**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Abteilung II
B-2210/2006
{T 0/4}

# Urteil vom 5. April 2007

Mitwirkung: Richter Hans-Jacob Heitz (Vorsitzender Richter), Richter Stephan Breitenmoser, Richter Frank Seethaler; Gerichtsschreiberin Marion Spori

H._____,

Beschwerdeführer,

gegen

1. **Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer**, Prüfungssekretariat, Jungholzstrasse 43, Postfach 5026, 8050 Zürich,

Erstinstanz,

2. **Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT)**, Effingerstrasse 27, 3003 Bern,

Vorinstanz

betreffend

**Höhere Fachprüfung**

## Sachverhalt:

A. Der Beschwerdeführer legte im Sommer 2005 die höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer ab. Am 19. September 2005 teilte ihm die zuständige Prüfungskommission mit, er habe auf Grund der erzielten Noten ("Fallstudie", schriftlich, dreifach gewichtet: Note 3; "Professional Judgement", mündlich, zweifach gewichtet: Note 4.5; "Kurzreferat", einfach gewichtet: Note 4; Notendurchschnitt: 3.66) die Prüfung nicht bestanden. Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer am 19. bzw. 28. Oktober 2005 Beschwerde beim Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (Bundesamt) ein. Mit Vernehmlassung vom 14. Februar 2006 hielt die Prüfungskommission an den erteilten Noten fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Hierzu nahm der Beschwerdeführer am 31. März 2006 Stellung, worauf das Bundesamt die Prüfungskommission zur Duplik aufforderte. Die darauf erfolgte erneute Nachkorrektur durch die Prüfungskommission ergab eine Erhöhung der Note im Fach "Fallstudie" um 0.5 Punkte auf die Note 3.5. Dies führte aber nicht zum Bestehen der Prüfung, weil der Notendurchschnitt mit 3.92 immer noch ungenügend war. Mit Schreiben vom 3. Juli 2006 hielt der Beschwerdeführer seine Beschwerde aufrecht und machte einige weitere Ausführungen zu seinen Bewertungen.

Im Sommer 2006 absolvierte der Beschwerdeführer die höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer ein zweites Mal und bestand sie mit einem Notendurchschnitt von 4.7. Aus diesem Grund schrieb das Bundesamt das Verfahren mit Verfügung (bzw. Beschluss) vom 22. September 2006 als gegenstandslos ab. Es hielt darin fest, der Streitgegenstand der hängigen Beschwerde bilde einzig die Frage, ob das Diplom erteilt werden könne. Nach Bestehen der Prüfung im Jahr 2006 könne dem Beschwerdeführer das Diplom erteilt werden, weshalb nun sein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerde weggefallen sei.

B. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 22. Oktober 2006 Beschwerde bei der Rekurskommission EVD. Er beantragt, der Abschreibungsbeschluss sei aufzuheben und das Bundesamt anzuweisen, auf seine Beschwerde vom 19. bzw. 28. Oktober 2005 einzutreten. Er stellt sich auf den Standpunkt, er habe weiterhin ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des Sachverhalts. Die Ausbildungskosten für die höhere Fachprüfung beliefen sich auf ca. Fr. 24'000.- und hätten bei einem Bestehen im Jahr 2005 ein Jahr früher amortisiert werden können, was einem Betrag von Fr. 12'000.- entspreche. Auch gewähre sein Arbeitgeber seit Bestehen der Prüfung eine monatliche Lohnerhöhung von Fr. 500.--. Weitere Kosten in der Höhe von Fr. 3'000.-- (Prüfungsgebühr, Hotelübernachtungen, Zugbillette) könnten im Falle eines positiven Entscheides zu einem Haftungsanspruch gegenüber der Prüfungskommission führen. Ferner bestünden auch nicht-monetäre

Posten, wie der erneute Lernaufwand von etwa 400 Arbeitsstunden, die er als Ferien habe beziehen müssen. Auch mache es im Lebenslauf einen Unterschied, ob er die Prüfung im Jahr 2005 oder im Jahr 2006 bestanden habe.

C. Mit Vernehmlassung vom 16. November 2006 beantragt das Bundesamt die Abweisung der Beschwerde. Es führt aus, es habe das Verfahren in antizipierter Beweiswürdigung abgeschrieben, weil nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Beschwerdeführer trotz des Geltendmachens von finanziellen Ansprüchen und eines allfälligen Haftpflichtfalles über kein aktuelles praktisches Interesse an der Beschwerdeführung verfüge. Da er kostenmässig gleich gestellt werde, wie wenn er die Beschwerde zurückgezogen hätte, sei auch die Auferlegung der Verfahrenskosten nicht zu beanstanden.

Die Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer liess sich am 4. Dezember 2006 vernehmen. Sie hielt fest, die Abschreibung der Beschwerde durch das Bundesamt sei durch einen normalen formellen Prozess bedingt. Ein Zurückkommen auf frühere Prüfungen mache wenig Sinn, nachdem der Kandidat das Diplom ja nun erhalten habe. Eine Abschreibung früherer Beschwerden entspreche gängiger Praxis und rückwirkende Haftungsansprüche könnten nicht geltend gemacht werden.

D. Im Dezember 2006 teilte die Rekurskommission EVD den Parteien mit, dass sie am 31. Dezember 2006 durch das Bundesverwaltungsgericht ersetzt werde, welches seine Tätigkeit am 1. Januar 2007 in Bern aufnehme und die Beurteilung der bisher bei der Rekurskommission EVD hängigen Rechtsmittel übernehme. In der Folge überwies sie die Akten auf den 1. Januar 2007 an das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht. Dieses bestätigte die Übernahme des Verfahrens mit Verfügung vom 19. Januar 2007.

Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 40 VGG, zitiert in E. 1).

Auf die vorstehend genannten und weitere Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

1. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BGE 130 II 65 E. 1; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 410).

   Zwar ist die Frage, ob und inwieweit ein Abschreibungsbeschluss – vom Entscheid im Kostenpunkt einmal abgesehen – als (negative) Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu gelten hat, nicht völlig geklärt (KÖLZ/HÄNER, a. a. O., Rz. 484, mit Hinweisen). Jedenfalls ist der Abschreibungsbeschluss mit dem Rechtsmittel anfechtbar, das gegen die entscheidmässige Erledigung in der Sache gegeben wäre (FRITZ GYGI, Bundesvewaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 327).

   Der Abschreibungsbeschluss wurde bei der Rekurskommission EVD angefochten, welche vor dem Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) am 1. Januar 2007 (vgl. AS 2006 1069) zur Beurteilung der Streitsache sachlich und funktionell zuständig war (vgl. Art. 61 Abs. 1 Bst. c Ziff. 1 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002œ[BBG, SR 412.10], AS 2003 4557; aufgehoben gemäss Anhang Ziff. 35 zum VGG, AS 2006 2248).

   Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 seine Tätigkeit aufgenommen und übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bei Eidgenössischen Rekurskommissionen hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 31 und Art. 33 Bst. d VGG für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG greift.

   Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor dem Bundesamt teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sein Interesse an der Überprüfung der Frage, ob das Bundesamt das Verfahren zu Recht abgeschrieben habe, ist als schutzwürdig anzuerkennen. Damit ist er zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). 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 und 47 VwVG).

   Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Das Bundesamt schrieb das Verfahren mit Abschreibungsbeschluss vom 22. September 2006 als gegenstandslos ab. Es hielt fest, der Streitgegenstand der vorliegenden Beschwerde bilde einzig die Frage, ob das Diplom erteilt werden könne. Nach Bestehen der Prüfung im Jahr 2006 könne dem Beschwerdeführer das Diplom erteilt werden, weshalb nun sein aktuelles und praktisches Interesse an der Behandlung der Beschwerde weggefallen sei.

Im vorliegenden Verfahren ist somit einzig darüber zu befinden, ob die Vorinstanz dadurch Bundesrecht verletzt hat, dass sie das Verfahren abgeschrieben hat, ohne materiell zu entscheiden. Ist dies der Fall, so ist die Beschwerde gutzuheissen, der Abschreibungsbeschluss aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Bundesamt zurückzuweisen. Erfolgte der Abschreibungsbeschluss hingegen zu Recht, so ist die Beschwerde abzuweisen.

2.1 Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein solches Interesse nur dann schutzwürdig, wenn der Beschwerdeführer nicht nur bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles praktisches Interesse an der Überprüfung der von ihm erhobenen Rügen verfügt (BGE 123 II 285 E. 4). Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass die zuständige Behörde oder das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet (BGE 111 Ib 56 E. 2a).

Fällt das aktuelle Rechtschutzinteresse oder der Streitgegenstand im Verlaufe des Verfahrens dahin, so wird das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (Art. 4 VwVG i. V. m. Art. 72 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; vgl. KÖLZ/HÄNER, a. a. O., Rz. 413); fehlte es schon bei Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (Urteil des Bundesgerichts 2A.133/2006 vom 16. März 2006 E. 2.1).

2.2 Der Beschwerdeführer hat, während das Verfahren mit Bezug auf seine erste Prüfung beim Bundesamt noch hängig war, die höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer wiederholt und bestanden. Die Gutheissung seiner Beschwerde hätte (im besten Falle) die Erteilung des Diploms zur Folge gehabt.

Somit hat die Beschwerde keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Prüfungssituation des Beschwerdeführers beziehungsweise die Diplomerteilung mehr. Der Beschwerdeführer vertritt indessen die Ansicht, er habe weiterhin ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des Sachverhalts, weil er wegen des Nichtbestehens der Prüfung einen Lohnausfall in der Höhe von Fr. 6'500.-- erlitten habe, die Ausbildungskosten erst ein Jahr später amortisiert würden und er für das Wiederholen der Prüfung zusätzliche finanzielle Aufwendungen im Umfang von Fr. 3'000.-- habe erbringen müssen.

Dem Beschwerdeführer ist Recht zu geben: Gemäss einer zu den Akten gegebenen Bestätigung vom 19. Oktober 2006 des Arbeitgebers des Beschwerdeführers, X. AG, wird das monatliche Bruttogehalt ab nachfolgendem Monat der Bekanntgabe des positiven Prüfungsresultats um Fr. 500.- erhöht. Auch wird darin festgehalten, dass die X. AG die Ausbildung zum diplomierten Wirtschaftsprüfer vollumfänglich finanziere. Es werde erwartet, dass die Mitarbeitenden nach Beenden der Ausbildung mindestens 2 Jahre im Unternehmen blieben. Lösten die Mitarbeitenden vor Ablauf der zwei Jahre das Arbeitsverhältnis auf, werde für jeden fehlenden Monat 1/24 der bezahlten Kursgelder und Prüfungsgebühren zurück verlangt. Die Rückerstattungspflicht beginne mit dem Abschluss der Ausbildung beziehungsweise dem Monat nach erfolgter bestandener Abschlussprüfung.

Für den Beschwerdeführer würde dies konkret bedeuten, dass er im Falle eines positiven Entscheides bezüglich der ersten Prüfung direkt bei seinem Arbeitgeber eine rückwirkende Lohnerhöhung geltend machen könnte. Auch wäre er bei einem Bestehen der Prüfung im Jahr 2005 bereits im Jahr 2007 frei, seinen Arbeitgeber zu wechseln, während er bei einem Bestehen im Jahr 2006 bis ins Jahr 2008 gebunden bleiben würde, wenn er die Ausbildungskosten nicht teilweise zurückzahlen wollte.

2.3 Insofern besteht auch ein Unterschied zu dem im angefochtenen Abschreibungsbeschluss zitierten Bundesgerichtsentscheid 118 Ia 488. Dort ging es um einen Fall, in welchem ein Kandidat erst im zweiten Versuch das Anwaltsexamen bestand und die gegen den ersten negativen Prüfungsentscheid erhobene Beschwerde aufrechterhielt. Das Bundesgericht schrieb den Fall als erledigt ab und erklärte, es könne im Interesse der Prozessökonomie nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein, eine Rechtsfrage mit einem Feststellungsurteil rein theoretisch zu entscheiden, wenn dieselbe Frage Bestandteil eines selbständigen Haftungsprozesses zu bilden vermöge. Dafür könnte höchstens insoweit ein praktisches Interesse bestehen, als die Frage der Widerrechtlichkeit im Haftungsprozess selbst nicht mehr gestellt werden dürfte, beziehungsweise als ein solches Verfahren voraussetzen würde, dass alle Möglichkeiten zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Aktes, der die Haftung begründen soll, vorweg ergriffen worden seien (BGE 118 Ia 488 E.

1c, mit Hinweis auf BGE 110 Ia 140 E. 2a).

Im vorliegenden Fall müsste der Beschwerdeführer seine finanziellen Interessen bei einem positiven Entscheid bezüglich der ersten Prüfung nicht primär in einem Haftungsprozess verfolgen (dies träfe nur für die in seiner Beschwerde geltend gemachten "zusätzlichen Kosten" in der Höhe von Fr. 3'000.-- zu), sondern er könnte, wie oben dargelegt, direkt bei seinem Arbeitgeber einen Anspruch auf rückwirkende Lohnerhöhung geltend machen und die Ausbildungskosten wären damit auch automatisch ein Jahr früher amortisiert.

Wenn aber der Beschwerdeführer gar keinen selbständigen Haftungsprozess anstreben *muss*, um den grössten Teil seiner finanziellen Forderungen geltend zu machen, so kann ihm auch nicht entgegengehalten werden, er habe im vorliegenden Verfahren kein aktuelles praktisches Interesse an der materiellen Prüfung des negativen Entscheides der Prüfungskommission, da die Frage der Widerrechtlichkeit dieses Entscheides auch noch in einem Haftungsprozess geprüft werden könnte.

2.4 Streitgegenstand des Verfahrens ist nach dem Gesagten, entgegen den Ausführungen des Bundesamtes, nicht nur die Frage, *ob* das Diplom erteilt werden kann, sondern es spielt unter diesen Umständen eben auch eine Rolle, *wann* das Diplom erteilt wurde. Zwar hätte der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, den Entscheid des Bundesamtes abzuwarten, bevor er erneut zur Prüfung antritt. Dies kann aber, insbesondere bei einer langen Verfahrensdauer, nicht als zumutbar angesehen werden.

Aus diesen Gründen kann dem Beschwerdeführer das aktuelle praktische Interesse an dem Entscheid, ob er die Prüfung bereits im ersten Versuch bestanden hätte, nicht abgesprochen werden. Somit ist auch der Streitgegenstand nicht weggefallen.

Das Bundesamt hat das Vorliegen eines aktuellen und praktischen Interesses daher zu Unrecht verneint und das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Streitsache an das Bundesamt zurückzuweisen, damit es auf die Beschwerde eintritt und sie materiell behandelt.

2.5 Damit kann im Übrigen die Frage offen gelassen werden, ob das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses sich überhaupt vereinbaren lässt mit dem Recht auf eine wirksame Beschwerde im Sinne der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101; Art. 13 in Verbindung mit einem anderen in der Konvention oder den Zusatzprotokollen geschützten Grundrecht; hier Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn es sich um eine Streitigkeit in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen, ein "civil right",

handelt).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat am 16. Dezember 1997 im Fall Camenzind gegen die Schweiz (Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, S. 2880 ff., Ziff. 54 ff.; VPB 62.113) entschieden, dass das Nicht-Eintreten des Bundesgerichts auf eine Beschwerde bezüglich einer Hausdurchsuchung wegen fehlenden aktuellen Rechtsschutzinteresses eine Verletzung von Art. 13 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK darstelle (vgl. dazu ARTHUR HÄFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999, S. 336 f.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, Rz. 650; STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, Praxis des Europarechts - Grundrechtsschutz, Zürich, Köln und Wien 2006, S. 120 f.).

Trotzdem hat das Bundesgericht bis anhin an seiner Praxis zum Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses in derartigen Fällen festgehalten (vgl. BGE 125 I 394 E. 4a und 5e, BGE 123 II 285 E. 4a; sowie Urteile bzw. Beschlüsse des Bundesgerichts 1P.128 /2001 vom 16. März 2001 E. 1, 1P.397/2003 vom 29. Juli 2003 E. 1, 1P.649/2003 vom 15. Januar 2004 E. 1.1, 2A.423/2004 vom 2. August 2004 E. 2 und 2A.133/2006 vom 16. März 2006 E. 2.1). Diese Rechtsprechung erfolgte aber nur unter dem Aspekt der Rechte der EMRK und noch nicht unter demjenigen der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Nach Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen (vgl. Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 sowie vom 8. März 2005, AS 2002 3148, 2006 1059; BBl 1997 I 1, 1999 8633, 2000 2990, 2001 4202).

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführer obsiegende Partei. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden den Vorinstanzen auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der vom Beschwerdeführer am 31. Oktober 2006 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 700.- ist ihm zurückzuerstatten.

4. Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer war im vorliegenden Verfahren nicht vertreten, und auch sonst sind ihm keine anrechenbaren Kosten in diesem Sinn entstanden. Daher ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5. Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen

Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 1 Abs. 2 VGG i. V. m. Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Er ist demnach endgültig.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Abschreibungsbeschluss des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie vom 22. September 2006 aufgehoben. Die Streitsache wird an das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie zurückgewiesen, damit es auf die Beschwerde eintritt und sie materiell behandelt.
2. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der Kostenvorschuss von Fr. 700.-- wird dem Beschwerdeführer zu Lasten der Gerichtskasse zurückerstattet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Dieses Urteil wird eröffnet:
   - dem Beschwerdeführer (eingeschrieben, Beschwerdeakten zurück)
   - der Vorinstanz (Ref-Nr. 122/trp) (eingeschrieben, Vorakten zurück)
   - der Erstinstanz (eingeschrieben)

| Der vorsitzende Richter: | Die Gerichtsschreiberin: |
|---|---|
| Hans-Jacob Heitz | Marion Spori |

Versand am: 11. April 2007