

# **BVGer A-788/2014 vom 16. Dezember 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-788\\_2014\\_d20141216](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-788_2014_d20141216)

FR: TAF A-788/2014 du 16 décembre 2014

IT: TAF A-788/2014 del 16 dicembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

#### **E. 1.1**

Das Vorliegen einer Verfügung bzw. eines verwaltungsinternen Beschwerdeentscheids ist Sachurteilsvoraussetzung für ein Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Liegt keine Verfügung vor oder ist eine solche ausnahmsweise nichtig, existiert kein Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.6). Lediglich in besonderen Verfahren, wie bei Streitigkeiten über Empfehlungen des EDÖB im Privatrechtsbereich nach Art. 29 Abs. 4 DSG, urteilt das Bundesverwaltungsgericht auf Klage als erste Instanz. Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG) oder die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren (Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG) zum Gegenstand haben. Als Verfügungen gelten somit individuelle, an einen Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch die eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 854 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 16 ff.). Für das Vorliegen einer Verfügung ist dabei nicht massgebend, ob sie als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 29 Rz. 3; Felix Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar zum VwVG*, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 5 N 17, 116).

#### **E. 1.2**

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 lehnte es die EFK teilweise ab, der Empfehlung des EDÖB nachzukommen. Eine die formellen Merkmale erfüllende, als solche bezeichnete und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Verfügung (vgl. Art. 35 VwVG) liegt damit

nicht vor. Fraglich erscheint allerdings, ob dieses Schreiben materiell die Voraussetzungen einer Verfügung erfüllt. Dabei ist an dieser Stelle auf die Besonderheiten des vorliegenden Falls Rücksicht zu nehmen: Einerseits ist vorliegend die EFK, das oberste Finanzaufsichtsorgan des Bundes, betroffen. Als oberstes Finanzaufsichtsorgan ist die EFK in ihrer Prüfungstätigkeit nur der Bundesverfassung und dem Gesetz verpflichtet (Art. 1 Abs. 1 des Finanzkontrollgesetzes vom 28. Juni 1967 [FKG, SR 614.0]). Im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften ist sie selbständig und unabhängig (Art. 1 Abs. 2 FKG). Administrativ ist sie zwar dem EFD beigeordnet (Art. 1 Abs. 3 FKG), jedoch von diesem unabhängig (vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 22. Juni 1998 betreffend die Revision des FKG, Bundesblatt [BBl] 1998 4703, 4718). Andererseits handelt es sich um ein Aufsichtsverfahren nach Art. 27 DSG. Gemäss Art. 27 Abs. 1 DSG kommt dem EDÖB die Überwachung der Einhaltung des DSG und der übrigen Datenschutzvorschriften des Bundes durch die Bundesorgane zu. Der Beauftragte klärt von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher ab (Art. 27 Abs. 2 DSG). Ergibt die Abklärung, dass Datenschutzvorschriften verletzt werden, empfiehlt er dem verantwortlichen Bundesorgan, das Bearbeiten zu ändern oder zu unterlassen. Er orientiert das zuständige Departement oder die Bundeskanzlei über seine Empfehlung (Art. 27 Abs. 4 DSG). Wird eine Empfehlung nicht befolgt oder abgelehnt, kann er die Angelegenheit dem Departement oder der Bundeskanzlei zum Entscheid vorlegen. Der Entscheid wird den betroffenen Personen in Form einer Verfügung mitgeteilt (Art. 27 Abs. 5 DSG). Der Beauftragte ist berechtigt, gegen diese Verfügung und gegen den Entscheid der Beschwerdebehörde Beschwerde zu führen (Art. 27 Abs. 6 DSG). Art. 27 DSG regelt die wichtigste Aufgabe und Kompetenz des EDÖB im öffentlich-rechtlichen Bereich. Im Vergleich zur Aufsicht über private Datenbearbeiter ist diejenige über Bundesorgane umfassender und beschränkt sich namentlich nicht auf die Abklärung bestimmter Sachverhalte (vgl. Art. 29 Abs. 1 DSG; Yvonne Jöhri, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum DSG, Zürich 2008, Rz. 1 f. zu Art. 27 DSG). Von der Aufsicht durch den EDÖB ist nach Art. 27 Abs. 1 DSG einzig der Bundesrat ausgenommen. Denn der EDÖB kann nicht Kontrollorgan seiner eigenen Aufsichtsbehörde sein (Botschaft des Bundesrates vom 23. März 1988 zum DSG, BBl 1988 II 479). Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Bundesrat auch vom Geltungsbereich des DSG ausgenommen wäre (Jöhri, Handkommentar zum DSG, Rz. 5 zu Art. 27 DSG). Dasselbe muss auch für die EFK, ebenfalls ein Bundesorgan im Sinne von Art. 3 Bst. h DSG, gelten.

### **E. 1.3**

Das hier fragliche Schreiben vom 19. Dezember 2013 wurde von der EFK, und damit hoheitlich, erlassen und betrifft einen individuell-konkreten Fall: Die EFK hält darin fest, die von ihr abgelegten Whistleblowing-Meldungen nicht als Datensammlung zu erachten. Die Meldungen seien nicht systematisch erfasst und es würden auch keine Kategorien von Personendaten festgelegt. Zudem sei ein Zugriff nur mit entsprechendem Spezialwissen möglich, über welches lediglich die Mitglieder des "Team Verdacht" verfügten. Aus diesen Gründen sehe sie sich nicht veranlasst, den Empfehlungen des EDÖB, die Datensammlung anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen, nachzukommen. Dagegen sei sie aber bereit, ihre Ausführungen betreffend die Aufbewahrung, Löschung und Archivierung der Meldungen in den internen Bearbeitungsprozess aufzunehmen und umzusetzen. Die EFK hält im Schreiben demnach, unter Anführung einer Begründung, fest, welche Empfehlungen des EDÖB sie befolgen werde und welche nicht. Insoweit können die materiellen Voraussetzungen einer Verfügung als erfüllt bezeichnet werden. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass - würde die EFK zum Erlass einer formellen Verfügung

aufgefordert - sie anders verfahren würde. Insbesondere käme einer in eigener Sache erlassenen, formell als Verfügung bezeichneten Anordnung inhaltlich keine weitergehende Verbindlichkeit zu. Eine Rückweisung der Angelegenheit käme im vorliegenden Fall daher einem prozessualen Leerlauf gleich. Vielmehr kann das Schreiben der EFK, mit dem sie die Empfehlungen des EDÖB teilweise ablehnt, als verbindlich und insofern auch als erzwingbar angesehen werden. Es vermag materiell den Anforderungen an eine Verfügung zu genügen, weshalb es dem EDÖB offenstand, sich mangels eines für die Aufsicht über die EFK zuständigen Departements direkt an das Bundesverwaltungsgericht zu wenden. Dasselbe Vorgehen, das heisst der Erlass einer Verfügung in eigener Sache, drängt sich angesichts einer fehlenden Aufsichtsinstanz im Übrigen auch auf, wenn sich eine Empfehlung des EDÖB direkt an ein Departement oder die Bundeskanzlei richtet.

#### **E. 1.4**

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass mit dem Schreiben der EFK eine materielle Verfügung vorliegt und der EDÖB gemäss Art. 27 Abs. 6 DSG befugt ist, diese beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Da der EDÖB im Weiteren eine Behörde nach Art. 33 Bst. d VGG ist und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht somit für die Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit zuständig.

#### **E. 2**

Gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Vorliegend war das Schreiben der EFK, wie gesehen, nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Zudem ging der EDÖB (wie übrigens auch die EFK) bei diesem Schreiben offenbar nicht von einer Verfügung aus, hätte er doch andernfalls seine Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht nicht als "Antrag auf Entscheid", sondern als Beschwerde bezeichnet. Vielmehr war der EDÖB davon ausgegangen, dass mangels eines übergeordneten Departementes im Sinne von Art. 27 Abs. 5 DSG das Bundesverwaltungsgericht an diese Stelle trete. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, ist die Rechtslage in diesem Bereich nicht eindeutig und musste auch das Schreiben der EFK nicht offensichtlich als Verfügung angesehen werden. In Anwendung von Art. 38 VwVG und gestützt auf den Vertrauensschutz kann unter diesen Umständen daher ausnahmsweise vom Erfordernis der Beschwerdeerhebung innert Frist abgesehen werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.