



Urteil vom 8. Dezember 2021

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jürg Marcel Tiefenthal,
Richterin Christine Ackermann,
Gerichtsschreiberin Sibylle Dischler.

Parteien

A. _____,
(...),
vertreten durch Martin Looser, Rechtsanwalt,
und Seraina Schneider, Rechtsanwältin,
ettlersuter Rechtsanwälte, (...),
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung
und Forschung (WBF),**
Bundeshaus Ost, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rechtsverweigerung; Aufhebung der Wahl als Amtsperson.

Sachverhalt:**A.**

A. _____ ist seit dem 1. Dezember 2003 als Leiterin des Sekretariats der Beschwerdekommision der Eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich (nachfolgend: ETH-Beschwerdekommision) angestellt. In dieser Funktion amtet sie seit dem 1. Januar 2004 als Mitglied der ETH-Beschwerdekommision von Amtes wegen. Ihr Amt wurde vom ETH-Rat zuletzt im Rahmen der Erneuerungswahlen am 25./26. September 2019 für die Amtsperiode 2020–2023 bestätigt.

B.

Mit Schreiben vom 25. Mai 2021 informierte der Bundesrat Guy Parmelin in seiner Funktion als Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (nachfolgend: WBF) die Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision über die bevorstehende, auf 1. November 2021 geplante Gesetzesänderung sowie die neue Geschäftsordnung, welche auf den 1. Januar 2022 in Kraft treten soll.

Im revidierten Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (ETH-Gesetz, SR 414.110) sei vorgesehen, dass die Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision nicht mehr wie bisher vom ETH-Rat, sondern neu vom Bundesrat gewählt würden. Der Bundesrat werde ausserdem zum Erlass der Geschäftsordnung ermächtigt. Aus Governancegründen werde die ETH-Beschwerdekommision und die Geschäftsstelle personell entflochten. Wegen der dadurch entstehenden Vakanz werde der Bundesrat mit den oben genannten Beschlüssen ein neues Mitglied wählen. Die anderen Mitglieder würden für die aktuelle Wahlperiode in ihrem Amt bestätigt. Die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen der ETH-Beschwerdekommision mit dem ETH-Rat blieben unverändert bestehen.

C.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2021 und vom 21. Juni 2021 gelangte A. _____ mit diversen Fragen an den Bundesrat zu den Auswirkungen der Gesetzesänderung auf ihr Amt. Im letzten Schreiben wies sie 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, es sei ihr eine anfechtbare Verfügung zuzustellen.

D.

Mit Beschwerde vom 25. Juni 2021 gelangt A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ans Bundesverwaltungsgericht und beantragt, 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.

E.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2021, welches die Beschwerdeführerin gemäss ihren eigenen Ausführungen am 29. Juni 2021 erhalten hatte, antwortet das WBF im Auftrag des Bundesrats auf die Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. und 21. Juni 2021. Insbesondere weist 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.

F.

Mit Vernehmlassung vom 16. Juli 2021 nimmt das WBF zur Beschwerde der Beschwerdeführerin Stellung. Darin bestätigt es seine Ansicht, dass dem Schreiben des Bundesrats vom 25. Mai 2021 kein Verfügungscharakter zukomme. Im Übrigen seien die Voraussetzungen auf Erlass einer Verfügung nicht gegeben.

G.

In den Schlussbemerkungen vom 6. September 2021 präzisiert die mittlerweile anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin ihre Begehren insbesondere dahingehend, als das Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung als Rechtsverweigerungsbeschwerde zu behandeln sei. Sie habe vorliegend Anspruch auf den Erlass einer Feststellungsverfügung respektive auf Erlass einer Verfügung über Realakte. Zumindest hätte das WBF eine anfechtbare Nichteintretensverfügung erlassen müssen.

H.

Am 1. November 2021 trat das revidierte ETH-Gesetz in Kraft.

I.

Am 10. November 2021 wählte der Bundesrat ein neues Mitglied in die ETH-Beschwerdekommision und bestätigte sechs bisherige Mitglieder mit Ausnahme der Beschwerdeführerin.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Anfechtungsobjekt bei einer Rechtsverzögerungsbeschwerde ist das unrechtmässige Verzögern, mithin das Fehlen einer anfechtbaren Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG (Urteile des BVGer A-2178/A-6795/2013 vom 25. Februar 2014 E. 1.1.2, A-3567/2013 vom 6. August 2013 E. 1.1.1). Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (BVGE 2008/15 E. 3.1.1).

1.2 Die ETH-Zürich gehört organisatorisch dem WBF an (vgl. Anhang 1 VI. Ziff. 2.1.1 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [SR 172.010.1]). Dieses erachtet sich in der vorliegenden Sache deshalb als zuständig für den allfälligen Erlass oder Nichterlass einer anfechtbaren Verfügung (vgl. Vernehmlassung S. 2), womit die Beschwerdeführerin übereinstimmt (vgl. Beschwerde S. 2; Schlussbemerkung S. 1). Das WBF ist eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Insoweit im bisherigen Verfahren die Schweizerische Eidgenossenschaft als Vorinstanz angesehen wurde, ist dies im Rubrum entsprechend zu berichtigen. Darüber hinaus gehende Fragen zur Zuständigkeit respektive zur Anfechtbarkeit der seitens der Beschwerdeführerin vom Bundesrat Guy Parmelin verlangten Verfügung können angesichts des Beschwerdeausgangs offengelassen werden.

2.

2.1 Es stellt sich die Frage nach dem Anfechtungsobjekt. Im Schreiben des Bundesrats Guy Parmelin vom 25. Mai 2021, welches dieser als Vorsteher

des WBF verfasste, informiert er die aktuellen Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision, inklusive die Beschwerdeführerin, über die anstehende Revision des ETH-Gesetzes sowie über die neu vorgesehene Geschäftsordnung. Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz sprechen diesem Informationsschreiben zu Recht Verfügungsqualität ab. Damit kann es nicht Anfechtungsobjekt bilden.

2.2 Nach Art. 46a VwVG kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung ebenfalls Beschwerde geführt werden. Voraussetzung für diese Beschwerde ist, dass die Rechtsuchende zuvor ein Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt hat. Im Schreiben vom 21. Juni 2021 verlangte die Beschwerdeführerin eine solche anfechtbare Verfügung. In der kurz darauf erhobenen Beschwerde bringt sie vor, sie habe auf ihre Schreiben vom 10. und 21. Juni 2021 trotz Fristsetzung keine Antwort erhalten und präzisiert in den Schlussbemerkungen, ihr Begehren sei als Rechtsverweigerungsbeschwerde anzusehen. Eine solche kann grundsätzlich jederzeit erhoben werden und ist nicht an eine Frist gebunden (Art. 50 Abs. 2 VwVG). Es ist dennoch festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die Antwort der von ihr angesetzten Frist im Schreiben vom 21. Juni 2021 nicht abgewartet und Beschwerde erhoben hat, bevor sie Kenntnis vom an sich fristgerecht ergangenen Schreiben der Vorinstanz vom 24. Juni 2021 nahm. Diese führt darin aus, dass es einen Feststellungsanspruch für nicht gegeben hält und bringt damit zum Ausdruck, dass auf das Gesuch der Beschwerdeführerin nicht einzutreten ist. Da dieses Schreiben nicht in Verfügungsform erging, ist es der Beschwerdeführerin nicht anzulasten, dass sie dieses nicht separat angefochten hat. Auch wäre es nicht sachgerecht, die Rechtsverweigerungsbeschwerde aufgrund dieser Antwort als gegenstandslos zu betrachten. Vielmehr sind die Beschwerdebegehren als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegenzunehmen und die weiteren Prozessvoraussetzungen zu prüfen.

3.

3.1 Eine Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde soll 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. BVGE 2016/20 E. 3).

3.2 Diese Pflicht der Vorinstanz zum Handeln in Verfügungsform ist nicht ersichtlich. Im Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin das Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung gestellt hat, war die Revision des ETH-Gesetzes noch nicht abgeschlossen. Vielmehr lief die Referendumsfrist noch bis zum 8. Juli 2021 (vgl. Änderung des ETH-Gesetz vom 19. März 2021, BBl 2021 671). Damit war die Vorinstanz zu jenem Zeitpunkt nicht in der Lage, rechtsverbindliche Auskünfte über die voraussichtlichen Auswirkungen der bevorstehenden Gesetzesänderung auf ihre Mitgliedschaft in der ETH-Beschwerdekommision zu machen. Entsprechend war sie in jenem Zeitpunkt auch nicht verpflichtet, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Das Schreiben der Vorinstanz vom 24. Juni 2021 ist in diesem Sinne als hinreichend anzusehen. Der Umstand, dass das ETH-Gesetz am 1. November 2021 in Kraft trat und der Bundesrat am 10. November 2021 per Anfang 2022 die neuen Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision wählte, ändert an dieser Einschätzung nichts, da die mittlerweile veränderte Rechtslage nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet.

3.3 Auch aus Art. Art. 25a VwVG ist kein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung abzuleiten. Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass das Schreiben des als Vorsteher der Vorinstanz handelnden Bundesrats Guy Parmelin vom 25. Mai 2021 einen Realakt darstelle (vgl. Schlussbemerkung S. 6). Ein Realakt zielt auf die unmittelbare Gestaltung der Faktenslage ab (vgl. BGE 130 I 369 E. 6.1). Im Schreiben vom 25. Mai 2021 ist kein solcher Realakt zu sehen, da dieses weder direkt noch indirekt die Rechte der Beschwerdeführerin berührt. Es hatte einzig den Zweck, den aktuellen Mitgliedern der ETH-Beschwerdekommision die voraussichtlichen Änderungen der Rechtslage bekanntzugeben. Damit kommt ihm reiner Informations- und keinerlei Gestaltungscharakter zu.

3.4 Nach dem Gesagten gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, glaubhaft zu machen, dass ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht, weshalb auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht einzutreten ist. Im Übrigen ist festzustellen, dass die Frage nach der Verfü-

gungsqualität des Schreibens des Bundesrats vom 25. Mai 2021 nicht strittig und damit nicht Gegenstand des Verfahrens ist, weshalb auf das entsprechende Begehren ebenfalls nicht einzutreten ist.

4.

4.1 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), wird auf das Erheben von Verfahrenskosten verzichtet.

4.2 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).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- die Schweizerische Eidgenossenschaft, Bundesrat Guy Parmelin, z.K.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Maurizio Greppi

Sibylle Dischler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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: