Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. A-788/2014
moa/fum

Zwischenentscheid vom 23. April 2014

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter, Richter Maurizio Greppi,
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiberin Mia Fuchs.

Parteien

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB,
Feldeggweg 1, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzkontrolle EFK,
Monbijoustrasse 45, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Bearbeitung von Daten bei der Whistleblowing-Meldestelle EFK.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.
Im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) führte der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) verschiedene Kontrollen durch. Im Jahr 2013 überprüfte er unter anderem die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch die Whistleblowing-Meldestelle für Bundesangestellte bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK). Nach Prüfung der Unterlagen und Durchführung eines Augenscheins erliess der EDÖB am 19. November 2013 gestützt auf Art. 27 Abs. 4 DSG eine Empfehlung. Er empfahl der EFK, ihre Datensammlung "Whistleblowing" gemäss Art. 11a Abs. 2 DSG innerhalb von zwei Monaten beim EDÖB anzumelden (Ziff. 1), ein Bearbeitungsreglement gemäss Art. 21 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG, SR 235.11) für die Datenbearbeitungen in dieser Datensammlung zu erstellen (Ziff. 2) und in diesem Bearbeitungsreglement die Dauer der Aufbewahrungsfrist zu regeln und Regeln aufzustellen, damit Meldungen, die nicht mehr weiter bearbeitet werden müssen und somit nicht mehr notwendig sind, gelöscht oder archiviert werden (Ziff. 3).

B.
Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 erklärte sich die EFK bereit, die Empfehlung des EDÖB betreffend die Aufbewahrung, Löschung und Archivierung der Meldungen in den internen Bearbeitungsprozess aufzunehmen und umzusetzen. Weitergehend lehnte sie es jedoch ab, die Meldungen, die sie als Whistleblowing-Stelle erhalte, als Datensammlung anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen.

C.
Mit als "Antrag auf Entscheid" bezeichneter Eingabe vom 10. Februar 2014 ist der EDÖB an das Bundesverwaltungsgericht gelangt und ersucht dieses darum, mittels eines Entscheides die EFK zu verpflichten, gemäss Art. 11a Abs. 2 DSG ihre Datensammlung "Whistleblowing" innerhalb von zwei Monaten bei ihm anzumelden und ein Bearbeitungsreglement gemäss Art. 21 VDSG für die Datenbearbeitungen in dieser Datensammlung zu erstellen.

D.
Der Instruktionsrichter hat das Verfahren zunächst auf die Frage der Zu-

ständigkeit beschränkt und die EFK sowie das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) eingeladen, sich zu dieser Frage vernehmen zu lassen.

Die EFK führt in ihrem Schreiben vom 10. März 2014 aus, zwar administrativ dem EFD zugeordnet, jedoch nicht weisungsgebunden zu sein. Eine beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung gemäss Art. 27 Abs. 5 DSG sei dementsprechend nicht ergangen. Ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der vorliegenden Angelegenheit werde aber durchaus als sachgerecht erachtet.

Angesichts der fehlenden Weisungskompetenz verneint das EFD in seiner Eingabe vom 12. März 2014 seine Zuständigkeit zur Behandlung der vorliegenden Angelegenheit.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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.

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).

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 Bundesorgen, 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.

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 Verbind-

lichkeit 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.

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.

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.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Behandlung der vorliegenden Angelegenheit.

2.
Die EFK erhält Gelegenheit, bis zum 23. Mai 2014 eine Stellungnahme in der Hauptsache in 2 Exemplaren sowie allfällige Beweismittel einzureichen.

3.
Diese Verfügung geht an:

– den EDÖB (Einschreiben)
– die EFK (Einschreiben)
– das Generalsekretariat EFD

Der Instruktionsrichter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Mia Fuchs

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 Frist steht still vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern (Art. 46 Abs. 1 Bst. a BGG). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: