



<b>Fall-Nr.:</b>	B 2021/94
<b>Stelle:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Rubrik:</b>	Verwaltungsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	16.09.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	26.07.2021

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 26.07.2021**

**Berufsbildungsrecht, Vertrauensschutz, Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 der Verordnung über die Durchführung des Qualifikationsverfahren der beruflichen Grundausbildung 2020 im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Art. 9 BV. Mit dem Wegfallen der Erfahrungsnoten des zweiten Semesters 2019/2020 und der Schlussprüfungen änderte sich die ursprüngliche Ausgangslage für Repetierende des Qualifikationsverfahrens 2020 im Frühjahr 2020 entscheidend. Während für Repetierende ohne Schulbesuch die Möglichkeit bestand, das Qualifikationsverfahren 2020 mit Fachgesprächen zu absolvieren, stand für jene, die sich für die Repetition mit Schulbesuch entschieden und im ersten Semester 2019/2020 ungenügende Zeugnisnoten erzielt hatten, bereits fest, dass sie das Qualifikationsverfahren 2020 nicht bestanden hatten. Die unvorhersehbare Rechtsänderung traf sie in schwerwiegender Weise, und es gab für sie keine Möglichkeit zur Anpassung an die neue Rechtslage. Das Fehlen einer Übergangsregelung für die von der neuen Regelung unmittelbar betroffenen Repetierenden mit der Möglichkeit des nachträglichen Wechsels auf die Variante ohne Schulbesuch stellt daher einen Verstoß gegen den verfassungsmässigen Grundsatz des Vertrauensschutzes dar. Zudem ist für die getroffene Unterscheidung bei den Repetierenden kein vernünftiger Grund erkennbar, weshalb auch eine rechtsungleiche Behandlung vorliegt (Verwaltungsgericht, B 2021/94).**

**Entscheid vom 26. Juli 2021**

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Bietenharder, Verwaltungsrichter Engeler; Gerichtsschreiberin Schmid Etter

Verfahrensbeteiligte



St.Galler Gerichte

A.\_\_,

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Senta Cottinelli, Cottinelli Advokatur & Notariat GmbH, Rosenbergstrasse 60, 9001 St. Gallen,

gegen

**Bildungsdepartement des Kantons St. Gallen,** Davidstrasse 31, 9001 St. Gallen,

**Vorinstanz,**

und

**Kantonaler Gewerbeverband,** Oberer Graben 12, Postfach, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegner,**

Gegenstand

**Qualifikationsverfahren als Detailhandelsfachmann EFZ**

**Bewirtschaftung Nahrungs- und Genussmittel**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

A.\_\_, geb. 1998, bestand das Qualifikationsverfahren zum Detailhandelsfachmann Bewirtschaftung Nahrung und Genussmittel mit Eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ) im Frühjahr 2019 nicht, weshalb er ab August 2019 das fünfte und sechste Semester am Berufs- und Weiterbildungszentrum X.\_\_ wiederholte, als Repetent mit Schulbesuch ohne Lehrvertrag. In den zu wiederholenden Qualifikationsbereichen Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch erzielte er im fünften Semester die Note 3.5 und im sechsten Semester die Note 4.5 (act. 3/4). Aufgrund der coronabedingt



## St.Galler Gerichte

erlassenen Bestimmungen für das Qualifikationsverfahren 2020 fanden keine Schlussprüfungen statt.

### **B.**

Am 22. Juni 2020 teilte der Kantonale Gewerbeverband A.\_\_ den Notenausweis der beruflichen Grundbildung mit, gestützt auf welchen ihm das Eidgenössische Fähigkeitszeugnis nicht erteilt wurde (act. 3/3). In den Qualifikationsbereichen Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch wurde auf die ungenügenden Noten (3.5) des fünften Semesters abgestellt, was zum ungenügenden Mittelwert Schule von 3.8 führte.

### **C.**

Mit Schreiben seiner Rechtsvertreterin vom 7. Juli 2020 erhob A.\_\_ gegen die nicht bestandene Wiederholungsprüfung Rekurs beim Bildungsdepartement mit dem Antrag, der Prüfungsentscheid vom 22. Juni 2020 sei aufzuheben, es sei eine neue Notenverfügung mit der Note 4.0 für die Qualifikationsbereiche Lokale Landessprache und Englisch auszustellen. Dem Rekurrenten sei sodann das Eidgenössische Fähigkeitszeugnis als Detailhandelsfachmann Bewirtschaftung Nahrung und Genussmittel auszustellen, eventualiter sei innerhalb von zwei Monaten eine alternative Prüfungsform durchzuführen (act. 8/1). Das Bildungsdepartement wies den Rekurs mit Entscheid vom 1. April 2021 ab (act. 2).

### **D.**

A.\_\_ (Beschwerdeführer) erhob gegen den Entscheid des Bildungsdepartements (Vorinstanz) vom 1. April 2021 mit Eingabe vom 26. April 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, ihm eine Notenverfügung mit der Note 4.0 für die Qualifikationsbereiche Lokale Landessprache und Englisch sowie das Eidgenössische Fähigkeitszeugnis als Detailhandelsfachmann Bewirtschaftung Nahrung und Genussmittel auszustellen; eventualiter sei innert zweimonatiger Frist eine alternative Prüfungsform durchzuführen (act. 1).

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 27. Mai 2021 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers und verwies zur Begründung auf ihren Entscheid vom 1. April 2021 (act. 7). Mit Eingabe vom 31. Mai 2021 verzichtete der Kantonale Gewerbeverband (Beschwerdegegner) auf eine Vernehmlassung (act. 10).

Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Begründung seiner Anträge sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.



### Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

#### 1. Eintreten

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Als Adressat des angefochtenen Entscheids ist der im Rekursverfahren unterlegene Beschwerdeführer zur Erhebung des Rechtsmittels berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 1. April 2021 wurde mit Eingabe vom 26. April 2021 rechtzeitig erhoben und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### 2. Rechtsgrundlagen

##### 2.1. Rückwirkung

Aus dem Rechtsstaatsprinzip, das in Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) verankert ist, wird unter anderem das Gebot der Rechtssicherheit abgeleitet. In einem Rechtsstaat ist alles staatliche Handeln an das Recht, d.h. an generell-abstrakte Normen, gebunden. Damit soll die rechtsgleiche Behandlung und die Rechtssicherheit im Sinne der Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns gewährleistet werden (Haller/Köiz/Gächter, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. 2013, Rz. 452). Rückwirkende Erlasse begründen Rechte und Pflichten aufgrund von Sachverhalten, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Erlasses bereits abgeschlossen waren. Die Betroffenen konnten im Zeitpunkt der Verwirklichung dieser Sachverhalte nicht voraussehen, dass ihr Verhalten bestimmte Rechtsfolgen hat, sondern durften darauf vertrauen, dass es nach dem damals geltenden Recht beurteilt wird.

Rückwirkende Erlasse können deshalb im Widerspruch zum Gebot der Rechtssicherheit stehen. Es besteht auch ein Spannungsfeld zum Legalitätsprinzip, da bereits Geschehenes nicht nach dem im Zeitpunkt des Geschehens geltenden Recht beurteilt wird.

Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht hat. Diese Form der Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig und gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise möglich (vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 266 ff.). Von unechter Rückwirkung wird gesprochen, wenn der



Gesetzgeber bei der Anwendung neuen Rechts auf Verhältnisse abstellt, die zwar noch unter der Herrschaft des alten Rechtes entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber noch andauern (sog. zeitlich offene Dauersachverhalte) oder wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorlagen (sog. Rückanknüpfung). Ein solcher Wechsel des rechtlichen Regimes ist grundsätzlich zulässig, da die Rechtsunterworfenen, soweit sie nicht über wohlverworbene Rechte verfügen, mit der Änderung der sie betreffenden Vorschriften rechnen müssen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 279 ff.; P. Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 112 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 203). Die Anwendung neuen Rechts kann allerdings auch mit dem in Art. 9 BV statuierten Grundsatz des Vertrauensschutzes kollidieren, wonach Private Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörde geschützt zu werden. Zwischen dem Prinzip des Vertrauensschutzes und dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit besteht ein Spannungsverhältnis (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 626). In der Regel stellen Rechtssetzungsakte keine Vertrauensgrundlage dar. Das Prinzip des Vertrauensschutzes kann jedoch dann angerufen werden, wenn jemand durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwerwiegender Weise in seinen auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen wird und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 641). Rechtshandlungen, die unter altem Recht vorgenommen wurden, dürfen grundsätzlich nur mit Rechtswirkungen verbunden werden, mit denen die Betroffenen damals auch rechnen mussten und konnten (BGer 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 E. 4.6). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht in solchen Fällen Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung (vgl. BGE 145 II 140 E. 4).

### **2.2. Rechtsgleiche Behandlung**

Nach ständiger Rechtsprechung ist der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 BV verletzt, wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, welche sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit wird insbesondere dann verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- beziehungsweise Ungleichbehandlung auf eine wesentliche



Tatsache bezieht (anstelle vieler BGer 2C\_578/2018 vom 4. Februar 2019 E. 5.2 mit Hinweis auf BGE 131 V 107 E. 3.4.2).

### **2.3. Gesetzeslücke**

Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine sachlich befriedigende zu entnehmen ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 206). Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben; unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung indes grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 136 III 96 E. 3.3 mit Hinweisen).

### **2.4. Rechtsgrundlagen Qualifikationsverfahren**

#### **2.4.1. Übliches Qualifikationsverfahren**

Die Berufsbildung ist eine gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt (Sozialpartner, Berufsverbände, andere zuständige Organisationen und andere Anbieter der Berufsbildung; Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung, SR 412.10, BBG). Die berufliche Grundbildung besteht aus Bildung in beruflicher Praxis, allgemeiner und berufskundlicher schulischer Bildung sowie Ergänzung der Bildung in beruflicher Praxis und schulischer Bildung, wo die zu erlernende Berufstätigkeit dies erfordert (Art. 16 Abs. 1 BBG). Das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) erlässt Bildungsverordnungen für den Bereich der beruflichen Grundbildung (Art. 19 Abs. 1 BBG). Es erlässt sie auf Antrag der Organisationen der Arbeitswelt oder, bei Bedarf, von sich aus. Die beruflichen Qualifikationen werden nachgewiesen durch eine Gesamtprüfung, eine Verbindung von Teilprüfungen oder durch andere vom SBFI anerkannte Qualifikationsverfahren (Art. 33 BBG). Der Bundesrat regelt die Anforderungen an die Qualifikationsverfahren. Er stellt die Qualität und die Vergleichbarkeit zwischen den Qualifikationsverfahren sicher. Die in den Qualifikationsverfahren verwendeten Beurteilungskriterien müssen sachgerecht und transparent sein sowie die Chancengleichheit wahren (Art. 34 Abs. 1 BBG). Wiederholungen von Qualifikationsverfahren sind höchstens zweimal möglich. Bereits früher bestandene Teile müssen nicht wiederholt werden (Art. 32 der Verordnung über die Berufsbildung, SR 412.101, BBV). Im Qualifikationsverfahren weisen die Lernenden



nach, dass sie die im Schulplan konkretisierten Bildungsziele erreicht haben (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung des SBFI über die Mindestvorschriften für die Allgemeinbildung in der beruflichen Grundbildung, SR 412.101.241, MiVo). Wird für eine Wiederholung die Berufsfachschule nicht mehr besucht oder weniger als ein Jahr erneut besucht, so bleiben die Erfahrungsnote und die Note für die Vertiefungsarbeit bestehen (Art. 13 Abs. 2 MiVo). Wiederholt eine lernende Person während mindestens eines weiteren Jahres den Unterricht in der Allgemeinbildung, so zählen für die Erfahrungsnote nur die neu erzielten Noten (Art. 13 Abs. 3 MiVo).

In der Ausbildung zur Detailhandelsfachfrau / zum Detailhandelsfachmann EFZ gibt es Abweichungen von diesen Regelungen. Der allgemein bildende Unterricht behandelt beruflich und gesellschaftlich relevante Grund-, Gegenwarts- und Zukunftsfragen. Er bezieht die Erfahrungen der Detailhandelsfachleute mit ein (Art. 11 der Verordnung des SBFI über

die berufliche Grundbildung Detailhandelsfachfrau / Detailhandelsfachmann mit EFZ, SR 412.101.220.03, BiVo). Die Allgemeinbildung wird somit im berufskundlichen Unterricht integriert vermittelt. Abweichend von anderen Berufslehrgängen ergibt sich sodann aus der Vertiefungsarbeit, in der Ausbildung zur Detailhandelsfachfrau / zum Detailhandelsfachmann als selbständige Arbeit bezeichnet, keine eigenständige Note. Die selbständige Arbeit wird im fünften Semester erstellt und fliesst in die Erfahrungsnote des Fachbereichs Gesellschaft ein. Die Abschlussprüfung ist bestanden, wenn der Mittelwert der Qualifikationsbereiche Praktische Arbeiten und Detailhandelskenntnisse mit der Note 4 oder höher bewertet wird *und* der Mittelwert der Qualifikationsbereiche Lokale Landessprache, Fremdsprache, Wirtschaft und Gesellschaft mit der Note 4 oder höher bewertet wird (Art. 20 Abs. 1 BiVo). Wird die Abschlussprüfung ohne erneuten Besuch der Berufsfachschule wiederholt, so werden die genügenden Erfahrungsnoten beibehalten. In Qualifikationsbereichen mit ungenügenden Erfahrungsnoten zählt die schriftliche Prüfung doppelt (Art. 21 Abs. 2 BiVo).

### **2.4.2. Qualifikationsverfahren 2020**

Aufgrund der epidemiologischen Lage, die Mitte März 2020 zum Lockdown mit Homeschooling führte, erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BBG am 16. April 2020 die Verordnung über die Durchführung der Qualifikationsverfahren der beruflichen Grundbildung 2020 im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 412.101.243, Covid-19-Grundbildungsverordnung). Zwecks Sicherstellung der Durchführung des Qualifikationsverfahrens 2020 unter Einhaltung der Empfehlungen



des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und soziale Distanz legte der Bundesrat in Art. 1 Abs. 3 der Covid-19-Grundbildungsverordnung fest, dass das Qualifikationsverfahren 2020 in Abweichung von den Prüfungsbestimmungen der BiVo und der MiVo stattfindet. Grundlage für die Durchführung des Qualifikationsverfahrens 2020 der beruflichen Grundbildung waren die von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt gemeinsam erlassenen Richtlinien (nachfolgend: SBFI-Richtlinien), die sicherstellen sollten, dass die Qualifikationsverfahren 2020 eine Überprüfung der praktischen, fachlichen und allgemeinbildenden Kompetenzen erlauben (Art. 2 der Covid-19-Grundbildungsverordnung).

Die vom SBFI gleichentags publizierten Richtlinien sahen in Ziff. 8.1.1 und 8.2.1 vor, dass in den schulischen Qualifikationsbereichen Allgemeinbildung und Berufskennnisse keine Abschlussprüfungen stattfinden und die bis Ende des ersten Semesters 2019/2020 erzielten Semesterzeugnisnoten in die Beurteilung einfließen (also die Noten des dritten bis fünften Semesters). Als Spezialfall galten unter anderem Repetentinnen und Repetenten. Für den Qualifikationsbereich Berufskennnisse wurde für diese vorgesehen, zum Generieren der Note anstelle der Erfahrungsnoten ein Fachgespräch durchzuführen. Es durften keine Erfahrungsnoten aus vorhergehenden Qualifikationsverfahren beigezogen werden. Für den Qualifikationsbereich Allgemeinbildung galt der Mittelwert aus der seit dem letzten Qualifikationsverfahren neu erworbenen Erfahrungsnote und der Vertiefungsarbeit (Ziff. 10.2 der SBFI-Richtlinien). Für berufliche Grundbildungen, in welchen nach den Bestimmungen der Bildungsverordnung die Allgemeinbildung integriert im berufskundlichen Unterricht vermittelt wird – so im Bereich Detailhandel –, sollten individuelle Lösungen gesucht und definiert werden, die dem übergeordneten gesamtschweizerischen Grundsatz folgen (Ziff. 10.3 der SBFI-Richtlinien). Die Bildung Detailhandel Schweiz (BDS) als nationale Organisation der Arbeitswelt erarbeitete in der Folge die Richtlinien für die Fachgespräche am angepassten Qualifikationsverfahren 2020 für Repetenten und Repetentinnen (BDS-Richtlinien). Darin wurde ausgeführt, in den Berufen des Detailhandels werde die Allgemeinbildung integriert im berufskundlichen Kontext vermittelt, weshalb in jedem schulischen Fach berufskundliche Inhalte vermittelt würden. Aufgrund dieses Spezialfalls müsse für jeden schulischen Qualifikationsbereich ein Fachgespräch bereitgestellt werden. Diese Regelung galt gemäss den BDS-Richtlinien für Repetentinnen und Repetenten *ohne* erneuten Berufsfachschulbesuch. Auf Repetentinnen und Repetenten *mit* erneutem Berufsschulbesuch sollten die Fachgespräche keine Anwendung finden. Hier traten die



Erfahrungsnoten aus dem wiederholten fünften Semester an die Stelle des Fachgesprächs.

### 3. Vorbringen der Beteiligten

#### 3.1. Beschwerdeführer

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die coronabedingten Änderungen des Bundesrates vom 16. April 2020 seien rückwirkend angewendet worden. Ohne es zu wissen, habe er die Lehrabschlussprüfung bereits im ersten Semester 2019/2020 absolviert. Nach Erlass dieser Regelung habe er keine Chance mehr gehabt, die Prüfung zu bestehen. Aufgrund der im zweiten Semester 2019/2020 verbesserten Noten in den Fächern Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch hätte er gute Chancen gehabt, die Prüfung zu bestehen; der Notenschnitt wäre genügend gewesen. Zudem habe er auf die Lehrabschlussprüfung bereits gelernt gehabt. Die Schule wäre bereit gewesen, ihn zur Repetition ohne Schulbesuch wechseln zu lassen, womit anstelle der Erfahrungsnote ein Fachgespräch getreten wäre.

Die auf Stufe Richtlinien getroffene Lösung sei sachlich unbefriedigend. Entgegen den Vorgaben seien keine individuellen Lösungen gesucht und der vorliegende Fall wahrscheinlich ausser Acht gelassen worden. Es könne nicht sein, jemanden für eine (Teil)Leistung rückwirkend durchfallen zu lassen, ohne ihm die Möglichkeit zu geben, seine Fähigkeiten nachzuweisen; dies insbesondere, da den Repetenten ohne Schulbesuch ein Fachgespräch als Abschlussprüfung ermöglicht worden sei. Damit sei auch erstellt, dass Abschlussprüfungen grundsätzlich möglich gewesen wären. Die getroffene Regelung sei qualifiziert unbefriedigend, weshalb eine unechte Lücke vorliege, die vom Gericht zu füllen sei. Die vorliegend unsachliche Lösung basiere auf der Richtlinie einer privaten Trägerschaft, die sich letztlich auf das Epidemien-gesetz stütze und damit Notrecht darstelle, was in Anbetracht des Legalitätsprinzips als problematisch erscheine. Es fehle jegliche demokratische Legitimation. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit habe sodann keine umfangreiches Vernehmlassungsverfahren durchgeführt und hätten nicht alle Eventualitäten abgeklärt werden können. Schliesslich verstosse das Weglassen der Noten des sechsten Semesters gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Es fehle eine Differenzierung für den benachteiligten Beschwerdeführer im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit. Die Lösung hätte darin gelegen, ihm einen Wechsel zur Repetition *ohne* Schulbesuch und damit zur Absolvierung von Fachgesprächen zu erlauben.



### 3.2. Vorinstanz

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, mit seiner Anmeldung für die Wiederholungsprüfung habe sich der Beschwerdeführer entschieden, die Berufsfachschule nochmals zu besuchen, weshalb für ihn gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen für die Erfahrungsnote nur die neu erzielten Noten gezählt hätten. Mit Inkrafttreten der Covid-19-Grundbildungsverordnung am 17. April 2020 sei die Schlussprüfung im Qualifikationsbereich Allgemeinbildung weggefallen. Die gestützt auf diese Verordnung erlassenen Richtlinien berufliche Grundbildung sähen in Ziff. 8.1.1 klar vor, dass die bis Ende des ersten Semesters 2019/2020 erzielten Zeugnissenoten in die Gesamtbeurteilung einfliessen würden. Aufgrund der damals herrschenden ausserordentlichen Lage sei der Bundesrat ermächtigt gewesen, die notwendigen Verordnungen, darunter auch die Covid-19-Grundbildungsverordnung, zu erlassen. Auch die Kompetenzdelegation an die Trägerschaft zur Notenberechnung sei rechtmässig erfolgt. Für den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Vertrauensschutz mangle es an einer Vertrauensgrundlage, da die Vorschriften der MiVo für das Qualifikationsverfahren 2020 als nicht anwendbar erklärt worden seien. Im zweiten Semester des Schuljahres 2019/2020 habe der Unterricht an den Berufsfachschulen der Schweiz nur noch online und nicht mehr in vergleichbarer Weise stattgefunden. Schülerinnen und Schülern an Schulen, wo keine Semesterprüfungen mehr durchgeführt worden seien, hätten keine Möglichkeit gehabt, Erfahrungsnoten zu erzielen, was dazu geführt hätte, dass einige Kandidatinnen und Kandidaten im Qualifikationsverfahren 2020 über zwei Semesternoten und andere nur über eine Semesternote verfügt hätten. Eine derartige Ungleichbehandlung habe vermieden werden müssen. Der Beschwerdeführer sei als Repetent gleich behandelt worden wie andere Repetenten. Willkür liege nicht vor. Weder sei die Covid-19-Grundbildungsverordnung sinn- und zwecklos, noch fehle es an einem ernsthaften und sachlichen Entstehungsgrund. Das Berufsbildungszentrum X. habe über keinen Ermessensspielraum verfügt, weshalb der Beschwerdeführer nicht angehört werden müssen. Für einen Wechsel von der Repetition mit Schulbesuch zu jener ohne Schulbesuch gebe es keine Rechtsgrundlage.

## 4. Beurteilung

### 4.1. Kognition

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob für die Durchführung und Bewertung des Qualifikationsverfahrens 2020 eine hinreichende gesetzliche Grundlage vorlag, und nicht um die Bewertung einer erbrachten Prüfungsleistung des Beschwerdeführers an sich im Sinn einer Ermessenskontrolle. Die Angelegenheit ist daher mit voller Kognition



und nicht mit der bei der Beurteilung von Prüfungsnoten gebotenen Zurückhaltung zu untersuchen.

### **4.2. Gesetzliche Grundlage**

Der Bundesrat hat die Covid-19-Grundbildungsverordnung entgegen den Ausführungen von Beschwerdeführer und Vorinstanz nicht als Notrecht, sondern gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BBG erlassen. Demnach regelt der Bundesrat die Anforderungen an die Qualifikationsverfahren. Er stellt die Qualität und die Vergleichbarkeit zwischen den Qualifikationsverfahren sicher. Damit handelte der Bundesrat innerhalb seines gesetzlich definierten Kompetenzbereichs und nicht gestützt auf seine Notrechtskompetenz, womit die demokratische Legitimation der fraglichen Verordnung ohne Weiteres gegeben ist. In Art. 1 Abs. 3 der Covid-19-Grundbildungsverordnung wurde festgelegt, dass die Qualifikationsverfahren 2020 in Abweichung der Prüfungsbestimmungen der BiVo und der MiVo stattfinden. Grundlage für die Durchführung waren gesamtschweizerisch geltende, gleichentags erlassene und vom SBFI veröffentlichte Richtlinien und wiederum gestützt auf diese erlassene Richtlinien der BDS für das Qualifikationsverfahren der Berufe des Detailhandels. Die statische Verweisung auf eine Regelung, die in einer ganz bestimmten Fassung Anwendung finden soll und allgemein zugänglich ist (im Internet abrufbar), ist gemäss Rechtsprechung zulässig (vgl. BGE 136 I 316 E. 2.4.1). Durch den Verweis erhält privates Recht die gleiche Verbindlichkeit wie staatliches Recht (VerwGE B 2014/18 vom 24. März 2015 E. 2.4 mit Hinweisen). Hinzu kommt, dass die fraglichen Richtlinien nicht ausschliesslich von privaten Organisationen erlassen, sondern in Zusammenarbeit mit Bund und Kantonen zustandekamen. Nach Art. 1 Abs. 1 BBG ist die Berufsbildung eine gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt (Sozialpartner, Berufsverbände, andere zuständige Organisationen und andere Anbieter der Berufsbildung). Als Trägerschaft übernehmen die Organisationen der Arbeitswelt in der Berufsentwicklung die Verantwortung für eine Bildungsverordnung einer beruflichen Grundbildung oder für eine Prüfungsverordnung. Bei den beteiligten Organisationen der Arbeit handelt es sich somit um anerkannte, einschlägige Branchen- oder Berufsbildungsverbände, welche in die Legiferierung von Prüfungsreglementen ständig eingebunden sind. Im Bereich Detailhandel vertritt die BDS als nationale Organisation der Arbeit die bildungspolitischen Interessen ihrer Mitglieder. Eine hinreichende gesetzliche Grundlage für das Qualifikationsverfahren 2020 lag damit vor.

Die Regelungen zum Qualifikationsverfahren 2020 enthalten keine echte Lücke. In den BDS-Richtlinien, die gestützt auf Ziff. 10.3 der SBFI-Richtlinien erlassen wurden, wird



klar geregelt, dass für Repetierende *ohne* erneuten Berufsfachschulbesuch in den schulischen Qualifikationsbereichen ein Fachgespräch stattfindet und für Repetierende *mit* erneuten Berufsfachschulbesuch die Erfahrungsnoten aus dem wiederholten fünften Semester an die Stelle des Fachgesprächs treten. Zu klären bleibt, ob allenfalls eine unechte Lücke vorliegt bzw. ob diese Regelungen vor den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtsgleichheit standhalten.

### 4.3. Massgebender Sachverhalt

Der Beschwerdeführer trat Ende des Schuljahres 2018/2019 erstmals zum Qualifikationsverfahren Detailhandelsfachfrau / Detailhandelsfachmann EFZ an. In den Qualifikationsbereichen Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch erzielte er ungenügende Noten und dadurch einen ungenügenden Schnitt beim Mittelwert Schule, womit er das Qualifikationsverfahren 2019 nicht bestand. Daraufhin meldete er sich in den betreffenden Fächern zur Wiederholung des Qualifikationsverfahrens im Jahr 2020 *mit* Schulbesuch an. Gemäss damals geltenden Vorgaben hätten sich die neuen Noten aus den in den zwei wiederholten Semestern (fünftes und sechstes Semester) erzielten Zeugnisnoten und der neu erzielten Note der Schlussprüfung (mündlich und schriftlich) zusammengesetzt. Davon ging der Beschwerdeführer im Sommer 2019 aus, als er sich für diese Variante entschied. Die Variante *ohne* Schulbesuch hätte damals so ausgesehen, dass der Beschwerdeführer die bisherigen Erfahrungsnoten, sofern genügend, beibehalten und nur die Schlussprüfung neu absolviert hätte.

Im ersten Wiederholungssemester 2019/2020 erzielte der Beschwerdeführer in den zwei Qualifikationsbereichen Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch je die Zeugnisnote 3.5. Bis Mitte März 2020 wurde der Unterricht ordnungsgemäss abgehalten. Anschliessend fand dieser zuhause statt (Homeschooling). Im zweiten Wiederholungssemester fanden im Qualifikationsbereich Lokale Landessprache (Deutsch) eine Prüfung (Erörterung Note 4.5) und im Qualifikationsbereich Englisch drei Prüfungen (Writing Note 4, Listening Comprehension Note 5, sowie ein Kurztest unregelmässige Verben Note 3.5, der zu einem Fünftel zählte; vgl. act. 8/5a.1) statt.

### 4.4. Rückwirkung

Die coronabedingten Änderungen für die Durchführung des Qualifikationsverfahrens 2020 wurden im Frühjahr 2020 und damit noch vor dem Ende des zweiten Semesters 2019/2020 und vor Stattfinden der Abschlussprüfungen erlassen. Es liegt ein Dauersachverhalt, der im Zeitpunkt der Änderung noch nicht abgeschlossen war, und damit eine unechte Rückwirkung vor. Der Vorwurf des Beschwerdeführers, aufgrund der ungenügenden Erfahrungsnote im fünften Semester sei automatisch festgestanden,



dass er das Qualifikationsverfahren 2020 nicht bestanden habe, hängt ursächlich mit dem Verzicht auf den Einbezug der Erfahrungsnoten des sechsten Semesters (bzw. zweiten Semesters 2019/2020) und auf die Durchführung der Abschlussprüfungen zusammen. Dasselbe Schicksal ereilte auch Lernende, welche das Qualifikationsverfahren 2020 erstmals absolvierten und deren Erfahrungsnoten des dritten bis fünften Semesters ungenügend waren. Auch diese konnten daran im Zeitpunkt des Inkrafttretens der nunmehr massgebenden Richtlinien nichts mehr ändern, da das letzte Semester nicht zählte und es im schulischen Bereich weder Abschlussprüfungen noch Fachgespräche gab.

Die getroffenen Regelungen sind vor dem Hintergrund der im Frühjahr 2020 herrschenden, coronabedingt ausserordentlichen Lage zu beurteilen. Ziel der Spezialregelung für das angepasste Qualifikationsverfahren 2020 war es unter anderem, die Abschlussprüfungen zeitlich nicht nach hinten zu verschieben, damit sämtliche Lernende die Möglichkeit hatten, bis Ende Juli 2020 einen Abschluss der beruflichen Grundbildung zu erlangen. Als gesamtschweizerischen Grundsatz für die berufliche Grundbildung sahen die Ziffern 2 und 8 der SBFI-Richtlinien für das angepasste Qualifikationsverfahren 2020 deshalb vor, dass sowohl im Qualifikationsbereich Allgemeinbildung als auch im Qualifikationsbereich Berufskunde keine Abschlussprüfungen stattfinden, sondern die bis Ende des ersten Semesters 2019/2020 erzielten Semesterzeugnisnoten zählen. Diesem gesamtschweizerischen Grundsatz mussten die individuellen Lösungen für berufliche Grundbildungen, in welchen die Allgemeinbildung integriert im berufskundlichen Unterricht vermittelt wird, folgen (vgl. Ziff. 10.3 der SBFI-Richtlinien), was dazu führte, dass für Repetierende *mit* Schulbesuch einzig die Erfahrungsnoten des wiederholten ersten Semesters 2019/2020 für das Qualifikationsverfahren 2020 zählten. Im Gegensatz zum zweiten Semester 2019/2020, das grösstenteils im Homeschooling absolviert wurde und in dem teilweise keine oder nur sehr wenige Prüfungsnoten zur Verfügung standen, konnte das erste Semester 2019/2020 ordnungsgemäss absolviert werden. Die Nichtberücksichtigung der im zweiten Semester erzielten Noten erweist sich daher als sachgerecht. Mit dem Einbezug desselben hätte eine für alle Lernenden gesamtschweizerisch chancengleiche Beurteilung nicht sichergestellt werden können. Dass der Beschwerdeführer im zweiten wiederholten Semester 2019/2020 bessere Noten als im ersten Semester 2019/2020 erzielte, vermag daran nichts zu ändern. Aufgrund der klaren, gesamtschweizerisch geltenden Bestimmungen, dass nur die bis Ende des ersten Semesters 2019/2020 erzielten Semesterzeugnisnoten zählen, wäre eine Berücksichtigung jener Prüfungsnoten des Beschwerdeführers rechtswidrig. Dem Hauptantrag des Beschwerdeführers um Ausstellung einer Notenverfügung mit der



Note 4.0 für die zu wiederholenden Qualifikationsbereiche Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch sowie um Erteilung des Eidgenössischen Fähigkeitszeugnisses kann daher nicht entsprochen werden.

Für Repetierende im Detailhandel mit integrierter Allgemeinbildung *ohne* Schulbesuch, für welche aufgrund der ungenügenden Erfahrungsnoten für das Qualifikationsverfahren 2020 allein die Abschlussprüfungen gezählt hätten, bedeutete der Verzicht auf ebendiese, dass für sie eine andere Lösung gefunden werden musste, damit sie über eine gegenüber dem gescheiterten Qualifikationsverfahren 2019 neue Bewertung für das Qualifikationsverfahren 2020 verfügten. Für sie wurde deshalb die Möglichkeit vorgesehen, in den zu wiederholenden Qualifikationsbereichen ein Fachgespräch zu absolvieren, wie dies für den Qualifikationsbereich Berufskennnisse für Repetierende sämtlicher beruflicher Grundbildungen vorgesehen war (Ziff. 10.2 der SBFI-Richtlinien). Da im Detailhandel die Berufsbildung in die Allgemeinbildung und die Vertiefungsarbeit (selbständige Arbeit) in den Qualifikationsbereich Gesellschaft integriert ist, fanden für Repetierende *ohne* Schulbesuch in sämtlichen zu wiederholenden Fächern und nicht nur im Bereich Berufskennnisse Fachgespräche statt.

Die zwischen Repetierenden *mit* und *ohne* Schulbesuch getroffene Unterscheidung für das Qualifikationsverfahren 2020 erscheint vor dem Hintergrund, dass jene *mit* Schulbesuch sich im Gegensatz zu jenen *ohne* Schulbesuch nicht nur auf die Schlussprüfung verlassen, sondern neue schulische Erfahrungsnoten erwerben wollten und um deren Bedeutung für die Promotion, auch bereits im ersten Wiederholungssemester, wussten, auf den ersten Blick nachvollziehbar und sachgerecht. Mit dem Wegfallen der Erfahrungsnoten des zweiten Semesters 2019/2020 und der Schlussprüfungen änderte sich jedoch die ursprüngliche Ausgangslage im Frühjahr 2020 entscheidend. Während für Repetierende *ohne* Schulbesuch die Möglichkeit bestand, das Qualifikationsverfahren 2020 mit Fachgesprächen zu absolvieren, stand für jene, die sich für die Repetition *mit* Schulbesuch entschieden und im ersten Semester 2019/2020 ungenügende Zeugnisnoten erzielt hatten, bereits fest, dass sie das Qualifikationsverfahren 2020 nicht bestanden hatten. Die unvorhersehbare Rechts-änderung traf sie in schwerwiegender Weise, und es gab für sie keine Möglichkeit zur Anpassung an die neue Rechtslage. Wären ihnen diese Rechtsfolgen, die sie im Nachhinein nicht mehr ändern konnten, bereits im Zeitpunkt des Entscheids für die Repetition *mit* Schulbesuch bekannt gewesen, ist davon auszugehen, dass sie sich im allesentscheidenden ersten Semester 2019/2020 bei den Prüfungen speziell



angestrengt und mutmasslich bessere Noten erzielt hätten. Dass der Beschwerdeführer dazu wohl in der Lage gewesen wäre, zeigen seine im zweiten Semester 2019/2020 deutlich besseren Prüfungsnoten in den zwei zu wiederholenden Qualifikationsbereichen Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch. Das Fehlen einer Übergangsregelung für die von der neuen Regelung unmittelbar betroffenen Repetierenden mit der Möglichkeit des nachträglichen Wechsels auf die Variante *ohne* Schulbesuch stellt daher einen Verstoss gegen den verfassungsmässigen Grundsatz des Vertrauensschutzes dar. Oder anders gesagt, es liegt eine planwidrige Unvollständigkeit der gesetzlichen Bestimmungen und damit eine von den rechtsanwendenden Organen zu füllende unechte Lücke vor. Um bei den Beurteilungskriterien die Chancengleichheit zu wahren (vgl. Art. 34 Abs. 1 BBG), hätte eine sinnvolle Übergangsregelung bspw. darin bestanden, den Repetierenden *mit* Schulbesuch den Wechsel zur Repetition *ohne* Schulbesuch und damit zu den Fachgesprächen zu erlauben, sofern jene das im Einzelfall gewünscht hätten. Zudem ist für die getroffene Unterscheidung bei den Repetierenden, zumal diese in Fällen, wie jenem des Beschwerdeführers, äusserst weitreichende Folgen hatte, kein vernünftiger Grund erkennbar. Es ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, weshalb bei gleicher Ausgangslage – sowohl der Repetierende *mit* als auch jener *ohne* Schulbesuch haben beide das Qualifikationsverfahren 2019 nicht bestanden und für beide findet das Qualifikationsverfahren 2020 nicht in der ursprünglich vorgesehenen Form statt – nicht beide zu den Fachgesprächen zugelassen werden. Es liegt demnach auch von daher eine unzulässige, rechtsungleiche Behandlung vor.

#### 4.5. Ergebnis

In Entsprechung des Eventualantrags ist die Beschwerde somit teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 1. April 2021 aufzuheben und die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen zur Durchführung des Qualifikationsverfahrens zum Detailhandelsfachmann EFZ Bewirtschaftung Nahrung und Genussmittel an den Beschwerdebeteiligten zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer ist innerhalb von zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheids in den Qualifikationsbereichen Lokale Landessprache (Deutsch) und Englisch zum Qualifikationsverfahren gemäss den BDS-Richtlinien für die Fachgespräche am angepassten Qualifikationsverfahren 2020 zuzulassen.

#### 5. Kosten

Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Rekursverfahrens dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Auf die Erhebung der Kostenanteile des



## St.Galler Gerichte

Beschwerdegegners ist gestützt auf Art. 95 Abs. 3 VRP zu verzichten. Eine Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren von CHF 1'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Die Vorinstanz hat die Entscheidgebühr für das Rekursverfahren auf in der Höhe unangefochten gebliebene CHF 1'000 festgesetzt und dem Rekurrenten (= Beschwerdeführer) auferlegt. Der Beschwerdeführer hat demnach für das Beschwerdeverfahren CHF 750 und für das Rekursverfahren CHF 500 zu bezahlen unter Verrechnung mit den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von CHF 1'500 (Beschwerdeverfahren) und CHF 1'000 (Rekursverfahren). Es stehen ihm demnach CHF 750 aus dem Beschwerdeverfahren und CHF 500 aus dem Rekursverfahren zu. Diese Beträge sind ihm zurückzuerstatten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind – zufolge hälftigen Unterliegens (Beschwerdeführer und Beschwerdegegner) beziehungsweise mangels Anspruchs (und Antrags; Beschwerdegegner) – weder für das Beschwerde- noch für das Rekursverfahren ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98<sup>bis</sup> VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 1. April 2021 aufgehoben und die Angelegenheit zur Durchführung des Qualifikationsverfahrens im Sinne der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückgewiesen.

#### **2.**

Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 1'500 und des Rekursverfahrens von CHF 1'000 werden dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte auferlegt. Auf die Erhebung der Kostenanteile des Beschwerdegegners wird verzichtet. Die Kostenanteile des Beschwerdeführers – für das Beschwerdeverfahren CHF 750 und für das Rekursverfahren CHF 500 – werden mit den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen (CHF 1'500 im Beschwerdeverfahren sowie CHF 1'000 im Rekursverfahren) verrechnet. Für das Beschwerdeverfahren



werden ihm CHF 750 zurückerstattet. Die Vorinstanz wird angewiesen, ihm CHF 500 für das Rekursverfahren zurückzuerstatten.

### 3.

Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.