

Rechtliches Gehör in Administrativuntersuchungen

Kommentar zum Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7102/2017 vom 14. Mai 2018, zum Urteil des Bundesgerichts 1C_297/2018 vom 28. März 2019, zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7102/2017 vom 27. August 2019 sowie zum Urteil des Bundesgerichts 1C_527/2019 vom 14. April 2020.

Im Rahmen der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bearbeitung von Personendaten bzw. eines Informationszugangsgesuchs hatte das Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit, sich zur Geltung des verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs (Art. 29 Abs. 2 BV) in Administrativuntersuchungen zu äussern. Mit der Anerkennung eines Gehörsanspruchs zugunsten der von einer Administrativuntersuchung Betroffenen stärkt es deren verfahrensrechtliche Position. Zudem leistet es damit einen Beitrag zur Überwindung des herkömmlichen, auf Verfügungen bzw. Entscheide beschränkten Verfahrensverständnisses.

I. Sachverhalt	358
II. Überblick über die Prozessgeschichte und die zentralen Erkenntnisse	358
III. Zuständigkeit für die Behandlung des Informationszugangsgesuchs	359
1. Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht	359
2. Würdigung	360
IV. Anspruch auf rechtliches Gehör in Administrativuntersuchungen	361
1. Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts	361
2. Verhältnis zwischen Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 27g Abs. 4 und 5 RVOV	362
3. Verfahrensgrundrechte (Art. 29 BV) im Kontext von Realakten	362
a) Traditionelle Limitierung auf förmliche Verfahren	363
b) Realakte aus verfahrensrechtlicher Warte	364
c) Geltungskriterien von Art. 29 BV	364
4. Ausgewählte Folgefragen	365
V. Fazit	366

Zitiervorschlag:

DANIELA THURNHERR, Rechtliches Gehör in Administrativuntersuchungen, *sui generis* 2020, S. 357

Prof. Dr. Daniela Thurnherr, LL.M. (Yale), Professorin für Öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (daniela.thurnherr@unibas.ch).

URL: sui-generis.ch/145

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.145>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Sachverhalt

- 1 Am 9. Mai 2016 betraute der damalige Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) mit der Durchführung einer Administrativuntersuchung im Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL). Abgeklärt werden sollten die Umstände der Gewährung von Bürgschaften für die Schweizer Hochseeflotte, der Einholung des Bürgschaftsrahmenkredits im Jahr 2008 sowie des Umgangs mit den gestiegenen Risiken des Bundes seit Beginn der Hochseeschiffahrtskrise im Jahr 2008. Nach Abschluss der Administrativuntersuchung erstattete die EFK dem WBF einen Schlussbericht mit dem Titel «Gewährung und Begleitung von Bürgschaften für die Schweizer Hochseeflotte».
- 2 In der Folge ersuchten mehrere Personen das WBF gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz¹ um Zugang zu diesem Bericht. Am 8. Februar 2017 teilte das WBF den im Bericht erwähnten Personen, darunter der ehemaligen nebenamtlichen Delegierten des Bundesrats für wirtschaftliche Landesversorgung (in den Entscheiden als «A.» bezeichnet), seine Absicht mit, dem Zugangsgesuch unter weitestgehender Anonymisierung ihrer Personendaten stattzugeben. Am 20. Februar 2017 beantragte A., den Zugang zum Bericht zu verweigern; zudem verlangte sie verschiedene Berichtigungen, worauf die EFK Anpassungen vornahm und am 4. April 2017 die bereinigte Endversion erstellte. Nach nochmaligem schriftlichem Austausch mit A. hielt das WBF in seiner Stellungnahme nach Art. 11 Abs. 2 BGÖ an der teilweisen Zugangsgewährung fest.
- 3 Hierauf ersuchte unter anderem A. den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BGÖ um Schlichtung. Dieser empfahl am 26. September 2017, das WBF solle über hängige datenschutzrechtliche Begehren verfügen und den Zugang zum Administrativuntersuchungsbericht teilweise gewähren.² Mit Verfügung vom 6. November 2017 gewährte das WBF, das als Auftraggeber der Untersuchung die Zuständigkeit für das öffentlichkeitsrechtliche Zugangsverfahren für sich in Anspruch nahm, den Gesuchstellern den teilweisen Zugang zum Bericht der Administrativuntersuchung. Die Anträge auf Verweigerung des Zugangs sowie die datenschutzrechtlichen Begehren von A. wies es ab.
- 4 Dagegen erhob A. am 14. Dezember 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die Verfügung des WBF vom 6. November 2017 aufzuheben, die

1 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

2 EDÖB, Empfehlung vom 26. September 2017.

zuständige Behörde zu verpflichten, die Bearbeitung von Personendaten im Bericht zu unterlassen bzw. die verarbeiteten Daten zu vernichten und den Zugang zum Bericht zu verweigern. Überdies seien die alleinige Zuständigkeit der EFK für das Zugangsverfahren und zugleich die Befangenheit aller ihrer Mitglieder festzustellen sowie die Sache an eine Ersatzbehörde zu überweisen.

II. Überblick über die Prozessgeschichte und die zentralen Erkenntnisse

Das Bundesverwaltungsgericht beschränkte das Beschwerdeverfahren zunächst auf die Frage der Zuständigkeit nach Art. 10 BGÖ. Mit Zwischenentscheid vom 14. Mai 2018 beschloss es, auf die Beschwerde einzutreten.³ In seinen Erwägungen erachtete es zudem das WBF, das die Administrativuntersuchung angeordnet hatte, als für das öffentlichkeitsrechtliche Zugangs- und das damit verbundene Datenschutzverfahren zuständig.⁴ Das in der Folge angerufene Bundesgericht gelangte mit Urteil vom 28. März 2019 zum selben Ergebnis.⁵

Mit Urteil vom 27. August 2019 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A. teilweise gut und wies die Vorinstanz an, sämtliche im Schlussbericht zur Administrativuntersuchung enthaltenen Personendaten bezüglich A. zu vernichten.⁶ Es begründete dies im Wesentlichen damit, die EFK habe in der Administrativuntersuchung deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (E. 5). Im Übrigen wies es die Beschwerde ab. Da sich das missachtete Anhörungsrecht nur auf die eigenen Personendaten beziehe, lägen keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen vor, die dem Zugang zum Schlussbericht entgegengehalten werden könnten (E. 8).

A. gelangte anschliessend an das Bundesgericht und beantragte – ergänzt durch verschiedene Eventualbegehren –, das WBF sei zu verpflichten, die widerrechtliche Bearbeitung sämtlicher Informationen im Schlussbericht zur Administrativuntersuchung, die als Personen-

3 Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7102/2017 vom 14. Mai 2018; siehe auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6908/2017 vom 14. Mai 2018 betreffend einen parallelen (nicht weitergezogenen) Fall.

4 Dispositivziffer 1, in der einzig das Eintreten festgestellt wird, ist insofern unvollständig. Aus der Begründung des Entscheids wird indes deutlich, dass die strittige Zuständigkeit des WBF klar bejaht wird. Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 1C_297/2018 vom 28. März 2019 E. 1.2.

5 Urteil des Bundesgerichts 1C_297/2018 vom 28. März 2019.

6 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7102/2017 vom 27. August 2019; siehe auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6908/2017 vom 27. August 2019 betreffend einen parallelen (nicht weitergezogenen) Fall.

daten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO⁷ einen auf ihre Person bezogenen oder beziehbaren Gehalt besitzen, zu unterlassen. Mit Urteil vom 14. April 2020 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab. Es erachtete die Interessen von A. als ausreichend berücksichtigt, zumal alle Personendaten, die sich auf sie beziehen, zu vernichten seien und sie durch den Bericht somit nicht mehr persönlich belastet werden könne (E. 3.4).

- 8 Nachstehend wird zunächst auf die Frage der Zuständigkeit zur Behandlung des Begehrens um Zugang zum Administrativuntersuchungsbericht eingegangen (III.). Im Zentrum der Entscheidbesprechung steht die Frage der Geltung des Gehörsanspruchs im Rahmen von Administrativuntersuchungen. Nach einer Würdigung der diesbezüglichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts findet eine Einordnung des Urteils in den weiteren verfahrensgrundrechtlichen Kontext statt. Dabei wird aufgezeigt, dass der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. August 2019 in begrüssenswerter Weise die gängige Limitierung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundrechte von Art. 29 BV auf förmliche Verfahren auf Erlass von Verfügungen bzw. Entscheiden überwindet. Anschliessend wird der Geltungsbereich von Art. 29 BV in genereller Weise skizziert und auf ausgewählte Fragen, die sich im Gefolge seiner Ausdehnung stellen, hingewiesen (IV.).

III. Zuständigkeit für die Behandlung des Informationszugangsgesuchs

- 9 Da mit dem WBF als Auftraggeber und der EFK, die die Administrativuntersuchung durchführte, zwei Behörden der zentralen (vgl. Art. 2 Abs. 1 RVOG⁸ und Art. 7 Abs. 1 lit. a RVOV⁹) bzw. der dezentralen (vgl. Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 lit. B Ziff. V.2.1.1 RVOV) Bundesverwaltung involviert waren, die beide vom persönlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst sind (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a BGÖ), stellte sich zunächst die Frage der Allokation der Zuständigkeit für die Behandlung des Gesuchs um Zugang zum Administrativuntersuchungsbericht.

1. Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht

- 10 Die Meinungen bezüglich der Zuständigkeit waren geteilt: Das WBF selbst erachtete sich als kompetent, was von A., die die Zuständigkeit der EFK behauptete, be-

stritten wurde. Der EDÖB wiederum hielt fest, dass nach den öffentlichkeitsgesetzlichen Vorgaben die EFK für die Durchführung des Zugangsverfahrens zuständig sei; ob die EFK die Administrativuntersuchung allerdings gewissermassen als private Dritte und nicht in ihrer Funktion als Bundesbehörde durchgeführt habe, was zur Zuständigkeit des WBF führen würde, könne er gestützt auf die ihm vorliegenden Informationen nicht abschliessend beurteilen.¹⁰

Einschlägig ist Art. 10 Abs. 1 BGÖ, wonach das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten an diejenige Behörde zu richten ist, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Der Sinngehalt dieser Norm erschliesst sich für die vorliegende Konstellation, in der eine als Untersuchungsorgan eingesetzte Bundesbehörde ein amtliches Dokument verfasst und dieses anschliessend der die Administrativuntersuchung anordnenden Behörde abgeliefert hat, nicht auf den ersten Blick. Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht gingen bei der Klärung der Zuständigkeitsfrage von derselben Prämisse aus, indem beide betonten, die zwingende gesetzliche Zuständigkeitsordnung könne nicht derogiert werden. Konsens bestand zudem insofern, als beide aus der Entstehungsgeschichte der Norm auf die Entscheidungsbefugnis einer einzigen Instanz schlossen. Schliesslich gelangten sie mit der Zuständigkeit des WBF auch zum selben Ergebnis. Der Weg dorthin führte indes über unterschiedliche Pfade.

Das Bundesverwaltungsgericht legte das Verb «erstellt» in Art. 10 Abs. 1 BGÖ eng aus. Unter Hinweis auf einen früheren Entscheid¹¹ hielt es fest, das Erstellen im Sinne dieser Bestimmung erfordere «eine gewisse geistige Tätigkeit von Mitarbeitern der betreffenden Behörde und eigene Inhalte» und schloss daraus, die EFK sei als Erstellerin anzusehen (E. 3.2). Dieses Auslegungsergebnis wurde unter Hinweis auf Art. 11 VBGÖ¹² bestätigt (E. 4.2.2). Vom «klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut» dürfe allerdings ausnahmsweise abgewichen werden, «so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt» (E. 4.1). Vor diesem Hintergrund fragte das Bundesverwaltungsgericht anschliessend gestützt auf eine historisch-teleologische sowie eine systematische Auslegung nach dem wahren Normsinn und gelangte zum Ergebnis, dass die Zuständigkeit entgegen dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 BGÖ nicht bei

7 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1).

8 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

9 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1).

10 EDÖB, Empfehlung vom 26. September 2017, Ziff. 18 ff.

11 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-931/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 5.2.

12 Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006 (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31).

der EFK, sondern beim WBF liege. Im Zentrum des ausführlich begründeten Zwischenentscheids standen folgende Überlegungen: Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 10 BGÖ leitete das Bundesverwaltungsgericht zunächst unter anderem ab, dass mit dieser Bestimmung widersprüchliche Entscheide verschiedener Stellen vermieden werden sollten (E. 4.3.3). Die Zuständigkeit der EFK würde allerdings gerade die Gefahr divergierender Entscheide schaffen, zumal die Verantwortung für die Administrativuntersuchung beim WBF liege (E. 4.3.4.3) und eine allfällige Verfügung über Realakte nach Art. 25a VwVG¹³ ebenfalls von diesem erlassen werden müsse (E. 4.3.4.4). Auch die systematische Auslegung führe zur Zuständigkeit des WBF, das die Verfahrenshoheit im Kontext der Administrativuntersuchung innehat, das nach Art. 40 RVOG bzw. Art. 23 RVOV mit der Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit des Departements betraut (E. 4.4.3) und das auch für die Verfahren nach Art. 25 bzw. 25bis DSG zuständig sei (E. 4.4.4). Zusammenfassend gelangte das Bundesverwaltungsgericht daher zum Schluss, «dass triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt und als zuständige Behörde zur Behandlung des Gesuchs um Zugang zum Schlussbericht der Administrativuntersuchung nicht die EFK als Verfasserin des Dokuments, sondern entgegen dem eigentlichen Wortlaut die Vorinstanz als die die Administrativuntersuchung anordnende Behörde zu erachten» sei (E. 4.5).

- 13 Demgegenüber ging das Bundesgericht zwar ebenfalls von einer grammatikalischen Auslegung aus, stellte die Weichen von Beginn weg aber anders, indem es dem Begriff des Erstellens in Art. 10 Abs. 1 BGÖ einen vom vorinstanzlichen Entscheid abweichenden Bedeutungsgelhalt attestierte. Seiner Ansicht nach ist es nicht zwingend, dass aufgrund des Wortlauts einzig diejenige Behörde gemeint sein könne, die das Dokument verfasst und unterzeichnet hat und in diesem Sinne Urheberin ist. Sei eine Behörde im Auftrag einer anderen tätig, müsse im Aussenverhältnis begrifflich nicht in jedem Fall die Verfasserin auch die Erstellerin sein. Aus dem Umstand, dass Art. 11 Abs. 1 VBGO den Begriff des (gemeinsamen) Erarbeitens verwende und in Abs. 4 die Rede davon sei, dass eine Behörde ein Dokument auf Ersuchen einer anderen ausgearbeitet hat, leitet das Bundesgericht ab, dass «Erstellen [...] daher nicht deckungsgleich mit Ausarbeiten, Erarbeiten oder Verfassen» sei (E. 3.1). Mangels klarem Wortlaut nahm es anschliessend eine historische, teleologische und systematische Auslegung vor, die – nicht anders als in der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts – zur

¹³ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

Zuständigkeit des WBF führte. Wenngleich diese Auslegung durch das Bundesgericht Parallelen zu den Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichts offenbart (namentlich mit Bezug auf die Verhinderung von Mehrfachzuständigkeiten, die Abstimmung mit eng verknüpften anderen Kompetenzen und die Zuständigkeit für die Administrativuntersuchung), zeigen sich indes auch Differenzen, die sich allerdings nicht auf das Ergebnis auswirkten: So war die EFK nach Ansicht des Bundesgerichts in casu in Unterstützung des Bundesrats bei der Ausübung seiner Aufsicht über die Bundesverwaltung nach Art. 1 Abs. 1 lit. b FKG¹⁴ tätig geworden (E. 3.4), während das Bundesverwaltungsgericht die Meinung vertrat, dass die EFK die Administrativuntersuchung nicht in Erfüllung der ihr durch das FKG übertragenen Aufgaben ausgeführt habe (E. 4.3.4.1). Anders als das Bundesverwaltungsgericht erachtete das Bundesgericht die EFK auch nicht aufgrund von Art. 11 VBGO als zuständig. Abs. 4, woraus resultiert, dass jene Behörde, die ein Dokument auf Ersuchen einer anderen Behörde ausgearbeitet hat, zuständig sei, dürfe nicht verallgemeinert werden; vielmehr sei nach der Form der Zusammenarbeit zu differenzieren. Die Regelung von Art. 11 Abs. 4 VBGO mache daher, so das Bundesgericht, «vor allem dann Sinn, wenn der ersuchten Behörde auch die Sachzuständigkeit und die Verfügungsmacht über das Dokument zukommen» (E. 3.4).

2. Würdigung

Die Bejahung der Zuständigkeit des WBF verdient Zustimmung, ist das Departement doch mit dem Fall als solchem betraut und hat es in Umsetzung der in der Administrativuntersuchung gewonnenen Erkenntnisse auch allfällige Massnahmen anzuordnen. Vor diesem Hintergrund ist es zweifellos am besten in der Lage, die Grenzziehung zwischen Transparenz und Geheimhaltung vorzunehmen und diesen Entscheid mit anderen Zuständigkeiten in diesem Kontext zu koordinieren.

Der grundlegende Unterschied in den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts liegt darin, dass Ersteres die Existenz einer unechten Gesetzeslücke (im Sinne eines sachlichen Mangels des Gesetzes¹⁵) annahm und dieses rechtspolitische Defizit in der Folge behob, während Letzteres von einem unklaren Wortlaut ausging, der anschliessend unter Berücksichtigung verschiedener Auslegungselemente auf seine wahre Tragweite hin untersucht wurde. Die bun-

¹⁴ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzkontrolle vom 28. Juni 1967 (Finanzkontrollgesetz, FKG; SR 614.0).

¹⁵ Zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken WALTHER BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, S. 260 f.

desgerichtliche Herangehensweise verdient den Vorzug: Als Querschnittsmaterie beschlägt das Öffentlichkeitsgesetz vielfältige Konstellationen, die – beispielsweise mit Blick auf die Kooperation verschiedener Behörden – unterschiedliche Fragen aufwerfen können. Diese Fragen lassen sich vom Gesetzgeber weder vollständig antizipieren noch umfassend regeln. Daher ist Vorsicht mit der vorschnellen Annahme eines klaren Wortlauts, der sich in der Folge als teilweise sachlich unbefriedigend erweist, geboten.

- 16 Die bundesverwaltungsgerichtliche Argumentation stellt zum einen auf den allgemeinen Sprachgebrauch ab, übersieht aber, dass in Art. 11 VBGO in diesem Kontext andere Verben Verwendung finden, die die Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis aufwerfen. Zum anderen stützt sie sich auf ein Präjudiz, das zwar auch Art. 10 Abs. 1 BGO, aber eine vom vorliegenden Fall zu unterscheidende Konstellation betraf. Zudem sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Stellung der EFK nicht ganz widerspruchsfrei: Diese wird zunächst als erstellende Behörde im Sinne von Art. 10 Abs. 1 BGO bezeichnet (E. 4.2.3). Später wird demgegenüber ausgeführt, ihre Stellung entspreche «faktisch derjenigen eines ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Dritten ohne Verfügungsbefugnis, welcher nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGO nicht in den persönlichen Geltungsbereich des BGO fällt» (E. 4.3.4.3). Die letztgenannte Erwägung, die der Funktion der Eidgenössischen Finanzkontrolle nur unzureichend Rechnung trägt,¹⁶ wirft die Frage auf, weshalb die Subsumtion unter den Begriff der Behörde nach Art. 10 Abs. 1 BGO nicht zumindest erläutert wurde. Vor diesem Hintergrund erscheint die Annahme einer unechten Lücke reichlich vorschnell. Demgegenüber schärft die bundesgerichtliche Argumentation den Blick für die Vielfalt der von Art. 10 Abs. 1 BGO erfassten Konstellationen, die sich ohne Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte und den Zweck sowie den systematischen Kontext teilweise nicht adäquat erfassen lassen.

IV. Anspruch auf rechtliches Gehör in Administrativuntersuchungen

- 17 In seinem Urteil vom 27. August 2019 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht mit den datenschutzrechtlichen Begehren (Art. 25f. DSG) sowie dem auf das BGO gestützten Zugang zum Schlussbericht der Administrativuntersuchung.

¹⁶ Vgl. zur Funktion und den Aufgaben der Eidgenössischen Finanzkontrolle ANDREAS LIENHARD / AUGUST MÄCHLER / AGATA ZIELNIEWICZ, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017, S. 378 ff.

1. Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts

A. hatte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV¹⁷) im Administrativuntersuchungsverfahren gerügt und geltend gemacht, sie sei nicht über die Durchführung der Untersuchung orientiert worden und habe keine Möglichkeit erhalten, am Verfahren teilzunehmen, an der Sachaufklärung mitzuwirken sowie einer Vorverurteilung entgegenzuwirken (E. 5.1). Die Vorinstanz bestritt demgegenüber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie machte geltend, Art. 27g Abs. 1 RVOV i.V.m. Art. 12 VwVG sehe lediglich die Möglichkeit vor, Dritte zu befragen; eine entsprechende Pflicht bestehe indes nicht. Vielmehr liege die Entscheidung, welche Personen im Rahmen der Administrativuntersuchung zu befragen seien, im Ermessen des Untersuchungsorgans, zumal sich die Untersuchung nicht gegen bestimmte Personen gerichtet habe und nicht zum Erlass einer Verfügung führe (E. 5.3).

Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich zunächst zu den Funktionen des Gehörsanspruchs (E. 5.3.1) sowie zur Bedeutung und zum Zweck der Administrativuntersuchung, die – anders als das Verwaltungsverfahren nach Art. 1 Abs. 1 VwVG – nicht mittels anfechtbarer Verfügung, sondern mit einem Bericht abgeschlossen werde. Bezüglich der Mitwirkungsrechte verwies es auf Art. 27g Abs. 4 RVOV bzw. Art. 26–28 VwVG, wonach die in die Administrativuntersuchung einbezogenen Behörden und Personen Gelegenheit haben, alle Akten, die sie betreffen, einzusehen und dazu Stellung zu nehmen, sowie auf den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 27g Abs. 5 RVOV mit Verweis auf Art. 29–33 VwVG). Die genannten Stellen und Personen seien zudem über das Ergebnis der Untersuchung zu informieren (Art. 27k Abs. 3 RVOV; E. 5.3.2). Ob die EFK aufgrund der vorstehend erwähnten Verordnungsbestimmungen verpflichtet gewesen sei, A. ins Administrativuntersuchungsverfahren einzubeziehen und ihr auch das rechtliche Gehör zu gewähren, liess das Bundesverwaltungsgericht offen, da es in der Folge einen aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Gehörsanspruch bejahte, «welcher den auf Verordnungsstufe angesiedelten Bestimmungen der RVOV vorgeht» (E. 5.4).

Die Existenz eines verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs in der – vom Bundesverwaltungsgericht als Realakt bezeichneten (E. 5.6) – Administrativuntersuchung wurde folgendermassen begründet: Zunächst stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich die Lehre mehr oder weniger übereinstimmend dafür aus-

¹⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

spreche (E. 5.7). Anschliessend wandte es sich den Charakteristika und Konsequenzen der – sich nicht gegen bestimmte Personen richtenden – Administrativuntersuchung zu und gelangte zum Schluss, wenngleich mit dem Bericht «noch keine Rechte und Pflichten geregelt werden, wie dies bei Verfügungen der Fall ist, so kann dieser für die von der Untersuchung betroffenen Personen doch erhebliche Auswirkungen haben und deren Rechtsstellung insofern betreffen, als dass in ihre Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird» (E. 5.9). Die Möglichkeit, sich in einem nachgeschalteten Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 25a VwVG oder in einem datenschutzrechtlichen Verfahren nach Art. 25 DSGVO zur Wehr zu setzen und seinen Standpunkt darzulegen, könne nicht kompensierend wirken. Zudem bestehe die Gefahr, dass die Bereitschaft der verantwortlichen Behörde zur Vornahme von Korrekturen am Schlussbericht oder weiteren Beweisabnahmen nur noch beschränkt bestehe. Dies spreche dafür, «den betroffenen Personen zur Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte bereits im Untersuchungsverfahren das rechtliche Gehör zu gewährleisten» (E. 5.9).

- 21 Vor diesem Hintergrund wurde die spezifische Situation von A. näher beleuchtet und festgestellt, dass diese insgesamt wesentlich von der Administrativuntersuchung betroffen sei, da die unter ihrer Verantwortung stehende Verwaltungstätigkeit im BWL und damit ihre Amtsführung sowie ihr Verhalten untersucht und sie für festgestellte Missstände verantwortlich gemacht werde. Sie werde daher unmittelbar in ihrer Rechtsstellung berührt. Die Möglichkeit, sich in einem nachgeschalteten Verwaltungsverfahren einzubringen, vermöge dabei nur beschränkt Schutz zu bieten (E. 5.10), weshalb ihr Gehörsanspruch verletzt sei (E. 5.11).
- 22 Anschliessend befasste sich das Bundesverwaltungsgericht mit den Verfahrensfehlerfolgen. Da die Gehörsverletzung nicht im vorinstanzlichen Verfahren, sondern in der abgeschlossenen Administrativuntersuchung stattgefunden hatte, A. im Rahmen des Zugangs- und Datenschutzverfahrens lediglich zu einer teilweise geschwärzten Version des Schlussberichts Stellung nehmen konnte, bislang keine Akteneinsicht stattgefunden hatte und die Gehörsverletzung überdies als schwer bezeichnet wurde, schloss das Bundesverwaltungsgericht eine Heilung aus (E. 6.2). Da Personendaten nach Art. 4 Abs. 1 DSGVO nur rechtmässig bearbeitet werden dürfen und der Datenbearbeiter vorliegend gegen eine Rechtsnorm verstossen habe, die den Schutz der Persönlichkeit bezwecke, liege eine widerrechtliche Bearbeitung von Personendaten vor, die die Ansprüche von Art. 25 Abs. 1 DSGVO (Unterlassung, Folgenbeseitigung bzw. Feststellung der Widerrechtlichkeit) entstehen lasse. In der Folge wies das Bundesverwaltungsgericht das WBF an, sämtliche

im Schlussbericht enthaltenen Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO betreffend A. zu vernichten (E. 7.5). Mit der Begründung, dass aufgrund dieser Vernichtung der Persönlichkeitsschutz der Zugangsgewährung nicht mehr entgegengehalten werden könne, wurde schliesslich Dritten der Zugang zum Bericht gewährt (E. 8).

Das in der Folge von A. angerufene Bundesgericht lehnte mit Urteil vom 14. April 2020 – wie bereits das Bundesverwaltungsgericht – eine Verweigerung des Zugangs zum Bericht ab, zumal sämtliche Personendaten, die sich auf A. bezogen, eliminiert wurden. Ihr Standpunkt, dass der Schlussbericht überhaupt keine Rückschlüsse mehr auf sie zulassen dürfe, stiess auf Ablehnung, da ihre Funktion ohnehin öffentlich bekannt gewesen und im Übrigen ein sinnvoller Abschluss der Administrativuntersuchung sonst kaum mehr möglich sei (E. 3.3).

2. Verhältnis zwischen Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 27g Abs. 4 und 5 RVOV

In Anbetracht der Leitungsfunktion, die A. im BWL innehatte und die auch in den Schlussfolgerungen des Berichts, der ihr an verschiedenen Stellen Fehlverhalten vorwirft, Ausdruck findet, erstaunt es, dass die EFK von ihrem Einbezug in die Administrativuntersuchung abgesehen hatte. Das Bundesverwaltungsgericht liess offen, ob dies aufgrund des einschlägigen Verwaltungsrechts (vgl. Art. 27g Abs. 4 und 5 RVOV) geboten und das rechtliche Gehör bereits deshalb zu gewähren gewesen wäre (E. 5.4). Zwar trifft es zu, dass Art. 29 Abs. 2 BV den auf Verordnungsstufe angesiedelten Verfahrensbestimmungen ohnehin vorgeht. Dennoch ist es bedauerlich, dass die Gelegenheit einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 27g RVOV nicht ergriffen wurde. Am unmittelbaren Ergebnis hätte dies zwar nichts geändert; indes hätte das Bundesverwaltungsgericht damit einen Beitrag zur grundrechtskonformen Verfahrensgestaltung, die bereits Anknüpfungspunkte im geltenden Recht aufweist, leisten können. Zudem hätte es den Kreis der in Administrativuntersuchungen einzubeziehenden Personen gestützt auf grundrechtliche Erwägungen definieren und aufzeigen können, dass die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit nicht nur zugunsten der in Untersuchungsberichten erwähnten Personen zur Anwendung gelangen, sondern auch Rückwirkungen auf den einzubeziehenden Personenkreis zeitigen.

3. Verfahrensgrundrechte (Art. 29 BV) im Kontext von Realakten

Die Anerkennung des Gehörsanspruchs von Art. 29 Abs. 2 BV im Kontext von Administrativuntersuchungen ist insofern bemerkenswert, als die Geltung der Verfah-

rensgrundrechte gemeinhin auf Verfahren auf Erlass von Verfügungen bzw. Entscheiden beschränkt wird. Während die Notwendigkeit nachträglichen Rechtsschutzes bei Realakten mittlerweile unbestritten ist,¹⁸ steht die Anerkennung verfahrensgrundrechtlicher Schutzbedürfnisse in diesem Kontext noch aus.

a) *Traditionelle Limitierung auf förmliche Verfahren*

26 Das Bundesgericht zeigte sich bis anhin nicht bereit, die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit nach Art. 29 BV auch im Vorfeld von Realakten zu gewähren.¹⁹ In der Literatur wird die Frage nach einem allfälligen Schutzbedürfnis, wohl als Konsequenz des gemeinhin auf die Verfügung beschränkten Verfahrens begriffs²⁰, regelmässig ausgeblendet.²¹ Wenn konstatiert wird, Art. 29 BV gelte in allen Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen,²² geschieht dies regelmässig aus einer ausschliesslich verfügungszentrierten Perspektive. Immerhin finden sich verschiedene, in der Regel allerdings nicht oder nur ansatzweise begründete Aussagen bezüglich der Geltung der Verfahrensgrundrechte auch beim tatsächlichen Verwaltungs-

handeln. Am weitesten geht die Forderung nach einer Geltung des verfahrensgrundrechtlichen Fairnessprinzips unabhängig von der Handlungsform.²³ Teilweise wird dabei trotz der grundsätzlichen Entwicklungsoffenheit der Verfahrensgrundrechte²⁴ nicht für deren – allenfalls modifizierte – direkte, sondern eine analoge Anwendung plädiert.²⁵ Mit dem Argument, Art. 29 BV sei auf das Verfügungsverfahren beschränkt, wird überdies das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV als Grundlage entsprechender Vorgaben herangezogen.²⁶

Die mittlerweile etablierte Gewährung nachträglichen 27
Rechtsschutzes macht – wie auch das Bundesverwaltungsgericht feststellt (E. 5.9) – den verfahrensgrundrechtlichen Schutz im Vorfeld eines Realakts nicht obsolet. Art. 25a VwVG sieht zwar die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens vor; dies ist in der Regel jedoch lediglich nachlaufender Natur. Konsequenz bildet, dass die Parteirechte prinzipiell zu spät – nachdem der Realakt bereits ergangen ist – greifen.²⁷ Anderes gilt immerhin für jene Konstellationen, in denen der Gesuchsteller die Unterlassung einer noch bevorstehenden Handlung fordert (Art. 25a Abs. 1 lit. a VwVG). Hier kann er sich vorgängig äussern und unter Umständen die Vornahme einer Tathandlung verhindern bzw. auf eine Änderung hinwirken. Dies bedingt allerdings, dass er rechtzeitig vom beabsichtigten Realakt erfährt, was mangels einer umfassenden behördlichen Informationspflicht letztlich von Zufälligkeiten abhängt.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Au- 28
gust 2019 anerkennt in begrüssenswerter Weise, dass auch ausserhalb förmlicher Verfahren auf Erlass einer Verfügung bzw. eines Entscheids Schutzbedürfnisse bestehen können. Letztere sind nicht auf das rechtliche Gehör beschränkt; sie betreffen vielmehr auch den Anspruch auf unbefangene Entscheidträger (Art. 29 Abs. 1

18 Zum Umstand, dass Art. 29a BV auch Rechtsschutz gegen bestimmte Realakte gewährt, statt vieler BGE 143 I 336 E. 4; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER / DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich et al. 2020, Rz. 845a. Auf Bundesebene stellt Art. 25a VwVG den Rechtsschutz gegen Realakte sicher. Die Kantone kennen teils vergleichbare Bestimmungen (vgl. bspw. § 38a des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 [Organisationsgesetz, OG; SG 153.100]), während im Kanton Graubünden die direkte Anfechtung bestimmter Realakte möglich ist (vgl. Art. 28 Abs. 4 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 31. August 2006 [VRG; BR 370.100]).

19 So erachtete es in einem Fall betreffend die Information über das Auftreten von *Listeria monocytogenes* in Vacherin Mont d'Or eine Verpflichtung zur Anhörung «alle[r] an der Informationstätigkeit des Bundes Interessierten» als «völlig unpraktikabel» (BGE 118 Ib 473 E. 3b). Demgegenüber sprach sich das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen im Urteil K 2008/2 vom 19. August 2008 E. 4.2, für die grundsätzliche Geltung des Gehörsanspruchs im Vorfeld von Realakten aus. Das in der Folge angerufene Bundesgericht liess diese Frage offen (Urteil des Bundesgerichts 1C_448/2008 vom 13. März 2009 E. 5.1).

20 Eingehend dazu DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln. Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Zürich et al. 2013 Rz. 27 ff.

21 Vgl. bspw. ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTE-LIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II: Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 1318 ff.; HELEN KELLER, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: Merten/Papier (Hrsg.), in Koordination mit Jörg Paul Müller und Daniel Thürer, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg et al. 2007, § 225 Rz. 9; PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich et al. 2003, Art. 29 N 1; JÖRG PAUL MÜLLER / MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 818.

22 So bspw. TOBIAS JAAG, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: Gauch/Thürer (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick*, Zürich et al. 2002, S. 29.

23 Eingehend zur Geltung und Tragweite der Verfahrensgrundrechte beim Verwaltungshandeln, das nicht in Verfügungsform erfolgt, THURNHERR (Fn. 20), Rz. 509 ff.; siehe auch PETER SALADIN, *Grundrechtsprobleme*, in: Funk (Hrsg.), *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte. Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium*, Wien 1981, S. 80.

24 Dazu THURNHERR (Fn. 20), Rz. 279 ff.

25 So THOMAS MÜLLER-GRAF, *Entrechtlichung durch Informalisierung?*, Ein Beitrag zur Handlungsformen- und Rechtsverhältnislehre im Verwaltungsrecht, Basel et al. 2001, S. 58 (bezüglich Art. 4 BV 1874).

26 So ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires*, ZSR 2004 II, S. 276.

27 Kritisch auch ENRICO RIVA, *Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte: Überlegungen zu Art. 25a VwVG*, SJZ 2007, S. 346; vgl. ferner BEATRICE WEBER-DÜRLER / PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), *VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2019, Art. 25a N 51, die darauf hinweisen, dass die nachträgliche Gehörsgewährung immerhin für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung sein kann.

BV). Zu beachten ist zudem, dass die Administrativuntersuchungen nur einen – wenngleich bedeutenden – Anwendungsfall für die Geltung der Verfahrensgrundrechte bei Realakten darstellen. Zwecks Behandlung der generellen Bedeutung der Verfahrensgrundrechte im Kontext von behördlichem Tathandeln werden nachfolgend zunächst die Realakte aus verfahrensrechtlicher Warte beleuchtet (b.) und anschliessend die Geltungskriterien von Art. 29 BV erläutert (c.).

b) *Realakte aus verfahrensrechtlicher Warte*

- 29 Begreift man jedes behördliche Tätigwerden als relativen Endpunkt eines Vorgangs der Informationssammlung und -verarbeitung mit dem Ziel der Rechtskonkretisierung, sind verfahrensfreie Handlungen und Entscheidungen logisch undenkbar.²⁸ Daraus folgt, dass auch den Realakten – nicht anders als den weiteren Handlungsformen der Verwaltung – ein Verfahren vorausgeht.²⁹ Dieses bildet zunächst Realgeschehen.³⁰ Abhängig vom konkreten Regelungsbedarf unterliegt es zudem Vorgaben, die aus dem Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht resultieren.
- 30 Das Gegenstand des vorliegend interessierenden Urteils bildende Verfahren mündete in den Administrativuntersuchungsbericht als Realakt. Es konstituiert sich indes selbst aus verschiedenen Tathandlungen, die im Zuge seiner Ausarbeitung vorgenommen werden.³¹ Insofern ist es durchaus korrekt, wenn das Bundesverwaltungsgericht die Administrativuntersuchung als solche als Realakt tituliert (vgl. E. 5.6). Zwecks Identifikation der verfahrensgrundrechtlichen Schutzbedürfnisse ist es indes aufschlussreich, wenn vom angestrebten Endpunkt des Verfahrens bzw. dessen Wirkungen – in casu vom Bericht – ausgegangen wird.

28 NIKLAS LUHMANN, Rechtssoziologie, Bd. 1, Reinbeck bei Hamburg 1972, S. 142, bezeichnet dies gar als «nahe an Banalität heranreichend».

29 PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008, Rz. 297, spricht in diesem Kontext von «Kreationsprozeduren» und bringt damit die Abgrenzung von den förmlichen Verfahren sprachlich zum Ausdruck. Der Gebrauch einer untechnischen Bezeichnung birgt allerdings die Gefahr einer Vernachlässigung von deren rechtlicher Relevanz. Zur Begründung für an die Handlungsform anknüpfenden Verfahrenstypenbildung THURNHERR (Fn. 20), Rz. 49 ff.

30 Vgl. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, § 27 Rz. 2; ferner MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren: Eine Annäherung, Bern 2010, S. 19, der begrifflich zwischen dem «öffentlichen Verfahren als einer soziologischen Grösse» und dem Verfahrensrecht differenziert.

31 Zur Unterscheidung zwischen Realakten als intendiertes Verfahrensergebnis und Realakten im Kontext von Verfahren THURNHERR (Fn. 20), Rz. 740 ff., und 927 ff.; DIES., Geltung und Tragweite der Verfahrensgarantien bei Realakten – zum unausgeschöpften Potential von Art. 29 BV, recht 2014, S. 245 f.

c) *Geltungskriterien von Art. 29 BV*

Art. 35 Abs. 2 BV statuiert den Grundsatz der Grundrechtsbindung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben. Die Lehre leitet daraus eine umfassende Grundrechtsbindung staatlichen Handelns «in allen seinen Erscheinungsformen, unabhängig von Rechtsnatur und Form (...), ob hoheitlich, ob nicht-hoheitlich, ob öffentlich-, ob privatrechtlich»³² ab. Allerdings kann von dieser Norm nicht zwingend auf die Geltung der Minimalgarantien prozeduraler Gerechtigkeit im Vorfeld jeglichen behördlichen Tätigwerdens geschlossen werden: Während die klassischen, auf die Abwehr staatlicher Eingriffe zielenden Freiheitsrechte auf die Schutzwürdigkeit bestimmter Sachverhalte der gesellschaftlichen Wirklichkeit abstellen und die Form staatlichen Tätigwerdens dabei grundsätzlich irrelevant ist, gilt dies nicht zwangsläufig auch für die Verfahrensgrundrechte. Diese knüpfen nämlich an ein spezifisches Verhältnis zwischen Privaten und Behörden an, das ein Schutzbedürfnis Ersterer zur Folge hat. Art. 35 Abs. 2 BV entbindet daher nicht von einer Konkretisierung gestützt auf den Zweck der Verfahrensgarantien. Nicht anders als beim nachträglichen Rechtsschutz sind somit auch mit Blick auf die Verfahrensgarantien aus der Vielzahl behördlicher Realakte jene Konstellationen zu identifizieren, die ein spezifisches Schutzbedürfnis wecken. Im Hinblick darauf sind zunächst abstrakte Geltungskriterien zu definieren, die anschliessend auf konkrete Sachverhalte anzuwenden sind.

Ausgangspunkt bildet die Existenz eines Schutzbedürfnisses. Das Bundesverwaltungsgericht bejaht die Grundrechtsgeltung mit dem Argument, A. sei «insgesamt wesentlich von der Administrativuntersuchung betroffen», da «die unter ihrer Verantwortung stehende Verwaltungstätigkeit im BWL und damit ihre Amtsführung sowie ihr Verhalten untersucht» worden sei und «ihr im Schlussbericht diverse Verfehlungen vorgeworfen und sie [...] für festgestellte Missstände verantwortlich gemacht» werde. Sie werde «durch den Schlussbericht somit – ähnlich einer Verfügung – unmittelbar in ihrer Rechtsstellung berührt, tangiert dieser doch ihre Persönlichkeitsrechte» (E. 5.10). Wenngleich der Schluss auf die Geltung des Gehörsrechts in dieser Konstellation naheliegt, ist es bedauerlich, dass sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Benennung der praktischen Konsequenzen der Administrativuntersuchung für A. sowie dem – reichlich oberflächlichen – Hinweis auf die Ähnlichkeiten des durch eine Verfügung ausgelösten Berührtseins begnügt. Ausgeblendet

32 GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 35 N 9 (Hervorhebung weggelassen).

wird nämlich die naheliegende Frage, ob die unter Art. 29a BV entwickelten Voraussetzungen für den nachträglichen Rechtsschutz gegen Realakte auch im Kontext von Art. 29 BV Geltung beanspruchen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 29a BV muss eine Anfechtungsmöglichkeit bestehen, wenn behördliche Realakte auf schützenswerte Rechtspositionen einwirken, die sich aus dem Verfassungs-, Gesetzes- oder Ordnungsrecht ergeben.³³ Diese Voraussetzung wäre in casu zweifellos erfüllt.

33 Da keine konträren Interessen ersichtlich waren und der nachträgliche Rechtsschutz nach überzeugender gerichtlicher Argumentation dem Schutzbedürfnis von A. nicht hinreichend Rechnung trägt (E. 5.9), erübrigte sich eine Austarierung mit anderen Interessen. Abhängig von der konkret zur Diskussion stehenden Konstellation können sich allerdings durchaus ergänzende Fragen stellen. Wie im Verfahren auf Erlass einer Verfügung gilt auch bei den übrigen Handlungsmodalitäten, dass sich die konkreten Fairnessanforderungen an ein bestimmtes Verfahren erst aufgrund einer umfassenden Interessenberücksichtigung und -abwägung identifizieren lassen. Dass die Verfahrensgrundrechte einer flexiblen Handhabung gegenüber offenstehen, leistet einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung praktischer Konkordanz in Konstellationen komplexer Interessengeflechte.³⁴

34 Veranschaulichen lässt sich dies anhand von zwei Facetten behördlichen Realhandelns: Wenngleich das vom Gesetzgeber mit Art. 25a VwVG kreierte nachträgliche Verfahren das Schutzbedürfnis nicht vollumfänglich befriedigt, birgt diese Norm doch ein Potenzial, welches sich in bestimmten Konstellationen für einen schonenden Interessenausgleich fruchtbar machen lässt. Anzuknüpfen ist zunächst an die vornehmlich in der Massenverwaltung verbreitete Regelung, wonach im Fall einer Einsprachemöglichkeit gegen eine beabsichtigte Verfügung von der vorgängigen Anhörung abgesehen werden kann (Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG). Überträgt man diese Konzeption auf das tatsächliche Verwaltungshandeln, rechtfertigt sich eine zeitliche Verlagerung der Anhörung auf das nachlaufende Verfügungsverfahren für jene Handlungsfelder – exemplarisch zu nennen ist der Schulbereich –, in denen eine grosse Zahl von Realakten ergeht, die «einen beschränkten Individualisierungsgrad aufweisen und demzufolge auch ähnlich lauten»³⁵.

33 BGE 143 I 336 E. 4.2 und 4.3.

34 Siehe zur Veranschaulichung die Diskussion der verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen an ausgewählte Konstellationen behördlichen Realhandelns bei THURNHERR (Fn. 31), S. 249 ff.

35 So die Charakterisierung der Massenverwaltung durch LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht. Eine Untersuchung über die Pflicht der staatlichen Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Bern et al. 1998, S. 192.

Zudem ist bei konsensualen Realakten nach der funktionalen Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen zu fragen, die gewisse Schutzbedürfnisse absorbiert. Der Begriff der «funktionalen Äquivalenz» beschreibt im vorliegenden Kontext das Potenzial der konsensualen Strukturen zur Gewährleistung von Teilen der verfahrensgrundrechtlich geforderten Schutzmechanismen. Das Augenmerk verlagert sich diesfalls auf die Koordination verfahrensinhärenter Kommunikationsstrukturen, insbesondere des gegenseitigen Austausches bzw. des Einigungsprozesses, mit den verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen.³⁶

4. Ausgewählte Folgefragen

Anerkennt man richtigerweise, dass auch im Kontext 35 behördlicher Realakte verfahrensgrundrechtliche Schutzbedürfnisse bestehen können, stellen sich verschiedene Folgefragen. Klärungsbedarf besteht dabei insbesondere hinsichtlich der Passgenauigkeit der herkömmlichen Dogmatik, wie sie im Kontext förmlicher Verfahren auf Erlass von Verfügungen bzw. Entscheiden entwickelt wurde.

Dies gilt zunächst für das Fehlerfolgenregime, mit dem 36 sich auch das Bundesverwaltungsgericht befusste. Es ist zweifellos korrekt, dass zwecks Stärkung der Bedeutung der Verfahrensgrundrechte auch hier von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs ausgegangen wird.³⁷ Anders als in förmlichen Verfahren auf Erlass einer Verfügung erweist sich die Aufhebung des Verfahrensergebnisses in Konstellationen wie der vorliegenden aber nicht als adäquat. Mit der Eliminierung der Ausführungen zur Person von A. hat das Bundesverwaltungsgericht eine passgenaue Lösung gefunden. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass – wie auch das Bundesgericht anzutönen scheint (vgl. E. 3.3) – der Bericht in der letztlich vorliegenden Form nach wie vor gewisse Rückschlüsse auf ihre Person zulässt. Dies hing indes auch damit zusammen, dass ihre Funktion ohnehin öffentlich bekannt war. Überdies liess es sich damit rechtfertigen, dass die Administrativuntersuchung ansonsten nicht zu einem Abschluss gebracht werden könnte, zumal ein nachträglicher Einbezug von A., die zum Zeitpunkt des Entscheids nicht mehr Angestellte des Bundes war, ausser Betracht fiel.

Fragen wirft sodann die rechtzeitige Geltendmachung 37 von Verletzungen der Verfahrensgarantien auf, die im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. August 2019 nicht thematisiert wird. Das Gericht begnügt sich

36 Eingehend dazu THURNHERR (Fn. 20), Rz. 574 ff.

37 Zur formellen Natur der Verfahrensgrundrechte statt vieler GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich et al. 2014, Art. 29 N 59 ff.

vielmehr mit der Wiedergabe der Aussage von A., sie sei nicht über die Durchführung der Untersuchung orientiert worden (E. 5.1). Da auch Private an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden sind (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV), haben sie Ausstandsbegehren praxisgemäss unverzüglich nach Kenntnisnahme eines möglichen Ausstandsgrunds zu stellen.³⁸ Gehörsverletzungen in förmlichen Verfahren sind sodann innert der Rechtsmittelfrist geltend zu machen. Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob auch der Geltendmachung von Verletzungen der Verfahrensgrundrechte im Kontext von Realakten zeitliche Limiten gesetzt werden müssten, zumal die Konsequenzen einer Feststellung der Verletzung einschneidend sein und die betreffenden Verfahrensschritte – wie das vorliegende Beispiel zeigt – später unter Umständen nicht nachgeholt werden können. Nicht anders als im Kontext von Art. 25a VwVG verdienen jedenfalls widersprüchliche und missbräuchliche Verhaltensweisen aufgrund verspäteter Geltendmachung keinen Schutz.³⁹

V. Fazit

- 38 Auslöser für die vier im vorliegenden Beitrag thematisierten Entscheide bildeten Rechtsfragen rund um die Bearbeitung von Personendaten bzw. den Zugang zu be-

38 Statt vieler BGE 134 I 20 E. 4.3.1; STEINMANN (Fn. 37), Art. 30 N 31.

39 Vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (Fn. 27), Art. 25a N 49.

hördlichen Informationen. Der bedeutendste Beitrag zur Rechtsentwicklung, der aus diesem Themenkomplex erwachsen ist, liegt indes in der bundesverwaltungsgerichtlichen Anerkennung des grundrechtlichen Gehörsanspruchs in Administrativuntersuchungen. Wenngleich ein höchstrichterlicher Entscheid in dieser Frage nach wie vor aussteht, wurde die verfahrensrechtliche Stellung der von solchen Untersuchungen Betroffenen bedeutend gestärkt. Um nicht Gefahr zu laufen, dass später Teile einer Untersuchung wiederholt bzw. aus dem Bericht eliminiert werden müssen, haben die untersuchenden Personen und Stellen daher auf die Einhaltung der Verfahrensgarantien zu achten. Auch den beauftragenden Stellen sei geraten, die Auftragnehmer entsprechend zu instruieren und auf die grundrechtlichen Anforderungen hinzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit diesem Entscheid überdies klargestellt, dass auch ausserhalb förmlicher Verfahren auf Erlass einer Verfügung oder eines Entscheids grundrechtliche Schutzbedürfnisse bestehen können. Es bleibt daher zu hoffen, dass das Urteil auch als Eisbrecher für die Anerkennung eines umfassenden Verfahrensverständnisses bzw. einer Ausdehnung des Geltungsbereichs von Art. 29 BV auf Verfahren im Vorfeld alternativer Handlungsformen Wirkung zeigt.