



Urteil vom 1. Juli 2022

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

X. _____,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Y. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerischer Bundesrat,
Bundeshaus West, 3003 Bern,
handelnd durch das Eidgenössische Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF)
Bundeshaus Ost, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Wahl der Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision.

Sachverhalt:**A.**

X. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) wurde mit öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag vom 10. bzw. 14. Juli 2003 per 1. Dezember 2003 vom ETH-Rat als Leiterin des Sekretariats der ETH-Beschwerdekommision angestellt. In dieser Funktion amtierte sie seit dem 1. Januar 2004 auch als Mitglied der ETH-Beschwerdekommision von Amtes wegen.

In der Sitzung vom 25./26. September 2019 bestätigte sie der ETH-Rat – als nach bisherigem Recht zuständige Wahlbehörde im Rahmen einer Erneuerungswahl nebst der Wahl von weiteren Mitgliedern für die Amtsperiode 2020–2023 – als Mitglied von Amtes wegen der ETH-Beschwerdekommision.

B.

Mit Schreiben vom 25. Mai 2021 an die Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision informierte der Bundespräsident in seiner Funktion als Vorsteher des für den ETH-Bereich zuständigen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (nachfolgend: WBF), dass im Rahmen der Revision des ETH-Gesetzes die Wahl der Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision und der Erlass der Geschäftsordnung neu dem Bundesrat übertragen worden seien. Aus Governancegründen würden die ETH-Beschwerdekommision und die Geschäftsstelle personell entflochten. Wegen der dadurch entstehenden Vakanz werde der Bundesrat mit den Beschlüssen über das Inkrafttreten des revidierten ETH-Gesetzes und den Erlass der Geschäftsordnung der ETH-Beschwerdekommision auch ein neues Mitglied der ETH-Beschwerdekommision wählen. Gleichzeitig sollten alle anderen Mitglieder der Kommission für die aktuelle Periode bis 2023 in ihrem Amt bestätigt werden.

C.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2021 und vom 21. Juni 2021 gelangte die Beschwerdeführerin mit diversen Fragen an den Bundesrat zu den Auswirkungen der Gesetzesänderung auf ihr Amt. Sie wies unter anderem darauf hin, aus dem bundesrätlichen Informationsschreiben sei zu schliessen, dass ihre Funktion als Kommissionsmitglied von Amtes wegen trotz gültiger Wahl bis Ende der Wahlperiode 2023 per 1. Januar 2022 ohne gesetzliche Grundlage aufgehoben werde. Sie forderte den Bundesrat auf, bis zum 24. Juni 2021 klarzustellen, ob seinem Schreiben vom 25. Mai 2021 Verfügungsqualität zukomme respektive, ihr eine anfechtbare Verfügung zuzustellen.

D.

In der Beschwerde vom 25. Juni 2021 an das Bundesverwaltungsgericht (Verfahren A-2968/2021) beantragte die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass das Schreiben des Bundesrats vom 25. Mai 2021 keine Verfügung darstelle. Der Bundesrat sei anzuweisen, eine begründete Verfügung betreffend die Aufhebung der Wahl als Amtsperson zu erlassen.

D.a

Mit Schreiben vom 24. Juni 2021, welches die Beschwerdeführerin gemäss ihren eigenen Ausführungen am 29. Juni 2021 erhalten hatte, antwortete das WBF im Auftrag des Bundesrats auf die Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. und 21. Juni 2021. Insbesondere wies es darauf hin, dass die Informationen über die neue Rechtslage und die entsprechenden Anpassungen keine Verfügungsqualität hätten. Auf Bundesebene fehle es somit am Gegenstand für den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

D.b

Mit Urteil vom 8. Dezember 2021 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde vom 25. Juni 2021 nicht ein. Das Bundesverwaltungsgericht begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, es gelinge der Beschwerdeführerin nicht glaubhaft zu machen, dass ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung bestehe, weshalb auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht einzutreten sei. Im Übrigen sei festzustellen, dass die Frage nach der Verfügungsqualität des Schreibens des Bundesrats vom 25. Mai 2021 nicht strittig und damit nicht Gegenstand des Verfahrens sei, weshalb auf das entsprechende Begehren ebenfalls nicht einzutreten sei.

E.

Nachdem der revidierte Art. 37a Abs. 1 des ETH-Gesetzes (vollständig zitiert in E. 1) zwischenzeitlich in Kraft getreten ist, hat der Bundesrat seine Ankündigung umgesetzt und mit Beschluss vom 10. November 2021 per 1. Januar 2022 in der Person von Z. _____ ein neues Mitglied der ETH-Beschwerdekommision gewählt sowie die bisherigen Mitglieder – mit Ausnahme der Beschwerdeführerin – im Amt bestätigt.

F.

Gegen diesen Beschluss des Bundesrates vom 10. November 2021 erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. Dezember 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

"1. Die Wahl von Z._____ zum neuen Mitglied der ETH-Beschwerdekommision sei aufzuheben.

2. Der Bundesrat sei anzuweisen, die Beschwerdeführerin als Mitglied der ETH-Beschwerdekommision für die Amtsperiode 2020 – 2023 im Amt zu bestätigen.

3. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für das vorzeitige Ausscheiden aus der ETH-Beschwerdekommision zuzusprechen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundesrats."

Die Beschwerdeführerin rügt insbesondere eine Verletzung des Legalitätsprinzips, indem die Wahl von Z._____ unzulässigerweise in ihre rechtlich geschützten Interessen, nämlich gegen einen gültigen Wahlakt eingreife. Weiter verletze der angefochtene Beschluss das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV und den in Art. 9 BV statuierten Vertrauensgrundsatz.

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2021 reichte die Beschwerdeführerin einen aktuellen Beleg ihres Jahreslohns zu den Akten.

G.

Mit Vernehmlassung vom 3. Februar 2022 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Zudem beantragt sie in formeller Hinsicht den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

Das Nichteintreten begründet sie mit dem Hinweis, dass es im vorliegenden Fall an einer der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht unterliegenden Verfügung und damit an einem tauglichen Anfechtungsobjekt fehle.

Zudem sei auch die Beschwerdelegitimation nicht gegeben, da das Ende der Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin in der ETH-Beschwerdekommision einzig eine Folge des Inkrafttretens des neuen Rechts und nicht durch die angefochtene Wahlverfügung bewirkt worden sei, weshalb die Beschwerdeführerin von der Wahlverfügung im Sinne von Artikel 48 VwVG (vollständig zitiert in E. 1) nicht besonders berührt sei.

Den beantragten Entzug der aufschiebenden Wirkung begründet die Vorinstanz insbesondere mit dem öffentlichen Interesse, dass die ETH-Beschwerdekommision rechtmässig und vollständig zusammengesetzt sei.

Schliesslich habe die Beschwerdeführerin auch keinen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung.

H.

Mit Replik vom 25. Februar 2022 hält die Beschwerdeführerin an ihren materiellen Anträgen fest. In formeller Hinsicht beantragt sie die Abweisung des Gesuchs auf Entzug der aufschiebenden Wirkung, da die Dringlichkeit für die sofortige Umsetzung des angefochtenen Wahlbeschlusses nicht ersichtlich sei, zumal die Beschlussfähigkeit der ETH-Beschwerdekommision auch mit einem stimmberechtigten Mitglied weniger, jederzeit gewährleistet sei.

Mit Duplik vom 16. März 2022 hält die Vorinstanz ihrerseits an den gestellten Anträgen fest.

I.

Auf die Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit diese von einer Behörde im Sinne von Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 37 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH-Gesetz, SR 414.110]).

Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Unter den Begriff der Zuständigkeit im Sinn von Art. 7 Abs. 1 VwVG fällt auch die funktionelle Zuständigkeit, mithin die Frage, welche Instanz im Rahmen eines Instanzenzuges zur Behandlung der Beschwerde zuständig ist (THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rz. 14).

2.

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet der Beschluss des Bundesrates vom 10. November 2021, mit dem die bisherigen Mitglieder der ETH-Kommission, mit Ausnahme der Beschwerdeführerin, für die restliche Amtsperiode vom 1. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2023 in ihren Funktionen in der ETH-Beschwerdekommision bestätigt und anstelle der Beschwerdeführerin in der Person von Z. _____ ein neues Mitglied gewählt wurde.

2.1 Soweit die Beschwerdeführerin die Ausrichtung einer Entschädigung beantragt ist daher von vornherein auf die Beschwerde nicht einzutreten, da dieses Begehren über den möglichen Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinausgeht (Urteil des BVer B-6082/2020 vom 12. Oktober 2021 E. 1).

2.2 Die gesetzliche Grundlage für den ETH-Bereich, bestehend aus der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ), der Eidgenössischen Technischen Hochschule Lausanne (ETHL) und die Forschungsanstalten, bildet das ETH-Gesetz (Art. 1 Abs. 1 ETH-Gesetz).

Die ETH-Zürich ist wie der gesamte ETH-Bereich organisatorisch dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zugeordnet (vgl. Anhang 1 VI. Ziff. 2.1.1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1], sowie Art. 4 Abs. 1 ETH-Gesetz). Der ETH-Rat ist dabei das strategische Führungsorgan des ETH-Bereichs (Art. 4 Abs. 2 ETH-Gesetz).

Im Rahmen einer Teilrevision des ETH-Gesetzes vom 21. März 2003 hat die per 1. Januar 2004 konstituierte ETH-Beschwerdekommision (Art. 37a ETH-Gesetz) den ETH-Rat als ETH-bereichsinterne Beschwerdeinstanz abgelöst. Auf Beschwerde hin hat sie Verfügungen der ETH-Institutionen zu überprüfen (Art. 37 Abs. 3 ETH-Gesetz). Sie wirkt beispielsweise in Per-

sonalsachen als interne Beschwerdeinstanz (vgl. Botschaft vom 27. November 2019 zur Änderung des ETH-Gesetzes (BBl 2002 3465). Entscheide der ETH-Beschwerdekommision können ans Bundesverwaltungsgericht (Art. 33 Bst. d VGG) und anschliessend gegebenenfalls ans Bundesgericht weitergezogen werden.

Am 25./26. September 2019, dem Zeitpunkt der Erneuerungswahl der ETH-Beschwerdekommision für die Amtsperiode 2020–2023 (vgl. Beschwerdebeilage 3), sah die gesetzliche Grundlage noch vor, dass der ETH-Rat die sieben Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision wählte, wobei mindestens vier Mitglieder dem ETH-Bereich angehören mussten (Art. 37a aETH-Gesetz, AS 2003 4265). Gemäss der zu diesem Zeitpunkt geltenden Geschäftsordnung der ETH-Beschwerdekommision vom 18. September 2003 (AS 2003 5079; nachfolgend: aGeschäftsordnung) setzte sich die Kommision aus dem Präsidenten oder der Präsidentin, dem Vizepräsidenten oder der Vizepräsidentin sowie fünf weiteren Mitgliedern zusammen (Art. 2 Abs. 1 aGeschäftsordnung). Zudem war der Leiter oder die Leiterin des Sekretariats von Amtes wegen Mitglied der Kommision. Er oder sie konnte auch das Amt des Präsidenten beziehungsweise der Präsidentin ausüben (Art. 2 Abs. 2 aGeschäftsordnung).

Im Rahmen der Gesetzesrevision vom 19. März 2021 haben die Eidgenössischen Räte die Rechtsgrundlagen der ETH-Beschwerdekommision geändert. Diese traten per 1. November 2021 in Kraft (AS 2021 603). Übergangsbestimmungen wurden nicht erlassen. Neu wählt – gestützt auf einen nicht unumstrittenen Minderheitsantrag (der am 11. Juni 2020 im Nationalrat zum ersten Mal diskutiert [AB 2020 N 913] und schliesslich im Bereinigungsverfahren [AB 2021 N 482 und AB 2021 S 317] angenommen wurde) – nicht mehr der ETH-Rat die sieben Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision, sondern der Bundesrat (Art. 37a Abs. 1 ETH-Gesetz). Zudem ist der Bundesrat neu auch für den Erlass der Geschäftsordnung zuständig (Art. 37a Abs. 5 ETH-Gesetz). Ziele dieser Anpassung waren unter anderem die Einhaltung einer "good governance" und die Stärkung der Unabhängigkeit der Beschwerdekommision vom ETH-Rat (AB 2020 S 966 und AB 2021 S 153 und 316 f.).

Gestützt auf Art. 37a Abs. 5 ETH-Gesetz erliess der Bundesrat die Verordnung vom 1. Oktober 2021 über die ETH-Beschwerdekommision (VETHBK, SR 414.110.21), welche – soweit hier interessierend – am 1. Januar 2022 in Kraft trat (Art. 25 Abs. 1 VETHBK).

Nach den neuen Bestimmungen setzt sich die ETH-Beschwerdekommision aus der Präsidentin oder dem Präsidenten, der Vizepräsidentin oder dem Vizepräsidenten sowie fünf weiteren Mitgliedern zusammen (Art. 1 Abs. 1 VETHBK). Der Bundesrat hat für eine ausgewogene personelle Zusammensetzung zu sorgen (Art. 1 Abs. 3 VETHBK). Mitglieder der Beschwerdekommision dürfen weder dem ETH-Rat, der Leitung einer ETH, der Leitung einer Forschungsanstalt des ETH-Bereichs, noch dem Sekretariat der Kommission angehören (Art. 5 Abs. 1 VETHBK).

2.3 Gegen Verfügungen des Bundesrats kann nur unter den speziellen Voraussetzungen von Art. 33 Bst. a und b VGG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Gemäss Art. 33 Bst. a VGG ist die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig gegen Verfügungen des Bundesrats und der Organe der Bundesversammlung auf dem Gebiet des Arbeitsverhältnisses des Bundespersonals einschliesslich der Verweigerung der Ermächtigung zur Strafverfolgung.

2.3.1 Die Beschwerdeführerin wurde mit öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag vom 10. bzw. 14. Juli 2003 zwischen ihr und dem ETH-Rat (Arbeitgeber) per 1. Dezember 2003 unbefristet als Leiterin des Sekretariats der ETH-Beschwerdekommision eingestellt (vgl. Beschwerdebeilage 4). Gemäss Vertrag sollen sich dabei die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag nach dem Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1), der Rahmenverordnung BPG vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11) und der Personalverordnung ETH-Bereich vom 15. März 2001 (PVO-ETH, SR 172.220.113) richten. Die Tätigkeit als Leiterin des Sekretariats der ETH-Beschwerdekommision führt die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen weiterhin aus.

Dieses unbefristete Arbeitsverhältnis bleibt auch ohne Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin in der ETH-Beschwerdekommision weiterhin bestehen, weshalb insbesondere die Regelung von Art. 14 BPG bezüglich Personen, die auf Amtsdauer gewählt wurden, nicht zur Anwendung gelangen kann. Der Bundesratsbeschluss vom 10. November 2021 und insbesondere die Wahl von Z. _____ hatten insofern keine direkten Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und dem ETH-Rat, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts über die Bestimmung von Art. 33 Bst. a VGG nicht begründet werden kann.

2.3.2 Art. 33 Bst. b VGG sieht in einem abschliessenden Katalog (Ziff. 1 -10) die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegen Verfügungen des

Bundesrats bezüglich bestimmter Abberufungen und Nichtwiederwahlen vor. Beispielhaft seien die Abberufung eines Mitglieds des Institutsrats des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (Ziff. 5), die Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (Ziff. 6) oder die Abberufung eines Mitglieds des Institutsrats des Schweizerischen Heilmittelinstituts (Ziff. 7) erwähnt. Die Abberufung aus der ETH-Beschwerdekommision wird ebenso wenig aufgeführt, wie die Abberufung aus dem ETH-Rat durch den Bundesrat (vgl. Art. 24 Abs. 4 ETH-Gesetz).

Die erstmalige Wahl einer Person in ein Gremium wird in Art. 33 Bst. a und b VGG nirgends als Anfechtungsobjekt erwähnt.

2.3.3 Obschon die Frage der Anfechtung einer Wahl bzw. Berufung durch den Bundesrat in die ETH-Kommission in den Räten nicht erläutert wurde, ist daher nicht auf eine richterlich zu füllende Lücke, sondern auf ein gesetzgeberisches Schweigen (siehe dazu etwa BGE 134 V 15 E. 2.3.1 m.w.H.) zu schliessen.

Dieses ist für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich; auf die von der Beschwerdeführerin die Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) betreffenden Vorbringen ist daher nicht mehr weiter einzugehen (Art. 190 BV).

2.4 Zusammenfassend unterliegt der Beschluss des Bundesrats vom 10. November 2021 betreffend Wahl und Bestätigung der Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision nicht der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Mangels sachlicher Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist daher auch im Hauptbegehren auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3.

Auf die vorliegende gegen den Wahlbeschluss des Bundesrates vom 10. November 2021 erhobene Beschwerde wäre aber selbst dann nicht einzutreten, wenn die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu bejahen wäre.

3.1 Wie bereits erwähnt (vgl. E. 1 hiervor) richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten

hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Legitimationsvoraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 VwVG müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 133 II 249 E. 1.3).

3.2 Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG liegt nur vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 140 II 214 E. 2.1). Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn die Beschwerdeführerin mit ihren Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern der Beschwerdeführerin einen praktischen Vorteil zu verschaffen (BGE 141 II 307 E. 6.2 und 141 II 14 E. 4.4; Urteile des BVGer A-5075/2018 vom 22. März 2019 E. 2.2, A-3156/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2.1.3 und A-149/2016 vom 2. September 2016 E. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 944). Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde (BGE 139 II 279 E. 2.2 und 131 II 587 E. 2.1; Urteile des BVGer B-2754/2019 vom 31. August 2020 E. 2.7, A-149/2016 E. 5.1 und C-3090/2014 vom 4. März 2016 E. 5.2). Dieser drohende Nachteil muss im Zeitpunkt des Entscheids noch bestehen und unmittelbar mit dem gutheissenden Entscheid abgewendet werden können. Der praktische Nutzen muss mithin bereits mit dem Obsiegen eintreten (Urteile A-3156/2018 E. 2.1.3 und A-149/2016 E. 5.1; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar VwVG*, 2. Aufl. 2019, Art. 48 N 22).

3.3 Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der wie in casu nicht Verfügungsadressat ist. Die Beschwerdeführerin muss durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss die Beschwerdeführerin einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. ihre Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid

mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung (BGE 139 II 279 E. 2.3 m.w.H.).

3.4 Da die Beschwerdeführerin bis Ende des Jahres 2021 von Amtes wegen der ETH-Beschwerdekommision angehörte, kann ihr eine gewisse Beziehungsnähe zur Streitsache nicht abgesprochen werden. Hingegen könnte sie selbst bei Aufhebung der Wahl von Z. _____, aufgrund der neu geltenden Bestimmungen (Art. 5 Abs. 1 Bst. d VETHBK) als Leiterin des Sekretariats nicht mehr von Amtes wegen Einsitz in die ETH-Beschwerdekommision nehmen (vgl. E. 2.2 hiavor).

In Bezug auf die Wahl von Z. _____ fehlt es der Beschwerdeführerin daher am Erfordernis des besonderen Berührtseins (Art. 48 Abs. 1 Bst b VwVG), welches für die Bejahung ihrer Legitimation zur Beschwerdeführung notwendig wäre.

4.

Subsidiär macht die Beschwerdeführerin eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 46a VwVG geltend, falls das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelange, dass der Wahlbeschluss vom 10. November 2021 nicht anfechtbar sei. Sie habe bereits am 10. und 21. Juni 2021 ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Zusammenhang mit ihrer Abwahl/Abberufung als Mitglied der ETH-Beschwerdekommision gestellt.

Die Vorinstanz wendet demgegenüber ein, die Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin habe sich nicht auf den Entscheid des ETH-Rats vom 25./26. September 2019 gestützt, sondern habe sich ausschliesslich aus ihrer Anstellung als Leiterin des Sekretariats und der Bestimmung der alten Geschäftsordnung der ETH-Beschwerdekommision ergeben, wonach die Leiterin oder der Leiter des Sekretariats von Amtes wegen Mitglied der ETH-Beschwerdekommision gewesen sei. Mit Inkrafttreten der neuen rechtlichen Grundlagen sei die Beschwerdeführerin für den Bundesrat nicht mehr wählbar gewesen. Entsprechend seien weder der ETH-Rat, der Bundesrat oder das WBF verpflichtet, eine Verfügung auszustellen.

4.1 Fehlt eine anfechtbare Verfügung nach Art. 5 VwVG (vgl. E. 1 hiavor), kann nach Art. 46a und Art. 50 Abs. 2 VwVG gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung grundsätzlich je-

derzeit Beschwerde geführt werden (vgl. BVGE 2008/15 E. 3.2). Beschwerdeinstanz ist dabei diejenige Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (Urteile des BVGer B-5565/2021 vom 19. April 2022 E. 1.1, B-2127/2020 vom 28. Juli 2020 E. 1.1, A-36/2013 vom 7. August 2013 E. 1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 5.18).

4.2 Wie das Bundesverwaltungsgericht in der vorliegenden Streitsache (Verfahren A-2968/2021) bereits ausgeführt hat, soll eine Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde grundsätzlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn die verweigerte oder verzögerte Verfügung grundsätzlich selbst anfechtbar wäre. Die Beschwerdeführerin hat deshalb im Sinne einer Eintretensvoraussetzung zumindest glaubhaft zu machen, dass ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung besteht. Ein solcher Anspruch liegt dann vor, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (vgl. Urteil des BVGer A-2968/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 3.1).

4.3 Wie die Vorinstanz zurecht erörtert, ergab sich die Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin in der ETH-Beschwerdekommision ausschliesslich aus ihrer Anstellung als Leiterin des Sekretariats unter der ehemals geltenden Geschäftsordnung der ETH-Beschwerdekommision (vgl. E. 2.2 hier-vor). Entsprechend hatte der Entscheid des ETH-Rats vom 25./26. September 2019 betreffend die Erneuerungswahl der ETH-Beschwerdekommision für die Amtsperiode 2020–2023 für die Beschwerdeführerin nur deklaratorischen Charakter. Zu Recht hat denn der ETH-Rat auch zwischen der Wahl der eigentlichen Mitglieder und der Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin von Amtes wegen unterschieden. Mit Inkrafttreten der neuen rechtlichen Ordnung per 1. Januar 2022 wurde die Mitgliedschaft von Amtes wegen gestützt auf die Stellung als Leiterin bzw. Leiter des Sekretariats aufgehoben. In Anwendung der neuen rechtlichen Grundlagen war die Beschwerdeführerin für den Bundesrat als neue Wahlbehörde nicht mehr wählbar. Als Folge daraus war weder der Bundesrat, der ETH-Rat noch das WBF verpflichtet, in diesem Zusammenhang gegenüber der Beschwerdeführerin eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

Die bereits mehrfach erwähnte Unvereinbarkeitsbestimmung hat für die Beschwerdeführerin zur Folge, dass sie nicht mehr von Amtes wegen Mitglied der ETH-Beschwerdekommision ist. Ihre Anstellung als Leiterin des

Sekretariats wird davon nicht betroffen und ihr Aufgabenbereich gemäss Arbeitsvertrag vom 10. bzw. 14. Juli 2003 bleibt weiterhin bestehen. Da die Beschwerdeführerin durch das Ausscheiden als Mitglied der ETH-Beschwerdekommision auch keine finanziellen Einbussen erleidet, liegt keine wesentliche Änderung ihres Arbeitsvertrages vor, welche gegenüber der Beschwerdeführerin neu verfügt werden müsste. Ohnehin wurde ihre Mitgliedschaft in der ETH-Beschwerdekommision im weiterhin geltenden Arbeitsvertrag vom 10. bzw. 14. Juli 2003 nicht erwähnt.

4.4 Zu prüfen ist schliesslich, ob der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung i.S. von Art. 25a VwVG zu Unrecht verweigert wurde.

Gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft (Bst. a), die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt (Bst. b) oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Bst. c). Dieser Artikel räumt der betroffenen Person das Recht auf ein eigenständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren ein, das in eine Verfügung über den beanstandeten Realakt mündet (Art. 25a Abs. 2 VwVG). Dabei muss sich das Gesuch gegen das widerrechtliche Handeln einer zuständigen Bundesbehörde richten (BGE 140 II 315 E. 2.1 m.w.H.).

Der Anspruch auf eine Verfügung nach Art. 25a VwVG besteht nicht, wenn die Gesetzgebung den Rechtsschutz gegenüber dem Realakt bewusst ausgeschlossen hat (BGE 140 II 315 E. 3.1). Da – wie bereits erwähnt – hinsichtlich der Frage der Anfechtung einer Wahl bzw. Berufung durch den Bundesrat in die ETH-Kommision von einem gesetzgeberischen Schweigen und somit von einer Unanfechtbarkeit auszugehen ist (vgl. E. 2.3.3 hiervor) vermag die Beschwerdeführerin aus Art. 25a VwVG keinen Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung abzuleiten.

4.5 Es gelingt der Beschwerdeführerin somit nicht, glaubhaft zu machen, dass im Zusammenhang mit ihrem Ausscheiden als Mitglied der ETH-Beschwerdekommision ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht, weshalb auf die entsprechende Rüge der Rechtsverweigerung ebenfalls nicht einzutreten ist.

5.

Zusammenfassend ergibt sich im vorliegenden Fall nichts, das es gebieten würde, auf die Beschwerde einzutreten.

6.

Mit dem vorliegenden Entscheid wird die Beurteilung der mit Vernehmlassung vom 3. Februar 2022 von der Vorinstanz beantragte Entzug der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden in Anwendung von Art. 1 ff., insb. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festgesetzt und sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da die Fragestellung des vorliegenden Verfahrens eng mit dem Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin als Leiterin des Sekretariats der ETH-Beschwerdekommision verknüpft und das Beschwerdeverfahren in personalrechtlichen Belangen kostenlos ist (Art. 34 Abs. 2 BPG; vgl. A-2968/2021 E.4.1), wird auf das Erheben von Verfahrenskosten verzichtet.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Der Vorinstanz ist ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Vorinstanz um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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 Rechtschrift 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: 6. Juli 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückersstattungsformular)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)