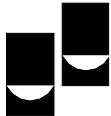


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativo federal



Abteilung II
B-6261/2008
{T 0/2}

Urteil vom 4. Februar 2010

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Claude Morvant,
Richter Francesco Brentani, Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiberin Katharina Walder Salamin.

Parteien

Z. _____
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stefan Minder,
Zeltweg 25, 8032 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT,
Effingerstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer 2006.

Sachverhalt:**A.**

Am 18. September 2006 teilte die Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer Z._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) schriftlich mit, sie habe die Diplomprüfung 2006 nicht bestanden. Ihre Noten seien an der Sitzung der Prüfungskommission vom 18. September 2006 wie folgt festgelegt worden:

Fallstudie: 2,5;
Professional Judgement: 5,5;
Kurzreferat: 4,5;

Notenpunkte: 23;
Minuspunkte: 4,5.

A.a Am 17. Oktober 2006 gelangte die Beschwerdeführerin per E-Mail an das Prüfungssekretariat und erkundigte sich, ob sie ihre Lösung vor Ort einsehen könne. Sie machte geltend, bei gewissen Aufgaben seien keine Punkte oder Häkchen angebracht worden, aber in der Zusammenfassung seien dafür Punkte aufgeführt. Sie wisse damit nicht, ob effektiv alle Aufgaben korrigiert worden seien und die in der Zusammenfassung ermittelte Punktzahl stimme. Der Umstand, dass die Prüfungskommission die Korrekturanleitung nicht herausgebe, vermittele einerseits das Bild, die Prüfungskommission habe etwas zu verbergen, und andererseits sei auf diese Weise für sie nicht nachvollziehbar, ob die Prüfung vollständig und fair korrigiert worden sei. Erst nach Einsichtnahme in die Lösung könne sie beurteilen, ob die Korrekturen richtig seien und ein Rekurs allenfalls Chancen habe.

A.b Der Sekretär der Prüfungskommission antwortete der Beschwerdeführerin gleichentags per E-Mail, sie habe von der Prüfungskommission bereits alle Unterlagen, die ihr zustünden, erhalten. Eine Einsichtnahme in die Lösungsskizzen der Experten sei auch am Sitz der Prüfungskommission nicht vorgesehen. Dass die Korrekturanmerkungen in ihrer Prüfung nur bei einem Teil der Fragen zu sehen seien, hänge damit zusammen, dass die einen Experten ihre Anmerkungen direkt in die Prüfungsarbeit schrieben, während die anderen hierfür Korrekturblätter verwendeten, welche als interne Arbeitsblätter anzusehen seien. Die Prüfung der Beschwerdeführerin sei vollständig und von drei Experten korrigiert worden. Ebenso seien alle Additionen kontrolliert und validiert worden.

A.c Mit E-Mail vom 17. Oktober 2006 teilte der Präsident der Prüfungskommission der Beschwerdeführerin auf ihre Anfrage hin mit, dass die Prüfungskommission gemäss Ziffer 8.3 der Prüfungsordnung zur Erleichterung der Beschwerdebegründung die Aufgabenstellung, die Lösung der Kandidatin, das Punkteschema und die Notenskala herausgebe. Eine Einsichtnahme in weitere Unterlagen vor Ort sei indessen nicht vorgesehen. Dies gelte für alle Kandidaten, weshalb Ausnahmen gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstossen würden.

B.

Mit Beschwerde vom 23. Oktober 2006 focht die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Minder, Zürich, den Prüfungsbescheid vom 18. September 2006 beim Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT (im Folgenden: Vorinstanz) an. Sie beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und ihr seien in der schriftlichen Prüfung "Fallstudie" zusätzlich 50 Punkte und entsprechend die Note 4 zu erteilen. Weiter sei die Rechtsprechung zur sog. Grenzfallregelung zu berücksichtigen und die Note in der Prüfung "Fallstudie" entsprechend aufzurunden. Schliesslich sei festzustellen, dass die Erstinstanz eine geknickte Notenskala verwendet habe und die Beschwerdeführerin bei einer linearen Notenskala aufgrund der Rechtsprechung der Rekurskommission EVD als Grenzfall anzusehen wäre, mit der Folge, dass sie auch ohne zusätzliche Punkte die Note 3,5 erreicht und auf diese Weise die Prüfung bestanden habe. Zum Verfahren beantragte sie, es sei festzustellen, dass das Akteneinsichtsrecht verletzt worden sei, weshalb ihr bei der Erstinstanz umfassende Akteneinsicht zu gewähren sei. Die Erstinstanz sei anzuweisen, ihr eine Kopie der Musterlösung und des detaillierten Punkteschemas zuzustellen. Zusätzlich sei festzustellen, dass sie aufgrund der verweigerten Akteneinsicht noch keine abschliessende materielle Beschwerdebegründung habe einreichen können, weshalb ihr nach erfolgter Akteneinsicht 30 Tage Zeit zur Ergänzung der Begründung zu geben sei.

B.a Die Erstinstanz liess sich am 15. Dezember 2006 zur Beschwerde vom 23. Oktober 2006 vernehmen. Sie beantragte, die Anträge zum Verfahren seien vollumfänglich zurückzuweisen. Zu den aufgeworfenen Punkten nahm sie wie folgt Stellung: Korrekturhilfen, auch Lösungsskizzen genannt, würden als lediglich interne persönliche Akten der Aufgabenautoren nicht ediert. Auf die weiteren Vorbringen zur Akten-

einsicht werde nicht eingegangen, vielmehr gelte das entsprechende Merkblatt der Vorinstanz vom März 2004. Das rechtliche Gehör könne der Beschwerdeführerin erst erteilt werden, wenn sie begründete Anträge vorbringe, zu welchen die Experten Stellung nehmen könnten. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, sie könne dazu erst nach erfolgter Akteneinsicht Aussagen machen, sei für die Prüfungskommission nicht nachvollziehbar. In allen anderen Beschwerdeverfahren seien die Kandidaten in der Lage gewesen, klare Eingaben zu formulieren, zu welcher die Experten hätten Stellung nehmen können. Dass die Beschwerdeführerin in der Fallstudie ohne Begründung weitere 50 Punkte zur Erreichung der Note 4 verlange, stelle angesichts der Korrektur durch zwei Fachexperten und der Bewertung mit der Note 2,5 einen Affront gegen die Experten und die Prüfungskommission dar. Die Darlegungen der Beschwerdeführerin zum behaupteten Grenzfall, zur gewichteten Gesamtnote und zu mathematischen Rundungsgrenzen seien abstrus und entbehrten jeglicher Grundlage. Eine geknickte Notenskala sei nicht unüblich und liege im Ermessen der Prüfungskommission. Die Beschwerdeführerin habe die Prüfung mit einer Note 2,5 und 4,5 Notenpunkten unter 4 klar nicht bestanden.

B.b Die Beschwerdeführerin äusserte sich am 30. Januar 2007 zur Vernehmlassung der Erstinstanz vom 15. Dezember 2006 und hielt an ihren Anträgen vom 23. Oktober 2006 fest.

B.c Mit Zwischenverfügung vom 6. Februar 2007 wies die Vorinstanz das Begehren um Herausgabe der Musterlösung ab und setzte der Beschwerdeführerin Frist bis zum 23. Februar 2007 zur Einreichung einer Replik oder eines Beschwerderückzugs. Diese Zwischenverfügung focht die Beschwerdeführerin am 9. März 2007 beim Bundesverwaltungsgericht an, welches mit Urteil vom 14. Mai 2007 nicht auf die Beschwerde eintrat.

B.d Am 1. Oktober 2007 ergänzte die Beschwerdeführerin nach mehreren Fristerstreckungen die Begründung ihrer Beschwerde vom 23. Oktober 2006. Sie reichte eine Kopie der Musterlösung für die Wirtschaftsprüferprüfung 2006 ein und gab an, diese von einem Kollegen erhalten zu haben.

B.e Die Prüfungskommission hielt in ihrer Stellungnahme vom 10. Januar 2008 fest, es entziehe sich ihrer Kenntnis, ob die Beschwerdeführerin über die Lösungsskizze verfüge oder nicht. Die Prüfungskommission gebe die Musterlösung den Kandidaten aber nie heraus,

und falls die Beschwerdeführerin eine solche besitze, sei ihr diese nicht von einem Prüfungsexperten abgegeben worden. Die Beurteilung eines vierten Experten (im Folgenden: Beschwerdeantwort Experte M._____) habe ergeben, dass die Note für die Fallstudie von 2,5 auf 3 erhöht werden könne. Die Prüfung sei jedoch mit einem Notendurchschnitt von 4,08 und 3 Notenpunkten unter 4 weiterhin nicht bestanden.

B.f Die Beschwerdeführerin replizierte am 2. Juni 2008 wiederum nach mehreren Fristerstreckungen und stellte zusätzliche Verfahrensanträge. So beantragte sie die Edition des effektiv verwendeten Punkterasters, des Lösungsvorschlags sowie sämtlicher bei der Korrektur verwendeter Dokumente. Weiter verlangte sie, es sei ein zusätzlicher Schriftenwechsel anzuordnen. Die Äusserungen der Prüfungskommission bestritt sie in ihrer Eingabe auf über 25 Seiten. Sie legte in ihrer Entgegnung u.a. Berechnungen vor, die aufzeigen sollen, dass ihr bei der Erteilung weiterer Punkte und der Anwendung der sog. Grenzfallregelung das Diplom zu erteilen sei. Als Beweisofferte reichte sie zwei Stellungnahmen von Prüfungsabsolventen vom 19. Mai 2008 bzw. 22. Mai 2008 ein.

C.

Mit Beschwerdeentscheid vom 28. August 2008 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab. Der Entscheid hält fest, nach Ziff. 7.11 der Prüfungsordnung gelte die Prüfung als bestanden, wenn die Kandidatin eine gewichtete Gesamtnote von mindestens 4 erzielt habe und dabei insgesamt nicht mehr als 1,5 Notenpunkte unter 4 zur Anrechnung kämen. Für die Ermittlung der Notenpunkte unter 4 würden die Note der Fallstudie (schriftlich) dreifach und diejenige des Professional Judgement (mündlich) zweifach gezählt. Unter Berücksichtigung der Erhöhung der Note 2,5 auf 3 in der Fallstudie sei als Ergebnis festzustellen, dass die Beschwerdeführerin eine Gesamtnote von 4,1 und 3 Notenpunkte unter 4 erzielt habe. Damit sei die Prüfung gemäss der Prüfungsordnung nicht bestanden. Das Bundesverwaltungsgericht habe schon in zwei Fällen, in denen die Beschwerdeführerin Partei gewesen sei oder ihr Rechtsvertreter eine Partei vertreten habe, entschieden, dass es sich bei einer Musterlösung um ein verwaltungsinternes Aktenstück handle, welches der Akteneinsicht nicht unterliege. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Musterlösung sei mit "Fassung 10. August 2006" beschriftet. Die Prüfung habe am 9. August 2006 stattgefunden. Dem BBT sei aus anderen Beschwerdeverfahren

bekannt, dass die Musterlösung anlässlich der Korrektur von den Experten diskutiert und angepasst werde. Damit erklärten sich die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Abweichungen, da die Beschwerdeführerin vermutlich die ursprüngliche Musterlösung besitze. Ihr Vergleich von Musterlösung und Punkteraster stosse damit ins Leere. Eine korrekte und reglementsconforme Bewertung der Prüfungen durch die Experten erfordere eine Gleichbehandlung aller Kandidaten der gleichen Prüfung. Die pflichtgemässe Ermessensausübung schliesse aber nicht mit ein, dass aus dem erreichbaren Punktemaximum abzuleiten sei, welche Punktzahl zu welcher Note führe. Die Festsetzung der Notenskala liege vielmehr im Ermessen der Experten, und eine lineare Skala sei nirgends vorgeschrieben. Da die Notenskala rechtsgleich angewandt worden sei, sei sie nicht zu beanstanden. Wie der Beschwerdeführerin aus der sie betreffenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bekannt sein müsste, sei die Grenzfallregelung der Rekurskommission EVD bei Fehlen von höchstens fünf Punkten zur Anwendung gekommen, womit sie vorliegend nicht in Betracht zu ziehen sei. Bezüglich der gerügten fehlenden Unabhängigkeit der Experten setze sich die Beschwerdeführerin überhaupt nicht mit den ihr bekannten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts auseinander. Die Experten seien gehalten, alle Kandidaten nach einem einheitlichen Massstab, der vorgängig vereinbart werde, zu beurteilen. Die Unterbewertung der Leistung werde praxisgemäss mit Zurückhaltung überprüft, da den Experten ein grosser Ermessensspielraum bei der Frage zustehe, welches Gewicht sie welchen Aufgaben beimessen wollten. Die Prüfungskommission sei jedenfalls auf alle wesentlichen materiellen Rügen der Beschwerdeführerin eingegangen. Weshalb die Beschwerdeführerin in der Aufgabe 2.1 nicht zusätzliche drei Punkte für die Erwähnung der Überschuldung erhalten habe, sei zwar nicht nachvollziehbar, im Ergebnis aber unerheblich, da der Beschwerdeführerin 16,5 Punkte für das Erreichen der erstrebten Note 3,5 fehlten. Die vorgenommene Bewertung sei daher insgesamt - und soweit im Rahmen der eingeschränkten Kognition überhaupt überprüfbar - nicht zu beanstanden. Die Parteigutachten seien vielmehr frei zu würdigen. Da die Beschwerdeführerin beide Parteigutachter kenne und sich diese nicht kritisch mit den zu beurteilenden Fragen auseinandersetzen, sondern lediglich die Auffassung der Beschwerdeführerin bestätigen, könne nicht auf diese Parteigutachten abgestellt werden.

D.

Gegen den Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 28. August 2008

erhob die Beschwerdeführerin am 29. September 2008 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und stellte die folgenden Anträge:

1. "Es sei der Beschwerdeentscheid des BBT vom 28. August 2008 aufzuheben.
2. Es sei in der Sache neu zu entscheiden oder eventualiter die Streitsache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.
3. Der Beschwerdeführerin seien in der Prüfung Fallstudie zusätzlich 45 Punkte und entsprechend die Note 4 zu erteilen.
4. Die Rechtsprechung zur Grenzfallregelung sei zu berücksichtigen, und die Note in der Prüfung Fallstudie sei entsprechend aufzurunden.
5. Es sei festzustellen, dass die Vorinstanz eine "geknickte" Notenskala verwendet hat und die Beschwerdeführerin sowohl bei der geknickten als auch bei einer linearen Notenskala aufgrund der aktuellen Rechtsprechung der Rekurskommission EVD als Grenzfall auch ohne zusätzliche Punkte die Note 3,5 in der Fallstudie erreicht und damit die Diplomprüfung bestanden hat.
6. Die Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer sei unter Fristansetzung anzuweisen, die vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren, insbesondere die Musterlösung zu edieren.
7. Es sei die Fallstudie von einem unabhängigen Experten zu bewerten.
8. Es seien die Stellungnahmen des Experten L._____, dipl. Wirtschaftsprüfer, vom 19. Mai 2008 sowie die Stellungnahme des Experten P._____, dipl. Wirtschaftsprüfer, vom 22. Mai 2008 als Beweis zuzulassen.
9. Nach erfolgter umfassender Akteneinsicht sei der Beschwerdeführerin eine Frist von 30 Tagen zur Stellungnahme und der damit verbundenen Beschwerdeergänzung einzuräumen.
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des BBT, der Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer oder der Staatskasse."

D.a Zur Begründung der Anträge führt die Beschwerdeführerin aus, wesentliche Entscheidungsgrundlagen unterstünden der Akteneinsicht unabhängig davon, ob die Behörde diese als interne Akten einstufte. Beim verwendeten Punkteraster und beim Lösungsvorschlag der Prüfungskommission handle es sich nicht um eine unverbindliche Lösungsgrundlage, sondern um die Grundlage einer behördlichen Anordnung. Die Musterlösung sei ebenfalls zur Begründung der Beschwerdeantwort des Experten M._____ verwendet worden. Nur aufgrund dieser Unterlagen sei es möglich, die Prüfungsbewertung nachzuvoll-

ziehen, und erst dadurch werde Punkt für Punkt ersichtlich, wie die Prüfungsarbeit der Beschwerdeführerin bewertet worden sei. Damit sei die Musterlösung für den Ausgang des Verfahrens wesentlich und somit zu edieren, mit der Folge, dass ihr Akteneinsicht zu gewähren sei. Sie begründe ihre Beschwerde gestützt auf eine ihr zur Verfügung gestellte Musterlösung, welche aber nicht mit der vom Experten M._____ verwendeten Musterlösung übereinstimme. Allein gestützt auf das vorliegende Punkteschema sei es unmöglich, materiell zu beurteilen, für welche Ausführungen sie wie viele Punkte erhalten habe und für welche Ausführungen überhaupt Punkte vergeben worden seien. Laut Experte M._____ stünden ihr nach erneuter Durchsicht noch 5 zusätzliche Punkte zu, womit sie bereits 188,5 Punkte und damit die Note 3 erreiche. Zur Note 3,5 fehlten ihr somit noch 16,5 Punkte und bis zur Note 4 noch 36,5 Punkte. Da eine geknickte Notenskala verwendet worden sei, sei die Bewertung der Prüfung willkürlich. Bis zur Note 4 benötige man 20 Punkte für eine halbe Note, ab Note 4,5 würden für die nächsthöhere halbe Note 15 Punkte ausreichen. Es seien jedenfalls keine Gründe ersichtlich, welche eine solche Ungleichbehandlung der Kandidaten rechtfertigten. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Prüfungsleistung sei nach der Praxis der REKO EVD als Grenzfall zu werten. Ihr seien folglich die für die Note 3,5 notwendigen Punkte zu erteilen, womit sie die Prüfung bestanden habe. Bei dieser Prüfung handle es sich um eine normorientierte Prüfung, da die Prüfungskommission gezielt mit Durchfallquoten arbeite. Damit würden nicht Leistungen beurteilt, sondern die Kandidaten würden an anderen Kandidaten gemessen. Auf über 60 Seiten legt die Beschwerdeführerin dar, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, die Prüfungskommission habe ihre Arbeit richtig bewertet.

D.b Die Vorinstanz liess sich am 29. Oktober 2008 zur Beschwerde vernehmen und beantragte deren Abweisung. Der Entscheid der Prüfungskommission und der angefochtene Beschwerdeentscheid seien ausreichend begründet. Die umfangreiche Beschwerde führe aus objektiver Sicht zu einem nicht zu rechtfertigenden prozessualen Mehraufwand, der bei der Bemessung der Verfahrenskosten zu berücksichtigen sei. Da dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die zitierten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. März 2007 und vom 25. Juli 2007 hinlänglich bekannt seien, hätte ihm bewusst sein müssen, dass seine Argumente in weiten Teilen untauglich seien. Es sei

daher die Auferlegung einer Ordnungsbusse wegen mutwilliger Prozessführung in Betracht zu ziehen.

D.c Die Erstinstanz liess sich am 15. Dezember 2008 zur Beschwerde vernehmen. Mit Bezug auf die geforderte Akteneinsicht verwies sie auf ihre Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an die Vorinstanz (vgl. vorne B.a). Sie bestreite nicht, dass die Musterlösung bzw. Lösungsskizze existiere. Diese diene als Korrekturvorgabe für eine einheitliche Bewertung der Fallstudie, da diverse Experten die Arbeiten korrigierten. Es sei ein internes Arbeitspapier und werde daher nicht ediert. Dass die Musterlösung nicht herausgegeben werde, habe auch mit dem Schutz der Meinung der Aufgabenautoren vor einer missbräuchlichen Verwendung zu tun. Auf diese Unterlage habe sich ebenfalls der Experte M. _____ für seine Nachkorrektur abgestützt. Der Vorwurf, diese Musterlösung sei nicht identisch mit derjenigen, welche die Kandidatin in ihrer Beschwerdeschrift zitiere, habe damit zu tun, dass die Beschwerdeführerin nicht über die endgültige Fassung der Musterlösung verfüge. Aufgrund der beim Korrigieren der Arbeiten gewonnenen Erkenntnisse werde die ursprüngliche, im Rahmen der Aufgabenstellung erarbeitete Lösungsskizze laufend angepasst. Dies stelle sicher, dass alle Kandidaten nach demselben Schema und den gleichen Kriterien beurteilt würden. Losgelöst von der Lösungsskizze seien das Bewertungsschema und die Notenskala, welche nicht vom Verfasser der Prüfungsaufgabe, sondern von der Prüfungskommission nach Massgabe der vorgelegten Lösungen als Ganzes festgelegt würden. Demgegenüber zeige der Punkteraster auf, welche Anzahl Punkte für die einzelnen Aufgaben möglich sei und wie viele Punkte der Kandidat in den Teilaufgaben tatsächlich erzielt habe.

D.c.a Dass die Lösungsskizze nicht herausgegeben werde, habe nichts mit einer "Geheimjustiz" oder einem "rechtsstaatlich bedenklichen Auftauchen von immer wieder neuen Dokumenten" zu tun, wie dies in einer Eingabe der Beschwerdeführerin genannt werde. Die Prüfungskommission trete den Vorwürfen der Willkürjustiz und eines unprofessionellen Vorgehens mit aller Schärfe entgegen. Die Lösungsskizze sei als Korrekturhilfe gedacht, aber sie könne nicht unbesehen auf andere gleich oder ähnlich gelagerte Fälle übertragen werden. Die Prüfungskommission halte daran fest, die Musterlösung im Einklang mit den Weisungen der Vorinstanz nicht zu edieren. Das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin werde dadurch nicht tangiert.

D.c.b Die von der Beschwerdeführerin gemachten Angaben zur geknickten Notenskala seien schlicht falsch. Mit der geknickten Notenskala habe die Prüfungskommission den guten Kandidaten das Erreichen der Note 6, und den weniger guten mit nur einigen Punkten unter dem Durchschnitt von 205 Punkten die Chance geben wollen, die Minimalnote 3,5 zu erreichen und damit möglicherweise die Prüfung zu bestehen. Die Beschwerdeführerin könne daraus aber nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sie mit 188,5 Punkten und der Note 3 deutlich unter dieser Limite liege. In ihrem Fall seien die Auswirkungen der Notenskala im oberen Bereich über der Note 4 ohnehin ohne Einfluss. Die vorgelegten Berechnungen mit den Endpunkten 285 (Note 6) und 125 (Note 1) seien abstrus und nicht weiter zu kommentieren. Für die Note 3,5, welche zum Bestehen der Prüfung gereicht hätte, fehlten der Beschwerdeführerin immerhin 16,5 Punkte.

D.c.c Die Darlegungen der Beschwerdeführerin betreffend die sog. Grenzfallregelung entbehrten zudem jeglicher Grundlage, dies um so mehr, als das Ergebnis der Beschwerdeführerin keinesfalls als knapp angesehen werden könne. Eine Grenzfallregelung, welche bei Fehlen von maximal fünf Punkten zur Anwendung komme, falle vorliegend ausser Betracht. Die Prüfungskommission habe einen weiteren Experten, R._____, dipl. Wirtschaftsprüfer, Basel, mit einer unabhängigen Überprüfung der Fallstudie beauftragt. Dieser sei zum Schluss gekommen, dass der Beschwerdeführerin noch sechs zusätzliche Punkte erteilt werden könnten. Damit erhöhe sich die Gesamtpunktzahl auf 194,5 Punkte, was aber an der Note 3 nichts ändere, da die Differenz zur nächsthöheren Note 3,5 noch immer 10,5 Punkte betrage. Eine Grenzfallregelung komme deshalb nicht zur Anwendung, und mit einem Notendurchschnitt von 4,08 und 3 Notenpunkten unter 4 gelte die Prüfung weiterhin als nicht bestanden. Dass die Beschwerdeführerin die Prüfung für Wirtschaftsprüfer dreimal aus demselben Grund nicht bestanden habe, zeige klar, dass sie nicht über das für die Erlangung des Diploms notwendige Wissen verfüge.

E.

Das Bundesverwaltungsgericht schloss den Schriftenwechsel mit Instruktionsverfügung vom 18. Dezember 2008 ab. Auf Aufforderung des Instruktionsrichters hin reichte der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin am 25. März 2009 eine aktuelle Vollmacht der Beschwerdeführerin vom 23. März 2009 ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die Beschwerde ist gemäss Art. 33 Abs. d VGG zulässig gegen Verfügungen der den Departementen unterstellten Dienststellen der Bundesverwaltung. Der angefochtene Beschwerdeentscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG und das BBT ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 Abs. d VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Regel in Dreierbesetzung. Im vorliegenden Verfahren hat der Abteilungspräsident auf Antrag des Instruktionsrichters eine Fünferbesetzung angeordnet (Art. 21 Abs. 2 VGG).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sie ist als Entscheidadressatin vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Sie ist damit nach Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdeberechtigt.

1.4 Die Beschwerde wurde rechtzeitig eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG) und die Form- und Inhaltserfordernisse gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG sind eingehalten. Ebenso wurde der Kostenvorschuss von Fr. 1'100.-- am 13. Oktober 2008 bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Gemäss Art. 27 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (BBG, SR 412.10) kann die höhere Berufsbildung einerseits durch eine eidgenössische Berufsprüfung oder eine eidgenössische höhere

Fachprüfung (Bst. a) und andererseits durch eine eidgenössisch anerkannte Bildung an einer höheren Fachschule (Bst. b) erworben werden. Die eidgenössischen Berufsprüfungen und die höheren Fachprüfungen setzen eine einschlägige berufliche Praxis und einschlägiges Fachwissen voraus (Art. 28 Abs. 1 BBG). Die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt regeln die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel. Sie berücksichtigen dabei die anschliessenden Bildungsgänge. Die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch das BBT. Sie werden in Form eines Verweises nach dem eidgenössischen Publikationsgesetz im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 28 Abs. 2 BBG).

2.1 Gestützt auf diese Delegation hat die Treuhandkammer, bestehend aus der Schweizerischen Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten, am 11. Juni 2004 die Prüfungsordnung über die Höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüferinnen und Wirtschaftsprüfer erlassen (publiziert in: BBl 2004 4860). Die Prüfungsordnung ist mit der Genehmigung des BBT vom 15. Oktober 2004 in Kraft getreten. Gemäss Ziff. 1.11 der Prüfungsordnung soll durch die Prüfung festgestellt werden, ob die Kandidatin oder der Kandidat die zur selbständigen Ausübung des Berufs eines Wirtschaftsprüfers erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt. Mit dem gesetzlich geschützten Titel "dipl. Wirtschaftsprüfer/dipl. Wirtschaftsprüferin" soll der Wirtschaft und Verwaltung die Auswahl tüchtiger und vertrauenswürdiger Sachverständiger erleichtert werden. Die Prüfung soll sicherstellen, dass diese massgebende Spezialisten in Fragen der Wirtschaftsprüfung und den mit dieser im Zusammenhang stehenden Gebieten des Rechnungswesens, der Betriebswirtschaftslehre, des Handelsrechts und der Steuerberatung sowie in finanziellen Fragen sind. Die Durchführung der Prüfungen hat die Trägerschaft für die höhere Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer einer Prüfungskommission übertragen (Ziff. 2.11), deren Wahl und Konstituierung in den Ziffern 2.11 f. der Prüfungsorganisation geregelt ist. Nach Ziff. 2.2 (Aufgaben der Prüfungskommission) erlässt die Prüfungskommission eine Wegleitung zur Prüfungsordnung (Ziff. 2.21 Bst. a). Sie wählt die Expertinnen und Experten (Bst. f), entscheidet über die Zulassung zu den Prüfungen sowie über einen allfälligen Ausschluss (Bst. g), überwacht die Prüfungen und entscheidet über die Abgabe des Diploms (Bst. h).

2.2 Gemäss Ziff. 4.43 der Prüfungsordnung beurteilen mindestens zwei Experten die schriftlichen Prüfungsarbeiten und legen gemeinsam die Punktzahl fest. Die Prüfungskommission beschliesst im Anschluss an die Prüfungen an einer Sitzung auf Antrag der Fachkommission für die schriftlichen Arbeiten und nötigenfalls nach Rücksprache mit den beteiligten Experten über das Bestehen der Prüfung (Ziff. 4.51). Die Prüfung erstreckt sich auf alle Tätigkeitsgebiete des Wirtschaftsprüfers. Sie umfasst gemäss Ziffer 5.1 der Prüfungsordnung folgende Teile: Professional Judgement (Fallstudie) schriftlich, max. 480 Minuten, Professional Judgement (Expertengespräch) mündlich, 50-60 Minuten, Kurzreferat mündlich, 5-10 Minuten. Für die Berechnung der Gesamtnote der Prüfung zählen die Fallstudie dreifach, das Expertengespräch doppelt und das Kurzreferat einfach (Ziff. 6.13). Die Gesamtnote ist das Mittel aus den Noten der gewichteten Prüfungsteile und wird auf eine Dezimalstelle gerundet (Ziff. 6.14). Die Leistungen werden mit Noten von 6 bis 1 bewertet, wobei Noten ab 4 genügende und Noten unter 4 ungenügende Leistungen bezeichnen. Andere als halbe Zwischennoten sind nicht zulässig (Ziff. 6.2). Die Prüfung gilt als bestanden, wenn die Kandidatin oder der Kandidat in allen Prüfungsteilen zusammengerechnet eine gewichtete Gesamtnote von mindestens 4,0 (24 Notenpunkte) erzielt hat und dabei insgesamt nicht mehr als 1,5 Notenpunkte unter 4 zur Anrechnung kommen. Für die Ermittlung der Notenpunkte unter 4 werden die Note des Professional Judgement schriftlich (Fallstudie) dreifach und diejenige des Professional Judgement mündlich (Expertengespräch) zweifach gewertet (Ziff. 7.11).

3.

Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid feststellt, hat die Beschwerdeführerin - unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Nachkorrektur - in der Fallstudie die Note 3 erzielt. Der gewichtete Notendurchschnitt beträgt 4,1, und es kommen 3 Notenpunkte unter 4 zur Anrechnung. Mit diesem Ergebnis hat die Beschwerdeführerin die Prüfung gemäss Ziff. 7.11 der Prüfungsordnung nicht bestanden, da mehr als 1,5 Notenpunkte unter 4 zur Anrechnung kommen. Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihren Anträgen wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren einzig die Erhöhung der ungenügenden Note für die Fallstudie. Wie der Vernehmlassung der Erstinstanz an das Bundesverwaltungsgericht vom 15. Dezember 2008 zu entnehmen ist, konnten der Beschwerdeführerin gestützt auf eine vierte Nachkorrektur durch einen weiteren Experten nochmals sechs zusätzliche Punkte er-

teilt werden, einschliesslich der drei zusätzlichen Punkte für die Aufgabe 2.1. Diese zusätzlichen Punkte ändern indessen nichts am Notenergebnis, da für 194,5 Punkte ebenfalls die Note 3 erteilt wird und die Differenz zur nächsthöheren halben Note 3,5 somit immer noch 10,5 Punkte beträgt. Dieses Prüfungsergebnis bildet den Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und ist im Folgenden anhand der Anträge und Rügen der Beschwerdeführerin zu überprüfen. Gestützt auf Art. 49 Bst. a-c VwVG kann die Beschwerdeführerin mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids rügen.

3.1 Als Erstes rügt die Beschwerdeführerin, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt, da die Prüfungskommission ihr die Musterlösung nicht herausgegeben habe.

3.2 Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid B- 2207/2006 vom 23. März 2007 in Sachen dieselbe Beschwerdeführerin betreffend Prüfung für Wirtschaftsprüfer 2005 sowie im Entscheid B-2208/2006 vom 25. Juli 2007, an welchem der gleiche Anwalt wie in diesem Verfahren beteiligt war, mit Hinweis auf die ständige Praxis des Bundesgerichts, des Bundesrats und der früheren Rekurskommissionen in Prüfungsfällen festgestellt hat, besteht der Anspruch auf Akteneinsicht als verfahrensrechtlicher Teilanspruch des rechtlichen Gehörs darin, in alle entscheidenerheblichen Akten Einsicht nehmen zu können, es sei denn, es handle sich um verwaltungsinterne Akten, die ausschliesslich der behördeninternen Meinungsbildung dienen und denen kein Beweischarakter zukommt.

3.3 Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid und die Erstinstanz in ihren Vernehmlassungen ausführen, handelt es sich bei der Musterlösung um eine verwaltungsinterne Entscheidungsgrundlage. Die Musterlösung dient den Experten als Korrekturhilfe und ermöglicht es ihnen, bei der grossen Anzahl von mitwirkenden Korrektoren eine Gleichbehandlung der Kandidaten sicherzustellen. Die Musterlösung ist aber kein Bewertungsraster, welches den Experten genau vorgibt, wie viele Punkte für welche Antworten zu erteilen sind. Es handelt sich vielmehr um eine Lösungsskizze des Autors der Prüfungsaufgabe, welche den Experten eine erste Orientierung über die erwarteten Lö-

sungen geben soll. Dieses Vorgehen ermöglicht den Experten damit eine raschere und genauere Meinungsbildung. Die Musterlösungen werden unter Umständen im Laufe der Korrekturen von den Experten anhand der während der Korrektur gewonnenen Erkenntnisse diskutiert und gegebenenfalls ergänzt, was erklärt, weshalb es unterschiedliche Fassungen davon geben kann. Wie die Erstinstanz darlegt, dient die fortlaufende Anpassung der Musterlösung dazu, alle Prüfungsarbeiten der Kandidaten im Vergleich zu den Lösungen der anderen Kandidaten gleich zu bewerten. Die Fallstudie wird laut Prüfungsordnung von mindestens zwei Experten korrigiert, im Fall der Beschwerdeführerin sind es mittlerweile vier. Gemäss Ziff. 4.51 der Prüfungsordnung und den Ausführungen der Erstinstanz in der Vernehmlassung fasst die Prüfungskommission den Entscheid über das Bestehen der Prüfung gestützt auf die Benotungen der Experten, mit denen sie bei Unklarheiten Rücksprache nimmt. Dies zeigt, dass der Musterlösung als blosser bzw. erster Korrekturhilfe eine untergeordnete Bedeutung zukommt, da die Experten die Fallstudien gestützt auf ihren eigenen Eindruck korrigieren und sich danach bei Abweichungen auf eine Note einigen. Die Praxis der Erstinstanz, solche oft nur skizzenhafte Musterlösungen nicht herauszugeben, ist denn auch aus Überlegungen des Schutzes der persönlichen Meinungen der Prüfungsexperten verständlich und entspricht überdies den Weisungen der Vorinstanz zur Akteneinsicht. Lediglich ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Herausgabe der Musterlösung bestehen. So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass eine Edition der Musterlösung u.a. dann verlangt werden kann, wenn in dieser gleichzeitig die Bewertung festgelegt ist und neben der Musterlösung kein selbständiger Bewertungsraster vorliegt (vgl. die in Erw. 3.2 zitierten Urteile B-2207/2006 E. 3.4 und B-2208/2006 E. 3.3). Diese Umstände sind aber vorliegend nicht gegeben, weshalb kein Anlass besteht, auf die Praxis, dass Musterlösungen grundsätzlich nicht ediert werden, zurückzukommen.

3.4 Zur Begründung ihres Anspruchs auf Herausgabe der Musterlösung bringt die Beschwerdeführerin zusätzlich vor, die in einem anderen Beschwerdeverfahren eingesetzte Instruktionsrichterin habe die Prüfungskommission aufgefordert, die Musterlösung oder den Bewertungsraster der Fallstudie zu edieren, aus welcher bzw. welchem hervorgehe, wie viele Punkte für welche Teile der richtigen Lösung möglich gewesen seien. Darauf habe die Prüfungskommission ihren Entscheid in Wiedererwägung gezogen und entschieden, dass jener

Beschwerdeführer die Prüfung bestanden habe. Die Beschwerdeführerin kann nun aber aus einer Instruktionsverfügung in einem anderen Beschwerdeverfahren keinen Anspruch auf die Herausgabe der Musterlösung ableiten. Die Prüfungskommission hatte die Musterlösung denn auch in jenem Fall nicht herausgegeben, weshalb der Beschwerdeführerin auch kein Nachteil gegenüber anderen Beschwerdeführern erwachsen ist. Im hier zu beurteilenden Fall wurde der Beschwerdeführerin der Bewertungsraster (sog. Punkteschema) ausgehändigt, womit für sie auch ohne Musterlösung erkennbar war, für welche Teilaufgaben wie viele Punkte erzielt werden konnten. Auch in Anbetracht jener Instruktionsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts besteht somit kein Anlass, von der ständigen Praxis, nach welcher Musterlösungen als verwaltungsinterne Akten gelten und deshalb nicht ediert werden, abzuweichen.

3.5 Das Bundesgericht hat in einem Entscheid betreffend eine schriftliche Anwaltsprüfung aus dem Kanton Luzern allgemein festgehalten, dass eine Kandidatin keinen Anspruch auf Einsicht in die Prüfungsarbeiten anderer Kandidaten habe, da aufgrund des von der Expertin ausgearbeiteten Lösungsschemas und einer 2½-seitigen Beurteilung der Arbeit der Beschwerdeführerin durch die Expertin Punkt für Punkt ersichtlich sei, wie die Prüfungsarbeit beurteilt worden sei (vgl. BGE 121 I 225 E. 2d). Aus jenem Verfahren einer kantonalen Anwaltsprüfung, welches andere Besonderheiten aufweist als das Verfahren der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer, kann die Beschwerdeführerin ebenfalls keinen Editionsanspruch für die Musterlösung ableiten.

4.

In materieller Hinsicht legt die Beschwerdeführerin auf den Seiten 11-63 ihrer Beschwerdeschrift dar, wo ihr überall zusätzliche Punkte zu erteilen seien und welche Notenskala die Prüfungskommission hätte anwenden sollen, damit sie die Prüfung bestanden hätte. Zusätzlich beruft sie sich auf zwei Parteigutachter, welche als Wirtschaftsprüfer die Fallstudie der Beschwerdeführerin beurteilt hätten.

4.1 Wie das Bundesgericht (vgl. BGE 131 I 467 E. 3.1, 121 I 225 E. 4b), der Bundesrat (vgl. VPB 62.62 E. 3, 56.16 E. 2.1) und die ehemaligen Rekurs- und Schiedskommissionen des Bundes (vgl. VPB 66.62 E. 4, 64.122 E. 2) auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung von Examensleistungen eine gewisse Zurück-

haltung, indem es in Fragen, die durch gerichtliche Behörden naturgemäss schwer überprüfbar sind, nicht ohne Not von den Beurteilungen der erstinstanzlichen Prüfungsorgane und der Experten abweicht (vgl. BVGE 2008/14 E. 3.1; 2007/6 E. 3.). Der Grund dafür liegt darin, dass der Rechtsmittelbehörde zumeist nicht alle massgeblichen Faktoren der Bewertung bekannt sind und es ihr deshalb nicht möglich ist, sich ein zuverlässiges Bild über die Gesamtheit der Leistungen des Beschwerdeführers sowie der Leistungen der übrigen Kandidaten zu machen. Hinzu kommt, dass Prüfungen Spezialgebiete zum Gegenstand haben, in denen die Rechtsmittelbehörde über keine eigenen Fachkenntnisse verfügt. Eine freie Überprüfung der Examensbewertung würde zudem die Gefahr von Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten gegenüber anderen Kandidaten in sich bergen. Die Bewertung von Leistungen in Fachprüfungen wird von den Rechtsmittelbehörden daher nicht frei, sondern nur mit Zurückhaltung überprüft (vgl. dazu auch BGE 118 Ia 488 E. 4c, 106 Ia 1 E. 3c, mit Verweis auf MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. A., Basel und Frankfurt am Main 1986, Nr. 66 B II a, d und V a, sowie Nr. 67 B III c; MARTIN AUBERT, Bildungsrechtliche Leistungsbeurteilungen im Verwaltungsprozess, Diss. Bern/Stuttgart/Wien 1997, 107 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre; HERBERT PLOTKE, Schweizerisches Schulrecht, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 724 f.).

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Vorinstanz nicht dazu verpflichtet oder berechtigt, ihr Ermessen an die Stelle der Erstinstanz zu setzen und quasi als Oberprüfungskommission die Bewertung einzelner Aufgaben im Detail erneut vorzunehmen. In einem Beschwerdeverfahren nehmen die Experten, deren Notenbewertung beanstandet wird, vielmehr im Rahmen der Vernehmlassung der Prüfungskommission Stellung. In der Regel überprüfen sie ihre Bewertung nochmals und geben bekannt, ob sie eine Korrektur als gerechtfertigt erachten oder nicht. Solange konkrete Hinweise auf eine Befangenheit fehlen und die Beurteilung nicht als fehlerhaft oder unangemessen erscheint, ist auf die Meinung der Experten abzustellen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Stellungnahme insofern vollständig ist, als darin die substantiierten Rügen des Beschwerdeführers beantwortet werden und die Auffassung der Experten, insbesondere soweit sie von derjenigen des Beschwerdeführers abweicht, nachvollziehbar und einleuchtend ist. Die dargelegte Zurückhaltung gilt jedoch nur mit Bezug auf die materielle Bewertung

der Prüfungsleistungen. Sind indessen die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel im Prüfungsablauf gerügt, hat die Beschwerdeinstanz die erhobenen Einwände in freier Kognition und umfassend zu prüfen, andernfalls sie eine formelle Rechtsverweigerung beginge (vgl. BVGE 2008/14 E. 3.3; AUBERT, a.a.O., 113, 138 ff.; JOHANNES F. FULDA, Rechtsschutz im Prüfungswesen der Bundeshochschulen, ZBl 1983, S. 145 ff., 156).

Weil es nicht Aufgabe einer Beschwerdebehörde sein kann, die Prüfung gewissermassen zu wiederholen, müssen an den Beweis der behaupteten Unangemessenheit gewisse Anforderungen gestellt werden. Die entsprechenden Rügen müssen zumindest von objektiven und nachvollziehbaren Argumenten sowie den entsprechenden Beweismitteln getragen sein. Bleiben ernsthafte Zweifel an der Angemessenheit der Bewertung, ist die Angelegenheit entweder zu weiteren inhaltlichen Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen oder es ist aus prozessökonomischen Überlegungen ein unabhängiger Sachverständiger beizuziehen, welcher sich in einem Gutachten zu den widersprüchlichen Beurteilungen durch die Prüfungsexperten äussert und deren unvollständige, fehlende oder widersprüchliche Ausführungen ergänzt bzw. klärt und auf diese Weise dem Gericht ermöglicht, in der Beschwerdesache reformatorisch zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz hebt aber einen angefochtenen Entscheid nur auf, wenn sein Ergebnis in keiner Weise mehr vertretbar erscheint, sei es, weil die Prüfungsorgane in ihrer Beurteilung eindeutig zu hohe Anforderungen gestellt haben oder, ohne übertriebene Anforderungen zu stellen, sie die Arbeit des Kandidaten offensichtlich unterbewertet haben. Ergeben sich solche offenkundigen und eindeutigen Anhaltspunkte nicht bereits aus den Akten, kann von der Rechtsmittelbehörde nur dann verlangt werden, dass sie auf alle die Bewertung der Examensleistung betreffenden Rügen detailliert eingeht, wenn der Beschwerdeführer substantiierte und überzeugende Anhaltspunkte dafür liefert, dass in der Prüfung eindeutig zu hohe Anforderungen gestellt oder seine Leistungen offensichtlich unterbewertet worden sind (vgl. VPB 61.32 E. 7.2, m.w.H.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. August 2009, B-8409/2008 E. 3).

4.2 Die Frage, ob Beschwerden gegen Prüfungsentscheide unter die Garantien des fairen Gerichtsverfahrens nach Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) fallen, hatten das Bundes-

gericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zunächst offen gelassen. In der Folge hielt das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom 10. November 1995 in Sachen A.D. gegen Commission d'examens des avocats du canton de Genève fest, dass der Entscheid über die Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstelle. Es gebe daher gewisse Gründe, diese Bestimmung auf Entscheide über das Bestehen einer Berufsprüfung anzuwenden, sofern diese Prüfung eine direkte Voraussetzung für die Berufsausübung ist und - was in jenem Entscheid der Fall war - die Nichterteilung der Anwaltsbewilligung das einzige Hindernis zur Ausübung des Anwaltsberufs sei. Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass die Konventionsrechtsprechung den Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit weit fasse, das Problem aber heikel bleibe und der Entscheid des EGMR im Falle von Marle und andere gegen Niederlande (Urteil vom 26. Juni 1986, Série A/101), in welchem es um die Zulassung als Wirtschaftsprüfer nach einer Rechtsänderung ging, diese Bedenken eigens festhalte. Das Bundesgericht liess die Frage, ob die Beschwerde unter Art. 6 Abs. 1 EMRK falle, schliesslich offen, da es die Beschwerde wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots guthiess (vgl. AUBERT, a.a.O., S. 53). Inzwischen gilt es aber als unbestritten, dass auch die erstmalige Ausübung eines Berufs unter den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt, ebenso wie das Recht auf eine freiberufliche Erwerbstätigkeit als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK angesehen wird. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die Erwerbstätigkeit von einer Bewilligung abhängig gemacht wird oder ob die Berufsausübung auch öffentlichrechtlichen Zwecken dienen soll, wie dies bei Ärzten oder Anwälten der Fall ist. Damit ist die Beschwerde gegen das Nichtbestehen der Prüfung für Wirtschaftsprüfer als zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen, die - wie vorliegend der Fall - einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu sein hat (vgl. AUBERT, a.a.O., S. 54; JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. A., D-Kehl am Rhein 2009, Rz. 11 ff. zu Art. 6 EMRK; MARK E. VILLIGER, Handbuch EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 381; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. A., Bern 1999, S. 143).

4.2.1 Zweifel an der Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Bereich der Bewilligung einer erstmaligen Berufsausübung bestehen somit nicht mehr in Bezug auf die zivilrechtliche Natur des Anspruchs, sondern allenfalls in Bezug auf die Frage, ob tatsächlich eine Streitig-

keit über ein Recht vorliegt. Keine Streitigkeit über ein Recht liegt etwa vor, wenn es um die Beurteilung der beruflichen Eignung im Rahmen einer Prüfung geht (vgl. BGE 131 I 467 E. 2.9; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, S. 330, Rz. 5 f.).

4.2.2 Mit der Bejahung der zivilrechtlichen Natur der Zulassung zu einer erstmaligen Berufsausübung ist aber nichts über die geforderte Intensität einer gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen über Prüfungsergebnisse gesagt. Die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK sind jedenfalls auch bei einer gerichtlichen Überprüfung mit eingeschränkter Kognition, die sich die Beschwerdeinstanz aufgrund der Natur der Sache auferlegt, gewährt (vgl. BGE 131 I 467 E. 3; AUBERT, a.a.O., S. 54; HÄFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., 144).

4.3 Aus Art. 13 EMRK lassen sich ebenfalls keine zusätzlichen Garantien ableiten. Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK, dessen Verletzung nur zusammen mit einer anderen Bestimmung der EMRK oder eines Zusatzprotokolls gerügt werden kann (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskommission, Köln/Berlin/München, 4. Lieferung Mai 2000, Art. 13, Rz. 37), umfasst das Recht auf eine Instanz, die genügend unabhängig gegenüber der Entscheidungsinstanz ist (vgl. SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 64). Die Bestimmung öffnet nicht zwingend den Rechtsweg zu einem Gericht, sondern lediglich zu einer hinreichend unabhängigen Verwaltungsinstanz (vgl. AUBERT, a.a.O., S. 56; VILLIGER, a.a.O., Rz. 647 ff.). Falls Art. 13 EMRK anwendbar wäre, was offen gelassen werden kann, da das akzessorische Recht auf Bildung in Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK von der Schweiz nicht ratifiziert worden ist, würde sich mit der Wirksamkeit der Beschwerde auch die Frage nach der Überprüfungsbefugnis der Beschwerdeinstanz stellen. Eine umfassende Kognition der Beschwerdeinstanz lässt sich aber auch aus Art. 13 EMRK nicht ableiten (vgl. SCHWEIZER, a.a.O., Art. 13 Rz. 69).

4.4 Die Beschwerdeführerin kann somit auch aus den Rechtsschutzgarantien der EMRK keine vollständige und umfassende Prüfungspflicht der Beschwerdeinstanz herleiten. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UN-Pakt II, SR 0.103.2; vgl. WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-

Menschenrechtspakte, 2. A., Basel/Frankfurt am Main, 1997, S. 184 ff.) Damit bleibt es dabei, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Rügen die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids lediglich mit Zurückhaltung, die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften und Verfahrensmängel im Prüfungsablauf hingegen mit uneingeschränkter Kognition überprüft.

5.

Die Beschwerdeführerin listet die bereits vorgebrachten Rügen im vorliegenden Beschwerdeverfahren erneut auf, ohne sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids und den dort wiedergegebenen Expertenaussagen auseinanderzusetzen. Sie kommt damit ihrer Rüge- und Substantiierungspflicht nicht nach, da sie keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür liefert, dass in der Prüfung eindeutig zu hohe Anforderungen gestellt oder ihre Leistungen offensichtlich unterbewertet worden wären (vgl. vorne E. 4.1). Entgegen den erhobenen Vorwürfen, welche allesamt die Unangemessenheit der Korrekturen betreffen, haben die Experten bereits im vorinstanzlichen Verfahren in Bezug auf jede der geforderten Punkteerhöhungen dargelegt, weshalb sie an ihren Korrekturen und am Prüfungsergebnis festhalten. Die Erstinstanz kommt in ihren Vernehmlassungen im vorinstanzlichen Verfahren und im vorliegenden Beschwerdeverfahren aufgrund der drei durchgeführten Nachkorrekturen zum übereinstimmenden Ergebnis, dass die Fallstudie mit der Note 3 zu bewerten sei und der Beschwerdeführerin weiterhin 10,5 Punkte für das Erlangen der Note 3,5 fehlen würden. Diese Note wird ebenfalls durch die Nachkorrektur des Experten R._____ bestätigt, welche dieser anlässlich des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht im Auftrag der Prüfungskommission durchgeführt hat. In seiner Stellungnahme vom 27. November 2008 hat er die Einwendungen der Beschwerdeführerin nochmals im Einzelnen geprüft (vgl. seine Ausführungen zu den Teilaufgaben 1, 2.1, 3.1, 3.1.3, 3.2, 3.3.1, 3.3.2, 5.2, 8.2 und 8.7) und ist zum Ergebnis gekommen, dass der Beschwerdeführerin 6 zusätzliche Punkte erteilt werden können, welche aber keine Auswirkungen auf die erteilte Note hätten. Auf seine Ausführungen kann verwiesen werden, da sie überzeugend und nachvollziehbar sind und jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür liefern, dass die Leistungen der Beschwerdeführerin von der Prüfungskommission offensichtlich unterbewertet worden sind.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Prüfungskommission, abgesehen von einer unbedeutenden Unklarheit betreffend die Punkteerteilung in Aufgabe 2.1, welche im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht berichtigt worden ist, aber keine Auswirkungen auf die erteilte Note hat, zu den Anträgen der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die beantragte Erhöhung der Punktzahl ausführlich und umfassend Stellung genommen hat. Ihre schriftlichen Ausführungen zeigen widerspruchslös auf, dass die Fallstudie vollständig korrigiert und von den verschiedenen Experten in gleicher Weise und mit übereinstimmendem Ergebnis bewertet worden ist. Aufgrund dieser klaren Umstände kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Prüfungskommission ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat. Es besteht deshalb kein Grund, die Angelegenheit zur Neubeurteilung zurückzuweisen oder einen weiteren Experten mit der Überprüfung der Bewertung zu beauftragen, wie dies die Beschwerdeführerin beantragt.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Bewertung ihrer Fallstudie weiter vor, sie hätte die Prüfung bestanden, wenn eine lineare Notenskala angewendet worden wäre. Dazu hält die Prüfungskommission fest, das Prüfungsreglement gehe davon aus, dass für das Bestehen der Prüfung eine genügende Leistung, d.h. eine Note 4 oder höher, erwartet werde. Die verwendete Notenskala sehe deshalb unter der Note 4 Schritte von jeweils 20 Punkten pro halbe Note und über der Note 4 Schritte von jeweils 15 Punkten pro halbe Note vor. Diese Skala sei von der Prüfungskommission in der Absicht gewählt worden, einerseits den sehr guten Kandidaten – die mehr als eine genügende Leistung vorweisen – leichter das Erreichen der Note 6 zu ermöglichen, und andererseits den nur knapp ungenügenden Kandidaten mit nur einigen Punkten unter dem Durchschnitt von 205 Punkten die Chance zu geben, in der Fallstudie noch die Note 3,5 zu erreichen und damit trotz 1,5 Notenpunkten unter der Note 4 bei genügenden Leistungen in den anderen beiden Fächern die Prüfung zu bestehen (vgl. Ziff. 7.11 Prüfungsordnung, vorne E. 2.2). Daraus könne aber keine Willkür abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin habe weniger als die für die Note 4 erforderlichen 225 Punkte erzielt, weshalb ihr eine lineare Skala mit 20 Punkten über der Note 4 keinen Vorteil gebracht hätte. Demgegenüber hätte ihr eine Notenskala mit einer höheren erforderlichen Punktzahl für die genügende Note 4 und dafür nur 15 erforderlichen Punkten pro halbe Note unter der Note 4 anstatt der Note 3 die Note 2,5 eingetragen. Die von der Beschwerdeführerin

vorgeschlagenen Berechnungen mit einer linearen Skala mit 285 Punkten für die Note 6 seien abstrus und nicht weiter zu kommentieren.

5.2 Zu diesen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist zunächst festzustellen, dass es Aufgabe der Prüfungskommission ist, die Notenskala festzulegen. Die Anwendung einer geknickten Notenskala ist vertretbar und angemessen, solange sie rechtsgleich angewandt wird. Demgegenüber vermögen die Berechnungen und Darstellungen der Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen, dass die Prüfungskommission eine Notenskala gewählt habe, die nur den guten, nicht aber den schlechteren Leistungen der Kandidaten gebührend Rechnung getragen habe. Ihre Rüge ist daher unbegründet.

5.3 Ebenso wie die Prüfungsexperten hat auch die Prüfungskommission ihren Entscheid gestützt auf die Prüfungsordnung und das Prüfungsergebnis korrekt getroffen. Wie bereits von der Vorinstanz festgestellt, vermögen an dieser Würdigung auch die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Parteigutachten nichts zu ändern. Auf die von ihr beauftragten Experten kann schon deshalb nicht abgestellt werden, weil diese selber als Kandidaten an der Prüfungssession 2006 teilgenommen haben und ihnen im Gegensatz zu den von der Prüfungskommission eingesetzten Experten die notwendige Korrekturerfahrung sowie - als ehemaliger Arbeitskollege bzw. Kommilitone der Beschwerdeführerin - die erforderliche Unabhängigkeit fehlen.

6.

Die Beschwerdeführerin bringt gegen den angefochtenen Entscheid schliesslich vor, es sei die von der früheren Rekurskommission EVD entwickelte Grenzfallregelung nicht angewendet worden, welche ebenfalls dazu führen würde, dass sie die Prüfung bestanden hätte. Sie beruft sich dabei auf die Praxis der Rekurskommission EVD, namentlich auf die Beschwerdeentscheide Nr. 94/4K-003 vom 9. März 1994 (veröffentlicht in: VPB 59.77), Nr. 00/HB-003 vom 10. April 2000, Nr. 01/HB-005 vom 18. Dezember 2001 sowie Nr. HB/2004-6 vom 22. März 2005.

6.1 Gemäss der Vernehmlassung der Prüfungskommission vom 15. Dezember 2008 fehlen der Beschwerdeführerin 10,5 Punkte für das Erreichen der Note 3,5 in der Fallstudie. Bereits aufgrund dieses Ergebnisses kann die Situation der Beschwerdeführerin nicht als

Grenzfall im Sinne der Praxis der Prüfungskommission angesehen werden, da ein solcher lediglich bei Fehlen von maximal fünf Punkten in Betracht kommt und somit - wie von der Prüfungskommission in ihrer Vernehmlassung festgehalten - im vorliegenden Fall klar abzulehnen ist.

6.2 Im Folgenden ist zu prüfen, wie es sich mit der von der Beschwerdeführerin angerufenen Praxis der Rekurskommission EVD zur Beurteilung von Grenzfällen verhält.

6.2.1 In ihrem Entscheid vom 9. März 1994 (vgl. VPB 59.77) hat die frühere Rekurskommission EVD die Beschwerde gegen eine zum dritten Mal nicht bestandene eidgenössische Berufsprüfung für Buchhalter gutgeheissen. Angesichts der im Beschwerdeverfahren aufgrund einer Notenanhhebung sowie eines falsch ermittelten Punkteresultats veränderten Situation wies sie die Prüfungskommission an, entsprechend dem Prüfungsreglement erneut zusammenzutreten, die Examinatoren anzuhören und einen neuen Entscheid zu fällen. Die Rekurskommission EVD stützte ihren Entscheid insbesondere darauf, dass die Prüfungskommission während des Instruktionsverfahrens die Note für das Fach Rechnungswesen schriftlich von 3,5 auf 4 angehoben hatte und der Fachvorstand des Fachs Steuern in der schriftlichen Vernehmlassung zur Beschwerde zusätzlich ausgeführt hatte, aufgrund eines Additionsfehlers habe der Beschwerdeführer zu wenig Punkte erhalten. Die korrigierte Gesamtpunktzahl reiche zwar nicht für die Note 4, doch er würde sich nicht dagegen wehren, wenn die Prüfungskommission von sich aus die Note auf 4,0 anheben würde, sofern dies dem Kandidaten zum erfolgreichen Bestehen der Prüfung verhelfen würde. Aus dieser neuen und besonderen Situation schloss die Rekurskommission EVD, dass es sich dabei um einen Grenzfall handle und die Prüfungskommission deshalb aufgrund der veränderten Verhältnisse gemäss den Bestimmungen des Prüfungsreglements verpflichtet gewesen wäre, noch einmal zusammenzutreten und aufgrund des neuen Sachverhalts neu zu entscheiden. Die Rekurskommission EVD hielt in ihren Entscheiderwägungen ebenfalls fest, dass die Prüfungskommission aufgrund eines solchen Grenzfalls mit besonderer Sorgfalt über das Gesamtergebnis hätte entscheiden müssen. Aufgrund dieser besonderen Fallkonstellation stellte sie bei der Prüfungskommission eine rechtsverletzende Ermessensausübung fest, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Erstinstanz zurück. Aus der Entscheid-

begründung geht zudem hervor, dass die Beschwerdeinstanz der Prüfungskommission deren Ermessensspielraum und dessen korrekte Ausübung aufzeigte, dieses Ermessen aber nicht anstelle der Erstinstanz ausübte. Aus diesem Entscheid kann die Beschwerdeführerin somit nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Prüfungskommission im vorliegend zu beurteilenden Fall ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat.

6.2.2 In der Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung hat die Rekurskommission eine subsidiäre Grenzfallpraxis entwickelt, welche in den Fällen zur Anwendung kam, in denen die Prüfungskommission keine eigene Grenzfallregelung kannte. Die Rekurskommission EVD hat diese Praxis dann angewandt, wenn ein knappes Ergebnis vorlag und im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens zusätzliche Punkte erteilt worden waren (vgl. u.a. unveröffentlichter Entscheid der REKO EVD vom 27. Oktober 2004, JC/2003-1 E. 7.2). Als knapp galt ein Ergebnis, wenn der Kandidat oder die Kandidatin die Prüfung mit der Aufrundung um höchstens eine halbe Fach- oder Positionsnote bestanden hätte. Die anzuhebende Note sollte dabei in der Regel, soweit ihr eine Punkteskala zugrunde lag, nahe an der Grenze zum nächsthöheren Notenwert liegen (vgl. unveröffentlichter Entscheid der REKO EVD vom 10. April 2000, 00/HB-003 E. 3.2.1, m.w.H.). Dabei hatte die Rekurskommission EVD in ihrer Praxis das Fehlen von 0,0625, 0,09 bzw. 0,15 Noteneinheiten zum Erreichen der mathematischen Rundungsgrenze für die nächsthöhere Note als Grenzfall angenommen (vgl. HB/2004-6 E. 4.1, m.w.H.).

6.2.3 Mit dieser Weiterentwicklung der Rechtsprechung ist die Rekurskommission EVD zunehmend vom ursprünglichen Entscheid (vgl. vorne E. 6.1), welcher die Rückweisung der Angelegenheit an die Prüfungskommission und eine Neu Beurteilung durch diese vorsah, abgewichen. Diese Rechtsprechung zu sog. Grenzfällen könnte bei den betroffenen Prüfungskandidaten eine Rechtsunsicherheit bewirken, weil für diese unklar ist, welche knappen Prüfungsleistungen von den Beschwerdeinstanzen - bei Fehlen einer eigenen Regelung der Prüfungskommission - als Grenzfälle angesehen werden und ob sie dadurch allenfalls die Prüfung bestehen würden.

6.2.4 Aufgrund der aufgezeigten notwendigen Zurückhaltung, die sich die Beschwerdeinstanz bei der Überprüfung von Prüfungsergebnissen aufzuerlegen hat, kann an dieser, mit dem in Erwägung 6.1 dargelegten ersten Entscheid nicht in Einklang stehenden, späteren

Praxis der Rekurskommission EVD nicht festgehalten werden. Die Verantwortung der Prüfungskommission gemäss Prüfungsordnung, nämlich sicherzustellen, dass nur fähige und in der Prüfung erfolgreiche Kandidatinnen und Kandidaten den Titel eines dipl. Wirtschaftsprüfers bzw. einer dipl. Wirtschaftsprüferin erlangen, kann die Beschwerdeinstanz nicht anstelle der Erstinstanz übernehmen, da sie im Gegensatz zur Prüfungskommission nicht über die für eine faire Leistungsbeurteilung notwendigen Sach- und Fachkenntnisse verfügt. Sie kann auch keine Niveauekontrolle ausüben, da sie die ungenügenden Leistungen der Beschwerdeführer nicht mit den Leistungen derjenigen Kandidatinnen und Kandidaten vergleichen kann, die die Prüfungen mit einem guten oder gar sehr guten Ergebnis bestanden haben. Erst dieser Überblick über das ganze Leistungsspektrum ermöglicht es der Prüfungskommission, ihr Ermessen sachgerecht auszuüben und auch in Zweifels- bzw. Grenzfällen zu einem dem Fall angemessenen und überzeugenden Ergebnis über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung zu kommen.

6.3 Die Beschwerdeführerin kann somit auch aus der späteren Rechtsprechung der Rekurskommission EVD zur sog. subsidiären Grenzfallregelung nichts ableiten, was zu einer Neubeurteilung ihrer Prüfungsleistung führen würde.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie werden auf Fr. 1'100.-- festgesetzt und mit dem von ihr am 13. Oktober 2008 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

8.

Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da sie mit ihren Anträgen vollumfänglich unterliegt (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

9.

Nach Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) können Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Der vorliegende Entscheid ist damit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'100.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem am 13. Oktober 2008 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Beschwerdebeilagen);
- die Vorinstanz (Einschreiben; Beilage: Vorakten);
- die Erstinstanz (Einschreiben; Beilage: Vernehmlassungsbeilagen).

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Katharina Walder Salamin

Versand: 9. Februar 2010