

Probeklausur**Bemerkungen**

Die Besprechung erfolgt im Rahmen der Übungen vom 12. November 2012 in zwei Gruppen, 08.15 bis 10.00 bzw. 10.15 bis 12.00 Uhr im Raum A022.

Die Probeklausur wird durch die Studierenden selbständig korrigiert. Am 14. November 2012 wird auf der Homepage des Instituts für Öffentliches Recht ein Lösungsraster aufgeschaltet.

I. Sachverhalt

Der Armeeeingehörige A. ist ab 1. Juni 2013 für eine besondere Funktion im Armeestab vorgesehen. Er soll dabei Zugang zu klassifizierten Akten erhalten. Deshalb ersuchte die ihn anstellende Behörde (nachfolgend: ersuchende Behörde) am 20. Juli 2012 die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen (nachfolgend: Fachstelle), A. einer sogenannten Personensicherheitsprüfung zu unterziehen; eine solche ist für derartige Fälle gesetzlich vorgeschrieben. Die Fachstelle kam in der Folge zum Schluss, A. stelle ein erhöhtes Sicherheitsrisiko dar.

Anlässlich der anschliessend durch die Fachstelle gewährten schriftlichen Anhörung stellte A. die Rechtmässigkeit der durchgeführten Sicherheitsprüfung nicht in Frage. Er habe auch nichts gegen die Eröffnung der Risikoverfügung an die ersuchende Behörde einzuwenden. A. beantragte hingegen, das Ergebnis der Sicherheitsprüfung sei der ersuchenden Behörde in unbegründeter Form zu eröffnen, weil eine Offenlegung der Hintergründe des Prüfungsergebnisses seine Persönlichkeitsrechte krass verletzen würde. Die Fachstelle solle über diesen Antrag deshalb in einer separaten Zwischenverfügung befinden.

Als Antwort erhielt A. folgende, nicht mit einer digitalen Signatur versehene, E-Mail:

Von: Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen Gesendet: Montag, 17. September 2012
An: A.
Betreff: Antrag auf unbegründete Verfügungseröffnung

Sehr geehrter Herr A.

Im Rahmen der Anhörung beantragten Sie, die Risikoverfügung sei der ersuchenden Behörde in unbegründeter Weise zu eröffnen. Diesem Antrag können wir nicht entsprechen. Gestützt auf Art. 21 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) ist das Ergebnis der Sicherheitsprüfung der ersuchenden Behörde in einer schriftlichen Beurteilung zu unterbreiten.

Wir werden daher der ersuchenden Behörde die Risikoverfügung in begründeter Form eröffnen.

Freundliche Grüsse

Z.

Leiter Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen
Abteilung Informations- und Objektsicherheit
Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Mit als Beschwerde bezeichnetem Schreiben gelangte A. am 10. Oktober 2012 an die zuständige Rechtsmittelinstanz auf Bundesebene. Er führte aus, er setze sich gegen die E-Mail der Fachstelle zur Wehr und beantragte sinngemäss, die Fachstelle sei anzuweisen, ihre Verfügung der ersuchenden Behörde unbegründet zu eröffnen. A. legte dem Brief Kopien der wichtigsten Dokumente bei und unterzeichnete das Schreiben.

A. machte in seinem Schreiben geltend, durch die Personensicherheitsprüfung seien intime Details aus seinem Privatleben – insbesondere zu seinem Sexualleben und zu seiner Gesundheit – aufgedeckt worden. Zudem stellten ihn einzelne Ausführungen der Fachstelle als illoyalen und vertrauensunwürdigen Menschen dar. Daher würden durch eine mit Begründung versehene Risikoverfügung sein grundrechtlich geschützter Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung und seine Menschenwürde verletzt. Dazu fehle es zunächst an einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Zudem würde die Mitteilung einzig des Ergebnisses (Sicherheitsrisiko Ja oder Nein) der ersuchenden Behörde ausreichen, um daraus die Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis zu ziehen. Jedenfalls sei keine detaillierte Begründung notwendig. Eine Kurzbegründung (z.B. „die Fachstelle beurteilt die Person X. als Sicherheitsrisiko wegen Erpressbarkeit“) genüge vollauf, um über die Eignung einer Person für eine bestimmte Stelle zu befinden und zu entscheiden. Im Weiteren habe er aufgrund des Zustimmungserfordernisses zur Personensicherheitsprüfung das Recht, eine unbegründete Verfügung zu verlangen.

In ihrer Vernehmlassung vom 6. November 2012 beantragte die Fachstelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil gar kein genügendes Anfechtungsobjekt vorliege. Die E-Mail regle keine Rechte und Pflichten und erfülle zudem nicht die gesetzlich vorgeschriebenen formellen Erfordernisse an ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt. Im Übrigen sei die Beschwerde auch materiell unbegründet, da Art. 21 Abs. 4 BWIS – unter Heranziehung der gängigen Auslegungsmittel – zwingend eine Begründung verlange.

II. Aufgabenstellung

1. Skizzieren Sie den Verfahrensablauf einer Personensicherheitsprüfung. (3 Punkte)
2. Handelt es sich bei der E-Mail der Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen um ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt? (9 Punkte)
3. Unter der Annahme, die E-Mail sei ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt:
 - a) Wird die zuständige Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde von A. eintreten? Prüfen Sie sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen. (9 Punkte)
 - b) Unter der Annahme, die Rechtsmittelinstanz würde eintreten: Wie wird sie materiell entscheiden? (24 Punkte)
 - c) Falls A. mit seiner Beschwerde unterliegen sollte: Kann er diesen Entscheid weiterziehen? Prüfen Sie einzig, ob ein Rechtsmittel erhoben werden kann und wenn ja, bei welcher Instanz dieses einzureichen wäre, ohne die einzelnen Sachurteilsvoraussetzungen abzuhandeln. (2 Punkte)
4. Unter der Annahme, die E-Mail sei kein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt: Was könnte A. vorkehren, um sich gegen die angekündigte Begründung der Risikoverfügung doch noch gerichtlich wehren zu können? (3 Punkte)

Der Gesamteindruck fliesst in die Bewertung der Klausur ein. Zuschläge gibt es namentlich für die Darstellung und Strukturierung der Arbeit sowie für gutes Argumentieren.

III. Hilfsmittel

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)
- Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)
- Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32)
- Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021)
- Auszug (teilweise modifiziert) aus dem Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120; vgl. Beilagen)
- Auszug (teilweise modifiziert) aus der Verordnung vom 19. Dezember 2001 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV, AS 2002 377; vgl. Beilagen)
- Auszug (teilweise modifiziert) aus der Botschaft vom 7. März 1994 zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» (Bundesblatt 1994 II 1187 f.; vgl. Beilagen)
- Nach Belieben gedruckte und handschriftliche Unterlagen gemäss Merkblatt für die Verwendung von Unterlagen und Hilfsmitteln an der Einführungs- und Bachelorprüfung

IV. Beilagen

Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf die Artikel 54 Absatz 1 und 57 Absatz 2 der Bundesverfassung sowie auf die Zuständigkeit des Bundes zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 7. März 1994 beschliesst:

1. Abschnitt: Zweck, Aufgaben und Schranken

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz dient der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung.

4. Abschnitt: Personensicherheitsprüfungen

Art. 19 Personenkreis

¹ Der Bundesrat kann Sicherheitsprüfungen vorsehen für Bedienstete des Bundes, Angehörige der Armee und des Zivilschutzes sowie Dritte, die an klassifizierten Projekten im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit mitwirken, wenn sie bei ihrer Tätigkeit:

- a. regelmässigen und weit reichenden Einblick in die Regierungstätigkeit oder in wichtige sicherheitspolitische Geschäfte haben und darauf Einfluss nehmen können;
- b. regelmässig Zugang zu Geheimnissen der inneren oder der äusseren Sicherheit oder zu Informationen haben, deren Aufdeckung die Erfüllung wesentlicher Aufgaben des Bundes gefährden könnte;
- c. als Angehörige der Armee und des Zivilschutzes Zugang zu klassifizierten Informationen, Materialien oder Anlagen haben;
- d. als Vertragspartner oder deren Mitarbeiter an klassifizierten Projekten des Bundes mitwirken oder aufgrund von Geheimschutzvereinbarungen überprüft werden müssen;
- e. regelmässig Zugang zu besonders schützenswerten Personendaten haben, deren Offenbarung die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen schwerwiegend beeinträchtigen könnte.

² Die Kantone können für ihre Bediensteten, die unmittelbar bei Aufgaben des Bundes nach diesem Gesetz mitwirken, ebenfalls eine Sicherheitsprüfung durchführen. Sie können die Mitwirkung des NDB (Nachrichtendienst des Bundes) beanspruchen.

³ Die Sicherheitsprüfung wird durchgeführt, bevor das Amt oder die Funktion übertragen oder der Auftrag erteilt wird. Die zu prüfende Person muss der Durchführung der Prüfung zustimmen. In besonderen Fällen kann der Bundesrat die periodische Wiederholung vorsehen.

⁴ Der Bundesrat erlässt eine Liste der Ämter in der Bundesverwaltung und der Funktionen der Armee, für die eine Sicherheitsprüfung durchgeführt werden muss. Die Departementsvorsteher und der Bundeskanzler können in Ausnahmefällen Personen prüfen lassen, deren Amt oder Funktion noch nicht in der Liste aufgenommen ist, jedoch die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt.

Art. 20 Prüfungsinhalt

¹ Bei der Sicherheitsprüfung 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. Über die Ausübung verfassungsmässiger Rechte werden keine Daten erhoben.

² Die Daten können 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 Fachstelle (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 Strafverfahren;
- e. durch Befragung von Drittpersonen, wenn die betroffene Person zugestimmt hat;
- f. durch persönliche Befragung der betroffenen Person.

Art. 21 Durchführung der Prüfung

¹ Der Bundesrat bezeichnet eine Fachstelle, welche die Sicherheitsprüfungen in Zusammenarbeit mit dem NDB durchführt.

² Die Fachstelle teilt der geprüften Person das Ergebnis der Abklärungen und ihre Beurteilung des Sicherheitsrisikos mit. Diese kann innert zehn Tagen Einsicht in die Prüfungsunterlagen nehmen und die Berichtigung falscher Daten verlangen sowie bei Akten des Bundes die Entfernung überholter Daten verlangen oder einen Bestreitungsvermerk anbringen lassen. Für die Einschränkung der Auskunft gilt Artikel 9 DSG.

³ Wird die Sicherheitserklärung nicht erteilt oder mit Vorbehalten versehen, so kann die betroffene Person Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen.

⁴ Die Fachstelle unterbreitet ihre Beurteilung des Sicherheitsrisikos schriftlich der Behörde, die für die Wahl oder die Übertragung der Funktion zuständig ist. Die Behörde ist an die Beurteilung der Fachstelle nicht gebunden. Der Bundesrat regelt die Zuständigkeiten bei den Sicherheitsprüfungen nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe d.

⁵ Der Bundesrat regelt die Einzelheiten der Sicherheitsprüfung, insbesondere die Einsichtsrechte der Betroffenen und der ernennenden Behörde, sowie Aufbewahrung, weitere Verwendung und Löschung der Daten.

Verordnung über die Personensicherheitsprüfung (PSPV; AS 2002 377)

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf die Artikel 19, 21 sowie 30 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS),
verordnet:

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

Diese Verordnung regelt die Sicherheitsprüfungen von:

- a. Angestellten der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung nach dem Anhang der Verordnung vom 25. November 19982 über die Regierungs- und Verwaltungsorganisation (RVOV) und der Parlamentsdienste;
- b. Angehörigen der Armee
- c. Dritten, die an klassifizierten Projekten der Schweiz oder des Auslandes im Bereich der inneren oder der äusseren Sicherheit mitwirken oder Zugang zu klassifizierten Informationen, Materialien oder Anlagen haben;
- d. Angestellten der Kantone.

Art. 2 Listen der Funktionen, die eine Sicherheitsprüfung verlangen

¹Die Funktionen in der Armee, für die eine Sicherheitsprüfung durchgeführt werden muss, sind in Anhang 1 aufgeführt.

²Die Funktionen in der Bundesverwaltung, für die eine Sicherheitsprüfung durchgeführt werden muss, sind in Anhang 2 aufgeführt.

Art. 3 Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen

Die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen (Fachstelle) in der Abteilung Informations- und Objektsicherheit des VBS führt die Sicherheitsprüfungen in Zusammenarbeit mit den Sicherheitsorganen des Bundes und der Kantone gemäss dem in dieser Verordnung festgelegten Prüfverfahren durch.

2. Kapitel: Durchführung der Sicherheitsprüfung

1. Abschnitt: Zu prüfende Personen

Art. 5 Angehörige der Armee

Bei Angehörigen der Armee wird eine Sicherheitsprüfung durchgeführt, wenn sie in ihrer Funktion Zugang zu klassifizierten Informationen, Materialien oder Anlagen haben.

2. Abschnitt: Prüfverfahren

Art. 9 Abstufungen der Sicherheitsprüfung

Sicherheitsprüfungen werden in folgenden Abstufungen durchgeführt:

- a. Grundsicherheitsprüfung;
- b. erweiterte Sicherheitsprüfung;
- c. erweiterte Sicherheitsprüfung mit Befragung

3. Abschnitt: Ablauf der Sicherheitsprüfung

Art. 14 Verwendung der Prüfformulare

¹ Die ersuchende Stelle nennt auf dem für die Sicherheitsprüfung zu verwendenden Prüfformular die möglichen, mit der Funktion oder der Erfüllung eines Auftrages verbundenen Sicherheitsrisiken sowie die entsprechende Prüfungsstufe gemäss Artikel 9. Sie sendet das Formular zusammen mit dem Merkblatt über das Prüfverfahren sowie gegebenenfalls dem Formular «Angaben zu Person» der zu prüfenden Person zu.

² Willigt die zu prüfende Person in die Durchführung der Sicherheitsprüfung ein, sendet sie die Formulare der ersuchenden Stelle datiert und unterzeichnet zurück. Bei Dritten erfolgt die Rücksendung an die ersuchende Stelle über den Arbeitgeber.

³ Die ersuchende Stelle beauftragt die Fachstelle mit der Durchführung der Prüfung, indem sie ihr das Prüfformular in Papierform oder mittels dem in Artikel 18 genannten elektronischen System übermittelt.

⁴ Bei Dritten, welche an militärisch klassifizierten Projekten beteiligt sind, erfolgt die Einleitung der Sicherheitsprüfung über die für die Industriesicherheit im VBS zuständige Stelle.

Art. 15 Ermächtigungen

¹ Die betroffene Person bestätigt auf dem Prüfformular ausdrücklich und mit Unterschrift, dass sie:

- a. die Fachstelle ermächtigt, die erforderliche Datenerhebung gemäss Artikel 20 Absatz 2 Buchstaben a–d BWIS durchzuführen;
- b. einwilligt, dass die Daten auf dem Formular «Angaben zur Person» für die Sicherheitsprüfung verwendet werden.

² Die Ermächtigung für die Befragung von Drittpersonen nach Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e BWIS muss bei den betroffenen Personen für jede zu befragende Person einzeln eingeholt werden.

³ Die Ermächtigung zur Datenerhebung ist während sechs Monaten gültig und kann von der betroffenen Person jederzeit schriftlich widerrufen werden.

⁴ Kann die Datenerhebung nicht innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen werden, muss die Fachstelle bei der betroffenen Person eine Fristverlängerung zur Datenerhebung um weitere sechs Monate einholen.

3. Kapitel: Abschluss der Sicherheitsprüfung

Art. 20 Anhörung der betroffenen Person

¹ Wenn die Fachstelle erwägt, eine negative Risikoverfügung oder eine Risikoverfügung mit Auflagen zu erlassen, so gewährt sie der betroffenen Person das rechtliche Gehör, indem sie ihr Gelegenheit gibt, zum Ergebnis der Abklärungen schriftlich Stellung zu nehmen.

² Die betroffene Person kann bei der Fachstelle jederzeit Einsicht in die Prüfungsunterlagen nehmen; vorbehalten bleibt Artikel 9 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 19928 über den Datenschutz (DSG) sowie Artikel 27 und 28 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 19689 über das Verwaltungsverfahren (VwVG). In der Risikoverfügung darf nur auf solche Daten abgestellt werden, die der betroffenen Person bekannt gegeben worden sind.

Art. 21 Verfügung

¹ Die Fachstelle erlässt in der Regel innert drei Monaten seit Eingang des Prüfungsantrages eine Verfügung über das Ergebnis der Sicherheitsprüfung. Es kann erlassen werden eine:

- a. positive Risikoverfügung: die Fachstelle beurteilt die Person als kein Sicherheitsrisiko;
- b. Risikoverfügung mit Auflagen: die Fachstelle beurteilt die Person als Sicherheitsrisiko mit Vorbehalt;
- c. negative Risikoverfügung: die Fachstelle beurteilt die Person als Sicherheitsrisiko;
- d. Feststellungsverfügung: der Fachstelle ist es mangels Datenverfügbarkeit nicht möglich, die für die Ausstellung einer Risikoverfügung notwendigen Daten zu erheben.

² Die Verfügung wird der betroffenen Person, der ersuchenden Behörde und allfälligen zur Beschwerde berechtigten Drittpersonen eröffnet.

Art. 24 Folgen der Verfügung

¹ Die ersuchende Behörde ist nicht an die Verfügung der Fachstelle gebunden.

² Die ersuchende Behörde eröffnet nach Eingang der Verfügung ihren Entscheid der geprüften Person. Bei Dritten eröffnet sie den Entscheid ebenfalls dem Arbeitgeber.

³ Die ersuchende Behörde informiert die Fachstelle innert 30 Tagen nach Eingang der Verfügung schriftlich, wenn sie einen von der Verfügung der Fachstelle abweichenden Entscheid getroffen hat. Andernfalls vermerkt die Fachstelle in SIBAD, dass der Entscheid im Sinne ihrer Verfügung ergangen ist.

⁴ Schliesst sich bei der Prüfung von Angehörigen der Armee die ersuchende Behörde der positiven Risikoverfügung der Fachstelle an, wird der Entscheid dem Armeeangehörigen nicht mehr separat zugestellt. Die zuständigen militärischen Behörden stellen sicher, dass ihr Entscheid im Personal-Informations-System der Armee (PISA) eingetragen wird.

⁵ Die ersuchende Behörde oder bei Dritten ebenso die Firma oder Organisation, kann mit dem schriftlichen Einverständnis der betroffenen Person die Prüfungsunterlagen einsehen. Sie kann mit der betroffenen Person ein Gespräch zur Klärung offener Fragen führen und dazu die Fachstelle beiziehen.

Funktionen in der Armee, für die eine Personensicherheitsprüfung durchgeführt werden muss

1. Armeestab

Formationen	Funktionen
Alle Armeestabteile	Sämtliche
Alle HQ Formationen	Sämtliche

Botschaft vom 7. März 1994 zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei»

Artikel 21 Durchführung der Prüfung

Zur Durchführung der Sicherheitsprüfung werden eine oder mehrere Fachstellen gebildet. Die Prüfungsorgane müssen viel Sachkenntnis und Einfühlungsvermögen haben, weshalb diese Aufgabe Spezialisten übertragen werden muss. Gestützt auf die vorläufige Verordnung vom 15. April 1992 über die Sicherheitsprüfungen in der Bundesverwaltung haben mehrere Departemente das Eidgenössische Personalamt als Prüfstelle bezeichnet (BK: SR 172.013.0; EJPD: SR 172.013.1; EDI: SR 172.013.2; EFD: SR 172.013.3); für die Angehörigen der Armee und für die Beauftragten von Rüstungsvorhaben führt die Zentralstelle des EMD für Schutz und Sicherheit (ZES) die Prüfung durch (Art. 11 ff., SR 510.413; Art. 10 ff., SR 510.418). Bevor der Wahl- oder Ernennungsantrag gestellt wird, erhält die geprüfte Person das Ergebnis. Sie kann die Prüfungsunterlagen einsehen und die Rechte nach Artikel 25 Datenschutzgesetz wahrnehmen. Die Frist ist mit zehn Tagen kurz angesetzt, damit die Wahl oder Ernennung nicht zu lange hinausgezögert wird. Wird die Sicherheitserklärung erteilt, erfolgt dies ohne Begründung. Eine Verweigerung oder das Anbringen eines Vorbehalts muss dagegen summarisch begründet werden. Die Departementsvorsteherinnen und die Departementsvorsteher sowie der Bundeskanzler müssen in diesen Fällen auf Verlangen auch die Akten einsehen können, um ihren Entscheid oder Antrag vorzubereiten. Die Wahl- oder Ernennungsbehörde ist an die Beurteilung der Fachstelle nicht gebunden. Dies gilt sowohl bei einer Erteilung der Sicherheitserklärung wie auch bei deren Verweigerung. Wird kein Sicherheitsrisiko angenommen, so können zum Beispiel beim Bundesrat als Wahlbehörde andere Gründe bestehen, die gegen die Wahl sprechen. Wählt oder ernennt dagegen ein Departement oder die Bundeskanzlei, so können die vorgeschlagenen Personen nach einer Sicherheitserklärung mit der Wahl rechnen, weil sich die zuständige Behörde vorher auf die betreffende Person festgelegt hat und nur diese auch überprüft wird. Bei verweigerter Sicherheitserklärung wird umgekehrt die antragstellende Behörde die Beurteilung in der Regel übernehmen. Es muss aber der Weg offenbleiben, dass die Wahlbehörde ein bestehendes Risiko durch konkrete Massnahmen auf andere Weise eliminiert als durch die Nichtwahl.

Probeklausur

12.11.2012

Bachelorprüfung Sommer 2012

Lösungsraster ab Mittwoch

Klausur: Viel Zeit → Zu Beginn Überblick verschaffen. Programm für die Lösung erarbeiten.

Um was geht es sich rechtlich? Verfügungsbegriff, Grundrechte, Verfahrensrecht, Interpretation der Gesetzesnormen (Auslegung).

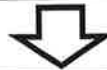
Gesetze lesen, ordnen. Botschaft → historische Auslegung.

Frage 1: Ablauf der Personensicherheitsprüfung

Einwilligung in Durchführung Prüfung und Datenerhebung durch die zu prüfende Person durch Unterzeichnung der ihr zugeschickten Formulare (Art. 19 Abs. 3 BWIS; Art. 14 Abs. 1 und 2, Art. 15 Abs. 1 PSPV)



Auftrag an Fachstelle zur Durchführung der Prüfung (Art. 14 Abs. 3 PSPV)



Durchführung der Prüfung und Gewährung des rechtlichen Gehörs (Vgl. Art. 20 Abs. 1 PSPV)



Eröffnung der Risikoverfügung (Art. 21 PSPV und Art. 21 Abs. 2 und 4 BWIS) zuhanden der antragsstellenden Behörde und der betroffenen Person.



Entscheidung über Anstellung durch die ersuchende Behörde ohne an die Risikoverfügung gebunden zu sein (Vgl. Art. 21 Abs. 4 BWIS und Art. 24 Abs. 1 PSPV)

Frage 2: E-Mail als Anfechtungsobjekt?

Typisches Anfechtungsobjekt: Verfügung. Handelt es sich um eine Verfügung nach Art. 5 VwVG (materielle Voraussetzungen)? + Formelle Elemente.

1. Materieller Verfügungsbegriff (Strukturelemente der Verfügung)

- a) Behördliche Anordnung: Fachstelle für die Personensicherheitsprüfung ✓
- b) Einzelfall (Individuell- konkret): Person A, in Bezug auf die Prüfung ✓
- c) Regelung eines Rechtsverhältnisses: Vollumfängliche Begründung greift in seine Persönlichkeitsrechte, er hätte dies zu dulden. Beeinträchtigung in seinen Rechten → Rechtsverhältnis wird geregelt ✓
- d) Verbindlich ✓
- e) Einseitig. Keinen Konsens. ✓
- f) Gestützt auf öffentliches Recht des Bundes: Bundesrecht. ✓

→ Sämtliche Materiellen Verfügungselemente nach Art. 5 VwVG sind gegeben. Es handelt sich folglich um eine Verfügung.

6. Beschwerdelegitimation (Art. 48 VwVG)

- a) **Partei- und Prozessfähigkeit:** Keine Zweifel aus dem SV ✓
- b) **Formelle Beschwerde:** Beteiligung am vorinstanzlichen Verfahren ✓
- c) **Materielle Beschwerde:** Formeller Verfügungsadressat. Nachteil erlitten, welcher ohne die Beschwerdeführung nicht ausgelöscht werden kann ✓
- d) **Aktuelles und Praktisches Interesse** ✓

Fazit: A ist beschwerdelegitimiert.

- 7. **Beschwerdegründe (Art. 49 VwVG): Art. 49 lit. a VwVG: Rechtsverletzung.** A rügt eine Verletzung von Grundrechten → Rechtsverletzung von Bundesrecht. Gesetzliche Grundlage fehlt → Verletzung von Bundesrecht ✓
- 8. **Frist (Art. 50 VwVG):** 30 Tage
- 9. **Form (Art. 52 VwVG):** Hinreichende Begründung

Ergebnis: Sachurteilsvoraussetzungen für die **Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht** sind erfüllt. Das Bundesverwaltungsgericht würde daher auf eine Beschwerde von A eintreten.

Frage 3 B: Materieller Teil

Rügen von A:

- **Verletzung des Rechts auf Informationelle Selbstbestimmung.**
- **Verletzung der Menschenwürde (Art. 7 BV).** Auffanggrundrecht, muss nur geprüft werden, wenn kein spezifisches Grundrecht greift.
- **Gesetzliche Grundlage für Begründung fehlt (Vgl. Art. 21 Abs. 4 BWIS)**

Vorgehen:

- 1) Spezifisches Grundrecht (Informationelle Selbstbestimmung)
- 2) Prüfung der Rechtsgrundlage innerhalb der Grundrechtsprüfung
- 3) Menschenwürde als Auffanggrundrecht am Schluss

Andere Variante: Beginn mit der gesetzliche Grundlage?

VERLETZUNG DER INFORMATIONELLEN SELBSTBESTIMMUNG (Art. 13 Abs. 2 BV: Recht auf Privatsphäre):**1. Schutzbereich**

- a) **Natürlicher Schutzbereich:** Natürliche und Juristische Personen ✓
- b) **Sachlicher Schutzbereich:** Art. 13 Abs. 2 BV schützt jede Bearbeitung von Personenbezogenen Daten (Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Weitergeben). Daten werden von der Fachstelle zur antragsstellenden Behörde weitergegeben ✓

2. Eingriff?

- a) **Staatliches Handeln:** Fachstelle, dem VBS unterstellt. ✓
- b) **Verkürzung des Grundrechtsanspruchs:** Begründung des Risikoentscheids. Grundrechtsanspruch von A wird dadurch verkürzt. ✓
- c) **Verkürzung dem Staat zurechenbar (Konsens)** ✓
- d) **Intensität des Eingriffs:** Intensiver Eingriff in die Persönlichkeitsrechte, Weitergabe von sensiblen Informationen

Rechtfertigung des Eingriffs (Art. 36 BV)?

3. **Gesetzliche Grundlage: Art. 21 Abs. 4 BWIS?** Hinreichend bestimmte rechtliche Grundlage? Art. 21 Abs. 4 BWIS verlangt eine schriftliche Eröffnung der Beurteilung. Begründung? → **Auslegung.**

Auslegung von Art. 21 Abs. 4 BWIS (Gleichwertigkeit der Auslegungselemente):

1. **Grammatikalisch:** Hilft nicht weiter. Unklar.
2. **Historisch:** Botschaft des Bundesrates zu Art. 21 BWIS. Bei Erteilung der Sicherheitserklärung → Keine Begründung. Bei Verweigerung oder Vorbehalt → Summarische Begründung. D.h. keine Umfassende Begründung sondern nur eine Kurzbegründung, keine Details.
3. **Teleologisch:** Anstellungsbehörde ist nicht an die Empfehlung gebunden, sie muss daher in gewissem Masse wissen, warum diese Abgelehnt wurde → Spricht eher für eine Begründung.
4. **Systematisch:** Art. 1 BWIS (Zweck des Gesetzes) → Eher Begründung. Art. 21 PSPV? Eher nein. Art. 35 VwVG? Verlangt, dass Verfügungen zu begründen sind. Das Spezialrecht sagt hier jedoch, Begründung aber nur summarisch.

Ergebnis: Hinreichende, gesetzliche Grundlage. Begründung darf aber nur summarisch erfolgen. ✓

4. **Öffentliches Interesse:** Schutz vor Willkür (Verfahrensrechtliche Begründung), Begründung notwendig, um Risiko abschätzen zu können (Materielle Begründung). ✓
5. **Verhältnismässigkeit**
- a) **Eignung:** Geringe Anforderungen, Transparenz wird geschaffen ✓
 - b) **Erforderlichkeit:** Rechnung getragen, indem zwar eine Begründung erfolgt, aber eben nur eine summarische. ✓
 - c) **Zumutbar:** Abwägung zwischen Öffentlichen und Privaten Interessen. Gewichtige Öffentliche Interessen (Transparenz, ...), die privaten Interessen sind jedoch auch sehr hoch. Kompromiss in der Abwägung: Begründung erlaubt, aber nur summarische Begründung → Insgesamt verhältnismässig ✓
6. **Kerngehalt:** Nicht betroffen ✓

Ergebnis: Eingriff in das Grundrecht gerechtfertigt, sofern die Begründung nur summarisch erfolgt. Klares Ergebnis, die Prüfung von Art. 7 (Menschenwürde) erübrigt sich daher.

Erfolgsaussichten: BVerwG würde die Beschwerde insofern gutheissen, dass nur eine summarische Begründung zulässig ist, jedoch keine detaillierte Begründung.

Frage 3 C: Rechtsmittel, bei welcher Instanz? (Kann Prüfungstechnisch auch gerade nach Frage 3A geprüft werden).

Wie kann ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts angefochten werden? Reflex: Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Einzelne Sachurteilsvoraussetzungen müssen nicht angesprochen werden (siehe Fragestellung).

Frage 4: Annahme, E-Mail ist kein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt.

Rechtsverweigerung? Fachstelle ist nicht gewillt zu verfügen (schreibt nur E-Mails). **Gegen**

Rechtsverweigerungen kann Beschwerde geführt werden (Art. 46a VwVG). →

Rechtsverweigerungsbeschwerde bei der gleichen Instanz, die für einen Entscheid in der Sache zuständig ist (BVerwG). Falls A recht gegeben wird → Anweisung an die Fachstelle, dass sie eine Verfügung erlassen → Beschwerde möglich.

PROBEKLAUSUR IM ÖFFENTL. RECHT
LÖSUNGSRASTER

Matrikelnummer: Gesamtpunktzahl: Note:

Hinweis: Das Lösungsraster ist als **Korrekturhilfe** zu verstehen. Für die Vergabe der Punkte zählt neben dem Inhalt auch die Qualität der Strukturierung und Argumentation. Volle Punktzahl nur bei vollständiger Subsumtion! Alternative Lösungen sind möglich und werden – sofern stimmig – ebenfalls mit Punkten bewertet.

Frage Punkte	Thema / Begründung	Korrektur
1) 3 Punkte	Verfahrensablauf der Personensicherheitsprüfung	
1/2	Verfahrensablauf: – Durchführung der Prüfung erfolgt vor Entscheid über Anstellung (vgl. Art. 19 Abs. 3 BWIS).	
1/2	– <u>Einwilligung</u> der zu prüfenden Person in die Durchführung der Prüfung und zur Datenerhebung mittels Unterzeichnung und Rücksendung der ihr zugeschickten Formulare erforderlich (vgl. Art. 19 Abs. 3 BWIS sowie Art. 14 Abs. 1 und 2 sowie Art. 15 Abs. 1 PSPV).	
1/2	– <u>Auftrag</u> der ersuchenden Behörde an die Fachstelle für Personensicherheitsprüfung um Durchführung der Sicherheitsprüfung (vgl. Art. 14 Abs. 3 PSPV).	
1/2	– Gewährung des <u>rechtlichen Gehörs</u> , sofern die Fachstelle eine für die zu prüfende Person ungünstige Verfügung erlassen will (vgl. Art. 20 Abs. 1 PSPV).	
1/2	– <u>Eröffnung der Risikoverfügung</u> (vgl. Art. 21 Abs. 4 BWIS; Art. 21 PSPV).	
1/2	– Entscheid über Anstellung durch die ersuchende Behörde, ohne an die Risikoverfügung gebunden zu sein (vgl. Art. 21 Abs. 4 BWIS; Art. 24 Abs. 1 PSPV).	
		 /3

1

2) 9 Punkte	Anfechtungsobjekt / Verfügungsbegriff	
1/2	Verfügungsbegriff: – Die E-Mail ist ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt, sofern es sich dabei um eine Verfügung nach Art. 5 VwVG handelt (vgl. Art. 31 VGG). Danach ist eine Verfügung eine Anordnung einer Behörde im Einzelfall, die ein Rechtsverhältnis einseitig und verbindlich regelt und sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt.	
1/2	– Die E-Mail stammt von der Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen. Diese führt zuständigerweise die Sicherheitsprüfungen durch (vgl. Art. 3 PSPV) und nimmt damit unmittelbar Verwaltungsaufgaben des Bundes wahr. Diese Verwaltungsbefugnis schliesst die <i>Verfügungsbefugnis</i> ein. Es liegt damit eine <i>Anordnung einer Behörde</i> vor.	
1/2	– Die E-Mail regelt den <i>konkreten Einzelfall</i> , dass die Fachstelle die Risikoverfügung betreffend A. (<i>individuell</i>) begründet eröffnen will.	
1	Die <i>Regelung eines Rechtsverhältnisses</i> ist darin zu sehen, dass die Fachstelle durch die Darstellung ihrer Rechtsauffassung A. die <u>Persönlichkeitsrechte</u> absprach bzw. diese den öffentlichen Interessen unterordnete (Festlegung, dass die personenbezogenen Daten von A. durch die Begründung der Risikoverfügung bekannt gegeben und damit seine Persönlichkeitsrechte eingeschränkt werden sollen).	
1/2	– Die Anordnung ist <i>einseitig</i> , weil die Fachstelle ohne die Einwilligung von A. – sogar entgegen seinem Antrag – die Risikoverfügung in begründeter Weise der ersuchenden Behörde eröffnen will.	
1/2	– <i>Verbindlich</i> ist die Anordnung, weil die Fachstelle unwiderruflich festlegte, in die Rechtsposition von A. eingreifen zu wollen. Die E-Mail hält fest, dass die Risikoverfügung in begründeter Form ergehen wird. [gegenteilige Ansicht vertretbar]	
1/2	– Die Anordnung stützt sich auf Art. 21 Abs. 4 BWIS und damit auf <i>öffentliches Recht des Bundes</i> .	
1/2	– Hinweis auf Art. 5 Abs. 2 VwVG, der festhält, dass auch eine Zwischenverfügung als Verfügung gilt.	
1/2	– Fazit: Die E-Mail der Fachstelle erfüllt die Strukturelemente einer Verfügung. Damit ist die E-Mail eine Verfü-	

2

	gung.	
1/2	Form der Verfügung: – Erfordernis der Schriftlichkeit (vgl. Art. 34 VwVG). Mit dem Einverständnis der Partei kann die Eröffnung auf dem elektronischen Weg erfolgen. Die Verfügungen sind mit einer anerkannten elektronischen Signatur zu versehen (vgl. Art. 34 Abs. 1 ^{bis} VwVG).	
1/2	– Erforderliche formelle Elemente: Bezeichnung als Verfügung, die verfügende Behörde, der Adressat, die Begründung, das Dispositiv inkl. Rechtsmittelbelehrung sowie Ort, Datum und Unterschrift (vgl. Art. 35 VwVG). (Theorie)	
1	– E-Mail genügt Schriftlichkeitserfordernis nicht, sie ist nicht mit einer digitalen Signatur versehen. Es fehlen vorliegend die Bezeichnung als Verfügung, das Dispositiv, die Unterschrift und die Rechtsmittelbelehrung. Zwischenfazit: Die Verfügung weist formelle Mängel auf. (Subsumtion)	
1/2	– Formfehlerhaftigkeit ist ein Eröffnungsmangel; Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (vgl. Art. 38 VwVG). Formfehlerhafte Verfügungen sind anfechtbar (bleiben aber eine Verfügung), in seltenen Fällen nichtig (Evidenztheorie). Hat die Verfügung trotz Mängel den Zweck erfüllt – d.h. dem Bürger ist kein Nachteil erwachsen – bleiben die Formfehler folgenlos. (Theorie)	
1 1/2	– Die formellen Mängel sind schwerwiegender Natur, jedoch nicht derart gravierend, um von Nichtigkeit auszugehen. Vorliegend ist A. kein Nachteil erwachsen, weil es ihm trotz Fehlerhaftigkeit gelungen ist, die Verfügung rechtzeitig (innert 30 Tagen) anzufechten. Die E-Mail ist genügend begründet, so dass sich A. mit den Argumenten der Fachstelle auseinandersetzen und diese widerlegen/„angreifen“ konnte. Fazit: Insofern bleiben Formmängel folgenlos. (Subsumtion) [ebenfalls vertretbar: Verfügung ist nichtig, weil diverse formelle Elemente fehlen und Schriftform nicht gewahrt ist]	
		 /9
3a) 9 Punkte	Rechtsmittel	
1/2	Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 ff. VGG: – Hinweis auf <i>Spezialgesetz</i> : Art. 21 Abs. 3 BWIS; Anwendung von VGG und VwVG.	

3

1	– Anfechtungsobjekt: Verfügung nach Art. 5 VwVG (Art. 31 VGG): Damit ist Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen.	
1	– keine <i>Ausnahme</i> nach Art. 32 VGG; denkbar wäre Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG (Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes). Darunter sind jedoch Personensicherheitsprüfungen nicht zu subsumieren, weil es sich dabei nicht um eigentliche Regierungsakte/politische Akte handelt, sondern um justiziable Rechtsfragen; Bejahung der Ausnahme stünde im Widerspruch zu Art. 21 Abs. 3 BWIS. [Punktvergabe erfolgt auch bei gegenteiliger Lösung, sofern Argumente nachvollziehbar sind]	
1	– <i>Vorinstanz</i> gemäss Art. 33 Bst. d VGG: Departemente des Bundes und der ihnen unterstellten oder administrativ zugeordneten Dienststellen der Bundesverwaltung: Die Fachstelle gehört gemäss Art. 3 PSPV zur Abteilung Informations- und Objektsicherheit des VBS; Hinweis aus E-Mail im Sachverhalt.	
1/2	– Art. 37 VGG: Verweis auf VwVG	
1/2	– E-Mail ist eine <i>Zwischenverfügung</i> , da es sich nicht um die Risikoverfügung gemäss Art. 21 PSPV handelt, sondern nur die Frage geregelt wird, in welcher Weise die Risikoverfügung gegenüber der ersuchenden Behörde zu eröffnen ist.	
1	– Zwischenverfügungen sind selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Dies ist erfüllt, da eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte von A. droht (schutzwürdiges Interesse), welche nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, wenn die Risikoverfügung erstmals begründet eröffnet worden ist.	
1/2	– Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nach Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG	
1/2	– Beschwerdelegitimation i.w.S. (<i>Partei- und Prozessfähigkeit</i>): A. ist als natürliche Person rechts- und somit parteifähig; es finden sich im SV keine Hinweise auf fehlende Handlungsfähigkeit von A. Damit ist auch die Prozessfähigkeit zu bejahen.	
1 1/2	– <i>Beschwerdelegitimation</i> i.e.S. nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a - c VwVG: A. hat am Verfahren der Vorinstanz (Fachstelle) teilgenommen und ist dort mit seinem Antrag, die Risikoverfügung in unbegründeter Weise zu eröffnen, nicht	

4

1/2	durchgedrungen. Damit ist er <i>formell beschwert</i> . A. ist als Verfügungsadressat zugleich besonders berührt und damit <i>materiell beschwert</i> . Dringt er mit seinem Antrag durch, wird die Verfügung in unbegründeter Weise eröffnet, was sich positiv auf seine Rechtslage auswirkt; damit verfolgt A. ein <i>aktuelles und praktisches Interesse</i> . Fazit: A. ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert.	
1/2	– <i>Beschwerdegründe</i> nach Art. 49 Bst. a VwVG: Verletzung von Bundesrecht (Art. 7 und 13 Abs. 2 BV und BWIS).	
1/2	– <i>Beschwerdefrist</i> nach Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 f. VwVG: 30 Tage nach Eröffnung der Verfügung: E-Mail erfolgte am 17. September 2012. A. gelangte am 10. Oktober 2012 mit seinem Beschwerdeschreiben an die Rechtsmittelinstanz; Beschwerde erfolgte somit fristgerecht.	
1/2	– <i>Form</i> nach Art. 52 Abs. 1 VwVG: Begehren, Begründung, Angabe von Beweismitteln und Unterschrift. Gemäss Sachverhalt stellte A. ein Begehren, begründete dieses, legte seine Dokumente bei und unterzeichnete den Brief eigenhändig. Die Beschwerde erfolgte formgemäss.	
1/2	– Fazit: Das Bundesverwaltungsgericht wird auf die Beschwerde eintreten (Nichteintreten, wenn Ausnahme nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG bejaht wird).	
		/9
3b) 24 Punkte	Materielles (Grundrechtsprüfung und Auslegung)	
1/2	Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV): – Es ist zu prüfen, ob durch die (beabsichtigte) begründete Eröffnung der Risikoverfügung gegenüber der ersuchenden Behörde das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von A. verletzt wird. Dieses Grundrecht ist vordergründig betroffen und wird von A. auch explizit gerügt.	
1/2	– Alle natürlichen Personen und juristischen Personen werden geschützt (<i>persönlicher Schutzbereich</i>).	
1/2	– A. ist eine natürliche Person und wird durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt.	
1/2	– Der <i>sachliche Schutzbereich</i> von Art. 13 Abs. 2 BV erfasst jede Bearbeitung (Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben) von personenbezogenen und persönlichkeitsrelevanten Daten. Der Einzelne ist grundrechtlich auch davor geschützt, durch den Staat nicht im sozialen Ansehen beeinträchtigt zu werden.	

5

1 1/2	– Durch die begründete Eröffnung der Risikoverfügung würden personenbezogene Daten von A. verarbeitet und an die ersuchende Behörde <u>weitergegeben</u> . Durch die Bekanntgabe der Hintergründe des Prüfungsergebnisses würde A. – gemäss seinen Ausführungen – als illoyaler und vertrauensunwürdiger Mensch dargestellt. Die Datenweitergabe beträfe somit <u>seine Ehre/sein soziales Ansehen</u> . Im Weiteren betrifft die Begründung Daten zu seinem Sexualleben und seiner Gesundheit (seiner Intimsphäre), welche ebenfalls persönlichkeitsrelevant sind. Der sachliche Schutzbereich ist berührt.	
1/2	– <i>Eingriff</i> bedeutet staatliches Handeln/Unterlassen welches eine Verkürzung der geschützten Grundrechtsansprüche des Grundrechtsträgers bewirkt.	
1/2	– Eröffnung der Risikoverfügung in begründeter Form durch die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen = staatliche Handlung	
1/2	– Weitergabe der Daten an die ersuchende Behörde durch Eröffnung der Risikoverfügung in begründeter Form bewirkt (kausal) Verkürzung des grundrechtlich geschützten Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung.	
	– <i>Intensität des Eingriffs:</i> Je persönlichkeitsnäher Daten sind, desto strengere Anforderungen gelten für die Rechtfertigung der Bearbeitung.	
1	– Gemäss Vorbringen von A. sind Daten bzgl. seines Sexuallebens und seiner Gesundheit betroffen, diese Daten betreffen den Intimbereich von A und sind besonders schützenswert. Die Bekanntgabe solcher Daten spricht für einen schweren Eingriff. [leichter Eingriff ist ebenfalls vertretbar]	
	Prüfung nach Art. 36 BV:	
1/2	– Zur Beurteilung der Rechtmässigkeit dieses Eingriffs ist eine Prüfung gemäss Art. 36 BV durchzuführen.	
1/2	– Art. 21 Abs. 4 BWIS ist die von der Fachstelle angewendete <i>gesetzliche Grundlage</i> .	
1/2	– <i>Normstufe:</i> BWIS ist ein Bundesgesetz (Gesetz im formellen Sinn). Damit besteht eine genügende Grundlage für einen schweren Grundrechtseingriff (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV).	
1/2	– Die Anforderungen an die <i>Normdichte</i> sind erfüllt, wenn aus Art. 21 Abs. 4 BWIS mit genügender Deutlichkeit hervorgeht, dass die Risikoverfügung auch gegenüber der ersuchenden Behörde zu begründen ist.	
1/2	– <i>Auslegung allgemein:</i> Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut, Methodenpluralismus etc.	

6

1	– <i>Grammatikalische Auslegung</i> : Das Gesetz spricht nicht von „Begründung“ sondern von „schriftlicher Unterbreitung der Beurteilung des Sicherheitsrisikos“. Der Text lässt verschiedene Deutungen zu.	
1	– <i>Historische Auslegung</i> : Bezug zur Botschaft (Beilage): Wird die Sicherheitserklärung erteilt, erfolgt dies ohne Begründung. Eine Verweigerung oder das Anbringen eines Vorbehaltes muss dagegen <u>summarisch</u> begründet werden. Die ersuchende Stelle kann gemäss Botschaft auch Einsicht in die Akten verlangen.	
1	– <i>Systematische Auslegung</i> : Hinweis auf <u>Art. 35 Abs. 1 VwVG</u> , wonach eine Verfügung (grundsätzlich) zu begründen ist.	
1	– Eine unterschiedliche Behandlung der ersuchenden Behörde und der geprüften Person wird einzig im Vorfeld der Eröffnung der Risikoverfügung vorgenommen bei der vorgängigen Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 20 PSPV). Bei der Eröffnung der Risikoverfügung trifft die PSPV jedoch keine Unterscheidung zwischen Verfügungseröffnung gegenüber der ersuchenden Behörde oder der geprüften Person (vgl. Art. 21 Abs. 2 PSPV). Das spricht dafür, dass eine belastende Risikoverfügung auch gegenüber der ersuchenden Behörde begründet werden muss.	
1	– <i>Teleologische Auslegung (Sinn und Zweck)</i> : Die verfügende Behörde ist nicht an die „Empfehlung“ der Fachstelle gebunden (vgl. Art. 21 Abs. 4 BWIS und Art. 24 PSPV) und kann auch entgegen der Risikoverfügung entscheiden. Damit die verfügende Behörde über die Anstellung adäquat entscheiden kann, benötigt sie genügend Informationen und Kenntnis der relevanten Grundlagen/Hintergründe der Risikoverfügung. Eine Empfehlung ohne Begründung ist insofern nicht genügend.	
½	– Fazit : Art. 21 Abs. 4 BWIS verlangt, dass die Verfügung gegenüber der ersuchenden Behörde summarisch begründet wird. Damit liegt eine genügende gesetzliche Grundlage vor.	
1	– <i>Öffentliche Interessen (Art. 36 Abs. 2 BV)</i> sind in allgemeiner Weise der Schutz von Polizeigütern, die Erfüllung staatlicher Aufgaben oder Grundrechte Dritter. Vorliegend geht es bei der Begründung der Sicherheitsbeurteilung gegenüber der ersuchenden Behörde um die Wahrung der inneren Sicherheit resp. das Entdecken und Mitteilen eines personellen Risikos (vgl. z.B. Art. 1 BWIS oder Art. 57 Abs. 2 BV), da A. in neuer Funktion im Armeestab Einsicht in klassifizierte Dokumente erhält.	
	– Die Begründung ist <i>verhältnismässig</i> , wenn sie geeignet, erforderlich und zumutbar ist (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV).	

7

1	– Der ersuchenden (und letztlich entscheidenden) Instanz werden Informationen zur Verfügung gestellt, um über die Eignung von A. für die vorgesehene Stelle im Armeestab zu befinden. Die Begründung (beispielsweise mit Hinweisen auf eingeholte Auskünfte oder auf Einträge in amtlichen Registern) ermöglicht die Vornahme einer Risikoeinschätzung von A., womit die zu schützenden öffentlichen Interessen gewahrt werden. Fazit : Die Begründung ist <i>geeignet</i> , um eine angemessene Risikoeinschätzung von A. vornehmen und ggf. auf vorhandene Risiken angemessen reagieren zu können und damit die innere Sicherheit zu gewährleisten.	
2	– <i>Erforderlichkeit</i> ist gegeben, wenn es keine gleichermassen geeigneten, milderen Mittel gibt. – Mögliche mildere Mittel wären keine Begründung oder eine summarische Begründung. – Entscheidungskompetenz bleibt bei ersuchender Behörde (vgl. Art. 21 Abs. 4 Satz 2 BWIS und Art. 24 Abs. 1 PSPV), sie kann auch frei – und zum Nachteil der geprüften Person – würdigen, wenn diese die Begründung/Weitergabe der Daten ablehnt. – Dennoch genügt es ihr nicht, wenn sie nur die unbegründete Risikobeurteilung erhält, da sie diese nicht nachvollziehen und die nötigen Schlüsse für die zu vergebene Stelle nicht ziehen kann. Zudem besteht aus folgenden Gründen Bedarf nach Informationen: – Je nach zu vergebener Stelle sind gewisse Risiken von grösserer Bedeutung als andere und ist auch die Toleranzgrenze für „Verfehlungen“ höher oder tiefer. – Je nach Gefahr kann die zuständige Behörde auch andere Massnahmen zur Eliminierung dieser ergreifen als die Nichteinstellung (zum Beispiel Zugang nur zu vertraulichen und nicht zu geheimen Daten). – Nur entscheidungsrelevante, d.h. sicherheitsrelevante Daten sind erforderlich Fazit : Eine summarische Begründung ist erforderlich, um eine sinnvolle Risikoeinschätzung von A. vornehmen zu können und über dessen Anstellung zu befinden.	
2 ½	– <i>Zumutbarkeit</i> wird durch eine Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen (Staatssicherheit) und den persönlichen Interessen von A. (Privatsphäre) beurteilt. – Den Interessen von A. ist dabei insbesondere im Rahmen der Begründungsdichte Rechnung zu tragen. Eine Kurzbegründung ist eher zumutbar, wohingegen eine ausführliche, detaillierte Begründung schwerwiegend in seine Privatsphäre eingreift. – In diesem Zusammenhang ist zudem das Vorbringen von A. zu würdigen, er habe aufgrund des Zustimmungserfordernisses zur Personensicherheitsprüfung das Recht, eine unbegründete Verfügung zu verlangen. – Hinweis auf Art. 19 Abs. 3 BWIS und Art. 15 Abs. 1 und 3 PSPV. – Das Gesetz lässt den Grundrechtseingriff (die Durchführung der Sicherheitsprüfung) nur zu, wenn die betroffene	

8

1/2	Person diesem zustimmt. Dies kann nur bedeuten, dass A. seine Zustimmung auch jederzeit widerrufen kann (Selbstbestimmung über Grundrechtseingriff/Grundrechtsverzicht).	
1/2	– Zustimmungserfordernis gibt lediglich Wahl zwischen Zustimmung oder Ablehnung zur Personensicherheitsprüfung nicht aber bzgl. Verfahrens(aus)gang: d.h. keine Wahlmöglichkeit, ob Begründung vorzunehmen ist oder nicht (vgl. Art. 15 PSPV).	
1/2	– Widerrufsrecht der Zustimmung zur Personensicherheitsprüfung lässt das private Interesse weniger gewichtig erscheinen als das öffentliche, da es damit A. in der Hand hat, die Weitergabe der Daten zu verhindern.	
1/2	– Fazit: Nur eine summarische Begründung ist zumutbar und somit <u>insgesamt verhältnismässig</u> .	
1/2	– Der <i>Kerngehalt</i> (Art. 36 Abs. 4 BV) zum Schutz des Rechts auf Privatsphäre wurde durch das Bundesgericht bisher nicht konkretisiert. Vorliegend wurde der Kerngehalt von Art. 13 Abs. 2 BV nicht verletzt, da einzig spezifische Daten an nur eine einzige Behörde (begrenzter Empfängerkreis) weitergegeben werden sollen und A. zudem in die Prüfung einwilligen musste.	
1/2	– Fazit: Der Grundrechtseingriff ist gerechtfertigt, sofern die Begründung nur in summarischer Weise erfolgt.	
1/2	Menschenwürde (Art. 7 BV)	
1/2	– Die Menschenwürde steht jedem Menschen voraussetzungslos zu (persönlicher Schutzbereich ist somit berührt).	
1/2	– Der justiziable Gehalt der Menschenwürde verwirklicht sich in der Regel über die besonderen Grundrechte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz, Charakter als Auffanggrundrecht.	
1/2	– Vorliegend kommt der Garantie der Menschenwürde kein eigenständiger Gehalt neben Art. 13 Abs. 2 BV zu. Ihr Gehalt verwirklicht sich bereits über Art. 13 Abs. 2 BV.	
1/2	Schlussfazit:	
1/2	– (Teilweise) Gutheissung der Beschwerde. Die Fachstelle wird angewiesen, die Verfügung nur summarisch zu begründen.	
		/24

3c) Rechtsmittel Bundesgericht		
2 Punkte		
1/2	Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG:	
1/2	– Es gibt keine spezialgesetzliche Regelung.	
1/2	– Anfechtungsobjekt ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Materiell ist die E-Mail der Fachstelle (= Verfügung nach Art. 5 VwVG) angefochten.	
1/2	– Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG: Bundesverwaltungsgericht ist Vorinstanz des Bundesgerichtes.	
1/2	– Sofern die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, kann A. den Entscheid mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG (vgl. Art. 82 Bst. a BGG) weiterziehen.	
	– p.m. Es liegt keine Ausnahme nach Art. 83 Bst. a BGG (vgl. Lösung zu Aufgabe 3a) vor. Bei Bejahung der Ausnahme wäre keine subsidiäre Verfassungsbeschwerde möglich, da kein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vorliegt.	
		/2
4) Rechtsverweigerung		
3 Punkte		
1/2	Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 46a VwVG:	
1/2	– Vorüberlegung: A. hat bereits eine Zwischenverfügung verlangt, hat aber nur eine E-Mail als Antwort erhalten, welche gemäss Annahme in Aufgabe 4 kein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt (also keine Verfügung) ist. Es könnte sich somit um eine Rechtsverweigerung seitens der Fachstelle handeln.	
1/2	– Art. 29 Abs. 1 BV verpflichtet den Staat, sich mit den Begehren der Rechtsuchenden zu befassen. Das Verbot der Rechtsverweigerung ist verletzt, wenn ein Anspruch auf Durchführung eines Rechtsanwendungsverfahrens besteht und die zuständige Behörde untätig bleibt.	
1/2	– Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann gestützt auf Art. 46a VwVG Beschwerde geführt werden.	

1	– A. hat ein schutzwürdiges Interesse an Klärung der Frage der Begründung und damit auf Erlass einer Zwischenverfügung. Die Fachstelle schreibt in ihrer E-Mail nicht ausdrücklich, dass sie keine Zwischenverfügung erlassen will. Die Fachstelle schreibt aber, dass sie die Risikoverfügung auch der ersuchenden Behörde gegenüber begründet eröffnen werde. Damit verweigert sie implizit den Erlass der von A. beantragten Zwischenverfügung.	
½	– Fazit: Somit kann A. gestützt auf Art. 46a i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG eine Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen und verlangen, dass die Fachstelle eine beschwerdefähige Verfügung erlässt. Einzig diese Frage bildet Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.	
		/3
	Gesamteindruck: Darstellung, Strukturierung der Arbeit, gutes Argumentieren	/3
	Total Punkte	/53
	Note	

11

Notenskala

Note	Punkte
1	0 bis 2.25
1.5	2.5 bis 7
2	7.25 bis 11.5
2.5	11.75 bis 16.25
3	16.5 bis 21
3.5	21.25 bis 25.75
4	26 bis 30.5
4.5	30.75 bis 35
5	35.25 bis 39.75
5.5	40 bis 44.5
6	ab 44.75

12