



Reto Patrick Müller*

Personensicherheitsprüfungen in der Armee

Gedanken aus Anlass des Urteils A-777/2014
des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2014

Personensicherheitsprüfungen (PSP) sind ein legitimes Instrument des präventiven Staatsschutzes. Heute sind sie gesetzlich verankert und gerichtlich überprüfbar. Nach hier vertretener Ansicht trägt die reichhaltige Praxis der Grundrechtsrelevanz von PSP zu wenig Rechnung. Zudem besteht die Tendenz, das Staatsschutzinteresse in einem weiten Sinne zu verstehen. Der jüngste «Sex and Crime»-Fall verdeutlicht die juristischen Herausforderungen an einem anschaulichen Beispiel.

Les contrôles de sécurité relatifs aux personnes (CSP) sont un instrument préventif légitime pour la protection de l'État. Aujourd'hui, ils sont ancrés dans la loi et susceptibles d'examen par les tribunaux. Le point de vue défendu dans cet article est que l'abondante pratique ne tient pas suffisamment compte de la relation entre CSP et droits de l'homme. Il existe en outre une tendance consistant à interpréter l'intérêt de protection de l'État dans un sens large. Le dernier cas de «sex and crime» fait apparaître les défis juridiques dans un exemple illustratif.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Der Fall des Majors A.
 1. Sachverhalt
 2. Eintreten auf die Beschwerde
 3. Risikobegriff nach BWIS
 4. Beurteilung des Risikos
 - 4.1 Rückschlüsse auf die Charakterzüge
 - 4.2 Erpressbarkeit
 - 4.3 Spektakelwert
 5. Verhältnismässigkeit der Risikoerklärung
 6. Ergebnis
- III. Anmerkungen
 1. Vorbemerkung: PSP als Teil des Staatsschutzes
 2. Zum Eintreten auf die Beschwerde
 - 2.1 Verfügung oder Realakt?
 - 2.2 Zulässigkeit der Beschwerde
 3. Zum Prüfungsmassstab der Beschwerdeinstanzen
 4. Zu den Schranken für PSP nach Gesetzes- und Verordnungsrecht
 - 4.1 Zustimmungserfordernis
 - 4.2 Katalog der Datenquellen
 - 4.3 Drei Arten von PSP
 - 4.4 Ausübung verfassungsmässiger Rechte
 - 4.5 Wahrung des rechtlichen Gehörs
 5. Zur Frage nach der Grundrechtsrelevanz von PSP
 - 5.1 Bedeutung der Fragestellung
 - 5.2 Recht auf informationelle Selbstbestimmung
 - 5.3 Grundrechtliche Bedeutung der Einwilligung
 - 5.4 Postulat einer Grundrechtsprüfung
 6. Zur Bedeutung der sicherheitssensitiven Funktion
 7. Zum Spektakelwert
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Das Bundesverwaltungsgericht behandelt im Urteil A-777/2014 vom 30. Oktober 2014 die Beschwerde eines angehenden Bataillonskommandanten bezüglich dessen Personensicherheitsprüfung (PSP). Es bestätigt die Risikoerklärung der Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen des VBS (Fachstelle PSP VBS), welche in der Person des Majors ein mögliches Sicherheitsrisiko erkannt hat.

PSP werden in der Schweiz schon seit geraumer Zeit durchgeführt¹. Einer gerichtlichen Überprüfung sind sie aber erst mit der Schaffung genügender rechtlicher Grundlagen und rechtsstaatlicher Verfahren zugänglich geworden. In der letzten Dekade ist eine stattliche Anzahl von Fällen von der Rekurskommission, später vom Bundesverwaltungsgericht als erster Beschwerdeinstanz beurteilt worden. Höchststrichterliche Entscheide des Bundesgerichts haben die Rechtsprechung gefestigt.

¹ Vgl. dazu die 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 I 1127 ff., 1147: Sie wurden «in der Bundesverwaltung, der Armee und bei der Vergabe von Rüstungsaufträgen durchgeführt. Eine besondere Rechtsgrundlage dafür wurde als entbehrlich betrachtet». Für die Durchführung von PSP im Zusammenhang mit militärischem Geheimnisschutz bestanden (teils unpublizierte) Verfügungen des Eidgenössischen Militärdepartements (EMD), Weisungen des Generalstabschefs sowie eine Verordnung des EMD über das Geheimschutzverfahren bei Aufträgen mit militärisch klassifiziertem Inhalt; vgl. zum Ganzen die Botschaft betreffend die Teilrevision der Militärorganisation und die Totalrevision des Bundesbeschlusses über die Offiziersausbildung vom 28. Juni 1989, BBl 1989 II 1194 ff., 1214.

* Dr. iur., Lehrbeauftragter für Sicherheits- und Polizeirecht an der Universität Basel.

Im Rahmen nachfolgender Urteilsbesprechung wird daher auch ein allgemeiner Blick auf die PSP sowie die zugehörige Gerichtspraxis geworfen. Im Fokus stehen aber die PSP für Militärpersonen.

II. Der Fall des Majors A.

1. Sachverhalt

Vor seiner Beförderung zum Oberstleutnant mit gleichzeitiger (definitiver) Übernahme eines Bataillonskommandos (Reserve) wird Major A. einer PSP unterzogen. Dabei zeigt sich, dass der verheiratete Jurist vorbestraft ist: A. hat in einem Nachtclub mit zwei Kreditkarten Konsumationen und Dienstleistungen im Gegenwert von rund Fr. 4'000.– bezogen. Weil er die Rechnung anschliessend nicht begleichen wollte, hat er bei der Polizei den Verlust der beiden Kreditkarten angezeigt. Dafür wurde er wegen Irreführung der Rechtspflege im Sinne von Art. 304 Ziff. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) und wegen versuchten Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB zu einer bedingten Geldstrafe von 150 Tagessätzen unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren und einer Busse entsprechend einer Ersatzfreiheitsstrafe von 35 Tagen verurteilt (Sachverhalt, B). Kurz vor Ablauf seiner Probezeit besuchte A. – zusammen mit seinem Anwalt – wieder ein Etablissement und nahm sexuelle Dienstleistungen in Anspruch; diesmal aber ohne strafrechtliche Relevanz (Sachverhalt, D).

Die Fachstelle PSP VBS stellt dem Major eine (negative) Risikoerklärung aus. Sie sehe in A. ein «Sicherheitsrisiko und empfehle, ihm keinen Zugang zu VERTRAULICH oder GEHEIM klassifizierten Informationen, GEHEIM klassifiziertem Armeematerial oder militärischen Anlagen mit Schutzzonen 2 und 3 zu gewähren. Zur Begründung führt die Fachstelle im Wesentlichen aus, sein Verhalten lasse bezüglich Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit berechnete Zweifel aufkommen, welche in seiner besonders sicherheitsempfindlichen Funktion ein erhöhtes Sicherheitsrisiko erzeugten. Ein weiteres Sicherheitsrisiko bestehe betreffend Erpressbarkeit» (Sachverhalt, F).

2. Eintreten auf die Beschwerde

Das Bundesverwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde des Majors ein (E. 1.4). Insbesondere stellt es fest, dass es sich bei der Risikoerklärung der Fachstelle PSP VBS um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) handelt (E. 1.2). Eine Ausnahme nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32), wonach unter anderem Beschwerden gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes unzulässig sind, liege nicht vor (E. 1.2).

«Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG)» (E. 2). Es auferlegt sich aber eine gewisse Zurückhaltung, indem es «ohne hinreichenden Grund nicht sein eigenes Gutdünken an die Stelle des Ermessens und des technischen Wissens der Vorinstanz als fachkundige Verwaltungsbehörde» setzt (E. 2). «Soweit die Überlegungen der Vorinstanz als sachgerecht erscheinen, ist grundsätzlich nicht in deren Ermessen einzugreifen» (E. 2).

3. Risikobegriff nach BWIS

Die PSP richten sich nach dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der Inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS, SR 120). «Ziel der Personensicherheitsprüfung nach Art. 19 ff. BWIS ist es, bei gewissen Personen, namentlich auch Angehörigen der Armee, die eine nach Art. 19 Abs. 1 BWIS sensible Funktion ausüben, Sicherheitsrisiken aufzudecken. Gemäss Art. 20 Abs. 1 BWIS werden im Rahmen der Personensicherheitsprüfung sicherheitsrelevante Daten über die Lebensführung der betroffenen Person erhoben, insbesondere über ihre engen persönlichen Beziehungen und familiären Verhältnisse, ihre finanzielle Lage, ihre Beziehungen zum Ausland und Aktivitäten, welche die innere oder die äussere Sicherheit in rechtswidriger Weise gefährden können. (...) Als Sicherheitsrisiken im Sinne des BWIS gelten insbesondere Terrorismus, verbotener Nachrichtendienst, gewalttätiger Extremismus, kriminelle Handlungen, Korruption, finanzielle Probleme, Abhängigkeiten, Erpressbarkeit und exzessiver Lebenswandel» (E. 4.1).

Eine kriminelle Handlung braucht nicht vorzuliegen, um von einem Sicherheitsrisiko auszugehen (E. 4.1). Umgekehrt führt «(e)ine Verurteilung wegen krimineller Handlungen (...) nicht zwingend zu einer negativen Beurteilung bzw. zur Annahme eines Sicherheitsrisikos. Auszugehen ist vielmehr von der Art des Delikts, den Umständen und den Beweggründen der Delinquenz» (E. 6.1).

Des Weiteren kann «(d)ie Bejahung eines relevanten Sicherheitsrisikos im Sinne des BWIS (...) auch aufgrund der Summe mehrerer Risikoquellen gerechtfertigt sein, selbst wenn einzelne davon für sich genommen kein relevantes Sicherheitsrisiko darstellen würden» (E. 4.2.1).

4. Beurteilung des Risikos

4.1 Rückschlüsse auf die Charakterzüge

Bei der Beurteilung des in der Person des Majors A. liegenden Risikos stellt das Bundesverwaltungsgericht insbesondere auf dessen rechtsgültige Verurteilung sowie die Hintergründe und Tatmotive ab: «Es ist zu fragen, ob die damaligen Umstände Rückschlüsse auf Charakterzüge des Beschwerdeführers zulassen, die einen Risikofaktor darstellen» (E. 6.1).

«Das deliktische Verhalten des Beschwerdeführers zeugt von erheblicher krimineller Energie, insbesondere auch in Bezug auf die im Rahmen einer Sicherheitsprüfung geforderten Ei-

genschaften» (E. 6.5.2). Mit seinem «betrügerische(n), täuschende(n) Verhalten» zeigte er sich «ausgerechnet jener Institution – dem Staat – gegenüber als nicht vertrauenswürdig und nicht integer, auf deren Vertrauen er als Bat Kdt angewiesen wäre und welcher er in dieser Funktion hätte dienen sollen. Auch die verhältnismässig geringe Deliktssumme vermag nicht für den Beschwerdeführer zu sprechen» (E. 6.5.2).

Weiter geht das Bundesverwaltungsgericht auf das Verhalten des A. während der Strafuntersuchung ein. Soweit er sich auf den Grundsatz berufe, sich nicht selbst belasten zu müssen, «darf ihm daraus im Strafverfahren kein Nachteil entstehen. Rein rechtlich gesehen kann dem Beschwerdeführer diesbezüglich denn auch nichts vorgeworfen werden» (E. 6.5.3.; Hervorhebung im Original). Jedoch sei bei einer PSP «nicht nur straf- oder zivilrechtlich unzulässiges Verhalten zu berücksichtigen. Eine negative Prognose kann auch aus Verhaltensweisen abgeleitet werden, die lediglich eine mangelnde Sensibilität, Integrität oder Vertrauenswürdigkeit belegen. Daher ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das unkooperative Verhalten des Beschwerdeführers in der Strafuntersuchung negativ gewichtet. Tatsächlich lässt sich daraus auf eine gewisse Uneinsichtigkeit schliessen. Durch eine Zusammenarbeit mit den Behörden hätte er zeigen können, dass er seine Tat bereut und seinen Fehler einsieht. Kooperatives Verhalten im Strafverfahren wird von den Gerichten in den Strafentscheiden denn auch regelmässig als Strafmindierungsgrund anerkannt» (E. 6.5.3.).

Zum zweiten Etablissementbesuch war A. nach eigenen Angaben von seinem Anwalt überredet worden. Obwohl der Besuch strafrechtlich unerheblich ist, zieht das Bundesverwaltungsgericht einen Rückschluss auf die Beeinflussbarkeit des Majors. Es sei «nicht abwegig zu befürchten, dass der Beschwerdeführer erneut Verlockungen gleicher oder anderer Art (etwa Geldleistungen) erliegen und sich zu sicherheitsrelevanten Verhaltensweisen (z.B. Weitergabe von geheimen Dokumenten oder Geheimnisverrat) anstiften lassen könnte» (E. 6.5.4).

Das Bundesverwaltungsgericht hält als erstes Zwischenergebnis die fehlende Eignung des A. zur Übernahme einer sicherheitsempfindlichen Funktion fest: «Aufgrund seiner mangelhaften Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit besteht ein relevantes Risiko, dass der Beschwerdeführer (...) das ihm entgegengebrachte Vertrauen missbrauchen könnte, insbesondere wenn er sich externen Anreizen und/oder Anstiftungen ausgesetzt sähe. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Risikobeurteilung erscheint unter Berücksichtigung der Funktion des Beschwerdeführers als sachgerecht» (E. 6.6).

4.2 Erpressbarkeit

Nebst den in der Person des A. selbst liegenden Risiken (sprich: seiner Charaktereigenschaften) prüft das Bundesverwaltungsgericht sodann das Risiko der Erpressbarkeit: Dieses hängt «von der Anzahl und Bedeutung der «Makel», die für die Erpressung verwendet werden könnten, sowie der Zielattraktivität der Funktion der zu prüfenden Person ab. Es ist grundsätzlich umso kleiner, je mehr Personen und Stellen aus dem persönlichen, beruflichen und

dienstlichen Umfeld über den bzw. die «Makel» informiert sind» (E. 7.1, m.w.H).

Bezüglich des «Makels» stellt das Gericht sowohl auf die begangenen Delikte des A. als auch auf seine beiden Etablissementbesuche ab. Erstere «wiegen relativ schwer und stellen daher, gerade bei einem Juristen und (Angaben zur beruflichen Tätigkeit in leitender Stellung), einen erheblichen Makel dar» (E. 7.4.1.). Die «Zielattraktivität» des A. ist erhöht, da seine Arbeitgeberin keine Kenntnis von seiner Verurteilung hat und er auch nicht beabsichtigt, ihr dies mitzuteilen (E. 7.4.2.). Die «strafrechtlich bedeutungslosen Etablissement-Besuche» seien «an sich (...) höchstens unter moralischen Gesichtspunkten zu beanstanden», sie böten «in Bezug auf eine mögliche Erpressbarkeit aber auch eine nicht zu vernachlässigende Angriffsfläche» (E. 7.4.1.). A. bleibe erpressbar, gleichwohl er sein Verhalten insbesondere gegenüber seiner Ehefrau offengelegt habe (E. 7.4.2.).

Wiederum folgt das Bundesverwaltungsgericht der Fachstelle PSP VBS und folgert als zweites Zwischenergebnis auch aus der Erpressbarkeit des A. «ein gewisses Sicherheitsrisiko» (E. 7.4.3.).

4.3 Spektakelwert

Bei einem dritten Risiko – die Fachstelle PSP VBS und das Bundesverwaltungsgericht bezeichnen es ebenfalls als ein «Sicherheitsrisiko» – geht es um den «Reputationsverlust» und den «Spektakelwert» (E. 8): «Zwar ist die militärische Position des Beschwerdeführers etwa nicht mit derjenigen des früheren Chefs der Armee vergleichbar, über dessen zweifelhaftes Verhalten in den Medien ausgiebig berichtet wurde. Jedoch ist aufgrund seiner Funktion als hoher Stabs-offizier und Bat Kdt in Zeiten, in denen in der Schweiz eine Armee reform diskutiert wird, doch mit einiger Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass die Vorfälle in der medialen Berichterstattung aufgenommen würden und dadurch der Schweizer Armee ein nicht zu vernachlässigender Reputations-schaden entstehen könnte, zumal gerade die Boulevard-Medien «sex and crime»-Nachrichten regelmässig zugespitzt verbreiten» (E. 8.4).

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt folglich in einem dritten Zwischenergebnis auch im «Spektakelwert der Angelegenheit» ein «gewisses Sicherheitsrisiko» (E. 8.4, in fine).

5. Verhältnismässigkeit der Risikoerklärung

Sowohl der Brigadekommandant als auch der Dienstchef der Brigade halten an einer Beförderung des Majors und einer definitiven Kommandoübergabe fest, was aufgrund des nicht bindenden Charakters der Risikoerklärung der Fachstelle PSP VBS möglich ist (E. 9).

Zur Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme stützt sich das Gericht am Rahmen einer allgemeinen verwaltungsrechtlichen Angemessenheitskontrolle (E. 10.1) auf Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999

(BV, SR 101). A. bestreitet weder die Eignung noch die Erforderlichkeit der Risikoerklärung. Das Bundesverwaltungsgericht konzentriert sich daher auf eine Beurteilung ihrer Zumutbarkeit. Eine mildere Massnahme sei jedoch nicht erkennbar. Deshalb erweise sich die Risikoerklärung als verhältnismässig (E. 10.2). Zudem überwiegen die «mit der Risikoerklärung verfolgten öffentlichen Sicherheitsinteressen (...) das private Interesse des Beschwerdeführers an deren Aufhebung, da insbesondere seine beruflichen Interessen nicht tangiert werden» (E. 10.4).

Als viertes Zwischenergebnis stellt das Bundesverwaltungsgericht die Verhältnismässigkeit der Risikoerklärung insgesamt fest.

6. Ergebnis

Entsprechend den vier Zwischenergebnissen wird die Beschwerde des Majors vollumfänglich abgewiesen (E. 12 und Ziff. 1 des Urteilsdispositives).

III. Anmerkungen

1. Vorbemerkung: PSP als Teil des Staatsschutzes

PSP bilden ein Instrument des präventiven Staatsschutzes, indem mögliche personelle Sicherheitsrisiken² frühzeitig erkannt – respektive antizipiert³ – und damit vermieden werden⁴: «Eine der heikelsten und intensivsten Bedrohungen der inneren Sicherheit entsteht dann, wenn an wichtigen Schlüsselstellen eingesetzte Personen Verrat üben, gegen den Staat selber arbeiten oder seine Institutionen auf rechtswidrige Art verändern wollen. Es sollen nur Personen eingesetzt werden, die nicht erpressbar sind und Gewähr bieten, dass sie das ihnen entgegengebrachte Vertrauen nicht missbrauchen»⁵. PSP kommen sowohl für Zivilpersonen (z.B. für Bundesangestellte in leitender Funktion) als auch für Angehörige der Armee in Frage.

² Begrifflich ist zwischen einer Gefahr und einem blossen Risiko zu unterscheiden: Während sowohl zur Annahme der konkreten als auch der abstrakten Gefahr die *hinreichende Wahrscheinlichkeit* eines Schadenseintritts verlangt wird, ist eine solche beim Risiko gerade (noch) nicht gegeben. Das Risiko wird daher (von der soziologischen Risikoforschung) verstanden als Produkt zwischen der Eintretenswahrscheinlichkeit eines Ereignisses und dem potenziellen Schaden, den es verursachen kann; vgl. zum Ganzen RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. III-1*, Basel 2008, Grundbegriffe, Rz. 23 ff.

³ Anders als beim Gefahrenbegriff, welcher aufgrund der ex-ante-Beurteilung auch die sog. *Anscheinsgefahr* mit umfassen kann, gibt es begriffsnotwendigerweise kein *Anscheinsrisiko*. Aufgrund einer gerade nicht hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts geht die Wahrscheinlichkeit der Realisierung eines konkreten Schadens im Produkt auf, aus welchem sich das Risiko ermassen lässt.

⁴ PSP «bilden einen Teil des staatlichen Risikomanagements»; so die Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 28. November über die Umstände der Ernennung von Roland Nef zum Chef der Armee vom 22. April 2009, BBl 2009 3481 ff., 3484.

⁵ Botschaft BWIS (FN 1), 1147.

Der Gesetzgeber hat den von PSP erfassten Personenkreis in Art. 19 Abs. 1 BWIS grundsätzlich eher eng gefasst⁶. Gemäss dem Bundesgericht sind mit den Schlüsselstellen nur die «*besonders wichtigen Schlüsselpositionen*» gemeint⁷. Für Armeeangehörige sieht das Gesetz Risikoprüfungen in einem vergleichsweise viel weiteren Rahmen als für Zivilpersonen vor: Die für Armeeangehörige einschlägige Bestimmung des Art. 19 Abs. 1 Bst. c BWIS verlangt die Durchführung einer PSP bereits bei (blossem) «Zugang zu klassifizierten Informationen, Materialien oder Anlagen»⁸. Weitere, qualifizierte Erfordernisse sind entbehrlich⁹.

Die bezüglich des Schutzes von Informationen unter früherem Recht noch vorgenommene deutliche Unterscheidung zwischen zivilem¹⁰ und militärischem¹¹ Bereich wurde mit der geltenden Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes vom 4. Juli 2007 (ISchV, SR 510.441) relativiert. Die ISchV stützt sich sowohl auf das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010)¹² als auch auf das Militärgesetz vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510)¹³. Ihr Geltungsbereich erstreckt sich auf die gesamte Informationsbearbeitung nach Bundesrecht (vgl. Art. 2 ISchV). Sie regelt insbesondere die verschiedenen Klassifizierungsstufen (Art. 4): GEHEIM (Art. 5), VERTRAULICH (Art. 6) und INTERN (Art. 7). Weiter werden die Anforderungen an Geheimnisträgerinnen und -träger (Art. 10 ff.) sowie Regeln zur Bearbeitung klassifizierter Informationen (Art. 13 ff. und Anhang) festgelegt. Selbst wenn die Bestimmungen der Verordnung über Personensicherheitsprüfungen vom 4. März 2011 (PSPV, SR 120.4) jenen der ISchV im Grunde vorgehen

⁶ Botschaft BWIS (FN 1), 1185.

⁷ BGer, Urteil 8C_788/2011 (2. Mai 2012) E. 2.

⁸ Die Botschaft BWIS (FN 1), 1185, weist einerseits auf den Umstand hin, dass eine klassifizierte Anlage von einer einzigen Person verraten werden könnte; andererseits führe das schweizerische Milizsystem dazu, dass geheime oder vertrauliche Dokumente oft in grösserer Zahl verteilt würden, Risikosituationen hingegen schwerer zu erkennen seien.

⁹ So erfasst Art. 19 Abs. 1 BWIS nach Bst. a nur jene Personen, welche «*regelmässigen und weit reichenden Einblick in die Regierungstätigkeit oder in wichtige sicherheitspolitische Geschäfte haben und darauf Einfluss nehmen können*», nach Bst. b jene, welche «*regelmässig Zugang zu Geheimnissen der inneren oder der äusseren Sicherheit oder zu Informationen haben, deren Aufdeckung die Erfüllung wesentlicher Aufgaben des Bundes gefährden könnte*», und nach Bst. e Personen, welche «*regelmässig Zugang zu besonders schützenswerten Personendaten haben, deren Offenbarung die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen schwerwiegend beeinträchtigen könnte*» (Hervorhebungen nur hier).

¹⁰ Verordnung über die Klassifizierung von Informationen im zivilen Verwaltungsbereich vom 10. Dezember 1990, AS 1991 44.

¹¹ Verordnung über den Schutz militärischer Informationen vom 1. Mai 1990, AS 1990 887.

¹² Art. 8 Abs. 1 RVOG: Delegationsnorm bezüglich die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung; Art. 43 Abs. 2 RVOG: Delegationsnorm bezüglich die Gliederung der Bundesverwaltung in Ämter.

¹³ Art. 150 Abs. 3 MG: Delegationsnorm bezüglich die Wahrung militärischer Geheimhaltung. Vgl. zum Ganzen die Erläuterungen zur Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes (Stand 12. April 2007), insb. 2, online unter <www.vbs.admin.ch => Themen => Integrale Sicherheit => Informationsschutz => Informationsschutzverordnung> besucht am 14. März 2015.

(vgl. etwa Art. 10 Abs. 2 ISchV), bleiben die Klassifizierungsbegriffe der ISchV einschlägig (vgl. Art. 2 PSPV). Die Klassifizierungsbegriffe sowie weitere Begriffsbestimmungen (etwa jene der Information, des Informationsträgers oder der Bearbeitung von Informationen nach Art. 3 Bst. a–c ISchV) beeinflussen auch den Anwendungsbereich der PSP (nach BWIS i.V.m. der PSPV).

Das für PSP relevante Gesetzes-¹⁴ und Verordnungsrecht¹⁵ ist stetigen Revisionen unterworfen¹⁶. Da das Verfahren zur PSP des Majors A. noch unter früherem Recht eingeleitet worden war, stellt das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf die Übergangsbestimmung von Art. 32 Abs. 3 PSPV¹⁷ auf die (altrechtliche) Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen vom 19. Dezember 2001 (aPSPV, AS 2002 377) ab. Auf weitere – inhaltliche – Aussagen mit übergangsrechtlichem Bezug verzichtet das Bundesverwaltungsgericht¹⁸.

2. Zum Eintreten auf die Beschwerde

2.1 Verfügung oder Realakt?

Art. 21 BWIS verlangt, dass die Prüfbehörde einerseits das «Ergebnis der Abklärungen» und die «Beurteilung des Sicherheitsrisikos» der geprüften Person mitzuteilen

habe (Abs. 2) und dass sie andererseits der entscheidenden Instanz ihre Beurteilung des Sicherheitsrisikos schriftlich unterbreite (Abs. 4). Die sog. «Sicherheitserklärung» kann erteilt (dies ergibt sich implizit aus dem Gesetzestext), «nicht erteilt oder mit Vorbehalten versehen» werden (Abs. 3).

Der Verordnungsgeber konkretisiert die gesetzlichen Vorgaben in Art. 22 Abs. 1 PSPV. Explizit auf den Verfügungsbegriff¹⁹ (sic!) abstellend nimmt die Verordnung nachfolgende Differenzierungen vor²⁰:

«Die Prüfbehörde erlässt eine der folgenden Verfügungen:

a. Sicherheitserklärung: Die Person wird als unbedenklich beurteilt.

b. Sicherheitserklärung mit Auflagen: Die Person wird als Sicherheitsrisiko mit Vorbehalt beurteilt.

c. Risikoerklärung: Die Person wird als Sicherheitsrisiko beurteilt.

d. Feststellungserklärung: Für die Beurteilung sind zu wenig Daten vorhanden.»

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich bei einer Risikoerklärung der Fachstelle PSP VBS um eine Verfügung nach Art. 5 VwVG (vgl. oben, Ziff. II/2.)²¹. Folgerichtig tritt es – im Einklang auch mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu PSP²² – auf die Beschwerde des Majors ein. Das Bundesgericht verwendet zwar ebenfalls den Begriff der «Risikoverfügung», vermeidet aber konsequent einen expliziten Bezug auf den für den Verfügungsbegriff massgeblichen Art. 5 VwVG²³.

Da die auftraggebende Behörde nach Art. 21 Abs. 4 BWIS²⁴ nicht an die Beurteilung der Prüfbehörde²⁵ gebunden ist²⁶, kann weder ein positiver noch ein negativer Bescheid der Prüfbehörde Rechte oder Pflichten der überprüften Person (im Sinne von Art. 5 VwVG²⁷) unmittelbar begründen, ändern oder feststellen²⁸. Zudem

¹⁴ 4. Abschnitt des BWIS (Art. 19–21).

¹⁵ Die erste ist die gestützt auf das BWIS erlassene Verordnung vom 20. Januar 1999 über die Personensicherheitsprüfungen (AS 1999 655); sie wurde bereits nach zwei Jahren ein erstes Mal totalrevidiert.

¹⁶ Mit dem Bundesgesetz über die Informationssicherheit würden wesentliche Elemente der ISchV und der PSP-relevanten Bestimmungen des BWIS auf eine neue formell-gesetzliche Grundlage gestellt; vgl. dazu den Erläuternden Bericht vom 26. März 2014 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Informationssicherheit (ISG) sowie den Vorentwurf zum ISG unter <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2014.html#VBS>> besucht am 14. März 2014.

¹⁷ Für Militärpersonen oder Personen innerhalb des VBS ist zudem die gestützt auf die PSPV erlassene Verordnung des VBS über die Personensicherheitsprüfungen vom 12. März 2012 (PSPV-VBS, SR 120.423) zu berücksichtigen.

¹⁸ Tritt neues Recht während eines hängigen Verfahrens in Kraft, steht das Kontinuitätsinteresse der betroffenen Personen dem Interesse der Allgemeinheit nach einer möglichst schnellen und umfassenden Anwendung des neuen Rechts entgegen; vgl. ULRICH MEYER/PETER ARNOLD, Intertemporales Recht, Eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung des beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, ZSR 2005 I 115, 131 ff.

Grundsätzlich ist im Rechtsmittelverfahren auf die «materielle Rechtslage im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids abzustellen»; die bundesgerichtliche Rechtsprechung macht indes gewisse Ausnahmen; ALAIN GRIFFEL, Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts, in: Zentrum für Rechtsetzungslehre/Felix Uhlmann (Hrsg.), Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, Zürich/St. Gallen 2014, 7, 10 f. m.w.H.

Im vorliegenden Fall hätte insbesondere danach gefragt werden können, ob die «Lex Mitior»-Regel zur Anwendung kommen könnte – wozu vertieft zu klären gewesen wäre, welches denn in casu die «Lex Mitior» sei.

Hingegen spielt die Problematik der Verankerung intertemporalen Rechts auf (bloss) Verordnungsstufe m.E. vorliegend keine Rolle, da sowohl PSPV als auch aPSPV sich bezüglich der relevanten Rechtsfragen innerhalb des vom BWIS bereits vorgegebenen formell-gesetzlichen Rahmens bewegen.

¹⁹ Die Marginalie zu Art. 22 PSPV lautet denn auch (ebenso einfach wie keck) «Verfügung».

²⁰ So bereits Art. 21 Abs. 1 aPSPV.

²¹ Ebenso etwa BVGer, Urteil A-2499/2014 (1. Oktober 2014) E. 1.2 (m.w.H. auf die eigene Rspr. sowie die Terminologie des einschlägigen Verordnungsrechts).

²² Vgl. etwa BGE 130 II 473 E. 2.1, 475 oder BGer, Urteil 8C_283/2013 (8. November 2013) E. 5.1. Implizit auch etwa BGer, Urteile 2A.705/2004 (16. März 2005) E. 3.1 und 2A.65/2004 (26. Juni 2004) E. 2.3.3, beide bezüglich der Kognition der damaligen Rekursbehörde.

²³ Vgl. BGE 130 II 473 sowie BGer, Urteile 2A.65/2004 (26. Juni 2004), 8C_788/2011 (2. Mai 2012) oder 2A.705/2004 (16. März 2005).

²⁴ Was Art. 23 Abs. 1 PSPV (und so bereits Art. 24 Abs. 1 aPSPV) unnötigerweise wiederholt.

²⁵ Prüfbehörden sind die Fachstelle PSP VBS sowie die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen in der Bundeskanzlei (Fachstelle PSP BK); vgl. Art. 3 PSPV.

²⁶ Dazu auch etwa BGer, Urteil 8C_283/2013 (8. November 2013) E. 2.

²⁷ FELIX UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 5, Rz. 19 ff.

²⁸ Selbst die Feststellungsverfügung (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG) zeitigt Rechtswirkungen im Sinne des VwVG; vgl. dazu UHLMANN, (FN 27), Rz. 87 sowie MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5, Rz. 57.

vermag das Ordnungsrecht den Verfügungsbegriff nach VwVG nicht auszudehnen²⁹. So könnte – streng genommen – die Frage aufgeworfen werden, ob es sich bei einer Risikoerklärung materiell im Grunde um einen Realakt handelt³⁰.

Eine PSP kann indirekt Auswirkungen auf die Rechtsstellung der überprüften Person zeitigen. Dies insbesondere dann, wenn ein Arbeitsverhältnis eine Sicherheitserklärung voraussetzt und eine Risikoverfügung vertraglich als Kündigungsgrund des Arbeitsverhältnisses gilt³¹.

Wird beanstandet, dass eine im Verfahren einer PSP zu erteilende Sicherheitserklärung Bestandteil eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses bildet, behandelt das Bundesgericht eine entsprechende Beschwerde als vermögensrechtliche Angelegenheit nach Art. 83 Bst. g des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) und macht ein Eintreten vom Erreichen der Streitwertgrenze oder vom Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängig (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BGG)³².

Wesentlich erscheint daher der von Art. 21 BWIS³³ eröffnete spezialgesetzliche Beschwerdeweg an das Bundesverwaltungsgericht³⁴. Die – aus rechtsstatlicher Sicht gebotene³⁵ – Anfechtbarkeit des Prüfbescheids macht die PSP juristisch fass- und überprüfbar³⁶. Zudem handelt es sich beim Verfahren der PSP nach Art. 19 ff. BWIS gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung um ein Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 1 VwVG – mit den entsprechenden Folgen: «Die Verwaltungsbehörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich dabei folgender Beweismittel: Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenschein, Gutachten von Sachverständigen»³⁷.

²⁹ Der blosse Umstand, dass die PSPV die Erklärung als Verfügung bezeichnet, macht diese noch nicht zu einer solchen; vgl. M. MÜLLER (FN 28), Rz. 8.

³⁰ So der Erläuternde Bericht ISG (FN 16), 23.

³¹ Vgl. dazu etwa BGer, Urteil 8C_500/2013 (15. Januar 2014) E. 7.2.

³² BGer, Urteil 8C_58/2011 (31. Januar 2011), Nichteintretensentscheid.

³³ Art. 21 Abs. 3 BWIS: «Wird die Sicherheitserklärung nicht erteilt oder mit Vorbehalten versehen, so kann die betroffene Person Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen».

³⁴ Zur Beschwerde an das Bundesgericht in Sachen PSP ist die betroffene Person, nicht aber der Fachstelle PSP VBS legitimiert. Gemäss BGer, Urteil 8C_470/2014 (11. Dezember 2014) genügt es nicht, dass die Fachstelle PSP VBS als Vorinstanz «verfügt» hat (E. 2.2). Ihr kommt weder eine eigene Rechtspersönlichkeit (E. 3) noch ein gesetzliches Beschwerderecht (sog. Behördenbeschwerde) nach Art. 89 Abs. 2 BGG zu (E. 4.4).

³⁵ Vgl. bereits Vorkommnisse im EJP, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989, BBl 1990 I 637, 827 f.

³⁶ Verfahrensrechtlich besteht ein vollwertiger Rechtsschutz, ohne dass etwa auf die Bestimmung des Art. 25a VwVG (Verfügung über Realakte) zurückgegriffen werden müsste (vgl. dazu BGE 140 II 315 E. 3, 322 ff. [Störfallvorsorge Kernkraftwerk Mühleberg]).

³⁷ BGE 130 II 473 E. 2.1, 475 (vgl. zum Beweisverfahren E. 2.3, 475 f. und zu dessen Grenzen E. 2.4, 476), bestätigt in BGer, Urteile 8C_283/2013 (8. November 2013) E. 5.1 und 8C_683/2012 (4. März 2013); in Letzterem war insbesondere die Beweiserhebung rechtlich zu beurteilen.

2.2 Zulässigkeit der Beschwerde

Die Praxis stellt bei Verfügungen betreffend das Gebiet der inneren Sicherheit nur zurückhaltend auf den Ausnahmetatbestand nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG ab³⁸. Auch im vorliegenden Fall verneint das Bundesverwaltungsgericht m.E. im Resultat zu Recht das Vorliegen einer Ausnahme (E. 1.2), allerdings ohne weitere Begründung.

Tatsächlich beurteilen die Gerichte bei Beschwerden über Risikoerklärungen das in einer Person liegende Risiko abstrakt, indem sie generell auf eine bestimmte Funktion oder auf den Zugang zu vertraulichen Daten an sich abstellen. Eine Ausnahme bezüglich konkreter «actes de gouvernement» auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit wird sich somit kaum je eröffnen³⁹.

3. Zum Prüfungsmasstab der Beschwerdeinstanzen

Das Bundesverwaltungsgericht folgt im vorliegenden Fall seiner ständigen Praxis, wonach es nicht ohne Not in das Ermessen der Vorinstanz eingreift, obwohl ihm eine volle Ermessenskontrolle⁴⁰ zukommt (vgl. oben, Ziff. II/2.). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung mit Bezug auf PSP sowohl unter früherem (damals noch betreffend die Rekurskommission) als auch unter geltendem Recht geschützt.

Die Möglichkeit einer Angemessenheitskontrolle durch die Beschwerdeinstanz «heisst aber nicht, dass sie ohne hinreichenden Grund ihr eigenes Gutdünken an die Stelle des Ermessens und des technischen Wissens der fachkundigen Verwaltungsbehörde setzen darf (...). Sie hat auch nicht den Masstab für sicherheitsrelevante Bedenken selber zu definieren. Dies obliegt in erster Linie dem Bundesrat, dem Departement und den nachgeordneten Verwaltungsbehörden. Aufgabe der Justizbehörden ist nur, zu überprüfen, ob die Exekutivebehörden bei der Konkretisierung des Sicherheitsrisikos bezogen auf eine bestimmte Funktion im Rahmen der delegierten Befugnisse geblieben sind und ob die Beurteilung im Einzelfall gemessen an diesem Masstab korrekt ist»⁴¹.

Dem Bundesgericht selbst bleibt eine Angemessenheitskontrolle in der Regel verwehrt, denn es hat nur zu prü-

³⁸ Vgl. weiterführend ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 1.25 (m.H. auf PSP und in diesem Zusammenhang auf BVGer, Urteil A-527/2010 [19. Oktober 2010] E. 1) sowie FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Bernard Corboz/Alain Wurzbürger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 83 LTF, Rz. 21 ff. m.H. auch auf Art. 32 VGG sowie die «contre-exception» nach Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren).

³⁹ Denkbar wäre immerhin, dass ganz ausnahmsweise eine bestimmte sicherheitssensitive Funktion als solche in den Ausnahmekataloge fiele.

⁴⁰ RENE RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 1587 und 1598 ff.

⁴¹ BGer, Urteil 2A.65/2004 (26. Juni 2004) E. 2.3.3., bestätigt in 8C_788/2011 (2. Mai 2012) E. 5.1.1.

fen, «ob die Vorinstanz ihr Ermessen rechtsfehlerhaft (Art. 95 lit. a BGG) ausgeübt, mithin überschritten, unterschritten oder missbraucht hat»⁴². Soweit indes die Anwendung von Bundesrecht in Frage steht, prüft das Bundesgericht im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten «die Verhältnismässigkeit des angefochtenen Akts grundsätzlich mit freier Kognition»⁴³.

Gleichwohl mutet die bundesgerichtliche Rechtsprechung in PSP-Fällen eher zurückhaltend an.

Aufschlussreich erscheint der Fall der PSP eines zivilen Beamten (Chef der «Basis X.» der Armee), welcher unter anderem wegen Pornografie strafrechtlich verurteilt worden war. Zu Recht – so das Bundesgericht – schützte das Bundesverwaltungsgericht die Risikoerklärung der Fachstelle PSP VBS, denn «(d)ie Risikoabwägung von Verwaltung und Vorinstanz, welche schliesslich auf das Bestehen eines Sicherheitsrisikos im Sinne des BWIS schlossen, beruht jedenfalls nicht auf einem Ermessensmissbrauch und verletzt auch sonst nicht das Willkürverbot (Art. 9 BV), soweit diesbezüglich überhaupt eine der qualifizierten Rügepflicht (...) genügende Argumentation vorgetragen wurde»⁴⁴.

Zwar weicht das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall nicht vom Ergebnis der Vorinstanz ab, es vollzieht deren Erwägungen aber detailliert nach. Damit ist die Türe zur Wahrnehmung einer (rechtlich zulässigen; vgl. oben, Ziff. II/2.) vollen Ermessenskontrolle bereits einen Spalt weit geöffnet. Generell sollte bei Beschwerden gegen PSP dem adäquaten Ausgleich zwischen dem generellen Rechtssicherheitsinteresse und der Angemessenheit des Entscheids im Einzelfall besondere Bedeutung zugemessen werden. Denn bei der rechtlichen Beurteilung von Risikoerklärungen handelt es sich um jeweils sehr individuell gelagerte Fälle, welche sich zudem in grosser Nähe zu den Persönlichkeitsrechten der überprüften Personen zutragen. Das Rechtssicherheitsinteresse ist demgegenüber bei PSP schwer fassbar – viel eher wäre auf das Staatsschutzinteresse abzustellen. Auch im Beschwerdeverfahren erscheint daher eine sorgfältige Abwägung zwischen der jeweiligen sicherheitsrelevanten Funktion und dem konkreten «Vorwurf» (im Sinne eines «Makels» oder «Mangels») an die überprüfte Person geboten⁴⁵. Das Bundesverwaltungsgericht könnte (und sollte) in diesen Fällen von seiner «ohne Not Praxis» abweichen und einem allgemeinen Ermessensmassstab Platz einräumen – insbesondere dann, wenn etwa im erstinstanzlichen Entscheid allfälligen Schematismen gefolgt wird oder ein Abstellen auf Stigmata zu Tage tritt. Letztlich geht es bei PSP um die Beurteilung von Risiken nach objektiven oder objektivierten Kriterien im Einzelfall – die Selbst-

beschränkung der Beschwerdeinstanz auf letztlich grobe Ermessensfehler der Prüfbehörde erscheint umso unbefriedigender, je weiter sich eine Risikobeurteilung von Risiken im Sinne des BWIS (dazu unten, Ziff. III/7.) entfernt.

4. Zu den Schranken für PSP nach Gesetzes- und Verordnungsrecht

4.1 Zustimmungserfordernis

Inhaltliche Schranken für PSP ergeben sich aus dem BWIS selbst. Insbesondere ist zur Durchführung einer PSP die Zustimmung der zu prüfenden Person erforderlich (Art. 19 Abs. 3 BWIS)⁴⁶. Im vorliegenden Fall ermächtigte A. die Fachstelle PSP VBS mit schriftlicher Erklärung zur Datenerhebung nach Art. 20 BWIS (Sachverhalt, A.).

4.2 Katalog der Datenquellen

Nach Art. 20 Abs. 2 BWIS können Daten erhoben werden:

- a. über den NDB aus den Registern der Sicherheits- und der Strafverfolgungsorgane von Bund und Kantonen sowie aus dem Strafregister;
- b. aus den Registern der Betreibungs- und Konkursbehörden der Kantone und der Einwohnerkontrollen;
- c. im Auftrag der Prüfbehörden (Art. 21 Abs. 1) durch Erhebung der zuständigen kantonalen Polizei über die zu prüfende Person;
- d. durch Einholen von Auskünften bei den zuständigen Strafverfolgungsorganen über laufende, abgeschlossene oder eingestellte Strafverfahren sowie die sich darauf beziehenden Gerichts- und Untersuchungsakten;
- e. durch Befragung von Drittpersonen, wenn die betroffene Person zugestimmt hat;
- f. durch persönliche Befragung der betroffenen Person.»

Auf diesen – wohl abschliessenden⁴⁷ – Rahmen der Datenerhebung geht das Bundesverwaltungsgerichtsurteil nicht näher ein⁴⁸.

Die Herkunft der Informationen bezüglich des zweiten, strafrechtlich nicht relevanten Etablissementbesuches geht aus dem Urteil (leider) nicht hervor. Vielleicht hat der Major der Fachstelle PSP VBS selber darüber berichtet.

⁴² So BGer, Urteil 8C_683/2012 (4. März 2013) E. 6.1. Zur Rechtsprechung unter dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege vgl. etwa BGer, Urteil 2A.65/2004 (26. Juni 2004) E. 1.4 und E. 2.3.3.

⁴³ BGer, Urteil 8C_683/2012 (4. März 2013) E. 6.1.

⁴⁴ BGer, Urteil 8C_683/2012 (4. März 2013) E. 6.2.

⁴⁵ Dies gilt insbesondere bei der Beurteilung derart offener Kriterien wie des «erheblichen Spektakelwerts» (vgl. dazu auch unten, Ziff. III/7.).

⁴⁶ Auf das Zustimmungserfordernis wurde verzichtet bei der neu geschaffenen Möglichkeit von PSP nach Art. 113 Abs. 1 Bst. d MG; Änderung vom 19. März 2010, in Kraft seit dem 1. Januar 2011 (AS 2010 6015). Gestützt auf diese formell-gesetzliche Grundlage können PSP durchgeführt werden, um ein mögliches Gefährdungspotenzial durch Armeeinghörige bezüglich des Umgangs mit der persönlichen Waffe zu beurteilen; vgl. zum Ganzen die Botschaft zur Änderung des Militärgesetzes vom 19. August 2009, BBl 2009 5917 ff., 5919.

⁴⁷ So auch die Botschaft BWIS (FN 1), 1187.

⁴⁸ Nach hier vertretener Auffassung bezieht sich das Verb «kann» auf adäquate Massnahmen innerhalb des Kataloges.

4.3 Drei Arten von PSP

Obigen, nach dem Wortlaut als Kann-Vorschrift formulierten Katalog hat der Verordnungsgeber unter Schaffung von drei Arten von PSP bezüglich des Umgangs und der Voraussetzungen zur Datenerhebung (und damit auch -auswertung) konkretisiert: Die PSPV unterscheidet zwischen der *Grundsicherheitsprüfung* (Art. 10 PSPV), der *erweiterten PSP* (Art. 11 PSPV) und der *erweiterten PSP mit Befragung* (Art. 12 PSPV). Neben den je unterschiedlichen Datenerhebungstiefen legt die PSPV fest, unter welchen Umständen die PSP auf die jeweils nächsthöhere Stufe ausgedehnt wird.

a) Grundsicherheitsprüfung

Die Durchführung einer Grundsicherheitsprüfung wird unter anderem⁴⁹ verlangt für Personen (sowohl für Angehörige der Armee als auch für Zivilpersonen), welche Zugriff auf vertrauliche Informationen oder Zugang zur Schutzzone 2⁵⁰ einer militärischen Anlage erhalten sollen⁵¹.

Bei der Grundsicherheitsprüfung werden sowohl nach geltendem als auch nach früherem Recht minimal die Daten nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a und d BWIS erhoben (Art. 10 Abs. 3 PSPV resp. Art. 10 Abs. 2 aPSPV).

b) Erweiterte Personensicherheitsprüfung

Demgegenüber ist die erweiterte PSP insbesondere dann vorgesehen, wenn Personen Zugang zu geheimen Informationen oder Zugang zur Schutzzone 3⁵² einer militärischen Anlage erhalten sollen⁵³ (s.a. oben, Ziff. III/1.). Die Erhebung wird dabei auf Daten nach Art. 20 Abs. 2 Bst. b BWIS sowie auf Informationen aus dem nationalen Polizeiindex ausgedehnt (Art. 11 Abs. 3 PSPV).

Strenger noch das alte Recht, welches für erweiterte PSP ohne Weiteres die Erhebung von Daten nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a–e zugelassen hat (Art. 11 Abs. 2 aPSPV). Somit war im vorliegenden Fall (erweiterte PSP gem. aPSPV) – unter der Voraussetzung des Einverständnisses des Majors – insbesondere die Befragung von Drittpersonen (Art. 20 Abs. 2 Bst. e BWIS) möglich⁵⁴.

Im Jahre 2012 fanden rund 28'000 erweiterte PSP statt⁵⁵, wobei es sich grossmehrheitlich um «militärische» PSP gehandelt haben dürfte⁵⁶.

⁴⁹ Zum eher engen Kreis der PSP unterliegenden Zivilpersonen im Vergleich zum eher weiten Kreis der PSP unterliegenden Militärpersonen vgl. oben, Ziff. III/1.

⁵⁰ Vgl. dazu die Definition gem. Art. 3 Abs. 2 Bst. b der Verordnung über den Schutz militärischer Anlagen vom 2. Mai 1990 (Anlage-schutzverordnung, SR 510.518.1).

⁵¹ Vgl. aber auch die weiteren, in der Praxis wohl weniger häufig zur Anwendung kommenden Kriterien nach Art. 10 Abs. 2 PSPV.

⁵² Vgl. dazu die Definition gem. Art. 3 Abs. 2 Bst. c der Anlage-schutzverordnung.

⁵³ Vgl. aber auch die weiteren, in der Praxis wohl weniger häufig zur Anwendung kommenden Kriterien nach Art. 11 Abs. 2 PSPV.

⁵⁴ Zu bedenken gilt jedoch, dass diese Drittpersonen nicht zu Aussagen verpflichtet werden können.

⁵⁵ So der Erläuternde Bericht ISG (FN 16), 23.

⁵⁶ Vgl. die PSPV-VBS (FN 17).

c) Erweiterte Personensicherheitsprüfung mit Befragung

Eine erweiterte PSP mit Befragung ist – eigentlich (vgl. aber nachfolgend, Bst. d) – nur zulässig für Personen, welche regelmässigen Einblick haben in besonders sensitive vertrauliche Informationen⁵⁷. Die persönliche Befragung bedeutet weit mehr als eine Einbindung der zu überprüfenden Person in das Verfahren durch eine frühzeitige Wahrung des rechtlichen Gehörs; sie stellt «einen erheblichen Eingriff in die Geheimsphäre des Betroffenen dar, da die Lebenssituation und -führung – die für die Beurteilung des Sicherheitsrisikos zentral ist – eingehend und möglichst lückenlos ausgeleuchtet werden muss. Dabei sind insbesondere enge persönliche Beziehungen, die familiäre Situation, Alkohol- oder Betäubungsmittelmissbrauch, persönliche Schulden, Nebenbeschäftigungen usw. festzustellen, was im Wesentlichen nur auf dem Weg der mündlichen Befragung zuverlässig geschehen kann»⁵⁸.

Bei einer erweiterten PSP mit Befragung werden grundsätzlich die Daten nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a bis d ausgewertet (Art. 12 Abs. 3 PSPV). Bei einem engen Kreis von Zivilpersonen, welche die Kriterien von Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 PSPV erfüllen⁵⁹, tritt eine persönliche Befragung nach Art. 20 Abs. 2 Bst. f BWIS kraft Art. 12 Abs. 3 PSPV hinzu.

Eine Befragung von Drittpersonen ist anlässlich einer erweiterten PSP mit Befragung in jedem Falle möglich (vgl. Art. 12 Abs. 3 letzter Satz PSPV).

Eine erweiterte PSP mit Befragung war unter früherem Recht einfacher durchzuführen, da der gesamte Prüfkatalog nach Art. 20 Abs. 2 BWIS eröffnet war (vgl. Art. 12 Abs. 2 aPSPV).

d) Durchlässigkeit

Die Unterscheidung zwischen den drei verschiedenen intensiven Prüfprogrammen bildet keine absolute Schranke. So sehen sowohl Art. 10 Abs. 4 PSPV für die Grundsicherheitsprüfung als auch Art. 11 Abs. 4 PSPV für die erweiterte PSP eine Ausweitung auf den gesamten Katalog nach Art. 20 Abs. 2 BWIS vor, wenn

- «a. die betreffende Person in einem Register nach Artikel 20 Absatz 2 BWIS verzeichnet ist;
- b. für die Beurteilung zu wenig Daten vorhanden sind;
- c. die Prüfbehörde über (nach Art. 11 Abs. 4 PSPV zusätzliche) sicherheitsrelevante Informationen verfügt und aus diesem Grund beabsichtigt, die Verfügung nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a nicht zu erlassen.»

Die Bestimmung nach Bst. a erscheint klar und einleuchtend. Bei jener nach Bst. c stellt sich die Frage nach der Herkunft der «sicherheitsrelevanten Informationen» (Art. 10 Abs. 4 PSPV) respektive der «zusätzlichen sicher-

⁵⁷ Vgl. aber auch die Aufzählung in Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 PSPV.

⁵⁸ BGE 130 II 473 E. 4.5, 479 (m.H. auf die Botschaft BWIS [zur Fundstelle s. FN 1]). Vgl. zur persönlichen Befragung ebenfalls BGer, Urteil 2A.705/2004 (16. März 2004) E. 2.2 f. («Fairness» der Befragung).

⁵⁹ Dabei handelt es sich mehr oder weniger um jenen engen Personenkreis, welcher nach ursprünglicher Intention hätte überprüft werden sollen (vgl. oben, Ziff. III/1.).

heitsrelevanten Informationen» (Art. 11 Abs. 4 PSPV). Eine Erweiterung der Datenanalyse nach Bst. b erscheint m.E. nur dann als verhältnismässig, wenn sich bereits Hinweise auf Risiken ergeben haben, welche auch hinsichtlich der Begründung der Risikoverfügung vertieft beurteilt werden müssen. Ein «Suchen bis gefunden» wäre nach der systematischen (und wohl auch nach der teleologischen) Auslegungsmethode mit der Eskalation auf die nächsthöhere Prüfstufe nicht gemeint.

Bei der Übernahme eines Bataillonskommandos ist jeweils eine erweiterte PSP vorgesehen (im vorliegenden Fall nach Art. 11 aPSPV; vgl. auch unten, Ziff. III/6.). Aufgrund der Verzeichnung des A. in einem der von Art. 20 Abs. 2 Bst. a–d erwähnten Register (hier: im Strafregister) leitete die Fachstelle PSP VBS gestützt auf Art. 11 Abs. 3 aPSPV⁶⁰ eine erweiterte PSP mit Befragung (Art. 12 aPSPV) ein (Sachverhalt, E.). Die wesentlichen, auch den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts tragenden Risiken ergeben sich aus der strafrechtlichen Verurteilung des A. gestützt auf den von den Strafverfolgungsbehörden erhobenen Sachverhalt (Art. 20 Abs. 2 Bst. a und d BWIS). Diese Daten hätten bereits bei einer Grundsicherheitsprüfung erhoben werden können. Eine Ausdehnung der PSP lässt grundsätzlich sowohl Erkenntnisse zu, welche der überprüften Person zugute kommen, als auch solche, welche den abstrakten «Risikoverdacht» des Gesetz- und Verordnungsgebers konkret belegen oder zumindest stützen (respektive in einer «Verfügung»: begründen) können.

4.4 Ausübung verfassungsmässiger Rechte

Eine weitere (nach der Gesetzessystematik sogar erste) Schranke betrifft die Ausübung verfassungsmässiger Rechte, worüber keine Daten «erhoben»⁶¹ werden dürfen (Art. 20 Abs. 1 BWIS, letzter Satz)⁶². Aus historischen Gründen ist dabei primär an die Ausübung politischer Rechte zu denken. Zu den verfassungsmässigen Rechten gehören im Zusammenhang mit PSP aber auch die Grundrechte allgemein⁶³ sowie insbesondere die Kommunikationsgrundrechte (Art. 16 ff. BV).

Das Bundesverwaltungsgericht erwähnt den Vorbehalt (E. 4.1), setzt sich aber nicht vertieft damit auseinander: Auf den Einwand des A., er habe im Strafverfahren (welches zu einer Verurteilung auch wegen Irreführung der Justiz geführt hat; vgl. oben, Ziff. II/1.) «lediglich von

seinem verfassungsmässigen Recht, die ihm vorgeworfene Tat abzustreiten, Gebrauch gemacht» (E. 6.3) entgegnet es mit dem Hinweis auf seine «erhebliche kriminelle Energie, insbesondere auch in Bezug auf die im Rahmen einer Sicherheitsprüfung geforderten Eigenschaften» (E. 6.5.2; vgl. oben, Ziff. II/4.1).

Tatsächlich gehören auch die grundrechtlichen Garantien fairer administrativer und gerichtlicher Verfahren (Art. 29–32 BV) zu den verfassungsmässigen Rechten⁶⁴. Zwar gelten im Verfahren zur Durchführung von PSP an sich andere (als strafrechtliche) Massstäbe, doch dürfte einer Person bei der Risikobeurteilung beispielsweise nicht zur Last gelegt werden, dass sie in einem früheren Verfahren nicht gegen sich selbst ausgesagt hat⁶⁵. Sprich es wäre heikel, aus der Ausübung eines Grundrechts auf einen «Charaktermangel» und damit auf ein Risiko zu schliessen. Im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Irreführung der Justiz wird jedoch kein (verfahrens-)grundrechtlicher Schutzbereich mehr eröffnet sein⁶⁶.

Ein unmittelbares Abstellen auf die «erhebliche kriminelle Energie» des A. (bezüglich Beurteilungen nach Art. 20 Abs. 1 BWIS, letzter Satz) erweist sich im Zusammenhang mit der Ausübung verfassungsmässiger Rechte m.E. weder als notwendig noch als richtig. Soweit ein Strafgericht einem Urteil (auch) eine (moralische) Wertung zugrunde gelegt hat, wird diese durch das Urteil objektiviert.

4.5 Wahrung des rechtlichen Gehörs

Im Falle der Nichterteilung einer Sicherheitserklärung sieht Art. 21 Abs. 1 PSPV (ähnlich bereits Art. 20 Abs. 1 aPSPV) unter der Marginalie «Rechtliches Gehör» vor, der betroffenen Person Gelegenheit einzuräumen, «zum Ergebnis der Abklärungen schriftlich Stellung zu nehmen». Nach Art. 21 Abs. 2 PSPV (resp. Art. 20 Abs. 2 aPSPV) kann die zu überprüfende Person «die Prüfungsunterlagen jederzeit einsehen» – wobei die Norm gleichsam einen Vorbehalt zugunsten der Art. 9 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) bezüglich der Einschränkung des Auskunftsrechts sowie der Art. 27 bezüglich der Ausnahmen von der Akteneinsicht und 28 bezüglich der Massgeblichkeit geheimer Akten des VwVG anbringt⁶⁷.

⁶⁰ Art. 11 Abs. 3 aPSPV: «Ist eine Person in den Registern nach Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe a–d BWIS verzeichnet und beabsichtigt die Fachstelle aus diesem Grund eine negative Verfügung oder eine Verfügung mit Auflagen zu erlassen, leitet sie eine erweiterte Sicherheitsprüfung mit Befragung nach Artikel 12 ein.»

⁶¹ Respektive wohl: ausgewertet.

⁶² Die Botschaft BWIS (FN 1), 1186 spricht diesbezüglich von der «rechtmässigen politischen Betätigung», welche «nicht als Sicherheitsrisiko betrachtet» werden darf.

⁶³ Auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit liesse sich nach schweizerischem Verständnis jedoch nur insofern abstellen, als damit identitätsstiftende Eigenschaften der Persönlichkeit geschützt werden; vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV (3. Aufl.), Rz. 38 ff. oder JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 138 ff.

⁶⁴ Vgl. dazu MÜLLER/SCHEFER (FN 63), 817 ff.

⁶⁵ Die gerichtliche Praxis versteht diese Grundrechtsposition nicht absolut, was zu Kritik aus der Lehre geführt hat. Zu Herleitung, Umfang und Bedeutung der «Freiheit vor Zwang zur Selbstbelastung» vgl. insb. STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 32 BV (3. Aufl.), Rz. 6 ff. (m.w.H.); vgl. zudem etwa MÜLLER/SCHEFER (FN 63), 984 ff.

⁶⁶ Eine andere – und zugegebenermassen heikle – Frage ist, inwieweit Lügen, kollusives Verhalten etc. im Rahmen eines Strafverfahrens grundrechtlichen Schutz geniessen. Möglicherweise wäre eine Berufung auf die Ausübung verfassungsmässiger Rechte im Fall einer vorgängigen rechtskräftigen Verurteilung sogar rechtsmissbräuchlich.

⁶⁷ Der letzte Satz von Art. 22 Abs. 2 aPSPV «In der Risikoverfügung darf nur auf solche Daten abgestellt werden, die der betroffenen Person bekannt gegeben worden sind» findet sich in der PSVP nicht mehr.

5. Zur Frage nach der Grundrechtsrelevanz von PSP

5.1 Bedeutung der Fragestellung

Das BWIS dient nach seinem Zweck «der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung» (E. 4.1). Dazu, ob die Durchführung der PSP selbst einen Eingriff in von der BV garantierte Grundrechte des Majors darstellen könnte⁶⁸, äussert sich das Bundesverwaltungsgericht nicht weitergehend.

Zur Prüfung der Verhältnismässigkeit der verwaltungsrechtlichen Massnahme stützt es sich im Rahmen einer allgemeinen Angemessenheitskontrolle auf Art. 5 Abs. 2 BV (E. 10.1)⁶⁹. Damit werden zwar formell die gleichen Punkte wie bei der grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 36 BV behandelt (Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit einer Massnahme unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses) – doch fällt diese nach dem Massstab von Art. 5 Abs. 2 BV weniger intensiv aus⁷⁰. Denn ohne den Einbezug grundrechtlicher Positionen, an welchen eine Massnahme gemessen wird, ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung von vorneherein weniger intensiv.

5.2 Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Sammeln und Auswerten persönlicher Daten tangiert insbesondere das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* der zu überprüfenden Personen⁷¹. Der grundrechtliche Schutz richtet sich nach Art. 13 BV⁷² sowie nach Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101)⁷³.

⁶⁸ Dies scheint der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu entsprechen.

⁶⁹ Vgl. dazu SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV (3. Aufl.), Rz. 49.

⁷⁰ Zu den Unterschieden der Prüfung der Verfassungsmässigkeit staatlicher Handlungen nach Art. 5 Abs. 2 BV und nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV vgl. auch die Urteilsbesprechung von YVO HANGARTNER, Bundesgericht, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. Juli 2012, Schweizerischer Versicherungsverband (SVV), sechs Versicherungsunternehmen und A. c. Kanton Glarus, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (2C_485/2010), AJP 2012 1817 ff., 1818.

⁷¹ Ähnlich der Erläuternde Bericht ISG (FN 16), 21, welcher auf die «*Persönlichkeitsrechte der zu prüfenden Person*» abstellt.

⁷² Vgl. etwa SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 13 BV (3. Aufl.), Rz. 74 ff., MÜLLER/SCHÉFER (FN 63), 164 ff. oder PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich/Basel/Genève 2003, Art. 13, Rz. 15 ff.

⁷³ Vgl. etwa MICHELLE LAFFERTY, The Right to Respect for Private and Family Life, Home, and Correspondence, in: David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl., Oxford 2014, 522 ff. (zum Geltungsbereich) sowie insb. 559 (Datensammlungen, Aufbewahrung und Offenlegung), m.H. auf die sehr lebendige Rechtsprechung des EGMR, oder CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012, § 22, Rz. 1 f. (Allgemein) sowie insb. § 22, Rz. 9 ff., 27 und 32 ff.

Auch das Bundesgericht hält zumindest bezüglich einer persönlichen Befragung anlässlich einer PSP fest, diese stelle «*einen erheblichen Eingriff in die Heimosphäre des Betroffenen dar*»⁷⁴.

Sofern keine Kerngehaltsverletzung vorliegt (vgl. Art. 36 Abs. 4 BV), können Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden (vgl. Art. 36 Abs. 1–3 BV). PSP können einen schweren Grundrechtseingriff darstellen⁷⁵. Der mögliche Prüfungsinhalt von PSP wird im BWIS und damit in einem formellen Bundesgesetz festgelegt. Das Gesetz lässt keinen Zweifel darüber, dass selbst grundrechtsrelevante Daten erhoben oder ausgewertet werden können: Bei PSP «*werden sicherheitsrelevante Daten über die Lebensführung der betroffenen Person erhoben, insbesondere über ihre engen persönlichen Beziehungen und familiären Verhältnisse, ihre finanzielle Lage, ihre Beziehungen zum Ausland und Aktivitäten, welche die innere oder die äussere Sicherheit in rechtswidriger Weise gefährden können*» (Art. 20 Abs. 1 BWIS).

Die Rechtsprechung, welcher auch das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall folgt (vgl. E. 4.1), stellt den Katalog über den Umfang und die Tiefe der Datenerhebung zu Recht in enge Beziehung zum Zweck der PSP: «*Als Sicherheitsrisiken im Sinne des BWIS gelten insbesondere Terrorismus, verbotener Nachrichtendienst, gewalttätiger Extremismus, kriminelle Handlungen, Korruption, finanzielle Probleme, Abhängigkeiten, Erpressbarkeit und exzessiver Lebenswandel.*»⁷⁶ Eine kriminelle Handlung braucht hingegen nicht vorzuliegen, um von einem Sicherheitsrisiko auszugehen (E. 4.1; dazu oben, Ziff. II/3.)⁷⁷.

5.3 Grundrechtliche Bedeutung der Einwilligung

Die für jede PSP notwendigerweise einzuholende Einwilligung der zu überprüfenden Person ist unter grundrechtlichen Gesichtspunkten zu relativieren. Zwar vermag eine Einwilligung unter Umständen die gesetzliche Grundlage eines Grundrechtseingriffes zu ersetzen⁷⁸ – aber nur, soweit keine schweren Grundrechtseingriffe in Frage stehen⁷⁹. Auf jeden Fall ausgeschlossen wäre eine Einwilligung in die Verletzung von Kerngehalten von Grundrechten⁸⁰.

PSP sind in Art. 19 ff. BWIS bereits ausreichend formell-gesetzlich verankert (vgl. oben, Ziff. III/5.2). Die Einwilligung zur Durchführung einer bestimmten PSP

⁷⁴ BGE 130 II 473 E. 4.5, 479; dazu bereits oben, Ziff. III/4.3.c.

⁷⁵ Der Erläuternde Bericht ISG (FN 16), 21 geht (offenbar in jedem Falle) von einem schweren Grundrechtseingriff aus.

⁷⁶ Vgl. etwa BVGer, Urteil A-102/2010 (20. April 2010) E. 4.4.1. (m.w.H.) respektive BGer, Urteil 8C_788/2011 (2. Mai 2012) E. 2.

⁷⁷ So die ständige Rechtsprechung; vgl. u.a. BVGer, Urteile A-777/2014 (30. Oktober 2014) E. 4.1 oder A-102/2010 (20. April 2010) E. 4.4.1. (m.w.H.), und im Anschluss an Letzteres BGer, Urteil 8C_788/2011 (2. Mai 2012) E. 2.

⁷⁸ MARKUS SCHÉFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, 70 ff. (m.w.H.).

⁷⁹ SCHÉFER (FN 78), 71 (m.w.H.), sowie SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV (3. Aufl.), Rz. 30.

⁸⁰ SCHÉFER (FN 78), 98; SCHWEIZER (FN 79), Rz. 30.

kann allenfalls als Anerkennung der Zulässigkeit von Massnahmen auf Verordnungsstufe (insb. der PSPV) gedeutet werden. Da sie grundrechtliche Schutzbereiche⁸¹ nicht einzuschränken vermag, steht die Einwilligung einer Grundrechtsprüfung nicht entgegen.

Eine (weitergehende) Einwilligung könnte folglich etwa dann eine besondere Bedeutung erlangen, soweit im Rahmen einer Risikoverfügung die gesetzliche Grundlage für eine Auflage fehlt⁸².

5.4 Postulat einer Grundrechtsprüfung

Die Berücksichtigung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung im Rahmen von Beschwerdeverfahren hätte zur Konsequenz, dass in konkreten Einzelfällen das einer Massnahme zu Grunde liegende öffentliche Interesse (nicht bloss «vorhanden» sein müsste, sondern) an der Grundrechtsposition zu messen wäre. Erst dadurch bildet das Element des öffentlichen Interesses (am Schutz von vertraulichen Daten u.dgl.) bei PSP mehr als eine bloss symbolische Schranke.

Soweit vertreten würde, für militärische PSP sei primär auf ein sog. Sonderstatusverhältnis der militärdienstpflichtigen Personen abzustellen, stünde dies einer Grundrechtsprüfung nicht entgegen. Vielmehr wäre der Charakter des Sonderstatusverhältnisses bei den einzelnen Prüfpunkten (den Anforderungen an eine formell-gesetzliche Grundlage, dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit) zu berücksichtigen.

Soweit ein Eingriff in ein Grundrecht vorliegt, muss die konkrete Durchführung respektive das Ergebnis einer PSP im Einzelfall vor dem – gegenüber Art. 5 Abs. 1 BV strengeren – grundrechtlichen Eingriffs-Massstab nach Art. 36 Abs. 1–3 BV standhalten.

Das Bundesverwaltungsgericht ist auf das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen verpflichtet: Es bleibt nicht an die allenfalls weniger weit reichenden Vorbringen einer Partei gebunden⁸³, sondern kann den Rahmen der rechtlichen Beurteilung gegebenenfalls ausdehnen⁸⁴. Damit sind PSP einer grundrechtlichen Beurteilung selbst dann zugänglich, wenn im Beschwerdeverfahren keine Grundrechtsrügen erhoben worden sind.

Grundrechtsrelevant erscheint sodann der Umgang mit Dokumenten, welche bei der Durchführung einer PSP erst entstehen und zwischenzeitlich oder anschliessend gespeichert werden. So stand in einem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall der Zugriff auf ein Dokument über eine PSP infrage, welches im

Polizei-Informationssystem POLIS (sic!) abgespeichert war⁸⁵.

6. Zur Bedeutung der sicherheitssensitiven Funktion

Bei der Durchführung einer PSP kommt dem rechtlichen Rahmen der jeweiligen sensitiven Funktion oder den mit der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit verbundenen sicherheitsrelevanten «Verhaltensmöglichkeiten» einer Person eine besondere Bedeutung zu. Das Verständnis einer konkreten sicherheitsempfindlichen Funktion ist wesentlich zur Beurteilung eines möglichen Risikos.

Beispielhaft der Fall einer zivilen PSP, welche den Abteilungschef und gleichsam Vizedirektor eines (mit Bereichen der inneren Sicherheit betrauten) Bundesamts betraf. Das Bundesgericht hat sicherheitsrelevante Bedenken mit der «*ausserordentlich sicherheitsempfindlichen, politisch heiklen und verantwortungsvollen Führungsfunktion (...)»* des Mannes begründet, «*welche einer grossen öffentlichen und medialen Aufmerksamkeit ausgesetzt und dementsprechend exponiert ist*»⁸⁶.

Weniger deutlich fand die Abwägung im Falle des Chefs der «*Basis X. der Armee*» statt, dessen PSP aufgrund von «*mehreren strafrechtlich relevanten Vorfällen mit rechtskräftiger Verurteilung wegen Pornographie*» und darauf resultierender Erpressbarkeit sowie «*Risiken eines Reputationsverlusts und Spektakelwerts für den Staat*» negativ ausgefallen war (vgl. oben, Ziff. III/3.)⁸⁷. Das Bundesgericht verweist immerhin auf die Funktion, welche «*aufgrund des Zuganges zu vertraulich klassifizierten Informationen im Bereich Y. der Armee – mit entsprechenden Geheimhaltungsinteressen des Staates – ein hohes Mass an Vertrauenswürdigkeit, Sensibilität und Gefahrenbewusstsein*» voraussetzt⁸⁸.

Vorliegend misst sich ein von A. ausgehendes Risiko an der Funktion eines Bataillonskommandanten. Bataillonskommandanten werden in jedem Falle einer erweiterten PSP unterzogen⁸⁹. Damit haben der Gesetz- und der Ordnungsgeber bereits bei der Festlegung des Rahmens der PSP einen wertenden Entscheid betreffend einer eingehenderen Sicherheitsprüfung getroffen.

Das Bundesverwaltungsgericht scheint der Funktion des A. zusätzliches Gewicht beizumessen, bezeichnet es einen Major/Oberstleutnant doch gar als «*hohen Stabs-offizier*» (E. 8.4) – was weder der militärischen Terminologie⁹⁰ noch dem allgemeinen Verständnis dieser Funktion⁹¹ entspricht (A. ist «*nur*» Stabs-offizier).

⁸¹ Neben dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung könnten bei PSP auch etwa Verfahrensgrundrechte sowie allgemeine Grundrechtsgarantien wie das Willkürverbot oder die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot tangiert sein.

⁸² Vgl. dazu die Konstellation in BVGE 2012/25 mit E. 9.6, 517.

⁸³ Vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG; aus der Literatur etwa RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (FN 40), Rz. 1664.

⁸⁴ Vgl. etwa auch BVGE 2007/41 E. 2, 528 f., wonach das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen die auf den rechtserheblichen Sachverhalt zutreffenden Rechtsnormen suchen und anwenden muss.

⁸⁵ Vgl. BGER, Urteil 6B_430/2013 (13. Dezember 2014) E. 2.1.2.

⁸⁶ BGER, Urteil 8C_788/2011 (2. Mai 2012) E. 5.2.1.

⁸⁷ BGER, Urteil 8C_683/2012 (4. März 2012) Sachverhalt, A. und E. 4.2.

⁸⁸ BGER, Urteil 8C_683/2012 (4. März 2012) E. 6.2.

⁸⁹ Vgl. Ziff. 14 der PSPV-VBS (FN 17); vgl. oben, Ziff. III/4.3.d.

⁹⁰ Ein «*höherer Stabs-offizier*» (HSO) ist nicht ein Offizier in Stabsfunktionen oder einer Angehöriger des Generalstabs, sondern ein Offizier aus der entsprechenden Dienstgradgruppe – im Range eines Brigadiers oder höher.

⁹¹ So bilden die beiden tiefsten Offiziersränge – jener des Leutnants und des Oberleutnants – die Gruppe der Subalternoffiziere. Haupt-

Die Fachstelle PSP VBS wies grundsätzlich darauf hin, dass ein Bataillonskommandant «*seine Aufgaben in erster Linie (...) durch sein persönliches Vorbild erfüllen*» muss; das «*Bekanntwerden seiner einschlägigen Vergangenheit könne bei Kaderkollegen oder Unterstellten zur Untergrabung der Moral innerhalb des Truppenkörpers führen sowie Anfeindungen oder Übergriffe nach sich ziehen*» (E. 6.2). Das Bundesverwaltungsgericht geht im Anschluss daran nicht näher auf die konkreten sicherheitsrelevanten Funktionen ein, welche A. als Kommandant eines bestimmten Bataillons der Reserve wahrnehmen würde. Vielmehr sei «*ein gewisser Schematismus unumgänglich. Es ist grundsätzlich vom Stellenbeschrieb auszugehen, zumal dieser alle möglichen Aufgaben auflistet und die Prüfung im Hinblick auf sämtliche allenfalls zu erledigenden Aufgaben erfolgt*» (E. 6.4). Es attestiert eine «*mangelnde Eignung für eine sicherheitsempfindliche Funktion*» (E. 6.6).

Tatsächlich erhält jeder Bataillonskommandant zumindest klassifizierte Informationen über die in seinem Verband eingeteilten Angehörigen der Armee und muss mit diesen umgehen (sog. PISA-Daten). Ob er darüber hinaus Zugang zu – weiteren – klassifizierten, allenfalls gar geheimen Informationen erhält, hängt jedoch vom jeweiligen Kommando und einer allfälligen Verwendung des Verbandes ab. So besteht beispielsweise in mit der Führungsunterstützung betrauten aktiven Verbänden in viel weiterem Masse Zugang zu klassifizierten Daten als etwa bei einem Reserve-Infanterie Bataillon.

Im Übrigen wären A. als Reservekommandant bloss ein Bataillonsstab sowie eine Anzahl Kompaniekommandanten unterstellt. Reserveverbände verfügen über keine aktiv eingeteilten Soldaten («Phantom-Verbände»). Alle Offiziere des Reserve-Bataillons stehen in engem persönlichem Kontakt, was das Risiko einer Untergrabung der Truppenmoral m.E. stark reduziert. Heikel würde erst eine «Reaktivierung» des A., die mit einer Auflage vermieden werden könnte.

Falls die Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts im Kontext zu jener der Fachstelle PSP VBS in dem Sinne zu verstehen wäre, dass das Sicherheitsrisiko in der mangelnden Eignung des A. als Führungsperson bestehe, würde die PSP mit der Beurteilung des A. als militärischem Kommandanten vermengt. Selbstverständlich ist der vorbestrafte A. im Sinne des BWIS nicht vertrauenswürdig – selbstverständlich besteht in seiner Person ein Sicherheitsrisiko (vgl. zum ersten und zweiten Zwischenfazit des Bundesverwaltungsgerichts oben, Ziff. II/4.1 und Ziff. II/4.2). Doch sollte m.E. die Qualifikation der «Führungsperson» A., welche seinem militärischen Vorgesetzten obliegt, nicht mit einer Risikobeurteilung vermengt werden⁹².

männer (auch weibliche) bilden eine eigene Kategorie der Hauptleute. Offiziere zwischen dem Majorsrang und dem Obersten werden in der Gruppe der Staboffiziere zusammengefasst.

⁹² Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass selbst ein «filou» ein guter Kommandant sein kann (honi soit qui mal y pense).

7. Zum Spektakelwert

Fraglich ist, inwiefern ein (wie auch immer gearteter, erheblicher) «Spektakelwert» als eigenständiges Kriterium zur Prüfung des Sicherheitsrisikos eines Miliz-Reservebataillonskommandanten gehört. Zweifellos werden «sex and crime»-Fälle insbesondere von den Boulevard-Medien dankbar aufgegriffen. Sofern das Verhalten der militärischen Führungsperson A. durch eine kompromittierende Berichterstattung publik würde, könnte sich die Armee mit unangenehmen Fragen konfrontiert sehen.

In einem frühen Fall war das Risiko eines überschuldeten, wegen mehrfachen Diebstahls und Hausfriedensbruchs vorbestraften und qua Gerichtsbeschluss psychologisch behandelten Festungswächters zu beurteilen. Die Fachstelle PSP VBS hatte den «*Spektakelwert der Vorstrafen (...) als sehr hoch eingestuft; das Bekanntwerden der Vorstrafen (...) wäre dem Ansehen der Armee und insbesondere des Festungswachtkorps sehr abträglich*» gewesen⁹³. Die damalige Rekurskommission VBS, II. Abteilung verneinte m.E. zu recht, dass der Spektakelwert alleine ein erhöhtes Sicherheitsrisiko zu begründen vermöge – die PSP wolle nicht den Staat vor Blamagen schützen⁹⁴.

In einem jüngeren Fall (jenem des bereits erwähnten des Chefs der Basis X. der Armee; vgl. oben, Ziff. III/3. sowie III/6.) lässt das Bundesgericht offenbar einen «*erheblichen Spektakelwert*» als eigenständiges Kriterium für eine Risikoerklärung genügen: «*Schliesslich erkannte die Vorinstanz aufgrund des notorisch grossen medialen Interesses an «Sex and Crime» bundesrechtskonform auf das Bestehen eines erheblichen Spektakelwerts und die drohende Gefahr eines Reputationsverlusts der Verwaltung für den Fall des Bekanntwerdens der von einem Vorgesetzten des VBS begangenen Straftaten und zwar ungeachtet der seit der Verurteilung vergangenen Jahre*»⁹⁵.

Bei einem Abstellen selbst auf einen «erheblichen Spektakelwert» wird jedoch das legitime Schutzgut – nämlich der Schutz vertraulicher oder geheimer Informationen des Staates – substituiert durch das im Vergleich dazu geringere öffentliche Interesse des Schutzes des Ansehens oder des guten Rufes einer staatlichen Institution. Denn die Vermeidung eines Reputationsverlusts bildet nicht Bestandteil des Staatsschutzes (vgl. Art. 1 BWIS). Im Übrigen wird wohl selbst eine breite Öffentlichkeit zwischen «Major/Oberstleutnant A.» und «der Armee» zu unterscheiden wissen. Anders läge es allenfalls, wenn A. wirklich ein hoher Offizier wäre (z.B. als Kommandant eines Grossen Verbandes [Brigade, Territorialregion oder Lehrverband]).

Der Fachstelle PSP VBS und dem Bundesverwaltungsgericht ist jedoch zu folgen, soweit sie auf die Erpress-

⁹³ BGer, Urteil 2A.65/2004 (26. Juni 2004) E. 2.5.1.

⁹⁴ BGer, Urteil 2A.65/2004 (26. Juni 2004) E. 2.5.2. Jedoch hat die Rekursbehörde aufgrund eines anderen Umstands ihr Ermessen missbraucht (E. 2.10); das BGer bestätigte in einem reformatorischen Urteil die Risikoverfügung der Fachstelle.

⁹⁵ BGer 8C_683/2012 (4. März 2013) E. 4.2 (Vorinstanz) E. 5 und E. 6.2.

barkeit des A. aufgrund der Umstände einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung und das diesbezügliche Unwissen seines Arbeitgebers abstellen. Der «Spektakelwert» kann indirekt berücksichtigt werden, falls er eine allfällige Erpressung des A. durch eine öffentliche Skandalisierung erleichtern würde, gewinnt daraus aber keine eigenständige Bedeutung.

In einem ähnlichen Fall hat das Bundesgericht eine Risikoerklärung geschützt, welche auf eine erhöhte Gefahr einer möglichen Erpressung abstellte, da ein Sachbearbeiter in einem Rekrutierungszentrum vermeiden wolle, dass Dritte von seiner Verurteilung wegen Förderung der Prostitution erfahren⁹⁶.

IV. Schlussbemerkungen

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist im Ergebnis richtig. Major A. stellt als Person zwar keine konkrete Gefahr für die Armee oder den Staat dar, es erscheint jedoch riskant, ihm Zugang zu vertraulichen oder geheimen Informationen zu gewähren. Sowohl die Fachstelle PSP VBS als auch das Bundesverwaltungsgericht stellen zu Recht auf das potenzielle Risiko ab, welches mit der Übernahme des Bataillonskommandos verbunden sein kann. Beide tragen in ihren weiteren Ausführungen aber den Besonderheiten des konkreten Reserve-Kommandos zu wenig Rechnung.

Major A. hat die Justiz in die Irre geführt und wollte betrügen⁹⁷, ist daher vorbestraft und aufgrund sowohl dieses Umstands als auch aufgrund des dem Strafurteil zugrunde liegenden Sachverhalts erpressbar. Den durch eine allfällige Erpressung möglichen potenziellen Schaden hätte das Bundesverwaltungsgericht detaillierter erörtern können. Mit Blick auf die (zurückhaltende) bundesgerichtliche Praxis ist das rechtsstaatliche (und rechtspolitische) Anliegen zu unterstreichen, dass zumindest die erste Beschwerdeinstanz ihre Kognition voll ausschöpfen sollte.

Selbst wenn das Bundesgericht den «erheblichen Spektakelwert» als eigenständigen Grund zum Erlass einer Risikoerklärung anzuerkennen scheint, ist dieser vom Zweck der PSP und den dahinter stehenden öffentlichen Interessen nicht gedeckt. PSP dienen insbesondere nicht dazu, die Reputation des Staates zu schützen oder bestimmte Moralvorstellungen (auch etwa bezüglich der Lebensform im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV) durchzusetzen. Zu Recht erklärt das Bundesverwaltungsgericht den zweiten Etablissement-Besuch des A. an sich für unerheblich.

Würde die Rechtsprechung den – bei PSP in jedem Fall tangierten – Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung als eröffnet erkennen, könnte im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des

Eingriffs nach dem Massstab von Art. 36 BV eine differenzierte Einzelfall-Praxis entstehen.

Es liegt nun m.E. in erster Linie in der Verantwortung des vorgesetzten Brigadekommandanten, die richtigen Konsequenzen zu ziehen. Ganz offensichtlich würde A. aufgrund seines angeschlagenen Leumunds nicht einmal zum Leutnant befördert. Wer aber die Voraussetzungen nicht erfüllt, um überhaupt Offizier werden zu können, darf erst recht kein Bataillon befehligen – auch keines der Reserve⁹⁸. Der «erhebliche Spektakelwert» – sofern man diesen Begriff überhaupt bemühen will – läge m.E. weniger im Verhalten des A. selbst als im Umstand, dass er trotz einer strafrechtlichen Verurteilung befördert würde.

Schliesslich ist daran zu erinnern und zu betonen, dass PSP von vorneherein keinen absoluten Schutz davor bieten können, dass unzuverlässige Personen besonders sensible Funktionen erlangen oder ein ihnen entgegengebrachtes Vertrauen missbrauchen. PSP bilden eine präventive erste Auffanglinie – mehr nicht. Diese Auffanglinie muss – allenfalls verbunden mit Strafdrohungen des strafrechtlichen Staatsschutzes – nach den Umständen ausreichen, soweit es etwa um den Schutz der Vertraulichkeit militärischer Anlagen (innerhalb militärischer Schutzzonen) geht. Zum Schutz vertraulicher Daten sind jedoch weiterhin zusätzliche Anstrengungen zu unternehmen: Insbesondere durch eine restriktive Vervielfältigung klassifizierter Dokumente, kontrollierte Abgabe oder durch besondere Sicherung oder gar Verschlüsselung vertraulicher Daten.

⁹⁶ BGer, Urteil 2A.705/2005 (16. März 2005) E. 3.2.

⁹⁷ Nebenbei: Dass es dabei um das versuchte Ertrügen sexueller Dienstleistungen ging, die Geschädigten also Prostituierte gewesen wären, lässt das Verhalten des A. nach persönlicher Ansicht des Autors als besonders verwerflich erscheinen.

⁹⁸ Falls dies doch geschieht und publik wird, sind die damit verbundenen Fragen der Öffentlichkeit wohl gerechtfertigt.