

RECHTSGUTACHTEN ZUR ANWENDUNG DES
KRIEGSMATERIALGESETZES

zuhanden der Geschäftsprüfungskommission
des Nationalrates

verfasst von Prof. Dr. Walter Kälin
Universität Bern

7. März 1989

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	<u>Seite</u>
AUFTRAG	1
I. FRAGE 1.1: DER BEGRIFF "KRIEGSMATERIAL"	5
1. Fragestellung	5
2. Umfang des Kriegsmaterialbegriffs	6
a) Keine abschliessende Definition in BV und KMG	6
b) Beschränkung auf Kampfmittel und ihre Bestandteile	8
aa) Im allgemeinen	8
bb) Ausschluss von Werkzeugmaschinen	9
c) Ausdehnung auf Produkte und Bestandteile mit Kriegsmaterialeignung (dual-use Produkte)	10
aa) Gesetzesauslegung	10
bb) Beurteilung der geltenden Regelung	12
cc) Anwendung auf PC-7 und Aluprofile	13
3. Kriterien für und gegen die Einstufung konkreter dual-use Produkte als Kriegsmaterial	14
a) Die gegeneinander abzuwägenden Interessen	14
b) Interessen gegen eine Einstufung als Kriegs- material	15
aa) Interessen des Produzenten	15
bb) Staatliches Interesse an der Erhaltung der Produktion in der Schweiz	16
cc) Praktikabilität	16
c) Interessen für eine Einstufung als Kriegsmaterial	17
aa) Interessen gemäss Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG	17
bb) Landesinteressen	18
cc) Völkerrechtliche Verpflichtungen	19
dd) Humanitäre und menschenrechtliche Interessen	21
d) Anwendung auf den PC-7 und die Alu-Profile	21

	<u>Seite</u>
4. Abstellen auf Erklärungen über die zivile Verwendung	23
II. FRAGE 1.2 KONKRETISIERUNG DES BEGRIFFS "SPANNUNGS- GEBIET"	25
1. Fragestellung	25
2. Allgemeines zur Konkretisierung unbestimmter Rechts- begriffe	25
3. Anwendung auf die unbestimmten Rechtsbegriffe des KMG	28
III. FRAGEN 1.3: ENTWICKLUNGSHILFE UND 1.4: MENSCHENWÜRDE	30
1. Fragestellung	30
a) Die Position des Bundesrates	30
b) Eingrenzung der Fragestellung	31
2. Art. 11 Abs. 2 lit. b als selbständige Grundlage für die Verweigerung von Ausfuhrbewilligungen	32
a) Problembereich	32
b) Grammatikalische Auslegung	33
c) Systematische Auslegung	33
d) Historische Auslegung	34
aa) Phase 1: Unselbständige Bedeutung	34
bb) Phase 2: Systematische Verselbständigung	36
cc) Dritte Phase: Bestätigung	37
dd) Ergebnis	38
e) Teleologische Auslegung	39
f) Nachfolgende Praxis	41
3. Zum Inhalt von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG	42

III

	<u>Seite</u>
a) Beschränkung auf die Beeinträchtigung ausser- politischer Interessen der Schweiz	43
b) Differenzierung nach der Art der Lieferung?	43
c) Bestrebungen zur Achtung der Menschenwürde	45
aa) Systematische Menschenrechtsverletzungen in Spannungsgebieten	45
bb) Systematische Menschenrechtsverletzungen ausserhalb von Spannungsgebieten	46
cc) Schlussfolgerung	48
d) Bestrebungen in anderen Bereichen	50
 4. Schlussfolgerungen	 51
 IV. FRAGE 1.5: BEWILLIGUNGSVERFAHREN	 53
 1. Vorbemerkung: Das Bewilligungsverfahren nach KMG und VKM	 53
 2. Zulässigkeit der Subdelegation von Entscheidungsbefug- nissen an EDA und EMD (DMV)?	 55
a) Fragestellung	55
b) Zulässigkeit der Entlastung des EDA bei der Prüfung von Ausfuhrgesuchen	56
aa) Problembereiche	56
bb) Tragweite von Art. 12 KMG	58
cc) Keine Aenderung durch die Revision des Verwaltungsorganisationsgesetzes	61
dd) Beurteilung von Art. 13 Abs. 1 VKM	62
c) Zulässigkeit der Subdelegation der Kompetenz zur Regelung des Verfahrens	65
d) Beurteilung der Weisung des EDA vom 13. Januar 1985	66
e) Schlussfolgerung	68
 3. Zulässigkeit der "Delegation nach oben"?	 69
a) Direkte Vorlage an den Bundesrat	69
b) Begründungspflicht	70
 4. Fehlende Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe	 70

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

AMNESTY INTERNATIONAL, Menschenrechte und Waffenausfuhr,
Bern 1988.

BERICHT des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volks-
begehren betreffend vermehrte Rüstungskontrolle und ein
Waffenausfuhrverbot vom 7. Juni 1971, BB1 1971 I 1585ff.

BERICHT der Expertenkommission an den Bundesrat über die schwei-
zerische Kriegsmaterialausfuhr (Motion Renschler) vom
13. November 1969, BB1 1971 I 1602ff.

BERICHT des Bundesrates an die Geschäftsprüfungskommission des
Nationalrates, Erweiterte Sektion EMD, vom 26. Oktober 1988.

DELBRÜCK, Jost, International Traffic in Arms - Legal and Poli-
tical Aspects of a Long Neglected Problem of Arms Control
and Disarmament, in: Germand Yearbook of International Law,
Kiel 1981, S. 114ff.

DÜRST, Daniel, Schweizerische Neutralität und Kriegsmaterialaus-
fuhr, Zürich 1983.

FLEINER-GERSTER, Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schwei-
zerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980.

FURRER, Christian, Bundesrat und Bundesverwaltung, Bern 1986.

GYGI, Fritz, Verwaltungsrecht, Bern 1986.

IMBODEN, Max / RHINOW, René A., Schweizerische Verwaltungs-
rechtsprechung, Basel/Stuttgart 1976.

KNAPP, Blaise, Précis de droit administratif, 3. Aufl., Basel 1988.

MALINVERNI, Giorgio, Art. 41 BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung, Basel/Zürich/Bern 1987.

MOOR, Pierre, Droit administratif, Bern 1988.

NR, Amtliches Bulletin Nationalrat 1972.

SCHWARZ, Urs, Waffenausfuhrpolitik, in: Riklin, Haug, Binswanger (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, S. 813ff.

SR, Amtliches Bulletin Ständerat 1972.

STEINMANN, Gerold, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Diss. Bern 1982.

Auf weitere verwendete Literatur wird im Text verwiesen.

AUFTRAG

Mit Schreiben vom 21. Dezember 1988 wurde der Auftrag für dieses Gutachten folgendermassen formuliert:

"1. Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Verordnung und Praxis zum Kriegsmaterialgesetz

1.1 Der Begriff "Kriegsmaterial"

Für die Definition des Begriffes Kriegsmaterial beansprucht der Bundesrat in seinem Bericht vom 26.10.1988, Seite 4, ein Ermessen, das er im Sinne einer restriktiven Definition genutzt hat.

Frage:

Wie weit reicht der gesetzgeberische Spielraum des Bundesrates zur Regelung auf Verordnungsstufe innerhalb der Schranken und Richtlinien von Verfassung und Gesetz?

- a. Wie weit dürfte der Bundesrat den Kriegsmaterialbegriff fassen, um der internationalen und öffentlichen Kritik an der schweizerischen Waffenexportpraxis Rechnung zu tragen? (Kriegerische Zweckbestimmung des Materials; kriegerische Eignung des Materials, verbunden mit einer Erklärung der zivilen Verwendung durch den Besteller oder die Regierung des Bestellers; Erfassung von Werkzeugmaschinen zur Herstellung von Kriegsmaterial).
- b. Welche Kriterien der Verfassungs- und Gesetzesstufe binden den Bundesrat bei der Ausübung seines Ermessens? (Welche dieser Kriterien sprechen für, bzw. gegen die heute gültige Verordnungsregelung? Insbesondere: Entspricht die Verordnung dem Gesetz noch, wenn sie alle Bestandteile, die nicht ausschliesslich als Kriegsmaterial Verwendung finden, aus der Bewilligungspflicht herausnimmt?).
- c. Die Grenzen zwischen Kriegführung und polizeilicher Repression sowie jene zwischen Waffe und zivilem Instrument sind fliessend geworden. Damit steht die Unterscheidung zwischen dem engen Kriegsmaterialbegriff der Verordnung einerseits, und andererseits Begriffen wie Polizeitechnologie, Leichtflugzeuge, Elektronik, Chemie, Atomtechnologie, Zivilschutzmaterial, Werkzeugmaschinen und ähnliches zur Diskussion. Frage: Erfüllt die Kriegsmaterialverordnung angesichts dieser Entwicklungen noch den Auftrag von Verfassung und Gesetz?

1.2 Gefährliche Spannungen

Der Bundesrat will seinen Handlungsspielraum nicht "unnötigerweise" einengen, indem er Kriterien für die Konkretisierung dieses Begriffes festsetzen würde. Liegt die unterschiedliche Beurteilung des ostafrikanischen Raums um Rhodesien (1976, Verbot gegenüber Tansania) und des saudiarabischen Raums noch innerhalb der Spannweite des ungebundenen Ermessens?

1.3 Entwicklungshilfe

Ist der Entscheid des Bundesrates (VPB 1974, Band 38, II Nr. 57) gesetzeskonform, dass der Entwicklungsstand eines Landes kein selbständiges Kriterium darstelle, das für sich allein die Ablehnung einer Ausfuhrbewilligung rechtfertigen würde? (Bericht des Bundesrates vom 26.10.1988, Seite 10).

1.4 Menschenwürde

Ist die Aussage gesetzeskonform, wonach die Achtung der Menschenwürde wie der Entwicklungsstand eines Landes für sich allein kein selbständiges Beurteilungskriterium darstelle? (Bericht des Bundesrates vom 26.10.1988, Seite 10).

1.5 Bewilligungsverfahren

Ist das heute praktizierte Bewilligungsverfahren der Bundesbehörden gesetzeskonform?

- a. Ist die weitgehende Subdelegation von Entscheidungen an das EMD (DMV) zulässig (Verlust der vom EDA zu vertretenden Gesichtspunkte der gesetzlichen Regelung, delegationsrechtliche Grenzen der Subdelegation)?
- b. Wie ist die weitgehende Umgehung von Beschwerderechten und Begründungspflichten in der heutigen Praxis vor der Verfassung und dem als anwendbar anerkannten Verwaltungsverfahrensgesetz zu rechtfertigen?
- c. Ist die Weigerung des Bundesrates, konkretisierende Grundsätze zu den unbestimmten Gesetzesbegriffen zu entwickeln, im Lichte der Antwort auf die Fragen 1 (Grenzen des Ermessensspielraums) zu rechtfertigen?

...

4. Rechtsvergleichende Betrachtung

(Systematische Argumentation unter Rechtsbereichen innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung)

In seiner Ausgestaltung durch die Verordnung erfasst das Kriegsmaterialgesetz weniger Material als die drei nachstehenden Rechtserlasse mit verwandter Thematik.

a. Verordnung über den Warenverkehr mit dem Ausland (SR 946.201.1):

Im Anschluss an die COCOM-Liste der high-tech-Güter erfasst diese Verordnung auch sogenannte "dual-use"-Waren, die sowohl zivil wie militärisch verwendet werden können.

b. Die Atomverordnung (SR 732.11) erfasst beispielsweise auch Anlageteile mit Rücksicht auf ihre vorhersehbare Verwendung, das heisst nach Massgabe ihres Verwendungszweckes (Artikel 18 Absatz 1 lit. a).

c. Das Bundesgesetz über das Zivilschutzmaterial (SR 520.1), welches in Artikel 67 solches Material zollrechtlich wie Kriegsmaterial behandelt, wenn es um dessen Einfuhr geht (hingegen gilt Zivilschutzmaterial bei der Ausfuhr nicht als Kriegsmaterial).

Schlussbemerkung:

Bei all diesen Fragen sollte sichtbar gemacht werden, welcher Stellenwert dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit im Rahmen der Argumentation angemessen ist (Rechtssicherheit für die schweizerische Industrie, aber allenfalls auch im völkerrechtlichen Sinne als Sicherheit des völkerrechtlichen Friedens).

Anlässlich der Sitzung der erweiterten Sektion Militärdepartement der Geschäftsprüfungskommission wurde vereinbart, Frage Nr. 4 in die Beantwortung von Fragen Nr. 1.1 (Begriff Kriegsmaterial) zu integrieren. Ebenfalls vereinbart wurde, die Frage 1.1 anhand folgender konkreter Beispiele zu behandeln:

- Leichtflugzeuge (PC7/PC9);
- Aluprofile, die zu Leitflügeln für Minenwerfergranaten verarbeitet werden können;
- Werkzeugmaschinen.

Schliesslich erklärte sich die Sektion damit einverstanden, dass Herr Prof. Wildhaber die neutralitätsrechtlichen und -politischen Aspekte von Frage 1.1 im Rahmen von Frage 3 behandeln wird.

Die folgenden Ausführungen basieren neben Literaturrecherchen auf den Materialien, die dem unterzeichnenden Gutachter von der GPK zur Verfügung gestellt wurden, auf den Informationen, die anlässlich des Hearings vom 8. und 9. Februar 1989 vermittelt wurden, sowie auf persönlichen Gesprächen mit Herrn Dr. Blickensdorfer (EDA) und Herrn Godet (DMV).

Für die Bearbeitung der komplexen Fragen wurde ein Zeitaufwand von max. 10 Tagen vereinbart. Die sich daraus und dem kurzfristigen Abgabetermin vom 7. März 1989 ergebenden Zeitlimiten zwingen im folgenden zu einer Konzentration auf das Wesentliche und erlauben in verschiedenen Punkten eine an sich wünschenswerte Vertiefung leider nicht.

I. FRAGE 1.1: DER BEGRIFF "KRIEGSMATERIAL"

1. Fragestellung

Der Bundesrat führt in seinem Bericht vom 26. Oktober 1988 (S. 4) aus, die ihm in Art. 1 KMG zugewiesene Verordnungskompetenz gäbe ihm

"ohne Zweifel das Recht, dem Begriff 'Kriegsmaterial' eine weitgefasste Bedeutung zu geben. Beide Kommissionssprecher im Nationalrat erklärten denn auch, dass das Gesetz den Begriff 'Kriegsmaterial' genügend flexibel definiere, so dass er in bestimmten Fällen auch auf Material ausgedehnt werden könnte, das für gewöhnlich zivilen Zwecken dient, in Wirklichkeit aber als Kampfmittel verwendet wird. Es handelt sich aber hierbei um einen ins Ermessen des Bundesrates gestellten Entscheid, nicht um eine zwingende Verpflichtung."

Frage 1.1. betrifft den gesetzgeberischen Spielraum des Bundesrates. Es erscheint sachgerecht, die gestellten Fragen auf folgende drei Problemkreise zu reduzieren:

- Zu prüfen ist vorerst, wie weit der Bundesrat den Kriegsmaterialbegriff überhaupt fassen dürfte, falls er in der Verordnung einen weiten Begriff verankern wollte (Frage 1.1.a). Diese Frage soll, wie eben erwähnt, anhand der Beispiele PC-7/PC-9, Alu-Profile und Werkzeugmaschinen diskutiert werden. (Nachstehend Ziff. 2)
- Anschliessend ist für jene dieser Produkte, welche als Kriegsmaterial eingestuft werden könnten, zu untersuchen, welche rechtlichen Kriterien für und welche gegen eine solche Einstufung sprechen. Dabei sind der Wandel des Kriegsbegriffes und das Ineinanderfliessen von Krieg und Repression in vielen Ländern zu berücksichtigen. Dabei kann es nicht darum gehen, politische Entscheide als Rechtsfragen auszugeben; vielmehr soll nur auf juristische Gesichtspunkte hingewiesen werden, welche bei den entsprechenden politischen Entscheiden Berücksichtigung finden sollten. (Nachstehend Ziff. 3)

- Schliesslich soll diskutiert werden, ob sich für gewisse Produkte zivilen Charakters mit kriegerischer Eignung als Bewilligungserfordernis eine Erklärung der zivilen Verwendung durch den Besteller einführen liesse, falls solches Material dem Gesetz unterstellt werden sollte. (Nachstehend Ziff. 4).

2. Umfang des Kriegsmaterialbegriffs

a) Keine abschliessende Definition in BV und KMG

Gemäss Art. 41 Abs. 4 BV bestimmt der Bundesrat "unter Vorbehalt der Bundesgesetzgebung in einer Verordnung ... welche Arten von Waffen, Munition, Sprengmitteln, sonstigem Material und welche Bestandteile unter diese Verfassungsbestimmung fallen." Dieses **selbständige** Verordnungsrecht des Bundesrates, welches bis zum Erlass des KMG seinen Ausdruck in mehreren Verordnungen fand (Ueberblick bei Malinverni, N 32ff, S. 9f), wurde mit dem Argument begründet, es sei notwendig, den Kriegsmaterialbegriff leicht und flexibel jeweils neuen Problemsituationen anpassen und so Erfahrungen für eine allfällige spätere Regelung im Gesetz sammeln zu können (Malinverni N 31, S. 9 mit Quellenhinweisen). Bei der Umschreibung des Kriegsmaterialbegriffs durch den Bundesrat handelte es sich somit nicht um reinen Verfassungsvollzug, sondern um **gesetzesergänzendes** Verordnungsrecht, d.h. um die Ergänzung einer im höherrangigen Recht nicht vollständig geregelten Materie durch die Exekutive (zu diesem Begriff z.B. Gygi 95ff).

Art. 1 KMG bezeichnet in Abs. 1 als Kriegsmaterial "Waffen, Munition, Sprengmittel, weitere Erzeugnisse und deren Bestandteile, die als Kampfmittel verwendet werden können." Laut Abs. 2 "**bestimmt**" der Bundesrat, "welches Material unter das Gesetz fällt." Damit ist aus dem selbständigen, d.h

direkt auf die Verfassung gestützten zwar ein unselbständiges, d.h. im Gesetz verankertes Verordnungsrecht geworden, am **gesetzesergänzenden** Charakter hat sich aber nichts geändert. Die Botschaft zum KMG hält in diesem Sinne unmissverständlich fest, "nach wie vor" werde "der Bundesrat zu bestimmen haben," was unter den Kriegsmaterialbegriff falle (Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren betreffend vermehrte Rüstungskontrolle und ein Waffenausfuhrverbot vom 7. Juni 1971, BBl 1971 I 1592). Diese Regelungskompetenz war in den Debatten unbestritten; die Diskussion bezog sich vielmehr auf Vorschläge, den gesetzlichen Kriegsmaterialbegriff weiter zu fassen.

Die Kompetenz zum Erlass **gesetzesergänzenden** Verordnungsrechts bedeutet nicht völlige Rechtssetzungsfreiheit der Exekutive. GYGI fasst die diesbezügliche Praxis des Bundesgerichtes folgendermassen zusammen: Die Regelung der mit der Verordnungsgebung betrauten Exekutive muss sich "in den Grenzen der übertragenen Rechtssetzungsbefugnisse" bewegen und sie "darf sich darüber hinaus auch nicht zu anderen Vorschriften des übergeordneten Gesetzes in Gegensatz stellen." Innerhalb dieses Rahmens kommt ihr "in der Erfüllung ihres Regelungsauftrages grundsätzlich die gleiche Gestaltungsfreiheit zu, wie dem Gesetzgeber selbst ... Von diesem Gestaltungsspielraum ... soll die Verordnungsinstanz einen pflichtgemässen Gebrauch machen. Aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse ... soll eine mit ernsthaften, sachlichen Gründen vertretbare Regelung geschaffen werden, die sich in Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung einfügt, Unterscheidungen trifft oder unterlässt, je nachdem, ob die Sachumstände sie vernünftigerweise gebieten oder verbieten, und Mittel wählt, die im gebotenen Verhältnis zum angestrebten gesetzmässigen Ziel stehen" (Gygi 97f mit Nachweis der reichen Rechtsprechung).

Im folgenden ist im Lichte dieser Grundsätze zu prüfen, wie weit der Gestaltungsspielraum des Bundesrates bei der Umschreibung des Kriegsmaterialbegriffes greift.

b) Beschränkung auf Kampfmittel und ihre Bestandteile

aa) Im allgemeinen

Art. 41 Abs. 1 BV erklärt "Herstellung, Beschaffung und Vertrieb von Waffen, Munition, Sprengmitteln, sonstigem Kriegsmaterial und deren Bestandteile" für bewilligungspflichtig. Art. 1 Abs. 1 KMG definiert als Kriegsmaterial "Waffen, Munition, Sprengmittel, weitere Erzeugnisse und deren Bestandteile, die als Kampfmittel verwendet werden können."

Vom Wortlaut her erscheint der Kriegsmaterialbegriff des Gesetzes enger als jener der Verfassung, weil er neben Waffen, Munition und Sprengstoff nicht "sonstiges Kriegsmaterial" erfasst, sondern nur "weitere Erzeugnisse und deren Bestandteile, die als Kampfmittel verwendet werden können." Auf das Verhältnis zwischen Gesetz und Verfassung ist angesichts der beschränkten Zuständigkeit der GPK im Rahmen dieses Gutachtens nicht einzugehen.

Hingegen ist relevant, dass der Gesetzgeber den Kriegsmaterialbegriff effektiv auf Kampfmittel beschränken wollte. Der Entwurf des Bundesrates schlug vor, in Artikel 1 KMG "weitere Erzeugnisse, die als Kampfmittel verwendet werden können, sowie ihre Bestandteile" einzuschliessen (BB1 1971 I 1596). Damit nahm er bewusst die Anregung der Expertenkommission auf, einen restriktiven Kriegsmaterialbegriff zu verwenden (vgl. BB1 1971 I 1611f).

Die Kommission nahm eine Umstellung im Satzaufbau vor, indem sie im Sinne des heutigen Wortlautes den qualifizierenden Nebensatz, "die als Kampfmittel dienen können", nicht

wie der Bundesrat nach dem Wort "Erzeugnisse", sondern nach dem Begriff "Bestandteil" einfügte. Damit war trotz der damit geschaffenen grammatikalischen Unklarheit (bezieht sich die Kampfmittleigenschaft nur auf die "Bestandteile" oder auch auf die "Erzeugnisse"?) keine Aenderung des Sinnes verbunden. Im Nationalrat stimmten sowohl der den Vorschlag ablehnende Sprecher der Kommissionsminderheit, RENSCHLER, als auch DÜRRENMATT als Berichterstatter der Mehrheit Punkt miteinander überein, dass Art. 1 KMG nur Kampfmittel erfasse; DÜRRENMATT wies allerdings darauf hin, dass unter die Kampfmittel auch Produkte fallen könnten, die primär für den zivilen Gebrauch bestimmt seien (NR, S. 161f). Die Auffassung wurde auch im Ständerat bestätigt (Weber, SR, S. 378).

Die Debatte und v.a. die Verordnungspraxis des Bundesrates zeigen, dass der Begriff Kampfmittel seinerseits nicht zu eng verstanden und nicht mit dem Waffenbegriff gleichgesetzt werden darf. Die Aufnahme von Panzerfahrzeugen ohne Bewaffnung oder von Vernebelungsmitteln in die Kriegsmaterialliste von Art. 1 VKM legt nahe, unter Kampfmitteln Mittel zu verstehen, die im militärischen Kampf eingesetzt werden und damit der Kampfführung dienen.

bb) Ausschluss von Werkzeugmaschinen

Mit dieser Regelung sind auf jeden Fall Werkzeugmaschinen vom Kriegsmaterialbegriff des Gesetzes ausgenommen. Werkzeugmaschinen können zwar für die Herstellung von Kampfmitteln Verwendung finden, sie werden aber nicht selber im Kampf eingesetzt. Der Bundesrat würde seine Verordnungskompetenz überschreiten, wenn er Werkzeugmaschinen dem KMG unterstellen würde.

Bezüglich der Werkzeugmaschinen liegt gar ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor. DÜRRENMATT wies darauf hin, dass gemäss dem Antrag Renschler auch Werkzeugmaschinen vom

Gesetz erfasst würden (NR S. 162). In Kenntnis auch dieser Tatsachen verwarf eine klare Mehrheit Renschler's Vorschlag (NR, S. 164).

Damit hielt der Nationalrat an einer Position fest, die er bereits 1967 bezogen hatte. Damals verwarf er eine Initiative SCHMID auf Ergänzung von Art. 41 BV, welche u.a. den Einbezug von Werkzeugmaschinen in den Geltungsbereich der Bewilligungspflicht für Kriegsmaterial anstrebte (Amtl. Bulletin Nationalrat 1967, S. 166ff).

Wie andere aktuelle Kontroversen über den Kriegsmaterialbegriff (z.B. Einbezug der Vergabe von Lizenzen) hat also auch die Diskussion über die Behandlung von Werkzeugmaschinen und anderen Exporten, die dem Aufbau einer Rüstungsindustrie in anderen Staaten dienen, ihren Grund nicht in der Praxis des Bundesrates, sondern in der restriktiven Fassung des Kriegsmaterialbegriffs im Gesetz.

c) Ausdehnung auf Produkte und Bestandteile mit Kriegsmaterialeignung (dual-use Produkte)

aa) Gesetzesauslegung

Die Beschränkung des Kriegsmaterialbegriffes auf Kampfmittel wird z.T. dadurch kompensiert, dass darunter nach dem klaren Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 KMG neben Waffen, Munition und Sprengmitteln auch weitere Erzeugnisse fallen, wenn sie "als Kampfmittel verwendet werden können." Der Gesetzgeber wollte den Kriegsmaterialbegriff also nicht auf Produkte beschränken, deren Zweckbestimmung eine kriegerische ist, d.h. Produkte, die sowohl zivilen wie militärischen Zwecken dienen können, nicht völlig vom Geltungsbereich des Gesetzes ausschliessen. Dieser Wille wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes klar belegt: DÜRRENMATT als Berichterstatter der Kommissionsmehrheit hielt den Kritikern entgegen, mit dieser Formulierung habe man "dem Bundesrat die Möglichkeit geben [wollen], dort, wo ein offensichtlicher Missbrauch mit Exportgütern stattfindet, die scheinbar dem zivilen

Bedarf dienen, aber in Tat und Wahrheit als Kampfmittel verwendet werden, auch eingreifen zu können" (NR, S. 162). Diese Auffassung wurde vom französischsprachigen Kommissionssprecher, COPT, ausdrücklich bestätigt (NR, S. 163) und in der Debatte von niemandem bestritten. Die teleologische Auslegung schliesslich stützt das Ergebnis: Auch die Lieferung von Produkten, die zwar zivilen Zwecken dienen können, aber im konkreten Fall als Kampfmittel Einsatz finden, kann Landesinteressen gemäss Art. 10 KMG beeinträchtigen oder in neutralitätspolitisch bedenklicher Weise zur Verschärfung von Konflikten bzw. Menschenrechtsverletzungen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 KMG beitragen und damit Interessen tangieren, welche das KMG mit seinem Bewilligungssystem schützen will.

Die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 KMG gemäss den üblichen Interpretationsmethoden führt zum eindeutigen Ergebnis, dass unter den Begriff Kriegsmaterial auch Erzeugnisse und ihre Bestandteile fallen können, die zwar für zivile Zwecke hergestellt werden, gleichzeitig aber auch als Kampfmittel verwendet werden können. Der Bundesrat ist damit grundsätzlich befugt, solche Erzeugnisse dem Kriegsmaterialgesetz zu unterstellen. Er hat von dieser Befugnis in Art. 1a VKM Gebrauch gemacht, wo festgelegt wird, dass als Kriegsmaterial auch vom EMD zu bezeichnende chemische Substanzen gelten, "die zur Herstellung von chemischen Kampfstoffen dienen können."

Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, ob sich aus dieser Befugnis auch eine Verpflichtung des Bundesrates ergibt, als Verordnungsgeber alle Erzeugnisse als Kriegsmaterial einzustufen, die als Kampfmittel Verwendung finden können. Bekanntlich geht der Bundesrat nicht von einer solchen Verpflichtung aus: In Art. 1 Abs. 2 VKM hat er im Gegenteil festgelegt, dass unter den Begriff Kriegsmaterial neben den in Abs. 1 aufgelisteten Gegenständen nur Gegenstände fallen, "die ausschliesslich als Bestandteile von Kriegsmaterial

hergestellt werden und in der gleichen Ausführung keine zivile Verwendung finden." Entsprechend hat es der Bundesrat z.B. angesichts der zivilen Einsatzmöglichkeiten des PC-7 wiederholt abgelehnt, dieses Leichtflugzeug dem Anwendungsbereich des KMG zu unterstellen.

Eine generelle Verpflichtung zur Unterstellung von zivilen Produkten, die auch als Kampfmittel eingesetzt werden können, lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Die gegenteilige Annahme würde sich nur schwer mit der Tatsache vereinbaren lassen, dass dem Bundesrat mit der Delegation zum Erlass gesetzesergänzender Verordnungsbestimmungen vom Gesetzgeber bewusst ein relativ weit gefasster Gestaltungsspielraum eingeräumt wurde. Sie würde zudem dem Willen des Gesetzgebers widersprechen. Anlässlich der Erarbeitung des KMG und anlässlich von späteren parlamentarischen Vorstössen haben der Bundesrat und die klare Mehrheit der Mitglieder der Räte immer wieder klar festgehalten, dass das Gesetz einen relativ restriktiven Kriegsmaterialbegriff verankere und nicht alle zivilen Güter erfassen wolle, die allenfalls auch als Kampfmittel Einsatz finden könnten (vgl. z.B. Bericht des Bundesrates 1971, S. 1592; Motion Friedrich vom 5.10.1978, Amtl. Bull. NR, S. 964ff und 1026ff, als Postulat überwiesen, S. 1039; Voten Ogi (S. 1209), Nebiker (1027) und Bundesrat Delamuraz (S. 1211) bei der Diskussion des Postulats der GPK-Minderheit, Amtl. Bull. NR 1985, S. 1020ff und 1200ff; Stellungnahme von Bundesrat Koller im Ständerat, Amtl. Bull. SR 1988, S. 343.

bb) Beurteilung der geltenden Regelung

Daraus lässt sich folgende Schlussfolgerung ziehen: Das KMG verpflichtet den Bundesrat nicht dazu, Produkte mit ziviler Zweckbestimmung generell als Kriegsmaterial einzustufen, wenn es auch als Kampfmittel verwendet werden kann. Der Bundesrat hat aber die Möglichkeit und die Pflicht, für einzel-

ne solcher Produkte durch Aufnahme in die Kriegsmaterialliste der VKM eine solche Einstufung vorzunehmen, wenn - um hier nochmals GYGI zu zitieren - "die Sachumstände sie vernünftigerweise gebieten" und sie "im gebotenen Verhältnis zum angestrebten gesetzmässigen Ziel stehen" (Gygi 98). Welches solche Umstände und Kriterien für die Aufnahme eines Produktes auf die Liste der Kriegsmaterialgüter sind, ist nachstehend unter Ziff. 3 zu untersuchen.

Es würde dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, Gegenstände ungeachtet ihrer tatsächlichen Verwendung **überhaupt** nie als Kriegsmaterial zu behandeln, wenn sie in gleicher Ausführung auch zivile Verwendung finden. Die Sprecher der Kommissionsmehrheit im Nationalrat machten deutlich, dass solche Produkte dem KMG unterstellt werden müssen, wenn die Zielsetzungen des KMG durch den missbräuchlichen Einsatz solcher Produkte gefährdet werden (NR, S. 162f).

Daraus folgt, dass der Bundesrat im Rahmen des ihm vom Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraums bleibt, wenn er in Art. 1 Abs. 2 VKM für den Normalfall statt auf den konkreten Verwendungszweck darauf abstellt, ob der Gegenstand ausschliesslich militärische oder auch zivile Verwendung findet. Solange er aber bei dieser gesetzgeberischen Lösung bleibt, hat er Produkte mit zivilem und militärischem Verwendungszweck in die Liste des Kriegsmaterials aufzunehmen, wenn dies zur Erreichung der Ziele des Gesetzes sachlich geboten erscheint.

cc) Anwendung auf PC-7/PC-9 und Aluprofile

Wie bereits begründet, fallen Werkzeugmaschinen nicht in den Anwendungsbereich des KMG.

Demgegenüber wäre der Bundesrat an sich **befugt**, den PC-7 bzw. PC-9 und Aluprofile, welche zu Leitflügeln für Minen-

werfergranaten verarbeitet werden können, durch eine entsprechende Revision von Art. 1 VKM dem Kriegsmaterialgesetz zu unterstellen. Bei beiden Produkten handelt es sich um Erzeugnisse oder deren Bestandteile, welche im Sinne von Art. 1 Abs. 2 KMG "als Kampfmittel Verwendung finden können."

Der Bericht der Arbeitsgruppe GODET vom 27. September 1984 an den Chef des EMD ist zum Schluss gekommen, der PC-7 könne namentlich wegen der Möglichkeit zur Befestigung von Waffen an 6 Aufhängepunkten an den Flügeln im militärischen Kampf eingesetzt werden. Diese Aufhängepunkte sind beim PC-9 beibehalten worden (Bericht der Arbeitsgruppe Godet um PC-9 vom 31. Januar 1986).

Alu-Profile, welche zu Leitflügeln für Minenwerfergranaten verarbeitet werden, sind erst teilweise verarbeitete Gegenstände, die als Bestandteile von Waffen Verwendung finden können. Sie können somit Verwendung als Bestandteile von Kampfmitteln im Sinne von Art. 1 Abs. 2 KMG finden.

Dies bedeutet aber noch nicht, dass die beiden Produkte dem Kriegsmaterialgesetz automatisch unterstellt werden müssen. Vielmehr ist aufgrund der konkreten Sachlage zu prüfen, ob die Gründe, die dafür sprechen, gewichtig genug sind oder ob die Gründe für ein Verbleiben beim status quo überwiegen.

3. Kriterien für und gegen die Einstufung konkreter dual-use Produkte als Kriegsmaterial

a) Die gegeneinander abzuwägenden Interessen

Die Justizabteilung hat in einer Stellungnahme zur Frage, ob Abhörgeräte dem KMG zu unterstellen seien, die sich dabei gegenüber stehenden Interessen zutreffend folgendermassen umschrieben:

"Wer Kriegsmaterial herstellt oder verkauft, möchte es frei von gewinnschmälernden Hindernissen tun können. Diesem durch Artikel 31 BV verfassungsmässig anerkannten privaten Interesse stehen, wie aus Artikel 41 BV erhellt, öffentliche Interessen gegenüber, und zwar zwei verschiedenartige:

Zum einen das Interesse an einer privaten Rüstungsindustrie ... Was die wirtschaftliche Seite anbelangt, so sind wir auf unsere private Rüstungsindustrie unbedingt angewiesen, denn wir können nicht unseren Gesamtbedarf an Kriegsmaterial in den Werkstätten des Bundes decken. Die private Rüstungsindustrie ihrerseits kann aber für ihr Bestehen nicht genügend mit Rüstungsaufträgen der Eidgenossenschaft versorgt werden. ...

Zum andern das humanitäre Interesse. 'Es wäre in der Tat in höchstem Masse stossend, wenn die Ausfuhr schweizerischen Kriegsmaterials das Entstehen internationaler Konflikte begünstigen und ihre bewaffnete Austragung erleichtern würde.'" (VPB 41/1977, Nr. 106, S. 86).

Diese Ausführungen umschreiben den Interessenkonflikt in zutreffender Weise. Im Folgenden soll versucht werden, die einzelnen Interessen etwas differenzierter aufzuschlüsseln.

b) Interessen gegen eine Einstufung als Kriegsmaterial

aa) Interessen des Produzenten

Produzenten von dual-use Gütern haben ein verfassungsrechtlich durch die Handels- und Gewerbefreiheit geschütztes Interesse daran, ihre Produkte frei exportieren zu können. Dieser Anspruch gilt zwar nicht absolut und hat hinter gewichtigere öffentliche Interessen an der Beschränkung des Exports in Länder zurückzutreten, in welchen das fragliche Material als Kampfmittel eingesetzt würde.

Bei dieser Güterabwägung besonders gewichtig ist der Aspekt der **Verhältnismässigkeit**: Die Frage der Verhältnismässigkeit stellt sich z.B. ernsthaft, wenn Produzenten durch die Unterstellung unter das KMG verpflichtet würden, für die Herstellung von Serienprodukten eine Grund- und eine Fabrika-

tionsbewilligung einzuholen (Art. 4 und 8 KMG), obwohl der allergrösste Teil des Produkts für zivile Verwendung exportiert würde und sein Einsatz als Kampfmittel relativ harmlos wäre.

Zugunsten des Produzenten dürfte auch berücksichtigt werden, dass z.B. die Unterstellung unter das KMG den Absatz des Produktes in einer Weise beschränkt, welche Arbeitsplätze oder gar die Existenz des Betriebes gefährdet.

bb) Staatliches Interesse an der Erhaltung der Produktion in der Schweiz

Falls die Unterstellung eines dual-use Produktes unter das KMG zur Folge hätte, dass es (mangels genügender Absatzmöglichkeiten) nicht mehr in der Schweiz produziert würde, kann das Interesse der Schweizer Armee an einer Produktion in der Schweiz gegen einen solchen Schritt sprechen. Allerdings dürfte ein solches Interesse nur bei militärisch besonders relevanten dual-use Produkten bestehen und dann meist mit besonders gewichtigen öffentlichen Interessen an der Unterstellung kollidieren.

cc) Praktikabilität

Ein legitimes staatliches (und zugleich auch privates) Interesse ist es, einen sehr grossen Abklärungs- und Kontrollaufwand zu vermeiden. Ein solcher Aufwand ist unvermeidlich, wenn man dual-use Produkte der Bewilligungspflicht des KMG unterstellt. Diese Massnahme bedeutet nämlich, dass im Einzelfall zu untersuchen ist, welchem Zweck das Produkt im konkreten Fall zugeführt wird; auch der nachträgliche Kontrollaufwand steigt, wenn man Umgehungsgeschäfte verhindern will.

Diese Praktikabilitätsüberlegungen sind allerdings nicht absoluter Natur. Gemäss der Praxis des Bundesrats wird bereits heute bei den Sprengstoffen auf den konkreten Verwendungszweck im Einzelfall abgestellt, ohne dass daraus allzu grosse Probleme erwachsen (Bericht vom 26. Oktober 1988, S. 7f). Es lässt sich durchaus denken, dass bei anderen dual-use Produkten - v.a. wenn jährlich nur relativ wenige Exportgeschäfte zu beurteilen sind - sich der Aufwand ebenfalls in Grenzen hält. Dass das Abstellen auf den Zweck mit vertretbarem Aufwand möglich ist, belegt auch die Tatsache, dass die Verordnung über den Warenverkehr mit dem Ausland (SR 946.201.1) im Anschluss an die COCOM-Liste der high-tech-Güter ebenfalls dual-use Waren erfasst und die Atomverordnung (SR 732.11) gemäss Art. 18 Abs. 5 i.V. mit Abs. 1 lit. a auf den vorhersehbaren Verwendungszweck von Anlageteilen abstellt, wenn es um ein Verbot der Ausfuhr solcher Güter aus Gründen der Nonproliferation geht.

c) Interessen für eine Einstufung als Kriegsmaterial

aa) Interessen gemäss Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG

Oeffentliche Interessen für eine Einstufung eines dual-use Produktes als Kriegsmaterial ergeben sich in erster Linie aus Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG. Art. 10 KMG will Kriegsmaterialausfuhren verhindern, welche Landesinteressen zuwiderlaufen oder zwischenstaatlichen Vereinbarungen widersprechen. Art. 11 Abs. 2 KMG will aus neutralitätspolitischen und humanitären Gründen verhindern, dass die Schweiz mit Kriegsmateriallieferungen die Führung bewaffneter Konflikte begünstigt (vgl. vorne Abschnitt a) oder damit in Widerspruch zu ihren eigenen Anstrengungen menschenrechts-, entwicklungspolitischer oder humanitärer Art gerät (vgl. zum Inhalt dieser Bestimmungen die detaillierten Ausführungen hinten Ziff. III). Diese Zielsetzungen können auch durch dual-use Produkte beeinträchtigt werden, sobald sie in Ein-

zelfällen als Kampfmittel eingesetzt werden. Solche Beeinträchtigungen lassen sich nur verhindern, wenn die entsprechenden Produkte dem KMG unterstellt und ihre Ausfuhr nicht bewilligt wird, weil ihr Export im konkreten Fall solche negativen Konsequenzen hätte.

Diese Interessen sprechen für eine Einstufung eines dual-use Produktes als Kriegsmaterial, wenn das betreffende Produkt derart häufig und in derartiger Menge als Kampfmittel eingesetzt wird, dass damit die in Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG umschriebenen Zielsetzungen in merklicher Weise tangiert werden.

bb) Landesinteressen

Art. 11 Abs. 2 KMG erfasst die wichtigsten schützenswerten Landesinteressen aussenpolitischer Art. Dem Schutz von Landesinteressen gemäss Art. 10 KMG kommt demnach nur die Funktion einer Auffangklausel zu. Immerhin lassen sich Anwendungsfälle denken. Ein Beispiel liefert ein Beschwerdeentscheid des EMD aus dem Jahre 1982 (VPB 49/1985, Nr. 10, S. 46ff), mit welchem entschieden wurde, sog. Deko-Seriefewerwaffen, d.h. schiessuntauglich gemachte Seriefewerwaffen und halbautomatische Handfeuerwaffen, die 1980 aus der Bewilligungspflicht entlassen worden waren, würden wiederum dem KMG unterstehen. Diese Waffen konnten im Zeitpunkt des Exportes nicht als Kampfmittel eingesetzt werden und dienten als Sammelstücke für Waffenliebhaber oder als Dekorationsgegenstände zivilen Zwecken. Trotz dieses Sachverhaltes bejahte das EMD die Unterstellung unter das KMG mit dem Argument, die technischen Abänderungen zur Schiessuntauglichkeit liessen sich rückgängig machen und würden tatsächlich immer wieder rückgängig gemacht. Obwohl das EMD nicht darauf verwies, stand hinter dem Entscheid offenkundig das Interesse, die "Ausrüstung" von Terroristen und Kriminellen im Ausland mit ohne weiteres erwerbbaaren und wieder einsatzfähig zu

machenden Serief Feuerwaffen zu verhindern. Jedenfalls führte es aus, die Schweiz dürfe nicht zum Waffenbeschaffungsplatz werden (a.a.O., S. 49). In der Tat würde es schweizerische Landesinteressen schwer beeinträchtigen, wenn der Erwerb von Deko-Waffen den internationalen Terrorismus und die internationale Kriminalität stärken würde.

cc) Völkerrechtliche Verpflichtungen

Das Völkerrecht beschränkt, wenn auch nur marginal, für die neutralen Staaten im Krieg die Ausfuhr von Kriegsmaterial. Daraus können sich gewisse **neutralitätspolitische** Kriterien für den Entscheid ergeben, ob bestimmte dual-use Produkte dem KMG unterstellt werden sollten. Würde die Schweiz z.B. von den betroffenen Staaten oder Opfern dafür kritisiert, dass sie den Einsatz von Leichtflugzeugen als Kampfmittel zulässt, könnte sich dies für die Glaubwürdigkeit ihrer Neutralität negativ auswirken. Die neutralitätsspezifischen Aspekte werden von Prof. Wildhaber behandelt und sollen hier nicht weiter vertieft werden.

Das völkerrechtliche **Gewaltverbot** verbietet Waffenexporte nicht, weil es das Selbstverteidigungsrecht der Staaten und damit die Existenz von ausrüstungsbedürftigen Armeen anerkennt (Delbrück, S. 131). Der IGH hat dies im Fall Nicaragua c. USA auch für den Fall bestätigt, dass Waffenlieferungen eines Staates an Aufständische gehen, welche die Regierung eines Staates zu stürzen versuchen (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement on the Merits, 27 June 1986, § 195, abgedruckt in ILM 1986, S. 1068). Er erblickte aber in solchen Lieferungen eine **Verletzung des völkerrechtlichen Interventionsverbotes**, wenn sie an solche Aufständische mit dem Ziel gehen, sie in ihren unzulässigen Aktivitäten zu unterstützen (a.a.O., § 205 ILM 1986, S. 1070). Der IGH hat eine solche Verletzung des Interventionsverbotes nicht nur bei der Un-

terstützung von Aufständischen mit Waffenlieferungen, sondern auch mit anderweitiger Unterstützung angenommen, als er zum Schluss kam:

"The Court therefore finds that the support given by the United States ... to the military and paramilitary activities of the contras in Nicaragua, by financial support, training, supply of weapons, intelligence and logistic support, constitutes a clear breach of the principle of non-intervention." (a.a.O., § 242, ILM 1986, S, 1078)

Unter gewissen, hier nicht zu diskutierenden Umständen verpflichtet das Interventionsverbot die Staaten, die Unterstützung subversiver Aktivitäten im Ausland durch Private von ihrem eigenen Territorium aus zu verhindern (vgl. Philip Kunig, Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip, Baden-Baden 1981, S. 207, 282 mit Hinweisen). In solchen Fällen könnte das IGH-Urteil eine Pflicht für die Staaten mit sich bringen, nicht nur Waffenlieferungen Privater an Aufständische, sondern auch die Lieferung von Trainings-, Aufklärungs- und Uebermittlungsmaterial bzw. logistischen Hilfsmitteln zu unterbinden. Der IGH geht hier also nicht von einem auf eigentliche Waffen beschränkten engen Materialbegriff aus.

Für Material, das dem KMG untersteht, schafft das Nicaragua-Urteil des IGH keinerlei Probleme: Gemäss Art. 11 Abs. 1 KMG sollen Ausfuhren nur an Regierungen gehen. Die Lieferung von Dual-use Material, welches als Kampfmittel an Aufständische geht, könnte in Erfüllung dieser Verhinderungspflicht erfasst werden, wenn es dem KMG unterstellt würde. Sollte sich für die Schweiz jemals das Problem der Verhinderung von Materiallieferungen an Aufständische in ernsthaftem Ausmass stellen, könnte das völkerrechtliche Interventionsverbot, wie es in Art. 10 KMG mitumfasst wird, somit sachlicher Anlass sein, als Kampfmittel gelieferte dual-use Produkte dem KMG zu unterstellen.

dd) Humanitäre und menschenrechtliche Interessen

Die Wahrung humanitärer oder menschenrechtspolitischer Bestrebungen der Schweiz kann ebenfalls Kriterien für die Erfassung von dual-use Produkten abgeben.

Im geltenden Recht sind gewisse chemische Substanzen, "die zur Herstellung von chemischen Kampfstoffen dienen können", als Kriegsmaterial eingestuft (Art. 1a VKM). Obwohl diese Stoffe in grossen Mengen im zivilen Bereich Verwendung finden, dürfen sie nur ausgeführt werden, wenn über die zivile Verwendung Gewissheit besteht; begründet wird diese strenge Behandlung chemischer Stoffe mit dual-use Charakter mit den Bestrebungen anderer Länder, die Verbreitung chemischer Waffen zu verhindern, und mit der völkerrechtlichen Aechtung dieser Waffen (Bericht des Bundesrates vom 26. Oktober 1988, S. 8). Offenkundig waren es letztlich von der Schweiz verfolgte Bestrebungen im humanitären Bereich im Sinne von Art. 11 Abs. 2 KMG, welche den Bundesrat bewogen, nach einer Güterabwägung die betreffenden chemischen Produkte trotz ihres dual-use Charakters dem KMG zu unterstellen.

Dieses Argumentationsmuster liesse sich auf weitere Produkte anwenden, falls sich zeigen würde, dass sie effektiv Einsatz in einer Weise finden, welche den humanitären Prinzipien oder den Menschenrechten widersprechen. Zu denken ist etwa an Produkte, welche bei der Begehung schwerer Menschenrechtsverletzungen Einsatz finden (z.B. Folterinstrumente).

d) Anwendung auf den PC-7/PC-9 und die Alu-Profile

Die aufgeführten Kriterien sind geeignet, auch in den Fällen des PC-7 bzw. PC-9 und den Alu-Profilen, welche zu Leitflügeln für Minenwerfergranaten verarbeitet werden können, die notwendige Güterabwägung vorzunehmen, die für den Entscheid über die Aufnahme in die Kriegsmaterialliste notwendig ist.

Diese Güterabwägung kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht vorgenommen werden: Sie würde Kenntnisse voraussetzen, die der Gutachter nicht hat. Immerhin seien hier einige hypothetische Ueberlegungen angefügt:

Sollten Presseberichte über den völkerrechtswidrigen Einsatz von PC-7 in Guatemala und Irak zutreffen, wären Bestrebungen der Schweiz im humanitären und menschenrechtspolitischen Bereich schwerwiegend tangiert. Solche Einsätze könnten auch geeignet sein, die Glaubwürdigkeit der Schweiz im Bereich der Neutralitätspolitik zu beeinträchtigen. Die öffentlichen Interessen an der Einstufung dieses Leichtflugzeuges als Kriegsmaterial wären relativ gewichtig. Untergeordnete Bedeutung dürfte dem entgegengesetzten öffentlichen Interesse an der Begrenzung des Bewilligungs- und Kontrollaufwandes zukommen: Die Zahl der jährlich exportierten Flugzeuge dürfte sich in relativ engen Grenzen halten und das weitere Schicksal eines Flugzeuges lässt sich, wie etwa die Presseberichte über Einsätze des PC-7 belegen, sehr viel leichter als beispielsweise jenes von Halbfabrikaten verfolgen. Wie sehr das öffentliche und das private Interesse an der Erhaltung der Produktion dieses Flugzeuges in der Schweiz durch eine Unterstellung unter das KMG tangiert würde, und wie die Güterabwägung mit dem öffentlichen Unterstellungsinteresse ausfallen würde, vermag ich nicht zu beurteilen.

Oeffentliche Interessen zugunsten der Einstufung der Alu-Profile liessen sich geltend machen, falls dieses Produkt relativ häufig auf Kriegsschauplätzen auftaucht. Gegen eine Unterstellung könnten hier der offensichtlich grosse Kontrollaufwand und die Tatsache sprechen, dass durch die Aufnahme in die Kriegsmaterialliste ein ausgedehnter Bereich primär zivil orientierter Produktion dem komplizierten und belastenden System von Grund-, Fabrikations- und Ausfuhrbewilligung des KMG unterstellt werden müsste.

Die letzte Ueberlegung verweist auf eine konzeptionelle Schranke des Gesetzes: Das KMG lässt keinen Raum für mildere - und damit unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips weniger problematische - Konsequenzen; es erlaubt z.B. nicht, den Export bestimmter Produkte für bewilligungsfrei zu erklären, dafür aber mit einem mit Strafsanktionen versehenen Verbot der Lieferung an kriegsführende Armeen zu verknüpfen. Sobald ein Produkt als Kriegsmaterial eingestuft ist, gilt das Bewilligungssystem von Art. 4ff KMG voll.

4. Abstellen auf Erklärungen über die zivile Verwendung

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass es unter gewissen Voraussetzungen zulässig und geboten sein kann, einzelne dual-use Produkte in die Kriegsmaterialliste aufzunehmen. Es stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen die Ausfuhr in Konflikt- und Spannungsgebiete gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a KMG bzw. in Gebiete, in welchen die Schweiz menschenrechts- oder entwicklungspolitische Interessen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG verfolgt, bewilligt werden kann, wenn eine Erklärung des Bestellers oder seiner Regierung vorliegt, das gelieferte Material werde nur für zivile Zwecke verwendet.

Ein Abstellen auf Erklärungen des Bestellers über die zivile Verwendung von dual-use Produkten findet heute bereits in zwei Fällen Anwendung:

- Für die Ausfuhr chemischer Stoffe, die im Sinne von Art. 1a Abs. 1 VMK zur Herstellung von chemischen Kampfstoffen dienen können, wird gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung "die Bewilligung nicht erteilt, wenn Grund zur Annahme besteht, dass diese Substanzen für die Herstellung von chemischen Kampfstoffen verwendet werden sollen." Gemäss Auskunft von Herrn Godet (DMV) wird bei grösseren Lieferungen hier eine Erklärung des Käufers verlangt, dass er die Stoffe nur für zivile Zwecke verwenden werde.

- Ausfuhrbewilligungen für Sprengstoff werden gemäss konstanter Praxis erteilt, wenn vom Besteller bescheinigt wird, dass die Ware nur für zivile Zwecke Einsatz finden wird: Die Frage der Verordnungsmässigkeit dieser Praxis ist hier nicht zu prüfen. Relevant erscheint aber, dass der Bundesrat in seinem Bericht vom 26. Oktober 1988 (S. 7) die grundsätzliche Tauglichkeit dieser Lösung anerkennt.

Angesichts der weiten Kompetenz des Bundesrates, das Verfahren der Bewilligungserteilung zu regeln (vgl. dazu hinten Ziff. IV), ist es ohne Zweifel zulässig, für dual-use Produkte solche Erklärungen zu verlangen. Damit wird dem Prinzip der Verhältnismässigkeit besonders Rechnung getragen, ist es doch für Exporteure weniger einschneidend, eine solche Bestätigung einholen zu müssen, als vom Export in Kriegs- und Spannungsgebiete ganz ausgeschlossen zu sein.

Die Einwände des Bundesrates in seinem Bericht vom 26. Oktober 1988 (S. 5f) gegen die Einführung eines solchen Bestätigungserfordernisses für Halbfabrikate und Bestandteile vermöchten allenfalls zu überzeugen, wenn alle solchen dual-use Produkte der Bewilligungspflicht unterstellt würden. Nach dem hier vorgeschlagenen System, solche Produkte nur dann in die Liste der Kriegsmaterialgüter aufzunehmen, wenn dies im konkreten Fall aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen geboten erscheint, wären von der Unterstellung wohl nur relativ wenige und wichtige Produkte betroffen. Für sie ist nicht einsichtig, warum das Erfordernis, eine Bestätigung für den zivilen Gebrauch vorzulegen, weniger gut als für Sprengstoffe und chemische Mittel funktionieren sollte.

II. FRAGE 1.2 KONKRETISIERUNG DES BEGRIFFS "SPANNUNGSGEBIET"

1. Fragestellung

Gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a KMG "werden keine Ausfuhrbewilligungen erteilt, a. nach Gebieten, in denen ... gefährliche Spannungen bestehen." Es ist zu prüfen, ob es zulässig ist, dass der Bundesrat darauf verzichten will, Kriterien für die Konkretisierung dieses Begriffes des "Spannungsgebietes" festzusetzen, um nicht "unnötigerweise" seinen Handlungsspielraum einzuengen.

Die Frage bezieht sich auf folgende Ausführungen des Bundesrates in seinem Bericht vom 26. Oktober 1988 an die GPK:

"Natürlich lassen sich keine strengen, präzisen Kriterien in einem Bereich festlegen, wo die Behörde per Definition über einen sehr grossen Ermessensspielraum verfügt. Ausserdem würde der Bundesrat unnötigerweise seinen Handlungsspielraum einengen, wenn er versuchen würde, ein für alle Mal qualitative und quantitative Kriterien festzusetzen, ab welchem Grad Spannungen als gefährlich zu bezeichnen sind." (Bericht, S. 10)

Der Begriff der "gefährlichen Spannung" ist inhaltlich weit hin offen. Es handelt sich dabei um einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff. Im folgenden ist zu untersuchen, welche Regeln für die Auslegung und Handhabung solcher Rechtsbegriffe bestehen und welche Konsequenzen sich daraus für die Beurteilung des bundesrätlichen Standpunktes ergeben.

2. Allgemeines zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe

Der Inhalt unbestimmter Rechtsbegriffe lässt sich mit den Methoden juristischer Auslegung nicht präzise aufdecken, sondern er muss innerhalb der Grenzen des Begriffs wertend festgelegt werden. Die herrschende Lehre und Praxis unterscheidet zwei Arten von Bereichen, in welchen die Verwaltung

vom Gesetzgeber gewisse Freiräume eingeräumt bekommt. Von **unbestimmten Rechtsbegriffen** ist die Rede, wenn "die tatbestandlichen Voraussetzungen einer bestimmten Rechtsfolge ... nicht mit hinreichender Bestimmtheit festgelegt" sind; "wer den Sinn eines ... unbestimmten Rechtsbegriffs zu finden hat, bestätigt ... kein Ermessen, sondern beantwortet eine Rechtsfrage (BGE 95 I 40)." **Ermessen** im eigentlichen Sinn liegt demgegenüber "nur im Falle des sog. Rechtsfolgeermessens vor; die Verwaltung kann, muss aber nicht handeln (Entschliessungsermessens), resp. ist zur Wahl einer bestimmten Massnahme befugt (Auswahlermessen)" (Imboden/Rhinow 405; inhaltlich gleich Gygi 147, Fleiner-Gerster 124f, Knapp 30ff, Moor 326ff, je mit Hinweisen auf die reiche Praxis des Bundesgerichtes).

Das Bundesgericht stützte sich früher auf die sog. "Theorie der einzig richtigen Entscheidung" (Imboden/Rhinow 405): Gemäss BGE 95 I 40 "sind diese Ausdrücke im einzelnen Fall näher zu bestimmen und auf den entsprechenden Sachverhalt anzuwenden. Sie lassen aber keine Wahl zwischen zwei oder mehreren gleichwertigen Lösungen. Richtig ist nur eine einzige Auslegung." Diese Theorie hätte für die Verwaltung zur Folge, dass sie die Rechtssetzungsaufgabe, die der Gesetzgeber nur zum Teil erfüllt hat, zu Ende führen müsste und gezwungen wäre, dem unbestimmten Rechtsbegriff einen einzigen präzisen Sinn beizulegen.

Zwar ist es richtig, die Unbestimmtheit dieser Rechtsbegriffe als Delegation von Konkretisierungsbefugnissen an den Rechtsanwender zu verstehen, doch beinhaltet dies die Anerkennung eines Spielraums eigenverantwortlicher Rechtsfindung (Steinmann 62). Heute anerkennt denn auch das Bundesgericht, dass der Verwaltung bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein **Beurteilungsspielraum** zusteht, welchen der Richter zu respektieren hat, obwohl die Ueberprüfung solcher Begriffe eine Rechtsfrage ist (statt vieler BGE 112 Ib 53 E. 5, 107 Ib 121 E. 4a, 104 Ib 112).

Trotzdem steht die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht im freien Belieben der Verwaltung. Sie hat zwei Schranken zu beachten:

- Auch bei der Verankerung unbestimmter Rechtsbegriffe hat der Gesetzgeber oft Situationen im Blick, die er auf jeden Fall als Tatbestand erfassen und mit der entsprechenden Rechtsfolge verknüpfen möchte. Oder anders gesagt: "Jeder unbestimmte Rechtsbegriff hat einen Kernbereich, der klar abgrenzbar ist;" erst in den Grenzbereichen wird offen gelassen, was noch unter den Begriff zu fallen hat; "zuständig zur Festlegung dieses Grenzbereiches" ist der Rechtsanwender (Fleiner-Gerster 125f).

- Soweit die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe dem Rechtsanwender überlassen ist, muss er die Schranken der Rechtsgleichheit beachten (z.B. BGE 112 Ib 54) . Es ist ihm zwar nicht präzise vorgegeben, wie er solche Begriffe zu konkretisieren hat, wenn er ihnen aber einen bestimmten Inhalt beilegt, muss er dies in allen gleichartigen Fällen gleich tun.

In der Regel stellt sich das Problem unbestimmter Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit der richterlichen Überprüfung von Anwendungsakten der Verwaltung. Soweit der Richter dabei im Rahmen der Rechtskontrolle die Konkretisierung der Verwaltung aufheben oder korrigieren kann, ergibt sich automatisch ein Zwang zu einer am Willen des Gesetzgebers orientierten und rechtsgleichen Konkretisierung. Im Normalfall stellt sich deshalb die Frage nicht, ob es der Verwaltung zustehe, auf die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe zu verzichten. Sie kann es sich angesichts der möglichen Rechtskontrolle durch den Richter nicht leisten, solchen Begriffen nach freiem Belieben einmal diesen, einmal jenen Sinn beizulegen.

Der Bundesrat untersteht keiner solchen Rechtskontrolle. Trotzdem hat auch er den Willen des Gesetzgebers und das Rechtsgleichheitsgebot zu achten und unbestimmte Rechtsbegriffe so zu handhaben, dass diesen Anforderungen entsprochen wird. Dies bedeutet nicht eine Verpflichtung zur detaillierten Inhaltsgebung im voraus, sondern lässt Raum für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles; ein Anspruch auf völlige Beliebigkeit steht ihm aber nicht zu.

3. Anwendung auf die unbestimmten Rechtsbegriffe des KMG

Der Zwang zur regelhaften Konkretisierung ergibt sich bei der Anwendung des KMG v.a. aus dem Umstand, dass die Verweigerung von Ausfuhrbewilligungen in die Handels- und Gewerbe-freiheit der Gesuchsteller tangiert. Solche Eingriffe müssen sich auf das KMG als gesetzliche Grundlage abstützen, verhältnismässig sein und gleichartige Gesuche gleich behandeln. Als dies macht es dort, wo die Abweisung von Gesuchen sich auf unbestimmte Rechtsbegriffe stützt, notwendig, diesen Begriffen konkreten, dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Gehalt zu geben und sie rechtsgleich anzuwenden.

Im Fall des Begriffes "gefährliche Spannung" ist dem Bundesrat zuzugestehen, dass sich das Kriterium der Gefährlichkeit nicht quantifizieren lässt und ihm in diesem Bereich ein grosser Beurteilungsspielraum zukommt. Soweit Kriterien, wie z.B. jenes der geographischen Nähe zu Kriegsgebieten, für die Beurteilung auf der Hand liegen, müssen sie aber beigezogen werden. Dies bedeutet nicht, dass sie mechanisch Anwendung finden. Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung der Gesuchsteller verlangt aber, dass dieses Kriterium, wenn es im einen Fall Anwendung gefunden hat, im anderen Fall nur dann vernachlässigt werden darf, wenn dafür sachliche Gründe sprechen. Nach der Formel des Bundesgerichtes verletzt die rechtsanwendende Behörde nämlich das Gebot der Rechtsgleich-

heit, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (BGE 107 Ia 228 E. 3, 102 Ia 87).

In Frage 1.2 wird auf die unterschiedliche Berücksichtigung des Kriteriums der geographischen Nähe zu Kampfgebieten in den Fällen von Tansania (1976) und Saudiarabien während des Golfkrieges verwiesen. Der Verzicht auf die Berücksichtigung der geographischen Nähe im Fall von Saudiarabien, trotz viel geringerer Distanz zum Konfliktgebiet als im Fall von Tansania, ist (nur) dann zulässig, wenn sonstige gewichtige sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle sprachen. Ob solche Gründe vorlagen, kann ich mangels genügender Kenntnis der strategischen und geopolitischen Umstände nicht beurteilen.

III. FRAGEN 1.3: ENTWICKLUNGSHILFE UND 1.4: MENSCHENWÜRDE

1. Fragestellung

Art. 11 Abs. 2 KMG lautet:

"Es werden keine Ausfuhrbewilligungen erteilt,

- a. nach Gebieten, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht, ein solcher auszubrechen droht oder sonstwie gefährliche Spannungen bestehen;
- b. wenn Grund zur Annahme besteht, dass Kriegsmateriallieferungen in ein bestimmtes Land die von der Schweiz im internationalen Zusammenleben verfolgten Bestrebungen, insbesondere zur Achtung der Menschenwürde, sowie im Bereich der humanitären Hilfe oder der Entwicklungshilfe, beeinträchtigen."

a) Die Position des Bundesrates

Der Bundesrat stellt sich auf den Standpunkt, Art. 11 Abs. 2 lit. b komme keine selbständige Bedeutung zu. Im Hinblick auf die Entwicklungshilfeklausel hat er dazu in einem Entscheid vom 17. Dezember 1973 (VPB 1974, Band 38, Nr. 57, S. 53) ausgeführt, es sei Aufgabe der rechtsanwendenden Behörde, den Begriff des Spannungsgebietes von Art. 11 Abs. 2 lit. a

"in der Praxis zu konkretisieren und unter Berücksichtigung aller erreichbaren Informationen abzuklären, ob im Einzelfall eine Krisensituation im Sinne des Gesetzes anzunehmen ist oder nicht.

Auf der Grundlage dieses, den rechtsanwendenden Organen eingeräumten Ermessens ist denn auch die vom Bundesrat eingeführte restriktivere Praxis für die Ausfuhr von Kriegsmaterial nach Entwicklungsländern zu interpretieren, handelt es sich doch dabei keineswegs um ein selbständiges Kriterium, das ohne weiteres die Ablehnung von Gesuchen zu begründen vermag, wohl aber um einen Wertungsfaktor, der es dem Bundesrat erlaubt, für die Beurteilung der Frage, ob in einem politisch

exponierten Staat eine Situation im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe a KMG gegeben ist, einen strengeren Massstab anzulegen."

In seinem Bericht vom 26. Oktober 1988 bestätigt der Bundesrat diesen Entscheid ausdrücklich in dem Sinn,

"dass der Entwicklungsstand eines Landes kein selbständiges Kriterium darstellt, das für sich allein die Ablehnung einer Ausfuhrbewilligung rechtfertigen würde; vielmehr stelle dieser ein zu berücksichtigendes Element unter anderen dar, welches unter dem Gesichtspunkt von Art. 11 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes (gefährliche Spannungen) eine strengere Beurteilung der Situation ermögliche."

Der Bericht fährt dann aber, in Ausdehnung der Position des Entscheides in VPB 1974, Nr. 57, folgendermassen weiter:

"Nach Art. 11 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes muss die Bewilligung überdies verweigert werden, auch wenn keine gefährlichen Spannungen vorhanden sind, falls die Kriegsmateriallieferungen den Erfolg eines Entwicklungshilfeprogrammes oder die Bestrebungen der Schweiz im Bereich der humanitären Hilfe gefährden würden."

Das Kriterium der "Achtung der Menschenwürde" stellt gemäss dem Bericht des Bundesrates vom 26. Oktober 1988

"wie der Entwicklungsstand eines Landes ... für sich allein kein selbständiges Beurteilungskriterium dar. In Beantwortung der Motion Jaeger vom 6. Oktober 1972 führte Bundesrat Gnägi dazu aus, dass ein Polizeiregime oder soziale Unruhen nicht automatisch die Verweigerung von Ausfuhrbewilligungen rechtfertigen würden. Dazu müssten Menschenrechtsverletzungen nicht nur im Einzelfall vorkommen, sondern eine Grundsituation herrschen, in der eine Grosszahl von Menschen schweren und systematischen Schädigungen ausgesetzt sind, wie dies z.B. bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder Zugehörigkeit zu einer Minderheit zutrifft."

b) Eingrenzung der Fragestellung

Es stellt sich die Frage, ob den Kriterien von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG selbständige Bedeutung zukommt. Diese Frage

weist zwei Dimensionen auf, die m.E. klar auseinander zu halten sind, um zu einer sachgerechten Lösung zu kommen:

- Können Ausfuhrbewilligungen formell allein gestützt auf lit. b des Art. 11 Abs. 2 KMG verweigert werden?
- Falls ja: Unter welchen materiellen Voraussetzungen lassen sich gestützt auf lit. b Ausfuhrbewilligungen verweigern?

Zu differenzieren ist mit anderen Worten zwischen der Frage, ob lit. b eine selbständige Rechtsgrundlage für die Verweigerung von Ausfuhrbewilligungen darstellen kann und der Frage nach dem Inhalt dieser Bestimmung.

2. Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG als selbständige Grundlage für die Verweigerung von Ausfuhrbewilligungen

a) Problembereich

Für das Verhältnis zwischen Art. 11 Abs. 2 lit. a und lit. b KMG, lassen sich folgende drei Konstellationen unterscheiden:

- Ein Gesuch wird allein gestützt auf lit. a abgelehnt, weil im betreffenden Gebiet ein bewaffneter Konflikt herrscht oder sonstige gefährliche Spannungen bestehen. Diese Situation ist etwa im Fall klassischer Kriege gegeben.
- Ein Gesuch wird gleichzeitig gestützt auf lit. a und lit. b des Art. 11 Abs. 2 KMG verweigert, weil in einem Gebiet mit bewaffneten Konflikten oder gefährlichen Spannungen Bestrebungen der Schweiz zugunsten der Menschenrechte oder der Entwicklungshilfe beeinträchtigt werden. Diese Situation besteht z.B. bei Bürgerkriegen oder bürgerkriegsähnlichen Verhältnissen, die von massiver Repression seitens der Regierung begleitet sind.

- Ein Gesuch für eine Ausfuhrbewilligung wird allein gestützt auf lit. b abgewiesen. Dieser Fall könnte z.B. eintreten im Zusammenhang mit einem Land, das mit seinen Nachbarn in Frieden lebt und ein autoritäres oder gar diktatorisches Regime besitzt, welches seine Gegner oder missliebige Volksgruppen derart effizient unterdrücken kann, dass es trotz massiven Menschenrechtsverletzungen oder bewusster, als Sanktion gedachter Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen beim Zugang zu Entwicklungsprojekten etc. nicht zu Aufständen und Unruhen kommen kann.

Es ist unbestritten, dass die Verweigerung von Ausfuhrbewilligungen gemäss en beiden ersten dieser Varianten zulässig ist. Es stellt sich deshalb nur die Frage, ob in der dritten Fallkonstellation (Beeinträchtigung von Bestrebungen zur Achtung der Menschenwürde oder im Bereich der humanitären Hilfe oder der Entwicklungshilfe in Abwesenheit bewaffneter Konflikte oder gefährlicher Spannungen) Gesuche um Ausfuhrbewilligungen allein gestützt auf lit. b abgelehnt werden können. Diese Frage ist auf dem Wege der Auslegung von Art. 11 Abs. 2 KMG zu klären.

b) Grammatikalische Auslegung

Dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich nicht klar entnehmen, ob lit. b selbständige Bedeutung zukommt. Weder enthält lit. b am Anfang das Wort "oder", welches auf eine selbständige Bedeutung hindeuten würde, noch den Begriff "insbesondere", was ein klares Indiz für die unselbständige Bedeutung wäre.

c) Systematische Auslegung

Aus der Gesamtsystematik des Gesetzes ergibt sich kein Hinweis für die Lösung unserer Frage. Hingegen deutet die

Systematik von Art. 11 darauf hin, dass lit. b selbständige Bedeutung zukommt. Abs. 1 nennt unter lit. a - c drei Voraussetzungen, welche in der Regel erfüllt sein müssen, damit eine Ausfuhrbewilligung erteilt werden kann. Es ist unbestritten, dass jede dieser Voraussetzungen selbständige Bedeutung hat. Abs. 2 führt dann in lit. a und b zwei Fälle auf, in welchen auf jeden Fall keine Ausfuhrbewilligungen erteilt werden können. Es gibt kein Indiz dafür, dass hier die lit. b im Gegensatz zur Systematik von Abs. 1 nicht selbständige Bedeutung hätte, sondern bloss ein Spezialfall von lit. a darstellen würde.

d) Historische Auslegung

Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 11 ergibt sich m.E. klar, dass lit. b selbständige Bedeutung hat. Die Beratung von Art. 11 durchlief verschiedene Phasen, in deren Verlauf es zu einem Bedeutungswandel kam.

aa) Phase 1: Unselbständige Bedeutung

Ausgangspunkt der Beratungen in den Räten war folgender Vorschlag des Bundesrates:

"Es werden keine Bewilligungen für Kriegsmateriallieferungen nach Gebieten erteilt, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht, ein solcher auszubrechen droht oder sonstwie gefährliche Spannungen bestehen. Die Gesuche werden nach besonders strengen Massstäben geprüft, wenn sie Entwicklungsländer betreffen oder solche mit offensichtlich unbeständigen politischen Verhältnissen."

Dieser Artikel schrieb die seit 1949 (Bericht des BR 1971, BBl 1971 I, S. 1589f; Beispiele S. 1590) geltende Praxis des Bundesrates im ersten Satz fest und ergänzt sie durch die vor allem formale Vorschrift (siehe Alder, NR 173), im Falle von Entwicklungsländern oder bei Ländern mit unsta-

bilen Verhältnissen "nach besonders strengen Massstäben" zu prüfen. Diese Formulierung wies den Kriterien der Entwicklungsländer und des Charakters von Regimen unselbständige Bedeutung im Sinne von Spezialfällen gefährlicher Spannungen zu.

Der erste Satz (heute lit. a) war in den Beratungen des Nationalrates, welcher das Geschäft als Erstrat behandelte, unbestritten. Der zweite Satz wurde als unglücklich, zu eng und zu offen formuliert betrachtet. Deshalb wurden im Verlaufe intensiver Diskussionen verschiedene Vorschläge für eine neue Formulierung gemacht (NR, S. 170f). Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung in Satz 2 fiel im wesentlichen folgender Kritik zum Opfer:

- Die Formulierung, dass in Fällen von Entwicklungsländern eine "besonders strenge Prüfung" zu erfolgen habe, sei widersinnig; entweder werde geprüft und dann immer streng, oder von einer Prüfung sei abzusehen (Alder, NR, S. 173).
- Die Ausnahme für Entwicklungsländer sei diskriminierend und stelle eine Missachtung des Selbstbestimmungsrechtes dieser Länder dar. Es gäbe Länder in der Dritten Welt, die dieselben aussenpolitischen (friedlichen und neutralen) Ziele verfolgten wie wir; sie würden eine Unterstützung ihrer Verteidigungsbemühungen verdienen (z.B. Hofer-Bern, NR, S. 174).
- Das Kriterium der unstabilen politischen Verhältnisse sei im Hinblick z.B. auf Italien (sehr unstabil, aber kaum gewalttätig) oder Chile (sehr stabil, aber gewalttätig) als untauglich anzusehen (z.B. Alder, NR, S. 173; Hofer-Bern, NR, S. 175, Bratschi, NR, S. 176).

bb) Phase 2: Systematische Verselbständigung

Dem Ständerat beantragte die Kommission eine als Abs. 3 von Art. 11 verselbständigte "Entwicklungsklausel" mit folgendem Wortlaut:

"Wenn Grund zur Annahme besteht, dass Kriegsmateriallieferungen in ein bestimmtes Land die Bestrebungen der Schweiz, insbesondere im Bereich der Entwicklungshilfe, beeinträchtigen, wird die Ausfuhrbewilligung verweigert."

Im Ständerat wurde die spezielle Behandlung der Entwicklungsländer als diskriminierend empfunden (z.B. Jauslin, SR, S. 385). Bemängelt wurde auch das Fehlen eines Hinweises auf die Menschenrechte (z.B. Antrag Weber, SR, S. 384). Die Bestimmung wurde deshalb an die Kommission zurückgewiesen (SR, S. 390).

Der Ständerat war sich bewusst, dass mit der systematischen Verselbständigung der "Entwicklungsklausel" in einem Abs. 3 ein neuer, selbständiger Gesichtspunkt eingeführt wurde: HÜRLIMANN vertrat die Auffassung, in dieser Bestimmung gehe es um das "Ansehen der Schweiz, das hier im Spiele steht," darum, selber zu entscheiden, "ob es mit unserer schweizerischen Auffassung vereinbar ist, dass wir in das Land A oder in das Land B Waffen liefern oder nicht" (SR, S. 386). Der Berichterstatter der Kommission, JAUSLIN, betonte, bei dieser Bestimmung gehe es darum, "dass man in Ländern, in die nach dem Buchstaben des Gesetzes zwar eine Waffenlieferung möglich wäre, nicht einfach mit Abstützung auf einen Gesetzestext Waffen liefert und auf der andern Seite Bestrebungen unternimmt, die dem zuwiderlaufen" (SR, S. 387). Ebenso deutlich wie JAUSLIN ging auch Bundesrat GNÄGI davon aus, dass die systematische Verselbständigung auch eine inhaltliche Verselbständigung bedeute. Er erachtete die neue Fassung als Entgegenkommen gegenüber den Initianten und Forderungen verschiedener Nationalräte:

"In materieller Hinsicht besteht das Entgegenkommen darin, dass die Gesuche nicht mehr nach besonders strengen Massstäben geprüft werden, vielmehr werden nach der neuen Fassung die Bewilligungen verweigert." (SR 1972, S. 388)

cc) Dritte Phase: Bestätigung

Die ständerätliche Kommission handelte rasch und konnte bereits am Tag nach der eben beschriebenen Diskussion einen neuen Vorschlag unterbreiten, welcher mit dem heute geltenden Text von Art. 11 Abs. 2 identisch ist. Der Vorschlag wurde positiv aufgenommen und nach kurzer Diskussion einstimmig angenommen (SR, S. 407f). Die Rückstufung der "Entwicklungsklausel" (ergänzt mit einer "Menschenrechtsklausel") von einem selbständigen Abs. 3 zu lit. b von Abs. 2 bedeutete nicht eine Aufgabe der Idee, diese Bestimmung zu verselbständigen. Der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission machte deutlich, dass die neue Lösung nicht eine Einengung, sondern im Gegenteil eine Ausweitung darstellen sollte; die Formulierung sei "so weit gefasst, dass sie alle Anliegen, die gestern in der Diskussion vorgebracht wurden, berücksichtigt" (Jauslin, SR, S. 407).

In diesem Punkt deutlich ist die Diskussion im Nationalrat, welcher dem Vorschlag des Ständerates ebenfalls zustimmte. Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission, DÜRRENMATT, meinte zur neuen Fassung von Art. 11 Abs. 2:

"Hier nahm der Ständerat folgende Präzisierung vor, die absolut wichtig und bedeutsam ist: Er hat den ganzen Artikel 11 Absatz 2 unterteilt in einen allgemeinen Teil a und einen Teil b, in welchem er auf die Ausnahmen betreffend Kriegsmateriallieferung in besondere Gebiete zu sprechen kommt. (...)

Diese Bestimmung ist die Bestimmung in einem Gesetz und sie hat mehr als einen proklamatorischen Charakter. Die Bestimmung kommt einer Verschärfung gleich, und sie wird ... den Bundesrat veranlassen, das gesamte Konzept über die Behandlung des Komplexes zu überdenken." (NR, S. 1003)

Nationalrat DÜRRENMATT war also offenkundig der Ansicht, der Ständerat sei vom ursprünglichen bundesrätlichen Konzept weggekommen, die Aspekte der Entwicklung (und der Menschenrechte) bloss als besonders genau zu betrachtenden Anwendungsfall von Exporten in Spannungsgebiete zu verstehen. Er wurde darin von Bundesrat GNÄGI unterstützt, der ausführte, Art. 11 in der Fassung des Ständerates bedeute eine materielle Verschärfung:

"Materiell in dem Sinn, als im Absatz 2 einleitend festgelegt wird, dass keine Ausfuhrbewilligungen erteilt werden, wenn Litera a oder b erfüllt sind. In diesen Fällen dürfen Ausfuhrbewilligungen nicht erteilt werden: Gemäss Litera a für Gebiete, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht, ein solcher auszubrechen droht oder sonstwie gefährliche Spannungen bestehen. Gemäss Litera b, wenn Grund zur Annahme besteht, dass Kriegsmateriallieferungen in ein bestimmtes Land die von der Schweiz im internationalen Zusammenleben verfolgten Bestrebungen, insbesondere zur Achtung der Menschenwürde sowie im Bereich der humanitären Hilfe oder der Entwicklungshilfe, beeinträchtigen. In Litera b sind nun materielle Verschärfungen vom Ständerat angenommen worden.

Es geht darum, festzulegen, dass unsere aussenpolitischen Bestrebungen im weitesten Sinn zum Richtstab unserer Politik bei der Waffenausfuhr gemacht werden sollen. Um hier einigermaßen Klarheit zu schaffen, sind diese drei Kriterien, nämlich die Achtung der Menschenwürde, die humanitäre Hilfe und die Entwicklungshilfe aufgenommen worden.

Der Bundesrat wird im konkreten Fall diese Fragen gründlich überlegen müssen, ob in einem vorgelegten Gesuch diese Voraussetzungen [er]füllt sind. Das ist die materielle Erschwerung." (NR, S. 1006; Hervorhebungen durch den Autor)

dd) Ergebnis

Die Beratungen machen deutlich, dass im Laufe der Diskussionen ein Systemwechsel von einer ursprünglich als unselbständig verstandenen "Entwicklungs- und Menschenrechtsklausel" zu einem selbständig anwendbaren Kriterienkatalog gemacht wurde. Bundesrat Gnägi machte deutlich, dass damit eine Er-

schwerung gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag eingetreten war, welche den Bundesrat zwingen würde, neue konzeptionelle Überlegungen zu machen. Dieser Auffassung wurde nicht opponiert, sondern sie stiess, wie die eindeutigen Abstimmungsergebnisse zeigen, offensichtlich auf breite Zustimmung.

e) Teleologische Auslegung

Das Ergebnis der historischen Auslegung wird durch die teleologische Interpretation der Norm, d.h. ihrer Auslegung in Hinblick auf Zielsetzung und Zweck des KMG, bestätigt:

Das Kriegsmaterialgesetz, welches als indirekter Gegenvorschlag zum Volksbegehren "betreffend vermehrte Rüstungskontrolle und ein Waffenausfuhrverbot" erarbeitet wurde, dient, wie auch der ihm zugrunde liegende Art. 41 BV, dem Ausgleich zwischen verschiedenen Interessen. MALINVERNI nennt im Kommentar zur BV die humanitären Anliegen der Schweiz, ihre Bereitschaft, gute Dienste zu leisten, ihre Entwicklungshilfe und Neutralitätsüberlegungen als Interessen, die Waffenausfuhr aus der Schweiz gering zu halten; die Notwendigkeit des Kleinstaates, eine eigene Rüstungsindustrie zu haben, die wegen der Kleinheit des Marktes ohne Export nicht überleben kann, und die neutralitätsrechtliche Verpflichtung zur bewaffneten Selbstverteidigung sprechen demgegenüber für die Zulassung der Waffenausfuhr. Mit dem Grundsatz der Bewilligungspflicht für Waffenexporte soll den Behörden ermöglicht werden, eine Kontrolle darüber auszuüben, ob den sich entgegenstehenden Interessen optimal Rechnung getragen wird (Malinverni, S. 5ff; ähnlich Schwarz, S. 813ff).

Der Zweck der Regelung der Waffenausfuhr im KMG erstreckt sich auf die Wahrung verschiedener aussenpolitischer Interessen; dies wird in Art. 10 KMG ausdrücklich mit der dort vorgesehenen Möglichkeit anerkannt, Bewilligungen zu verweigern, welche "den Landesinteressen" zuwiderlaufen würden.

Das KMG beschränkt sich also nicht darauf, aus Neutralitätspolitischen oder allenfalls Neutralitätsrechtlichen Gründen Waffenlieferungen an Kriegsführende zu unterbinden. Entsprechend darf Art. 11 Abs. 2 lit. b nicht nur unter diesen Gesichtspunkten ausgelegt und allein auf Waffenlieferungen in Kriegs- und Spannungsgebiete bezogen werden.

Diese weite Zielsetzung kam auch in den Beratungen von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG klar zum Ausdruck. HÜRLIMANN meinte, bei der Auslegung von Art. 11 sollte man

"vom Ansehen der Schweiz, das hier im Spiele steht, und von den Bestrebungen der Schweiz ausgehen und nicht von Gesichtspunkten, die ausserhalb unserer Politik liegen. ... [Der Bundesrat] muss sich fragen: Ist der [Ausfuhr-] Entscheid mit unseren politischen Bestrebungen - den ausserpolitischen, friedenspolitischen, humanitären Anliegen - vereinbar?" (SR, S. 386).

MUHEIM vertrat die Ansicht, es gehe bei den angesprochenen "Bestrebungen der Schweiz"

"um die Gesamtheit der offiziellen Aussenpolitik unseres Landes in den Bezirken der humanitären Aktivität, im Gebiet unserer Friedentätigkeit, überhaupt die Gesamtheit unserer offiziellen Haltung als Schweiz. Aus dem Text selbst kann ich nur diese Interpretation herauslesen." (SR, S. 387)

Bundesrat GNÄGI bestätigte diese Auffassung im Nationalrat, als er betonte, bei Art. 11 Abs. 2 lit. b gehe es darum,

"festzulegen, dass unsere ausserpolitischen Bestrebungen im weitesten Sinn zum Richtstab unserer Politik bei der Waffenausfuhr gemacht werden sollen. Um hier einigermaßen Klarheit zu schaffen, sind diese drei Kriterien, nämlich die Achtung der Menschenwürde, die humanitäre Hilfe und die Entwicklungshilfe aufgenommen worden." (NR, S. 1006; Hervorhebungen durch den Autor)

Auch unter teleologischen Gesichtspunkten, wie sie sich aus der Zielsetzung des KMG im allgemeinen und aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung im speziellen ergeben, ergibt sich klar, dass Art. 11 Abs. 2 lit. b selbständige Bedeutung zukommt.

f) Nachfolgende Praxis

Dieses Ergebnis wird durch die Praxis des Bundesrates zwar nicht bestätigt (vgl. den Bericht vom 26. Oktober 1988, S. 10), bei genauer Betrachtung aber auch nicht entkräftigt. Zwar wurde bisher noch nie allein gestützt auf lit. b die Ausfuhr von Kriegsmaterial verboten (Menschenrechtsbericht, BB1 1982 II 771). Dies allein schliesst aber nicht schon aus, dass künftig ein solcher Fall eintreten könnte. Der Bundesrat scheint dies, analysiert man seine Stellungnahmen genau, nicht auszuschliessen:

In der Antwort zu einer einfachen Anfrage Braunschweig vom 19. Dezember 1985 betr. Kriegsmaterialexport in die Türkei hat der Bundesrat die Regelung von Art. 11 Abs. 2 KMG folgendermassen zusammengefasst:

"Aufgrund von Artikel 11 ... werden Ausfuhrgesuche abgelehnt, wenn das Kriegsmaterial für Gebiete bestimmt ist, in denen bewaffnete Konflikte oder gefährliche Spannungen bestehen, oder wenn solche Lieferungen die von der Schweiz verfolgten Bestrebungen, zur Achtung der Menschenwürde sowie im Bereich der humanitären Hilfe oder der Entwicklungshilfe beeinträchtigen würden." (NR 1986, S. 498; Hervorhebungen durch den Autor)

Die Verknüpfung der Hinweise auf lit. a und lit. b in diesem Satz durch das Wort "oder" würde keinen Sinn machen, wenn eine selbständige Bedeutung der lit. b völlig ausgeschlossen wäre. Dass der Bundesrat nicht so weit gehen will, zeigen andere Belege:

In Hinblick auf die "Entwicklungshilfeklausel" führt er im Bericht vom 26. Oktober 1988 zwar aus, der Entwicklungsstand eines Landes stelle kein selbständiges Kriterium dar, fährt dann aber fort:

"Nach Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe b des Gesetzes muss die Bewilligung **überdies** verweigert werden, **auch wenn keine** gefährlichen Spannungen vorhanden sind, falls die Kriegsmateriallieferungen den Erfolg eines Entwicklungshilfeprogrammes oder die Bestrebungen der Schweiz im Bereich der humanitären Hilfe gefährden würden." (Bericht, S. 10; Hervorhebungen durch den Autor)

Zur "Menschenrechtsklausel" nahm der Bundesrat im Nationalrat auf die Frage hin, ob er bei der Bewilligung der Waffenexporte 1985 in die Türkei die Menschenrechtssituation in diesem Land in Erwägung gezogen habe, folgendermassen Stellung:

"Die Politik zur Achtung der Menschenrechte ist ein wichtiges Element unserer Aussenpolitik.

In den letzten Jahren hat sich die Schweiz wiederholt bei der Türkei für eine bessere Beachtung der Menschenrechte eingesetzt. Der Bundesrat beobachtet die Entwicklung der Lage weiterhin aufmerksam. Diese hat sich in letzter Zeit verbessert ...

Die Bestrebungen der Schweiz zur Achtung der Menschenrechte wurden durch die Kriegsmaterialexporte nicht beeinträchtigt." (Einfache Anfrage Maeder-Appenzell vom 20. März 1986 betr. Waffenexporte in die Türkei NR 1986, S. 1041)

Diese Antwort impliziert die direkte Anwendbarkeit von lit. b des Art. 11 Abs. 2 KMG; würde der Bundesrat diese Klausel wirklich nur im Zusammenhang mit lit. a für anwendbar halten, hätte er zur Stützung seines Standpunktes argumentieren müssen, die Türkei sei kein Spannungsgebiet; wegen der unselbständigen Bedeutung von lit. b sei deshalb die Frage der Menschenrechtssituation irrelevant für Exportgesuche.

3. Zum Inhalt von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG

Hat man von der selbständigen Bedeutung von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG auszugehen, d.h. lassen sich negative Entscheide über Exportgesuche allein auf diese Bestimmung abstützen, stellt sich die Frage nach ihrem Inhalt.

Eine Praxis dazu konnte sich bisher wegen der Betonung der unselbständigen Bedeutung dieser Bestimmung nicht bilden.

a) Beschränkung auf die Beeinträchtigung aussenpolitischer Interessen der Schweiz

Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (vorne Abschnitt d) zeigt deutlich, dass die Räte es abgelehnt haben, die Kriterien von lit. b in dem Sinn zu verstehen, dass generell die Ausfuhr von Kriegsmaterial in Länder zu verweigern sei, in welchen in irgend einer Weise die Menschenwürde missachtet wird oder ein tiefer Entwicklungsstand besteht (siehe die Debatte im SR, S. 384ff; z.B. Jauslin, SR, S. 385 bzw. Weber, SR, S. 390; im NR, S. 171ff siehe etwa Alder, NR S. 172; Hofer-Bern, NR, S. 174f bzw. Dürrenmatt, NR, S. 177ff). Konzeptionell ruht lit. b auf dem Gedanken, dass **Waffenlieferungen dort verweigert werden sollen, wo sie mit aussenpolitischen Bestrebungen der Schweiz kollidieren**, d.h. den Zielen widersprechen, welche unser Land namentlich mit seiner Menschenrechts- oder Entwicklungspolitik verfolgt (näheres hierzu unten Abschnitt c und d). In diesem Sinne klar war z.B. der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission, JAUSLIN, als er die Notwendigkeit einer glaubwürdigen Aussenpolitik betonte:

"Glaubwürdig sind wir dann, wenn wir eine konsequente Linie verfolgen. Diese besteht eben darin, dass man in Ländern, in die nach dem Buchstaben des Gesetzes zwar eine Waffenlieferung möglich wäre, nicht einfach mit Abstützung auf einen Gesetzestext Waffen liefert und auf der andern Seite Bestrebungen unternimmt, die dem zuwiderlaufen." (SR, S. 387; vgl. auch Hürlimann und Muheim, vorne S. 16)

b) Differenzierung nach der Art der Lieferung?

Angesichts dieses gesetzlich geforderten Konnexes zwischen Kriegsmateriallieferung und Beeinträchtigung aussenpolitischer Interessen und Bestrebungen der Schweiz stellt sich die Frage, ob die selbständige Anwendung von lit. b nur in Frage kommt, wenn die Lieferung wegen der Art und der Quantität des Materials direkt kausal für den befürchteten Schaden wäre. Die Frage ist differenziert zu beantworten:

- Gestützt auf Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG allein können Kriegsmateriallieferungen auf jeden Fall dann verweigert werden, wenn das exportierte Material von seiner Art her geeignet ist, für im Rahmen dieser Bestimmung relevante Menschenrechtsverletzungen oder gegen das humanitäre Völkerrecht verstossende Kriegsführung eingesetzt zu werden: In diesem Sinn wäre z.B. die Lieferung von Tränengas oder Maschinenpistolen an die Polizei eines stabilen, aber für seine Repression bekannten diktatorischen Regimes zu unterbinden.

- Die Anwendbarkeit von lit. b ist indessen nicht auf solche Arten von Kriegsmaterial beschränkt: Es ist denkbar, dass z.B. auch die Lieferung von Defensivwaffen an die Armee unter besonderen Bedingungen aussenpolitischen Bestrebungen der Schweiz widersprechen kann, weil sie z.B. das Prestige einer Regierung stärkt, welche im Zusammenhang mit menschenrechtspolitischen Interventionen an sich unter Druck gesetzt werden soll. Die Beeinträchtigung aussenpolitischer Bestrebungen der Schweiz und nicht die Art des gelieferten Materials ist nach dem klaren Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 lit. b die Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Dieser Auslegung entspricht auch die Praxis der Bundesbehörden: Tränengaslieferungen an die algerische Polizei sind 1987 in Hinblick auf den Westsahara-Konflikt nicht bewilligt worden, obwohl ein Einsatz im Wüstenkrieg nicht zur Diskussion stand: Das Gesetz erlaube nicht, je nach Verwendungsart des Kriegsmaterials Gesuche "anders oder grosszügiger" zu behandeln. Begründet wurde dies mit der Ueberlegung, andernfalls "hätten die Behörden eines Landes in dem gefährliche Spannungen bestehen die Möglichkeit, ihre Herrschaft zu verstärken." (Schreiben der Direktion der Eidg. Militärverwaltung vom 28. September 1987; enthalten in der Dokumentation des EMD z.H. der GPK vom 31. 1. 1989).

- Nicht entscheidend ist demgegenüber die Quantität des gelieferten Materials. In einem Entscheid vom 20. September 1976 hat der Bundesrat dazu ausgeführt:

"Il y a lieu de relever en premier lieu que le nombre des armes faisant l'objet d'une demande d'autorisation d'exportation ne joue aucun rôle; une autorisation doit être sollicitée et peut être refusée même s'il s'agit d'une seule arme répondant à la notion d'arme de guerre. De même il n'est pas possible d'examiner dans chaque cas particulier quel usage le destinataire des armes en question entend faire de celles-ci. Une autorisation doit donc être refusée dans tous les cas lorsqu'il s'agit de pays visés par l'interdiction de l'article 11, 2^e alinéa, lettres a et b." (VPB 41/1977, Nr. 20, S. 65)

Diese klare Entscheidung bedarf keiner weiteren Erläuterung.

- c) Bestrebungen zur Achtung der Menschenwürde
 - aa) Systematische Menschenrechtsverletzungen in Spannungsgebieten

Wann sind Bestrebungen der Schweiz zur Achtung der Menschenwürde betroffen? Unbestritten ist, dass diese Voraussetzung bei schweren und systematischen Menschenrechtsverletzungen in Spannungsgebieten erfüllt ist.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht zur schweizerischen Menschenrechtspolitik von 1982 ausgeführt, wende man den Begriff der "gefährlichen Spannung" gemäss lit. a

"zusammen mit dem Kriterium der Achtung der Menschenwürde an, so ist - nach dem Willen des Gesetzgebers - die Lieferung von Kriegsmaterial zu verbieten, wenn in einem Staat die Menschenrechte schwerwiegend und systematisch verletzt werden. Damit sind insbesondere Situationen gemeint, in denen, zum Beispiel durch Rassendiskriminierung, einem Teil der Bevölkerung offenkundig ihm zukommende Rechte verwehrt werden." (BB1 1982 II 771)

Das Kriterium der schwerwiegenden und systematischen Menschenrechtsverletzung verlangt, dass die Menschenrechtsver-

letzungen in einem Staat erstens besonders gewichtige Menschenrechte (Recht auf Leben, Folterverbot, Verbot willkürlicher Inhaftierung, Glaubens- und Gewissensfreiheit etc., nicht aber vergleichsweise weniger wichtige Verfahrensgarantien) stark betreffen und dass zweitens diese schweren Menschenrechtsverletzungen nicht nur Einzelfälle betreffen, sondern weitverbreitet sind und einem regelmässigen Muster folgen (vgl. Dürst, S. 132; mit Hinweis auf Gnägi, Amtl.Bull NR 1973, S. 226).

bb) Systematische Menschenrechtsverletzungen ausserhalb von Spannungsgebieten

Das Kriterium der schweren und systematischen Menschenrechtsverletzungen wird häufig auf Staaten zutreffen, in welchen gefährliche innere Spannungen herrschen. Systematische Repression kann die Antwort auf Unruhen sein, welche Ordnung und Sicherheit eines Staates gefährden, ihrerseits aber auch Spannungen auslösen, wenn sich die Unterdrückten zur Wehr setzen.

Es ist nun aber ohne weiteres möglich, dass schwere und systematische Menschenrechtsverletzungen im oben umschriebenen Sinn in einem Staat vorkommen, der gemäss der Praxis nicht als Spannungsgebiet im Sinne von Art. 11 Abs. 2 lit. a KMG gilt. Dies trifft auf sehr stabile, aber repressive Regimes zu, welchen es gelungen ist, ihre Opponenten derart unter Kontrolle zu bringen, dass interne Spannungen nicht mehr möglich sind, sowie auf an sich stabile und relativ freiheitliche Staaten, welche aber eine ethnische Minderheit massiv und systematisch unterdrücken, ohne dass es deswegen zu bürgerkriegsähnlichen Zuständen kommt.

Für die Beurteilung solcher Situationen gibt es Parallelen und Anhaltspunkte im Völkerrecht: Im Verfahren nach Resolu-

tion 1503 (XLVIII/1970) des ECOSOC kann die UNO-Menschenrechtskommission unter Ausschluss der Öffentlichkeit Staaten verhandlungsweise zur Rechenschaft ziehen, falls ihr glaubwürdige Informationen vorliegen, dass im betreffenden Land ein "consistent pattern of gross ... violations of human rights" herrsche. Während dieses Verfahren in den Anfangsjahren in der Auswahl von betroffenen Staaten stark von politischen Erwägungen geprägt war, ist es, wie etwa die Anwendung auf Afghanistan, Albanien und die DDR oder auf Iran und Irak zeigt, seit den frühen achtziger Jahren viel ausgewogener geworden. Die Einstufung der Menschenrechtssituation als besonders ernsthaft durch die UN-Menschenrechtskommission ist für unsere Behörden zwar nicht bindend; sie kann aber ein Indiz für die mögliche Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG bilden. Zumindest dann, wenn ein Land während mehreren Jahren auf der Liste der Staaten steht, die dem Verfahren nach Resolution 1503 unterworfen werden, sollte deshalb m.E. die Frage ernsthaft geprüft werden, ob nicht die Voraussetzungen der "Menschenrechtsklausel" des KMG erfüllt sind. Dass einer solchen Prüfung praktische Bedeutung zukommen könnte, zeigen folgende Beispiele: Argentinien (1980 - 1982 dem 1503-Verfahren unterworfen), Pakistan (1985 - 1987) und die Türkei (1983 - 1986) sind Ländern, in welche die Schweiz während mehreren Jahren Kriegsmaterialexporte bewilligt hat, obwohl sie in den entsprechenden Zeiträumen dem 1503-Verfahren unterworfen waren (zum Verfahren nach Resolution 1503 im allgemeinen siehe Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984, S. 832ff; Amnesty international, Der internationale Menschenrechtsschutz, Frankfurt am Main 1981, S. 99ff).

Ein weiteres praktisch verwendbares Indiz könnte die Zulässigerklärung einer Staatenbeschwerde durch die Europäische Kommission für Menschenrechte im Verfahren gemäss Art. 24 EMRK bilden: Sie setzt in den Fällen, in welchen der innerstaatliche Instanzenzug nicht erschöpft worden ist, voraus, dass die behaupteten konventionswidrigen Massnahmen nicht

isolierte Einzelfälle darstellen, sondern eine eigentliche "Verwaltungspraxis" bilden (vgl. Frowein/Peukert; Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl/Strassburg/Arlington 1985, S. 354; H.-H. Lindemann, Die Zulässigkeitsentscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission im Fall der Staatenbeschwerden Frankreichs, Norwegens, Dänemarks, Schwedens und der Niederlande gegen die Türkei vom 6. Dezember 1983, ZaöRV 1984, S. 348; Zulässigkeitsentscheidung der Kommission, ZaöRV 1984, S. 354 Ziff. 19). Betrifft - wie im Fall der Türkei - die Staatenbeschwerde besonders wichtige Grundrechte (z.B. Folterverbot) und bejaht die Kommission, dass prima facie eine Verwaltungspraxis vorliegt, bestehen ebenfalls sehr gewichtige objektive Anzeichen für das Vorliegen schwerer und systematischer Menschenrechtsverletzungen, die bei der Anwendung von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG auch dann zu berücksichtigen sind, wenn das betreffende Land nicht als Spannungsgebiet einzustufen ist.

In Ausnahmefällen sind schliesslich Konstellationen denkbar, in welchen eine Kriegsmaterialausfuhr menschenrechtspolitische Bestrebungen der Schweiz beeinträchtigen können, obwohl im betreffenden Land Menschenrechtsverletzungen nicht schwer und systematisch sind (z.B. Intervention zugunsten einer kleinen Gruppe). In solchen Fällen muss aber immer ein direkter Konnex zwischen geliefertem Material und dem konkreten menschenrechtspolitischen Anliegen der Schweiz gegeben sein, damit von der Beeinträchtigung schweizerischer Bestrebungen zum Schutze der Menschenwürde gesprochen werden kann (z.B. Lieferung von Tränengas an die Polizei, welche gegen friedliche Demonstrationen der betreffenden Gruppe vorgegangen ist).

cc) Schlussfolgerung

Dem Bundesrat kommt bei der Auslegung der Menschenwürdeklausel ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Seine heutige restriktive Praxis der Ablehnung einer selbständigen Bedeu-

tung entspricht nicht dem Sinn und Geist des Gesetzes. Die Anwendung von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG auf Fälle schwerer und systematischer Verletzung von Menschenrechten in Staaten, die nicht als Spannungsgebiete einzustufen sind, ist sachlich geboten. Sie würde überdies dem Konzept des Bundesrates im Bereich der Menschenrechtspolitik besser entsprechen:

Danach ist die Einhaltung der Menschenrechte eine unabdingbare Voraussetzung für Frieden und Entspannung (Menschenrechtsbericht BB1 1982 II 752; vgl. auch W. Kälin, Die Menschenrechtspolitik der Schweiz, in: Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaft, Aussenpolitik, Bern 1989, S. 187f mit weiteren Hinweisen). Schweizerischer Einsatz für die Menschenrechte dient in dieser Sicht langfristig der Erhaltung unserer Unabhängigkeit. Diese Haltung reflektiert die geschichtliche Erfahrung, dass Staaten, die im Innern die Menschenwürde systematisch missachten, sich nach Aussen häufig aggressiv verhalten; Aufstände gegen Unterdrückung im Innern haben sich schon oft zu internationalen Konflikten ausgeweitet. Die schweizerische Menschenrechtspolitik steht deshalb im Zusammenhang mit einer richtig verstandenen Sicherheitspolitik: Der Bundesrat hat gemäss Art. 102 Ziff. 8 BV die Interessen unseres Landes nach Aussen zu wahren; gemäss Ziff. 9 der gleichen Bestimmung i.V. mit Art. 2 BV hat er für die äussere Sicherheit und die Behauptung der Unabhängigkeit der Schweiz zu sorgen; diese Aufgabe anerkennt er als eine seiner "obersten verfassungsrechtlichen Verpflichtungen" (Richtlinien zur Regierungspolitik für 1968 - 1971, BB1 1968 I 1207f). Sie beinhaltet die Pflicht, "alle zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Massnahmen zu treffen" (Bericht der Expertenkommission, BB1 1971 I 1607). Geht man von der anerkannten Verbindung zwischen Menschenrechtsverletzungen und Friedensgefährdung aus, erscheint es sachlich geboten, beim Vorliegen schwerer und systematischer Menschenrechtsverletzungen schon im Vorfeld gefährlicher Spannungen und Konflikte Kriegsmateriallieferungen zu unterlassen.

d) Bestrebungen in anderen Bereichen

In der Praxis dürfte sich die Frage nach der selbständigen Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG in erster Linie für die Menschenwürde-Klausel stellen. Die Beeinträchtigung schweizerischer Interessen "insbesondere ... im Bereich der humanitären Hilfe oder der Entwicklungshilfe" dürfte in der Regel im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten oder gefährlichen Spannungen i.S. von lit. a erfolgen (z.B. Betreuung von Kriegsopfern oder Flüchtlingen aus Bürgerkriegsgebieten; Zerstörung von schweizerisch mitfinanzierten Entwicklungsprojekten im Laufe von Kampfhandlungen oder durch Anschläge, etc.).

Bezüglich der Entwicklungshilfe-Klausel steht aufgrund von Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes zudem fest, dass der Entwicklungsstand eines Landes für sich allein kein Grund sein kann, eine Kriegsmateriallieferung zu unterbinden.

Trotzdem ist auch hier die Situation denkbar, dass Kriegsmateriallieferungen aussenpolitische Bestrebungen zu beeinträchtigen vermögen, weil sie die Erfolgchancen schweizerischer Bemühungen gefährden, obwohl die Lieferung nicht für ein Kriegs- oder Spannungsgebiet bestimmt ist. Einige hypothetische Beispiele sollen dies illustrieren:

- Die Erfolgchancen eines Entwicklungsprojektes der Schweiz zugunsten einer Minorität wird geschwächt, weil die Empfänger der Hilfe die Lieferung als Stärkung der ihnen feindlich gesinnten Regierung empfindet und deshalb aus Misstrauen gegenüber den Vertretern der Schweiz nicht mehr kooperationswillig sind.
- Die Schweiz hat mit einem kleinen, überschuldeten Entwicklungsland ein Umschuldungsabkommen geschlossen und neue Kredite für miteinander ausgehandelte grosse Entwicklungsvorhaben vereinbart. Der betreffende Staat nützt den ge-

wonnen finanziellen Spielraum, um seine Armee massiv zu modernisieren. Die Schweiz würde durch die Bewilligung von Exporten schweizerischer Hersteller ihre Verhandlungsposition schwächen, wenn auf den Vertragspartner Druck ausgeübt werden müsste, damit dieser mit den Waffenkäufen nicht die vereinbarten Entwicklungsvorhaben gefährdet oder durch eine neue Ueberschuldung den Rückfall in die frühere Situation beschleunigt.

- Die Schweiz setzt sich aktiv für die internationale Aechtung einer bestimmten grausamen Waffe ein, die heute noch nicht verboten ist. Diese Bestrebungen würden an Glaubwürdigkeit verlieren, wenn schweizerischen Herstellern erlaubt würde, genau diese Waffe weiterhin zu exportieren.
- Die Schweiz leistet gute Dienste für die Lösung eines Konfliktes zwischen zwei Staaten, in welchem der Einsatz von Waffen zwar nicht zur Diskussion steht, die Belieferung einer der beiden Parteien mit schweizerischem Kriegsmaterial von der anderen aber doch als Zeichen für mangelnde Unabhängigkeit der schweizerischen Vermittlungstätigkeit gedeutet werden könnte.

In all diesen und ähnlichen weiteren Fällen würden Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des Gesetzes es dem Bundesrat erlauben, Gesuche um die Bewilligung von Kriegsmaterial-exporten abzuweisen, obwohl im Bestellerstaat weder bewaffnete Konflikte noch sonstige gefährliche Spannungen herrschen.

4. Schlussfolgerungen

Fragen 1.3 und 1.4 lassen sich folgendermassen beantworten: Die Kriterien von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG sind oft zusammen mit lit. a anzuwenden. Darüber hinaus kommt ihnen aber selbständige Bedeutung zu, wenn eine Kriegsmateriallieferung

in ein Land mit schweren und systematischen Menschenrechtsverletzungen erfolgen soll, welches nicht als Spannungsbereich einzustufen ist, oder wenn eine Lieferung im konkreten Fall sonstwie aussenpolitische Bestrebungen der Schweiz beeinträchtigen würde.

Eine selbständige Anwendung von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG könnte zur Folge haben, dass Ausfuhren in einzelne Länder nicht mehr möglich wären, die heute bewilligt werden. Eine solche Praxisänderung wäre unter verfassungsrechtlichen Aspekten zulässig, obwohl sie die Interessen schweizerischer Exporteure beeinträchtigen könnte: Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichtes sind Praxisänderungen zulässig, wenn "sie sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen" können (BGE Ia 125 E. a; 111 Ia 162 E. 1a, 106 Ia 92, 105 Ib 61). Solche liegen v.a. angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers und der Gewichtigkeit, welche insbesondere die Menschenrechtspolitik in den letzten Jahren erlangt hat, im Fall von Art. 11 Abs. 2 lit. b KMG vor.

Hätte eine allfällige Praxisänderung zur Folge, dass in ein bisher beliefertes Land keine Lieferungen mehr gehen dürften, würden das Prinzip der Rechtssicherheit und der Grundsatz von Treu und Glauben verlangen, dass bisherigen Lieferanten erlaubt würde, bereits eingegangene vertragliche Verpflichtungen zu Ende zu führen (vgl. dazu VPB 49/1985, Nr. 10, S. 46ff betr. Wiedereinführung der Bewilligungspflicht für ein daraus entlassenes Produkt).

IV. FRAGE 1.5: BEWILLIGUNGSVERFAHREN

1. Vorbemerkung: Das Bewilligungsverfahren nach KMG und VKM

Frage 1.5 betrifft das Verfahren für die Erteilung von Ausfuhrbewilligungen. Bevor auf die verschiedenen Teilaspekte dieser Frage einzugehen ist, soll hier kurz der Verfahrensablauf dargestellt werden, wie er im Gesetz und in der Verordnung vorgesehen ist.

Die gesetzliche Regelung ist spärlich: Art. 12 bestimmt, dass "für die Erteilung der Ausfuhrbewilligungen gemäss den Artikeln 10 und 11 Absatz 2 der Bundesrat zuständig" ist. Für die übrigen Fälle gilt gemäss Art. 16, dass "Verfügungen des zuständigen Departements ... der Beschwerde an den Bundesrat" unterliegen. Art. 25 Abs. 2 KMG beauftragt schliesslich den Bundesrat mit dem Erlass der "nötigen Ausführungsvorschriften."

Gestützt darauf hat der Bundesrat in der Verordnung das Verfahren für die Erteilung von Ausfuhrbewilligungen folgendermassen geregelt:

Gemäss Art. 12 erteilt die Direktion der Eidgenössischen Militärverwaltung (DMV) - unter Vorbehalt von Art. 13 VKM - die Ausfuhrbewilligung.

Laut Art. 13 Abs. 1 VKM hat die DMV die entsprechenden Gesuche dem EDA zu unterbreiten. Das EDA kann "in Fällen von geringer Bedeutung" auf diese Konsultation "verzichten und für ihre Behandlung Weisungen erteilen."

Das EDA bestimmt gemäss Art. 13 Abs. 2 VKM "im Einzelfall, welche Ausfuhrbewilligungsgesuche dem Bundesrat nach Artikel 12 des Bundesgesetzes vorzulegen sind."

In jedem Fall behält sich der Bundesrat gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung "alle Grundsatzentscheide vor."

Das Verfahren kann gemäss dieser Regelung drei Formen annehmen:

- Im Normalfall entscheidet die DMV über das Ausfuhrgesuch, nachdem sie es dem EDA zur Stellungnahme unterbreitet hat. Mit Beschwerde kann ein allfällig negativer Entscheid beim EMD und letztinstanzlich beim Bundesrat angefochten werden.
- Im Ausnahmefall 1 legt die DMV das Gesuch dem EDA nicht vor, weil es gemäss den Weisungen des EDA als Fall "von geringer Bedeutung" einzustufen ist, sondern verfügt direkt. Auch hier entscheidet auf Beschwerde hin das EMD und anschliessend der Bundesrat als letzte Instanz.
- Im Ausnahmefall 2 legt die DMV das Gesuch dem EDA zur Stellungnahme vor. Dieses bestimmt, dass das Gesuch dem Bundesrat vorzulegen ist. Dieser entscheidet erst- und letztinstanzlich.

Statistisch zeigt ein aufgrund der Geschäftsberichte des Bundesrates erstellter Ueberblick, dass sich das Verhältnis zwischen dem Normalverfahren (mit Vorlage an das EDA) und dem Ausnahmefall 1 (Entscheide des DMV ohne Vorlage an das EDA) im Laufe der letzten Jahre stark verschoben hat: Während 1981 die DMV 55% der Gesuche mit einem Anteil von weniger als 1% des Wertes aller Gesuche (1982: 66% der Gesuche mit einem Wertanteil von 11%) in eigener Kompetenz entschied, stieg dieser Anteil 1986 auf 82% der Gesuche mit einem Wertanteil von 22% und 1987 auf 85% der Gesuche mit einem Wertanteil von ebenfalls 22%. Entsprechend sank die Zahl der Gesuche, die dem EDA unterbreitet wurde, von 45% der Gesuche mit nahezu 100% Wertanteil im Jahre 1981 (bzw. 34% der Gesuche mit 89% Wertanteil im Jahre 1982) auf 18% der Gesuche mit 78% Wertanteil im Jahre 1986 bzw. 15% der Gesuche mit ebenfalls 78% Wertanteil im Jahre 1987.

In der Periode 1981 - 1987 wurden dem Bundesrat total 10 Gesuche direkt unterbreitet (1981: 1 Gesuch; 1982: 0; 1983: 5; 1984: 2; 1985/1986: 0; 1987: 1) (vgl. Amnesty International, Menschenrechte und Waffenausfuhr, Bern 1988, Tabelle auf S. 52/53).

2. Zulässigkeit der Subdelegation von Entscheidungsbefugnissen an EDA und EMD (DMV)?

a) Fragestellung

Gemäss Frage 1.5 a. ist zu prüfen ist, ob "die weitgehende Subdelegation von Entscheidungen an das EMD (DMV) zulässig" sei, bzw. wie der "Verlust der vom EDA zu vertretenden Gesichtspunkte der gesetzlichen Regelung" im Lichte der "delegationsrechtlichen Grenzen der Subdelegation" zu beurteilen sei.

Diese Frage betrifft offensichtlich die Frage nach der Zulässigkeit der Regelung von Art. 13 Abs. 1 VKM, wonach das EDA in einer Weisung bestimmen kann, welche Gesuche die DMV in eigener Kompetenz ohne vorgängige Unterbreitung an das EDA entscheiden kann.

Diese Regelung wirft zwei Fragen auf:

- Ist es zulässig, das EDA von der Mitwirkung an Entscheiden über Ausfuhrbewilligungen zu entlasten? Oder ist jedes Gesuch dem EDA vorzulegen, weil es gemäss Art. 12 KMG verpflichtet ist, dem Bundesrat alle Entscheide über die Anwendung von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG zu unterbreiten und es dieser Pflicht nicht nachkommen kann, wenn es nicht von allen Gesuchen Kenntnis bekommt? (nachstehend lit. b).
- Falls es zulässig ist, das EDA von der Mitwirkung an gewissen Entscheiden zu entbinden: Muss der Bundesrat dies in der VKM selbst regeln, oder darf er dem EDA die Kompetenz übertragen, (mittels Weisung) selber zu bestimmen, welche Fälle ihm von der DMV nicht unterbreitet werden müssen? Diese Frage betrifft die Zulässigkeit der Uebertragung von Regelungsbefugnissen des Bundesrates an ein Departement (nachstehend lit. c).

b) Zulässigkeit der Entlastung des EDA bei der Prüfung von Ausfuhrgesuchen

aa) Problembereiche

Zu klären ist, ob es dem Bundesrat zusteht, auf Verordnungsebene vorzusehen, dass das EDA bei Fällen "geringer Bedeutung" am Bewilligungsverfahren nicht mitwirken muss. Dies ist eine Frage nach den Schranken der Verordnungskompetenz des Bundesrates.

Nach der bekannten Formel des Bundesgerichtes müssen sich auch bundesrätliche Verordnungen "in den Grenzen der gesetzlichen Delegation" halten (so der grundlegende BGE 92 I 433) und sie dürfen nicht "den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen sprengen" (BGE 103 Ib 139 E. 4a) bzw. "die ihm in der gesetzlichen Delegationsvorschrift gesetzten Grenzen der selbständigen Rechtsetzung" überschreiten (BGE 112 Ib 368 E. c).

Wie erwähnt, berechtigt Art. 25 Abs. 2 KMG den Bundesrat an sich, das Verfahren in umfassender Weise zu regeln. Diese Befugnis wird allerdings durch Art. 12 KMG beschränkt, welcher vorsieht, dass "für die Erteilung von Ausfuhrbewilligungen gemäss den Artikeln 10 und 11 Absatz 2 der Bundesrat zuständig" ist. Bei den Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG geht es um die Verweigerung von Bewilligungen, die "den Landesinteressen" (Art.10) oder spezifischen aussenpolitischen Bestrebungen der Schweiz (Art. 11 Abs.2 lit. b) zuwiderlaufen, oder welche Exporte in Konflikt- und Spannungsgebiete (Art. 11 Abs. 2 lit. a) betreffen. Der sprachlich nicht ganz geglückte Art. 12 KMG will dem Bundesrat offensichtlich nicht nur die "Erteilung" von Bewilligungen vorbehalten, die trotz dieser Bestimmungen erfolgen kann, sondern auch die Bewilligungsverweigerung gestützt auf Art. 10 und Art. 11 Abs. 2 KMG. Oder anders gesagt: Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Bundesrat grundsätzlich immer dann selber zu entscheiden, wenn die Anwendung von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG zu prüfen ist.

Die Rolle des EDA besteht im Verfahren gemäss der geltenden Regelung der VKM darin, die Kriterien von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG zu prüfen und sicherzustellen, dass sie in den Entscheidprozess Eingang finden. Die Ausschaltung des EDA in "Fällen geringer Bedeutung" bedeutet zwar nicht, dass diese Bestimmungen unbeachtet bleiben; auch die DMV hat sie zu berücksichtigen. Sie bewirkt aber, dass verfahrensrechtlich nicht mehr sichergestellt bleibt, dass das EDA dazu kommt, über die Vorlage solcher Fälle an den Bundesrat zu entscheiden; überdies verhindert sie, dass das spezifische Fachwissen des EDA im Einzelfall zur Geltung kommt. Damit wird die Gefahr geschaffen, dass den Kriterien von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG praktisch weniger Gewicht zukommt, als dies gesetzlich an sich vorgesehen ist. Wie der Bundesrat entschieden hat, kommt es bei der Anwendung dieser Bestimmungen nämlich nicht auf die Quantität und die Art des Kriegsmaterials an, sodass z.B. bereits schon der Export einer einzigen Handfeuerwaffe in ein Land zu untersagen ist, das ein Spannungsgebiet bildet (VPB 1977, Nr. 20, S. 64f).

Die Regelung von Art. 13 Abs. 1 VKM führt zu drei Problemereichen, die auseinandergehalten werden müssen, um die eingangs gestellte Frage beantworten zu können:

- Zuerst ist zu prüfen, ob Art. 12 KMG dem Bundesrat überhaupt Raum lässt, auf Verordnungsstufe vorzusehen, dass in gewissen Fällen nicht er selber, sondern das EDA erstinstanzlich über die Anwendung der Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG zu entscheiden hat (nachstehend bb).
- Soweit eine solche Freiheit im KMG nicht besteht, ist weiter zu prüfen, ob allenfalls das nach dem Inkrafttreten des KMG revidierte Verwaltungsorganisationsgesetz eine Aenderung gebracht hat, die dem Bundesrat die Uebertragung von ihm gesetzlich zugewiesenen Entscheidungsbefugnissen erlaubt (nachstehend cc).

- Soweit der Bundesrat sich von der (erstinstanzlichen) Prüfung von Art. 10 und 11 Abs. 1 KMG überhaupt entlasten darf, stellt sich die Frage, ob er die entsprechende Befugnis statt dem EMD dem DMV übertragen darf (nachstehend dd).

bb) Tragweite von Art. 12 KMG

Art. 12 KMG lautet:

"Für die Erteilung der Ausfuhrbewilligungen gemäss den Artikeln 10 und 11 Absatz 2 ist der Bundesrat zuständig."

Ob diese Zuständigkeit ausnahmslos gelten soll oder nicht, ist eine Frage der Auslegung dieser Norm. Der Wortlaut enthält keinen Hinweis auf Ausnahmen. Aus der Systematik des Gesetzes lassen sich ebenso wenig Schlüsse ziehen wie aus seiner allgemeinen Zielsetzung. Unter diesen Umständen kommt der Entstehungsgeschichte besondere Bedeutung zu:

Der Entwurf des Bundesrates sah keine Art. 12 KMG entsprechende Norm vor. Erst im Ständerat kam - nachdem ein Vorschlag gescheitert war, dem Bundesrat generell die Erteilung von Ausfuhrbewilligungen zu übertragen (SR, S. 380, 383) - im Zusammenhang mit der Beratung von Art. 11 KMG die Idee auf, im Fall von Exporten in Spannungsgebieten und anderen aussenpolitisch heiklen Geschäften dem Bundesrat die Verantwortung für die Entscheidung zu übertragen. Die Kommission hatte einen Abs. 4 vorgeschlagen, der sich systematisch auf den ganzen Art. 11 bezog (vgl. JAUSLIN, S. SR 387) und lautete: "Zuständig ist der Bundesrat."

Zur Tragweite dieser Ergänzung ist v.a. ein Votum von Bundesrat GNÄGI bedeutsam:

"Zum formellen Teil [von Art. 11]: ... Zuständig ist der Bundesrat, und diese Zuständigkeit kann er nicht abtreten, wenn Sie das in das Gesetz nehmen. ... Die einzige Ausnah-

me ist das 'in der Regel' beim Absatz 1 von Artikel 11, so dass der Bundesrat jedenfalls nicht jede Einzelpistole bewilligen und man nicht mit einem Geschäft vor den Bundesrat gehen muss wegen einer Pistole oder einem Karabiner 31. Hier müssen nur die Geschäfte vor den Bundesrat kommen, die von wirklicher Bedeutung sind." (SR, S. 389; Hervorhebung durch den Autor)

Diesen Ausführungen wurde nicht opponiert. Wie bereits erwähnt, wurde Art. 11 an die Kommission zurückgewiesen (SR, S. 390). Die überarbeitete Fassung erbrachte den heutigen Art. 12, welcher sich im Bereich von Art. 11 nur noch auf Abs. 2 bezog. Darüber wurde nur noch wenig debattiert. JAUSLIN meinte, diese Bestimmung regle "die Zuständigkeit des Bundesrates eindeutig" (SR, S. 407) und WEBER bezeichnete sie als "eine gute Kompromisslösung" (SR, S. 407). Bundesrat GNÄGI stellte "in aller Form fest, dass ... in formeller Hinsicht jedenfalls der Bundesrat mit diesen Geschäften vermehrt konfrontiert ist" (SR, S. 408). Der Vorschlag wurde einstimmig angenommen.

Im Nationalrat war der der Vorschlag des Ständerates für den heutigen Artikel 12 unbestritten. Der Berichterstatter der Kommission, DÜRRENMATT führte aus:

"Der Ständerat hat einen neuen Artikel ... hinzugefügt, der die Erteilung der Ausfuhrbewilligungen dem gesamten Bundesrat überträgt. Der Bundesrat wird die Verantwortung als Kollegium übernehmen müssen." (SR, S. 1003)

Dies wurde in der Debatte nicht bestritten. Einzig Bundesrat GNÄGI äusserte sich zur Tragweite dieser Bestimmung:

"Die formelle Erschwerung besteht darin, dass ... für die Erteilung der Ausfuhrbewilligung gemäss Artikel 10 und Artikel 11 Absatz 2 der Bundesrat zuständig ist. Wenn das im Gesetz festgelegt ist, darf keine Delegation vorgenommen werden. Bis heute war es so, dass sich der Bundesrat nur zu grundsätzlichen Fragen der Ausfuhr geäussert hat. Eine materielle Behandlung von Einzelfragen war ihm nicht übertragen. Mit dieser Fassung wird sich in Zukunft der Bundesrat selbst mit den Geschäften der Artikel 10 und 11 befassen müssen. Ich möchte noch einmal unterstreichen: Es geht immer um die Beurteilung eines konkreten Gesuches." (NR, S. 1006; Hervorhebungen durch den Autor)

Unklar blieb in der Debatte, ob die Zuständigkeit des Bundesrates im Bereich von Art. 10 und 11 Abs. 2 absolut gelten soll, oder ob Ausnahmen für Bagatellfälle vorgenommen werden dürfen. Bundesrat Gnägi bejahte im Zusammenhang mit der ständerätlichen Diskussion um einen Art. 11 Abs. 4 KMG eine solche Ausnahme für Bagatellfälle mit dem bereits zitierten Argument, Art. 11 Abs. 1 KMG gelte nur "in der Regel" (SR, S. 389). Dieses Argument besitzt keine Gültigkeit mehr, seit sich Art. 12 KMG nur noch auf Art. 11 Abs. 2 bezieht. Trotzdem dürfte es nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, Art. 12 KMG in dem Sinn absolute Geltung zuzuschreiben, dass der Bundesrat jeden Bagatellfall selber behandeln müsste. Im Rahmen der Diskussion von Art. 9 (Ausfuhrbewilligungen im Allgemeinen) hat der Ständerat den Antrag, den Bundesrat für jede Bewilligungserteilung zwingend für zuständig zu erklären (Antrag Minderheit, SR, S. 380), klar mit dem Argument abgelehnt, dadurch würde der Bundesrat zu stark belastet. Nachdem Bundesrat Gnägi Bagatellgeschäfte von Art. 11 Abs. 4 KMG ebenfalls ausnehmen wollte und angesichts der Tatsache, dass Art. 12 ohne weitere Diskussion angenommen wurde, existieren keine genügenden Indizien für die Annahme, die Räte hätten Art. 12 KMG eine absolute Geltung beimessen und im Rahmen dieser Bestimmung etwas akzeptieren wollen, was vom Nationalrat nie gefordert worden war und der Ständerat bei Art. 9 KMG ausdrücklich abgelehnt hatte.

Der Entstehungsgeschichte von Art. 12 KMG lässt sich somit folgendes entnehmen:

- Die Räte wollten im Bereich der Anwendung von Art. 10 und Art. 11 Abs. 2 KMG den Bundesrat nicht nur für Grundsatzfragen, sondern für den Regelfall für zuständig erklären;
- Man war sich bewusst, dass mit dieser klaren gesetzlichen Kompetenzzuweisung eine Verbot verknüpft war, die entsprechenden Entscheide an eine untergeordnete Behörde zu delegieren.

- Ausgenommen vom Zuständigkeitsbereich des Bundesrates sollten Bagatellfälle bleiben; deren erstinstanzliche Behandlung darf also im Rahmen der bundesrätlichen Befugnis, das Verfahren zu regeln, an untergeordnete Organe übertragen werden.

Es sei hier der Hinweis erlaubt, dass die heutige Vorlagepraxis an den Bundesrat sich von den Ausführung Bundesrat Gnägi's weit entfernt hat. In der Periode 1981 - 1987 hat das EDA von 7'271 ihm unterbreiteten Geschäften mit einem Gesamtwert von 4.94 Mia Franken dem Bundesrat nur gerade 10 Gesuche im Gesamtbetrag von 530 Mio Franken vorgelegt (vgl. die aufgrund der Geschäftsberichte des Bundesrates erarbeitete Zusammenstellung in Amnesty International, S. 52/53). Die Vorlagepraxis entspricht offenkundig nicht dem, was der Gesetzgeber wollte. Da dem Gutachter eine entsprechende Frage nicht gestellt worden ist, soll dieser Problembereich hier nicht weiter geprüft werden.

cc) Keine Aenderung durch die Revision des Verwaltungsorganisationsgesetzes

Unter Vorbehalt von Bagatellfällen weist Art. 12 KMG den Entscheid über Ausfuhrbewilligungen somit klar immer dann dem Bundesrat zu, wenn sich ernsthaft die Frage stellt, ob gestützt auf Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG die Bewilligung zu verweigern ist.

Es ist heute anerkannt, dass Verwaltungsbefugnisse "von der nach allgemeiner Regel zuständigen Behörde nicht übertragen werden können" (Imboden/Rhinow, S. 1045f mit Hinweisen auf die Praxis), Behörden mit anderen Worten einem "allgemeinen administrativen Delegationsverbot" (dies., S. 1046) unterstehen. Gesetzliche Zuständigkeitsordnungen sind zwingender Natur (Gygi 89; BGE 106 II 110, 99 Ia 322, 98 Ib 41). Sie sind, wie GYGI (S. 67) schreibt,

"stets als Obliegenheiten einem Amt zur pflichtgemässen Besorgung aufgegeben. Sie dürfen daher von diesem nicht von sich aus weitergegeben werden."

Dies gilt auch für den Bundesrat. Zwar kann er gemäss Art. 61 VwOG auf dem Verordnungsweg die Organisation und die Aufgaben der Departemente, Aemter und Gruppen regeln. Gemäss Art. 5 VwOG nimmt der Bundesrat aber "selbst Verwaltungshandlungen ... vor, soweit Rechtssätze ... es ihm auferlegen." Das VwOG ist an sich vom Bestreben geprägt, den Bundesrat möglichst von Verwaltungshandlungen zu entlasten und ihn für Leitungsaufgaben freizustellen (Botschaft vom 12. Februar 1975; BB1 1975 I 1521); diese Bestimmung trägt aber "dem Umstand Rechnung, dass gewisse Gesetze Verwaltungshandlungen des Bundesrates vorsehen (z.B. Erteilung von Bewilligungen)" (Furrer, S. 38). Das VwOG sieht (e contrario) in Art. 7 Abs. 5 zudem die Möglichkeit zur Uebertragung von Befugnissen des Bundesrates ohne gesetzliche Ermächtigung an die Departemente nur für den Bereich der Rechtsetzung vor. All das hat zur Folge, dass der Bundesrat Entscheidungsbefugnisse, welche der Gesetzgeber spezialgesetzlich **ausdrücklich** ihm als Kollegialbehörde zuweist, nicht nach unten delegieren darf; wie GYGI (S. 67) zutreffend schreibt, bedarf

"die Delegation von Amtsfunktionen ... einer Ermächtigung in der mindestens gleichwertigen Form, in der die Zuständigkeit des Organs begründet worden ist."

Für den Bereich von Art. 12 KMG ist eine solche Ermächtigung weder im KMG noch im VwOG gegeben.

dd) Beurteilung von Art. 13 Abs. 1 VKM

Art. 13 Abs. 2 VKM sieht vor, dass das EDA zu prüfen hat, welche Gesuche für Ausfuhrbewilligungen dem Bundesrat nach Art. 12 KMG vorgelegt werden sollen: Dem EDA kommt gemäss dem Konzept der Verordnung, wenn man sie im Lichte von Art. 12 KMG auslegt, die Aufgabe zu, zu prüfen,

- bei welchen Gesuchen sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG stellt, und

- unter diesen Gesuchen jene auszuwählen, welche dem Bundesrat zum Entscheid zu unterbreiten sind. Dabei hat es sich vom Entscheid des Gesetzgebers leiten zu lassen, dass alle wichtigen Entscheide in Anwendung von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG vom Bundesrat zu fällen sind, nicht aber blosse Bagatellfälle.

Wie ist angesichts dieser Regelung die Möglichkeit von Art. 13 Abs. 1 VKM zu beurteilen, dass die DMV ermächtigt werden kann, gewisse "Fälle von geringer Bedeutung" direkt in eigener Kompetenz zu erledigen?

Unter dem Aspekt der Vorlage an den Bundesrat erscheint es wenig problematisch, wenn das EDA im voraus Fallkategorien umschreibt, die es als Bagatellfälle behandelt und deshalb nicht dem Bundesrat unterbreiten wird. Insofern ist die Weisungsbefugnis des EDA in "Fällen von geringer Bedeutung", d.h. Bagatellfällen die DMV für allein zuständig zu erklären, nicht zu beanstanden.

Etwas anders sieht es für den Aspekt der Berücksichtigung von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG auch bei Fällen von geringer Bedeutung aus: Der Bagatellcharakter eines Gesuches erlaubt einen Verzicht auf die Anwendung dieser Bestimmungen nicht. So ist z.B. die Lieferung von Waffen in Spannungsgebiete, wie der Bundesrat zu recht entschieden hat (VPB 1977, Nr. 20, S. 64f), auch für einzelne Waffen zu untersagen. Eine Pflicht zur eingehenden Prüfung besteht ungeachtet der Grösse der Lieferung immer, wo die Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG betroffen sein könnten. Die Sachkompetenz zu dieser Prüfung liegt beim EDA, nicht bei der DMV. Es wäre deshalb nicht im Sinne der gesetzlichen Ordnung, wenn die Weisung vorsehen würde, dass Lieferungen geringer Bedeutung auch dann von der DMV in eigener Kompetenz entschieden werden können, wenn sie in Länder gemäss Art. 11 Abs. 2 KMG gehen oder wenn sie im Sinne von Art. 10 KMG aussenpolitisch problematisch erscheinen.

Schliesslich ist auf den verfahrensrechtlichen Aspekt von Art. 13 Abs. 3 VKM hinzuweisen, wonach sich der Bundesrat "alle Grundsatzentscheide" vorenthält. Wie hinten (Ziff. 3) darzulegen sein wird, erfasst diese Bestimmung nicht nur Grundsatzentscheide im Bereich der Anwendung von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG, sondern beispielsweise auch Grundsatzentscheide im Bereich des Kriegsmaterialbegriffs. Das EDA hat über diese Fragen nicht zu befinden, aber nach der zwingenden Verfahrensordnung von Art. 13 Abs. 2 VKM ist nicht das EMD, sondern das EDA befugt, zu entscheiden, welche Gesuche dem Bundesrat vorzulegen sind. Gesuche, welche nach Meinung der DMV einen Grundsatzentscheid zum Kriegsmaterialbegriff erfordern, sind deshalb dem EDA zur Vorlage an den Bundesrat zu unterbreiten. Es ist denkbar, dass sich auch bei kleinen Lieferungen solche Grundsatzfragen stellen, z.B. wenn es um die erstmalige Beurteilung eines Produktes geht, das später in grösseren Mengen exportiert werden soll. Die Begrenzung der Vorlagepflicht darf also nicht soweit gehen, dass es dem EDA verunmöglicht wird, dem Bundesrat Grundsatzentscheide im Sinne von Art. 13 Abs. 3 VKM vorzulegen.

Es erweist sich somit, dass der Ausschluss des EDA vom Bewilligungsverfahren in Fällen von geringer Bedeutung zulässig ist, ausser bei Gesuchen,

- für welche sich die Anwendbarkeit von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG ernsthaft stellt, bzw.
- welche Grundsatzfragen gemäss Art. 13 Abs. 2 VKM aufwerfen.

Bevor zu prüfen ist, ob die aktuelle Weisung des EDA diesen Anforderungen entspricht, muss im folgenden untersucht werden, ob die Kompetenz der DMV zur selbständigen Behandlung gewisser Gesuche überhaupt mittels Weisung umschrieben werden darf, oder ob dies hätte auf Verordnungsstufe geschehen müssen.

c) Zulässigkeit der Subdelegation der Kompetenz zur
Regelung des Verfahrens

Art. 13 Abs. 1 VKM ermächtigt das EDA, mit einer Weisung zu bestimmen, welche Gesuche um eine Ausfuhrbewilligung ihm von der DMV nicht zu unterbreiten sind. Die gestützt darauf erlassene Weisung hat den Charakter von organisationsrechtlichen Normen: Sie legt in allgemeiner Weise fest, welches die ausschliesslichen Kompetenzen der DMV sind, und wo diese nur zusammen mit dem EDA handeln kann. Im Grunde genommen hat hier der Bundesrat seine ihm gemäss Art. 25 Abs. 2 KMG zukommende Kompetenz zur Regelung des Verfahrens in einer Teilfrage an das EDA weiterdelegiert, ohne dazu gesetzlich ermächtigt zu sein. Obwohl das EDA nicht zum Erlass einer Verordnung ermächtigt worden ist, sondern nur eine Weisung erlassen darf, rechtfertigt es sich hier, diesen Fall als Subdelegation von Rechtssetzungsbefugnissen zu behandeln. Angesichts der rein verwaltungsinternen Tragweite der Regelung macht es keinen Unterschied, ob sie in Verordnungs- oder Weisungsform ergeht.

Subdelegation von Rechtssetzungsbefugnissen bedeutet die Weiterübertragung von Kompetenzen, die ein Organ (hier der Bundesrat) durch Delegation zugewiesen bekommen hat, an ein ihm hierarchisch untergeordnetes anderes Organ (so z.B. Gygi, S. 81). Laut Art. 7 Abs. 5 des Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 19. September 1978 (VwOG) darf die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen an Dienstabteilungen der Departemente (Gruppen und Aemter) "nur übertragen werden, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss ausdrücklich dazu ermächtigt." Aus dieser Regelung haben Bundesgericht und Lehre e contrario den Schluss gezogen, dass der Bundesrat Rechtssetzungsbefugnisse, die ihm vom Gesetzgeber zugewiesen worden sind, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage an die Departemente subdelegiert werden darf. Der Bundesrat hätte zwar selber regeln können, welche Gesuche wegen ihres Bagatelcharakters auf jeden Fall

von der DMV selbständig erledigt werden dürfen. Dass er die Befugnis, die Kompetenzabgrenzung der DMV zu regeln, an das EDA übertragen hat, erweist sich somit als rechtlich zulässig.

d) Beurteilung der Weisung des EDA vom 13. Januar 1985

Es bleibt zu prüfen, wie die Weisung des EDA vom 13. Januar 1985 im Lichte der vorstehend erarbeiteten Grundsätze inhaltlich zu beurteilen ist.

Die Weisung bestimmt, dass die DMV Gesuche für Ausfuhrbewilligungen dem EDA nicht unterbreiten muss, wenn sie

- Lieferungen im Wert von weniger als Fr. 100'000 betreffen, welche für OECD-Länder bestimmt sind;
- maximal zwei Stück Waffen betreffen und keine Anzeichen für eine problematische Verwendung vorliegen;
- anonyme Serienprodukte im Wert bis Fr. 250'000 betreffen;
- chemische Produkte (Sprengstoff) bis 10 kg betreffen.

Die Weisung sieht also nicht vor, dass Lieferungen in bestimmte Länder oder Lieferungen bestimmter Kriegsmaterialien von der DMV immer in eigener Kompetenz bewilligt werden können, sondern trifft eine differenzierte Lösung, die folgendermassen zu beurteilen ist:

- Bei grösseren Lieferungen ist das Gesuch immer dem EDA zu unterbreiten, wie es durch Gesetz und Verordnung geboten ist. Damit bleibt sichergestellt, dass das EDA entscheiden kann, welche Fälle dem Bundesrat zum Entscheid gemäss Art. 12 KMG zu unterbreiten sind.
- Bei den Waffenlieferungen geringer Bedeutung besteht keine Vorlagepflicht bei Lieferungen in OECD-Staaten; bei Lieferungen in andere Gebiete entfällt die Vorlage nur, wenn die

Lieferung sehr klein ist (2 Stück) und keine Zweifel an der Zulässigkeit des Exports bestehen. Diese Regelung ist in ihren Grundzügen sicher zulässig; insbesondere kann im Regelfall davon ausgegangen werden, dass Lieferungen in OECD-Länder keine Schranken aus Art. 11 Abs. 2 KMG entgegenstehen. Problematisch erweist sich aber das Fehlen einer Vorlagepflicht bei Lieferungen in OECD-Staaten, wenn (wie etwa bei Grossbritannien während des Falklandkrieges oder bei der Türkei) sich die Frage der Anwendbarkeit von Art. 10 und 11 KMG ernsthaft stellt. Für diese Fälle sollte die Weisung eine Vorlagepflicht vorsehen, um dem Sinn der gesetzlichen Ordnung voll zu entsprechen.

- Ebenfalls problematisch ist es, bei den anonymen Serienprodukten und den chemischen Stoffen die Vorlagepflicht auch dann auszuschliessen, wenn die Lieferung unter den Aspekten von Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG Fragen aufwirft. Lieferungen in Spannungsgebiete z.B. sind gemäss Art. 11 Abs. 2 KMG für Kriegsmaterial jeglicher Art und jeglicher Menge zu untersagen und es ist ohne weiteres denkbar, dass zum Beispiel Landesinteressen der Schweiz gemäss Art. 10 KMG schwer betroffen wären, wenn eine auch nur kleine Menge schweizerischen Sprengstoffs für staatsterroristische Zwecke eingesetzt würde. Auch für diese Produkte sollte die Weisung für Zweifelsfälle eine Vorlagepflicht an das EDA vorsehen.
- Man könnte sich fragen, ob die Wertlimiten von Fr. 100'000 für Waffen und Fr. 250'000 für anonyme Serienprodukte als Fälle "von geringer Bedeutung" im Sinne von Art. 13 Abs. 1 VKM einzustufen sind. Dies kann angesichts der generell sehr hohen Preise für Rüstungsgüter m.E. bejaht werden. Diesbezüglich erscheint die Weisung als sachlich haltbare Konkretisierung des Begriffes "Fälle von geringer Bedeutung."

e) Schlussfolgerung

Es ist zulässig, in Art. 13 Abs. 2 VKM vorzusehen, dass die DMV Gesuche von geringer Bedeutung gemäss Weisung des EDA in eigener Kompetenz entscheiden kann.

Die Weisung des EDA vom 13. Januar 1985 entspricht in ihrer Grundstruktur den Anforderungen von Gesetz und Verordnung. Es drängt sich aber auf, die Vorlagepflicht in Zweifelsfällen nicht nur auf Lieferungen von bis zu 2 Stück Waffen in Länder ausserhalb der OECD zu beschränken, sondern in der Weisung für alle Kategorien generell vorzusehen: Auch bei Lieferungen von geringem Wert sollten Gesuche dem EDA unterbreitet werden müssen, wenn sich die Frage ernsthaft stellt, ob Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG anwendbar sind, bzw. ob der Entscheid Grundsatzcharakter im Sinne von Art. 13 Abs. 3 VKM aufweist.

3. Zulässigkeit der "Delegation nach oben"?

a) Direkte Vorlage an den Bundesrat

Frage 1.5 b wirft das Problem auf, ob sich "die weitgehende Umgehung von Beschwerderechten und Begründungspflichten in der heutigen Praxis" rechtfertigen lasse. Angesprochen ist damit wohl die Tatsache, dass dann, wenn ein Fall dem Bundesrat direkt zum Entscheid vorgelegt wird, dagegen keine Beschwerde mehr geführt werden kann und deshalb eine Begründung des Entscheides unterbleibt.

Angesichts der Tatsache, dass im Zeitraum 1981 - 1987 dem Bundesrat bloss 10 Fälle direkt zum Entscheid unterbreitet worden sind, fällt es schwer, in der heutigen Praxis eine "weitgehende Umgehung" von Beschwerderechten und Begründungspflichten zu erblicken. Die aufgeworfene Frage soll deshalb hier nur kurz zu behandelt werden:

Wie IMBODEN/RHINOW (S. 1046) zutreffend ausführen, folgt "aus dem allgemeinen administrativen Delegationsverbot", dass "eine untere Instanz den von ihr zu treffenden Entscheidung nicht der Aufsichtsbehörde übertragen" darf; "durch eine solche Abwälzung der Verantwortung würde der Bürger im Rechtsweg verkürzt."

Daraus folgt nicht, dass es wegen Beschwerderecht und Begründungspflicht unzulässig wäre, mit Rechtssatz dem Bundesrat die erstinstanzliche Behandlung gewisser Geschäfte zuzuweisen. Im Gegenteil: Art. 5 VwOG ermächtigt den Bundesrat ausdrücklich zu Verwaltungshandlungen, "soweit Rechtssätze oder pflichtgemässes Ermessen es ihm auferlegen." Gemäss Art. 61 Abs. 2 i.V. mit Abs. 2 VwOG kann der Bundesrat in Verordnungsform die Geschäfte bestimmen, "deren Erledigung er sich selbst ... vorbehält." Soweit dafür eine Grundlage in Gesetz oder Verordnung besteht, können somit Geschäfte in Abweichung von der üblichen Zuständigkeitsordnung direkt vom Bundesrat entschieden werden, ohne dass dadurch Rechte der Bürger auf Einhaltung der Zuständigkeitsordnung verletzt werden.

Im Bereich der Anwendung des KMG besteht eine gesetzliche Grundlage für eine solche Abweichung vom Normalverfahren in Art. 12 KMG für Entscheide in Anwendung der Art. 10 und 11 Abs. 2 KMG. Darüber hinaus hat sich der Bundesrat in Art. 13 Abs. 3 VKM "alle Grundsatzentscheide" vorbehalten: Diese Bestimmung kann nach Wortlaut ("alle") und Systematik (Art. 13 Abs. 2 VKM regelt bereits die Vorlage an den Bundesrat gemäss Art. 12 KMG) nur bedeuten, dass der Bundesrat hier in Ausübung seiner Kompetenz gemäss Art. 61 Abs. 2 VwOG festgelegt hat, er wolle Grundsatzentscheide jeglicher Art (z.B. auch im Zusammenhang mit der Anwendung des Kriegsmaterialbegriffs) selber entscheiden.

Soweit es sich um Grundsatzentscheide handelt, darf demnach unter Abweichung von der normalen Verfahrensordnung ein Fall

dem Bundesrat direkt zum Entscheid vorgelegt werden, ohne dass Rechte des Gesuchstellers verletzt werden. Unzulässig ist demgegenüber die Vorlage aus anderen Gründen (z.B. das Bedürfnis, angesichts einer drohenden Beschwerde Zeit zu sparen oder das Bestreben, gewisse Entscheidungsgründe nicht bekannt zu geben).

Vorbehältlich des Falles von Art. 47 Abs. 2 VwVG unzulässig wäre es, ohne Zustimmung des Beschwerdeführers eine an das EMD gerichtete Beschwerde direkt dem Bundesrat vorzulegen. Für einen solchen Sprungrekurs fehlt die gesetzliche Grundlage. Sprungrekluse sind "bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage ausnahmsweise ... zulässig, wenn (kumulativ) 'äusserst gewichtige Gründe dafür sprechen', kein Verbot entgegensteht und das Einverständnis der betroffenen Parteien und der übergangenen Instanz vorliegt" (Imboden/Rhinow, S. 1046 in Zusammenfassung von BLVGr 1970, S. 6f).

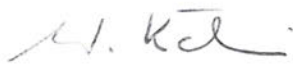
b) Begründungspflicht

Entscheide, die der Bundesrat in Anwendung des KMG trifft, scheinen offenbar nicht begründet zu werden. Soweit dafür nicht ein Verzicht des Gesuchstellers gemäss Art. 35 Abs. 3 VwVG vorliegt, widerspräche eine solche Praxis der Begründungspflicht von Art. 35 Abs. 1 VwVG. Diese Bestimmung findet gemäss Art. 78 Abs. 3 VwVG auch auf Fälle Anwendung, die der Bundesrat als erste und einzige Instanz entscheidet.

4. Fehlende Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe

Es kann hier auf die allgemeinen Ausführungen zu Frage 1.2 (vorne S. Ziff. II.2) verwiesen werden.

Bern, 7. März 1988


Prof. Dr. Walter Kälin