



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

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 22. Mai 2013

Regierungsratsbeschluss vom 21. Mai 2013

Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität sowie

Bundesbeschluss zur Genehmigung der Europäischen Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken und über die Erlangung von Beweisen und Auskünften in Verwaltungssachen im Ausland: Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben des EJPD vom 26. Februar 2013 werden die Kantonsregierungen eingeladen, sich zur oben genannten Vorlage zu äussern. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Stellungnahme.

1. Generelle Beurteilung

Der Gesetzesentwurf würdigt die Bedeutung der internationalen Zusammenarbeit und fördert die Rechtssicherheit, indem Lücken in Bereichen, in denen bisher eine rechtliche Regelung gänzlich fehlte, geschlossen werden. Es ist insbesondere dringend geboten, dass mit dem geplanten Gesetz eine verwaltungsrechtliche Grundlage für Einzelfallbewilligungen zur Vornahme von Handlungen für einen fremden Staat geschaffen wird. Ebenso erachten wir es als richtig, wenn der Bundesrat die Ermächtigung erhalten soll, diverse Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Souveränität zu ergreifen, und für derartige Massnahmen eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird. In diesem Sinn befürwortet der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt grundsätzlich den vorgelegten Gesetzesentwurf, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass die in der Öffentlichkeit teilweise kritisierte Tendenz zur Überregulierung mit diesem weiteren Erlass seine Bestätigung finden könnte. Dies umso mehr, als an der Wirksamkeit der im Gesetz vorgesehenen Massnahmen zum Schutz der Souveränität angesichts der einschlägigen Erfahrungen, die die Schweiz in der Vergangenheit mit bestimmten Staaten machen musste, gezweifelt werden darf. Es fragt sich daher, ob der Weg über internationale oder bilaterale Abkommen nicht geeigneter wäre.

Schliesslich befürworten wir ausdrücklich die Absicht des Bundesrates, die beiden Europaratsabkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland sowie über die Erlangung von Auskünften und Beweisen in Verwaltungssachen im Ausland zu ratifizieren. Diese stellen eine sinnvolle Ergänzung zu bestehenden Regelungen in diesem Bereich dar. Für die richtige Handhabung in der Praxis wäre es begrüssenswert, wenn das

Bundesamt für Justiz eine Wegleitung bzw. Merkblätter ausarbeiten würde, wie dies bereits im Bereich der Amts- und Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen erfolgt ist.

Obschon wir den vorliegenden Entwurf zu einem Souveränitätsschutzgesetz im Grundsatz begrüßen, möchten wir nachfolgend auf gewisse Unklarheiten und Problembereiche hinweisen:

2. Bemerkungen zu einzelnen Themenkreisen

2.1. Nachbesserungsbedarf bei Art. 5 ZSSG i.V.m. Art. 3 ZSSG

Art. 3 ZSSG legt fest, dass das Gesetz für Bundesorgane (lit. a), für die kantonalen Behörden, soweit das Bundesrecht sie zur direkten Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden berechtigt (lit. b) und für Private, die mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten (lit. c), gilt. Art. 5 ZSSG hält zusätzlich fest, dass neben dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 auch das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz¹ zur Anwendung gelangen soll, soweit weder das ZSSG noch Spezialgesetze anderslautende Regelungen enthalten. Diese Regelung entspricht nicht der in der Bundesverfassung festgehaltenen Kompetenzordnung zum Erlass des Datenschutzrechts und muss daher angepasst werden.

Das DSG/Bund gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 für Bundesorgane sowie für Privatpersonen, die Personendaten bearbeiten. In diesem Punkt ist der in Art. 5 ZSSG enthaltene Hinweis, dass das DSG/Bund im Kontext von Datenübermittlungen durch Bundesorgane und Privatpersonen ins Ausland zur Anwendung gelangen soll, nicht zu beanstanden. Die in Art. 5 ZSSG i.V.m. Art. 3 lit. b ZSSG statuierte Anwendbarkeit des DSG/Bund auf Datenbearbeitungsvorgänge, die kantonale Behörden vornehmen, wenn sie vom Bundesrecht zur direkten Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden ermächtigt sind, verletzt jedoch die in der Verfassung verankerten Vorgaben bezüglich der Regelungskompetenzen im Bereich des Datenschutzrechts. Da die Bundesverfassung keine besondere Kompetenz des Bundes zum Erlass von Datenschutzvorschriften kennt, kommt dem Bund keine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzes zu und er darf nur in einzelnen Bereichen Datenschutzvorschriften erlassen.

Auch wenn kantonale Behörden gestützt auf Bundesrecht Personendaten ins Ausland bekannt geben, so werden sie damit keine Bundesorgane im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 lit. h DSG/Bund, und das formelle Datenschutzrecht des Bundes gelangt nicht zur Anwendung. Vielmehr gelten die formellen Datenschutzbestimmungen des jeweiligen kantonalen (Informations- und) Datenschutzgesetzes. Die materiellen Bestimmungen, welche entweder die Bekanntgabe selbst vorsehen oder zumindest die Aufgaben umschreiben, zu deren Erfüllung die Daten bekanntgegeben werden sollen, finden sich dann im von Art. 3 lit. b ZSSG erwähnten Bundesrecht, welches die kantonalen Behörden zur Zusammenarbeit mit dem Ausland ermächtigt².

Art. 5 ZSSG muss folglich zwingend angepasst werden. Wir schlagen vor, die Bestimmung auf zwei Absätze aufzuteilen und einen der beiden Absätze wie folgt zu formulieren:

¹ DSG/Bund, SR 235.1.

² Natürlich kann auch kantonales Recht den Austausch kantonalen Organe mit ausländischen Behörden vorsehen – allerdings gelangt dann das ZSSG nicht zur Anwendung.

«Die Bearbeitung von Informationen nach diesem Gesetz unterliegt dem Datenschutzrecht des Bundes und der Kantone.»

Dieser Passus findet sich bereits in Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 2009 über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten³. Damit wird den in der Verfassung verankerten Vorgaben bezüglich der Regelungskompetenzen im Bereich des Datenschutzrechts Rechnung getragen.

2.2. Problematik der Normdichte von Art. 7 bis Art. 9 ZSSG

Damit Personendaten ausgetauscht werden dürfen, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, welche entweder den Austausch explizit vorsieht (sogenannte unmittelbare Rechtsgrundlage) oder einer Norm, welche eine Aufgabe nennt, welche ohne den Informationsaustausch nicht erfüllt werden könnte (sogenannte mittelbare Rechtsgrundlage)⁴. Für den Austausch besonders schützenswerter Personendaten⁵ müssen sich die entsprechenden Regeln in einem Gesetz im formellen Sinne finden. «Normale» Personendaten dürften auch gestützt auf eine Verordnung weitergegeben werden. Neben der Normstufe muss aber auch dem Erfordernis der genügenden Normdichte Rechnung getragen werden: Je unpräziser eine Bestimmung formuliert ist, umso schwieriger ist es zum einen für die betroffenen Behörden abzuschätzen, was sie tatsächlich tun dürfen, und umso schwieriger ist es zum anderen auch für die vom Datenaustausch betroffenen Personen, das Ausmass der Datenbekanntgabe zu erfassen.

Das ZSSG ist ein Gesetz im formellen Sinne und genügt damit dem Erfordernis der Normstufe. Allerdings erachten wir die Normdichte von Art. 7 und Art. 9 ZSSG als problematisch: Verfügt eine Behörde über keine Bestimmungen in ihrem «Spezialgesetz» zum Austausch von Personendaten mit dem Ausland, so statuiert Art. 7 ZSSG lediglich, dass ein Austausch stattfinden *darf*, und Art. 9 umschreibt, *auf welchen Wegen* dieser Austausch vonstatten gehen soll. Für eine subsidiäre Grundsatz-Regelung mag dies genügen. Es kann aber sein, dass eine Behörde auf keinerlei weitere Bestimmungen in ihrem eigenen «Spezialgesetz» zurückgreifen kann.

Zur Illustration kann auf die Situation der kantonalen Migrationsbehörde hingewiesen werden: Art. 98 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG) überträgt alle Aufgaben, die nicht ausdrücklich anderen Bundesbehörden oder den kantonalen Behörden vorbehalten sind, dem Bundesamt für Migration (BFM). Mangels einer Ermächtigung⁶ für die Kantone müssten demnach alle Anfragen von ausländischen Behörden betreffend migrationsrechtliche Sachverhalte an das BFM weitergeleitet werden, was bei einfachen Adress- oder Bewilligungsauskünften nicht praktikabel ist. Im Bereich der Einwohnerkontrolle fehlt eine bundesrechtliche Berechtigung zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit gänzlich.

Die in Art. 8 ZSSG aufgeführten Voraussetzungen der Zusammenarbeit vermögen keine grosse Abhilfe zu schaffen: Bereits das formelle Datenschutzrecht sieht vor, dass Informationen nur zur *Aufgabenerfüllung* ausgetauscht werden dürfen (die Aufgaben müssen dann aber eben in den jeweiligen themenspezifischen Gesetzen festgehalten werden!), womit Art. 8 Abs. 1 lit. a ZSSG keinen «Mehrwert» bringt. Das in Art. 8 Abs. 1 lit. b ZSSG als Voraussetzung genannte Amts-

³ Schengen-Informationsaustausch-Gesetz, SiaG, SR 362.2.

⁴ Siehe bspw. Art. 17 DSG/Bund oder § 9 IDG.

⁵ Das Bundesrecht verwendet den Begriff der «besonders schützenswerten Personendaten». Das kantonale IDG spricht im selben Kontext von «besonderen Personendaten».

⁶ Art. 105 ff. AuG enthält lediglich die Ermächtigung der Kantone.

oder Berufsgeheimnis der ersuchenden Behörde kann wohl nur dann als Schutz gelten, wenn das Amts- oder Berufsgeheimnis mindestens den Schweizer Grundsätzen entspricht und dies von den Schweizer Behörden auch überprüft werden kann – was je nach Empfängerstaat eine grosse Herausforderung darstellen dürfte. Und schliesslich wird es für die Schweizer Behörde nahezu unmöglich sein zu prüfen, ob die Informationen von der ausländischen Behörde tatsächlich nicht bzw. nur mit Zustimmung der Schweizer Kolleg(inn)en weitergegeben werden (Art. 8 Abs. 1 lit. c ZSSG; siehe dazu sogleich Ziff. 4).

Die Art. 7 bis 9 ZSSG vermögen somit aus rechtsstaatlicher Sicht keinen genügenden Rahmen für den Informationsaustausch mit anderen Behörden zu schaffen – die Unbestimmtheit der Normen ist die logische Konsequenz des Anspruchs, ein *subsidiär* zur Anwendung gelangendes *Grundsatzgesetz* zu schaffen. Es ist unumgänglich, dass die jeweiligen Spezialgesetze sukzessive um Bestimmungen zum Austausch von Informationen mit ausländischen Behörden ergänzt und möglichst konkrete Ablaufschemata, Voraussetzungen etc. festgelegt werden. Die Rolle des ZSSG könnte damit längerfristig vom «Notnagel» im Bereich des Informationsaustauschs auf die eigentlich antizipierte Grundsatzfunktion, welche nur in bislang unvorhergesehenen Fällen (eben subsidiär) zur Anwendung gelangen soll, reduziert werden.

Vor diesem Hintergrund empfehlen wir, dass in der Botschaft zum ZSSG einerseits Ausführungen dahingehend gemacht werden, dass die jeweiligen Spezialgesetze kontinuierlich um Regelungen zum Austausch mit ausländischen Behörden ergänzt werden, und andererseits noch deutlicher darauf hingewiesen wird, dass das ZSSG als *subsidiär zur Anwendung gelangende Grundsatzlösung* konzipiert ist.

2.3. Problematik der Umsetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. b und c und mangelnder Schutz durch Art. 8 Abs. 3 ZSSG

Wie bereits unter Ziffer 2.2. angesprochen, bieten Art. 8 Abs. 1 lit. b und c ZSSG nur einen begrenzten Schutz vor einem allfälligen Missbrauch der ins Ausland übermittelten Daten bzw. vor einer Verwendung der Daten, die über den vereinbarten Rahmen hinaus geht. Auch der Umstand, dass bereits 44 Staaten die Europaratskonvention 108⁷ unterzeichnet haben, und dass das Datenschutzrecht der Europäischen Union einen vergleichsweise hohen Schutzstandard zu etablieren sucht, vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass sich die Daten mit der Übermittlung an eine ausländische Behörde ausserhalb des Einflussbereichs der hiesigen Stellen befinden und damit eine Kontrolle der weiteren Verwendung faktisch unmöglich ist. Insbesondere bei der Übermittlung von besonders schützenswerten Personendaten (Art. 9 lit. a ZSSG) wiegt dabei das Risiko der zweckwidrigen Verwendung besonders schwer.

Der Gesetzgeber war sich dieser Problematik offensichtlich bewusst⁸ und hat mit Art. 8 Abs. 3 ZSSG Ausschlussgründe für die Verweigerung der Zusammenarbeit zu etablieren versucht. Dieser Ansatz ist zu begrüßen und beizubehalten.

Bedauerlicherweise relativiert die Botschaft die Wirkung von Art. 8 Abs. 3 ZSSG jedoch in gravierendem Masse. Dass Rechtsschutzdefizite im fraglichen Sachgebiet offensichtlich und notorisch und ohne vertiefte Abklärungen der Rechtslage erkennbar sein müssen, um als Verweigerungsgrund für die Datenbekanntgabe zu gelten, ist aus Überlegungen des Grundrechtsschutzes un-

⁷ Übereinkommen vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, Liste der Ratifikationen abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/C_ommun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=8&DF=14/03/2013&CL=ENG>.

⁸ Siehe Botschaft ZSSG, S. 26.

haltbar: Bereits Zweifel am Rechtsschutz müssen zu einer vertieften Abklärung führen, andernfalls droht neben einer Verletzung der informationellen Selbstbestimmung als Teil des Persönlichkeitsrechts auch eine Unterminierung der verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechte. Es ist mehr als problematisch, wenn es der ersuchten schweizerischen Behörde überlassen bleibt, – einzelfallbezogen – zu entscheiden, ob der ausländische Rechtsschutz im fraglichen Sachbereich derart mangelhaft ist, dass eine Zusammenarbeit abgelehnt werden muss.

Gestützt auf diese Überlegungen empfehlen wir, die Ausführungen in der Botschaft zu Art. 8 ZSSG dahingehend zu ändern, dass auf die Problematik des ungenügenden Rechtsschutzes dezidiert hingewiesen und die unglückliche Relativierung des Begriffs des ungenügenden Rechtsschutzes gestrichen wird. Zudem empfehlen wir, detaillierte Listen o.ä. zum Rechtsschutzniveau jener Datenempfängerstaaten zu erstellen, von welchen regelmässige Anfragen zu erwarten sind. Solche Listen würden die Einzelfallabwägung – welche unumgänglich ist – erleichtern und nicht nur eine erhöhte Rechtssicherheit, sondern auch eine einheitliche Verwaltungspraxis ermöglichen.

3. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 ZSSG

Wie bereits oben ausgeführt, ist es grundsätzlich richtig, dass dem vorliegenden Gesetz lediglich ein subsidiärer Charakter zukommen soll. Wenn im erläuternden Bericht allerdings festgehalten wird, dass auch ein qualifiziertes Schweigen als Spezialbestimmung gelten kann (S. 21), die dem Gesetz vorgehe, so ist vor auszusehen, dass die Abgrenzung zwischen dem Fehlen einer Spezialbestimmung und dem Vorliegen eines qualifizierten Schweigens als Spezialbestimmung Schwierigkeiten bereiten wird. Diese Abgrenzung dürfte insbesondere gerade im Hinblick auf die vorgesehene direkte Zustellung von amtlichen Dokumenten (Art. 10) in der Praxis einige Probleme aufwerfen.

Art. 8 Abs. 3

Art. 8 hält die Grundsätze der Zusammenarbeit der schweizerischen mit ausländischen Behörden fest. In Art. 8 Abs. 3 werden die Gründe genannt, die eine Zusammenarbeit ausschliessen. Es ist für uns nicht ersichtlich, welchen eigenen Regelungsgehalt der Bestimmung zukommen soll, wonach die Zusammenarbeit ausgeschlossen ist, wenn "die Souveränität beeinträchtigt werden könnte". Angesichts dessen, dass völkerrechtlich gerade *keine* Souveränitätsbeeinträchtigung vorliegt, wenn der betroffene Staat einer Zusammenarbeit zustimmt, schlagen wir vor, hier auf den Begriff der Souveränität zu verzichten. Mit diesem Verzicht könnte überdies erreicht werden, dass der Begriff der Souveränität im Gesetzestext ausschliesslich in seiner völkerrechtlichen (und nicht in seiner innenpolitischen) Bedeutung verwendet würde.

Art. 10 Abs. 1 und Abs. 5

In Art. 10 Abs. 1 wird festgehalten, dass amtliche Dokumente in der Schweiz direkt zugestellt werden können. Im Begleittext wird sodann ausgeführt, dass der Begriff der amtlichen Dokumente Urteile und Verfügungen umfassen könne. Von der direkten Zustellung seien jene Dokumente ausgenommen, welche "empfindliche oder schwerwiegende Eingriffe in die Rechtsposition der Empfängerin oder des Empfängers" beinhalteten. Im Gesetzestext wird dies aber anders formuliert. Demnach sind von der direkten Zustellung ausgenommen sämtliche "Dokumente, die Eingriffe in die Rechtsposition der Empfängerin oder des Empfängers bewirken, Pflichten auferle-

gen oder Zwangsmassnahmen androhen". Diese Voraussetzungen sind indessen in der Regel bei Verfügungen und Urteilen erfüllt, denn hier wird gemäss geltender Praxis davon ausgegangen, dass bereits dann ein „Eingriff in die Rechtsposition“ vorliegt, wenn aufgrund einer Zustellung die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt. Wir sind deshalb der Meinung, dass Art. 10 Abs. 1 in seiner jetzigen Formulierung gegenüber der heute gängigen Praxis, wonach lediglich Schreiben mit einem Informationscharakter direkt zugestellt werden dürfen, entgegen den Ausführungen im erläuternden Bericht – „Weichenstellung“ (S.29) – keine Neuerung darstellt. Wir regen deshalb an, entweder den Begleittext anzupassen oder Art. 10 mit den Begriffen "empfindlichen oder schwerwiegenden Eingriffen" zu präzisieren. Sachlich befürworten wir jedoch die Beibehaltung der heutigen Praxis, wonach das Fehlen einer expliziten staatsvertraglichen Vereinbarung auf das Verbot der direkten Zustellung schliessen lässt.

Weiter ist unklar, welche eigenständige Bedeutung Art. 10 Abs. 5 im jetzt vorliegenden Entwurf zukommen soll. So ist nicht ersichtlich, weshalb der Bundesrat in lit. a zum Erlass von Verordnungen ermächtigt werden soll, welche vorsehen, dass "amtliche Dokumente den Betroffenen in der Schweiz von den ausländischen Behörden direkt zugestellt werden können". Dieser Grundsatz der direkten Zustellung ist ja bereits in Art. 10 Abs. 1 festgehalten worden, es bedarf deshalb keiner zusätzlichen Delegationsbestimmung.

Art. 10 weckt schliesslich noch ganz grundsätzliche Bedenken. So ist der Regelungsadressat von Art. 10 Abs. 1 die ausländische Behörde, jener von Art. 10 Abs. 2 dagegen der im Inland von der Handlung der ausländischen Behörde betroffene Dritte und jener von Art. 10 Abs. 3 bis Abs. 5 wiederum die Schweizerischen Behörden. Es widerspricht der Dogmatik des Völkerrechts, sich mit einer inländischen Norm direkt an die ausländische Behörde zu richten. Wir sind deshalb der Meinung, dass die direkte Zustellung auch zukünftig nur zulässig ist, wenn sie eine *völkerrechtliche* Grundlage in einem bi- oder multilateralen Abkommen hat. Diese Lösung empfiehlt sich auch deshalb, weil das Souveränitätsschutzgesetz als subsidiäres Gesetz nur bei einer fehlenden Spezialregelung Anwendung finden soll. Weil jedoch auch das Fehlen einer Spezialregelung (qualifiziertes Schweigen) eine Form der Spezialregelung darstellt (vgl. Art. 4 Abs. 1), ist es für die Praxis bestimmt einfacher, davon auszugehen, dass die direkte Zustellung *grundsätzlich* nur erlaubt ist, sofern eine *völkerrechtliche* Grundlage dafür besteht. Dies umso mehr, als die Schweizerischen Behörden ja in Ermangelung einer völkerrechtlichen Grundlage ihrerseits *keine* direkten Zustellungen vornehmen dürfen. Diese Lösung bietet sich insbesondere auch deshalb an, weil parallel zu den Arbeiten an einem Souveränitätsschutzgesetz auch die Ratifikation des Europaratsübereinkommens über die die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland vorbereitet wird.

Wir danken Ihnen nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme und bitten Sie höflich, die Anliegen des Kantons Basel-Stadt zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Carlo Conti
Vizepräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin