



Urteil vom 14. Juni 2011

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Ronald Flury,
Gerichtsschreiberin Sibylle Wenger Berger.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Fürsprecher Urs Wendling,
Wendling & Howald, Bahnhofplatz/Bahnhofstrasse 2,
2501 Biel BE,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT,
Effingerstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Bureau de la Formation AMS, Watch Sales Academy,
Rue de l'Hôtel-de-Ville 3, 2400 Le Locle,
vertreten durch Rechtsanwalt Dominique Brandt,
avocats & conseils, 2bis, rue du Centre, Case postale 192,
1025 St-Sulpice VD,
Erstinstanz.

Gegenstand

Berufsprüfung Berater(in) im Uhrenverkauf,
Nichteintretensentscheid mangels zulässigem
Anfechtungsobjekt.

Sachverhalt:**A.**

A._____ (Beschwerdeführerin) legte am 17. und 18. Oktober 2006 die Prüfung zum Erwerb des Eidgenössischen Fachausweises als Berater(in) für Uhrenprodukte ab. Am 9. November 2006 teilte der verantwortliche Ausbildungsleiter der *association des fournisseurs d'horlogerie, marché suisse* (AMS) der Beschwerdeführerin mit, dass sie die Prüfung "(l)aut Reglement und Prüfungsrichtlinien" nicht bestanden habe. Zu dieser Zeit bestand das vom Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT (Vorinstanz) nicht genehmigte "Reglement für den Erwerb des eidgenössischen Fachausweises Berater(in) im Uhrenverkauf" vom 21. November 2005 (nachfolgend: Reglement 2005).

Am 2. Juni 2008 entschied die Prüfungskommission des *bureau de la formation AMS* (Erstinstanz) auf Abweisung der dagegen erhobene Beschwerde vom 2. Dezember 2006. Das Neuenburger Erziehungs-, Kultur- und Sportdepartement (Departement), an welches die Beschwerdeführerin gemäss der Rechtsmittelbelehrung am 4. Juli 2008 gelangte, wies die entsprechende Beschwerde am 23. Juli 2009 ebenfalls ab. Diesen Entscheid zog die Beschwerdeführerin an das Neuenburger Verwaltungsgericht weiter, welches die Beschwerde am 22. Dezember 2009 guthiess und an Stelle des kantonalen Departements die Vorinstanz für zuständig erklärte. Demzufolge leitete das kantonale Departement die Beschwerdesache an die Vorinstanz weiter.

Die Vorinstanz trat mit Verfügung vom 16. November 2010 mangels zulässigem Anfechtungsobjekt auf die Beschwerde nicht ein. Sie ist der Ansicht, die Prüfungskommission stütze ihren Entscheid nicht auf Bundesrecht, sondern auf ein verbandsinternes Reglement, womit keine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) vorliege. Daran ändere nichts, dass die genehmigte "Prüfungsordnung über die Berufsprüfung für Kundenberaterin oder -berater im Uhrenverkauf vom 1. Oktober 2007" (nachfolgend: Prüfungsordnung 2007) übergangsrechtlich die Möglichkeit vorsehe, den erfolgreichen Absolventinnen und Absolventen der verbandsinternen Prüfung 2006 auf Antrag den Fachausweis abzugeben.

B.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 17. Dezember

2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Nichteintretensentscheid des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) mit Verfügung vom 16. November 2010 sei aufzuheben.
2. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, auf die Beschwerde vom 4. Juli 2008 materiell einzutreten.

- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. -

Sie macht geltend, dass die Vorinstanz bei der Rechtsanwendung der massgeblichen Normen willkürlich und rechtsungleich vorgegangen sei, und sie wirft ihr eine materielle Rechtsverweigerung vor. Die Begründung der angefochtenen Verfügung widerspreche der Auslegung von Ziff. 10.11 der Prüfungsordnung 2007, die eine nachträgliche Genehmigung des Reglements 2005 ergebe. Eine Differenzierung zwischen erfolgreichen und erfolglosen Prüfungsabsolventen nach dem Reglement 2005 lasse sich durch sachliche Gründe nicht rechtfertigen. Die Vorinstanz habe die Ausbildungsgänge in Anwendung des Reglements zwischen 2005 und 2007 zudem stillschweigend akzeptiert und genehmigt und handle nun rechtsmissbräuchlich. Die Rechtssicherheit würde durch die nachträgliche Genehmigung des Reglements 2005 schliesslich nicht beeinträchtigt.

C.

Mit ihrer Vernehmlassung vom 10. März 2011 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Zur Begründung bringt sie vor, die Voraussetzungen für eine rückwirkende Genehmigung des Reglements 2005 seien nicht gegeben, wofür auch die Übergangsbestimmung von Art. 73 (recte: 75) Abs. 1 der Verordnung über die Berufsbildung vom 19. November 2003 (Berufsbildungsverordnung, BBV, SR 412.101) spräche. Ziff. 10.1 der Prüfungsordnung 2007, aus der einzig hervorgehe, dass erfolgreiche Absolventinnen und Absolventen einer (früheren) Verbandsprüfung den eidgenössischen Fachausweis erlangen könnten, sei restriktiv auszulegen. Die Frist für den Antrag auf einen entsprechenden Fachausweis sei ausserdem bereits abgelaufen. Eine rückwirkende Genehmigung führe sodann zum Vorliegen von zwei geltenden Prüfungsordnungen, was der Rechtssicherheit und -klarheit abträglich wäre. Die Vorinstanz merkt an, dass sich die Prüfungskommission selbst nicht an die reglementarischen Bestimmungen, die die Vorinstanz als

Rechtsmittelbehörde nennen, gehalten habe, sondern ein Einspracheverfahren mit anschliessendem Beschwerdeverfahren an das kantonale Erziehungsdepartement vorgesehen habe. Mit dem Bestehen der Verbandsprüfung liege ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Prüfungskandidaten vor.

D.

Auf Nachfrage des Bundesverwaltungsgerichts teilte die Vorinstanz am 11. Mai 2011 mit, dass ihr vor der Prüfungsordnung 2007 nie ein Regelwerk über die Prüfung für Kundenberaterinnen oder -berater im Uhrenverkauf zur Genehmigung vorgelegt wurde.

Die Erstinstanz ihrerseits bestätigte mit Schreiben vom 1. Juni 2011, dass zum Zeitpunkt der Prüfungen vom 17. und 18. Oktober 2006 das dem Gericht vorliegende Reglement 2005 in Kraft gewesen war.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und durch die eine verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 135 II 44 f. E. 4.3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 854). Die Beschwerde ist gemäss Art. 33 Bst. d VGG zulässig gegen Verfügungen der den Departementen unterstellten Dienststellen der Bundesverwaltung.

Im vorliegenden Fall ist ein gestützt auf das Berufsbildungsgesetz vom 13. Dezember 2002 (BBG, SR 412.0) getroffener Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 16. November 2010 mit Beschwerde angefochten. Der angefochtene Beschwerdeentscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG und das BBT ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie hat zudem ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

1.3. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist oder nicht. Dabei ist zu klären, ob der Entscheid der Prüfungskommission vom 2. Juni 2008 im Vorverfahren ein zulässiges Anfechtungsobjekt bildete oder nicht.

2.

2.1. Gemäss Berufsbildungsgesetz kann die höhere Berufsbildung durch eine eidgenössische Berufsprüfung, eine eidgenössische höhere Fachprüfung oder durch eine eidgenössisch anerkannte Bildung an einer höheren Fachschule erworben werden (Art. 27 Bst. a und b BBG). Die eidgenössischen Berufsprüfungen und die höheren Fachprüfungen setzen eine einschlägige berufliche Praxis und einschlägiges Fachwissen voraus (Art. 28 Abs. 1 BBG). Die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt (nach Art. 1 Abs. 1 BBG) regeln die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel. Sie berücksichtigen dabei anschliessende Bildungsgänge. Die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch das Bundesamt (Art. 28 Abs. 2 BBG).

Wie auch die Prüfungsordnung 2007 wurde das Reglement 2005 gestützt auf Art. 28 Abs. 2 BBG von der Association des fournisseurs d'horlogerie, marché suisse (AMS) und dem Verband Schweizerischer Goldschmiede und Uhrenfachgeschäfte (VSGU) erlassen. Beide Verbände verstehen sich als Organisationen der Arbeitswelt im Sinne von Art. 1 Abs. 1 BBG (Art. 1 Abs. 2 BBV).

2.2. Die von der zuständigen Organisation der Arbeitswelt erlassenen Normen beruhen nicht auf einer formellen gesetzlichen Delegation öffentlich-rechtlicher Rechtssetzungskompetenzen. Mit der Genehmigung des Bundesamtes werden sie im Beschwerdeverfahren dem öffentlichen

Recht des Bundes aber gleichgestellt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht [BVGer] B-7895/2007 vom 23. Oktober 2009, E. 2).

Das Reglement 2005 setzt für sein Inkrafttreten die Genehmigung durch die Vorinstanz ausdrücklich voraus (Ziff. 10.1 des Reglements 2005). Es wurde der Vorinstanz jedoch nie zur Genehmigung vorgelegt, womit es formell gar nicht in Kraft getreten ist. Erst die Prüfungsordnung 2007 wurde mit Datum vom 1. Oktober 2007 von der Vorinstanz genehmigt. Die Beschwerdeführerin absolvierte die Prüfungen aber noch vor diesem Datum.

3.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, mit der Übergangsbestimmung in Ziff. 10.11 der Prüfungsordnung 2007 liege eine nachträgliche Genehmigung des Reglements 2005 vor. Damit stütze sich die Verfügung der Prüfungskommission auf öffentliches Recht des Bundes und die Vorinstanz sei zu Unrecht auf eine dagegen gerichtete Beschwerde nicht eingetreten.

Dies wird von der Vorinstanz bestritten. Sie wendet ein, die Voraussetzungen für eine Rückwirkung lägen nicht vor; eine solche sei weder ausdrücklich angeordnet noch klar gewollt. Die Vorinstanz bezieht dies auf die Frage einer "rückwirkenden" Genehmigung und scheint damit die nachträgliche Genehmigung des Reglements 2005 durch die Genehmigung der Prüfungsordnung 2007 zu meinen.

Die Prüfung der Voraussetzungen einer Rückwirkung würde sich jedoch nicht auf die Frage der Genehmigung beziehen, sondern beträfe die Frage, ob die neue Prüfungsordnung rückwirkend auf einen abgeschlossenen Sachverhalt anzuwenden ist. Die echte Rückwirkung eines Erlasses setzt voraus, dass sie ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, sie muss zeitlich mässig und durch triftige Gründe gerechtfertigt sein, sie darf keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken und keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte darstellen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 331). Diese Voraussetzungen sind vorliegend mit der Prüfungsordnung 2007 nicht erfüllt. Allerdings wäre die Rückwirkung eines begünstigenden Erlasses ausserdem zulässig, weil die Bedenken bei der Rückwirkung entfallen, wenn diese dem Privaten nur Vorteile bringt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 334).

Im Folgenden geht es darum, die Tragweite der Übergangsbestimmung von Ziff. 10.11 der Prüfungsordnung 2007 zu bestimmen. Übergangsrechtliche Fragen, die von der Prüfungsordnung 2007 nicht ausdrücklich beantwortet werden, sind durch Auslegung oder richterliche Lückenfüllung zu klären.

3.1. Gemäss Ziff. 10.11 der Prüfungsordnung 2007 wird der Fachausweis auch jenen Absolventinnen und Absolventen der Prüfung Kundenberaterinnen oder -berater im Uhrenverkauf abgegeben, die in den Jahren 2006 und 2007 (bis zum Inkrafttreten der Prüfungsordnung) ein Zertifikat mit einer Bestätigung über die erfolgreich absolvierte Abschlussprüfung erhalten haben. Ein entsprechendes Gesuch ist innerhalb von drei Monaten seit Inkrafttreten der Prüfungsordnung zu stellen (Ziff. 10.12 der Prüfungsordnung 2007).

Die genannte (von der Vorinstanz genehmigte) Regelung widerspricht der Aussage der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, es sei ein fundamentaler Grundsatz bei den Berufs- und höheren Fachprüfungen, dass Noten sowie Prüfungsversuche aus anderen Prüfungen nicht übernommen würden.

Aus dieser Regelung lässt sich ferner schliessen, dass die in den zwei Jahren vor Inkrafttreten der Prüfungsordnung 2007 abgelegten Prüfungen als gleichwertig mit den unter dieser abgelegten Prüfungen angesehen werden. Eine Gleichsetzung der Prüfungen wird auch durch einen Vergleich der Prüfungsordnung mit dem Reglement 2005 bestätigt. Beide Regelwerke verfolgen den gleichen Zweck, nämlich zu belegen, ob die Bewerberin oder der Bewerber die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten erlangt hat, um die Verantwortung einer Kundenberaterin oder eines Kundenberaters im Uhrenverkauf zu tragen. Wie die Beschwerdeführerin richtig erkennt, sind die beiden Normenwerke fast identisch aufgebaut und stimmen im Wesentlichen auch inhaltlich überein. Überdies sehen beispielsweise sowohl das Reglement 2005 wie auch die Prüfungsordnung 2007 als Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Erteilung des Fachausweises die Beschwerde an die Vorinstanz vor (vgl. auch das Verwaltungsgericht des Kantons Neuenburg in seinem Urteil TA.2009.309-SCOL vom 22. Dezember 2009, E. 3.b, das die Vorinstanz für zuständig erklärt).

3.2. Die Prüfungsordnung 2007 sieht in ihrer Übergangsbestimmung von Ziff. 10.11 weiter vor, dass Repetentinnen und Repetenten der Prüfungssessionen 2006 und 2007 (bis zum Inkrafttreten der Prüfungsordnung 2007) die Prüfung nach dieser Prüfungsordnung wiederholen können. Damit gilt auch ein früheres Nichtbestehen als Grundlage für die Teilnahme an Wiederholungsprüfungen nach neuer Prüfungsordnung. Wie bereits Ziff. 7.3 des Reglements 2005 sieht die Prüfungsordnung 2007 in Ziff. 7.31 eine zweimalige Wiederholungsmöglichkeit vor.

3.3. Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Fall ihre Beschwerde bereits rechtshängig gemacht, als die Vorinstanz die Prüfungsordnung 2007 genehmigte. Für diese Fälle findet sich planwidrig keine Regelung in der Prüfungsordnung 2007. Diese Lücke ist in Analogie zu Art. 1 Abs. 2 ZGB durch das erkennende Gericht zu füllen.

Falls die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren Recht erhalten würde und im Anschluss daran die Erstinstanz ihr das Zertifikat unter dem Reglement 2005 erteilen würde, läge ein Fall vor, der grundsätzlich von Ziffer 10.11 der Prüfungsordnung 2007 erfasst würde. Allerdings wäre nach dem Wortlaut der Bestimmung eine Anerkennung des Zertifikats durch die Vorinstanz bzw. die Ausgabe des Fachausweises ausgeschlossen, da die dreimonatige Frist zur Geltendmachung verstrichen wäre. Diese Ungleichbehandlung von Personen, die erst durch ein (im Zeitpunkt der Genehmigung der Prüfungsordnung 2007 noch hängigen) Beschwerdeverfahren zu einem Zertifikat gelangten, gegenüber solchen Personen, die in den fraglichen Jahren 2006 und 2007 bereits im Besitze eines Zertifikats waren, ist sachlich nicht zu rechtfertigen und kann auch von der Vorinstanz nicht gewollt sein. In sinngemässer Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB ist die Lücke deshalb dahingehend zu füllen, dass eine Anerkennung auch in diesen Fällen möglich sein muss.

3.4. Schliesslich enthält die Prüfungsordnung 2007 keine Regelung darüber, welcher Rechtsmittelweg bei Streitigkeiten über die Abgabe des Fachausweises nach Ziffer 10.11 offen steht. Angesichts der rückwirkenden Anerkennung von (positiven wie negativen) Prüfungsergebnissen durch die Vorinstanz erscheint es naheliegend, dafür den in Ziffer 8.31 der Prüfungsordnung 2007 vorgesehenen Rechtsmittelweg für anwendbar zu erklären. Daraus ergibt sich sodann, dass gegen einen negativen Prüfungsbescheid gemäss Reglement 2005

ebenso wie gegen die gemäss genehmigter Prüfungsordnung 2007 angeordneten bzw. abgelegten Wiederholungsprüfungen der Rechtsmittelweg offen stehen muss. Ein unterschiedlicher Rechtsweg entspräche in diesen Fällen nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmung.

4.

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Mit der Genehmigung der Prüfungsordnung 2007 wurde die Möglichkeit der Anerkennung der Prüfungen für Kundenberater(innen) im Uhrenverkauf vor deren Inkrafttreten geschaffen unter der Voraussetzung, dass die Betroffenen innerhalb von drei Monaten ein entsprechendes Gesuch stellten. Der in der Prüfungsordnung 2007 vorgesehene Rechtsweg muss auch für Beschwerden gegen Prüfungsergebnisse unter der Herrschaft des alten Prüfungsreglements 2005 gelten, die im Zeitpunkt der Genehmigung der Prüfungsordnung 2007 hängig waren.

Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz verletzt daher Bundesrecht. Somit ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführer obsiegende Partei.

5.1. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden den Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- ist ihr zurückzuerstatten.

5.2. Die obsiegende Partei hat einen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 VGKE).

Die obsiegende Beschwerdeführerin liess sich anwaltlich vertreten. Für

das kantonale Beschwerdeverfahren wurde sie bereits entschädigt. Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht reichte sie mit Datum vom 13. Mai 2011 eine Kostennote über insgesamt Fr. 6'290.70 ein (22 ½ Stunden à Fr. 250.– zusätzlich Barauslagen von Fr. 235.20.– und MWSt von Fr. 430.50). Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Verfahren die Beschwerdeschrift vom 17. Dezember 2010 im Umfang von neun Seiten eingereicht. Für die notwendige Vertretung, welche gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG das Mass für die Bemessung der Parteientschädigung ist, erscheint der geltend gemachte Aufwand als hoch. Angesichts des Schwierigkeitsgrades und des getätigten Aufwands ist eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'000.– (inkl. MWSt und Barauslagen) im vorliegenden Fall angemessen und wird der Vorinstanz in ihrer Funktion als verfügende Behörde auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

6.

Nach Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) können Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Der vorliegende Entscheid ist damit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 16. November 2010 wird aufgehoben und die Sache wird zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin zu Lasten der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. MWSt und Barauslagen) zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdebeilagen, Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 122; Einschreiben; Beilagen: Vorakten)
- die Erstinstanz (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

Sibylle Wenger Berger

Versand: 16. Juni 2011