

# **BGer 2C 1192/2013 vom 2. Juni 2014**

Bundesgericht, 2014-06-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1192\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1192_2013)

FR: TF 2C 1192/2013 du 2 juin 2014

IT: TF 2C 1192/2013 del 2 giugno 2014

## **Regeste**

Notariatsprüfung | Grundrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Streitgegenstand bildet das Nichtbestehen einer Notariatsprüfung, wobei das Prüfungsergebnis mit einer ungenügenden Leistung in der schriftlichen Prüfung im Fach "Sachen- und Kaufvertragsrecht" begründet wird. In diesem Fall der Bewertung der persönlichen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin kommt der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. t BGG zum Tragen ("Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen"), sodass einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offensteht ( BGE 138 II 42 E. 1.1 S. 44 ; 136 I 229 E. 1 S. 231; Urteile 2D\_31/2014 vom 22. April 2014 E. 2.2.1; 2D\_36/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.2; 2C\_694/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 1.2; 2D\_34/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 1.1; 2D\_56/2011 vom 9. Juli 2012 E. 1).

### **E. 1.2**

Nach Art. 115 lit. b BGG setzt die Legitimation zur subsidiären Verfassungsbeschwerde ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids voraus. Die Beschwerdeführerin hat bei erfolgreich absolvierter Notariatsprüfung (sowie weiterer, hier nicht zu prüfenden Voraussetzungen) einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Befähigungsausweises als Notarin (vgl. § 5 Abs. 2 lit. a des Beurkundungsgesetzes/LU). Durch die endgültige Abweisung ist die Beschwerdeführerin unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen und zur subsidiären Verfassungsbeschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin rügt die Verfassungsmässigkeit der Erlasse, auf die der negative Prüfungsentscheid gestützt wurde. Sie ficht § 60a Abs. 1 Beurkundungsgesetz/LU sowie die Notariatsprüfungsverordnung/LU über die Prüfung der Notare an und geht davon aus, dies sei gemäss Art. 82 lit. b BGG mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten möglich. Die Frage der Verfassungskonformität der zur Anwendung gelangten Bestimmung des Beurkundungsgesetzes/LU aus dem Jahr 2002 sowie der Notariatsprüfungsverordnung/LU aus dem Jahr 1973 stellt sich vorliegend jedoch nicht (mehr) im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle ( Art. 82 lit. b BGG in Verbindung mit Art. 101 BGG ); dem Antrag auf Aufhebung ist nicht zu entsprechen. Vielmehr soll anhand des Prüfungsentscheids als konkretem Einzelakt vorfrageweise überprüft werden, ob § 60a des Beurkundungsgesetzes/LU bzw. die Notariatsprüfungsverordnung/LU gegen höherrangiges Recht verstossen (akzessorische Normenkontrolle). Die ist zulässig (vgl.

BGE 139 V 72 E. 3.1.4 S. 80 ; 136 I 65 E. 2.3 S. 69 f.; Urteil 2C\_397/2007 vom 18. März 2008 E. 1.4 nicht publ. in: BGE 134 I 248 ff.). Die akzessorische Überprüfung der kantonalen Bestimmungen vermag für sich jedoch nicht das ordentliche Rechtsmittel zu eröffnen, sondern erfolgt im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde (oben E. 1.1).

#### **E. 1.4**

Mit der Verfassungsbeschwerde kann ausschliesslich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 116 BGG ). Das Bundesgericht prüft die Verletzung von Grundrechten nur, soweit eine entsprechende Rüge vorgebracht und begründet worden ist. Dabei gilt eine qualifizierte Rügepflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG in Verbindung mit Art. 117 BGG ; vgl. BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. ; 136 I 229 E. 4.1 S. 235; 136 II 489 E. 2.8 S. 494).

#### **E. 1.5**

Hat das Bundesgericht auf subsidiäre Verfassungsbeschwerde hin die Bewertung von Prüfungsleistungen zu beurteilen, so prüft es die Handhabung der einschlägigen kantonalen Verfahrensvorschriften unter dem Gesichtswinkel der Willkür. In erster Linie untersucht es, ob das vorgeschriebene Verfahren unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Minimalgarantien durchgeführt worden ist. Eine besondere Zurückhaltung auferlegt es sich bei der materiellen Beurteilung, indem es erst einschreitet, wenn sich die Behörde von sachfremden oder sonst wie offensichtlich unhaltbaren Erwägungen hat leiten lassen, sodass ihr Entscheid unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als nicht mehr vertretbar und damit als willkürlich erscheint. Das Bundesgericht auferlegt sich bei der Überprüfung von Examensleistungen auch dann Zurückhaltung, wenn es aufgrund seiner Fachkenntnisse sachlich zu einer weitergehenden Überprüfung befähigt wäre (etwa bei Rechtsanwalts- oder Notariatsprüfungen; BGE 136 I 229 E. 6.2 S. 238 ; 131 I 467 E. 3.1 S. 473 mit Hinweisen; Urteile 2D\_34/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 1.3; 2D\_53/2009 vom 25. November 2009 E. 1.4; 2D\_55/2010 vom 1. März 2011 E. 1.5).

#### **E. 1.6**

Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde hinsichtlich der beantragten Aufhebung des Entscheids der Notariatsprüfungskommission, ist dieser doch durch das Urteil des Verwaltungsgerichts ersetzt worden (Devolutiveffekt). Jener Entscheid gilt als inhaltlich mit angefochten; einzig das Urteil des Kantonsgerichts bildet jedoch das Anfechtungsobjekt für die Beschwerde vor Bundesgericht (Art. 86 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 114 BGG ; BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; Urteile 2C\_366/2014 vom 6. Juni 2014 E. 2.1; 2C\_699/2013 vom 23. Mai 2014 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine fehlende Unabhängigkeit des Kantonsgerichts von der Notariatsprüfungskommission. Ihr Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht sei verletzt ( Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV ; Art. 6 Ziff. 1 EMRK ).

#### **E. 2.1**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Gericht beurteilt wird (vgl. auch Art. 191c BV ). Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei

auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen ( BGE 139 III 433 E. 2.1.2 S. 435 f. ; 139 I 121 E. 5.1 S. 125; 139 III 120 E. 3.2.1 S. 124 ; 138 I 1 E. 2.2 S. 3 ; 137 I 227 E. 2.1 S. 229 ; 136 I 207 E. 3.1 S. 210). Die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass ein Gerichtsmitglied tatsächlich befangen ist ( BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125 ; 138 I 1 E. 2.2 S. 3 f. ; 136 I 207 E. 3.1 S. 210; 136 III 605 E. 3.2.1 S. 608 f. ; 134 I 238 E. 2.1 S. 240 mit weiteren Hinweisen).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin sieht die fehlende Unabhängigkeit der Vorinstanz in mehreren Bestimmungen des Beurkundungsgesetzes des Kantons Luzern begründet. Die von der Beschwerdeführerin herangezogenen institutionell-verfahrensorganisatorischen Normen ergeben indessen keinen Anschein der Befangenheit der Vorinstanz: So ist nicht einzusehen, weshalb die Überprüfung des Zulassungsgesuchs zum Notariatsexamen durch die Geschäftsleitung des Kantonsgerichts - sie beinhaltet die Befugnis zu kontrollieren, ob ein Anwaltspatent oder das Fähigkeitszeugnis "Gemeindeschreiber" vorliegt und ob die Prüfungsgebühr bezahlt wurde (§ 2 Abs. 2 bis 4 Notariatsprüfungsverordnung/LU) - die Befangenheit des Spruchkörpers implizierte. Ebenso wenig ergibt sich diese aus dem Umstand, dass der notarielle Eid bzw. das Gelübde vor dem Kantonsgericht abzulegen ist (§ 8 Beurkundungsgesetz/LU) und die von ihm gewählte Aufsichtsbehörde die Kandidaten nach bestandener Prüfung zu Notaren ernennt (§5 Abs. 1 Beurkundungsgesetz/LU). Der Umstand, dass der gleichzeitig am Kantonsgericht als Gerichtsschreiber tätige (jedoch ohnehin nicht am vorinstanzlichen Urteil beteiligte) Aktuar der Prüfungskommission den Notariatskandidaten die Prüfungsräumlichkeiten und -mittel zeigte, dokumentiert keine sachfremden Einflüsse auf die Justiztätigkeit der Vorinstanz (§1 Abs. 2 der Notariatsprüfungsverordnung/LU; vgl. auch etwa § 5 Abs. 3 des Gesetzes über das Anwaltspatent und die Parteienvertretung des Kantons Luzern vom 4. März 2000 [SRL 280; im Folgenden: Anwaltsgesetz/LU]). Auch wenn das Kantonsgericht als Rechtsmittelinstanz gegen Prüfungsentscheide der Kommission zuständig ist (§ 60a Beurkundungsgesetz/LU) und gleichzeitig als Wahlorgan die Prüfungskommission (§ 6 Abs. 3 Beurkundungsgesetz/LU) sowie die Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen (§ 56 Abs. 1 Beurkundungsgesetz/LU) bestellt, vermag dies für sich nicht die fehlende Unparteilichkeit des Gerichts aufzuzeigen. Eine derartige Organisation ist üblich und findet sich auch etwa im Bereich der Anwaltsaufsicht (vgl. etwa § 9 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 Anwaltsgesetz/LU). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wäre es im Übrigen nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass Rechtsmittelinstanzen (auch unmittelbare) Aufsichtsfunktionen ausüben (vgl. etwa [für den Bereich des Bundesrechts] die Aufsichtsfunktion des Bundesgerichts über die Eidgenössischen Gerichte;

Aufsichtsreglement des Bundesgerichts vom 11. September 2006; SR 173.110.132). Dass das Kantonsgericht und die Notariatsprüfungskommission gemäss Postanschrift am selben Ort tätig seien, wo auch die Prüfung stattfindet, weist nicht auf eine Abhängigkeit der Vorinstanz zur Prüfungskommission hin. Eine solche ergibt sich auch nicht durch die Bestellung des Aktuars für die Aufsichtskommission (§ 56 Abs. 4 Beurkundungsgesetz/LU). Der Präsident der Prüfungskommission ist selbst nicht Mitglied des Kantonsgerichts, sodass entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin auch diesbezüglich kein Anschein von Befangenheit erweckt wird (vgl. hierzu auch Urteil 2D\_36/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3). Die Beschwerdeführerin vermag durch ihre Vorbringen nicht aufzuzeigen, inwieweit die Organisationsstruktur geeignet gewesen wäre, die Bewertung der von ihr abgelegten Prüfung zu beeinträchtigen. Entgegen ihrer Auffassung ist weder in organisatorischer noch in personeller Hinsicht eine "so enge Beziehung" des Kantonsgerichts zur Notariatsprüfungskommission dargetan, dass ihr Anspruch auf ein unabhängiges, unparteiisches Gericht verletzt wäre ( Art. 30 Abs. 1 BV ; Art. 191c BV ).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt die Verfassungskonformität von § 60a Abs. 1 Beurkundungsgesetz/LU sowie der Notariatsprüfungsverordnung/LU (vgl. oben E. 1.3). Sie bringt vor, die genannte Bestimmung bzw. die Verordnung stünden im Widerspruch zur Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV und zu Art. 6 EMRK , weil sie es dem Kantonsgericht verwehrt, die Angemessenheit des Prüfungsentscheids zu kontrollieren und damit eine umfassende Rechts- und Sachverhaltsüberprüfung durchzuführen.

### **E. 3.2**

Weder die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV (noch die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV oder die Kognitionsvorgaben von Art. 110 BGG ) verlangen eine gerichtliche Kontrolle der Angemessenheit des angefochtenen Entscheids ( BGE 137 I 235 E. 2.5 S. 239 mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur; Urteile 2C\_124/2013 vom 25. November 2013 E. 1.3.1; 2C\_180/2013 und 2C\_181/2013 vom 5. November 2013 E. 8.1; 2C\_114/2012 vom 26. März 2013 E. 2.3; 1C\_310/2009 vom 17. März 2010 E. 2.2.2 und E. 2.2.3; 2C\_690/2010 vom 25. Januar 2011 E. 2.2). Die Kantone können hierüber hinausgehen und auch eine gerichtliche Prüfung der Angemessenheit vorsehen; sie sind hierzu jedoch bundesrechtlich nicht verpflichtet (vgl. Bernhard Ehrenzeller, in: Niggli/ Uebersax/ Wiprächtiger [Hrsg.], BSK Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 15 zu Art. 110; Hansjörg Seiler, in: Seiler/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2007, N. 11 zu Art. 110). Das Bundesgericht akzeptiert demnach in konstanter Rechtsprechung eine entsprechende Kognitionsbeschränkung der kantonalen Verwaltungsgerichte bei der Überprüfung von Examensleistungen, sodass hieraus keine Unzulässigkeit der angeführten kantonalen Erlassbestimmungen und keine Verletzung von Art. 29a BV resultiert (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.4.1 S. 237; Urteil 2D\_34/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.3; 2D\_25/2011 vom 21. November 2011 E. 2.6; vgl. etwa für eine analoge Kognitionsbeschränkung auf Bundesebene Art. 37 Abs. 4 des ETH-Gesetzes [SR 414.110]). Eine Notwendigkeit, die Angemessenheit des Prüfungsentscheids zu kontrollieren, ergibt sich auch nicht aus Art. 6 EMRK . Diese Bestimmung findet praxismässig keine Anwendung auf materielle Rügen gegen die Bewertung einer Prüfungsleistung, sondern garantiert die formelle Rechtmässigkeit des Verfahrens (namentlich etwa die Überprüfung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht, dazu

oben E. 2; BGE 131 I 467 E. 2.9 S. 472; Urteile 2D\_38/2011 vom 9. November 2011 E. 3.1; 2C\_762/2009 vom 11. Februar 2010 E. 2; 2D\_53/2009 vom 25. November 2009 E. 2.2; 2D\_71/2008 vom 9. März 2009 E. 5.1; Urteil des EGMR van Marle gegen die Niederlande vom 26. Juni 1986, Recueil CourEDH Serie A Nr. 101, Ziff. 34 ff. = EuGRZ 1988 S. 35). Weder eine Verletzung von Art. 29a BV noch eine Verletzung von Art. 6 EMRK sind dargetan.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei der Prüfung im Sachen- und Kaufvertragsrecht wäre aufgrund einer missglückten Aufgabenstellung keine Lösung denkbar gewesen, ohne gegen grundbuch- und geometerrechtliche Bestimmungen zu verstossen. Auch eine telefonische Konsultation des Experten, der die Prüfung entworfen hatte, habe diesbezüglich keine Klarheit bringen können. Das Kantonsgericht habe willkürlich gehandelt, indem es eine fehlerhafte Fragestellung bei den Prüfungsaufgaben zwar festgestellt, diese jedoch nicht als unhaltbar qualifiziert habe.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hält zwar fest, die von der Beschwerdeführerin geschilderte Unsicherheit hinsichtlich der richtigen Lösung sei anhand der zur Verfügung stehenden Unterlagen bzw. aufgrund des nicht abgegebenen Mutationsplans nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund, so die Vorinstanz weiter, wäre es wünschbar gewesen, die Aufgabenstellung durch weitere Hinweise zu verdeutlichen oder spätestens durch das Telefonat während der Prüfung vermehrt Klarheit zu verschaffen, was von den Kandidaten erwartet wurde. Indessen sei dadurch die Aufgabenstellung im Fach Sachen- und Kaufvertragsrecht weder zur Abklärung des Fähigkeitsnachweises schlichtweg ungeeignet geworden noch habe dies zu einer missbräuchlichen Prüfungsbewertung geführt. Dieser Einschätzung ist zuzustimmen: Die Beschwerdeführerin wurde mit Kandidaten verglichen, die die gleichen Informationen eines Prüfungsexperten simultan am Telefon per Lautsprecher erhielten und, ebenfalls ohne zusätzliche Hilfestellung oder Konkretisierung, einen Lösungsweg erarbeiten mussten. Wie die Vorinstanz zudem gestützt auf verschiedene Sitzungsprotokolle sachverhaltlich erstellt, wurde die Bewertung der Prüfung durch fünf Experten für alle vier Kandidaten einzeln ausführlich begründet. Die Experten hatten sich eingehend mit dem im Vergleich zur Lösungsskizze abweichenden Lösungsweg der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Soweit deren Lösungsweg nicht gegen sachenrechtliche Regelungen versties und die Umsetzung der gewählten Lösung aus Sicht der Prüfungsexperten korrekt erfolgte, wurden der Beschwerdeführerin für ihren Lösungsweg Punkte vergeben. Dies und der Umstand, dass die Prüfung mit Microsoft Works und einem Laptop hat verfasst werden müssen - wobei den Kandidaten gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen eine separate Tastatur und eine Computermaus zur Verfügung gestellt wurden - vermag den Ablauf und die Bewertung der Prüfung nicht als willkürlich erscheinen zu lassen. Auch wenn die Vorinstanz erkennt, dass eine Konkretisierung der Aufgabenstellung wünschbar gewesen wäre, sich letztlich jedoch auf die ihr gesetzlich vorgeschriebene Überprüfungsbefugnis zurücknimmt und feststellt, die Prüfung sei gleichwohl nicht aufgrund sachfremder oder missbräuchlicher Kriterien abgenommen und bewertet worden, liegt ihren Ausführungen keine Kognitionsunterschreitung zugrunde (§ 60a Abs. 1 Beurkundungsgesetz/LU; oben E. 3).

#### **E. 5**

Nach den vorstehenden Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Es ist keine Parteientschädigungen geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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