Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-161/2010
{T 0/2}

Urteil vom 1. Juli 2010

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter Beat Forster, Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiberin Yvonne Wampfler Rohrer.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin,

ETH-Beschwerdekommission,
Postfach 6061, 3001 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstand.

Sachverhalt:

A.
B._____, geboren (...), ist mit einem bis (...) befristeten öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag vom (...) als (...) bei der A._____ angestellt.

B.
Am (...) verfügte die A._____, vertreten durch Rechtsanwalt (...), die sofortige Freistellung von B._____. In derselben Verfügung wurde ihr die Zutrittsberechtigung auf das Gelände der A._____ entzogen, eine dienstliche Unterredung betreffend die Lohnfortzahlung in Aussicht gestellt und neben anderen Punkten die Verpflichtung abgenommen, ihren Arbeitsplatz nach schriftlicher Vereinbarung zu räumen. Mit separater Verfügung vom (...) kündigte die A._____ den Arbeitsvertrag mit sofortiger Wirkung. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

C.
Mit Eingabe vom 9. Oktober 2009 erhob B._____ sowohl gegen die Freistellungs- als auch gegen die Kündigungsverfügung Einsprache. Sie beantragte, es sei die Nichtigkeit beider Verfügungen im Wesentlichen wegen Verletzung wichtiger Formvorschriften sowie inhaltlicher Unbegründetheit festzustellen.

D.
Im Rahmen dieses Einspracheverfahrens stellte die A._____ mit Eingabe vom 12. November 2009 den Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung sowie ein Ausstandsgesuch gegen die Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission (nachfolgend: Instruktionsrichterin).

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen unter Verweis auf die Zwischenverfügung der Instruktionsrichterin vom 29. Oktober 2009 an, die Instruktionsrichterin habe es nicht bei den Erwägungen zum Nichteintretensentscheid bezüglich des gegnerischen Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde belassen, sondern sie habe der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin den Rat erteilt, den Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme nach Anhebung des Beschwerdeverfahrens bei der ETH-Beschwerdekommission zu erneuern. Weiter sei die Instruktionsrichterin zur Ein-

schätzung gelangt, die Streitangelegenheit sei nach wie vor durch einen Vergleich zu erledigen, dies zumindest in finanzieller Hinsicht, weshalb sie sich für die Zeit nach Eingang des Antrags auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung vorbehalten habe, die Parteien nochmals auf die Aufnahme von Vergleichsverhandlungen hinzuweisen. Zudem habe sie im Zeitpunkt des Erlasses der genannten Verfügung nur die Argumente der Beschwerdegegnerin gekannt. Die A._____ habe keine Gelegenheit gehabt, zu den Eingaben der Gegenpartei vom 12. und 27. Oktober 2009 Stellung zu nehmen. Die Erwägungen der Instruktionsrichterin würden mithin auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhen. Zusätzlich habe sich diese zu Themen geäussert, welche noch nicht Streitgegenstand gewesen seien.

E.
Mit Entscheid vom 15. Dezember 2009 lehnte die ETH-Beschwerdekommission (nachfolgend: Vorinstanz) das Ausstandsbegehren der A._____ ab und wies die Instruktionsrichterin an, das Instruktionsverfahren fortzusetzen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Voraussetzungen für einen Ausstand der Instruktionsrichterin seien vorliegend nicht erfüllt.

F.
Gegen diesen Entscheid erhebt die A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 11. Januar 2010 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids, dass die Instruktionsrichterin zu verpflichten sei, als Instruktionsrichterin und Teil des Spruchkörpers in den Ausstand zu treten. Gleichzeitig ersucht sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Zur Begründung macht sie geltend, der Ausstand der Instruktionsrichterin sei zu bejahen, da diese sich zu Themen geäussert habe, die Streitgegenstand werden könnten. Zudem habe sie sich vor Rechtshängigkeit der vorliegenden Beschwerde in Vergleichsverhandlungen eingemischt, bevor sie die Standpunkte beider Parteien gekannt habe. Schliesslich sei es nicht zulässig, der Beschwerdeführerin nach einer fristlosen Kündigung und vor Kenntnis der Standpunkte beider Parteien zur „atmosphärischen Entkrampfung“ eine Lohnfortzahlung

zu empfehlen und in Aussicht zu stellen, sie würde bei der Gutheissung rückwirkende Zahlungen anordnen. In Bezug auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung führt sie an, dass die Instruktionsrichterin während der Dauer des Ausstandsverfahrens durch den Präsidenten der Vorinstanz ersetzt werden könne, sodass keine erhebliche zeitliche Verfahrensverzögerung entstehen würde. Zudem befinde sich B._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht in einer prekären finanziellen Situation. Die Beschwerdegegnerin habe von der Beschwerdeführerin im November 2009 knapp CHF (...) ausbezahlt erhalten, und verfüge überdies über regelmässige Einkünfte aus ihrer Firma mit Sitz in (...). Im Weiteren sei sie bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet.

G.
Mit Zwischenentscheid vom 18. Februar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut. Es stellte fest, dass der Beschwerde vom 11. Januar 2010 aufschiebende Wirkung zukommt. Dieser Zwischenentscheid wurde nicht angefochten.

H.
Hinsichtlich des Ausstandsbegehrens beantragt die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2010 die Abweisung der Beschwerde.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, die Instruktionsrichterin habe der Beschwerdegegnerin bzw. ihrem Rechtsvertreter keinerlei Ratschläge erteilt. Dass die Instruktionsrichterin zudem die Möglichkeit einer Mediation erwähnt habe, sei angesichts des Status der Beschwerdeführerin und des Umstandes, dass die Parteien Vergleichsgespräche geführt hätten, bei objektiver Betrachtung in keiner Weise geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken.

I.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 18. März 2010 ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie zur Hauptsache auf den angefochtenen Entscheid, aber auch auf die Stellungnahme der Instruktionsrichterin vom 3. Dezember 2009.

J.
Es wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. In den entsprechenden Eingaben vom 30. April 2010 resp. 16. Juni 2010 halten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin an ihren Begehren fest.

K.
Auf weitergehende Ausführungen in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wobei als Verfügungen auch Beschwerdeentscheide gelten (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Die ETH-Beschwerdekommission gehört zu den eidgenössischen Kommissionen nach Art. 33 Bst. f VGG (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 14 Rz. 1.34 Fussnote 87) und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. c VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 62 Abs. 2 der Verordnung des ETH-Rates vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen [PVO-ETH, SR 172.220.113]).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich auch bei Beschwerden gegen Entscheide der ETH-Beschwerdekommission grundsätzlich nach dem VwVG. Vorbehalten bleiben abweichende Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz, SR 414.110) oder des VGG (vgl. Art. 37 Abs. 1 ETH-Gesetz i.V.m. Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin hat als erste Instanz verfügt und ist daher nach Art. 37 Abs. 2 ETH-Gesetz in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 VwVG beschwerdeberechtigt. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 15. Dezember 2009 ist somit einzutreten.

Die Beschwerdeanträge haben sich auf den Streitgegenstand, den Ausstand der Instruktionsrichterin der Vorinstanz, zu beschränken. Nicht einzutreten ist daher auf das in der Stellungnahme vom 30. April 2010 (Randnote 20) neu gestellte Ausstandsbegehren gegen den Präsidenten der Vorinstanz. Ausstandsgründe müssten unverzüglich geltend gemacht werden und dies zudem direkt bei der Vorinstanz.

2.
Vorab ist zu prüfen, ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt.

2.1 Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör der Beschwerdegegnerin verletzt, indem sie ihr keine Gelegenheit gegeben habe, sich zur Stellungnahme zum Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin vom 3. Dezember 2009 zu äussern, ist darauf mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten, da sie nicht allfällige Interessen eines Dritten, hier der Beschwerdegegnerin, geltend machen kann.

2.2 Weiter weist die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Erlass der Verfügung der Instruktionsrichterin vom 29. Oktober 2009 auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs hin, ohne allerdings ein entsprechendes Rechtsbegehren zu stellen.

Sie bringt vor, sie habe keine Gelegenheit erhalten, zu den Eingaben der Gegenpartei vom 12. und 27. Oktober 2009 vor der Verfügung vom 29. Oktober 2009 Stellung zu nehmen. Von der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 27. Oktober 2009 habe sie mit der Zustellung der Verfügung vom 29. Oktober 2009 Kenntnis erhalten. Demzufolge würden die Erwägungen der Instruktionsrichterin auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gründen.

Auch auf diese Rüge ist nicht einzutreten, da die Beschwerdeführerin eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, welche die Verfügung der Instruktionsrichterin vom 29. Oktober 2009 betrifft. Diese Verfügung ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Selbst wenn aber auf diese Rüge einzutreten wäre, würde keine (unheilbare) Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen, da die Beschwerdeführerin sowohl im Verfahren vor der Vorinstanz als auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Möglichkeit hatte, sich zu den Eingaben der Beschwerdegegnerin vom 12. und 27. Oktober 2009 zu äussern. Im Übrigen ist unbestritten, dass diese Eingaben der Beschwerdeführerin am 29. Oktober 2009 zugestellt wurden.

3.
Weiter ist zu prüfen, ob hinsichtlich der Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission, C._____, ein Ausstandsgrund besteht.

3.1 Nach Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Diese Bestimmungen werden in Art. 10 VwVG in Bezug auf den Ausstand von Behörden der Bundesverwaltung konkretisiert. Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d VwVG gehören hierzu auch die eidgenössischen Kommissionen, mithin auch die ETH-Beschwerdekommission (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 14 Rz. 1.34 Fussnote 87).

Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG sieht vor, dass Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, in den Ausstand treten, wenn sie aus anderen als in lit. a – c genannten Gründen (z.B. persönliches Interesse an der Sache, Verwandtschaft, Vorbefassung) in der Sache befangen sein könnten.

Auch nach Art. 13 Abs. 1 lit. d der Geschäftsordnung der ETH-Beschwerdekommission vom 18. September 2003 (SR 414.110.21) treten die Kommissionsmitglieder und die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Sekretariates in den Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (...).

3.2

3.2.1 Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Neben der eigentlichen Befangenheit oder Interessenkollision ist von vornherein jeder entsprechende Anschein zu vermeiden. Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein der Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen (BGE 127 I 196 E. 2b). Die objektive Beurteilung hat dabei aus der Sicht der Verfahrensbeteiligten zu erfolgen. Entscheidend ist, wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter in der Lage der Verfahrensbeteiligten die Situation einschätzen würde (Urteil des Bundesgerichts 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006 E. 5.2). Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftigen Grund gerechtfertigt sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6806/2009 vom 10. Februar 2010 E. 5.2; STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 10 N 2 mit Verweis auf BGE 119 V 456 E. 5b).

3.2.2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hält im Zusammenhang mit dem Ausstand von Gerichtspersonen fest, dass die allfällige Befangenheit eines Richters als innerer Zustand nicht bewiesen werden kann und auch nicht nachgewiesen werden muss; eine Unbefangenheitserklärung eines Richters allein ist nicht ausschlaggebend (BGE 108 Ia 48 E. 2). Für eine Ablehnung genügen tatsächliche Gegebenheiten, die Misstrauen in die Unparteilichkeit erwecken, den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit begründen und den Verfahrensausgang nicht mehr als offen erscheinen lassen (BGE 133 I 6 E. 6.2, BGE 131 I 113 E. 3.4, BGE 120 Ia 184 E. 2b). Misstrauen in die Unbefangenheit können Äusserungen eines Richters im Vorfeld oder während eines Verfahrens erwecken, die den Schluss zulassen, dass er sich schon eine Meinung über den Ausgang gebildet hat (BGE 125 I 119 E. 3a).

3.2.3 Der Auffangtatbestand der "anderen Gründe" bleibt nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG und Art. 13 Abs. 1 lit. d ETH-Geschäftsordnung) offen und ist insofern jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Dabei kann insbesondere auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände, welche für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für die Annahme

einer Ausstandspflicht aufweisen, zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N 68 mit Hinweisen).

So wecken Äusserungen über den Verfahrensausgang Zweifel an der Unbefangenheit, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N 87 mit Hinweis auf BGE 133 I 89, BGE 134 I 238 E. 2 und Urteil des Bundesgerichts 1P.634/2002 vom 17. März 2003 E. 5.1).

Ebenso erwecken Ratschläge an eine Partei – insbesondere solche, die nicht genügend abstrakt formuliert sind – unter Umständen den Eindruck, die Behörde habe sich ihre Meinung in Bezug auf ein konkretes Verfahren bereits gebildet, was zur Annahme der Befangenheit führt (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N 88, ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 5a N 14, THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, zu Art. 9, N 17, S. 99 f.).

Demgegenüber können weder der Umstand eines Vermittlungsversuchs als solcher noch die blosse Meinungsbildung im Rahmen der Verfahrensinstruktion die Unparteilichkeit in Frage stellen. Das Gleiche gilt für das Erörtern von Prozessaussichten im Rahmen von Vergleichsverhandlungen (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N 78 mit Hinweisen auf Urteil des Bundesgerichts 5A.8/2001 vom 22. Mai 2001 E. 3e).

Bei Fehlen eines Ausstandsgrundes hat namentlich eine allfällige Gegenpartei Anspruch darauf, dass die Streitsache durch den ursprünglich vorgesehenen Spruchkörper und nicht durch andere Richterinnen oder Richter beurteilt wird. Aus diesen Gründen muss der Ausstand eine Ausnahme bleiben. Die persönliche Unbefangenheit eines Richters oder einer Richterin ist deshalb im Grundsatz zu vermuten und von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung darf – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) – nicht leichthin abgewichen werden (vgl. zum Ganzen BGE 134 I 20 E. 4.2; BGE 133 I 1 E. 5.2 und 6.2, BGE 122 II 477 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 2C_171/2007 / 2C_283/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1, Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 1997, veröffentlicht in: Die Pra-

xis des Bundesgerichts [Pra] 86/1997, S. 613 f; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6806/2009 vom 10. Februar 2010 E. 5.2 sowie die Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-5698/2008 vom 20. Oktober 2008 und C-787/2008 vom 29. Februar 2008).

3.3 Die Beschwerdeführerin begründet ihr Ausstandsbegehren im Einzelnen wie folgt: Unter Ziff. 5, S. 3 der Verfügung vom 29. Oktober 2009 spekuliere die Instruktionsrichterin über den möglichen Eingang des Antrags der Beschwerdeführerin auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung bei der Vorinstanz in der Woche (...) und habe der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin den Ratschlag gegeben, den Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme nach Anhebung des Beschwerdeverfahrens (Rechtshängigkeit) bei der Vorinstanz zu erneuern. Dabei habe sie in Aussicht gestellt, bei Gutheissung des Antrags die Lohnfortzahlung rückwirkend anzuordnen. Sie habe deshalb der Beschwerdeführerin empfohlen, den Lohn für die Monate Oktober und November 2009 aufgrund einer befristeten Anordnung zur atmosphärischen Entkrampfung fortzuzahlen.

Weiter gelange die Instruktionsrichterin unter Ziffer 6, S. 3 zur Einschätzung, eine Einigung der Parteien sei zumindest in der Regelung der finanziellen Aspekte nach wie vor möglich. Es bestehe Raum für Vergleichsverhandlungen. Sie behalte sich deshalb vor, die Parteien nach Eingang des Antrags auf Feststellung der Gültigkeit der (fristlosen) Kündigung durch die Beschwerdeführerin nochmals auf die Aufnahme von Vergleichsverhandlungen/Mediation hinzuweisen.

Die Instruktionsrichterin habe im Zeitpunkt des Erlasses ihrer Verfügung lediglich die Argumente der Beschwerdegegnerin gekannt. Die Beschwerdeführerin habe keine Gelegenheit erhalten, zu den Eingaben der Gegenpartei vom 12. und 27. Oktober 2009 vor der Verfügung vom 29. Oktober 2007 Stellung zu nehmen. Von der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 27. Oktober 2009 habe sie mit Zustellung der Verfügung vom 29. Oktober 2009 Kenntnis erhalten. Demzufolge würden die Erwägungen der Instruktionsrichterin erstens auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhen und zweitens habe sie sich zu Themen geäussert, die Streitgegenstand werden konnten. Sie habe ihre künftigen Entscheidungen als Instruktionsrichterin ohne Berücksichtigung der Argumente der Beschwerdeführerin vorweggenommen.

Schliesslich sei es nicht angängig, seitens der Instruktionsrichterin von der Beschwerdegegnerin bzw. deren Rechtsvertreter am 22. Oktober

2009 über den künftigen Streitgegenstand (Freistellung und Büroräumung) Bericht anzunehmen und sich von der Beschwerdegegnerin vereinnahmen zu lassen.

3.4 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Instruktionsrichterin habe der Beschwerdegegnerin bzw. ihrem Rechtsvertreter keinerlei Ratschläge erteilt. Dass in einem Nichteintretensentscheid darauf hingewiesen werde, vorsorgliche Massnahmen (hier betreffend Lohnfortzahlung) könnten erst bei Rechtshängigkeit der Beschwerde, die vorliegend von der Beschwerdeführerin zu erheben sei, mit oder ohne Rückwirkung angeordnet werden, ergebe sich aus der Verfahrensordnung und sei als obiter dictum keineswegs unüblich. Dass die Instruktionsrichterin zudem die Möglichkeit einer Mediation erwähnt habe, sei angesichts des Status der Beschwerdeführerin und des Umstandes, dass die Parteien Vergleichsgespräche geführt hätten, bei objektiver Betrachtung in keiner Weise geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken, zumal dann nicht, wenn auch nicht ansatzweise eine Präferenz für den einen oder anderen Standpunkt angezeigt worden sei.

3.5 Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung vom 18. März 2010 zur Hauptsache auf den angefochtenen Entscheid, aber auch auf die Stellungnahme der Instruktionsrichterin vom 3. Dezember 2009. Die Instruktionsrichterin habe in der massgeblichen Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2009 dem Rechtsvertreter der Arbeitnehmerin keinen eigentlichen Ratschlag erteilt, sondern sie habe ihn – im Zusammenhang mit den Erörterungen zum Nichteintreten auf seinen Antrag um Erlass von vorsorglichen Massnahmen und dort konkret mit der Prüfung einer allfälligen Dringlichkeit – in allgemeiner Art und Weise auf den weiteren Prozessverlauf hingewiesen. Ein solcher Hinweis sei angesichts des Nichteintretens infolge (noch) nicht gegebener Litispendenz und der Besonderheit des Beschwerdeverfahrens im Bundespersonalrecht notwendig. Der Umstand, dass die Instruktionsrichterin in der erwähnten Verfügung nochmals auf die Möglichkeit von Vergleichsverhandlungen hingewiesen habe, deute darauf hin, dass sie sich keineswegs ein abschliessendes Urteil gebildet habe und damit voreingenommen gewesen sei. Denn wäre dies der Fall gewesen, hätte sie eine aussergerichtliche Einigung als wenig sinnvoll erachtet und eine beförderliche Behandlung des Beschwerdeverfahrens angestrebt. Dies habe sie offensichtlich nicht getan. Es liege folg-

lich weder eine tatsächliche Befangenheit noch ein entsprechender Anschein vor.

4.

4.1 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin vermag die in E. 6 der Verfügung vom 29. Oktober 2009 dargelegte Einschätzung der Instruktionsrichterin, eine Einigung der Parteien in der vorliegenden Streitangelegenheit sei zumindest in der Regelung der finanziellen Aspekte nach wie vor möglich, und es bestehe folglich Raum für Vergleichsverhandlungen, den Anschein der Befangenheit für sich allein betrachtet nicht zu begründen. Dasselbe kann für die Äusserung der Instruktionsrichterin gelten, sie behalte sich deshalb vor, die Parteien nach Eingang des Antrags auf Feststellung der Gültigkeit der (fristlosen) Kündigung durch die Beschwerdeführerin nochmals auf die Aufnahme von Vergleichsverhandlungen/Mediation hinzuweisen. Es handelt sich hierbei nicht um Äusserungen, welche den Eindruck erwecken, der Verfahrensausgang sei nicht mehr offen. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern der Umstand, dass die Instruktionsrichterin in diesem Zeitpunkt des Verfahrens auf die Möglichkeit von Vergleichsverhandlungen hinweist, Zweifel an ihrer Unbefangenheit begründen könnte. Ebensowenig ist aus den Akten ersichtlich, dass der Anschein besteht, die Instruktionsrichterin habe sich von der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Freistellung und Büroräumung vereinnahmen lassen.

4.2 Dagegen ergibt sich aus den Akten zweifelsfrei, dass die Instruktionsrichterin, obwohl auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Sinne einer Sicherung des Oktoberlohns und der folgenden Lohnzahlungen im damaligen Verfahrensstadium gar nicht einzutreten war, sich bereits über die mögliche Behandlung dieser Massnahme geäussert hat. In E. 5 der Verfügung vom 29. Oktober 2009 hält sie fest, dass "gesetzt den Fall, der Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme wäre gutzuheissen („1. Teilsatz“), einer rückwirkenden Anordnung nichts entgegen stehe („2. Teilsatz“). (...) Weiter führt sie aus: „Ungeachtet dessen, gilt es zu beachten, dass eine befristete Anordnung der Lohnzahlung von Seiten der Beschwerdeführerin (bsp. Oktober- und Novemberlohn) zu einer atmosphärischen Entkrampfung beitragen dürfte“.

4.3 Der Anschein der Befangenheit ist zu bejahen, wenn keine Gewähr mehr besteht, dass die früheren tatsächlichen oder rechtlichen

Festlegungen als vorläufig anerkannt, im weiteren Verlauf des Verfahrens immer wieder überprüft und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente revidiert werden. Zur Beurteilung der Fairness eines Verfahrens ist demnach ausschlaggebend, ob die frühere Äusserung den berechtigten Eindruck entstehen lässt, Gerichtspersonen könnten sich von den getroffenen Feststellungen und geäusserten Wertungen nicht mehr lösen und würden die Sache deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen (Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-6806/2009 vom 10. Februar 2010 E. 5.4.1 mit Hinweis auf BGE 133 I 89 [Anschein der Befangenheit bejaht] und MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 14 Rz. 1.34 Fussnote 87).

Auch wenn der 1. Teilsatz von E. 5 des Nichteintretensentscheides der Instruktionsrichterin vom 29. Oktober 2009 den Verfahrensausgang grundsätzlich noch offen lässt, insofern als der Antrag auf vorsorgliche Massnahmen entweder gutgeheissen oder abgewiesen werden kann, kann der 2. Teilsatz nur dahingehend verstanden werden, dass sich die Instruktionsrichterin ihre Meinung für den Fall der Gutheissung der vorsorglichen Massnahme bereits gebildet hat. Mit ihrer Äusserung, dann würde ihres Erachtens einer rückwirkenden Anordnung der Lohnfortzahlung nichts entgegenstehen, erweckt sie den Anschein, in der Sache nicht mehr offen und daher voreingenommen zu sein. Dies insbesondere auch mit ihrer klaren Aussage, es gelte zu beachten, dass eine befristete Anordnung der Lohnzahlung von Seiten der Beschwerdeführerin zu einer atmosphärischen Entkrampfung beitragen dürfte. Aufgrund dieser Äusserung, mit welcher sie der Beschwerdeführerin nahe legt, vorerst den Lohn fortzuzahlen, darf die Beschwerdeführerin mit Grund befürchten, die Instruktionsrichterin werde im Hauptverfahren die Angelegenheit nicht mehr unvoreingenommen prüfen. Daran vermag die Argumention der Vorinstanz, die Instruktionsrichterin habe die Parteien vollkommen unparteilich zu einer einvernehmlichen Vergleichslösung ermuntert, nichts zu ändern. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Instruktionsrichterin, obwohl auf das Gesuch im damaligen Verfahrensstadium gar nicht einzutreten, sondern lediglich ein Nichteintretensentscheid zu fällen war, ihre Ansicht, einer rückwirkenden Anordnung der Lohnfortzahlung stehe nichts entgegen, bereits offen kund getan hat. Zudem ist festzuhalten, dass beide Prozessparteien von Rechtsanwälten vertreten waren. Auf diesem Hintergrund sind die Äusserungen der Instruktionsrichterin gerade nicht als allgemeiner Hinweis mit informativem Charakter über den Prozessverlauf

zu verstehen, sondern als konkrete Äusserung über den Verfahrensausgang.

4.4 Wie dargestellt, hat die Instruktionsrichterin mit ihren Äusserungen den Anschein der Voreingenommenheit erweckt. Dieser Eindruck beruht nicht nur auf einer individuellen Empfindung der Beschwerdeführerin, vielmehr erscheint das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit der Instruktionsrichterin auch aus objektiver Sicht begründet. Bei dieser Sachlage vermag die Instruktionsrichterin angesichts ihrer Äusserung über die Behandlung der vorsorglichen Massnahme sowie ihrer Empfehlung, die Beschwerdeführerin solle eine befristete Lohnfortzahlung anordnen, für das Beschwerdeverfahren in der Hauptsache den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG und Art. 13 Abs. 1 lit. d der Geschäftsordnung der ETH-Beschwerdekommission nicht zu genügen. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet.

5.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vorliegend die Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission, C._____, mit ihren Äusserungen objektiv den Anschein der Befangenheit erweckt hat. Sie ist daher zu verpflichten, in sämtlichen zwischen den Parteien rechtshängigen Verfahren als Instruktionsrichterin und Teil des Spruchkörpers in den Ausstand zu treten.

6.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Verfahrensausgang kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit. Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben. Eine Parteientschädigung ist nicht zu entrichten (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission wird verpflichtet, in sämtlichen zwischen den Parteien rechtshängigen Verfahren als Instruktionsrichterin und Teil des Spruchkörpers in den Ausstand zu treten.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben)

Für Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Marianne Ryter Sauvant	Yvonne Wampfler Rohrer

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.- beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG], SR 173.110). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Zwischenverfügungen sind in all diesen Fällen unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar.

Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, so ist sie innert 30 Tagen seit der Ausfertigung des angefochtenen Urteils beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zu erheben. Die Beschwerde muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand: