4 Schule – Wissenschaft – Kultur
Ecole – Science – Culture
Scuola – Scienza – Cultura

10

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. K. gegen Bundesamt für Berufsbildung und Technologie und
Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer
B-6261/2008 vom 4. Februar 2010

Berufsbildung. Höhere Fachprüfung. Anfechtung von Prüfungsresultaten. Substantiierungspflicht und Akteneinsicht. Grenzfallregelung. Grundsatzurteil.

Art. 29 Abs. 2 BV. Art. 6 und Art. 13 EMRK.

1. **Kein Anspruch auf Einsicht in eine interne Musterlösung für die Prüfungskorrektur, die keine Vorgaben für die Bewertung enthält (E. 3.3).**
2. **Kein Anspruch auf Akteneinsicht aufgrund behördlicher Handlungen in anderen Verfahren (E. 3.4–3.5).**
3. **Substantiierungsanforderungen an die Rüge der Unangemessenheit von Prüfungsresultaten (E. 4.1).**
4. **Art. 6 EMRK schützt als zivilrechtliche Streitigkeit auch die erstmalige Berufsausübung, also auch Ansprüche gegen das Nichtbestehen von Prüfungen. Art. 6 und Art. 13 EMRK verlangen aber keine volle Überprüfung von Prüfungsresultaten in Beschwerdeverfahren (E. 4.2–4.4).**
5. **Zulässigkeit einer geknickten Notenskala (E. 5.2).**
6. **Abschaffung der subsidiären Grenzfallregelung in Prüfungsfällen (Änderung der Praxis der Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, E. 6.2.4).**

Formation professionnelle. Examen professionnel supérieur. Contestation de résultats d'examens. Obligation de motiver et consultation du dossier. Traitement des cas limites. Arrêt de principe.

Art. 29 al. 2 Cst. Art. 6 et art. 13 CEDH.

1. **Pas de droit de consulter un corrigé interne d'examen ne contenant pas de directives propres pour la notation (consid. 3.3).**
2. **Pas de droit à la consultation sur la base d'actes d'autorité dans d'autres procédures (consid. 3.4–3.5).**
3. **Exigences quant à la motivation du grief d'inopportunité des résultats d'examens (consid. 4.1).**
4. **La contestation relative au refus d'accès au premier exercice d'une profession, y compris à l'échec à des examens professionnels, constitue une contestation de caractère civil et entre dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH. Toutefois, l'art. 6 et l'art. 13 CEDH n'exigent pas un contrôle complet, dans la procédure de recours, des résultats d'examen (consid. 4.2–4.4).**
5. **Admissibilité d'une échelle de notation coudée (consid. 5.2).**
6. **Abolition de la pratique subsidiaire concernant le traitement de cas limites dans les affaires d'examens (modification de la pratique de la Commission de recours du Département fédéral de l'économie, consid. 6.2.4).**

Formazione professionale. Esame professionale superiore. Contestazione dei risultati d'esame. Obbligo di motivazione e consultazione degli atti. Regolamentazione dei casi limite. Sentenza di principio.

Art. 29 cpv. 2 Cost. Art. 6 e art. 13 CEDU.

1. **Non vi è alcun diritto alla consultazione di un modello interno di correzione d'esame, che non contiene direttive per la valutazione (consid. 3.3).**
2. **Non vi è alcun diritto alla consultazione degli atti sulla base di atti di autorità in altre procedure (consid. 3.4–3.5).**
3. **Esigenze relative alla motivazione della censura dell'inopportunità dei risultati d'esame (consid. 4.1).**
4. **L'art. 6 CEDU protegge, quale controversia di carattere civile, sia il primo esercizio di una professione che la contestazione del mancato superamento di un esame. Tuttavia l'art. 6 e l'art. 13**

CEDU non richiedono un controllo completo dei risultati d'esame nella procedura ricorsuale (consid. 4.2–4.4).

5. **Ammissibilità di una scala di valutazione ricurva (consid. 5.2).**
6. **Abolizione della regolamentazione sussidiaria dei casi limite in materia di esami (cambiamento della prassi della Commissione di ricorso del Dipartimento federale dell'economia, consid. 6.2.4).**

Die Beschwerdeführerin nahm 2006 an der Diplomprüfung für Wirtschaftsprüfer teil. Am 18. September 2006 teilte ihr die Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer (Prüfungskommission, Erstinstanz) mit, sie habe die Prüfung nicht bestanden. In der Folge gewährte die Prüfungskommission der Beschwerdeführerin Einsicht in die Aufgabenstellung, in ihre abgegebene Lösung, in das Punkteschema und die verwendete Notenskala, verweigerte aber die Einsicht in die Musterlösung, die der Korrektur der Prüfung zugrunde gelegen hatte.

Mit Beschwerde vom 23. Oktober 2006 verlangte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, die Zusprechung von zusätzlichen 50 Punkten und dementsprechend der Note 4. In Anwendung der sogenannten Grenzfallregelung sei ihre Note in der Prüfung « Fallstudie Professional Judgement » (nachfolgend: « Fallstudie ») aufzurunden. Es sei festzustellen, dass die Erstinstanz eine geknickte Notenskala verwendet habe und die Beschwerdeführerin bei Anwendung einer linearen Notenskala in der Prüfung « Fallstudie » auch ohne zusätzliche Punkte die Note 3,5 erreicht hätte. Zudem sei festzustellen, dass ihr Akteneinsichtsrecht verletzt worden sei. Die Erstinstanz sei anzuweisen, ihr eine Kopie der Musterlösung und des detaillierten Punkteschemas zuzustellen.

Das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (Vorinstanz) wies die Beschwerde am 28. August 2008 ab. Am 29. September 2008 focht die Beschwerdeführerin dieses Urteil beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) an, das die Beschwerde abweist.

Aus den Erwägungen:

3. Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid feststellt, hat die Beschwerdeführerin – unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Nachkorrektur – in der Fallstudie die Note 3 erzielt. Der gewichtete Notendurchschnitt beträgt 4,1, und es kommen 3 Notenpunkte unter 4 zur Anrechnung. Mit diesem Ergebnis hat die Beschwerdeführerin die Prüfung

gemäss Ziff. 7.11 der Prüfungsordnung nicht bestanden, da mehr als 1,5 Notenpunkte unter 4 zur Anrechnung kommen. Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihren Anträgen wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren einzig die Erhöhung der ungenügenden Note für die Fallstudie. Wie der Vernehmlassung der Erstinstanz an das BVGer vom 15. Dezember 2008 zu entnehmen ist, konnten der Beschwerdeführerin gestützt auf eine vierte Nachkorrektur durch einen weiteren Experten nochmals sechs zusätzliche Punkte erteilt werden, einschliesslich der drei zusätzlichen Punkte für die Aufgabe 2.1. Diese zusätzlichen Punkte ändern indessen nichts am Notenergebnis, da für 194,5 Punkte ebenfalls die Note 3 erteilt wird und die Differenz zur nächsthöheren halben Note 3,5 somit immer noch 10,5 Punkte beträgt. Dieses Prüfungsergebnis bildet den Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und ist im Folgenden anhand der Anträge und Rügen der Beschwerdeführerin zu überprüfen. Gestützt auf Art. 49 Bst. a–c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) kann die Beschwerdeführerin mit der Beschwerde an das BVGer die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids rügen.

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

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

3.3 Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid und die Erstinstanz in ihren Vernehmlassungen ausführen, handelt es sich bei der Musterlösung um eine verwaltungsinterne Entscheidgrundlage. Die Musterlösung dient den Experten als Korrekturhilfe und ermöglicht es ihnen,

bei der grossen Anzahl von mitwirkenden Korrektoren eine Gleichbehandlung der Kandidaten sicherzustellen. Die Musterlösung ist aber kein Bewertungsraster, welches den Experten genau vorgibt, wie viele Punkte für welche Antworten zu erteilen sind. Es handelt sich vielmehr um eine Lösungsskizze des Autors der Prüfungsaufgabe, welche den Experten eine erste Orientierung über die erwarteten Lösungen geben soll. Dieses Vorgehen ermöglicht den Experten damit eine raschere und genauere Meinungsbildung. Die Musterlösungen werden unter Umständen im Laufe der Korrekturen von den Experten anhand der während der Korrektur gewonnenen Erkenntnisse diskutiert und gegebenenfalls ergänzt, was erklärt, weshalb es unterschiedliche Fassungen davon geben kann. Wie die Erstinstanz darlegt, dient die fortlaufende Anpassung der Musterlösung dazu, alle Prüfungsarbeiten der Kandidaten im Vergleich zu den Lösungen der anderen Kandidaten gleich zu bewerten. Die Fallstudie wird laut Prüfungsordnung von mindestens zwei Experten korrigiert, im Fall der Beschwerdeführerin sind es mittlerweile vier. Gemäss Ziff. 4.51 der Prüfungsordnung und den Ausführungen der Erstinstanz in der Vernehmlassung fasst die Prüfungskommission den Entscheid über das Bestehen der Prüfung gestützt auf die Benotungen der Experten, mit denen sie bei Unklarheiten Rücksprache nimmt. Dies zeigt, dass der Musterlösung als blosser beziehungsweise erster Korrekturhilfe eine untergeordnete Bedeutung zukommt, da die Experten die Fallstudien gestützt auf ihren eigenen Eindruck korrigieren und sich danach bei Abweichungen auf eine Note einigen. Die Praxis der Erstinstanz, solche oft nur skizzenhafte Musterlösungen nicht herauszugeben, ist denn auch aus Überlegungen des Schutzes der persönlichen Meinungen der Prüfungsexperten verständlich und entspricht überdies den Weisungen der Vorinstanz zur Akteneinsicht. Lediglich ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Herausgabe der Musterlösung bestehen. So hat das BVGer entschieden, dass eine Edition der Musterlösung unter anderem dann verlangt werden kann, wenn in dieser gleichzeitig die Bewertung festgelegt ist und neben der Musterlösung kein selbständiger Bewertungsraster vorliegt (vgl. das in E. 3.2 zitierte Urteil des BVGer B-2207/2006 vom 23. März 2007 E. 3.4 und das Urteil des BVGer B-2208/2006 vom 25. Juli 2007 E. 3.3). Diese Umstände sind aber vorliegend nicht gegeben, weshalb kein Anlass besteht, auf die Praxis, dass Musterlösungen grundsätzlich nicht ediert werden, zurückzukommen.

3.4 Zur Begründung ihres Anspruchs auf Herausgabe der Musterlösung bringt die Beschwerdeführerin zusätzlich vor, die in einem anderen Beschwerdeverfahren eingesetzte Instruktionsrichterin habe die Prüfungskommission aufgefordert, die Musterlösung oder den Bewertungs-

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

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

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

4.1 Wie das BGer (vgl. BGE 131 I 467 E. 3.1, BGE 121 I 225 E. 4b), der BR (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.62 E. 3, VPB 56.16 E. 2.1) und die ehemaligen Rekurskommission des UVEK (vgl. VPB 66.62 E. 4, VPB 64.122 E. 2) auferlegt sich das BVGer bei der Überprüfung von Examensleistungen eine gewisse Zurückhaltung, indem es in Fragen, die durch gerichtliche Behörden naturgemäss schwer

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

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

le Rechtsverweigerung beginge (vgl. BVGE 2008/14 E. 3.3; AUBERT, a. a. O., S. 113, 138 ff.; JOHANNES F. FULDA, Rechtsschutz im Prüfungswesen der Bundeshochschulen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1983, S. 145 ff., 156).

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

4.2 Die Frage, ob Beschwerden gegen Prüfungsentscheide unter die Garantien des fairen Gerichtsverfahrens nach Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) fallen, hatten das BGer und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zunächst offen gelassen. In der Folge hielt das BGer in einem unveröffentlichten Entscheid vom 10. November 1995 in Sachen A.D. gegen Commission d'examens des avocats du canton de Genève fest, dass der Entscheid über die Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstelle. Es gebe daher gewisse Gründe, diese

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

4.2.1 Zweifel an der Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Bereich der Bewilligung einer erstmaligen Berufsausübung bestehen somit nicht mehr in Bezug auf die zivilrechtliche Natur des Anspruchs, sondern allenfalls in Bezug auf die Frage, ob tatsächlich eine Streitigkeit über ein Recht vorliegt. Keine Streitigkeit über ein Recht liegt etwa vor, wenn es um die Beurteilung der beruflichen Eignung im Rahmen einer Prüfung geht (vgl. BGE 131 I 467 E. 2.9; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, S. 330 Rz. 5 f.).

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

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

4.4 Die Beschwerdeführerin kann somit auch aus den Rechtsschutzgarantien der EMRK keine vollständige und umfassende Prüfungspflicht der Beschwerdeinstanz herleiten. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2; vgl. WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 184 ff.) Damit bleibt es dabei, dass das BVGer im Rahmen der Rügen die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids lediglich mit Zurückhaltung, die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften und Verfahrensmängel im Prüfungsablauf hingegen mit uneingeschränkter Kognition überprüft.

5. Die Beschwerdeführerin listet die bereits vorgebrachten Rügen im vorliegenden Beschwerdeverfahren erneut auf, ohne sich mit den Er-

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

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

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Bewertung ihrer Fallstudie weiter vor, sie hätte die Prüfung bestanden, wenn eine lineare Notenskala angewendet worden wäre. Dazu hält die Prüfungskommission fest, das Prüfungsreglement gehe davon aus, dass für das Bestehen der Prüfung eine genügende Leistung, das heisst eine Note 4 oder höher, erwartet werde. Die verwendete Notenskala sehe deshalb unter der Note 4 Schritte von jeweils 20 Punkten pro halbe Note und über der Note 4 Schritte von jeweils 15 Punkten pro halbe Note vor. Diese Skala sei von der Prüfungskommission in der Absicht gewählt worden, einerseits den sehr guten Kandidaten – die mehr als eine genügende Leistung vorweisen – leichter das Erreichen der Note 6 zu ermöglichen, und andererseits den nur knapp ungenügenden Kandidaten mit nur einigen Punkten unter dem Durchschnitt von 205 Punkten die Chance zu geben, in der Fallstudie noch die Note 3,5 zu erreichen und damit trotz 1,5 Notenpunkten unter der Note 4 bei genügenden Leistungen in den anderen beiden Fächern die Prüfung zu bestehen (vgl. Ziff. 7.11 Prüfungsordnung ...). Daraus könne aber keine Willkür abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin habe weniger als die für die Note 4 erforderlichen 225 Punkte erzielt, weshalb ihr eine lineare Skala mit 20 Punkten über der Note 4 keinen Vorteil gebracht hätte. Demgegenüber hätte ihr eine Notenskala mit einer höheren erforderlichen Punktzahl für die genügende Note 4 und dafür nur 15 erforderlichen Punkten pro halbe Note unter der Note 4 anstatt der Note 3 die Note 2,5 eingetragen. Die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Berechnungen mit einer linearen Skala mit 285 Punkten für die Note 6 seien abstrus und nicht weiter zu kommentieren.

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

5.3 Ebenso wie die Prüfungsexperten hat auch die Prüfungskommission ihren Entscheid gestützt auf die Prüfungsordnung und das Prüfungsergebnis korrekt getroffen. Wie bereits von der Vorinstanz festgestellt, vermögen an dieser Würdigung auch die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Parteigutachten nichts zu ändern. Auf die von ihr beauftragten Experten kann schon deshalb nicht abgestellt werden, weil

diese selber als Kandidaten an der Prüfungssession 2006 teilgenommen haben und ihnen im Gegensatz zu den von der Prüfungskommission eingesetzten Experten die notwendige Korrekturerfahrung sowie – als ehemaliger Arbeitskollege beziehungsweise Kommilitone der Beschwerdeführerin – die erforderliche Unabhängigkeit fehlen.

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

6.1 Gemäss der Vernehmlassung der Prüfungskommission vom 15. Dezember 2008 fehlen der Beschwerdeführerin 10,5 Punkte für das Erreichen der Note 3,5 in der Fallstudie. Bereits aufgrund dieses Ergebnisses kann die Situation der Beschwerdeführerin nicht als Grenzfall im Sinne der Praxis der Prüfungskommission angesehen werden, da ein solcher lediglich bei Fehlen von maximal fünf Punkten in Betracht kommt und somit – wie von der Prüfungskommission in ihrer Vernehmlassung festgehalten – im vorliegenden Fall klar abzulehnen ist.

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

6.2.1 In ihrem Entscheid vom 9. März 1994 (vgl. VPB 59.77) hat die frühere REKO/EVD die Beschwerde gegen eine zum dritten Mal nicht bestandene eidgenössische Berufsprüfung für Buchhalter gutgeheissen. Angesichts der im Beschwerdeverfahren aufgrund einer Notenanhebung sowie eines falsch ermittelten Punkteresultats veränderten Situation wies sie die Prüfungskommission an, entsprechend dem Prüfungsreglement erneut zusammenzutreten, die Examinatoren anzuhören und einen neuen Entscheid zu fällen. Die REKO/EVD stützte ihren Entscheid insbesondere darauf, dass die Prüfungskommission während des Instruktionsverfahrens die Note für das Fach Rechnungswesen schriftlich von 3,5 auf 4 angehoben hatte und der Fachvorstand des Fachs Steuern in der schriftlichen Vernehmlassung zur Beschwerde zusätzlich ausgeführt hatte, aufgrund eines Additionsfehlers habe der Beschwerdeführer zu wenig Punkte erhalten. Die korrigierte Gesamtpunktzahl reiche zwar nicht für die Note 4, doch er würde sich nicht dagegen wehren, wenn die Prüfungskommission von sich aus die Note auf 4,0 anheben würde, sofern

dies dem Kandidaten zum erfolgreichen Bestehen der Prüfung verhelfen würde. Aus dieser neuen und besonderen Situation schloss die REKO/EVD, dass es sich dabei um einen Grenzfall handle und die Prüfungskommission deshalb aufgrund der veränderten Verhältnisse gemäss den Bestimmungen des Prüfungsreglements verpflichtet gewesen wäre, noch einmal zusammenzutreten und aufgrund des neuen Sachverhalts neu zu entscheiden. Die REKO/EVD hielt in ihren Entscheiderwägungen ebenfalls fest, dass die Prüfungskommission aufgrund eines solchen Grenzfalls mit besonderer Sorgfalt über das Gesamtergebnis hätte entscheiden müssen. Aufgrund dieser besonderen Fallkonstellation stellte sie bei der Prüfungskommission eine rechtsverletzende Ermessensausübung fest, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Erstinstanz zurück. Aus der Entscheidbegründung geht zudem hervor, dass die Beschwerdeinstanz der Prüfungskommission deren Ermessensspielraum und dessen korrekte Ausübung aufzeigte, dieses Ermessen aber nicht anstelle der Erstinstanz ausübte. Aus diesem Entscheid kann die Beschwerdeführerin somit nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Prüfungskommission im vorliegend zu beurteilenden Fall ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat.

6.2.2 In der Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung hat die REKO/EVD eine subsidiäre Grenzfallpraxis entwickelt, welche in den Fällen zur Anwendung kam, in denen die Prüfungskommission keine eigene Grenzfallregelung kannte. Die REKO/EVD hat diese Praxis dann angewandt, wenn ein knappes Ergebnis vorlag und im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens zusätzliche Punkte erteilt worden waren (vgl. u. a. unveröffentlichter Entscheid der REKO/EVD JC/2003-1 vom 27. Oktober 2004 E. 7.2). Als knapp galt ein Ergebnis, wenn der Kandidat oder die Kandidatin die Prüfung mit der Aufrundung um höchstens eine halbe Fach- oder Positionsnote bestanden hätte. Die anzuhebende Note sollte dabei in der Regel, soweit ihr eine Punkteskala zugrunde lag, nahe an der Grenze zum nächsthöheren Notenwert liegen (vgl. unveröffentlichter Entscheid der REKO/EVD 00/HB-003 vom 10. April 2000 E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen). Dabei hatte die REKO/EVD in ihrer Praxis das Fehlen von 0,0625, 0,09 beziehungsweise 0,15 Noteneinheiten zum Erreichen der mathematischen Rundungsgrenze für die nächsthöhere Note als Grenzfall angenommen (vgl. Entscheid der REKO/EVD HB/2004-6 vom 22. März 2005 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

6.2.3 Mit dieser Weiterentwicklung der Rechtsprechung ist die REKO/EVD zunehmend vom ursprünglichen Entscheid (vgl. E. 6.1), welcher die Rückweisung der Angelegenheit an die Prüfungskommission und eine Neubeurteilung durch diese vorsah, abgewichen. Diese Recht-

sprechung zu sogenannten Grenzfällen könnte bei den betroffenen Prüfungskandidaten eine Rechtsunsicherheit bewirken, weil für diese unklar ist, welche knappen Prüfungsleistungen von den Beschwerdeinstanzen – bei Fehlen einer eigenen Regelung der Prüfungskommission – als Grenzfälle angesehen werden und ob sie dadurch allenfalls die Prüfung bestehen würden.

6.2.4 Aufgrund der aufgezeigten notwendigen Zurückhaltung, die sich die Beschwerdeinstanz bei der Überprüfung von Prüfungsergebnissen aufzuerlegen hat, kann an dieser, mit dem in E. 6.1 dargelegten ersten Entscheid nicht in Einklang stehenden, späteren Praxis der REKO/EVD nicht festgehalten werden. Die Verantwortung der Prüfungskommission gemäss Prüfungsordnung, nämlich sicherzustellen, dass nur fähige und in der Prüfung erfolgreiche Kandidatinnen und Kandidaten den Titel eines diplomierten Wirtschaftsprüfers beziehungsweise einer diplomierten Wirtschaftsprüferin erlangen, kann die Beschwerdeinstanz nicht anstelle der Erstinstanz übernehmen, da sie im Gegensatz zur Prüfungskommission nicht über die für eine faire Leistungsbeurteilung notwendigen Sach- und Fachkenntnisse verfügt. Sie kann auch keine Niveaukontrolle ausüben, da sie die ungenügenden Leistungen der Beschwerdeführer nicht mit den Leistungen derjenigen Kandidatinnen und Kandidaten vergleichen kann, die die Prüfungen mit einem guten oder gar sehr guten Ergebnis bestanden haben. Erst dieser Überblick über das ganze Leistungsspektrum ermöglicht es der Prüfungskommission, ihr Ermessen sachgerecht auszuüben und auch in Zweifels- beziehungsweise Grenzfällen zu einem dem Fall angemessenen und überzeugenden Ergebnis über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung zu kommen.

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

Damit ist die Beschwerde abzuweisen.