

# **BVGer B-173/2014 vom 9. Dezember 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-12-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-173\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-173_2014)

FR: TAF B-173/2014 du 9 décembre 2014

IT: TAF B-173/2014 del 9 dicembre 2014

## **Regeste**

Fachprüfung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden, zu welchen auch das SBFI zählt (Art. 33 Bst. d VGG).

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 2. Dezember 2013 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG dar. Diese Verfügung kann im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 61 Abs. 2 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 [BBG, SR 412.10] i.V.m. Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 und 37 ff. VGG) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung berührt ist und an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse hat. Der Beschwerdeführer war Partei des vorinstanzlichen Verfahrens. Als Adressat der Verfügung ist er durch diese berührt. Da die Prüfung selbst im Herbst 2013 stattfand, stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer noch über ein schutzwürdiges Interesse an seiner Zulassung verfügt. Ein Interesse ist grundsätzlich nur dann schutzwürdig im Sinn von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG, wenn es auch im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch ist. Der Beschwerdeführer hat indessen gestützt auf die von der Vorinstanz am 20. August 2013 angeordnete provisorische Zulassung den theoretischen und praktischen Teil der BP FPO im Herbst 2013 bereits absolviert. Würde die Beschwerde gutgeheissen und der Beschwerdeführer definitiv zur BP FPO zugelassen, würde das Resultat dieser Prüfung bekannt gegeben. Je nach diesbezüglichem Resultat wäre in diesem Fall die Prüfung als bestanden zu werten. Aber auch dann, wenn der Beschwerdeführer die im Jahr 2013 abgelegte Berufsprüfung 2013 nicht bestanden haben sollte, wäre von einem aktuellen und praktischen Interesse auszugehen, da er bei einer definitiven Zulassung die Prüfung im Rahmen der nächsten ordentlichen Prüfung im Herbst 2015 wiederholen könnte, ohne das Zulassungsverfahren

erneut durchlaufen zu müssen. Der Beschwerdeführer ist demnach zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.4**

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63. Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

#### **E. 1.5**

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

#### **E. 2**

Die Zulassung zur Prüfung verfällt, wenn die Prüfungsgebühr nicht fristgerecht bezahlt worden ist.

#### **E. 3**

Über die Gleichwertigkeit ausländischer Ausweise entscheidet das BBT.

#### **E. 3.1**

Aktenkundig und unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Prüfungsanmeldung resp. innert der ihm angesetzten Nachfrist bis zum 18. Juni 2013 neben Unterlagen betreffend seinen Lehrabschluss lediglich die selbst erstellte Auflistung seiner geleisteten Arbeitsstunden sowie ein Zwischenzeugnis der Firma B.\_\_\_\_\_ AG vom 18. Januar 2007 eingereicht hatte. Unbestritten ist weiter, dass der Beschwerdeführer erst im Verlauf des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht das Arbeitszeugnis der C.\_\_\_\_\_ Polizei vom 31. August 2010 sowie eine "Bestätigung über geleistete Arbeitsstunden im Bereich Objektschutz für die Unternehmung B.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 2008" vom 20. Januar 2014 ins Recht gelegt hat.

#### **E. 3.2**

Die Auffassung des Beschwerdeführers, dass die von ihm selbst erstellte Auflistung seiner geleisteten Arbeitsstunden ausreiche, um den erforderlichen Nachweis zu erbringen, und dass es Sache der Erstinstanz gewesen wäre, gegebenenfalls diesbezüglich mündliche Referenzen einzuziehen, ist offensichtlich unbegründet. Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ist eine behauptete Tatsache von derjenigen Partei zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese in Art. 8 ZGB verankerte Regel gilt auch im öffentlichen Recht. Zudem trifft Prozessparteien auch unter dem Untersuchungsgrundsatz eine Mitwirkungspflicht, insbesondere dort, wo sie ein Verfahren im eigenen Interesse eingeleitet haben. Die Missachtung der Mitwirkungspflicht kann im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer 2A.343/2005 vom 10. November 2005 E. 4.2). Im vorliegenden Fall sieht das anwendbare Reglement ausdrücklich vor, dass die Bewerber Kopien ihrer Arbeitszeugnisse vorzuweisen haben. Die Frage, ob der Beschwerdeführer den erforderlichen Nachweis auch durch mündliche Referenzen hätte erbringen können, kann offen gelassen werden. In der von ihm im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Aufstellung seiner Praxiserfahrung sind Arbeitsstunden im Personen- und Objektschutz nicht konkret erwähnt und er stellte auch keine entsprechenden Beweisanträge. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Erstinstanz nicht von sich aus mündliche Referenzen einzog.

### **E. 3.3**

Zu prüfen ist indessen, ob die erst im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Belege, nämlich das Arbeitszeugnis der C.\_\_\_\_\_ Polizei vom 31. August 2010 sowie eine "Bestätigung über geleistete Arbeitsstunden im Bereich Objektschutz für die Unternehmung B.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 2008" vom 20. Januar 2014 im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen sind.

#### **E. 3.3.1**

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt zum Zeitpunkt des Urteils massgebend, weshalb im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte, neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor dem (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorgebracht werden dürfen. Gleiches gilt für neue Beweismittel (vgl. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, N. 2.204; Frank Seethaler/Fabia Bochsler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 77 zu Art. 52 VwVG).

#### **E. 3.3.2**

Mit ihrer Argumentation, auf diese erst im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Belegen könne nicht abgestellt werden, weil sie nicht rechtzeitig im erstinstanzlichen Verfahren eingereicht wurden, machen die Vorinstanzen sinngemäss geltend, der Beschwerdeführer habe das Recht auf die Berücksichtigung dieser Beweismittel verwirkt, weil er sie nicht innert der ihm von der Erstinstanz angesetzten Nachfrist eingereicht habe. Verwirkung bedeutet, dass ein materielles oder prozessuales Recht untergeht, wenn die erforderliche Handlung nicht innerhalb der Frist durch die Berechtigten oder Verpflichteten vorgenommen wird. Verwirkungsfristen müssen aus Gründen der Rechtssicherheit und weil sie empfindlich in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreifen - beispielsweise im Sozialversicherungsrecht - in der Regel auf Gesetzesstufe verankert werden (vgl. ATTILIO R. GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 56; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, S. 182 f.; MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 2.136 ff.). Bei den in Regelungen unterer Rechtsetzungsstufen festgelegten Fristen - wie zum Beispiel Verordnungen - handelt es sich insofern in der Regel nicht um Verwirkungsfristen, sondern um blosse Ordnungsfristen. Diese sollen den geordneten Verfahrensgang gewährleisten, sind aber nicht mit Verwirkungsfolgen verbunden. Die Verfahrenshandlung kann auch noch nach Fristablauf vorgenommen werden, soweit und solange der geordnete Verfahrensgang dies nicht ausschliesst (vgl. Urteile des BVGer A-3454/2010 vom 19. August 2011 E. 2.3.1; B-2508/2013 vom 13. Oktober 2013 E. 5.3; B-2616/2013 vom 11. September 2014 E. 3.1). Auch bei behördlich angesetzten Fristen handelt es sich in der Regel um reine Ordnungsvorschriften. Sie können indessen Säumnisfolgen haben, wenn bei der Ansetzung der Frist ausdrücklich auf diese Folgen aufmerksam gemacht wurde (vgl. Art. 23 VwVG). Einschneidende Folgen, wie insbesondere der Verlust materieller Rechte, setzen allerdings eine ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage voraus (vgl. Urs Peter Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, N. 8 zu Art. 23 VwVG).

### **E. 3.3.3**

Im vorliegenden Fall ist keine derartige Basis für eine Verwirkungsfolge ersichtlich. Das Reglement enthält zwar die Bestimmung, dass Kopien der für die Zulassung geforderten Ausweise und Arbeitszeugnisse der fristgerecht eingereichten Anmeldung beizufügen sind (vgl. Art. 7 Reglement), sowie, dass zur Prüfung zugelassen wird, wer zur Zeit des Anmeldeschlusses u.a. Kopien von Arbeitszeugnissen vorweist (vgl. Art. 8 Reglement). Eine ausdrückliche Androhung von Verwirkungsfolgen bei nicht rechtzeitiger Einreichung der Arbeitszeugnisse innert der Anmeldefrist oder innert einer von der Prüfungskommission angesetzten Nachfrist lässt sich diesen Bestimmungen indessen nicht entnehmen. Die Frage kann daher offen gelassen werden, ob ein Prüfungsreglement überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage darstellen könnte, um Verwirkungsfolgen vorzusehen.

### **E. 3.3.4**

Die Vorinstanzen gehen daher zu Unrecht davon aus, die vom Beschwerdeführer erst im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Unterlagen seien nicht mehr zu berücksichtigen.

## **E. 4**

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, d.h. das Gericht entscheidet in der Regel in der Sache selbst. Nur ausnahmsweise kassiert es die angefochtene Verfügung und weist die Sache mit verbindlichen Weisungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung ist indessen dann angebracht, wenn die Vorinstanz bei ihrem Entscheid aufgrund der von ihr eingenommenen Rechtsauffassung Fragen nicht geprüft hat, die besondere Sachkenntnis bedingen oder bei deren Beurteilung sie einen eigentlichen Ermessensspielraum gehabt hätte, denn es ist nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, als erste Instanz in einem Fachbereich zu entscheiden, in dem ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum der fachkundigeren Vorinstanz besteht (vgl. Philippe Weissenberger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 61 VwVG). Diese Voraussetzungen sind auch im vorliegenden Fall gegeben. Zwar hat sich die Vorinstanz eventualiter auch in der Sache selbst vernehmen lassen. Es ist aber nicht sie, sondern die Erstinstanz, welche über die besonderen Sachkenntnisse verfügt, welche erforderlich sind, um zu beurteilen, was unter Berufspraxis im Personen- und Objektschutz zu verstehen ist und ob die vom Beschwerdeführer erst im vorliegenden Verfahren eingereichten Unterlagen geeignet sind, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Die Sache ist daher an die Erstinstanz zurückzuweisen, damit diese die im Beschwerdeverfahren eingereichten Belege materiell prüfe und unter Berücksichtigung auch dieser Belege erneut darüber entscheide, ob der Beschwerdeführer zur Berufsprüfung FPO zuzulassen sei oder nicht.

## **E. 5**

Die Verspätung bei der Einreichung relevanter Beweismittel ist zwar, wie dargelegt, nicht im Sinne einer Verwirkung des materiellen Rechts, aber doch im Kostenpunkt zu berücksichtigen, sofern einem Gesuchsteller eine Verletzung seiner Mitwirkungspflichten (vgl. Art. 13 VwVG) vorzuwerfen ist, welche das Beschwerdeverfahren und/oder das vorinstanzliche Verfahren unnötigerweise in die Länge gezogen hat (vgl. Art. 32 Abs. 2 i.V.m. Art. 63 Abs. 3 VwVG; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., N. 4.52; Seethaler/Bochsler, a.a.O., N. 82 zu Art. 52 VwVG). Im vorliegenden Fall liegt offensichtlich eine derartige Verletzung der dem Beschwerdeführer obliegenden

Mitwirkungspflichten vor. Es ist unbestritten, dass sich das Arbeitszeugnis der C. \_\_\_\_\_ Polizei vom 31. August 2010 bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Verfahrens im Besitz des Beschwerdeführers befand. Der Beschwerdeführer führte selbst aus, er habe es bei der Durchsicht seiner Akten gefunden und lediglich vorher vergessen gehabt, dass er eines erhalten hatte. Auch die vom ehemaligen Geschäftsführer der B. \_\_\_\_\_ AG am 20. Januar 2014 unterzeichnete Bestätigung hätte er ohne Weiteres auch früher einholen können. Jedenfalls sind in Bezug auf keinen dieser Belege irgendwelche Gründe dargetan, welche die Verspätung entschuldbar erscheinen liessen. Der Beschwerdeführer hat somit die verspätete Einreichung offensichtlich und zugestandenermassen selbst verschuldet, weshalb der angefochtene Beschwerdeentscheid lediglich in Bezug auf die Dispositivziffer 1, nicht aber in Bezug auf den Kostenpunkt aufzuheben ist und auch die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind.

#### **E. 6**

Im Ergebnis ist die Beschwerde daher teilweise gutzuheissen, Dispositivziffer 1 des angefochtenen Beschwerdeentscheids sowie die Verfügung der Erstinstanz sind aufzuheben und die Sache ist an die Erstinstanz zurückzuweisen, damit sie unter Berücksichtigung auch der erst im Beschwerdeverfahren eingereichten Beweismittel erneut darüber entscheide, ob der Beschwerdeführer zur Berufsprüfung FPO zuzulassen sei oder nicht.

#### **E. 7**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als teilweise obsiegend. Einer obsiegenden Partei dürfen nur Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch die Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat (Art. 63 Abs. 3 VwVG in Verbindung mit Art. 1 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Als unnötigerweise verursacht gelten die Kosten für ein Verfahren insbesondere dann, wenn ein Beschwerdeführer seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen ist und Beweismittel verschuldetermassen verspätet eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer A-1527/2006 vom 6. März 2008 E. 6.2, mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist es daher trotz der teilweise Gutheissung der Beschwerde gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer die gesamten Verfahrenskosten auch dieses Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

#### **E. 8**

Eine Parteientschädigung an den Beschwerdeführer ist aus denselben Gründen nicht zuzusprechen. Da der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht vertreten war, stellt sich die Frage indessen ohnehin nicht, sondern es ist praxisgemäss davon auszugehen, dass ihm keine notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, welche Anlass geben könnten, ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. VGKE).

#### **E. 9**

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist ausgeschlossen gegen Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen (Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fallen unter diese Ausschlussbestimmung nicht nur Prüfungsergebnisse im eigentlichen Sinn, sondern alle Entscheide, die auf einer Bewertung der intellektuellen oder physischen Fähigkeiten eines Kandidaten beruhen. Auch Beschwerden gegen die Entscheide, bei denen es um die Bewertung von Berufserfahrung

ging, wurden bereits als unzulässig beurteilt (vgl. Urteile des BGer 2C\_417/2011 vom 13. Januar 2012 E. 1.3; 2C\_136/2009 vom 16. Juni 2009). Ob gegen das vorliegende Urteil, das die Bewertung von Berufspraxis zum Gegenstand hat, die Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist oder nicht, ist indessen nicht durch das Bundesverwaltungsgericht, sondern gegebenenfalls durch das Bundesgericht zu entscheiden.

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