Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-2066/2017

Urteil vom 14. November 2017

Besetzung

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

Parteien

A._____
vertreten durch
Dr. iur. Christian Fraefel,
Gotthardstrasse 52, 8002 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Heer HE,
Papiermühlestrasse 14, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zulassung zur Militärschule 2 bzw. zur neuen MS.

Sachverhalt:

A.
A._____ ist seit dem 28. Oktober 2002 beim Lehrverband (…) angestellt. Nach seiner befristeten Anstellung als Zeitmilitär bis am 28. Februar 2005 wurde er per 1. März 2006 als Ausbildungsoffizier (E 1) unbefristet beschäftigt. Im Jahre 2010 absolvierte er erfolgreich die Militärschule 1 (nachfolgend: MS 1) der Militärakademie (MILAK) an der ETH Zürich.

B.
Mit E-Mail vom 22. April 2013 wurde A._____ von Oberst i Gst X._____ Lehrverband (…), darauf hingewiesen, dass die Zulassungsbedingungen für die Militärschule 2 (nachfolgend: MS 2) angepasst worden seien. Alle Teilnehmer müssten in der zweiten Landessprache (Französisch) das Sprachniveau B1 erreichen. Ihm wurde empfohlen, bei Bedarf rechtzeitig zusätzliche Sprachausbildungskurse zu planen und die vom Arbeitgeber angebotenen Kurse zu nutzen. Die zur Aufnahme zur MS 2 erforderliche französische Sprachprüfung B1 bestand A._____ beim ersten Versuch vom 9. Juli 2014 nicht, was ihm am 15. August 2014 mitgeteilt wurde. Gleichzeitig wurden mit ihm Förderungsmassnahmen besprochen.

C.
Im September 2014 wurde A._____ per 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2019 nach (…) abkommandiert. Mit Schreiben vom 23. November 2015 orientierte A._____ den Kommandanten des Lehrverbandes (…) über den Stand seiner Französischkenntnisse. Darin erklärte er u.a., dass das geforderte Niveau B1 bis zum Juli 2016 für ihn nicht realisierbar sei. Um das Niveau A1 noch im Jahre 2015 abschliessen zu können, sei es erforderlich, den Frontalunterricht um das Dreifache zu erhöhen. Die Niveau A2 und B1 seien im Jahre 2016 noch „abzuarbeiten“.

D.
Am 6. Juli 2016 wiederholte A._____ die französische Sprachprüfung B1. Bei einer Besprechung vom 19. August 2016 wurde er über das Nichtbestehen der Sprachprüfung und die daraus folgenden Konsequenzen, die Nichtzulassung zur MS 2, informiert.

E.
Mit Schreiben vom 1. Februar 2017 gelangte A._____ an den Personalchef Verteidigung und ersuchte diesen, ihn erneut zur Sprachprüfung zuzulassen. Dies deshalb, weil die Sprachprüfung vom 6. Juli 2016 gemäss

den Weisungen über die Eignungsprüfungen und die beruflichen Rahmenbedingungen für angehende Berufsoffiziere und Berufsunteroffiziere vom 1. Februar 2014 (nachfolgend: Weisungen ERB 2014) durchgeführt worden seien, anstelle der richtigerweise anwendbaren Weisungen über die Eignungsprüfungen 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.

F.
Der Personalchef Verteidigung nahm dazu am 3. Februar 2017 Stellung und begründete die Nichtzulassung zur MS 2. A._____ verlangte daraufhin am 7. Februar 2017 eine beschwerdefähige Verfügung.

G.
Der Kommandant Heer/Projektleiter WEA KDO Ausbildung verfügte am 6. März 2017 die Abweisung des Gesuchs um Zulassung zur MS 2. Er begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, die Zulassungsvoraussetzungen zur MS 2 würden sich nach den Weisungen ERB 2014 richten und nicht, wie von A._____ dargelegt, nach den Weisungen ERB 2016. 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 und jeder Teilnehmer, der die Sprachprüfung nicht bestanden habe, sei persönlich informiert worden. Zudem habe A._____ während Jahren die Möglichkeit gehabt, seine Sprachkenntnisse auf das erforderliche Niveau B1 zu heben. Dabei sei er vom Arbeitgeber auch finanziell unterstützt worden.

H.
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 erneuten Sprachprüfung MS 2 resp. MS zuzulassen. Eventualiter sei die Verfügung vom 6. März 2017 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und es sei ihm eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8 % MwSt) zuzusprechen.

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, der Kommandant Heer (nachfolgend: Vorinstanz) habe die Verfügung vom 6. März nicht hinreichend begründet, weshalb das rechtliche Gehör verletzt sei. Es sei keineswegs ersichtlich, wie und wann er über die Weitergeltung der Weisungen ERB 2014 informiert worden sei. Zudem berufe sich die Vorinstanz auf angebliche Informationen und Anordnungen des damaligen Chefs der Armee, die sie weder dokumentieren noch belegen könne. Somit habe er nicht rechtsgenügend Stellung nehmen können.

Weiter rügt der Beschwerdeführer die Verletzung der richtigen Rechtsanwendung. Als er am 6. Juli 2016 die Sprachprüfung abgelegt habe, seien einzig die Weisungen ERB 2016 in Kraft gewesen. Gemäss dem klaren Wortlaut der Weisungen seien die Weisungen ERB 2014 mit Inkrafttreten der Weisungen ERB 2016 am 1. Januar 2016 aufgehoben worden.

Sodann sei die Schweizer Armee als Arbeitgeberin verpflichtet, die Entwicklung des Arbeitnehmers durch Massnahmen am Arbeitsplatz sowie durch Aus- und Weiterbildungen zu fördern und hierzu die erforderliche Zeit zur Verfügung zu stellen (Art. 4 Abs. 1 und 4 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3]). Die besprochenen Förderungsmassnahmen seien unzureichend gewesen und hätten primär den Interessen der Arbeitgeberin gedient. Sein Antrag, die Sprachkurse auszubauen, sei nicht bewilligt worden. Durch die Verweigerung der gehörigen Unterstützung durch geeignete Förderungsmassnahmen habe die Vorinstanz gegen ihre Fürsorgepflicht verstossen.

I.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 8. Mai 2017 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Sie widerspricht dem Vorbringen des Beschwerdeführers, sie habe keine genügenden Massnahmen zur Förderung seiner Sprachkompetenzen ergriffen. Dieser sei in den französischen Sprachraum abkommandiert und es sei ihm Sprachunterricht finanziert worden. Wäre sie davon ausgegangen, dass die Weisungen ERB 2016 mit dem erforderlichen Sprachniveau A2 anwendbar wären, hätten kostenintensive Förderungsmassnahmen zur Erreichung des Niveaus B1 unterbleiben können.

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. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer auch das Sprachniveau A2 nicht erfülle.

Eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs wird sodann in Abrede gestellt. Der Sachverhalt sei unbestritten und dem Beschwerdeführer hinreichend bekannt, um welche Fragestellung es gehe. Hierzu habe er auch ausführlich Stellung genommen.

Schliesslich stellt die Vorinstanz den Beweisantrag, dass fünf Prüfungsabsolventen aufzufordern seien, schriftlich zu bestätigen, dass sie – wie der Beschwerdeführer auch – darüber informiert wurden, dass die Weisungen ERB 2014 prüfungsrelevant gewesen seien.

J.
Mit Eingabe vom 10. Mai 2017 reicht der Beschwerdeführer eine Beschwerdeergänzung ein. Darin wird auf ein Schreiben der Vorinstanz vom 8. Mai 2017 an einen Prüfungsabsolventen Bezug genommen, gemäss dem der Absolvent bestätigen soll, dass er am 26. Oktober 2016 ausdrücklich darüber orientiert wurde, dass für die Wiederholung der Sprachprüfung betreffend Zulassung zur MS 2 die Weisungen ERB 2014 massgebend seien. Damit versuche die Vorinstanz im Nachgang an ihre Verfügung vom 6. März 2017 Beweise für ihre Behauptung herzustellen.

K.
Die Vorinstanz reicht am 15. Mai 2017 eine Liste mit Prüfungsabsolventen ein, welche bestätigen können, dass sie – wie der Beschwerdeführer auch – darüber orientiert wurden, dass die Weisungen ERB 2014 anwendbar seien.

L.
In der Replik vom 14. Juni 2017 bestreitet der Beschwerdeführer die Aussagen der Vorinstanz und hält an seinen Rechtsbegehren fest. Der Beweisantrag der Vorinstanz sei abzuweisen, zumal diese in fragwürdiger Weise nachträglich Beweismittel zu beschaffen versuche.

M.
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

Absolventen auszuüben. Zugebenermassen hätte die korrekte Beweiserhebung über das Gericht erfolgen sollen, weshalb am Beweisantrag festgehalten werde.

N.
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 BPV 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 Streitgegenstand ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet. Anfechtbar ist grundsätzlich nur das Dispositiv

einer Verfügung. Dieses ist nötigenfalls auszulegen. Es ist zu fragen, wie es die Verfahrensbeteiligten nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durften und mussten; was sein wahrer Sinn ist (BGE 115 II 415 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_423/2012 vom 9. Dezember 2012 E. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 29, Rz. 16).

Obwohl Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 6. März 2017 im Wortlaut einzig die Nichtzulassung zur MS 2 erwähnt, ist sie dahingehend zu verstehen, dass die Vorinstanz damit auch die Nichtzulassung zur MS verfügte. Das ergibt sich sowohl aus dem Titel der Verfügung, die mit „Verfügung – Verweigerung der Zulassung von Maj A._____ zur MS 2 resp. MS“ bezeichnet ist, als auch aus den Erwägungen zum Formellen, Ziffer 2.3. Dort wird ausdrücklich erklärt, dass der Beschwerdeführer „ein Interesse an der Feststellung am Bestehen oder Nichtbestehen des Rechts auf die Zulassung zur MS 2 resp. MS [habe]. Auf das Gesuch um Erlass einer entsprechenden Verfügung ist einzutreten“. Der Beschwerdeführer ficht denn auch sowohl die Nichtzulassung zur MS 2 als auch jene zur MS an, was von der Vorinstanz nicht beanstandet wird. Streitgegenstand bildet vorliegend demnach sowohl die Nichtzulassung zur MS 2 als auch zur MS.

1.5 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 40 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 ergebenden Anhaltspunkte hinreichenden 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.
Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie die angefochtene Verfügung nicht hinreichend begründet habe und es ihm deshalb nicht möglich gewesen sei, rechtsgenügend Stellung zu nehmen. Insbesondere stütze sich die Vorinstanz auf angebliche Informationen und Anordnungen des Chefs der Armee, ohne diese zu dokumentieren und zu belegen.

3.1 Die Begründungspflicht folgt aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (BGE 138 I 232 E. 5.1 m.w.H.; Urteil des BVGer A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 5.1 und A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 4.1). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, dass die verfügende Behörde von den Argumenten des Betroffenen Kenntnis nimmt und sich damit auseinandersetzt (Art. 32 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BVGer A-7589/2015 vom 14. November 2016 E. 7). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass ihn der Betroffene gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (BGE 134 I 83 E. 4.1). Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich der Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2). Die verfügende Behörde muss sich jedoch nicht ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für ihren Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken und in der Begründung bloss diejenigen Argumente aufführen, die ihrem Entscheid tatsächlich zugrunde liegen (zum Ganzen statt vieler BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer A-5488/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 7.1.2 und A-6625/2014 vom 19. Mai 2016 E. 5.2.1, je m.w.H.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2016, Art. 35 Rz. 10 m.w.H.).

3.2 Die Vorinstanz legte in ihrer Verfügung vom 6. März 2017 dar, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer nicht zur MS 2 bzw. zur MS zugelassen wird, weshalb die Weisungen ERB 2014 anwendbar seien und wie ihm dies kommuniziert worden sei. Sie dokumentierte dies mit den Belegen 1

und 3. Die Vorinstanz hat sich somit in kurzer Art und Weise, aber im Hinblick auf die wesentlichen Gesichtspunkte genügend mit der Sache auseinandergesetzt. Der Beschwerdeführer konnte sich durchaus ein hinreichendes Bild von der Angelegenheit machen und umfassend Stellung nehmen. Ihm war eine sachgerechte Anfechtung möglich. Eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

4.
Nach Ansicht des Beschwerdeführers sind bei der Überprüfung seiner Sprachkompetenzen statt den im Zeitpunkt der Absolvierung der Prüfung, am 6. Juli 2016 einzig geltenden Weisungen ERB 2016 (in Kraft seit dem 1. Januar 2016), die Weisungen ERB 2014 angewendet worden. Die Verfügung vom 6. März 2017, welche die Nichtzulassung zur MS 2 bzw. zur MS damit begründe, er habe das erforderliche Niveau B1 nicht erreicht, stehe im klaren Widerspruch zu den Weisungen ERB 2016, welche das Niveau A2 voraussetzen würden. Damit liege aufgrund der unrichtigen Rechtsanwendung eine direkte Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 49 Bst. a VwVG vor.

4.1 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.

4.1.1 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 Dienstanwendungen zwar ebenfalls generell-abstrakter Natur, stellen aber nach Rechtsprechung und Lehre kein “objektives“ Recht dar (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 Verwaltungsrechtpflege 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 Verwaltungsrecht?, 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 unmittelbare Auswirkungen auf Private (FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 103; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer 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, a.a.O., Rz. 2.174; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 83 f.; ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 49 Rz. 10; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 14 Rz. 9 ff., § 41 Rz. 11 ff.; UHLMANN/BINDER, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, LEGES 2009/2, S. 153).

4.1.2 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 Weisungen wie die ERB Weisungen Verwaltungsverordnungen darstellen.

4.1.3 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 Berufsoffiziersanwärter/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.

4.2 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).

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 erlassen.

5.
Weiter ist zu klären, welche Weisungen ERB bezüglich der Zulassung zur MS 2 anwendbar sind.

5.1 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.

5.2 Der Beschwerdeführer absolvierte die Wiederholungsprüfung Französisch Niveau B1 am 6. Juli 2016, um nach dem erfolgreichen Abschluss der MS 1 zur MS 2 zugelassen zu werden. Der letzte Ausbildungslehrgang MS 2/2017 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 (was im Übrigen auch der klaren Auskunft des Obersts i Gst

X._____ vom 15. August 2014 entspricht; vgl. unten E. 7.3) und sich erst im Februar 2017 – mithin sieben Monate nach der Prüfung – 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 BV). 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. Ein dritter Versuch ist ausgeschlossen (vgl. Art. 9 Abs. 1 Weisungen ERB 2014). Der Beschwerdeführer dringt demnach mit seiner Rüge, die Vorinstanz habe das Prinzip der Gesetzesmässigkeit verletzt und das unzutreffende Recht bezüglich der Zulassung zur MS 2 angewendet sowie Art. 49 Bst. a VwVG verletzt, nicht durch.

6.
Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe gegen ihre Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin verstossen, indem die getroffenen Förderungsmassnahmen unzureichend gewesen seien und die Abkommandierung nach (…) primär im Interesse der Arbeitgeberin gelegen habe. Die beantragten externen Sprachkurse bei der Migros Sprachschule seien nicht bewilligt worden. Der Beschwerdeführer möchte daraus offenbar unabhängig vom Nichterreichen des geforderten Sprachniveaus eine Zulassung zur MS 2 bzw. MS ableiten.

6.1 Die Vorinstanz bringt in der Verfügung und der Beschwerde vor, der Beschwerdeführer habe während Jahren die Möglichkeit gehabt, seine Sprachkenntnisse auf das erforderliche Niveau B1 zu heben. U.a. sei er zur Förderung seiner Französischkenntnisse in den französischen Sprachraum abkommandiert und ihm sei Sprachunterricht finanziert worden. Schliesslich liege es auch in der Eigenverantwortung des Beschwerdeführers, seine Sprachkenntnisse zu verbessern, um das erforderliche Niveau zu erreichen.

6.2 Aus den Akten ist ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer zwei Einzelkurse in Französisch an der Migros Klubschule finanziert wurden. Er besuchte diese vom 9. Dezember 2015 bis am 24. Februar 2016 (zehn Lektionen à 60 Minuten für Fr. 1‘149.10) sowie vom 6. April bis am 5. Juli 2016

(19 Lektionen à 60 Minuten für Fr. 2‘872.80) jeweils in Basel auf Arbeitszeit. Weiter geht aus der E-Mail von Oberst i Gst Y._____ an Oberst Z._____ vom 31. Juli 2016 hervor, dass der Beschwerdeführer 2015 einen Französischsprachkurs für Fr. 1‘490.20 besucht hatte. Ausserdem wurde er per 1. Januar 2015 in den französischen Sprachraum, nach (…), abkommandiert.

6.3 Mit den erwähnten zahlreichen Französischlektionen im Einzelunterricht wurde dem Beschwerdeführer eine sehr gute Basis geboten, sich auf die Französischprüfung B1 vorzubereiten. Es versteht sich dabei von selbst, dass vom Lernenden zusätzlich das in den Kursen Gelehrte, gelernt, nachbearbeitet, immer wieder repetiert und ein nicht geringer Eigenaufwand betrieben werden muss. Dies liegt jedoch nicht in der Verantwortung der Arbeitgeberin. Hinzu kommt, dass dem Beschwerdeführer mit der Abkommandierung die konkrete Gelegenheit geboten wurde, die Sprache im Alltag anzuwenden. Der Einwand des Beschwerdeführers, dass in (…) 2/3 der Anwesenden deutscher Muttersprache seien, ist nicht stichhaltig, wäre es doch an ihm selbst gewesen, mit den französischsprechenden Personen das Gespräch zu pflegen. Vor diesem Hintergrund ist weder von unzureichend ergriffenen Förderungsmassnahmen noch von einer Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Vorinstanz auszugehen.

7.

Der Beschwerdeführer beruft sich schliesslich auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Hierzu bringt er vor, er habe auf die Zusagen von Oberst i Gst Y._____ im Rahmen eines persönlichen Gesprächs betreffend die Anordnung geeigneter Förderungsmassnahmen vertrauen dürfen. Nachdem diese entweder ganz unterblieben, nicht in seinem Sinne angeordnet oder die Anträge auf Ausbau der Massnahmen gar abgewiesen worden seien, sei sein Vertrauen in die Vorinstanz in „krasser Weise“ verletzt worden. Die Vorinstanz äussert sich nicht explizit zum Vertrauensschutz.

7.1 Das in Art. 9 BV als Grundrecht verankerte Prinzip von Treu und Glauben verschafft einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (BGE 131 II 627 E. 6.1 m.w.H.). Vorausgesetzt ist weiter, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat,

die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die Berufung auf den Vertrauensschutz scheitert sodann stets, wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (BGE 137 I 69 E. 2.3 und E. 2.5.1 m.w.H.; Urteil des BVGer A 6119/2015 vom 26. Mai 2016 E. 5.2 f.).

7.2 Der Aktennotiz vom 15. August 2014 betreffend das Gespräch über das weitere „Vorgehen nach nicht bestandener Sprachprüfung MS 2“ zwischen Oberst i Gst Y._____ und dem Beschwerdeführer geht u.a. Folgendes hervor: Der Beschwerdeführer habe die obligatorische Sprachprüfung am 09.07.2014 nicht bestanden, von den geforderten 60% der Stufe B1 in Französisch habe er 21% erreicht. Der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit, im Jahr 2017 die letzte angebotene MS 2 zu besuchen, falls er die Sprachprüfung Französisch auf Stufe B1 mit mindestens 60% erfülle. Andernfalls werde seine Laufbahn auf die Stufe BO E1 beschränkt bleiben. Die Aktennotiz erwähnt sodann folgende Förderungsmassnahmen: Möglichkeit des Besuchs von Französischkursen (intern und im zivilen Umfeld, z.B. Migros Klubschule) sowie Abkommandierung in den französischen Sprachraum.

Es steht fest, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die genannten Förderungsmassnahmen vollumfänglich ermöglichte: Ihm wurde konkret die Möglichkeit gegeben, Sprachkurse zu besuchen und er wurde in den französischen Sprachraum abkommandiert (vgl. oben E. 6). Darüber hinausgehende Zusagen, worauf er sich berufen könnte, wurden ihm nicht gegeben. Insbesondere wurde unmissverständlich festgehalten, dass von ihm für die Zulassung zur MS 2 bis zuletzt das Sprachniveau B1 verlangt wird und er alles daran zu setzen hat, dass er seine Sprachkenntnisse auf das geforderte Niveau bringt. Nur nebenbei sei deshalb erwähnt, dass die Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes auch daran scheitern würde, dass der Beschwerdeführer nicht vorbringt, welche nachteiligen, nicht mehr rückgängig machbaren Dispositionen er aufgrund des Gesprächs bzw. der Aktennotiz getroffen hat. Eine Verletzung des Vertrauensschutzes liegt somit nicht vor.

8.

8.1 Die Nichtzulassung zur MS 2 wegen zweimaligen Nichtbestehens der Sprachprüfung 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. 5) 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.

8.2 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.

9.
Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerde bezüglich der Wiederholung der französischen Sprachprüfung für die Zulassung zur MS 2 abzuweisen ist. Hinsichtlich der Nichtzulassung zur MS wird die Beschwerde gutgeheissen, die Verfügung vom 6. März 2016 diesbezüglich aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

10.
Abschliessend bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung zu befinden.

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

10.2 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. Die 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)

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 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: