

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter,
A. Griffel, T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley,
M. Simonek, F. Uhlmann

Basil Cupa

**Rechtsschutz gegen präventive
Überwachungsmaßnahmen am
Beispiel des Nachrichtendienstes
des Bundes (NDB)**

Inhaltsverzeichnis

Dank	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	XXXV
Entscheidungsverzeichnis	XXXIX
Einleitung	1
I. Untersuchungsgegenstand	2
1. Leitfrage	2
2. Abgrenzungen	2
3. Relevanz des Themas	4
4. Stand der Wissenschaft	5
II. Schlüsselereignisse	5
1. Die Fichenaffäre von 1989	5
2. Erlass des BWIS 1998	7
3. Der Basler Fichenskandal von 2008	8
III. Fehlende Überwachungsstatistik	9
1. Kapitel: Überwachung, was ist das?	11
I. Begriff der Überwachung	11
II. Überwachungsarten	12
1. Präventive Staatsschutzfähigkeit	12
2. Repressive Strafverfolgungstätigkeit	14
3. Abgrenzung und Überschneidungen	15
III. Rechtliche Stellung des NDB	16
1. Gesetzlicher Auftrag	17
2. Aufbau	18
3. Mittel präventiver Informationsbeschaffung	19
A. Die Sphärentheorie als strittiger Ausgangspunkt	19
B. Abschliessender Mittelkatalog	21
C. Verbot des Einsatzes von Zwangsmitteln	22
4. Zusammenarbeit mit anderen Behörden	24
5. Aufsicht	25

2. Kapitel: Vorgaben des übergeordneten Rechts	27
I. Vorbemerkung	27
II. Europäische Menschenrechtskonvention	27
1. Einleitung	27
2. Zulässigkeit der Beschwerde	29
A. Anwendungsbereich der Konvention	29
a) Persönlich	29
b) Örtlich	31
aa) Regelfall: Inlandsaufklärung	31
bb) Sonderfall: Auslandsaufklärung	32
(1) Ausprägungen der Extraterritorialität	32
(2) Völkerrechtliche Einordnung	33
(3) Konventionsbindung	37
(4) Stellungnahme	39
c) Fazit	40
B. Prozessvoraussetzungen	41
a) Beschwerdeführer	41
aa) Parteifähigkeit	41
bb) Opfereigenschaft	42
(1) Tatsächliche Betroffenheit	42
(2) Wahrscheinliche Betroffenheit	43
(3) Potentielle Betroffenheit	45
cc) Fazit	46
b) Beschwerdegegner	47
C. Actio popularis und abstrakte Normenkontrolle?	48
a) Grundsatz	48
b) Weit gefasste Betroffenheit	48
c) Quasi abstrakte Normenkontrolle	49
d) Rechtspolitische Dimension	50
e) Praxis des Gerichtshofs	50
3. Massgebende Konventionsgarantien	52
A. Vorbemerkungen	52
B. Schutz von Privatleben und Korrespondenz (Art. 8)	52
a) Sachlicher Geltungsbereich	53
aa) Privatleben	53
bb) Korrespondenz	55
cc) Abgrenzungen	56
b) Vermittelte Ansprüche	57
C. Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13)	58

a)	Sachlicher Geltungsbereich	58
b)	Weitgehende Überschneidung mit Art. 8 EMRK	59
c)	Nachrangige Bedeutung in der Rechtsprechung	59
D.	Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6)	60
a)	Zivilrechtlicher Anwendungsbereich	60
aa)	Fehlende Anwendbarkeit bei Überwachungssachverhalten	61
bb)	Ausnahme: Finanzielle Genugtuung	62
b)	Strafrechtlicher Anwendungsbereich	62
4.	Konventionsrechtliche Leitlinien	64
A.	Bedeutung des Gesamtsystems	65
a)	Subsidiarität der Beschwerde an den EGMR	65
b)	Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers	65
c)	Rechtsstaatliche Sicherungsvorkehrungen	66
d)	Gesamtbetrachtung	67
B.	Wirksame Beschwerdemöglichkeit	67
a)	Institutionelle Anforderungen an die Beschwerdeinstanz	67
aa)	Kein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung	68
bb)	Gerichtliche Beurteilung als empfohlene Praxis	69
b)	Anspruch auf ein „möglichst wirksames“ Rechtsmittel	69
aa)	Anspruch auf Beurteilung trotz Geheimhaltung	70
bb)	Anspruch auf einen rechtsverbindlichen Entscheid	71
cc)	Mitteilungspflicht – kein absolutes Recht	71
c)	Abweichen im Notstandsfall?	73
C.	Fazit	74
III.	Bundesverfassung	75
1.	Einleitung	75
2.	Geltungsbereich der Grundrechte	75
A.	Persönlich	76
B.	Örtlich	77
a)	Art. 35 BV als Ausgangspunkt	77
b)	Analyse der Rechtsprechung	79
aa)	BGer 9X.1/1999	79
bb)	BVerfGE 100, 313	81
c)	Stellungnahme	82
C.	Fazit	84
3.	Einschlägige Grundrechte	85
A.	Beurteilungskriterien	85
a)	Ausgangslage: Bedrohung des Rechtsstaates	85
b)	Massgebender Sachverhalt	87

c)	Allgemeine Verfahrensgarantien als Leitgrundrechte	88
d)	Bloss beschränkte „Eingriffsresistenz“	88
e)	Geheimhaltungsinteresse als Beurteilungsmaßstab	90
B.	Allgemeine Verfahrensgarantien (Art. 29)	91
a)	Sachlicher Geltungsbereich	92
b)	Vermittelte Ansprüche	93
aa)	Gleiche und gerechte Behandlung (Abs. 1)	94
bb)	Rechtliches Gehör (Abs. 2)	95
(1)	Kenntnis des Verfahrens	96
(2)	Orientierung, vorgängige Äusserung und Mitwirkung	97
(3)	Akteneinsicht	98
(4)	Begründung	99
c)	Abgrenzungen	100
aa)	Konventionsrechtliche Garantien	100
bb)	Garantien des UNO-Paktes II	101
cc)	Verfassungsrechtliche Garantien	103
(1)	Garantien im Strafverfahren (Art. 32 BV)	103
(2)	Rechtsweggarantie und Anforderungen an gerichtliche Verfahren (Art. 29a und 30 BV)	103
(3)	Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)	104
C.	Rechtsweggarantie (Art. 29a)	105
a)	Grundsatz der Rechtsweggarantie	106
b)	Ausschluss der Rechtsweggarantie?	107
aa)	Innere und äussere Sicherheit als mögliche Ausnahme	108
bb)	Sperrwirkung von Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO- Pakt II	109
cc)	Mangelnde Justiziabilität präventiver Überwachung?	110
dd)	Kein abschliessender Ausnahmekatalog	112
ee)	Geheimhaltungsinteressen als Ausnahme?	112
ff)	Umsetzung auf einfach-gesetzlicher Ebene	113
c)	Fazit	116
D.	Anforderungen an gerichtliche Verfahren (Art. 30)	117
a)	Sachlicher Geltungsbereich	117
b)	Vermittelte Ansprüche	117
aa)	Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht (Abs. 1)	118
(1)	Zwischen Rechtsschutz- und Rechtsweggarantie	118
(2)	Exkurs: Richtervorbehalt bei repressiver Überwachung	119
bb)	Öffentlichkeitsprinzip (Abs. 3)	120

(1) Rückgriff auf Art. 6 EMRK sinnvoll?	120
(2) Teilausschluss der Rechtsweggarantie	121
4. Verfassungsrechtliche Mindeststandards	122
A. Übersicht	122
a) Bezugsobjekt der Geheimhaltung	122
b) Bedeutung konventionsrechtlicher Leitlinien	122
B. Verbot geheimer Staatsstrukturen	123
a) Rechtsstaatsprinzip als Ausgangspunkt	124
b) Extra republicam nulla justitia	124
c) Gebot der institutionellen Transparenz	126
d) Fallbeispiel: Ausserordentlicher Nachrichtendienst	126
C. Verbot geheimer Rechtsetzung	128
a) Geheime parlamentarische Beratung	128
b) Publikationserfordernis	129
c) Problemfall: Auslandsaufklärung	131
aa) Überwachung von Personen im Ausland	131
bb) Überwachung anderer Staaten	132
D. Zulässigkeit geheimer Rechtsanwendungsakte und Verfahren	132
a) Rechtsschutz während der Geheimhaltungsphase?	132
aa) Anspruch auf Rechtsschutz trotz Geheimhaltung	133
bb) Das in camera-Verfahren	134
(1) Kabinettsjustiz?	134
(2) Rechtsschutz beim Anordnen einer Überwachungsmaßnahme	135
(3) Rechtsschutz während laufender Überwachung	136
(4) Mitteilung – Grundsatz oder Ausnahme?	138
(5) Wegfall des Geheimhaltungsinteresses	141
b) Umfassender Rechtsschutz nach Offenlegung	142
aa) Eröffnung des ordentlichen Rechtsmittelwegs	142
bb) Bedeutung der behördlichen Aktenführungspflicht	143
cc) Potentielle Rechtsschutzlücke im Falle dauerhafter Geheimhaltungsinteressen	144
c) Gesamtperspektive auf das Überwachungsverfahren	146
E. Rechtsnatur der Mindeststandards	147
a) Zwischen Kerngehalt und Mindeststandard	147
b) Absolute Minimalgehalte	148
F. Rechtsfolgen bei Missachtung der Mindeststandards	148
a) Während der Geheimhaltungsphase	149
aa) In camera-Verfahren	149
bb) Normenkontrollverfahren	150

b)	Im Rahmen der Offenlegungsphase	152
aa)	Feststellung der Rechtswidrigkeit	152
bb)	Finanzielle Genugtuung	152
G.	Fazit	153
3. Kapitel:	Einfach-gesetzliche Grundlagen	155
I.	Vorbemerkung	155
II.	Überwachungsverfahren <i>de lege lata</i>	155
1.	Geheimhaltungsphase gemäss BWIS	156
A.	Bewilligungsfreie Nachrichtendiensttätigkeit	156
B.	Direktes Auskunftsrecht (Art. 18)	158
a)	Auskunftsgesuch zuhanden des NDB (Abs. 2 und 3)	158
aa)	Mitteilung über den Aufschub der Auskunft	159
bb)	Rechtsnatur des Auskunftsaufschubs	159
b)	Rechtsschutz durch den EDÖB (Abs. 4)	161
aa)	Überprüfung der Mitteilung des NDB	161
bb)	Rechtsverbindliche „Empfehlung“ zuhanden des NDB	163
c)	Rechtsschutz durch das BVGer (Abs. 6)	165
aa)	Überprüfung der Mitteilung des EDÖB	165
bb)	Verfügung zuhanden des NDB	165
d)	Weiterzug an das BGer?	166
aa)	Fehlen einer spezialgesetzlichen Grundlage	166
bb)	Anfechtungsobjekt (Art. 82 lit. a BGG)	166
cc)	Ausschlussgrund (Art. 83 lit. a BGG)	168
dd)	Fazit und Anmerkungen zum Entscheid BGE 138 I 6	170
e)	Individualbeschwerde an den EGMR	172
C.	Übergang zur Offenlegungsphase	172
a)	Ausnahmsweise sofortige Auskunftserteilung	173
b)	Wiederaufnahme des ordentlichen Rechtsmittelwegs	174
aa)	Dahinfallen des Geheimhaltungsinteresses	174
bb)	Ablauf der Aufbewahrungsdauer	175
c)	Dauerhafte Geheimhaltungsinteressen?	175
2.	Offenlegungsphase gemäss DSG	176
A.	Anspruch auf Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung	177
a)	Verfügungsform	178
b)	Im Besonderen: Negativmeldung	178
B.	Umfang der Auskunftserteilung	179

a) Grundsatz der wahrheitsgetreuen und vollständigen Auskunft	179
b) Teilweise Einschränkung der Auskunft	180
C. Instanzenzug	181
a) Erstinstanzlicher Rechtsschutz durch das BVGer	181
b) Weiterzug ans BGR	181
c) Beschwerde an den EGMR	182
3. Zusammenfassung und Anmerkungen	182
III. Überwachungsverfahren <i>de lege ferenda</i>	183
1. Neukodifikation des NDG	183
2. Geplante Verfahrensänderungen	184
A. Neue Mittel der Informationsbeschaffung	184
a) Genehmigungsfreie Beschaffungsmassnahmen	184
b) Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen	185
B. Einführung eines Anordnungsverfahrens	186
a) Antrag des NDB	186
b) Genehmigung durch das BVGer	187
c) Freigabe durch das VBS	189
C. Differenzierung des direkten Auskunftsrechts	189
a) Auskunft nach DSG	190
b) Spezialgesetzliches Auskunftsverfahren nach E-NDG	190
Schlussbemerkungen	193