

# **BVGer A-5189/2019 vom 1. April 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-04-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5189\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5189_2019)

FR: TAF A-5189/2019 du 1 avril 2020

IT: TAF A-5189/2019 del 1 aprile 2020

## **Regeste**

Datenschutz

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Entscheide der ETH-Beschwerdekommision sind beim Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich anfechtbar (Art. 37 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 [ETH-Gesetz, SR 414.110] in Verbindung mit Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das ETH-Gesetz oder das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 37 Abs. 1 ETH-Gesetz und Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin des angefochtenen Entscheids vom (...) und durch dieses auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist folglich - unter Vorbehalt des nachfolgend unter E. 2 Ausgeführten - einzutreten.

### **E. 2.1**

Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Er wird folglich durch zwei Elemente bestimmt: Erstens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids (sog. Anfechtungsgegenstand) und zweitens durch die Parteibeghären. Dabei bildet das Anfechtungsobjekt den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Fragen, über welche die

vorinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingegriffen. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, so prüft das Bundesverwaltungsgericht nur die Rechtsfrage, ob die Vorinstanz die Eintretensvoraussetzungen zu Recht verneinte. Damit wird die Streitsache auf die Eintretensfrage beschränkt. Entsprechend kann das Gericht gegebenenfalls nur die Anhandnahme anordnen, nicht aber materiell entscheiden (Urteile des BVGer A-3456/2019 vom 4. November 2019 E. 2.1, A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 1.3.3, A-6211/2017 vom 14. Mai 2018 E. 1.3; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8, 2.164 und 2.213; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 686 ff.).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, der Entscheid der Vorinstanz vom (...) sei aufzuheben. Im Weiteren erhebt sie - mit Ausnahme des Eventualbegehrens - dieselben Anträge wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren. Die Rechtsbegehren 2 und 3 entsprechen den im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Rechtsbegehren 1 und 2 (vgl. Sachverhalte L. und N.). Damit bringt sie zum Ausdruck, dass sie auch eine materielle Beurteilung wünscht. Den vorausgehenden Erwägungen entsprechend kann diesem Anliegen nicht gefolgt werden. Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich - soweit ein Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vorliegt - lediglich mit der Frage, ob die Vorinstanz auf die Anträge der Beschwerdeführerin zu Recht nicht eingetreten ist. Soweit die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin darüber hinausgehen, ist darauf nicht einzutreten.

## **E. 3**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Es gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Daraus folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG) und eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen kann (vgl. BVGE 2007/41 E. 2 m.H.).

## **E. 4**

Die Arbeitsverhältnisse von Professorinnen und Professoren der ETH richten sich nach dem Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1; vgl. Art. 17 Abs. 2 ETH-Gesetz), der Verordnung des ETH-Rates vom 18. September 2003 über die Professorinnen und Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Professorenverordnung ETH, SR 172.220.113.40; vgl. Art. 1 Abs. 1 Professorenverordnung ETH) und - soweit in der Professorenverordnung ETH darauf verwiesen wird - der Verordnung des ETH-Rates über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Personalverordnung ETH-Bereich, PVO-ETH, SR 172.220.113; vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. abis PVO-ETH e contrario).

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe sich mit der Frage, ob die Ermahnung vom (...) und die Zielvereinbarung vom (...) zulässige Anfechtungsobjekte darstellen, nicht auseinandergesetzt. Stattdessen habe sie auf ihre Argumentation im Entscheid vom (...) (Verfahrensnr. [...]; Gegenstand des Verfahrens A-2823/2019 vor Bundesverwaltungsgericht) verwiesen, obwohl die Anfechtungsobjekte nicht identisch seien. Mit der Beschwerde im vorinstanzlichen Verfahren (Nr.) habe sie die Anordnung einer Zielvereinbarung angefochten. Im vorliegend zur Frage stehenden vorinstanzlichen Verfahren habe dagegen der Inhalt der Zielvereinbarung Anfechtungsgegenstand gebildet. Des Weiteren handle es sich bei der angestrebten Zielvereinbarung nicht um eine Ermahnung, wie sie mit dem angefochtenen Schreiben vom (...) ausgesprochen worden sei. Die Vorinstanz sei somit ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen. Dies führe zur Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung.

### **E. 5.1.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und wird für das Verwaltungsverfahren in den Art. 29 ff. VwVG konkretisiert. Er umfasst unter anderem das Recht auf einen begründeten Entscheid, wonach der Entscheid so abgefasst sein muss, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Nicht vorausgesetzt ist ferner, dass die Begründung in der Verfügung selbst enthalten ist. Der Verweis auf ein separates Schriftstück oder auf frühere Entscheide kann als Begründung genügen. Welchen Anforderungen eine Begründung hinsichtlich Dichte und Qualität zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 136 I 184 E. 2.2.1, 138 I 232 E. 5.1 und 136 I 229 E. 5.2; Urteil des BGer 1C\_311/2016 vom 14. März 2017 E. 3; BVGE 2009/35 E. 6.4.1; Urteile des BVGer des A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 2.6, A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 3.1, A-6700/2016 vom 19. Juni 2017 E. 4.2 und A-1251/2012 vom 15. Januar 2014 E. 6.2; Uhlmann/Schilling-Schwank, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 35 Rz. 17 ff., Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 629 f.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.103 ff.; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 403 f.; Lorenz Kneubühler, Die Begründungspflicht, 1998, S. 184 f.).

### **E. 5.1.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Dies bedeutet, dass eine Verletzung desselben grundsätzlich zur Aufhebung des Entscheids führt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann aber ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei prüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an

die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Grundsatz der Prozessökonomie und damit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (statt vieler: BGE 142 II 218 E. 2.8.1, 137 I 195 E. 2.3.2, 133 I 201 E. 2.2; Urteile des BVGer A-358/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4, A-4061/2016 vom 3. Mai 2017 E. 2.2). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel namentlich dann als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde über umfassende Kognition verfügt und sie eine hinreichende Begründung liefert (Urteile des BVGer A-1359/2018 vom 11. März 2019 E. 2.2.2, A-5741/2017 und A-5742/2017 vom 29. Juni 2018 E. 4.2, A-3122/2015 vom 26. Oktober 2015 E. 3.3; Waldmann/Bickel, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 Rz. 118).

## **E. 5.2**

In E. 4 des angefochtenen Entscheids vom (...) erwog die Vorinstanz, dass das Verfahren insoweit mit dem Beschwerdeverfahren (...) (vgl. hierzu das Urteil des BVGer A-2823/2019 vom 1. April 2020) identisch sei, als es die Einladung zu einem persönlichen Gespräch bei der Rektorin, das Abschliessen einer Zielvereinbarung und eine Ermahnung betreffe. Sowohl die Ermahnung vom (...) als auch die Zielvereinbarung vom (...) habe sie im Verfahren (...) für die Beurteilung der Frage, ob ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliege, beigezogen. Insoweit würden inhaltlich identische Anfechtungsobjekte vorliegen, weshalb aus prozessökonomischen Gründen auf E. 7.2 des Entscheids (...) vom (...) verwiesen werde. In E. 5.4 des angefochtenen Entscheids vom (...) hielt sie im Weiteren fest, dass die Ermahnung den Verfügungsbegriff gemäss Art. 5 VwVG nicht erfülle und mithin kein gültiges Anfechtungsobjekt vorliege.

### **E. 5.2.1**

Im vorinstanzlichen Verfahren (...) richtete sich die Beschwerde gegen Ziff. 5 i.V.m. Ziff. 2 lit. b des Schulleitungsbeschlusses vom (...), worin festgehalten wurde, dass die Rektorin mit der Beschwerdeführerin ein Gespräch zwecks Abschlusses einer Zielvereinbarung führen werde. Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid vom (...) fest, dass die Beschwerdeführerin nicht direkte Adressatin des Schulleitungsbeschlusses sei. Bei diesem handle es sich vielmehr um einen organisatorischen Verwaltungsakt und die Beschwerdegegnerin habe damit nicht beabsichtigt, die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin verbindlich zu regeln. Im Weiteren erwog die Vorinstanz, dass der Abschluss einer Zielvereinbarung im Sinne einer Unterstützungs- und Entwicklungsmassnahme gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. b BPG nicht unmittelbar in die Ansprüche und Pflichten der Beschwerdeführerin eingreife, soweit mit dieser keine direkten Rechtsfolgen verknüpft seien. Sie kam zum Schluss, dass die in der Zielvereinbarung vom (...) enthaltene Mahnung, wonach der Präsident bei Nichteinhaltung der Zielvereinbarung erneut eine Beurteilung der Situation vornehme und allenfalls weitere Massnahmen prüfe, nicht vorbelastend für eine allenfalls nachfolgende schärfere Massnahme sei und die Zielvereinbarung somit keine direkten Rechtsfolgen nach sich ziehe. Vielmehr könne die Zielvereinbarung mit den mahnenden Elementen im Rahmen einer allenfalls späteren Massnahme überprüft werden. Es liege somit keine anfechtbare Verfügung vor (vgl. E. 7.2 des Entscheids [...] vom [...]).

### **E. 5.2.2**

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass die Vorinstanz die vorliegend angefochtene Zielvereinbarung vom (...) für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei dem im Verfahren (...) streitgegenständlichen Schulleitungsbeschluss in Ziff. 5 i.V.m. Ziff. 2 lit. b um ein zulässiges Anfechtungsobjekt handelt, berücksichtigt hat. Nachdem die Vorinstanz somit nicht nur geprüft hat, ob der Schulleitungsbeschluss eine Verfügung darstellt, sondern damit gleichzeitig auch bereits die Zielvereinbarung vom (...) auf ihre Verfügungsqualität untersucht hat, ist das Vorgehen der Vorinstanz, in E. 4 des vorliegend angefochtenen Entscheids vom (...) auf ihre Begründung in E. 7.2 des Entscheids (...) vom (...) zu verweisen, nicht zu beanstanden. Aufgrund dieses Verweises war für die Beschwerdeführerin ohne Weiteres nachvollziehbar, auf welche Argumente sich die Vorinstanz stützt und weshalb die Zielvereinbarung vom (...) aus ihrer Sicht kein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt. Der ihr obliegenden Begründungspflicht hat die Vorinstanz damit Genüge getan.

### **E. 5.2.3**

Auch in Bezug auf die angefochtene Ermahnung vom (...) verweist die Vorinstanz auf ihren Entscheid vom (...). Aus der Begründung in E. 7.2 des Entscheids vom (...) geht jedoch nicht - wie die Vorinstanz vorbringt - hervor, dass die vorliegend in Frage stehende Ermahnung vom (...) für die Beurteilung, ob ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, ausschlaggebend gewesen ist. Vielmehr bezieht sich E. 7.2 ausschliesslich auf die Zielvereinbarung und die darin enthaltenen mahnenden Elemente. Die Vorinstanz hat - wie bereits ausgeführt (vgl. E. 5.1.3) - in Bezug auf die in der Zielvereinbarung enthaltene Mahnung, wonach bei Nichteinhaltung der Zielvereinbarung (etwa der Nichtwahrnehmung von Gesprächsterminen) erneut eine Beurteilung der Situation vorgenommen und allenfalls weitere Massnahmen geprüft würden, festgehalten, dass die Beschwerdeführerin dadurch nicht unmittelbar in ihren Ansprüchen und Pflichten betroffen sei. Die Zielvereinbarung mit ihren mahnenden Elementen könne vielmehr im Rahmen einer späteren Massnahme auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden. Die Ermahnung vom (...) stimmt mit jener in der Zielvereinbarung inhaltlich insoweit überein, als darin vor der Prüfung weiterer Massnahmen gewarnt wird, sollte die Beschwerdeführerin insbesondere den Gesprächstermin mit der Rektorin nicht wahrnehmen. Durch die Verweise in den E. 4 und 5.4 des vorliegend angefochtenen Entscheids vom (...) auf E. 7.2 des Entscheids vom (...) und die darin enthaltene Argumentation betreffend den Verfügungscharakter einer Mahnung wird deutlich, dass die Vorinstanz in einer solchen Mahnung, wie sie in der Zielvereinbarung und dem Schreiben vom (...) enthalten ist, kein taugliches Anfechtungsobjekt erblickt. Zwar wäre es zu begrüssen gewesen, die Vorinstanz hätte sich im angefochtenen Entscheid konkreter mit der Ermahnung vom (...) und deren Verfügungsqualität auseinandergesetzt. Gleichwohl können die Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz leiten liess, aufgrund der obgenannten Verweise im Wesentlichen nachvollzogen werden.

### **E. 5.3**

Es ist somit festzuhalten, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt. Selbst wenn es sich anders verhalten würde, wäre der entsprechende Verfahrensmangel durch die im vorliegenden Urteil enthaltene Begründung des über umfassende Kognition verfügenden Bundesverwaltungsgerichts als geheilt zu betrachten. Da aufgrund der Entscheidungsbegründung sodann davon auszugehen ist, dass die Vorinstanz erneut gleich entscheiden würde, wäre eine Rückweisung der Sache ein prozessualer Leerlauf, der den

Interessen der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Behandlung der Streitsache zuwiderliefe, weshalb davon abzusehen wäre.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf ihr Begehren um Aufhebung der Zielvereinbarung vom (...) und der Ermahnung vom (...) nicht eingetreten, da es sich hierbei um anfechtbare Verfügungen handle. Zur Begründung beruft sie sich auf die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV und legt dar, sie habe Anspruch darauf, ein rechtswidriges Handeln ihres Arbeitgebers überprüfen lassen zu können. Die Zielvereinbarung sei in inhaltlicher Hinsicht rechtswidrig und stelle überdies eine unberechtigte Weisung dar, der es an einer rechtlichen Grundlage fehle. Sie verstosse ausserdem gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Zudem würden ihr durch die Zielvereinbarung konkrete Handlungspflichten auferlegt werden. Ebensowenig könne sich die Ermahnung auf eine rechtliche und sachliche Grundlage abstützen. Vielmehr sei sie vollkommen willkürlich und unverhältnismässig, da die darin aufgeführten Pflichtverletzungen nie stattgefunden haben. Dadurch greife die Beschwerdegegnerin in ihre geschützte Rechtsposition ein.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, weder die Zielvereinbarung noch die Ermahnung würden ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellen. Die Zielvereinbarung verfolge lediglich betriebliche Anliegen, ohne die arbeitsvertraglich begründeten Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin abzuändern. Beim Schreiben des Präsidenten vom (...) handle es sich sodann nicht um eine disziplinarische Verwarnung, sondern um eine Mahnung, welche ausserhalb eines formellen Disziplinarverfahrens ausgesprochen worden sei. Nach gefestigter Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts komme einer solchen Mahnung kein Verfügungscharakter zu.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz verwies zur Begründung ihres Entscheids auf ihre Ausführungen in E. 7.2 des Entscheids (...) vom (...), wonach die Zielvereinbarung und die Mahnung keine tauglichen Anfechtungsobjekte darstellen würden (vgl. vorstehend E. 5.2 und 5.2.1).

### **E. 6.3.1**

Gemäss Art. 37 Abs. 3 ETH-Gesetz kann gegen Verfügungen der ETH und der Forschungsanstalten bei der ETH-Beschwerdekommision Beschwerde geführt werden. Das entsprechende Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 37 Abs. 1 ETH-Gesetz). Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch die eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Für das Vorliegen einer Verfügung ist dabei nicht massgebend, ob sie als solche bezeichnet ist und eine Rechtsmittelbelehrung enthält oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die inhaltlichen Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (Urteile des BVer A-3558/2018 vom 12. März 2019 E. 1.1; A-4464/2015 vom 23. November 2015 E. 1.1 und C-8135/2010 vom 10. Januar 2013 E. 1.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 849 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 16 ff. und § 29 Rz. 3).

### **E. 6.3.2**

Was das Erfordernis der Rechtswirkungen betrifft, so ist entscheidend, ob das Handlungsziel der Behörden die Regelung, d.h. die bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtsstellung des Betroffenen ist (Urteil des BVGer A-2235/2017 vom 11. Juli 2017 E. 1.2; Felix Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N. 17ff. und 94). In der Ausrichtung auf Rechtsverbindlichkeit unterscheidet sich die Verfügung vom tatsächlichen oder informellen Verwaltungshandeln, welches nicht auf die Herbeiführung eines Rechts-, sondern eines Taterfolgs ausgerichtet ist, indessen gleichwohl die Rechtsstellung von Privaten beeinträchtigen kann. Als Strukturmerkmal der Verfügung gilt mithin die Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall und nicht eine allfällige Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Adressaten. Der Rechtsschutz bei solchen (die Rechtsstellung tangierenden) Realakten beschränkt sich darauf, dass ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung über die Rechtmässigkeit des Realakts besteht (Art. 25a Abs. 2 VwVG). Mit der Schaffung von Art. 25a VwVG wurde die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV konkretisiert und der Rechtsschutz gegen Realakte verbessert, indem darüber eine Verfügung erlangt werden kann. Erst durch diese Verfügung öffnet sich der ordentliche Beschwerdeweg. Ein Realakt kann somit nicht direkt angefochten werden (vgl. Urteil des BGer 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1; Urteil des BVGer A-5323/2012 vom 6. November 2012; Weber-Dürler/Kunz-Notter, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 25a Rz. 1 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 38 Rz. 1 ff. und 22; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.38 f.). Im Zusammenhang mit Verfügungen über Realakte ist sodann die Subsidiarität dieser Rechtsschutzmöglichkeit zu berücksichtigen: Ein schutzwürdiges Interesse fehlt immer dann, wenn genügender Rechtsschutz gegenüber dem Realakt auf andere Weise möglich ist (BGE 136 V 156 E. 4.3; Weber-Dürler/Kunz-Notter, in: Kommentar zum VwVG, Art. 25a Rz. 32).

### **E. 6.4**

Zu prüfen ist somit, ob die Zielvereinbarung vom (...) (vgl. nachfolgend E. 6.5) sowie die Ermahnung vom (...) (vgl. nachfolgend E. 6.6) die Voraussetzungen an eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erfüllen.

#### **E. 6.5.1**

Die Zielvereinbarung vom (...) bezweckt, die anzustrebenden Verbesserungen im Verhalten der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin, deren Vertretern und ihren Vorgesetzten verbindlich zu vereinbaren (vgl. S. 1 der Zielvereinbarung). Sie sieht insbesondere die Pflicht der Beschwerdeführerin vor, konstruktiv, sachlich und lösungsorientiert mit dem Präsidenten, der Schulleitung sowie den Stäben und Abteilungen der ETH Zürich zusammenzuarbeiten und eine konstruktive, pragmatische und zeitnahe Mitarbeit bei Vorprüfungen und Untersuchungen im Auftrag der ETH Zürich zu gewährleisten. Anberaumten Gesprächen habe sie sodann ohne Verzug nachzukommen und berechtigte Kritik zum Anlass für eine Selbstreflexion zu verwenden. Für den Fall, dass die Zielvereinbarung nicht erwartungsgemäss umgesetzt werden könne, wurde festgehalten, dass der Präsident bzw. die Präsidentin erneut eine Beurteilung der Situation vornehmen und allenfalls weitere Massnahmen prüfen werde. Bei diesen Zielen handelt es sich nicht um das Ergebnis einer Verhandlung. Vielmehr setzte die Beschwerdegegnerin die Verhaltenspflichten einseitig und individuell-konkret in Bezug auf die Beschwerdeführerin

fest. Rechtswirksamkeit kommt der Zielvereinbarung vom (...) jedoch nicht zu, da die Beschwerdeführerin die Verhaltenspflichten nicht autoritativ im Sinne einer Weisung anordnete, sondern die Beschwerdeführerin lediglich dazu aufforderte, der ihr vorgelegten Zielvereinbarung ihre Zustimmung zu erteilen. Die Beschwerdeführerin unterzeichnete die Zielvereinbarung nicht, weshalb damit keine Rechtsfolgen begründet wurden. Wegen der fehlenden Regelung eines Rechtsverhältnisses, die als Strukturmerkmal der Verfügung gilt, stellt die Zielvereinbarung vom (...) folglich kein zulässiges Anfechtungsobjekt einer Beschwerde dar, auf welche die Vorinstanz hätte eintreten müssen.

### **E. 6.5.2**

Daran vermögen auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV nichts zu ändern. Sollte die Zielvereinbarung in eine schützenswerte Rechtsposition der Beschwerdeführerin eingreifen, so kann sie bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses gestützt auf Art. 25a VwVG eine anfechtbare Verfügung verlangen. Ein Rechtsschutzdefizit ist damit nicht ersichtlich.

### **E. 6.6.1.1**

Nach dem Bundespersonalrecht ist die Mahnung von der disziplinarischen Verwarnung zu unterscheiden. Gemäss Art. 25 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) trifft der Arbeitgeber die für den geordneten Vollzug der Aufgaben nötigen (Disziplinar-)Massnahmen. Hierzu ist die Verwarnung eine mögliche Massnahme (Art. 25 Abs. 2 Bst. b BPG). Art. 58a Abs. 1 PVO-ETH (i.V.m. Art. 36 Professorenverordnung ETH) bestimmt in Ausführung dieser gesetzlichen Regelungen, dass die zuständige Stelle nach Art. 2 PVO-ETH eine Disziplinaruntersuchung eröffnet. Gestützt auf das Ergebnis dieses Verfahrens kann die zuständige Stelle, sofern kein Kündigungsgrund nach Art. 12 BPG vorliegt, die in den Bst. a und b genannten Massnahmen verfügen (Art. 58a Abs. 3 PVO-ETH). Nach Bst. a kann bei Fahrlässigkeit insbesondere ein Verweis verfügt werden. Der Verwarnung kann der Verweis im Hinblick auf seine Wirkung gleichgesetzt werden (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6719, wonach der Verweis im Rahmen der auf den 1. Juli 2013 in Kraft getretenen BPG- und BPV-Revision aus dem Disziplinarrecht für das Bundespersonal gestrichen wurde, da ihm gegenüber der Verwarnung keine selbständige Bedeutung zukam bzw. er dieselbe Wirkung erzielte).

### **E. 6.6.1.2**

Mit der Verwarnung gibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu verstehen, dass er das gerügte Verhalten nicht weiterhin hinzunehmen gewillt ist und dass er bei Wiederholung oder Weiterführung des gerügten Verhaltens härtere Massnahmen zu treffen gedenkt (Peter Helbling, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz BPG [nachfolgend: Handkommentar BPG], 2013, Art. 25 Rz. 53). Demgegenüber wird eine Mahnung gestützt auf Art. 10 Abs. 3 BPG ausgesprochen. Sie ist als direkte Reaktion auf das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu verstehen und hat zum Ziel, dem Arbeitnehmer die begangene Pflichtverletzung vorzuhalten und ihn zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten zu mahnen (Rügefunktion). Zudem drückt sie die Androhung einer Sanktion bei weiteren gleichartigen Pflichtverletzungen aus (Warnfunktion; vgl. Urteil des BVGer A-4464/2015 vom 23. November 2015 E. 4.1). Bezüglich der Anfechtbarkeit einer Mahnung besteht eine gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, wonach einer der Kündigung vorausgehenden

Mahnung kein Verfügungscharakter zukommt (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C\_358/2009 vom 8. März 2010 E. 4.3; BVGE 2011/31 E. 3.3; ausführlich dazu schon der Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission [PRK] vom 30. September 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 69.33 E. 2). Dies wurde auch nach der Revision des BPG vom Bundesverwaltungsgericht mehrfach bestätigt (Urteile des BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016 E. 3.2, A-4464/2015 vom 23. November 2015 E. 1.1.4 und A-1725/2015 vom 8. Juni 2015 E. 2.1.3 f., A-692/2014 vom 17. Juni 2014 E. 3.2).

### **E. 6.6.1.3**

Zwar ist die erwähnte Rüge- und Warnfunktion der Mahnung auch der disziplinarischen Verwarnung grundsätzlich inhärent (vgl. oben zitiertes Urteil: "dass er das gerügte Verhalten nicht weiterhin hinzunehmen gewillt ist und dass er bei Wiederholung oder Weiterführung des gerügten Verhaltens härtere Massnahmen zu treffen gedenkt"). Überdies wird die Verwarnung in der Regel - wie die Mahnung - "als direkte Reaktion auf das Fehlverhalten des Arbeitnehmers" ausgesprochen (Urteil des BVGer A-2180/2016 vom 30. August 2016 E. 3.3.2). Dennoch verfolgen die Mahnung und die Verwarnung unterschiedliche Zwecke, wie das Bundesverwaltungsgericht etwa im Urteil A-692/2014 vom 17. Juni 2014 festhielt (ebenso bereits BVGE 2011/31 E. 3.2.1 sowie Urteile des BVGer A-6864/2010 vom 20. Dezember 2011 E. 5.2.2 und A-8518/2007 vom 18. September 2008 E. 4.3; bestätigt in A-2180/2016 vom 30. August 2016 E. 3.3.2): "[...] l'avertissement préalable à la résiliation ordinaire devait plutôt être conçu comme une mise en garde adressée à l'employé et destinée à éviter des conséquences désagréables, en d'autres termes, comme une mesure destinée à protéger l'employé et à concrétiser le principe de proportionnalité, l'avertissement, au sens de l'ancien art. 25 LPers, revêtait clairement le caractère d'une sanction disciplinaire, constituant l'une des mesures de contrainte dont dispose l'administration à l'égard de ses employés" (E. 3.2.1 S. 11).

### **E. 6.6.1.4**

Ob eine Massnahme - namentlich eine Ermahnung - disziplinarischer Natur ist, kann nicht davon abhängen, ob sie von der zuständigen Behörde als solche bezeichnet oder erst nach Durchführung einer Disziplinaruntersuchung oder mittels formeller Verfügung angeordnet wird. Andernfalls stünde es im freien Belieben der Behörde, auf ein formelles Disziplinarverfahren zu verzichten und so der betroffenen Person einerseits die ihr zustehenden Parteirechte vorzuenthalten und andererseits die Möglichkeit zu nehmen, den Disziplinentscheid gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies bürge entsprechendes Missbrauchspotential (Urteil des BVGer A-2180/2016 vom 30. August 2016 E. 3.1.3).

### **E. 6.6.2**

Die Folgen einer Verwarnung und eines Verweises sowie einer Mahnung sind in der Regel vergleichbar: Gibt der betroffene Angestellte fortan zu keiner Beanstandung mehr Anlass, bleibt die Verwarnung bzw. Mahnung ohne negative Auswirkungen. Begeht er dagegen weitere Pflichtverletzungen, drohen ihm personalrechtliche Konsequenzen bis hin zur Kündigung (eine Verwarnung bzw. ein Verweis dürfte regelmässig gleichzeitig eine Mahnung darstellen; vgl. Urteil des BGer 1C\_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4). Die Vorinstanz hat die Kündigung zumindest konkludent angedroht, indem sie darauf hinwies, sie werde "mit dem ETH-Ratspräsidenten weitergehende personalrechtliche Massnahmen prüfen". Die Beschwerdeführerin selbst hat dies jedenfalls als Androhung eines Entlassungsverfahrens verstanden, da damit auf die alleinige Zuständigkeit des ETH-Rates

für Kündigungen von Professorinnen und Professoren Bezug genommen werde (vgl. Art. 13 Abs. 1 Professorenverordnung ETH). Demzufolge wird es sich beim Schreiben vom (...) auch um eine Mahnung nach Art. 10 Abs. 3 BPG handeln, selbst wenn es als Verwarnung bzw. Verweis einzustufen sein sollte. Da sich die Wirkungen der (blossen) Mahnung und der disziplinarischen Verwarnung bzw. des disziplinarischen Verweises entsprechen, ist für die Frage der Abgrenzung somit entscheidend, welcher Zweck mit der Ermahnung vom (...) verfolgt wurde (vgl. E. 6.6.1.3).

### **E. 6.6.3**

In der Ermahnung vom (...) führt die Beschwerdegegnerin aus, die Zielvereinbarung - und somit auch die darin enthaltene Mahnung - stelle keine Disziplinar massnahme dar. Dieser Auffassung ist auch die Beschwerdeführerin, wenn sie vorbringt, die Zielvereinbarung könne sich nicht auf Art. 25 BPG, welcher das Disziplinarrecht regle, stützen. Das angefochtene Schreiben vom (...) entspricht der Zielvereinbarung vom (...) inhaltlich insoweit, als die Beschwerdeführerin darin ermahnt wurde, an anberaumten Gesprächen zukünftig teilzunehmen. Stellt die Zielvereinbarung mit der darin enthaltenen Mahnung nach den Angaben der Beschwerdegegnerin keine Disziplinar massnahme dar, dürfte dies ebenso für die Ermahnung vom (...) gelten. Auch wenn es nicht im freien Ermessen der zuständigen Behörde liegen kann, zu bestimmen, ob es sich um eine disziplinarische Massnahme handelt, muss ihr doch ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden, da es wesentlich auf den mit der Massnahme verfolgten Zweck ankommt (vgl. E. 6.6.1.3). Unabhängig davon, bestehen auch objektiv betrachtet, keine Hinweise darauf, dass die Beschwerdegegnerin eine disziplinarische Sanktion hat aussprechen wollen. Dem Wortlaut des angefochtenen Schreibens nach, hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin "im Sinne einer anweisenden Ermahnung" zwecks Wiederherstellung des Vertrauensverhältnisses dazu aufgefordert, ihr Verhalten zu überdenken und anzupassen. Insbesondere wurde sie aufgefordert, an anberaumten Gesprächen künftig teilzunehmen (Rügefunktion). Im Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass die angestrebte Zielvereinbarung der Wiederherstellung einer vertrauensvollen und offenen Zusammenarbeit diene. Für den Fall, dass die Beschwerdeführerin hierzu nicht bereit sei, warnte die Beschwerdegegnerin vor der Prüfung weitergehender personalrechtlicher Massnahmen (Warnfunktion). Eine Sanktionierung des vergangenen Verhaltens, die über eine blosser Warnung vor allfälligen weiteren personalrechtlichen Schritten, namentlich vor einer Kündigung, hinausgeht, liegt damit nicht vor. Die "anweisende Ermahnung" erscheint vielmehr als eine zukunftsorientierte Anordnung, womit das - nach Ansicht der Vorinstanz - gestörte Vertrauensverhältnis wiederhergestellt werden soll, und nicht zusätzlich auch als eine Sanktionierung einer bereits erfolgten Pflichtverletzung. Gegenteiliges wird denn auch von der Beschwerdeführerin nicht vorgebracht. Vielmehr ist sie der Ansicht, es handle sich bei der Ermahnung um eine administrative und nicht eine disziplinarische Massnahme. Es erscheint daher angebracht, das angefochtene Schreiben als (blosse) Mahnung, die unmittelbar keinerlei rechtliche Folgen hat, zu verstehen.

### **E. 6.6.4**

Soweit sich die Beschwerdeführerin sodann auf die Rechtsweggarantie beruft, ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen eines allfälligen Kündigungsverfahrens die Möglichkeit haben wird, den der Ermahnung zugrundeliegenden Sachverhalt gerichtlich überprüfen zu lassen. Ein Rechtsschutzdefizit ist damit nicht ersichtlich.

### **E. 6.6.5**

Es ist somit festzuhalten, dass es sich bei der vorliegenden Ermahnung vom (...) nicht um ein zulässiges Anfechtungsobjekt handelt (vgl. E. 6.6.1.2), weshalb sich der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid im Ergebnis als rechtmässig erweist.

### **E. 7**

Die eventualiter erfolgte Rechtsverweigerungsbeschwerde hiess die Vorinstanz teilweise gut. Zur Begründung führte sie aus, die Beschwerdegegnerin habe es unterlassen, eine Nichteintretensverfügung zu erlassen. Die Feststellung in E. 7.2 ihres Entscheids vom (...), wonach die Ermahnung den Verfügungsbegriff gemäss Art. 5 VwVG nicht erfülle und mithin kein gültiges Anfechtungsobjekt vorliege, gelte auch im vorliegenden Fall. Da es somit an einer verfügungsfähigen Materie fehle, wäre die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen, darüber eine Nichteintretensverfügung zu erlassen. Es liege daher eine Rechtsverweigerung vor. Von der beantragten Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zum Erlass einer solchen Verfügung sah die Vorinstanz zwecks Verhinderung eines prozessrechtlichen Leerlaufs jedoch ab und entschied, zugleich zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht keine Sachverfügung erlassen habe. Sie hielt sodann fest, dass sie bereits im Rahmen des Verfahrens (...) über die Frage der Anfechtbarkeit der Ermahnung entschieden habe und es hier um die genau gleiche Fragestellung gehe, weshalb es sich erübrige, diese nochmals zu prüfen.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, es sei nicht nur festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin mit der Weigerung vom (...) eine Verfügung über die Aufhebung der Ermahnung vom (...) zu erlassen, eine Rechtsverweigerung begangen habe, sondern diese sei auch anzuweisen, eine entsprechende Verfügung zu erlassen. Zur Begründung führt sie an, eine Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin würde keinen Leerlauf bedeuten, da über die Anfechtbarkeit der Ermahnung vom (...) noch gar nicht entschieden worden sei.

### **E. 7.2**

Bei Gutheissung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde ist die Sache mit der Anweisung, darüber zu entscheiden, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine andere Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand herzustellen, gibt es grundsätzlich nicht; insbesondere darf das Gericht nicht anstelle der das Recht verweigernden Behörde entscheiden, würden dadurch doch der Instanzenzug verkürzt und allenfalls weitere Rechte der am Verfahren Beteiligten verletzt (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 1321, Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 5.25). In Einzelfällen kann es aber zulässig sein, aus prozessökonomischen Gründen auf eine Rückweisung an die Vorinstanz zu verzichten und den Entscheid selbst zu fällen (BVGE 2009/1 E. 4.2 m.H.; Uhlmann/Wälle-Bär, Praxiskommentar VwVG, Art. 46a Rz. 39).

### **E. 7.3**

Da die Beschwerdegegnerin gemäss ihren Eingaben im vorinstanzlichen Verfahren die Ermahnung nicht als eine anfechtbare Verfügung erachtete, kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass eine blosser Rückweisung der Sache zum Erlass einer formellen Nichteintretensverfügung aus prozessökonomischen Gründen als nicht zweckmässig erscheint. Die Ermahnung ist - wie vorstehend ausgeführt (vgl. E. 6.6.3) - keine

beschwerdefähige Verwarnung und stellt damit keine anfechtbare Verfügung dar. Die Beschwerdegegnerin hat daher zu Recht keine Sachverfügung erlassen. Die teilweise Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde durch die Vorinstanz erweist sich damit als rechtmässig.

## **E. 8**

Im Weiteren beantragte die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die widerrechtlich erhobenen und unwahren Personendaten in den Verfügungen vom (...) und vom (...) zu löschen und dementsprechend die Ermahnung und die Zielvereinbarung aus dem Personaldossier zu vernichten. Darauf trat die Vorinstanz mangels Vorliegens eines Gesuchs um Löschung gemäss Art. 25 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) an die Beschwerdegegnerin nicht ein. Stattdessen hielt sie fest, dass die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse und damit einen Anspruch auf eine Sachverfügung gestützt auf Art. 25 DSG habe. Entsprechend wies sie die Beschwerdegegnerin an, eine Verfügung zu erlassen, welche feststelle, ob die Bearbeitung der personenbezogenen Daten in der Ermahnung und der Zielvereinbarung im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Bst. b DSG i.V.m. Art. 25 Abs. 3 Bst. a DSG zu Recht erfolgt sei.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie habe nachweislich mehrfach um Löschung der erwähnten Daten bei der Beschwerdegegnerin ersucht. Es seien somit sämtliche Eintretensvoraussetzungen erfüllt und die Rückweisung an die Beschwerdegegnerin hinfällig, zumal dies zu einem Leerlauf führen würde. Die Vorinstanz habe daher die Sache zu beurteilen.

### **E. 8.2**

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin ziele mit diesem Begehren darauf ab, die Ermahnung und die Zielvereinbarung durch die Hintertür des Datenschutzrechts doch noch einer Inhaltskontrolle zuzuführen. Hierin liege eine missbräuchliche Zweckentfremdung des datenschutzrechtlichen Lösungsanspruchs. Hinzu komme, dass in Bezug auf nicht selbständig anfechtbare Realakte, wie es die Ermahnung und die Zielvereinbarung seien, ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens fehle. Der von der Vorinstanz gefällte Entscheid sei sodann prozessrechtlich widersprüchlich: Da sie einen Nichteintretensentscheid gefällt habe, könne sie die Beschwerdegegnerin nicht anweisen, eine Verfügung in der Sache zu erlassen. Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids sei daher im Rahmen einer "reformatio in peius" von Amtes wegen aufzuheben.

#### **E. 8.3.1**

Gemäss Art. 25 DSG kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (Bst. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (Bst. b) oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (Bst. c). Zur Durchsetzung einer rechtmässigen Datenbearbeitung durch die Bundesorgane kann der Gesuchsteller insbesondere eine Vernichtung nicht (mehr) rechtmässig bearbeiteter Personendaten verlangen (vgl. Art. 25 Abs. 3 Bst. a DSG). Ansprüche nach Art. 25 DSG sind an jenes Bundesorgan zu richten, das die Personendaten in Erfüllung seiner Aufgaben bearbeitet oder bearbeiten lässt (vgl. Art. 16 Abs. 1 DSG). Das Bundesorgan entscheidet mittels Verfügung über die gestellten

Begehren (vgl. Art. 25 Abs. 4 DSG).

### **E. 8.3.2**

Wenn eine Behörde der Ansicht ist, sie sei für den Erlass einer Verfügung nicht zuständig, so darf sie nicht untätig bleiben. Grundsätzlich hat sie zunächst zu prüfen, ob sie ihre Überweisungs- oder Weiterleitungspflicht dadurch wahrnehmen kann, indem sie die Sache an die zuständige Behörde überweist (vgl. Art. 8 Abs. 1 VwVG). Wird die Behörde als zuständig erachtet, so ist mittels Verfügung auf Nichteintreten zu erkennen und die Unzuständigkeit festzustellen. Zwingend ist dies jedenfalls dann, wenn die rechtsuchende Person im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VwVG auf der Rechtswegzuständigkeit der angerufenen Behörde beharrt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3146/2018 vom 24. Januar 2019 E. 2.4.1, A- 36/2013 vom 7. August 2013 E. 3.1.2, A-3290/2011 vom 29. September 2011 E. 2.1; BVGE 2008/15 E. 3.2; Thomas Flückiger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 8 Rz. 11; Daum/Bieri, Kommentar zum VwVG, Art. 8 Rz. 3 und 7).

### **E. 8.4**

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Vernichtung der Personendaten an die Beschwerdegegnerin zu richten. Indem sie von der Vorinstanz verlangte, die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die widerrechtlich bearbeiteten und unwahren Personendaten in der Ermahnung und der Zielvereinbarung zu vernichten, gelangte sie somit an eine unzuständige Stelle. Den Akten lässt sich indes entnehmen, dass die Beschwerdeführerin vorgängig von der Beschwerdegegnerin den Widerruf der Zielvereinbarung verlangt hat. Mit ihrem Anliegen um Entfernung der Ermahnung aus dem Personaldossier ist sie ebenfalls zuerst an die Beschwerdegegnerin gelangt, wobei sie diesbezüglich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt hat (vgl. Sachverhalt H.). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob im Beschwerdeantrag an die Vorinstanz eine Rechtsverweigerungsbeschwerde zu erblicken ist.

### **E. 8.5.1**

Die Vorinstanz beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen der ETH und der Forschungsanstalten (vgl. Art. 37 Abs. 3 ETH-Gesetz). Sie beurteilt ausserdem Beschwerden, mit denen geltend gemacht wird, eine entsprechende anfechtbare Verfügung sei unrechtmässig verweigert oder verzögert worden (vgl. Art. 37 Abs. 1 ETH-Gesetz i.V.m. Art. 46a VwVG). Die Beschwerdelegitimation setzt voraus, dass bei der zuständigen Behörde zuvor ein Begehren um Erlass einer Verfügung gestellt wurde und Anspruch darauf besteht (BGE 135 II 60 E. 3.1.2; BVGE 2010/29 E. 1.2.2; Urteil des BVGer A-3501/2018 vom 3. Mai 2019 E. 1.3).

### **E. 8.5.2**

Das Verbot der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ergibt sich als Teilgehalt aus der allgemeinen Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV. Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde sich weigert, eine Verfügung zu erlassen, obwohl sie dazu aufgefordert wurde und aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen dazu verpflichtet wäre. Selbst dort, wo nach Auffassung der Behörde eine Sachurteilsvoraussetzung (Gesuch bzw. Antrag, Zuständigkeit, schutzwürdiges Interesse, verfügungsfähige Rechte und Pflichten) fehlt, muss mittels Nichteintretensverfügung Position bezogen werden (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.5; Urteil des BGer 1C\_165/2009 vom 3. November 2009 E. 2.2; BVGE 2009/1 E. 3; Urteil des BVGer A-3501/2018 vom 3. Mai 2019 E. 3.1; Müller/Bieri, in: Kommentar zum VwVG, Art. 46a Rz. 10).

### **E. 8.6.1**

In Bezug auf die Zielvereinbarung ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zwar deren Widerruf bei der Beschwerdegegnerin beantragt hat, bevor sie an die Vorinstanz gelangte. Sie hat aber kein ausdrückliches Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung gestellt, wie das die Rechtsprechung verlangt (vgl. E. 8.5.1). Eine formelle Rechtsverweigerung liegt deshalb in Bezug auf die Zielvereinbarung von vornherein nicht vor.

### **E. 8.6.2**

Die Vorinstanz verneinte somit zu Recht ihre Zuständigkeit zur Beurteilung des Beschwerdeantrags und trat entsprechend nicht darauf ein. Das weitere Vorgehen der Vorinstanz ist zudem insofern nicht zu beanstanden, als sie die Sache faktisch an die Beschwerdegegnerin zum Entscheid überwiesen hat (vgl. Art. 8 Abs. 1 VwVG). Im Weiteren hätte sie die Beschwerdegegnerin aber nicht anweisen dürfen, eine Sachverfügung zu erlassen. Vielmehr liegt es in der Zuständigkeit der Beschwerdegegnerin, zu prüfen, ob auf das Gesuch einzutreten ist. Im Falle eines Eintretens hat sie die beanstandete Datenbearbeitung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu untersuchen. Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids ist daher wie folgt zu berichtigen: "Der ETH Zürich wird das Gesuch nach Art. 25 DSG betreffend die Vernichtung der personenbezogenen Daten in der Zielvereinbarung vom (...) zum Erlass einer Verfügung überwiesen."

### **E. 8.6.3**

In Anbetracht dieses Verfahrensausgangs fragt es sich, ob der Beschwerdeführerin vor Erlass des Entscheids Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.

#### **E. 8.6.3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht kann eine angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei ändern, wenn die Verfügung Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts beruht, wobei die angefochtene Verfügung nicht wegen Unangemessenheit zuungunsten einer Partei geändert werden darf, es sei denn, sie werde zugunsten einer Gegenpartei geändert (Art. 62 Abs. 2 VwVG; sog. "reformatio in peius"). Beabsichtigt das Bundesverwaltungsgericht, die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei zu ändern, so bringt sie der Partei diese Absicht zur Kenntnis und räumt ihr Gelegenheit zur Gegenäusserung ein (Art. 62 Abs. 3 VwVG).

#### **E. 8.6.3.2**

Bei der beabsichtigten Berichtigung von Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids handelt es sich indessen nicht um eine "reformatio in peius", denn die Überweisung zum Entscheid an die Beschwerdegegnerin hat nicht mit Sicherheit eine Verschlechterung der Rechtsstellung der Beschwerdeführerin zur Folge. Die Beschwerdegegnerin hat zu prüfen, ob die Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind und wird gegebenenfalls einen materiellen Entscheid fällen. Bei einer blossen Möglichkeit einer Verschlechterung liegt noch keine "reformatio in peius" vor (vgl. Urteil des BGer 9C\_990/2009 vom 4. Juni 2010 E. 2; Häberli, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 62 Rz. 21 m.w.H.).

### **E. 8.7.1**

In Bezug auf die Ermahnung hat die Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz bei der Beschwerdegegnerin ein Gesuch um deren Löschung im Personaldossier eingereicht und dabei ausdrücklich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt. Die Beschwerdegegnerin teilte ihr daraufhin mit E-Mail vom (...) mit, sie sehe im Moment

keinen Anlass, eine Verfügung zu erlassen. Damit hat sie eine unrechtmässige Rechtsverweigerung begangen, denn die Beschwerdeführerin hat einen Anspruch darauf, dass die Beschwerdegegnerin ihre Beurteilung und Entscheidung in einer Verfügung eröffnet. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Beschwerdegegnerin der Auffassung ist, auf das Gesuch der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten, etwa wegen fehlendem Rechtsschutzinteresse. Selbst eine solche Entscheidung hätte sie der Beschwerdeführerin in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen, da diese nur so die Möglichkeit hat, die Entscheidung der Beschwerdegegnerin rechtlich prüfen zu lassen (vgl. E. 8.5.3).

#### **E. 8.7.2**

Es ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin um Anweisung der Beschwerdegegnerin, die personenbezogenen Daten in der Ermahnung zu vernichten, als Rechtsverweigerungsbeschwerde hätte entgegennehmen müssen. Da die Beschwerdeführerin sodann in jedem Fall einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung hat, hätte die Vorinstanz auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde eintreten und diese gutheissen müssen. Dementsprechend hätte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin anweisen müssen, über das Gesuch der Beschwerdeführerin zu entscheiden und der Beschwerdeführerin ihre Entscheidung in einer formellen Verfügung zu eröffnen. Weil die Vorinstanz ohnehin eine Rückweisung an die Beschwerdegegnerin vornahm, war auch keine Ausnahme von dieser Regel aus prozessökonomischen Gründen angebracht (vgl. E. 7.2 zur Konstellation, bei der bei einer Rechtsverweigerungsbeschwerde ausnahmsweise aus prozessökonomischen Gründen auf eine Rückweisung verzichtet und der Entscheid selbst gefällt wird). Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids ist daher wie folgt zu berichtigen: "Die ETH Zürich wird angewiesen, über das Gesuch nach Art. 25 DSG betreffend die Vernichtung der personenbezogenen Daten in der Ermahnung vom (...) zu entscheiden und entsprechend eine Verfügung zu erlassen."

#### **E. 8.7.3**

Diese Berichtigung stellt keine "reformatio in peius" dar. Zur Begründung kann sinngemäss auf die bereits gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. E. 8.6.3).

#### **E. 9**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist (vgl. E. 8.7.2), soweit darauf eingetreten wird (vgl. E. 2). Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids ist insofern aufzuheben, als die Vorinstanz auf die sinngemäss erhobene Rechtsverweigerungsbeschwerde betreffend die Vernichtung der personenbezogenen Daten in der Ermahnung vom (...) nicht eingetreten ist. Im Weiteren ist die Dispositiv-Ziff. 3, wie in den Erwägungen 8.6.2 und 8.7.2 dargelegt, zu berichtigen.

#### **E. 10**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

##### **E. 10.1**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind aus diesem Grund vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

##### **E. 10.2**

Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten für die Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn wie vorliegend keine Kostennote eingereicht wurde, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). War die (teilweise) obsiegende Partei, wie vorliegend die Beschwerdeführerin, bereits im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, so sind im Gesamtbetrag, den das Bundesverwaltungsgericht zuzusprechen hat, auch diese Aufwendungen zu berücksichtigen (Urteil des BVGer A-5705/2014 vom 29. April 2015 E. 10.2.1). Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht. Das Bundesverwaltungsgericht setzt die Parteientschädigung somit von Amtes wegen aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen Aufwandes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz sowie für das vorliegende Beschwerdeverfahren in der Höhe von insgesamt Fr. 3'000.- als angemessen. Diese wird der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG), die ihrerseits wie die Vorinstanz keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (vgl. Art. 9 Abs. 2 VGKE, Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.