

# DER SCHWEIZERISCHE BUNDESRAT

hat in der Beschwerdesache

X.

gegen

Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Ressourcen, Freiburgstrasse 130, 3003 Bern,

betreffend

Wahlvorschlag für Schweizer Mitglied in Ausschuss des Europarats

befunden und erwogen:

**I.**

**A.** Gestützt auf eine Ausschreibung des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) bewarb sich X. (Beschwerdeführerin) im Herbst 2017 als Expertin für die Schweiz im beratenden Ausschuss für das Rahmenabkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995 (RÜ, SR 0.441.1). Neben ihr bewarben sich drei weitere Personen.

**B.** Am 22. Januar 2018 unterbreitete der Vorsteher des EDA dem Generalsekretär des Europarats einen Wahlvorschlag mit zwei Personen. Er empfahl die Wahl von F., da dieser selber einer sprachlichen Minderheit angehöre.

Zwei Tage später teilte das EDA der Beschwerdeführerin mit, dass ihre Kandidatur nicht berücksichtigt werden konnte. Nebst der geforderten Expertise auf dem Gebiet des Schutzes nationaler Minderheiten seien für die Auswahl noch weitere Kriterien ausschlaggebend gewesen. Insbesondere sei erstmals die persönliche Zugehörigkeit zu einer Minderheit als Faktor berücksichtigt worden.

Die Schweiz wolle damit ein Zeichen setzen, um ihr ständiges Engagement für den Schutz nationaler Minderheiten zu unterstreichen.

**C.** Das Ministerkomitee des Europarats wählte am 7. März 2018 gemäss der Empfehlung des EDA F. für eine Amtszeit bis zum 31. Mai 2020 in den beratenden Ausschuss.

**D.** Am 6. April 2018 reichte die Beschwerdeführerin beim EDA ein Gesuch um Erlass einer Verfügung nach Art. 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) ein. Sie beantragte, es sei festzustellen, dass der Wahlvorschlag vom 22. Januar 2018 und die damit erfolgte Nichtberücksichtigung ihrer Kandidatur die Rechtsgleichheit, das Diskriminierungsverbot, Treu und Glauben, das Willkürverbot und Art. 26 RÜ verletze. Mit einer nachträglichen Eingabe vom 25. Juni 2018 verlangte die Beschwerdeführerin zusätzlich die Feststellung der Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung der Geschlechter.

**E.** Mit Verfügung vom 18. September 2018 trat das EDA auf das Gesuch der Beschwerdeführerin nicht ein. Zur Begründung führte es aus, die Voraussetzungen von Art. 25a VwVG für den Erlass einer Verfügung seien nicht erfüllt. Der fragliche Wahlvorschlag sei kein Realakt und stütze sich nicht auf öffentliches Recht des Bundes, sondern auf Völkerrecht. Zudem fehle X. das schutzwürdige Interesse am Erlass einer Verfügung.

**F.** Gegen die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 erhob X. am 22. Oktober 2018 – wie in der Rechtsmittelbelehrung angegeben – beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde.

Mit Entscheid vom 25. Juni 2019 (B-6019/2018) trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein. Es verneinte seine Zuständigkeit, weil die angefochtene Verfügung bzw. der Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 eine auswärtige Angelegenheit im Sinne von Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) betreffe. In Erwägung 2.7 seines Entscheids hielt das Bundesverwaltungsgericht fest: «Allenfalls wäre der Bundesrat für die Beurteilung der Beschwerde zuständig». Einen Meinungs austausch mit dem Bundesrat nach Art. 8 Abs. 2 VwVG führte es jedoch nicht durch. Ebenso sah es davon ab, im Urteilsdispositiv die Überweisung der Sache an den Bundesrat anzuordnen (vgl. Art. 8 Abs. 1 VwVG).

**G.** Mit Eingabe vom 10. Juli 2019 an den Bundesrat verlangte die Beschwerdeführerin, der Bundesrat habe auf die ursprünglich beim Bundesverwaltungsgericht eingereichte Beschwerde vom 22. Oktober 2018 einzutreten, die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an das EDA zurückzuweisen. Das EDA sei anzuweisen, die neue Verfügung innert einem Monat zu erlassen. Soweit notwendig, sei die Beschwerdefrist im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG wiederherzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin die Edition der Akten des Verfahrens B-6019/2019 beim Bundesverwaltungsgericht.

**H.** Das Bundesamt für Justiz, dem nach Art. 75 VwVG und Art. 7 Abs. 8 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 17. November 1999 (OV-EJPD; SR 172.213.1) die Instruktion der Beschwerde obliegt, eröffnete am 16. Juli 2019 einen Meinungs austausch mit dem Bundesgericht über die Zuständigkeit. Das BJ erachtete es als zweifelhaft, ob die vorliegende Streitigkeit dem Sachgebiet der auswärtigen Angelegenheiten nach Art. 72 Bst. a VwVG, Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 83 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) zuzurechnen ist. Am 9. September 2019 teilte das Bundesgericht dem BJ mit, es könne den Fall nicht übernehmen, da der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2019 nicht angefochten worden und mittlerweile rechtskräftig sei. Die Beschwerdeführerin bestreite dies nicht, sondern habe beim Bundesrat eine Beschwerde gegen die Verfügung des EDA eingereicht.

**I.** In seiner Vernehmlassung vom 22. Oktober 2019 beantragte das EDA, die angefochtene Verfügung vom 18. September 2018 sei zu bestätigen, und gestützt darauf sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei, dies unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

**K.** Nach Zustellung der Vernehmlassung des EDA an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte dieser am 18. November 2019 eine Stellungnahme ein, in der er die bisher gestellten Begehren bestätigte.

## **II.**

**1.** Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Departemente auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten ist nach Art. 72 Bst. a und 73 Bst. a VwVG der Bundesrat zuständig,

soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt.

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht erachtete in seinem Entscheid vom 25. Juni 2019 den Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 als «übrige auswärtige Angelegenheit» und verneinte einen völkerrechtlichen Anspruch der Beschwerdeführerin auf gerichtliche Beurteilung (E. 2.5 und 2.6). Gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG trat es deshalb nicht auf die Beschwerde ein. Die Beschwerdeführerin verzichtete darauf, gegen die Anwendung dieses Ausnahmetatbestands beim Bundesgericht Beschwerde zu erheben.

**1.2** Der Bundesrat prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Wie das Bundesverwaltungsgericht in Erwägung 2.5.1 seines Entscheids vom 25. Juni 2019 ausführt, ist der Begriff der «übrigen auswärtigen Angelegenheiten» in Art. 83 Bst. a BGG, Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 72 Bst. a VwVG vor dem Hintergrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) restriktiv auszulegen. Die sachliche Zuständigkeit des Bundesrates und damit der Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung setzen voraus, dass die angefochtene Verfügung nicht nur eine Materie nach Art. 72 Bst. a VwVG betrifft, sondern auch überwiegend auf politischen Erwägungen beruht (vgl. Botschaft vom 15. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, BBl 2018 4640; MARINO LEBER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl., Art. 72 N. 7).

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass es sich bei der Bestimmung der Personen, die in den Wahlvorschlag vom 22. Januar 2018 aufgenommen worden sind, um eine auswärtige Angelegenheit mit überwiegend politischem Charakter handle. Dieser Entscheid ist unangefochten geblieben und rechtskräftig geworden. Unter diesen Umständen erachtet sich der Bundesrat als sachlich zuständig, die Beschwerde gegen die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 zu beurteilen. Würde er seine Zuständigkeit ebenfalls verneinen, so würde der Beschwerdeführerin der verfassungsmässig garantierte Rechtsschutz verweigert (Art. 177 Abs. 3 BV).

**2.** Die Beschwerdeführerin hat gegen die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 rechtzeitig beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingelegt. Nach Art. 21 Abs. 2 VwVG gilt die Beschwerdefrist auch für das Verfahren vor dem Bundesrat als gewahrt.

**3.** Als Adressatin der angefochtenen Nichteintretensverfügung ist die Beschwerdeführerin zu Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**4.** Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob das EDA in der angefochtenen Verfügung auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG zu Recht nicht eingetreten ist.

**4.1** Die Beschwerdeführerin stellte in ihrem Gesuch vom 6. April 2018 das Begehren, dass die Widerrechtlichkeit des Wahlvorschlags des EDA vom 22. Januar 2018 festzustellen sei. Als «Handlungen», die Anlass zu einem Begehren nach Art. 25a VwVG geben können, kommt das ganze Spektrum der verfügungsfreien Verwaltungs- oder Staatshandlungen in Betracht. Die rechtsschutzwürdigen Handlungen können nicht mit Hilfe einer Typologie herausgefiltert werden. Diese Aufgabe müssen andere Elemente im Tatbestand von Art. 25a VwVG übernehmen (BEATRICE WEBER / PANDORA KUNZ NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl., Art. 25a N. 7, 8, 16).

Da der Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 an den Generalsekretär des Europarates nicht die Merkmale einer Verfügung aufweist, fällt er unter Art. 25a VwVG. Daran ändert entgegen den Ausführungen des EDA nichts, dass der Wahlvorschlag im Rahmen eines Wahl- und Ernennungsverfahrens nach RÜ erging. Ob ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht, ist aufgrund der weiteren Kriterien dieser Bestimmung zu prüfen.

**4.2** Das EDA macht geltend, der Wahlvorschlag vom 22. Januar 2018 stütze sich ausschliesslich auf Völkerrecht. Damit fehle es an einer Handlung, die sich gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Der Begriff «öffentliches Recht des Bundes» dient in Art. 25a VwVG – gleich wie in Art. 5 VwVG – der Abgrenzung der Zuständigkeit der Bundesverwaltungsbehörden von der Zivil- und Strafrechtspflege und der kantonalen Verwaltungsrechtspflege (vgl. MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl., Art. 5 N. 61; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Rz. 343 f.). Völkerrecht ist, soweit es nicht Normen des Zivil- oder Strafrechts enthält, dem öffentlichen Recht des Bundes zuzurechnen (MARKUS MÜLLER, a.a.O., Art. 5 N. 62). Inwiefern sich der Wahlvorschlag des EDA auf Völkerrecht oder Landesrecht stützte, spielt daher für die Anwendung von Art. 25a VwVG keine Rolle.

**4.3** Nach Art. 25a Abs. 1 VwVG muss die Handlung (Realakt) Rechte oder Pflichten berühren. Es sollen Konstellationen einer rechtlichen Überprüfung zugeführt werden, bei welchen behördliches Verhalten zwar nicht auf die Regelung von Rechten und Pflichten gerichtet ist, aber dennoch Rechte und Pflichten berührt. Dies setzt einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus. Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich im Kontext von Art. 25a VwVG vor allem aus Grundrechten; einzubeziehen sind aber auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln (BGE 144 II 233 E. 7.3.1). Geht es um einen potenziellen Eingriff in Grundrechtspositionen, ist es eine Frage des Geltungsbereichs des Grundrechts, ob die Eingriffswirkung

ausreicht, eine Grundrechtsbetroffenheit anzunehmen (BGE 144 II 233 E. 7.3.2).

Die Beschwerdeführerin rügt, mit dem Wahlvorschlag vom 22. Januar 2018, in welchem ihre Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, seien Grundrechtspositionen von ihr verletzt worden. Insbesondere macht sie substantiiert geltend, das EDA habe mit dem Wahlvorschlag die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV verletzt (S. 9 f. der Beschwerdeschrift vom 22. Oktober 2018). Dass der Geltungsbereich des Grundrechts der Rechtsgleichheit im vorliegenden Fall berührt ist, kann kaum bezweifelt werden. Die Beschwerdeführerin vermag insgesamt plausibel darzulegen, dass vom Wahlvorschlag ausgehende Reflexe grundrechtsrelevant sein bzw. den Grad von Grundrechtseingriffen annehmen könnten (BGE 144 II 233 E. 7.3.2). Ohnehin dürfen die Anforderungen an das Berührtsein nicht zu hoch angesetzt werden. Ob ein Grundrecht tatsächlich betroffen oder verletzt ist, bleibt im Rahmen der materiellen Prüfung zu klären (BEATRICE WEBER / PANDORA KUNZ NOTTER, a.a.O., Art. 25a N. 27, 42).

Beim Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 handelt es sich somit um einen Realakt, der sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und Rechte oder Pflichten der Beschwerdeführerin berührt.

**4.4** Art. 25a Abs. 1 VwVG verlangt ferner, dass die gesuchstellende Person ein schutzwürdiges Interesse an einer Verfügung über einen Realakt hat. Berührt der Realakt – wie vorliegend – Rechte oder Pflichten der gesuchstellenden Person, nicht bloss solche von Drittpersonen, so gründet das schutzwürdige Interesse der gesuchstellenden Person im Berührtsein in der Rechtsstellung. Es verhält sich nicht anders als beim materiellen Verfügungsadressaten, der ohne weiteres das zur Beschwerdeberechtigung notwendige schutzwürdige Interesse aufweist (Art. 48 VwVG; vgl. BGE 140 II 315 E. 4.3).

Nachdem das Ministerkomitee des Europarats seinen Ernennungsentscheid am 7. März 2018 getroffen hatte, beschränkte sich die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch vom 6. April 2018 auf ein Feststellungsbegehren nach Art. 25a Abs. 1 Bst. c VwVG. Für ihr Ausscheiden aus dem Selektionsverfahren war das EDA verantwortlich. Deshalb bezieht sich das – nach dem Gesagten gegebene – schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin auf die Prüfung bzw. Feststellung, ob das EDA rechtmässig gehandelt hat.

**5.** Unter dem Titel «Vorbemerkungen» führt das EDA in seiner Vernehmlassung vom 22. Oktober 2019 aus, die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin für den Wahlvorschlag weise Ähnlichkeiten mit einem Nichtanstellungsentscheid auf. Deshalb müsse in Anlehnung an Art. 34 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) ein Rechtsschutz

(auch ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG) ausgeschlossen sein, um die vom Gesetzgeber gewollte Wahlfreiheit der Anstellungsbehörde gewährleisten zu können.

Diese Argumentation vermag den Entscheid der Vorinstanz nicht zu stützen. Die Funktion, für die sich die Beschwerdeführerin bewarb, liegt ausserhalb des Geltungsbereichs des BPG (Art. 2 BPG). Für eine Ausnahme vom Anspruch auf Erlass einer Verfügung nach 25a VwVG wäre eine Grundlage in einem (anwendbaren) formellen Gesetz notwendig. Abgesehen davon ist die Regelung in Art. 34 Abs. 3 BPG darauf zugeschnitten, dass das Arbeitsverhältnis durch Abschluss eines Vertrags zustande kommt. Diese Situation ist mit dem Wahlvorschlag zuhanden des Europarates nicht ohne weiteres vergleichbar.

**6.** Demnach erfüllt das von der Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch vom 6. April 2018 gestellte Begehren alle Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Verfügung nach Art. 25a VwVG. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die Nichteintretensverfügung des EDA ist aufzuheben, und die Sache ist zur materiellen Beurteilung an das EDA zurückzuweisen.

Der Bundesrat setzt in Rückweisungsentscheiden normalerweise keine Frist für den Erlass der neuen Verfügung. Im vorliegenden Fall bestehen keine triftigen Gründe, von dieser Regel abzuweichen, zumal fraglich erscheint, ob der Rechtsstreit mit der neuen Verfügung beendet sein wird.

Eine Edition der Akten des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht erübrigt sich bei diesem Verfahrensausgang.

**7.** Dem unterliegenden EDA werden nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat nach Art. 64 Abs. 1 VwVG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese wird auf 3000 Franken festgesetzt.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 wird aufgehoben und die Sache wird zur materiellen Entscheidung an das EDA zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Die Bundeskanzlei wird angewiesen, der Beschwerdeführerin den am 18. September 2019 geleisteten Kostenvorschuss von 1000 Franken zurückzuzahlen.
3. Das EDA hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von 3000 Franken zu bezahlen.

3003 Bern,

IM AUFTRAG DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESRATES

Der Bundeskanzler

Walter Thurnherr

Mitteilung an:

- X.
- Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Ressourcen, Freiburgstrasse 130, 3003 Bern

361/2019/00002 LM