

Daniel Kettiger

Art. 25a VwVG: Völkerrecht ist «öffentliches Recht des Bundes»

In einem Beschwerdeentscheid vom 8. Mai 2020 befasste sich der Bundesrat mit Art. 25a VwVG und hielt fest, dass Völkerrecht, soweit es nicht Normen des Zivil- oder Strafrechts enthält, dem «öffentlichen Recht des Bundes» in Sinne dieser Rechtsnorm zuzurechnen ist. Weiter bestätigt der Entscheid, dass die Regelungen von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 72 Bst. a VwVG vollständig kongruent sind.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: Völkerrecht; Verwaltungsverfahren

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger, Art. 25a VwVG: Völkerrecht ist «öffentliches Recht des Bundes», in: Jusletter 3. August 2020

Inhaltsübersicht

1. Kontext und Verfahrensgeschichte
2. Die Erwägungen des Bundesrats
3. Anmerkungen

1. Kontext und Verfahrensgeschichte

[1] Ausgehend von einer Ausschreibung des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) mit konkreten Wählbarkeitskriterien bewarb sich Frau X. (Beschwerdeführerin) im Herbst 2017 als Expertin für die Schweiz im beratenden Ausschuss für das Rahmenabkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten (RÜ)¹. Neben ihr bewarben sich drei weitere Personen.

[2] Am 22. Januar 2018 unterbreitete der Vorsteher des EDA dem Generalsekretär des Europarats einen Wahlvorschlag mit zwei Personen. Er empfahl die Wahl von Herrn F., da dieser selber einer sprachlichen Minderheit angehöre. Beim Zweitvorschlag handelte es sich ebenfalls um einen Mann. 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.

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

[4] Am 6. April 2018 reichte die Beschwerdeführerin beim EDA ein Gesuch um Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG² 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.

[5] 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 Frau X. das schutzwürdige Interesse am Erlass einer Verfügung.

[6] 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 2019³ 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 VGG⁴ betreffe. In Erwägung 2.7 seines Entscheids hielt das Bundesverwaltungsgericht fest:

¹ Rahmenabkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995 (RÜ), SR 0.441.1.

² Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG), SR 172.021.

³ Entscheid B-6019/2018 vom 25. Juni 2019 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts.

⁴ Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG), SR 173.32.

«Allenfalls wäre der Bundesrat für die Beurteilung der Beschwerde zuständig». Einen Meinungsaustausch mit dem Bundesrat nach Art. 8 Abs. 2 VwVG führte es jedoch nicht durch. Ebenso verzichtete es darauf, im Urteilsdispositiv die Überweisung der Sache an den Bundesrat anzuordnen (vgl. Art. 8 Abs. 1 VwVG).

[7] 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. Soweit notwendig, sei die Beschwerdefrist im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG wiederherzustellen.

[8] Das Bundesamt für Justiz (BJ), dem nach Art. 75 VwVG und Art. 7 Abs. 8 OV-EJPD⁵ die Instruktion der Beschwerde obliegt, eröffnete am 16. Juli 2019 einen Meinungsaustausch 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 BGG⁶ 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.

[9] Mit Entscheid vom 8. Mai 2020 hob der Bundesrat die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 auf und wies die Sache zur materiellen Entscheidung an das EDA zurück.⁷

2. Die Erwägungen des Bundesrats

[10] Der Bundesrat hält zuerst fest, dass er 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 nach Art. 72 Bst. a und 73 Bst. a VwVG zuständig sei, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräume (E. 1). Da das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 25. Juni 2019 den Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 als «übrige auswärtige Angelegenheit» erachtete und einen völkerrechtlichen Anspruch der Beschwerdeführerin auf gerichtliche Beurteilung verneinte, und da dieser Entscheid unangefochten geblieben und rechtskräftig geworden ist, erachtet sich der Bundesrat als sachlich zuständig, die Beschwerde gegen die Verfügung des EDA vom 18. September 2018 zu beurteilen (E. 1.2). Denn würde er seine Zuständigkeit ebenfalls verneinen, so würde der Beschwerdeführerin der verfassungsmässig garantierte Rechtsschutz verweigert (Art. 177 Abs. 3 BV).

[11] In der Sache hält der Bundesrat fest, als Handlungen, die Anlass zu einem Begehren nach Art. 25a VwVG geben können, komme das ganze Spektrum der verfügungsfreien Verwaltungs- oder Staatshandlungen in Betracht. Da der Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 an den

⁵ Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 17. November 1999 (OV-EJPD), SR 172.213.1.

⁶ Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110.

⁷ Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 8. Mai 2020 in der Beschwerdesache X. gegen Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2020-05-08.html> (zuletzt besucht am 9. Juli 2020).

Generalsekretär des Europarates nicht die Merkmale einer Verfügung aufweise, falle er unter Art. 25a VwVG (E. 4.1). Daran ändere 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 bestehe, sei mithin anhand der weiteren Kriterien von Art. 25a VwVG zu prüfen.

[12] Das EDA machte geltend, der Wahlvorschlag vom 22. Januar 2018 stütze sich ausschliesslich auf Völkerrecht und somit fehle es an einer Handlung, die sich gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Der Bundesrat folgte dieser Argumentation nicht. Er hielt fest, der Begriff «öffentliches Recht des Bundes» diene in Art. 25a VwVG – gleich wie in Art. 5 VwVG – der Abgrenzung der Zuständigkeit der Bundesverwaltungsbehörden von der Zivil- und Strafrechtspflege und von der kantonalen Verwaltungsrechtspflege.⁸ Völkerrecht sei, soweit es nicht Normen des Zivil- oder Strafrechts enthält, dem öffentlichen Recht des Bundes zuzurechnen⁹. Inwiefern sich der Wahlvorschlag des EDA auf Völkerrecht oder Landesrecht stütze, spiele daher für die Anwendung von Art. 25a VwVG keine Rolle (E. 4.2).

[13] Nach Art. 25a Abs. 1 VwVG muss die Handlung (Realakt) Rechte oder Pflichten berühren; das setzt einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus. Ob dies der Fall sei, prüfte der Bundesrat als Nächstes (E. 4.3). Schützenswerte Rechtspositionen ergäben sich – so der Bundesrat – im Kontext von Art. 25a VwVG vor allem aus Grundrechten; einzubeziehen seien aber auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln¹⁰. Die Beschwerdeführerin rüge, mit dem Wahlvorschlag vom 22. Januar 2018, in welchem ihre Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, seien ihre Grundrechtspositionen verletzt worden; insbesondere mache sie substantiiert geltend, das EDA habe mit dem Wahlvorschlag die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV verletzt. Dass der Geltungsbereich des Grundrechts der Rechtsgleichheit im vorliegenden Fall berührt sei, könne kaum bezweifelt werden und die Beschwerdeführerin vermöge insgesamt plausibel darzulegen, dass vom Wahlvorschlag ausgehende Reflexe grundrechtsrelevant sein bzw. den Grad von Grundrechtseingriffen annehmen könnten. Ohnehin dürften die Anforderungen an das «Berührt-sein» nicht zu hoch angesetzt werden; ob ein Grundrecht tatsächlich betroffen oder verletzt sei, müsse im Rahmen der materiellen Prüfung geklärt werden.

[14] Als Zwischenfazit hält der Bundesrat deshalb fest, beim Wahlvorschlag des EDA vom 22. Januar 2018 handle es sich um einen Realakt, der sich auf öffentliches Recht des Bundes stütze und Rechte oder Pflichten der Beschwerdeführerin berühre (E. 4.3, am Schluss).

[15] Letztlich prüft der Bundesrat, ob die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an einer Verfügung über einen Realakt hat (E. 4.4). Berührt der Realakt – wie vorliegend – Rechte oder Pflichten der gesuchstellenden Person und nicht bloss solche von Drittpersonen, so gründet gemäss dem Bundesrat das schutzwürdige Interesse der gesuchstellenden Person im «Berührt-sein» in ihrer Rechtsstellung. Er bejaht mithin ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin.

[16] Das EDA führte in seiner Beschwerdevernehmlassung aus, die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin für den Wahlvorschlag weise Ähnlichkeiten mit einem Nichtanstellungsent-

⁸ Unter Hinweis auf MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, Art. 5 N. 61; REGINA KIENER/MATHIAS KUHN/BERNHARD RÜTSCHKE, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Rz. 343 f.

⁹ Mit Hinweis auf MÜLLER (Fn. 8), Art. 5 N. 6.

¹⁰ Dies vor dem Hintergrund von BGE 144 II 233 E. 7.3.1.

scheid auf. Deshalb müsse in Anlehnung an Art. 34 Abs. 3 BPG¹¹ 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. Der Bundesrat zerpfückt diese Argumentation (E. 5): Die Funktion, für die sich die Beschwerdeführerin bewarb, liege 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 formellen Gesetz notwendig, das im vorliegenden Fall anwendbar sein müsste. Abgesehen davon sei die Regelung in Art. 34 Abs. 3 BPG darauf zugeschnitten, dass das Arbeitsverhältnis durch Abschluss eines Vertrags zustande komme; diese Situation sei mit dem Wahlvorschlag zuhanden des Europarates nicht vergleichbar.

3. Anmerkungen

[17] Die Publikation eines Beschwerdeentscheids des Bundesrats ist äusserst selten.¹² Wenn das BJ den hier besprochenen Bundesratsentscheid veröffentlicht hat, so muss dieser als eine Art Leitscheid betrachtet werden. Der Bundesrat nimmt – anders als die Gerichte des Bundes – im Beschwerdeverfahren nicht nur als Rechtsmittelinstanz eine Rechtskontrolle vor; er ist gleichzeitig auch Aufsichtsbehörde (Art. 8 Abs. 3 RVOG¹³). Beschwerdeentscheide des Bundesrats haben somit – wenn sie grundsätzliche Fragen betreffen – immer auch den Charakter von verbindlichen Weisungen an die Verwaltung für die Behandlung künftiger gleichartiger Fälle. Der vorliegende Entscheid ist somit für die künftige Praxis der Bundesverwaltung zu Art. 25a VwVG von Bedeutung.

[18] Es handelt sich beim Wahlvorschlag für den Ausschuss für das RÜ nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesrats offensichtlich um eine «übrige auswärtige Angelegenheit» im Sinne von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 72 Bst. a VwVG. Die Regelungen von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 72 Bst. a VwVG sind *vollständig kongruent* (ebenso Art. 83 Bst. a BGG); nach Auffassung der Lehre *ist in jenen Fällen, in welchen gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG keine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist, immer die Beschwerde an den Bundesrat möglich*.¹⁴ Das Bundesverwaltungsgericht ist ebenfalls dieser Auffassung.¹⁵ Der Bundesrat bestätigt nun in seinem Entscheid diese Auffassung. Interessant ist, dass der Bundesrat seine Pflicht zur Behandlung von Beschwerden in diesen Fällen aus Art. 177 Abs. 3 (zweiter Teilsatz) BV¹⁶ herleitet. Der vorliegende Fall zeigt auf, dass diese Verfassungsbestimmung – entgegen der Lehrmeinung¹⁷ – neben der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) weiterhin eine eigenständige rechtliche Bedeutung hat und in Bereichen, in welchen gegen Verfügungen der Bundesverwaltung ein Rechtsmittel an ein Gericht durch das Gesetz ausgeschlossen ist (Art. 29a, zweiter Satz

¹¹ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1.

¹² Siehe die unter «Berichte und Gutachten» oder «Verfügungen» veröffentlichten Entscheide bei <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen.html> (zuletzt besucht am 9. Juli 2020).

¹³ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, SR 172.010.

¹⁴ Vgl. MARINO LEBER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum VwVG, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 72, Rz. 4.

¹⁵ Vgl. Entscheid B-6019/2018 vom 25. Juni 2019, E. 2.4 in fine, und E. 2.7.

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁷ GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 177, Rz. 20 hält fest: «Der zweite Halbsatz hat seit dem Inkrafttreten von BV 29 (Rechtsweggarantie) keine eigenständige Bedeutung mehr, ...».

BV), subsidiär die Funktion einer Rechtsweggarantie übernimmt (wenn nicht an ein Gericht, dann wenigstens an den Bundesrat).

[19] Die Regelungen von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 72 Bst. a VwVG sind – wie erwähnt – kongruent; in jenen Fällen, in welchen gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG keine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist, ist immer die Beschwerde an den Bundesrat möglich. Angesichts dieser Tatsache ist es unverständlich, weshalb das Bundesverwaltungsgericht keinen Meinungs austausch mit dem Bundesrat zur Zuständigkeit (Art. 8 Abs. 2 VwVG) geführt hat, obwohl es nach herrschender Lehre dazu auch in Fällen von Art. 9 Abs. 2 VwVG verpflichtet ist. Weiter wäre das Bundesverwaltungsgericht in solchen Fällen verpflichtet, die Sache zur Erledigung an den Bundesrat (bzw. an das instruierende BJ) zu überweisen (Art. 8 Abs. 1 VwVG), wenn es nach dem Meinungs austausch zur Auffassung gelangt, es sei unzuständig und auf die Beschwerde nicht eintritt.¹⁸ Die Verpflichtung zur Weiterleitung ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 21 Abs. 2 VwVG. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall seinen Nichteintretensentscheid nicht mit der Überweisung der Sache an den Bundesrat verband.

[20] Wesentlich für die künftige Praxis der Bundesverwaltung hinsichtlich Art. 25a VwVG ist die Präzisierung, die der Bundesrat nun – in Übereinstimmung mit der Rechtslehre – bezüglich des Begriffs «öffentliches Recht des Bundes» vornimmt. Der Bundesrat vertritt klar die Auffassung, dass der Begriff «öffentliches Recht des Bundes» in Art. 25a VwVG – gleich wie in Art. 5 VwVG – ausschliesslich der Abgrenzung der Zuständigkeit der Bundesverwaltungsbehörden von der Zivil- und Strafrechtspflege und der kantonalen Verwaltungsrechtspflege dient.¹⁹ *Nach der Auffassung des Bundesrats ist Völkerrecht, soweit es nicht Normen des Zivil- oder Strafrechts enthält, dem öffentlichen Recht des Bundes zuzurechnen.*²⁰ Mithin können alle verfügungsfreien Verwaltungs- oder Staatshandlungen von Behörden des Bundes im Sinne von Art. 1 Abs. 2 VwVG, die sich auf Völkerrecht abstützen, das keine zivil- oder strafrechtliche Norm darstellt, Gegenstand von Art. 25a VwVG sein und einen Anspruch auf eine Verfügung begründen. Dies erweitert künftig nach dem Willen des Bundesrats wohl den Anwendungsbereich von Art. 25a VwVG. Konkret stellen insbesondere Wahlvorschläge der Bundesverwaltung für Ausschüsse des Europarats Realakte in Sinne von Art. 25a VwVG dar, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten von betroffenen Personen berühren. Dasselbe dürfte auch für Wahlvorschläge in andere durch das Völkerrecht errichtete internationale Gremien gelten. Der Entscheid des Bundesrats eröffnet mithin die Möglichkeit, künftig im Bereich solcher Wahlvorschläge gegen die Diskriminierung von Geschlechtern und Minderheiten und gegen Klientelwirtschaft rechtlich vorzugehen.

Mag. rer. publ. DANIEL KETTIGER ist Rechtsanwalt und Berater in Thun. Er vertrat die Beschwerdeführerin im erwähnten Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesrat.

¹⁸ Vgl. MICHAEL DAUM/PETER BIERI, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum VwVG, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 8, Rz. 4 und 13; DIES., Art. 9, Rz. 7.

¹⁹ In diesem Sinne beispielsweise auch schon MÜLLER (Fn. 8), Art. 5 N. 61; KIENER/KUHN/RÜTSCHKE (Fn. 8), Rz. 343 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 26, Rz. 36.

²⁰ In diesem Sinne beispielsweise auch schon MÜLLER (Fn. 8), Art. 5 N. 62.