

Auszug aus dem Entscheid der Rekurskommission der Universität Bern vom 20. Juni 2013 i.S. X. gegen RW-Fakultät (B 07/13)

- 1. Die Rekurskommission hat bisher Notenverfügungen als anfechtbare Verfügungen eingestuft, wenn ein Reglement vorsieht, dass Noten von Prüfungen einzeln als Verfügungen eröffnet werden. Damit habe der Gesetzgeber spezialgesetzliche Anfechtungsobjekte geschaffen, gegen welche gemäss Art. 76 Abs. 1 UniG Beschwerde geführt werden könne (E. 1.1.1).*
- 2. Autonome Regelungen der Universität bilden jedoch keine spezialgesetzliche Grundlage. Eine strittige Einzelnoten kann folglich nur angefochten werden, wenn sie eine Verfügung im Sinne des VRPG darstellt (E. 1.1.3, E. 1.3).*
- 3. Einzelnoten stellen daher keine selbständig anfechtbaren Verfügungen dar, soweit sie lediglich Begründungselemente zur Gesamtbeurteilung sind und somit keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Betroffenen haben. Die Eröffnung einzelner – auch genügender – Noten bildet hingegen eine anfechtbare Verfügung, wenn an sie bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind, wie etwa das Bestehen, die Verleihung eines bestimmten Titels sowie Prädikats oder eine davon abhängige Weiterbildungsmöglichkeit wie Masterstudium, Doktorat oder Habilitation (E. 1.3.2).*

Sachverhalt (gekürzt):

X. studiert an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern im Bachelor das Monofach Rechtswissenschaften. Sie absolvierte die schriftliche Prüfung in der Veranstaltung Y der Dozentin Z. mit der genügenden Note 4.00. Diese Bewertung wurde der Beschwerdeführerin in der Folge auf ePUB mitgeteilt. Mit "Jährliche Notenverfügung" bezeichnetem und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenem Schreiben wurde die Note der Beschwerdeführerin sodann eröffnet. X. erhob Beschwerde bei der Rekurskommission der Universität Bern gegen die Note und beantragt eine Neubeurteilung der Prüfung sowie die Mitberücksichtigung der erteilten, aber nicht verrechneten Zusatzpunkte in der Gesamtbewertung.

Aus den Erwägungen:

1.

Gemäss Art. 76 Abs. 1 des Gesetzes über die Universität¹ beurteilt die Rekurskommission Beschwerden gegen Verfügungen der Organe der Fakultäten und der weiteren Organisationseinheiten der Universität Bern. Soweit das UniG keine besonderen Vorschriften enthält, richtet sich dabei das Verfahren nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Bern² (Art. 75 UniG). Die Rekurskommission prüft von Amtes wegen, ob dem angefochtenen Entscheid ein taugliches Anfechtungsobjekt zugrunde liegt und ein Entscheid in der Sache auszufällen ist (vgl. Art. 20a i.V.m. Art. 72 Abs. 1 VRPG).

1.1.

Anfechtungsobjekte im Verfahren vor der Rekurskommission sind demnach *Verfügungen* der in Art. 76 Abs. 1 UniG genannten Organe. Der Dekan hat als Organ der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 in Verfügungsform eröffnet, dass sie unter anderem in der Leistungskontrolle Y die Note 4.00 erzielt hatte. Dass das Schreiben als "Jährliche Notenverfügung" gekennzeichnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen ist, bedeutet aber nicht, dass es tatsächlich eine Verfügung darstellt (siehe hierzu und im Weiteren das Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts 100.2011.489U vom 20. Februar 2013 E. 1.2 ff.). Die Verfügungsform ist strikte vom *materiellen Verfügungsbegriff* zu trennen. Ob eine behördliche Handlung eine Verfügung darstellt, hängt entsprechend nicht von Äusserlichkeiten ab: Die äussere Form und die Bezeichnung einer Anordnung spielt für die Qualifikation als Verfügung keine Rolle (MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG³, 2008, Art. 5 VwVG N. 7; DERS., Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011 [nachfolgend: Verwaltungsrechtspflege], S. 109). Insbesondere ist es unerheblich, ob eine schriftliche behördliche Äusserung alle Verfügungselemente gemäss Art. 52 Abs. 1 VRPG enthält oder ob einzelne davon fehlen (Bernische Verwaltungsrechtssprechung [nachfolgend: BVR] 2011 S. 564 E. 2.3.1; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 49 VRPG N. 9).

1.1.1

Die Rekurskommission hat bisher *Notenverfügungen als Verfügungen* eingestuft. Dabei hat sie die Auffassung vertreten, durch reglementarische Vorgaben, wonach Noten von Prüfungen einzeln als Verfügungen eröffnet werden, habe die Universität im Rahmen ihrer Gesetzgebungsbefugnisse spezialgesetzliche Anfechtungsobjekte geschaffen, gegen welche gemäss

¹ Gesetz über die Universität vom 5. September 1996 (UniG; BSG 436.11).

² Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21).

³ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021)

Art. 76 Abs. 1 UniG Beschwerde geführt werden könne. Durch dieses Vorgehen habe der Gesetzgeber die Frage nach der Verfügungsqualität der eröffneten Einzelnoten abschliessend geklärt und entschieden, dass die eröffneten Einzelnoten taugliche Anfechtungsobjekte im Verwaltungsjustizverfahren seien (siehe etwa Entscheid der Rekurskommission B 6/05 E. 1.b, publiziert auf www.rekom.unibe.ch; ebenso etwa B 04/10 E. 1.2.3, B 03/10 E. 1.2.3, B 09/09 E. 1.1.3, je m.w.N.).

1.1.2

Mit Urteil 100.2011.489U vom 20. Februar 2013 hat das bernische Verwaltungsgericht bezüglich einer strittigen Einzelnote entschieden, eine Verfügung im Sinne des VRPG liege nur vor, wenn eine Verwaltungshandlung sich an Einzelne richte und eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung in verbindlicher und erzwingbarer Weise regle (siehe zitiertes Urteil, E. 1.2). Von diesem materiellen Verfügungsbegriff könne nur auf der Stufe eines Gesetzes im formellen Sinn abgewichen werden. Eine bloss reglementarische Qualifizierung einer Einzelnote als Verfügung stelle demnach keine hinreichende Grundlage dar, um losgelöst von den Strukturmerkmalen der Verfügung Anfechtungsobjekte zu schaffen (siehe zitiertes Urteil E. 1.3 ff., E. 1.6). Dies veranlasst die Rekurskommission, ihre Praxis zu überprüfen.

1.1.3

Die hier interessierende Notenmitteilung vom 11. Dezember 2012 basiert auf den Weisungen der Universitätsleitung zur Mitteilung und Verfügung von Noten⁴ sowie Art. 33 des rechtswissenschaftlichen Studienreglements⁵. Die Weisungen regeln die Mitteilung und insbesondere das Verfahren der Verfügung von mit ePUB verwalteten Noten (Art. 1 Weisungen) unter anderem wie folgt:

Art. 3 Verfügung einzelner Noten auf Verlangen

¹ Aus der E-Mail-Nachricht (Art. 2) geht hervor, dass die Studierenden, falls sie mit einer Note nicht einverstanden sind, innerhalb von 30 Tagen ab Eingang auf dem E-Mail Konto beim zuständigen Dekanat für den Major bzw. Minor bzw. für die freien Leistungen eine anfechtbare Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung verlangen können. Die Verfügung wird von der Dekanin oder vom Dekan unterschrieben. [...]

² Auf der Grundlage von ePUB können die Dekaninnen und Dekane auch ausserhalb dieser Frist rekursfähige Verfügungen mit Rechtsmittelbelehrung für einzelne Noten verfassen.

Art. 4 Jährliche Verfügung

Ende Jahr wird den Studierenden per Post eine schriftliche und von der zuständigen Dekanin oder vom zuständigen Dekan unterschriebene Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung zugestellt. [...] Diese jährliche Verfügung enthält alle Noten, über die noch keine Verfügung ergangen ist.

Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 RSL RW verweisen im Zusammenhang mit den hier interessierenden Notenmitteilungen indirekt auf den Inhalt der Weisungen:

⁴ Weisungen der Universitätsleitung zur Mitteilung und Verfügung von Noten mittels ePUB vom 27. Oktober 2006 (Weisungen).

⁵ Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 (Studienreglement RW [RSL RW]).

Art. 33 Mitteilung der Ergebnisse

¹ Der Dekan oder die Dekanin teilt den Studierenden das Gesamtergebnis der Leistungskontrollen nach Artikel 12 [sc. Einführungsstudium: Privatrecht I, Strafrecht I, öffentliches Recht I] mit und lädt sie gegebenenfalls ein, die Leistungskontrollen am nächstfolgenden Termin zu wiederholen (Art. 12 Abs. 4). Studierende, die diese Leistungskontrollen endgültig nicht bestanden haben, werden durch Verfügung des Dekans oder der Dekanin vom Weiterstudium an der Fakultät ausgeschlossen. Diese Verfügung kann mit einem Rekurs angefochten werden.

² Die Eröffnung aller übrigen Noten richtet sich nach den Beschlüssen der Universität.

³ Die Studienabschlüsse nach den Artikeln 19 und 27 werden in Form der Verfügung eröffnet.

Die Organe der Universität Bern (Universitätsleitung, Art. 34 Abs. 1 Bst. b UniG; Fakultätskollegien, Art. 34 Abs. 1 Bst. d UniG) sind nun aber nicht mit dem Gesetzgeber im formellen Sinn gleichzusetzen. Die Universität kann ihre Rechtsetzungskompetenzen nur im vom Gesetzgeber im UniG vorgegebenen Rahmen ausüben (siehe zur Universitätsleitung Art. 39 Abs 1 UniG; zu den Fakultätskollegien Art. 44 Abs. 2 Bst. b-d UniG). Die in diesem Rahmen zulässigen autonomen Regelungen (siehe zu den Weisungen Art. 39 Abs. 1 Bst. a UniG i.V.m. Art. 68 Abs. 2 Bst. c UniSt⁶; zum RSL RW Art. 44 Abs. 1 Bst. c UniG) stellen keine vom Gesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassenen formellen Gesetze dar. Es sind Erlasse eines autonomen Verwaltungsträgers (Universität) bzw. von Verwaltungseinheiten (deren Organe Universitätsleitung und Fakultätskollegium), denen lediglich Verordnungsrang zukommt (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 5 N. 4 ff., § 15 N. 1 ff., N. 5). Auf dieser Normstufe kann die Universität nicht den materiellen Verfügungsbegriff des bernischen Gesetzesrechts abändern. Vielmehr muss, wie das Verwaltungsgericht zu Recht ausführt (Urteil 100.2011.489U vom 20. Februar 2013, E. 1.3 f. und 1.6), eine spezialgesetzliche Einstufung von Verwaltungsakten, die vom materiellen Verfügungsbegriff des bernischen Rechts abweicht, auf der Stufe eines Gesetzes im formellen Sinn erfolgen. Für das Verwaltungsjustizverfahren vor der Rekurskommission müsste somit eine vom VRPG abweichende Regelung im UniG selbst enthalten sein (Art. 75 UniG). Art. 76 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 UniG legt zwar fest, dass Verfügungen der Fakultät inklusive Notenverfügungen bei der Rekurskommission angefochten werden können, sagt aber nicht, dass die Mitteilung von Noten in jedem Fall eine Verfügung darstelle. Die autonomen Regelungen der Universität Bern in Art. 3 und 4 Weisungen i.V.m. Art. 33 Abs. 1 und 2 RSL RW bilden daher keine spezialgesetzliche Grundlage zur Schaffung eines Anfechtungsobjektes unabhängig vom materiellen Verfügungsbegriff.

Es kann folglich nicht weiter im Sinne der bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen werden, die Universität habe als Gesetzgeber mit ihren autonomen Regelungen jede Mitteilung von Noten spezialgesetzlich als Verfügung qualifiziert.

⁶ Statut der Universität Bern vom 7. Juni 2011 (Universitätsstatut; UniSt).

1.3

Zusammenfassend liegt damit entgegen der bisherigen Rechtsprechung der Rekurskommission keine spezialgesetzliche Grundlage vor, um im Verfahren vor der Rekurskommission losgelöst von den Strukturmerkmalen der Verfügung Anfechtungsobjekte zu schaffen. Weder enthält das UniG eine solche Regelung, noch bilden die Art. 3 und 4 Weisungen und Art. 33 Abs. 1 und 2 RSL RW eine hinreichende gesetzliche Grundlage dafür. Die hier strittigen Einzelnoten können daher nur angefochten werden, wenn sie Verfügungen im Sinn des VRPG darstellen (siehe Art. 75 UniG). Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, bildet Gegenstand nachfolgender Erwägungen:

1.3.1

Wie das UniG enthält auch das VRPG keine Legaldefinition des Verfügungsbegriffs. In der bernischen Verwaltungsrechtspflege gilt nach Lehre und Praxis sinngemäss derjenige nach Art. 5 VwVG (vgl. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 49 VRPG N. 8; MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 109 m.w.N.; aus der Praxis etwa BVR 1995 S. 382 E. 4). Taugliche Anfechtungsobjekte im Beschwerdeverfahren vor bernischen Verwaltungsjustizbehörden – und damit auch vor der Rekurskommission (Art. 136 Abs. 1 UniV⁷) – bilden demnach grundsätzlich individuelle, an Einzelne gerichtete Hoheitsakte, durch welche eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Werden durch eine Anordnung oder einen Beschluss einer Behörde keine individuellen Rechte oder Pflichten gestaltend oder feststellend geregelt respektive werden keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt, mangelt es an einem wesentlichen Verfügungselement (vgl. BGE 135 II 328 E. 2.1 S. 331 f. [= Pra 99/2010 Nr. 27]; BVR 2011 S. 564 E. 2.3.1, 2010 S. 557 E. 2.2, eingehend 2009 S. 458 E. 3.3, 2006 S. 538 E. 1.1, je mit weiteren Hinweisen; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 49 VRPG N. 8).

1.3.2

Entsprechend stellen einzelne Fachnoten nach Rechtsprechung und Literatur *keine selbständig anfechtbaren Verfügungen* dar, soweit sie nur die (Begründungs-)Elemente sind, die zur Gesamtbeurteilung führen, und folglich – anders als die Prüfungsentscheide als solche – *keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Betroffenen* haben (vgl. zur bernischen Praxis Erziehungsdirektion des Kantons Bern [nachfolgend: ERZ] vom 15.12.1998, in: BVR 1999 S. 349 E. Ia; ebenso VGE 2010/74 vom 7.4.2010 E. 2.4.2; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., Art. 49 VRPG N. 42; vgl. auch die Übersicht und differenzierte Betrachtungsweise der bernischen Praxis bei MARTIN AUBERT, *Bildungsrechtliche Leistungsbeurteilungen im Verwaltungsprozess*, Diss. Bern 1996, S. 37 ff. und 73 ff. Im Weiteren Verwaltungsgericht des Kantons Zürich [nachfolgend: VGer ZH] vom 1.3.2006, in: Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich an den Kantonsrat [nachfolgend: RB] 2006 Nr. 4 E. 3.1; BVGE 2009/10 S. 144 E. 6.2.1; gleich auch die bundesgerichtliche Praxis, z.B. BGE 136 I 229 E. 2.2 S. 231 f. und 2.6 S. 234, zur staatsrechtlichen Beschwerde bzw. subsidiären

⁷ Verordnung über die Universität vom 12. September 2012 (UniV; BSG 436.111.1).

Verfassungsbeschwerde BGer 2P.177/2002 vom 7.11.2002 E. 5.2.2; aus der Literatur statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 862; STEPHAN HÖRDEGEN, Aktuelle Aspekte des gerichtlichen Rechtsschutzes im Volksschulrecht, in: Gächter/Jaag [Hrsg.], Das neue Zürcher Volksschulrecht, 2007, S. 65 ff., 74; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 133).

Die Eröffnung einzelner – auch genügender – (Fach-)Noten bildet aber nach Rechtsprechung und Literatur eine Verfügung und kann somit ein *selbständiges Anfechtungsobjekt* bilden, wenn an sie (insbesondere wegen der Höhe der Noten) *bestimmte Rechtsfolgen* geknüpft sind. Dies trifft insbesondere zu, wenn das Nichtbestehen zum Ausschluss von einem Studiengang führt oder ein reglementarisch vorgesehenes Prädikat beeinflusst (vgl. etwa VGer ZH 31.5.2006 [VB.2006.00030] E. 1.2; VGer ZH 7.6.2004 [VB.2004.00212] E. 2.2.1; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [nachfolgend: VPB] 61.31 E. 3.2.1; für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wiederum BGE 136 I 229 E. 2.6 S. 234; jüngst auch BGer 2D_65/2011 vom 2.4.2012 E. 2.2, 2D_9/2010 vom 13.4.2011 E. 2.2, 2D_2/2010 vom 25.2.2011 E. 2.2; vgl. hierzu aus der Literatur PATRICIA EGLI, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfällen. Aktuelle Entwicklungen, in: ZBI 2011 S. 538 ff., 547 f.; DANIEL WIDRIG, Studieren geht über Prozessieren, in: Jusletter 2.5.2011, Rz. 28 ff.; zum Ganzen siehe auch AUBERT, a.a.O., S. 31 ff. und 71 ff. Ebenso hat die Rekurskommission in früheren Verfahren entschieden: Siehe etwa Entscheide B 1/99 E. 1.a und B 27/99 E. 3, beide teilweise publiziert auf www.rekom.unibe.ch). Umgekehrt liegt keine Verfügung vor, wenn eine Note keinen Einfluss auf den Studienabschluss hat.

Dabei gilt es für die Rekurskommission zu beachten, dass die einschlägigen Reglemente der Universität Bern den Studierenden regelmässig einen rechtlichen Anspruch auf einen bestimmten Abschluss (etwa Verleihung des Bachelor-/Mastergrades und Ausstellung einer Urkunde mit entsprechendem Titel) und auf ein bestimmtes Prädikat (etwa zwischen "rite" und "summa cum laude") verleihen, wenn sie dafür gewisse, reglementarisch vorgeschriebene Noten erreichen. Die Studierenden haben insofern einen Rechtsanspruch auf Erteilung desjenigen Prädikats, das ihrem Notendurchschnitt entspricht (vgl. BGE 136 I 229 E. 3.3 S. 235). Da im Zeitpunkt des Abschlusses die zu Grunde liegenden Einzelnoten nicht mehr überprüft werden können, entfalten diese zweifellos Rechtswirkung in Fällen, in denen sie letztlich Einfluss auf die Rechtsstellung des Betroffenen – d.h. das Bestehen, die Verleihung eines bestimmten Titels sowie Prädikats oder eine davon abhängige Weiterbildungsmöglichkeit (etwa Masterstudium, Doktorat, Habilitation) – haben. Davon zu unterscheiden wäre die Situation, in welcher eine Einzelnote nicht rechtliche, sondern bloss faktische Nachteile wie schlechtere Anstellungschancen auf dem Arbeitsmarkt mit sich bringen würde. Nach dem Konzept und der Systematik der einschlägigen Studienreglemente kann aber in der Regel jede Note – allenfalls die letzten Noten eines Studienabschnittes ausgenommen – das Bestehen, das Prädikat und davon abhängige Weiterbildungsmöglichkeiten beeinflussen. Es ist unter diesen Umständen regelmässig nicht ausgeschlossen, dass sich eine Einzelnote tatsächlich auf das

Bestehen, die Verleihung eines bestimmten Titels sowie Prädikats oder eine davon abhängige Weiterbildungsmöglichkeit auswirken könnte. Diese Möglichkeit genügt angesichts der Tatsache, dass eine beschwerdeführende Partei die entsprechende Note später im relevanten Zeitpunkt nicht mehr in Frage stellen kann, trotz ihres hypothetischen Charakters, um eine rechtliche Wirkung von Einzelnoten regelmässig zu bejahen (vgl. Entscheid der Rekurskommission B 9/11 E. 1.2.2.b). Daher stellen diese Verfügungen dar und müssen im Sinne der Weisungen der Fakultät und entsprechender Regelungen in den Studienreglementen auf Begehren hin oder mindestens jährlich als solche eröffnet werden.

1.3.3

Nach dem Gesagten müssen daher im konkreten Fall nach den Vorbringen der Beschwerdeführenden klare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die angefochtene (genügende oder ungenügende) Einzelfachnote in besonderer Weise geeignet ist, eine *rechtliche Wirkung* zu zeitigen etwa im Hinblick auf ihre Bedeutung für die abschliessende Qualifikation der Kandidatin oder des Kandidaten anlässlich des Studienabschlusses (vgl. auch Entscheide der Rekurskommission B 09/04 E. 1.c, B 21/03 E. 1.a). [...]