

moyens financiers pour prendre en charge ses frais de défense en lien avec la procédure au fond (arrêt du Tribunal fédéral 7B\_238/2023 du 18 juillet 2023 consid. 2.4), étant précisé qu'il ressort du dossier que le prévenu ne dispose pas de tels moyens. Celui-ci a en effet indiqué, dans le formulaire relatif à sa situation personnelle et patrimoniale transmis à l'occasion des débats d'appel, le 31 janvier 2023, ne percevoir aucun revenu – hormis le pécule versé pour son travail en détention – et ne disposer d'aucune fortune. Il sied de relever à cet égard que la seule prise de connaissance du dossier implique déjà des frais de défense importants (voir, à titre d'illustration, les plus de 90 heures facturées par Me G. pour la reprise du dossier et des conférences avec son client pour la seule procédure d'appel). Il y a ici lieu de souligner que la Cour a délivré trois autorisations de visite permanentes pour Me C. et ses collaborateurs, ce qui augure d'une activité entraînant des frais non négligeables. Le maintien, aux côtés du nouveau défenseur de choix de A., Me C., et jusqu'au terme de la procédure d'appel, du mandat de défenseur d'office de Me G. – qu'il exerce désormais depuis neuf années – est en outre de nature à servir les intérêts de la justice et permet de garantir la poursuite d'une défense efficace de A., étant souligné que le libre choix de désigner son défenseur a dans le même temps été respecté. Il est encore relevé que les exigences pour révoquer le mandat à ce stade de la procédure, à savoir après que la Cour a rendu le dispositif de son arrêt, doivent être plus élevées afin de tenir compte de l'état d'avancement de la procédure et de la nature des tâches incombant encore au défenseur d'office, étant également précisé que l'indemnité allouée à Me G. par arrêt du 30 mai 2023 couvre son mandat jusqu'à l'issue de la procédure d'appel.

## TPF 2023 182

24. Auszug aus dem Beschluss der Beschwerdekammer in Sachen Xplain AG gegen Oberson Abels SA und Bundesanwaltschaft vom 7. Dezember 2023 (BB.2023.181)

*Akteneinsicht eines Administrativuntersuchungsorgans in einem hängigen Strafverfahren*

**Art. 101 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 27a ff. RVOV**

**Eine Administrativuntersuchung nach Art. 27a ff. RVOV ist kein  
Verwaltungsverfahren. Das mit einer solchen Administrativuntersuchung**

**betaute Untersuchungsorgan ist keine Behörde. Demnach kann diesem gestützt auf Art. 101 Abs. 2 StPO keine Akteneinsicht gewährt werden (E. 2). Prüfung und Verneinung der Akteneinsicht nach Art. 101 Abs. 3 StPO (E. 3).**

*Consultation du dossier d'une procédure pénale pendant par un organe chargé d'une enquête administrative*

**Art. 101 al. 2 et 3 CPP, art. 27a ss OLOGA**

**Une enquête administrative au sens des art. 27a ss OLOGA n'est pas une procédure administrative. L'organe à qui est confiée l'enquête administrative n'est pas une autorité. Par conséquent, il ne peut se prévaloir de l'art. 101 al. 2 CPP pour consulter le dossier (consid. 2). Faculté en vertu de l'art. 101 al. 3 CPP également niée en l'espèce (consid. 3).**

*Esame degli atti di una procedura penale pendente da parte di un organo d'inchiesta amministrativa*

**Art. 101 cpv. 2 e 3 CPP, art. 27a e segg. OLOGA**

**Un'inchiesta amministrativa giusta gli art. 27a e segg. OLOGA non è una procedura amministrativa. L'organo a cui è affidata una simile inchiesta non è un'autorità. Di conseguenza non può esaminare gli atti giusta l'art. 101 cpv. 2 CPP (consid. 2). Facoltà di esaminare gli atti concretamente valutata e negata anche giusta l'art. 101 cpv. 3 CPP (consid. 3).**

**Zusammenfassung des Sachverhalts:**

Mit Medienmitteilung vom 23. August 2023 informierte der Bundesrat die Öffentlichkeit darüber, dass die Hackergruppierung «Play» mit einem Ransomware-Angriff auf die Xplain AG Daten gestohlen und am 14. Juni 2023 mutmasslich das gesamte entwendete Datenpaket im Darknet veröffentlicht habe. Darunter befänden sich auch klassifizierte Informationen sowie besonders schützenswerte Personendaten aus der Bundesverwaltung. Nachdem der Bund Anfang Juni 2023 von der Xplain AG über den Angriff informiert worden sei, seien umgehend Massnahmen getroffen worden, um das Sicherheitsrisiko zu minimieren. Der Bundesrat habe an seiner Sitzung vom 23. August 2023 die Administrativuntersuchung zur Aufarbeitung der Ereignisse rund um den Datenabfluss bei der Xplain AG angeordnet und den Untersuchungsauftrag verabschiedet. Im Auftrag des Bundesrates werde das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) ein Untersuchungsorgan einsetzen, nämlich die Genfer Kanzlei Oberson Abels SA. Als unabhängige Stelle habe diese zu untersuchen, ob die

Bundesverwaltung bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung der Xplain AG sowie der Zusammenarbeit mit dieser Gesellschaft ihre Pflichten angemessen erfüllt habe.

Mit Schreiben vom 6. September 2023 ersuchte die Oberson Abels SA die Bundesanwaltschaft gestützt auf Art. 101 Abs. 2 StPO um Einsicht in die Akten der im Zusammenhang mit dem Ransomware-Angriff auf die Xplain AG eröffneten Strafuntersuchung gegen Unbekannt. Am 10. Oktober 2023 verfügte die Bundesanwaltschaft, dass dem Administrativuntersuchungsorgan Oberson Abels SA Einsicht in sämtliche Informationen und Erkenntnisse aus der Strafuntersuchung, welche Bundesbehörden bzw. Mitarbeitende sowie die Xplain AG bzw. deren Mitarbeitende betreffen, gewährt werde. Dagegen erhob die Xplain AG bei der Beschwerdekammer Beschwerde.

Die Beschwerdekammer hiess die Beschwerde gut und hob die Verfügung vom 10. Oktober 2023 auf.

#### **Aus den Erwägungen:**

#### **2.**

**2.1** Die Verfügung der Bundesanwaltschaft vom 10. Oktober 2023, womit der Oberson Abels SA Einsicht in die Akten des Strafverfahrens gewährt wird, stützt sich auf Art. 101 Abs. 2 StPO. Diese Norm bestimmt, inwiefern *Behörden* bei der Bearbeitung von *Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren* Einsicht in die Akten eines hängigen Strafverfahrens gewährt werden kann. Bevor der Frage nachgegangen wird, ob der Akteneinsicht durch die Oberson Abels SA gewichtige Interessen der Beschwerdeführerin entgegenstehen, ist zu prüfen, ob es sich beim Untersuchungsorgan nach Art. 27d der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) überhaupt um eine Behörde im Sinne von Art. 101 Abs. 2 StPO handelt.

#### **2.2**

**2.2.1** Die Oberson Abels SA wurde am 1. September 2023 im Auftrag des Bundesrates vom EFD als Untersuchungsorgan in der Administrativuntersuchung nach Art. 27a ff. RVOV zur Aufarbeitung der Ereignisse rund um den Datenabfluss bei der Beschwerdeführerin eingesetzt. Die Administrativuntersuchung wird in den Art. 27a–27j RVOV geregelt. Sie dient der Abklärung eines Sachverhalts, der im öffentlichen

Interesse ein Einschreiten von Amtes wegen erfordert (Art. 27a Abs. 1 RVOV). Die Administrativuntersuchung erfolgt hauptsächlich nach den Grundsätzen des VwVG (Art. 27g RVOV). Dennoch stellt sie kein eigentliches Verwaltungsverfahren dar (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 5.2.2; A-4744/2019 vom 6. April 2022 E. 7.6.4). Ein Verwaltungsverfahren ist ein formalisiertes, mithin rechtlich geregeltes Verfahren, das mit dem Erlass einer Verfügung endet (BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, 2019, S. 5). Die Administrativuntersuchung dient dem guten Gang der Verwaltung (UHLMANN/BURKOVAC, Administrativ- und Disziplinaruntersuchungen in der Bundesverwaltung, ZBl 121/2020, S. 351 ff., 353). Sie hat zu klären, ob in einer Behörde Unregelmässigkeiten aufgetreten sind und wenn ja, welches die Ursachen dafür sind. Darüber hinaus dient die Administrativuntersuchung dazu, das Vertrauen der Bevölkerung in die Verwaltungsdienste zu erhalten oder wiederherzustellen (vgl. VOISARD, L'auxiliaire dans la surveillance administrative, 2014, N. 102 und 103). Im Gegensatz zum Verwaltungsverfahren richtet sich die Administrativuntersuchung explizit nicht gegen bestimmte Personen (Art. 27a Abs. 2 RVOV; vgl. VOISARD, a.a.O; UHLMANN/BURKOVAC, a.a.O.). Die Administrativuntersuchung wird nicht mit einer anfechtbaren Verfügung, sondern mit einem Bericht abgeschlossen (Art. 27j Abs. 1 f. RVOV). Diesem kommt gegenüber den von der Administrativuntersuchung Betroffenen keine direkte rechtliche Wirkung zu (Urteil des Bundesgerichts 1A.137/2004 vom 25. Juni 2004 E. 1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6805/2009 vom 9. September 2010 E. 2.3.1 und A-4744/2019 vom 6. April 2022 E. 7.6.4). Hingegen können die Ergebnisse der Administrativuntersuchung Anlass zur Einleitung anderer, insbesondere personalrechtlicher Verfahren geben (Art. 27j Abs. 5 RVOV).

Gemäss Art. 27d Abs. 1 RVOV sind mit der Administrativuntersuchung Personen zu betrauen, die die erforderlichen persönlichen, beruflichen und fachlichen Voraussetzungen für eine solche Aufgabe erfüllen (lit. a); nicht im zu untersuchenden Aufgabenbereich tätig sind (lit. b); und nicht gleichzeitig und in gleicher Sache mit einem Disziplinarverfahren oder einem anderen personalrechtlichen Verfahren betraut sind (lit. c). Art. 27d RVOV hält ferner fest, dass die Untersuchung Personen ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen werden kann, wobei eine solche Person als Beauftragte der anordnenden Stelle handelt (Abs. 2). Die Untersuchungsorgane können im Rahmen ihres Auftrages Weisungen, aber keine Verfügung erlassen (Abs. 3).

**2.2.2** Was unter einer Behörde im strafrechtlichen Sinne zu verstehen ist, wird weder im Strafgesetzbuch noch in der Strafprozessordnung definiert. Es ist daher für die Definition der Behörde vom staats- und verwaltungsrechtlichen materiellen Behördenbegriff auszugehen (LIEBER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 104 StPO N. 18a). Auf Bundesebene wird der Behördenbegriff in Art. 1 Abs. 2 VwVG definiert: Demnach gelten als Behörden nebst dem Bundesrat, seinen Departementen, der Bundeskanzlei und der ihnen unterstellten Dienstabteilungen, Anstalten und anderen Amtsstellen der Bundesverwaltung (lit. a), die Organe der Bundesversammlung und der eidgenössischen Gerichte für erstinstanzliche Verfügungen und Beschwerdeentscheide nach dem Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (lit. b), die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe (lit. c), das Bundesverwaltungsgericht (lit. c<sup>bis</sup>), die eidgenössischen Kommissionen (lit. d) sowie *andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen* (lit. e; Hervorhebung durch dieses Gericht). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht erachten die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG insbesondere dann als gegeben, wenn Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung bei der Ausübung ihrer Funktion vollumfänglich in das Verwaltungsverfahren des Bundes eingebettet sind, indem sie Verfügungen erlassen können, die letztinstanzlich beim Bundesgericht oder Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind (BGE 130 III 524 E. 1.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 1.1).

**2.2.3** Das Untersuchungsorgan im Sinne von Art. 27d RVOV kann von Gesetzes wegen keine Verfügungen erlassen, d.h. es kann keine rechtlich verbindliche und anfechtbare Entscheidungen fällen. Es ist keine Instanz oder Organisation im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG. Das Untersuchungsorgan ist damit keine Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG. Auch handelt es sich beim vom Untersuchungsorgan zu führenden Administrativverfahren nicht um ein Verwaltungsverfahren (vgl. *supra* E. 2.2.1). Eine Akteneinsicht durch die Oberson Abels SA gestützt auf Art. 101 Abs. 2 StPO fällt daher von vornherein ausser Betracht. Insoweit ist die Beschwerde gegen die gestützt auf Art. 101 Abs. 2 StPO gewährte Akteneinsicht gutzuheissen.

3.

**3.1** An dieser Stelle ist zu prüfen, ob eine Akteneinsicht gestützt auf Art. 101 Abs. 3 StPO in Frage käme. Demnach können Dritte die Akten einsehen, wenn sie dafür ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Entgegen dem unpräzisen Wortlaut von Art. 101 Abs. 3 StPO genügt jedoch nicht, dass der Dritte ein schützenswertes Interesse geltend macht. Vielmehr muss er ein solches haben (BGE 147 I 463 E. 3.3.1; Urteil des Bundesgerichts 1B\_55/2019 vom 14. Juni 2019 E. 3.4) bzw. belegen (BRÜSCHWEILER/GRÜNIG, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 101 StPO N. 10). Andernfalls hat er von vornherein kein Recht auf Akteneinsicht (BGE 147 I 463 a.a.O.; Urteil des Bundesgerichts 1B\_306/2014 vom 12. Januar 2015 E. 2.1). Die nicht verfahrensbeteiligte Drittperson hat regelmässig ein geringeres Interesse an der Akteneinsicht als die Partei, die diese zur Wahrung ihrer Rechte im Verfahren benötigt. Ein schützenswertes Interesse der Drittperson im Sinne von Art. 101 Abs. 3 StPO ist praxisgemäss nur ausnahmsweise und in begründeten Fällen zu bejahen. Andernfalls drohen Missbräuche und Verzögerungen (vgl. Art. 102 Abs. 1 StPO; BGE 147 I 463 E. 3.3.1; Urteile des Bundesgerichts 1B\_590/2020 vom 17. März 2021 E. 7.1; 1B\_55/2019 vom 14. Juni 2019 E. 3.4 f.; 1B\_340/2017 vom 16. November 2017 E. 2.1, in: SJ 2018 I S. 301 ff.; je mit Hinweisen). Ein Interesse des Dritten gilt mithin nur dann als schutzwürdig, wenn dieser zwingend auf die Akteneinsicht angewiesen ist (Urteil des Bundesgerichts 1B\_55/2019 vom 14. Juni 2019 E. 3.6; HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2023, Art. 101 StPO N. 23; BRÜSCHWEILER/GRÜNIG, a.a.O.).

Hat die Drittperson ein schützenswertes Interesse, muss dieses gegen öffentliche oder private Interessen abgewogen werden, die der Einsichtnahme entgegenstehen. Überwiegt das öffentliche oder private Interesse, hat die Drittperson kein Recht auf Akteneinsicht. Rechnung zu tragen ist dabei insbesondere dem öffentlichen Interesse an einer ungestörten Durchführung des Strafverfahrens (BGE 147 I 463 E. 3.3.1; Urteile 1B\_340/2017 vom 16. November 2017 E. 2.1; 1B\_353/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3; 1B\_306/2014 vom 12. Januar 2015 E. 2.1; 1B\_33/2014 vom 13. März 2014 E. 2.2; je mit Hinweisen).

**3.2** Die Oberson Abels SA hat im Gesuch um Akteneinsicht vom 6. September 2023 nicht geltend gemacht, dass für die Administrativuntersuchung zwingend Einsicht in die Akten des

Strafverfahrens nötig sei. Ihr Gesuch stütze sich einzig auf den (vorliegend nicht anwendbaren) Art. 101 Abs. 2 StPO. Auch die Bundesanwaltschaft hat das Akteneinsichtsgesuch nur im Lichte des Art. 101 Abs. 2 StPO geprüft. Dabei hat sie in der angefochtenen Verfügung festgehalten, dass das Administrativuntersuchungsorgan zur Aufarbeitung des Vorgefallenen rund um den Datenabfluss bei der Xplain AG und mithin für die Wahrheitsfindung offensichtlich Einsicht in die Akten des Strafverfahrens benötige, zumal die Bundesanwaltschaft auf strafprozessualen Weg Informationen, insbesondere bei Dritten, erheben könne, auf welche Daten das Administrativuntersuchungsorgan keinen Zugriff habe; diese Feststellung begründet indessen nicht eine zwingend erforderliche Akteneinsicht im Sinne von Art. 101 Abs. 3 StPO. Der Umstand allein, dass die Oberson Abels SA, anders als die Bundesanwaltschaft, gewisse Akten nicht erheben könne, bedeutet nicht, dass die Oberson Abels SA für die Ausführung des ihr erteilten Auftrags genau auf jene Akten angewiesen ist.

**3.3** Sofern ein schutzwürdiges Interesse des Dritten gemäss Art. 101 Abs. 3 StPO besteht, kann die Akteneinsicht nur dann gewährt werden, wenn diesem keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. In ihrer Verfügung vom 10. Oktober 2023 führte die Bundesanwaltschaft diesbezüglich aus, es bestehe eine gewisse Gefahr, dass Informationen unkontrolliert verbreitet werden könnten. Diesem Risiko sei aber damit zu begegnen, dass auch die Bundesanwaltschaft mittels separatem Rechtshilfeersuchen jederzeit Einsicht in die Administrativuntersuchung nehmen, Kenntnis der allenfalls dort geplanten Befragungen erhalten und diese bei Bedarf gestützt auf Art. 27b RVOV verhindern oder hinauszögern könne. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die von einer Administrativuntersuchung betroffenen Personen haben Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6908/2017 vom 27. August 2019 E. 5). Sie haben das Recht, alle Akten, die sie betreffen, einzusehen und dazu Stellung zu nehmen (Art. 27g Abs. 4 RVOV). Liegen dem Administrativuntersuchungsorgan Akten eines Strafverfahrens vor, kann es z.B. im Rahmen von Befragungen, Informationen daraus bekannt geben. Der Umstand, dass die Bundesanwaltschaft Einsicht in die Akten der Administrativuntersuchung nehmen kann, ändert am Anspruch der von der Administrativuntersuchung betroffenen Personen auf Gewährung des rechtlichen Gehörs nichts. Auch beeinflusst die Einsicht in die Akten der Administrativuntersuchung durch die Bundesanwaltschaft nicht die Fragen und Vorhalte, die im Rahmen der Administrativuntersuchung getätigt

werden. Die Leitung der Administrativuntersuchung obliegt dem entsprechenden Organ; die Bundesanwaltschaft hat nicht die Kompetenz, Befragungen im Administrativuntersuchungsverfahren zu verhindern oder hinauszuzögern. Eine solche Kompetenz ist auch nicht Art. 27b RVOV zu entnehmen. Vielmehr sieht diese Bestimmung vor, dass die anordnende Stelle (im vorliegenden Fall der Bundesrat) die Administrativuntersuchung sistieren oder abbrechen kann. Die Bundesanwaltschaft hat sich schliesslich nicht dazu geäußert, ob der Akteneinsicht durch das Administrativuntersuchungsorgan öffentliche Interessen entgegenstehen, namentlich das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Interesse der wirksamen Strafverfolgung. Gemäss Art. 27b RVOV darf eine Administrativuntersuchung Strafuntersuchungen nicht behindern. Die Bundesanwaltschaft hat daher *vorgängig* zu prüfen, ob im aktuellen Zeitpunkt eine Akteneinsicht bzw. die allfällige Verwendung der in diesen Akten enthaltenen Informationen durch das Administrativuntersuchungsorgan den ungestörten Verlauf der Strafuntersuchung gefährdet oder nicht. Dabei sind der Verfahrensstand und die noch durchzuführenden Untersuchungshandlungen von grundsätzlicher Relevanz.

Mangels Angaben zum schutzwürdigen Interesse an der Akteneinsicht im Sinne von Art. 101 Abs. 3 StPO und der darauf gerichteten Abwägung gegenüber allfällig überwiegenden (privaten) und öffentlichen Interessen, sind vorliegend auch für die Gewährung der Akteneinsicht an Dritte die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben.