



Abteilung II
B-616/2012

Urteil vom 11. Juli 2012

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiber Alexander Schaer.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Ruth Schierbaum,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

**Trägerorganisation für die höhere Fachprüfung für
Steuerexperten, c/o KV Schweiz,**
Hans-Huber-Strasse 4, Postfach 1853, 8027 Zürich,
Erstinstanz.

Gegenstand

Höhere Fachprüfung für Steuerexperten 2008 (Aktenein-
sicht).

Sachverhalt:**A.**

A.a A. _____ (Beschwerdeführerin) legte im Herbst 2008 die Höhere Fachprüfung für Steuerexperten ab. Am 30. Oktober 2008 teilte ihr die zuständige Prüfungskommission mit, dass sie die Prüfung nicht bestanden habe. Gegen den Entscheid der Prüfungskommission erhob die Beschwerdeführerin am 1. Dezember 2008 Beschwerde beim Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT (Vorinstanz). Mit Entscheid vom 19. Juli 2010 wies die Vorinstanz die Beschwerde vollumfänglich ab.

A.b Gegen diesen Entscheid gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 14. September 2010 ans Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 teilweise gut, soweit sie sich gegen die Verweigerung der Akteneinsicht hinsichtlich der Diplomarbeit sowie die Benotung der schriftlichen Prüfung im Fach "Steuern" richtete. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 19. Juli 2010 wurde aufgehoben und die Streitsache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung zurückgewiesen.

A.c Mit Schreiben vom 13. Juli 2011 liess die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ein Exemplar ihrer Diplomarbeit zukommen. In der Folge ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz mehrfach um Zustellung der beiden weiteren eingereichten Exemplare, da sie davon ausging, dass sich auf den beiden von den Experten verwendeten Exemplaren Korrekturhinweise befänden. Die Vorinstanz lehnte diese Gesuche ab, worauf die Beschwerdeführerin um den Erlass einer begründeten, beschwerdefähigen Verfügung ersuchte. Mit Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2011 wies die Vorinstanz das Begehren der Beschwerdeführerin um Einsicht in eine Diplomarbeit mit Korrekturvermerken ab.

B.

Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 gelangte die Beschwerdeführerin ans Bundesverwaltungsgericht und beantragt in materieller Hinsicht die Feststellung, dass die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 14. Dezember 2011 nichtig sei, eventualiter sei die Zwischenverfügung aufzuheben. In formeller Hinsicht stellt die Beschwerdeführerin den Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsverfügung. So sei die Kantonspolizei bzw. die Stadtpolizei Bern zu beauftragen, bei der Vorinstanz die drei Ori-

ginalexemplare der Diplomarbeit sicherzustellen und entweder der Beschwerdeführerin oder dem Bundesverwaltungsgericht abzuliefern, dies allenfalls unter Anwendung von Zwang.

Zur Begründung ihrer formellen Anträge führt die Beschwerdeführerin aus, dass sich die Vorinstanz über das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 hinwegsetze und dieses nicht vollziehe. Dies führe dazu, dass die Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2011 nichtig sei. Falls letzteres nicht zutreffen würde, sei die Zwischenverfügung zumindest selbstständig anfechtbar, da der Beschwerdeführerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen würde. Auch sei es der Beschwerdeführerin nicht zuzumuten, dass sich das Verfahren noch weiter hinziehe.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die trotz des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 andauernde Verweigerung der Akteneinsicht in die beiden Diplomarbeitsexemplare der Experten. Auch sei sie der Ansicht, dass es sich bei allen drei Exemplaren der Diplomarbeiten um Verfahrensakten handle, welche sich in den Händen der Vorinstanz befinden müssten.

C.

C.a Mit Zwischenverfügung vom 3. Februar 2012 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, ihm die drei Exemplare der Diplomarbeit bis zum 24. Februar 2012 im Original einzureichen. Die Vorinstanz informierte daraufhin das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 6. Februar 2012 dahingehend, dass sie weder die Originale noch Kopien der Expertenexemplare in ihrem Besitz halte und daher der Editionsaufrorderung nicht nachkommen könne.

C.b In der Folge wandte sich das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 17. Februar 2012 mit derselben Editionsaufrorderung an die Trägerorganisation für die höhere Fachprüfung für Steuerexperten (Erstinstanz) und setzte Frist bis zum 27. Februar 2012. Nachdem die Erstinstanz auf diese Zwischenverfügung nicht reagierte, setzte das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 2. März 2012 der Erstinstanz letztmalig Frist bis zum 12. März 2012.

C.c Die Erstinstanz kam der Editionsaufrorderung mit Schreiben vom 12. März 2012 nach und reichte dem Bundesverwaltungsgericht die drei Originalexemplare der Diplomarbeit ein. Sie wies dabei in ihrem Schrei-

ben darauf hin, dass die Korrekturnotizen in den Diplomarbeiten bruchstückhaft seien und oft nur "erste Anmerkungen" darstellen würden. Auch könne aus den Notizen nicht auf die Bewertung geschlossen werden. So seien teilweise Anmerkungen hinsichtlich etwaiger Fehler anlässlich der gemeinsamen Korrekturbesprechung der Experten diskutiert und korrigiert worden, so dass Passagen, welche der eine Experte zuerst als möglichen Fehler vermerkte, am Ende nicht als Fehler bewertet worden sei. Die eigentliche Bewertung sei dem Beurteilungsblatt, welches der Beschwerdeführerin herausgegeben worden sei, zu entnehmen.

C.d Mit Schreiben vom 18. März 2012 reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht ein Akteneinsichtsgesuch hinsichtlich der drei Originalexemplare der Diplomarbeit ein.

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 24. April 2012 beantragt die Erstinstanz die Abweisung der Beschwerde sowie des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerin. Sie erneuert in diesem Zusammenhang ihre Argumentation vom 12. März 2012, dass es sich bei den Diplomarbeiten um Originale mit amtsinternen Vermerken handle und dass sich daraus keine für die Beurteilung bzw. Bewertung der Arbeiten erheblichen Informationen entnehmen liessen.

E.

Mit Vernehmlassung vom 9. Mai 2012 beantragt die Vorinstanz, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werde, eventualiter die Abweisung der Beschwerde sowie des Akteneinsichtsgesuchs.

Hinsichtlich des Antrags auf Nichteintreten argumentiert die Vorinstanz dahingehend, dass eine Zwischenverfügung nur dann selbstständig angefochten werden könne, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirke. Dies werde jedoch bei Verfügungen über die Akteneinsicht regelmässig verneint.

Hinsichtlich der formellen Rügen der Beschwerdeführerin führt die Vorinstanz aus, dass sie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 lediglich aufgefordert wurde, "Einsicht in die Diplomarbeit" (*Unterstreichung durch die Vorinstanz*) zu gewähren. Da das Bundesverwaltungsgericht eindeutig in der Einzahl gesprochen habe, habe sie mit der Herausgabe der Diplomarbeit der Beschwerdeführerin das Urteil vollständig umgesetzt. Dies auch, da sie nur dieses eine

Exemplar der Diplomarbeit besitze und es zudem notorisch sei, dass die von der Prüfungskommission aufbewahrte Diplomarbeit nie Korrekturbermerkungen aufweisen würde. Zudem würden die von den Experten bearbeiteten und aufbewahrten Diplomarbeiten verwaltungsinterne Akten darstellen, die nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2011 mangelhaft bzw. mit besonders schweren Mängeln behaftet sein soll, so dass sie für nichtig erklärt werden müsste.

F.

Mit Stellungnahme vom 21. Juni 2012 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie bringt ergänzend vor, dass sie erhebliche Zweifel daran habe, dass es sich bei den persönlichen Notizen der Experten auf den Diplomarbeiten um Interna handle. Auch gehe sie davon aus, dass die Experten im Hinblick auf dieses Verfahren Haftnotizen auf den Korrektorexemplaren entfernt hätten. Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren eine falsche Bewertung der Diplomarbeit sowie eine Verletzung der Begründungspflicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Vorerst ist anzumerken, dass auf die formellen Anträge der Beschwerdeführerin hinsichtlich Erlass einer Vollstreckungsverfügung und Sicherstellung der Diplomarbeiten mit polizeilichen Massnahmen mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden kann.

Art. 43 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32] sieht vor, dass bei mangelhafter Vollstreckung von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, die nicht zur Zahlung einer Geldsumme oder zur Sicherheitsleistung in Geld verpflichten, Beschwerde beim Bundesrat zu erheben ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist dieser Weg kompetenzrechtlich nicht nur in den Fällen vorgezeichnet, in denen es um eine unvollständige Vollstreckung eines Urteils geht, sondern auch dann, wenn ein Urteil gar nicht vollstreckt wird. So weist Art. 182 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April

1999 (BV, SR 101) dem Bundesrat für den Vollzug von Urteilen richterlicher Behörden des Bundes nicht nur eine entsprechende Kompetenz, sondern vielmehr einen eigentlichen Auftrag zu (vgl. THOMAS SÄGESSER, St. Galler Kommentar zu Art. 182 Abs. 2 BV, Rz. 15). Davon unabhängig erübrigt sich ein Eintreten auf die formellen Anträge der Beschwerdeführerin auch, da sich der zu sichernde Streitgegenstand zum Urteilszeitpunkt in den Händen des Bundesverwaltungsgerichts befindet.

1.2 Die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig. Dieser wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (vgl. BGE 133 II 38 E. 2 m.w.H.). Streitgegenstand ist somit vorliegend einzig die Frage der (vollständigen) Akteneinsicht in die Diplomarbeiten. Auf die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich einer möglichen Falschbewertung in Teil 1 der Diplomarbeit wie auch einer Verletzung der Begründungspflicht generell (vgl. dazu aber auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 E. 3.2.4) kann daher im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin weist zudem zutreffenderweise darauf hin, dass Anträge hinsichtlich der Edition weiterer Akten wie dem allenfalls vorliegenden Korrekturraster ebenfalls im Hauptverfahren zu stellen sind.

2.

2.1 Der angefochtene Entscheid vom 14. Dezember 2011 stellt eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) dar. Diese sind nur dann selbstständig vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. Art. 31 und Art. 33 lit. d VGG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 und Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG). Der Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG kann sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein. Das schutzwürdige Interesse kann namentlich wirtschaftlich begründet sein sowie der Prozessökonomie oder der Rechtssicherheit entspringen, sofern es den Beschwerdeführenden nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts B-6283/2009 vom 26. November 2009 E. 1.1 m.w.H).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wird bei Gesuchen um Einsicht in Prüfungsunterlagen grundsätzlich davon ausgegangen, dass kein nicht wieder gutzumachender Nachteil für den Beschwerdeführenden entsteht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6283/2009 vom 26. November 2009 E. 1.1 m.w.H). Jedoch ist im vorliegenden Fall aufgrund der besonderen Umstände ein solcher nicht wieder gutzumachender Nachteil ausnahmsweise zu bejahen und demzufolge auf die Beschwerde einzutreten. So hat die Vorinstanz – wie unter E. 2.2 noch aufzuzeigen sein wird – Verfahrensrechte verletzt, welche, sollte der Fall in einem späteren Verfahrenszeitpunkt erneut dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt werden, voraussichtlich zu einer erneuten Rückweisung an die Vorinstanz führen würden. Nicht zuletzt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich das Verfahren seit dem Entscheid der Prüfungskommission bereits über beinahe vier Jahre erstreckt, rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, auf die Beschwerde ausnahmsweise einzutreten, die Rügen der Beschwerdeführerin zu behandeln und somit einen schnelleren Verfahrensabschluss zu ermöglichen.

2.2

2.2.1 Gemäss Art. 12 VwVG hat eine Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Untersuchungsgrundsatz). Die Behörde hat dabei im Rahmen des Zumutbaren den entscheidenerheblich erscheinenden Umständen nachzugehen. Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm erfüllen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, Kommentar zu Art. 12 VwVG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 258 f., Rz. 27 f.). Wenn sich nun die Vorinstanz auf den Standpunkt stellt, dass die Diplomarbeiten generell verwaltungsinterne Akten darstellen, welche nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen, so verkennt sie dabei, dass sie aufgrund von Art. 12 VwVG und aufgrund der diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen wäre, alle Diplomarbeiten zu sichten, um sich ein vollständiges Bild davon verschaffen zu können, ob die Arbeiten wirklich nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen. Das simple Abstellen auf eine vermeintliche (und in casu notabene unzutreffende [vgl. E. 3.2.2]) Notorität, dass keine Korrekturhinweise auf Diplomarbeiten zu finden seien (vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 14. September 2011

sowie Vernehmlassung der Vorinstanz vom 9. Mai 2012), genügt den Ansprüchen an den Untersuchungsgrundsatz nicht. Die Frage, ob es sich bei einem Aktenstück um eine verwaltungsinterne Akte handelt oder nicht, ist unabhängig von der Frage der Art des entsprechenden Aktenstücks (z.B. "Diplomarbeit") zu beantworten, sondern alleine anhand des konkreten Aktenstücks an sich.

Aus den Verfahrensakten, ihrem Schreiben vom 6. Februar 2012 sowie ihrer Vernehmlassung vom 9. Mai 2012 ergibt sich, dass die Vorinstanz nie in den Besitz der beiden zusätzlichen Exemplare der Diplomarbeit gekommen ist und demgemäss auch nie überprüft hat, ob es sich bei den beiden Exemplaren um verwaltungsinterne Akten handelt oder nicht. Mit diesem Vorgehen hat die Vorinstanz ihre Sachverhaltsfeststellungspflicht verletzt.

2.2.2 Hinsichtlich der Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz ihre Aktenführungspflicht verletzt habe, ist festzuhalten, dass aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes eine Behörde gehalten ist, alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann (vgl. BGE 130 II 473 E. 4.1 m.w.H.). Nicht der Aktenführungspflicht unterliegen Schriftstücke, die einzig für den internen Gebrauch bestimmt sind und keinen Einfluss auf die Entscheidungsfindung und Sachverhaltsfeststellung haben (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., S. 257, Rz. 19). Dies bedeutet unter anderem in Fallkonstellationen wie der vorliegenden, dass falls einem Aktenstück wie beispielsweise auch einem Korrektorexemplar eines Experten kein verwaltungsinterner Charakter zukommen sollte, es grundsätzlich der Aktenführungspflicht unterliegt und demzufolge insbesondere auch nicht der privaten Aufbewahrung der Experten übergeben werden dürfte. Nachdem – wie unter E. 3.2 noch aufzuzeigen sein wird – ein Exemplar der Diplomarbeit bei den Akten liegt und es sich bei den beiden anderen Diplomarbeitsexemplaren um verwaltungsinterne Akten handelt, kann der Vorinstanz im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Verletzung der Aktenführungspflicht vorgeworfen werden.

2.2.3 Abschliessend ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Ansicht der Vorinstanz, sie habe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 vollständig umgesetzt, da sie lediglich aufgefordert wurde, "Einsicht in die Diplomarbeit" (*Unterstreichung durch die Vorinstanz*) zu gewähren, überspitzt formalistisch ist. Es wäre der Vor-

instanz ohne Weiteres zumutbar gewesen, aus dem Urteil die richtigen Schlüsse zu ziehen.

2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Frage, ob die Diplomarbeiten dem Akteneinsichtsrecht unterliegen oder nicht, nie rechtsgenügend geprüft und damit ihre Sachverhaltsfeststellungspflicht verletzt hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liegt jedoch kein nichtiger Zwischenentscheid vor. Von einem nichtigen Entscheid ist dann auszugehen, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (vgl. BGE 133 II 366 E. 3.2). Selbst wenn man die Frage, ob vorliegend von einem besonders schweren Mangel auszugehen ist – was in casu offen bleiben kann – bejahen würde, so ist doch festzustellen, dass es sich nicht um einen offensichtlichen bzw. zumindest leicht erkennbaren Mangel handelt. Der Umstand, dass die Vorinstanz ihre Sachverhaltsfeststellungspflicht verletzt hat, wurde erst aufgrund der Stellungnahmen der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren ersichtlich und war dementsprechend im Verfahren B-6666/2010 als auch zum Zeitpunkt der Verfügungseröffnung noch unbekannt. Es ist denn auch vorliegend nicht von einer "res iudicata" auszugehen (vgl. BGE 97 II 390 E. 4, BGE 85 II 57 E. 2 m.w.H.).

Da die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gewahrt wurden (vgl. Art. 50 sowie 52 Abs. 1 VwVG), eine Vertretungsvollmacht vorliegt, der Kostenvorschuss geleistet wurde und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist auf die materiellen Anträge der Beschwerdeführerin einzutreten. In diesem Zusammenhang kann im Urteilsspruch zugleich auch über das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 18. März 2012 entschieden werden.

3.

3.1 Das Recht auf Akteneinsicht im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsrechtspflege beinhaltet die Befugnis, am Sitz der Akten führenden Behörde selbst Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, sich Aufzeichnungen zu machen und, wenn dies der Behörde keine übermässigen Umstände verursacht, Fotokopien zu erstellen (vgl. Art. 26 VwVG, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, S. 388, Rz. 1691

m.w.H.). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich dabei auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann somit nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BGE 132 V 387 E. 3.2 m.w.H.).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lässt sich das Akteneinsichtsrecht nicht in dem Sinne auslegen, dass Einsicht in sämtliche Akten und Bemerkungen gewährt werden müsste "die nur irgendwie existent sind". Nicht in den Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts fallen insbesondere sogenannte verwaltungsinterne Akten. Dabei handelt es sich um Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, sondern die ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit nur für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/aa m.w.H.).

3.2

3.2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, unterliegen persönliche Aufzeichnungen von Examinatoren, die als Gedankenstütze zur Vorbereitung eines Prüfungsentscheides dienen, jedoch keinen Beweischarakter aufweisen, als verwaltungsinterne Akten grundsätzlich nicht der Akteneinsicht. Dies gilt gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für diejenigen Notizen, welche im Hinblick auf eine anschliessende Beratung gemacht werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2D_2/2010 vom 25. Februar 2011 E. 6 m.w.H.). Falls jedoch wie im vorliegenden Fall aus diesem Grundsatz gefolgert wird, dass alle Bemerkungen auf den Diplomarbeiten automatisch private Notizen seien, diese demgemäss nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen und daher ein entsprechendes Gesuch ohne weiteres abgelehnt werden kann, so wird dies – wie bereits unter E. 2.2.1 erwähnt – dem Untersuchungsgrundsatz nicht gerecht. Massgebend für die Gewährung oder Verweigerung der Akteneinsicht ist nicht die Bezeichnung eines Aktenstücks, sondern ob es Sachverhaltsfeststellungen beinhaltet oder Beweischarakter aufweist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 388, Rz. 1691a, vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/bb m.w.H.). Es wären daher – unabhängig von der Frage, ob

im Anschluss eine Akteneinsicht zu gewähren oder zu verweigern ist – die Diplomarbeiten einzeln zu überprüfen gewesen, dies nicht zuletzt auch, um im Hinblick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz darüber entscheiden zu können, ob allenfalls eine teilweise Akteneinsicht gewährt werden kann (vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/bb m.w.H.). Da die Vorinstanz dies unterlassen hat, wird diese Prüfung an dieser Stelle nachgeholt, nachdem das Bundesverwaltungsgericht zum Urteilszeitpunkt im Besitz aller notwendigen Akten ist, um diese Frage abschliessend zu beantworten (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG).

3.2.2 Auf dem ersten Exemplar der Diplomarbeit finden sich – wie nicht bestritten ist – keinerlei Anmerkungen, so dass dieses ohne weiteres dem Akteneinsichtsrecht unterliegt. Da diese Diplomarbeit der Beschwerdeführerin bereits zugänglich gemacht wurde, ist hinsichtlich dieses Exemplars auf das Akteneinsichtsgesuch wie auch auf die Beschwerde mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten (vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG).

Auf dem zweiten Exemplar der Diplomarbeit finden sich vereinzelt Korrekturnotizen des Experten, die Arbeit weist jedoch keinerlei Korrekturanmerkungen in Textform auf. Die Notizen sind denn auch ohne weiteres als private Notizen des betreffenden Experten zu taxieren, welche als verwaltungsinterne Akten nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen.

Auf dem dritten Exemplar der Diplomarbeit finden sich neben Korrekturnotizen auch Anmerkungen in Textform. Allerdings gehen auch diese inhaltlich nicht über den Status privater Notizen hinaus, welche als Gedankenstütze nicht zuletzt auch im Hinblick auf die anschliessende Beratung gemacht wurden. Aus den Notizen und Anmerkungen ergeben sich denn auch insbesondere keine Widersprüche oder Ergänzungsbedarf zum Beurteilungsblatt vom 11. September 2008 bzw. der Stellungnahme der beiden Experten hinsichtlich der Bewertung der Diplomarbeit vom 6. März 2009, welche dem Bundesverwaltungsgericht bereits bei der Urteilsfindung im Entscheid B-6666/2010 zur Verfügung gestanden haben und welche sich bereits im Besitz der Beschwerdeführerin befinden.

3.2.3 Schliesslich kann die Beschwerdeführerin auch mit der Rüge, dass im Hinblick auf das vorliegende Verfahren Haftnotizen auf den Diplomarbeiten entfernt worden seien, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Analog zu Art. 8 ZGB trägt auch im öffentlichen Prozess in der Regel derjenige die Beweislast, der aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können. Einen solchen Nachweis blieb die Beschwerdeführerin

schuldig. Belegt ist einzig, dass zum Zeitpunkt der Einreichung der Diplomarbeiten beim Bundesverwaltungsgericht keine Haftnotizen oder sonstigen Beilagen vorhanden waren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin erscheint es durchaus nicht als ungewöhnlich, dass insbesondere persönliche Notizen und Anmerkungen von Prüfungsexperten auf Beiblättern oder Haftnotizen festgehalten und diese im Anschluss, nachdem sie allenfalls Einzug in die Bewertung gefunden haben, mangels diesbezüglicher Aktenführungspflicht (vgl. E. 2.2.2) vernichtet werden. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn wie im vorliegenden Fall im Anschluss an eine schriftliche noch eine mündliche Prüfung und/oder Beratung erfolgt. Den Examinatoren steht es denn auch frei, für ihre persönlichen Notizen die ihnen genehme Aufzeichnungsform zu wählen, wenngleich es selbstverständlich – wie nicht zuletzt auch das vorliegende Verfahren aufzeigt – Lösungen mit mehr und mit weniger Konfliktpotential gibt. Letzten Endes entscheidend ist, dass die Bewertung der Begründungspflicht stand hält und korrekt ist. Dass Ersteres der Fall ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 festgestellt (E. 3.2.4). Die Frage der Richtigkeit der Bewertung der Diplomarbeit wiederum ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3.2.4 Es ist somit festzuhalten, dass die sich auf den beiden Expertenexemplaren der Diplomarbeit befindlichen Notizen entweder als rein persönliche oder als im Hinblick auf die anschliessende Beratung rein interne Notizen zu taxieren sind. Wohl mag es allenfalls zweifelhaft sein, ob eine Diplomarbeit der richtige Platz für das Festhalten privater Notizen ist oder ob – nicht zuletzt auch im Hinblick auf eine allfällige teilweise Gewährung der Akteneinsicht – ein separates Arbeitspapier zweckdienlicher wäre, doch ändert dies nichts am Umstand, dass der Beschwerdeführerin keine Akteneinsicht in die beiden weiteren Exemplare der Diplomarbeit zu gewähren ist.

4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die beiden sich in den Händen der Experten befundenen Exemplare der Diplomarbeit als verwaltungsinterne Akten zu taxieren sind, welche nicht der Akteneinsicht unterliegen. Dementsprechend sind das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 18. März 2012 als auch die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Die Verfahrenskosten können jedoch einer Partei unter anderem dann ganz oder teilweise erlassen werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (vgl. Art. 6 lit. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich aufgrund der besonderen Umstände des Verfahrens ein ausnahmsweiser Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten trotz Unterliegens. Es kann der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer formellen Anträge kein Vorwurf dahingehend gemacht werden, dass sie das Bundesverwaltungsgericht unnötigerweise angerufen habe. So musste sich das Bundesverwaltungsgericht bislang nie mit der Frage des Anwendungsbereichs von Art. 43 VGG beschäftigen, sodass diesbezüglich auch keine Praxis existierte, welche der Beschwerdeführerin den korrekten Verfahrensgang aufgezeigt hätte. Auch ist festzustellen, dass dieses Verfahren letzten Endes seinen Ursprung darin findet, dass die Vorinstanz ihrer Sachverhaltsfeststellungspflicht im dem Urteil B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 zugrundeliegenden Verfahren nicht nachgekommen ist. Die im vorliegenden Fall aufgeworfenen, unkomplizierten Fragen hätten schon dazumals behandelt und entschieden werden können, doch hat es die Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt versäumt, sich zu diesen Fragen zu äussern und damit die Rückweisung auch im Punkt der Akteneinsicht Diplomarbeit bewirkt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6666/2010 vom 12. Mai 2011 E. 3.1.4). Dieser Umstand und das dadurch unnötigerweise entstandene zusätzliche Verfahren kann der Beschwerdeführerin nun nicht zum Nachteil ausgelegt werden. Demzufolge ist der Beschwerdeführerin der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 500.- zurückzuerstatten.

Grundsätzlich ist einer vollständig unterliegenden Partei nie eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dieser Grundsatz gilt auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 214, Rz. 4.65). Indessen hat die Rechtsprechung in Einzelfällen aufgrund der speziellen Fallkonstellation Ausnahmen von diesem Grundsatz aus Billigkeitsgründen zugelassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_57/2007 vom 20. August 2007 E. 2.3 m.w.H., Urteil des Bundesgerichts 5P.270/2005 vom 10. Oktober 2005 E. 3, BGE

126 II 145 E. 5b/aa, YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2008, S. 762 f., Rz. 1919). So rechtfertigen sich solche sehr restriktiv zu handhabenden Ausnahmen dann, wenn die Nichtausrichtung einer Parteientschädigung aufgrund des konkreten Verfahrenverlaufs als eine übertriebene Härte gegenüber dem in guten Treuen Prozess führenden Beschwerdeführenden aufzufassen ist. Eine solche Ausnahme liegt im vorliegenden Verfahren vor. So wurde dieses Verfahren wie bereits zuvor ausgeführt letzten Endes unnötigerweise durch das prozessuale Verhalten der Vorinstanz im Verfahren B-6666/2010 bewirkt, und es kann der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, dass sie die vorliegende Beschwerde leichtfertig eingereicht hat. Es rechtfertigt sich daher, im vorliegenden Verfahren die Beschwerdeführerin aus Billigkeitsgründen mit Fr. 1'500.- (inkl. MWST) zu entschädigen.

6.

Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 lit. t des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110]). Er ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 18. März 2012 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 500.- zurückerstattet.

4.

Der Beschwerdeführerin wird aus Billigkeitsgründen zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. MWST) zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Akten zurück)
- die Vorinstanz ([...]; Einschreiben; Akten zurück)
- die Erstinstanz (Einschreiben; Akten zurück)
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement EVD (A-Post)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Alexander Schaer

Versand: 19. Juli 2012