

# **BGer 2C\_374/2017 vom 25. April 2017**

Bundesgericht, 2017-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_374\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_374_2017)

FR: TF 2C\_374/2017 du 25 avril 2017

IT: TF 2C\_374/2017 del 25 aprile 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit bzw. Zulässigkeit und Art eines Rechtsmittels von Amtes wegen und mit freier Kognition ( BGE 138 I 475 E. 1 S. 476; 138 III 46 E. 1, 471 E. 1 S. 475; BGE 137 III 417 E. 1).

Gemäss Art. 83 lit. t BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen, namentlich auf den Gebieten der Schule, der Weiterbildung und der Berufsausübung. Gegen derartige Entscheide letzter kantonaler Instanzen kann allein subsidiäre Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben werden ( Art. 113 ff. BGG ). Nicht jeder Entscheid, der im Rahmen eines Prüfungsverfahrens bzw. eines Verfahrens betreffend Leistungsbewertung erging, fällt unter den Ausschlussgrund von Art. 83 lit. t BGG. Entscheidend ist der Gegenstand des angefochtenen Entscheids, es kommt nicht - primär - auf die erhobenen Rügen an (vgl. BGE 138 II 42 E. 1.2 S. 44 f. ; 136 I 229 E. 1 S. 231; Urteile 2C\_934/2016 vom 13. März 2017 E. 1.1; 2C\_780/2016 vom 6. Februar 2017 E. 1.1; 2D\_31/2014 vom 22. April 2015 E. 2.2.1 mit Hinweisen).

Dem Urteil des Verwaltungsgerichts liegt ein Exmatrikulationsentscheid zugrunde, der auf einer als ungenügend erachteten Leistung beruht. Die Beschwerdeführerin hat dem Verwaltungsgericht in erster Linie beantragt, diese Leistungsbewertung zu überprüfen, ihre Arbeit als genügend zu erachten und ihr das Masterdiplom zu erteilen. Eine Rüge bezog sich auf die Zusammensetzung der Prüfungskommission. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde bei gegebenem Verfahrensstadium einzig in Bezug auf diese letzte Rüge geprüft. Ob damit eine Gegenausnahme zum Ausschlussgrund von Art. 83 lit. t BGG gegeben ist, ist ungewiss, kann aber offen bleiben:

Der angefochtene Entscheid beruht auf kantonalem Recht, dessen Verletzung nicht unmittelbar gerügt werden kann (kein schweizerisches Recht im Sinne von Art. 95 BGG ). Selbst im Rahmen des ordentlichen Rechtsmittels könnte (gleich wie mit Verfassungsbeschwerde) weitgehend bloss die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. BGE 141 I 36 E. 1.3 S. 41 ; 138 I 143 E. 2 S. 149), und entsprechende Rügen bedürfen spezifischer Geltendmachung und Begründung ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; dazu BGE 141 36 E. 1.3 S. 41 ; 139 I 229 E. 2.2 S. 232, je mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin bemängelt die Zusammensetzung der Prüfungskommission. Sie macht geltend, dass zwei der drei Mitglieder in einem engen Verhältnis zueinander stehen; B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ seien zusammen verheiratet gewesen und hätten ein gemeinsames Kind; neben dieser persönlichen bestehe auch eine wirtschaftliche

Verknüpfung bzw. gegenseitige Abhängigkeit zwischen den beiden Mitgliedern, schreibe doch C. \_\_\_\_\_ Drehbücher für B. \_\_\_\_\_ als Regisseur; schliesslich sei B. \_\_\_\_\_ Ziehvater seiner ehemaligen Ehefrau an der ZHdK. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die beiden Kommissionsmitglieder sich unter diesen Umständen zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet fühlen könnten, was sie davon abhalten könnte, bei der Beurteilung einer Prüfungsleistung Unabhängigkeit walten zu lassen und voneinander abweichende Positionen einzunehmen; zumindest bestehe dieser Anschein.

Das Verwaltungsgericht hat dazu erwogen, dass die Rüge betreffend Zusammensetzung des Prüfungsgremiums erst im Rekursverfahren und damit verspätet erhoben worden sei; auch im Falle der Rechtzeitigkeit würde die Beschwerdeführerin damit nicht durchdringen; der von ihr angerufene § 28 des Zürcher Gesetzes vom 1. September 2003 über die politischen Rechte (GPR), wonach Personen, die in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnis stehen oder Lebenspartner sind, nicht dem gleichen Exekutivorgan und der gleichen Gerichtsabteilung angehören dürfen, komme auf Prüfungsgremien der ZHdK nicht zur Anwendung; schliesslich sei auch eine persönliche Befangenheit im Sinne von § 5a VRG nicht dargetan.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass die Zusammensetzung der Prüfungskommission vorliegend gegen konkrete gesetzliche oder reglementarische Vorschriften verstossen würde, deren Missachtung eine formelle Rechtsverweigerung bedeutete (vgl. BGE 137 I 340 E., 2.2.1 S. 342 ; 142 I 173 E. 3.2 S. 173 f). Namentlich bestreitet sie nicht die Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass § 28 GPR nicht zur Anwendung komme. Sie rügt jedoch die Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV . Dieses verfassungsmässige Recht geht zwar weniger weit als Art. 30 Abs. 1 BV , verpflichtet aber auch eine nicht-richterliche Amtsperson (wie das Mitglied eines Prüfungsgremiums) zum Ausstand, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu bewirken; es muss gewährleistet sein, dass der Ausgang des Verfahrens aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint ( BGE 140 I 326 E. 5.2 in Verb. mit E. 5.1 S. 328 ff.).

Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben muss eine Ablehnung bzw. eine unkorrekte Besetzung einer Entscheidungsinstanz unverzüglich geltend gemacht werden, sobald der Ausstandsgrund bekannt ist, andernfalls der Anspruch auf Ablehnung verwirkt ist; dabei hat die Partei aufzuzeigen, dass sie nicht zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis vom Ausstandsgrund haben konnte ( BGE 140 I 271 E. 8.4.3, 8.4.4 und 8.4.5 S. 275 f. mit Hinweisen). Dies gilt grundsätzlich auch mit Bezug auf Prüfungsexperten ( BGE 121 I 225 E. 3 S. 229 mit Hinweisen; Urteil 2D\_29/2009 vom 12. April 2011 E. 3.3; [implizit] etwa auch Urteil 2C\_1216/2013 vom 27. Mai 2014 E. 6.4). Die Beschwerdeführerin beruft sich allerdings auf ein Urteil 2P.26/2003 vom 1. September 2003 E. 3.5 (publ. in ZBl 106/2005 S. 103) sowie auf eine darauf Bezug nehmende Kommentarstelle (Regina Kiener, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl., Zürich 2014, N. 44 zu § 5a VRG); danach könne die sofortige Rüge nicht verlangt werden, wenn dies für die Partei objektiv nicht zumutbar wäre. Dass dies bei Prüfungen grundsätzlich der Fall wäre, lässt sich aus dem vereinzelt Urteil 2P.26/2003, welchem eine besondere, mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbare Situation zugrunde lag, angesichts der gerade wiedergegebenen Rechtsprechung nicht vertreten. Warum eine derartige ausnahmsweise Unzumutbarkeit gerade hier vorliegen sollte, wo es nicht um eine

auf möglicherweise heiklen persönlichen Beziehungen zwischen Partei und Behörde beruhende Befangenheitssituation geht, ist nicht ersichtlich. Da die Beschwerdeführerin der gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG grundsätzlich verbindlichen Feststellung des Verwaltungsgerichts, sie habe um die Verhältnisse innerhalb des Prüfungsgremiums schon zum Zeitpunkt, als ihr dessen Zusammensetzung vorgängig bekanntgegeben worden sei, hinreichend gewusst, nicht in einer den Anforderungen von Art. 97 Abs. 1 BGG genügenden Weise widerspricht, namentlich auch vor Bundesgericht in keiner Weise substantiiert, wann sie über die persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Kommissionsmitgliedern B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ genügend Kenntnis hatte, lässt sich nicht beanstanden, dass das Verwaltungsgericht die Befangenheitsrüge als verspätet erachtete.

Die Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV dringt schon aus dem Grunde nicht durch, sodass auf die weiteren diesbezüglichen Erwägungen des Verwaltungsgerichts und die Vorbringen der Beschwerdeführerin dazu nicht einzugehen ist.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs insofern, als das Verwaltungsgericht es unterlassen habe, sich mit ihrer Rüge zur Festsetzung der Parteientschädigung vor der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen zu befassen.

Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gegen den Beschluss der Rekurskommission nur hinsichtlich Zusammensetzung des Prüfungsgremiums zugelassen. Ansonsten hat es sie, in sinngemässer Anwendung von Art. 93 BGG, für unzulässig erklärt, weil die Voraussetzungen für die Anfechtung eines Rückweisungsentscheids als Zwischenentscheid ( Art. 93 Abs. 1 lit. a und lit. b BGG ) nicht erfüllt seien. Zu den entsprechenden Erwägungen (E. 3.1 und 3.2 in Verbindung mit E. 1.2) äussert sich die Beschwerdeführerin nicht. Die Regeln über die beschränkte Anfechtbarkeit von Rückweisungsentscheiden gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 93 BGG, wonach sich das kantonale Recht richtet, auch für die im Rahmen von Rückweisungsentscheiden getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung (Art. 93 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 93 Abs. 3 BGG; vgl. BGE 135 III 329; 133 V 645 E. 2; Urteil 2C\_548/2013 vom 19. Juni 2013 E. 2.2). Gründe dafür, dass das Verwaltungsgericht vorliegend dennoch, ungeachtet des Verfahrensstadiums, ausnahmsweise auf die Rüge betreffend Festsetzung der Parteientschädigung hätte eingetreten müssen, nennt die Beschwerdeführerin nicht und sind nicht ersichtlich. Die Nichtbehandlung dieser Rüge beruht auf der nicht bestrittenen sinngemässen Anwendung von Art. 93 BGG. Die Gehörsverweigerungsrüge ist, soweit überhaupt hinreichend substantiiert, offensichtlich unbegründet.

### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 5**

Da die Beschwerde aussichtslos erschien, kann dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung nicht entsprochen werden ( Art. 64 BGG ).

Damit sind die Gerichtskosten ( Art. 65 BGG ) der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 erster Satz BGG).

Anspruch auf Parteientschädigung besteht nicht ( Art. 68 Abs. 1 - 3 BGG ).

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