den Kantonen den Stellen, die dem jeweiligen Vollzugsorgan vorgesetzt sind.“ Die Bestimmung ist insofern deklaratorisch, als die Dienstaufsichtszuständigkeit normalerweise – und so auch im Kanton Bern – den hierarchisch übergeordneten Verwaltungsstellen obliegt. Im Kanton Bern sind dies die POM sowie der Regierungsrat.¹³⁸

Art. 35 Abs. 1 V-NDB darf nicht dahingehend ausgelegt werden, dass nur die *unmittelbar* vorgesetzte Stelle des kantonalen Vollzugsorgans (im Kanton Bern also die POM), nicht aber die Kantonsregie-

¹³⁸ Vgl. Art. 2 KPG-BE.

rung dienstaufsichtsberechtigt wäre. Der Bund hätte zwar die Kompetenz, das Ende der innerkantonalen Verantwortungskette autoritativ festzulegen, allerdings nur gestützt auf eine formellgesetzliche Grundlage.¹³⁹ Eine solche fehlt jedoch.

bb) Umfang der kantonalen Dienstaufsicht (Art. 35 Abs. 3 V-NDB)

Art. 35 Abs. 3 V-NDB regelt den Umfang der kantonalen Dienstaufsicht. Die Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 35 V-NDB Kontrolle in den Kantonen

^{1,2} [...]

³ Die kantonale Dienstaufsicht überprüft:

- a. ob die kantonalen Verwaltungsabläufe den massgebenden Rechtsvorschriften entsprechen;
- b. ob das kantonale Vollzugsorgan die Daten zur Wahrung der inneren Sicherheit von den übrigen polizeilichen Informationen getrennt bearbeitet;
- c. gestützt auf eine Liste der vom Bund erteilten Aufträge:
 1. wie das kantonale Vollzugsorgan diese erledigt,
 2. wo und wie das kantonale Vollzugsorgan die Informationen beschafft,
 3. ob das kantonale Vollzugsorgan die datenschutzrechtlichen Anforderungen (Datensicherheit, Persönlichkeitsschutz) einhält.

Aus der zitierten Norm folgt, dass die kantonale Dienstaufsicht sowohl formelle wie auch materielle Aspekte prüfen muss:

- Zu den *formellen Aspekten* gehören die Kontrolle der kantonalen Verwaltungsabläufe (z.B. ob alle Informationen an den Bund weitergeleitet werden¹⁴⁰) sowie die Prüfung der Bearbeitung der Staatsschutzinformationen (getrennte Datenbestände¹⁴¹).
- *Materielle Aspekte* sind dort betroffen, wo die Kontrolle die Datensicherheit und den Persönlichkeitsschutz sicherstellen soll.¹⁴² Gleiches gilt für die Prüfung, wie und wo Informationen beschafft werden.¹⁴³ Daraus folgt, dass sowohl Rechts- wie auch Angemessenheitsfragen zu kontrollieren sind.¹⁴⁴

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass Art. 35 Abs. 3 V-NDB die kantonale Dienstaufgabe als *umfassend* beschreibt. Der Verordnungsgeber lebt damit der

¹³⁹ Vgl. III/A.

¹⁴⁰ Vgl. Art. 35 Abs. 3 Bst. a V-NDB.

¹⁴¹ Vgl. Art. 35 Abs. 3 Bst. b V-NDB.

¹⁴² Vgl. Art. 35 Abs. 3 Bst. c Ziff. 3 V-NDB.

¹⁴³ Vgl. Art. 35 Abs. 3 Bst. c Ziff. 1 und 2 V-NDB.

¹⁴⁴ Art. 35 Abs. 3 V-NDB unterscheidet sich grundlegend von ihrer Vorläuferregelung in Art. 23 der nunmehr aufgehobenen Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 27. Juni 2001 (VWIS, AS 2001 1829; die Aufhebung erfolgte mit dem Inkrafttreten der V-NDB, vgl. Art. 36 sowie Anhang 4 V-NDB). Die damalige Regelung verlangte von den Kantonen einzig die Kontrolle formaler Aspekte (Prüfung der Verwaltungsabläufe, namentlich die getrennte Datenaufbewahrung), während materielle Aspekte in keiner Weise erfasst waren. Das alte Verordnungsrecht sah denn auch nicht vor, dass die kantonalen Aufsichtsbehörden über die einzelnen Aufträge des NDB an die ihnen unterstellten Staatsschutzstellen informiert wurden. Nunmehr verlangt Art. 35 Abs. 3 Bst. c V-NDB, dass der Bund den Kantonen eine Liste der erteilten Aufträge zukommen lässt.

gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung nach, wonach das kantonale Dienstaufsichtsrecht ohne Einschränkung zu gewähren ist¹⁴⁵ und nur die „Mindestanforderungen an die Kontrolle in den Kantonen“ im Sinn eines minimalen Aufsichtsstandards zu regeln sind.¹⁴⁶

Zu prüfen ist als nächstes, wie der Ordnungsgeber die *Dateneinsicht* der kantonalen Dienstaufsichtsorgane geregelt hat.

cc) *Beschränkte Einsichtsrechte der kantonalen Dienstaufsichtsorgane (Art. 35a V-NDB)*

Um die gesetzlich umrissene und in Art. 35 Abs. 3 V-NDB konkretisierte Kontrollaufgabe zu erfüllen, sind umfassende Einsichtsrechte in die Akten der kantonalen Staatsschutzbehörden notwendig. Anders liesse sich beispielsweise nur schwerlich prüfen, ob die „datenschutzrechtlichen Anforderungen (Datensicherheit, Persönlichkeitsschutz)“¹⁴⁷ eingehalten sind, oder „wo und wie das kantonale Vollzugsorgan die Informationen beschafft.“¹⁴⁸

Folgerichtig räumt Art. 35a Abs. 1 V-NDB denn auch den kantonalen Dienstaufsichtsorganen das Recht zur Einsicht „in die Daten, die der Kanton im Auftrag des Bundes bearbeitet“ ein. Allerdings mit einer gewichtigen *Einschränkung*: „Der NDB muss der Einsichtnahme ausdrücklich zustimmen.“ Die Einsicht wird dabei nur auf begründetes Gesuch hin gewährt (Abs. 2). Sofern es „Sicherheitsinteressen erfordern“, kann die Dateneinsicht verweigert werden (Abs. 4). Bei Streitigkeiten entscheidet das VBS, mithin also die dem NDB vorgesetzte Stelle (Abs. 3).¹⁴⁹ Zu klären ist nunmehr, ob diese Einschränkungen in Einklang mit dem übergeordneten Recht stehen.

Nach hier vertretener Ansicht schränkt Art. 35a V-NDB die kantonalen Dienstaufsichtsrechte empfindlich ein. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

- Art. 35a Abs. 1 V-NDB beschränkt das Einsichtsrecht auf *Einzelfälle*. Dies steht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 3 BWIS sowie Art. 35 Abs. 3 V-NDB, welche von einer umfassenden kantonalen Dienstaufsicht ausgehen. So gesehen klaffen die gesetzliche Aufgabenumschreibung und die verordnungsrechtlich zugestandenen Mittel auseinander. Eine auf Einzelfälle beschränkte Kontrolle verträgt sich auch kaum mit der gemeinhin gültigen Auslegung der Dienstaufsicht als eine „ständige und systematische Aufsicht“.¹⁵⁰ Wo von Beginn weg nur einzelfallweise kontrolliert werden kann, besteht augenscheinlich die Gefahr „blinder Flecken“.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 3 BWIS sowie die Ausführungen in Abschnitt III/B/2/a.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 3 Satz 1 BWIS.

¹⁴⁷ Art. 35 Abs. 3 Bst. c Ziff. 3 V-NDB.

¹⁴⁸ Art. 35 Abs. 3 Bst. c Ziff. 2 V-NDB.

¹⁴⁹ Die geltende Regelung ist das Resultat einer gemeinsam zwischen den Kantonen (KKJPD) und dem Bund (VBS) erarbeiteten Lösung zur besseren Wahrnehmung der kantonalen Aufsicht im BWIS-Bereich, vgl. Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation Schär, S. 4.

¹⁵⁰ So die Vorgabe für die Dienstaufsicht des Bundesrates über die Bundesverwaltung, vgl. Art. 8 Abs. 3 RVOG.

- Das Einsichtsgesuch muss gemäss Art. 35a Abs. 2 V-NDB „themen-, anlass-, organisations- oder personenbezogen begründet sein“.¹⁵¹ Nicht erwähnt wird dagegen die *stichprobenartige Einsichtnahme*, wie sie für die Dienstaufsicht typisch wäre. Dies verstärkt die vorerwähnte Gefahr, dass nicht alle Tätigkeitsbereiche der kontrollierten Behörde der Aufsicht zugeführt werden. Die Beschränkung auf „konkrete Verdachtsfälle“ entspricht nicht der gesetzgeberischen Intention gemäss Art. 6 Abs. 3 BWIS und steht zudem in einem Spannungsverhältnis zur Aufgabenumschreibung in Art. 35 Abs. 3 V-NDB.
- Das Einsichtsgesuch kann gemäss Art. 35a Abs. 4 V-NDB abgelehnt werden, wenn „namentlich wesentliche Sicherheitsinteressen dies erfordern.“ Dies eröffnet der Bundesbehörde einen grossen *Ermessensspielraum* und ermöglicht eine massive Beschränkung der kantonalen Aufsichtstätigkeit – abermals ein Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben. Kommt hinzu, dass der ersuchende Kanton kaum je in die Lage versetzt wird, den Grund für eine allfällige Geheimhaltung – und damit die *Ermessensausübung* – nachvollziehen zu können.
- Bei *Streitigkeiten* soll gemäss Art. 35a Abs. 3 V-NDB das dem NDB hierarchisch vorgesetzte VBS entscheiden. Der Umfang der kantonalen Dienstaufsicht wird dann erst durch die Bundesbehörde einzelfallweise konkretisiert.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 35a V-NDB verschiedentlich im Widerspruch zum übergeordneten Recht steht. Während das BWIS die kantonale Dienstaufsicht gewährleistet und namentlich keine Beschränkung der Informationsrechte vorsieht,¹⁵² wird sie auf Verordnungsstufe stark relativiert. Die vom Gesetz vorgesehene Regel – umfassende Dienstaufsichtsverantwortung der Kantone – droht sich so in ihr Gegenteil zu verkehren.

b) *Weitergabe von Personendaten (Art. 22 V-NDB)*

Die Weitergabe von Personendaten steht in *engem Zusammenhang* zur vorstehend beschriebenen Einsicht zu Aufsichtszwecken. Es liegt daher auf der Hand, dass der Verordnungsgeber die Datenweitergabe ebenfalls *restriktiv* regelt. Im Einzelnen sieht Art. 22 Abs. 4 V-NDB vor, dass die Angehörigen der kantonalen Sicherheitsorgane Personendaten nur „an Vorgesetzte“¹⁵³ weitergeben dürfen, es sei denn, der NDB habe ausdrücklich zugestimmt¹⁵⁴ oder es bestehe besondere Dringlichkeit.¹⁵⁵ Die Weitergabe an kantonale Aufsichtsorgane ist dagegen nicht vorgesehen.

¹⁵¹ Beispielhaft müsste das Gesuch lauten, es sei Einsicht in alle Akten zur Person X oder in alle Informationen zum Thema Y zu gewähren. Dies setzt freilich seitens der Aufsichtsbehörde Kenntnis des zugrundeliegenden Sachverhaltes voraus. Insofern würde die Dienstaufsicht nur jene Tätigkeitsbereiche der kantonalen Staatsschutzorgane erfassen, welche der Aufsichtsbehörde bereits bekannt sind. – Der Regierungsrat weist darauf hin, dass die Genehmigung des Bundes „vor Ort“ erfolgen kann, indem ein Vertreter des Bundes der kantonalen Dienstaufsicht beiwohnt, vgl. Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation Schär, S. 4. An der besonderen Begründungspflicht gemäss Art. 35a Abs. 2 V-NDB ändert dieses Verfahren freilich nichts.

¹⁵² Vgl. Abschnitt III/B/2/a.

¹⁵³ Vgl. Art. 22 Abs. 4 Bst. a V-NDB.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 22 Abs. 4 Bst. b V-NDB sowie die weiteren Kautelen gemäss Ziff. 1-4 der Bestimmung.

Diese Ordnung findet freilich im formellen Gesetz keinen Rückhalt. Zwar ist es gemäss Art. 17 Abs. 6 BWIS Sache des Bundesrates, die „Grundsätze“ der Datenweitergabe durch kantonale Behörden zu regeln.¹⁵⁶ Hierbei ist der Verordnungsgeber jedoch nicht frei. Vielmehr muss er die gesetzlichen Vorgaben bezüglich der kantonalen Aufsichtsrechte beachten¹⁵⁷ und folglich die Weitergabe von Personendaten so regeln, dass die Wahrnehmung der kantonalen Aufsichtsverantwortung gewährleistet bleibt.

3. Fazit

Die Ausführungsbestimmungen der V-NDB betreffend die Kontrolle des kantonalen Vollzugs entsprechen nicht in jeder Hinsicht den Vorgaben des übergeordneten Rechts:

- Die Verordnung räumt der Nachrichtendienstlichen Aufsicht *Kontrollbefugnisse über die kantonalen Vollzugsbehörden* ein, ohne dass die hierfür notwendigen formellgesetzlichen Grundlagen bestehen (fehlende Delegationsnorm bzw. fehlende Regelung der Grundzüge im BWIS).
- Die Regelung der *Dienstaufsicht innerhalb der Kantone* beachtet die Delegationsgrundsätze, missachtet jedoch die materiellen Vorgaben des Gesetzgebers. Insbesondere schränkt das Verordnungsrecht die Einsichtsrechte der Kantone derart ein, dass keine systematische, sondern bloss eine punktuelle Dienstaufsicht möglich ist. Dies steht in Widerspruch zur umfassenden Dienstaufsichtsverantwortung der Kantone, wie sie das BWIS vorsieht.

D. Die kantonale Oberaufsicht im Lichte des Bundesrechts

Die *kantonale Oberaufsicht* bildet an sich nicht Gegenstand des BWIS bzw. der V-NDB. Allerdings wirkt sich die Regelung der kantonalen Dienstaufsicht *mittelbar* auf die Oberaufsichtsrechte des Grossen Rates aus. Der Grund hierfür liegt im *akzessorischen Verhältnis* von Dienst- und Oberaufsicht: Letztere reicht sachlich nur, aber immerhin so weit wie die entsprechenden Aufsichtsrechte des Dienstaufsichtsorgans.¹⁵⁸ Was bedeutet dies für die kantonale Oberaufsicht?

- Folgt man der *hier vertretenen Meinung*, wonach das BWIS die kantonale Dienstaufsicht umfassend gewährleistet, können sich im Reflex auch die kantonalen Oberaufsichtsrechte ohne Einschränkung entfalten. Die in der V-NDB enthaltene – gesetzeswidrige – Beschränkung der kantonalen Dienstaufsicht hat demgegenüber auch auf die kantonale Oberaufsicht keine limitierende Wirkung.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 22 Abs. 4 Bst. c V-NDB sowie die weiteren Kautelen gemäss Ziff. 1 und 2 der Bestimmung.

¹⁵⁶ Präzisierend sei angemerkt, dass Art. 17 Abs. 6 BWIS nur die Weitergabe jener Daten regelt, welche der Kanton vom Bund erhalten hat, nicht aber die vom Kanton selber beschafften Daten. Vgl. dazu auch die Ausführungen in Abschnitt III/B/2/d.

¹⁵⁷ Vgl. Abschnitt III/B/2.

¹⁵⁸ Zum akzessorischen Verhältnis zwischen Dienst- und Oberaufsicht vgl. Abschnitt II/B/1.

- Folgt man dagegen der *gegenteiligen Auffassung*, wonach die Einsichtsbeschränkungen gemäss Art. 35a V-NDB rechtmässig sind, könnten die kantonalen Oberaufsichtsorgane – gleich wie die kantonalen Dienstaufsichtsorgane – nur mit Einwilligung des Bundes in die Akten der kantonalen Staatsschutzbehörden Einsicht erhalten.

E. Antwort auf Frage 1

Die Antwort auf die Gutachtensfrage 1 lautet:

- Der Staatsschutz fällt in die *umfassende Rechtssetzungskompetenz des Bundes*. Somit könnte der Bundesgesetzgeber grundsätzlich sämtliche Details, inklusive die Dienst-, Datenschutz- und Oberaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden, regeln. Dabei muss er allerdings das bundesstaatliche Legalitätsprinzip sowie das Postulat der kantonalen Organisationsautonomie respektieren.
- Der *Bundesgesetzgeber* belässt den Kantonen praktisch die vollumfängliche Verantwortung für die Dienst-, Datenschutz- und Oberaufsicht (Art. 6 Abs. 3 bzw. 16 Abs. 3 BWIS). Dem Bundesrat wird einzig die Regelung der Mindestanforderungen an die kantonale Aufsichtstätigkeit übertragen (Art. 26 Abs. 3 BWIS). Die kantonsinterne Datenweitergabe zu Aufsichtszwecken ist gemäss Wortlaut von Art. 17 Abs. 6 BWIS erlaubt; die Detailregelung ist Sache des Bundesrats.
- Gesamthaft betrachtet stehen die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des BWIS im Einklang mit der *Bundesverfassung*. Namentlich wahren sie die verfassungsrechtlich postulierte Organisationsautonomie des Kantons; diese stünde freilich einer einschneidenderen Bundesregelung nicht grundsätzlich entgegen.
- Indem die *Ausführungsverordnung* über den Nachrichtendienst die Dateneinsichtsrechte der kantonalen Aufsichtsbehörden empfindlich einschränkt (Art. 35a V-NDB) verstösst sie gegen die Vorgaben des BWIS. Eine gesetzliche Grundlage fehlt überdies auch für die Vorschrift, wonach den Bundesbehörden Aufsichtsrechte über die kantonalen Vollzugsstellen eingeräumt werden (Art. 33 V-NDB).
- Die Regelung der kantonalen Dienstaufsicht wirkt sich mittelbar auf die *Oberaufsichtsrechte des Grossen Rates* aus. Letztere reichen sachlich nur, aber immerhin so weit wie die entsprechenden Dienstaufsichtsrechte des Regierungsrates (Akzessorieitätsprinzip). Folgt man der hier vertretenen Meinung, wonach das BWIS die kantonale Dienstaufsicht umfassend gewährleistet, entfalten sich im Reflex auch die kantonalen Oberaufsichtsrechte ungehindert; den Beschränkungen gemäss Art. 35a V-NDB geht hingegen mangels gesetzlicher Grundlage die Rechtswirksamkeit ab.

IV. Zulässigkeit und Konsequenzen der Beschränkung der kantonalen Aufsicht (Frage 2)

Die folgenden Ausführungen gehen – losgelöst vom obigen Ergebnis – der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen der Bund die Aufsichtsrechte der Kantone einschränken bzw. ausschliessen kann (Abschnitt A), und welche Konsequenzen dies auf die kantonale Aufsichtstätigkeit hätte (Abschnitt B).

A. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die kantonale Aufsicht lässt sich beschränken, wenn die folgenden Voraussetzungen *kumulativ*, aber in absteigender Gewichtung, beachtet werden:¹⁵⁹

- *Ausreichende Regelungskompetenz des Bundes*: Soweit die Verfassung dem Bund die umfassende Kompetenz für ein bestimmtes Sachgebiet einräumt, so ist damit immer auch die Kompetenz zur Regelung der Aufsicht über die Vollzugsbehörden mit enthalten. Unbeachtlich ist, ob der Vollzug durch Behörden des Bundes oder der Kantone erfolgt.
- *Beachtung des bundesstaatlichen Legalitätsprinzips*: Die Beschränkung der kantonalen Aufsichtskompetenz geht stets mit einem Eingriff in die kantonale Vollzugszuständigkeit einher, wie sie in Art. 46 Abs. 1 BV statuiert ist. Solche Eingriffe verlangen nach einer formellgesetzlichen Grundlage.¹⁶⁰
- *Berücksichtigung des Postulats der Organisationsautonomie*: Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie sind von Verfassung wegen nicht verboten (vgl. Art. 47 Abs. 2 BV), bedürfen aber hinreichend wichtiger Gründe (z.B. Geheimnisschutz).

Wie die Ausführungen zu Frage 1 gezeigt haben, scheidet die Beschränkung der kantonalen Aufsichtskompetenzen an der fehlenden formellgesetzlichen Grundlage, nicht aber an der fehlenden verfassungsrechtlichen Kompetenzlage. Mit anderen Worten stünde es dem Bundesgesetzgeber letztlich frei, die notwendigen Änderungen im BWIS nachträglich einzufügen. Für die Beschränkung der kantonalen Aufsichtsbefugnisse lassen sich durchaus *gewichtige Gründe* aufführen (Stichwort Geheimnisschutz). Aus dem Postulat der kantonalen Organisationsautonomie lässt sich jedenfalls keine verlässliche Garantie zugunsten der kantonalen Aufsichtsrechte ableiten.

B. Konsequenzen

Gesetzt den Fall, der Bundesgesetzgeber beschränke in Zukunft die kantonalen Aufsichtsrechte, hätte dies zur Folge, dass der *Status quo* „legalisiert“ würde. Faktisch hätte dies freilich kaum Änderungen zur Folge, da bereits heute im Kanton Bern „keine re-

¹⁵⁹ Die folgenden Ausführungen greifen auf die Ergebnisse in Abschnitt III/A zurück.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV.

gelmässige Aufsicht über den kantonalen Staatschutz“ ausgeübt wird.¹⁶¹ Dass dies in Widerspruch zur *umfassenden Aufsichtsverantwortung* der Kantone steht, wurde bereits dargelegt. Um keine aufsichtsfreien Bereiche innerhalb der Kantone entstehen zu lassen, müsste daher der Bundesgesetzgeber konsequenterweise die Aufsichtsverantwortung der Kantone beschränken und an den Bund übertragen.

C. *Antwort auf Frage 2*

Der Bundesgesetzgeber kann die kantonalen Aufsichtsrechte *grundsätzlich* einschränken. Dies würde primär den Status quo „legalisieren“, faktisch aber kaum Auswirkungen zeigen. Konsequenterweise müsste diesfalls die bestehende umfassende Aufsichtsverantwortung der Kantone an den Bund übertragen werden.

¹⁶¹ Bericht ISIS, S. 7708. Zur beschränkten Kontrollpraxis des Regierungsrates bzw. der Oberaufsichtskommission in den vergangenen Jahren vgl. Abschnitt VI/A/1 bzw. VI/B/1.

V. Durchsetzung parlamentarischer Informationsrechte (Frage 3)

Die folgenden Ausführungen widmen sich der Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten die Oberaufsichtskommission des Kantons Bern hat, ihre Aufsichtsrechte durchzusetzen.

A. Ausgangslage

Der Oberaufsichtskommission stehen weitgehende Informationsrechte gegenüber Regierung und Verwaltung zu. Darauf wurde in Abschnitt II/B/2 bereits hingewiesen, daher nur kurz zu Wiederholung: Die Oberaufsichtskommission hat das Recht, „vom Regierungsrat alle Informationen und Dokumente zu erhalten, die für die Führung des Dialogs geeignet und erforderlich sind“.¹⁶² Überdies räumt ihr das Gesetz das Recht ein, „Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, auf welche die Berichterstattung des Regierungsrates Bezug nimmt“. Hinzu kommen Inspektions- und Anhörungsbefugnisse gegenüber der gesamten kantonalen Verwaltung.¹⁶³

Allerdings gelten die Informationsrechte der Oberaufsichtskommission nicht unbeschränkt: Über Tatsachen, die dem Amtsgeheimnis¹⁶⁴ unterstehen (dies dürfte bei Staatsschutzinformationen durchwegs der Fall sein), kann sich die Oberaufsichtskommission nur „mit Verzögerung“ informieren.¹⁶⁵ Zudem gelten die Informationsrechte in jedem Fall nur, „soweit übergeordnete Bestimmungen und Beschlüsse eine Einsichtnahme nicht ausdrücklich ausschliessen.“¹⁶⁶ Eine solche Bestimmung findet sich aber heute in Art. 35a V-NDB.

Zu klären ist nunmehr, in welchem Verfahren die Oberaufsichtskommission ihre Informationsrechte geltend machen kann und welcher Instanzenzug im Fall der Uneinigkeit zu beschreiten ist.

B. Verfahren im Kanton

Das kantonale Recht regelt das *Verfahren zur Geltendmachung von Informationsrechten* durch die Oberaufsichtskommission nur rudimentär.¹⁶⁷ Offen ist namentlich, in welche

¹⁶² Vgl. Art. 36 Abs. 1 Bst. a GRG-BE.

¹⁶³ Vgl. Art. 36 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 35 Abs. 1 GRG-BE. Hinweis: Art. 35 GRG-BE regelt an sich die Informationsrechte der Finanzkommission. Diese gelten jedoch gemäss Art. 36 Abs. 1 GRG-BE gleichfalls für die Oberaufsichtskommission.

¹⁶⁴ Gemäss Art. 39 Abs. 1 GRG-BE „unterstehen Tatsachen, die zur Wahrung überwiegender öffentlicher oder privater Interessen, zum Schutze der Persönlichkeit oder aus Rücksicht auf ein hängiges Verfahren geheim zu halten oder vertraulich zu behandeln sind“, dem Amtsgeheimnis.

¹⁶⁵ Der Regierungsrat kann an Stelle der Aktenherausgabe einen besonderen Bericht erstatten (vgl. Art. 40 Abs. 2 GRG-BE). Die Oberaufsichtskommission ist allerdings befugt – nach Anhörung der Exekutive – trotzdem auf der Herausgabe zu beharren, „sofern es im Rahmen der Oberaufsicht notwendig ist“ (vgl. Art. 41 Abs. 1 GRG-BE).

¹⁶⁶ Vgl. Art. 36 Abs. 1 Bst. b GRG-BE.

¹⁶⁷ Gemäss Art. 35 Abs. 2 und 3 GRG-BE soll die Kommission den Regierungsrat orientieren und gegebenenfalls anhören, bevor sie Informationen bei kantonalen Verwaltungsstellen einholt. Sofern das Amtsgeheimnis aufgehoben werden muss, richtet sich das Verfahren nach Art. 40 f. GRG-BE.

rechtliche Form ein entsprechendes Begehren zu kleiden ist (Gesuch?) und in welcher Form der Entscheid ergeht (Verfügung oder Realakt?, dazu Ziff. 1). Im Anschluss wird ein Blick auf nichtrechtliche, sprich „politische Wege“ geworfen, welche die Oberaufsichtskommission beschreiten könnte (Ziff. 2).

1. Rechtsweg – Gesuch der Oberaufsichtskommission an den Regierungsrat?

In der Regel werden Rechte gegenüber dem Gemeinwesen in Form eines förmlichen *Gesuchs* geltend gemacht. Das sich daran anschliessende *Verwaltungsverfahren* endet mit einer *Verfügung*, welche wiederum das „Tor“ zum Rechtsmittelweg eröffnet. Dieses Prozedere ist freilich auf Verhältnisse gemünzt, welche sich zwischen *zwei unabhängigen Rechtssubjekten* entfalten (namentlich zwischen Privaten und dem Gemeinwesen) und insofern Rechtswirkungen im staatlichen Aussen(rechts)bereich entfalten.¹⁶⁸

Im vorliegenden Fall liegen die Dinge anders: Die Oberaufsichtskommission – ein Organ des Grossen Rates¹⁶⁹ – ist ebenso wie der Regierungsrat bzw. die Kantonsverwaltung integraler Teil desselben Gemeinwesens. Das Begehren der Oberaufsichtskommission betrifft folglich nur den *Innenrechtsbereich* des Kantons Bern. Derartigen Akten spricht die herrschende Lehre und Rechtssprechung regelmässig den Verfügungscharakter ab.¹⁷⁰ Mithin handelt es sich um einen sog. *Realakt*.¹⁷¹ Gegen solche Realakte besteht *kein Rechtsmittel*.

Daher ist davon auszugehen, dass die Oberaufsichtskommission ihre Informationsrechte in einem politischen Verfahren durchsetzen muss (Ziff. 2).

2. Politische Wege

Die folgenden politischen Wege stehen im Vordergrund:

- Die Oberaufsichtskommission kann ihre Informationsbegehren direkt an den *Regierungsrat* richten.¹⁷²
- Die Oberaufsichtskommission kann aber auch „dem *Grossen Rat* Aufträge, parlamentarische Vorstösse, parlamentarische Initiativen [...] unterbreiten.“¹⁷³ Namentlich kann sie mittels *Motion* verlangen, der Regierungsrat sei zu beauftragen, „eine Massnahme zu ergreifen“¹⁷⁴ – sprich, die verlangte Akteneinsicht zu gewähren.

¹⁶⁸ Vgl. M. MÜLLER, Kommentar zu Art. 5 VwVG, Rz. 39.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. e GRG-BE.

¹⁷⁰ Zum Ganzen M. MÜLLER, Kommentar zu Art. 5 VwVG, Rz. 44 f.

¹⁷¹ Vgl. M. MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 146.

¹⁷² Die Rechtsgrundlage bieten die Art. 31 ff. GRG-BE. Insbesondere hat die Oberaufsichtskommission „[...] das Recht, vom Regierungsrat alle Informationen und Dokumente zu erhalten, die für die Führung des Dialogs geeignet und erforderlich sind“ sowie „Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, auf welche die Berichterstattung des Regierungsrates Bezug nimmt [...]“, vgl. Art. 36 Abs. 1 GRG-BE.

¹⁷³ Art. 20 Abs. 1 GRG-BE.

¹⁷⁴ Art. 53 Abs. 1 GRG-BE.

- *Einzelne Grossratsmitglieder* können in eigenem Namen Auskunfts- und Einsichtsbegehren an die Verwaltung stellen.¹⁷⁵ Wird die Information verweigert, so entscheidet das Büro des Grossen Rates, anschliessend kann der Grosse Rat angerufen werden.

Kantonale Rechtsmittel gegen einen etwaigen Beschluss des Grossen Rates bestehen keine. Die bernische Verfassung schreibt vor, dass der Grosse Rat über „Zuständigkeitskonflikte zwischen den obersten kantonalen Behörden“ endgültig entscheidet.¹⁷⁶ Unter diese Bestimmung fallen auch Konflikte zwischen dem Grossen Rat und dem Regierungsrat.¹⁷⁷ Dass der Weg ans kantonale Verwaltungsgericht nicht offen steht, macht zudem Art. 76 Abs. 1 Bst. a VRPG-BE deutlich: „Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig gegen Verfügungen und Entscheide des Grossen Rates und seiner Organe, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht“.¹⁷⁸

C. *Gesuch um Dateneinsicht beim NDB*

Die Einsicht in Staatschutzakten zu Aufsichtszwecken unterliegt – nach geltendem Bundesverordnungsrecht¹⁷⁹ – der Genehmigungspflicht durch den NDB. Es fragt sich, ob die Oberaufsichtskommission ein entsprechendes Gesuch stellen kann. Zu klären ist einerseits die innerkantonale Zuständigkeit, andererseits das Verfahren auf Bundesebene:

- *Innerkantonale Zuständigkeit*: Die „Vertretung des Kantons nach innen und nach aussen“ obliegt gemäss bernischem Verfassungsrecht dem Regierungsrat.¹⁸⁰ Die Oberaufsichtskommission hat demgegenüber keine entsprechenden Vertretungsbefugnisse „nach aussen“, spricht gegenüber dem Bund.¹⁸¹ Deshalb kann sie nicht selber als Gesuchstellerin auftreten, sondern muss dem *Regierungsrat* einen entsprechenden Auftrag erteilen.
- *Verfahren auf Bundesebene*: Das Bundesverordnungsrecht regelt nur das Verfahren für die Dateneinsicht durch kantonale Dienstaufsichtsbehörden, nicht aber durch die kantonalen Oberaufsichtsbehörden.¹⁸² Dessen ungeachtet würde vermutlich dasselbe Zustimmungsverfahren zur Anwendung gelangen:¹⁸³ Das Gesuch ist an den NDB zu richten und muss themen-, anlass-, organisations- oder personenbezogen begründet werden.¹⁸⁴ Die Einsichtnahme kann verweigert werden, wenn „wesentliche Sicher-

¹⁷⁵ Vgl. Art. 32 GRG-BE.

¹⁷⁶ Art. 79 Abs. 1 Bst. d KV-BE.

¹⁷⁷ Vgl. BOLZ, Materialien und Kommentare, S. 463.

¹⁷⁸ Dazu M. MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 197.

¹⁷⁹ Zur zweifelhaften Gesetzeskonformität von Art. 35a V-NDB vgl. Abschnitt III/C.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 90 Bst. a KV-BE sowie Art. 52 GRG-BE.

¹⁸¹ Gemäss Art. 22 Abs. 3 GRG-BE nimmt die Oberaufsichtskommission zwar Aufgaben im Bereich der Aussenbeziehungen wahr. Diese umfassen jedoch *keine Vertretungsbefugnis*, sondern beschränken sich auf die Koordination, die innerkantonale Dialogführung oder die Vorberatung bestimmter Geschäfte mit Bezug zur kantonalen Aussenpolitik.

¹⁸² Vgl. den Wortlaut von Art. 35a V-NDB.

¹⁸³ Dies folgt aus dem akzessorischen Verhältnis von Ober- zur Dienstaufsicht, vgl. dazu Abschnitt II/B/1.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 35a Abs. 2 V-NDB.

heitsinteressen dies erfordern.¹⁸⁵ Der verwaltungsinterne Instanzenzug führt an das VBS¹⁸⁶ und endet schliesslich beim Bundesrat.¹⁸⁷

Gegen den Entscheid des Bundesrates besteht *kein Rechtsmittel*:

- Art. 189 Abs. 4 BV sieht vor, dass „Akte des Bundesrates [nicht] beim Bundesgericht angefochten werden können“, es sei denn, das Gesetz sehe eine Ausnahme vor. Dies ist vorliegend nicht der Fall, im Gegenteil:
- Die *Beschwerde* an das *Bundesverwaltungsgericht* ist ausgeschlossen, weil die Verfügung „auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes“ ergangen ist.¹⁸⁸ Hier soll der Bundesrat – in der Regel¹⁸⁹ – endgültig entscheiden. In der Folge ist auch die *Beschwerde* an das *Bundesgericht* ausgeschlossen.¹⁹⁰
- Die *Klage* an das *Bundesgericht* über eine „öffentlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Bund und Kantonen“ gemäss Art. 120 BGG fällt aufgrund ihrer Subsidiarität zur Beschwerde ebenfalls nicht in Betracht: „Die Klage ist unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz eine Behörde zum Erlass einer Verfügung über [öffentlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Bund und Kantonen] ermächtigt.“¹⁹¹ Dies ist vorliegend der Fall (Streitentscheid durch VBS bzw. Bundesrat).¹⁹²

Aus dem Gesagten folgt, dass gegen eine allfällige Nichtgewährung der Einsicht auf Bundesebene kein gerichtlicher Rechtsschutz besteht. Weder kann der konkrete Einzelfallentscheid noch die zugrundeliegende Bestimmung (Art. 35a V-NDB) vorfrageweise oder gar abstrakt¹⁹³ angefochten werden.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 35a Abs. 4 V-NDB.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 35a Abs. 3 V-NDB.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 72 Bst. a VwVG (Beschwerde gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes). Das Subsidiaritätserfordernis gemäss Art. 74 VwVG ist erfüllt, da die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht bzw. an das Bundesgericht ausgeschlossen ist (vgl. die nachfolgenden Ausführungen).

¹⁸⁸ Vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG.

¹⁸⁹ Ausnahmen sind möglich, „soweit das Völkerrecht [...] einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt“ (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VBB). Nach vorläufiger Einschätzung besteht keine entsprechende Bestimmung für die *parlamentarischen Informationsrechte*. Für den Bereich der *Datenschutzaufsicht* wäre dagegen Art. 1 Ziff. 4 des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung (SR 0.235.11) genauer zu untersuchen.

¹⁹⁰ Zum einen fehlt es an der zulässigen Vorinstanz (vgl. Art. 86 Abs. 1 BGG), zum anderen fällt der Streitgegenstand in den Ausnahmekatalog von Art. 83 Bst. a BGG (Entscheide auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit).

¹⁹¹ Vgl. Art. 120 Abs. 2 BGG. Zum Grundsatz „Keine Klage, wo verfügt werden kann“ siehe auch RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Rz. 2159.

¹⁹² Nach hier vertretener Ansicht lebt die Klagebefugnis auch dann nicht wieder auf, wenn die Beschwerde aufgrund des Ausnahmekatalogs (Entscheide auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit) ausser Betracht fällt. Ansonsten würde gerichtlicher Rechtsschutz auf dem Umweg des Klageverfahrens eingeführt, obgleich der Gesetzgeber genau dies nicht wollte.

¹⁹³ Bundesratsverordnungen können zwar im Rahmen eines konkreten Beschwerdefalles vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungskonformität hin geprüft werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Einzelfallbeschwerde überhaupt zulässig ist. Abstrakte Normenkontrollverfahren gegen Bundesratsverordnungen (also losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall) kennt das

D. Antwort auf Frage 3

Die Durchsetzung der parlamentarischen Informationsrechte muss auf dem politischen Weg erfolgen:

- *Innerkantonal* kann die Obergerichtskommission bzw. der Grosse Rat den Regierungsrat zur Einsichtsgewährung politisch verpflichten. Der Regierungsrat ist überdies zuständig, in Vertretung der kantonalen Aufsichtsorgane, beim Bund das notwendige Einsichtsgesuch zu stellen. Rechtsschutz durch das kantonale Verwaltungsgericht ist ausgeschlossen.
- Auf *Stufe Bund* entscheidet der Bundesrat letztinstanzlich über die Einsichtsgewährung in Staatsschutzakten. Gerichtlicher Rechtsschutz – gegen den Entscheid des Bundesrates oder gegen die zugrundeliegende Verordnung – ist ebenfalls ausgeschlossen.

VI. Würdigung der aktuellen Situation (Frage 4)

Im Folgenden geht es in erster Linie darum, Ist- und Sollzustand der innerkantonalen Aufsicht darzustellen und kritisch zu würdigen.

A. Kantonale Dienstaufsicht

1. Umfassende Verantwortlichkeit

Der Kanton Bern weist den Vollzug der BWIS-Aufgaben der *Kriminalabteilung der Kantonspolizei* zu.¹⁹⁴ Entsprechend verläuft der Dienstaufsweg über die Polizei- und Militärdirektion zum Regierungsrat.¹⁹⁵ Einschränkungen der Dienstaufsicht – insbesondere der Informationsrechte – sind im kantonalen Recht nicht vorgesehen. Für die Dienstaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden gelten somit dieselben Grundsätze wie für jede andere Einheit der Zentralverwaltung. Danach übt der Regierungsrat „die ständige und systematische Aufsicht über die Kantonsverwaltung“ aus.¹⁹⁶ Dabei gilt folgendes:

- Die *Aufsichtsverantwortung* des Regierungsrates ist *umfassend*; sie erfasst die Angemessenheit wie auch die Rechtmässigkeit des Handelns der Staatsschutzbehörden.
- Der Regierungsrat ist dem *Grossen Rat*, aber auch dem *Bund* für das Handeln seiner Staatsschutzbehörden verantwortlich. Der Bund kann seinerseits auf die Ausübung einer systematischen und umfassenden Aufsicht über die kantonalen Vollzugsbehörden verzichten,¹⁹⁷ soweit die innerkantonale Dienstaufsicht gewährleistet ist.

Die *Geschäftsprüfungsdelegation des Bundes* hat nun freilich im Anschluss an eine Kontrolle bei verschiedenen kantonalen Staatsschutzbehörden festgestellt, „dass vor ihrem Besuch die zuständigen Mitglieder der kantonalen Regierungen noch nie einen Augenschein bei ihren Staatsschutzorganen vorgenommen hatten.“¹⁹⁸ In Bezug auf den *Kanton Bern* stellte die GPDel fest, dass die „Exekutive [...] keine regelmässige Aufsicht über den kantonalen Staatsschutz aus[übt]. Der zuständige Regierungsrat [...] beschränkt sich darauf, den Bericht über die innere Sicherheit zur Kenntnis zu nehmen, der jedes Jahr zuhanden des DAP erstellt wird.“¹⁹⁹

Die *kantonalbernische Praxis* vermag den Anforderungen des Bundes offenbar nicht zu genügen. Zu beachten ist freilich auch, dass die kantonalen Aufsichtsorgane aufgrund von Art. 35a V-NDB ihre Aufgabe von Beginn weg nur stark eingeschränkt erfüllen

¹⁹⁴ Vgl. zur Organisation des bernischen Staatsschutzes den Bericht ISIS, S. 7708, sowie das Organigramm der Kantonspolizei Bern, abrufbar unter www.police.be.ch. Das bernische Recht enthält keine spezifische Vorschrift zur Organisation der kantonalen Staatsschutzbehörden.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 2 KPG-BE „Die Kantonspolizei ist der Polizei- und Militärdirektion unterstellt und steht unter der Aufsicht des Regierungsrates. [...]“.

¹⁹⁶ Art. 2 Abs. 1 Bst. f OrG-BE (Hervorhebungen durch die Verfasser).

¹⁹⁷ Zur beschränkten Bundesaufsicht im Bereich Staatsschutz vgl. Abschnitt III/B/3/b.

¹⁹⁸ Bericht ISIS, S. 7704.

¹⁹⁹ Bericht ISIS, S. 7708.

konnten.²⁰⁰ Gleichwohl stellt sich die Frage, wie die innerkantonale Aufsichtstätigkeit optimiert werden könnte (Ziff. 2).

2. Einrichtung eines verwaltungsinternen Kontrollorgans

a) Vorgaben des Bundes

Das Bundesverordnungsrecht eröffnet den Kantonen die Möglichkeit, „zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein vom kantonalen Vollzugsorgan getrenntes Kontrollorgan ein[zusetzen], das den vorgesetzten Stellen verantwortlich ist.“²⁰¹ Ob die Kantone von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, bleibt in ihrem Ermessen. Der *Kanton Bern* verzichtete bis auf weiteres auf die Schaffung eines entsprechenden Gremiums.

Demgegenüber ging der Bundesrat mit gutem Beispiel voran und richtete die sog. *Nachrichtendienstliche Aufsicht* ein (abgekürzt ND-Aufsicht). Sie überprüft als VBS-interne Kontrollinstanz die Tätigkeit des NDB auf Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit.²⁰² Zu diesem Zweck kann die ND-Aufsicht Einsicht in die Informationssysteme des NDB nehmen. Dessen Mitarbeiter sind zur vollständigen und wahrheitsgetreuen Auskunft verpflichtet.²⁰³ Die ND-Aufsicht erstellt einen jährlichen Kontrollplan, welcher vom Chef VBS zu genehmigen ist. Diesem werden die Kontrollergebnisse jährlich berichtet. Der Departementschef wiederum orientiert den Bundesrat bzw. die parlamentarische Aufsicht.²⁰⁴

Die ND-Aufsicht ist somit eine Art *Vorfilter*, welcher die vorgesetzten Stellen (Chef VBS, Bundesrat, parlamentarische Aufsicht) entlastet, aber nicht ersetzt. Sie wurde Anfang 2009 ins Leben gerufen, als die Aufsichtsverantwortung über den Nachrichtendienst vom EJPD an das VBS überging.²⁰⁵ Zurzeit sind drei Personen für die ND-Aufsicht tätig.²⁰⁶

b) Das basel-städtische Modell

Der Kanton Basel Stadt hat sich für die Einrichtung eines besonderen Kontrollorgans entschieden. Es besteht aus drei Mitgliedern, welche vom Regierungsrat auf Antrag des Vorstehers des Justiz- und Sicherheitsdepartements gewählt werden.²⁰⁷ Wählbar sind Personen mit Schweizer Bürgerrecht, welche die notwendige charakterliche Integrität, öf-

²⁰⁰ Zu Art. 35a V-NDB bzw. der noch restriktiveren Vorgängerregelung in Art. 23 aVWIS vgl. die Ausführungen in Abschnitt III/C/2/c. Die GPDel stellte überdies fest, dass der NDB in der Vergangenheit die kantonale Aufsicht zuweilen „auf unzulässige Art und Weise“ zu verhindern trachtete und im Allgemeinen wenig unternahm, um die Kantone bei der konkreten Wahrnehmung ihrer Aufsichtsrechte zu unterstützen, vgl. Bericht ISIS, S. 7733 f.

²⁰¹ Vgl. Art. 35 Abs. 1 Satz 2 V-NDB.

²⁰² Vgl. Art. 32 und 33 V-NDB.

²⁰³ Vgl. Art. 33 Abs. 1 V-NDB. Soweit die Mitarbeiter wahrheitsgemäss Auskunft erteilen, dürfen ihnen deswegen keine Nachteile erwachsen (vgl. Abs. 3)

²⁰⁴ Vgl. Art. 34 V-NDB.

²⁰⁵ Vgl. Bericht ISIS, S. 7698.

²⁰⁶ Vgl. Eidgenössischer Staatskalender 2010, Eintrag „Nachrichtendienstliche Aufsicht.“

²⁰⁷ Vgl. § 3 Vollzugsverordnung BWIS-BS.

fentliche Vertrauenswürdigkeit und fachliche Qualifikation mitbringen sowie die Sicherheitsprüfung gemäss Art. 19 ff. BWIS bestanden haben.²⁰⁸ Das Kontrollorgan ist dem Vorsteher des Justiz- und Sicherheitsdepartements verantwortlich. Es ist zur Geheimhaltung verpflichtet.

c) *Vor- und Nachteile einer verwaltungsinternen Kontrollinstanz*

Die Zwischenschaltung eines besonderen Aufsichtsorgans bietet dort *Vorteile*, wo *besondere Fachkenntnisse* erforderlich sind oder die zu beaufsichtigende Behörde einer *engen Begleitung* bedarf. Mit einer eigens eingerichteten, internen Aufsichtsstelle lässt sich grosse Sachnähe bei gleichzeitiger *Trennung in personeller Hinsicht* erreichen. Sie erleichtert insbesondere die Beschaffung und Aufarbeitung der Informationen, welche *Grundlage für die Aufsichtstätigkeit* der weiter entfernten, fachlich weniger versierten Regierung bzw. des Parlaments bildet. Diese können ihre Aufgabe – Kontrolle der Kontrolleure – besonders dann wahrnehmen, wenn entsprechende Vorarbeit geleistet wurde.²⁰⁹

Als mögliche *Nachteile* lassen sich aufführen: Zusätzliche Geheimnisträger, überdimensionierte Controllingstrukturen im Verhältnis zur Anzahl der operativ tätigen Mitarbeiter, Verwischung der Verantwortlichkeit.²¹⁰

d) *Rechtliche Voraussetzungen*

Die Schaffung eines besonderen Kontrollorgans bedarf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage im kantonalen (Organisations-)Recht. Zu regeln sind namentlich die Einsetzung, die Aufgabe, die Zuständigkeit, die Informationsrechte sowie die Berichterstattungspflichten. Das Bundesverordnungsrecht schreibt hier vor, dass die kantonale Aufsichtsstelle vom kantonalen Vollzugsorgan getrennt sein muss, gleichzeitig aber „den vorgesetzten Stellen“ verantwortlich zeichnet (Art. 35 Abs. 1 V-NDB). Dies legt es nahe, die Aufsichtsstelle als *Stabsstelle der POM* einzurichten.²¹¹

Zu den Informationsrechten eines kantonalen Kontrollorgans ist anzumerken, dass sich diese in erster Linie nach den Vorgaben des BWIS bzw. der V-NDB zu richten hätten.²¹²

²⁰⁸ Das Kontrollorgan besteht aus Ständerätin Anita Fetz, Prof. Dr. Heinrich Koller, ehemaliger Direktor des Bundesamtes für Justiz sowie Prof. Dr. Markus Schefer, Staatsrechtslehrer an der Universität Basel, vgl. BAZ vom 12.10.2010.

²⁰⁹ Siehe dazu auch die Bemerkung der GPDel im Bericht ISIS, S. 7719 f., wonach sich die Beurteilung der parlamentarischen Oberaufsicht massgeblich auf die Erkenntnisse der ND-Aufsicht abstützte. Die GPDel befürwortet denn auch die Schaffung verwaltungsinterner Kontrollinstanzen auf kantonaler Stufe, vgl. Bericht ISIS, S. 7734.

²¹⁰ Der Regierungsrat lehnt die Schaffung eines getrennten Kontrollorgans ab, weil die Aufsicht durch die POM effektiver und effizienter sei, vgl. Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation Schär, S. 4.

²¹¹ Genauer zu untersuchen wäre die Frage, ob das Bundesverordnungsrecht es zulassen würde, die Aufsichtsstelle einer anderen Direktion zuzuordnen. Prima vista geht Art. 35 Abs. 1 V-NDB davon aus, dass das Kontrollorgan innerhalb des Hierarchiegefüges der mit polizeilichen Aufgaben betrauten Direktion anzusiedeln ist.

²¹² Vgl. hierzu die Ausführungen zu Frage 1.

B. Kantonale Oberaufsicht

1. Umfassende Verantwortlichkeit

Die *Zuständigkeit* der bernischen Oberaufsichtskommission umfasst die gesamte kantonale Verwaltung und somit auch die der Kantonspolizei zugehörige Staatsschutzbehörde.²¹³ Oberaufsichtsfreie Bereiche schreibt weder das kantonale Recht²¹⁴ noch das Bundesrecht²¹⁵ vor. Somit ist von einer *umfassenden* Kontrollverantwortung der Oberaufsichtskommission bzw. des Grossen Rates über die kantonalen Staatsschutzaktivitäten auszugehen.²¹⁶

Die Geschäftsprüfungsdelegation des Bundes stellte freilich auch in Bezug auf die Oberaufsichtstätigkeit des Grossen Rates fest, dass diese sich darauf beschränkt, „den Bericht über die innere Sicherheit zur Kenntnis zu nehmen, der jedes Jahr zuhanden des DAP erstellt wird.“²¹⁷ Wie bereits zur kantonalen Dienstaufsicht bemerkt,²¹⁸ vermag auch die *kantonalbernische Oberaufsichtspraxis* den Anforderungen des Bundes nicht zu genügen. Ein Grund dafür mag auch hier in Art. 35a V-NDB liegen.²¹⁹

Der tiefere Grund für die Einsichtsrechtsbeschränkung liegt in der *Sorge um den Geheimnisschutz*: Wenn in allen 26 Kantonen sowohl die Regierungen wie auch die Parlamente Einsicht in die Staatsschutzakten erhalten, erhöht sich die Gefahr von Informationslecks um ein Vielfaches. Folglich stellt sich die Frage, wie sich die kantonale Oberaufsicht gewährleisten lässt, ohne den Geheimnisschutz übermässig zu gefährden (Ziff. 2).

2. Sicherstellung des Geheimnisschutzes

Wirksame Oberaufsicht ist nur möglich, wenn der Kontrollbehörde weitgehende Informationsrechte zugestanden werden. Freilich geht damit auch die Verpflichtung einher, den notwendigen Geheimnisschutz sicherzustellen. Dazu bedarf es einer „Güterabwägung zwischen den verfassungsrechtlichen, auch der Öffentlichkeit verpflichteten Aufgaben des Parlaments und dem verfassungsrechtlich vorbehaltenen Schutz“ geheimhaltungswürdiger Informationen.²²⁰ Die massgebenden Faktoren sind zum einen die Grösse

²¹³ Vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a GRG-BE: „[Die Oberaufsichtskommission hat folgende Aufgaben:] Oberaufsicht über den Regierungsrat, die Verwaltung und andere Träger öffentlicher Aufgaben“.

²¹⁴ Vgl. Abschnitt II/B/1.

²¹⁵ Vgl. Abschnitt III/B/2/c.

²¹⁶ Vgl. Abschnitt III. Kurz zur Wiederholung: Die kantonalen Staatschutzbehörden vollziehen zwar Bundesaufgaben. Für die Aufsicht ist dies jedoch unbeachtlich: Hätte der Bund die Aufsichtsverantwortung an sich ziehen wollen, hätte er dies im formellen Gesetz festhalten müssen. Dies hat er nicht getan, im Gegenteil: Art. 6 Abs. 3 bzw. 26 Abs. 3 BWIS weisen den Kantonen die Dienstaufsichtskompetenz zu. Auf dem Fuss folgt dann die Oberaufsichtskompetenz.

²¹⁷ Bericht ISIS, S. 7708.

²¹⁸ Vgl. Abschnitt VI/A/1.

²¹⁹ Zu Art. 35a V-NDB vgl. die Ausführungen in Abschnitt III/C/2/c. Zur wenig kooperativen Praxis des NDB (vormals DAP) bzgl. der kantonalen Aufsicht in der Vergangenheit vgl. Fn. 200 hiervor bzw. Bericht ISIS, S. 7733 f.

²²⁰ KIENER, Informationsrechte, S. 247.

des Personenkreises, zum anderen das Mass des Geheimnisschutzes, das dieser Kreis zusichern kann.

In erster Linie ist es *Sache des Gesetzgebers*, diese Güterabwägung vorzunehmen bzw. die notwendigen Schutzvorkehrungen vorzuschreiben. Der *Bundesgesetzgeber* wurde bereits in den 1990er Jahre tätig und hat die Aufsicht über den Nachrichtendienst des Bundes der sechsköpfigen *Geschäftsprüfungsdelegation* übertragen.²²¹

Der *Kanton Bern* verzichtete dagegen bis auf weiteres auf die Einführung einer analogen Aufsichtsdelegation. An sich würde Art. 39 Abs. 2 GRG-BE der Oberaufsichtskommission bereits heute die Möglichkeit geben, „einen Ausschuss mit der Abklärung einer konkreten Frage“ zu beauftragen. Der Sinn dieser Norm ist augenfällig: Je kleiner der Kreis der Geheimnisträger, desto grösser die Chance, dass das Geheimnis gewahrt bleibt.

Wenn der Kanton Bern dem Beispiel des Bundes folgen will – wofür vieles spricht – so drängt sich eine Anpassung der bestehenden Rechtsgrundlagen auf:

- Die *Schaffung eines ständigen Ausschusses* bedarf einer formellgesetzlichen Grundlage. Art. 39 Abs. 2 GRG-BE bietet nur Hand für temporäre Ausschüsse, die „konkrete Fragen“ abklären.
- Die *Informationsrechte* des neu zu schaffenden Ausschusses bzw. der Oberaufsichtskommission müssen klar geregelt werden. Gleiches gilt für die Zusammensetzung des Ausschusses sowie die Berichterstattungspflichten.

C. Kantonale Datenschutzaufsicht

Die Datenschutzaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden obliegt in erster Linie den zuständigen kantonalen Stellen.²²² Im Kanton Bern ist der *Beauftragte für Datenschutz* für die Datenschutzaufsicht über die kantonalen Behörden zuständig.²²³ Die Kontrolltätigkeit des Beauftragten unterliegt ihrerseits der Oberaufsicht durch den Grossen Rat²²⁴ – sie bildet also eine *Vorstufe der parlamentarischen Aufsicht*.

Die Aufgaben des kantonalen Datenschutzbeauftragten regelt Art. 34 KDSG-BE. Dazu gehören unter anderen:

- Führen eines *Registers* der im Kanton angelegten Datensammlungen.
- *Vorabkontrollen* von behördlichen Datenbanken, welche besonders schützenswerte Daten von einer grösseren Anzahl Personen speichern sollen oder wo besondere Geheimhaltungspflichten bestehen.

²²¹ Vgl. weiterführend Abschnitt II/B/2. Kurz zur Wiederholung: Das Parlamentsgesetz weist der GPDel, nicht aber den Geschäftsprüfungskommissionen der beiden Räte, umfassende Einsichtsrechte in Staatsschutzakten zu.

²²² Dazu Abschnitt III/B/2/b. Kurz zur Wiederholung: Art. 16 Abs. 3 BWIS hält fest, dass „die im kantonalen Recht vorgesehenen Aufsichtsrechte [...] gewahrt bleiben.“ Ausgenommen ist einzig die Auskunftserteilung an Bürger gemäss Art. 18 BWIS.

²²³ Vgl. Art. 32 ff. KDSG-BE.

²²⁴ Vgl. Art. 37 KDSG-BE. Hinzu tritt die Berichterstattung an den Regierungsrat.

- *Überwachung* der Anwendung der Vorschriften über den Datenschutz.

Die Tätigkeit der Staatschutzbehörden hat augenscheinlich *Berührungspunkte* mit der Kontrollzuständigkeit der kantonalen Datenschutzaufsicht, insbesondere was den Betrieb des kantonalen Staatsschutzinformationssystems betrifft. Allerdings ist dem letztjährigen Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten zu entnehmen, dass die *gesetzlichen Kontrollpflichten nicht umfassend wahrgenommen* werden konnten.²²⁵ Dies liegt daran, dass zwischen dem Beauftragten für Datenschutz und dem NDB bzw. dem Regierungsrat anscheinend eine *gewichtige Differenz* besteht: Die Regierung ist der Ansicht, die Kontrolle des kantonalen Staatsschutzinformationssystems falle nicht in die Zuständigkeit der kantonalen Datenschutzbehörden,²²⁶ während der Beauftragte auf die Einhaltung der bernischen Schutzvorschriften pocht.²²⁷

Aus Sicht der Gutachter ist festzuhalten, dass Art. 16 Abs. 3 BWIS eine *zweigeteilte Verantwortung* vorschreibt: Die materiellen Datenschutzbestimmungen ergeben sich aus dem Bundesrecht, während die Aufsicht über ihre Einhaltung in der Zuständigkeit der Kantone verbleibt (dazu ausführlich Abschnitt III/B/2/b). Dieser föderale Kompromiss dient letztlich der Schonung der kantonalen Organisationsautonomie bei gleichzeitiger Sicherstellung eines einheitlichen Datenschutzniveaus.

Der Bundesgesetzgeber hat damit seiner Absicht mit der nötigen Klarheit Ausdruck verliehen; die Differenz zwischen den beteiligten Behörden erstaunt daher. Würde der Ansicht des NDB bzw. des Regierungsrates gefolgt, wonach die Kantone für die Datenschutzaufsicht über „ihre“ Staatsschutzbehörden nicht zuständig sind, fragt sich, welche Behörde an deren Stelle die Kontrollaufgabe wahrnehmen könnte. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte kommt hierzu jedenfalls nicht in Frage.²²⁸ Die Folge wäre dann, dass die *kantonalen Staatschutzbehörden überhaupt keiner Datenschutzaufsicht* unterliegen würde – ein Zustand, der von niemandem erwünscht sein kann.

²²⁵ Vgl. Bericht Datenschutzaufsichtsstelle Bern 2010, Ziff. 8. Der Regierungsrat bestätigt in seiner Antwort auf die Interpellation Imboden, S. 7, dass bis heute keine inhaltliche Datenprüfung erfolgte. Im Übrigen wäre eine solche Kontrolle ohnehin nur mit der Zustimmung des NDB gemäss Art. 35a V-NDB möglich. Zu dieser Bestimmung vgl. Abschnitt III/C.

²²⁶ Insbesondere benötige die kantonale Staatsschutzdatenbank einzig die vom VBS zu genehmigende Betriebsordnung, nicht aber eine Betriebsbewilligung des Regierungsrates noch eine Vorabkontrolle durch den Datenschutzbeauftragten, vgl. Bericht Datenschutzaufsichtsstelle Bern 2010, Ziff. 8 bzw. Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation Imboden, S. 7.

²²⁷ Der Datenschutzbeauftragte schreibt a.a.O.: „Sowohl die Betriebsbewilligung des Regierungsrats als auch die Vorabkontrolle sind Aufsichtsinstrumente des kantonalen Rechts. Das Bundesrecht behält diese ausdrücklich vor. Es geht sodann nicht um eine Geschäftskontrolldatenbank, die allenfalls durch das Bundesrecht abgedeckt sein könnte. Die Staatsschutzdatenbank ist vielmehr im Staatsschutzumfeld ein selbständiges präventivpolizeiliches Instrument, das zu schweren Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz der Betroffenen führt.“

²²⁸ Die Zuständigkeit des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten umfasst gemäss Art. 27 DSG „die Bundesorgane“. Das Gesetz definiert den Begriff in Art. 3 Bst. h DSG als „Behörden und Dienststellen des Bundes sowie Personen, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben betraut sind“. Kantonale Behörden fallen folglich nicht unter den Begriff des Bundesorgans, und zwar auch dann nicht, wenn sie Bundesaufgaben vollziehen, vgl. BBl 1988 II 445 sowie BELSER, Kommentar zu Art. 3 DSG, Rz. 31.

D. Antwort auf Frage 4

Die Aufsichtsverantwortung des Regierungsrates, der parlamentarischen Oberaufsicht sowie der kantonalen Datenschutzaufsicht über die kantonale Staatsschutzbehörden gemäss geltendem kantonalem Recht ist umfassend. Allerdings vermag die gegenwärtige Aufsichtspraxis nicht vollständig zu befriedigen. Zur Optimierung empfiehlt sich folgendes:

- Einrichtung eines *verwaltungsinternen Kontrollorgans* mit der Aufgabe, die ständige und systematische Dienstaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden auszuüben.
- Schaffung einer *ständigen Oberaufsichtsdelegation* mit der Aufgabe, die parlamentarische Kontrolle über die kantonalen Staatsschutzbehörden unter gleichzeitiger Wahrung des Geheimnisschutzes sicherzustellen.
- Stärkung der *kantonalen Datenschutzaufsicht* mit dem Ziel, aufsichtsfreie Bereiche in der kantonalen Verwaltung zu unterbinden.

VII. Ergebnisse

1. Der Staatsschutz fällt in die *umfassende Rechtssetzungskompetenz des Bundes*. Somit könnte der Bundesgesetzgeber grundsätzlich sämtliche Details, inklusive die Dienst-, Datenschutz- und Oberaufsicht über die kantonalen Staatsschutzbehörden, regeln. Dabei muss er allerdings das bundesstaatliche Legalitätsprinzip sowie das Postulat der kantonalen Organisationsautonomie respektieren.
2. Der *Bundesgesetzgeber* belässt den Kantonen praktisch die vollumfängliche Verantwortung für die Dienst-, Datenschutz- und Oberaufsicht (Art. 6 Abs. 3 bzw. 16 Abs. 3 BWIS). Dem Bundesrat wird einzig die Regelung der Mindestanforderungen an die kantonale Aufsichtstätigkeit übertragen (Art. 26 Abs. 3 BWIS). Die kantonsinterne Datenweitergabe zu Aufsichtszwecken ist gemäss Wortlaut von Art. 17 Abs. 6 BWIS erlaubt; Details werden dem Bundesrat zur Regelung übertragen.
3. Gesamthaft betrachtet stehen die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des BWIS im Einklang mit der *Bundesverfassung*. Namentlich wahren sie die verfassungsrechtlich postulierte Organisationsautonomie des Kantons; diese stünde freilich einer einschneidenderen Bundesregelung nicht grundsätzlich entgegen.
4. Indem die *Ausführungsverordnung* über den Nachrichtendienst die Dateneinsichtsrechte der kantonalen Aufsichtsbehörden empfindlich einschränkt (Art. 35a V-NDB) verstösst sie gegen die Vorgaben des BWIS. Eine gesetzliche Grundlage fehlt überdies auch für die Vorschrift, wonach den Bundesbehörden Aufsichtsrechte über die kantonalen Vollzugsstellen eingeräumt werden (Art. 33 V-NDB).
5. Die Regelung der kantonalen Dienstaufsicht wirkt sich mittelbar auf die *Oberaufsichtsrechte des Grossen Rates* aus. Letztere reichen sachlich nur, aber immerhin so weit wie die entsprechenden Dienstaufsichtsrechte des Regierungsrates (Akzessorieitätsprinzip). Folgt man der hier vertretenen Meinung, wonach das BWIS die kantonale Dienstaufsicht umfassend gewährleistet, entfalten sich im Reflex auch die kantonalen Oberaufsichtsrechte ungehindert; den Beschränkungen gemäss Art. 35a V-NDB geht hingegen mangels gesetzlicher Grundlage die Rechtswirksamkeit ab.
6. Die Oberaufsichtskommission des Kantons Bern hat ausschliesslich politische Mittel zur *Durchsetzung ihrer Informationsansprüche* gegenüber dem Regierungsrat bzw. gegenüber dem Bund. Der Rechtsweg via kantonales Verwaltungsgericht oder via Bundes(verwaltungs-)gericht ist dagegen versperrt.
7. Die bernischen Aufsichtsbehörden haben im Staatsschutz zwar umfassende Kontrollpflichten, können diese aber in der Praxis aus (bundes)rechtlichen und organisatorischen Gründen nicht vollständig ausüben. In organisatorischer Hinsicht würde sich zur Optimierung die Einrichtung eines *verwaltungsinternen Kontrollorgans*, die Schaffung einer *ständigen Oberaufsichtsdelegation* sowie die Stärkung der *kantonalen Datenschutzaufsicht* empfehlen.

Literaturverzeichnis

- BELSER URS, Kommentar zu Art. 3 DSG, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Ausgabe 2007.
- BOLZ URS, Materialien und Kommentare, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995.
- CONTI CARLO, Das Oberaufsichtsrecht des Basel-Städtischen Grossen Rates über Verwaltung und Justiz, Basel 1985.
- EICHENBERGER KURT, Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. Zürich 2008.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006.
- HUBER RENÉ, Kommentar zu Art. 27 DSG, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006.
- KIENER REGINA, Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen, Bern 1994.
- LIENHARD ANDREAS/HÄSLER PHILIPP, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008.
- MASTRONARDI PHILIPPE, Kommentar zu Art. 169 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008.
- MASTRONARDI PHILIPPE, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Basel 1991.
- MEYER CHRISTOPH, Grundregeln für die Geschäftsprüfungskommissionen, in: Caroni/Heselhaus/Mathis/Norer, Auf der Scholle und in Lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011.
- MÜLLER MARKUS, Kommentar zu Art. 5 VwVG, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008.
- MÜLLER MARKUS, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011.
- MÜLLER RETO PATRICK, Innere Sicherheit Schweiz, Egg bei Einsiedeln 2009.
- NUSPLIGER KURT, Regierung und Parlament, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995.
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993.
- REINHARD HANS, Kommentar zu Art. 24 DSG, in: Maurer/Vogt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, 1. Aufl., Basel 1995.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 2159.
- RUCH ALEXANDER, § 56 Äussere und innere Sicherheit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001.
- RUDIN BEAT, Verfassungswidrige Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, in: SJZ 2009/1, S. 1 ff.
- SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, Bern 2007.
- SALADIN PETER, Bund und Kantone. Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in: ZSR 1984 II S. 431 ff.
- SCHWEGLER IVO, Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Bern 2001.
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 57 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
- WALDMANN BERNHARD/SPIELMANN ANDRE, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht. Rechtsgutachten im Auftrag des Kantons Freiburg, in: Baeriswyl/Rudin (Hrsg.), Schriften zum Datenrecht (digma), Band 5, Zürich 2010.

Materialien und Abkürzungen

aVWIS	Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 27. Juni 2001 (VWIS, AS 2001 1829; aufgehoben mit dem Inkrafttreten der V-NDB, vgl. Art. 36 sowie Anhang 4 V-NDB).
Bericht Datenschutzaufsichtsstelle Bern 2010	Bericht 2010 der Datenschutzaufsichtsstelle des Kantons Bern, abrufbar unter www.be.ch/dsa , Rubrik „Dokumentation“, „Jahresberichte“.
Bericht ISIS	Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS. Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7665.
Botschaft BWIS	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 1127.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).
BWIS	Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120).
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1).
GO-BS	Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt vom 29. Juni 2006 (GO, SG 152.100).
GPDel	Geschäftsprüfungsdelegation.
GPK	Geschäftsprüfungskommission.
GRG-BE	Gesetz über den Grossen Rat des Kantons Bern vom 8. November 1988 (Grossratsgesetz; GRG, BSG 151.21).
Interpellation Imboden	Interpellation Imboden „Fichenskandal 2.0“ vom 7. September 2010 (154-2010) sowie Antwort des Regierungsrates vom 9. Februar 2011 (RRB-Nr. 230/2011).
Interpellation Schär	Interpellation Schär „Fichenskandal auch im Kanton Bern? Wer hat die Übersicht über Datenerhebungen“ vom 13. Juli 2010 (114-2010) mit Antwort des Regierungsrates vom 9. Februar 2011 (RRB-Nr. 230/2011).
KDSG-BE	Datenschutzgesetz des Kantons Bern vom 19. Februar 1986 (KDSG, BSG 152.04).
Gutachten BJ vom 25.6.2008	Gutachten des Bundesamtes für Justiz z.H. der GPDel, Fragen zur kantonalen Kontroll- und Oberaufsichtskompetenz im Bereich des Staatsschutzes vom 25. Juni 2008.
KPG-BE	Gesetz über die Kantonspolizei vom 20. Juni 1996 des Kantons Bern (KPG, BSG 552.1).
KRG-ZH	Kantonsratsgesetz des Kantons Zürich vom 5. April 1981 (KRG, LS 171.1).
KV-BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1).
LRGC-GE	Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 (LRGC, RSG B 1 01).
NDB	Nachrichtendienst des Bundes.
OAK	Oberaufsichtskommission.
OrG-BE	Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Bern vom 20. Juni 1995 (Organisationsgesetz, OrG, BSG 152.01).
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10).
POM	Polizei- und Militärdirektion [des Kantons Bern].
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission.
Rapport explicatif OSRC	Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le Service de renseignements de la Confédération.

RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport.
Vollzugsverordnung BWIS-BS	Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes zur Wahrung der inneren Sicherheit des Kantons Basel-Stadt vom 21. September 2010 (SG 123.200)
V-NDB	Verordnung vom 4. Dezember 2009 über den Nachrichtendienst des Bundes (V-NDB, SR 121.1).
VRPG-BE	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege 23. Mai 1989 des Kantons Bern (VRPG, BSG 155.21)
ZNDG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG, SR 121).
Zusatzbotschaft „BWIS II reduziert“	Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit («BWIS II reduziert») vom 27. Oktober 2010, BBl 2010 7841 ff.