



## Urteil vom 6. Mai 2019

---

Besetzung

Richter Keita Mutombo (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Pietro Angeli-Busi,  
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Dr. iur. Susanne Raess, Rechtsanwältin,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Bildung,  
Forschung und Innovation SBFI,**  
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz,

**Verband Schweizerischer  
Elektro-Installationsfirmen VSEI,**  
Zentralsekretariat,  
Limmatstrasse 63, Postfach 2328, 8031 Zürich,  
Erstinstanz.

---

Gegenstand

Höhere Fachprüfung für Elektroinstallateur 2017  
(Verfügung des SBFI vom 26. Juli 2018).

**Sachverhalt:****A.**

Mitte August 2017 legte X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) die höhere Fachprüfung diplomierter Elektroinstallateur (HE) ab. Am 16. August 2017 teilte ihm die Kommission für Qualitätssicherung (nachfolgend: QS-Kommission) des Verbands Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen (VSEI; im Folgenden: Erstinstanz) mit, dass er die Prüfung nicht bestanden habe. Die QS-Kommission bewertete die Prüfungsleistungen des Beschwerdeführers gemäss dem Prüfungszeugnis vom 16. August 2017 wie folgt:

<b>"Prüfungsfächer"</b>	<b>Fachnoten</b>
1 Durchschnittsnote Schulprüfungen [...]	4.9
2 Projektierung	3.5
3 Technische Projektanalyse	4.5
4 Betriebswirtschaftliche Projektanalyse	4.0
Schlussnote	4.2"

**B.**

Gegen diesen Entscheid führte der Beschwerdeführer am 18. August 2017 Beschwerde vor dem Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI (nachfolgend auch: Vorinstanz). Er beantragte sinngemäss, die Prüfung sei als bestanden zu erklären. Es sei ihm im Fach "Projektierung" mindestens die Note 4 zu erteilen. Weiter seien das Diplom und der Fachausweis auszustellen.

**C.**

Die Vorinstanz wies die Beschwerde mit Entscheid vom 26. Juli 2018 ab. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, im Fach "Projektierung" sei bei der schriftlichen Prüfung die von den Experten vorgenommene Bewertung nicht zu beanstanden und der Ablauf der 60-minütigen mündlichen Prüfung sei gut nachvollziehbar. Die Experten hätten bei diesen beiden Prüfungen zu Recht je die Note 3.5 erteilt. Damit verbleibe die Note im Fach "Projektierung" bei 3.5. Die Beschwerde erweise sich deshalb auch unter Berücksichtigung der Grenzfallregelung als unbegründet.

**D.**

Gegen diesen Entscheid hat der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. September 2018 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragt. Die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventua-  
liter habe das Gericht die Notengebung zu überprüfen und im Fach "Pro-  
jektierung" aufgrund der Akten die Note 4 und das Diplom für die höhere  
Fachprüfung zu erteilen. Dies habe unter Kosten- und Entschädigungsfol-  
gen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Vorinstanz zu erfolgen.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dass  
ihm im Rahmen der Akteneinsicht bei der Erstinstanz die Einsichtnahme in  
die Bewertungsunterlagen verwehrt worden sei. Dass die Einsicht in seine  
schriftlichen Prüfungsarbeiten auch die Bewertungsunterlagen umfasse,  
sei in der Stellungnahme der Erstinstanz vom 26. Oktober 2017 nicht aus-  
drücklich erwähnt worden. Auch im Rahmen der Besprechung der schriftli-  
chen Prüfung seien deren Bewertungsgrundlagen nicht offengelegt wor-  
den. Er habe erst nach der erstinstanzlichen Duplik um Akteneinsicht er-  
sucht, da er nicht habe wissen können, dass er mit der Akteneinsicht auch  
Anspruch auf Einsicht in die Bewertungsunterlagen gehabt hätte. Eine Be-  
rücksichtigung der 29 Fehlbewertungen, die er aufgrund der Einsicht-  
nahme in die Prüfungsdokumente vom 8. Februar 2018 habe belegen kön-  
nen, würde die schriftliche Note des Fachs "Projektierung" erheblich ver-  
bessern. Die Vorinstanz habe seine Vorbringen in Bezug auf die Korrektur  
insgesamt nicht berücksichtigt. Die Vorinstanz wäre grundsätzlich ver-  
pflichtet gewesen, die in seiner Tripplik vom 12. Februar 2018 vorgebrachten  
neuen Beweismittel beziehungsweise Tatsachen zu beachten. Es lägen  
keine Rechtfertigungsgründe dafür vor, dass die Vorinstanz im angefoch-  
tenen Entscheid nicht auf die am 12. Februar 2018 vorgebrachten Tatsa-  
chen eingegangen sei. Diese sei deshalb zu verpflichten, auf ihren Ent-  
scheid zurückzukommen und alle von ihm vorgebrachten Tatsachen bezie-  
hungsweise Beweismittel zu würdigen.

**E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 19. Oktober 2018 beantragt die Erstinstanz  
die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen  
zu Lasten des Beschwerdeführers. Die Erstinstanz verweist zur Begrün-  
dung im Wesentlichen auf ihre Stellungnahmen im Schriftverkehr mit der  
Vorinstanz.

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 22. November 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Indem der Beschwerdeführer bis zur Triplik ihre grossen Hilfestellungen zur Akteneinsicht absichtlich ignoriert habe, sei seine Prozessführung in höchstem Mass unsorgfältig. Dies verdiene keinen Rechtsschutz. Sie (die Vorinstanz) könne sich das Verhalten des Beschwerdeführers lediglich mit Nachlässigkeit erklären, welche im Übrigen den ordentlichen Geschäftsgang erheblich störe. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf den angefochtenen Entscheid.

**G.**

Der Beschwerdeführer wendet in seiner Replik vom 11. Januar 2019 unter anderem ein, dass er anlässlich der ersten Akteneinsichtnahme am 16. August 2017 keine Zeit erhalten hätte, um die nicht bestandene Prüfung und die ausgefüllten Bewertungsbögen, die auf dem Tisch ausgebreitet gewesen seien, genau zu studieren. Er habe dort keine Kopien erstellen können. Die Experten hätten ihm mitgeteilt, dass er eine Beschwerde einlegen müsse, um Kopien zu erhalten, und er keine Einsicht in die Notizen der Experten erhalten werde. Im Rahmen des Schriftenwechsels habe er den Eindruck gehabt, die beiden Experten beziehungsweise die Erstinstanz führe nun neue Argumente an, die er nicht entkräften könne, ohne die entsprechenden Kopien zu haben. Die Experten hätten im Rahmen der Stellungnahme vom 12. Januar 2018 ausgeführt, dass es kein Element gebe, welches als Elektrohauptverteilung (HV) beschrieben sei. Er habe dann Akteneinsicht verlangt, um diese Problematik genauer nachprüfen zu können.

**H.**

**H.a** Die Erstinstanz insistiert in ihrer Duplik vom 30. Januar 2019, die Experten hätten in ihren Stellungnahmen vom 17. Oktober 2017 und 12. Januar 2018 klar begründet, warum die Prüfung nicht als bestanden gelte.

**H.b** Die Vorinstanz hat innert Frist keine Duplik eingereicht.

**I.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit entscheidwesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Der angefochtene Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 26. Juli 2018 ist eine Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 61 Abs. 2 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 [BBG, SR 412.10] i.V.m. Art. 31 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.2** Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Rechtsschrift sind erfüllt und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.3** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **2.**

**2.1** Das eidgenössische Diplom als diplomierter Elektroinstallateur erhält, wer die höhere Fachprüfung "diplomierter Elektroinstallateur" mit Erfolg bestanden hat (Art. 43 Abs. 1 BBG i.V.m. Art. 21 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 1 und 3 des erstinstanzlichen Reglements vom 25. Juni 2003 über die Durchführung der Berufs- und höheren Fachprüfungen im Elektro- und Telematik-Installationsgewerbe [im Folgenden: Reglement; zu finden unter: <<https://www.vsei.ch>> > Berufsbildung > Höhere Fachprüfungen nach R 2003 > Dipl. Elektroinstallateur/in > Reglement, abgerufen am 25. Februar 2019]).

**2.2** Nach Art. 21 Abs. 4 des Reglements gilt die höhere Fachprüfung "diplomierter Elektroinstallateur" als bestanden, wenn weder die Durchschnittsnote der Schule in den Fächern 1 bis 5 (Schulnoten) noch die Fachnoten der Fächer 6 bis 8 der Prüfung die Note 4 unterschritten haben. Dabei wird laut Reglement unter "Schule" ein Ausbildungsinstitut verstanden, welches die Kandidaten ausbildet und Prüfungen gemäss den Weisungen der Prüfungskommission durchführt (vgl. unter "1 Allgemeines" Abs. 3 des Reglements). Die Prüfung umfasst nach Art. 16 Abs. 4 des Reglements folgende

Fächer: "Gebäudetechnik II (Schulnote)" (Fach 1), "Telematik/Netzwerktechnik (Schulnote)" (Fach 2), "Betriebswirtschaft (Schulnote)" (Fach 3), "Unternehmensführung (Schulnote)" (Fach 4), "Marketing (Schulnote)" (Fach 5), "Projektierung" (Fach 6), "Technische Projektanalyse" (Fach 7), "Betriebswirtschaftliche Projektanalyse" (Fach 8). Die Leistungen werden mit Noten von 1 bis 6 bewertet, wobei die Note 4 und höhere Noten genügende und Noten unter 4 ungenügende Leistungen bezeichnen (Art. 20 Abs. 1 des Reglements).

Laut Art. 19 Abs. 2 des Reglements ist die Gesamtnote der Diplomprüfung das Mittel aller an der Prüfung erteilten Fachnoten und dem Durchschnitt der Schulnoten, wobei die Gesamtnote und die Fachnoten auf eine Dezimalstelle gerundet werden.

**2.3** Gemäss dem Prüfungszeugnis vom 16. August 2017 erzielte der Beschwerdeführer die Schlussnote 4.2, wobei er im Fach "Projektierung" (Fach 6) die Note 3.5 erhielt. Damit ist zwar insgesamt nur eine Fachnote unter 4.0 gegeben. Die Voraussetzung nach Art. 21 Abs. 4 des Reglements, wonach unter anderem die Note im Fach 6 die Note 4 nicht unterschreiten darf, ist jedoch nicht erfüllt. Deshalb qualifizierte die Erstinstanz die vom Beschwerdeführer abgelegte höhere Fachprüfung diplomierter Elektroinstallateur (HE) als nicht bestanden.

**2.4** Der Beschwerdeführer rügt vorab formell eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und die Nichtberücksichtigung der Beweismittel beziehungsweise Tatsachen, die er in seiner Tripplik vom 12. Februar 2018 im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe. In materieller Hinsicht rügt er die Bewertung der schriftlichen und mündlichen Prüfung im Fach "Projektierung" mit der Note 3.5.

### **3.**

**3.1** Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden (Art. 49 VwVG).

**3.2** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft – gleich wie die Vorinstanz – Entscheide über Ergebnisse von Prüfungen grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition (Art. 49 VwVG; vgl. auch ZIBUNG/HOFSTETTER, in:

Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016 [im Folgenden: Praxiskommentar VwVG], Art. 49 N 43). Indes haben Prüfungen oftmals Spezialgebiete zum Gegenstand, in denen die Rechtsmittelbehörde in der Regel über keine genügenden eigenen Fachkenntnisse verfügt. Zudem sind der Rechtsmittelbehörde zumeist nicht alle massgebenden Faktoren der Bewertung bekannt und ist es ihr oft nicht möglich, sich ein zuverlässiges Bild über die Gesamtheit der Leistungen einer beschwerdeführenden Person sowie der Leistungen der übrigen Kandidaten zu machen. Eine freie und umfassende Überprüfung der Examensbewertung würde die Gefahr von Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten gegenüber den anderen Prüfungskandidaten in sich bergen und es ist auch nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, die Bewertung der Prüfungsleistungen einer beschwerdeführenden Person gewissermassen zu wiederholen (vgl. zum Ganzen statt vieler: Urteil des BVGer B-2585/2017 vom 21. Dezember 2018 E. 4.2; BVGE 2008/14 E. 3.1). In ständiger Rechtsprechung auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht daher bei der Bewertung von Prüfungsleistungen und spezifischen Fragen, die seitens der Justizbehörden naturgemäss schwer überprüfbar sind, eine gewisse Zurückhaltung. Es hat nur dann auf Rügen betreffend eine behauptete Unangemessenheit der Bewertung von Prüfungsleistungen detailliert einzugehen, wenn die beschwerdeführende Person selbst substantiierte und überzeugende Anhaltspunkte sowie die entsprechenden Beweismittel dafür liefert, dass das Ergebnis materiell nicht vertretbar ist, eindeutig zu hohe Anforderungen gestellt oder die Prüfungsleistungen offensichtlich unterbewertet wurden (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-2585/2017 vom 21. Dezember 2018 E. 4.2 und BVGE 2010/21 E. 5.1, je mit Hinweis).

**3.3** Das Bundesverwaltungsgericht weicht nicht ohne Not von der Beurteilung der Experten ab, nicht zuletzt wenn diese im Rahmen der Vernehmung der Vorinstanz Stellung zu den Rügen der beschwerdeführenden Person genommen haben und die Auffassung der Experten, insbesondere soweit sie von derjenigen der beschwerdeführenden Person abweicht, nachvollziehbar und einleuchtend ist (Urteil des BVGer B-2585/2017 vom 21. Dezember 2018 E. 4.3 mit Hinweisen; vgl. statt vieler: BVGE 2010/11 E. 4.2 und 2008/14 E. 3.1-3.2 und 4.3.2, je mit Hinweisen).

**3.4** Die dargelegte Zurückhaltung gilt indessen nur für die materielle Bewertung der Prüfungsleistungen. Ist demgegenüber die Auslegung oder Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmän-

gel im Prüfungsablauf gerügt, so hat das Bundesverwaltungsgericht die erhobenen Einwendungen mit umfassender Kognition zu prüfen (vgl. zum Ganzen: BVGE 2010/11 E. 4.2, 2008/14 E. 3.3 mit Hinweisen, und Urteil des BVGer B-2585/2017 vom 21. Dezember 2018 E. 4.4). Hierbei nehmen all jene Einwände auf Verfahrensfragen Bezug, die den äusseren Ablauf der Prüfung, die Aufgabenstellung oder das Vorgehen bei der Bewertung betreffen (Urteil des BGer 2D\_6/2010 vom 24. Juni 2010 E. 5.2; Urteile des BVGer B-2585/2017 vom 21. Dezember 2018 E. 4.4 und B-6256/2009 vom 14. Juni 2010 E. 3 mit Hinweisen). Die Beweislast für allfällige Verfahrensfehler obliegt dem Beschwerdeführer.

#### **4.**

Vorab ist in formeller Hinsicht und von Amtes wegen zu prüfen, ob die Erstinstanz das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers verletzt hat.

**4.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) umfasst als Mitwirkungsrecht all jene Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1 mit Hinweisen). Die von einer Verfügung betroffene Person hat insbesondere das Recht, zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können, bevor der Entscheid gefällt wird; dazu muss sie vorweg Einsicht in die massgeblichen Akten nehmen können (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.2).

Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (vgl. WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 60 mit Hinweisen). Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis bleiben aber sogenannte verwaltungsinterne Akten vom verfassungsmässigen und gesetzlichen Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen (vgl. BGE 125 II 473 E. 4a; Urteil des BGer 1C\_159/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1021; WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., Art. 26 N 65; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 875 f., je mit Hinweisen). Als verwaltungsintern gelten Akten, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, sondern die ausschliesslich der verwaltungsinternen Willensbildung dienen und insofern lediglich für den verwaltungsinternen Eigengebrauch bestimmt sind (wie beispielsweise Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege, Entscheidentwürfe etc.). Mit dem Ausschluss des Einsichtsrechts in diese Akten soll verhindert werden, dass

die interne Meinungsbildung der Verwaltung vollumfänglich vor der Öffentlichkeit ausgebreitet wird (vgl. zum Ganzen: BGE 129 II 497 E. 2.2, 125 II 473 E. 4a, 122 I 153 E. 6a; Urteil des BGer 1C\_159/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.3, je mit Hinweisen). Solche Unterlagen werden vom Einsichtsrecht von vornherein nicht erfasst (vgl. WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., Art. 26 N 65 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil des BVGer B-2579/2016 vom 1. Juni 2018 E. 4.1).

**4.2** Zunächst machte der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben von der Möglichkeit der Einsichtnahme in die Prüfungsunterlagen bei der Erstinstanz in Zürich bewusst keinen Gebrauch. Er entschied sich hierzu, obwohl der Chefexperte offenbar anlässlich der Schlussansprache im Anschluss der Prüfung auf diese Möglichkeit hingewiesen hatte (vgl. Schreiben der Erstinstanz vom 26. Oktober 2017 an die Vorinstanz, S. 2). Der Beschwerdeführer begründete seinen Verzicht mit der angeblichen Bestätigung der Erstinstanz, wonach ihm kein Einblick in die Bewertungsunterlagen der Experten, das heisse deren Notizen, Protokolle, Bewertungsmasstäbe etc., gewährt würde (Replik vom 23. November 2017 im vorinstanzlichen Verfahren, S. 1).

Der Beschwerdeführer hatte dabei unstrittig Kenntnis von den Merkblättern "Beschwerden gegen die Nichtzulassung zur Prüfung und Nichterteilung des eidg. Fachausweises bzw. Diploms. Informationen zum Beschwerdeverfahren" sowie "Akteneinsichtsrecht" des SBFI (vgl. Beschwerde, S. 6 f., und Vernehmlassung, S. 1 f.; beide Blätter finden sich unter <[www.sbf.admin.ch](http://www.sbf.admin.ch)>). Im ersten Merkblatt (Ziff. 1) wird empfohlen, vor der Einreichung einer Beschwerde die Prüfungsakten bei der Prüfungskommission einzusehen. Im zweiten Merkblatt (Ziff. 4) wird den Prüfungskandidaten das Akteneinsichtsrecht gemäss VwVG dargelegt. Im Übrigen wird im letzteren Merkblatt (unter Ziff. 3 Abs. 2) ausdrücklich festgehalten, dass das Einsichtsrecht nicht dadurch eingeschränkt werden dürfe, dass der Kandidat nur während einer bestimmten Zeitspanne nach Eröffnung der Verfügung (beispielsweise während 20 Tagen) Einsicht gewährt werde.

**4.3** Der Beschwerdeführer bat die Erstinstanz erst aufgrund der Stellungnahme der Experten zu seiner Replik schriftlich um einen Termin zur Einsichtnahme in die von ihm erstellten Dokumente. Diese Einsicht wurde ihm am 8. Februar 2018 gewährt (Triplik im vorinstanzlichen Verfahren, S. 1; Beschwerde, S. 6 f., und Vernehmlassung, S. 1 f.). Zudem liess die Vorinstanz der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am 29. August 2018

die Verfahrensakten zur Einsicht zukommen, nachdem die Vertreterin am 24. August 2018 um Einsicht in seine Akten gebeten hatte.

Bei den Bewertungsunterlagen der Experten, die der Beschwerdeführer in seiner Replik im vorinstanzlichen Verfahren aufzählte (oben E. 4.2), in welche er jedoch weiterhin keine Einsicht erhielt, handelt es sich um verwaltungsinterne Akten. Diese sind vom Einsichtsrecht nicht erfasst (vgl. E. 4.1 vorstehend). Dasselbe gilt für die "Handnotizen", auf welche sich die Bewertungsgrundlagen im mündlich geprüften Fach "Projektierung" stützen.

**4.4** Das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers ist folglich gewahrt.

## **5.**

**5.1** Aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsgrundsatz (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV; hierzu in E. 4.1 vorstehend) sowie der Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 12 VwVG) folgt, dass die Behörde Vorbringen zum Sachverhalt jederzeit entgegennehmen und berücksichtigen muss, die sie für rechtserheblich hält (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1 mit Hinweis; PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 32 VwVG N 10; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 547, 589 und 1125; PETER SALADIN, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, 1979, Rz. 16.232). Deswegen können neue Tatsachenbehauptungen, neue Beweismittel und neue rechtliche Begründungen letztlich unabhängig vom Zeitpunkt, in dem sie sich verwirklicht haben, jederzeit vorgebracht werden (KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *Praxiskommentar VwVG*, Art. 12 Rz. 58; vgl. SUTTER, a.a.O., Art. 32 VwVG N 10). So muss die Behörde zum einen die rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigen. Zum anderen ist sie auch verpflichtet, verspätete Vorbringen, die für die Erstellung des Sachverhalts ausschlaggebend erscheinen, zu berücksichtigen (vgl. Art. 32 VwVG; BGE 136 II 165 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C\_286/2009 vom 13. Januar 2010 E. 4.2-3; BVGE 2009/64 E. 7.3; Urteile des BVGer B-1394/2016 vom 12. Dezember 2018 E. 2.2.2 und A-6820/2009 vom 23. März 2010 E. 6, je mit Hinweis; WALDMANN/BICKEL, in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 32 N 16; SUTTER, a.a.O., Art. 32 VwVG N 6, 8 und 10 mit Hinweisen; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 462, 589, 1017, 1045 und 1125; SALADIN, a.a.O., Rz. 16.232; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.147 und 2.206; a.M. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. Aufl. 2015, Rz. 310 und 667). Denn der Entscheidung ist derjenige Sachverhalt zu-

grunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung bewiesenermassen darstellt (BGE 100 Ib 351 E. 3; SUTTER, a.a.O., Art. 32 VwVG N 10). Verspätet sind Parteivorbringen, wenn eine Partei im Rahmen des Schriftenwechsels oder bei der Sachverhaltsermittlung eine Frist verpasst, aber ihre Eingaben danach noch ergänzt (vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 667; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 589). Als verspätet gelten dabei auch ohne vorherige Aufforderung eingereichte Vorbringen (Urteil des BVGer C-2532/2013 vom 5. November 2014 E. 3.3.5). Nur so kann die Behörde ihren Pflichten zur richtigen und vollständigen Abklärung des Sachverhalts (Untersuchungsgrundsatz) und der richtigen Anwendung des objektiven Rechts (*iura novit curia*) genügend nachkommen (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer A-6090/2017 vom 28. Juni 2018 E. 3.4.3 mit Hinweisen). Im Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz und dem Bundesverwaltungsgericht gilt diese Pflicht zur Berücksichtigung verspäteter Vorbringen – einschliesslich Noven – nur, soweit sich diese innerhalb des Streitgegenstands befinden (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteil des BVGer A-5477/2013 vom 24. März 2014 E. 1.4.1 mit Hinweis; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12 Rz. 58).

**5.2** Grenze dieser Berücksichtigungspflicht ist trölerisches Parteiverhalten (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12 Rz. 58). So können ausnahmsweise – dies wird (zum Teil) in Lehre und Rechtsprechung vertreten – auch rechtserhebliche verspätete Vorbringen ausser Acht gelassen werden, wenn die Verspätung auf nachlässiger Prozessführung beruht oder die entsprechenden Vorbringen der Verschleppung des Prozesses dienen (BGE 136 II 165 E. 4.3; Urteil des BVGer A-6090/2017 vom 28. Juni 2018 E. 3.4.3; Entscheid der REKO/EVD 95/4K-037 vom 5. Dezember 1996, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.31 E. 3.2.3 f.; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 32 N 17, je mit Hinweisen; SUTTER, a.a.O., Art. 32 VwVG N 11 mit Hinweisen; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 147 und 1125).

**5.3** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, was bedeutet, dass seine Verletzung grundsätzlich – ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst – zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (statt vieler: BGE 144 I 11 E. 5.3, 137 I 195 E. 2.2; BVGE 2008/47 E. 3.3.4; Urteil des BVGer B-3284/2018 vom 16. November 2018 E. 7.5; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1173 ff.). Die Heilung von Gehörsverletzungen auf Beschwerdeebene ist nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die beschwerdeführende Person dazu Stellung nehmen kann

und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt, die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist und die fehlende Entschiedenheit durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann (obgenanntes Urteil B-3284/2018 E. 7.5; vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1 und 2008/47 E. 3.3.4, je mit weiteren Hinweisen).

## **6.**

Nachfolgend stellt sich in formeller Hinsicht des Weiteren die Frage, ob die Vorinstanz die Beweismittel beziehungsweise Tatsachen, die der Beschwerdeführer in seiner Triplik vom 12. Februar 2018 im vorinstanzlichen Verfahren vorbrachte, zu Recht unbeachtet liess oder hier das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers durch Nichtberücksichtigung dessen Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren verletzte.

**6.1** Der Beschwerdeführer brachte die fraglichen Vorbringen in der Triplik vom 12. Februar 2018 im vorinstanzlichen Verfahren unbestrittenermassen innert der von der Vorinstanz angesetzten Frist ein. Damit erfolgte die Rüge des Beschwerdeführers über 29 Kriterien in der schriftlichen Prüfung "Projektierung" im Sinn von Lehre und Rechtsprechung rechtzeitig und nicht verspätet (vgl. E. 5.1 vorstehend). Dies gilt auch für die im Rahmen der Triplik neu eingereichten Dokumente. Dass diese Vorbringen und Dokumente nicht entscheiderelevant seien, moniert die Vorinstanz vorliegend nicht. Da namentlich neue Beweismittel sowie neue rechtliche Begründungen – insbesondere innerhalb der im Schriftenwechsel angesetzten Fristen – grundsätzlich jederzeit vorgebracht werden können, wäre die Vorinstanz aufgrund des Gehörs- und Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet gewesen, diese Vorbringen und Dokumente bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (vgl. E. 5.1 hiavor).

Im Übrigen könnte dem Beschwerdeführer, selbst wenn die Vorbringen verspätet gewesen und die Dokumenteneinreichung zu spät erfolgt wären, nicht vorgeworfen werden, den Prozess auf nachlässige Weise geführt zu haben, zumal er juristischer Laie und erst seit dem 23. August 2018 anwaltlich vertreten ist. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht dargelegt, welches Interesse der Beschwerdeführer an einer Verzögerung des Beschwerdeverfahrens haben sollte. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, ist es notorisch, dass korrigierte Prüfungsunterlagen die Korrektur der Antworten des Kandidaten und damit die Bewertung der konkreten Prüfungsleistung enthalten. Auch hätte der Beschwerdeführer wohl bereits vor der Beschwerdeeinreichung auf Nachfrage hin Einsicht in seine

Prüfungsunterlagen erhalten (vgl. E. 4.2 hiervor). Wesentlich ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass das Akteneinsichtsrecht während eines laufenden Beschwerdeverfahrens zeitlich nicht beschränkt ist, sondern jederzeit geltend gemacht werden kann. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf neue Tatsachenbehauptungen und Begründungselemente im Rahmen des Schriftenwechsels, hat doch nach eigenen Aussagen des Beschwerdeführers einzig die aus seiner Sicht unbefriedigende Stellungnahme der beiden Prüfungsexperten im Rahmen der Duplik (Beschwerde, S. 7) Anlass zum gestellten Einsichtsgesuch gegeben.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die in der Triplik vom 12. Februar 2018 vorgebrachten Rügen des Beschwerdeführers samt den zugehörigen Beilagen zu Unrecht unberücksichtigt gelassen. Damit liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, was grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (oben E. 5.3).

**6.2** Die in E. 5.3 hiervor genannten Voraussetzungen für die Heilung des formellen Mangels sind in der vorliegenden Konstellation nicht erfüllt, da das Bundesverwaltungsgericht das Versäumte nicht nachholen kann. Insbesondere besteht angesichts der fehlenden Würdigung der Vorinstanz keine überprüfbare Entscheidungsgrundlage zur Frage, ob die Beweismittel beziehungsweise Tatsachen, die der Beschwerdeführer in seiner Triplik vom 12. Februar 2018 im vorinstanzlichen Verfahren vorbrachte, eine Änderung der Prüfungsbewertung zur Folge haben. Belässt das Gericht der Vorinstanz aufgrund von deren besonderer Fachkenntnis – wie hier (vgl. E. 3 oben) – einen erheblichen Beurteilungsspielraum, ist eine Heilung ausgeschlossen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.112 mit Hinweisen). Mit Blick auf die gerichtliche Zurückhaltung bei der Beurteilung der Prüfungsleistungen und der Bewertungen der fachkundigen Experten (E. 3 hiervor) ist es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, erstmals über die Leistungen des Beschwerdeführers in den streitigen Aufgaben zu befinden und die fehlende Entscheidungsfähigkeit herzustellen. Würde das Gericht wie eine erstinstanzliche Behörde entscheiden, verlöre der Beschwerdeführer dadurch zudem eine Instanz (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-3284/2018 vom 16. November 2018 E. 7.5). Eine Rückweisung kommt vor diesem Hintergrund auch keinem formalistischen Leerlauf gleich.

**6.3** Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör durch ungenügende Begründung verletzt ist, was ohne Weiteres eine Kassation der angefochtenen Verfügung zur Folge hat (vgl. oben E. 5.3 und E. 6.1 *in fine*). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Der

angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat sich mit den Rügen, die der Beschwerdeführer in seiner Tripplik vom 12. Februar 2018 im vorinstanzlichen Verfahren vorbrachte, materiell auseinanderzusetzen, der Erstinstanz diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, hierauf erneut über die Beschwerde vom 18. August 2017 samt den nachgelagerten Schriftenwechseln zu entscheiden und den Entscheid hinreichend zu begründen.

## **7.**

**7.1** Der Beschwerdeführer gilt entsprechend dem Verfahrensausgang als obsiegende Partei, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.– ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten. Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**7.2** Dem obsiegenden Beschwerdeführer ist eine Parteientschädigung zuzusprechen, welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (vgl. Art. 64 VwVG, Art. 7 ff. VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; andernfalls setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]). Vorliegend hat die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten auf Fr. 2'300.– festzusetzen ist.

**7.3** Die Vorinstanz wird in ihrem neuen Entscheid in der Sache auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorangegangenen Verfahrens zu befinden haben.

## **8.**

Gemäss 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 gutgeheissen. Der Beschwerdeentscheid vom 26. Juli 2018 wird aufgehoben und die Sache im Sinn der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

**3.**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eröffnung des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'300.– zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Rechtsvertreterin; Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Beschwerdebeilagen zurück)
- die Vorinstanz (Einschreiben; Vorakten zurück)
- die Erstinstanz (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Keita Mutombo

Andrea Giorgia Röllin

Versand: 7. Mai 2019