



VPB 1/2010 vom 15. April 2010

2010.4 (S. 40-53)

Zuständigkeit des Bundesrates zur Anpassung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Georg Müller, em. Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht und Gesetzgebungslehre an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Gutachten vom 5. September 2009

Stichwörter: Organisationskompetenz des Bundesrats, Koordination von Gesetzesänderungen, Nachrichtendienst, Staatsschutz.

Mots clés: Compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation, coordination des modifications législatives, renseignement, protection de l'État.

Termini chiave: Competenza del Consiglio federale in materia di organizzazione, coordinamento delle modifiche legislative, servizio informazioni, protezione dello Stato.

Regeste:

Art. 8 Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) ermächtigt den Bundesrat, die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung zu bestimmen und sie den Verhältnissen anzupassen. Er kann dabei von Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze abweichen; ausgenommen sind Fälle, in denen die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt. Der Vorbehalt der ausdrücklichen Einschränkung der Organisationskompetenz des Bundesrates ist bei verfassungskonformer Auslegung so zu verstehen, dass der Bundesrat nicht von wichtigen, sondern bloss von unwichtigen Organisationsbestimmungen in Gesetzen abweichen darf. Legt der Bundesgesetzgeber die Organisation der Bundesverwaltung bewusst in einer bestimmten Weise fest, so handelt es sich um eine wichtige Norm. Der Bundesrat hat in der Verordnung über die Anpassung gesetzlicher Bestimmungen infolge Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention zum VBS u.a. zahlreiche Bestimmungen des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) geändert. Er hat sich dabei nicht an den Rahmen der Ermächtigung des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG gehalten, sondern wichtige Organisationsbestimmungen des BWIS angepasst, welche die Bundesversammlung mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG) beschlossen hatte. Die betreffenden Änderungen des BWIS sind deshalb ungültig.

Regeste:

L'art. 8, al. 1, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) autorise le Conseil fédéral à établir une organisation rationnelle de l'administration fédérale et à la modifier lorsque les circonstances l'exigent. Pour ce faire, le Conseil fédéral peut déroger à des dispositions légales en matière d'organisation, à moins que l'Assemblée fédérale ne restreigne expressément sa compétence en matière d'organisation. Du point de vue constitutionnel, cette restriction expresse de la compétence du Conseil fédéral en matière d'organisation doit être interprétée en ce sens que le Conseil fédéral ne peut déroger à des normes importantes, mais qu'il peut déroger à des dispositions d'organisation de moindre importance. Lorsque le législateur fédéral définit l'organisation de l'administration fédérale d'une certaine manière en pleine connaissance de cause, il s'agit d'une

norme importante. Or, par l'ordonnance sur l'adaptation des dispositions légales suite au transfert des unités de renseignements du Service d'analyse et de prévention au DDPS, le Conseil fédéral a notamment modifié de nombreuses dispositions de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI). Ce faisant, il n'a pas respecté les limites de l'autorisation prévue à l'art. 8, al. 1, 2^e phrase, LOGA, car il a modifié d'importantes dispositions d'organisation de la LMSI que l'Assemblée fédérale avait édictées en adoptant la loi fédérale sur le renseignement civil (LFRC). Les modifications concernées sont donc frappées de nullité.

Regesto:

L'art. 8 cpv. 1 della legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA) autorizza il Consiglio federale a definire un'organizzazione razionale dell'Amministrazione federale e a modificarla quando le circostanze lo richiedono. In questo contesto il Consiglio federale può derogare a disposizioni organizzative di altre leggi federali; sono esclusi i casi nei quali l'Assemblea federale limita espressamente la competenza organizzativa del Consiglio federale. Dal punto di vista costituzionale, la limitazione espressa della competenza organizzativa del Consiglio federale deve essere interpretata nel senso che esso non può derogare a norme importanti, ma può invece derogare a disposizioni organizzative meno importanti. Quando il legislatore definisce l'organizzazione dell'Amministrazione federale scientemente in un certo modo, si tratta di una disposizione importante. Con l'ordinanza sull'adeguamento delle disposizioni legali in seguito al trasferimento delle unità di informazioni del Servizio di analisi e prevenzione nel DDPS, il Consiglio federale ha segnatamente modificato numerose disposizioni della legge federale sulle misure per la salvaguardia della sicurezza interna (LMSI). In tal modo non ha rispettato i limiti dell'autorizzazione di cui all'art. 8 cpv. 1 secondo per. LOGA, poiché ha modificato importanti disposizioni organizzative della LMSI che l'Assemblea federale aveva deciso con l'adozione della legge federale sul servizio informazioni civile (LSIC). Le modifiche interessate non sono pertanto valide.

Rechtliche Grundlagen:

Art. 164 Abs. 1, Art. 178 Abs. 1 und 2 BV (SR 101)

Art. 5 Abs. 2 und 3, Art. 7 Abs. 1, Art. 13a Abs. 2 und 3, Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 2 lit. a, Art. 21 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 3 BWIS (SR 120).

Base juridique:

Art. 164 al. 1, art. 178 al. 1 et 2 Cst. (RS 101)

Art. 5 al. 2 et 3, art. 7 al. 1, art. 13a al. 2 et 3, art. 19 al. 2, art. 20 al. 2 lit. a, art. 21 al. 1, art. 26 al. 1, art. 27 al. 3 LMSI (RS 120)

Basi legali:

Art. 164 cpv. 1, art. 178 cpv. 1 e 2 Cost. (RS 101)

Art. 5 cpv. 2 e 3, art. 7 cpv. 1, art. 13a cpv. 2 e 3, art. 19 cpv. 2, art. 20 cpv. 2 lit. a, art. 21 cpv. 1, art. 26 cpv. 1, art. 27 cpv. 3 LMSI (RS 120)

Inhaltsverzeichnis

1.	<i>Ausgangslage</i>	43
2.	<i>Fragestellung</i>	44
3.	<i>Organisationsgewalt des Bundesgesetzgebers und des Bundesrates</i>	45
4.	<i>Zuständigkeit des Bundesrates zur Änderung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen</i>	46
5.	<i>Zulässigkeit der Anpassungen des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit durch Verordnung des Bundesrates</i>	49
6.	<i>Koordination zwischen dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und dem Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes bei dessen Inkrafttreten</i>	52
7.	<i>Ergebnisse</i>	53

1. Ausgangslage

Am 3. Oktober 2008 verabschiedete die Bundesversammlung das Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG).¹ Die Referendumsfrist ist am 22. Januar 2009 unbenutzt abgelaufen. Nach Art. 10 Abs. 2 ZNDG bestimmt der Bundesrat das Inkrafttreten; dies ist bis heute noch nicht geschehen.

Seit längerer Zeit stellte die Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte (GPDeI) Mängel in der Zusammenarbeit der beiden zivilen Nachrichtendienste des Bundes fest. Einen der wesentlichen Gründe dafür sah sie darin, dass der Strategische Nachrichtendienst (SND) unmittelbar dem Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) unterstellt war, während der Dienst für Analyse und Prävention (DAP) als Teil des Bundesamtes für Polizei im Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement angesiedelt war. Die GPDeI beauftragte daher ihren Präsidenten, eine parlamentarische Initiative zur Schaffung der erforderlichen Gesetzesgrundlagen für eine organisatorische Neuregelung der Unterstellungsverhältnisse einzureichen.² Die Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte gaben dieser Initiative Folge, und die GPDeI wurde mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes beauftragt. Der Bericht und Gesetzesentwurf der GPDeI wurde von der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates gutgeheissen.³ Gestützt auf diese Vorarbeiten ist das ZNDG erlassen worden.

Das ZNDG schreibt die Unterstellung der zivilen Nachrichtendienste unter ein Departement vor. Dies bedingte einerseits die Schaffung einer spezialgesetzlichen Grundlage für die bisher im Militärgesetz geregelte zivile Auslandsaufklärung durch den SND. Andererseits musste das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS; SR 120) so geändert werden, dass der DAP, soweit er nachrichtendienstliche Aufgaben nach diesem Gesetz erfüllt, nicht Teil des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes ist. Die Organisationsbestimmungen sind so gefasst, dass dem Bundesrat nur die Unterstellung der Dienste unter das gleiche Departement vorgeschrieben wird, er im Übrigen aber eine möglichst weit reichende Organisationskompetenz behält. Aus diesem Grunde ist in den geänderten Bestimmungen des BWIS nicht mehr von einem Bundesamt, sondern von einer «zuständigen Dienststelle des Bundes» die Rede, die vom Bundesrat durch Verordnung einem Departement unterstellt wird.⁴

¹ Publiziert in BBI 2008 8249.

² Parlamentarische Initiative von Ständerat Hans Hofmann «Übertragung der Aufgaben der zivilen Nachrichtendienste an ein Departement» vom 13. März 2007 (Pa. Iv. 07.404).

³ Parlamentarische Initiative Übertragung der Aufgaben der zivilen Nachrichtendienste an ein Departement, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 29. Februar 2008, BBI 2008 4015.

⁴ Siehe dazu Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (Anm. 3), 4024, wo ausgeführt wird, die Änderungen des BWIS sollten «den Bundesrat mit der Festlegung der entsprechenden Vollzugszuständigkeit beauftragen, ohne dass die Organisationseinheit im Gesetz vorgegeben wird. Damit soll eine Festlegung der Organisation und der Zuständigkeit der jeweiligen Dienste auf Verordnungsebene ermöglicht werden. Es würde damit ggf. auch ohne besondere Gesetzesänderung möglich, den DAP, der heute als Teil des gesetzlich zuständigen Bundesamtes BAP die nachrichtendienstlichen Aufgaben nach Art. 2, 4 und 5 ff. BWIS erfüllt, aus dem BAP herauszulösen und einem anderen Departement als dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) zu unterstellen.»

Am 12. Dezember 2008 erliess der Bundesrat die Verordnung über die Anpassung gesetzlicher Bestimmungen infolge Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention zum VBS.⁵ Mit dieser Verordnung, die sich auf Art. 8 Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) stützt, wurden mehrere Gesetze geändert. So wurden u.a. in verschiedenen Artikeln des BWIS die Ausdrücke «Bundesamt für Polizei» und «Bundesamt» durch «DAP» ersetzt, in andern Artikeln der Ausdruck «Bundesamt» durch «fedpol» und der Ausdruck «Departement» durch «VBS». In acht Artikeln des BWIS wurden Änderungen vorgenommen, die dazu dienen sollten, die Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention in das VBS zu ermöglichen. Die Verordnung trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Heute gilt deshalb das BWIS in der durch die Verordnung des Bundesrates geänderten Fassung.

Im gemeinsamen Antrag an den Bundesrat vom 18. November 2008 betreffend den Erlass der Verordnung über die Anpassung gesetzlicher Bestimmungen infolge Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention zum VBS führten das EJPD und das VBS aus, die Vorlage stehe im Einklang mit dem ZNDG. Der Bundesrat nehme mit der Zuordnung des DAP zum VBS die entsprechenden organisationsrechtlichen Bestimmungen des ZNDG vorweg, weshalb der Ersatz von Ausdrücken im Anhang zum ZNDG betreffend Änderung des BWIS obsolet sei. Der Bundesrat werde mit dem Beschluss zum Inkrafttreten des ZNDG eine Verordnung über die Änderung gesetzlicher Bestimmungen zu erlassen haben, in welcher die Art. 5 und 7 des BWIS, welche durch das ZNDG geändert worden seien, gestützt auf Art. 8 Abs. 1 RVOG den durch die Verordnung vom 12. Dezember 2008 geschaffenen organisatorischen Verhältnissen angepasst werden müssten. Aus dem Antrag geht nicht hervor, warum darauf verzichtet worden ist, die nachrichtendienstlichen Teile des DAP auf einen Zeitpunkt nach dem Inkrafttreten des ZNDG, z.B. auf den 1. Februar 2009, in das VBS zu überführen, oder das ZNDG rückwirkend auf den 1. Januar 2009 in Kraft zu setzen, um die notwendigen Verordnungen zur Überführung gestützt auf dieses Gesetz zu erlassen.

2. Fragestellung

Die GPDel hat mich am 25. Juni 2009 beauftragt, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

1. Stellt die Zuweisung der Zuständigkeiten im BWIS, die das ZNDG für das bisherige «Bundesamt» und neu für die «zuständige Dienststelle des Bundes» vornimmt, einen Anwendungsfall gemäss Art. 8 Abs. 1 RVOG dar, bei welchem die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt?
2. Das ZNDG führt neu in Art. 5 Abs. 2 BWIS die Bestimmung ein, dass der Bundesrat die Departemente, die zuständigen Dienststellen des Bundes, welche Aufgaben nach diesem Gesetz erfüllen, und das Bundesamt, welches nach dem Gesetz Verfügungen erlässt, per Verordnung festzulegen hat. Liegt bei dieser Bestimmung ein Anwendungsfall gemäss Art. 8 Abs. 1 RVOG

⁵ AS 2008 6261.

vor, bei welchem die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt?

3. Falls die Fragen 1 und 2 ganz oder teilweise zu bejahen sind:
 - a) Wie hätte der Bundesrat seine rechtsetzenden Beschlüsse vom 12. Dezember 2008 mit den Bestimmungen des ZNDG koordinieren können?
 - b) Wie kann der Bundesrat im Nachgang zum Erlass der Verordnung vom 12. Dezember 2008 eine Koordination mit dem ZNDG vornehmen, damit die Änderungen des ZNDG am BWIS in dem vom Parlament beschlossenen Wortlaut in Kraft treten können?

3. Organisationsgewalt des Bundesgesetzgebers und des Bundesrates

Nach Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören u.a. die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (lit. g). Art. 178 BV legt einige Leitungs- und Strukturprinzipien der Bundesverwaltung fest. Nach dessen Abs. 1 leitet der Bundesrat die Bundesverwaltung; er sorgt für ihre zweckmässige Organisation und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben. Abs. 2 schreibt vor, dass die Bundesverwaltung in Departemente gegliedert wird; jedem Departement steht ein Mitglied des Bundesrates vor.

Aus den erwähnten beiden Verfassungsbestimmungen ergibt sich, dass die *Organisationsgewalt zwischen dem Bundesgesetzgeber und dem Bundesrat geteilt* ist.⁶ Die Grundzüge der Organisation der Bundesbehörden sind durch Gesetz festzulegen. Der Bundesrat kann jedoch seinem Auftrag, für eine zweckmässige Organisation und eine zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben durch die Bundesverwaltung zu sorgen (Art. 178 Abs. 1 Satz 2 BV), nur nachkommen, wenn ihm der Gesetzgeber ausreichende Regelungsbefugnisse überlässt. Er muss insbesondere die Möglichkeit haben, die Strukturen der Bundesverwaltung veränderten Verhältnissen anzupassen.

Welche Rechtsnormen über die Organisation der Bundesverwaltung so wichtig sind, dass sie der Form des Bundesgesetzes bedürfen, kann der Bundesverfassung nicht unmittelbar entnommen werden. In der Lehre sind Kriterien entwickelt worden, um die *Wichtigkeit einer Regelung* zu bestimmen.⁷ Genannt werden insbesondere die Zahl der geregelten Verhaltensalternativen, die Grösse des Adressatenkreises, die Intensität der Regelung für die Betroffenen, die Bedeutung für die Ausgestaltung des politischen Systems, finanzielle Auswirkungen für Staat und Private, Umstrittenheit bzw. Akzeptierbarkeit in der Rechtsgemeinschaft und das geltende Recht als Ausdruck vorangegangener Wertungen. Zu berücksichtigen sind überdies das Bedürfnis nach Flexibilität der Regelungen und die Eignung des

⁶ Thomas Sägesser, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1972, Stämpfli's Handkommentar, Bern 2007, Art. 8 N. 6.

⁷ Siehe dazu Jean-François Aubert, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 164, no 15 ff.; Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 164, N 5 ff., mit Hinweisen; Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 193 ff.; René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel 2009, Rz. 2720 ff.; Pierre Tschannen, St. Galler Kommentar zu Art. 164, Rz. 6 ff.

Organs für die Regelung der Organisation der Bundesverwaltung, zwei Gesichtspunkte, die nach dem Gesagten im Bereich der Organisation der Bundesverwaltung in Art. 178 Abs. 1 Satz 2 eine verfassungsrechtliche Grundlage haben. Die Beurteilung der Wichtigkeit erfordert Bewertungen und Abwägungen, die je nach der zu regelnden Materie unterschiedlich ausfallen. Im Organisationsrecht stehen die Bedeutung für die Ausgestaltung des politischen Systems, die finanziellen Auswirkungen, die Flexibilität der Regelung und die Eignung des Regelungsorgans im Vordergrund; dagegen spielt die Intensität der Regelung für die Betroffenen kaum eine Rolle. Aus diesen Gründen sind die Anforderungen an das Gesetzmässigkeitsprinzip im Allgemeinen weniger streng als im Bereich der Eingriffsverwaltung.⁸

Die Bundesverfassung umschreibt den Inhalt der Bundesgesetze mit dem Begriff der Wichtigkeit nur in unbestimmter Weise. Der Gesetzgeber muss deshalb im Rahmen dieses unbestimmten Verfassungsbegriffs darüber befinden, welche Regelungen er selbst treffen und welche er dem Verordnungsgeber überlassen will. Der Gesetzgeber hat zwar alle wichtigen Bestimmungen selbst zu erlassen; nach herrschender Auffassung dürfen aber auch unwichtige Regelungen in das Gesetz aufgenommen werden.⁹ Der Bundesrat kann sich also auch im Bereich des Organisationsrechts *nicht auf eine verfassungsunmittelbare Verordnungskompetenz* berufen, um den Bundesgesetzgeber daran zu hindern, Regelungen zu erlassen, die unwichtig sind oder die sich nicht für die Aufnahme in ein Gesetz eignen.

4. Zuständigkeit des Bundesrates zur Änderung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen

Nach Art. 43 RVOG sind die Ämter die tragenden Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung; sie besorgen die Verwaltungsgeschäfte (Abs. 1). Der Bundesrat legt durch Verordnung die Gliederung der Bundesverwaltung in Ämter fest. Er weist den Ämtern möglichst zusammenhängende Sachbereiche zu und legt ihre Aufgaben fest (Abs. 2). Der Bundesrat teilt die Ämter den Departementen nach den Kriterien der Führbarkeit, des Zusammenhangs der Aufgaben sowie der sachlichen und politischen Ausgewogenheit zu. Er kann die Ämter jederzeit neu zuteilen (Abs. 3). Art. 8 Abs. 1 RVOG ermächtigt den Bundesrat, die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung zu bestimmen und sie den Verhältnissen anzupassen. Er kann dabei von Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze abweichen; ausgenommen sind Fälle, in denen die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt.

Das RVOG überträgt also dem *Bundesrat* einen *wesentlichen Teil der Organisationsgewalt*. Er kann die Gliederung der Bundesverwaltung und die Zuordnung der Verwaltungseinheiten zu den Departementen in weitem Umfange selbst regeln. Das Verwaltungsorganisationsgesetz vom 19. September 1978 zählte dagegen noch sämtliche Bundesämter auf und ermächtigte den Bundesrat nur, diese den Departementen zuzuweisen; der entsprechende Beschluss des Bundesrates bedurfte überdies der

⁸ Biaggini (Anm. 7), N 7; Müller (Anm. 7), Rz. 215.

⁹ Art. 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10); siehe dazu Müller (Anm. 7), Rz. 231 f., mit Hinweisen.

Genehmigung der Bundesversammlung.¹⁰ Die Befugnis des Bundesrates, von Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze abzuweichen, war in der ursprünglichen Fassung des RVOG nicht enthalten. Sie wurde mit dem Bundesgesetz über die Anpassung von Organisationsbestimmungen des Bundesrechts vom 22. März 2002¹¹ in Art. 8 Abs. 1 RVOG eingefügt. Bis zum Inkrafttreten dieser Revision des Art. 8 RVOG ermächtigte Art. 64 Abs. 1 RVOG den Bundesrat lediglich, im Rahmen seiner Organisationskompetenz nach Art. 43 RVOG von den besonderen Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze zeitlich beschränkt abzuweichen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hatte der Bundesrat der Bundesversammlung innert 4 Jahren nach Inkrafttreten des RVOG die erforderlichen Anpassungen von Bundesgesetzen zu beantragen.

Der Bundesrat begründete die Änderung des Art. 8 RVOG in seiner Botschaft über die Anpassung von Organisationsbestimmungen des Bundesrechtes vom 5. Juni 2001¹² damit, dass die heutige gesetzliche Regelung, wonach er im Rahmen seiner Organisationskompetenz nur von besonderen Organisationsbestimmungen in den Bundesgesetzen abweichen könne, zu Auslegungsproblemen führe und die Frage aufwerfe, wie weit die Organisationskompetenz reiche. Mit der Revision sollten diese Schwierigkeiten beseitigt werden, indem *nicht mehr zwischen den allgemeinen und den besonderen Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen unterschieden* werde. Die neue Bundesverfassung anerkenne in Art. 178 Abs. 1, was bislang nur gesetzlich vorgesehen gewesen sei. Absicht des Gesetzgebers beim Erlass des RVOG sei es gewesen, dem Bundesrat die Zuständigkeit zur Organisation der Bundesverwaltung zu geben und ihn zu verpflichten, die Bundesverwaltung geänderten Verhältnissen anzupassen. Die bisher in Art. 64 RVOG vorgesehene *zeitliche Beschränkung* einer allfälligen Abweichung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen *vertrage sich schlecht mit dem geltenden Verfassungsrecht und der Absicht des Gesetzgebers*. Sowohl Verfassung als auch Gesetz schlossen nicht aus, dass der Bundesrat im Rahmen seiner Organisationshoheit auch von Bundesgesetzen abweichen könne. Eine zeitliche Limite entspreche daher nur bedingt dem seinerzeit gewählten Konzept und dem heutigen Verfassungsrecht. Die Ermächtigung des Bundesrates zur Abweichung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen beziehe sich nach geltendem Gesetzesrecht bloss auf die Gliederung der Bundesverwaltung in Ämter. In der Praxis müssten damit für unproblematische und die Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger nicht betreffende Änderungen – wie beispielsweise der Zusammenschluss zweier Verwaltungskommissionen – das ordentliche Gesetzgebungsverfahren durchlaufen werden. Um solche Fälle vermeiden zu können, solle mit der Änderung des RVOG präzisiert werden, dass der Bundesrat nicht nur im Bereich der Zuteilung der Ämter, sondern im gesamten Bereich der zweckmässigen Organisation der Bundesverwaltung von Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze abweichen könne.

Mit der Revision von Art. 8 Abs. 1 RVOG wurde somit die *Organisationsgewalt des Bundesrates ausgedehnt*, indem er ermächtigt wurde, alle Bestimmungen über die Organisation der Bundesverwaltung zu ändern. Zudem wurde die Beschränkung der Befugnis zur Änderung von Bundesgesetzen auf 4 Jahre aufgehoben.

¹⁰ Zur Entstehungsgeschichte *Sägesser* (Anm. 6), Art. 43, N. 1 ff.

¹¹ AS 2003 187.

¹² BBl 2001 3849 f.

Die Ermächtigung stellt eine *Gesetzesdelegation* dar. Sie weist insofern eine Besonderheit auf, als der Bundesrat nicht nur zur Konkretisierung und Ergänzung von Bundesgesetzen ermächtigt wird, sondern sogar zu deren Änderung. Damit wird der Grundsatz der Parallelität der Erlassformen durchbrochen, wonach Rechtsnormen nur von der gleichen Behörde und im gleichen Verfahren geändert werden können, in dem sie erlassen worden sind. Das Bundesgericht hat solche Durchbrechungen des Grundsatzes der Parallelität der Erlassformen zugelassen und festgestellt, es sei dem Gesetzgeber nicht verwehrt, die Kompetenz zur Änderung oder Aufhebung einer Norm des formellen Gesetzes an den Verordnungsgeber zu delegieren.¹³ Allerdings muss eine der Verfassung genügende Delegationsnorm vorliegen. Art. 164 Abs. 2 BV lässt die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen durch Bundesgesetz zu, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird. Ein *Delegationsverbot* ergibt sich insbesondere aus Art. 164 Abs. 1 BV, wonach *alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes* zu erlassen sind.¹⁴ Der Vorbehalt in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG, welcher von der Ermächtigung des Bundesrates, Organisationsbestimmungen zu ändern, diejenigen Fälle ausnimmt, in denen die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt, ist bei verfassungskonformer Auslegung so zu verstehen, dass der Bundesrat nicht von wichtigen, sondern bloss von unwichtigen Organisationsbestimmungen in Gesetzen abweichen kann. Diese Auslegung wird durch die Ausführungen in der Botschaft über die Anpassung von Organisationsbestimmungen¹⁵ bestätigt. Der Bundesrat legt dar, verfassungsrechtlich hätten die Anpassungen dann über den Weg des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens zu erfolgen, wenn es sich um grundlegende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handle. Eine Abweichung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen sei sodann ausgeschlossen, wenn die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränke. Eine solche Einschränkung könne sich aus dem Bundesgesetz selber oder aus den Gesetzesmaterialien ergeben. Massgebend sei der entsprechende Wille der Bundesversammlung, nicht die Form, in welcher die Abweichung ausgeschlossen werde.

Die Zuständigkeit des Bundesrates zur Änderung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen hängt also primär davon ab, ob es sich um eine wichtige (grundlegende) Regelung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handelt oder nicht. Legt der Bundesgesetzgeber die Organisation der Bundesverwaltung bewusst in einer bestimmten Weise fest, so handelt es sich um eine *wichtige Norm, von welcher der Bundesrat nicht abweichen darf*. «Je konkreter und eingehender im entsprechenden Fachgesetz die Form der Organisation des Vollzugs oder der zu erfüllenden Aufgabe geregelt wird, desto eher ist zu vermuten, dass es sich um eine ausdrückliche Einschränkung der Organisationskompetenz des Bundesrates im Sinne des Vorbehaltes von Art. 8 Abs. 1 zweiter Satz RVOG handelt.»¹⁶ Wird in einem Gesetz eine organisatorische Frage dagegen eher beiläufig normiert, z.B. indem ein im Zeitpunkt des Erlasses bestehendes Amt für die Erfüllung einer Aufgabe zuständig erklärt

¹³ BGE 112 Ia 136, 139.

¹⁴ *Aubert* (Anm. 7), Art. 164, no 41; *Biaggini* (Anm. 7), Art. 164, N 12; *Rhinow/Schefer* (Anm. 7), Rz. 2733; *Tschannen* (Anm. 7), Art. 164, Rz. 37; siehe auch *Georg Müller*, Rechtssetzung und Staatsverträge, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, Rz. 36, mit Hinweisen.

¹⁵ A.a.O. (Anm. 12), 3852 f.

¹⁶ *Sägesser* (Anm. 6), Art. 8 N. 28.

und damit der Ist-Zustand festgehalten wird, ohne dass es dafür besondere Gründe gibt, so dürfte eine unwichtige Organisationsbestimmung vorliegen, die der Bundesrat durch Verordnung ändern darf. Die Frage, ob es sich um eine wichtige oder unwichtige organisatorische Gesetzesvorschrift handelt, lässt sich allerdings oft nicht ohne weiteres beantworten. Es empfiehlt sich deshalb, in Bundesgesetzen von «zuständigen Departementen», «zuständigen Bundesämtern» oder «zuständigen Dienststellen» zu sprechen, wenn dem Bundesrat die Kompetenz zukommen soll, die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung festzulegen und sie den Verhältnissen anzupassen (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RVOG).

5. Zulässigkeit der Anpassungen des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit durch Verordnung des Bundesrates

Der Bundesrat hat die Verordnung über die Anpassung gesetzlicher Bestimmungen infolge Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention zum VBS vom 12. Dezember 2008 gestützt auf Art. 8 Abs. 1 RVOG erlassen. Er änderte darin u.a. zahlreiche Bestimmungen des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS; SR 120). Zu prüfen ist, ob er sich damit im Rahmen der Ermächtigung des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG gehalten hat, oder ob er wichtige Organisationsbestimmungen des BWIS geändert hat, mit deren Erlass die Bundesversammlung seine Organisationskompetenz einschränken wollte.

Das ZNDG bezweckt in erster Linie, die *zivilen Nachrichtendienste dem gleichen Departement zu unterstellen*. Bis zum 1. Januar 2009 war der SND dem VBS, der DAP dem EJPD angegliedert. Die Tätigkeit der beiden Dienste überschneidet sich in einzelnen Bereichen sowohl der Natur der Sache nach als auch von der gesetzlichen Aufgabenumschreibung her. Eine Kooperation der beiden Dienste ist für eine effiziente Tätigkeit unabdingbar. Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit über die Nachrichtendienste und den Staatsschutz hatte die GPDel die zuständigen Departemente und den Bundesrat seit längerer Zeit auf die mangelhafte Zusammenarbeit des SND und des DAP hingewiesen. Sie forderte wiederholt, dass die Nachrichtendienste einem einzigen Departement zugeordnet und möglichst rasch einer gemeinsamen Leitung unterstellt werden sollten. Der Bundesrat traf zwar Massnahmen zu einer Verbesserung der Kooperation, doch wurden die Mängel, welche die GPDel gerügt hatte, dadurch nicht behoben. Die GPDel beschloss daher einstimmig, mit einer parlamentarischen Initiative die Aufgaben der beiden zivilen Nachrichtendienste einem einzigen Departement zu übertragen.¹⁷ Die GPDel arbeitete einen Gesetzesentwurf zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates aus, die in ihrem Bericht vom 29. Februar 2008 dem Ständerat beantragte, dem Gesetzesentwurf zuzustimmen. Der Bundesrat nahm am 23. April 2008 Stellung zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission und erklärte sich mit den Hauptanliegen des Gesetzesentwurfes einverstanden.¹⁸ Der Ständerat beriet den Gesetzesentwurf am 11. Juni 2008, der Nationalrat am 23. September 2008. Die Vorlage wurde in der Schlussabstimmung vom 3. Oktober 2008 angenommen.

¹⁷ Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 29. Februar 2008 (Anm. 3), 4017 f.

¹⁸ BBI 2008 4035 ff.

Aus den Materialien zum ZNDG geht klar hervor, dass die *Bundesversammlung die Organisationsgewalt des Bundesrates dadurch einschränken wollte*, dass sie ihn verpflichtete, die Dienststellen, welche die Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes erfüllen, dem gleichen Departement zu unterstellen. Der Bundesrat hat ferner den Informationsaustausch zwischen diesen Dienststellen zu regeln. Zudem sollen die Dienststellen nicht zum hoheitlichen Handeln, insbesondere zum Erlass von Verfügungen, zuständig sein; diese Kompetenz verbleibt beim fedpol. Das ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BWIS (Fassung gemäss Art. 9 ZNDG), welcher den Bundesrat verpflichtet, das Bundesamt zu bezeichnen, das Verfügungen nach diesem Gesetz erlässt. Der Gesetzgeber hat in verschiedenen Bestimmungen bewusst den Begriff «Bundesamt» verwendet und ihn in Gegensatz zu demjenigen der «zuständigen Dienststelle» gesetzt, mit welchem die zivilen Nachrichtendienste gemeint sind¹⁹. Im Übrigen wurde das geltende Recht inhaltlich nicht verändert. Der Gesetzgeber respektierte vielmehr die Organisationsgewalt des Bundesrates, indem er die Zuweisung der beiden Dienststellen zu einem Departement und den Entscheid darüber, ob die Dienststellen zusammenzulegen seien oder nicht, dem Bundesrat überliess.²⁰

Nach dem Gesagten steht fest, dass es sich bei den Vorschriften des ZNDG um *wichtige Organisationsbestimmungen* im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handelt, die nicht durch eine gestützt auf Art. 8 Abs. 1 RVOG erlassene Verordnung des Bundesrates geändert werden können. Das gilt grundsätzlich auch für die Änderungen des BWIS, die durch Art. 9 ZNDG bzw. den Anhang zum ZNDG vorgenommen worden sind. Das ZNDG ist zwar noch nicht in Kraft getreten. Das ändert m.E. aber nichts daran, dass der Bundesrat nicht zuständig ist, die Organisationsbestimmungen des BWIS zu ändern. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG sind von der Ermächtigung des Bundesrates zur Abweichung von Organisationsbestimmungen anderer Bundesgesetze diejenigen Fälle ausgenommen, in denen die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates ausdrücklich einschränkt. Eine solche Einschränkung kann sich nicht nur aus einem Bundesgesetz oder einer Verordnung der Bundesversammlung ergeben, sondern auch aus den Materialien zu solchen Erlassen, die Ausführungen zur Organisation der betroffenen Verwaltungseinheit enthalten. Massgeblich ist daher der *Wille der Bundesversammlung* und nicht die Form, in welcher die Abweichung ausgeschlossen wurde.²¹

Der vorliegende Fall weist insofern eine *Besonderheit* auf, als die vom Bundesrat durch Verordnung vorgenommenen Änderungen des BWIS *inhaltlich zu einem grossen Teil mit dem ZNDG übereinstimmen*. Das betrifft insbesondere diejenigen Vorschriften, in welchen das ZNDG den Ausdruck «Bundesamt» durch denjenigen der «zuständigen Bundesstelle» ersetzt, während die Verordnung jeweils die Bezeichnungen «DAP» bzw. «fedpol» verwendet. Auch bezüglich der Änderungen der

¹⁹ Siehe dazu hinten, S. 13 f..

²⁰ Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (Anm. 3), 4019 ff.; AB S 2008 504 ff.; AB N 2008 1242 ff.; Protokolle der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 25. Mai 2007, S. 6, 10, und vom 5. Mai 2008, S. 5 ff.; Protokoll der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 24. Juni 2008, S. 5 f.; Protokolle der Geschäftsprüfungsdelegation vom 9. Juli 2007, S. 5 ff., vom 13. September 2007, S. 5 ff., vom 17. Oktober 2007, S. 3 ff., vom 8. November 2007, S. 6 ff. und vom 10. November 2008, S. 3 f.; zur Frage der Verfügungskompetenz vgl. insbesondere Stellungnahme des Sekretariats der Geschäftsprüfungsdelegation zur Anfrage des Sekretariats der Redaktionskommission betreffend die Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des DAP zum VBS vom 27. Oktober 2008, S. 2.

²¹ *Sägesser* (Anm. 6), N. 27; Botschaft über die Anpassung von Organisationsbestimmungen des Bundesrechts (Anm. 12), 3852 f.

Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 7 Abs. 1 BWIS geht es eher um einen formalen als um einen inhaltlichen Widerspruch zwischen ZNDG und der Anpassungsverordnung des Bundesrates, indem das ZNDG den Ausdruck «(zuständiges) Departement» verwendet, während die Verordnung direkt das VBS als zuständig bezeichnet. Der Gesetzgeber wollte den Entscheid darüber, welchem Departement die beiden für den zivilen Nachrichtendienst zuständigen Dienststellen zu unterstellen seien, dem Bundesrat überlassen, der sie im Rahmen einer Ausführungsverordnung zum ZNDG oder durch Anpassung der entsprechenden Organisationsverordnung der Departemente hätte treffen können. Der Bundesrat hat ein anderes Vorgehen gewählt und gestützt auf Art. 8 Abs. 1 RVOG die entsprechenden Bestimmungen des BWIS geändert. Das hat zur Folge, dass er wiederum seine Kompetenz zur Änderung von gesetzlichen Organisationsbestimmungen in Anspruch nehmen muss, wenn das ZNDG in Kraft gesetzt wird, ferner dann, wenn sich die getroffene Lösung bezüglich der Unterstellung der zivilen Nachrichtendienste als unzweckmässig erweist oder aus andern Gründen angepasst werden muss. Gesetzestechnisch ist das vom ZNDG vorgesehene Verfahren eindeutig besser als das vom Bundesrat eingeschlagene. Es fragt sich jedoch, ob der bloss *formelle Widerspruch* zwischen den durch das ZNDG und den durch die Verordnung des Bundesrates geänderten Bestimmungen des BWIS zur Folge hat, dass die vom Bundesrat vorgenommenen Änderungen *ungültig* sind, weil sie nicht durch die Gesetzesdelegation in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG gedeckt sind.²² Die Frage kann nach meinem Dafürhalten offen bleiben, weil, wie im Folgenden zu zeigen ist, einzelne Bestimmungen der Verordnung des Bundesrates dem ZNDG auch inhaltlich widersprechen. Es muss deshalb in jedem Fall eine Lösung für den Konflikt gesucht werden.

Inhaltliche Differenzen bestehen bei den Art. 13a Abs. 2 und 3, 19 Abs. 2, 20 Abs. 2 lit. a, 21 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 27 Abs. 3 BWIS. In der Fassung gemäss Art. 9 ZNDG wird in diesen Bestimmungen bewusst der Begriff «Bundesamt» (bzw. in Art. 19 Abs. 2 «Aufgaben des Bundes») verwendet. In der Fassung gemäss Verordnung des Bundesrates ist dieser Begriff durch die Abkürzung «DAP» (bzw. in Art. 19 Abs. 2 «Aufgaben des DAP») ersetzt worden. Aus Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BWIS in der Fassung gemäss ZNDG und aus den Materialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber aus ganz bestimmten Gründen zwischen dem Bundesamt und den Dienststellen des Bundes, welche die Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes erfüllen, unterscheidet. So ist in Art. 13a BWIS vom Bundesamt die Rede, weil der Gesetzgeber den DAP nicht zu hoheitlichem Handeln, insbesondere nicht zum Erlass von Verfügungen betreffend Sicherstellung von Propagandamaterial, ermächtigen wollte. Dieses Befugnis sollte dem Bundesamt vorbehalten bleiben. Bei Art. 19, 20 und 21 BWIS geht es vor allem darum, dass die Kantone und die vom Bundesrat bezeichnete Fachstelle des Bundes für Personensicherheitsprüfung ihre Informationen aus den verschiedenen Registern von Bund und Kantonen über das Bundesamt und nicht über den zivilen Nachrichtendienst beziehen. Bei der Zuteilung dieser Aufgabe hat sich das ZNDG damit für die polizeiliche und nicht für die nachrichtendienstliche Organisation ausgesprochen. Art. 26 Abs. 1 BWIS hält an den Begriffen «Bundesamt» und «Departement» fest, weil die Aufsicht des Bundesrates und die Oberaufsicht der Bundesversammlung über das Bundes-

²² Vgl. dazu die Ausführungen von *Thomas Säggerer*, Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht des Bundes für das Jahr 2008, in: *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2008, Bern 2009, S. 359 ff., zur Überführung der nachrichtendienstlichen Teile des Dienstes für Analyse und Prävention vom EJPD zum VBS, der zur Frage nicht ausdrücklich Stellung nimmt, die Verordnung über die Anpassung gesetzlicher Bestimmungen aber auch nicht als gesetzwidrig bezeichnet.

amt (fedpol) wie bisher nach den in dieser Bestimmung festgelegten Vorgaben erfolgen sollen; für die zivilen Dienststellen, die nachrichtendienstliche Aufgaben erfüllen, gelten die gleichen Vorgaben für die Aufsicht und Oberaufsicht aufgrund der Verweisung in Art. 8 ZNDG.²³ Die Änderungen der erwähnten sechs Regelungen durch die Verordnung des Bundesrates stehen deshalb im Widerspruch zum ZNDG und sind ungültig.

6. Koordination zwischen dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und dem Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes bei dessen Inkrafttreten

Beim Inkrafttreten des ZNDG müssen die Widersprüche zwischen dem BWIS in der Fassung gemäss Verordnung des Bundesrates und dem BWIS in der Fassung gemäss ZNDG beseitigt werden. Dazu gibt es verschiedene Möglichkeiten:

- Theoretisch könnte das *ZNDG so revidiert* werden, dass es mit dem BWIS in der Fassung gemäss Verordnung des Bundesrates übereinstimmt. Soweit inhaltliche Widersprüche vorliegen, kommt ein solches Vorgehen wohl nicht infrage, weil der Gesetzgeber nicht bereit sein dürfte, die Regelungen betreffend die Aufgabenverteilung zwischen Bundesamt und zivilen Nachrichtendiensten sowie betreffend die Aufsicht über das Bundesamt zu ändern. Die formalen Widersprüche könnten zwar behoben werden; der Aufwand für die Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens wäre aber unverhältnismässig gross.
- Der Bundesrat hat offenbar in Aussicht genommen, die Bestimmungen des BWIS in der Fassung gemäss ZNDG bei dessen Inkrafttreten gestützt auf Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG durch *Verordnung* so zu ändern, dass sie mit den Bestimmungen des BWIS in der Fassung gemäss Verordnung des Bundesrates vom 12. Dezember 2008 übereinstimmen. Dieses Verfahren ist nur insoweit zulässig, als es sich um *formale Widersprüche* handelt. Die Differenzen zwischen den beiden Fassungen des BWIS in den Art. 13a, 19, 20, 21, 26 und 27 lassen sich nur dadurch beseitigen, dass der Bundesrat die durch die Verordnung vom 12. Dezember 2008 vorgenommenen Änderungen dieser Bestimmungen *aufhebt*.
- Die einfachste, der BV und dem RVOG am besten Rechnung tragende Lösung bestünde darin, dass der Bundesrat die Verordnung vom 12. Dezember 2008 in dem Sinne ändert, als sämtliche darin angeordneten *Änderungen des BWIS auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des ZNDG aufgehoben werden*. In der Verordnung, die für die Umsetzung des ZNDG erforderlich ist,²⁴ wäre die Unterstellung der Dienststellen des Bundes, welche Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes erfüllen, unter das VBS zu regeln.

²³ Im Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (Anm. 3), 4023, wird die Verweisung mit dem Bedürfnis nach Harmonisierung der Aufsicht über den zivilen Nachrichtendienst begründet. Von den Änderungen nicht erfasst werden dagegen die Bestimmungen über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, für deren Anwendung nach wie vor das Bundesamt zuständig ist. Auch die Aufsicht über diese Tätigkeit des Bundesamtes richtet sich wie bisher nach Art. 26 Abs. 1 BWIS.

²⁴ VGL. DIE REGULUNGSaufträge IN ART. 3 ABS. 4, 4 ABS. 2, 5 ABS. 2 SATZ 2 UND ABS. 4 SOWIE ART. 7 ZNDG.

7. Ergebnisse

- 7.1. Die Zuweisung der Zuständigkeiten im BWIS, die das ZNDG für das bisherige «Bundesamt» und neu für die «zuständige Dienststelle des Bundes» vornimmt, stellt grundsätzlich einen Anwendungsfall gemäss Art. 8 Abs. 1 RVOG dar, bei welchem die Bundesversammlung die Organisationskompetenz des Bundesrates eingeschränkt hat. Soweit der Bundesrat durch seine Verordnung vom 12. Dezember 2008 die Bestimmungen des BWIS nur in dem Sinne geändert hat, als er anstelle des Begriffs «zuständige Dienststelle des Bundes» die Abkürzung «DAP» (und anstelle des Begriffs «(zuständiges) Departement» die Abkürzung «VBS») verwendet, liegt allerdings nur ein formaler Widerspruch zwischen den beiden Fassungen des BWIS vor. Die Frage, ob ein solcher Widerspruch zur Ungültigkeit der betreffenden Bestimmungen der bundesrätlichen Verordnung führt, kann jedoch offen bleiben, weil auch inhaltliche Widersprüche bestehen, die beseitigt werden müssen.
- 7.2. Soweit das BWIS in der Fassung gemäss ZNDG den Begriff «Bundesamt» weiterhin verwendet, weil damit ausgeschlossen werden soll, dass die zivilen Nachrichtendienste bestimmte Aufgaben erfüllen, liegt ein inhaltlicher Widerspruch zu den Änderungen vor, die der Bundesrat durch die Verordnung vom 12. Dezember 2008 vorgenommen hat. Dasselbe gilt für die Regelung der Aufsicht über das Bundesamt in Art. 26 Abs. 1 BWIS. Der Bundesrat hat in diesen Fällen die ihm durch Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RVOG übertragene Zuständigkeit zur Änderung von Organisationsbestimmungen in Bundesgesetzen überschritten. Die Änderungen in den Art. 13a, 19, 20, 21, 26 und 27 Abs. 3 BWIS sind deshalb ungültig.
- 7.3. Der Bundesrat hätte das ZNDG rückwirkend auf den 1. Januar 2009 oder allenfalls auf einen Zeitpunkt nach dem Ablauf der Referendumsfrist (22. Januar 2009, z.B. auf den 1. Februar 2009) in Kraft setzen und die Dienststellen, welche Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes erfüllen, durch eine Verordnung dem VBS zuweisen können, welche sich auf Art. 2 ZNDG abgestützt hätte.

Die beste Lösung, um das BWIS und das ZNDG bei dessen Inkrafttreten zu koordinieren, besteht darin, dass der Bundesrat die Änderungen des BWIS, die er durch die Verordnung vom 12. Dezember 2008 vorgenommen hat, auf diesen Zeitpunkt aufhebt und in der zur Umsetzung des ZNDG notwendigen Verordnung die Dienststellen, welche Aufgaben des zivilen Nachrichtendienstes erfüllen, dem VBS unterstellt.