



Rathaus, Marktplatz 9  
CH-4001 Basel

Tel.: +41 61 267 80 54  
Fax: +41 61 267 85 72  
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch  
www.regierungsrat.bs.ch

Nachrichtendienst des Bundes  
Papiermühlestrasse 20  
3003 Bern

Basel, 21. Juni 2013

### **Regierungsratsbeschluss vom 18. Juni 2013**

#### **Nachrichtendienstgesetz: Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben von Bundespräsident Ueli Maurer vom 8. März 2013 haben Sie dem Kanton Basel-Stadt Unterlagen zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (E-NDG) zugestellt. Gerne macht der Kanton Basel-Stadt von der Möglichkeit Gebrauch, eine Stellungnahme zu diesem Entwurf abzugeben.

Die Regelung der zivilen nachrichtendienstlichen Tätigkeit im E-NDG hat für den Kanton Basel-Stadt eine besondere Bedeutung. Im Nachgang zu den bekannten Ereignissen in unserem Kanton, folgten zahlreiche Gespräche mit verschiedenen Stellen des Bundes (Vorsteher VBS, Geschäftsprüfungsdelegation des Bundes [GPDe], Nachrichtendienst des Bundes [NDB]), Anpassungen von Verordnungsbestimmungen des Bundes (Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes, V-NDB) und Erlass eines Kreisschreibens (Kreisschreiben des NDB an die kantonalen Staatsschutzdienste). Die Gespräche und Anpassungen waren für eine thematische Sensibilisierung massgebend und verfolgten im Wesentlichen das Ziel, eine verbesserte Aufsicht über den Staatsschutz einzurichten. Innerstaatlich ist dem Kanton Basel-Stadt faktisch die Rolle als „Leitkanton“ im Bereich des Staatsschutzes zugekommen.

1. Neben den Bedrohungsfeldern Terrorismus, Proliferation (Weiterverbreitung von nuklearen, chemischen und biologischen Waffen, einschliesslich ihrer Trägersysteme sowie aller zur Herstellung dieser Waffen notwendigen zivil und militärisch verwendbaren Güter und Technologien), Spionage (verbotener Nachrichtendienst) und Gewaltextremismus kann der Nachrichtendienst *neu* auch zur Wahrung anderer wesentlicher Landesinteressen in besonderen Lagen, wie dem Schutz kritischer Infrastrukturen und des Werk-, Wirtschafts- und Finanzplatzes oder bei Entführungen von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern im Ausland, eingesetzt werden (Art. 1 E-NDG). Der NDB wird sich damit auch mit Angriffen auf Informations-, Kommunikations-, Energie-, Transport- und weitere Infrastrukturen, die für das Funktionieren von Gesellschaft, Wirtschaft und Staat unerlässlich sind (kritische Infrastrukturen) beschäftigen (Art. 4 Abs. 1 lit. a Ziffer 5. E-NDG). Der NDB soll somit Informationsbeschaffung und Informationsbearbeitung neu generell zur Wahrung der Handlungsfähigkeit der Schweiz und zur Wahrung wesentlicher Landesinteressen betreiben. Das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) sieht in Art. 1 seinen Zweck noch darin, die demokra-

tischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz und die Freiheitsrechte der Bevölkerung zu schützen.

Gemäss Bericht S. 2 soll der Gesetzesentwurf ausdrücklich keine Weiterentwicklung der bestehenden Rechtsgrundlagen darstellen, sondern eine *Neukodifikation*, die bestehenden Bedenken und Vorbehalten gegenüber der bisherigen Tätigkeit der Nachrichtendienste in der Schweiz so weit wie möglich Rechnung trägt und die veränderten Risiken und Bedrohungen besser berücksichtigt.

Der Kanton Basel-Stadt ist der Ansicht, dass in einem ersten Schritt Volk und Ständen ein Verfassungsartikel vorzulegen ist, der dem Nachrichtendienst grundsätzlich die Legitimation gibt (vgl. Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama, 2.3.2.1.1). Dabei müssen Volk und Stände darüber entscheiden dürfen, ob sie einen Nachrichtendienst mit einer im Vergleich zu heute deutlich ausgeweiteten Zweckverfolgung wollen.

Gegenwärtig liegt hinsichtlich der Tragweite und des Umfangs der (inhärenten) Bundeskompetenz vieles im Ungewissen. Eine ausdrückliche, hinreichend bestimmte Verfassungsgrundlage ist nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt schon deshalb erforderlich, um in diesem wichtigen Sachbereich Transparenz und Klarheit zu schaffen (vgl. Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama, 3.2.5). Darüber hinaus kommt es im E-NDG bezüglich Informationsbeschaffung zu einer signifikanten Ausweitung der Befugnisse des NDB. Mit dieser Ausweitung sind unweigerlich schwere Grundrechtseingriffe verbunden, was per se eine verfassungsrechtliche Legitimation des Nachrichtendienstes erforderlich macht.

Der Bericht (S. 15) beruft sich bezüglich der Verfassungsgrundlage auf die gängige Auffassung und Lehre, wonach sich die Regelungskompetenz des Bundes im Bereich der inneren Sicherheit aus Art. 57 Bundesverfassung (BV) ableite. Der Bericht stellt allerdings selbst klar, dass es sich dabei nicht um eine ausdrückliche Kompetenz des Bundes handelt, sondern „wohl um eine inhärente“. Eine solche (inhärente) Bundeskompetenz bei gleichzeitiger Ausweitung des Zwecks und der nachrichtendienstlichen Beschaffungsmittel genügt aber nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt eindeutig nicht als Grundlage für eine Legiferierung im Bereich der inneren Sicherheit.

2. Der Kanton Basel-Stadt begrüsst grundsätzlich die Schaffung einer einheitlichen Kodifikation über die Tätigkeit des NDB in einem formellen Gesetz. Der E-NDG bietet grundsätzlich eine Rechtsgrundlage, welche dem verfassungsrechtlich verankerten Legalitätsprinzip Rechnung trägt. Das Sammeln von Informationen über Ereignisse und Entwicklungen, die geeignet sind, die Schweiz in ihren Grundwerten zu gefährden, beziehungsweise deren Analyse durch den NDB, kann einen schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte der betroffenen Personen darstellen und muss daher den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Je schwerer der Eingriff wiegt, umso höhere Anforderungen sind an die jeweiligen gesetzlichen Grundlagen zu stellen, auf dem der Eingriff sich bezieht. Der E-NDG zeichnet sich durch eine hohe Normdichte auf und vermag nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt damit grundsätzlich den grundrechtlichen Voraussetzungen zu genügen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das erwähnte Erfordernis der Normdichte auch für die noch zu konkretisierenden Verordnungsbestimmungen gilt, welche der E-NDG dem Bundesrat delegiert (etwa: Art. 18: Liste der meldepflichtigen Stellen; Art. 33 und 34: Funk- und Kabelaufklärung; Art. 53: Zugang zu Daten aus genehmigungspflichtigen Beobachtungsmassnahmen; Art. 63: Erstellung der Beobachtungsprotokolle).

bachtungsliste; Art. 68: Aufsicht und Kontrolle durch den Bundesrat; Art. 70: Kantonale Aufsicht).

3. Gestützt auf geopolitische und technische Entwicklungen der letzten Zeit unternimmt der E-NDG den Versuch, mit geheimen Überwachungs- aber auch Abwehrmassnahmen Entwicklungen rechtzeitig erkennen und allenfalls auch bekämpfen zu können. Dies entspricht wohl der Erkenntnis, dass die immer wieder aufgestellte Behauptung, die relevanten Instrumente stünden ja bereits im Rahmen von Strafverfahren zur Verfügung, zu kurz greift, weil die diesbezüglich erforderlichen Erkenntnisse in Bezug auf den dringenden Tatverdacht häufig zu spät vorhanden sind und es in Strafverfahren nicht primär um Schadensbegrenzung- oder Vermeidungsmassnahmen geht, sondern darum, die Täterschaft zu ermitteln und der Strafverfolgung zuzuführen.

Der Kanton Basel-Stadt erachtet diesen Ansatz grundsätzlich als richtig. Allerdings lässt der E-NDG ausdrückliche Bestimmungen zur zwingend zu erfolgenden Abgrenzung zwischen polizeilicher Tätigkeit, Tätigkeit des Nachrichtendienstes und Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden missen. Die im Bericht S. 20 enthaltenen, knappen Ausführungen zu diesem Thema vermögen die fehlenden Bestimmungen nicht zu ersetzen.

4. Gemäss Bericht S. 2 f. gehört das „Kontrollregime“ zu den wesentlichen Neuerungen des E-NDG. Demnach sollen die Tätigkeiten des NDB – nebst einer Selbstkontrolle gemäss Art. 65 E-NDG – einer dreifachen Kontrolle beziehungsweise Aufsicht folgender Stellen unterliegen: vorgesetztes Departement (Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport; VBS), Bundesrat und GPDel. Die Funkaufklärung unterliegt zusätzlich einer gesonderten fachlichen Überprüfung durch die unabhängige Kontrollinstanz UKI.

Das im E-NDG vorgesehene dichte Netz an Kontroll- und Aufsichtsinstanzen ist in dieser Form im Staat wohl einmalig. Das alleine macht aber die Aufsicht über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten nicht per se besser. Als Prüfungsmassstäbe für die Kontrolle des Nachrichtendienstes wird wiederholt die Trias „Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit“ erwähnt.

Es ist unbestritten, dass die geheime Beschaffung und Bearbeitung von Daten über Personen und Organisationen einen starken Eingriff in die Rechte der Menschen darstellt. Sie steht grundsätzlich im Widerspruch zum Transparenzgebot des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates und ist nur durch einen klaren Zugewinn an innerer Sicherheit zu rechtfertigen. Für eine erfolgreiche Tätigkeit des Nachrichtendienstes ist die Geheimhaltung mitentscheidend (Informationsvorsprung, Quellenschutz, Gefahren für die Mitarbeitende). Gerade deshalb und zur Vermeidung von Kompetenzüberschreitungen, Amtspflichtverletzungen, Eifer und Übertreibungen sind wirksame Kontrollen beziehungsweise Aufsicht der nachrichtendienstlichen Tätigkeiten unverzichtbar. Eine wirksame Aufsicht verschafft dem Nachrichtendienst die erforderliche rechtsstaatliche Legitimation, die sie angesichts ihrer wichtigen präventiven Tätigkeit im Spannungsfeld zwischen persönlicher Freiheit und kollektiver Sicherheit zwingend benötigt. Schon der Bundesrates hat sich im Bericht zum Postulat Malama für eine klare Regelung über die Kompetenzen von Bund und Kantonen in der Aufsicht über die Tätigkeiten im Staatsschutzbereich ausgesprochen (vgl. Bericht des Bundesrates zum Postulat Malama, 3.2.5).

Der Kanton Basel-Stadt ist entschieden der Ansicht, dass gerade im sensiblen Bereich der Tätigkeit des Nachrichtendienstes eine unabhängige, wirksame und im Vergleich zu heute gestärkte Aufsicht erforderlich ist. Die eingangs ausgeführten Überlegungen in Ziffer 1. zur Forderung eines Verfassungsartikels (signifikante Ausweitung der Befugnisse des NDB bei den Beschaffungsmitteln) sind auch hier relevant.

Gemäss Art. 66 Abs. 2 E-NDG setzt das VBS für die Durchführung der allgemeinen Aufsicht eine interne Kontrollinstanz ein. Diese interne Kontrollinstanz nimmt ihre Funktion sowohl beim NDB als auch bei den kantonalen Vollzugsbehörden wahr (Abs. 3). Mit dieser Regelung wird nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt die Aufsicht nicht gestärkt und es fehlt ihr auch die erforderliche Unabhängigkeit. Für eine solchermassen einzurichtende unabhängige Aufsicht ist eine organisatorische Ausgliederung der Aufsichtsinstanz aus der Verwaltung grundsätzlich zwingend, weil sie sonst „Teil des Systems“ ist. Diese Aufsicht muss mit der für die Ausübung einer wirksamen Aufsicht erforderlichen Anzahl Mitglieder ausgestattet sein, bedarf ein jederzeitiges Zugangsrecht zu den Informationen, ein uneingeschränktes Einsichtsrecht und eine Weisungsungebundenheit. Dass der E-NDG neben der allgemeinen Aufsicht des VBS noch weitere Kontroll- beziehungsweise Aufsichtsorgane vorsieht, ändert an diesen grundsätzlichen Überlegungen nichts. Es ist umgekehrt auch nicht ersichtlich, weshalb sich die Prüfung der unabhängigen Kontrollinstanz UKI auf die Funkaufklärung beschränkt und nicht sämtliche Aktivitäten des Nachrichtendienstes umfasst. Mit der Implementierung der hier geforderten unabhängigen, wirksamen und gestärkten Aufsicht können sämtliche weiteren im E-NDG vorgesehenen Kontroll- und Aufsichtsstellen – einschliesslich Selbstkontrolle des NDB gemäss Art. 65 E-NDG – aufgehoben beziehungsweise ihre jeweiligen Tätigkeiten können integral auf diese neue Aufsicht übertragen werden. Die Mitglieder dieser Aufsicht müssen nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt vom Gesamtbundesrat eingesetzt werden, weil der Bundesrat die Gesamtverantwortung über den Nachrichtendienst sowohl gegenüber der Schweizerischen Bevölkerung im Allgemeinen als auch gegenüber der Bundesversammlung im Besonderen trägt. Damit wird der „parallelen“ Verantwortung der GPDeI auch unter einem hierarchischen Gesichtspunkt Rechnung getragen.

5. Der E-NDG bringt bezüglich Zusammenarbeit mit den Kantonen keine wesentlichen Neuerungen. Insbesondere wird an der bestehenden dezentralen Organisation mit kantonalen Vollzugsbehörden und dem Beizug von unterstützenden Aufsichtsorganen für die kantonale Dienstaufsicht festgehalten (Art. 2, 7 und 70 E-NDG). Der Kanton Basel-Stadt ist mit diesen Regelungen grundsätzlich einverstanden. Zu kurz ausgefallen ist allerdings die Begründung für das Weiterführen dieser Organisationsform im Bericht auf S. 14, wonach sich diese Organisationsform bewährt habe. Tatsache ist, dass mit dieser Organisationsform für die Kantone eine „Anbindung“ nur noch im Bereich des kantonalen Dienstrechts, der kantonalen Dienstaufsicht und im finanziellen Bereich (Art. 73 E-NDG) verbleibt.

Art. 70 Abs. 3 lit. a E-NDG sieht vor, dass der Bundesrat den Beizug von unterstützenden Aufsichtsorganen für die kantonale Dienstaufsicht regelt. Damit wird auf die geltenden Bestimmungen in der V-NDB Bezug genommen. Art. 35 und 35 a V-NDB sind hier konkret angesprochen. Demnach kann die kantonale Dienstaufsicht zur Unterstützung ein vom kantonalen Vollzugsorgan getrenntes Kontrollorgan einsetzen. Der Kanton Basel-Stadt hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und ein solches im Oktober 2010 installiert. Die Möglichkeit der Einsetzung beziehungsweise Weiterführung eines Kontrollorgans bleibt mit der in Art. 70 Abs. 3 lit. a E-NDG vorgesehenen Regelung weiterhin möglich und ist nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt auch konsequent, wenn an der hiervor erwähnten dezentralen Organisation

mit kantonalen Vollzugsbehörden festgehalten wird. Diese dezentrale Organisation ist nicht zuletzt dafür massgebend, dass Aufsichtsorgane sowohl auf Ebene Bund als auch auf Ebene Kantone erforderlich sind.

Wird auf Ebene Kantone am bestehenden Modell mit der Möglichkeit der Einsetzung von die kantonale Dienstaufsicht unterstützenden Kontrollorganen festgehalten, so muss auch auf dieser Ebene eine wirksame und umfassende Aufsicht bestehen. Der Kanton Basel-Stadt ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, dass für eine wirksame Aufsicht im Kanton ein umfassendes und bedingungsloses Einsichtsrecht erforderlich ist. Die kantonale Dienstaufsicht und die diese unterstützenden Kontrollorgane müssen im Minimum auf Daten und Informationen, auf welche die Behörden im Kanton gemäss Art. 46 (INDEX NDB) und Art. 48 (ELD) E-NDG Zugriff haben, über ein solchermassen ausgestattetes Einsichtsrecht verfügen.

6. Die finanziellen Auswirkungen werden nur sehr rudimentär im Bericht (S. 13 f.) dargelegt beziehungsweise für einzelne Themenbereiche geschätzt, allerdings ohne zum Teil die Höhe der Schätzung auszuweisen.

Wie hiernach zu Art. 22 E-NDG ausgeführt werden die meisten Kantone wohl kaum in der Lage sein, Aufträge des NDB mit eigenen personellen und technischen Mitteln ganz oder auch nur teilweise umzusetzen. Diese personellen und technischen Mittel müssen den Kantonen zur Verfügung gestellt beziehungsweise vom Bund vollumfänglich finanziert werden.

Gemäss Art. 73 Abs. 4 lit. a E-NDG unterstützen die Kantone den NDB im Rahmen ihrer Möglichkeiten beim Vollzug seiner Aufgaben, insbesondere indem sie die nötigen technischen Mittel zur Verfügung stellen. Abs. 5 dieser Bestimmung sieht weiter vor, dass der Bund die Kantone im Rahmen der bewilligten Kredite für die Leistungen, die sie zum Vollzug dieses Gesetzes erbringen, entschädigt. Der Bundesrat legt die Entschädigung aufgrund der Zahl der überwiegend für Bundesaufgaben tätigen Personen pauschal fest. Liest man Art. 73 Abs. 3 E-NDG, so bleibt letztlich unklar, welche Kosten vom Bund nun wirklich übernommen beziehungsweise welche finanziellen Auswirkungen für die Kantone mit dem E-NDG entstehen werden. Gemäss dieser Bestimmung arbeitet der NDB zum Vollzug des Gesetzes mit den Kantonen zusammen, insbesondere durch Zurverfügungstellung technischer Mittel, durch Schutz- und Überwachungsmassnahmen und durch gemeinsame Ausbildungsangebote.

Der Bund verpflichtet mit dem E-NDG (Art. 7) die Kantone zur Zusammenarbeit mit dem NDB. Die gewählte dezentrale Organisation (siehe Ziffer 5. hiervor) sieht zudem eine „Anbindung“ nur noch im Bereich des kantonalen Dienstrechts, der kantonalen Dienstaufsicht und im finanziellen Bereich vor. Der Kanton Basel-Stadt vertritt die Meinung, dass der Bund für die bei den Kantonen aus dem Vollzug des E-NDG entstehenden finanziellen Aufwendung in seiner Gesamtheit aufkommen muss.

Zu einzelnen Bestimmungen hat der Kanton Basel-Stadt zudem folgende Bemerkungen:

**Art. 10 Abs. 3 E-NDG: Zusammenarbeit mit dem Ausland**

Diese Bestimmung sieht vor, dass kantonale Behörden zur Erfüllung von nachrichtendienstlichen Aufgaben nach dem NDG Kontakte zu ausländischen Nachrichtendiensten oder zu anderen ausländischen Behörden unterhalten dürfen. Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die Datenweitergabe von einer kantonalen Behörde an eine ausländische Sicherheitsbehörde zulässig ist und welche

Voraussetzungen einzuhalten sind. Die Grundsätze der Zulässigkeit der Datenweitergabe und die entsprechenden Voraussetzungen sind auf Gesetzesstufe zu regeln.

### **Art. 22 E-NDG: Arten von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen**

Art. 22 Abs. 1 lit. g erlaubt als genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme das Eindringen in Computersysteme und Computernetzwerke. Gemäss Bericht S. 40 soll der NDB auch in besonders gesicherte Netzwerke eindringen beziehungsweise den Zugang zu Informationen stören, verhindern oder verlangsamen können, um Angriffe auf kritische Infrastrukturen zu verhindern. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung wird die Massnahme verdeckt und ohne dass die betroffene Person darüber in Kenntnis gesetzt wird durchgeführt. Das Eindringen in Computersysteme stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen dar. Weil die Anordnung von Beschaffungsmassnahmen auch gegenüber Drittpersonen möglich ist (Art. 24 E-NDG), können auch Personen, welche keinerlei terroristische Ansinnen hegen, einem „staatlichen Hacker-Angriff“ ausgesetzt werden. Entsprechend hoch müssen die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen, die eine solche Beschaffungsmassnahme vorsehen, als auch an das Genehmigungsverfahren sein. Ohne hinreichende Informationen wird es dem Verwaltungsgericht nicht möglich sein, eine fundierte Prüfung des Antrages vorzunehmen und im Rahmen einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung den mit der Beschaffungsmassnahme verbundenen schweren Grundrechtseingriff gegenüber den verfolgten Zielen abzuwägen.

Der Kanton Basel-Stadt ist der Ansicht, dass im Bericht auf die mit dieser Beschaffungsmassnahme verbundenen schweren Grundrechtseingriffe hinzuweisen, erhöhte Anforderungen an die Begründungspflicht des Antrags für die Beschaffungsmassnahme zu stellen und einen besonders strengen Prüfungsmaßstab im Rahmen des Genehmigungsverfahrens festzulegen ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die meisten Kantone wohl kaum in der Lage sein werden, entsprechende Aufträge des NDB mit eigenen personellen und technischen Mitteln ganz oder auch nur teilweise umzusetzen.

### **Art. 30 E-NDG: Zusammenarbeit und Beauftragung in der Beschaffung**

Art. 30 Abs. 2 sieht vor, dass der NDB ausnahmsweise auch mit Privaten zusammenarbeiten oder Privaten Aufträge erteilen kann, wenn dies aus technischen Gründen oder wegen des Zugangs zum Beschaffungsobjekt erforderlich ist und die betreffende Person Gewähr dafür bietet, die Beschaffung entsprechend den Bestimmungen dieses Gesetzes durchzuführen. Dass der NDB in bestimmten Situationen auf das technische Know-how von Privaten zurückgreifen können muss, um in der Lage zu sein, seine eigenen Aufgaben zu erfüllen, ist nachvollziehbar und lässt sich wohl nicht vermeiden. Allerdings birgt ein derartiges „Outsourcing“ der Aufgabenerfüllung ein erhöhtes Risiko von Grundrechtsverletzungen mit sich, da es der Kontrolle des NDB – also des auftraggebenden Organs und der letztendlich für die Datenbearbeitung verantwortlichen Stelle – weitestgehend entzogen ist, wie die beauftragte Privatperson mit den fraglichen Personendaten weiter verfährt. Gemäss Bericht S. 46 hat der NDB die Beauftragten dabei ebenso eng zu beaufsichtigen, wie seine eigenen Mitarbeitenden. Der Kanton Basel-Stadt empfiehlt, im Einzelfall eine vertragliche Regelung mit den beauftragten Personen zu treffen.

### **Art. 39 Abs. 2 E-NDG: Grundsätze**

Art. 39 Abs. 2 sieht vor, dass der NDB unrichtige Daten weiter bearbeiten darf, wenn dies für die Beurteilung der Lage oder einer Quelle notwendig ist. Er kennzeichnet die betreffenden Daten als unrichtig. Es ist eines der Grundprinzipien des Datenschutzrechts, dass ausschliesslich richtige Daten bearbeitet werden (Art. 5 DSG und Ausführungen bei DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 5 N 1 ff.). Gemäss Bericht S. 55 f. können unrichtige Daten für die Tätigkeit des NDB essentiell sein, wenn sie als Desinformation oder Falschinformation identifiziert wurden und Rückschlüsse auf Absichten von Informationsproduzenten und -lieferanten erlauben. Nach Art. 40 E-NDG ist der NDB allerdings ausdrücklich verpflichtet, sich über die Richtigkeit der Daten zu vergewissern. Der Kanton Basel-Stadt empfiehlt zur Klarstellung Art. 39 Abs. 2 anzupassen, etwa folgendermassen:

*„Der NDB darf Informationen, welche sich als Desinformationen oder Falschinformationen herausgestellt haben, weiter bearbeiten, wenn dies für die Beurteilung der Lage oder einer Quelle notwendig ist. Er kennzeichnet die betreffenden Daten als unrichtig.“*

### **Art. 40 Abs. 5 E-NDG: Qualitätssicherung**

Der Kanton Basel-Stadt begrüsst den Ansatz, die interne Qualitätssicherung gesetzlich zu verankern. Ein wichtiger Baustein dieser Qualitätssicherung ist sicherlich die interne Schulung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des NDB. Im Besonderen wird die Zusicherung einer strikten periodischen und wohl auch systematischen Prüfung der Berichte kantonaler Vollzugsbehörden durch den NDB auf ihre Erheblichkeit und Richtigkeit (Buchstabe b) begrüsst. Mit dieser Zusicherung steht der NDB in der Verantwortung, eine Qualitätskontrolle wahrzunehmen und für die Erheblichkeit und Richtigkeit der Daten im Ablagesystem INDEX NDB zu garantieren. Gemäss Bericht S. 56 wird eine unmittelbare und lückenlose Überprüfung bei der Erfassung kantonaler Berichte im INDEX NDB sichergestellt.

### **Art. 41 Abs. 1 E-NDG: Datenbearbeitung in den Kantonen**

Gemäss Art. 41 Abs. 1 führen die kantonalen Vollzugsbehörden keine eigenen Datensammlungen in Anwendung des NDG. Der Bericht führt auf S. 58 dazu aus, dass „die Daten ausschliesslich vom Bund, beziehungsweise vom NDB, verwaltet werden und dem Datenschutzrecht des Bundes unterstehen. Im Anwendungsbereich dieser Vorlage ist der Bund der alleinige Datenherr“. Diese Formulierung ist im Kontext zu Art. 41 Abs. 1 sehr unglücklich gewählt. Auch wenn kantonale Behörden gestützt auf das NDG „Bundesdaten“ bearbeiten, so werden sie damit nicht zu Bundesorganen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 3 lit. h Datenschutzgesetz (DSG). Es gilt für sie das jeweilige formelle Datenschutzrecht des Kantons und nicht das Datenschutzgesetz des Bundes. Die materiellen Datenschutzregelungen finden sich im NDG, das die kantonalen Vollzugsbehörden anzuwenden haben. Zur Klarstellung dieser Aussage soll nach Ansicht des Kantons Basel-Stadt Art. 41 mit einem weiteren Absatz mit nachstehender Formulierung ergänzt werden:

*„Die Bearbeitung von Informationen nach diesem Gesetz unterliegt dem Datenschutzrecht des Bundes und der Kantone.“*

In Kenntnis der in Vergangenheit geführten Diskussionen und erstellten Abklärungen beziehungsweise Gutachten zur Frage der Datenherrschaft der von den Kantonen bearbeiteten Daten, erachtet es der Kanton Basel-Stadt weiter als unabdingbar, dass eine diesbezüglich ausdrückli-

che Erwähnung und Klarstellung im E-NDG erfolgt. Die wenigen Ausführungen im Bericht sind ungenügend.

**Art. 65 E-NDG: Selbstkontrolle des NDB**

Gemäss dieser Bestimmung stellt der NDB durch geeignete Kontrollmassnahmen sicher, dass der rechtskonforme Vollzug des Gesetzes sowohl innerhalb des NDB wie auch bei den Sicherheitsbehörden der Kantone gewährleistet ist. Im Bericht finden sich zu diesem Artikel keine Erläuterungen. Aber auch ohne Erläuterungen ist der Kanton Basel-Stadt der Ansicht, dass unter dem Titel Selbstkontrolle des NDB folgendes ausdrücklich zu regeln ist: 1. Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den kantonalen Kontrollorganen 2. Koordination der Kontrollaktivitäten sowie 3. Berichterstattung. Zudem darf sich die Selbstkontrolle nicht auf das Kriterium der Rechtmässigkeit beschränken. Gegenstand einer verwaltungsinternen Selbstkontrolle müssen auch die Zweckmässigkeit, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit sein.

**Art. 66 E-NDG: Aufsicht durch das Departement**

Betreffend Gegenstand einer verwaltungsinternen Selbstkontrolle muss auch hier die Tätigkeit des NDB nicht bloss auf die Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit überprüft werden, sondern auch auf die Wirtschaftlichkeit (siehe auch Ausführungen zu Art. 65 E-NDG).

**Art. 67 E-NDG: Unabhängige Kontrollinstanz für die Funkaufklärung**

Der Kanton Basel-Stadt ist der Ansicht, dass die Funkaufklärung nicht bloss auf ihre Rechtmässigkeit, sondern auch auf ihre Zweckmässigkeit überprüft werden muss (siehe auch Ausführungen zu Art. 65 und 66 E-NDG). Abs. 2 dieser Bestimmung ist zudem notwendigerweise mit einem zweiten Satz zu ergänzen, welcher auf die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Aufgabenerfüllung ausdrücklich Bezug nimmt:

*„Sie ist in der Erfüllung ihrer Aufgaben selbständig und unabhängig.“*

**Art. 68 E-NDG: Aufsicht und Kontrolle durch den Bundesrat**

Der Kanton Basel-Stadt ist der Ansicht, dass die Kontrolle der Tätigkeiten des NDB auf die Wirtschaftlichkeit auszudehnen und entsprechend im Gesetzestext aufzunehmen ist (siehe auch Ausführungen zu Art. 65, 66 und 67 E-NDG). In Abs. 2 dieser Bestimmung ist anzufügen, dass der Bundesrat, nach erfolgter Orientierung durch das VBS über die Bedrohungslage und die Erkenntnisse aus den Aufsichtstätigkeiten, die Bundesversammlung, die Kantone und die Öffentlichkeit regelmässig informiert. Zudem ist auch der Inhalt dieser Information im NDG aufzunehmen.

**Art. 69 E-NDG: Parlamentarische Oberaufsicht**

Art. 69 sieht vor, dass für die parlamentarische Oberaufsicht über die Tätigkeit des NDB und der kantonalen Vollzugsorgane zum Vollzug des NDG ausschliesslich die GPDel unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 zuständig ist. In Art. 70 E-NDG (Kantonale Aufsicht) wird in dessen Absatz 2 weiter festgehalten, dass für die parlamentarische Aufsicht über den Vollzug des NDG Art. 69 gilt. Der Bericht S. 71 f. hält dazu einzig fest, dass eine Zweiteilung der Oberaufsicht durch die kantonalen Parlamente einerseits und durch das eidgenössische Parlament andererseits im E-NDG nicht vorgesehen sei.

Der Kanton Basel-Stadt kritisiert den Ausschluss der Oberaufsicht durch die kantonalen Parlamente ausdrücklich. Die GPDel wird alleine schon aufgrund der Ressourcen nicht in der Lage sein, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen in 26 Kantonen zu überwachen, womit schon faktisch eine wirksame politische Kontrolle nicht mehr gewährleistet ist. Die Auswirkungen, welche die mangelnde Aufsicht über den Staatsschutz im Kanton Basel-Stadt in den letzten Jahren gehabt hat, sind bekannt: Fichierung von Parlamentarierinnen und Parlamentariern sowie Feststellung der GPDel, wonach zu viele und unzulässige Daten gesammelt worden waren.

Der E-NDG hält bezüglich Zusammenarbeit mit den Kantonen insbesondere an der bestehenden dezentralen Organisation mit kantonalen Vollzugsbehörden und dem Beizug von unterstützenden Aufsichtsorganen für die kantonale Dienstaufsicht fest (siehe Ziffer 5. hiervor). Diese dezentrale Organisation ist – wie bereits ausgeführt – nicht zuletzt dafür massgebend, dass Aufsichtsorgane sowohl auf Ebene Bund als auch auf Ebene Kantone erforderlich sind. Zu den Aufsichtsorganen im Kanton muss – neben der Dienstaufsicht mit unterstützenden Aufsichtsorganen – auch die kantonale Oberaufsicht gehören. Dabei muss die kantonale Oberaufsicht mindestens gleich weit gehen wie die kantonale Dienstaufsicht. Diese wird im Kanton Basel-Stadt von einem Kontrollorgan unterstützt.

Die Kantone werden verpflichtet, kantonale Vollzugsbehörden zu bestimmen (Art. 7 E-NDG) deren Angehörige dem kantonalen Dienstrecht und der kantonalen Dienstaufsicht ihrer Vorgesetzten unterstehen (Art. 70 E-NDG). Diese Angehörigen sind damit als Mitarbeitende einer kantonalen Stelle nach kantonalem Recht angestellt und unterstehen als solche grundsätzlich auch der Oberaufsicht des kantonalen Parlaments. Daran ändert auch nichts, dass der Bundesrat die Kantone aufgrund der Zahl der überwiegend für Bundesaufgaben tätigen Personen pauschal entschädigt. Diese Personen werden dadurch nicht zu Angestellten des Bundes, weshalb unter Beibehaltung der im E-NDG vorgegebenen Organisationsstruktur und Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantone die Oberaufsicht des kantonalen Parlaments nicht ausgeschlossen werden kann. Es darf in diesem Zusammenhang auf das Gutachten von Prof. Dr. Markus Müller und Dr. Christoph Jenni zuhanden der Oberaufsichtskommission des Grossen Rates des Kantons Bern vom 28. März 2011 (insbesondere S. 24) verwiesen werden.

In diesem Sinne ist die Beschränkung der parlamentarischen Oberaufsicht auf die GPDel des Bundes zu streichen beziehungsweise die Oberaufsicht der kantonalen Parlamente ausdrücklich festzuschreiben. Die entsprechende Regelung muss sicherstellen, dass eine kantonale Dienstaufsicht und eine kantonale Oberaufsicht möglich sind, die kantonale Oberaufsicht mindestens gleich weit geht wie die kantonale Dienstaufsicht und keine Lücken im kantonalen Aufsichtsgefüge gegeben sind.

#### **Art. 70 E-NDG: Kantonale Aufsicht**

Gemäss Art. 70 Abs. 1 unterstehen Angehörige der kantonalen Vollzugsbehörden, die von den Kantonen mit Aufgaben nach diesem Gesetz betraut sind, dem kantonalen Dienstrecht und der kantonalen Dienstaufsicht ihrer Vorgesetzten. Die datenschutzrechtliche Aufsicht über die kantonalen Vollzugsbehörden fällt nicht ausschliesslich in den Aufgabenbereich der den kantonalen Vollzugsbehörden vorgesetzten Stellen, wie auf S. 72 des Berichts ausgeführt. Die datenschutzrechtliche Aufsicht gehört insbesondere zu den Aufgaben der jeweiligen kantonalen Datenschutzbehörde, welche die Datenbearbeitung der öffentlichen Organe im jeweiligen Kanton kontrollieren. Die Kontrolle der Datenbearbeitung der öffentlichen Organe des Bundes (NDB) obliegt

demgegenüber dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). Vor diesem Hintergrund und zur Klarstellung dieser Aussage erscheint die Ergänzung von Art. 70 um einen weiteren Absatz mit folgendem Inhalt angebracht:

*„Für die datenschutzrechtliche Aufsicht über die kantonalen Vollzugsbehörden ist die kantonale Datenschutzaufsicht zuständig.“*

Art. 70 Abs. 3 E-NDG sieht vor, dass der Bundesrat (a) den Beizug von unterstützenden Aufsichtsorganen für die kantonale Dienstaufsicht und (b) den Zugang zu Informationen über Bestand und Inhalt der für den Bund ausgeführten Aufträge und über die Art, wie die kantonale Vollzugsbehörde diese erledigt, regelt. Der Kanton Basel-Stadt vertritt die Ansicht, dass der Themenbereich der kantonalen Aufsicht auf Gesetzesstufe ausführlich zu regeln ist. Dazu gehört insbesondere die Regelung, wonach die kantonale Dienstaufsicht und die diese unterstützenden Kontrollorgane ein uneingeschränktes Einsichtsrecht zusteht; im Minimum zu Daten und Informationen, auf welche die Behörden im Kanton Zugriff haben (INDEX NDB, LED). Die Umschreibung des Inhalts der kantonalen Dienstaufsicht im Bericht S. 72 ist ebenso ausdrücklich auf Gesetzesstufe zu regeln.

Der Kanton Basel-Stadt hat im Wesentlichen folgende, zentrale Bemerkungen zum E-NDG:

1. In einem ersten Schritt ist Volk und Ständen ein Verfassungsartikel vorzulegen, der dem Nachrichtendienst grundsätzlich die Legitimation gibt. Eine inhärente Bundeskompetenz genügt bei gleichzeitiger Ausweitung des Zwecks und der nachrichtendienstlichen Beschaffungsmittel nicht als Grundlage für die Legiferierung im Bereich der inneren Sicherheit.
2. Die erst danach folgende Schaffung einer einheitlichen Kodifikation über die Tätigkeit des NDB in einem formellen Gesetz wird begrüsst. Damit wird dem verfassungsrechtlich verankerten Legalitätsprinzip Rechnung getragen und zudem berücksichtigt, dass die Tätigkeit des NDB einen schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte der betroffenen Personen darstellen kann. Die Normdichte des E-NDG wird auch für die zu konkretisierenden Verordnungsbestimmungen, die der Bundesrat delegiert, verlangt beziehungsweise erwartet.
3. Der E-NDG lässt Bestimmungen zur zwingend zu erfolgenden Abgrenzung zwischen polizeilicher Tätigkeit, Tätigkeit des Nachrichtendienstes und Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden missen.
4. Es ist eine unabhängige, wirksame und gestärkte Aufsicht über die Tätigkeit des NDB einzurichten. Auf diese sind die im E-NDG vorgesehenen Kontroll- und Aufsichtsinstanzen (Selbstkontrolle NDB, Aufsicht VBS sowie unabhängige Kontrollinstanz für die Funkaufklärung UKI) zu übertragen. Die Mitglieder dieser Aufsichtsinstanz sind zudem vom Bundesrat zu wählen und einzusetzen. Für eine wirksame Aufsicht bedarf es der erforderlichen Anzahl Mitarbeitende, ein jederzeitiges Zugangsrecht zu den Daten und Informationen, ein uneingeschränktes Einsichtsrecht und eine Weisungsungebundenheit.
5. Betreffend Zusammenarbeit mit den Kantonen hält der E-NDG an der dezentralen Organisation mit kantonalen Vollzugsbehörden und dem Beizug von unterstützenden Aufsichtsorganen für die kantonale Dienstaufsicht fest. Diese dezentrale Organisation erfordern Aufsichtsorgane sowohl auf Ebene Bund als auch auf Ebene Kantone. Wie beim Bund muss auch in den Kantonen eine wirksame Aufsicht bestehen. Eine solche ist nur möglich, wenn die kantonale Dienstaufsicht und die diese unterstützenden Kontrollorgane ein uneingeschränktes Einsichtsrecht haben; im Minimum zu Daten und Informationen, auf welche die Behörden im Kanton Zugriff haben (INDEX NDB, LED).

6. Der Ausschluss der kantonalen parlamentarischen Oberaufsicht im E-NDG wird ausdrücklich kritisiert. Unter Beibehaltung der im E-NDG vorgegebenen Organisationsstruktur und Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantone kann die Oberaufsicht des kantonalen Parlaments nicht ausgeschlossen werden und ist damit im E-NDG ausdrücklich vorzusehen.
7. In finanzieller Hinsicht hat der Bund für sämtliche personellen und technischen Aufwendungen aufzukommen. Dies ergibt sich konsequenterweise aus der vorgesehenen Verpflichtung der Kantone beim Vollzug des NDG mitzuwirken.

Der Kanton Basel-Stadt ist Ihnen dankbar, dass die hier geäusserten Bemerkungen Berücksichtigung finden beziehungsweise in den E-NDG einfließen werden.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin  
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl  
Staatsschreiberin

Beilage: Fragebogen