



Urteil vom 29. März 2017

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____,
vertreten durch
Prof. Dr. Tomas Poledna, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

**FMH, Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte,
Einsprachekommission Weiterbildungstitel (EK WBT),
Vorinstanz.**

Gegenstand

Facharztprüfung; Facharzttitel Plastische, Rekonstruktive
und Ästhetische Chirurgie.

Sachverhalt:**A.**

X. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) bestand am [Datum] den ersten Teil der Facharztprüfung auf dem Gebiet der Plastischen, Rekonstruktiven und Ästhetischen Chirurgie, das Basisexamen Chirurgie. Im Jahr 2012 legte er den zweiten Teil der Prüfung, die mündliche und schriftliche Prüfung des European Board of Plastic, Reconstructive and Aesthetic Surgery (EBOPRAS) ab, wobei er die schriftliche Prüfung am 25. Februar 2012 bestand, jedoch die mündliche Prüfung am 23. November 2012 auch im zweiten Versuch nicht.

A.a Gegen diesen Entscheid des EBOPRAS legte der Beschwerdeführer am 22. Januar 2013 Einsprache bei der Einsprachekommission Weiterbildungstitel (EK WBT) der FMH, Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (nachfolgend: Vorinstanz), ein. Er beantragte insbesondere Einsicht in die Prüfungsunterlagen, die Aufhebung des Entscheids der EBOPRAS und die Erteilung des Facharzttitels bzw. die Feststellung, dass die schriftliche sowie die mündliche Facharztprüfung als bestanden zu werten seien. Die Vorinstanz überwies die Sache am 12. April 2013 zuständigkeitsshalber an die Prüfungskommission der Schweizerischen Gesellschaft für Plastische, Rekonstruktive und Ästhetische Chirurgie (SGPRÄC; nachfolgend: Prüfungskommission), weil diese über das Bestehen bzw. Nichtbestehen der Facharztprüfung zu entscheiden und dem Beschwerdeführer das Gesamtergebnis der Prüfung schriftlich zu eröffnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen habe. Die Prüfungskommission gewährte dem Beschwerdeführer mit Entscheid vom 30. August 2013 Akteneinsicht; die Prüfungsunterlagen wurden dem Beschwerdeführer am 2. Oktober 2013 zugestellt. Mit Verfügung vom 27. Februar 2014 teilte sie dem Beschwerdeführer mit, der Prüfungsentscheid der EBOPRAS bleibe bestehen und das Gesuch, die mündliche Prüfung als bestanden anzuerkennen, werde abgewiesen.

A.b Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 7. Mai 2014 Einsprache bei der Vorinstanz und beantragte, die Verfügung der Prüfungskommission sei aufzuheben und die Sache sei dieser zur materiellen Beurteilung der Rügen zu den Prüfungsfällen zurückzuweisen, wobei die beiden schlechtesten Resultate nicht gewertet werden dürften. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Prüfungskommission anzuweisen, eine erneute Facharztprüfung unter Einhaltung der Vorgaben von Weiterbildungsordnung (zit. in E. 1) und Weiterbildungsprogramm (zit. in E. 2.1) durchzuführen. Die

Vorinstanz hiess die Einsprache mit Entscheid vom 19. Februar 2015 teilweise gut, hob die Verfügung der Prüfungskommission vom 27. Februar 2014 auf und wies die Streitsache an die Prüfungskommission mit der Weisung zurück, dem Beschwerdeführer sei kostenlos die Möglichkeit zu geben, die mündliche Prüfung des zweiten Prüfungsteils der Facharztprüfung erneut abzulegen. Anschliessend sei erneut über das Bestehen oder Nichtbestehen zu entscheiden; im Übrigen wies die Vorinstanz die Einsprache ab (Dispositiv-Ziff. 1). Dem Beschwerdeführer wurden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 250.– auferlegt (Dispositiv-Ziff. 2) und keine Parteientschädigung zugesprochen (Dispositiv-Ziff. 3). Zur Begründung führte die Vorinstanz insbesondere an, darin, dass entgegen den einschlägigen Bestimmungen der Weiterbildungsordnung und des Weiterbildungsprogramms kein Protokoll über die mündliche Prüfung angefertigt worden sei, sei ein gravierender Verfahrensfehler zu erblicken. Dieser mache es dem Beschwerdeführer unmöglich, das Prüfungsergebnis im Rechtsmittelverfahren inhaltlich überprüfen zu lassen, weshalb der Verfahrensfehler rechtserheblich sei, mit der Folge, dass das Prüfungsergebnis als ungültig anzusehen sei. Soweit der Beschwerdeführer die Wiederholung der mündlichen Prüfung vor der EBOPRAS beantrage, sei die Einsprache daher gutzuheissen. Da der Beschwerdeführer keine besondere Begründung für eine Parteientschädigung vorgebracht habe, sei ihm keine zuzusprechen.

B.

Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob der Beschwerdeführer am 23. April 2015 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, der Entscheid vom 19. Februar 2015 sei aufzuheben und die Prüfungskommission – evtl. die Vorinstanz – anzuweisen, unter Zugrundelegung des Gedächtnisprotokolls des Beschwerdeführers zur Facharztprüfung vom 25. November 2012, in der Sache neu zu entscheiden, wobei die beiden schlechtesten Resultate der Facharztprüfung nicht gewertet werden dürften. Eventualiter sei die Sache an die Prüfungskommission – evtl. die Vorinstanz – zur materiellen Beurteilung der Rügen des Beschwerdeführers zu den Prüfungsfällen zurückzuweisen, wobei die Examinatoren zur Stellungnahme zu den Rügen des Beschwerdeführers einzuladen seien und die Prüfungskommission – evtl. die Vorinstanz – die Version des Beschwerdeführers und der Examinatoren zu vergleichen habe, wobei wiederum die beiden schlechtesten Resultate nicht gewertet werden dürften. Ferner sei der angefochtene Entscheid insoweit aufzuheben, als eine Parteientschädigung verweigert worden sei, und der unterzeichnende Rechtsanwalt sei vor Abschluss des Verfahrens zur Einreichung seiner Kostennote aufzufordern.

C.

Mit Vernehmlassung vom 27. August 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Prüfungskommission verwies mit Stellungnahme vom 27. August 2015 im Wesentlichen auf die Vernehmlassung der Vorinstanz und schloss sich deren Ausführungen an.

D.

Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 14. Oktober 2015 an seinen Anträgen fest.

E.

Mit Duplik vom 19. November 2015 hält die Vorinstanz vollumfänglich an ihren Vorbringen und Anträgen fest. Die Prüfungskommission erklärte mit Stellungnahme vom 20. November 2015, dem Beschwerdeführer sei die kostenlose Wiederholung der Prüfung im laufenden Verfahren mehrmals angeboten worden. Auch sei ihm angeboten worden, eine gesonderte Prüfung durch die Schweizer Prüfungskommission in deutscher Sprache in der Schweiz zu absolvieren. Der Beschwerdeführer habe davon keinen Gebrauch gemacht.

F.

Mit Verfügung vom 9. März 2016 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien den infolge Pensionierung vorgenommenen Wechsel des Instruktionsrichters mit und setzte dem Beschwerdeführer eine Frist zur Einreichung der Kostennote, die mit Eingabe vom 15. März 2016 einging.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 9 und Art. 58 Abs. 3 der Weiterbildungsordnung der Verbindung Schweizer Ärztinnen und Ärzte vom 21. Juni 2000 [in der Fassung vom 25. Oktober 2012; WBO] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. h des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; zur Anwendbarkeit von Art. 33 Bst. h VGG vgl. Urteil des BVGer B-2848/2013 vom 27. August 2014 E. 1.3.2).

1.1 Angefochten ist ein Rückweisungsentscheid einer Einspracheinstanz an eine Prüfungskommission. Rückweisungsentscheide sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) den Zwischenentscheiden zuzuordnen,

die nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar sind, selbst wenn über materielle Teilaspekte der Streitsache entschieden wird (vgl. BGE 140 V 321 E. 3.1 f.; 134 II 137 E. 1.3.2; 134 II 124 E. 1.3; 133 V 477 E. 4.1.3 f.). Sofern der unteren Instanz, an die zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibt und die Rückweisung nur noch der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient – etwa der Ausführung einer Berechnung – liegt jedoch ein (unbeschränkt anfechtbarer) Endentscheid vor (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.2). Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverwaltungsgericht soweit ersichtlich zumindest im Landwirtschaftsrecht, in dem das Bundesverwaltungsgericht regelmässig als dritte Instanz urteilt, übernommen (vgl. Urteil des BVGer B-3133/2009 vom 13. November 2009 E. 1.1; für eine generelle Übernahme FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 45; vgl. auch ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1157, 1432). Zwischenentscheide sind vor Bundesverwaltungsgericht nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 und Art. 46 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) anfechtbar. Die Eidgenössische Rekurskommission EVD (REKO EVD), eine der Vorgängerorganisationen des Bundesverwaltungsgerichts, hat – unter Geltung von Art. 47 Abs. 1 VwVG in der Fassung vor Inkrafttreten der Justizreform am 1. Januar 2007 (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 über die Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4403, 4408, nachfolgend: Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege) – Rückweisungen von Bundesämtern als *Beschwerdeinstanzen* an Prüfungskommissionen zur Durchführung einer kostenlosen Wiederholungsprüfung und anschliessend neuem Entscheid als unbeschränkt anfechtbare Teil- oder Endentscheide qualifiziert (vgl. Entscheid der REKO EVD vom 12. Dezember 2003, in: VPB 68.94 E. 1.3; unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO EVD HB/2003-12 vom 11. März 2004 E. 1.2 f.). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich jedoch nicht um eine Rückweisung im eigentlichen Sinn, wie nachfolgend dargelegt wird.

1.1.1 Nach Art. 27 Abs. 3 WBO kann der Kandidat den Entscheid über das Nichtbestehen der Facharztprüfung innert 60 Tagen bei der EK WBT anfechten (vgl. auch Art. 9 Abs. 2 al. 2 WBO). Die EK WBT amtet nach Art. 9 WBO als unabhängige und unparteiische Einspracheinstanz gemäss Art. 25 Abs. 1 Bst. j MedBG, wonach ein Weiterbildungsgang, der zu einem eidgenössischen Weiterbildungstitel führen soll, u.a. dann akkreditiert wird,

wenn die verantwortliche Organisation (vorliegend die FMH) „eine unabhängige und unparteiische Instanz hat, welche über Beschwerden der Personen in Weiterbildung [...] in einem fairen Verfahren mindestens in den Fällen nach Art. 55 entscheidet“. Vorliegend handelt es sich um einen Fall nach Art. 55 Abs. 1 Bst. d MedBG, wonach die für die akkreditierte Weiterbildungsgänge verantwortlichen Organisationen Verfügungen über die Erteilung von Weiterbildungstiteln erlassen, weil das Bestehen der Facharztprüfung eine Voraussetzung für die Erteilung des Facharztstitels bildet (Art. 15 Bst. b WBO). Art. 25 Abs. 1 Bst. j MedBG bezeichnet das Rechtsmittel als Beschwerde, die WBO als Einsprache (Art. 58 Abs. 1 WBO). Die WBO stellt für das Einspracheverfahren eigene Verfahrensbestimmungen auf und verweist für entsprechende Lücken pauschal auf die Bestimmungen des VwVG und des VGG, soweit dies möglich ist (Art. 67 WBO).

1.1.2 Beim FMH-internen Rechtsmittelverfahren handelt es sich nach der Rechtsprechung um ein besonderes Einspracheverfahren autonomen Rechts, das von der erstinstanzlich verfügenden Behörde selbst geführt wird (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung [REKO MAW] vom 21. Juni 2003, in: VPB 68.29 E. 7.2.1). Der genannte Entscheid erging zwar zum alten Recht (Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Dezember 1877 [FMPG, AS 3 397]), jedoch decken sich die einschlägigen Bestimmungen (Art. 13 Bst. k und Art. 19 Bst. d FMPG) mit Art. 25 Abs. 1 Bst. j und Art. 55 Abs. 1 Bst. d MedBG, weshalb an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist. Die erstinstanzlich verfügende Behörde ist dabei die FMH als verantwortliche Organisation für akkreditierte Weiterbildungsgänge; zwar ist diese eine juristische Person der Privatrechts, sie verfügt jedoch in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlicher Aufgaben (vgl. Urteil des BVGer B-2848/2013 vom 27. August 2014 E. 1.3.2; Entscheid der REKO MAW vom 21. Juni 2003, in: VPB 68.29 E. 1.1). Die EK WBT gilt demgegenüber nicht als Behörde i.S.v. Art. 1 Abs. 2 VwVG (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe [Medizinalberufegesetz, MedBG] vom 3. Dezember 2004, BBI 2005 173 ff., 220, nachfolgend: Botschaft MedBG; BORIS ETTER, Stämpflis Handkommentar, MedBG, Bern 2006 N 18 zu Art. 25). Sie ist als Vertreterin bzw. Organ der FMH zu betrachten (vgl. Entscheid der REKO MAW vom 21. Juni 2003, in: VPB 68.29 E. 1.1 und E. 7.2.1 zur ehemaligen Beschwerdekommision Weiterbildungstitel; vgl. Art. 21 der Statuten der FMH vom 24. Juni 1998 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 WBO). Im Rahmen der richterlichen Überprüfung sind die relevanten Bestimmungen des betreffenden Weiterbildungsgangs als

öffentliches Recht des Bundes zu betrachten (vgl. Botschaft MedBG, BBl 2005 238).

1.1.3 Eine Einsprache wird nach Erlass einer Verfügung bei derselben Verwaltungsbehörde eingeleitet, welche die Anordnung getroffen hat. Dabei handelt es sich nicht um ein devolutives Rechtsmittel, das die Entscheidzuständigkeit an eine Rechtsmittelinstanz übergehen lässt (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1); die Herrschaft über den Streitgegenstand verbleibt bei der verfügenden Behörde. Diese wird lediglich verpflichtet, den von ihr getroffenen Entscheid im Lichte der Vorbringen des Einsprechers erneut zu prüfen und über die bestrittenen Punkte zu entscheiden, bevor allenfalls die Beschwerdeinstanz angerufen wird (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1; THOMAS HÄBERLI, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 62 VwVG). Der fehlende Devolutiveffekt unterscheidet die Einsprache von der Beschwerde, die von der übergeordneten oder gerichtlichen Beschwerdeinstanz beurteilt wird (vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA TURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 640, 687, 1301). Ist das Einspracheverfahren spezialgesetzlich vorgesehen, gehört es zum ordentlichen Verfahrensgang (Art. 32 Abs. 2 Bst. a VGG, Art. 47 VwVG). Die Einsprache ist stets reformatorischer Natur, der Einspracheentscheid ersetzt die ursprüngliche Verfügung (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHKE/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 142, 1969). Soweit die Behörde dem Einsprachebegehren entsprechen will, kann sie auch die Verfügung in Wiedererwägung ziehen – und die Einsprache als gegenstandslos abschreiben –, statt einen Einspracheentscheid zu fällen (vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1969; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 789). Weil die Einsprache von der verfügenden Behörde geprüft wird, ergibt es grundsätzlich keinen Sinn, eine Rückweisung anzuordnen. Eine sachliche Notwendigkeit für eine Rückweisung besteht nur im instanzübergreifenden Verhältnis (also auch dort, wo das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren vorgesehen ist, vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG), nicht aber innerhalb einer einzigen Instanz, auch wenn diese – wie vorliegend – organisatorisch in verschiedene Einheiten gegliedert ist (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.1 in fine; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 789). Der angefochtene, instanzabschliessende Entscheid ist somit kein Rückweisungsentscheid im eigentlichen Sinn, da dieselbe Behörde – die FMH – entschieden hat.

1.2 Zu prüfen bleibt, ob es sich vorliegend um eine Zwischenverfügung i.S.v. Art. 46 VwVG oder einen Teil- oder Endentscheid handelt, der nach den Voraussetzungen von Art. 48 VwVG vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar ist.

1.2.1 Im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege wurde das VwVG auf das neue Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) abgestimmt, namentlich etwa in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden (vgl. Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, BBl 2001 4403), weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzung von Teil- bzw. End- und Zwischenentscheiden zu Art. 91 ff. BGG auch für die entsprechende Abgrenzung nach Art. 44 ff. VwVG massgebend ist. Materiellrechtliche Grundsatzentscheide, die – wie vorliegend – einen Teilaspekt einer Streitsache beantworten und bisher als (Teil-) Endentscheide betrachtet wurden (vgl. E. 1.1), gelten nach der Systematik des BGG nicht als Teil-, sondern als materiellrechtliche Zwischenentscheide (vgl. BGE 133 V 477 E. 4.1 m.H.; Urteil des BVGer B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 2.2; FELIX UHLMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 92 N. 3). Damit ist der angefochtene Entscheid nach den Voraussetzungen von Art. 46 VwVG anfechtbar.

1.2.2 Gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde gegen andere selbständig eröffnete Zwischenverfügungen (als über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren nach Art. 45 VwVG) zulässig, 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 oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil besteht für den Beschwerdeführer insbesondere darin, dass er bei einem Nichteintreten auf die Beschwerde gezwungen wäre, die Prüfung zunächst erneut zu absolvieren, bevor er an das Bundesverwaltungsgericht gelangen könnte, und damit die Überprüfung seiner Rügen erst dann erfolgen könnte, weshalb er im vorliegenden Fall – unter Vorbehalt der Ausführungen in E. 2.6 – zur Beschwerde legitimiert ist.

1.3 Die 30-tägige Beschwerdefrist (Art. 50 Abs. 1 VwVG) ist, unter Berücksichtigung des Fristenstillstands über Ostern (Art. 22a Abs. 1 Bst. a VwVG), mit der Postaufgabe der Beschwerde am 23. April 2015 gewahrt. Zwar datiert die angefochtene Verfügung vom 19. Februar 2015, jedoch wurde sie dem Beschwerdeführer erst mit Schreiben vom 6. März 2015

(Freitag) eröffnet und ist ihm am darauf folgenden Montag, den 9. März 2015, zugegangen. Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich (vgl. E. 2.6) einzutreten.

2.

Vorliegend ist strittig, ob die Vorinstanz zu Recht (nur) eine kostenlose Prüfungswiederholung angeordnet hat.

2.1 Für den Arztberuf werden Eidgenössische Weiterbildungstitel erteilt, die zur selbständigen Ausübung des Berufs in der Schweiz berechtigen (Art. 36 Abs. 2 MedBG). Der Eidgenössische Weiterbildungstitel Facharzt für Plastische, Rekonstruktive und Ästhetische Chirurgie wird nach den Vorschriften des entsprechenden, von der zuständigen Fachgesellschaft ausgearbeiteten und am 1. September 2011 akkreditierten Weiterbildungsprogramms (vom 1. Juli 2005, in der Fassung vom 28. Oktober 2010; nachfolgend: WBP) erteilt (Art. 11 Bst. a WBO; Art. 2 Abs. 1 Bst. b sowie Anhang 1 der Medizinalberufeverordnung vom 27. Juni 2007 [MedBV, SR 811.112.0]; Art. 23 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 2 MedBG). Zuständig für Organisation und Durchführung der Facharztprüfungen sind die Fachgesellschaften (Art. 11 Bst. b und Art. 22 WBO), vorliegend die Schweizerische Gesellschaft für Plastisch-Rekonstruktive und Aesthetische Chirurgie, die ein entsprechendes Prüfungsreglement ausarbeiten, das Bestandteil der WBP bildet (Art. 22 WBO; vgl. Urteil des BVGer B-5503/2010 vom 11. Mai 2012 E. 2.2). Die Facharztprüfung besteht gemäss Ziff. 4.4 WBP aus zwei Teilen, wobei der zweite Teil die Absolvierung der mündlichen und schriftlichen Prüfung des EBOPRAS umfasst. Dieser Prüfungsteil ist mit Zustimmung der FMH im Rahmen der Prüfung EBOPRAS abzulegen. Die Schweizer Prüfungskommission entsendet Delegierte an die Prüfung, die auch als Prüfer fungieren, um eine objektive und korrekte Behandlung der Schweizer Kandidaten zu gewährleisten. Diese Prüfungsmodalitäten sind auch bei anderen Facharztprüfungen vorgesehen (für den Facharzt Ophthalmologie vgl. Urteil des BVGer B-5503/2010 vom 11. Mai 2012 E. 2.3). Die vorliegende Beschwerde bezieht sich einzig auf die mündliche Prüfung des Beschwerdeführers vor dem EBOPRAS am 23. November 2012.

2.2 Gemäss Art. 24 Abs. 2 WBO und Ziff. 4.5.4 WBP ist über mündliche und praktische Prüfungen ein Protokoll (durch den Sekretär der Prüfungskommission EBOPRAS) anzufertigen. Weder die Vorinstanz noch die Prüfungskommission bestreiten, dass bei der mündlichen Prüfung des Beschwerdeführers eine Protokollierungspflicht bestand. Ferner ist erstellt und unbestritten, dass von der fraglichen mündlichen Prüfung des Beschwerdeführers kein Protokoll erstellt wurde. Schliesslich ist unbestritten, dass die fehlende Protokollierung als erheblicher Verfahrensfehler zu qualifizieren ist.

2.3 Der Beschwerdeführer beantragt im Hauptantrag, die Prüfungskommission – evtl. die Vorinstanz – sei anzuweisen, unter Zugrundelegung seines unmittelbar im Anschluss an die Prüfung erstellten Gedächtnisprotokolls, welches den Ablauf der Prüfung und seine Antworten nach bestem Wissen und Gewissen festhalte, in der Sache neu zu entscheiden, wobei die beiden schlechtesten Resultate der Facharztprüfung nicht gewertet werden dürften. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz gehe es vorliegend nicht ausschliesslich um die Rekonstruktion des Sachverhalts, sondern grösstenteils darum, ob die vom Beschwerdeführer vorgetragene Lösung fachlich vertretbar sei, mithin um die Bewertung der Leistungen des Beschwerdeführers. Sofern tatsächlich Tatfragen im Vordergrund stünden, hätte zunächst ermittelt werden müssen, inwiefern der vom Beschwerdeführer dargelegte Sachverhalt überhaupt von den Examinatoren bestritten werde; nur insoweit seien Beweisfragen überhaupt erheblich. Die Beweisvereitelung führe zu einer Beweislastumkehr, eventuell zu einer Absenkung des Beweismasses zugunsten des Beschwerdeführers. Die Prüfungskommission dürfe sich nicht auf die Beweislosigkeit berufen, da sie diese in offensichtlicher Missachtung des Protokollierungsgebots selber verursacht habe; sie habe die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, weshalb der durch den Beschwerdeführer mit Hilfe des Gedächtnisprotokolls substantiiert behauptete Sachverhalt als wahr zu gelten habe. Als für das Resultat verantwortliche Behörde müsse die Prüfungskommission sicherstellen, dass die delegiert stattfindende Prüfung durch die EBOPRAS ausreichend dokumentiert sei und sie gestützt darauf entscheiden könne, ob die Prüfung bestanden sei.

2.4 Liegt aufgrund von Verfahrensfehlern kein gültiges Prüfungsergebnis vor oder kann der Nachweis der konkreten Prüfungsleistung nicht erbracht und diese infolgedessen auch nicht einer nachträglichen Überprüfung durch einen unabhängigen Experten unterzogen werden, bleibt nach kon-

stanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine andere Lösung, als die Prüfung durch den Betroffenen wiederholen zu lassen. Dies gilt auch dann, wenn der Kandidat durch den Verfahrensfehler daran gehindert wird, überhaupt ein genügendes Prüfungsergebnis zu erbringen oder nachzuweisen. Fehlende Prüfungsprotokolle oder Mängel im Prüfungsablauf, selbst wenn sie unzweifelhaft nachgewiesen sind, können entsprechend nur dazu führen, dass der Beschwerdeführer den betroffenen Prüfungsteil gebührenfrei wiederholen darf. Denn Voraussetzung für die Erteilung eines Diploms – vorliegend eines Facharztstitels – ist in jedem Fall ein gültiges und genügendes Prüfungsergebnis, weil ein gewichtiges öffentliches Interesse daran besteht, dass nur Kandidaten den entsprechenden Ausweis erhalten, die den damit verbundenen hohen Erwartungen auch nachgewiesenermaßen entsprechen (vgl. BVGE 2010/21 E. 8.1 m.H.; Urteile des BVGer B-2229/2011 vom 13. Februar 2012 E. 5.1, B-5503/2010 vom 11. Mai 2012 E. 1.4 und B-7894/2007 vom 19. Juni 2008 E. 4.1 und 4.2.1).

2.5 Vorliegend wäre es zweifellos Sache der Examinatoren gewesen, durch entsprechende Notizen und allenfalls eine spätere rechtsgenügende Darstellung des Prüfungsablaufs und der Prüfungsleistung des Beschwerdeführers die Voraussetzungen für eine nachträgliche Überprüfung zu schaffen und damit der Protokollierungspflicht nach Art. 24 Abs. 2 WBO und Ziff. 4.5.4 WBP zu genügen. Wenn sie dies nicht getan haben, kann indessen – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – nicht im Sinne einer Beweislastumkehr auf sein Gedächtnisprotokoll abgestellt werden und gestützt darauf eine Neubewertung stattfinden, zumal keine Hinweise dafür bestehen, dass die Examinatoren eine nachträgliche Überprüfung der Bewertung der Prüfungsleistung bewusst hätten vereiteln wollen (vgl. Urteil des BVGer B-2213/2006 vom 2. Juli 2007 E. 5.2.2; unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO EVD vom 11. September 2001 01/HB-10 E. 1.6; vgl. auch Urteil des BVGer B-4385/2008 vom 16. Februar 2009 E. 5.1.1). Der Ablauf der mündlichen Prüfung und die vom Beschwerdeführer erbrachte Prüfungsleistung sind, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, nicht mehr feststellbar, zumal auch eine weitere Abklärung des Sachverhalts keinen Erfolg versprechen würde, da die Experten kaum noch verwertbare Angaben zum Prüfungsablauf machen könnten. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz sei ohne eigentliche Begründung zum Schluss gekommen, dass das Gedächtnisprotokoll nur eine geringe Beweiskraft aufweise, und es damit unterlassen habe, die Glaubwürdigkeit dieses entscheidenden Beweismittels vertieft abzuklären, ist er nicht zu hören. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid dargelegt, dass sie

dieses Beweismittel als nicht von vornherein unzulässig qualifiziere, und zudem begründet, weshalb sie dessen Beweiswert als gering und mit einem Parteivorbringen vergleichbar erachte. Der Begründungspflicht ist damit Genüge getan. Da der Nachweis der konkreten Prüfungsleistung vorliegend nicht erbracht werden kann, kann auch keine Neubewertung aufgrund noch einzuholender Stellungnahmen von Experten oder des EBOPRAS zum Gedächtnisprotokoll, wie dies der Beschwerdeführer eventualiter beantragt, stattfinden. Für eine materielle Überprüfung der Prüfungsleistung muss sich die Rechtsmittelinstanz ein Bild vom Prüfungsablauf und -inhalt machen können; nur dann kann überprüft werden, ob die Begründung der Examinatoren nachvollziehbar ist und den Einwänden des Beschwerdeführers standhält (vgl. Urteil des BVGer B-7795/2015 vom 14. Juli 2016 E. 6.1 m.H.; Beschwerdeentscheid der REKO EVD vom 14. Mai 1996, in: VPB 61.32 E. 10.1). Die Rüge, die Vorinstanz hätte sich materiell mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandersetzen müssen und dabei das Gedächtnisprotokoll mit einzuholenden Stellungnahme der Examinatoren vergleichen müssen, geht daher fehl. Der fehlenden Protokollierung kann nicht auf andere Weise als mit der Einräumung einer kostenlosen Prüfungswiederholung begegnet werden.

2.6 Die Vorinstanz bestreitet die Beschwer des Beschwerdeführers, soweit er rüge, die Vorinstanz habe sein Vorbringen, er sei vorschriftswidrig in acht statt sechs Prüfungsfällen geprüft worden, zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, dieser Verfahrensfehler hätte unverzüglich nach der Prüfung gerügt werden müssen.

2.6.1 Die Vorinstanz macht geltend, dem Beschwerdeführer fehle es diesbezüglich an einem schutzwürdigen Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Selbst wenn der genannte Verfahrensfehler als nicht verspätet qualifiziert werden würde, habe dies im günstigsten Fall zur Folge, dass das Prüfungsergebnis als ungültig zu betrachten wäre und der Beschwerdeführer die Prüfung kostenlos wiederholen dürfte.

2.6.2 Der Beschwerdeführer legt dar, die Rüge, er sei vorschriftswidrig in acht statt sechs Fällen geprüft worden, sei nicht verspätet erfolgt, da er die Rechtmässigkeit von Merkblättern der EBOPRAS bzw. deren Übereinstimmung mit dem WBP nicht prüfen müsse. Daraus folge, dass in das Prüfungsergebnis nur sechs Fälle einfließen dürften. Tatsächlich habe er aber acht Fälle lösen müssen. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass eine

Prüfung mit acht Fällen anspruchsvoller sei als eine Prüfung mit sechs Fällen, die Abweichung vom WBP also zu Ungunsten des Beschwerdeführers erfolgt sei. Daher seien die zwei schwächsten Resultate nicht zu werten und der Schnitt ohne diese Resultate zu berechnen.

2.6.3 Die Vorinstanz bestreitet nicht, sondern räumt ausdrücklich – bereits in der angefochtenen Verfügung – ein, dass auch in Bezug auf die Anzahl Prüfungsfälle – acht statt sechs – ein Verfahrensfehler im Prüfungsablauf vorliege. Daher kann offenbleiben, ob die Rüge als verspätet anzusehen und deshalb nicht darauf einzutreten wäre, weil der Verfahrensfehler wiederum nur zur kostenlosen Wiederholung der fraglichen Prüfung führen kann, da diesbezüglich kein gültiges Prüfungsergebnis vorliegt.

3.

Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids auch insoweit, als ihm eine Parteientschädigung verweigert wurde.

3.1 Die Vorinstanz legt dar, Gründe für die Zusprechung einer Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren lägen nicht vor. Die entsprechende Bestimmung werde restriktiv ausgelegt, weshalb grundsätzlich keine Parteientschädigungen zugesprochen würden. Es müssten besondere Gründe vorliegen, die ausnahmsweise eine Parteientschädigung rechtfertigten, und der Beschwerdeführer habe keine solchen vorgebracht. Der Entscheid darüber liege in ihrem Ermessen. Dieses sei korrekt ausgeübt worden. Darin, dass der Beschwerdeführer eine Einsprache bei der Vorinstanz erhoben habe, als diese noch nicht zuständig gewesen sei (vgl. Sachverhalt A.a), könne kein besonderer Umstand erblickt werden, der eine Ausnahme rechtfertige. Die Vorinstanz habe davon abgesehen, vom Beschwerdeführer erneut einen Kostenvorschuss einzuverlangen, als er wiederum Einsprache erhoben habe (vgl. Sachverhalt A.b). Es sei auch nicht ersichtlich, inwieweit ihm Parteikosten entstanden seien, die über das übliche Mass hinausgehen würden.

3.2 Nach Art. 66 Abs. 2 WBO tragen die einspracheführenden Personen oder Organisationen ihre Parteikosten grundsätzlich selber, nur in besonders begründeten Fällen kann die Einspracheinstanz Parteikostenersatz zusprechen. Die REKO MAW hat diese Bestimmung als bundesrechtskonform erachtet (vgl. Entscheid der REKO MAW vom 21. Juni 2003, in: VPB 68.29 E. 7). Da das Einspracheverfahren ein erstinstanzliches Verfahren ist (vgl. E. 1.1.2), ist Art. 64 VwVG entsprechend nicht anwendbar (vgl.

BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1 in fine m.H.; Entscheid der REKO MAW vom 21. Juni 2003, in: VPB 68.29 E. 7.2.2; vgl. auch BGE 132 II 47 E. 5.1 f.).

3.3 Der Beschwerdeführer hat im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich eine Parteientschädigung gestützt auf Art. 66 Abs. 2 WBO beantragt und wie folgt begründet: Das Verfahren sei aufgrund von Unklarheiten und Verfahrensfehlern ohne sein Verschulden erheblich verzögert worden. Vorerst habe die Zuständigkeit der erstverfügenden Instanz geklärt werden müssen, dann habe sich diese geweigert, die Rügen des Beschwerdeführers materiell zu behandeln, weshalb das Verfahren vor der Vorinstanz habe eingeleitet werden müssen. Durch das langwierige Verfahren seien Kosten für die anwaltliche Vertretung deutlich höher als bei einer Anfechtung mit ordnungsgemässen Verfahren gewesen. Zudem habe der Beschwerdeführer finanzielle Nachteile zu gewärtigen, die in der Differenz zwischen dem Einkommen als Titelträger und Nichttitelträger sowie den zusätzlich entstehenden Kosten für das Einholen einer Praxisbewilligung über einen anderen Facharztstitel bestünden. Insgesamt liege ein aussergewöhnlicher Aufwand vor.

3.4 Einspracheverfahren sind grundsätzlich kostenlos, weil es sich dabei regelmässig um die erstmalige Gewährung des rechtlichen Gehörs handelt und das Äusserungsrecht nicht mit einem Kostenrisiko behaftet sein darf (vgl. BGE 122 II 274 E. 6d betreffend das Waldfeststellungsverfahren; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rz. 1973, 1977; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 791). Dementsprechend ist das Einspracheverfahren beispielsweise im Sozialversicherungsrecht kostenlos und Parteientschädigungen werden in der Regel nicht ausgerichtet (Art. 52 Abs. 3 ATSG). Dennoch erhalten Einsprechende, die im Fall ihres Unterliegens die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen könnten, nach der Rechtsprechung eine Parteientschädigung, wenn sie obsiegen (vgl. BGE 130 V 570 E. 2; Urteil des BGer 9C_370/2010 vom 12. August 2010 E. 1 und E. 2.1; ob weitere Fälle denkbar sind, die eine Parteientschädigung rechtfertigen würden, hat das Bundesgericht offen gelassen; vgl. hierzu KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 791).

3.5 Das Einspracheverfahren vor der Vorinstanz ist, entgegen den dargelegten Grundsätzen, kostenpflichtig ausgestaltet (Art. 66 Abs. 1 WBO mit Verweis auf die anwendbare Gebührenordnung). Der Kostenrahmen liegt zwischen Fr. 500 und 5'000.–. Dem Beschwerdeführer wurden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 250.– auferlegt. Somit handelt es sich um ein kostenpflichtiges erstinstanzliches Einspracheverfahren (sog. autonomen

Rechts; vgl. E. 1.1.2), bei dem jedoch grundsätzlich keine Parteientschädigungen ausgerichtet werden (zur Bundesrechtskonformität der Regelung in der WBO betreffend Parteientschädigung vgl. E. 3.2). Dies bedeutet, dass sich das Kostenrisiko für den Einsprecher nicht nur auf die Verfahrenskosten bezieht, sondern auch auf allfällige notwendige Parteikosten. Das FMH-interne Einspracheverfahren ist zwar nicht durchwegs vergleichbar mit anderen Einspracheverfahren, die primär der nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs dienen (Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht); es dient vielmehr der Überprüfung eines Prüfungsentscheids. In der Regel dürfte dies die erste Auseinandersetzung mit der Prüfungsbewertung sein, sofern die Prüfungskommission im Anschluss an den Bescheid der EBOPRAS das Prüfungsergebnis den Betroffenen schriftlich eröffnet (Art. 27 Abs. 1 WBO, Ziff. 4.7.1 WBP). Vorliegend hat sich jedoch bereits die Prüfungskommission mit der Prüfungsbewertung bzw. dem Prüfungsablauf auseinandergesetzt.

3.6 Im vorliegenden Fall kann jedoch offen gelassen werden, ob die grundsätzlich restriktive Anwendung der Ausnahmebestimmung mit Bezug auf die Parteientschädigung durch die Vorinstanz zulässig ist. Denn es ist erstellt, dass der Beschwerdeführer einen erhöhten Aufwand hatte, indem er zuerst einen Entscheid über sein Prüfungsergebnis erwirken musste und dabei aufgrund der Akteneinsicht ersichtlich wurde, dass die fragliche Prüfung entgegen der Vorgaben von WBO und WBP nicht protokolliert wurde. Das Vorliegen eines Verfahrensfehlers musste er sodann einspracheweise geltend machen. Zudem ist aktenkundig, dass die nach WBO zuständige Prüfungskommission ihre Zusammensetzung (der Vorinstanz) erst am 29. Mai 2013 mitteilte. Der Beschwerdeführer stellte am 30. April 2013 denn auch ein Wiedererwägungsgesuch an die Vorinstanz, um eine seiner Ansicht nach weitere Verzögerung zu verhindern, auf welches die Vorinstanz am 7. Juni 2013 sinngemäss nicht eintrat, weil die Prüfungskommission über das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Kandidaten entscheiden müsse. Schliesslich benötigte die Prüfungskommission rund zehn Monate für ihren Entscheid. Diesbezüglich ist sie von der Vorinstanz auch ermahnt worden (vgl. Schreiben der Vorinstanz an die Prüfungskommission vom 17. Januar 2014). Diese Umstände rechtfertigen die Zuspicherung einer, angesichts des Verfahrensausgangs vor Vorinstanz, gekürzten Parteientschädigung, die aus prozessökonomischen Gründen durch das Bundesverwaltungsgericht festgelegt wird. Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit aufgrund des geschätzten Aufwands nach Massgabe seines Obsiegens vor Vorinstanz (Wiederholung der mündlichen Prüfung vor der

EBOPRAS) auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der FMH als verfügenden Behörde auferlegt (vgl. E. 1.1.2).

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der vorinstanzliche Entscheid mit Bezug auf die Einräumung der Möglichkeit, die mündliche Prüfung EBOPRAS für den Facharzt Plastische, Rekonstruktive und Ästhetische Chirurgie kostenlos zu wiederholen, bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen. Sie erweist sich jedoch in Bezug auf die Verweigerung einer Parteientschädigung als begründet, weshalb sie diesbezüglich gutzuheissen ist.

5.

Entsprechend dem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer teilweise, jedoch in einem untergeordneten Punkt, weshalb ihm geringfügig reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 800.– aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden dem am 28. Mai 2015 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– entnommen. Der die Verfahrenskosten übersteigende Betrag von Fr. 200.– ist dem Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten. Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Als teilweise obsiegende Partei hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine gekürzte Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE), die aufgrund der vom Rechtsvertreter eingereichten Kostennote festgesetzt wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Der Rechtsvertreter weist einen Aufwand von insgesamt 27 Stunden und 10 Minuten bei einem Stundensatz von Fr. 350.– (exkl. MwSt. und 3 % Kleinspesenpauschale) aus. Der Aufwand für die Begründung der Beschwerde im Parteientschädigungspunkt und der entsprechenden kurzen Ausführungen in der Replik sind mit einer Stunde zu veranschlagen, weshalb die Parteientschädigung auf Fr. 400.– (gerundet) festgesetzt wird. Darin enthalten ist der Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE. Die Parteientschädigung wird der FMH in ihrer Funktion als verfügenden Behörde auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG, vgl. E. 1.1.2).

6.

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid vom 19. Februar 2015 wird in Bezug auf Dispositiv-Ziff. 1 bestätigt. Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids wird aufgehoben und die FMH verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– auszurichten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 200.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.

Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 400.– zulasten der FMH zugesprochen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Beschwerdebeilagen zurück);
- die Vorinstanz (Einschreiben; Vorakten zurück);
- die Prüfungskommission der Schweizerischen Gesellschaft für Plastische, Rekonstruktive und Ästhetische Chirurgie (SGPRÄC), [Adresse] (Einschreiben).

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Astrid Hirzel

Versand: 4. April 2017