



Abteilung II
B-4484/2009
{T 0/2}

Urteil vom vom 23. März 2010

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Richter Ronald Flury,
Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Arnold Weber,
Waisenhausstrasse 14, 9000 St. Gallen,
Beschwerdeführerin,

gegen

Medizinalberufekommission MEBEKO,
Ressort Ausbildung, Bundesamt für Gesundheit BAG,
Schwarzenburgstrasse 161, 3003 Bern,
Vorinstanz,

**Präsidentin der Prüfungskommission für
Veterinärmedizin der Universität Zürich,**
Sonnengartenstrasse 35, 8125 Zollikerberg,
Erstinstanz.

Gegenstand

Leistungskontrollen der Prüfung des ersten Studienjahres
Vetsuisse-Studiengang, Session 2008, Vetsuisse-Fakultät
Zürich.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin legte im Sommer 2008 die Prüfung des ersten Studienjahres des Studiengangs für Veterinärmedizin an der Universität Zürich ab. Mit Verfügung vom 16. Juli 2008 teilte ihr die Präsidentin der Prüfungskommission für Veterinärmedizin der Universität Zürich (Erstinstanz) mit, dass sie die Prüfung nicht bestanden habe. Sie werde von sämtlichen weiteren Prüfungen derselben Berufsart endgültig ausgeschlossen. Die Verfügung basierte massgeblich auf der Bewertung der Einzelprüfung Nr. IV, die als nicht bestanden gewertet wurde und für welche die Beschwerdeführerin in der Folge keine Kreditpunkte erhielt. In dieser Prüfung erhielt die Beschwerdeführerin 51 Punkte und hätte mindestens 53 Punkte erreichen müssen, um die Prüfung zu bestehen. Es konnten maximal 99 Punkte erreicht werden. Da nachträglich vier Fragen von der Bewertung ausgeschlossen wurden, reduzierte sich die höchstmögliche Punktzahl entsprechend. Die in der Einzelprüfung enthaltenen Fragen waren sowohl nach dem Wahlantwortverfahren als auch nach dem Kurzfragen-Kurzantworten-Verfahren konzipiert.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 2. August 2008 Beschwerde bei der Medizinalberufekommission MEBEKO (Vorinstanz). Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und begehrte die Neubewertung der Einzelprüfung IV. Ferner beantragte sie Einsicht in die Prüfungsunterlagen.

C.

Mit Verfügung vom 19. August 2008 berechnete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zur Akteneinsicht. Sie könne in das eigene Fragenheft, das eigene Antwortblatt und eine Liste, aus der die Beurteilung der Fragen, die eliminierten Fragen, die erreichte Punktzahl sowie die Notengrenzen ersichtlich seien, Einsicht nehmen. Die Einsicht erfolge unter Aufsicht, ferner würden die Prüfungsunterlagen lediglich zur Einsichtnahme vorgelegt, nicht jedoch herausgegeben. Zulässig sei die Anfertigung handschriftlicher Notizen, nicht jedoch das Erstellen von Fotokopien und das Abschreiben. Die Beschwerdeführerin nahm laut Protokoll der Erstinstanz vom 22. September 2009

am selben Tag Einsicht in die Prüfungsakten betreffend Einzelprüfung IV.

D.

Die Beschwerdeführerin rügte in ihrer Beschwerdeschrift vom 2. August 2008 und in einer Beschwerdeergänzung vom 13. Oktober 2008, die Prüfungsleistung in der Einzelprüfung IV sei in mehrfacher Weise unterbewertet worden. Es seien ihr zusätzliche Punkte zu erteilen, so dass die Prüfung mit 56 Punkten als bestanden zu bewerten sei. Vier Prüfungsfragen, von denen sie zwei unbestritten korrekt beantwortet habe, seien ohne sachlichen Grund von der Bewertung ausgeschlossen worden. In ihrer Beschwerdeergänzung beantragte die Beschwerdeführerin ferner, ihr seien sämtliche Prüfungsunterlagen zur Einsicht und Stellungnahme zuzustellen. Es verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn die Vorinstanz die Herausgabe der Prüfungsunterlagen verweigere.

E.

Im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren unterzogen die Prüfungsexperten die Einzelprüfung IV einer Nachkontrolle und nahmen zu den Rügen der Beschwerdeführerin Stellung. Sie kamen zum Ergebnis, dass keine systematischen Fehler beim Übertragen der Antworten vom Fragenheft auf den Computerbogen vorgekommen seien. Die Punktzahl gemäss der elektronischen Auswertung stimme mit der Anzahl richtiger Antworten auf dem Computerbogen überein. Auch die Punktzahl der Essayfragen, die elektronisch ans Institut für medizinische Lehre der Universität Bern übermittelt worden sei, stimme mit der Punktzahl im Frageheft überein. Zudem sei die Arbeit der Beschwerdeführerin korrekt beurteilt worden. Die Antworten seien insbesondere zu wenig genau gewesen oder hätten nicht der Fragestellung entsprochen. Aus Sicht der Prüfungsexperten seien somit keine zusätzlichen Punkte zu vergeben, so dass die Prüfung insgesamt als nicht bestanden zu bewerten sei.

F.

Mit Entscheid vom 17. Juni 2009 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab.

F.a Zur Begründung führte sie an, die Gewährung der Akteneinsicht dürfe nicht dazu führen, dass diejenigen Studierenden, die in die Prüfungsunterlagen Einsicht nehmen, gegenüber anderen Studierenden bevorzugt würden. Dies sei der Fall, wenn ihnen Muster-

lösungen oder die richtigen Antworten zur Verfügung gestellt würden. Sie wüssten dann bei einer allfälligen späteren Wiederverwendung einzelner Fragen die richtigen Antworten, was eine Rechtsungleichheit darstelle.

F.b Ferner setzte sich die Vorinstanz mit den Rügen, welche die Bewertung der Einzelprüfung IV betrafen, auseinander und kam zum Ergebnis, unter Beachtung der eingeschränkten Kognition bei Beschwerden gegen Prüfungen stehe aufgrund der Nachkorrektur und der Stellungnahme der Experten fest, dass die Beschwerdeführerin in dieser Prüfung zu Recht eine ungenügende Note erhalten habe.

F.c Im Hinblick auf den Ausschluss einzelner Prüfungsfragen führt die Vorinstanz an, dass Fragen, die aus verschiedenen Gründen einen Mangel aufwiesen, bei der Bewertung der Prüfung nicht zu berücksichtigen seien. Ausschlaggebend sei hierfür, ob die Auswertung der Frage ein auffälliges Ergebnis zeitige. Statistisch auffällig und daher potentiell zu eliminieren seien insbesondere Fragen, die zu wenig zwischen Studierenden mit guten oder weniger guten Kenntnissen unterschieden. Der Ausschluss trage somit zur Hebung der Qualität der Examina bei, weil hierdurch bei der richtigen Fragenbeantwortung der Einfluss der Ratewahrscheinlichkeit auf ein Mindestmass reduziert werde. Zudem beeinflusse die Eliminierung oder die Einbeziehung einer Frage in die Bewertung direkt die für eine Note zu erreichende Punktzahl. Die Zuerkennung von zwei zusätzlichen Punkten würde somit keineswegs bedeuten, dass die Beschwerdeführerin die für die Erteilung der Kreditpunkte notwendige Minimalpunktzahl erreicht hätte.

G.

Gegen den Beschwerdeentscheid vom 17. Juni 2009 legte die Beschwerdeführerin am 13. August 2009 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie begehrt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, die Erteilung eines Ausweises, worin die Prüfung als bestanden bewertet werde sowie die Zustellung sämtlicher Prüfungsunterlagen und Vorakten zur Einsichtnahme. Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Beschwerdeschrift und in ihrer Replik vom 13. November 2009 daran fest, dass die Einzelprüfung IV unterbewertet sei und ihr mindestens 6,75 zusätzliche Punkte hätten erteilt werden müssen.

G.a Sie beanstandet die Praxis der Vorinstanz und die Rechtsprechung, wonach die Beurteilung einer Examensleistung nur mit Zurückhaltung zu prüfen sei (sog. eingeschränkte Kognition) und ein Prüfungsentscheid aufgrund einer dementsprechenden Rüge nur dann rechtswidrig sei, wenn die Prüfung offensichtlich unterbewertet sei oder die Prüfungsanforderungen offensichtlich zu hoch gewesen seien. Diese Vorgehensweise sei nicht mit Art. 49 VwVG vereinbar, der eine umfassende Überprüfungsbefugnis im Rahmen der Beschwerde vorsehe.

G.b Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr sei kein rechtliches Gehör gewährt worden, weil die Vorinstanz ihr die Herausgabe der Prüfungsunterlagen verweigert habe. Die Vorinstanz könne sich nicht darauf berufen, dass es der Geheimhaltung von Prüfungsfragen diene, wenn die Unterlagen zurückgehalten würden. Denn es sei bekannt, dass die Studierenden nach den Prüfungen die Prüfungsfragen sammeln, in Fragenkatalogen festhalten und untereinander austauschen. Die Geheimhaltung der Prüfungsfragen sei daher ohnehin nicht gewährleistet. Zudem hätte nur ein Teil der Studierenden Zugang zu solchen Fragenkatalogen, so dass die Geheimhaltung von Prüfungsfragen faktisch zu einer Ungleichbehandlung der Studierenden führe.

G.c Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren in Bezug auf den Ausschluss einzelner Prüfungsfragen vor, die Vorinstanz habe die Fragen nicht deshalb eliminiert, weil sie mit einem Mangel behaftet gewesen seien, sondern einzig zu dem Zweck, zwischen Studierenden mit sonst guten Ergebnissen und solchen mit sonst schlechten Ergebnissen zu unterscheiden. Dies sei willkürlich und mit der einschlägigen Rechtsnorm, die ausdrücklich das Vorliegen eines Mangels verlange, nicht vereinbar. Bei korrekter Rechtsanwendung hätten die ausgeschlossenen Prüfungsfragen in die Bewertung einbezogen und umgekehrt eine Frage ausgeschlossen werden müssen, die unstrittig einen Druckfehler enthalte und von der Beschwerdeführerin falsch beantwortet worden sei.

G.d Ferner sei bei einem bestimmten Aufgabentypus (sog. Mehrfach-Wahl-Items) das Notengebungssystem diskriminierend. Es finde keine faire, proportionale Abstufung bei der Punkteverteilung statt, in der für jede richtige Antwort Punkte vergeben würden. Vielmehr erhalte ein Kandidat für vier richtige Antworten einen Punkt, für drei richtige

Antworten einen halben Punkt während ein Kandidat, der eine oder zwei richtige Antworten vorweisen könne, überhaupt keine Punkte erhalte.

G.e Schliesslich verstosse es gegen das Willkürverbot und gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn die Notenspannweite oberhalb der Note 4 sechs Punkte betrage und unterhalb der Note 4 sieben Punkte.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 16. September 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

H.a Sie bringt vor, der Grundsatz, dass die Bewertung einer Prüfung mit eingeschränkter Kognition zu prüfen sei, gelte für alle Behörden, die im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens Prüfungsleistungen zu beurteilen hätten, da die Leistungsbeurteilung in erster Linie im Ermessen der Examinierenden liege. Insbesondere könne die Rechtsmittelinstanz ihr Ermessen im Regelfall nicht an die Stelle des Ermessens der Examinierenden setzen.

H.b Bezüglich der Rüge, die Vorinstanz habe die Herausgabe der Prüfungsunterlagen zu Unrecht verweigert, verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen im angefochtenen Entscheid und macht geltend, die Existenz von inoffiziellen Fragensammlungen könne die Einschränkung der Akteneinsicht keineswegs in Frage stellen. Die studentischen Fragensammlungen seien ohnehin von mangelhafter Qualität, da im Anschluss an die Prüfung eine Frage mitsamt allen Auswahlantworten nicht mehr im Detail wiedergegeben werden könne.

H.c Ferner könne nur aufgrund einer Auswertung, die sich auf die Leistung aller Kandidatinnen und Kandidaten in einer Einzelprüfung beziehe, entschieden werden, ob eine Frage zu eliminieren sei. Namentlich sei die Tatsache, dass viele Studierende mit guten Prüfungsergebnissen eine Frage falsch beantworten, ein sicheres Indiz dafür, dass eine Frage mit einem gravierenden Mangel behaftet sei.

H.d Sofern die Beschwerdeführerin das Punkteverteilungssystem bei Mehrfach-Wahl-Items beanstande, sei zu bedenken, dass die Leistungsbeurteilung grundsätzlich im Ermessen der Experten liege. Dies betreffe auch die Frage, ob je richtiger Aussage zu einem Mehrfach-Wahl-Item ein fixer Punktebruchteil zuerkannt werde.

Gestützt auf Untersuchungen seien die Experten zum Ergebnis gelangt, dass erst für drei korrekte Aussagen ein halber Punkt zu vergeben sei. Sie hätten sich hingegen keineswegs von sachfremden Erwägungen leiten lassen.

I.

Mit Instruktionsverfügung vom 2. Dezember 2009 wurden die Vorinstanz und die Erstinstanz vom Bundesverwaltungsgericht eingeladen, für jede der eliminierten Fragen im Einzelnen darzulegen, welche Gründe jeweils für den Ausschluss der Prüfungsfragen massgeblich waren. In diesem Zusammenhang wurden Vorinstanz und Erstinstanz ersucht, insbesondere zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die eliminierten Fragen oder die in der Musterlösung enthaltenen Antworten einen offensichtlichen inhaltlichen oder formalen Mangel erkennen liessen, der den Ausschluss der betreffenden Prüfungsfrage rechtfertige. Ferner verlangte das Bundesverwaltungsgericht Auskunft darüber, wie die Prüfung zu bewerten gewesen wäre, wenn entweder die vier eliminierten Fragen bei der Bewertung berücksichtigt worden wären oder wenn die Frage von der Bewertung ausgeschlossen worden wäre, die nach Ansicht der Beschwerdeführerin mit einem offensichtlichen Mangel behaftet ist. Im Hinblick auf eine der Rügen betreffend die inhaltliche Bewertung der Prüfungsfragen ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz und die Erstinstanz, sich nochmals dazu zu äussern, ob die Beschwerdeführerin eine bestimmte Prüfungsfrage richtig oder falsch beantwortet habe.

J.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2010 nahm die Vorinstanz Bezug auf die Stellungnahmen der Prüfungsexperten der Universitäten Bern und Zürich vom 17. Dezember 2009 bzw. 21. Dezember 2009. Sie erklärte, dass sie den Darlegungen der Experten nichts hinzuzufügen habe. Die Prüfungsexperten äusserten sich zu der Bewertung der oben genannten Prüfungsfrage und brachten im Übrigen vor, die eliminierten Fragen seien wegen ihrer statistisch auffälligen Werte ausgeschlossen worden. Sie zeigten eine geringe oder gar negative Trennschärfe, worunter die Fähigkeit einer Frage zu verstehen sei, die Kandidaten mit guter und schlechter Leistung in der Gesamtprüfung zu trennen. Dies treffe indessen nicht auf die Frage zu, die nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte eliminiert werden müssen. Wenn keine Frage eliminiert worden wäre, käme die Bestehensgrenze auf 54 der maximal möglichen 99 Punkte zu liegen. Die Beschwerdeführerin

bekäme 53 Punkte und würde die Prüfung nicht bestehen. Wenn die Frage, deren Ausschluss die Beschwerdeführerin begehre, zusätzlich zu den bereits ausgeschlossenen Fragen eliminiert worden wäre, läge die Bestehensgrenze bei 52 von möglichen 54 Punkten. Die Beschwerdeführerin bekäme 51 Punkte und würde die Prüfung nicht bestehen.

K.

Die Beschwerdeführerin nimmt am 5. Februar 2010 hierzu Stellung und hält im Wesentlichen an ihrem Vorbringen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Entscheid der Vorinstanz vom 17. Juni 2009 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Nach Art. 31 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 und 44 VwVG können Verfügungen der Vorinstanz mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung und ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Beim Beruf des Tierarztes handelt es sich um einen universitären Medizinalberuf im Sinne des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11), für den ein eidgenössischer Diplomitel erteilt wird (Art. 2 Abs. 1 Bst. e i. V. m. Art. 5 Abs. 1 MedBG). Die universitäre Ausbildung vermittelt die Grundlagen zur Ausübung dieses Medizinalberufs (Art. 3 Abs. 2 MedBG). Die Studenten erwerben während des Studiums bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten (vgl. Art. 6 f. und Art. 10 MedBG), die Gegenstand von Prüfungen und Leistungskontrollen sind.

2.1 Näher geregelt ist das Prüfungsverfahren in der Verordnung über die Prüfung von Tierärzten vom 19. November 1980 (Prüfungsver-

ordnung für Tierärzte, SR 811.112.4) und der Allgemeinen Medizinalprüfungsverordnung vom 19. November 1980 (AMV, SR 811.112.1). Gestützt auf Art. 33 Abs. 1 AMV wurde ferner die Verordnung über Einzelheiten des Verfahrens bei den eidgenössischen Medizinalprüfungen vom 30. Juni 1983 (nachfolgend: Prüfungsverfahrensverordnung; SR 811.112.18) erlassen, welche weitere Bestimmungen enthält, die das Prüfungsverfahren regeln. Des Weiteren können nach Art. 46a Abs. 1 AMV Fakultäten und Institute der Universitäten ermächtigt werden, besondere Ausbildungs- und Prüfungsmodelle zu erproben. Gestützt auf diese Bestimmung wurde die Verordnung des EDI über die Erprobung eines besonderen ärztlichen Ausbildungs- und Prüfungsmodells für Veterinärmedizin vom 21. Oktober 2004 (nachfolgend: Prüfungsverordnung für Veterinärmedizin; SR 811.112.41) erlassen, die das Ausbildungs- und Prüfungsmodell des gemeinsamen fünfjährigen veterinärmedizinischen Studiengangs (Vetsuisse-Studiengang) an den veterinärmedizinischen Fakultäten der Universitäten von Bern und Zürich (Vetsuisse-Fakultäten) festlegt (Art. 1 Abs. 1 Prüfungsverordnung für Veterinärmedizin).

2.2 In dieser Verordnung ist insbesondere geregelt, dass das Studium an den Vetsuisse-Fakultäten in Studienjahre untergliedert und modular aufgebaut ist (Art. 2 Prüfungsverordnung für Veterinärmedizin). Der Fortschritt der Studierenden wird mit einem Kreditpunktesystem bewertet, das dem Europäischen Kreditpunktesystem (ECTS) entspricht (Art. 8 Prüfungsverordnung für Veterinärmedizin). Die Leistungen der Studierenden in den einzelnen Modulen werden während oder am Ende eines Studienjahres unter anderem in Form theoretischer oder praktischer Einzelprüfungen nach der AMV kontrolliert (Art. 6 Abs. 1 Bst. a Prüfungsverordnung für Veterinärmedizin). Die Studierenden haben im ersten Studienjahr fünf Leistungskontrollen zu absolvieren (Art. 7 Bst. a Prüfungsverordnung für Veterinärmedizin).

2.3 Die Prüfungen werden nach dem Wahlantwort- oder dem Kurzfragen-Kurzantworten-Verfahren durchgeführt (Art. 4 Satz 1 und Art. 5 f. Prüfungsverfahrensverordnung). Beide Verfahren können auch kombiniert werden (Art. 4 Satz 2 Prüfungsverfahrensverordnung). Die Fragebogen nach dem Kurzfragen-Kurzantworten-Verfahren werden von den Examinatoren oder den von ihnen bezeichneten, am akademischen Unterricht beteiligten Personen ausgewertet und benotet (Art. 10 Abs. 1 Prüfungsverfahrensverordnung). Die Fragebogen nach dem Wahlantwortverfahren werden durch die Examinatoren oder

eine von ihnen beauftragte Institution ausgewertet und nach einem im voraus festgelegten Schlüssel benotet (Art. 10 Abs. 2 Prüfungsverfahrensverordnung). Lassen die Fragen oder Antworten einen offensichtlichen, inhaltlichen oder formalen Mangel erkennen, so werden sie bei der Bewertung nicht berücksichtigt (Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung).

2.4 Das Recht auf Akteneinsicht ist in Art. 26 ff. VwVG geregelt. Darüber hinaus enthalten Art. 46 Abs. 2 AMV und Art. 3 Abs. 2 Prüfungsverfahrensverordnung Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen einem Kandidaten Einsicht in die Prüfungsunterlagen gewährt werden kann. Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat eine Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke sowie Niederschriften eröffneter Verfügungen am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde einzusehen. Eine Behörde darf die Einsichtnahme insbesondere verweigern, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Bei Medizinalprüfungen im Sinne der AMV kann die Beschwerdeinstanz die Einsicht in das Prüfungsheft für das Wahlantwortverfahren verweigern; es gilt als geheim im Sinne von Art. 27 VwVG (Art. 46 Abs. 2 AMV). Gemäss Art. 3 Abs. 2 Prüfungsverfahrensverordnung können Kandidaten Einsicht in die Prüfungsunterlagen nehmen, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen; handelt es sich um Fragebögen oder andere geheime Aktenstücke, so entscheidet der Leitende Ausschuss über Art und Umfang der Auskunft.

3.

Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden. Wie der Bundesrat (VPB 62.62 E. 3, 56.16 E. 2.1) und das Bundesgericht (BGE 131 I 467 E. 3.1, 121 I 225 E. 4b, 118 Ia 488 E. 4c, 106 Ia 1 E. 3c) auferlegt sich auch das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung von Examensleistungen selbst bei Vorliegen eigener Fachkenntnisse Zurückhaltung, indem es in Fragen, die seitens der Verwaltungsbehörden naturgemäss schwer überprüfbar sind, nicht ohne Not von

der Beurteilung der erstinstanzlichen Prüfungsorgane und Experten abweicht (BVGE 2007/6 E. 3). Dies erfolgt, weil der Rechtsmittelbehörde zumeist nicht alle massgebenden Faktoren der Bewertung bekannt sind und es ihr in der Regel nicht möglich ist, sich ein zuverlässiges Bild über die Gesamtheit der Leistungen des Beschwerdeführers in der Prüfung und der Leistungen der übrigen Kandidaten zu machen. Überdies haben Prüfungen häufig Spezialgebiete zum Gegenstand, in denen die Rechtsmittelbehörde über keine eigenen Fachkenntnisse verfügt. Eine freie und umfassende Überprüfung der Examensbewertung würde zudem die Gefahr von Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten gegenüber anderen Kandidaten in sich bergen. Diese Zurückhaltung rechtfertigt sich allerdings nur bei der Bewertung von fachlichen Prüfungsleistungen. Sind demgegenüber die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel im Prüfungsablauf gerügt, hat die Rechtsmittelbehörde die erhobenen Einwendungen mit uneingeschränkter Prüfungsdichte zu prüfen. Andernfalls würde sie eine formelle Rechtsverweigerung begehen (BVGE 2007/6 E. 3). Diese Grundsätze entsprechen einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und seiner Vorgängerorganisationen. An ihnen wird ausdrücklich festgehalten.

4.

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Ihr sei zu Unrecht die Einsicht in die Prüfungsunterlagen, insbesondere das Fragenheft, verweigert worden. Vorinstanz und Erstinstanz bringen demgegenüber vor, es entspreche ständiger Praxis bei Medizinalprüfungen, einen Teil der Prüfungsfragen aus vorangegangenen Prüfungssessionen wiederzuverwenden (sog. Ankerfragen). Der Zweck dieser Praxis bestehe darin, dass Unterschiede im Schwierigkeitsgrad der Prüfungen zeitlich auseinanderliegender Sessionen bei der Bewertung ausgeglichen werden sollten, wie es auch Art. 8 Abs. 5 Prüfungsverfahrensverordnung vorschreibe. Wenn nun das Prüfungsheft mitsamt der enthaltenen Ankerfragen herausgegeben werde, bestehe die Gefahr, dass diejenigen Studierenden, die von ihrem Einsichtsrecht Gebrauch machten, die Antworten bestimmter Fragen im Voraus bekannt sei. Dies stelle eine nicht hinzunehmende Bevorzugung gegenüber den übrigen Studierenden dar.

4.1 Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verfassungsrechtlich gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör enthält eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere auch das Recht auf Akteneinsicht (vgl. BGE 129 V 478 E. 4.4.2, BGE 127 I 54 E. 2b). Gemäss bundesgerichtlicher Formulierung gewährt der Gehörsanspruch allen Personen, die vom Ausgang des Verfahrens mehr als die Allgemeinheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme (BGE 132 V 387 E. 5). Eine gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs und somit auch des Rechts auf Akteneinsicht wird vom Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition überprüft. Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Verweigert werden darf nur die Einsicht in verwaltungsinterne Akten. Als verwaltungsintern gelten Akten, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, weil sie ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und insofern lediglich für den behördeninternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege etc.). In der Literatur ist die Unterscheidung zwischen internen und anderen Akten allerdings umstritten (vgl. BGE 125 II 473 E. 4a).

4.2 Die Eidgenössische Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung REKO/MAW hat in ihrer Rechtsprechung anerkannt, dass ein wesentliches öffentliches Interesse an der Geheimhaltung von Ankerfragen in Medizinalprüfungen bestehe (Urteil der REKO/MAW 04.051 vom 18. März 2005, E. 4.1). Ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auch im vorliegenden Fall gestützt auf die zitierte Rechtsprechung zu verneinen ist, kann indessen möglicherweise dahinstehen. Es ist nämlich anerkannt, dass von der Zurückweisung einer Beschwerde wegen einer Gehörsverletzung abgesehen werden kann, wenn die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde in der Sache gutheisst und den unter einer Gehörsverletzung ergangenen Entscheid zugunsten des Beschwerdeführers korrigiert (Urteil des Bundesgerichts 2A.262/2000 vom 9. März 2001, E. 3d). Sofern die vorliegende Beschwerde vollumfänglich gutgeheissen wird, kann daher die Frage, ob das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt wurde, offen bleiben.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt weiterhin, die Beurteilung ihrer fachlichen Prüfungsleistung sei in mehreren Aufgaben der Einzelprüfung IV fehlerhaft erfolgt. Sie begehrt, die Bewertung der Prüfung entsprechend zu korrigieren, die Note in dieser Einzelprüfung anzuheben und die Leistungskontrollen der Prüfung des ersten Studienjahres der Vetsuisse-Fakultäten als bestanden zu bewerten.

5.1 Wie dargelegt (vgl. E. 3 hievore) überprüft das Bundesverwaltungsgericht die Bewertung von Examenleistungen nur mit Zurückhaltung und weicht nicht ohne Not von der Beurteilung der erstinstanzlichen Prüfungsorgane ab. Den Examinatoren kommt bei der Beurteilung der Frage, ob ein Kandidat eine Prüfungsaufgabe richtig gelöst hat und welche Antworten als vertretbare Lösungen in Betracht kommen, ein grosser Beurteilungsspielraum zu. Es kann daher nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz sein, die gesamte Bewertung der Prüfung in den fraglichen Fächern gewissermassen zu wiederholen. Daraus folgt, dass die Rügen eines Beschwerdeführers, wonach die Bewertung seiner Prüfungsleistungen offensichtlich unangemessen gewesen sei, von objektiven Argumenten und Beweismitteln getragen sein müssen. Ergeben sich solche eindeutigen Anhaltspunkte nicht bereits aus den Akten, so muss der Beschwerdeführer selber substanziierte und überzeugende Anhaltspunkte dafür liefern, dass eindeutig zu hohe Anforderungen gestellt oder die Prüfungsleistung offensichtlich unterbewertet wurde. Er wird den Anforderungen an eine genügende Substanziierung seiner Rügen insbesondere dann nicht gerecht, wenn er sich einfach darauf beschränkt zu behaupten, seine Lösung sei vollständig und korrekt, ohne diese Behauptung näher zu begründen oder zu belegen. Sofern es ihm hingegen gelingt, eine Fehlbewertung seiner Prüfungsleistung in dieser Weise zu substanzieren, ist es wiederum Sache der Examinatoren, im Einzelnen und in nachvollziehbarer Weise darzulegen, warum eine Lösung des Beschwerdeführers falsch oder unvollständig ist und er daher nicht die Maximalpunktzahl erhalten hat (vgl. zu alledem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4771/2008 vom 15. April 2009, E. 5.1).

5.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Lösung der Aufgaben A 13, A 19, E 5, E 10, E 11, E 15 sei als falsch bewertet worden, obwohl ihre Antwort korrekt oder zumindest vertretbar gewesen sei. Es handelt sich hierbei um Aufgaben, die nach dem Kurzfragen-Kurzantworten-Verfahren konzipiert sind. Die Beschwerdeführerin be-

gründet ihre Auffassung im Hinblick auf die einzelnen Aufgaben und stützt sich jeweils auf Belege aus der Fachliteratur oder aus Vorlesungsskripten. Die Rügen sind daher genügend substantiiert.

5.3 Indessen haben die Experten, was die Aufgaben mit Ausnahme von Prüfungsfrage E 10 betrifft, ihrerseits detailliert begründet, weshalb die Lösungen der Beschwerdeführerin nicht den Anforderungen der Aufgaben entsprachen. Sie konnten nachvollziehbar darlegen, dass ihre Korrektur nicht im Widerspruch zu den von der Beschwerdeführerin angeführten Quellen steht. Die Beschwerdeführerin hat dagegen ihrerseits nichts vorgebracht, um diese Darlegung der Experten als offensichtlich unzutreffend zu widerlegen. Unter Berücksichtigung der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei der Bewertung von fachlichen Prüfungsleistungen kann eine offensichtliche Unterbewertung der Aufgaben A 13, A 19, E 5, E 11 und E 15 folglich nicht festgestellt werden.

5.4 Anders verhält es sich hingegen bei der Bewertung der Aufgabe E 10. In dieser Aufgabe lautete die Fragestellung: "Nennen Sie 2 Organe, in denen funktionelle Einheiten mit einem extrem flachen Plattenepithel ausgekleidet sind." Es können in dieser Aufgabe maximal zwei Punkte erreicht werden. Die Beschwerdeführerin gab als Antwort "Ovar" und "Milz" an, wofür sie keine Punkte erhielt und ist der Auffassung, dass die Antwort "Ovar" korrekt sei, weshalb ihr mindestens ein Punkt hätte erteilt werden müssen. Sie beruft sich auf ein Vorlesungsskript, in dem es heisst: "Im Ovar sind also folgende Follikel-Typen zu finden: Primordialfollikel: [...] Follikel-epithel ist flach und ebenfalls wenig differenziert [...]". In der Stellungnahme der Prüfungsexperten vom 10. November 2008 wird vertreten, dass die richtige Antwort "Lunge und Niere" sei. Die Begründung lautet: "Diese beiden Organe sind, im Gegensatz zu Milz und Ovar, in der Vorlesung und im Kurs behandelt worden. Milz und Ovar können daher nicht Grundlage für die Prüfung im 1. JK sein." Diese Begründung ist nicht nachvollziehbar und daher offensichtlich ungeeignet, den bei der Beurteilung der Prüfung erfolgten Punktabzug zu rechtfertigen. Es versteht sich von selbst, dass die Richtigkeit der Lösung einer Prüfungsaufgabe nicht davon abhängen kann, ob diese Frage vorher in einer Vorlesung thematisiert wurde. Angesichts dieser wenig aufschlussreichen Begründung des Prüfungsexperten ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz und die Erstinstanz in ihrer Instruktionsverfügung vom 2. Dezember 2009 noch einmal dazu

Stellung zu nehmen, ob Aufgabe E 10 richtig oder falsch gelöst worden sei. Die Erstinstanz räumt in ihrer Stellungnahme vom 21. Dezember 2009 ein, dass die Antwort der Beschwerdeführerin zumindest weit überwiegend eben doch der in der Fragestellung angegebenen Definition entspreche. Sie führt hierzu aus, die Antwort der Beschwerdeführerin sei insofern richtig, als es sich bei den Primordialfollikeln um funktionelle Einheiten des Ovars handle und dass diese ein dünnes Epithel besitzen. Die Erstinstanz meint jedoch, die Antwort der Beschwerdeführerin sei dennoch als falsch zu bewerten und argumentiert, das Epithel der Primordialfollikel sei nicht "extrem" flach im Sinne des Aufgabentextes, zudem sei die Dicke des Epithels in den funktionellen Einheiten von Niere und Lunge bedeutend für deren Funktion, worauf in der Vorlesung ausdrücklich hingewiesen worden sei. Dies ist jedoch wenig überzeugend. Wie die Erstinstanz selbst anführt, kann man darüber streiten, wie der recht unbestimmte Begriff "extrem" im Kontext der Aufgabenstellung zu verstehen ist. Es erscheint in der Tat übermäßig spitzfindig, die ansonsten nunmehr unbestritten korrekte Antwort allein aufgrund des Fehlens dieses wenig präzisen Definitionsmerkmals als falsch zu bewerten. Welche Bedeutung die Dicke des Epithels für die Funktion eines bestimmten Organs hat, war zudem nicht Gegenstand der Aufgabenstellung. Wie bereits erwähnt, kann es ferner für die Richtigkeit der Antwort nicht von Bedeutung sein, ob die betreffende Frage in der Vorlesung behandelt wurde. Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin substantiiert darlegen konnte, dass ihre Lösung der Aufgabe E 10 zu Unrecht als falsch gewertet wurde. Die Prüfungsexperten waren hingegen nicht in der Lage, in nachvollziehbarer Weise zu erklären, weshalb die Bewertung dieser Aufgabe fehlerfrei erfolgt ist. Ihr Vorbringen spricht im Gegenteil dafür, dass die Antwort der Beschwerdeführerin zumindest weitgehend korrekt war. Unter diesen Umständen muss – auch unter Berücksichtigung der Grundsätze über die Einschränkung der Kognition bei der Beurteilung von fachlichen Prüfungsleistungen – angenommen werden, dass insofern eine offensichtliche Fehlbewertung vorliegt. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich daher im Hinblick auf Aufgabe E 10 als begründet.

6.

Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner das Punkteverteilungssystem. Bei den Mehrfach-Wahl-Items finde keine faire, proportionale Abstufung bei der Punkteverteilung statt, in der für jede richtige

Antwort Punkte vergeben würden. Es verstosse zudem gegen das Willkürverbot und gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn die Notenspannweite oberhalb der Note 4 sechs Punkte betrage und unterhalb der Note 4 sieben Punkte. Diesbezüglich geht die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass es Aufgabe der Prüfungskommission ist, die Modalitäten des Punkteverteilungssystems zu bestimmen und insbesondere die Notenskala festzulegen (vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-6261/2008 vom 4. Februar 2010, E. 5.2 [voraussichtlich zur Publikation vorgesehen]). Die Prüfungskommission hat hierbei einen gewissen Entscheidungsspielraum. Da nicht erkennbar ist, dass sich die Prüfungskommission bei der Festlegung der Notengrenzen und der Festlegung der Punkteverteilung von sachfremden Erwägungen leiten liess, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie willkürlich handelte. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher unbegründet.

7.

Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren, es seien vier Aufgaben, von denen sie zwei unbestritten korrekt gelöst habe, ohne ersichtlichen Grund von der Bewertung ausgeschlossen worden. Demgegenüber berufen sich Vorinstanz und Erstinstanz darauf, dass die eliminierten Fragen wegen ihrer statistisch auffälligen Werte ausgeschlossen worden seien. Bei der Auswertung der Prüfungsergebnisse aller Kandidaten sei aufgefallen, dass diese Aufgaben eine geringe oder gar negative Trennschärfe hätten. Darunter sei die Fähigkeit einer Frage zu verstehen, die Kandidaten mit guter und schlechter Leistung in der Gesamtprüfung zu trennen. Diese statistische Auffälligkeit stelle ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Mangels dar, der den Ausschluss der jeweiligen Frage rechtfertige.

7.1 Die Rüge der Beschwerdeführerin betrifft nicht die Bewertung ihrer Prüfungsleistung, sondern die Bewertungsmaßstäbe, die für alle Kandidaten gelten, die an der betreffenden Prüfungssession teilgenommen haben. Sie ist daher mit voller Kognition zu prüfen.

7.2 Gemäss Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung werden Fragen oder Antworten bei der Bewertung nicht berücksichtigt, wenn sie einen *offensichtlichen inhaltlichen oder formalen Mangel* erkennen lassen. Dieser Vorschrift liegt die Überlegung zugrunde, dass es einerseits dem Zweck der Prüfung, den Kenntnisstand der Kandidaten mit hinreichender Genauigkeit zu überprüfen, zuwider laufen würde,

wenn solche Fragen in die Bewertung einbezogen würden. Zudem kann der Ausschluss von erkennbar fehlerhaften Prüfungsfragen dazu dienen, dass die Prüfungen verschiedener Prüfungssessionen einen weitgehend einheitlichen Schwierigkeitsgrad haben. Indessen kann der Ausschluss von Prüfungsfragen zu Ungleichbehandlungen führen, weil einerseits Kandidaten, die diese Fragen korrekt beantwortet haben, durch den Ausschluss einen Verlust an Punkten erleiden und andererseits sich die Gesamtleistung von Kandidaten möglicherweise verbessert, wenn eine Frage eliminiert wird, die sie falsch beantwortet haben. Der Ausschluss von Prüfungsfragen darf daher nicht willkürlich erfolgen, sondern muss auf einem sachlichen Grund beruhen. Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung bestimmt daher, dass der nachträgliche Ausschluss einzelner Prüfungsfragen zwar nicht von vornherein unzulässig ist, allerdings nur im Ausnahmefall und unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen darf. Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. Es ist zu prüfen, ob die ausgeschlossenen Prüfungsfragen einen Mangel erkennen lassen und ob dieser Mangel als offensichtlich anzusehen ist.

7.3 Ob ein inhaltlicher oder formaler Mangel im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung vorliegt, kann nur in Anbetracht der jeweiligen Aufgabenstellung beurteilt werden. Ein solcher Mangel ist beispielsweise anzunehmen, wenn die Aufgabenstellung missverständlich formuliert, unzumutbar schwierig oder gar unlösbar ist, des Weiteren, wenn sie ausserhalb des Curriculums liegt (so auch die Erstinstanz, vgl. ihre Ausführungen in ihrer Stellungnahme vom 10. November 2008, pag. 49 der Vorakten und nachfolgend E. 7.3.1).

7.3.1 Im bisherigen Verfahren äusserten sich die Prüfungsexperten zur Frage des Ausschlusses von Prüfungsfragen vor der Vorinstanz im Einzelnen wie folgt:

"Bei der Auswertung der Prüfung werden sämtliche Prüfungsfragen [...] analysiert. Dabei werden die aus psychometrischer Sicht auffälligen Fragen jeweils den Dozenten zur Beurteilung zugestellt. Dabei wird überprüft, ob ein Schlüsselfehler vorliegt, oder ob die Frage aus Sicht des Dozenten eliminiert werden muss [...]" (Stellungnahme vom 10. November 2008, pag. 49 der Vorakten);

"Entsprechend machen wir [die Abteilung für Assessment und Evaluation der Erstinstanz] in einem ersten Auswertungsschritt die Examinatoren aufgrund der statistischen Fragenanalyse auf mögliche Problemfragen aufmerksam. Sie entscheiden aufgrund der fachlichen Überprüfung, welche Fragen vor der Ermittlung und Benotung der Kandidatenleistung zu

eliminieren sind." (Stellungnahme vom 3. Februar 2009, pag. 77 der Vorakten);

"Die Entscheidung, ob eine aus psychometrischer Sicht auffällige Frage eliminiert werden soll, wird wiederum durch die Dozierenden persönlich (schriftlich) vorgenommen" (Stellungnahme vom 4. Februar 2009, pag. 81 der Vorakten).

Sodann äusserten sie sich im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wie folgt:

"Frage 4 [...]: Diese Frage war aufgrund der fehlenden Trennschärfe aufgefallen und sollte vom Dozenten vor einer weiteren Verwendung überarbeitet werden. Der Dozent entschied sich dann aber, diese Frage auch schon in der laufenden Prüfung zu eliminieren (Kommentar [...]: 'Die Frage ist offensichtlich doch etwas schwierig, obwohl der Unterschied zwischen Blastozyste und Blastula erklärt wurde.') *Eine Elimination der Frage war aus messtechnischen Gründen nicht zwingend nötig.* Da aber die Trennschärfe schwach und der p-Wert sehr tief ist [...], ist eine Elimination trotzdem gerechtfertigt.

[...]

Frage 19 [...]: [...] Diese Frage wurde aufgrund der schlechten Trennschärfe eliminiert. Die Vorlesung wurde in diesem Jahr von einem anderen Dozenten gehalten, als vom Fragenautor; infolgedessen *kann es sein, dass der diesjährige Dozent nicht so detailliert auf diesen Lehrinhalt eingegangen ist wie der Dozent im Vorjahr.*

[...]

Frage 40 [...]: Diese Frage muss aus messtechnischer Sicht entfernt werden (Kommentar [...]: 'Schwieriges Item mit negativer Trennschärfe. *19,8 und 16,7 % der KandidatInnen haben die Antworten C und D gewählt. Diese KandidatInnen haben im Mittel eine bessere Prüfungsleistung als die Richtigantwortenden.*' Aus diesem Grund ist eine Elimination gerechtfertigt.)

[...]

Frage 43 [...]: Diese Frage muss aufgrund der fehlenden Trennschärfe eliminiert werden (Kommentar [...]: 'Sehr schwieriges Item ohne Trennschärfe. *32,3 % der KandidatInnen haben Antwort C gewählt. Diese haben im Mittel eine bessere Prüfungsleistung erzielt als die Richtigantwortenden.*') Aufgrund des geringen p-Werts und der fehlenden Trennschärfe muss angenommen werden, dass die Studierenden geraten haben. [...]" (Stellungnahme der Erstinstanz vom 21. Dezember 2009 zu den Instruktionsfragen des Bundesverwaltungsgerichts).

Es ist augenfällig, dass weder der Umstand, dass ein Dozent eine gewisse Thematik *möglicherweise* weniger einlässlich behandelt haben könnte, als ein anderer Dozent im Vorjahr, kein hinreichend bestimmtes, formales oder inhaltliches Ausschlusskriterium im Sinne der genannten Verordnungsbestimmung darstellt (betrifft Frage 19). Gleich verhält es sich mit dem Umstand, dass 16,7 bzw. 19,8 % (aber auch 32 %) der Kandidaten eine gestellte Frage falsch beantworteten, *"im Übrigen aber im Mittel eine bessere Prüfungsleistung [haben] als die Richtigantwortenden"*. Auch hier fehlt es an einem hinreichend bestimmten, formalen oder inhaltlichen Ausschlusskriterium (betrifft

Fragen 40 und 43). Ein rechtsgenügender Ausschlussgrund ist auch dort klar zu verneinen, wo die Prüfungsexaminatoren selber ausführen, eine *Elimination* der Frage sei aus messtechnischen Gründen *nicht zwingend erforderlich* (betrifft Frage 4). Hierauf ist nachfolgend zurückzukommen.

7.3.2 Die Vorinstanz macht geltend, ein Mangel sei allein aufgrund der (unbestrittenen) Tatsache anzunehmen, dass bei der Auswertung der Prüfungsergebnisse aller Kandidaten im Hinblick auf die betreffenden Aufgaben eine statistische Abweichung, namentlich eine geringe Trennschärfe festgestellt worden sei. Im angefochtenen Beschwerdeentscheid (Erwägung 11.6, 2. Lemma) führt sie aus:

"Für die MEBEKO, Ressort Ausbildung, sind die Gründe, die im Einzelfalle zu einer Elimination führen, nicht entscheidungswesentlich. Ausschlaggebend für die Elimination ist alleine schon die Tatsache, dass die Auswertung der einzelnen Fragen ein auffälliges Ergebnis zeitigt. Als statistisch auffällig und daher potentiell zu eliminieren sind insbesondere Fragen, die ungenügend diskriminieren, das heisst zu wenig zwischen Studierenden mit guten und weniger guten Kenntnissen unterscheiden" (pag. 99 der Vorakten).

Sie geht zutreffend davon aus, dass diese Auffälligkeit ein Indiz für das Vorliegen eines Mangels sein kann. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Grund für die geringe Trennschärfe einer Aufgabe in der Fehlerhaftigkeit der betreffenden Prüfungsfrage besteht. Eine derartige statistische Auffälligkeit sagt jedoch unmittelbar nichts darüber aus, von welchem Mangel die jeweilige Aufgabe betroffen und wie dieser beschaffen ist. Selbst wenn sie das Vorliegen eines Mangels indiziert, ist es Sache der Vorinstanzen, im Rahmen ihrer Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung konkret zu benennen, welcher Mangel ihres Erachtens gegeben ist und inwiefern sich dieser auf die betreffende Auffälligkeit bei der Auswertung der Prüfungsergebnisse ausgewirkt hat. Die Vorinstanzen sind indessen vom Vorliegen eines Mangels ausgegangen, ohne Bezug auf die einzelnen Aufgabenstellungen zu nehmen. Wie oben (E. 7.3.1) dargelegt, führen die Prüfungsexperten in ihren Stellungnahmen hinsichtlich der meisten Prüfungsfragen lediglich aus, die Fragen seien "aus messtechnischer Sicht", insbesondere aufgrund fehlender oder geringer Trennschärfe auszuschliessen gewesen. Man könne davon ausgehen, dass "die Studierenden geraten haben". Ferner könne es sein, dass der diesjährige Dozent nicht so detailliert auf den betreffenden Lehrinhalt eingegangen sei, wie der Dozent im Vorjahr (vgl. insbesondere die in den Stellungnahme vom 21. Dezember 2009 enthaltenen Ausführungen der Prüfungsexperten zu den Aufgaben 19 und 43). In keinem Fall

gehen die Experten jedoch auf den konkreten Inhalt der eliminierten Aufgaben ein. Sie können nicht substantiiert darlegen, weshalb die ausgeschlossenen Prüfungsfragen ihrer Ansicht nach inhaltlich oder formal mangelhaft sind und wie dies im Zusammenhang mit der festgestellten statistischen Auffälligkeit steht. Solches ist auch für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich. Eine mehr oder minder ausgeprägte statistische Auffälligkeit für sich alleine, welche auch aus reinem Zufall aufgetreten sein könnte, stellt indessen keinen "Mangel" dar, der gemäss Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung den nachträglichen Ausschluss einer Prüfungsfrage gestattet. Vielmehr ist zur Feststellung eines Mangels eine Einzelfallbetrachtung, die auf die Aufgabenstellung der zu eliminierenden Prüfungsfrage eingeht und in der die für den Ausschluss der Frage massgeblichen Gründe nachvollziehbar dargelegt werden, zwingend erforderlich. Eine solche wurde – nachdem aus den Vorakten kein hinreichender "Mangel" im Sinne der Prüfungsverfahrensverordnung ersichtlich geworden war – vom Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 2. Dezember 2009 einverlangt, konnte aber – wie dargelegt – auch in diesem Verfahrensstadium nicht in genügend substantiierter Weise erbracht werden. Damit ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass es vorliegend an hinreichenden Gründen fehlt, die den nachträglichen Ausschluss der streitbezogenen Fragen gerechtfertigt hätten. Dies umso weniger, als Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung das Vorliegen eines *offensichtlichen* Mangels verlangt, wovon nach dem Gesagten auch nicht ansatzweise ausgegangen werden kann.

7.3.3 Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang, dass es für den Umfang einer solchen Einzelfallprüfung und die Kriterien, die bei dieser Prüfung zu beachten sind (vgl. insofern die Ausführungen unter E. 7.3), auch nicht massgebend sein kann, um welchen Aufgabentypus es sich jeweils handelt. Es ist nicht ersichtlich und ergibt sich auch nicht aus den massgebenden Verfahrensvorschriften, weshalb etwa für die Fehlerhaftigkeit einer Frage vom Typ Wahlantwortverfahren wesentlich andere Massstäbe gelten sollten, als bei einer Frage, die nach Kurzfragen-Kurzantworten-Verfahren konzipiert ist. In beiden Fällen geht es darum, eine knappe Antwort auf eine präzise Frage zu finden, wobei im Fall des Wahlantwortverfahrens lediglich die Besonderheit besteht, dass mehrere Antworten im Aufgabentext vorgegeben werden und der Kandidat aus diesen die Korrekten auswählen muss. Dies wird indessen von keiner Seite in Abrede gestellt, so dass sich an dieser Stelle Weiterungen hierzu erübrigen.

Was schliesslich den Schwierigkeitsgrad der einzelnen Prüfungsfragen betrifft, liegt es in der Natur einer Prüfung, dass sie sowohl leichtere als auch schwierigere Aufgaben enthält. Von einem "offensichtlichen" Mangel aufgrund eines hohen Schwierigkeitsgrades sollte daher nur ausgegangen werden, wenn die Schwierigkeit der Aufgabe so unzumutbar hoch ist, dass von einem durchschnittlichen Kandidaten nicht erwartet werden kann, dass er sie richtig löst. Dies ist vorliegend soweit ersichtlich nicht der Fall und wurde denn auch von keiner Seite geltend gemacht.

7.4 Es ist somit davon auszugehen, dass die Voraussetzungen für den Ausschluss der Prüfungsfragen nicht vorliegen. Die Vorinstanz hätte die Fragen deshalb bei der Bewertung berücksichtigen müssen. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich daher insofern als begründet.

7.5 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, dass eine Prüfungsfrage nicht von der Bewertung ausgeschlossen worden sei, obwohl die Aufgabenstellung fehlerhaft formuliert sei. Die Prüfungsfrage 13 enthält unbestritten einen Schreibfehler ("p2"; korrekt gewesen wäre "p²"). Das Vorbringen der Vorinstanz, die Fragestellung könne trotz des Schreibfehlers ohne Weiteres richtig interpretiert werden, erscheint nicht von vornherein fernliegend. Es wird durch den Umstand gestützt, dass kein auffälliger Anteil der Kandidaten die Aufgabe falsch gelöst hat. Da zudem der Ausschluss einer Prüfungsfrage nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erfolgen darf, erscheint es als vertretbar, dass die Prüfungskommission die Aufgabe nicht von der Bewertung ausgeschlossen hat.

8.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rügen der Beschwerdeführerin insofern begründet sind, als sie die Bewertung ihrer Prüfungsleistung in Aufgabe E 10 und den Ausschluss von Prüfungsfragen beanstandet. Der Beschwerdeführerin fehlen zwei Punkte, um die Prüfung zu bestehen. Aus den unbestrittenen Darlegungen der Prüfungsexperten ergibt sich, dass sie, falls die Prüfungsfragen nicht ausgeschlossen worden wären, zwei zusätzliche Punkte erhalten hätte und die Bestehensgrenze gleichzeitig um einen Punkt nach oben verschoben worden wäre. Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin die Prüfung besteht, wenn man ihr einen zusätzlichen Punkt für Aufgabe E 10 erteilt und zudem die ausgeschlossenen

Fragen berücksichtigt. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind somit in einem Umfang begründet, der geeignet ist, ein genügendes Prüfungsergebnis zu rechtfertigen. Der Prüfungsentscheid erweist sich somit als rechtsfehlerhaft und ist aufzuheben. Es stellt sich jedoch die Frage, welche weiteren rechtlichen Konsequenzen an die Begründetheit der genannten Rügen zu knüpfen sind.

8.1 Sofern der angefochtene Prüfungsentscheid lediglich Verfahrensfehlern unterliegt, kann dies, selbst wenn sie unzweifelhaft nachgewiesen sind, grundsätzlich nur dazu führen, dass ein Beschwerdeführer den betroffenen Prüfungsteil gebührenfrei wiederholen darf, nicht aber zur Erteilung des Prüfungsausweises. Der Grund hierfür besteht darin, dass für die Erteilung eines Diploms in jedem Fall ein gültiges und genügendes Prüfungsergebnis Voraussetzung ist. Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass nur Kandidaten den entsprechenden Ausweis erhalten, welche den damit verbundenen hohen Erwartungen auch nachgewiesenermassen entsprechen. Nach ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und seiner Vorgängerorganisationen ist deshalb ein gültiges und nachweislich genügendes Prüfungsergebnis grundsätzliche Voraussetzung für die Erteilung eines Prüfungsausweises. Liegt wegen Verfahrensfehlern kein gültiges Prüfungsergebnis vor, so ist diese Voraussetzung nicht erfüllt und es bleibt in der Regel keine andere Lösung, als die betreffende Prüfung durch den Betroffenen wiederholen zu lassen (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7894/2007 vom 19. Juli 2008 E. 4.1 sowie VPB 64.106 E. 6.6.2, VPB 61.31 E. 8.1).

8.2 Die Rüge, es seien zu Unrecht Prüfungsfragen von der Bewertung ausgeschlossen worden, enthält nicht nur materielle, sondern auch verfahrensrechtliche Elemente. Die Beschwerdeführerin be-
anstandet nicht speziell die Einschätzung ihrer eigenen Prüfungsleistung, sondern ein Verhalten der Prüfungskommission, das sich auf die Rahmenbedingungen der Prüfungsbewertung und somit auf die Bewertung der Arbeiten aller Kandidaten bezog, die an der betreffenden Prüfungssession teilnahmen. Die Rüge betrifft jedoch, anders als die typischen Verfahrensfehler, keine Unregelmässigkeiten im Prüfungsablauf, sondern Fehler bei der Auswertung der Prüfungen. Vorliegend steht zudem fest, in welchem Umfang sich das Prüfungsergebnis der Kandidaten verbessern würde, wenn die Prüfungsfragen nicht ausgeschlossen worden wären. Dies ist, wie bereits erwähnt, bei Verfahrensfehlern normalerweise nicht der Fall (s.o., E. 8.1). Die im

Hinblick auf die rechtlichen Folgen des Vorliegens von Verfahrensfehlern angeführten Kriterien (s.o., E. 8.1), können daher insofern nicht zur Anwendung kommen. Es ist vielmehr im vorliegenden Zusammenhang sachgerecht, an einen zu Unrecht erfolgten Ausschluss von Prüfungsfragen die gleichen Rechtsfolgen zu knüpfen, wie an eine offensichtliche Fehlbewertung der Prüfung.

8.3 Die Beschwerdeführerin ist somit nicht zu einer kostenfreien Wiederholung der Prüfung zuzulassen. Die Prüfungsbewertung muss vielmehr unter Berücksichtigung der vorangegangenen Erwägungen korrigiert werden. Fraglich ist aber, ob insofern kassatorisch oder reformatorisch zu entscheiden ist.

8.4 Hebt das Bundesverwaltungsgericht eine rechtsfehlerhafte Verfügung auf, entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Als reformatorisches Rechtsmittel gestattet die Beschwerde der Rechtsmittelinstanz, über die Kassation hinaus in der Sache selbst abschliessend zu entscheiden, also das streitige Rechtsverhältnis zu regeln. Damit wird prozessökonomisch das Verfahren abgekürzt, indem sich nicht nochmals die Vorinstanz und allenfalls erneut die Rechtsmittelinstanz mit der Sache befassen muss. Wenn es um Fragen geht, die besondere Sachkenntnis bedingen oder wenn weitere Tatsachen festzustellen sind, ist es jedoch in der Regel nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, als erste Instanz in einem Fachbereich zu entscheiden, in dem ein erheblicher Beurteilungsspielraum der fachkundigeren Vorinstanz zu respektieren ist (vgl. zu allem PHILIPPE WEISSENBARGER in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 61 N 15 ff.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 232 f, mit weiteren Hinweisen und statt vieler BGE 131 V 407 E. 2.1.1). Namentlich in Prüfungsfällen ist beim Entscheid über die Frage, ob kassatorisch oder reformatorisch zu entscheiden ist, auch die Dauer des Verfahrens mitzuberücksichtigen.

8.5 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Instruktion sowohl der Vorinstanz als auch der Erstinstanz die Möglichkeit gegeben hat, sich mit den entscheidenden Fragen noch einmal gesondert und umfassend zu befassen. Es liegen insofern detaillierte und ausführliche Stellungnahmen der Prüfungskommissionen vor. Zudem hat die Vorinstanz im

Hinblick auf die Frage, ob eine Aufgabe ausgeschlossen werden kann, keinen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum. Art. 10 Abs. 3 Prüfungsverfahrensverordnung erlaubt den Ausschluss einer Prüfungsfrage nur in eng begrenzten Ausnahmefällen und ist zudem nicht als Ermessensvorschrift formuliert. Was die Beurteilung der Frage E 10 betrifft, wurde eine offensichtliche Fehlbewertung festgestellt, was die Vorinstanz zu respektieren hat. Was die Gewichtung der für die in Aufgabe E 10 als richtig zu wertenden Antwort zu vergebenden Punkte betrifft, ist das Ermessen der Vorinstanz ebenfalls stark eingeschränkt, da die genaue Punkteverteilung für die jeweiligen Antworten in einem verbindlichen Bewertungsraster exakt festgesetzt ist (vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3450/2007 vom 20. November 2008, E. 7.3). Wie eine Neubewertung der Prüfung im Fall der Rückweisung zu erfolgen hätte, ist daher vorliegend durch die vorangehenden Erwägungen weitestgehend vorgezeichnet. Es ist daher aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt, reformatorisch zu entscheiden.

9.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die Prüfung der Beschwerdeführerin so zu bewerten ist, dass keine Fragen von der Bewertung ausgeschlossen werden und ihr für Aufgabe E 10 ein weiterer Punkt zu vergeben ist. Sie erhält damit 54 Punkte und hat unter Berücksichtigung des korrigierten Bewertungsschemas die Prüfung bestanden. Die Beschwerde ist somit vollumfänglich gutzuheissen, so dass sich zugleich weitere Ausführungen zu der Frage, ob das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde, erübrigen (vgl. oben E. 4.2). Die Erstinstanz ist anzuweisen, der Beschwerdeführerin ein entsprechendes neues Prüfungszeugnis auszustellen.

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG). Somit sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.– ist ihr zurückzuerstatten.

11.

Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Beschwerdeführerin ist im vorliegenden Verfahren anwaltlich vertreten. Soweit die Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Parteientschädigung ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht mit Kostennoten vom 3. März 2010 eine Parteientschädigung von Fr. 30'371.05 (für die Jahre 2008 und 2009) bzw. 19'256.65 (für das Jahr 2010; jeweils inkl. MWST und Auslagen) geltend, basierend auf einem Aufwand von 111,75 bzw. 71 Stunden und einem Stundensatz von Fr. 250.–. Entschädigungspflichtig ist indessen nur der notwendige Aufwand. Ob Parteikosten als notwendig zu betrachten sind, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei insbesondere die Komplexität der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen sind (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 64 N 25). Der geltend gemachte Aufwand von über 180 Stunden erscheint in Anbetracht des Umfangs und der Komplexität des vorliegenden Rechtsstreits übertrieben hoch. Die sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht stellenden Fragen gehören zwar nicht ausschliesslich zum Basiswissen eines verfahrensrechtlich tätigen Juristen. Sie waren jedoch nicht so umfangreich oder schwierig, dass sie ein umfangreiches Aktenstudium und Konsultationen der Klientin im geltend gemachten Umfang erforderlich gemacht hätten. Als angemessen erscheint vorliegend für das Verfahren vor beiden Beschwerdeinstanzen eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 6'000.– (inkl. MWST und Auslagen).

12.

Dieses Urteil kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Erstinstanz vom 16. Juli 2008 und der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 17. Juni 2009 werden aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin die Leistungskontrollen der Prüfung des ersten Studienjahres des Studiengangs für Veterinärmedizin an den Vetsuisse-Fakultäten bestanden hat. Die Erstinstanz wird angewiesen, der Beschwerdeführerin ein entsprechendes neues Prüfungszeugnis auszustellen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 800.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor beiden Beschwerdeinstanzen eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– (inkl. MWST) zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Beschwerdebeilagen zurück)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben; Vorakten zurück)
- die Erstinstanz (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Frank Seethaler

Michael Barnikol

Versand: 30 März 2010