

# **BVGer A-100/2011 vom 24. Mai 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-100\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-100_2011)

FR: TAF A-100/2011 du 24 mai 2011

IT: TAF A-100/2011 del 24 maggio 2011

## **Regeste**

Eidgenössische Technische Hochschule (Ohne Personal)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wobei als Verfügungen auch Beschwerdeentscheide gelten (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Die ETH-Beschwerdekommision als Vorinstanz gehört zu den eidgenössischen Kommissionen nach Art. 33 Bst. f VGG (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 14 Rz. 1.34 Fussnote 87); Anfechtungsobjekt ist ihr Urteil vom 14. Dezember 2010. Eine Ausnahme betreffend das Sachgebiet gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Urteils vom 14. Dezember 2010 durch dieses formell beschwert. Ebenso hat er insofern ein materielles Interesse an dessen Änderung, da er, soweit das Gericht zum Schluss käme, seine bereits eingereichte Semesterleistung sei neu zu bewerten, diese bei einer genügenden Beurteilung nicht wiederholen müsste. Der Beschwerdeführer ist somit zur Beschwerde berechtigt. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung respektive das angefochtene Urteil auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG). Hinsichtlich der Bewertung von Prüfungsleistungen

auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht ebenso wie das Bundesgericht, der Bundesrat sowie bereits die früheren Rekurs- und Schiedskommissionen des Bundes bei der Bewertung von Prüfungsleistungen eine gewisse Zurückhaltung und weicht bei Fragen, die seitens der Verwaltungsjustizbehörden schwer zu überprüfen sind, nicht ohne Not von der Beurteilung der erstinstanzlichen Prüfungsorgane und Examinatoren ab (vgl. BVGE 2008/14 E. 3.1; BVGE 2007/6 E. 3; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 75 f. Rz. 2.158 ). Für den ETH-Bereich ist ausserdem zu beachten, dass die Rüge der Unangemessenheit bei der Überprüfung der Ergebnisse von Prüfungen und Promotionen spezialgesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH-Gesetz, SR 414.110]). Hingegen hat die Rechtsmittelbehörde bei Rügen über Verfahrensmängel im Prüfungsablauf oder über die Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen die erhobenen Einwendungen mit umfassender Kognition zu prüfen, wobei all jene Einwände auf Verfahrensfragen Bezug nehmen, die den äusseren Ablauf der Prüfung oder das Vorgehen bei der Bewertung betreffen (BGE 106 Ia 1 E. 3c; BVGE 2008/14 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Nachfolgend stellen sich sowohl Fragen bezüglich des Bewertungsverfahrens wie auch der inhaltlichen Überprüfung. Bevor darauf eingegangen werden kann, ist jedoch von Amtes wegen und ohne Bindung an die Parteibegehren zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf die bei ihr eingereichte Beschwerde gegen die Verfügung der ETH Zürich vom 28. Juli 2010 eingetreten ist.

### **E. 3**

Vorliegend geht es um die Überprüfung einer einzelnen Fachnote, nämlich einer Semesterleistung der Kategorie Entwurf gemäss Art. 29 Abs. 4 des Studienreglements 2007 für den Master Studiengang Architektur vom 7. Mai 2007 (RSETHZ 324.1.0100.10 in der Ausgabe 31.08.2010-2; nachfolgend: Studienreglement).

#### **E. 3.1**

Die Praxis ist bezüglich der selbständigen Überprüfung von Einzelnoten zurückhaltend: Das Bundesgericht geht davon aus, dass im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde einzelne Noten einer Gesamtprüfung nur ausnahmsweise anfechtbar sind, nämlich dann, wenn ein Rechtsschutzinteresse besteht, weil mit dem Nichtbestehen eine Folge wie z. B. der Ausschluss von der Weiterbildung oder die Erreichung eines aus dem Notendurchschnitt abgeleiteten Prädikats zusammenhängt (BGE 136 I 229 E. 2.6). Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass einzelne Noten ein selbständiges Anfechtungsobjekt bilden können, wenn an deren Höhe eine bestimmte Rechtsfolge geknüpft ist, wie beispielsweise wenn sich die Note später als Erfahrungsnote in weiteren Prüfungen auswirkt oder damit die Möglichkeit verbunden ist, weitere Kurse besuchen zu können; an der Rechtsprechung der Rekurskommission EVD, welche die Anfechtbarkeit einzelner Fachnoten unter dem Aspekt der Prüfungswiederholung abgelehnt habe, sei nicht festzuhalten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2214/2006 vom 16. August 2007 E. 4.2-4.3 mit Hinweisen). Weiter entschied das Bundesverwaltungsgericht - allerdings im Zusammenhang mit der Legitimation eines Beschwerdeführers, und nicht mit der Prüfung des Anfechtungsobjekts -, dass kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung einer Einzelnote bestehe, wenn damit nicht einmal ein tatsächliches Interesse, sondern nur die "reine Hoffnung" verbunden sei, durch eine höhere Benotung dieser Prüfung in den anderen zu wiederholenden Prüfungen eine weniger hohe Note erreichen zu müssen um insgesamt zu bestehen; die Höhe der Noten müsse an Rechtsfolgen geknüpft

sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4878/2008 vom 10. September 2008 E. 2.3). In einem weiteren Entscheid, in dem es darum ging, ob die Höhe einer einzelnen Note angefochten werden kann, wenn deren Erhöhung dazu führt, dass die Prüfung in diesem Fach nicht wiederholt werden muss, entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass Fachnoten als eigene Verfügungen anzusehen und daher selbständig anfechtbar sind, wenn sie sich konkret auf den Umfang der zu wiederholenden Prüfung auswirken (BVGE 2009/10 E. 6.2.5).

### **E. 3.2**

Die Anfechtbarkeit von Einzelnoten kann somit sowohl bezüglich des Anfechtungsobjekts wie auch bezüglich des Rechtsschutzinteresses problematisch sein (vgl. Daniel Widrig, Studieren geht über Prozessieren, Rechtsschutz von Studierenden bei Prüfungen, Jusletter vom 2. Mai 2011, Rz. 27). Nachfolgend überprüft das Bundesverwaltungsgericht deshalb, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde eingetreten ist, indem sie davon ausging, dass es sich bei der angefochtenen (formellen) Verfügung auch materiell um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG und somit um ein zulässiges Anfechtungsobjekt gehandelt hat. Hier nicht von Bedeutung ist die Frage, ob ein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung besteht, da für die Anfechtung vor der Vorinstanz und vor dem Bundesverwaltungsgericht - anders als bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde vor Bundesgericht - ein tatsächliches Interesse genügt (Art. 48 VwVG). Im Unterschied zur vorne angeführten Praxis geht es vorliegend nicht um eine Gesamtbewertung, in welche die Semesterleistung einfließt. Vielmehr geht es um eine nicht durch andere Leistungen kompensierbare Einzelnote, welche die Nichtgutschreibung von Kreditpunkten zur Folge hat. Die umschriebene Praxis ist aber insoweit massgeblich, als die Anfechtbarkeit einer Einzelnote davon abhängt, ob sie mit einer Rechtswirkung verbunden ist, da andernfalls keine Verfügung im materiellen Sinn vorliegt.

### **E. 3.3**

Von einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG ist auszugehen, wenn alle materiellen Elemente des Verfügungsbegriffs vorliegen. Ungeachtet ihrer Form ist eine Verfügung gegeben im Falle eines individuellen, an den Einzelnen gerichteten Hoheitsakts, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Beziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 135 II 380 E. 4.3; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.12 ff.; Felix Uhlmann, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 5 Rz. 17 ff.).

### **E. 3.4**

Das Schreiben der ETH Zürich vom 28. Juli 2010 enthält namentlich folgende Angaben: Datum; den Titel "Verfügung"; die Studiendaten des Beschwerdeführers; die Nennung der Semesterleistung; die ungenügende Note; die Information, dass null Kreditpunkte eingeräumt werden und eine Rechtsmittelbelehrung. Es enthält abgesehen von der ungenügenden Note keine Begründung und auch kein Dispositiv, aus dem die Rechtsfolgen hervorgehen, also z. B., dass eine weitere Lehrveranstaltung belegt und die verlangte Semesterleistung mit einer Note von mindestens 4 bewertet werden muss, um das Studium abschliessen zu können.

#### **E. 3.4.1**

Vorliegend näher zu prüfen ist, ob das Schreiben Rechtswirkungen entfaltet; die übrigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer (materiellen) Verfügung sind ohne weiteres erfüllt. Das Schreiben selbst nennt, wie erwähnt, keine Rechtswirkungen, jedoch ergeben sich diese aus den Rechtsgrundlagen. Art. 4 Abs. 1 der Allgemeinen Verordnung über Leistungskontrollen an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (AVL ETHZ, SR 414.135.1) bestimmt, dass Kreditpunkte nur für genügende Leistungen erteilt werden. Gemäss Art. 10 Abs. 1 und Abs. 6 AVL ETHZ kann eine nicht bestandene Leistungskontrolle einmal wiederholt werden, wenn das Nichtbestehen verfügt worden ist. Weiter sieht Art. 23 Abs. 3 AVL ETHZ vor, dass im Studienreglement für den Beginn der Masterarbeit Bedingungen vorgesehen werden können. Das ist für den hier interessierenden Studiengang geschehen: Art. 34 Bst. c des Studienreglements setzt voraus, dass für die Zulassung zur Masterarbeit bis auf die Wahlfacharbeiten und die Master-Arbeit alle erforderlichen Leistungen für den Erwerb des Master-Diploms gemäss Art. 42 Studienreglement erbracht worden sein müssen. Die hier diskutierte Semesterleistung gehört gemäss Art. 42 Abs. 2 Bst. a Studienreglement zu den Fächern, die vor Beginn der Masterarbeit bereits absolviert sein müssen. Schliesslich regelt Art. 27 AVL ETHZ den Rechtsschutz: Er bestimmt, dass Verfügungen u.a. eines Verantwortlichen für den Studiengang beim ETH-Rat - aus Art. 37 Abs. 3 und Art. 37a ETH-Gesetz ergibt sich, dass seit dem 1. Januar 2004 die ETH-Beschwerdekommision gemeint sein muss - angefochten werden können.

#### **E. 3.4.2**

In Verbindung mit den entsprechenden Rechtsgrundlagen stellt das Schreiben fest, dass die Semesterleistung ungenügend war und der Beschwerdeführer deshalb keine Kreditpunkte erhält; die Kreditpunkte wären aber erforderlich, um die Masterarbeit beginnen und schliesslich das Studium abschliessen zu können. Die nicht bestandene Semesterleistung stellt somit keinen blossen Schönheitsfehler in einer Gesamtbewertung dar, sondern hat Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers, da ihm der Zugang zum Abschluss ohne die Kreditpunkte verwehrt wird. Wenn die Vorinstanz die Beschwerde vollumfänglich gutgeheissen hätte, so hätte dies zu einer klaren Verbesserung der Rechtsposition des Beschwerdeführers geführt, weil er in diesem Fall nicht erneut eine Semesterleistung "Entwurf" erbringen müsste, sondern diese Voraussetzung für den Abschluss bereits erfüllt hätte. Es besteht daher ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung dieser Einzelnote.

#### **E. 3.4.3**

Festgehalten werden kann somit, dass das Schreiben der ETH Zürich vom 28. Juli 2010 Rechtswirkung entfaltet, weshalb auch materiell eine Verfügung vorliegt. Die Vorinstanz ist folglich zu Recht auf die bei ihr erhobene Beschwerde eingetreten.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hob die ungenügende Bewertung der Semesterleistung auf, da das Bewertungsverfahren nicht den Anforderungen an eine rechtsgleiche, widerspruchsfreie und vertrauenswürdige Beurteilung genüge (vgl. Sachverhalt/C). Die Aufhebung erfolgte zu Gunsten des Beschwerdeführers, entspricht seiner Kritik am Bewertungsverfahren und wird auch von der Beschwerdegegnerin akzeptiert. Es ist unbestritten, dass die Inhalte der Besprechungen nicht schriftlich festgehalten wurden und sich deshalb nicht rekonstruieren lassen (vgl. Sachverhalt/E). Insoweit hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem

vorinstanzlichen Entscheid auch nicht weiter auseinanderzusetzen.

#### **E. 4.2**

Zu prüfen ist dagegen, ob zusätzlich zur Aufhebung der ungenügenden Note die vorliegende Semesterleistung neu bewertet werden müsste.

##### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG, welcher auch im Verfahren vor der ETH-Beschwerdekommision anwendbar war, entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Gemäss Art. 62 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zugunsten einer Partei ändern. Es liegt nahe, aus diesen Normen ableiten zu wollen, dass die ETH-Beschwerdekommision (oder gar das Bundesverwaltungsgericht) anstelle der aufgehobenen Note selbst eine Note festsetzen sollte. Jedoch können diese beiden Normen nicht isoliert betrachtet werden, sondern es ist die eingeschränkte Kognition bezüglich der inhaltlichen Überprüfung von Bewertungen, welche oben in Erwägung 2 dargelegt wurde, zu berücksichtigen. Somit dürfen weder die Vorinstanz noch das Bundesverwaltungsgericht den Inhalt einer Prüfungsbewertung, respektive wie vorliegend die inhaltliche Bewertung einer Semesterleistung, frei prüfen. Es würde nicht dieser Ausgangslage entsprechen, wenn die Vorinstanz oder das Bundesverwaltungsgericht trotz der eingeschränkten Kognition eine Neubewertung durchführen würden, verfügt doch eine Rechtsmittelbehörde nicht über das Fachwissen, welches dafür erforderlich wäre. Allgemein lässt sich denn auch festhalten, dass ein Verfahrensfehler grundsätzlich nur zur Annullierung des angefochtenen Leistungsnachweises und nicht dazu führt, dass eine Note angehoben wird (vgl. Widrig, a.a.O., Rz. 34 und 37). Ausnahmen gibt es in Fällen, in welchen sich das neue Resultat so eindeutig aus der Vernehmlassung ergibt, dass sich eine Bewertung durch die Rechtsmittelbehörde aufdrängt (vgl. BVGE 2010/21 E. 8). Im vorliegenden Fall ist die Situation aber nicht eindeutig: Zum einen ist nicht belegt, was an den Zwischenkritiken und in der Schlussbesprechung ausgeführt wurde. Es ist durchaus möglich, dass der Beschwerdeführer keinen Hinweis darauf erhielt, dass seine Arbeit ungenügend sein könnte und dieser Umstand kausal war für die ungenügende Schlussnote. Es könnte auch sein, dass die Berücksichtigung der Leistung des Beschwerdeführers während der Erarbeitung der Semesterleistung zu einer besseren Bewertung führen würde. Zum andern zeigt die Vernehmlassung des Examinators eine detaillierte und nachvollziehbare Bewertung der eingereichten Semesterleistung, also des fertigen Projekts, deren Argumentation nachvollziehbar und einleuchtend ist. Aufgrund der fehlenden Dokumentation der gesamten Semesterleistung kann aber nicht mehr ermittelt werden, ob und wie sich die Leistungen des Beschwerdeführers während des Semesters auf die Schlussnote auswirken würden. Eine Ausnahme von der Praxis ist aufgrund dieser Unklarheiten nicht gerechtfertigt. Die Vorinstanz durfte somit nur prüfen, ob die inhaltliche Bewertung der Semesterleistung nach pflichtgemässen Ermessen erfolgte, nicht aber darüber hinausgehen und selbst eine neue Note festsetzen. Dies gilt umso mehr für das Bundesverwaltungsgericht als zweite Beschwerdeinstanz.

##### **E. 4.2.2**

Es bleibt zu prüfen, ob eine Rückweisung zur Neubewertung durch den Examinator gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG verfügt werden müsste. Vom Fachwissen her wäre der Examinator

zwar in der Lage, die Semesterleistung erneut zu beurteilen. Jedoch liegt es auf der Hand, dass der Examinator seine Ansicht zur Bewertung der Semesterleistung, welche er in der vorinstanzlichen Vernehmlassung eingehend und nachvollziehbar darlegte, kaum ändern dürfte. Auch wäre es nicht möglich, die während der Erarbeitung erbrachten Leistungen gebührend zu berücksichtigen, da diese nicht dokumentiert sind. Eine nochmalige Überprüfung unter Berücksichtigung der Leistungen während des Semesters ist deshalb faktisch nicht möglich, weshalb eine Rückweisung zur Neubeurteilung ins Leere laufen würde. Eine solche Neubeurteilung wurde somit von der Vorinstanz zu Recht nicht verfügt, sondern dem Beschwerdeführer stattdessen die Möglichkeit gegeben, die Semesterleistung zu wiederholen. Die Vorinstanz räumt ihm mit dieser Wiederholungsmöglichkeit zwar etwas ein, was vom Studienreglement in Art. 29 Abs. 4 ausgeschlossen wird. Jedoch stellt eine Wiederholung vorliegend insofern die einzige Möglichkeit dar, als Verfahrensmängel festgestellt wurden und eine Neubewertung nicht in Frage kommt.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

#### **E. 6**

Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

#### **E. 7**

Die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Urteile betreffend die Ergebnisse von Prüfungen und Fähigkeitsbewertungen ist ausgeschlossen (Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Der vorliegende Entscheid ist damit endgültig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.