



Urteil vom 29. Juli 2019

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Ivo Hartmann.

Parteien

1. Michael **Lauber**,
Bundesanwaltschaft, Guisanplatz 1, 3003 Bern,
vertreten durch
Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt, und
MLaw Francesca Caputo, Rechtsanwältin,
Erni Caputo GmbH, Ankerstrasse 61,
Postfach, 8021 Zürich 1,
2. Dr. iur. Lorenz **Erni**,
Erni Caputo GmbH, Ankerstrasse 61,
Postfach, 8021 Zürich 1,
3. MLaw Francesca **Caputo**,
Erni Caputo GmbH, Ankerstrasse 61,
Postfach, 8021 Zürich 1,
Beschwerdeführende,

gegen

1. **Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft**,
Postfach 5221, 3001 Bern,
2. Prof. em. Peter **Hänni**,
c/o RA lic. iur. Lukas Blätter,
Dufourstrasse 40, Postfach, 8034 Zürich,

Sachverhalt:**A.**

Die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA) führte Sachverhaltsabklärungen zur Verfahrensführung der Bundesanwaltschaft (BA) im Zusammenhang mit den Untersuchungen betreffend die Strafanzeige der Fédération Internationale de Football Association (nachfolgend: FIFA) vom 18. November 2014 sowie weiteren damit im Zusammenhang stehenden Verfahren (nachfolgend: FIFA-Verfahrenskomplex) durch. Im Zentrum standen dabei insbesondere die informellen, nicht protokollierten Treffen des Bundesanwalts Michael Lauber (nachfolgend: Bundesanwalt) mit Vertretern der FIFA und dem Walliser Oberstaatsanwalt Rinaldo Arnold sowie die Frage, weshalb der Bundesanwalt die AB-BA nicht (vollständig) darüber informiert hatte.

B.

Die AB-BA prüfte in der Folge, ob allfällige Gründe vorliegen, welche die Eröffnung einer Disziplinaruntersuchung betreffend den Bundesanwalt rechtfertigen würden. Am 17. April 2019 betraute die AB-BA ihren Präsidenten mit der Instruktion des Verfahrens.

C.

Die AB-BA erstellte per 9. Mai 2019 schliesslich den «Bericht über die Vorabklärungen zu Händen der GPK im Zusammenhang mit der Frage über die Notwendigkeit einer Disziplinaruntersuchung».

Zugleich eröffnete sie mit Entscheid vom gleichen Tag ein Disziplinarverfahren gegen den Bundesanwalt.

D.

Mit Vertrag vom 19. Juni 2019 beauftragte die AB-BA den Auftragnehmer, Prof. em. Dr. iur. Peter Hänni, die Disziplinaruntersuchung gegen den Bundesanwalt durchzuführen. Mit Verfügung vom gleichen Tag setzte ihn die AB-BA formell als Leiter der Untersuchung zur Durchführung der Disziplinaruntersuchung sowie weitere Personen als Untersuchungsmitarbeiter ein.

E.

Am 1. Juli 2019 teilte der Bundesanwalt der AB-BA mit, dass er Dr. iur. Lorenz Erni und Francesca Caputo mit der Wahrung seiner Interessen im Disziplinarverfahren betraut habe.

F.

Dr. iur. Lorenz Erni ist zugleich Rechtsvertreter von Joseph Blatter in den Strafverfahren, welche die Bundesanwaltschaft im FIFA-Verfahrenskomplex gegen diesen als ehemaliges Organ der FIFA führt.

G.

Der Leiter der Disziplinaruntersuchung verfügte mit Instruktionsverfügung vom 3. Juli 2019, dass Dr. iur. Lorenz Erni und Francesca Caputo nicht als Vertreter und Beistände des Bundesanwalts zugelassen werden. Zugleich entzog er einer allfälligen Beschwerde gegen die Instruktionsverfügung die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung machte er geltend, dass seitens der Rechtsvertreter des Bundesanwalts ein konkreter Interessenskonflikt bestehe, da sie auf der einen Seite Vertreter einer Partei im FIFA-Verfahrenskomplex seien und auf der anderen Seite den Bundesanwalt vertreten, dessen Handlungen im Zusammenhang mit dem FIFA-Verfahrenskomplex im Disziplinarverfahren untersucht werden sollen.

H.

Gegen diese Zwischenverfügung erheben der Bundesanwalt, Dr. iur. Lorenz Erni und Francesca Caputo (nachfolgend: Beschwerdeführende) am 13. Juli 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung; eventuell sei sie aufzuheben. In prozessualer Hinsicht ersuchen sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

I.

Der Leiter der Untersuchung und die AB-BA (nachfolgend auch: Aufsichtsbehörde) reichen am 22. Juli 2019 je eine Vernehmlassung ein. Während die AB-BA von einer Antragsstellung absieht, schliesst der Leiter der Untersuchung auf die Abweisung der Beschwerde und des prozessualen Antrags.

J.

Die Beschwerdeführenden reichen am 25. Juli 2019 je identische Schlussbemerkungen ein und erhalten ihre Begehren aufrecht.

K.

Auf die weitergehenden Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidwesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat.

1.2 Vorliegend wird eine (Zwischen-)Verfügung nach Art. 5 VwVG angefochten. Eine Ausnahme was das Rechtsgebiet angeht, liegt nicht vor (Art. 32 VGG e contrario).

1.3 Sodann ist die Beschwerde gegen Verfügungen der AB-BA auf dem Gebiet der von der Vereinigten Bundesversammlung gewählten Mitglieder der Bundesanwaltschaft, wozu der Bundesanwalt gehört (Art. 20 Abs. 1 des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19. März 2010 [StBOG, SR 173.71], zulässig (vgl. Art. 33 Bst. c^{ter} VGG). Die strittige Instruktionsverfügung vom 3. Juli 2019 stammt jedoch nicht von der AB-BA, sondern vom Leiter der Untersuchung. Dieser ist nur unter der Voraussetzung als zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts zu qualifizieren, dass er als Instanz oder Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung in Erfüllung ihm übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügt hat (vgl. Art. 33 Bst. h VGG).

1.4

1.4.1 Art. 33 Bst. h VGG ist an Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG angelehnt und die beiden Vorschriften sind ineinander «verzahnt». Denn die Tatsache, ob eine Person oder Organisation als Aufgabenträger des Bundes anzusehen ist, entscheidet sowohl über die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes als auch über die Anfechtbarkeit von Verfügungen beim Bundesverwaltungsgericht.

1.4.2 Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG und demzufolge auch Art. 33 Bst. h VGG findet Anwendung auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen. Eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private liegt nur vor, soweit eine bewusste und gewollte Beteiligung erfolgt ist, also eine Inpflichtnahme des Privaten zwecks Mitwirkung beim Gesetzesvollzug (NADINE

MAYHALL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 1 Rz. 26, 29 f. und 33).

1.4.3 Vorliegend erfolgte mit Auftrag vom 19. Juni 2019 und der Einsetzungsverfügung vom gleichen Tag eine Aufgabenübertragung der AB-BA an den Leiter der Untersuchung. Dieser übernahm damit die Aufgabe, für die AB-BA eine Disziplinaruntersuchung durchzuführen und allfällige Amtspflichtsverletzungen des Bundesanwalts im Zusammenhang mit dem FIFA-Verfahrenskomplex zu untersuchen. Zudem wurden ihm «alle Rechte und Pflichten, welche einer Disziplinarbehörde zukommen» übertragen. Die Untersuchung der Amtsführung von Amtsträgern stellt eine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes dar. Ob dem Leiter der Untersuchung die öffentlich-rechtliche Aufgabe jedoch rechtmässig übertragen wurde und er in deren Erfüllung die Instruktionsverfügung vom 3. Juli 2019 zulässigerweise erliess, ist unklar und wird seitens der Beschwerdeführenden bestritten. Sie machen geltend, die Instruktionsverfügung vom 3. Juli 2019 sei nichtig.

1.5 Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGE 139 II 243 E. 11.2). Auch wenn der Leiter der Untersuchung keine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG sein sollte, ist das Bundesverwaltungsgericht dennoch zuständig, eine allfällige Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung vom 3. Juli 2019 festzustellen. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.

2.1 Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass sich in den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen betreffend die Bundesanwaltschaft keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Delegation der Untersuchungsführung an eine aussenstehende Person finde. Eine solche sei jedoch aufgrund der Bundesverfassung für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben an ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Personen zwingend erforderlich. Folglich sei der Leiter der Untersuchung nicht zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig oder ermächtigt gewesen.

2.2 Die AB-BA hält dem entgegen, dass das Dienstrecht des Bundesanwalts nicht nur in den ihn betreffenden Verordnungen der Bundesversammlung enthalten sei, sondern ergänzend durch das allgemeine Bundespersonalrecht geregelt werde. Der Bundesanwalt habe zwar eine singuläre

Stellung innerhalb der Bundesorgane, er sei jedoch keine Magistratsperson. Entsprechend könne für das Disziplinarverfahren insbesondere auf das Bundespersonalrecht abgestellt werden. Dieses sehe explizit die Möglichkeit einer Vergabe des Untersuchungsauftrags an eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Person vor. Der AB-BA komme bezüglich des Bundesanwalts die Stellung der Arbeitgeberin nach dem Bundespersonalrecht zu und die Durchführung einer Disziplinaruntersuchung, zu der die AB-BA explizit bemächtigt sei, gehöre zu den «Arbeitgeberentscheiden» betreffend den Bundesanwalt. Weil ihr zudem die Aufsicht über den Bundesanwalt als eigentliche Hauptaufgabe obliege, sei er als «ihr Personal» einzuordnen. Schliesslich gelte es zu berücksichtigen, dass die Mitglieder der AB-BA ihre Tätigkeit im Nebenamt ausführen würden. Entsprechend sei es ihr gar nicht möglich, eine Disziplinaruntersuchung betreffend den Bundesanwalt – nebst der sonstigen Aufsichtstätigkeit gegenüber der Bundesanwaltschaft – unter erheblichem Zeitdruck durchzuführen. Sinngemäss macht sie weiter geltend, es fehle am Fachwissen und der Fähigkeit eine Disziplinaruntersuchung selber korrekt durchführen zu können. Demnach sei die Beauftragung einer externen Person der einzig gangbare Weg für eine seriöse Untersuchung gewesen.

2.3 Der Leiter der Untersuchung verweist in seiner Stellungnahme darauf, dass er mit Einsetzungsbeschluss vom 19. Juni 2019 rechtmässig zur Untersuchung möglicher Amtspflichtsverletzungen eingesetzt worden sei. Gemäss diesem Beschluss würden die eingesetzten Fachpersonen über alle Rechte und Pflichten verfügen, welche einer Disziplinarbehörde zukommen. Mithin seien er und sein Team für die Durchführung der Disziplinaruntersuchung zuständig.

2.4 In ihren Schlussbemerkungen bringen die Beschwerdeführenden vor, dass der Bundesanwalt einen besonderen personalrechtlichen Status aufweise. Deshalb sei er dem Bundespersonalrecht nicht unterstellt. Ausgenommen davon seien einzig jene Bereiche, in denen die spezialrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts Rückverweise auf das Bundespersonalrecht enthalten würden. Vorliegend habe der Gesetzgeber jedoch das durchzuführenden Disziplinarverfahren abschliessend in den spezialrechtlichen Bestimmungen geregelt, ohne auf das allgemeine Bundespersonalrecht zu verweisen. Der Gesetzgeber habe in den spezialgesetzlichen Bestimmungen bewusst keine Delegation eines solchen Disziplinarverfahrens an Personen ausserhalb der Bundesverwaltung vorgesehen. Damit sei die angefochtene Instruktionsverfügung nichtig.

3.

3.1 Gemäss Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Diese Bestimmung wird von Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) aufgenommen. Danach können durch die Bundesgesetzgebung Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, mit Verwaltungsaufgaben betraut werden.

3.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre sind betreffend die Delegation von Verwaltungsaufgaben zwei Aspekte zu berücksichtigen. Einerseits bedarf die Übertragung von Verwaltungsaufgaben gemäss Art. 178 Abs. 3 BV einer formellgesetzlichen Grundlage (vgl. Urteil des BGer 2C_39/2018 vom 18. Juni 2019 E. 2.4). Andererseits darf aufgrund des hoheitlichen und durchsetzbaren Charakters der Verfügung nicht ohne Weiteres von der Verfügungsbefugnis von Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung ausgegangen werden, sondern eine solche bedarf grundsätzlich ebenfalls einer Grundlage in einem formellen Gesetz (BGE 144 II 376 E. 7.1). Mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe an eine verwaltungsexterne Einheit sind zwar die vom Übertragungsakt abgedeckten hoheitlichen Befugnisse verbunden, die zur Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgaben erforderlich bzw. unerlässlich sind (vgl. BGE 144 II 376 E. 7.1, BGE 137 II 409 E. 6.2 und BGE 129 II 331 E. 2.3.1; ISABELLE HÄNER, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 28.42). Die Verfügungsbefugnis reicht jedoch nur so weit, als wenigstens für die Übertragung der Aufgabe eine gesetzliche Grundlage vorliegt und diese die Berechtigung zu einseitiger verbindlicher Regelung allfälliger Rechtsverhältnisse mitenthält (Urteile des BGer 2C_39/2018 E. 2.4 und 2C_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2). Verlangt wird eine bereichsspezifische formellgesetzliche Auslagerungsermächtigung, die auf einen bestimmten Aufgabenbereich Bezug nimmt (GIOVANNI BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: St. Galler BV-Kommentar], Art. 178 Rz. 32; THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Stämpflis Handkommentar, 2007 [nachfolgend: RVOG-Kommentar, Art. 2 Rz. 93]).

4.

Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind und dem Leiter der Untersuchung eine Verfügungskompetenz zukommt.

4.1

4.1.1 Art. 31 Abs. 2 StBOG regelt die Aufgaben und Befugnisse der AB-BA im Zusammenhang mit Disziplinaruntersuchungen. Danach kann die Aufsichtsbehörde bei Amtspflichtsverletzungen gegenüber den von der Vereinigten Bundesversammlung gewählten Mitgliedern der Bundesanwaltschaft, d.h. insbesondere gegenüber dem Bundesanwalt, eine Verwarnung oder einen Verweis aussprechen oder eine Lohnkürzung verfügen. Das Reglement der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft vom 4. November 2010 (nachfolgend: AB-BA-Reglement; SR 173.712.243) hält weiter fest, dass für das Disziplinarverfahren nach Art. 31 Abs. 2 StBOG die Art. 16–19 der Verordnung der Bundesversammlung vom 1. Oktober 2010 über die Organisation und die Aufgaben der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (nachfolgend: Organisations- und Aufgabenverordnung; SR 173.712.24) und subsidiär das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar sind (Art. 5 AB-BA-Reglement).

4.1.2 Betreffend der Disziplinaruntersuchung regeln die Art. 16, 18 und 19 der Organisations- und Aufgabenverordnung die vorliegend nicht weiter interessierenden Disziplinar massnahmen, die Verjährung der disziplinarischen Verantwortlichkeit und das Verfahren zur Amtsenthebung. Zum Disziplinarverfahren selbst hält Art. 17 der Organisations- und Aufgabenverordnung sodann nur Folgendes fest:

¹ Disziplinar massnahmen können nur nach einer Untersuchung ausgesprochen werden.

² Mit Beendigung des Amtes endigt die Untersuchung automatisch.

³ Führt der gleiche Sachverhalt zu einer Untersuchung und zu einem Strafverfahren, so wird der Entscheid über Disziplinar massnahmen bis zur Beendigung des Strafverfahrens aufgeschoben. Aus wichtigen Gründen kann ausnahmsweise vor Beendigung des Strafverfahrens über Disziplinar massnahmen entschieden werden.

Die Verordnung äussert sich jedoch nicht dazu, ob mit der Durchführung einer Disziplinaruntersuchung auch ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Personen beauftragt werden können.

4.1.3 Ferner regelt Art. 9 der Organisations- und Aufgabenverordnung die Übertragung von Aufgaben. Danach kann die Aufsichtsbehörde einem oder mehreren Mitgliedern die Instruktion von Verfahren und die Vorbereitung von Entscheiden übertragen. Die Bestimmung regelt demnach gerade nicht den vorliegend strittigen Fall einer Auslagerung von Aufgaben an externe Personen, sondern einzig die Übertragung an einzelne Mitglieder der AB-BA, wie dies im Vorfeld der Disziplinaruntersuchung bezüglich der Betrauung des Präsidenten der AB-BA mit der Instruktion des Verfahrens (Vorabklärungen) erfolgt ist (vgl. Sachverhalt Bst. B).

4.1.4 Schliesslich erlaubt Art. 4 Abs. 1 AB-BA-Reglement der Aufsichtsbehörde schweizerische oder ausländische Sachverständige beiziehen zu können. Eine Ermächtigung zur Auslagerung einer Disziplinaruntersuchung ist damit jedoch ebenfalls nicht vorgesehen. Ohnehin wird die Disziplinaruntersuchung einzig im darauffolgenden, separaten Art. 5 AB-BA-Reglement geregelt.

4.1.5 Insgesamt finden sich in den spezifischen Organisations- und Verfahrensbestimmungen zur Disziplinaruntersuchung der AB-BA keine Rechtsgrundlagen, welche ihr die Auslagerung einer Untersuchung oder die Ausstattung einer externen Person mit Verfügungsbefugnissen erlauben würden.

4.1.6 Soweit die AB-BA ihre Verfügung vom 19. Juni 2019, mit welcher sie den Leiter der Untersuchung (sowie weitere Personen) mit der Disziplinaruntersuchung betraute, lediglich auf Art. 31 StBOG und Art. 17 der Organisations- und Aufsichtsverordnung stützt, genügt dies nach den obigen Darlegungen deshalb von vornherein nicht. Es stellt sich die Frage, ob anderweitige Rechtsgrundlagen bestehen.

4.2

4.2.1 Zunächst ist zu prüfen, ob die Regeln des Bundespersonalrechts – wie dies die AB-BA geltend macht – ergänzend herangezogen werden können.

4.2.2 Art. 98 Abs. 1 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) enthält folgende Bestimmung zur Disziplinaruntersuchung:

Die zuständige Stelle nach Artikel 2 [BPV] eröffnet die Disziplinaruntersuchung und bezeichnet die Person, die mit der Untersuchung beauftragt

wird. Mit der Disziplinaruntersuchung können auch Personen ausserhalb der Bundesverwaltung beauftragt werden.

4.2.3 Art. 22 StBOG äussert sich zur personalrechtlichen Stellung des Bundesanwalts und seiner Stellvertreter. Danach regelt die Bundesversammlung das Arbeitsverhältnis und die Besoldung dieser Funktionen (Abs. 1). Demgegenüber gilt – soweit das Strafbehördenorganisationsgesetz nichts anderes bestimmt – für die übrigen Staatsanwälte und für die Mitarbeiter der Bundesanwaltschaft das allgemeine Bundespersonalrecht. Der Bundesanwalt trifft die Arbeitgeberentscheide (Abs. 2). Folglich besteht innerhalb der Bundesanwaltschaft von Gesetzes wegen eine Zweiteilung bezüglich des personalrechtlichen Status des Bundesanwalts sowie seiner Stellvertreter einerseits und den restlichen Angestellten andererseits. Dies war ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers, der sich vom ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagenen Entwurf zum Strafbehördenorganisationsgesetz weitgehend entfernte. Anstatt dem Entwurf zu folgen und die Bundesanwaltschaft integral dem Bundespersonalrecht zu unterstellen, wies die Bundesversammlung dem Bundesanwalt – wie die Beschwerdeführenden zu Recht vorbringen – sowohl aufgrund der Parallelen seiner Tätigkeit und jenen der richterlichen Behörden als auch zur Sicherstellung seiner Unabhängigkeit von der Exekutive, einen «eigenen Status» zu (vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 20. Mai 2010 betreffend die Parlamentarische Initiative – Arbeitsverhältnis und Besoldung des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen [nachfolgend: Bericht RK-S Arbeitsverhältnis], BBl 2010 4101, S. 4102; vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafverfolgungsbehörden des Bundes vom 10. September 2008 [nachfolgend: Botschaft zum Entwurf des StBOG], BBl 2008 8125, S. 8157; Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 3. Juni 2009 betreffend das Strafbehördenorganisationsgesetz – Wahl des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin und Aufsicht über die Bundesanwaltschaft [nachfolgend: Bericht RK-S Erläuterungen], S. 2 f., abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch>> > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft des Bundesrates 08.066, abgerufen am 26. Juli 2019). Der Gesetzgeber schuf somit nicht nur eine spezielle Aufsichtsbehörde, sondern sah auch die Wahl des Bundesanwalts durch die Bundesversammlung vor und löste damit seine Funktion aus der Bundesverwaltung heraus. Da deswegen für ihn das allgemeine Bundespersonalrecht nicht gilt, sah sich der Gesetzgeber in der Folge dazu veranlasst, das Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts – analog zur sog. Richterverordnung vom 13. Dezember 2002 (SR 173.711.2) – in

einer separaten Verordnung zu regeln (Bericht RK-S Arbeitsverhältnis, BBl 2010 4101, S. 4102 f.; Bericht RK-S Erläuterungen, S. 5, welcher abermals festhält, dass für alle übrigen Mitglieder der Bundesanwaltschaft das Bundespersonalrecht gelte).

4.2.4 Entsprechend sieht Art. 2 Abs. 1 Bst. i des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.111.3) i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c BPV vor, dass das Bundespersonalgesetz nur für die Staatsanwälte und das Personal der Bundesanwaltschaft gemäss Art. 22 Abs. 2 StBOG gilt. Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a BPG gilt Bundespersonalrecht hingegen ausdrücklich nicht für die von der Bundesversammlung nach Art. 168 BV gewählten Personen, wozu der Bundesanwalt gehört (Art. 20 Abs. 1 StBOG; vgl. BERNHARD EHRENZELLER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 168 Rz. 31; Bericht RK-S Erläuterung, S. 5).

4.2.5 Die obigen Ausführungen lassen den Schluss zu, dass aus historischen und systematischen Überlegungen das Bundespersonalrecht und damit dessen Bestimmungen zum Disziplinarverfahren (Art. 98 ff. BPV) betreffend den Bundesanwalt keine Anwendung finden. Entsprechend erklärt auch Art. 5 AB-BA-Reglement neben den Art. 16–19 der Organisations- und Aufgabenverordnung ausdrücklich nur das Verwaltungsverfahrensgesetz für subsidiär anwendbar und gerade nicht das Bundespersonalrecht.

4.2.6 Dieses Ergebnis wird durch weitere Normen zum Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts gestützt.

4.2.6.1 Einerseits erliess der Gesetzgeber im Nachgang zur parlamentarischen Beratung zum Strafbehördenorganisationsgesetz die bereits angesprochene Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen vom 1. Oktober 2010 (SR 173.712.23). Diese Verordnung regelt das Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts in eigenständiger Form. Zwar wird an verschiedenen Stellen auf Bestimmungen des Bundespersonalrechts Bezug genommen. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine umfassende, subsidiäre Anwendbarkeit des Bundespersonalrechts, sondern lediglich um punktuelle Verweise; so betreffend die Amtsdauer (Art. 4), die Besoldung (Art. 6 f.), die Sozialleistungen (Art. 8), den Urlaub (Art. 11) und den Auslagenersatz (Art. 12). Dort, wo das Bundespersonalrecht trotz des eigenständigen personalrechtlichen Status des Bundesanwalts dennoch gilt, wird dies in der vorne zitierten Verordnung somit explizit erwähnt.

4.2.6.2 Andererseits beschloss der Gesetzgeber gestützt auf Art. 27 Abs. 3 StBOG die Organisations- und Aufgabenverordnung, da sich das Strafbehördenorganisationsgesetz nur zu den Grundzügen der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft äussert. Entsprechend finden sich auf Gesetzesstufe zwar immerhin die Disziplinarbefugnisse der Aufsichtsbehörde. Näheres regelt das Strafbehördenorganisationsgesetz jedoch nicht. Die Verordnung normiert die Organisation und die Aufgaben der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft, soweit sie nicht durch das Strafbehördenorganisationsgesetz festgelegt wird (Art. 1 Organisations- und Aufgabenverordnung). Sie dient demnach der Lückenfüllung (vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 20. Mai 2010 betreffend die Parlamentarische Initiative – Organisation und Aufgaben der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft [nachfolgend: Bericht RK-S Organisation und Aufgaben], BBl 2010 4117, S. 4119). Art. 16 ff. der Organisations- und Aufgabenverordnung regeln sodann die Disziplinaruntersuchung detailliert. Sie enthalten jedoch – im Gegensatz zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts – an keiner Stelle einen Verweis auf das allgemeine Bundespersonalrecht und dessen Normen zur Disziplinaruntersuchung.

4.2.6.3 Ferner lässt sich den Materialien entnehmen, dass die Bestimmungen zum Verfahren und der Verjährung der Disziplinaruntersuchung (Art. 17 und 18 der Organisations- und Aufgabenverordnung) „weitestgehend“ den Art. 98–100 BPV entsprechen (vgl. Bericht RK-S Organisation und Aufgaben, BBl 2010 4117, S. 4124). Daraus lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen. Auf der einen Seite sind die Bestimmungen zwar eng an jene des Bundespersonalrechts angelehnt. Nichtsdestotrotz hat der Gesetzgeber in der Organisations- und Aufgabenverordnung aber eigenständige Normen erlassen und darauf verzichtet, die Bestimmungen des Bundespersonalrechts in den Normen ausdrücklich als sinngemäss anwendbar zu erklären. Auf der anderen Seite hat die Organisations- und Aufgabenverordnung zwar zahlreiche Bestimmungen der Art. 98–100 BPV übernommen. Nach den Materialien entsprechen die Bestimmungen jedoch nur „weitestgehend“ dem Bundespersonalrecht. So weicht Art. 17 der Organisations- und Aufgabenverordnung gerade in dem Punkt von Art. 98 Abs. 1 BPV ab, als insbesondere der Passus fehlt, dass mit der Disziplinaruntersuchung auch Personen ausserhalb der Bundesverwaltung betraut werden können.

4.2.6.4 Dies legt den Schluss nahe, dass sich der Gesetzgeber zwar an das Bundespersonalrecht anlehnen wollte, teilweise aber abweichende Regeln erlassen hat. Soweit die Organisations- und Aufgabenverordnung abweicht, stellt dies einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers dar.

4.2.6.5 Dies zeigt sich nicht zuletzt mit Blick auf die Befugnisse der AB-BA im Rahmen ihrer allgemeinen Aufsichtstätigkeit. Dort sieht Art. 30 Abs. 2 StBOG vor, dass die Aufsichtsbehörde auch Personen mit der Einholung von Auskünften oder mit einer Inspektion betrauen kann. Vermutet die Aufsichtsbehörde gar Mängel, die ein Einschreiten von Amtes wegen erfordern, sehen die Materialien ausdrücklich vor, dass sie eine formelle Administrativuntersuchung gemäss Art. 27a ff. RVOV anordnen kann, mit welcher «in der Regel eine geeignete Person ausserhalb der Verwaltung betraut» wird (vgl. Botschaft zum Entwurf des StBOG, BBl 2008 8125, S. 8159; vgl. zur Massgeblichkeit der Botschaft zum Entwurf des StBOG aufgrund der nachträglich von der Kommission des Ständerats für Rechtsfragen beantragten Änderungen: Bericht RK-S Erläuterungen, S. 5 [ad Art. 21, 22]). Mithin ist die Auslagerung von Aufgaben im Rahmen der allgemeinen Aufsichtstätigkeit der AB-BA grundsätzlich nicht fremd, weshalb das Fehlen jeglicher Regelungen im Zusammenhang mit den verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Disziplinaruntersuchung erst Recht einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers nahelegt.

4.2.6.6 Es geht deshalb nicht an, das Bundespersonalrecht insgesamt oder Art. 98 Abs. 1 BPV im Besonderen auf dem Wege der Lückenfüllung ergänzend zur Anwendung bringen zu wollen. Vielmehr hat der Gesetzgeber das Disziplinarverfahren der AB-BA abschliessend geregelt („qualifiziertes Schweigen“). Entgegen der AB-BA muss somit der Umkehrschluss gezogen werden, dass das Bundespersonalrecht für den Bundesanwalt nur dort gilt, wo es ausnahmsweise ausdrücklich als anwendbar erklärt wird.

4.2.7 Zusammengefasst ergibt sich, dass die Bestimmungen des Bundespersonalrechts nicht ergänzend zur Anwendung gelangen. Zudem ist bezüglich der Bestimmungen der Organisations- und Aufgabenverordnung von einer abschliessenden Ordnung auszugehen („qualifiziertes Schweigen“), was eine analoge Anwendung von Art. 98 Abs. 1 BPV in jedem Fall ausschliesst. Die Aufgabenübertragung an den Leiter der Disziplinaruntersuchung erfolgte somit ohne eine gesetzliche Grundlage, weshalb ihm bereits deshalb keine Verfügungskompetenz zukommen kann.

4.2.7.1 Bei diesem Ergebnis braucht die Frage, ob Art. 98 Abs. 1 BPV im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Auslagerung von Verwaltungsaufgaben (vgl. oben E. 3) für die Betrauung externer Personen mit der Disziplinaruntersuchung überhaupt ausreichend gewesen wäre (kritisch hierzu auch das Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 19. Dezember 2002 zu Handen der Delegation der Geschäftsprüfungskommission, in: VPB 2003 Nr. 100, S. 985 ff., S. 994 f. betreffend die Administrativuntersuchung), vorliegend nicht geklärt zu werden.

4.2.7.2 Selbst wenn im Übrigen davon ausgegangen würde, dass Art. 98 Abs. 1 BPV ergänzend anwendbar wäre und implizit eine Verfügungskompetenz beinhalten würde, änderte sich letztlich nichts am obigen Ergebnis (E. 4.2.7). Damit insoweit von der rechtmässigen Verfügungskompetenz der ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Person ausgegangen werden könnte, bedarf es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest hierfür einer formellgesetzlichen Bestimmung (vgl. BGE 144 II 376 E. 7.1). Art. 25 BPG als einzige formgesetzliche Grundlage der Disziplinaruntersuchung im Bundespersonalrecht (vgl. BERNHARD WALDMANN, Das Disziplinarwesen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 101 Fn. 24) sieht solches jedoch gerade nicht vor.

4.3 Schliesslich bestimmt Art. 57 Abs. 1 RVOG, dass der Bundesrat und die Departemente Organisationen und Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, zur Beratung beiziehen können. Die Bestimmung ermächtigt aber einzig den Bundesrat bzw. die Departemente und nicht die AB-BA, externe Sachverständige beizuziehen (vgl. hierzu, aber nur auf Reglementsstufe Art. 4 Abs. 1 AB-BA-Reglement). Zudem soll einzig die Möglichkeit geschaffen werden, externe Berater konsultieren zu können und damit deren Fachwissen nutzbar zu machen (vgl. SÄGESSER, a.a.O., Art. 57 Rz. 7 ff. und 1 f.). Entsprechend sah beispielsweise auch der Entwurf zum Strafbehördenorganisationsgesetz vor, dass der Bundesrat bzw. das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartment (EJPD) im Rahmen der allgemeinen Aufsicht über die Bundesanwaltschaft mit der Beurteilung von Fachfragen «eine kleine Gruppe verwaltungsexterner Personen (z.B. Richter und Staatsanwälte im Ruhestand) beauftragt» (Botschaft zum Entwurf des StBOG, BBl 2008 8125, S. 8159). Die vorliegend erfolgte Auslagerung einer Disziplinaruntersuchung samt Ausstattung des Leiters der Untersuchung mit Verfügungskompetenz ist somit auch nicht von Art. 57 Abs. 1 RVOG gedeckt.

4.4 Anderweitige gesetzliche Grundlagen für die erfolgte Aufgabenübertragung oder die Übertragung von Verfügungskompetenzen der AB-BA auf eine externe Person sind nicht ersichtlich.

4.5

4.5.1 Nach dem Gesagten besteht seitens der AB-BA keine gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Disziplinaruntersuchung auf ausserhalb der Verwaltung stehende Personen und deren Ausstattung mit Verfügungsbefugnissen.

4.5.2 Selbst für den Fall, dass sich die Betrauung von ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Personen nicht nach den strengen Vorgaben von Art. 178 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 2 Abs. 4 RVOG (Vorbehalt des formellen Gesetzes) richten würden, bliebe die Aufsichtsbehörde in jedem Fall an das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) gebunden. Danach muss jedes staatliche Handeln auf der Grundlage generell-abstrakter Rechtsnormen beruhen, welche – entsprechend ihrer Wichtigkeit – insbesondere dem Erfordernis der ausreichenden Normstufe genügen müssen (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 5 Rz 32 und 36). Demnach verlangt auch das Legalitätsprinzip im vorliegenden Fall zumindest nach einer materiellrechtlichen Grundlage.

Da es jedoch – wie soeben dargelegt – ganz grundsätzlich an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, führt auch die Betrachtung unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips zu keinem anderen Ergebnis.

4.6 Dass vor diesem Hintergrund auch mit dem zwischen der AB-BA und dem Leiter der Untersuchung vereinbarten Auftrag vom 19. Juni 2019 die fehlende gesetzliche Grundlage für das staatliche Handeln der AB-BA (Art. 5 Abs. 1 BV) sowohl betreffend die Auslagerung der Disziplinaruntersuchung als auch betreffend die Verfügungskompetenz nicht kompensiert werden kann, versteht sich von selbst.

4.7 Das Ansinnen der AB-BA, mit der Disziplinaruntersuchung externe Personen zu beauftragen, mag zwar, angesichts der zeitlichen Dringlichkeit der Untersuchung und der Tatsache, dass die Mitglieder der AB-BA nebenamtlich tätig sind (Art. 3 Organisations- und Aufgabenverordnung), durchaus verständlich erscheinen. Letztlich obliegt es jedoch ihr, als speziell geschaffene Aufsichtsbehörde und mit Blick auf die klare Gesetzeslage, die Untersuchung selbst an die Hand zu nehmen. Immerhin kann sie sich da-

bei von externen Fachpersonen fortwährend beraten lassen und so allenfalls fehlendes Fachwissen einholen (Art. 4 AB-BA-Reglement), einzelne oder mehrere Mitglieder mit der Untersuchung betrauen und auf ihr ständiges Sekretariat zurückgreifen (Art. 9 Abs. 1 sowie Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 Organisations- und Aufgabenverordnung). Dies sollte für die eigenhändige Durchführung des Disziplinarverfahrens betreffend den Bundesanwalt ausreichend sein, zumal der Katalog zu klärender Fragen überschaubar ist und die AB-BA die Voruntersuchung führte und somit bestens mit dem Untersuchungsgegenstand vertraut ist.

5.

5.1 Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund kommt insbesondere die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in Betracht, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (BGE 139 II 243 E. 11.2 und BGE 132 II 342 E. 2.1; Urteil des BVGer A-495/2014 vom 27. Oktober 2014 E. 1.3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1105; THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 7 Rz. 41 ff.). Fehlt es einem externen Träger an Hoheitsgewalt, so sind die von ihm erlassenen Verfügungen absolut nichtig (BGE 130 III 97 E. 3.2; MAYHALL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 1 Rz. 16).

5.2 Nach dem Gesagten hat der Leiter der Untersuchung die Verfügung vom 3. Juli 2019 erlassen, ohne dass ihm die Aufgabe zur Durchführung der Untersuchung und die damit verbundenen Verfügungsbefugnisse von der AB-BA mit Verfügung vom 19. Juni 2019 rechtmässig übertragen worden sind. Der eingesetzte Leiter der Untersuchung war somit weder zuständig noch kam ihm Verfügungsgewalt zu. Die von ihm am 3. Juli 2019 erlassene Verfügung leidet folglich an einem offensichtlichen Mangel, der ihre Nichtigkeit zur Folge hat. Die Annahme der Nichtigkeit gefährdet die Rechtssicherheit nicht.

6.

6.1 Die angefochtene Verfügung entfaltet demnach keinerlei Rechtswirkung. Sie kann somit auch nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sein. Mangels Anfechtungsobjekt ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung vom 19. Juni 2019 ist jedoch antragsgemäss im Dispositiv festzustellen (Urteil des BVGer A-2117/2018 vom 5. März 2019 E. 1.3; YVO HANGARTNER, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, AJP 2003, S. 1053 ff., S. 1054).

6.2 Das prozessuale Gesuch der Beschwerdeführenden um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erweist sich bei diesem Ergebnis als gegenstandslos.

7.

Aus Gründen der Prozessökonomie äussert sich das Bundesverwaltungsgericht ausnahmsweise bereits an dieser Stelle inhaltlich zur Zulässigkeit des angeordneten Vertretungsverbot.

7.1

7.1.1 Der Leiter der Untersuchung führte in der angefochtenen Verfügung aus, das Recht zur Verbeiständung und Vertretung gelte nicht absolut. Es könne unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei Vorliegen sachlicher Gründe eingeschränkt werden. Als sachliche Gründe gälten insbesondere Interessenskonflikte des Rechtsvertreters. Im konkreten Fall sei offenkundig, dass sich Dr. iur. Lorenz Erni, als Vertreter von Joseph Blatter in einem Strafverfahren der Bundesanwaltschaft und zugleich als Vertreter des Bundesanwalts – dessen Handlungen im Zusammenhang mit dem FIFA-Verfahrenskomplex Gegenstand einer Disziplinaruntersuchung bilden würden – in einem konkreten Interessenskonflikt befinde. Unter anderem bestehe ein Vertraulichkeitskonflikt, da Dr. iur. Lorenz Erni eine aus der Disziplinaruntersuchung erhaltene Information im Interesse von Joseph Blatter verwenden könnte und dies dem Bundesanwalt zum Nachteil gereichen könne (und umgekehrt). Im Übrigen verstosse der Bundesanwalt gegen den Code of Conduct der Bundesanwaltschaft vom 1. Juli 2017 (nachfolgend: CoC). § 5 CoC verpflichte die Staatsanwälte und die Mitarbeiter der Bundesanwaltschaft, sich in ihrem Privatleben jeder Tätigkeit und jedes Verhaltens, das zu Interessenskonflikten führen könne, zu enthalten. Zudem verbiete § 7 CoC Handlungen, die geeignet sein könnten, der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Integrität und Würde der Mitarbeiter

abträglich zu sein oder dem Ansehen ihrer Funktion auf sonstige Weise zu schaden. Dagegen verstosse der Bundesanwalt mit der erfolgten Mandatierung seiner Rechtsvertreter. Das Disziplinarrecht habe gerade den Zweck, das Ansehen und die Vertrauenswürdigkeit der betroffenen Behörde zu wahren. Folglich laufe es dem Zweck dieses Verfahrens zuwider, wenn der Bundesanwalt mit der erfolgten Mandatierung diesen Zweck konterkariere. Damit sei ein sachlicher Grund für die Einschränkung des Vertretungsrechts gegeben.

7.1.2 Die Beschwerdeführenden bringen ihrerseits vor, dass keine Grundlage für das angeordnete Vertretungsverbot bestehe. Der Leiter der Untersuchung habe das Verbot auf Art. 12 Bst. c des Anwaltsgesetzes vom 23. Juni 2000 (BGFA, SR 935.61) gestützt. Diese Bestimmung diene jedoch einzig dem Schutz der Rechtssuchenden vor Interessenskonflikten ihres Anwaltes. Vorliegend müsse der Beschwerdeführer 1 jedoch weder geschützt werden noch liege in der Sache ein konkreter Interessenskonflikt vor. So sei der Beschwerdeführer 1 gerade nicht Verfahrensleiter im gegen Joseph Blatter geführten Strafverfahren. Zudem betreffe das Disziplinarverfahren Fragen (insbesondere betreffend ein allfälliges drittes Treffen zwischen dem Bundesanwalt und dem derzeitigen FIFA-Präsidenten Gianni Infantino), die nicht ansatzweise mit dem Strafverfahren gegen Joseph Blatter zu tun hätten. Ferner lasse sich auch nicht mit Verweis auf § 5 und § 7 CoC ein Interessenskonflikt der beiden Rechtsvertreter begründen.

7.1.3 Die AB-BA äusserte sich nicht zum angeordneten Vertretungsverbot. Der Leiter der Untersuchung machte in seiner Stellungnahme zur Beschwerde seinerseits geltend, dass das Vertretungsverbot nicht nur aufgrund der privaten Interessen des Beschwerdeführers 1 erforderlich sei, sondern auch aufgrund gewichtiger öffentlicher Interessen am Schutz des Ansehens und der Vertrauenswürdigkeit der Bundesanwaltschaft als oberste Strafverfolgungsbehörde der Schweiz, der AB-BA und des Rechtsstaats an sich. Zudem lasse sich der Interessenskonflikt nicht allein mit Hinweis auf die anwaltliche Schweigepflicht aus dem Weg schaffen.

7.2

7.2.1 Als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör steht einer Partei das Recht zu, sich jederzeit auf jeder Stufe eines Verfahrens vertreten zu lassen. Die Parteien sollen selber bestimmen, wie sie ihre Verfahrensrechte – persönlich oder durch einen frei gewählten Vertreter – ausüben wollen (BGE 132 V 443 E. 3.3; RES NYFFENEGGER, in: Auer/Müller/Schind-

ler [Hrsg.], VwVG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 11 Rz. 2; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 615; VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 11 Rz. 1 f.; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 Rz. 98 f.; vgl. zum Strafverfahren: Urteile des BGer 1B_289/2012 und 1B_291/2012 vom 28. Juni 2012 E. 2.3.1; vgl. Urteil des BGer 1B_263/2016 vom 4. Oktober 2016 E. 2.1, wonach gestützt auf Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK und Art. 127 StPO ein Recht der angeschuldigten Person bestehe, zur Wahrung ihrer Interessen grundsätzlich einen Rechtsbeistand ihrer Wahl zu bestellen).

7.2.2 Nach dem Gesagten greift das Vertretungsverbot in das verfassungsmässige Recht auf Vertretung und Verbeiständung des Einzelnen bzw. in die freie Wahl seines Rechtsvertreters ein. Hierzu bedarf es einer hinreichenden Grundlage (zur Zulässigkeit von Einschränkungen gestützt auf das Prozessrecht: GEROLD STEINMANN, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 Rz. 57).

7.3

7.3.1 Im Strafverfahren ist anerkannt, dass das Recht der Beschuldigten Person auf freie Verteidigerwahl eine Schranke in den strafprozessualen und berufsrechtlichen Vorschriften findet. Dabei kann der verfahrensleitende Strafrichter insbesondere gestützt auf Art. 12 Bst. c BGFA eine Vertretung untersagen, wenn ein Interessenskonflikt vorliegt (Urteil des BGer 1B_263/2016 vom 4. Oktober 2016 E. 2.1; zur Pflicht der Behörden, bei schwerwiegenden Verletzungen der anwaltlichen Berufs- und Standespflichten des Verteidigers einzugreifen: Urteil des BStGer SK.2015.44 vom 30. September 2016 und 30. März 2017 E. 3.5.5.1). Gemäss Art. 12 Bst. c BGFA hat der Anwalt jeden Konflikt zwischen den Interessen seiner Klientschaft und Personen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu meiden. Ein Interessenskonflikt setzt eine Bindung voraus, die nahelegt, dass der Anwalt bei seiner Berufstätigkeit auf die Interessen dieser Person Rücksicht nimmt, sodass die vorbehaltlose Interessenwahrung für den Klienten beeinträchtigt werde (vgl. WALTER FELLMANN, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 12 Rz. 84a). Die Bestimmungen dienen damit insbesondere dem Schutz der Interessen des Vertretenen (vgl. Urteil 1B_510/2018 vom 14. März 2019 E. 2.1; BGE 126 I 194 E. 3d; Urteil des BStGer SK.2015.44 vom 30. September 2016 und 30. März 2017 E. 3.5.5.1). Zudem gelangen sie nur zur Anwendung, wenn ein konkretes Risiko eines Interessenskonflikts besteht;

eine bloss theoretische oder abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen reicht hingegen nicht aus (vgl. BGE 135 II 145 E. 9.1). In diesem Sinn hat auch das Bundesverwaltungsgericht ein von der ETH Beschwerdekommision verfügt Verbot geschützt, da sich die Rechtsvertreterin aufgrund eines Parteiwechsels in einem tatsächlichen und konkreten Interessenskonflikt befand (Urteil des BVGer A-6040/2018 vom 2. Mai 2019 E. 3.7.2–3.7.4).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer 1 die Beschwerdeführer 2 und 3 bewusst mit der Wahrung seiner Interessen mandatiert. Dass es vor diesem Hintergrund eines besonderen Schutzes des Beschwerdeführers 1 bedürfte, ist nicht ersichtlich. Der Leiter der Untersuchung begründete denn auch das Verbot insbesondere mit den auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen. Insoweit mag die erfolgte Mandatierung aus Sicht des Leiters der Untersuchung zwar effektiv als heikel erscheinen. Die von ihm vorgetragenen Gründe erschöpfen sich jedoch in der Skizzierung einer allfälligen abstrakten Gefahr und erscheinen nicht geeignet, einen konkreten Interessenskonflikt im Sinne des BGFA zu belegen. Im Übrigen betreffen die genannten Bestimmungen im CoC Verhaltenspflichten von Staatsanwälten und Mitarbeitenden der Bundesanwaltschaft. Sie sind deshalb von vornherein nicht geeignet, einen Interessenskonflikt seitens der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers 1 zu begründen.

7.3.2 Weiter lässt sich ein allfälliges Verbot auch nicht auf Art. 11 VwVG stützen. Die Bestimmung sieht nur für den Fall, dass eine Partei persönlich zu handeln hat oder Dringlichkeit besteht, eine Einschränkung des Vertretungsrechts vor. Dass die Tatbestandsvoraussetzungen anderweitiger Rechtsgrundlagen erfüllt wären, die eine allfällige Einschränkung des Vertretungsrechts legitimieren würden (Art. 11a VwVG; Art. 2 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 59 ZPO analog), ist ebenfalls nicht ersichtlich und wird vom Leiter der Untersuchung auch nicht vorgebracht.

7.3.3 Gestützt auf die Begründung der angefochtenen Instruktionsverfügung muss schliesslich davon ausgegangen werden, dass der Leiter der Untersuchung das Verbot als vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 56 VwVG zum Schutz des Zwecks der Disziplinaruntersuchung verstanden haben will. Er macht denn auch eine besondere Dringlichkeit geltend und stützt sich insbesondere auf die auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen (Schutz der Glaubwürdigkeit der Bundesanwaltschaft, der AB-BA und des Rechtsstaates). Dies allein genügt jedoch nicht

für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen kann nur angeordnet werden, was auch Gegenstand der Endverfügung bilden kann (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 56 Rz. 44; REGINA KIENER, in: VwVG-Kommentar, Art. 56 Rz. 8). Ist aufgrund der obigen Darlegungen für ein Vertretungsverbot im Disziplinarverfahren eine hinreichende Rechtsgrundlage erforderlich, gilt dies ebenso für das Massnahmenverfahren; Letzteres ersetzt die Rechtsgrundlage nicht. Nachdem eine solche nicht ersichtlich ist, kann ein Vertretungsverbot auch nicht auf dem Wege einer vorsorglichen Massnahme angeordnet werden.

7.4 Zusammengefasst ist das Vertretungsverbot aufgrund der vorgebrachten Gründe ebenfalls nicht ausgewiesen.

8.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

8.1 Die Verfahrenskosten werden bei einem Nichteintreten in der Regel der beschwerdeführenden Partei auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend rechtfertigt es sich aber, die Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Gegenstandslosigkeit von Verfahren analog anzuwenden, da die Nichtigkeit, welche zum Nichteintreten geführt hat, nur aufgrund einer Beschwerde festgestellt werden konnte und die Beschwerdeführenden mit ihrem Hauptbegehren die Feststellung der Nichtigkeit beantragt haben (vgl. A-2117/2018 E. 5.1).

Wenn ein Verfahren gegenstandslos wird, sind die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei aufzuerlegen, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (vgl. Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Das vorliegende Beschwerdeverfahren wurde, weil die angefochtene Instruktionsverfügung nichtig ist, nicht durch ein Verhalten der Beschwerdeführenden, sondern infolge eines Verhaltens der AB-BA bzw. des Leiters der Untersuchung notwendig. Den Beschwerdeführenden sind somit keine Kosten aufzuerlegen.

Die AB-BA – welche letztlich allein die nichtige Verfügung zu verantworten hat – können sodann keine Kosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG), weshalb von der Erhebung von Verfahrenskosten abzusehen ist.

8.2 Der Beschwerdeführer 1 ist angesichts der nichtigen Verfügung vom 3. Juli 2019 nach wie vor zulässigerweise anwaltlich vertreten. Da sich die Beschwerde vom Ergebnis her als gerechtfertigt erweist, ist ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen. Demgegenüber führen die Beschwerdeführenden 2 und 3 Beschwerde in eigener Sache, womit keine «echte» bzw. berufsmässige Vertretung vorliegt. Sie sind demnach – mangels Vorliegen besonderer Verhältnisse oder eines ausserordentlichen Aufwands – von vornherein nicht entschädigungsberechtigt (Urteil des BGer 2C_350/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 3.4; Urteil des BVGer A-3539/2016 vom 8. Juni 2017 E. 10.3; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 4.77).

Die Parteientschädigung für den Beschwerdeführer 1 ist gemäss Art. 7 ff. VGKE festzusetzen (vgl. A-2117/2018 E. 5.2). Mangels Kostennote wird die Parteientschädigung von Amtes wegen, unter Berücksichtigung der Komplexität des Falles und des notwendigen Aufwandes, auf Fr. 3'000.– festgelegt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführenden um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Leiters der Untersuchung vom 3. Juli 2019 im Sinn der Erwägungen nichtig ist.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Die AB-BA wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer 1 nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'000.– zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden 1–3 (Gerichtsurkunde; vorab per E-Mail je direkt)
- die AB-BA (Gerichtsurkunde; vorab per E-Mail)
- den Leiter der Untersuchung (Einschreiben; vorab per E-Mail)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Ivo Hartmann

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: