

# **BVGer B-1680/2022 vom 28. April 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1680\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1680_2022)

FR: TAF B-1680/2022 du 28 avril 2022

IT: TAF B-1680/2022 del 28 aprile 2022

## **Regeste**

Eidgenössische Technische Hochschule (Ohne Personal)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Als solche gelten auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen (Art. 5 Abs. 2 VwVG; vgl. Urteil des BVGer A-5242/2018 vom 9. März 2020 E. 1.1). Die ETH-Beschwerdekommision gehört zu den eidgenössischen Kommissionen nach Art. 33 Bst. f VGG (Art. 37 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH-Gesetz, SR 441.110]; vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.44; Urteil des BVGer C-5428/2021 vom 15. Februar 2022 E. 1) und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat als erste Instanz verfügt und ist daher nach Art. 37 Abs. 2 ETH-Gesetz in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 VwVG beschwerdeberechtigt. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) wäre demnach grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.3**

Vorliegend ficht die Beschwerdeführerin eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG über vorsorgliche Massnahmen im vor der Vorinstanz hängigen Hauptverfahren an. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist eine solche Verfügung nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Dieser Nachteil muss nicht rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein; die Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Hauptverfahrens zu verhindern, sondern die vorsorgliche Massnahme selbst Kosten verursacht (vgl. Kayser/Papadopoulos/Altmann, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. Zürich und St. Gallen 2019, N. 23 und 26 zu Art. 46). Bewirkt eine Zwischenverfügung dagegen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, so kann sie erst mit Beschwerde gegen die

Endverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG).

### **E. 1.3.1**

In ihrer Beschwerde äussert sich die Beschwerdeführerin zur Frist, zur Zuständigkeit und zu ihrer grundsätzlichen Beschwerdelegitimation. Sie äussert sich hingegen nicht dazu, ob ihr ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht. Sie scheint jedoch in ihrer materiellen Begründung von einem Nachteil auszugehen, wenn sie vorbringt, die angeordnete vorsorgliche Massnahme sei unverhältnismässig. In diesem Sinne ist der Nachteil als doppelrelevante Tatsache zu sehen und es ist auch die materielle Begründung beizuziehen. Auch dies hilft der Beschwerdeführerin allerdings nicht, denn die diesbezüglichen Behauptungen müssen als unsubstantiiert bezeichnet werden. In ihrer gesamten, knappen Eingabe bringt die Beschwerdeführerin nichts vor, was als Nachteil für sie gelten könnte, mit möglicher Ausnahme des Satzes "Die [...] Teilnahme am Eignungstest von Studierenden, [...] bei denen noch nicht abschliessend geklärt ist, ob sämtliche Zulassungsbedingungen erfüllt sind, ist nicht vorgesehen und würde der Aufgabe des Eignungstests, nämlich die Zahl der qualifizierten Studienanwärter auf die Anzahl der vorhandenen Studienplätze zu reduzieren, widersprechen."; auch hier ist allerdings nicht eigentlich ein über das Missfallen an der vorinstanzlichen Anordnung hinausgehender Nachteil substantiiert dargetan. Zwar ist erkennbar, dass es der Beschwerdeführerin um die Planungssicherheit hinsichtlich der zu verteilenden Studienplätze geht. Ihre Ausführungen lassen aber nicht erkennen, inwiefern und wo diese konkret gefährdet ist, wenn der Beschwerdegegner provisorisch an der Eignungsprüfung teilnimmt.

### **E. 1.3.2**

Die Beschwerdeführerin hat den behaupteten Nachteil zu substantiieren, ausser dieser liege offensichtlich und unzweifelhaft vor (vgl. Urteil des BVGer B-1635/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 1.4, mit weiteren Hinweisen). Nach dem Gesagten bringt die Beschwerdeführerin nichts dergleichen vor, obwohl von ihr als Bundesbehörde erwartet werden könnte, eine Verfügung sachgerecht bzw. substantiiert anzufechten. Es ist aber zu prüfen, ob ein Nachteil offensichtlich und unzweifelhaft vorliegt.

### **E. 1.3.3**

Zunächst sind administrative Aufwände für die An- und Abmeldung des Beschwerdegegners an den Eignungstest denkbar. Diese Nachteile sind allerdings von untergeordneter Bedeutung, denn es obliegt ohnehin der Beschwerdeführerin, die Studienanwärterinnen und -anwärter an den Eignungstest anzumelden. Die Vorinstanz hat ihre vorsorgliche Massnahme unter die Bedingung gestellt, dass sich der Beschwerdegegner bisher korrekt und fristgerecht angemeldet hat. Es ist kein Zusatzaufwand ersichtlich, der aus der zusätzlichen Anmeldung eines weiteren Kandidaten im Rahmen der übrigen Kandidaturen erfolgt. Auch die Abmeldung im Fall eines negativen Hauptentscheids fällt nicht ins Gewicht, scheint doch gemäss Merkblatt "Test-Info Eignungstest für das Medizinstudium in der Schweiz (EMS) Version 2022", S. 5, von swissuniversities eine Abmeldung vom Eignungstest bis zu zwei Wochen vor dem Testdatum ohne Weiteres möglich zu sein.

### **E. 1.3.4**

Weiter könnten Nachteile durch Korrekturaufwand entstehen. Auch diese fallen aber nicht ins Gewicht: Einerseits wird der Eignungstest nicht von der Beschwerdeführerin durchgeführt, sondern gemäss deren eigenen Ausführungen von swissuniversities.

Andererseits handelt es sich beim Eignungstest um eine Prüfung im Antwort-Wahl-Verfahren (Multiple Choice), die gerichtsnotorisch zwar in der Erstellung aufwändig sind, in der Korrektur aber sehr einfach, da sie maschinell ausgewertet werden können.

### **E. 1.3.5**

Schliesslich könnte noch eingewendet werden, dass das Beispiel des Beschwerdegegners "Schule machen" könnte und sich so grosse Zahlen eigentlich nicht studienberechtigter Personen einen Zugang zum Eignungstest verschaffen könnten, indem sie Beschwerde führen. Dazu ist einerseits festzuhalten, dass potentielle Beschwerdeführende es nicht selbst in der Hand hätten, die Anmeldung herbeizuführen, sondern dass sie immerhin - wie der Beschwerdegegner - zunächst eine vorsorgliche Massnahme von der Vorinstanz erwirken müssten. Abgesehen davon, dass die Sorge um deren Arbeitslast deren Sache wäre und nicht diejenige der Beschwerdeführerin, hätte die Vorinstanz es ohne Weiteres in der Hand, diesfalls durch eine strengere Handhabung ihres Spielraums zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen oder durch eine besonders rasche Erledigung der Verfahren Gegensteuer zu geben. Andererseits ist das Missbrauchspotential gering, denn auch wenn ein Entscheid in der Hauptsache so spät erfolgt, dass der Eignungstest absolviert wird, berechtigt selbst ein bestandener Eignungstest für sich alleine noch nicht zum Studium, wenn die übrigen Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Im Übrigen könnte dieses geringe Restmissbrauchspotential noch weiter reduziert werden, indem die Vorinstanz anordnet (oder die Beschwerdeführerin beantragen) würde, bei allfälliger Teilnahme am Eignungstest vor endgültiger Abklärung der übrigen Zulassungsvoraussetzungen die Resultate des Eignungstests bis zu einem allfälligen positiven Entscheid in der Hauptsache unter Verschluss zu halten und ansonsten (also bei negativem Entscheid in der Hauptsache) zu vernichten.

### **E. 1.4**

Zusammenfassend sind keine ausreichend konkreten und nicht wieder gutzumachenden Nachteile dargetan oder offensichtlich und unzweifelhaft gegeben, die der Beschwerdeführerin aufgrund der vorsorglichen Massnahme drohen würden. Auf die Beschwerde ist also nicht einzutreten.

### **E. 2**

Im Übrigen wäre die Beschwerde auch abzuweisen, wenn darauf einzutreten wäre.

### **E. 2.1**

Nach der Praxis des Bundesgerichts setzt der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch den Endentscheid zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im

Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3). Befindet eine Behörde über vorsorgliche Massnahmen, ist sie nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (vgl. BGE 145 I 73 E. 7.2.3.2; 131 III 473 E. 2.3; 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3; neuerdings etwa die Urteile des BGer 1C\_251/2020 vom 8. November 2021 E. 5.1; 2C\_171/2020 vom 15. Juni 2020 E. 3.1; 2C\_320/2019 vom 12. Juli 2019 E. 2.1).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin verneint einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil des Beschwerdegegners (Rz. 9 f. der Beschwerde), wenn auf die vorsorgliche Massnahme verzichtet würde. Dabei verkennt sie, dass der Beschwerdegegner nur dann antragsgemäss zum Studium zugelassen werden könnte, wenn er auch den Eignungstest bestanden hätte. Dies setzt eine Teilnahme und das wiederum eine rechtzeitige Anmeldung an den Eignungstest voraus. Ohne die vorsorgliche Massnahme würde ein allfälliges Obsiegen des Beschwerdegegners die von ihm beantragte Zulassung zum Studium um ein Jahr verzögern. Diese Verzögerung des Studienbeginns wäre ein nicht wieder gutzumachender Nachteil.

## **E. 2.3**

Darüber hinaus ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass keine besondere Dringlichkeit vorliege, denn es sei fraglich, ob bis zum Beginn des Herbstsemesters 2022 ein rechtskräftiger Entscheid in der Hauptsache vorliege (Rz. 11 der Beschwerde). Sie bringt zu Recht nicht vor, dass ein Entscheid in der Hauptsache bis zu diesem Zeitpunkt ausgeschlossen wäre. Dieser Entscheid müsste im Übrigen nicht rechtskräftig, sondern bloss wirksam sein, was die Vorinstanz durch Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde herbeiführen könnte. Diesfalls besteht aber die Dringlichkeit fort, denn es müsste bis zu diesem Zeitpunkt geklärt sein, ob der Beschwerdegegner aufgrund seiner Resultate des Eignungstests einen Studienplatz erhalten könnte; dies setzt insbesondere eine rechtzeitige Anmeldung an den Test voraus, die nur durch die vorsorgliche Massnahme gewährleistet werden kann.

## **E. 2.4**

Schliesslich beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Unverhältnismässigkeit der vorinstanzlichen vorsorglichen Massnahme (Rz. 12 ff. der Beschwerde). Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin damit die vorinstanzliche Interessenabwägung kritisiert. Eine eigentliche Auseinandersetzung mit den involvierten Interessen legt die Beschwerdeführerin nicht dar, geschweige denn geht sie auf deren Abwägung ein. Nach der vorinstanzlichen Beurteilung, in die das Bundesverwaltungsgericht nicht ohne Not eingreift (vgl. zu einer ausführlichen Begründung in verwandtem Zusammenhang das Urteil des BVer B-4678/2021 vom 22. Februar 2022 E. 3.5), ist die Erfolgsprognose unklar (Ziff. 5.1). Die vorsorgliche Massnahme führt für die Beschwerdeführerin zu keinem nennenswerten konkreten Nachteil (vorstehend E. 1.3), während dem Beschwerdegegner durch den Verzicht darauf ein Nachteil drohen würde (vorstehend E. 2.2). Nachdem die Beschwerdeführerin wie gesagt auch keine allfälligen Interessen in ihrer Beschwerde darlegt und solche auch nicht ersichtlich sind, geht die Interessenabwägung zugunsten des Beschwerdegegners aus.

## **E. 2.5**

Soweit die Beschwerdeführerin mit der Unverhältnismässigkeit eine über die Interessenabwägung hinausgehende Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots meint, wäre sie daran zu erinnern, dass sie eine staatliche Behörde ist. Das Verhältnismässigkeitsgebot dient dazu, die Privaten vor übermässiger staatlicher Einwirkung zu bewahren; es geht nicht um den Schutz der Behörden vor der mit der Erfüllung ihrer Dienstpflicht einhergehenden Arbeit.

### **E. 2.6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorinstanzlich angeordnete vorsorgliche Massnahme nicht zu beanstanden wäre, wenn auf die Beschwerde eingetreten werden könnte. Insofern wäre nicht ersichtlich, dass sich die Vorinstanz einen unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt oder eine anderweitige Bundesrechtsverletzung vorwerfen lassen müsste.

### **E. 3**

Die unterliegende Beschwerdeführerin ist eine Bundesbehörde, von der keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 63 Abs. 2 VwVG) und der keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Beschwerdegegner hat sich am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt, weshalb ihm keine Entschädigung zuzusprechen ist (Art. 7 Abs. 1 VGKE; vgl. Urteil des BVGer C-5458/2013 vom 24. September 2015 E. 8.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.