Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6696/2008
{T 0/2}

Urteil vom 6. April 2009

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richterin Maria Amgwerd;
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

Parteien

R._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Höhere Fachprüfung für Verkaufsleiter, Prüfungskommission, Sekretariat,
Erstinstanz,

Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT),
Vorinstanz.

Gegenstand

Zulassung zur höheren Fachprüfung für Verkaufsleiter.

Sachverhalt:

A.
R._____ (Beschwerdeführer) ersuchte die Prüfungskommission für die Höhere Fachprüfung für Verkaufsleiter (Erstinstanz) im Jahr 2007 um einen Vorabentscheid bzgl. Prüfungszulassung für die Session 2009. Mit Verfügung vom 22. Januar 2008 eröffnete die Erstinstanz dem Beschwerdeführer, dass er nicht zur Prüfungssession 2009 zugelassen werden könne, da er den Nachweis, dass er über genügend Berufserfahrung in leitender Stellung verfüge, nicht erbracht habe.

Gegen diese Verfügung führte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 31. Januar 2008 Beschwerde an das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT (Vorinstanz). Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, er habe die im Merkblatt der Erstinstanz vom Februar 2007 beschriebenen Anforderungen erfüllt. Insbesondere habe er im Rahmen seiner Arbeit über Mitspracherecht bei der Festlegung des Marketingmixes verfügt. Zudem berief er sich auf das Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf einen ehemaligen Mitarbeiter, welcher mit identischer Berufserfahrung zur Prüfung zugelassen worden sei.

Die Vorinstanz wies die Beschwerde mit Verfügung vom 26. September 2008 ab. Ihren Entscheid begründete sie damit, dass sich die Zulassungsvoraussetzungen für die Prüfungssession 2009 aus dem Prüfungsreglement vom 1. November 1993 (Ausgabe 2000) sowie der darauf basierenden Wegleitung (Ausgabe 2000) ergäben. Aus der Wegleitung gehe hervor, dass die im Prüfungsreglement geforderte "Praxis in höherer Stellung (Kaderposition)" in der "massgeblichen Mitbestimmung bei der Planung, Entscheidung, Durchführung und Kontrolle" bei Marktforschungsprojekten, Gesamt- und Teilmarketingkonzepten, dem Marketingmix usw. bestehe. Das vom Beschwerdeführer ins Feld geführte Merkblatt stehe im Widerspruch zu diesen Vorgaben. Zudem sei das Merkblatt nicht an den Beschwerdeführer abgegeben worden, weshalb es für seinen Fall nicht relevant sei. Aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 gehe nicht hervor, dass er eine höhere Stellung bzw. eine Kaderposition innegehabt habe. Auch würden die Begriffe der Mitsprache und der Mitbestimmung nirgends erwähnt. Die Erstinstanz habe daher in guten Treuen davon ausgehen können, dass die vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen vollständig und wahrheitsgemäss seien. Soweit der Beschwerdeführer nach Erhalt des erstinstanzlichen

Entscheids am 25. Januar 2008 und am 27. März 2008 bzw. am 5. Juni 2008 zwei Funktionsbeschreibungen seiner Arbeit bzw. ein anderslautendes Arbeitszeugnis vorgelegt habe, könne darauf nicht eingegangen werden. Bei allen Dokumenten handle es sich um massgebliche Aufwertungen des ursprünglich eingereichten Arbeitszeugnisses, weshalb von einer Gefälligkeit seines ehemaligen Arbeitgebers auszugehen sei. Schliesslich habe die Erstinstanz auch den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt. Beim vom Beschwerdeführer zitierten Fall bzgl. seines Mitarbeiters sei das Merkblatt vom Februar 2007 der wesentliche Punkt gewesen, da damals ein solches abgegeben worden sei. Weil dies beim Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen sei, könne er sich folglich auch nicht darauf berufen.

B.
Gegen diesen Entscheid führt der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 22. Oktober 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Zur Begründung bringt er vor, er berufe sich nach wie vor auf das Gleichbehandlungsgebot. Sowohl der angefochtene Entscheid als auch die Prüfungszulassung seines ehemaligen Mitarbeiters seien auf der Grundlage des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) und der dazugehörigen Wegleitung (Ausgabe 2000) ergangen. Wenn das Merkblatt vom

C. Februar 2007 diesen übergeordneten Erlassen widerspreche, so sei schon sein ehemaliger Mitarbeiter gestützt auf das Prüfungsreglement und die Wegleitung – und nicht gestützt auf das Merkblatt – zugelassen worden. Weiter könne nicht angehen, dass das angepasste Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 nicht berücksichtigt worden sei. Er als Arbeitnehmer habe das Recht, sein Arbeitszeugnis anpassen zu lassen, wenn es nicht den Tatsachen entspreche. Aus diesem Grund sei sein angepasstes Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 durchaus beachtlich und kein Gefälligkeitszeugnis.

D.
Mit Schreiben vom 1. Dezember 2008 verzichtet die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung und beantragt gleichzeitig die Abweisung der Beschwerde.

E.
In ihrer Eingabe vom 11. Dezember 2008 beantragt die Erstinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie lässt sich dahingehend vernehmen, dass sie den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt habe und

alle Prüfungszulassungen gestützt auf das Prüfungsreglement und die Wegleitung vornehme. Beim vom Beschwerdeführer nachträglich eingereichten angepassten Arbeitszeugnis handle es sich um eine Gefälligkeit. Insgesamt verstosse das Verhalten des Beschwerdeführers gegen Treu und Glauben.

F.
Mit Eingabe vom 19. Januar 2009 hält der Beschwerdeführer an seinem Rechtsbegehren fest und führt aus, dass es beim Prüfungszulassungsverfahren der Erstinstanz schon bei anderen Kandidaten zu Unregelmässigkeiten gekommen sei.

G.
Mit Eingabe vom 23. März 2009 führt der Beschwerdeführer auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts aus, dass er der Erstinstanz das Zwischenzeugnis seines neuen Arbeitgebers vom 13. Oktober 2008 zur Kenntnis gebracht habe. Die Erstinstanz habe ihm jedoch am 5. November 2008 mitgeteilt, dass er seit dem Erwerb des Diploms als Technischer Kaufmann mit eidgenössischem Fachausweis im Oktober 2007 bis zum Datum der ersten Prüfung am 11. August 2009 nicht zwei Jahre qualifizierte Berufspraxis gemäss Art. 11 des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) nachweisen könne.

H.
Die Erstinstanz hält in ihrer Stellungnahme vom 25. März 2009 fest, dass das Stellenprofil des Beschwerdeführers am neuen Arbeitsplatz zwar den Vorgaben des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) sowie der Wegleitung 2000 in Bezug auf die Mitbestimmung entspreche. Jedoch seien seit Erwerb seines Diploms als Technischer Kaufmann mit eidgenössischem Fachausweis im Oktober 2007 nicht zwei Jahre bis zum Prüfungsbeginn vergangen, was gegen Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. b des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) verstosse. Vielmehr würden dem Beschwerdeführer diesbezüglich zwei Monate fehlen. Unabhängig davon fehle ihm bis zum Prüfungsdatum ein Monat Berufserfahrung in einer Kaderfunktion, um die verlangte zweijährige Frist zu erfüllen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Entscheid der Vorinstanz vom 26. September 2008 stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Gemäss Art. 31, 33 Bst. f und 37 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 44 VwVG unterliegen Verfügungen der Vorinstanz der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG); der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Der Beschwerdeführer ist Adressat der angefochtenen Verfügung und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung i.S.v. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Er erfüllt auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 46 ff. VwVG.

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.
Es stellt sich vorerst die Frage, welche Rechtsgrundlagen die Zulassung zur Höheren Fachprüfung für Verkaufsleiter für die Session 2009 regeln.

2.1 Die Zulassungsvoraussetzungen zur Höheren Fachprüfung für Verkaufsleiter sind im Prüfungsreglement geregelt. Zum Zeitpunkt des von der Erstinstanz erlassenen Entscheids war das Prüfungsreglement 1993 (Ausgabe 2000) in Kraft. Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, hat die Erstinstanz in ihrem Entscheid fälschlicherweise die Prüfungsordnung 2009 angewendet, welche noch nicht durch die Vorinstanz genehmigt worden war. Die Prüfungsordnung 2009 wurde hingegen am 28. Januar 2009 von der Vorinstanz genehmigt und ist gemäss Übergangsbestimmung in Ziff. 9.2 bzw. 9.3 für die Zulassung von erstmaligen Kandidaten ab deren Genehmigung, d.h. sofort anwendbar. Da diese Änderung während des hängigen Beschwerdeverfahrens erfolgte, stellt sich die Frage, ob die erwähnte Übergangsregelung im Einklang mit den Regeln des intertemporalen Rechts steht.

2.1.1 Grundsätzlich gilt, dass im Beschwerdeverfahren in Kraft getretene Rechtsänderungen nicht berücksichtigt werden, d.h. der Sachverhalt nach altem Recht beurteilt wird (BGE 126 III 431 E. 2a und 2b; PIERRE

TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21). Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht umfassend. Im Zusammenhang mit der zeitlichen Anwendbarkeit von Erlassen ist der allgemeine Grundsatz des Rückwirkungsverbots zu beachten, unabhängig davon, ob eine Rechtsänderung vor oder während eines Verfahrens in Kraft getreten ist. Demgemäss ist die Anwendung neuen Rechts im Beschwerdeverfahren dann unzulässig, wenn es sich auf einen Sachverhalt bezieht, der sich unter altem Recht abschliessend verwirklicht hat und worauf im Beschwerdeverfahren kein Einfluss mehr genommen werden kann (sog. echte Rückwirkung, vgl. BGE 101 Ia 231 E. 3). Als zulässig wird die Anwendung des neuen Rechts hingegen angesehen, wenn sich der im Rechtsmittelverfahren wesentliche Sachverhalt noch nicht abschliessend verwirklicht hat, sondern fortdauert (sog. unechte Rückwirkung; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, a.a.O., § 24 Rz. 29; BGE 114 V 150 E. 2a).

Letzteres ist vorliegend der Fall: die Berufserfahrung, welche bei der Prüfungsanmeldung berücksichtigt wird, kann bis zum Datum der ersten Prüfung gesammelt werden. Die Prüfungen der zur Debatte stehenden Session beginnen am 11. August 2009. Somit fallen – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – bis zum Datum der ersten Prüfung mindestens sechs Monate relevanter Berufspraxis unter den Anwendungsbereich des neuen Reglements. Zum Zeitpunkt des Entscheiderlasses der Vorinstanz war der relevante Sachverhalt daher noch nicht abgeschlossen, sondern dauert bis zum Prüfungstermin vom 11. August 2009 fort. Aus diesen Gründen erweisen sich die Übergangsbestimmungen der Prüfungsordnung 2009 (Ziff. 9.2 und 9.3) und mithin die Anwendung des neuen Rechts als haltbar.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Gesuch des Beschwerdeführers von der Prüfungskommission im Vorabentscheidungsverfahren beurteilt wurde. Ein Entscheid im Vorabverfahren befreit den Beschwerdeführer jedoch nicht davon, sich für die Prüfungssession 2009 anmelden zu müssen und kann nicht zur Folge haben, dass auf den Beschwerdeführer im Gegensatz zu den übrigen Kandidaten, welche sich für die Prüfungssession 2009 angemeldet haben, altes Recht zur Anwendung kommt. Wie es sich damit verhält, wenn der Beschwerdeführer einen positiven erstinstanzlichen Feststellungsentscheid betreffend die Prüfungszulassung unter Anwendung des alten Rechts erhalten hätte und beim Anmeldungstermin die neue Prüfungsordnung als anwendbar gilt, braucht hier nicht beurteilt zu werden, da diese Konstellation im vorlie-

genden Fall nicht gegeben ist.

2.1.2 Massgeblich in Bezug auf die Prüfungszulassung sind Ziff. 3.3.1 der Prüfungsordnung 2009 und Ziff. 1.3 der Wegleitung 2008, welche die Voraussetzungen für die Prüfungszulassung regeln. Die Voraussetzungen für die Prüfungszulassung sind mit jenen von Art. 11 des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) bzw. Ziff. 3.1 der Wegleitung 2000 weitgehend deckungsgleich. Massgeblich weicht Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung 2009 hingegen insofern von den altrechtlichen Regelungen ab, als neu drei Jahre Praxis in einer Kaderfunktion verlangt werden. Ferner verlangen neu weder die Prüfungsordnung 2009 noch die Wegleitung 2008, dass zwischen dem Erwerb des eidgenössischen Fachausweises im Bereich der branchenspezifischen Berufsprüfungen und dem Prüfungsbeginn eine Mindestzeitspanne liegen muss. Die Wegleitung 2008 führt als weitere Entscheidkriterien bzgl. Prüfungszulassung in Ziff. 1.3 ausserdem ein, dass neu auch die Anzahl der direkt unterstellten Mitarbeiter des Kandidaten sowie dessen Stellung in der Unternehmenshierarchie zu berücksichtigen sind.

2.2 Gemäss Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung 2009 wird zur Prüfung zugelassen, wer (kumulativ) einen eidgenössischen Fachausweis im Bereich der branchenspezifischen Berufsprüfungen besitzt und eine mindestens dreijährige Praxis in einer Kaderfunktion in Absatz und Verkauf nachweist.

Ziff. 1.3 der Wegleitung 2008 enthält präzisierende Interpretationsbestimmungen zu Ziff. 3.3.1 der Prüfungsordnung 2009. Aus Ziff. 1.3 Bst. a der Wegleitung 2008 geht hervor, dass eine "verantwortliche Stellung i.S. einer Kaderfunktion" dann gegeben ist, wenn der Kandidat die Führung von Mitarbeitern im Aussendienst oder von Verkaufssachbearbeitern im Innendienst vorweisen kann und Anweisungsbefugnis hat. Alternativ dazu ist eine "verantwortliche Stellung" auch dann gegeben, wenn der Kandidat gemäss Ziff. 1.3 Bst. b der Wegleitung 2008 Sachverantwortung nachweisen kann. Sachverantwortung hat ein Kandidat, wenn er "klare Mitbestimmung" und Verantwortung für das "Erstellen von Verkaufskonzepten, Verkaufsstrategien usw. bzgl. Produkte und Märkte" hat. Wie in E. 2.1 ausgeführt, sind gemäss Ziff. 1.3 der Wegleitung 2008 zudem die Anzahl der dem Kandidaten direkt unterstellten Mitarbeiter sowie seine Stellung in der Unternehmenshierarchie zu berücksichtigen.

3.
Der Beschwerdeführer bringt vor, mittels eines angepassten Arbeitszeugnisses vom 5. Juni 2008 sei ihm der Nachweis einer (damals noch) zweijährigen Arbeit in höherer Stellung (Kaderfunktion) gelungen. Insbesondere habe er die in Ziff. 3.1 Bst. b der Wegleitung 2000 (bzw. Ziff. 1.3 Bst. b der Wegleitung 2008) geforderte Voraussetzung in Bezug auf die Sachverantwortung erfüllt, indem ihm das angepasste Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 Mitbestimmung attestiere. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, habe er in der Zwischenzeit zwei Jahre qualifizierte Berufspraxis bei einem neuen Arbeitgeber erworben.

Die Erstinstanz führt aus, dass der Beschwerdeführer bei seinem neuen Arbeitgeber über die nötigen Mitbestimmungsrechte verfüge. Hingegen habe er bis zum Prüfungsbeginn am 11. August 2009 nicht zwei Jahre, sondern nur 23 Monate in dieser Position gearbeitet. Ausserdem habe er das Diplom zum Technischen Kaufmann erst im Oktober 2007 erlangt. Folglich erfülle er die Voraussetzung, wonach er bis zum Prüfungsbeginn zwei Jahre im Besitz des entsprechenden Diploms sein müsse, um zwei Monate nicht.

3.1 Wie in E. 2.1 dargelegt, sind gemäss Ziff. 3.3.1 der Prüfungsordnung 2009 neu drei Jahre qualifizierte Berufserfahrung nötig, um für die Prüfungen zugelassen werden zu können. Auch wenn der Beschwerdeführer seit knapp zwei Jahren unbestrittenermassen in qualifizierter Stellung arbeitet, müssen unter diesen Umständen trotzdem die Arbeitszeugnisse des ehemaligen Arbeitgebers auf deren Übereinstimmung mit den Zulassungsvoraussetzungen hin beurteilt werden, da zumindest die Zeit vom 1. September 2006 bis zum 31. August 2007 auch zählen würde, um den Nachweis von drei Jahren qualifizierter Berufserfahrung zu erbringen.

3.2 Von den Parteien wird nicht bestritten, dass das vom Beschwerdeführer anlässlich des Gesuchs um Vorabklärung eingereichte Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 nicht den Vorgaben des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) bzw. der Wegleitung 2000 entspricht. Ebenso unbestritten ist, dass diese Unterlagen auch den Anforderungen der Prüfungsordnung 2009 bzw. der Wegleitung 2008 nicht zu genügen vermöchten. Es bleibt deshalb zu prüfen, inwiefern die vom Beschwerdeführer nachgereichten Funktionsbeschreibungen seiner Arbeit vom 25. Januar 2008 und vom 27. März 2008 bzw. das nachge-

reichte Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 für das vorliegende Verfahren beachtlich sind und am Ausgang des Verfahrens etwas zu ändern vermögen.

3.3 Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist ein vollkommenes Rechtsmittel, mit welchem sowohl die Verletzung von Bundesrecht als auch die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung und die Angemessenheit des vorinstanzlichen Entscheids geprüft werden kann (vgl. Art. 49 VwVG). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt dabei soweit die volle Kognition zu, als nicht die Natur einer Streitsache einer uneingeschränkten Prüfung entgegensteht (BGE 131 I 467 E. 3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2207/2006 vom 23. März 2007 E. 5.2). Hingegen würde eine unzulässige Kognitionsbeschränkung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gleichkommen (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 618, 678).

In Bezug auf bisher nicht gewürdigte, bekannte oder bis anhin unbekannte neue Sachverhaltsumstände, welche sich in zeitlicher Hinsicht vor (sog. unechte Nova) bzw. während (sog. echte Nova) des Rechtsmittelverfahrens zugetragen haben, bedeutet der Grundsatz der umfassenden gerichtlichen Kognition i.V.m. der auch im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime gemäss Art. 12 VwVG sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen i.S.v. Art. 62 Abs. 4 VwVG nichts anderes, als dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Behandlung der sich stellenden Rechtsfrage auf den Sachverhalt abzustellen hat, wie er sich im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids präsentiert (Madeleine Camprubi in: Auer/Müller/Schindler, Komm. zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Rz. 10 zu Art. 62).

Unter diesen Umständen handelt es sich bei den vom Beschwerdeführer im Verlauf des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens nachgereichten Unterlagen vom 25. Januar 2008, vom 27. März 2008 und vom 5. Juni 2008 um echte Nova, welche im vorliegenden Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen sind. Dies gilt unabhängig von Ziff. 1.3 der Wegleitung 2008, welche nachträglich abgeänderte Arbeitszeugnisse als unbeachtlich qualifiziert, denn dem Beschwerdeführer darf kein Nachteil daraus entstehen, dass das Prüfungsreglement 1993 (Ausgabe 2000) und die Wegleitung 2000 die Nachreichung von später

geänderten Dokumenten nicht verboten. Zudem ist ohnehin fraglich, ob diese Vorgabe einer rechtlichen Überprüfung standhalten würde, da das Ziel eines Arbeitszeugnisses ja gerade darin besteht, eine möglichst wahrheitsgetreue und genaue Umschreibung der Tätigkeitsbereiche des Arbeitnehmers vorzunehmen. Inwiefern ein fehlerhaftes Arbeitszeugnis unter diesen Umständen generell nicht korrigiert werden können soll, ist fraglich.

4.

Aus dem Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 geht hervor, dass der Beschwerdeführer bei seinem ehemaligen Arbeitgeber vorerst als Junior-Aussendienstmitarbeiter, danach für zwei Jahre als Aussendienstmitarbeiter gearbeitet hat. In letzterer Position hatte er gemäss Arbeitszeugnis die Gebiets- und Budgetverantwortung für das ihm zugeteilte Verkaufsgebiet inne. Weiter geht aus dem Zeugnis hervor, dass er (offenbar selbständig) Neukunden akquirierte und Verkaufspromotionen durchführte. Hinweise auf eine höhere Stellung (Kaderfunktion) mit entsprechenden Mitbestimmungsrechten gemäss Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung 2009 i.V.m. Ziff. 1.3 der Wegleitung 2008 gibt das Arbeitszeugnis indes nicht: Vielmehr bestanden die restlichen Aufgaben des Beschwerdeführers in der Umsetzung von Vorgaben und dem Reporting (d.h. der Meldung) von Informationen und Zielen an die Vorgesetzten. So oblag es dem Beschwerdeführer, Markt- und Konkurrenzinformationen weiterzuleiten, über Massnahmen und Aktionen der Verkaufstätigkeit zu informieren und Verkaufsstrategien für sein Verkaufsgebiet umzusetzen.

Die nachträglich eingereichte Funktionsbeschreibung vom 25. Januar 2008 führt auf, dass der Beschwerdeführer zusätzlich zu den im Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 aufgeführten Aufgabenbereichen auch über Mitspracherecht bei der Erarbeitung des Marketingmixes verfügt und Empfehlungen für die Bestimmung des Marketing-Instrumentariums erarbeitet habe.

Die Funktionsbeschreibung vom 27. März 2008 weicht von jener vom 5. Januar 2008 insofern ab, als aufgeführt ist, der Beschwerdeführer habe bei der Erarbeitung des Marketingmixes ein Mitbestimmungsrecht (im Gegensatz zu Mitspracherecht) gehabt.

Weitgehend dieselben Ergänzungen werden im nachträglich eingereichten Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 gemacht.

Beim Zwischenzeugnis des neuen Arbeitgebers vom 13. Oktober 2008 ist hingegen unbestritten, dass die Voraussetzungen in Bezug auf die Kaderfunktion bzw. das "klare Mitbestimmungsrecht" erfüllt sind (siehe Schreiben Erstinstanz 25. März 2009). Jedoch kann der Beschwerdeführer gestützt auf dieses Zeugnis lediglich knappe zwei Jahre Berufserfahrung geltend machen.

4.1 Sowohl im ursprünglichen Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 als auch in den später eingereichten, angepassten Dokumenten stellt sich die Frage, inwiefern der Beschwerdeführer die Anforderungen an das Kriterium der Kaderfunktion bzw. der klaren Mitbestimmung i.S.v. Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung 2009 i.V.m. Ziff. 1.3 der Wegleitung 2008 erfüllt und inwiefern die Anpassungen in den Funktionsbeschreibungen vom 25. Januar 2008 und vom 27. März 2008 sowie im Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 glaubwürdig erscheinen und somit berücksichtigt werden können. Bei der Prüfung, ob die vom Beschwerdeführer eingereichten Stellenbeschreibungen den Anforderungen entsprechen, kann nicht ausschliesslich auf die Übereinstimmung der in seinen Arbeitszeugnissen und Funktionsbeschreibungen verwendeten Terminologie mit der jeweils anwendbaren Prüfungsordnung und Wegleitung abgestellt werden. Dies wäre schon deshalb verfehlt, weil die Prüfungsordnung und die Wegleitung während des Verfahrens revidiert worden sind und die Terminologie geändert hat (altrechtlich "massgebliche Mitbestimmung" und neu "klare Mitbestimmung"). Vielmehr muss insbesondere berücksichtigt werden, ob die vom Beschwerdeführer wahrgenommenen Aufgaben in inhaltlicher Hinsicht einer Kaderfunktion bzw. klarer Mitbestimmung entsprechen.

Die Erstinstanz führt in ihrem Entscheid vom 22. Januar 2008 aus, dass das ursprüngliche Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 die üblichen Haupt- und Nebenaufgaben eines Aussendienstmitarbeiters aufführe, jedoch keinen Hinweis auf übergreifende Kompetenzen im Marketing- und Verkaufsmix gebe. In ihrer Vernehmlassung vom 11. Dezember 2008 bringt die Erstinstanz vor, dass sie an ihrer Würdigung des Arbeitszeugnisses vom 31. August 2007 festhalte. Beim ergänzten Arbeitszeugnis handle es sich um eine Gefälligkeit des ehemaligen Arbeitgebers. Das Zeugnis sei nicht angepasst worden, weil die Funktion des Beschwerdeführers tatsächlich eine andere gewesen sei. Vielmehr sei lediglich der Ausdruck "Mitbestimmung" hinzugefügt worden, was gegen Treu und Glauben verstosse.

Die Vorinstanz erachtet die gemachten Ergänzungen deshalb als unglaubwürdig, weil der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Prüfungszulassung von Anbeginn weg kein unvollständiges Arbeitszeugnis akzeptiert hätte und der Arbeitgeber seit dem Verfahren um den Mitarbeiter des Beschwerdeführers gewusst habe, wie wichtig eine korrekte Terminologie sei.

4.2 Die massgeblichen Aufwertungen des Stellenprofils in den Funktionsbeschreibungen vom 25. Januar 2008 und vom 27. März 2008 sowie im Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 erscheinen dem Gericht wenig glaubwürdig. Insgesamt entsteht beim Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 der Eindruck, dass die Tätigkeit des Beschwerdeführers zwar gewisse Entscheidkompetenzen enthielt, nicht jedoch, dass es sich dabei um eine Tätigkeit mit massgeblicher Mitbestimmung handelte. Vielmehr war der Beschwerdeführer in seiner Arbeit weisungsgebunden und hatte die Vorgaben von vorgesetzten Stellen umzusetzen. Aus dem ergänzten Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 geht hervor, dass das Stellenprofil des Beschwerdeführers im Wesentlichen beibehalten wird. Der Eindruck, wonach es sich beim Aufgabenbereich des Beschwerdeführers um einen weisungsgebundenen handelt, ändert sich demnach nicht. An diesem Umstand vermag auch der Zusatz, wonach der Beschwerdeführer Mitbestimmung bei der Erarbeitung des Marketingmixes gehabt und Empfehlungen für die Bestimmung des Marketing-Instrumentariums erarbeitet habe, nichts zu ändern. In Kombination mit den restlichen Aufgaben, welche, wie ausgeführt, weisungsgebunden waren, erscheint der im Zeugnis vom 5. Juni 2008 gemachte Zusatz nicht als Komplettierung des Stellenprofils, sondern vielmehr als wenig glaubhafte, den Vorgaben der Wegleitung entsprechende Zugabe. Im angepassten Arbeitszeugnis findet sich denn auch keine Stelle, welche die angebliche Mitbestimmung des Beschwerdeführers beschreiben bzw. konkretisieren würde. Vielmehr wurde der Text nicht an die offenbar geänderte Funktion angepasst. So geht aus dem Zeugnis nach wie vor folgendes hervor: "Herr R._____ [...] leitete wichtige Informationen rechtzeitig weiter und bezog Vorgesetzte in schwierigen Situationen mit ein. Er verstand es, eigene Ideen plausibel zu vertreten und sich an Fachdiskussionen zu beteiligen." Auch diesbezüglich bleibt der Eindruck bestehen, dass der Beschwerdeführer schwerlich über Mitbestimmungsrechte verfügte. Dies umso mehr, als dem Arbeitszeugnis entnommen werden kann, dass der Beschwerdeführer ab dem 1. April 2007 mit dem Aufbau

eines eigenen Händlernetzes für die Region Center betraut worden sei. Nach dem Gesagten muss somit davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer Aufgaben, welche ihm ein Mitbestimmungsrecht bzw. alternativ dazu Führungsverantwortung verschafften, erst ab dem 1. April 2007 übertragen wurden.

4.3 Schliesslich führen sowohl die Erstinstanz in ihrer Quadruplik vom 27. Mai 2008 sowie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, dass alle Mitglieder der Prüfungskommission langjährige Erfahrung in der Bewertung von Arbeitszeugnissen hätten und es deshalb erstaune, wenn weder der Arbeitgeber noch der Beschwerdeführer das angebliche Fehlen eines derart wichtigen Aspekts bemerkt hätten. Diese Vorbringen – insbesondere jene einer Fachbehörde – sind nachvollziehbar und für das erkennende Gericht scheint erstellt, dass der Beschwerdeführer von Anbeginn weg wohl kaum ein Arbeitszeugnis akzeptiert hätte, welches sein Stellenprofil nicht korrekt wiedergibt bzw. eine von ihm bekleidete Kaderposition nicht explizit erwähnt. Wäre ihm die angebliche Mangelhaftigkeit des Arbeitszeugnisses wider Erwarten nicht sofort aufgefallen, so hätte ohne Weiteres angenommen werden dürfen, dass er das Arbeitszeugnis spätestens bei der Zusammenstellung seiner Unterlagen für die Erstinstanz hätte anpassen lassen. Dies hat er jedoch nicht getan. Vielmehr liess er sein Stellenprofil vorerst am 25. Januar 2008 dahingehend aufwerten, dass er bei der Erstellung des Marketingmixes Mitspracherecht gehabt habe. In einem weiteren Schritt liess er sein Stellenprofil in der Funktionsbeschreibung abermals ändern, indem ihm neu bei der Erstellung des Marketingmixes Mitbestimmung attestiert wurde. Das Stellenprofil vom 27. März 2008 wurde schliesslich in das angepasste Arbeitszeugnis vom 5. Juni 2008 übernommen. Es ist daher und aufgrund des in E. 4.2 Ausgeführten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine Unterlagen nachträglich mit dem Ziel, den Vorgaben der damals anwendbaren Wegleitung 2000 zu genügen, anpassen liess, und nicht deshalb, weil sein Stellenprofil im Arbeitszeugnis vom 31. August 2007 unvollständig wiedergegeben gewesen wäre.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die vorinstanzliche Beweiswürdigung stichhaltig ist und ihr zu folgen ist. Dem Beschwerdeführer ist es – abgesehen von der Zeit zwischen dem 1. April 2007 und dem 31. August 2007 – nicht gelungen, bei seinem ehemaligen Arbeitgeber den Nachweis von Berufspraxis in einer Kaderfunktion im Absatzbereich zu erbringen.

4.4 Hingegen ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit dem 3. September 2007 eine Stelle bekleidet, welche die Anforderungen an die Kaderposition bzw. die "klare Mitbestimmung" gemäss Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung 2009 i.V.m. Ziff. 1.3 Bst. b der Wegleitung 2008 erfüllt. Soweit die Erstinstanz diesbezüglich vorbringt, dass zwischen dem Diplomerwerb und dem Prüfungsbeginn mindestens zwei Jahre vergangen sein müssten, was vorliegend nicht der Fall sei, muss festgehalten werden, dass dieses Erfordernis gemäss der nun anwendbaren Prüfungsordnung 2009 und der Wegleitung 2008 nicht mehr besteht. Insofern kann die Berufspraxis in einer Kaderfunktion ab dem Stellenantritt des Beschwerdeführers beim neuen Arbeitgeber am 3. September 2007 als gesichert angesehen werden. Bis zum Prüfungsbeginn am 11. August 2009 hätte der Beschwerdeführer demnach an der neuen Arbeitsstelle knappe zwei Jahre bzw. 23 ½ Monate Berufserfahrung erworben. Dazugerechnet werden könnte zudem die vom Beschwerdeführer gemachte Berufserfahrung vom 1. April 2007 bis zum 31. August 2007 bei seinem ehemaligen Arbeitgeber, was insgesamt fünf Monate ausmachen würde. Zusammen mit den 23 ½ Monaten qualifizierter Berufserfahrung beim neuen Arbeitgeber käme der Beschwerdeführer somit bis zum Prüfungsbeginn am 11. August 2009 auf insgesamt 28 ½ Monate Praxis in einer Kaderfunktion. Gemäss Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung wären jedoch drei Jahre bzw. 36 Monate Berufserfahrung in einer Kaderposition notwendig, um zur Prüfung zugelassen werden zu können.

Wie oben ausgeführt, kann die vom Beschwerdeführer vor dem 1. April 2007 gesammelte Berufserfahrung nicht angerechnet werden. Dies hat zur Folge, dass dem Beschwerdeführer insgesamt 7 ½ Monate Berufspraxis in einer Kaderposition fehlen, weshalb er gemäss Ziff. 3.3.1 Bst. a der Prüfungsordnung 2009 nicht zur Prüfungssession 2009 zugelassen werden kann.

5.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das vom Beschwerdeführer eingereichte Merkblatt vom Februar 2007 bezogen auf den konkreten Fall von Relevanz ist und er sich gestützt darauf allenfalls auf das Gebot der Gleichbehandlung berufen kann.

Das Merkblatt vom Februar 2007 ist trotz seiner Formulareigenschaft als behördliche Auskunft der Erstinstanz zu werten, da es eine abstrakte Rechtslage soweit konkretisiert, dass sie auf den vorliegenden

Sachverhalt grundsätzlich anwendbar ist (anstelle vieler: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, a.a.O., § 22 Rz. 13). Das Vertrauen einer Person in eine behördliche Auskunft ist gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre jedoch grundsätzlich nur dann zu schützen, wenn die Auskunft unmittelbar an die darum ersuchende Person erteilt wurde. Behördliche Auskünfte an Dritte, welche von diesen weitergeleitet werden, stellen keine genügende Vertrauensgrundlage dar, weshalb sie sich auch nicht auf das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) berufen können (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 670 mit Verweisen auf die Rechtsprechung). Ferner ist das Vertrauen einer Person in eine behördliche Auskunft nur dann zu schützen, wenn sich in der Zwischenzeit nicht die Rechtslage geändert hat (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, a.a.O., § 22 Rz. 13; BGE 119 Ib 138 E. 4e).

5.1 Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass das Merkblatt vom Februar 2007 von der Erstinstanz nicht an den Beschwerdeführer abgegeben wurde und zur Zeit der Einreichung seines Vorabklärungsgesuchs auch nicht mehr über die Internetseite von Swissmarketing abrufbar war. Vielmehr hat der Beschwerdeführer das ins Recht gelegte Merkblatt von Dritten erhalten. Soweit der Beschwerdeführer aus dem Merkblatt Rechte ableitet, kann ihm aufgrund der obigen Ausführungen nicht gefolgt werden: das Merkblatt kann für ihn keine Vertrauensgrundlage darstellen, da die darin enthaltenen Auskünfte nicht an ihn selbst erteilt wurden. Hinzu kommt, dass sich in der Zwischenzeit die Rechtslage geändert hat und die Prüfungsordnung 2009 sowie die Wegleitung 2008 das Prüfungsreglement 1993 (Ausgabe 2000) und die Wegleitung 2000 ersetzt haben.

5.2 In diesem Zusammenhang kann sich der Beschwerdeführer ebensowenig und unabhängig vom damals geltenden Recht auf das Gebot der Gleichbehandlung gemäss Art. 8 BV berufen. Während sein ehemaliger Mitarbeiter von der Erstinstanz falsch informiert und darum in seinem Vertrauen geschützt wurde, ist dies beim Beschwerdeführer nicht der Fall. Auch das Vorbringen, der ehemalige Mitarbeiter des Beschwerdeführers sei nicht gestützt auf das Merkblatt, sondern im Einklang mit dem Prüfungsreglement 1993 (Ausgabe 2000) und der Wegleitung 2000 zugelassen worden, kann nicht gehört werden. Im Gegensatz zum Beschwerdeführer wurde das Vertrauen seines ehemaligen

Mitarbeiters in das Merkblatt von der Vorinstanz geschützt. Aus diesem Grund wurde der ehemalige Mitarbeiter des Beschwerdeführers entgegen dem Wortlaut des Prüfungsreglements 1993 (Ausgabe 2000) bzw. der Wegleitung 2000 zur höheren Fachprüfung für Verkaufsleiter zugelassen. Schliesslich hat sich – wie bereits mehrmals erwähnt – in der Zwischenzeit die Rechtslage in Bezug auf die Prüfungszulassung geändert, weshalb eine neue Situation eingetreten ist und der Beschwerdeführer dadurch schon aus diesem Grund nicht mehr in seinem Vertrauen auf eine allfällige Verbindlichkeit des Merkblatts geschützt werden könnte (siehe E. 5 unten). Da das Merkblatt für den Beschwerdeführer somit keine Vertrauensgrundlage bildet, kann er sich folglich auch nicht auf den Standpunkt stellen, er sei gleich zu behandeln wie sein ehemaliger Mitarbeiter.

6.
Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

7.
Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 1 und 3 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 800.– festgelegt. Sie werden mit dem vom Beschwerdeführer am 12. November 2008 geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. Parteientschädigung wird bei diesem Verfahrensausgang keine ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in selber Höhe verrechnet.

3.
Parteientschädigung wird keine ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Gerichtsurkunde)
- die Erstinstanz (Einschreiben mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben mit Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Ronald Flury	Kaspar Luginbühl

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 5. Mai 2009