



Urteil vom 14. November 2017

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Rahel Gresch.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
lic. iur. Paul Hofer, Rechtsanwalt
Bruggerstrasse 21, 5400 Baden,
Beschwerdeführer,

gegen

Heer HE,
Papiermühlestrasse 14, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zulassung zur Militärschule 2 bzw. zur neuen MS.

Sachverhalt:

A.

A._____ ist seit dem 1. Dezember 2004 beim Lehrverband (...) angestellt. Nach seiner Befristung als Zeitmilitär bis am 31. Dezember 2011 wurde er per 1. Januar 2012 als Berufsoffiziersanwärter beschäftigt. Im Jahre 2012 absolvierte er erfolgreich die Militärschule 1 (nachfolgend: MS 1) der Militärakademie (MILAK) an der ETH Zürich.

B.

Die zur Aufnahme in die Militärschule 2 (nachfolgend: MS 2) berechtigende französische Sprachprüfung Niveau B1 bestand A._____ beim ersten Versuch nicht. Am 14. Dezember 2016 wiederholte er die Prüfung, um in die – letztmals durchgeführte – Militärschule 2/2017 (MS 2) aufgenommen zu werden. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 teilte ihm der Chef Sprachausbildung der Höheren Kaderausbildung der Armee (HKA) mit, dass er die Prüfung erneut nicht bestanden habe und ihm deshalb der Zugang zur MS 2 verweigert werde.

C.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2017 ersuchte A._____ den Personalchef Verteidigung um die Zulassung zur MS 2, andernfalls um eine beschwerdefähige Verfügung. Der Personalchef Verteidigung erläuterte ihm daraufhin am 30. Januar 2017 die Gründe für die Nichtzulassung zur MS 2. A._____ äusserte hierzu mit Schreiben vom 16. Februar 2017 seine gegenteilige Meinung und verlangte eine beschwerdefähige Verfügung.

D.

Am 6. März 2017 verfügte der Kommandant Heer/Projektleiter WEA KDO Ausbildung die Abweisung des Gesuchs um Zulassung zur MS 2 bzw. Militärschule (nachfolgend: MS). Er begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, die Zulassungsvoraussetzungen zur MS 2 resp. zur MS würden sich nach den Weisungen des Chefs der Armee über die Eignungsüberprüfungen und die beruflichen Rahmenbedingungen für angehende Berufsoffiziere und Berufsunteroffiziere vom 1. Februar 2014 (nachfolgend: Weisungen ERB 2014) richten und nicht, wie von A._____ dargelegt, nach den Weisungen über die Eignungsüberprüfungen und die beruflichen Rahmenbedingungen für angehende Berufsoffiziere und Berufsunteroffiziere vom 1. Januar 2016 (nachfolgend: Weisungen ERB 2016), welche seit dem 1. Januar 2016 gültig seien. Alle Kandidaten der MS 2 seien wiederholt darauf hingewiesen worden, dass die Weisungen 2014 ihre Gültigkeit bis zum Ende ihrer Ausbildung behalten würden, da ab dem Jahre

2017 weder der Lehrgang MS 1 noch der Lehrgang MS 2, sondern nur noch der geänderte Lehrgang MS angeboten werde. Dies sei vom damaligen Chef der Armee angeordnet worden und jeder Teilnehmer, der die Sprachprüfung nicht bestanden habe, sei persönlich informiert worden.

E.

Gegen diese Verfügung erhebt A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 5. April 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die Verfügung vom 6. März 2017 sei aufzuheben und er sei zur MS 2 bzw. zur MS zuzulassen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und es sei ihm eine angemessene Entschädigung zu bezahlen.

Seine Beschwerde begründet der Beschwerdeführer im Wesentlichen damit, die Organisation/Truppe Heer der Schweizer Armee (nachfolgend: Vorinstanz) habe fälschlicherweise die Weisungen ERB 2014 angewendet, obschon er die Wiederholung der Französischprüfung am 14. Dezember 2016 absolviert habe und zu diesem Zeitpunkt bereits die neuen Weisungen ERB 2016 anwendbar gewesen seien. Nach diesen neuen Weisungen müsse er in der zweiten Landessprache lediglich das Niveau A2 erreichen und nicht wie in den früheren Weisungen verlangt das Niveau B1. Mit der nur knapp nicht bestandenen Prüfung B1 habe er das Niveau A2 offensichtlich erreicht und damit nach den eigentlich anwendbaren Weisungen ERB 2016 die Aufnahmevoraussetzungen für die MS 2 erfüllt.

Soweit sich die Vorinstanz auf die Anordnung des Chefs der Armee stütze, wonach die Weisungen ERB 2014 für die Lehrgangsteilnehmer anwendbar seien, so sei eine solche Anweisung bis heute unbekannt. Gleiches gelte für die Delegationsnorm Ziff. 3 Abs. 2 der Weisungen des VBS vom 16. April 2007 über die Zuständigkeiten in Personalangelegenheiten des VBS, auf welche der Chef der Armee seine Anordnung zu stützen scheine. Er bestreite deshalb das Vorliegen der entsprechenden Anweisung des Chefs der Armee als auch dessen Kompetenz, eine solche zu erlassen.

Schliesslich sei es unverhältnismässig, ihm als ein überdurchschnittlicher Berufsoffizier die Zulassung zur MS 2 bzw. zur neuen MS nur wegen Nichterreichens des Sprachniveaus B1 zu verweigern, obwohl er das nötige Sprachniveau A2, das für die neue MS von Nöten sei, aufweisen könne. Dies zeige sich auch aus dem Schreiben seines Vorgesetzten, der am

19. Dezember 2016 um eine Ausnahmegenehmigung für ihn bei der Vorinstanz ersucht habe.

F.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 8. Mai 2017 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Sie führt aus, sämtliche Prüfungsabsolventen und damit auch der Beschwerdeführer seien darüber orientiert worden, dass die Weisungen ERB 2014 für die abzulegende Sprachprüfung Gültigkeit behalten würden. Hierzu stellt die Vorinstanz den Beweisantrag, verschiedene Absolventen seien aufzufordern, schriftlich zu bestätigen, dass sie – wie der Beschwerdeführer – informiert worden seien, dass die Weisungen ERB 2014 für sie prüfungsrelevant gewesen seien.

Weiter wird ausgeführt, die Berufsoffiziere müssten die Anstellungsvoraussetzungen gemäss Art. 5 der Verordnung des VBS über das militärische Personal (V Mil Pers, SR 172.220.111.310.2) erfüllen, zu denen nebst dem Abschluss der Grundausbildung als Berufsoffizier auch die Kenntnis zweier Landessprachen gehöre. Es sei nicht unangemessen, auf das Sprachniveau B1 gemäss den Weisungen ERB 2014 abzustellen. Die Vorinstanz habe Massnahmen ergriffen, um die Sprachkompetenzen des Beschwerdeführers zu fördern, damit er dieses Sprachniveau erreiche. Würde sie davon ausgehen, die Weisungen ERB 2016 seien anwendbar, hätten kostenintensive Förderungsmassnahmen unterbleiben können.

G.

Mit Eingabe vom 9. Mai 2017 reicht der Beschwerdeführer eine Beschwerdeergänzung ein. Darin nimmt er u.a. Bezug auf ein Schreiben des "Armeeetabs – Pers V" vom 8. Mai 2017 an einen Absolventen, gemäss dem der betreffende Adressat nachträglich bestätigen soll, dass er ausdrücklich darüber orientiert worden sei, dass für die Wiederholung der Sprachprüfung betreffend die Zulassung zur MS 2 die Weisungen ERB 2014 zur Anwendung gelangen würden. Es wird festgehalten, unter dem Aspekt der fairen Verfahrensführung erweise sich dieser Vorgang als stossend. Die Vorinstanz habe den Versuch unternommen, potentielle Zeugen des vorliegenden Verfahrens zu einer tatsachenwidrigen Erklärung zu bewegen bzw. auf unzulässige Weise zu beeinflussen.

H.

In der Replik vom 19. Juni 2017 hält der Beschwerdeführer an seinen

Rechtsbegehren fest. Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen hinsichtlich der Aufforderung an Absolventen, eine schriftliche Bestätigung zu unterzeichnen, bevor die Verfahrensleitung des Gerichts tätig werde, erscheine ausgesprochen fragwürdig, seien doch die in Frage stehenden Absolventen allesamt Berufsmilitärs, die in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber stünden. Er erfülle die Anforderungen gemäss Art. 5 V Mil Pers, insbesondere weise er die geforderten Kenntnisse einer zweiten Landessprache auf, welche er gemäss den aktuellen Weisungen ERB 2016 beherrsche.

I.

Auch die Vorinstanz hält in ihrer Duplik vom 13. Juli 2017 an ihren Rechtsbegehren fest und stellt in Abrede, dass versucht worden sei, Druck auf die Prüfungsabsolventen auszuüben, da kein Absolvent gezwungen worden sei, die Bestätigung zu unterzeichnen. Zugegebenermassen hätte die korrekte Beweiserhebung über das Gericht erfolgen sollen, weshalb am Beweisantrag festgehalten werde.

J.

Auf weitergehende Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit sie für den Entscheid relevant sind, in den 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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Die Vorinstanz hat in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeberin über eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 2 Abs. 5 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) verfügt. Verfügungen des Arbeitgebers können nach Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer ist durch die in der angefochtenen Verfügung entschiedene Nichtzulassung zur MS 2 resp. MS beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Überprüfung. Demnach ist seine Beschwerdelegitimation zu bejahen.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG), von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Parteianträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden indes nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-4979/2014 vom 18. Februar 2015 E. 3.1 m.H.).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers sind bei der Überprüfung seiner Sprachkompetenzen statt den im Zeitpunkt der Absolvierung der Prüfung, am 14. Dezember 2016 geltenden Weisungen ERB 2016 (in Kraft seit dem 1. Januar 2016), die Weisungen 2014 angewendet worden. Die angefochtene Verfügung erweise sich im Sinne von Art. 49 Bst. a VwVG als rechtsfehlerhaft, da sie sich auf eine falsche Rechtsgrundlage stütze.

3.1 Die Weisungen ERB 2014 und ERB 2016 regeln die Modalitäten für die Überprüfung der Anstellungsvoraussetzungen für angehende Berufsoffiziere und Berufsunteroffiziere gemäss der Verordnung des VBS über das militärische Personal vom 9. Dezember 2003 (V Mil Pers, SR 172.220.111.310.2). Sie statuieren zudem die beruflichen Rahmenbedingungen. Es ist deshalb zunächst ihre Rechtsnatur zu klären.

3.1.1 Es wird zwischen Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen unterschieden. Rechtsverordnungen richten sich in der Regel an die Allgemeinheit und räumen dem Einzelnen Rechte ein oder auferlegen ihm Pflichten. Sie werden in einem gesetzlich geregelten Verfahren von der zuständigen Stelle erlassen und sind in der Gesetzessammlung zu publizieren, um für den Privaten rechtswirksam zu sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 78 ff.).

Verwaltungsverordnungen sind als allgemeine Dienstanweisungen zwar ebenfalls generell-abstrakter Natur, stellen aber nach Rechtsprechung und Lehre kein "objektives" Recht dar (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 6B_937/2013 vom 23. September 2014 E. 1.4; BGE 136 II 415 E. 1.1; 136 I 167 E. 6.4; 128 I 167 E. 4.3; 123 II 16 E. 7; BVGE 2014/25 E. 7.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N 1039 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band I, 2012, Rz. 457 und 498; PATRICIA EGLI, *Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts?*, AJP 2011, S. 1164 ff.). Die Hauptfunktion einer Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen und solchermassen behördliche Willkür und Zufälligkeiten zu verhindern. Sie dient der Vereinfachung und Rationalisierung der Verwaltungspraxis und erhöht Kohärenz, Kontinuität sowie Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns und erleichtert dessen Kontrolle. Sie umschreibt daher grundsätzlich keine Rechte und Pflichten der Bürger. Ist eine Verwaltungsverordnung darauf ausgerichtet, der untergeordneten Behörde für die Anwendung des Gesetzes bzw. der Verordnung Weisungen zu erteilen, entfaltet sie aber unvermeidlich mittelbar oder unmittelbar Aussenwirkungen auf Private (FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Bern 1986, S. 103; vgl. zum Ganzen Urteil des BVer A-8728/2007 vom 8. April 2008 E. 3.1). Eine Behörde bringt somit durch die Verwaltungsverordnung somit auch gegen aussen zum Ausdruck, wie sie gewisse (höherrangige) Rechtssätze versteht und wie sie jene in ihrer Praxis mit Blick auf die Handhabung offen formulierter Normen oder die Ermessensausübung anzuwenden gedenkt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013,

Rz. 2.174; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 83 f.; ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 49 Rz. 10; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 14 Rz. 9 ff., § 41 Rz. 11 ff.; UHLMANN/BINDER, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, LEGES 2009/2, S. 153).

3.1.2 Die “Weisungen über Anordnungen der Gruppe Verteidigung” vom 1. Oktober 2014 (Nr. 90.080 d) der Schweizer Armee, erlassen durch den Chef der Armee, definieren in Art. 4 Abs. 1 den Begriff “Weisungen” wie folgt: Weisungen sind verbindliche, generell-abstrakte und grundsätzlich auf fünf Jahre befristete Anordnungen. Sie richten sich in der Regel an die Verwaltung und die Mitarbeitenden der Gruppe Verteidigung sowie an Vollzugsorgane (Art. 4 Abs. 1 Bst. a). Zusätzlich können sie sich auch an die Angehörigen der Armee (AdA) richten (Art. 4 Abs. 1 Bst. c). Sie regeln die Organisation der Verwaltungstätigkeit, legen Aufgaben und Zuständigkeiten fest und bestimmen im Hinblick auf eine einheitliche Praxis, wie vom Ermessen Gebrauch gemacht werden soll und wie bestimmte Vorschriften ausgelegt werden sollen (Art. 4 Abs. 2). Aus dieser Definition geht hervor, dass für den Chef der Armee als Weisungsgeber Weisungen wie die ERB Weisungen Verwaltungsverordnungen darstellen.

3.1.3 Das Bundesverwaltungsgericht teilt diese Interpretation. So besteht die Funktion der vom Chef der Armee erlassenen ERB Weisungen darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Praxis hinsichtlich der Eignungsüberprüfung der angehenden Berufsoffiziere sicherzustellen. Sodann wurden die Weisungen ERB 2014 u.a. nur den Berufsoffiziersanwärtern/innen zur Kenntnis gebracht sowie im Intranet V publiziert, wie der Weisung selbst entnommen werden kann (S. 6). Auch die Weisungen ERB 2016 wurden u.a. an die Berufsoffiziersanwärter/innen verschickt sowie auf der passwortgeschützten E-Learning Plattform LMS (Learning Management System) des VBS veröffentlicht (vgl. Weisungen ERB 2016, S. 6). Die Weisungen sind somit weder in der Gesetzessammlung publiziert noch sonstwie einer breiten Öffentlichkeit zugänglich. Vielmehr richten sie sich hauptsächlich an den durch die Weisungen – allenfalls – betroffenen Personenkreis. Sie sind als Verwaltungsverordnungen zu qualifizieren.

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Weisungen ERB gültig erlassen wurden.

3.2

3.2.1 Verwaltungsverordnungen können grundsätzlich von allen Amtsstellen für ihren Zuständigkeits- und Sachbereich erlassen werden. Bei ihrem Erlass stützt sich die Behörde auf das Hierarchieprinzip. Eine hierarchisch übergeordnete Behörde kann den ihr unterstellten Dienststellen verbindliche Anordnungen für den Einzelfall und allgemeine Weisungen erlassen (BGE 130 I 140 E. 4.3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 82 und 1569 ff.; UHLMANN/BINDER, a.a.O., S. 154).

3.2.2 Die Weisungen ERB 2014 wurden gestützt auf Ziff. 3 Abs. 2 der Weisungen des VBS vom 16. April 2007 über die Zuständigkeiten in Personalangelegenheiten des VBS durch den Chef der Armee erlassen. Aus dem Hierarchieprinzip innerhalb des VBS ergibt sich aber ohne Weiteres die Kompetenz des Chefs der Armee als obersten Kommandanten der Schweizer Armee in Friedenszeiten, Weisungen oder Einzelanordnungen zu erlassen, sofern er hierzu Handlungsbedarf sieht. Er durfte somit die Weisungen ERB 2014 erlassen.

4.

Weiter ist zu klären, welche Weisungen ERB bezüglich der Zulassung zur MS 2 anwendbar sind.

4.1 Gemäss Art. 18 der Weisungen ERB 2014 vom 8. Oktober 2013 traten diese am 1. Februar 2014 in Kraft und sollen bis zum 31. Januar 2019 gelten. Sie sind für angehende Berufsoffiziere betreffend die Zulassung zu einem Grundausbildungslehrgang, unter anderem die MS 1 und MS 2 an der MILAK (Art. 3 Bst. a Weisungen ERB 2014), anwendbar. Die Weisungen ERB 2016 vom 1. Januar 2016, welche gleichentags in Kraft traten und in Art. 29 die Weisungen ERB 2014 aufheben, gelten indessen für angehende Berufsoffiziere, die einen Grundausbildungslehrgang, beispielsweise die MS an der MILAK absolvieren möchten (Art. 3 Abs. 3 Bst. a Weisungen ERB 2016). Die MS 2 und die neue MS sind offensichtlich nicht die gleichen Lehrgänge. Das zeigt sich in den jeweiligen Beschreibungen bezüglich Bedingungen für die Zulassung (Anhang 8 der Weisungen ERB 2014 für die MS 2 bzw. Anhang 7 der Weisungen ERB 2016 für die MS) und betrifft nicht nur das Sprachniveau einer zweiten Amtssprache (die MS 2 verlangt das Sprachniveau B1; die MS verlangt das Sprachniveau A2), sondern beispielsweise auch die Lohnklasse oder die nötige praktische Berufserfahrung. Auch aus der alten Verordnung über die Militärakademie an der ETH Zürich vom 24. September 2004 (VMilAk, AS 2004 4319) sowie aus der neuen Verordnung vom 6. September 2017 (VMILAK,

SR 414.131.1, in Kraft getreten am 1. Oktober 2017) ist ersichtlich, dass die Militärschulen gemäss Art. 8a VMilAk im Vergleich mit Art. 10 VMILAK zur Militärschule unterschiedlich aufgebaut sind. Die MS 2 wird gemäss Art. 8a Abs. 4 VMilAk mit einer Diplomarbeit und einer Schlussprüfung abgeschlossen, während die MS das Abfassen einer Diplomarbeit beinhaltet (Art. 10 Abs. 3 VMILAK). Ebenso wurden in das Curriculum der neuen MS die Fächer "Militärökonomie" (Art. 10 Abs. 2 Bst. g VMILAK) und "Sprachen" (Art. 10 Abs. 2 Bst. i VMILAK) aufgenommen, welche in der MS 2 nicht unterrichtet wurden.

4.2 Der Beschwerdeführer absolvierte die Wiederholungsprüfung Französisch B1 am 14. Dezember 2016, um nach dem erfolgreichen Abschluss der MS 1 zur MS 2 zugelassen zu werden. Der letzte Ausbildungslehrgang MS 2/17 startete am 10. Januar 2017 und dauert bis zum 8. Dezember 2017 (vgl. Lehrgangsübersicht Militärakademie an der ETH Zürich vom 8. Januar 2017). Wäre der Beschwerdeführer selbst davon ausgegangen, dass auf ihn die neuen Weisungen ERB 2016 Anwendung finden, bei dem das tiefere Sprachniveau A2 gefordert wird, hätte er sich nicht vorbehaltlos auf die Prüfungswiederholung eingelassen bzw. einlassen dürfen bzw. vor der Bekanntgabe des negativen Resultats reagieren müssen. Das hat er nicht getan. Vielmehr hat er sich dem bisherigen Prüfungsregime unterzogen und sich erst Ende Januar 2017 auf den Standpunkt gestellt, es seien die falschen Weisungen angewendet worden. Wesentlich ist sodann, dass die Weisungen ERB 2016 ausschliesslich die neue MS regeln, sie somit konsequenterweise und offenkundig nicht auf andere (alte) Ausbildungslehrgänge angewendet werden können. Die Zulassungsbedingungen zur MS 1 und MS 2 sind demgegenüber ausschliesslich in den Weisungen ERB 2014 geregelt. Diese geben die herrschende Praxis wieder und sind Ausdruck des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Sie sind deshalb einschlägig und für die MS 2 massgebend. Da der Beschwerdeführer die Voraussetzungen infolge des fehlenden Sprachniveaus nicht erfüllte, wurde er zu Recht nicht zur MS 2 zugelassen. Der Beschwerdeführer dringt mit seiner Rüge, die Vorinstanz habe das unzutreffende Recht bezüglich der Zulassung zur MS 2 angewendet und damit Art. 49 Bst. a VwVG verletzt, nicht durch.

5.

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, der Entscheid der Vorinstanz sei unverhältnismässig unter der Berücksichtigung der konkreten Umstände. Er sei ein überdurchschnittlicher Offizier und Berufsoffizier mit Bewertungen seiner Dienste von „sehr gut“ und der Bestnote „hervorragend“.

Auch sein Vorgesetzter sei dieser Meinung, habe dieser doch die Vorinstanz mit seinem Schreiben vom 19. Dezember 2016 um eine Ausnahmegenehmigung ersucht.

5.1 Die Vorinstanz bringt vor, Berufsoffiziere müssten die Anstellungsveraussetzungen gemäss Art. 5 V Mil Pers erfüllen, zu denen auch die Kenntnis einer zweiten Landessprache gehöre. Zudem müsse es der Anstellungsbehörde unbenommen bleiben, die sprachlichen Anforderungen festzulegen. Es sei nicht unverhältnismässig, auf das sprachliche Niveau B1 gemäss den Weisungen ERB 2014 abzustellen.

5.2 Das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV gebietet, dass eine staatliche Massnahme geeignet, erforderlich und für die betroffene Person zumutbar sein muss, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beansprucht im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts Geltung, sowohl für die Rechtsetzung als auch für die Rechtsanwendung (vgl. statt vieler BGE 135 V 172 E. 7.3.3; BVGE 2014/42 E. 7.2; vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 520 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 21 Rz. 2 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., S. 626 ff. je mit Hinweisen).

5.2.1 Eine behördliche Anordnung muss zunächst geeignet sein, das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen ("Zwecktauglichkeit"). Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischießt, das heisst keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zwecks sogar erschwert oder verhindert. Das Sprachniveau B1 für eine zweite Landessprache für die Zulassung zur MS 2 zu verlangen, ist ohne Weiteres geeignet, um zu erreichen, dass eine genügende Sprachkompetenz aufgewiesen wird.

5.2.2 Eine Verwaltungsmassnahme muss sodann im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein. Die Erforderlichkeit eines Eingriffs fehlt, wenn eine aus Sicht des Bürgers weniger einschneidende Anordnung das angestrebte Ziel ebenso erreicht, also eine mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ebenso ausreichen würde. Es erscheint für die Zulassung zur MS 2 bei einer mittleren Kaderposition mit Führungsfunktion, wie derjenigen eines Berufsoffiziersanwärters, zweckangemessen, das Niveau B1 zu verlangen, um die nötige Professionalität der Kommunikation zu gewährleisten. Hinzu kommt, der Chef der Armee ist mit den sprachlichen Anforderungen an militärische Situationen besser vertraut als das Bundesverwaltungsgericht, wenn es um die Beurteilung geht, welches Sprachniveau für einen Berufsoffiziersanwärter

zu verlangen ist. Für das Bundesverwaltungsgericht ist diesbezüglich kein Grund ersichtlich, dessen Einschätzung aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung im sehr spezifischen Umfeld anzuzweifeln oder sogar davon abzuweichen. In diesem Zusammenhang kann auch auf Art. 20 Abs. 1 des Sprachengesetzes vom 5. Oktober 2007 (SpG, SR 441.1) verwiesen werden, wonach die Arbeitgeberin dafür sorgt, dass alle Angestellten über die für die Ausübung ihrer Funktion erforderlichen Kenntnisse einer zweiten Amtssprache verfügen, alle Angestellten des mittleren Kaders über gute aktive Kenntnisse mindestens einer zweiten Amtssprache und wenn möglich über passive Kenntnisse einer dritten Amtssprache verfügen sowie alle Angestellten des höheren Kaders und alle Angestellten des mittleren Kaders mit Führungsfunktion über gute aktive Kenntnisse mindestens einer zweiten Amtssprache und über passive Kenntnisse einer dritten Amtssprache verfügen (Art. 8 Abs. 1 der Sprachenverordnung vom 4. Juni 2010 [SpV, SR 441.11]). Eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme ist nicht ersichtlich. Die Erforderlichkeit ist demnach ebenfalls gegeben.

5.2.3 Schliesslich muss eine Verwaltungsmassnahme zumutbar sein, d.h. der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden. Die Massnahme muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur dann ist sie den Privaten zumutbar. Das öffentliche Interesse der Armee an der Voraussetzung, das Sprachniveau B1 für die Zulassung zur MS 2 zu bieten, ist höher zu gewichten als das private Interesse des Beschwerdeführers, die französische Sprache auf einem tieferen Niveau (A2) zu beherrschen. Dies insbesondere deshalb, weil das Sprachniveau B1 gewährleistet, dass sich ein Berufsoffiziersanwärter u.a. mit seinen Vorgesetzten, Gleichgestellten und Untergebenen in angemessener Art und Weise verständigen kann. Es ist im öffentlichen Interesse, dass sich aufgrund der Mehrsprachigkeit der Schweiz ihre Armeeangehörigen untereinander klar und eindeutig verständigen können, vor allem wenn es um die Befehlserteilung und deren Umsetzung sowie um die Aufgabenerfüllung im Allgemeinen geht.

Obwohl der Beschwerdeführer ansonsten gute Noten und sogar Bestnoten für seine militärischen Leistungen aufweisen kann, ist die Voraussetzung bezüglich des Sprachniveaus somit insgesamt verhältnismässig. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen steht fest, dass sich die vom Beschwerdeführer erhobene Rüge, das Sprachniveau B1 für die Zulassung zur MS 2 zu verlangen sei unverhältnismässig, als unbegründet erweist.

5.3 Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV ist die Praxis, das Sprachniveau B1 für die Zulassung zur MS 2 auch beim Beschwerdeführer zu verlangen nicht zu beanstanden, mussten doch die bisherigen Kandidaten (neue gibt es keine mehr) ebenfalls dieses Niveau erreichen. Ein Grund für eine Ausnahme ist nicht ersichtlich.

6.

6.1 Die Nichtzulassung zur MS 2 wegen zweimaligem Nichtbestehens der Sprachprüfung Niveau B1 gemäss Art. 9 Abs. 1 Weisungen ERB 2014 bedeutet nicht gleichzeitig die Nichtzulassung zur neuen MS. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der (früheren) MS 2 und der (heutigen) MS um zwei verschiedene Ausbildungen. Aus den vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 4) ergibt sich auch, dass kein Raum besteht, die alten Weisungen ERB 2014 auf die MS anzuwenden. Für die MS sind demnach die Weisungen ERB 2016 bzw. die darin aufgeführten Voraussetzungen anwendbar, worauf die Vorinstanz jedoch nicht näher eingeht.

6.2 Art. 61 Abs.1 VwVG sieht für das Beschwerdeverfahren im Allgemeinen vor, dass die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst entscheidet oder diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweist. Bei der Wahl steht dem Gericht grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe vor, ist eine Rückweisung regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar. Die Vorinstanz ist mit den tatsächlichen Verhältnissen besser vertraut und darum im Allgemeinen besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Ebenso ist eine Rückweisung angezeigt, wenn der Vorinstanz ein Ermessen zukommt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt. Schliesslich bleibt der betroffenen Partei dergestalt der gesetzlich vorgesehene Instanzenzug erhalten (vgl. statt vieler BGE 131 V 407 E. 2.1.1; BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteile des BVGer A-6519/2016 vom 3. Mai 2017 E. 6.1 und A-5766/2016 vom 20. Februar 2017 E. 10.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.194).

Dem Bundesverwaltungsgericht ist es vorliegend nicht möglich, sämtliche Voraussetzungen zur Zulassung zur MS in Anwendung der Weisungen ERB 2016 selbst zu prüfen. Die Angelegenheit ist deshalb in diesem Punkt – mit offenem Ausgang – an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerde bezüglich des Gesuchs um Zulassung zur MS 2 abzuweisen ist. Hinsichtlich der Nichtzulassung zur MS wird die Beschwerde gutgeheissen und die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 6. März 2017 wird diesbezüglich aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

8.

8.1 Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Verfahrensausgang grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

8.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf ihr Begehren hin eine Entschädigung für ihr 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]). Diese umfassen die Kosten der Vertretung sowie allfällig weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Rückweisung einer Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid mit noch offenem Ausgang – wie vorliegend – gilt praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (vgl. BGE 137 V 57 E. 2; Urteil des BVGer A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 10.2).

Der Beschwerdeführer 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 Verfahrensausgangs erscheint eine um die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– als angemessen. Diese wird der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG), die ihrerseits keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 6. März 2017 wird bezüglich der Nichtzulassung zur Militärschule (MS) aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr.: [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christine Ackermann

Rahel Gresch

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können 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 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: