**Bundesverwaltungsgericht**

**Tribunal administratif fédéral**

**Tribunale amministrativo federale**

**Tribunal administrativ federal**

Abteilung I
A-8222/2008
{T 0/2}

# Urteil vom 10. Juni 2009

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiberin Jana Mäder.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA)**,
Direktion für Ressourcen und Aussennetz,
Freiburgstrasse 130, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichtzulassung Passerelle 40.

## Sachverhalt:

**A.**
A._____ war vom 1. Oktober 1992 bis zum 30. April 1996 als wissenschaftlicher Beamter bei der Direktion Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) angestellt. Nach mehrjähriger Tätigkeit beim EDA nahm er am Zulassungswettbewerb 1995/96 für den diplomatischen Dienst teil. Die Zulassungskommission schlug ihn als einen von 26 Kandidaten dem Vorsteher des EDA (nachfolgend: Departementsvorsteher) vor. Dieser entschied sich in der Folge, lediglich 24 Personen als Stagiaires ins EDA aufzunehmen – A._____ wurde dabei als einer von zwei vorgeschlagenen Kandidaten nicht berücksichtigt.

**B.**
Im September 1996 trat A._____ eine neue Stelle beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) an. Ab dem 1. September 2001 war A._____ ins EDA detachiert für eine Stelle der Schweizerischen Mission bei den Europäischen Gemeinschaften in Brüssel. Seit dem 1. Februar 2006 ist A._____ ins EDA detachiert für eine Stelle beim Integrationsbüro EDA/EVD in Bern. Dieser befristete Einsatz wurde bis zum 31. Juli 2009 verlängert.

**C.**
Am 3. April 2008 liess die Departementsvorsteherin des EDA (nachfolgend: Departementsvorsteherin) im Intranet des EDA kommunizieren, sie habe beschlossen, dass EDA-Mitarbeitende ab 40 Jahren unter gewissen Voraussetzungen in den diplomatischen Dienst aufgenommen werden könnten (sog. Passerelle 40). Diese restriktive Praxis beruhe auf Art. 13 Abs. 5 der Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (VBPV-EDA, SR 172.220.111.343.3), wonach die Departementsvorsteherin von den Anstellungsvoraussetzungen für die Karrieredienste abweichen könne. Als Bedingungen wurden unter anderem aufgeführt, dass die Bewerberinnen und Bewerber seit mindestens 7 Jahren im EDA angestellt sein müssten und dass kein erfolgloser Versuch des diplomatischen Zulassungswettbewerbs stattgefunden haben dürfe.

**D.**
Mit Schreiben vom 19. Oktober 2008 ersuchte A._____ die

Departementsvorsteherin, die geltenden Voraussetzungen für die Passerelle 40 durch die zuständigen Stellen zu überprüfen. Er führte aus, dass die Voraussetzung des fehlenden erfolglosen Versuchs des diplomatischen Zulassungswettbewerbs im Einzelfall – wie sein eigenes Beispiel zeige – zu einem stossenden Ergebnis führen könne. Obwohl ihn die Zulassungskommission im Jahre 1995/96 dem Departementsvorsteher als Diplomatenanwärter vorgeschlagen habe, sei er von diesem von der Liste gestrichen worden. Zu dieser Zeit habe es noch keine "Rangliste" der am besten geeigneten Kandidaten und Kandidatinnen der letzten Selektionsrunde gegeben. So erfahre er nun heute als erfolgreicher Absolvent des Concours eine Schlechterbehandlung gegenüber einem Anwärter, der sich nie den Strapazen und dem Risiko eines diplomatischen Zulassungswettbewerbs ausgesetzt habe und unter Umständen nie auf einem Auslandsposten tätig gewesen sei.

**E.**

Die Departementsvorsteherin antwortete A._____ mit Schreiben vom 4. November 2008. Darin führte sie aus, dass die strengen Voraussetzungen der Passerelle 40 zum Ziel hätten, das Verfahren transparenter zu machen. Auch könnte eine zu grosse Öffnung der Passerelle 40 die Personen demotivieren, die beim ordentlichen Zulassungswettbewerb mitgemacht hätten oder noch mitmachen könnten. Weiter habe A._____ trotz der vielen Jahre als ins EDA Entsandter aufgrund des erfolglosen Versuchs beim Zulassungswettbewerb 1995 keinen Zugang zur Passerelle 40.

**F.**

Mit Schreiben vom 14. November 2008 an die Direktion für Ressourcen und Aussennetz (DRA) des EDA verlangte A._____ den Erlass einer Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Er bestreite nicht die Kompetenz der Departementsvorsteherin, für die Gewinnung herrvorragender Kräfte für den diplomatischen Dienst von den ordentlichen Zulassungsbedingungen abzuweichen. Sein Anliegen betreffe vielmehr die Ausgestaltung der festgelegten Voraussetzungen, die zur Vorstellung vor der Zulassungskommission im Rahmen der Passerelle 40 berechtigen würden. In seinem Fall habe die Zulassungskommission eine Person als für den diplomatischen Dienst geeignet beurteilt und eine entsprechende Empfehlung an die Wahlbehörde erteilt, welche diese aber nicht befolgt habe. Er dürfe nun bei späteren Änderungen der Zulassungsbedingungen nicht mit der Be-

gründung abgewiesen werden, dass das Rekrutierungsinstrument des Concours dadurch ausgehöhlt würde und potentiell Interessierte für die Karriere demotiviert werden könnten.

**G.**
Am 16. Dezember 2008 leitete die DRA das Schreiben von A._____ vom 14. November 2008 – welches von der DRA als Beschwerde entgegengenommen wurde – zuständigkeitshalber an das Bundesverwaltungsgericht weiter.

**H.**
Mit Eingabe vom 4. Januar 2009 erhebt A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen das Schreiben der Departementsvorsteherin vom 4. November 2008. Die Begründung entspricht weitgehend jener im Schreiben vom 14. November 2008 an die DRA. Im Hinblick auf die Voraussetzung der siebenjährigen Anstellung im EDA bringt der Beschwerdeführer zudem vor, dass er als ins EDA entsandte Person gleichbehandelt werden müsse wie die EDA-Angestellten. Entscheidend sei weiter, dass die Zulassungsvoraussetzungen zur Passerelle 40 in einer Art und Weise modifiziert worden seien, die ihn in unzulässiger Weise diskriminiere.

**I.**
In seiner Vernehmlassung vom 5. März 2009 beantragt das EDA (nachfolgend: Vorinstanz) das Nichteintreten auf die Beschwerde. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Zur Begründung führt es aus, dass die vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeergänzung vom 4. Januar 2009 neu gestellten Rechtsbegehren nicht berücksichtigt werden könnten und diese teilweise auch über den Streitgegenstand hinausgingen. Zudem sei das VwVG gar nicht anwendbar. Weiter sei der Beschluss der Vorinstanz nicht anfechtbar, da Art. 13 Abs. 5 VBPV-EDA keinen Anspruch vermittle, dass die Departementsvorsteherin von gewissen Zulassungsvoraussetzungen abweiche. Eine Anfechtung des Entscheides der Departementsvorsteherin über die Zulassung zum Wettbewerb und eine Aufnahme in den diplomatischen Dienst sei ausgeschlossen. Gleiches müsse erst recht für die Ausnahmeentscheide gestützt auf Art. 13 Abs. 5 VBPV-EDA gelten. Sodann sei der Beschluss der Departementsvorsteherin auch inhaltlich korrekt, da der Beschwerdeführer am Zulassungswettbewerb 1995/96 teilgenommen habe und ausgeschieden sei. Der Intranet-Mitteilung der Departementsvorsteherin komme lediglich der generelle Inhalt zu, sie sei

bestrebt, Bewerbungen von Personen, welche die genannten Kriterien erfüllten, wohlwollender zu beurteilen. Ein Anspruch auf Zulassung zum diplomatischen Dienst oder auch nur auf Zugang zum Concours könne aus der gesetzlichen Regelung nicht abgeleitet werden und könne auch nicht durch die Intranet-Mitteilung begründet werden.

**J.**
In seinen Schlussbemerkungen vom 1. April 2009 hält der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest. Unter anderem bringt er vor, dass aus der Intranet-Mitteilung klar hervorgehe, dass jene Personen, welche die festgelegten Bedingungen erfüllten, auch zur Passerelle 40 zugelassen würden.

**K.**
Mit Eingabe vom 28. April 2009 reicht der Beschwerdeführer die angepasste Intranet-Mitteilung der Vorinstanz vom 8. Mai 2008 betreffend die Passerelle 40 ein. Darin äussert sich die Vorinstanz in allgemeiner Weise zu den Gründen der Einführung der Passerelle 40, ohne aber deren Bedingungen zu ändern. Weiter betont der Beschwerdeführer, dass aus der Nichtanfechtbarkeit des Zulassungsentscheides nicht eine Kompetenz der Departementsvorsteherin abgeleitet werden könne, trotz Vorliegen aller festgelegten Bedingungen auch den Zugang zum ausserordentlichen Zulassungswettbewerb im Rahmen der Passerelle 40 zu verweigern.

**L.**
Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Als Erstes ist deshalb zu prüfen, ob das Schreiben der Departementsvorsteherin vom 4. November 2008 eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt und ob damit ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt.

**1.1** Zunächst ist näher auf den Inhalt des Schreibens vom 4. November 2008 einzugehen. Darin hält die Departementsvorsteherin fest, dass der Beschwerdeführer die in der Intranet-Mitteilung vom 3. April 2008 aufgeführte Voraussetzung des fehlenden erfolglosen Versuchs des diplomatischen Zulassungswettbewerbs – und damit eine der Voraussetzungen für die Aufnahme in den diplomatischen Dienst für EDA-Mitarbeiter ab 40 Jahren (sog. Passerelle 40) – nicht erfülle. Der Beschwerdeführer habe demnach keinen Zugang zur Passerelle 40.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz entschied die Departementsvorsteherin im vorliegenden Fall nicht darüber, ob sie für den Beschwerdeführer eine Ausnahme gemäss Art. 13 Abs. 5 i.V.m. Art. 16 Abs. 3 VBPV-EDA mache und den Beschwerdeführer in den diplomatischen Dienst aufnehme, sondern darüber, ob der Beschwerdeführer die in der Intranet-Mitteilung genannten Voraussetzungen grundsätzlich erfülle und sich für die Passerelle 40 bewerben könne. Gemäss Intranet-Mitteilung vom 3. April 2008 können Interessentinnen und Interessenten, die gewisse Bedingungen erfüllen, ihre Bewerbung an die Vorinstanz richten. Die Bewerberinnen und Bewerber können sich anschliessend persönlich bei der Kommission für die Zulassung zum diplomatischen Dienst vorstellen, die gemäss den Bestimmungen der Weisung über die Zulassung für den diplomatischen Dienst des EDA (200-4-021, nachfolgend: Weisung) über eine Empfehlung zuhanden der Departementsvorsteherin entscheidet. Wie bei den diplomatischen Stagiaires liegt der Entscheid über die Aufnahme in die Karrieredienste in letzter Instanz bei der Departementsvorsteherin. Dies zeigt, dass die Departementsvorsteherin auch bei der Passerelle 40 erst aufgrund einer Empfehlung der Zulassungskommission über die Aufnahme in den diplomatischen Dienst und über die Anstellung der Bewerberinnen und Bewerber entscheidet. Im vorliegenden Fall hat sich der Beschwerdeführer aber noch nicht einmal beworben. Es geht demnach nicht um eine allfällige Anstellung des Beschwerdeführers, sondern im Vorfeld der Bewerbung einzig darum, ob der Beschwerdeführer grundsätzlich die Anstellungsvoraussetzungen erfüllt und sich bewerben darf. Inhalt des fraglichen Schreibens bildet also die Feststellung der Departementsvorsteherin, dass der Beschwerdeführer eine der kumulativ geforderten Anstellungsvoraussetzungen nicht erfülle und somit schon gar nicht zur Bewerbung zugelassen werden könne.

An dieser Stelle ist kurz auf den Begriff der "Anstellungsvoraussetzungen" einzugehen. Der 1. Abschnitt des 3. Kapitels der VBPV-EDA

spricht von "Anstellungsvoraussetzungen für die Karrieredienste". Dieser Ausdruck ist aber insofern missverständlich, als dass, wer die Anstellungsvoraussetzungen erfüllt, lediglich Zugang zum diplomatischen Zulassungswettbewerb hat – mit andern Worten sich bewerben darf. Hingegen kann aus der Erfüllung der Anstellungsvoraussetzungen kein Recht auf Anstellung abgeleitet werden (vgl. E. 1.2.2). Der Beschwerdeführer spricht insofern zu Recht von "Zulassungsbedingungen" und nicht von Anstellungsvoraussetzungen. Auch wenn im Folgenden entsprechend dem Wortlaut der VBPV-EDA von Anstellungsvoraussetzungen gesprochen wird, sind damit Voraussetzungen gemeint, die erfüllt sein müssen, um überhaupt ein Recht auf Zugang zum diplomatischen Zulassungswettbewerb zu haben.

**1.2** Eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG ist eine Anordnung einer Behörde mit der im Einzelfall ein Rechtsverhältnis geregelt wird, in einseitiger und verbindlicher Weise, gestützt auf öffentliches Recht des Bundes. Behörde im Sinne des VwVG ist jeder Verwaltungsträger, der mit der Erfüllung von Staatsaufgaben betraut ist. Die Verwaltungsbefugnis schliesst grundsätzlich auch die Verfügungsbefugnis ein. Trotz Verwaltungsbefugnis entfällt die Verfügungsbefugnis unter anderem aber, wenn das Gesetz andere verwaltungsrechtliche Handlungsformen vorschreibt (namentlich die Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages) oder wenn das Rechtsverhältnis unter das Zivilrecht fällt. Die Verfügung regelt Rechte und Pflichten im Einzelfall, somit für einen einzelnen oder mehrere einzelne Adressaten und mit Blick auf einen bestimmten Lebenssachverhalt. Ein Rechtsverhältnis liegt vor, wenn die Anordnung einer Behörde auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs im Verhältnis zwischen Staat und Bürger gerichtet ist (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 28 Rz. 1 f., 19 f.).

**1.2.1** Die Vorinstanz ist eine Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. a VwVG und verfügt über Verfügungsbefugnis. Da es vorliegend um die Möglichkeit einer Bewerbung und nicht um eine Anstellung geht, liegt insbesondere kein Fall vor, wo das Gesetz andere verwaltungsrechtliche Handlungsformen wie die Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags vorschreibt. Zwar würde eine Anstellung mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag erfolgen (vgl. dazu E. 5.2), dies hindert das Gemeinwesen aber nicht daran, schon im Vorfeld eines öffentlich-rechtlichen Vertrags Verfügungen zu erlassen (vgl. Christine von Arx, Die einseitige Abänderbarkeit eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrages unter

Berücksichtigung des Rechtsschutzes des Privaten, Basel 2002, S. 46).

**1.2.2** Das Schreiben vom 4. November 2008 stellt fest, dass der Beschwerdeführer kein Recht habe, sich für die Passerelle 40 zu bewerben. Zu prüfen ist an dieser Stelle, ob das Handeln der Vorinstanz nicht lediglich auf einen Taterfolg gerichtet war und damit als nichtanfechtbarer Realakt zu qualifizieren ist.

Verwaltungsrechtsakte bezwecken eine unmittelbare Veränderung der Rechtslage, Verwaltungsrealakte dagegen eine unmittelbare Veränderung der Faktenlage. Anders als der Rechtsakt will der Realakt keine Rechte und Pflichten begründen. Massgebliches Kriterium zur Unterscheidung von Rechtsakt und Realakt ist somit die Frage, ob das Verwaltungshandeln auf einen Rechtserfolg oder auf einen Taterfolg ausgerichtet war (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 38 Rz. 1 f.). Indem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer schon das Recht abspricht, sich im Rahmen der Passerelle 40 zu bewerben, greift sie in seine Rechte ein. Das Schreiben vom 4. November 2008 enthält also nicht nur eine blosse Auskunft an den Beschwerdeführer, sondern verschlechtert seine Rechtsposition unmittelbar. Auch wenn der Beschwerdeführer unbestrittenermassen keinen Anspruch auf Anstellung hat (vgl. dazu BGE 118 Ib 289), hat er doch einen Anspruch darauf, sich zu bewerben, wenn er die Anstellungsvoraussetzungen erfüllt (dazu mehr unter E. 6.1). Die Frage, ob der Beschwerdeführer auch tatsächlich die Anstellungsvoraussetzungen erfüllt, bildet Gegenstand der materiellen Prüfung (vgl. E. 6.3 f.). Das fragliche Schreiben ist somit auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs für einen bestimmten Lebenssachverhalt im Verhältnis zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer gerichtet und wirkt demnach individuell-konkret.

**1.2.3** Die Vorinstanz ist bei ihrer Feststellung nicht auf das Einverständnis des Beschwerdeführers angewiesen, womit das Element der Einseitigkeit gegeben ist.

**1.2.4** An die Feststellung sind die Vorinstanz wie auch der Beschwerdeführer gebunden, sie ist mithin verbindlich.

**1.2.5** Schliesslich stützt sich die Passerelle 40 auf Art. 13 Abs. 5 VBPV-EDA, wonach die Departementsvorsteherin zur Gewinnung hervorragender Arbeitskräfte für den diplomatischen Dienst von gewissen Bestimmungen der VBPV-EDA abweichen kann. Die in der Intranet-

Mitteilung aufgeführten Voraussetzungen präzisieren Art. 13 Abs. 5 VBPV-EDA und sollen die ausserordentliche Aufnahme in den diplomatischen Dienst transparenter machen. So gibt die Departementsvorsteherin bekannt, dass sie generell nicht gewillt ist, von Art. 16 Abs. 3 VBPV-EDA abzuweichen, welcher bestimmt, dass der Zulassungswettbewerb nicht wiederholt werden kann. Die Feststellung der Departementsvorsteherin, der Beschwerdeführer erfülle eine Voraussetzung der Passerelle 40 nicht, da er schon einmal erfolglos am Zulassungswettbewerb teilgenommen habe, stützt sich somit auf öffentliches Recht des Bundes.

**1.2.6** Damit erfüllt das Schreiben der Departementsvorsteherin vom 4. November 2008 alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG. Ein gültiges Anfechtungsobjekt liegt somit vor.

**2.**
Art. 35 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1), wonach Verfügungen des Arbeitgebers der Beschwerde an die interne Beschwerdeinstanz unterliegen, findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da sich der Beschwerdeführer erst um eine Stelle bei der Vorinstanz bewerben will und diese somit nicht als Arbeitgeberin des Beschwerdeführers verfügt hat. Es ist also keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben. Da das EDA zudem eine Vorinstanz nach Art. 33 Bst. d VGG ist, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**3.**
Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 4. November 2008 mitgeteilt, dass er die Voraussetzungen der Passerelle 40 nicht erfülle und sich nicht bewerben könne. Feststeht, dass der Beschwerdeführer zumindest ein schutzwürdiges Interesse an rechtsgleicher und willkürfreier Behandlung im Rahmen der Bewerbung hat. Irrelevant ist dabei, dass er keinen Anspruch auf Aufnahme in den diplomatischen Dienst bzw. auf Anstellung hat (dies bestreitet der Beschwerdeführer denn auch nicht). Im vorliegenden Fall geht es einzig um die Frage, ob die Vorinstanz den

Beschwerdeführer zu Recht nicht zur Bewerbung zugelassen hat. Der Beschwerdeführer ist somit durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert.

**4.**
Die Verfügung wurde am 4. November 2008 erlassen. Der Beschwerdeführer erhob mit Schreiben vom 14. November 2008 Beschwerde bei der Vorinstanz. Diese hat die Beschwerde zuständigkeitshalber an das Bundesverwaltungsgericht weitergeleitet. Dem Beschwerdeführer erwächst durch die Vorgehensweise der Vorinstanz kein Nachteil, da das als Beschwerde direkt beim Bundesverwaltungsgericht eingereichte Dokument vom 4. Januar 2009 als Ergänzung zur Beschwerde mitberücksichtigt wird. Auf die Beschwerde ist demnach grundsätzlich einzutreten.

Zu beachten ist aber, dass Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nur sein kann, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (André Moser/ Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 25, Rz. 2.7). Der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass er die Zulassungsbedingungen für die Passerelle 40 erfülle. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung aber nur festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzung des fehlenden erfolglosen Versuchs des diplomatischen Zulassungswettbewerbs nicht erfülle. Nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war dagegen die Frage, ob der Beschwerdeführer die anderen Voraussetzungen allenfalls erfüllt. Insofern der Beschwerdeführer also die Feststellung der Erfüllung der übrigen Voraussetzungen verlangt, kann nicht auf die Beschwerde eingetreten werden.

**5.**
**5.1** Vom Geltungsbereich des VwVG ausgenommen sind Verfahren, die nicht durch Verfügung zu erledigen sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG e contrario). Sodann findet das VwVG keine Anwendung auf das erstinstanzliche Verfahren der erstmaligen Begründung des Dienstverhältnisses von Bundespersonal (Art. 3 Bst. b VwVG). Seit dem Übergang vom Beamten- zum Bundespersonalgesetz (BPG) am 1. Januar 2002 erfolgt die Anstellung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag, also durch konsensualen und nicht mehr durch hoheitlichen Akt, womit solche Verfahren dem Geltungsbereich des VwVG von vornherein entzogen sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Eine Anstellung durch Verfügung erfolgt nur

noch bei den wenigen Bediensteten, die auf Amtsdauer gewählt werden. Nur insofern behält Art. 3 Bst. b VwVG noch eine gewisse Bedeutung (PIERRE TSCHANNEN, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 3, N. 3).

**5.2** Die Angestellten der Karrieredienste werden nicht auf Amtsdauer gewählt, sondern durch verwaltungsrechtlichen Vertrag angestellt (vgl. Art. 8 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 25 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3] i.V.m. Art. 19 f. VBPV-EDA sowie Art. 9 Abs. 4 und 5 BPG i.V.m. der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die auf Amtsdauer gewählten Angestellten [Amtsdauerverordnung], SR 172.220.111.6). Im Stadium der Anstellung wird damit nicht verfügt, weshalb das VwVG von vornherein nicht anwendbar ist (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um die Anstellung des Beschwerdeführers an sich, sondern um die Anstellungsvoraussetzungen und die Frage ob sich der Beschwerdeführer im Rahmen der Passerelle 40 bewerben darf.

Das Verfahren auf Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags spielt sich zwar weitgehend formfrei ab und das VwVG ist auch hier nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Immerhin kann sich das Gemeinwesen aber nicht von den verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Fairness entbinden (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 34 Rz. 2). Auch Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) bestimmt, dass, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden ist (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2008, nachfolgend: Kommentar BV, Art. 35, Rz. 21 ff.). Demnach hat die Vorinstanz in der Phase der Stellenausschreibung bzw. Bewerbung die Grundrechte zu beachten und bewegt sich nicht einfach in einem nicht überprüfbaren rechtsfreien Raum.

Die Literatur führt zudem zum (hier zwar nicht anwendbaren) Art. 3 Bst. b VwVG aus, dass dieser nur insoweit von Bedeutung ist, als die über die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien hinausgehenden Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren keine Anwendung finden (ANDREAS KEISER, Justiziabilität personalrechtlicher Entscheide, in: Helbling/Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 518). Art. 3 Bst. b VwVG bezweckt mit anderen Worten nicht den Ausschluss grundrechtlicher Verfahrensbindungen an sich.

Die Bestimmung hat nur zum Ziel, die Anwendung unpassender Vorschriften (wie zum Beispiel das Recht, sich vertreten zu lassen) auf das Verfahren der Stellenbesetzung zu vermeiden (STEFAN MÜLLER, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diessenhofen 1981, S. 97).

Zwar bezieht sich die oben zitierte Literatur auf das alte Beamtengesetz, als die Anstellung noch mittels Verfügung erfolgte und sich die Nichtanwendbarkeit des VwVG nicht aus Art. 1 Abs. 1 VwVG, sondern aus Art. 3 Bst. b VwVG ergab. Sie belegt jedoch, dass aus der Nichtanwendbarkeit des VwVG in gewissen personalrechtlichen Entscheiden nicht abgeleitet werden kann, dass die grundrechtlichen Verfahrensgarantien nicht einzuhalten wären.

**6.**
Gemäss Intranet-Mitteilung vom 3. April 2008 ist Voraussetzung zur Bewerbung für die Passerelle 40, dass die Bewerberin oder der Bewerber keinen erfolglosen Versuch des diplomatischen Zulassungswettbewerbs absolviert hat. Zu prüfen wird im Folgenden sein, ob diese Voraussetzung sachgerecht ist, ob der Beschwerdeführer sie erfüllt und ob er durch die Anwendung dieser Voraussetzung in seinen Grundrechten verletzt wird.

**6.1** Nach den Grundsätzen des Rechtsgleichheitsgebots und des Willkürverbots muss die Bewerbung zu einer öffentlichen Stelle allen offenstehen, welche die entsprechenden Anforderungen erfüllen, und hat die Auswahl unter den Bewerbern nach objektiven, sachbezogenen Kriterien zu erfolgen (KEISER, a.a.O., S. 517 und TOBIAS JAAG, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBL] 1994, S. 446). Wer gewisse, in der Ausschreibung festgehaltene Minimalerfordernisse erfüllt oder auch nur zu erfüllen glaubt, muss sich um die Stelle bewerben können. Gemäss MÜLLER folgt aus Art. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV) letztlich nur die Pflicht, die Eingrenzung des Bewerberkreises ausschliesslich mittels objektiver Kriterien vorzunehmen. Unter dem Aspekt, nur objektive Auswahlkriterien zu verwenden, ist Gleichbehandlung im Bewerbungsstadium positiv gefordert und auch möglich. So ginge es beispielsweise nicht an, einen bestimmten Interessenten gar nicht zur Bewerbung zuzulassen, seine Bewerbungsunterlagen nicht entgegenzunehmen oder ungeprüft aus-

zuscheiden. Eine Verpflichtung der Behörde, jede Bewerbung zumindest zur Kenntnis zu nehmen, ergibt sich also aus dem Rechtsgleichheitsgebot (MÜLLER, a.a.O., S. 26 f., S. 33, S. 109). Dies gilt auch gestützt auf Art. 8 BV.

**6.2** Gemäss Art. 16 Abs. 3 VBPV-EDA kann der Zulassungswettbewerb nicht wiederholt werden. Die Ausnahmebestimmung des Art. 13 Abs. 5 VBPV-EDA erlaubt es der Departementsvorsteherin aber im Einzelfall von Art. 16 Abs. 3 VBPV-EDA abzuweichen. Nun hat die Departementsvorsteherin in ihrer Intranet-Mitteilung vom 3. April 2008 mitgeteilt, dass sie generell nicht vom Erfordernis des fehlenden erfolglosen Versuchs des Zulassungswettbewerbs abweichen wolle und sie dieses Kriterium als Anstellungsvoraussetzung betrachtet. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, da es im Ermessen der Departementsvorsteherin liegt, ob sie von Art. 16 Abs. 3 VBPV-EDA abweichen will oder nicht (Art. 13 Abs. 5 VBPV-EDA). Zudem stützt sich ihr Entscheid auf sachliche Gründe. Die Passerelle 40 soll nämlich keine vereinfachte Form des Zulassungswettbewerbs darstellen. Damit soll gerade keine Konkurrenz zum ordentlichen Zulassungswettbewerb geschaffen werden. Die Passerelle 40 will der Vorinstanz dagegen ermöglichen, langjährige Mitarbeiter, welche sich infolge Alters nicht mehr für den ordentlichen Zulassungswettbewerb bewerben können, unter vergleichbaren Bedingungen in den diplomatischen Dienst aufzunehmen, wenn Personalbedarf besteht. Zielpersonen der Passerelle 40 sind deshalb Personen, die noch nie am ordentlichen Zulassungswettbewerb teilgenommen haben und dies aufgrund ihres Alters auch nicht mehr tun können. Nicht zu den möglichen Bewerberinnen und Bewerber sollen gescheiterte Concours-Kandidaten gehören – diese sollen gerade keine zweite "vereinfachte" Chance erhalten. Der Ausschluss von Mehrfachversuchen ist also in der VBPV-EDA vorgesehen und stellt auch ein objektives Anstellungskriterium dar. Dies bestreitet der Beschwerdeführer denn auch nicht. Hingegen ist der Beschwerdeführer der Ansicht, dass die Anwendung dieser Voraussetzung auf seinen Fall nicht sachgerecht sei und seine Grundrechte verletze.

**6.3** Beim Zulassungswettbewerb handelt es sich um eine spezielle Art der Bewerbung um eine Stelle. Eine Bewerbung ist immer nur dann als erfolgreich zu betrachten, wenn der Bewerber in der Folge vom Arbeitgeber angestellt wird, mit andern Worten, wenn es zum Abschluss eines (schriftlichen) Arbeitsvertrages kommt. Beim Zulassungswettbe-

werb sind demgegenüber zwei verschiedene Anstellungen bzw. Arbeitsverträge zu unterscheiden. In einer ersten Phase entscheidet die Departementsvorsteherin über die Zulassung zur Ausbildung (Art. 16 der Weisung, vgl. E. 1.1). Wer zur Ausbildung zugelassen wird, wird für ein Jahr befristet angestellt (Art. 19 VBPV-EDA i.V.m. Art. 23 der Weisung). Erst nach Absolvierung des einjährigen Praktikums erfolgt der endgültige Entscheid über die Zulassung als diplomatische Mitarbeiterin oder als diplomatischer Mitarbeiter und damit über die unbefristete Anstellung (Art. 20 VBPV-EDA i.V.m. Art. 27 der Weisung).

**6.3.1** Der Ansicht des Beschwerdeführers, sein Versuch anlässlich des diplomatischen Zulassungswettbewerbs 1995/96 sei als erfolgreich zu betrachten, da er von der Zulassungskommission dem Departementsvorsteher vorgeschlagen worden sei, kann nicht gefolgt werden. Zu einem erfolgreichen Versuch des diplomatischen Zulassungswettbewerbs bzw. zu einer erfolgreichen Bewerbung gehört nicht nur die Empfehlung der Zulassungskommission an den Departementsvorsteher, sondern auch der Abschluss eines Arbeitsvertrages.

Gemäss Art. 16 Abs. 1 VBPV-EDA besteht der Zulassungswettbewerb aus einer Eintrittsprüfung, einer internen Ausbildung und einer Schlussprüfung. Den Zulassungswettbewerb in diesem weiteren Sinn hat demnach nur erfolgreich absolviert, wer nach der einjährigen Ausbildung als diplomatischer Mitarbeiter oder diplomatische Mitarbeiterin unbefristet angestellt wird. Die Weisung unterscheidet demgegenüber im 2. und 3. Kapitel zwischen dem Zulassungswettbewerb und der Ausbildung. Versteht man den Zulassungswettbewerb in diesem engeren Sinne, beinhaltet die erfolgreiche Absolvierung die Zulassung zur Ausbildung und die befristete Anstellung. An dieser Stelle kann offen bleiben, ob die Vorinstanz in ihrer Intranet-Mitteilung vom 3. April 2008 vom Zulassungswettbewerb im engeren oder im weiteren Sinn ausgegangen ist. Der Beschwerdeführer wurde beim Zulassungswettbewerb 1995/96 jedenfalls nicht zur Ausbildung zugelassen und erhielt somit schon gar keinen befristeten Arbeitsvertrag. Eine erfolgreiche Bewerbung würde aber zumindest den Abschluss eines solchen Vertrages erfordern. Somit steht fest, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzung "Kein erfolgloser Versuch des diplomatischen Zulassungswettbewerbs" nicht erfüllt.

Klarzustellen ist noch einmal Folgendes: Selbst wenn der Beschwerdeführer alle Voraussetzungen gemäss Intranet-Mitteilung vom 3. April

2008 erfüllen würde, würde ihm dies nur das Recht verleihen, der Vorinstanz seine Bewerbung einzureichen. Diese wäre lediglich verpflichtet, seine Bewerbung entgegen und zur Kenntnis zu nehmen (MÜLLER, a.a.O., S. 33 und S. 109).

**7.**
Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der fraglichen Anstellungsvoraussetzung das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt hat.

**7.1** Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Gemäss Bundesgericht ist ein Entscheid nicht schon dann willkürlich, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 131 I 467 E. 3.1 und CHRISTOPH ROHNER, Kommentar BV, a.a.O., Art. 9, Rz. 4 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).

**7.2** Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der umstrittenen Anstellungsvoraussetzung, wonach kein erfolgloser Versuch des Zulassungswettbewerbs stattgefunden haben darf, um eine sachgerechte Anforderung, die der Beschwerdeführer auch tatsächlich nicht erfüllt. Ein grob unrichtiges und damit willkürliches Handeln der Vorinstanz ist deshalb klarerweise zu verneinen.

**8.**
Des Weiteren sieht der Beschwerdeführer das Gebot der Gleichbehandlung verletzt (Art. 8 Abs. 1 BV).

**8.1** Das Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln ist. Eine gleiche Behandlung der Personen wird nur bei Verhältnissen verlangt, die im Wesentlichen gleich oder ähnlich sind. Die Ungleich- bzw. Gleichbehandlung muss sich dabei auf wesentliche Tatsachen beziehen (Art. 8 Abs. 1 BV und SCHWEIZER, Kommentar BV, a.a.O., Art. 8 Rz. 20).

**8.2** Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob im Wesentlichen eine gleiche Situation zwischen dem Beschwerdeführer, der im Rahmen des diplomatischen Zulassungswettbewerbs 1995/96 von der Zulas-

sungskommission dem Departementsvorsteher vorgeschlagen wurde, dann von diesem aber nicht angestellt wurde, mit den Personen der nicht versetzbaren Diensten besteht, die über 40 Jahre alt sind und noch nie am Zulassungswettbewerb teilgenommen haben. Dies muss verneint werden. Wie unter E. 6.3.1 ausgeführt, hat der Beschwerdeführer den diplomatischen Zulassungswettbewerb 1995/96 nicht erfolgreich absolviert. Seine Situation unterscheidet sich demnach wesentlich von denjenigen Personen, die noch nie am diplomatischen Zulassungswettbewerb teilgenommen haben. Da sich der Beschwerdeführer also schon gar nicht in einer vergleichbaren Situation mit Personen befindet, die den diplomatischen Zulassungswettbewerb nie absolviert haben, besteht auch kein Anspruch auf Gleichbehandlung. Die Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes erweist sich somit als unbegründet.

**9.**
Schliesslich ist zu prüfen, ob die Vorinstanz das Diskriminierungsverbot verletzt hat (Art. 8 Abs. 2 BV).

**9.1** Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (Art. 8 Abs. 2 BV). Bei der direkten Diskriminierung handelt es sich um eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen, welche eine Benachteiligung eines Menschen zum Ziel oder zur Folge hat, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen, nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht und damit insofern auch die Würde des einzelnen Menschen betrifft (SCHWEIZER, Kommentar BV, a.a.O., Art. 8 Rz. 46).

**9.2** Die Nichtzulassung des Beschwerdeführers knüpft an der Tatsache des nicht erfolgreichen Bestehens des diplomatischen Zulassungswettbewerbs an und nicht etwa an einem Identitätsmerkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV. Somit ist auch das Diskriminierungsverbot nicht verletzt.

**10.**
Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Anstellungsvoraussetzung des fehlenden erfolglosen Versuchs des diplomatischen Zulassungswettbewerbs nicht zu beanstanden ist, die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer erfülle diese Voraussetzung nicht, korrekt ist und die Vorinstanz auch nicht die Verfahrensgarantien des Beschwerdeführers verletzt hat. Der Beschwerdeführer hat demnach keinen Anspruch, sich im Rahmen der Passerelle 40 zu bewerben. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

**11.**
Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als unterliegend, weshalb ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 1000.- festzusetzen und mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen. Eine Parteientschädigung ist nicht zu entrichten (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**
Die Verfahrenskosten von Fr. 1000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1000.- verrechnet.

**3.**
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. A.122.17-1 / 8-00759 ABY; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli Jana Mäder

## Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: