

## 14.006 Aufschiebende Wirkung

Entscheid der Beschwerdekommision FHNW vom 17. Juni 2014

- Nach der Praxis des Bundesgerichts ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung lediglich die Vollziehbarkeit oder aber auch die Wirksamkeit hemme. Das Bundesgericht hält fest, dass einer der wesentlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung der Streitfrage darin bestehe, dass „der durch die aufschiebende Wirkung ausgelöste Schwebezustand dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zum Schaden des Beschwerdegegners einen Vorteil einbringen darf“ (BGE 112 V 74 E. 2c m.H. auf Gygi, Bundesverwaltungspraxis, S. 245; BGE 106 Ia 160) (Erw. 2.2.)
- Sinn der aufschiebenden Wirkung ist es in Fällen wie dem vorliegenden, den Studierenden trotz Einreichung einer Beschwerde die Möglichkeit zu geben, weiterhin am Studium teilzunehmen. Hätte die PH FHNW den Erwerb weiterer Kreditpunkte während der Dauer des hängigen Verfahrens verhindern wollen, wäre es, an ihr gewesen, den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu beantragen oder wahlweise den nur in den Erwägungen des Einspracheentscheids vom 10. Juni 2013 enthaltenen Hinweis, wonach allfällige nach dem 27. März 2013 erbrachten Studienleistungen bei Abweisung des Einspracheentscheids vom 27. März 2013 erbrachten Studienleistungen bei Abweisung der Beschwerde nicht angerechnet werden könnten, ausdrücklich in das Dispositiv des Einspracheentscheids aufzunehmen (Erw. 2.3.3.2.)

### **Aus den Erwägungen:**

1.

Gemäss § 33 Abs. 5 Staatsvertrag FHNW können mit der Beschwerde alle Mängel des Verfahrens und der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden. Bei Beschwerden gegen Prüfungsentscheide ist die Rüge der Unangemessenheit der Bewertung jedoch ausgeschlossen.

2.

2.1.

2.1.1.

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe während der Dauer des damaligen Beschwerdeverfahrens ordnungsgemäss am Studium teilgenommen, da ihre Beschwerde gegen den Entscheid des Nichtbestehens der Wiederholung des Leistungsnachweises Fachdidaktik Französisch aufschiebende Wirkung gehabt habe. In dieser Zeit habe sie drei weitere Fächer (Interdisziplinäres Thea 1 Lead Sachunterricht [Gesundheit], Mentorat 2.3 und Reflexionsseminar 4 [inkl. Praxisprojekt Museum BL]) abgeschlossen und die Bachelorarbeit geschrieben.

Für die erbrachten Leistungen habe sie die noch fehlenden 20 von 180 Kreditpunkten im Frühjahrsemester 2013 erworben. Die Ausschlussverfügung vom 17. Februar 2014 werde angefochten, weil sie den Zeitpunkt der Exmatrikulation auf den 27. März 2013 zurückdatiere und die während des Verfahrens ordnungsgemäss erbrachten Leistungen nachträglich aberkennen wolle. Die Ausschlussverfügung sei somit im Hinblick auf die Kreditpunkte anzupassen.

2.1.2.

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, das Prozessrecht diene der Verwirklichung des materiellen Rechts. Sinn der aufschiebenden Wirkung sei es, die von einem Rechtsmittelverfahren betroffenen Parteien vor der während dem Verfahren bestehenden Rechtsunsicherheit zu schützen. Die obsiegende Partei solle davor geschützt werden, dass ihr bei Gutheissung ihrer Begehren Nachteile aus dem Rechtsmittelverfahren erwachsen würden. Aus diesem Grundsatz ergebe sich im Umkehrschluss aber auch, dass der unterliegenden Partei aus der Erhebung eines Rechtsmittels keine ungerechtfertigten Vorteile erwachsen dürften. Bei Einsprachen und Beschwerden gegen Ausschlüsse aus dem Studium ermögliche die aufschiebende Wirkung den Studierenden die Weiterführung des Studiums. Falls sich der Ausschluss nach der Klärung der Streitigkeit im Rechtsmittelverfahren als ungerechtfertigt erweise, könnten die erlangten Leistungen angerechnet werden. Im vorliegenden Verfahren sei aber die Beschwerdeführerin im Rechtsmittelverfahren unterlegen, deshalb sei die PH FHNW als obsiegende Partei vor für sie negativen Folgen des Rechtsmittelverfahrens zu schützen. Es gelte insbesondere zu

verhindern, dass es sich für die Studierenden lohne, aussichtslose Rechtsmittel zu ergreifen. Durch die Anrechnung der während des Rechtsmittelverfahrens erlangten Kreditpunkte würde der Beschwerdeführerin ein unzulässiger Vorteil entstehen. Die Beschwerdeführerin hätte ihr Studium bei Anrechnung der Leistungen so gut wie abgeschlossen und müsste nach Ablauf der Karenzfrist nur noch den fehlenden Leistungsnachweis erbringen. Somit hätte sie aus der Beschreitung des Rechtsweges, trotz Unterliegens im Rechtsmittelverfahren, einen Vorteil erlangt. Sie hätte nämlich vor Ablauf der Karenzfrist bereits zahlreiche Studienleistungen und Leistungsnachweise erbracht und sich dadurch den Aufwand einer Wiedereinarbeitung in den Lernstoff samt erneuter Erbringung der Leistungen nach Ablauf der Karenzfrist erspart. Eine derartige Anwendung von § 46 VRPG würde Sinn und Zweck von Ausschluss und Karenzfrist ad absurdum führen.

Die Beschwerdeführerin sei bereits im Einspracheentscheid vom 10. Juni 2013 ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass bei Unterliegen nach dem 27. März 2013 erlangte Kreditpunkte nicht angerechnet werden könnten. Die Beschwerdeführerin sei sich bewusst gewesen, dass die Fortführung des Studiums während der Dauer der aufschiebenden Wirkung unter dem Risiko einer allfälligen Nichtanrechnung der erbrachten Leistungsnachweise gestanden habe. Die Nichtanrechnung der nach dem 27. März 2013 erbrachten Leistungen stelle keine Bestrafung dar, sondern sei lediglich die logische Folge des Unterliegens im Rechtsmittelverfahren.

Die rückwirkende Aufhebung der aufschiebenden Wirkung sei nicht willkürlich, da sie sich auf Gesetz und Rechtsprechung stütze und vernünftige Gründe für die rückwirkende Aufhebung der aufschiebenden Wirkung und die damit verbundene Nichtanrechnung von nach dem 27. März 2013 erbrachten Leistungen bestünden. Die Ausgestaltung der aufschiebenden Wirkung sei daher gemäss Lehre und Rechtsprechung im Einzelfall durch Auslegung zu beurteilen. Vorliegend rechtfertige sich die rückwirkende Aufhebung der aufschiebenden Wirkung aufgrund der ungerechtfertigten Vorteile, die eine Anrechnung der Punkte ergeben würde. Zudem sei die Nichtanrechnung von während der Dauer der aufschiebenden Wirkung erlangten Punkten bei Unterliegen im Rechtsmittelverfahren gängige Praxis an der PH FHNW.

Für die PH FHNW hätten keine Gründe bestanden, einen Entzug der aufschiebenden Wirkung zu beantragen. Dass es ihr erlaubt worden sei weiter zu studieren, sei im Interesse der Beschwerdeführerin geschehen. Im Falle des Obsiegens im Rechtsmittelverfahren wären ihr die nach dem 27. März 2013 erbrachten Leistungen kreditiert worden. Sie sei aber bereits im Einspracheentscheid vom 10. Juni 2013 auf die Folgen eines Unterliegens hingewiesen worden und sich somit des Risikos der Nichtanrechnung bewusst gewesen.

## 2.2.

Nach § 46 VRPG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, wenn nicht aus wichtigen Gründen im angefochtenen Entscheid oder durch besondere Vorschrift etwas anderes bestimmt wird (Abs. 1). Die Beschwerdeinstanz oder das ihr vorsitzende Mitglied prüft, ob eine gegenteilige Anordnung oder andere vorsorgliche Massnahmen zu treffen sind (Abs. 2).

Was die Folgen der aufschiebenden Wirkung anbelangt, nimmt ein Teil der Lehre an, dass die aufschiebende Wirkung grundsätzlich die Wirksamkeit einer Verfügung schlechthin und nicht bloss die Vollstreckbarkeit hemme (Häner Isabelle, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZBl 1997, 2. Halbband, S. 253 ff., N. 179 m.w.H.). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist demgegenüber von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung lediglich die Vollziehbarkeit oder aber auch die Wirksamkeit hemme. Es sei davon auszugehen, welchen Zwecken die aufschiebende Wirkung vernünftigerweise dienen solle. Es stelle sich dann, wenn der Entscheid anders als das durch die aufschiebende Wirkung angeordnete Rechtsregime laute, die Frage der Rückabwicklung. Dabei sei auf den Einzelfall und die materiell- und prozessrechtliche Lage abzustellen. Das Bundesgericht hält fest, dass einer der wesentlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung der Streitfrage darin bestehe, dass „der durch die aufschiebende Wirkung ausgelöste Schwebezustand dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zum Schaden des Beschwerdegegners einen Vorteil einbringen darf“ (BGE 112 V 74 S. 76 E. 2c m.H. auf Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 245; BGE 106 Ia 160).

## 2.3.

### 2.3.1.

Die von der Beschwerdeführerin am 2. Juli 2013 gegen die ungenügende Bewertung der Wiederholung des Leistungsausweises Fachdidaktik Französisch angehobene Beschwerde hatte gemäss § 46 Abs. 1 VRPG von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung. 2.3.2. Bevor auf die Folgen der aufschiebenden Wirkung näher einzugehen ist, ist vorab zu klären, was im konkreten Fall Gegenstand der aufschiebenden Wirkung war. Dr. A. veröffentlichte zwar am 27. März 2013 im Evento einzig die Note 3.5 der wiederholten schriftlichen Arbeit in Fachdidaktik Französisch mit Rechtsmittelbelehrung. Ein Hinweis auf den Studienausschluss fehlte und wurde formell erst im Rekursentscheid vom 1. Mai 2013 verfügt. Daraus könnte gefolgert werden, dass sich die aufschiebende Wirkung lediglich auf die ungenügende Bewertung der Arbeit beziehen könne. Es ist aber zu berücksichtigen, dass gemäss § 10 der Studien- und Prüfungsordnung der PH FHNW die Fortsetzung des Studiums im betreffenden Studiengang an der PH FHNW nicht mehr zulässig ist, wenn eine Wahlpflichtmodulgruppe auch bei Wiederholung des Leistungsnachweises nicht bestanden wird und keine Möglichkeit besteht, an ihrer Stelle eine andere Modulgruppe erfolgreich zu absolvieren (Abs. 2). Daraus ergibt sich, dass ein Studienausschluss in diesem Fall bei Nichtbestehen der Wiederholung eines Leistungsnachweises ex lege erfolgt. Eine formelle Verfügung, wie sie die PH FHNW im Rekursentscheid verfügt hatte, war insofern überflüssig. Ist aber der Studienausschluss mit Veröffentlichung der ungenügenden Note der Wiederholung der Arbeit ex lege eingetreten, muss sich die aufschiebende Wirkung der von der Beschwerdeführerin eingereichten Beschwerde auch auf den Studienausschluss beziehen.

### 2.3.3.

#### 2.3.3.1.

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ermöglichte es der Beschwerdeführerin, weiterhin ordentlich am Studium teilzunehmen und damit auch weitere Kreditpunkte zu erwerben. Mit der Verfügung vom 17. Februar 2014 verfügte der Institutsleiter, dass ihr die erworbenen Kreditpunkte nicht angerechnet werden könnten. Dabei handelt es sich um eine Rückabwicklung der aufschiebenden Wirkung der nun mit Entscheid der BK FHNW vom 18. Dezember 2014 abgewiesenen Beschwerde. Es ist

aber fraglich, inwiefern die vorliegend infolge der aufschiebenden Wirkung entstandenen Rechtswirkungen überhaupt rückabgewickelt werden können.

#### 2.3.3.2.

Sinn der aufschiebenden Wirkung ist es in Fällen wie dem vorliegenden, den Studierenden trotz Einreichung einer Beschwerde die Möglichkeit zu geben, weiterhin am Studium teilzunehmen, so dass sie sich im Falle der Gutheissung einer Beschwerde nicht mit einer unverschuldeten Verlängerung des Studiums konfrontiert sehen. Sinnvoll ist diese Folge aber auch deshalb, weil es im Interesse aller Akteure (Studierende, Trägerkantone, FHNW) liegt, die teuren Ausbildungsplätze nicht länger als nötig zu beanspruchen. Die Beschwerdeführerin konnte folglich während der Dauer des Verfahrens weiterhin ordentlich die PH FHNW besuchen. In Bezug auf die Frage des Schulbesuchs muss festgestellt werden, dass dieser naturgemäss nicht rückgängig gemacht und folglich auch nicht rückabgewickelt werden kann. Gleiches muss demzufolge auch für die entrichtete Studiengebühr gelten, welche somit auch nicht zurück verlangt werden kann.

Wenn nun die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin gemäss Verfügung vom 17. Februar 2014 die während der Dauer des aufgrund der aufschiebenden Wirkung zulässigen Schulbesuchs regelkonform erworbenen Kreditpunkte rückwirkend nicht anrechnet und damit einhergehend die aufgrund der aufschiebenden Wirkung eingetretenen Folgen für diesen Bereich rückgängig machen will, würde dies nachträglich zu einer teilweisen Wirksamkeit der aufschiebenden Wirkung *ex tunc* führen. Eine solche teilweise Wirksamkeit *ex tunc* wird - soweit ersichtlich - vom Bundesgericht auch nicht fallweise zugestanden.

Hätte die PH FHNW den Erwerb weiterer Kreditpunkte während der Dauer des hängigen Verfahrens verhindern wollen, wäre es, entgegen der Ansicht der PH FHNW in ihrer Stellungnahme, an ihr gewesen, den, jedenfalls teilweisen (bezüglich des Erwerbs weiterer Kreditpunkte), Entzug der aufschiebenden Wirkung zu beantragen oder wahlweise den nur in den Erwägungen des Einspracheentscheids vom 10. Juni 2013 enthaltenen Hinweis, wonach allfällige nach dem 27. März 2013 erbrachten Studienleistungen bei Abweisung der Beschwerde nicht angerechnet werden könnten, ausdrücklich in das Dispositiv des Einspracheentscheids

aufzunehmen. Daran vermag auch die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte gängige Praxis der PH FHNW, wonach die während der Dauer der aufschiebenden Wirkung erlangten Punkte bei Unterliegen im Rechtsmittelverfahren nicht angerechnet werden, nichts zu ändern. Die Nichtanrechnung der während der Dauer der aufschiebenden Wirkung erworbenen Kreditpunkte wird zudem auch nicht in der Prüfungs- und Studienordnung der PH FHNW als Folge verankert. Es fehlt somit auch eine gesetzliche Regelung für eine derart weitgreifende Folge. Die Nichtanrechnung der von der Beschwerdeführerin während der Dauer der aufschiebenden Wirkung erworbenen Kreditpunkte ist somit rechtswidrig. Entsprechend sind der Beschwerdeführerin die während der Dauer der aufschiebenden Wirkung erlangten Kreditpunkte anzurechnen und die Beschwerde ist entsprechend gutzuheissen.

Die PH FHNW wird darauf hingewiesen, dass sie, sollte sie an ihrer jetzigen Praxis der Nichtanrechnung von während der Dauer der aufschiebenden Wirkung erworbenen Kreditpunkten festhalten wollen, sie dafür eine klare Bestimmung in die Prüfungs- und Studienordnung aufzunehmen hat oder in einem konkreten Fall den teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung zu beschliessen oder im Beschwerdeverfahren zu beantragen hätte.

3.

Nachdem die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 19. Mai 2014 bestätigt hat, dass der Beschwerdeführerin bis zum 27. März 2014 160 Kreditpunkte zustehen würden, ist festzustellen, dass der Beschwerdeführerin insgesamt 180 Kreditpunkte anzurechnen sind.

4.

...

5.

...