

# Staatliche Überwachung versus Rechtsstaat: Wege aus dem Dilemma?

Astrid Epiney\*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Staatliche Überwachung versus Rechtsstaat: Wege aus dem Dilemma?, AJP 2016, 1503-1515. Es ist möglich, dass die in der AJP publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

*Staatliche Überwachungstätigkeiten erfolgen im Hinblick auf die Verwirklichung bestimmter (öffentlicher) Interessen, wobei die rechtsstaatlichen Grundsätze hier Schranken setzen. Insofern besteht also ein gewisses Dilemma zwischen einer möglichst umfassenden Zielerreichung auf der einen und der Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze auf der anderen Seite. Der folgende Beitrag will auf der Grundlage der hier massgeblichen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Entscheidungen „Leitplanken“ aufzeigen, an welchen sich die Zulässigkeit staatlicher Überwachung bzw. die Erarbeitung der hierfür massgeblichen rechtlichen Grundlagen zu orientieren hat.*

## I. Einleitung

Staatliche Überwachung ist kein neues Phänomen, sondern wohl so alt wie staatliche oder staatsähnliche Gebilde selbst, wobei sich die hier eingesetzten Mittel im Laufe der Zeit selbstredend erheblich weiterentwickelt haben und in jüngerer Zeit in erster Linie die Digitalisierung von kaum zu überschätzender Bedeutung ist. Die Ziele dieser vielfältigen Formen annehmender Überwachung können sehr verschieden sein und sich im Laufe der Zeit wandeln; überdies bestehen hier zwischen den Staaten bedeutende Unterschiede: Zielsetzungen, die in einem Staat als rechtmässig oder legitim angesehen werden, sind in einem anderen undenkbar. Jedenfalls in einem **Rechtsstaat** müssen für staatliche **Überwachungstätigkeiten** aber gewisse **Voraussetzungen** beachtet werden, so dass die Rechtsordnung hier Grenzen zieht, was schon aus grundrechtlicher Sicht unabdinglich ist. Diese Grenzen können auf der Ebene des Verfassungs- oder des Gesetzesrechts formuliert werden; hinzukommen die jedenfalls zu beachtenden völkerrechtlichen Vorgaben. Ihr Hintergrund ist jedenfalls immer auch darin zu sehen, dass bei der Frage nach der Rechtmässigkeit staatlicher Überwachungstätigkeiten jeweils einerseits die mit der

---

\* Der Beitrag stellt die schriftliche Fassung eines Referats dar, das die Verfasserin an einer vom Schweizer Forum für Kommunikationsrecht (SF-FS) zum Thema „Wer hört mit? Sinn und Unsinn der Überwachung durch den Staat“ am 6. Oktober 2016 in Zürich durchgeführten Veranstaltung gehalten hat.

**Überwachung verfolgten Ziele** in Relation zu den damit verbundenen **Eingriffen in (Grund-) Rechtspositionen** der Betroffenen (also der Überwachten) zu sehen sind.

Häufig können die verfolgten Ziele desto effektiver und vollständiger erreicht werden, je weitgehender in die Rechte der Betroffenen eingegriffen wird. Gleichzeitig darf es aber in einem Rechtsstaat **keine „grenzenlose“ Überwachung** geben. Insofern besteht also ein gewisses **Dilemma** zwischen einer **möglichst umfassenden Zielerreichung** auf der einen und der **Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze** auf der anderen Seite, und die Herausforderung in diesem Zusammenhang besteht darin, hier einen Ausgleich zu finden. Dieser muss letztlich für jede einzelne Überwachungsmaßnahme, unter Berücksichtigung der verfolgten Zielsetzungen sowie der mit der Überwachung einhergehenden Eingriffe in die Rechte der Betroffenen und der Beeinträchtigungen sonstiger (verfassungsrechtlicher) Grundsätze, gefunden werden. Mitunter mag man sich auch trefflich darüber streiten, ob die eine oder andere gesetzlich verankerte Lösung im Hinblick auf diesen Ausgleich als gelungen bezeichnet werden kann.

Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist jedoch nicht die Analyse und Bewertung bestimmter gesetzlich vorgesehener oder geplanter staatlicher Überwachungsstätigkeiten; vielmehr geht es um das skizzierte **grundsätzliche Dilemma** zwischen **Überwachung** (und der Verfolgung der mit dieser angestrebten Ziele) einerseits und der **Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze** andererseits. So sollen auf der Grundlage der hier massgeblichen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Entscheidungen (II.) „Leitplanken“ entwickelt werden, an welchen sich die Zulässigkeit staatlicher Überwachung bzw. die Erarbeitung der hierfür massgeblichen rechtlichen Grundlagen zu orientieren hat (III.). Ausgehend von diesen Überlegungen kann dann auch in einem kurzen Fazit die im Titel des Beitrags aufgeworfene Frage beantwortet werden, ob es Wege aus dem Dilemma gibt (IV.).

Auf diese Weise soll auch ein Beitrag zu einer Versachlichung der Diskussion über staatliche Überwachungsmaßnahmen geleistet werden, eine Diskussion, die mitunter – je nach politischer Tagesaktualität – von (starken) Emotionen geprägt ist, unter deren Einfluss es nicht immer gelingt, den „Blick auf’s Ganze“ zu wahren und den hier m.E. massgeblichen Grundsätzen, von deren Beachtung unser Rechtsstaat lebt, hinreichend Rechnung zu tragen. Gleichzeitig sei betont, dass diese „Leitplanken“ die politische Diskussion über die **Opportunität** dieser oder jener Überwachung und der hierfür massgeblichen Voraussetzungen keineswegs zu ersetzen vermögen; vielmehr geht es nur (aber immerhin) um „Leitplanken“, innerhalb derselben sich die jeweils gefundenen Lösungen bewegen sollten. Deutlich wird damit auch, dass eine Abwägung in jedem Fall notwendig bleiben wird, und hier können regelmässig unterschiedliche Ansätze vertreten werden.

## **II. Ausgangspunkt: das Rechtsstaatsprinzip**

Die Schweiz versteht sich als **Rechtsstaat**,<sup>1</sup> wie sich aus verschiedenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen ergibt:

- Zentral ist zunächst **Art. 5 BV**: Aus dieser Bestimmung kann – wie bereits seine Überschrift verdeutlicht – geschlossen werden, dass sich die Schweiz als Rechtsstaat definiert, ohne dass allerdings der Begriff des Rechtsstaats definiert wird. Vielmehr verankert die Bestimmung fünf Prinzipien, die offenbar für den Begriff des Rechtsstaats zentral sind.
- Die in Art. 5 BV formulierten Grundsätze werden in zahlreichen **anderen Bestimmungen der Verfassung aufgegriffen und spezifiziert**. Besonders eng ist der Bezug zu **Art. 36 BV**, der die Voraussetzungen der (zulässigen) **Grundrechtseinschränkung** präzisiert. Weiter greift auch **Art. 191c BV** – wonach die Richter nur dem Recht verpflichtet (und unabhängig) sind – ein bereits in Art. 5 Abs. 1 formuliertes Prinzip auf und spezifiziert es für die dritte Gewalt. **Art. 9 BV** seinerseits verankert den bereits in Art. 5 Abs. 3 BV formulierten Grundsatz von Treu und Glauben als individuelles Recht.
- Schliesslich verankern zahlreiche weitere verfassungsrechtliche Bestimmungen letztlich dem **Rechtsstaatsprinzip zuzuordnende (andere) Grundsätze**. Von Bedeutung sind hier insbesondere Art. 29a BV (Rechtsweggarantie), Art. 30 BV (unabhängige Justiz), Art. 35 BV (Verwirklichung der und Bindung an die Grundrechte) und Art. 146 BV (Staatshaftung). Zu erwähnen sind aber auch Art. 163–165 BV, welche die Erlassformen auf Bundesebene und die Erlassstufe betreffen, wobei hier auch ein enger Bezug zum Demokratieprinzip besteht.

Manche rechtsstaatliche Garantien oder Grundsätze ergeben sich auch aus dem **Völkerrecht**, so etwa aus der **EMRK**: Diese verankert nicht nur (in Art. 6 EMRK) verfahrensrechtliche Garantien, sondern die Grundsätze des Vorbehalts des Gesetzes und der Verhältnismässigkeit nehmen ganz allgemein bei der Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Massnahmen mit den in der Konvention gewährleisteten Grundrechten einen breiten Raum ein.

Auch wenn das Rechtsstaatsprinzip ein offenes Konzept darstellt, das jeweils in den verschiedenen Verfassungsrechtsordnungen durchaus differierende Inhalte im Einzelnen aufweist, kann doch die allgemein anerkannte **Grundidee des rechtsstaatlichen Prinzips** dahingehend zusammengefasst werden, dass es um den Schutz vor staatlicher Willkür über eine (umfassende) Bindung der Staatsgewalt an das Recht sowie die „absolute“ Geltung bestimmter Mindestgarantien und die Beachtung geordneter Verfahren geht, womit letztlich politische Macht eingebunden wird und die elementaren Grundrechte der Einzelnen geschützt werden

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Charakter der Schweiz als Rechtsstaat, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, 2015, Art. 5, Rn. 1 ff.

sollen.<sup>2</sup> Auf dieser Grundlage unterscheidet man i.d.R. zwischen dem Rechtsstaat im formellen Sinn und dem Rechtsstaat im materiellen Sinn:<sup>3</sup>

- Die **formellen Elemente des Rechtsstaatsprinzips** betreffen letztlich die Art und Weise der Ausübung staatlicher Gewalt und sollen sicherstellen, dass diese in den Grenzen des Rechts ausgeübt wird. Hierzu zählen insbesondere das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Legalitätsprinzip, der in Art. 5 Abs. 4 formulierte Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts, aber auch ein Mindestmass an Gewaltenteilung im Hinblick auf die Verhinderung von Machtmissbrauch und die Eröffnung effektiven Rechtsschutzes.
- Die **materiellen Elemente des Rechtsstaatsprinzips** beziehen sich dagegen auf den Inhalt des Rechts selbst und formulieren hier gewisse Anforderungen bzw. Vorgaben. So sind etwa die Verpflichtung der staatlichen Behörden, die Grundrechte zu beachten und zu verwirklichen, die Vorgabe, dass der Staat im öffentlichen Interesse handelt und die Verhältnismässigkeit zu beachten hat (Art. 5 Abs. 2 BV), sowie die Verpflichtung auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) dem Rechtsstaat im materiellen Sinn zuzuordnen. Aber auch die Schranken für die Einschränkung von Grundrechten (Art. 36 BV) sind dieser Komponente des Rechtsstaatsprinzips zuzuordnen.

Mit Blick auf die in diesem Beitrag stehende zentrale Frage nach den grundsätzlichen „Leitplanken“, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip für die staatliche Überwachung ergeben, ist zunächst grundsätzlich danach zu fragen, welche dem **Rechtsstaatsprinzip zuzuordnende Grundsätze** in diesem Zusammenhang relevant sein könnten bzw. durch **staatliche Überwachung** tangiert sein könnten. Ohne dass hier Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird (hängt die Antwort auf diese Frage doch auch von der konkret vorgesehenen oder ins Auge gefassten Massnahme ab), erscheinen hier folgende Aspekte von besonderer Bedeutung:

- Zentral sind hier zunächst die **Grundrechte**: Es ist davon auszugehen, dass jede staatliche Überwachung einen Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen darstellen dürfte, wobei in aller Regel insbesondere zumindest Art. 13 BV betroffen ist. Je nach vorgesehener Massnahme können noch weitere Grundrechte hinzukommen. Dies impliziert die Massgeblichkeit von **Art. 36 BV**. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass das **Recht auf Schutz personenbezogener Daten** in den relevanten nationalen und internationalen Texten nicht mehr („nur“) als Ausfluss des Rechts auf Schutz der Privatsphäre, sondern als eigenständiges Recht verankert ist, so – neben Art. 13 BV – etwa in Art. 8 Grundrechtecharta (GRCh).<sup>4</sup> Damit wird der Schutz personenbezogener Daten als eigentliches **eigenständiges Schutzgut** definiert. Auch

---

<sup>2</sup> Vgl. etwa die teilweise unterschiedlichen Formulierungen bei *Benjamin Schindler*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., 2014, Art. 5, Rn. 8 ff.; *Pierre Tschannen*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2011, § 6, Rn. 21 ff.

<sup>3</sup> Vgl. schon, m.w.N., *Epiney*, in: *Basler Kommentar* (Fn. 1), Art. 5, Rn. 19 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung *Astrid Epiney*, *Zu ausgewählten Herausforderungen des Datenschutzrechts*, in: *Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf* (Hrsg.), *Datenschutz in Europa und die Schweiz / La protection des données en Europe et la Suisse*, 2006, 1 (3 ff.).

wenn damit nicht zwingend eine Erweiterung des Schutzes verbunden ist (insbesondere angesichts der (auch) in dieser Beziehung sehr innovativen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK),<sup>5</sup> dürfte diese Anerkennung doch insgesamt zu einer **Aufwertung** des Gewichts der mit dem Datenschutz letztlich geschützten Persönlichkeitsrechte geführt haben.

- Weiter ist die **Gesetzesbindung staatlichen Handelns** zu beachten, die auch jeweils effektiv umzusetzen ist bzw. die Regelungen sind so auszugestalten, dass die staatlichen Überwachungstätigkeiten im Hinblick auf die Verhinderung von „Machtmissbrauch“ einer gewissen Kontrolle unterliegen, deren Intensität im Einzelfall variieren kann. Angesprochen sind damit letztlich die im Vorfeld und bei der Durchführung einer Überwachung zu beachtenden **verfahrensrechtlichen Vorgaben**.
- Schliesslich ist der **Rechtsweg** zu gewährleisten.

### III. Überwachung und Rechtsstaatsprinzip: zum Ausgleich der involvierten Interessen

Ausgehend von den unter II. sehr grob skizzierten Prinzipien geht es im Folgenden nun darum, gewisse Schlussfolgerungen in Bezug auf die Regelung der staatlichen Überwachung zu ziehen. Ausgangspunkt hierfür ist eine Skizzierung der in Frage stehenden Interessen (1.), bevor im Einzelnen insgesamt acht Thesen formuliert werden, die den Rahmen dafür bilden könnten, einen „Ausgleich“ zwischen dem jeweiligen (öffentlichen) Interesse an einer Überwachung von Personen auf der einen und den Anliegen des Rechtsstaatsprinzips – in seiner „schweizerischen Ausprägung“ – auf der anderen Seite zu finden (2.).

#### 1. Zu den involvierten Interessen

Letztlich geht es sowohl bei der Frage nach der Opportunität als auch bei derjenigen nach der Rechtmässigkeit von Massnahmen der Personenüberwachung regelmässig um eine **Abwägung** der hier involvierten **Interessen**. In einem ersten Schritt sind diese also jeweils möglichst umfassend und objektiv zu eruieren. Dies kann selbstredend nur ausgehend von einer **konkreten (geplanten) Überwachungsmassnahme** bzw. der Festlegung der Voraussetzung für ihre Zulässigkeit geschehen. Nichtsdestotrotz kann allgemein Folgendes festgehalten werden:

---

<sup>5</sup> Datenschutz bzw. das Recht der Einzelnen darauf, dass sie betreffende Daten nicht gespeichert und verwertet werden, wird vom EGMR als spezifischer Teilbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre (Art. 8 EMRK) angesehen, dessen Reichweite der Gerichtshof in einer ausgesprochen reichhaltigen und differenzierten Rechtsprechung präzisiert hat. Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Yvonne Schleiss*, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, 2011, § 3, Rn. 9 ff.

- Eine Überwachung von Personen kann im Hinblick auf eine Reihe von öffentlichen Interessen oder / und den Schutz von Grundrechten Dritter erfolgen bzw. vorgesehen werden. Von besonderer Bedeutung sind zweifellos einerseits die **Prävention von Straftaten**, andererseits die **Strafverfolgung**. Das öffentliche Interesse in diesem Zusammenhang wiegt desto schwerer, je gewichtiger das jeweils durch die zu verhindernde bzw. zu verfolgende Straftat geschützte Rechtsgut ausfällt. So besteht ein grösseres öffentliches Interesse an der Aufdeckung und Verfolgung von Gewaltverbrechen als von einfachen Diebstählen oder einfacher Sachbeschädigung.
- Die Durchführung einer Überwachung von Personen stellt einen **Eingriff in ihre Grundrechte**, insbesondere in **Art. 13 BV**, dar.<sup>6</sup> Die Schwere des Eingriffs hängt massgeblich von der Art und Weise der Überwachung sowie den Modalitäten der Aufbewahrung und des Zugriffs auf die so ermittelten Daten ab: So ist eine Videoüberwachung des öffentlichen Raums weniger „invasiv“ als das Abhören eines Telefons oder die Überwachung des Mailverkehrs.
- Darüber hinaus ist zu beachten, dass **Datenschutz** über den Schutz der Persönlichkeit – also ein Recht des Einzelnen, auf das er damit grundsätzlich auch verzichten kann – hinaus auch ein eminent **öffentliches** und vielfach **verfassungsrechtlich verankertes Interesse** darstellt. Denn ein demokratischer Rechtsstaat kann nur funktionieren, wenn der Staat (und Private) nicht die Befugnis hat, beliebige personenbezogene Daten nach Gutdünken zu erheben und zu verwerten, wird doch damit der Bürger nicht (mehr) als eigenverantwortliche Person, die nach freiem Willen Teil am politischen Willensbildungsprozess hat, wahrgenommen. Insofern ist Datenschutz auch eine Voraussetzung für die Wahrnehmung anderer Freiheiten.<sup>7</sup> Diese Charakterisierung des Datenschutzes als eigenständiges öffentliches Interesse impliziert auch und gerade, dass der Datenschutz nicht nur dann zu gewährleisten ist, wenn Einzelne dies verlangen, sondern dass eine **objektivrechtliche Pflicht** der Staaten besteht, einen hinreichenden Schutz zu garantieren. Damit steht die Datenschutzgesetzgebung als solche nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Dies bedeutet zwar nicht, dass Modifikationen ausgeschlossen wären; diese dürfen jedoch einen gewissen (im Wesentlichen völker- und verfassungsrechtlich geforderten) **Mindeststandard** nicht unterschreiten. Dieser Mindeststandard ist denn auch eine zentrale Leitlinie der nachfolgenden Überlegungen zum Ausgleich der bei der Überwachung von Personen bzw. der Formulierung von deren Voraussetzungen involvierten Interessen.

---

<sup>6</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung schon EGMR, Urt. v. 6.9.1978, EuGRZ 1979, 278, Rn. 41 (Klass u.a./Deutschland); s. sodann z.B. EGMR, Urt. v. 3.4.2007, Nr. 62617/00, EuGRZ 2007, 415 (Copland/Vereinigtes Königreich); EGMR, Urt. v. 2.9.2010, Nr. 35623/05 (Uzun/Deutschland); EGMR, Urt. v. 16.2.200, RJD 2000-II (Amann/Schweiz).

<sup>7</sup> S. insoweit schon *Epiney*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 4), 1 (7 f.); s. sodann *Volker Boehme-Neßler*, *Big Data und Demokratie – Warum Demokratie ohne Datenschutz nicht funktioniert*, DVBl. 2015, 1282 ff.; *Bertil Cottier*, *Le droit « suisse » du cyberspace ou le retour en force de l'insécurité juridique et de l'illégitimité*, ZSR 2015/II, 191 ff.

- Schliesslich ist ganz allgemein darauf hinzuweisen, dass keines der erwähnten **Interessen per se gegenüber einem der anderen Interessen vorgeht oder nachrangig** ist; die Frage, welches Interesse höher zu gewichten ist (im Rahmen der Abwägung), ist auf der Grundlage jeder konkreten (vorgesehenen) Regelung zu eruieren. Im Besonderen ist darauf hinzuweisen, dass es nicht nur eine (verfassungsrechtliche) Pflicht zur Beachtung der Grundrechte der Einzelnen, sondern auch – unter bestimmten Voraussetzungen und in einem bestimmten Mass, wobei den sich hier stellenden Fragen an dieser Stelle nicht nachgegangen werden kann<sup>8</sup> – eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Ergreifung von Massnahmen zum Schutz von Grundrechten Dritter (z.B. eine Pflicht zum Schutz vor Gewaltverbrechen oder terroristischen Anschlägen) besteht („grundrechtliche Schutzpflichten“).

## 2. Überwachung und Rechtsstaatsprinzip: acht Thesen

Ausgehend von den bislang angestellten Überlegungen sollen im Folgenden insgesamt acht Thesen formuliert werden, die als „Leitplanken“ für die Erarbeitung von gesetzlichen Grundlagen für Überwachungsmassnahmen dienen und damit zugleich eine Art „Merkposten“ darstellen können. Das grundlegende „Raster“ für die Entwicklung dieser Thesen sind die in **Art. 5, 36 BV zum Ausdruck gekommenen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips**, so dass zwischen dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage (a), dem öffentlichen Interesse oder dem Schutz von Grundrechten Dritter (b), der Beachtung des Kerngehalts der involvierten Grundrechte (c) sowie der Verhältnismässigkeit (d) unterschieden werden kann, bevor – am Rand – auf die Rechtsweggarantie hinzuweisen ist (e).

Zugrundegelegt wird dabei nicht nur die **Rechtsprechung des EGMR** zur Thematik, der sich in zahlreichen Urteilen mit der Tragweite des Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit der Zulässigkeit staatlicher Überwachungsmassnahmen auseinandergesetzt hat.<sup>9</sup> Vielmehr wird im Folgenden jeweils beispielhaft etwas ausführlicher auf in unserem Zusammenhang besonders interessante **Urteile des EuGH** zurückgegriffen. Diese sind zwar nicht *per se* für die Schweiz verbindlich (ist diese doch bekanntlich kein EU-Mitgliedstaat). Jedoch stützt sich der EuGH in seiner Rechtsprechung massgeblich auf diejenige des EGMR, auch wenn er Art. 7, 8 GRCh anwendet. Dies erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach Art. 52 Abs. 3 GRCh diejenigen Grundrechte der Charta, die auch in der EMRK verankert sind, entsprechend der Rechtsprechung des EGMR auszulegen sind. Damit erlaubt die Rechtsprechung des EuGH denn auch Rückschlüsse auf die Tragweite und Auslegung der EMRK, die für die Schweiz verbindlich ist. Insofern dürften die Aussagen des Gerichtshofs zu Art. 7, 8 GRCh im Ergebnis

<sup>8</sup> Vgl. hierzu, m.w.N., *Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann/Eva Molinari*, Grundrechte I, 2012, Kap. 1, Rn. 53, Kap. 6, Rz. 20 ff.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung, *Epiney/Schleiss*, in: *Belser/Epiney/Waldmann*, Datenschutzrecht (Fn. 5), § 3, Rn. 9 ff.

auch für die Schweiz relevant sein, zumal das Bundesgericht nicht nur die in der EMRK verankerten Grundrechte unmittelbar anwendet, sondern auch die entsprechenden nationalen Grundrechte – soweit sie in der EMRK figurierenden Rechten entsprechen – parallel zur EMRK auslegt.

a) Gesetzliche Grundlage

**These 1:**

*Für eine Massnahme der staatlichen Personenüberwachung – auch wenn sie den öffentlichen Grund und damit (auch) nicht nur bestimmte Personen betrifft – ist eine formell-gesetzliche Grundlage notwendig.*

Nach **Art. 164 Abs. 1 S. 1 BV** sind alle **wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen** in der Form eines **Bundesgesetzes** zu erlassen. Es ist davon auszugehen, dass die Frage nach der Zulässigkeit der Überwachung von Personen grundsätzlich „wichtig“ im Sinne dieser Bestimmung ist, erwähnt Art. 164 Abs. 1 S. 2 Bst. b BV doch ausdrücklich die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte als Beispiel für eine „wichtige“ Materie. Daher sind jedenfalls die **grundlegenden Voraussetzungen und Modalitäten jeglicher Personenüberwachung** in einem **Gesetz im formellen Sinn** zu erlassen.

**These 2:**

*Die gesetzliche Grundlage ist hinreichend präzise zu formulieren, so dass materiell- und formellrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit von Personenüberwachungen klar aus dem Gesetz erkennbar sind.*

Eine gesetzliche Grundlage erfüllt nur dann ihren Sinn und Zweck, wenn sie hinreichend präzise ausgestaltet ist. Die Anforderung einer **genügenden Präzision** ist somit derjenigen einer **gesetzlichen Grundlage inhärent**.

Die Frage, welche konkreten Inhalte damit ein bestimmtes Gesetz aufweisen muss, hängt selbstredend von den Umständen des Einzelfalls und insbesondere der Regelungsmaterie ab. Gleichwohl können in unserem Zusammenhang einige zentrale Aspekte hervorgehoben werden:

- Die **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit von Personenüberwachungen sollten präzise umschrieben werden. So ist etwa bei gegen bestimmte Personen gerichtete Massnahmen die genaue Gefährdung wenn immer möglich durch die Bezugnahme auf konkrete Straftatbestände zu bezeichnen, so dass Wendungen wie „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ zu vermeiden sind. Verdachtsmomente sind zumindest durch



einen beispielhaften Katalog zu konkretisieren, womit Umschreibungen wie „bestimmte verdachtbegründende Tatsachen“ grundsätzlich nicht ausreichend sind.

- Die von Überwachungsmaßnahmen betroffenen **Personen** bzw. Kategorien von Personen müssen genau definiert werden.
- Diejenigen **Daten**, die erhoben und gespeichert werden dürfen, sind genau zu umschreiben.
- Das **Verfahren** und die **Zuständigkeiten** der Anordnung von Personenüberwachungen sind genau zu präzisieren.
- **Datenzugang, Aufbewahrung** und **Verwendung** der Personendaten sind zu umschreiben.

b) Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter

### **These 3:**

*Die einer Überwachungsmaßnahme zugrundeliegenden öffentlichen Interessen sind genau zu bezeichnen, ihre Gefährdung im Falle des Unterlassens der betreffenden Massnahme ist aufzuzeigen und ihre Gewichtung ist zu vorzunehmen.*

Nach Art. 36 Abs. 2 BV setzt die Einschränkung von Grundrechten voraus, dass dies mit dem Ziel der Verfolgung **öffentlicher Interessen** und / oder dem **Schutz von Grundrechten Dritter** geschieht. Diese sind somit genau zu umschreiben (womit allzu pauschale Umschreibungen zu vermeiden sind) und (in den Materialien) in Bezug auf ihre Bedeutung zu bewerten. Ob eine bestimmte Massnahme in Bezug auf den mit dieser einhergehenden Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte als eher **schwer** oder eher **leicht** zu bezeichnen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei insbesondere die Frage, ob Kommunikationsinhalte erfasst sind, ob es um eine punktuelle oder ständige Überwachung geht, ob öffentlich zugängliche oder private Sphären und Räume betroffen sind und ob geheime Überwachungsmethoden zum Zuge kommen oder lediglich eine Datenbearbeitung ohne Kenntnis des Betroffenen erfolgt, eine besondere Rolle spielen. So wird die Überwachung von Kommunikationsinhalten grundsätzlich als schwer bzw. sehr schwer zu qualifizieren sein (und hier stellt sich jeweils auch die Frage nach der Betroffenheit des Kerngehalts des Grundrechts<sup>10</sup>); aber auch sonstige Überwachungsmaßnahmen können einen schweren Eingriff darstellen, so nach der Rechtsprechung des EuGH die sog. Vorratsdatenspeicherung (RL 2006/24)<sup>11</sup>, gehe es bei ihr doch um eine stetige Überwachung.<sup>12</sup> Das Gewicht derjenigen Interessen, die der Überwachungsmaßnahme zugrundeliegen, steht und fällt mit den hier

---

<sup>10</sup> Hierzu unten III.2.c).

<sup>11</sup> RL 2006/24 über die Vorratsspeicherung von Daten, ABl. 2006 L 105, 54.

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

betroffenen Rechtsgütern, wobei selbstverständlich der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit eine zentrale Rolle spielen. Von Bedeutung ist die Frage nach der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der mit diesem verfolgten Interesse insbesondere auch im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit der in Frage stehenden Massnahmen. Auch ist das Vorliegen einer entsprechenden **Gefährdungssituation** zu eruieren; Grundrechte dürfen nicht als Teil „symbolischer Politik“ eingeschränkt werden.

Es versteht sich im Übrigen von selbst, dass **wirtschaftliche Interessen** von vornherein keine öffentlichen Interessen darstellen können.<sup>13</sup>

#### c) Beachtung des Kerngehalts

##### **These 4:**

*Der Kerngehalt des betroffenen Grundrechts – in unserem Zusammenhang im Wesentlichen Art. 13 BV – ist zu wahren (Art. 36 Abs. 4 BV).*

Das **Verbot der Verletzung des Kerngehalts** der Grundrechte (Art. 36 Abs. 4 BV) stellt letztlich eine „absolute“ **Schranke** auf: Denn selbst bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einschränkung von verfassungsmässigen Rechten ist eine staatliche Massnahme von vornherein dann unzulässig, wenn sie den Kerngehalt des betroffenen Grundrechts verletzt. Damit wird der Idee „Der Zweck heiligt die Mittel“ eine klare Absage erteilt, und die Verfassung – wie übrigens eine Reihe weiterer Verfassungen europäischer Staaten sowie die Grundrechtecharta – geht davon aus, dass es einen unantastbaren Kerngehalt der Grundrechte gibt, der unter keinen Umständen verletzt werden darf.

Das Konzept des Kerngehalts ist durchaus nicht unumstritten, und es kann auch kaum bezweifelt werden, dass bei der Bestimmung des Kerngehalts eines bestimmten Grundrechts regelmässig zahlreiche Fragen auftreten. Nichtsdestotrotz ist schon deshalb an dem Konzept festzuhalten, weil es in der Verfassung verankert ist. Darüber hinaus bringt es aber auch den m.E. überzeugenden Gedanken zum Ausdruck, dass es gewisse absolute Grenzen gibt, deren Überschreitung – seien sie noch so nachvollziehbar – letzten Endes eine Absage an eine Verfassungsordnung, die einen gewissen Mindeststandard an Grundrechten gewährleistet, impliziert. Der Schutz des Kerngehalts ist somit eine **besondere Ausprägung des Rechtsstaats im materiellen Sinn**.

Auch erscheint es durchaus möglich, die **Kerngehalte** der Grundrechte (etwas) zu **präzisieren**: Denn bei der Umschreibung des Kerngehalts der einzelnen Grundrechte dürften die **Wahrung der Menschenwürde** (Art. 7) sowie die **rechtsstaatlichen Grundsätze** eine besondere Rolle

---

<sup>13</sup> S. insoweit auch EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 (Google Spain und Google Inc.), ECLI:EU:C:2014:317.

spielen:<sup>14</sup> Denn die Menschenwürde ist letztlich der Ausgangspunkt aller Grundrechte, die sich an diesem „Ideal“ zu orientieren haben, und die Idee eines an das Recht gebundenen und damit berechenbaren und fairen Staates liegt insb. zahlreichen Verfahrensrechten zugrunde. Damit ist der Kerngehalt eines Grundrechts jedenfalls immer dann betroffen, wenn die Menschenwürde beeinträchtigt ist oder wenn grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien zur Disposition gestellt werden sollen.

Soweit der Schutz personenbezogener Daten betroffen ist, ergibt sich aus einem neueren Urteil des EuGH zur sog. Safe Harbor-Regelung, dass eine Regelung, die es Behörden generell gestattet, auf die Inhalte elektronischer Kommunikation zurückzugreifen, den Wesensgehalt des Art. 7 GRCh beeinträchtigt, und somit unzulässig ist, so dass der entsprechende Grundrechtseingriff damit auch nicht rechtfertigungsfähig ist.<sup>15</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass sich diese Feststellung des Gerichtshofs auf US-amerikanische Regelungen bezog, wonach die grundsätzlich einzuhaltenden datenschutzrechtlichen Prinzipien allgemein eingeschränkt werden dürfen, sofern dies durch Erfordernisse der nationalen Sicherheit, des öffentlichen Interesses oder der Durchführung von Gesetzen begründet ist, **Erfordernisse sehr generellen Charakters**, denen letztlich Vorrang vor den datenschutzrechtlichen Grundsätzen eingeräumt werde.

Man wird aus diesem Urteil folgern können, dass der Gerichtshof – und hierfür sprechen in der Tat überzeugende Gründe – den Kerngehalt des Art. 7 GRCh schon immer dann als betroffen ansieht, wenn es **ohne ersichtliche Grenzen** gestattet ist, auf die **elektronische Kommunikation** von Personen zuzugreifen, woran dann auch die Umschreibung allgemeiner und wenig präziser Voraussetzungen nichts zu ändern vermag, können dadurch doch keine wirklichen Schranken für den Zugriff auf den Inhalt der Kommunikation gewährleistet werden. Deutlich wird damit auch der Zusammenhang mit der Frage nach der hinreichenden Präzision der gesetzlichen Grundlagen.

Vieles spricht dafür, dass die vom Gerichtshof zu entscheidende Konstellation nicht die einzige ist, in der der Kerngehalt des Grundrechts auf Schutz persönlicher Daten betroffen sein kann. Versucht man eine Annäherung an weitere mögliche Fallgestaltungen, so dürfte wohl entscheidend sein, dass der Zugriff oder die Überwachung es ermöglicht, in einem **kaum eingrenzbaeren Umfang Personendaten** zu sammeln, die nicht nur „formaler“ Natur sind (wie etwa die Frage, wo man sich befindet), sondern auch **Inhalte** betreffen. Dass die Frage des Zugriffs auf den Inhalt der Kommunikation im Zusammenhang mit dem Wesensgehalt eine entscheidende Rolle spielt, bestätigt auch das Urteil des EuGH zur Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung (die der Gerichtshof wegen Verstosses gegen Art. 7, 8 GRCh für

---

<sup>14</sup> Vgl. insoweit schon, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 36, Rn. 61 ff.; zur Rechtslage in Deutschland instruktiv *Kirsten Bock/Malte Engeler*, Die verfassungsrechtliche Wesensgehaltsgarantie als absolute Schranke im Datenschutzrecht, DVBl. 2016, 593 ff.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650. Der Ausgangsfall betraf die Klage eines österreichischen Staatsbürgers gegen Facebook Ireland, mittels derer er die Übermittlung seiner Daten in die USA unterbinden lassen wollte.

ungültig erklärte): In diesem betonte er nämlich, die in Frage stehende Regelung (Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung) berühre nicht den Wesensgehalt dieser Grundrechte, da die Richtlinie nicht die Kenntnisnahme des Inhalts der Kommunikation gestatte und geeignete Massnahmen zum Schutz der Daten gegen zufällige oder unrechtmässige Verluste oder Modifikationen zu ergreifen seien.<sup>16</sup>

d) Verhältnismässigkeit

aa) Grundsätze

### **These 5:**

*Die Massnahme muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV) und als geeignet, erforderlich und angemessen angesehen werden können.*

Die **Verhältnismässigkeit** wird häufig eine **zentrale Frage** im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Überwachungsmassnahmen sein. In der Schweiz kommt in diesem Zusammenhang noch die Besonderheit zum Zuge, dass in Bezug auf Bundesgesetze keine Verfassungsgerichtsbarkeit besteht. Allerdings – was übrigens auch die **grosse Bedeutung der EMRK** illustriert – ist eine solche Kontrolle durch den EGMR möglich, und aufgrund der Anerkennung des Rechts auf Schutz von Personendaten als Teil des Art. 8 EMRK gibt es hier auch – wie erwähnt – eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung, die vom Bundesgesetzgeber zu beachten ist.<sup>17</sup> Diese betrifft auch die Zulässigkeit staatlicher Überwachungsmassnahmen.

Im Einzelnen werden die Erfordernisse der Verhältnismässigkeit in drei Bestandteile aufgeteilt:

- **Geeignetheit:** Die Überwachungsmassnahme muss das gesetzte Ziel erreichen bzw. hierzu zumindest einen massgeblichen Beitrag leisten können.
- **Erforderlichkeit:** Das angestrebte Ziel darf nicht durch – in Bezug auf die Beeinträchtigung der verfassungsmässigen Rechte – weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden können.
- **Angemessenheit:** Schliesslich muss die Massnahme angemessen oder verhältnismässig i.e.S. sein. An dieser Stelle ist eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen. Bei dieser sind nicht nur die involvierten Interessen, sondern auch die jedenfalls bei ins Gewicht fallenden Grundrechtsbeeinträchtigungen notwendigen prozeduralen Vorkehrungen (die freilich unterschiedlich weit gehen können) zu berücksichtigen.

---

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>17</sup> S. in diesem Zusammenhang aber auch die kritischen Bemerkungen zur Grundrechtsprüfung durch das Bundesgericht bei *Stefan Schürer*, Die punktuelle Neutralisierung der EMRK in der Praxis des Bundesgerichts. Zur verkürzten Grundrechtsprüfung bei der Anwendung von Bundesgesetzen, ZBl. 2016, 171 ff.; zum Thema auch *Andreas Zünd*, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, 1349 ff.

Dabei ist nicht nur auf der Stufe der Angemessenheit dem Gesetzgeber ein gewisser **Gestaltungsspielraum** einzuräumen; auch bei der Geeignetheit und der Erforderlichkeit spielen Einschätzungen eine gewisse Rolle, die vom Gesetzgeber vorzunehmen sind, wobei sie freilich vertretbar bleiben müssen.

Deutlich wird damit auch, dass (auch) die Frage der Verhältnismässigkeit nur in Bezug auf eine **konkrete Massnahme** analysiert werden kann. Immerhin lassen sich aber der internationalen **Rechtsprechung** gewisse **Anhaltspunkte** entnehmen, die neben den gesondert zu betrachtenden prozeduralen Anforderungen Aufschluss über die genaue Tragweite der verschiedenen **Elemente des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes** im Zusammenhang mit Überwachungsmaßnahmen geben können:

- Ein **Beitrag zur Zielverfolgung** reicht zur Bejahung der Geeignetheit aus, wie der EuGH im Zusammenhang mit der Gültigkeitsprüfung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie feststellte: Er bejahte hier die Geeignetheit der Massnahme trotz des Umstands, dass es manche elektronische Kommunikationsweisen gibt, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, da diese jedenfalls einen Beitrag zur Verfolgung des angestrebten Ziels zu leisten vermöge.<sup>18</sup>
- Vieles spricht dafür, dass in denjenigen Konstellationen, in denen ganz allgemein gewisse Kategorien von Daten einer **unbestimmten Zahl von Personen** gesammelt werden, **ohne** dass zwischen diesen in Abhängigkeit von ihrem „**Gefährdungspotential**“ **unterschieden** wird (wie dies bei der Vorratsdatenspeicherung der Fall ist), in Abhängigkeit vom verfolgten Ziel **Differenzierungen** in Bezug auf die Tragweite und Anwendung solcher Massnahmen vorzusehen sind.  
So hielt der EuGH im Zusammenhang mit der Prüfung der Gültigkeit der **Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie** fest, es müssten **präzise Regeln** für die **Tragweite** und die **Anwendung** der fraglichen Massnahme vorgesehen werden, Anforderungen, die im Rahmen automatisierter Verarbeitungen umso bedeutender seien. Diese Vorgaben erfülle die RL 2006/24 nicht, da sich ihr Anwendungsbereich generell auf alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie sämtliche Verkehrsdaten erstreckte, ohne dass irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme in Abhängigkeit von dem Ziel der Kriminalitätsbekämpfung vorgesehen sei. Sodann dürfe die Speicherfrist zwischen sechs und 24 Monaten liegen, ohne dass objektive Kriterien formuliert werden, die eine Differenzierung etwa in Abhängigkeit von den Datenkategorien zu gewährleisten vermögen.<sup>19</sup>
- Aber auch darüber hinaus ist bei der Ausgestaltung der Voraussetzungen für Überwachungsmaßnahmen auf ein insgesamt **ausgewogenes Verhältnis** zwischen den mit solchen Massnahmen verbundenen **Grundrechtseingriffen** und den verfolgten **(öffentlichen) Interessen** zu achten. Dieses Gleichgewicht ist immer dann gestört (mit

---

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

der Folge fehlender Erforderlichkeit oder fehlender Angemessenheit), wenn die **Eingriffsvoraussetzungen zu allgemein** formuliert sind und letztlich kaum konkretisierbaren Grenzen unterliegen.

So hielt der EuGH in seinem Urteil zur *Safe Harbor*-Regelung fest, die grundsätzlich einzuhaltenden **datenschutzrechtlichen Prinzipien** könnten durch diese **allgemein eingeschränkt** werden, sofern dies durch Erfordernisse der nationalen Sicherheit, des öffentlichen Interesses oder der Durchführung von Gesetzen begründet ist, so dass diesen Erfordernissen zudem sehr generellen Charakters letztlich Vorrang vor den datenschutzrechtlichen Grundsätzen eingeräumt werde; Anhaltspunkte für Begrenzungen von Eingriffen in die Grundrechte der Betroffenen seien nicht zu erkennen. Insgesamt sei daher der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht gewahrt.<sup>20</sup>

- Zu berücksichtigen ist im Rahmen der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Massnahmen immer auch, ob und inwieweit Überwachungsmassnahmen ausserhalb eines (Straf-) Verfahrens auch gegen **Personen** ergriffen werden können, in Bezug auf welche **kein konkreter Verdacht auf strafbares Verhalten** besteht.
- Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die **datenschutzrechtlichen Grundsätze** – so wie sie in Art. 4 DSGVO und in zahlreichen anderen Rechtsakten verankert sind – letztlich schon deshalb nicht zur Disposition stehen, weil sie Ausfluss der entsprechenden **verfassungsmässigen Garantien** sind,<sup>21</sup> so dass sie auch im Rahmen der Spezialgesetzgebung über die Zulässigkeit von Überwachungsmassnahmen zu beachten sind.

Von besonderer Bedeutung – und es lohnt sich, hierauf immer wieder hinzuweisen – ist dabei der aus der Erforderlichkeit abzuleitende Grundsatz der **Datenminimierung**: Denn einmal gesammelte Daten können trotz aller Vorkehrungen der Datensicherheit potentiell eben doch in „falsche Hände“ geraten, ganz abgesehen davon, dass immer ein gewisses Risiko besteht, dass der bedeutende Zweckbindungsgrundsatz nicht immer eingehalten wird. Im Übrigen können Personendaten, die zu einem bestimmten Zeitpunkt als wenig bedeutsam oder aussagekräftig erscheinen, zu einem anderen Zeitpunkt oder in einem anderen Zusammenhang eine ungeahnte Bedeutung entfalten. Deutlich wird damit die grosse Bedeutung des Grundrechts des Art. 13 BV.

bb) Insbesondere: zu den prozeduralen Vorkehrungen

## These 6:

---

<sup>20</sup> S. insoweit auch EuGH, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650.

<sup>21</sup> Vgl. insoweit die Nachweise aus der Rechtsprechung des EGMR bei *Epiney/Schleiss*, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht (Fn. 5), § 3, Rn. 13 ff. S. darüber hinaus zur Bedeutung der Datenschutzgrundsätze *Epiney*, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht (Fn. 5), § 9, Rn. 7 ff.

*In Abhängigkeit von der Schwere des Eingriffs und unter Berücksichtigung der verfolgten (öffentlichen) Interessen sind angemessene prozedurale Vorgaben zu treffen; diese müssen grundsätzlich insbesondere einen hinreichenden Schutz vor Missbrauch und unbefugtem Zugang zu den erhobenen Daten, angemessene Rechte der Betroffenen sowie den Einbezug nicht nur exekutiver Behörden in die ggf. zu treffende Entscheidung über die Durchführung einer Überwachung umfassen.*

Jedenfalls soweit es um **schwere Eingriffe** in die betroffenen Grundrechte geht (wovon bei Überwachungsmassnahmen häufig auszugehen ist), ist die Verankerung **prozeduraler Vorgaben** von grosser Bedeutung. In der Regel werden diese Aspekte aus rechtsdogmatischer Sicht im Rahmen der **Verhältnismässigkeitsprüfung** (und hier bei der Erforderlichkeit und der Angemessenheit) relevant. Inhaltlich sind dabei in diesem Zusammenhang insbesondere folgende Aspekte zu beachten:

- In seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie hielt der Gerichtshof fest, es müssten Mindestanforderungen in Bezug auf **Garantien für die Betroffenen** aufgestellt werden, so dass ein wirksamer Schutz ihrer Daten vor Missbrauchsrisiken sowie vor jedem **unberechtigten Zugang** zu diesen Daten und jeder unberechtigten Nutzung gewährleistet ist. So seien im Falle der „allgemeinen“ Sammlung von Daten (wie bei der Vorratsdatenspeicherung) insbesondere **präzise Regeln über den Zugang** zu den gesammelten Daten vorzusehen, wobei der Zugang der zuständigen nationalen Behörden durch **objektive Kriterien** zu bestimmen bzw. zu beschränken sei und weitere geeignete materiell- oder verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Zugang dieser Behörden zu den Daten zu definieren seien.<sup>22</sup>
- Die Vorgaben in Bezug auf die **Datensicherheit** sind hinreichend klar und präzise zu formulieren, und grundsätzlich ist eine **Speicherung im eigenen Hoheitsgebiet** wegen der Notwendigkeit der Überwachung vorzusehen.<sup>23</sup>
- **Betroffenen** sind **adäquate Schutzmechanismen** zur Verfügung zu stellen; insbesondere sind ihnen angemessene **Auskunfts-, Berichtigungs- und Lösungsansprüche** einzuräumen, ggf. über die „Einschaltung“ einer **unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörde**.
- Ganz allgemein ist sicherzustellen, dass **unabhängigen Kontrollinstanzen** angemessene Kompetenzen eingeräumt werden und sie auch mit den notwendigen Kapazitäten ausgestattet werden. Weiter sind regelmässige Audits der betroffenen Stellen in Erwägung zu ziehen.
- Geht es um die Entscheidung der Anordnung einer **Überwachungsmassnahme gegenüber bestimmten Personen**, sind geeignete Verfahren vorzusehen, die einen angemessenen Schutz der Betroffenen zu gewährleisten vermögen. Hierzu gehört

---

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland), ECLI:EU:C:2014:238.

insbesondere grundsätzlich der Einbezug – neben einer exekutiven Behörde – einer **richterlichen Entscheidungsinstanz**.

e) Rechtsweg

**These 7:**

*Gegen die Anordnung von Überwachungsmaßnahmen ist ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz vorzusehen.*

Das Rechtsstaatsprinzip impliziert allgemein, dass Betroffenen im Falle der Einschränkung ihrer Rechte **effektiver Rechtsschutz** zu gewähren ist (Art. 13 EMRK); diese Garantie kann freilich in Abhängigkeit von den öffentlichen Interessen unterschiedlich ausgestaltet werden.

f) Transparenz

**These 8:**

*Überwachungsmaßnahmen sollten ebenfalls dem allgemeinen Transparenzprinzip unterliegen. Die in Bezug auf dieses einschlägigen Ausnahmebestimmungen vermögen berechtigten Anliegen der Verweigerung eines Zugangs hinreichend Rechnung zu tragen.*

Die in den letzten Jahren bzw. Jahrzehnten zu beobachtende Tendenz hin zu einem **Grundsatz der Transparenz und Öffentlichkeit des Verwaltungshandelns**, die sich insbesondere im Erlass von Öffentlichkeitsgesetzen sowohl auf Bundesebene als auch in den Kantonen niedergeschlagen hat, ist letztlich auch und gerade vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine gewisse Öffentlichkeit des Handelns der Organe ein wichtiges Element für die Sicherstellung ihrer demokratischen Legitimation darstellt, ganz abgesehen davon, dass sie auch die Einzelnen in die Lage versetzt, ihre Rechte geltend machen zu können und eine gewisse „öffentliche Kontrolle“ erlaubt. Daher sollten die entsprechenden Grundsätze auch auf Überwachungstätigkeiten bzw. auf entsprechende Dokumente anwendbar sein. Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen erlauben es, sicherlich häufig zu bejahenden „Anliegen der Geheimhaltung“ Rechnung zu tragen, kennen die Öffentlichkeitsgesetze doch Ausnahmebestimmungen. Insofern ist der Ausschluss der Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf amtliche Dokumente, die durch den Nachrichtendienst beschafft wurden, in Art. 67 NDG bedenklich.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Die Verfasserin dankt Prof. *Bertil Cottier* für den Hinweis auf das Transparenzprinzip in diesem Zusammenhang.



#### IV. Fazit: Wege aus dem Dilemma?

Im Titel dieses Beitrags wird bereits die Frage aufgeworfen, ob es aus dem **Dilemma**, das sich ergibt, wenn einerseits die rechtsstaatlichen Garantien beachtet werden sollen und andererseits eine im Hinblick auf die verfolgten öffentlichen Interessen möglichst effektive Überwachung stattfinden soll, einen Weg heraus gibt. Die Antwort muss nach dem Gesagten notwendigerweise differenziert ausfallen:

- Das **grundsätzliche Spannungsfeld** kann nicht wirklich aufgelöst werden, da sich in diesem Zusammenhang verschiedene legitime Rechte und Interessen gegenüberstehen, die notwendigerweise zu einem Ausgleich gebracht werden müssen, was mitunter auch dazu führen kann, dass auf beiden Seiten Abstriche gemacht werden müssen.
- Letztlich gibt es aber durchaus **Wege aus dem Dilemma**, die zunächst sehr wenig spektakulär aussehen, da sie letztlich in jeder Beziehung an bekannte **(verfassungsrechtliche) Grundsätze** anknüpfen und diese auf die hier im Zentrum stehende spezifische Fallgestaltung anwenden. So ermöglicht ein konsequenter Rückgriff auf die für die Einschränkung von Grundrechten massgeblichen Grundsätze – so wie sie insbesondere in der internationalen Rechtsprechung von EGMR und EuGH konkretisiert wurden – einerseits die Beachtung der massgeblichen rechtsstaatlichen Grundsätze, andererseits aber auch die Verfolgung der mit Überwachungsmaßnahmen angestrebten Zielsetzungen, die letztlich öffentlichen Interessen und / oder dem Schutz von Grundrechten Dritter dienen.

So wenig spektakulär dieses Ergebnis auf den ersten Blick erscheinen mag, so sehr lohnt es sich doch, auf seine **Implikationen** hinzuweisen: Die aufgezeigten Grundsätze implizieren auch und gerade, dass es von vornherein und letztlich – wendet man die rechtsstaatlichen Grundsätze an – keinen „lückenlosen“ Schutz vor bestimmten Gefahren und keine „lückenlose“ Aufklärung von Straftaten geben darf. Vielmehr führt die Beachtung der skizzierten Leitlinien dazu, dass es gewisse Lücken geben muss. Zwar vermögen öffentliche Interessen eine (ggf. ins Gewicht fallende) Einschränkung verfassungsmässiger Rechte zu rechtfertigen; die skizzierten rechtsstaatlichen Grundsätze setzen hier jedoch durchaus klare Grenzen, wenn diese auch einen gewissen Spielraum eröffnen und für den Einzelfall zu konkretisieren sind. Insofern wohnt den erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätzen ein gewisser „**Absolutheitsanspruch**“ inne, was übrigens nicht nur für die Gewährleistung des Kerngehalts der Grundrechte, sondern auch für die übrigen Anforderungen gilt. Insofern impliziert also der Rechtsstaat auch, dass er „sehenden Auges“ auf gewisse, möglicherweise im Hinblick auf die Zielerreichung hoch effektive und effiziente Massnahmen verzichtet bzw. verzichten muss, dies im Bewusstsein und auf der Grundlage des langfristigen Wertes und der grundsätzlichen Notwendigkeit der Einhaltung **rechtsstaatlicher Grundsätze für die Gewährleistung der Legitimität der Ausübung der Hoheitsgewalt**: Denn nur, wenn gewisse rechtsstaatliche Grundsätze – die im Einzelnen

durchaus verschieden ausgestaltet sein können – bei der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber den Rechtsunterworfenen eingehalten werden, kann diese Hoheitsgewalt für sich den Anspruch der Legitimität erheben und nur unter dieser Voraussetzung dürfte sie auch als legitim anerkannt werden, eine Grundvoraussetzung für eine geordnete Staatlichkeit und letztlich auch die Demokratie, kann diese doch von vornherein nur in einem Rechtsstaat gedeihen, so dass sich Demokratie und Rechtsstaat gegenseitig bedingen.<sup>25</sup>

Damit soll freilich nicht insinuiert werden, es bräuchte keine **Interessenabwägung** mehr; im Gegenteil ist eine solche auf verschiedenen Ebenen und Stufen der Anwendung der skizzierten Grundsätze und Leitlinien notwendig. Und in diesem Rahmen kann es denn auch durchaus unterschiedlich weitgehende Überwachungsmassnahmen geben, die allesamt den ausgeführten Leitlinien entsprechen. Insofern geht es hier denn auch um eminent politische Fragen. Nicht abstrahiert werden darf freilich von den durch die insgesamt acht Thesen aufgezeigten „Leitplanken“, die zudem ein „Raster“ für die Reflexion sowie die politischen Entscheidungen und damit die notwendige Abwägung darstellen können, ermöglichen sie doch auch eine **Rationalisierung** der diesbezüglichen Debatten und Auseinandersetzungen.

Deutlich wird in diesem Zusammenhang auch die Problematik gewisser Verfassungsänderungen: Wie gezeigt, lassen sich die skizzierten „Leitplanken“ letztlich aus dem geltenden Verfassungs- und insbesondere auch Völkerrecht ableiten. Damit könnte sich die Frage stellen, wie mit Verfassungsänderungen umzugehen ist, die gewisse der entwickelten Grundsätze in Frage stellen. Zwar besteht zweifellos ein gewisser Spielraum bei ihrer Konkretisierung, und punktuelle Infragestellungen können unter Umständen durch andere Massnahmen „kompensiert“ werden. Festzuhalten ist jedoch, dass eine umfassendere und grundsätzliche Relativierung der erörterten Prinzipien das notwendige „Mindestniveau“ an rechtsstaatlichen Garantien zumindest schleichend aushöhlen könnte.

Von Bedeutung könnte in diesem Zusammenhang die im August 2016 eingereichte sog. Selbstbestimmungsinitiative sein.

Die Initiative<sup>26</sup> sieht verschiedene, durchaus in einem Zusammenhang stehende (so dass dem Grundsatz der Einheit der Materie wohl Genüge getan ist) Modifikationen der Verfassung vor,

---

<sup>25</sup> Zu dieser gegenseitigen „Abhängigkeit“ z.B. *Giusep Nay*, Demokratie und Rechtsstaat – Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates, in: *Epiney/Pahud de Mortanges/Beydoun* (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, 2009, 111 (118 ff.); *Luzius Mader*, Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, in: *Epiney/Pahud de Mortanges/Beydoun* (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, 2009, 93 (106 ff.); *Jörg Paul Müller/Giovanni Biaggini*, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl 2015, 235 ff.; *Daniel Thürer*, Demokratie und Rule of Law im internationalen, staatlichen und transnationalen Recht: Eine kosmopolitische Perspektive, SZIER 2016, 7 ff.

<sup>26</sup> Vgl. den Text unter [www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis460t.html](http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis460t.html). S. aus der Literatur die Analyse von *Helen Keller/Natalie Balazs-Hegedüs*, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, AJP 2016, 712 ff.; *Helen Keller/Reto Walther*, Konsequenzen der „Selbstbestimmungsinitiative“ für die Wirtschaft, AJP 2016, 867 ff. (ein weiterer Beitrag zu der Initiative von der Erstautorin und einem Koautor wird in Kürze in der AJP erscheinen); s. sodann *Jörg Paul Müller/Daniel Thürer*, Landesrecht vor Völkerrecht? Grenzen einer Systemänderung, ZSR 2015 I, 3 ff.

wobei jedoch auch zahlreiche Fragen aufgeworfen werden. Im Einzelnen dürften folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Wenig Neues bringt die vorgesehene Ergänzung des **Art. 5 Abs. 1 BV** um die Klarstellung, dass die Bundesverfassung die „oberste Rechtsquelle“ darstellt; dies ist aufgrund der geltenden Normenhierarchie bereits heute der Fall, woran auch der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts nichts ändert.
- Bedeutsam ist hingegen der für **Art. 5 Abs. 4 BV** vorgeschlagene Zusatz, wonach die Bundesverfassung „über dem Völkerrecht“ steht und ihm vorgeht, dies unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts. Die Auslegung dieser Bestimmung wirft verschiedene Fragen auf, insbesondere auch, wenn man sie in Bezug setzt zu der vorgesehenen Modifikation des **Art. 190 BV**, wonach nur noch (neben den Bundesgesetzen) völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgeblich sind.
- So fragt es sich zunächst, ob sich der in der Neufassung des Art. 5 Abs. 4 BV vorgesehene Vorrang auf alle Verfassungsbestimmungen erstreckt (wofür der Wortlaut der Bestimmung sprechen könnte) oder nur auf solche, die die Voraussetzungen der **unmittelbaren Anwendbarkeit** erfüllen. Vieles dürfte für die zuletzt genannte Ansicht sprechen, da die genaue Tragweite nicht unmittelbar anwendbarer Verfassungsbestimmungen in aller Regel eben präzisierungsbedürftig ist, ganz abgesehen davon, dass sich die Frage des Anwendungsvorrangs in einer solchen Situation von vornherein nicht stellt. Folgt man dieser Ansicht, hätte auch das Inkrafttreten der Art. 121 Abs. 3-6 BV und des Art. 121a BV nichts an dem Vorrang des Freizügigkeitsabkommens in der Rechtsanwendung geändert.
- Wenn man somit allein aus der Neufassung des Art. 5 Abs. 4 BV schliessen könnte, dass die Verfassung (jedenfalls, soweit es um unmittelbar anwendbare Bestimmungen geht) in der Rechtsanwendung ganz allgemein völkerrechtlichen Verträgen vorgeht, so drängen sich an diesem Schluss angesichts des Art. 190 BV Zweifel auf: Dieser soll nämlich nach wie vor vorsehen, dass Bundesgesetze und gewisse völkerrechtliche Verträge (nämlich diejenigen, die einem Referendum unterstanden) für das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Man wird hieraus schliessen müssen, dass sich der in Art. 5 Abs. 4 BV vorgesehene **Anwendungsvorrang** nur auf diejenigen völkerrechtlichen Verträge bezieht, die **nicht von Art. 190 BV erfasst** werden. Hierunter können freilich auch – angesichts der sukzessiven Ausweitung des Staatsvertragsreferendums, was impliziert, dass einige vor längerer Zeit in Kraft getretene wichtige Verträge nicht dem Referendum unterstanden – sehr bedeutende Verträge, wie z.B. die **EMRK**, fallen. Gerade dies ist in unserem Zusammenhang von grosser Bedeutung, denn auf diese Weise könnten *a priori* die erörterten

- Grundsätze durch entsprechende (unmittelbar anwendbare) Verfassungsänderungen relativiert werden. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass das vorgeschlagene Kriterium nicht zu sehr kohärenten Ergebnissen führt, da – wie das Beispiel der EMRK zeigt – einerseits sehr bedeutende Abkommen nicht (mehr) durch Art. 190 erfasst wären (dies im Gegensatz zu im Vergleich weniger grundlegende Abkommen); andererseits würden Abkommen ähnlichen Inhalts unterschiedlich behandelt bzw. gewichtet.
- Darüber hinaus dürfte der **Gesetzgeber** auf der Grundlage eines revidierten Art. 5 Abs. 4 BV allgemein auch an nicht unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gebunden sein, dies auch wenn sie im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen (wobei sich im Vorfeld noch die Frage der völkerrechtskonformen Auslegung stellt, ein Grundsatz, der wohl auch nach wie vor Geltung hätte, da die „Beachtungspflicht“ in Art. 5 Abs. 4 BV aufrechterhalten bleiben soll). Hieran vermag auch Art. 190 BV nichts zu ändern, da sich dieser gerade nicht an den Gesetzgeber richtet.
  - Bemerkenswert ist schliesslich, dass der Initiative keine Aussage über das **Verhältnis von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen** zu entnehmen ist, so dass davon auszugehen ist, dass die bislang geltenden Grundsätze auch weiterhin zur Anwendung kommen (können).
  - Der neu vorgesehene Art. 56a sieht zunächst vor, dass Bund und Kantone **keine völkerrechtlichen Verpflichtungen** eingehen, die der **Verfassung widersprechen** (Abs. 1), ein Grundsatz, der schon heute gilt, sind Bund und Kantone doch an die Verfassung gebunden. Vieles spricht im Übrigen dafür, dass es hier nur um solche Verfassungsbestimmungen gehen kann, die unmittelbar anwendbar sind, kann doch in aller Regel nur bei diesen festgestellt werden, ob ein völkerrechtlicher Vertrag mit ihnen im Widerspruch steht.<sup>27</sup>
  - Sodann ist im Falle eines **Widerspruchs zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und der Verfassung** für eine **Anpassung** der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung zu sorgen; sollte dies nicht gelingen, sind die betreffenden völkerrechtlichen Verträge zu **kündigen** (Art. 56a Abs. 2). Es ist höchst fraglich, ob diese Bestimmung in Anbetracht des Gesamtkontextes der Verfassung wirklich so ausgelegt werden kann, dass jeder auch nur minime Widerspruch zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einer Verfassungsbestimmung zwingend zu einer Kündigung des ersteren führen muss. Relevant wird dies insbesondere in denjenigen

---

<sup>27</sup> Hierzu werden allerdings mit Bezug auf Art. 121a Abs. 4 BV durchaus auch andere Ansichten vertreten. Vgl. *Peter Uebersax*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 121a, Rz. 69; die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV hingegen ablehnend *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV / La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis, Freiburger Schriften zum Europarecht, Nr. 17, 2014, 16 f.

Konstellationen, in denen es um Verfassungsbestimmungen geht (wie z.B. der im Gefolge der Ausschaffungsinitiative eingefügte Art. 121 Abs. 3-6 BV), die *per se* nicht gegen einen bestimmten völkerrechtlichen Vertrag gerichtet sind, sondern diesen vielmehr nur eher beiläufig betreffen. Weiter stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie lang denn durch Verhandlungen versucht werden muss, die völkerrechtlichen Verträge anzupassen, eine angesichts der mitunter jahrzehntelangen Verhandlungen auf völkerrechtlicher Ebene eine durchaus relevante Frage.

Festzuhalten bleibt damit, dass die „Selbstbestimmungsinitiative“ nicht nur aus rechtspolitischer Sicht auf grosse Bedenken stösst (auch und gerade aufgrund der Infragestellung der vorrangigen Anwendbarkeit der EMRK),<sup>28</sup> sondern auch zahlreiche Auslegungsfragen aufwirft, die der **Rechtssicherheit in höchstem Masse abträglich** sind, zumal die vorgeschlagene Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 12) eine umfassende Rückwirkung vorsieht. Spezifisch in Bezug auf das **Verhältnis der EMRK** zu nationalem Recht ist bedeutsam, dass es im Vergleich zur geltenden Rechtslage wohl grundsätzliche Modifikationen geben könnte, deren Tragweite jedoch kaum abzusehen sind. Eine Annahme der Initiative würde insbesondere die Frage aufwerfen, in welchem Verhältnis die ihr zu entnehmenden Vorgaben zu grundlegenden rechtsstaatlichen Vorgaben stehen, ist doch das Konfliktpotential mit Art. 5, 36 BV nicht zu übersehen.

Zu wünschen ist jedenfalls, dass die der Verfassung und dem Völkerrecht zugrundeliegende Erkenntnis der **Notwendigkeit gewisser „absoluter“ Schranken staatlicher Hoheitsgewalt** sowohl in der öffentlichen Wahrnehmung als auch in der politischen Diskussion präsent bleibt; es geht hier um grundlegende Errungenschaften des modernen demokratischen Rechtsstaats, und auch schleichende und (zunächst) punktuelle Unterwanderungen entsprechender Prinzipien können gewisse Grundlagen und damit letztlich die Legitimität der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt in Frage stellen. Insofern ist (auch) der Rechtsstaat – ebenso wie die Demokratie – nicht etwa eine einmal gesicherte Errungenschaft, sondern ihm muss vielmehr in den politischen und rechtlichen Diskussionen Sorge getragen werden.

---

<sup>28</sup> S. in diesem Zusammenhang die sehr instruktive Studie von *Walter Kälin/Stefan Schlegel*, Schweizer Recht bricht Völkerrecht. Szenarien eines Konfliktes mit dem Europarat im Falle eines beanspruchten Vorranges des Landesrechts vor der EMRK, Bern 2014.