



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Rekurskommission, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern

Rekurskommission

Auszug aus dem Entscheid der Rekurskommission der Universität Bern vom 22. September 2021 i.S. X. gegen RW Fakultät (B 12/20)

Die Rekurskommission kann gemäss Art. 76 Abs. 4 UniG bei Beschwerden gegen Ergebnisse von Prüfungen die Angemessenheit nicht überprüfen. Die Kognition der Rekurskommission beschränkt sich somit auf die Überprüfung der Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz sowie auf die Frage, ob eine andere Rechtsverletzung vorliegt (E. 5).

Bei Prüfungsergebnissen kommt daher in verfahrensrechtlicher Hinsicht dem Grad eines allfälligen Ermessensfehlers entscheidende Bedeutung zu: Ein qualifizierter Ermessensfehler kann als rechtsfehlerhafte Ermessensausübung (Art. 66 Bst. b VRPG) gerügt und von der Rekurskommission geprüft werden, während ein einfacher Ermessensfehler als Unangemessenheit (Art. 66 Bst. c Ziff. 2 VRPG) nicht gerügt werden kann und somit der Kognition der Rekurskommission entzogen ist (E. 5.1.1).

Dabei gilt es zu beachten, dass ein bestimmter Sachverhalt nur in dem Umfang beurteilt wird, in dem die Parteien dies in ihren Begehren verlangen ("Rügeprinzip"). Im Verfahren vor der Rekurskommission muss die beschwerdeführende Partei demnach in rechtsgenügender Art und Weise aufzeigen, welche Vorschriften aus welchen Gründen von der Vorinstanz verletzt worden seien. Mit anderen Worten, die beschwerdeführende Partei muss zumindest sinngemäss geltend machen und begründen, die Vorinstanz habe bei der Ausübung ihres Ermessens nicht bloss unangemessen gehandelt, sondern eine Rechtsverletzung begangen (E. 5.1.2).

Aus den Erwägungen:

[...]

5.

Gemäss Art. 66 Bst. a und b VRPG können mit Beschwerde die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie andere Rechtsverletzungen einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens gerügt werden. Unangemessenheit kann gemäss Art. 66 Bst. c Ziff. 2 VRPG nur gerügt werden, wenn die Gesetzgebung nichts anderes vorsieht. Gemäss Art. 76 Abs. 4 UniG ist bei Beschwerden gegen Ergebnisse von Prüfungen die Rüge der Unangemessenheit unzulässig.

5.1

Die Beschwerdeführerin rügt in erster Linie die Bewertung und damit das Ergebnis der Prüfungen sowie die Ausgestaltung der Prüfung Privatrecht II+III. Dabei beschränkt sich die Kognition der Rekurskommission auf die Überprüfung der Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz sowie auf die Frage, ob eine andere Rechtsverletzung vorliegt. Nicht überprüft werden kann die Angemessenheit der angefochtenen Note (Art. 66 Bst. c Ziff. 2 VRPG i.V.m. Art. 76 Abs. 4 UniG).

5.1.1

Gemäss Art. 76 Abs. 4 UniG e contrario und nach langjähriger Rechtsprechung der Rekurskommission kommt den zuständigen Dozentinnen und Dozenten bei der Gestaltung, Durchführung und Bewertung von Prüfungen ein weiter Ermessensspielraum zu. Damit steht nicht nur die Ausgestaltung und Durchführung einer Leistungskontrolle im Ermessen der Prüfungsleitung, sondern auch die Bewertung einer Examenleistung, d.h. sowohl die Gewichtung der einzelnen Examensteile als auch die Bewertung der einzelnen Antworten. Dies ist in jeder Hinsicht sachgerecht, kommt der Prüfungsleitung doch eine spezifische und umfangreiche Sachkenntnis für den zu regelnden Bereich zu. Die verantwortlichen Examinatoren und Examinatorinnen verfügen über besonderes Wissen in ihrer Materie und sind deshalb zur Abnahme von Prüfungen in ihren Fachgebieten besonders geeignet (so etwa die Entscheide der Rekurskommission B 35/06 E. 2.b, B 48/06 E. 2.d, B 05/08 2.d-h, B 19/09 E. 1.6.4, B 22/10 E. 5.1; teilweise publiziert auf www.rekom.unibe.ch).

Ermessensausübung bedeutet aber nicht, dass die Prüfungsleitung beliebig entscheiden darf. Sie hat das ihr eingeräumte Ermessen vielmehr pflichtgemäss auszuüben (hierzu und im Weiteren Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 26 N. 11 ff.). Dies heisst, dass sie sich einerseits an den vorgegebenen rechtlichen Rahmen und die allgemeinen rechtlichen Prinzipien zu halten hat. Andererseits muss sie ihr Ermessen sachangepasst, d.h. den Verhältnissen des Einzelfalles entsprechend, ausüben. Kommt sie diesen Anforderungen nicht nach, so begeht sie einen Ermessensfehler. Ihr Entscheid erweist sich dann entweder als rechtsfehlerhaft (sog. qualifizierter Ermessensfehler) oder als unangemessen (sog. einfacher

Ermessensfehler). In verfahrensrechtlicher Hinsicht kommt bei Prüfungsergebnissen dem Grad eines allfälligen Ermessensfehlers wie erwähnt entscheidende Bedeutung zu: Die rechtsfehlerhafte Ermessenausübung gemäss Art. 66 Bst. b VRPG kann als Rechtsverletzung gerügt und von der Rekurskommission geprüft werden, während die Unangemessenheit gemäss Art. 66 Bst. c Ziff. 2 VRPG nicht gerügt werden kann und somit der Kognition der Rekurskommission entzogen ist (Art. 76 Abs. 4 UniG).

Unangemessenheit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine Behörde ihr Ermessen zwar nicht einzelfallgerecht und damit unzweckmässig ausübt, aber innerhalb des rechtlich eingeräumten Ermessensspielraums bleibt. Unangemessenheit bezeichnet mit anderen Worten eine inopportune Wahl einer rechtlich nach wie vor zulässigen Rechtsfolge. Unangemessenes behördliches Handeln ist somit wohl fehlerhaft (weil nicht optimal), aber *nicht rechtswidrig* (weil keine Rechtsnorm verletzend). Verkennt hingegen eine Behörde das Vorliegen oder die Bedeutung eines Ermessensspielraums, so begeht sie einen *Rechtsfehler*. Ein solcher kann erstens bei der sog. *Ermessensüberschreitung* darin bestehen, dass die Behörde entweder Ermessen beansprucht, wo ihr rechtlich gar keines zukommt, oder den vorgegebenen Ermessensrahmen überschreitet. Diese Konstellation ist bei der Bewertung von Prüfungsergebnissen praktisch ausgeschlossen, räumt doch wie erwähnt Art. 76 Abs. 4 UniG e contrario den Examinatoren bei der Bewertung von Prüfungsergebnissen einen weiten Ermessensspielraum ein. Zweitens liegt bei einer sog. *Ermessensunterschreitung* eine Rechtsverletzung in der Ermessenausübung vor, wenn eine Behörde den ihr eingeräumten Ermessensspielraum nicht ausschöpft, obwohl sie rechtlich dazu verpflichtet wäre. Ein in dieser Hinsicht qualifizierter Ermessensfehler könnte etwa darin bestehen, dass die Examinatoren auf die Vergabe eines bestimmten Prädikats (z.B. die Bestnote) von allem Anfang an grundsätzlich verzichten. Schliesslich liegt beim sog. *Ermessensmissbrauch* eine Rechtsverletzung vor, wenn sich die Behörde bei der (formell zwar rechtskonformen) Ermessenausübung von willkürlichen, widersprüchlichen oder sachfremden Kriterien leiten liess. Eine solche Rechtsverletzung bestünde etwa darin, dass die Punkte einer Leistungskontrolle den Kandidatinnen und Kandidaten nach subjektiven Kriterien, d.h. willkürlich vergeben werden (zum Ganzen vgl. etwa BGE 129 I 139 E. 4.1.1 S. 145; Entscheide der Rekurskommission B 35/06 E. 2.c f. und B 22/10 E. 5.1; teilweise publiziert auf www.rekom.unibe.ch).

Zusammenfassend kommt den Examinatoren bei der Gestaltung, Durchführung und Bewertung der strittigen Prüfungen ein grosser Ermessensspielraum zu. In diesen Beurteilungsspielraum der Experten darf die Rekurskommission einzig bei einer Ermessensunterschreitung oder einem Ermessensmissbrauch eingreifen.

5.1.2

Dabei gilt es zu beachten, dass ein bestimmter Sachverhalt nur in dem Umfang beurteilt wird, in dem die Parteien dies in ihren Begehren verlangen ("Rügeprinzip") (R. Herzog, Art. 66 VRPG N. 2, a.a.O.; M. Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2021, 3. Aufl., S. 166; im Weiteren exemplarisch die Entscheide der Rekurskommission B 18/05 E. 1e in fine, B 05/08 E. 2.c und

B 18/12 E. 5.2.2, je mit weiteren Nachweisen, alle publiziert auf www.rekom.unibe.ch; zu den Anforderungen an die Begründung etwa B 01/98 E. 1.d, publiziert auf www.rekom.unibe.ch.) Im Verfahren vor der Rekurskommission muss die Beschwerdeführerin demnach in rechtsgenügender Art und Weise aufzeigen, welche Vorschriften aus welchen Gründen von der Vorinstanz verletzt worden seien. Mit anderen Worten, die Beschwerdeführerin muss zumindest sinngemäss geltend machen und begründen, die Vorinstanz habe bei der Ausübung ihres Ermessens nicht bloss unangemessen gehandelt, sondern eine Rechtsverletzung begangen. Eine Rüge kann dagegen nicht mit der blossen Behauptung erhoben werden, eine bestimmte Rechtsfolge, das heisst eine Bewertung oder Benotung, sei inopportun oder unangemessen.

Es ist daher Sache der Beschwerdeführerin, rechtsgenügend eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung und somit eine Rechtsverletzung zu rügen, welche von der Rekurskommission korrigiert werden kann.

5.2

Zur Prüfung Öffentliches Recht II+III und Privatrecht II+III rügt die Beschwerdeführerin, es seien ihr ungerechtfertigterweise einerseits Punkte nicht erteilt und andererseits Punkte abgezogen worden. Sie habe verschiedentlich keine Teil-Punkte erhalten, weil sie lediglich einzelne Begriffe nicht erwähnt habe. Bei der Prüfung Öffentliches Recht II+III führt sie zur Frage 1 "Wahl des Rechtsmittels" beispielsweise aus, sie habe bei der erwarteten Antwort "Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern gestützt auf Bundesrecht" den Begriff "Bundesrecht" nicht erwähnt. Hier hätte sie mindestens einen $\frac{1}{4}$ Punkt erhalten können. Zur Frage 1 "Eintretensvoraussetzungen" sei ihr $\frac{1}{2}$ Punkt beim Anfechtungsobjekt abgezogen worden, weil sie diesen nur im Oberbegriff genannt habe und nicht im Text nochmals. Jedoch werde bei ihren Ausführungen bzw. bei der Subsumtion zum Anfechtungsobjekt deutlich, was das Anfechtungsobjekt sei. Bei der Prüfung Privatrecht II+III führt sie beispielsweise zu Aufgabe 5 aus, sie sei fest davon überzeugt, dass ihre Ausführungen über den Erwartungshorizont hinausgehen würden, sodass sie hierfür eigentlich einen Zusatzpunkt verdiene.

Zur Begründung stützt sie sich auf die jeweilige Lösungsskizze der Prüfungen. Die Beschwerdeführerin legt in der Beschwerde im Wesentlichen dar, wo aus ihrer Sicht für ihre Ausführungen in den Prüfungen zusätzliche Punkte hätten vergeben werden sollen. Sie stellt dabei jedoch lediglich ihre Sichtweise der Punktevergabe jener in den Lösungsskizzen entgegen. Sie rügt damit nur die Unangemessenheit der Prüfungsbewertungen, ohne aufzuzeigen, inwiefern diese rechtsfehlerhaft – etwa willkürlich oder gegen Treu und Glauben verstossend – sein sollen. Selbst wenn sie bei der Prüfung Öffentliches Recht II+III einen Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz geltend macht, weil andere Fallübungen unterschiedliche Lösungsskizzen oder Bundesgerichtsentscheide andere Lösungen enthalten als die vorliegende Lösungsskizze, rügt sie im Kern lediglich die Unangemessenheit der Prüfungsbewertung. Gleich verhält es sich, wenn die Beschwerdeführerin bei der Prüfung Privatrecht II+III in Aufgabe 1 ausführt, es sei ihr im Zwischenergebnis ein Tippfehler unterlaufen: "Mithin liegt (k)ein wirksamer Schenkungsvertrag vor". Dies ergebe sich auch aus ihren

weiteren Ausführungen. Ihr Ergebnis stehe deshalb nicht im Widerspruch zu ihren Ausführungen zum Schenkungsvertrag und sei nicht dementsprechend bewertet worden.

Es liegt im Ermessen der Dozierenden, die erwarteten Antworten zu bewerten. Die Dozierenden nahmen in der Vernehmlassung zudem detailliert Stellung zur Bewertung der von der Beschwerdeführerin gerügten Punktevergaben. Eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung durch die beiden prüfungsverantwortlichen Personen ist weder dargetan noch ersichtlich.