Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-5287/2008
{T 1/2}

Urteil vom 4. März 2009

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter André Moser,
Gerichtsschreiber Lars Birgelen.

Parteien

1. **Pensionskasse des Bundes PUBLICA handelnd durch ihre statutarischen Organe**, Eigerstrasse 57, Postfach, 3000 Bern 23,
vertreten durch Fürsprecherin Dr. iur. Béatrice Pfister, Thunstrasse 84, Postfach 256, 3074 Muri b. Bern,
2. Béatrice **Pfister**, Thunstrasse 84, Postfach 256, 3074 Muri b. Bern,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB,
Feldeggweg 1, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gebührenverfügung.

Sachverhalt:

A.
Fürsprecherin Dr. Béatrice Pfister gelangte am 7. April 2008 an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) und ersuchte ihn um Abklärung einer die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA) betreffenden datenschutz- und steuerrechtlichen Fragestellung. Nachdem der EDÖB ihr die Erstellung eines gebührenpflichtigen Gutachtens angeboten hatte, erteilte ihm Fürsprecherin Dr. Béatrice Pfister am 25. Juni 2008 einen entsprechenden Auftrag.

B.
Am 15. Juli 2008 erstellte der EDÖB (nachfolgend: Vorinstanz) das angeforderte Rechtsgutachten; zugleich stellte er Fürsprecherin Dr. Béatrice Pfister in einem als Gebührenverfügung bezeichneten Schreiben für die Erstellung des Gutachtens eine Gebühr von Fr. 4'000.- in Rechnung. Als Beschwerdeinstanz bezeichnete er die Bundeskanzlei.

C.
Gegen diese Verfügung erheben die durch Fürsprecherin Dr. Béatrice Pfister vertretene PUBLICA (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) sowie Fürsprecherin Dr. Béatrice Pfister als Privatperson (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragen darin deren Aufhebung. In formeller Hinsicht rügen sie, die Vorinstanz habe mit der Bundeskanzlei eine falsche Rechtsmittelinstanz angegeben, sei doch das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die angefochtene Verfügung sei zwar an die Beschwerdeführerin 2 adressiert gewesen, es sei aber unklar, ob die durch die Beschwerdeführerin 2 vertretene Beschwerdeführerin 1 oder die Beschwerdeführerin 2 Verfügungsadressatin sei. Materiell machen sie geltend, der Beschwerdeführerin 2 könne die Gebühr nicht auferlegt werden, habe sie doch das Rechtsgutachten ausdrücklich im Namen der Beschwerdeführerin 1 in Auftrag gegeben und damit bloss diese verpflichtet. Gegenüber der Beschwerdeführerin 1 wiederum könne keine Gebühr erhoben werden, da diese als Bundesorgan von einer entsprechenden Pflicht von Gesetzes wegen befreit sei.

D.
In ihrer Vernehmlassung vom 8. Oktober 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Rechtsmittelbelehrung sei in der

Tat unrichtig gewesen. Der Beschwerdeführerin 2 sei jedoch daraus kein Rechtsnachteil erwachsen, habe sie doch ihre Beschwerde bei der zuständigen Instanz eingereicht; berufe sie sich nun auf Beschwerdeebene auf diesen Formmangel, verstosse sie damit gegen Treu und Glauben. Sie habe der Beschwerdeführerin 2 bereits im Vorfeld mitgeteilt, dass ein Rechtsgutachten für sie als Privatperson kostenpflichtig sei; diese musste folglich nach erfolgter Auftragserteilung damit rechnen, dass ihr dieses verrechnet werde. Die Verfügung sei an sie persönlich adressiert gewesen und sie gelte als Schuldnerin der in Rechnung gestellten Gebühr. Sie habe bloss als Privatperson im Rahmen eines Beratungsmandates, nicht aber als Vertreterin der Beschwerdeführerin 1 gehandelt; hätte sie die Beschwerdeführerin 1 vertreten, hätte sie eine entsprechende Vertretungsvollmacht vorweisen müssen. Anwälte könnten nicht als externe Zustelladresse für den amtlichen Verkehr zwischen Bundesbehörden auftreten. Die Beschwerdeführerin 1 hätte sie (die Vorinstanz) als Bundesorgan – wie dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sei – über ihren eigenen, internen Datenschutzberater auf dem Amtsweg kontaktieren müssen. Habe sie aber die Beschwerdeführerin 2 extern mit der Rechtsabklärung beauftragt, habe diese das Rechtsgutachten bei ihr bloss im Rahmen ihres Beratungsmandates in Auftrag gegeben.

E.

Die Beschwerdeführerinnen führen in ihren Schlussbemerkungen vom 27. Oktober 2008 aus, dass sie keine Ansprüche auf Schutz ihres (nicht vorhandenen) Vertrauens in die falsche Rechtsmittelbelehrung erheben würden. Die Beschwerdeführerin 2 habe als Vertreterin der Beschwerdeführerin 1 gehandelt, gerade weil sie das Rechtsgutachten im Rahmen ihres Mandates und im Namen ihrer Mandantin in Auftrag gegeben habe. Ob ein Vertretungsverhältnis vorliege, hänge einzig davon ab, ob der Vertreter vom Vertretenen bevollmächtigt worden sei, nicht aber von der Vorlage einer schriftlichen Vollmacht. Ein von einem Anwalt im Namen einer Behörde eingeholtes Rechtsgutachten bleibe ein Gutachten für eine Behörde und werde dadurch nicht zu einem Gutachten für eine Privatperson. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein Anwalt in diesem Zusammenhang nicht wie in jedem anderen Mandatsverhältnis auch als Zustelladresse auftreten könne; im Übrigen habe die Vorinstanz selber der Beschwerdeführerin 2 das Gutachten zugestellt, obwohl sie dieses ausdrücklich als von der Beschwerdeführerin 1 bestellt bezeichnet habe. Für die gesetzlich vorgesehene Kostenbefreiung der Behörden dürfe nicht massgebend sein, ob die Be-

hörde das Rechtsgutachten selber einhole oder in ihrem Namen durch einen extern mandatierten Anwalt einholen lasse.

F.
Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den Erwägungen eingegangen, soweit dies zur Beurteilung der sich stellenden Fragen notwendig erscheint.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Der EDÖB gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme (ausgewählte Sachgebiete oder spezialgesetzlich vorgesehene Beschwerdeinstanz) ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit – entgegen der Rechtsmittelbelehrung auf der angefochtenen Verfügung und in Übereinstimmung mit der Auffassung beider Parteien – zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

1.2 Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein; das Bundesverwaltungsgericht wendet bei der Prüfung der Beschwerdelegitimation das Recht von Amtes wegen an und ist dabei nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

Vorliegend ist zu beurteilen, wer und ob überhaupt jemand die Gebühr für die Ausstellung des in Auftrag gegebenen Rechtsgutachtens zu übernehmen hat. Sowohl die Beschwerdeführerin 1 wie auch die Beschwerdeführerin 2 haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind mögliche Schuldnerinnen dieser Gebühr; beide sind somit formell und materiell beschwert.

1.3 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.
In einem ersten Schritt gilt es den Adressaten der angefochtenen Gebührenverfügung vom 15. Juli 2008 zu bestimmen. Um diese Frage beantworten zu können, ist jedoch vorab zu klären, ob die Beschwerdeführerin 2 als Vertreterin der Beschwerdeführerin 1 aufgetreten ist oder in eigenem Namen gehandelt hat.

2.1 Bereits in ihrem ersten Schreiben vom 7. April 2008 wies die Beschwerdeführerin 2 die Vorinstanz ausdrücklich darauf hin, dass sie "im Auftrag von Publica, Pensionskasse des Bundes" an sie gelange, da seitens ihrer Mandantin ein akuter Klärungsbedarf hinsichtlich eines allfälligen Konfliktes zwischen steuerrechtlichen und datenschutzrechtlichen Bestimmungen bestehe. Auch den Gutachterauftrag erteilte sie der Vorinstanz am 25. Juni 2008 unzweideutig im Namen ihrer Mandantin, der Beschwerdeführerin 1. Von einem solchen Mandatsverhältnis schien die Vorinstanz selber auch auszugehen, erstellte sie doch in der Folge das Rechtsgutachten "Meldepflicht und Datenschutz" vom 15. Juli 2008 explizit "im Auftrag von Dr. Béatrice Pfister für die PUBLICA, Pensionskasse des Bundes" und bezeichnete darin die Beschwerdeführerin 2 als Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 1.

2.2 Eine Partei kann sich – wenn sie nicht persönlich zu handeln hat – auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten oder – soweit die Dringlichkeit einer amtlichen Untersuchung es nicht ausschliesst – verbeiständen lassen; die Behörde kann den Vertreter auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen (vgl. Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Wenn die Behörde jedoch auf andere Weise vom Vorliegen einer Bevollmächtigung überzeugt ist, ist sie nicht gezwungen, eine schriftliche Vollmacht einzufordern; diesfalls genügt eine konkludent oder mündlich erteilte Vollmacht. Hat die Behörde Zweifel am Vorliegen einer Bevollmächtigung, ist sie gehalten, sich durch das Einverlangen einer schriftlichen Vollmacht Klarheit zu verschaffen (RES NYFFENEGGER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, N. 17 zu Art. 11).

Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 2.1 hiervor), ist aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin 2 gegenüber der Vorinstanz zweifelsfrei zu schliessen, dass sie nicht in eigenem, sondern im Namen der Be-

schwerdeführerin 1 gehandelt hat. Hätte die Vorinstanz Zweifel an ihrer Bevollmächtigung gehabt, so hätte sie vorgängig eine schriftliche Vollmacht einholen müssen. Macht sie nun nachträglich auf Beschwerdeebene deren Fehlen geltend, verhält sie sich widersprüchlich und verletzt damit das Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

2.3 Hat die Beschwerdeführerin 2 aber im Auftrag und Namen der Beschwerdeführerin 1 gehandelt, so hat sie auch nur diese verpflichtet (vgl. auch Art. 32 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Eigentliche Verfügungsadressatin und gebührenpflichtig ist somit – wenn überhaupt (vgl. E. 3 nachfolgend) – die Beschwerdeführerin 1 und nicht – wie die Vorinstanz zu Unrecht angenommen hat – die Beschwerdeführerin 2; diese tritt als blosse Zustelladresse der Beschwerdeführerin 1 auf. Daran vermag auch der (recht allgemein gehaltene) Hinweis im Schreiben der Vorinstanz vom 10. April 2008 nichts zu ändern, ein Gutachten zuhanden Privater sei gemäss Art. 33 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz [VDSG, SR 235.11]) gebührenpflichtig.

3.
Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin 1 als eigentlicher Verfügungsadressatin eine Gebühr für die Ausfertigung des Rechtsgutachtens auferlegt werden kann.

3.1 Gemäss Art. 28 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) können sich private Personen vom EDÖB in Fragen des Datenschutzes beraten lassen. Für die Erstellung von Gutachten wird ihnen gegenüber eine Gebühr erhoben (vgl. Art. 33 Abs. 1 VDSG). Unterstützt der EDÖB Verwaltungseinheiten des Bundes und der Kantone in Fragen des Datenschutzes, so ist seine Beratungstätigkeit ihnen gegenüber kostenlos (vgl. Art. 33 Abs. 2 VDSG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 Bst. a DSG). Obwohl Art. 33 Abs. 2 VDSG von "Verwaltungseinheiten des Bundes, Behörden und der Kantone" spricht, Art. 31 Abs. 1 Bst. a DSG hingegen von "Organen des Bundes und der Kantone", sind diese Begriffe als deckungsgleich zu verstehen (gleicher Auffassung wohl auch: René Huber, in: Maurer-Lambrou/Vogt [Hrsg.], Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2006, Rz. 8 zu Art. 31 DSG). Gemäss Art. 3 Bst. h DSG gelten als Bundesorgane Behörden und Dienststellen des Bundes sowie Personen, soweit

sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind. Die Beschwerdeführerin 1 ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 2006 über die Pensionskasse des Bundes [PUBLICA-Gesetz, SR 172.222.1], in Kraft seit 1. Juli 2008; vgl. auch bereits Art. 8 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Pensionskasse des Bundes [PKB-Gesetz, AS 2001 707]) und gilt damit als Bundesorgan (vgl. auch URS BELSER, in: Maurer-Lambrou/Vogt [Hrsg.], a.a.O., Rz. 34 zu Art. 3, welcher unter anderem die eidgenössischen Anstalten als Bundesorgane aufführt). Kein anderes Resultat ergibt sich, wenn das Augenmerk auf den Begriff "Behörden" in Art. 33 Abs. 2 VDSG gerichtet wird: Als Behörden gelten gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c VwVG auch die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe, zu welchen die PUBLICA zu zählen ist (vgl. PIERRE TSCHANNEN in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., N. 18 zu Art. 1). Fällt die Beschwerdeführerin 1 aber in den Geltungsbereich von Art. 33 Abs. 2 VDSG, so kann ihr auch keine Gebühr für die Ausfertigung des Rechtsgutachtens auferlegt werden.

3.2 Art. 23 VDSG sieht in seiner ursprünglichen Fassung vom 14. Juni 1993 (AS 1993 1971) vor, dass die Bundeskanzlei und die Departemente jeweils mindestens einen Berater für den Datenschutz bezeichnen, welcher die verantwortlichen Organe und Benützer unterstützt, die Information und die Ausbildung der Mitarbeiter fördert und beim Vollzug der Datenschutzvorschriften mitwirkt. Auf den 1. Januar 2008 wurde diese Verordnungsbestimmung mit einem neuen Absatz 3 ergänzt, gemäss welchem die Bundesorgane mit dem EDÖB über ihren Berater verkehren. Auch mit dieser neuen Regelung besteht die Aufgabe des internen Datenschutzberaters weiterhin darin, die Kontrollstruktur innerhalb der eigenen Verwaltungseinheit zu verstärken, die Zusammenarbeit mit dem EDÖB zu erleichtern und diesen hinsichtlich Fragen zu entlasten, welche leicht innerhalb der Verwaltungseinheit beantwortet werden können. Er soll für die Mitarbeiter in seiner Verwaltungseinheit ein Ansprechspartner sein, welcher über das nötige Wissen im Bereich des Datenschutzes und der Datensicherheit verfügt, Auskünfte erteilt und dazu beiträgt, dass die Datenschutzbestimmungen intern umgesetzt werden; er fungiert jedoch ausdrücklich *nicht* als *Verbindungsperson* für den EDÖB, sondern als *blosse Kontaktperson* (vgl. Kommentar zur Vollzugsverordnung vom 14. Juni 1993 [Stand am 1. Januar 2008] zum Bundesgesetz über den Datenschutz, Ziff. 7.2; vgl. auch EDSB [neu: EDÖB], in: Maurer-Lambrou/Vogt [Hrsg.], a.a.O., Anhang, S. 709 f.). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz lässt sich

somit auch aus Art. 23 Abs. 3 VDSG nicht ableiten, dass Bundesorgane zwingend "auf dem Amtsweg" über ihren Datenschutzberater an den EDÖB gelangen müssen. Vielmehr muss es der Beschwerdeführerin 1 möglich sein, über eine externe Mandatsträgerin (Beschwerdeführerin 2) bei der Vorinstanz ein Rechtsgutachten in Auftrag zu geben, ohne dass dadurch Erstere ihrer Eigenschaft als Behörde im Sinne von Art. 33 Abs. 2 VDSG und Letztere ihrer Eigenschaft als Vertreterin verlustig gingen.

4.
Da sich die Gebührenerhebung somit als unrechtmässig erweist, ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Gebührenverfügung vom 15. Juli 2008 aufzuheben.

5.
5.1 Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend haben die beiden Beschwerdeführerinnen obsiegt, so dass ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind und der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- zurückzuerstatten ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

5.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben trotz Obsiegens und selbst bei Beizug eines praktizierenden Rechtsanwaltes Bundesbehörden und in der Regel andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE; MICHAEL BEUSCH in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., N. 10 zu Art. 64; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 215 Rz. 4.66). Auch der in eigener Sache handelnde Anwalt kann grundsätzlich keine Parteientschädigung beanspruchen, ausser wenn spezielle Verhältnisse dies rechtfertigen (vgl. BGE 129 II 297 E. 5; 129 V 113 E. 4.1). Nachdem sich ergeben hat, dass es sich bei der Beschwerdeführerin 1 um ein Organ bzw. um eine Behörde des Bundes handelt (vgl. E. 3.1) und die Beschwerdeführerin 2 sich als Anwältin in eigener Sache vertritt, ist keine Parteientschädigung geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 15. Juli 2008 wird aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Den Beschwerdeführerinnen wird der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu haben sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer bekannt zu geben.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. A2008.07.15-0001 / SA; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Christoph Bandli	Lars Birgelen

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: