ABHANDLUNG
ETUDE

Die Rekurskommission und der Rechtsschutz bei Prüfungen der Universität Bern

Karl-Marc Wyss*

1. Einleitung

Wer an einer Universität studiert, muss zwangsläufige eine Vielzahl von Prüfungen (Leistungskontrollen) absolvieren. Dies gilt auch für Studiengänge an der Universität Bern. Das Examensergebnis löst bei den Prüflingen jedoch nicht stets Glücksgefühle aus. Oft stehen sie dann vor der Frage, ob und wie sie sich gegen eine aus ihrer Sicht als unfair empfundene Prüfung oder Note zur Wehr setzen können und sollen.

Der vorliegende Beitrag möchte diese Einschätzung erleichtern, indem er das entsprechende universitäre Rechtspflegeverfahren vorstellt. Er behandelt dazu kurz die Rekurskommission der Universität Bern, bevor er sich anschliessend dem Rekursverfahren gegen Prüfungsresultate zuwendet. Es geht allein um den Rechtsschutz gegen Prüfungen an der Universität Bern.[1] Prüfungen an der Pädagogischen Hochschule Bern und die Anwaltsprüfung, die jeweils einem andern Instanzenzug folgen,[2] stehen nicht im Fokus.

* Dr. iur. Karl-Marc Wyss, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Bundesamt für Justiz (BJ), Direktionsbereich Öffentliches Recht sowie bis und mit April 2019 Mitglied der Rekurskommission der Universität Bern. Der Verfasser gibt im Beitrag ausschliesslich seine persönliche Auffassung wieder. Er dankt Eva Lötscher, Rechtsanwältin, sowie Prof. Dr. Markus Müller und Prof. Dr. Kurt Nuspliger für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise und Anmerkungen.

1 Für einen Binnenvergleich zum erstinstanzlichen Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheide siehe Benjamin Schindler/Patrick Louis, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, ZBl 2011 S. 509-537, S. 516 ff., sowie Grégoire Geissbühler, Les recours universitaires, Genève/Zurich/Bâle 2016, Rz. 130 ff. (Universität Genf) sowie Rz. 204 ff. (zu den übrigen Schweizer Universitäten).

2 Siehe zur Rechtspflege gegen Verfügungen der PH Bern Art. 64 Gesetz über die deutschsprachige Pädagogische Hochschule vom 8. September 2004 (PHG; BSG 436.91; vgl. auch BVR 2013 S. 301 E. 1.1 ff.); zum Rechtsschutz gegen die Anwaltsprüfung Art. 6 Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11; vgl. z.B. BVR 2012 S. 152 E. 1).

2. Universitäre Rekurskommission

2.1. Rechtsgrundlagen, Zusammensetzung und Wahl der Kommission

Gemäss Art. 76 Abs. 1 Universitätsgesetz des Kantons Bern (UniG)[3] können gegen Verfügungen der Organe der Fakultät und der weiteren Organisationseinheiten der Universität Beschwerde bei einer Rekurskommission erhoben werden. Diese *universitätsinterne Verwaltungsjustizbehörde* besteht, wie von der Universitätsverordnung (UniV)[4] vorgesehen, aus einem Präsidenten oder einer Präsidentin sowie vier weiteren Mitgliedern (Universitätsangehörigen).[5] Sie verfügt über ein juristisches Sekretariat und ist gegenüber den andern Organen der Universität *nicht weisungsgebunden*.[6] Zur Arbeitsweise und zum Sekretariat der Rekurskommission äussert sich das Reglement über die Rekurskommission (Reko-Rgl.).[7]

Das *Präsidium* setzt zwingend eine juristische Ausbildung und entsprechende Berufserfahrung voraus. Die *übrigen vier Kommissionsmitglieder* bestehen aus zwei ordentlichen oder ausserordentlichen Professorinnen oder Professoren der Universität Bern, einem Mittelbauvertreter (Dozentin oder Assistent), sowie einer Studierendenvertretung (Studentin oder Student).[8] In der Regel handelt es sich bei der Mittelbau- sowie auch der Studierendenvertretung um Angehörige der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Die Mittelbauvertretung verfügt meist über ein Anwaltspatent. Der *Senat der Universität wählt sämtliche Mitglieder* für eine Amtsdauer von zwei Jahren, wobei eine mehrfache Wiederwahl möglich[9] und üblich ist.

3 Gesetz über die Universität vom 5. September 1996 (BSG 436.11).

4 Verordnung über die Universität vom 12. September 2012 (BSG 436.111.1).

5 Siehe Art. 136 Abs. 1 und 2 UniV; vgl. dazu Schindler/Louis (Fn. 1), S. 520 f. Zurzeit sind dies Prof. Dr. K. Nuspliger, Fürsprecher (Präsident), Prof. Dr. A. Hafner (Philosophisch-Historische Fakultät), Prof. Dr. S. Troche (Philosophisch-Humanwissenschaftliche Fakultät), MLaw D. Feller, Notarin (Mittelbauvertreterin), sowie BLaw F. Zuber (Studierendenvertreterin).

6 Siehe Art. 2 und Art. 5 Reko-Rgl. (Fn. 7). Die *juristische Sekretärin* nimmt an den Verhandlungen der Kommission mit beratender Stimme teil. Er oder sie darf keine Ämter in der universitären Selbstverwaltung bekleiden (Art. 5 Abs. 2 und 3 Reko-Rgl. [Fn. 7]).

7 Reglement über die Rekurskommission der Universität Bern vom 3. November 1998; siehe dazu Geissbühler (Fn. 1), Rz. 215.

8 Siehe Art. 136 UniV; vgl. Art. 3 Reko-Rgl. (Fn. 7).

9 Siehe Art. 137 UniV; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 f. Reko-Rgl. (Fn. 7) sowie Schindler/Louis (Fn. 1), S. 521.

2.2. Zuständigkeit: Insbesondere die Rechtskontrolle von Notenverfügungen der Universität

Die Rekurskommission erfüllt gemäss Art. 36 Abs. 1 Universitätsstatut (UniSt)[10] die folgenden *drei Aufgaben*: (*i.*) Sie entscheidet im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben über Beschwerden gegen Verfügungen der Organe der Fakultät und weiterer universitärer Organisationseinheiten (Bst. a; Art. 76 Abs. 1 UniG);[11] (*ii.*) Sie führt die Untersuchung bei Verfahren auf Entziehung akademischer Titel und stellt Antrag an den Senat, sofern nicht der universitäre Integrationsbeauftragte zuständig ist (Bst. b); (*iii.*) Sie entscheidet über Gesuche Dritter an die Universität und ihre Organisationseinheiten um Auskunftserteilung (Bst. c).

Leistungskontrollen (Prüfungen/Examen) gehören zur universitären Ausbildung. Die Durchführung von Prüfungen fällt in den Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Fakultät und der ihr untergeordneten Institute und Organisationseinheiten.[12] Geben die Organe der Fakultäten die Prüfungsergebnisse mittels Verfügung bekannt, beurteilt daher die Rekurskommission die dagegen erhobenen Beschwerden (Rekurse).[13] Prüfungsergebnisse sind das häufigste Beschwerdeobjekt. Daneben entscheidet die Rekurskommission primär noch über Dienstleistungsgebühren.[14] Eine Sammlung von publizierten Entscheiden der Rekurskommission (Auszüge) findet sich auf der Homepage der Rekurskommission.[15] Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen werden, lässt sich aber – mangels Rechtsschutzinteresses oder Verfügungsqualität – nicht jede bekanntgegebene Note bei der Rekurskommission überprüfen.

[10] Statut der Universität Bern vom 7. Juni 2011 (BSG 436.111.2 mit Verweis). Der Senat erliess dieses gestützt auf Art. 3 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 Bst. a UniG.

[11] Siehe auch Art. 86 Abs. 1 UniSt.

[12] Vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a, Art. 42, Art. 46 f. UniG sowie Art. 39 f. UniSt sowie die entsprechenden Studienreglemente.

[13] Siehe Art. 76 Abs. 1 UniG sowie Art. 36 Abs. 1 Bst. a UniSt; Martin Aubert, 11. Kapitel: Bildungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 633-682, Rz. 79.

[14] Siehe Aubert (Fn. 13), Rz. 79.

[15] Die Rechtsprechung ist abrufbar unter: «https://www.unibe.ch/universitaet/organisation/rechtliches/rekurskommission/rechtsprechung/index_ger.html» (besucht am 2. Februar 2020).

3. Rekursverfahren gegen Prüfungsresultate

3.1. Prüfungsergebnisse sind nicht immer rekursfähig!

Laut Art. 76 Abs. 1 UniG steht gegen «*Verfügungen der Organe der Fakultäten […]*» die Beschwerde bei der Rekurskommission offen.[16] Ein Prüfungsresultat kann infolgedessen nur dann eine materielle Rechtskontrolle durch die Rekurskommission erfahren, wenn es in einer Verfügung erging.

a.) Verfügungsbegriff massgebend

Das kantonale Recht, insbesondere das im Rekursverfahren anzuwendende Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG)[17], enthält keine Legaldefinition des Verfügungsbegriffs. Es definiert also nicht, was genau einen Hoheitsakt zu einer Verfügung macht. Lehre und Rechtsprechung stützen sich in der bernischen Verwaltungsrechtspflege daher *sinngemäss* auf die Verfügungsmerkmale (Strukturmerkmale) nach *Art. 5* des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (*VwVG*)[18].[19] Als Verfügung gilt demnach die Anordnung, mit der eine Behörde ein Rechtsverhältnis im Einzelfall einseitig und verbindlich regelt, und zwar gestützt auf das öffentliche Recht.[20] Fehlt eines dieser Verfügungsmerkmale, so liegt keine Verfügung vor.[21]

16 Siehe auch Art. 36 Abs. 1 Bst. a und Art. 86 Abs. 1 UniSt. Teilweise wiederholen die Studienreglemente der Fakultäten die Inhalte von Art. 75 f. UniG, so z.B. Art. 51 Studienreglement RW (RSL RW; Fn. 89).

17 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 25. Mai 1989 (BSG 155.21).

18 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

19 Vgl. Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 49 N 8; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011, S. 109; BVR 2009 S. 461 E. 3.3.

20 Vgl. Art. 5 VwVG; BGE 131 II 13 E. 2.2 S. 17; BVR 2013 S. 301 E. 1.2; Müller (Fn. 19), S. 109 ff. sowie ausführlich Derselbe, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Kommentar], 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 5 Rz. 1 ff.

21 *Nicht massgebend* und strikt vom materiellen Verfügungsbegriff zu trennen ist daher die *Verfügungsform* (BVR 2013 S. 301 E. 1.2; Auflistung der Formanforderungen in Art. 52 VRPG, auch wenn dieser den eher verwirrenden Sachtitel «Inhalt der Verfügung» trägt).

i) Abweichende Regelungen der Universität sind ungültig

Es ist zwar möglich, dass der Gesetzgeber einzelne Akte in Abweichung vom Verfügungsbegriff spezialgesetzlich als Verfügung qualifiziert, um die Anfechtbarkeit solcher Akte unabhängig von ihrer Rechtsnatur zu gewährleisten (Verfügungsfiktion).[22] Das Universitätsgesetz verweist aber bezüglich des *anwendbaren Rechts im Verfahren* vor der Rekurskommission auf das *Verwaltungsrechtspflegegesetz*. Es enthält weder selber eine Vorschrift, wonach sämtliche Prüfungsergebnisse oder Noten als Verfügungen gelten, noch ermächtigt es die Universität, Vorschriften in diesem Bereich zu erlassen.[23] Demzufolge fehlt der Universität Bern die Kompetenz, um auf der Stufe des universitären Satzungsrechts vom gesetzlich geregelten Verfügungsbegriff abzuweichen.[24] Bezeichnen Studien- und Prüfungsreglement – oder andere Rechtssätze der Universität (autonome Satzung; Verordnungsrang)[25] – gewisse Akte, wie z.B. die Noteneröffnung, als Verfügung,[26] werden diese dadurch nicht zu Verfügungen. Massgebend ist und bleibt vielmehr, ob sie den Strukturmerkmalen von Art. 5 VwVG und damit dem materiellen Verfügungsbegriff entsprechen.[27] Verständlicherweise mag dies bei juristischen Laien für Verwirrung sorgen. Nachfolgend ist daher aufzuzeigen, wann genau Prüfungsergebnisse ein Anfechtungsobjekt für ein Beschwerdeverfahren bei der Rekurskommission bilden.

22 Siehe BVR 2013 S. 301 E. 1.3; dazu auch Müller (Fn. 20), Art. 5 N 16.

23 Siehe Art. 75 Abs. 1 UniG sowie Art. 9 Reko-Rgl. (Fn. 7). Art. 76 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 UniG statuiert, dass Verfügungen der Fakultät bei der Rekurskommission angefochten werden können, besagt aber nicht, dass die Notenmitteilung stets eine Verfügung ist (siehe Entscheid der Reko B_07/13 vom 20. Juni 2013 [Auszug publiziert], E. 1.1.3 und E. 1.3.1).

24 Siehe so BVR 2013 S. 301 E. 1.5 f. zur PH Bern; so ähnlich im Schulkontext Markus Müller, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, Beschwerdeobjekte zwischen Verfügung und Realakt, ZBl 2019 S. 295-317, S. 313 f.; die Rechtsprechung kritisierend Benjamin Schindler, Bemerkungen (zum VGE 100.2012.35 [Maturitätserfahrungsnote] und zum VGE 100.2011.489 [Modulnote PH-Bern]), BVR 2013 S. 322-330, S. 328 f.

25 Siehe dazu Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 15 Rz. 5.

26 Siehe z.B. Art. 85 Abs. 2 UniSt (dazu Fn. 43).

27 Entscheid der Reko B_07/13 vom 20. Juni 2013 (Auszug publiziert), E. 1.1.2 ff.; siehe mit ähnlichen Überlegungen BVR 2013 S. 301 E. 1.5 f. zur PH Bern; ferner Müller (Fn. 24), S. 313 f.; a.A. Schindler (Fn. 24), S. 328 f.

ii.) Prüfungsergebnisse als Anfechtungsobjekt

Die Bekanntmachung von Prüfungsergebnissen bildet dann eine Verfügung und damit ein taugliches Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission, wenn es sich um einen individuellen an den Studierenden gerichteten Hoheitsakt handelt, der eine konkrete Verwaltungsrechtsbeziehung zwischen der Universität und dem Studierenden regelt, in verbindlicher und erzwingbarer Weise gestützt auf das öffentliche Recht.[28] Soweit eine Anordnung oder ein Beschluss der universitären Organe keine individuellen Rechte oder Pflichten begründet, entzieht oder feststellt, respektive keine verbindlichen Rechtsfolgen für den jeweiligen Prüfungsabsolventen hat, liegt keine Verfügung (Anfechtungsobjekt) vor – denn es fehlt an einem wesentlichen Verfügungsmerkmal.[29]

Im Vordergrund steht gemäss Praxis die Beurteilung, ob das Prüfungsergebnis für den Studierenden Rechtsfolgen/-wirkung hat oder nicht.[30] Offensichtlich *Rechtsfolgen für die Studierenden* haben Entscheide über das Bestehen mit Auszeichnung (Prädikat), das Nichtbestehen eines Studiengangs (z. B. die Verleihung des Bachelortitels) oder der Ausschluss von der Universität. Solche Entscheide[31] ergehen in der Regel zusammen mit einer Gesamtnote, die sich wiederum aus den einzelnen Fachnoten ergibt.[32]

[28] Siehe z.B. den Entscheid der Reko B_04/18 vom 29. November 2018 (unpubliziert), E. 1.2; allgemein zu den Verfügungskriterien Art. 5 VwVG und zur zugehörigen Literatur Fn. 19.

[29] Vgl. BGE 135 II 328 E. 2.1 S. 331 f.; BVR 2013 S. 301 E. 1.2.

[30] Siehe dazu z.B. Sebastian Heselhaus/Corinna Seiberth, Darf «Dummheit» bestraft werden? Zur juristischen Kontrolle von Bewertungen, in: Ackermann/Bommer [Hrsg.], liber amicorum für Dr. Martin Vonplon, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 173-191, S. 179 ff. Zumindest diskutabel, aber selten im Fokus der Praxis steht das Kriterium der behördlichen Anordnung. Die übrigen Verfügungsmerkmale bieten hingegen im Kontext mit Prüfungen meist keine besonderen Probleme. Siehe dazu Müller (Fn. 24), S. 312, demzufolge Einzelnoten meist keine typischen Anordnungen sind, da sie nichts anordnen, sondern allein einen Sachverhalt festhalten, nämlich die Qualität der Prüfungsleistung.

[31] Von Gesamtzeugnissen sprechend z. B. Müller (Fn. 24), S. 312 mit einer weiteren Umschreibung.

[32] Siehe dazu Martin Aubert, Bildungsrechtliche Leistungsbeurteilungen im Verwaltungsprozess, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 72 f.; Heselhaus/Seiberth (Fn. 30), S. 179 f.

iii.) Einzel-/Fachnote im Besonderen

Gemäss Rechtsprechung und Literatur stellen *einzelne Fachnoten* zwar im Allgemeinen keine selbständigen Verfügungen dar. Sie sind grundsätzlich nur Elemente, um die Gesamtnote und mit dieser dann das Gesamtzeugnis (z. B. Abschluss des Studiengangs) zu begründen. Anders als das Gesamtzeugnis wirken sie sich daher regelmässig nicht auf die Rechtsstellung des Studiengängers aus.[33] Eine einzelne Fachnote hat nach verwaltungsgerichtlicher Praxis jedoch dann eine *Rechtswirkung und ist* infolgedessen als Verfügung *selbständig anfechtbar*, wenn:[34]

- von ihr abhängt, ob die *Gesamtbeurteilung positiv oder negativ ausfällt* (Bestehen oder Nichtbestehen);
- sie sich auf das *Prädikat* bei Abschluss des Studiengangs *auswirkt*;[35]
- von der Notenhöhe der Zugang zu zusätzlichen Kursen und Weiterbildungsmöglichkeiten abhängt.[36] Zu denken wäre etwa an die Zulassung zum Doktorat (z. B. für eine juristische Dissertation an der Universität Bern ein MLaw-Titel mit mindestens der Gesamtnote 4.75)[37];[38]
- sie *sich auf spätere Prüfungen auswirkt*, sei es als Erfahrungsnote in weiteren Prüfungen oder weil der Umfang einer Wiederholungsprüfung von ihr abhängt, z. B. wenn ab einer gewissen Notenhöhe das betreffende Fach im Falle von Prüfungswiederholungen nicht erneut zu absolvieren ist;[39] oder
- die Vergabe von Kreditpunkten (ECTS), die für den Studienabschluss erforderlich sind, an die Notenhöhe geknüpft ist.

33 BVR 2013 S. 301 E. 2.1 m.w.H.; VGE 100.2018.40 vom 28. September 2018, E. 1.3.1 S. 4 f.; Stephan Hördegen, Aktuelle Aspekte des gerichtlichen Rechtsschutzes im Volksschulrecht, in: Gächter/Jaag (Hrsg.), Das neue Volksschulrecht, Zürich/St. Gallen 2007, S. 65-98, S. 74 f.; siehe auch Müller (Fn. 24), S. 312; Paul Richli, Fragwürdige Verrechtlichungen im Prüfungswesen, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 247-259, S. 252 ff.

34 BVR 2013 S. 301 E. 2.1; in Anlehnung an die Verwaltungsgerichtspraxis Entscheid der Reko B_07/13 vom 20. Juni 2013 (Auszug publiziert), E. 1.3.2 ff.; vgl. ferner ähnlich zu relevanten Entscheiden der Erziehungsdirektion des Kantons Bern BVR 2016 S. 134 f.

35 BVR 2013 S. 301 E. 2.1. Nach Bundesgericht kommt einem Entscheid über ein derartiges Prädikat hoheitlicher Charakter zu (BGE 136 I 229 E. 2.5 S. 233 f.; kritisch dazu Richli [Fn. 33], S. 256 ff.).

36 BVR 2013 S. 301 E. 2.1 und E. 4.1 f. m.Hw. auf Urteil des BGer 2P.177/2002 vom 7. November 2002, E. 5.2.2).

37 Siehe Art. 6 des Promotionsreglements der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 18. November 2011.

38 Siehe BGE 136 I 229 E. 2.5 S. 233; dazu kritisch Heselhaus/Seiberth (Fn. 30), S. 180.

39 Siehe BVR 2013 S. 301 E. 2.1 und E. 4.1 f.; vgl. Aubert (Fn. 32), S. 75.

Dass zukünftige Arbeitgeber möglicherweise eine *Anstellung von der Notenhöhe abhängig* machen können, reicht dagegen praxisgemäss nicht aus, um auf eine Verfügung zu schliessen. Es handelt sich dabei lediglich um eine *faktische* und nicht um eine rechtliche *Wirkung der Note* auf die Berufschancen des betroffenen Prüflings.[40]

Das Verwaltungsgericht betont zwar in seinen Urteilen (Textbaustein) in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht und der wohl h. L., dass einzelne Fachnoten nur ausnahmsweise selbständiges Anfechtungsobjekt bilden können.[41] Dies mag zwar für Einzelnoten im Schulsektor zutreffen und sinnvoll erscheinen.[42] In der Rekurskommissionspraxis führt die Anwendung des aufgeführten Ausnahmekatalogs jedoch zu einem andern Ergebnis: Die *Anfechtbarkeit von universitären Einzelnoten* ist dort *eher der Regelfall* als die Ausnahme, was immerhin im Sinne der autonomen Satzung der Universität sein sollte.[43] So bilden z.B. die Noten der Leistungskontrollen im Masterstudium gemäss Rechtsprechung unmittelbar die Grundlage für die Verleihung des Masterabschlusses und für das Prädikat, das mit der Gesamtnote des Masterabschlusses verbunden ist.[44] Insofern hat fast jede Masternote Auswirkung auf das Prädikat oder könnte bis zum definitiven Abschluss eine haben. Eine gegenteilige Einschätzung lässt sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung mangels Kenntnis der zukünftigen übrigen Fachnoten, die dann letzt-

40 BVR 2013 S. 301 E. 2.1 sowie E. 2.3; vgl. Heselhaus / Seiberth (Fn. 30), S. 180.

41 BVR 2013 S. 301 E. 2.1 oder E. 4.1; VGE 100.2018.40 vom 28. September 2018, E. 1.3.1 S. 5.

42 Vgl. zum Rechtsschutz im Schulsektor Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern / Stuttgart / Wien 2003, S. 712 ff.; ferner Richli (Fn. 33), S. 257.

43 Das Universitätsstatut (UniSt) – erlassen vom Senat, immerhin dem obersten rechtsetzenden Universitätsorgan (Art. 35 Abs. 1 UniG) – hält unter der Kapitelüberschrift «IX. Rechtsschutz» in Art. 85 (Marginalie Regelung von Rechtsverhältnissen) im zweiten Absatz fest, dass namentlich «*Noten der Leistungskontrollen in der Form der Verfügung zu eröffnen und mit einer Rechtmittelbelehrung zu versehen*» sind. Da der folgende Art. 86 Abs. 1 UniSt gegen Verfügungen von Universitätsorganen die Beschwerde an die Rekurskommission vorsieht, wird deutlich, dass die Universität Bern Noten der Leistungskontrollen dem Rechtsschutz unterstellen wollte.

44 VGE 100.2018.40 vom 28. September 2018 E. 1.3.2 S. 5; BGE 136 I 229 E. 2.5 S. 233 f.; Ungenügende Masternoten (Leistungskontrolle) sind – unabhängig von der Auswirkung auf das Prädikat – dann anfechtbar, wenn der Studienabschluss zwingend einen zweiten genügenden Versuch vorschreibt. Als Beispiel zu nennen ist die Masterarbeitsnote im Jurastudium (Art. 23 Abs. 4 Reglement über das Bachelor- und Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007; dazu Müller [Fn. 24], S. 312 Fn. 82).

lich zum Gesamtzeugnis führen, kaum je akkurat prognostizieren.[45] Die Rekurskommission sollte in solchen Konstellationen daher von einer Rechtswirkung der einzelnen Masternoten ausgehen.[46] Nicht anfechtbar wäre dagegen z. B. noch eine Fachnote der letzten Leistungskontrolle im Masterstudium, wenn sich diese unabhängig von ihrer Höhe rechnerisch nicht mehr auf das Prädikat auswirken kann. Durch die Rechtsprechung (mit-)verursacht ist dabei die dogmatisch unschöne Vermischung des Verfügungsbegriffs mit Aspekten des hinreichenden Rechtsschutzinteresses.[47]

b.) Schutzwürdiges Interesse (Beschwerdebefugnis)

Zum Rekurs (Beschwerde) vor der Rekurskommission befugt sind Prüfungskandidatinnen und -kandidaten – urteilsfähige und mündige, natürliche Personen[48] – , die ein *schutzwürdiges Interesse* an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen (Noten-)Verfügung haben (Art. 65 Abs. 1 VRPG). Dieses ergibt sich aus der formellen und der materiellen Beschwer sowie einem aktuellen und praktischen Anfechtungsinteresse.[49] Die formelle und materielle Beschwer bietet dabei in der Prüfungsrekurspraxis kaum Probleme.[50]

45 Vgl. Mathias Kaufmann, Die gerichtliche Nachkontrolle von Prüfungsbewertungen, Jusletter vom 3. Oktober 2016, Rz. 9.

46 Vgl. den Entscheid der Reko B_07/13 vom 20. Juni 2013 (Auszug publiziert), E. 1.3.2.

47 Die Bekanntgabe einer Einzelnote im Master kann so in Bezug auf das Prädikat während des Verfahrens die Verfügungsqualität verlieren: Bei Beschwerdeeinreichung liegt eine Verfügung noch vor, da sich die Einzelnote potentiell auf das Prädikat auswirken kann. Mit der Bekanntgabe weiterer Noten während des Verfahrens fällt der Verfügungscharakter dann plötzlich dahin, wenn sich die angefochtene Einzelnote rechnerisch nicht mehr auf das Prädikat auszuwirken vermag. Ob die Konsequenzen der Einzelnote auf das Prädikat zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht werden können, ist somit vielmehr eine Frage des hinreichenden Rechtsschutzinteresses (siehe zum aktuellen und praktischen Interesse hinten S. 202) und nicht des Anfechtungsobjekts (siehe so Müller [Fn. 24], S. 312 Fn. 79).

48 Soweit keine gegenteiligen Angaben aus dem Sachverhalt ersichtlich sind, geht die Rekurskommission davon aus, dass die Prüfungsabsolventen partei- und prozessfähig sind (Art. 11 VRPG i.V. m. Art. 13 ff. ZGB).

49 Siehe dazu Müller (Fn. 19), S. 162 ff.

50 Die *formelle Beschwer* ergibt sich für den betroffenen Prüfungskandidaten daraus, dass er am Verfahren auf Erlass der Notenverfügung teilgenommen hat – sich also zur Prüfung anmeldete, diese absolvierte, an allfälligen Nachbesprechungen teilnahm und allenfalls beim Dekanat eine Verfügung verlangte (die letzten zwei Punkte dürfen aber nicht massgebend sein, ansonsten würden vom UniG abweichende Rechtsmittelkriterien berücksichtigt) – und dabei mit seinen Anträgen auf eine andere Bewertung (Note) nicht durchgedrungen ist. Die *materielle Beschwer* – also ein für die Partei ungünstig ausgefallener Entscheid, der zu einem rechtlichen oder tatsächlichen Nachteil führt – ergibt sich für den Prüfungskandidaten als materieller Verfügungsadressat bereits aus der formellen Beschwer (siehe zu den theoretischen Grundlagen Müller [Fn. 19], S. 163 f.).

Das *aktuelle und praktische Interesse* erfordert zusätzlich, dass ein (positiver) Verfahrensausgang die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers im Urteilszeitpunkt noch beeinflussen kann.[51] Im Prüfungsrekurs liegt hier die erwähnte Überlappung zum Verfügungsbegriff. Die Beschwerdegutheissung (Möglichkeit einer höheren Note) muss sich im Urteilszeitpunkt z.B. noch immer prädikatsrelevant auswirken können, andernfalls fehlte ein hinreichendes aktuelles und praktisches Interesse.[52] Gemäss ständiger Rechtsprechung ist ausnahmsweise trotz Fehlens oder Wegfalls des aktuellen und praktischen Interesses auf die Beschwerde einzutreten, wenn sich diese um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dreht, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen wieder stellen könnte, eine Beurteilung aber aufgrund der Verfahrensdauer kaum je rechtzeitig möglich wäre.[53]

3. Beschwerdefrist und -form

Beschwerden gegen Prüfungsergebnisse sind nach den allgemeinen Form- und Fristvorschriften von Art. 67 VRPG einzureichen: Sie sind also *innert 30 Tagen* (Verwirkungsfrist) seit Eröffnung der Notenverfügung bei der Rekurskommission zu erheben (Rekurskommission, Universität Bern, Hochschulstrasse 6, 3012 Bern).[54] Die *Beschwerdeschrift* ist zu unterzeichnen und sollte einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln sowie eine Begründung enthalten.[55] Eingaben mittels E-Mail oder Fax sind nicht statthaft. Hinsichtlich Antrag und Begründung stellt die Rekurskommission *keine allzu*

[51] Vgl. Müller (Fn. 19), S. 169.

[52] Siehe dazu VGE 100.2018.40 vom 28. September 2018 E. 1.4.2 f. S. 6. Dogmatisch problematisch ist dabei der Umstand, dass die Rechtsprechung dasselbe Kriterium (Auswirkung auf das Prädikat) bereits für die Bejahung der Verfügungsqualität der Einzelnote verwendete (siehe hierzu vorne S. 199 f.). In dem Kontext heikel wäre m.E., wenn die Rekurskommission die Entscheide bewusst lange hinauszögerte, bis das aktuelle und praktische Interesse wegfällt und sie ein Nichteintretensentscheid fällen müsste.

[53] Siehe BVR 2018 S. 310 E. 7.3; VGE 100.2018.40 vom 28. September 2018 E. 1.4.2 f. S. 6; Müller (Fn. 19), S. 169.

[54] Siehe zur Fristberechnung und -wahrung Art. 41-43 VRPG und Müller (Fn. 19), S. 96 ff. Es handelt sich bei der 30-Tagesfrist nach Art. 67 Abs. 1 VRPG um eine gesetzliche und damit nicht erstreckbare Verwirkungsfrist. Die Studienreglemente sehen teilweise bezüglich Noteneröffnung vor, dass Studierende innert gewisser Frist seit der Notenmitteilung beim Dekanat eine anfechtbare Verfügung des zuständigen Fakultätsorgans verlangen müssen (z. B. Art. 33 Abs. 2 RSL RW), womit die Rekurskommission die Beschwerdefrist ab deren Eröffnung berechnet (Vertrauensschutz).

[55] Siehe Art. 32 VRPG.

hohen Anforderungen an Laieneingaben. So genügt es, wenn sich unter Zuhilfenahme der Begründung erkennen lässt, weshalb und inwiefern die angefochtene Notenverfügung aufgehoben oder geändert werden soll. Was dies für den Beschwerdeführer konkret bedeuten kann, hängt nicht zuletzt von der Kognition der Rekurskommission und der Rügepflicht ab,[56] worauf sogleich einzugehen ist.

3.3. Kognition, Anträge und Rügen: Was können Prüfungsabsolventen überprüfen lassen und wie?

Im Verfahren bei Beschwerden gegen Prüfungsergebnisse überprüft die Rekurskommission Tat- und Rechtsfragen, jedoch keine Fragen der Angemessenheit: Mit der Beschwerde können folglich die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie andere Rechtsverletzungen, einschliesslich Rechtsfehler bei der Ermessensausübung gerügt werden.[57] Spezialgesetzlich ausgeschlossen ist dagegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 76 Abs. 4 UniG; dazu sogleich mehr).[58]

a.) Keine Angemessenheitsprüfung

Trotz der klaren Bestimmung in Art. 76 Abs. 4 UniG bestehen bei Beschwerdeführenden vereinzelt falsche Erwartungen hinsichtlich der Überprüfungsmöglichkeiten (Kognition) der Rekurskommission. In aller Deutlichkeit sei hier daher festgehalten: Die Rekurskommission ist *keine «Oberprüfungsbehörde»*, welche die Prüfungskorrektur wiederholen und ihre eigene Wertung an die Stelle derjenigen des prüfungsverantwortlichen Organs setzen kann. Die Neubeurteilung einer Prüfung nach eigenen Bewertungsmassstäben ist ihr rechtlich untersagt.[59] Die Rekurskommission wäre zudem in den allermeisten Fällen auch faktisch nicht in der Lage dazu, weil ihr schlichtweg das nötige Fachwissen in den jeweiligen Prüfungsfächern fehlt.[60]

56 Vgl. Müller (Fn. 19), S. 80 f.

57 Art. 66 Bst. a und b VRPG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 UniG.

58 Siehe zum Verweis auf das Spezialgesetz Art. 66 Bst. c Ziff. 2 VRPG; Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5; Geissbühler (Fn. 1), Rz. 216.

59 Siehe Schindler/Louis (Fn. 1), S. 518 f. m.w.H.

60 Vgl. Urteil des BGer 2P.140/2002 vom 18. Oktober 2002, E. 3.1.1; Felix Helg, Kognition bei Überprüfung von Prüfungsentscheiden, Anmerkungen zur Praxis im Kanton Zürich, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer (Hrsg.; Fn. 33), S. 209-217, S. 216 m.Vw. auf BGE 131 I 467 E. 3.1. Aber auch betreffend juristische Prüfungen ist Zurückhaltung geboten (dazu Hördegen [Fn. 33], S. 80).

Nach Art. 76 Abs. 4 UniG e contrario und langjähriger Praxis der Rekurskommission *verfügen die Dozierenden* bei der Gestaltung, Durchführung und Bewertung von Examen *über einen weiten Ermessensspielraum*, namentlich bei der Gewichtung der einzelnen Prüfungsteile und der Bewertung der einzelnen Antworten. Dies ist sachgerecht und sinnvoll, besitzen die verantwortlichen Dozierenden doch eine spezifische und umfangreiche Sachkenntnis in der Materie, die sie vermitteln (Prüfungsstoff). Sie sind deswegen als Examinatoren zur Abnahme von Prüfungen in ihrem Fachgebiet in besonderem Masse geeignet.[61] Ermessensausübung bedeutet jedoch nicht, dass die verantwortlichen Prüfungsorgane beliebig entscheiden dürfen. Sie müssen das eingeräumte Ermessen vielmehr pflichtgemäss ausüben.[62] Der Prüfungssteller muss sich dazu einerseits an den rechtlichen Rahmen und die allgemeinen Rechtsprinzipien halten; andererseits muss er sein Ermessen sachangepasst – also den Verhältnissen des konkreten Einzelfalls entsprechend – wahrnehmen. Übt ein Examinator sein Ermessen nicht pflichtgemäss aus, begeht er einen *Ermessensfehler*.[63]

Ermessensfehler sind für die Rekurskommission nur relevant, wenn es sich um sog. qualifizierte Ermessensfehler handelt. Ein solcher liegt vor, wenn das Handeln des Examinators rechtswidrig ausfällt (*Rechtsfehler bei der Ermessensausübung*; siehe hinten S. 205 f. und 208 ff.).[64] Wählen die Prüfungsverantwortlichen dagegen unter mehreren im Einzelfall rechtlich zulässigen Rechtsfolgen eine «suboptimale» (nicht die zweckmässigste innerhalb des Entscheidungsspielraums), so liegt eine *Unangemessenheit* vor.[65] Solche *sog. einfachen Ermessensfehler* sind im Prüfungsrekurs der Kognition der Rekurskommission entzogen.[66] Sie prüft mit voller Kognition wie erwähnt Tat- und

61 Siehe z.B. Entscheide der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1 sowie B_35/06 vom 21. Februar 2007 (Auszug publiziert), E. 2.b; vgl. Nicola Spichtin, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungen, AJP 2014 S.1325-1332, S. 1328 sowie Schindler/Louis (Fn. 1), S. 518 f.

62 Siehe Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1; siehe zur Ermessensausübung im Allgemeinen Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 26 Rz. 11 ff.

63 Siehe Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1; vgl. Müller (Fn. 19), S. 179 f.

64 Siehe Art. 66 Bst. b VRPG; Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1; vgl. Müller (Fn. 19), S. 179 f.

65 Siehe Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1; vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 26 Rz. 14.

66 Siehe Art. 76 Abs. 4 UniG i.V.m. Art. 66 Bst. c VRPG; Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1.

Rechtsfragen (einschliesslich Rechtsfehler bei der Ermessensausübung), wobei folgende Rügen beim Prüfungsrekurs im Fokus stehen.

b.) Verletzung von Rechtssätzen und Verfahrensmängel

Rechtsverletzungen (Art. 66 Bst. b VRPG) – was die Verletzung von Verfahrensvorschriften und -grundsätzen miteinschliesst – können sich daraus ergeben, dass die angewandte Norm höherrangigem Recht widerspricht, die Vorinstanz eine Tatsache rechtlich falsch würdigt, sich nicht auf die massgebende Norm stützt oder die massgebende Norm falsch anwendet. Gründe für eine Falschanwendung können in einer fehlerhaften Auslegung, Subsumtion oder in der Rechtsfolge bestehen.[67]

i.) Rechtsfehler bei der Ermessensausübung

Ein sog. qualifizierter Ermessensfehler oder Rechtsfehler bei der Ermessensausübung liegt vor, wenn diese gegen das Recht verstösst, indem der Examinator bei der Prüfungsgestaltung, -durchführung oder -bewertung den rechtlich eingeräumten Entscheidungsspielraum über-, unterschreitet oder missbraucht.[68] Im Rekursverfahren steht primär der Ermessensmissbrauch im Fokus. Zu einer Ermessensüberschreitung[69] kommt es angesichts des erwähnt grossen Ermessensspielraums der Dozierenden kaum. Eine Ermessensunterschreitung[70] ist wohl ebenfalls eher selten. Sie liegt z. B. vor, wenn das Prüfungsorgan auf die Vergabe eines bestimmten Prädikats (z. B. Bestnote) grundsätzlich und von Beginn weg verzichtet.[71]

Beim *sog. Ermessensmissbrauch* hält sich der Prüfungsverantwortliche zwar formell an die rechtlichen Schranken, übt das Ermessen aber in einer Weise aus, dass die Prüfungsgestaltung, -durchführung oder -bewertung der gesetzlichen Ordnung widerspricht oder Verfassungsgrundsätze verletzt.

67 Siehe Müller (Fn. 19), S. 178; vgl. Daniel Widrig, Studieren geht über Prozessieren, Jusletter vom 2. Mai 2011, Rz. 34.

68 Siehe Art. 66 Bst. b VRPG; Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1; vgl. Müller (Fn. 19), S. 179 f.

69 Als *Ermessensüberschreitung* gilt die behördliche Beanspruchung eines Ermessens, wo gar kein solches besteht, die Vornahme einer rechtlich nicht vorgesehenen Anordnung oder die Sprengung des Ermessensrahmens (Tschannen/Zimmerli/Müller [Fn. 25], § 26 Rz. 16).

70 Eine *Ermessensunterschreitung* liegt u. a. vor, wenn die Behörde einen Ermessensspielraum nicht ausschöpft, von vornherein auf die Ermessensausübung verzichtet (Tschannen/Zimmerli/Müller [Fn. 25], § 26 Rz. 17).

71 Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1.

Dies wäre z.B. der Fall, wenn er sich von willkürlichen, widersprüchlichen, rechtsungleichen, unverhältnismässigen, treuwidrigen oder sachfremden Kriterien leiten lässt.[72] Auf die materiellrechtliche Bedeutung der damit angesprochenen Grundrechte geht der Beitrag später ein.[73]

ii.) Typische Verfahrensmängel

Folgende Verfahrensfragen – also Einwendungen zum äusseren Ablauf von Prüfung und Bewertung[74] – prüft die Rekurskommission z. B. mit voller Kognition: Setzt sich das Prüfungsorgan reglementskonform zusammen, hält es die reglementarischen, zeitlichen Vorgaben der Prüfungsdauer zulasten der Prüfungskandidierenden ein oder stellt es Fragen, die sich ausserhalb des verlangten Prüfungsstoffs bewegen?[75]

c.) Rügeprinzip und Beweislast: Bedeutung für den Beschwerdeführer

Im Prüfungsrekursverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (Pflicht zur amtlichen Feststellung des Sachverhalts)[76] nicht uneingeschränkt. Gemäss langjähriger Praxis ist vielmehr das *Rügeprinzip* zu beachten.[77] Die Rekurskommission hat demnach einen bestimmten Sachverhalt nur in dem Umfang zu beurteilen, in dem die Parteien – d. h. der Beschwerdeführer und die invol-

72 Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.1; vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 26 Rz. 18. Willkür in der Rechtsanwendung ist dabei sicherlich ein möglicher Prüfpunkt. Die Kognition der Rekurskommission ist jedoch nicht darauf beschränkt. So verlangt z. B. bereits das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) in Art. 110 für den kantonalen Rechtsschutz mindestens eine einmalige freie Rechts- und Sachverhaltskontrolle. Dabei ist überdies zu berücksichtigen, dass sich der Rechtsschutz in Prüfungsangelegenheiten primär auf die kantonale Ebene beschränkt (Helg [Fn. 60], S. 213; siehe zum Instanzenzug hinten S. 227 f.).

73 Siehe hinten S. 208 ff. zu den klassischen Rechtsfragen im Prüfungskontext (Materielles).

74 Als Verfahrensfragen gelten sämtliche Einwendungen, welche den äusseren Ablauf von Prüfung und Bewertung betreffen und insofern Verfahrensmängel darstellen (Urteile des BGer 2P.83/2004 vom 9. August 2004, E. 5.1 und 2P.137/2004 vom 19. Oktober 2004 E. 2; Hördegen [Fn. 33], S. 81).

75 Vgl. Helg (Fn. 60), S. 213 und Hördegen (Fn. 33), S. 81.

76 Vgl. zum Untersuchungsgrundsatz Art. 18 VRPG und Müller (Fn. 19), S. 57 f.; ausführlich zur Sachverhaltsermittlung Markus Berger, Sachverhaltsermittlung im ursprünglichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, BVR 2014 S. 550 ff.

77 Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.2. Das *Rügeprinzip* ist zwar nicht explizit im VRPG verankert, wird jedoch teilweise aus der Begründungspflicht in Art. 32 Abs. 2 VRPG abgeleitet. Es verlangt, dass der Beschwerdeführer konkret vorbringt, worin die Rechtsverletzung besteht, von der das Anfechtungsobjekt angeblich betroffen ist (Müller [Fn. 19], S. 151).

vierte Fakultät (Vorinstanz) – dies in ihren Begehren verlangen.[78] Fehlen die Begehren oder sind diese nicht hinreichend klar verständlich (substanziiert), darf der Beschwerdeführende nicht erwarten, dass die Rekurskommission nach sämtlichen möglichen Mängeln forscht. Es «droht» stattdessen, dass die Rekurskommission nicht oder nur teilweise auf das Rechtsmittel eintritt.[79] Der Beschwerdeführer muss daher selbst in rechtsgenüglicher Art und Weise aufzeigen, inwiefern die Vorinstanz im Kontext der Prüfungsgestaltung, -durchführung oder -bewertung angeblich Recht verletzte oder den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellte.[80]

Die Rekurskommission berücksichtigt, dass es sich bei den Beschwerdeführenden meist um rechtsunkundige Personen handelt. Bei sog. *Laienbeschwerden* erwartet sie von den Anträgen und Rügen des Beschwerdeführenden insofern keine juristischen Ausführungen und Feinheiten.[81] In Anbetracht von Art. 76 Abs. 4 UniG muss der Beschwerdeführer also z.B. zumindest sinngemäss geltend machen und begründen, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Prüfungsgestaltung, -durchführung oder -bewertung rechtsfehlerhaft und nicht bloss unangemessen ausgeübt habe. Die blosse Behauptung, die Prüfungsbewertung oder -benotung (Konsequenz) sei inopportun oder unkorrekt, reicht dazu nicht aus.[82]

Der Untersuchungsgrundsatz hat zudem keinen Einfluss auf die *Beweislast*. Diese – respektive die Folgen der Beweislosigkeit – trägt diejenige Partei, die aus einer beweisbedürftigen Tatsache etwas zu ihren Gunsten ableiten will (vgl. Art. 8 ZGB[83]).[84] In Prüfungsrekursen trägt daher der Beschwerdeführer die Beweislast, da er aus seiner Sachverhaltsdarstellung (z. B. eine fehlerhafte Prüfcheckliste oder die Nennung der richtigen Antwort) Rechte

78 Siehe z.B. Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.2.

79 Vgl. dazu Müller (Fn. 19), S. 151; ferner Helg (Fn. 60), S. 216.

80 Siehe z.B. Entscheid der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.2.

81 Siehe dazu Entscheid der Reko B_20/17 vom 19. April 2018 (unpubliziert), E. 5.2; vgl. BVR 2006 S. 470 E. 2.4 sowie Müller (Fn. 19), S. 80 und S. 151.

82 Siehe Entscheide der Reko B_18/12 vom 22. August 2013 (Auszug publiziert), E. 5.2.2 sowie B_02/18 vom 29. November 2018 (unpubliziert), E. 5.3.

83 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

84 Müller (Fn. 19), S. 58 und S. 61; siehe z.B. Entscheid der Reko B_08/18 vom 2. Mai 2019 (unpubliziert), E. 9.2. Eine Tatsache gilt dabei als erwiesen (Regelbeweis), wenn die Rekurskommission – wie Gerichte generell – nach objektiven Gesichtspunkten von deren Richtigkeit überzeugt ist und keine vernünftigen Zweifel bleiben am Bestand der behaupteten Tatsache (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog [Fn. 19], Art. 18 N. 6 und Art. 19 N. 6; BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324).

ableiten möchte – nämlich eine genügende oder prädikatsverbessernde Leistungsbewertung. Es obliegt m. a.W. an ihm zu beweisen, dass die Vorinstanz seine Leistung falsch bewertet hat.[85]

3.4 Klassische Rechtsfragen im Prüfungskontext (Materielles)

Das Verfahren bei Beschwerden gegen Prüfungen dreht sich materiellrechtlich häufig um rechtsfehlerhaftes Ermessen. Nachfolgend sind daher die wesentlichen Ermessenskonstellationen bei Prüfungen und zugehörigen Ermessensfehler und Verfahrensmängel aufgeführt, gefolgt von typischen Rechtsfragen im Prüfungskontext wie z. B. die Prüfungsunfähigkeit oder das Akteneinsichtsrecht. Die Überprüfung auf Verfahrensmängel hin dient der Herstellung prozeduraler Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.[86] Der Beitrag behandelt daher anschliessend, inwiefern universitäre Prüfungshandlungen zur Verletzung von verfassungsmässigen Rechten führen können, wie die Verfahrensgarantien, Rechtsgleichheits- und Willküraspekte sowie die Ansprüche aus Treu und Glauben (Art. 8, 9 und 29 BV[87]).

a.) Falschanwendung universitären Rechts, Rechtsfehler beim Ermessen und Verfahrensmängel

Wie erwähnt schliesst Art. 76 Abs. 4 UniG eine Angemessenheitskontrolle aus. Die Rekurskommission kann daher nur bei Rechtsverletzungen einschreiten, also wenn die Universität Recht verletzt hat, z. B. indem sie universitäre Reglemente falsch anwendete oder ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausübte.

[85] Siehe Entscheid der Reko B_08/18 vom 2. Mai 2019 (unpubliziert), E. 9.2. Bei mündlichen oder praktischen Leistungskontrollen, bei denen die Examinatoren ihre Bewertung lediglich gestützt auf ihre eigenen Notizen darlegen, ist eine davon abweichende Sachverhaltsdarstellung naturgemäss nur schwer nachweisbar. Aus solchen Beweisschwierigkeiten ergibt sich aber noch keine Beweislastumkehr (vgl. BVGer B_6946/2016 vom 3. Mai 2018, E. 5.5). Die Rekurskommission verletzt das rechtliche Gehör jedoch nicht, wenn sie darauf verzichtet, alle beantragten Beweismassnahmen zu ergreifen, weil sie infolge bereits abgenommener Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in antizipierter Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebung nicht geändert würde (vgl. BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299 oder im Anwaltsprüfungskontext Urteil des BGer 2C_505/2019 vom 13. September 2019 E. 4.3.1).

[86] Vgl. Hördegen (Fn. 33), S. 81; ausführlich zur formalen Chancengleichheit Stephan Hördegen, Chancengleichheit im Prüfungsrecht, in: Caroni/Heselhaus/Mathis/Norer (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 655-678, S. 663 ff.

[87] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

Eine *Falschanwendung universitärer Reglemente* liegt z. B. vor, wenn die Universität eine Tatsache rechtlich falsch würdigt, sie sich nicht auf die massgebende Reglementsnorm stützt oder die massgebende Norm falsch anwendet (fehlerhafte Auslegung, Subsumtion oder falsche Rechtsfolgewahl).[88] So würde die Rechtswissenschaftliche Fakultät z. B. gegen Art. 12 Abs. 1 Bst. c Studienreglement RW (RSL RW)[89] verstossen, wenn sie eine einstündige statt eine zweistündige schriftliche Prüfung im Fachmodul öffentliches Recht I durchführte. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät wendete hingegen Art. 25 Abs. 5 RSL RW[90] korrekt an, als sie sämtliche Noten der abgelegten Leistungskontrollen einer Studierenden bis zur Obergrenze von 80 ECTS-Punkten an den Notendurchschnitt betreffend die Gesamtnote des Master of Law anrechnete und eine Wahlfreiheit für die Leistungen zwischen 70 und 80 ECTS-Punkte ausschloss.[91] Die Verletzung von Prüfungsvorschriften sind oft diejenigen Rechtsfehler, welche die Prüflinge in den sogleich umschriebenen Ermessenskonstellationen am einfachsten nachvollziehen können.

i.) Prüfungsstoff und -ausgestaltung

Leistungskontrollen sollen ermitteln, ob die Studierenden über die erforderlichen fachlichen und wissenschaftlichen Kenntnisse und Fähigkeiten gemäss Studiengang verfügen.[92] Die Prüfung muss sich dabei im Rahmen des *festgelegten Prüfungsstoffs* bewegen. Dieser kann, darf und wird häufig über den Stoff hinausgehen, den die Vorlesung vermittelt (z. B. Literaturhinweise zum Selbststudium).[93] Bei der *inhaltlichen Ausgestaltung* des Examens kommt

88 Siehe vorne S. 205 f.

89 Reglement über das Bachelor- und Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (RSL RW) vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014.

90 «Erbrachte Leistungskontrollen werden an die höchst zulässige Zahl von 80 ECTS-Punkten nach Artikel 22 Absatz 3 angerechnet» (Art. 25 Abs. 5 RSL RW [2009]).

91 Siehe VGE 100.2016.161 vom 8. März 2017 E. 3, wonach gemäss Praxis der Fakultät im Übrigen für Jurastudierende der Universität Bern im Master selbst dann keine Wahlfreiheit besteht, wenn die Obergrenze von 80 ECTS-Punkten überschritten würde (E. 3.2).

92 Siehe zur Leistungskontrolle im rechtswissenschaftlichen Studium der Universität Bern BVR 2018 S. 518 E. 3.1; allgemein Widrig (Fn. 67), Rz. 35, und Plotke (Fn. 42), S. 442.

93 An der Universität darf ein höheres Mass an selbständigem Studium gefordert werden als an der obligatorischen Schule. Die universitäre Ausbildung für wissenschaftliche Tätigkeiten und akademische Berufe (Art. 2 Abs. 1 Bst. a UniG) schliesst die Fähigkeit zu eigenständigem Arbeiten mit ein. Von den Studierenden dürfen daher Eigenleistungen in erheblichem Umfang gefordert werden (siehe Entscheid der Reko B_35/06 vom 21. Februar 2007 [Auszug publiziert], E. 2.d; Widrig [Fn. 67], Rz. 36 f.).

den Prüfungsorganen ein grosser Ermessensspielraum zu. Es liegt z. B. – anderslautende Reglemente des Studiengangs vorbehalten – im Ermessen des Prüfungsorgans, ob es im Examen sämtliche Teilbereiche eines Fachgebiets prüft oder nicht.[94] Die Prüfung darf nicht mehr und nichts anderes fordern, als sich aus der Prüfungsordnung ergibt.[95]

Zentral ist bei Prüfungsstoff und -ausgestaltung die *Eignung, die Kenntnisse und Fähigkeiten der Studierenden zuverlässig festzustellen*. Prüfungsaufgaben müssen sich also nach Form und Inhalt eignen, um Prüflinge, die das Ausbildungsziel erreicht haben, von denjenigen zu separieren, welche dies nicht erreicht haben.[96] Dies ist nicht gewährleistet, wenn einzelne Prüflinge im Voraus erfahren, welche Aufgaben die Prüfung stellen wird.[97] Als fragwürdig, aber noch rechtskonform bezeichnete das Verwaltungsgericht in diesem Kontext die erneute Verwendung einer alten, schriftlichen SchKG-Prüfung (ohne inhaltliche Änderungen), die den Studierenden z.T. bereits bekannt bzw. für diese allgemein zugänglich war.[98] Das Examen wäre dagegen untauglich – und damit zu wiederholen – gewesen, wenn sich aus den Gesamtumständen ergäbe, dass es den Prüflingen vorwiegend eine Gedächtnis- oder je nach Hilfsmittel (open-book-Examen) eine Abschreibeleistung abverlangt hätte. Dies traf im besagten Fall laut Verwaltungsgericht nicht zu.[99] Bei der nachträglichen Beurteilung der Gültigkeit einer Prüfung – z. B. bezüglich deren Tauglichkeit (Validität) – kommt der Universität respektive im Einzelfall der zuständigen Fakultät ein gewisses Ermessen zu (*Hochschulautonomie*), wie hohe Anforderungen sie an die Qualität und die Reputation der Ausbildung stellen will.[100] Diesen Umstand hat die Rekurskommission

94 Siehe z.B. Entscheid der Reko B_28/08 vom 18. Februar 2009 (Auszug publiziert), E. 3, wonach der Examinator sein Ermessen nicht überschreitet, wenn er in den Einführungsprüfungen des öffentlichen Rechts nur Fragen zum Staats- und Verfassungsrecht stellt, aber keine zum Verwaltungsrecht. Vgl. zum Ermessen vorne S. 204 ff.; Widrig (Fn. 67), Rz. 41 f.

95 Entscheide der Reko B_35/06 vom 21. Februar 2007 (Auszug publiziert), E. 2.d und B_28/08 vom 18. Februar 2009 (Auszug publiziert), E. 3; vgl. Widrig (Fn. 67), Rz. 41.

96 BVR 2018 S. 518 E. 3.1 m.w.H.

97 Siehe BVR 2018 S. 518 E. 3.2; vgl. aus der dt. Literatur Norbert Niehues/Edgar Fischer/Christoph Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München, Rz. 381 mit Beispielen aus der dt. Rechtsprechung.

98 BVR 2018 S. 518 E. 5.1; siehe kritisch dazu Benjamin Schindler, Schul- und Bildungswesen, ZBl 2019 S. 270-280, S. 277 ff.

99 BVR 2018 S. 518 E. 3.3 ff. und E. 5.1; vgl. dazu Niehues/Fischer/Jeremias (Fn. 97), Rz. 381 und Rz. 652 mit Beispielen aus der dt. Rechtsprechung.

100 Vgl. Schindler (Fn. 98), S. 279 f.; ausführlich zur Hochschulautonomie Mathias Kaufmann, Die Hochschulautonomie, Jusletter vom 16. September 2019, Rz. 1 ff.

wie auch das Verwaltungsgericht m. E. bei der Beurteilung von universitären Entscheiden zur Validität von Prüfungen zu beachten.[101]

ii.) Prüfungsorganisation, -ablauf und -dauer

Die Prüfungsorgane haben für einen reibungslosen und möglichst störungsfreien Prüfungsablauf zu sorgen. In Zusammenarbeit mit der zuständigen Fakultät (Dekanat und Sekretariate) haben sie die erforderlichen Prüfungsräume und -unterlagen bereitzustellen und das erforderliche Personal (Aufsichtspersonen oder Protokollführende) aufzubieten sowie die angemeldeten Studierenden über Ort, Termin und Hilfsmittel zu informieren[102].[103] *Geringe Störungen* wie z. B. leise Geräusche einer Klimaanlage oder gelegentliches, kurzes Hundebellen vermögen die Aussagekraft einer Leistungskontrolle nicht zu schmälern.[104] Ab wann eine Störung einen durchschnittlich empfindsamen Prüfling (objektiver Massstab) davon abhält, seine Fähigkeiten nachzuweisen, beurteilt sich u.a. anhand der Störungsintensität und -dauer im Verhältnis zur konkreten Examensform.[105] Die in der Prüfungsordnung (Reglemente des Studienganges) oder durch die Praxis festgelegte *zeitliche Dauer des einzelnen Examens* darf grundsätzlich nicht zum Nachteil der Kandida-

[101] Ähnlich auch Schindler in seiner Urteilsbesprechung, der das Verwaltungsgerichtsurteil im SchKG-Prüfungsfalls in diesem Punkt kritisiert (Schindler [Fn. 98], S. 280; vgl. aber insofern BVR 2018 S. 518 E. 3.1 ff. [VGE 100.2018.40 vom 28. September 2018]).

[102] Beim *Prüfungsaufgebot* handelt es sich um eine vorbereitende, administrative Massnahme der Fakultät zur Prüfungsorganisation, die mittels E-Mail ergehen darf (siehe Entscheid der Reko B_27/17 vom 7. Juni 2018 [unpubliziert], E. 9.2): Es informiert die angemeldeten Studierenden darüber, wo, wann und unter welchen Bedingungen (Dauer, erlaubte Hilfsmittel wie Duden, Gesetze oder «open book» etc.) sie die jeweilige Prüfung absolvieren können. Solche verwaltungsorganisatorischen Anweisungen, welche das Innenverhältnis zwischen Anstaltsnutzern (Studierenden) und der Universität (öffentlich-rechtliche Anstalt) regeln und dabei lediglich die Organisation und den Ablauf der Nutzungsberechtigung erfassen, haben keinen Verfügungscharakter (zum Verfügungsbegriff vorne S. 196 ff.). Sie sind verwaltungsrechtlich je nach Ausgestaltung als Dienstbefehl oder als Realakt zu qualifizieren (vgl. dazu Tschannen/Zimmerli/Müller [Fn. 25], § 38 Rz. 1 ff. und § 41 Rz. 3 ff.). Die Vorschriften des VRPG – i.V.m. Art. 76 Abs. 2 UniSt – über die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden sind nicht einschlägig. Die Fakultät darf Prüfungsaufgebote folglich per E-Mail zustellen (siehe Art. 76 Abs. 1 UniSt).

[103] Vgl. z. B. Art. 25 und Art. 29 ff. RSL RW; ferner Plotke (Fn. 42), S. 454 f.

[104] Vgl. Widrig (Fn. 67), Rz. 35 sowie aus der dt. Literatur z. B. Niehues/Fischer/Jeremias (Fn. 97), Rz. 472 f.

[105] Siehe dazu Niehues/Fischer/Jeremias (Fn. 97), Rz. 467 ff. mit vielen Praxisbeispielen aus der dt. Rechtsprechung.

tinnen und Kandidaten verkürzt werden.[106] Bei ausserplanmässigen Zeitverlusten (z. B. nachträgliche Ergänzungen der Aufgaben, fehlende Unterlagen, Verzögerungen infolge IT-Problemen etc.) können Prüfungsorgane entsprechende Zeitverlängerungen gewähren, um den störungsbedingten Zeitverlust auszugleichen.[107]

iii.) Anmerkungen zur Prüfungsbewertung

Die Bewertung der erbrachten Prüfungsleistungen erfolgt grundsätzlich in Punktzahlen und Noten.[108] Examinatorinnen und Examinatoren verfügen dabei über einen grossen Beurteilungsspielraum bei der Gewichtung der verschiedenen Aufgaben im Verhältnis zueinander sowie bei der Gewichtung der Überlegungen und Berechnungen, die zusammen die korrekte und vollständige Lösung auf eine bestimmte Prüfungsfrage ergeben. Dies gilt namentlich für die Frage, wie viele Punkte sie für eine konkrete abweichende oder nur teilweise korrekte Antwort erteilen.[109] Verbindliche Bewertungsraster dienen dabei dazu, das angewandte Bewertungssystem offenzulegen und nachvollziehbar zu machen.[110] Auf die Ansprüche, die sich für die Geprüften aus solchen Rastern ergeben, geht der Beitrag später unter dem Aspekt der formalen Chancengleichheit ein (siehe hinten S. 222 ff.). Eine rechtsfehlerhafte Bewertung (Ermessensmissbrauch) liegt stets dann vor, wenn diese gegen Vorgaben der Prüfungsordnung (insbesondere universitären Rechtssätzen) verstösst oder verfassungsmässige Rechte der Geprüften verletzt, also z. B. willkürlich oder rechtsungleich erfolgt (siehe hinten S. 221 ff.).

[106] Siehe BVR 2007 S. 433 E. 3.2.4; vgl. Widrig (Fn. 67), Rz. 37 m. Bsp. von unzulässigen Zeitverkürzungen.

[107] Siehe BVR 2007 S. 433 E. 3.2.4; Niehues / Fischer / Jeremias (Fn. 97), Rz. 476; allgemein zur Prüfungsdauer Marcel Koller, Was heisst «Faire Prüfung»?, Wallisellen 2002, S. 90 f., sowie zur Störung des Prüfungsablaufs S. 180.

[108] Siehe exemplarisch Art. 31 Abs. 1 und 2 RSL RW, wonach Leistungsnachweise zwingend mit Noten zwischen 1 und 6 (Notenskala mit Halbnotenschritte) zu bewerten sind; vgl. ferner Koller (Fn. 107), S. 122.

[109] Siehe z.B. den Entscheid der Reko B_04 / 18 vom 29. November 2018 (unpubliziert), E. 1.2.

[110] Siehe Widrig (Fn. 67), Rz. 21. So müssen z.B. der Korrektur von schriftlichen Leistungskontrollen im rechtswissenschaftlichen Studium laut Art. 31 Abs. 4 RSL RW Bewertungsschlüssel oder Musterlösungen zugrunde liegen.

b.) Frage der Prüfungs(un)fähigkeit

Sind Studierende aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage die Leistungskontrolle abzulegen, so müssen sie dies gemäss den Reglementen und Merkblättern der jeweiligen Fakultäten *unverzüglich melden*.[111] Zur Illustration dienen nachfolgend das Studienreglement und die Vorgaben der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.

i.) Abmeldung, Verschiebungsgesuch und Prüfungsabbruch

Jurastudierende, die aus einem wichtigen Grund verhindert sind, können nach Art. 35 Studienreglement RW (RSL RW) auf Gesuch hin Leistungskontrollen am nächstfolgenden Termin ablegen. Als *wichtiger Grund* gilt dabei namentlich Krankheit, Unfall oder der Todesfall einer nahestehenden Person.[112] Sie müssen der Dekanatsvorsteherin unverzüglich eine E-Mail mit einem schriftlichen Verschiebungsgesuch für die betroffenen Prüfungen senden – bei Krankheit oder Unfall zusammen mit einem *Arztzeugnis*.[113] Wer ohne wichtigen Grund einer Leistungskontrolle fernbleibt oder sich *ohne wichtigen Grund* nach dem offiziellen Rückzugstermin abmeldet, erhält laut Art. 36 Abs. 1 RSL RW im entsprechenden Fach die Note 1.

Liegt ein Prüfungsunfähigkeitsgrund vor, sollten Studierende *nicht zur Prüfung antreten oder diese unverzüglich abbrechen*, wenn die Unfähigkeit erst im Prüfungsverlauf eintritt. Wer eine Prüfung in Kenntnis einer bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigung absolviert oder fortsetzt, nimmt das Risiko eines Misserfolgs bewusst in Kauf und kann sich im Nachhinein nicht mehr auf die Prüfungsunfähigkeit als Annullierungsgrund berufen. Vielmehr gilt in solchen Fällen das – allenfalls ungenügende – Resultat der

[111] Vgl. Entscheid der Reko B_26/07 vom 7. Mai 2008, E. 2c (Auszug publiziert).

[112] Art. 37 Abs. 2 RSL RW; vgl. dazu ferner Plotke (Fn. 42), S. 452 f.

[113] Infos gemäss Homepage der rechtswissenschaftlichen Fakultät; siehe zum Erfordernis des Arztzeugnisses Art. 37 Abs. 3 RSL RW. Arztzeugnisse sind z. B. gemäss Praxis des Dekanats der rechtswissenschaftlichen Fakultät innert zehn Tagen einzureichen, wobei den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen ist.

Leistungsbewertung. Ansonsten könnten sich Studierende auf diese Weise eine zusätzliche Wiederholungsmöglichkeit erschleichen.[114]

ii.) Nachträgliche Geltendmachung (Ausnahme)

Macht ein Studierender oder eine Studierende eine Prüfungsunfähigkeit nach absolviertem Examen geltend, kann dies ausnahmsweise zu einer Annullierung der Leistungsbewertung führen, wenn die *Unfähigkeit* für die betroffene Person vor und/oder während des Examens *nicht erkennbar* war.[115] Die betroffene Person muss aus objektiver Sicht und unverschuldet nicht in der Lage gewesen sein, ihre Unfähigkeit in eigenverantwortlicher Willensausübung vorher vorzubringen. Ein derartiger Ausnahmefall liegt vor, wenn ihr im fraglichen Zeitpunkt die Fähigkeit fehlte, ihre gesundheitliche Situation soweit einzuschätzen, um überhaupt zu entscheiden, ob sie zur Prüfung antreten oder diese fortsetzen soll, oder bei einem entsprechenden Bewusstsein danach zu handeln.[116] Auch in diesen Konstellationen muss eine betroffene Person ihre Prüfungsunfähigkeit unverzüglich geltend machen, nämlich sobald sie diese erkennen konnte.[117] Sie muss sich dazu ihrer gesundheitlichen Beschwerden in den wesentlichen Merkmalen bewusst sein und deren Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit erfassen

[114] Siehe BVR 2010 S. 104 E. 4.1.1 m.w.H.; zur konstanten Praxis die Entscheide der Reko B_2/98 vom 29. Januar 1999, E. 4, B_26/07 vom 7. Mai 2008, E. 2c (Auszüge publiziert) oder jünger B_27/17 vom 7. Juni 2018 (unpubliziert), E. 12.4.1; vgl. z. B. auch Felix Baumann, Die Rekurskommission der Universität Freiburg: Organisation, Verfahren und ausgewählte Fragen, in FZR 2001 S. 235 ff., S. 269; Plotke (Fn. 42), S. 452 f. Vor Beginn von juristischen Prüfungen informieren die Aufsichtspersonen mit folgender Textpassage, die sämtliche Studierende zusätzlich bereits mit dem Prüfungsaufgebot erhalten haben: «Wichtig: Wer sich physisch oder psychisch nicht in der Lage fühlt, diese Prüfung zu schreiben, ist aufgefordert, den Prüfungsraum zu verlassen. In den nächsten Tagen ist ein Arztzeugnis vorzuweisen. Wer bleibt, hat die Prüfung zu schreiben.» (Prüfungsaufgebot zur schriftlichen Leistungskontrolle: Öffentliches Recht II + III vom 8. Januar 2020).

[115] Entscheide der Reko B_26/07 vom 7. Mai 2008 (Auszug publiziert), E. 2c oder jünger B_27/17 vom 7. Juni 2018 (unpubliziert), E. 12.4.1; vgl. Widrig (Fn. 67), Rz. 40.

[116] BVR 2010 S. 104 E. 4.1.2 sowie die Entscheide der Reko B_26/07 vom 7. Mai 2008 (Auszug publiziert), E. 2c oder jünger B_27/17 vom 7. Juni 2018 (unpubliziert), E. 12.4.1; vgl. Baumann (Fn. 114), S. 269 ff.

[117] Gemäss BVR 2010 S. 104 E. 4.1.2 ist zudem die Unverzüglichkeit in solchen Fällen daran zu bemessen, «*ab welchem Zeitpunkt die betroffene Person die krankhafte Verminderung ihrer körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit erkannt hat oder bei der generell zu erwartenden Sorgfalt hätte erkennen müssen*».

können – eine medizinische Diagnose einer bestimmten Krankheit ist dagegen nicht erforderlich.[118]

Die Rekurskommission wendet einen *strengen Massstab* an bei der Beurteilung, ob eine nachträglich vorgebrachte Prüfungsunfähigkeit der betroffenen Person tatsächlich entgehen konnte. So schliesst sie nur mit grosser Zurückhaltung auf eine rechtsrelevante Prüfungsunfähigkeit, die Betroffene erst nach Bekanntgabe der Prüfungsresultate «entdeckt» haben.[119]

c.) Akteneinsicht und Begründung der Bewertung

Der Anspruch auf *rechtliches Gehör* ist eine elementare Verfahrensgarantie (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 26 Abs. 2 KV[120]; Art. 21 VRPG), der u. a. das Recht auf Akteneinsicht umfasst (vgl. Art. 23 VRPG):[121] So haben die Studierenden einen Anspruch, sämtliche Akten einzusehen, welche dem universitären Entscheid zugrunde liegen können, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen deren Geheimhaltung erfordern.[122] Entsprechend muss das Prüfungsorgan den Examensabsolventen und -absolventinnen auf deren Verlangen hin Einsicht in die Prüfungsakten gewähren. Erst nach Akteneinsicht können die Studierenden überhaupt einschätzen, ob die Korrektur rechtmässig erfolgte, ob sie ein Rechtsmittel erheben sollten und wie ein solches zu begründen wäre.[123] Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt zudem die grundsätzliche *Pflicht* der Behörde – was auch für die Universität gilt[124] –, ihre *Entscheide zu begründen*.[125] Die Prüfungsentscheide (Bestanden oder

[118] Siehe BVR 2010 S. 104 E. 4.1.2; Entscheid der Reko B_27/17 vom 7. Juni 2018 (unpubliziert), E. 12.4.1.

[119] Siehe Entscheid der Reko B_27/17 vom 7. Juni 2018 (unpubliziert), E. 12.4.1 m.Vw. auf die Praxis betreffend die Unverzüglichkeit von Rücktrittserklärungen (VGE 2014/316 vom 5. Juni 2015 E. 4.6). Denkbar wäre allenfalls die nachträgliche Feststellung einer Krankheit, welche die Leistungsfähigkeit typischerweise mindert, so dass nach Art der Krankheit anzunehmen ist, dass sie – wenngleich noch unbekannt – die Leistungsfähigkeit auch bereits im Examen minderte (siehe dazu Niehues/Fischer/Jeremias [Fn. 97], Rz. 289).

[120] Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1).

[121] BVR 2012 S. 152 E. 2.3.1; siehe Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 41 Rz. 33 ff. und Rz. 54 ff. (Akteneinsichtsrecht).

[122] Siehe Art. 23 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 UniG; vgl. allgemein BGE 125 II 473 E. 4c/cc S. 478; BVR 2011 S. 27 E.2.2; Spichtin (Fn. 61), S. 1329; Geissbühler (Fn. 1), Rz. 380 ff.

[123] Siehe BGE 121 I 225 E. 2b S. 227 f.; Urteil des BGer 2D_7/2017 vom 6. Juni 2017 E. 3.1; BVR 2012 S. 152 E. 2.3.1 f.

[124] Siehe Art. 23 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG i.V.m. Art. 75 Abs. 1 UniG.

[125] Koller (Fn. 107), S. 122 f.; Spichtin (Fn. 61), S. 1329.

Nichtbestanden) begründen die Prüfungsorgane anhand des erbrachten Leistungsnachweises der Studierenden, was sich in Noten ausdrückt, die wiederum auf der erreichten Punktzahl und dem Notenschlüssel basieren.[126]

i.) Bei schriftlichen Prüfungen

Im Sinne einer transparenten Prüfungsbewertung gewährleistet das Akteneinsichtsrecht bei schriftlichen Leistungskontrollen eine Einsicht in die *entscheidrelevanten Dokumente*: (*i.*) die eigene Examensleistung (abgegebene Antwortblätter), (*ii.*) die Aufgabenstellung, (*iii.*) das Bewertungsraster (Musterlösung), aus dem die Punkteverteilung hervorgeht (*iv.*) inklusive Notenschlüssel.[127] Es umfasst zudem die Möglichkeit, eine Kopie der Unterlagen zu machen oder zumindest Notizen dazu anfertigen zu dürfen sowie hinreichend Zeit, die Bewertung in Ruhe nachvollziehen zu können.[128] Bestehen in Ausnahmefällen *angemessene, berechtigte Geheimhaltungsinteressen* der Universität, muss sie die Prüfungsunterlagen nicht herausgeben, wenn sie den Studierenden in anderer geeigneter Form Einsicht in die Dokumente gewährt. So lag keine Gehörsverletzung vor, wenn Studierende bei spezifischen Multiple-Choice-Fragen, deren Erstellung ausserordentlich arbeits- und kostenintensiv sind, Einsicht unter Aufsicht erhielten, wobei sie die Fragen und Antworten nicht im Wortlaut abschreiben oder fotografieren durften.[129] Aus der Begründung muss für die Studierenden stets ersichtlich sein, welche Aufgabe sie korrekt erfüllt haben, wo in ihrer Arbeit Mängel bestehen und welche Lösung respektive Problemanalyse die Prüfungssteller erwarteten.[130] *Kein Einsichtsrecht* gewährten Universität und Rekurskommission dagegen bis anhin bei universitätsinternen organisatorischen Anweisungen wie z. B. Hinweise zur Koordination der Korrektur zwischen den vorkorrigierenden Assistierenden und der prüfungsverantwortlichen Person.[131]

126 Vgl. z. B. Art. 31 Abs. 1, 2 und 4 RSL RW; Koller (Fn. 107), S. 122.

127 Siehe BGE 121 I 225 E. 2d S. 229; BVR 2012 S. 152 E. 2.3.1; siehe auch Widrig (Fn. 67), Rz. 20 f.

128 Siehe BVR 2012 S. 152 E. 2.3.1; siehe Widrig (Fn. 67), Rz. 17 und Rz. 51.

129 Siehe Entscheid der Reko B_22 / 17 vom 14. August 2018 (unpubliziert), E. 7.

130 Siehe Entscheid der Reko B_29 / 13 vom 10. Juni 2014 (Auszug publiziert), E. 7.2.

131 Die Rekurskommission stützte im Entscheid B_02/2018 vom 29. November 2018 (unpubliziert) E. 7.4 die Praxis, wonach die Rechtsfakultät organisatorische Anweisungen nicht herausgab, die keine zusätzlichen Bewertungskriterien enthielten zu veröffentlichten Prüfungsunterlagen und zur Prüfungsbesprechung im Plenum.

Die *Arbeiten anderer Prüflinge* gehören gemäss Rechtsprechung grundsätzlich nicht zu den Akten, die eine Kandidatin oder ein Kandidat einsehen kann. Eine Einsicht kann jedoch gewährt werden, wenn Betroffene konkrete Anhalts- oder Verdachtspunkte vorbringen, die auf eine rechtsungleiche Behandlung schliessen lassen.[132] Bei der Einschätzung der Verdachtsmomente kommt der Rekurskommission erhebliches Ermessen zu.[133] Der Anspruch auf Einsicht in die (anonymisierten) Akten der anderen Prüflinge ist dabei laut Bundesgericht aber umso weniger zu bejahen, je besser die Akten des betreffenden Kandidaten eine absolute Beurteilung erlauben und je klarer diese Beurteilung ausfällt.[134]

ii.) Bei mündlichen Prüfungen

Laut Bundesgericht haben Studierende keinen verfassungsmässigen Anspruch darauf, dass Prüfungsorgane bei mündlichen Prüfungen ein inhaltliches Protokoll erstellen – also zumindest stichwortartig Fragen und Antworten festhalten.[135] Freiwillig erstellte Handnotizen von Examinatorinnen und Beisitzenden sind insofern interne Aufzeichnungen, die das Akteneinsichtsrecht als verwaltungsinterne Akten nicht erfasst.[136] Entscheidrelevante und damit *einsehbare Prüfungsakten* sind dagegen die *reglementarisch (formell) vorgesehenen Protokolle und Aufzeichnungen*. Der verbreiteten Empfehlung

[132] BGE 121 I 225 E. 2c S. 228; Urteil des BGer 2D_10/2019 vom 6. August 2019 E. 3.2; vgl. kritisch dazu Spichtin (Fn. 61), S. 1330 und Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 877. Einer Akteneinsicht in die Prüfungen anderer Studierender stehen die öffentlichen Interessen an einer praktikablen Durchführung von Prüfungsbeurteilungen und die privaten Interessen der übrigen Kandidatinnen und Kandidaten entgegen (siehe Urteil des BGer 2D_7/2017 vom 6. Juni 2017 E. 3.1). Bei universitären Prüfungsarbeiten, welche die Studierenden anonymisiert abgeben (ohne Namen, bloss mit Matrikelnummer versehen; anders als bei Schulprüfungen), dürfte das private Interesse nicht allzu hoch zu gewichten sein (vgl. dazu auch Spichtin [Fn. 61], S. 1330). Auch der Mehraufwand (Praktikabilitätsüberlegung) dürfte sich m.E. in Einzelfällen in Grenzen halten, insbesondere bei Examen, bei denen sämtliche Prüfungsarbeiten bereits als Scan vorliegen, sowie bei Prüfungen, welche die Studierenden elektronisch verfassen (PC), was in Zukunft wohl zur Praxis werden könnte.

[133] Vgl. Spichtin (Fn. 61), S. 1330 mit Basler Rechtsprechungsbeispielen.

[134] BGE 121 I 225 E. 2d S. 228 f.

[135] Siehe exemplarisch Urteil des BGer 2D_25/2011 vom 21. November 2011 E. 3.2 m.w.H.; laut Baumann (Fn. 114), S. 266 besteht aber zumindest ein Anspruch auf die Protokollierung der formellen Prüfungsaspekte (Dauer, Anwesende und besondere Vorkommnisse).

[136] Urteile des BGer 2C_505/2019 vom 13. September 2019 E. 4.1 m.w.H. und 2D_29/2015 vom 27. November 2015 E. 2.3; siehe Spichtin (Fn. 61), S. 1330 f.; kritisch Widrig (Fn. 67), Rz. 23 ff.

im Schrifttum[137] folgend statuieren viele Studienreglemente u. a. aus Beweisgründen und als Willkürschutz, dass eine beisitzende Person an mündlichen Leistungskontrollen teilnimmt und ein inhaltliches Protokoll verfasst. Teilweise fordern die Reglemente zusätzlich eine akustische Aufzeichnung.[138] Namentlich die Tonaufnahme ist ein einfaches, aber äusserst aussagekräftiges und praxistaugliches Mittel, um ein mündliches Examen zu rekonstruieren. Sie gibt nicht nur präziser als ein stichwortartiges Protokoll wieder, was Studierende geantwortet haben, sondern auch, wie sie dies taten (Sprechpausen, Zögern, Blättern im Gesetz etc.), und dies erst noch im Verhältnis zur Redezeit des Examinatoren oder der Examinatorin.[139] Unabhängig von einer reglementarischen Protokollierungs- und Aufzeichnungspflicht müssen die Prüfungsorgane *auch nach Monaten den Verlauf einer mündlichen Prüfung zumindest in groben Zügen nachvollziehbar rekonstruieren können*:[140] die

[137] Widrig (Fn. 67), Rz. 25 und Rz. 53; Aubert (Fn. 32), S. 143; Baumann (Fn. 114), S. 266; ausführlich zum Prüfungsprotokoll – wenn auch im dt. Recht – Niehues/Fischer/Jeremias (Fn. 97), Rz. 455 ff.

[138] Exemplarisch Art. 40 Abs. 2 RSL RW: «*Eine Drittperson wohnt der Prüfung bei und erstellt ein Prüfungsprotokoll, aus welchem in den Grundzügen die Prüfungsfragen, die Antworten sowie der Prüfungsablauf hervorgehen. Das Prüfungsgespräch wird akustisch aufgezeichnet*». Abweichend z. B. Art. 37 Reglement über das Studium und die Leistungskontrollen für den Masterstudiengang Humanmedizin und den Masterstudiengang Zahnmedizin an der Medizinischen Fakultät der Universität Bern vom 7. Oktober 2009 mit Änderungen vom 8. Juli 2015 (RSL Med/Dent Med): Bei strukturierten mündlichen Prüfungen oder strukturierten mündlich-praktischen Prüfungen mit mehreren Posten kann auf einen Beisitzer verzichtet werden (Abs. 3), zudem ist allein sicherzustellen, dass der Prüfungsverlauf nachträglich rekonstruierbar ist (Abs. 2). Dies ist anstelle eines wörtlichen Protokolls auch mithilfe einer elektronischen Checkliste des Examinators pro Posten gewährleistet (siehe Entscheid der Reko B_08/18 vom 2. Mai 2019 [unpubliziert], E. 12; vgl. Entscheid der Reko B_26/13 vom 10 Juni 2014 [Auszug publiziert], E. 7.3.1 f.).

[139] Gemäss Ulrich Zimmerli (Prof. und Präsident der damaligen Rekurskommission der Universität Bern) haben sich die Tonaufzeichnungen bewährt: «*Studenten können nicht aus dem Bauch heraus Vorwürfe erheben. Und Professoren können sich die Fragen nicht erst beim Betreten des Zimmers überlegen.*» (Zitat nach Venutti Dario, Notentanz, NZZ Folio 2004/10; siehe auch Widrig [Fn. 67], Rz. 53). Insbesondere bei öffentlichen Examen können Examinatoren in Einzelfällen versucht sein, eher zu viel und für das Publikum zu sprechen (dozieren). Dass z. B. die mündlichen Anwaltsprüfungen im Kanton Bern nicht akustisch aufgezeichnet werden, obwohl die rechtliche Grundlage dafür bestünde (Art. 15 Abs. 1 Verordnung über die Anwaltsprüfung vom 25. Oktober 2006 [APV; BSG 168.221.1]), wirkt daher angesichts der langjährigen Praxis der Universität Bern etwas verstaubt und wenig transparent.

[140] Siehe Entscheid der Reko B_26/13 vom 10. Juni 2014 (Auszug publiziert), E. 7.3.2, wonach der Untersuchungsgrundsatz, der im Verwaltungsverfahren generell und so auch für die Universität und im Rekursverfahren gilt, das Ermessens der Prüfungsorgane diesbezüglich begrenzt, da die Behörden den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abklären müssen (siehe Art. 18 Abs. 1 VRPG); vgl. BVR 2012 S. 326 E. 4.1.

gestellten Prüfungsfragen, die darauf erfolgten Antworten sowie die erwartete korrekte Musterlösung.[141] Ohne irgendeine Form der schriftlichen oder akustischen Gedankenstütze (Aufzeichnungen, Checklisten, Notizen etc.) lässt sich dies nach mehreren Monaten kaum mehr bewerkstelligen.

Sofern das kantonale Recht oder universitäre Reglemente keine weitergehenden Anforderungen (z.B. Schriftlichkeit) stellen, reicht es aber aus, wenn die Prüfungsorgane dem Betroffenen kurz darlegen – auch nur mündlich –, welche Lösung (Problemanalyse) im Examen erwartet wurde und inwiefern seine Antwort dieser entsprach bzw. davon abwich, und eine weitergehende Begründung und rechtliches Gehör erst im Rechtsmittelverfahren vornehmen.[142] Darauf ist nachfolgend einzugehen.

iii.) Zeitpunkt der Begründung und Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel

Die Prüfungsentscheide (Bestanden oder Nichtbestanden) begründen die Prüfungsorgane anhand des erbrachten Leistungsnachweises der Studierenden, was sich in Noten ausdrückt, die wiederum auf der erreichten Punktzahl und dem Notenschlüssel basieren.[143] Gemäss Bundesgericht ist der Anspruch auf Akteneinsicht und Begründung nicht bereits dadurch verletzt, dass die Prüfungsbehörde sich vorab darauf beschränkt, die Noten zu eröffnen.[144] Es ist rechtsprechungskonform, aber m. E. wenig sinnvoll, wenn die jeweilige Fakultät die *Begründung erst im Rechtsmittelverfahren nachliefert* und die betroffenen Studierenden mit einem zweiten Schriftenwechsel die Möglichkeit erhalten, erneut zur Sache Stellung zu nehmen (Heilung der Gehörsverletzung).[145] Ist dies nicht möglich, so führt die Verletzung des

141 Siehe BVR 2012 S. 326 E. 4.1; Entscheid der Reko B_27/02 vom 2. Oktober 2002 (Auszug publiziert) zu einem Protokoll, das den Anforderungen nicht genügte.

142 Siehe z.B. jüngst in den Urteilen des BGer 2C_505/2019 vom 13. September 2019 E. 4.2.1 und 2D_10/2019 vom 6. August 2019 E. 4.2.

143 Vgl. z.B. Art. 31 Abs. 1, 2 und 4 RSL RW; Koller (Fn. 107), S. 122.

144 So jüngst im Urteil des BGer 2C_505/2019 vom 13. September 2019 E. 4.2.1.

145 Vgl. Urteile BGer 2C_505/2019 vom 13. September 2019 E. 4.2.1 und 2D_29/2015 vom 27. November 2015 E. 2.2; BVR 2012 S. 326 E. 4.1; Widrig (Fn. 67), Rz. 24. Zumindest in Fällen, in denen die vollständige Begründung der Universität erst im Verfahren vor der Rekurskommission kommt, hat diese daher einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen (vgl. Helg [Fn. 60], S. 215).

rechtlichen Gehörs – ungeachtet der materiellen Auswirkungen – zur Aufhebung des ergangenen Entscheids (formelle Natur des rechtlichen Gehörs).[146]

d.) Verletzung von Treu und Glauben

Der Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV sowie aus Art. 11 KV und gilt auch zwischen der Universität Bern und ihren Studierenden.[147] So haben Letztere einen Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen geschützt zu werden, das in universitären Auskünften und Zusicherungen gründet oder in anderem universitärem Verhalten, das bestimmte Erwartungen weckte (*Vertrauensschutz*). Dazu müssen die folgenden fünf Kriterien erfüllt sein:[148] (*i.*) Die Auskunft der Universität bezog sich auf eine konkrete Angelegenheit – z.B. betreffend Hilfsmittel in einer spezifischen Prüfung – und wurde vorbehaltslos erteilt; (*ii.*) das universitäre Organ – z. B. das Dekanat, oder eine Professorin oder ein Professor – war für die Auskunft zuständig oder Studierende durften es im Fall der fehlenden Zuständigkeit aus zureichenden Gründen als zuständig erachten;[149] (*iii.*) die universitäre Auskunft war nicht offensichtlich unrichtig und die Studentin oder der Student musste die Unrichtigkeit daher nicht erkennen; (*iv.*) infolge der Auskunft hat die betroffene Person Vorkehrungen (Vertrauensbetätigung) getroffen – wie z. B. Studienleistungen erbracht oder Hilfsmittel erworben – , die sie nicht ohne Nachteil rückgängig machen kann; (*v.*) und die Rechts- und Sachlage hat sich seit der Auskunft nicht mehr verändert, wobei diesem Kriterium bei Zusicherungen[150] keine Bedeutung zukommt. Selbst wenn diese Kriterien allesamt erfüllt sind, bleibt abzuwägen, ob ausnahmsweise das öffentliche In-

146 Siehe BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17 sowie jüngst im Prüfungskontext Urteil des BVGer B-1985/2019 vom 22. Juli 2019 E. 6.

147 Vgl. Geissbühler (Fn. 1), Rz. 365; allgemein zu Treu und Glauben Kiener/Kälin/Wyttenbach (Fn. 121), § 34 Rz. 1 ff.

148 Siehe zu den Prüfkriterien des Vertrauensschutzes BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193; Kiener/Kälin/Wyttenbach (Fn. 121), § 34 Rz. 10 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, (Fn. 25), § 22 Rz. 10 ff.; als Praxisbeispiele Entscheide der Reko B_7/01 vom 19. Juni 2001, E. 4 und B_04/08 vom 3. Juli 2008, E. 2 (Auszüge publiziert).

149 Nach Geissbühler würde dies bei der Aussage einer Dozentin oder eines Dozenten ausserhalb des eigenen Kurses bereits nicht mehr zutreffen (Geissbühler [Fn. 1], Rz. 369). Zuständig zur Auskunftserteilung ist diejenige Person (Organ), die auch einen Entscheid in der Sache über die entsprechende Frage zu fällen hätte (Entscheid der Reko B_7/01 vom 19. Juni 2001 [Auszug publiziert], E. 4.a.), was sich nach den Rechtsgrundlagen der Universität bestimmt.

150 Zur Zusicherung Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 22 Rz. 19 f.

teresse an der richtigen Rechtsanwendung nicht trotzdem überwiegt. Gegebenenfalls bliebe die fragliche Anordnung der Universität bestehen und der Nachteil der oder des Betroffenen wäre anderweitig auszugleichen.[151]

e.) Verletzung des Willkürverbots

Gemäss Art. 9 BV und Art. 11 KV hat jede Person Anspruch darauf, dass staatliche Organe – wie vorliegend die Universität – sie ohne Willkür behandeln.[152] Bei der Bewertung von universitären Leistungskontrollen liegt Willkür vor, wenn sich die Prüfungsleitung (Examinator/in) von sachfremden oder sonst wie offensichtlich unhaltbaren Erwägungen hat leiten lassen, so dass die Bewertung unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als nicht mehr vertretbar erscheint.[153] Die *Rekurskommission prüft* die strittige Bewertung der Studienleistung nicht in allen Einzelheiten, sondern *summarisch* auf Folgendes: Stützt sich die Bewertung auf klar erkennbar sachwidrige Kriterien, auf eine widersprüchliche Gewichtung der plausibel festgestellten Mängel der studentischen Leistung oder auf widersprüchliche Angaben zum Bewertungsverfahren.[154] Bei schriftlichen Examen vergleicht die Rekurskommission dazu namentlich die Lösungsskizze (Bewertungsraster) und die Prüfungsarbeit.[155] Willkürlich wäre z. B. eine Prüfungsbewertung, bei der das Prüfungsorgan nur die ersten fünf Seiten einer eingereichten Arbeit bei der Korrektur berücksichtigte, obwohl die umfangmässig reglementskonforme Arbeit insgesamt fünfzehn Seiten umfasst.[156] *Keine willkürliche Bewertung*

151 Siehe Entscheid der Reko B_04/08 vom 3. Juli 2008 (Auszug publiziert), E. 2c.aa; allgemein Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 22 Rz. 13 ff. m.w.H.

152 Gemäss Bundesgericht liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder ein unumstrittener Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist aber nur aufzuheben, sofern nicht bloss dessen Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133).

153 BGE 131 I 467 E. 3.1 S. 473; siehe Geissbühler (Fn. 1), Rz. 258 ff.; vgl. mit zahlreichen Beispielen aus der dt. Rechtsprechung Niehues/Fischer/Jeremias (Fn. 97), Rz. 639 ff.

154 Vgl. dazu z. B. die Entscheide der Reko B_15/99 vom 13. Dezember 1999 (Auszug publiziert), E. 6.b ff. oder jünger B_04/18 vom 29. November 2018 (unpubliziert), E. 8.1.

155 Entscheid der Reko B_04/18 vom 29. November 2018 (unpubliziert), E. 8.1; siehe auch BGE 121 I 225 E. 2d S. 229; BVR 2012 S. 152 E. 3.2.1. Finden sich auf dem Korrekturblatt Radierspuren, so ist dies unerheblich und deutet keineswegs auf eine willkürliche Punktevergabe hin (Entscheid der Reko B_04/18, ibd., E. 8.2.1).

156 Fiktives Beispiel des Autors.

(Ermessensmissbrauch) sah die Rekurskommission dagegen darin, dass das Bewertungsraster zu einer juristischen Bachelorarbeit (Falllösung) 50 Prozent der möglichen Punkte für formale Gesichtspunkte vorsah, wie u. a. das korrekte Zitieren, die Literaturauswahl, die wissenschaftlich präzise Schreibweise und einen stringenten Arbeitsaufbau.[157]

f.) Verletzung der Rechtsgleichheit

Art. 8 BV zur Rechtsgleichheit verankert einerseits ein Gleichbehandlungsgebot (Abs. 1)[158] und andererseits ein Diskriminierungsverbot (Abs. 2). Bei Examen(srekursen) widerspiegelt sich dies in zwei Anwendungskategorien: der formalen und der materialen Chancengleichheit bei Prüfungen.

i.) Formale Chancengleichheit

Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV und in Art. 10 Abs. 1 KV vermittelt Prüfungsabsolvierenden gemäss Rechtsprechung einen Anspruch auf rechtsgleiche Prüfungsbedingungen im Prüfungsverfahren (*formale Prüfungschancengleichheit*)[159].[160] Neben der materiell gleichwertigen Aufgabenstellung und einem geordneten Prüfungsablauf umfasst dies bei schriftlichen Prüfungen auch die Examenshilfen (Zusatzinformationen).[161] Erhalten nicht alle Prüflinge dieselben Materialien, Erläuterungen oder Hinweise vor oder während der Prüfung, widerspricht dies dem Grundsatz der

[157] Siehe Entscheid der Reko B_02 / 18 vom 29. November 2018 (unpubliziert), E. 9.4.

[158] Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Gleiches ist demnach nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Staatliche Organe – wie z. B. die Universität – verletzen die Rechtsgleichheit, wenn sie Sachverhalte unterschiedlich oder gleich behandeln, obwohl dafür keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind oder sich die Handlung auf keine wesentlichen Tatsachen bezieht (siehe BGE 141 I 153 E. 5.1 S. 157; BGE 134 I 23 E. 9.1 S. 42 f.; ausführlich Kiener / Kälin / Wyttenbach [Fn. 121], § 35 Rz. 8 ff.).

[159] Hördegen (Fn. 86), S. 663.

[160] Urteile des BGer 2D_34 / 2012 vom 26. Oktober 2012 E. 4.2 und 2D_25 / 2011 vom 21. November 2011 E. 5; siehe auch BVR 2018 S. 518 E. 4.1 und BVR 2007 S. 433 E. 3.2.3.

[161] BVR 2018 S. 518 E. 4.1; Urteil des BGer 1P.420/2000 vom 3. Oktober 2000 E. 4b; Hördegen (Fn. 86), S. 664; Koller (Fn. 107), S. 88 ff., insb. zu Hilfsmitteln S. 93 f.

rechtsgleichen Prüfungsbedingungen.[162] Dasselbe gilt, wenn die Prüfungsleitung einzelnen Prüfungsabsolventen angesichts der Gesamtdauer wesentlich mehr Zeit zur Lösung der Aufgaben gewährt als andern Kandidatinnen und Kandidaten.[163] Die Anwendung unterschiedlicher Notenskalen für dieselbe Prüfung verstösst ebenfalls gegen das Gleichbehandlungsgebot.[164] Verwenden Examinatoren ein verbindliches Bewertungsraster, aus dem eine genaue Punkteverteilung für jede Teilantwort hervorgeht, so haben die Geprüften einen Anspruch, diejenigen Punkte zu erhalten, die ihnen gemäss Raster für eine Teilleistung zustünden.[165] Korrigieren mehrere Examinatoren schriftliche Prüfungsleistungen derselben Prüfung (Fragestellung) – insbesondere bei rudimentär ausgestalteten Korrekturrastern –, so müssen sie sich m.E. folglich soweit koordinieren und absprechen, dass sie eine einheitliche Korrekturpraxis gewährleisten können.[166] Können die Studierenden gemäss Reglement bloss ungenügende, jedoch keine genügenden Noten wiederholen, so verletzt dies nicht das Rechtsgleichheitsgebot.[167]

[162] Urteil des BGer 1P.420/2000 vom 3. Oktober 2000 E. 4b; Hördegen (Fn. 86), S. 664; Koller (Fn. 107), S. 41 ff. und S. 88 ff. Eine frühere Prüfungsaufgabe erneut zu verwenden, verstösst für sich alleine noch nicht gegen den Grundsatz der Chancengleichheit, selbst wenn einzelne Prüflinge von den alten Prüfungsunterlagen keine Kenntnis erlangt haben. Massgebend ist vielmehr, ob sämtlichen Kandidatinnen und Kandidaten dieselben Möglichkeiten zustehen, an die relevanten universitären Informationen zu gelangen. Hierbei ist den Studierenden eine gewisse Eigeninitiative bei der Beschaffung von Prüfungsunterlagen zuzumuten (BVR 2018 S. 518 E. 4.1).

[163] Urteil des BGer 1P.420/2000 vom 3. Oktober 2000 E. 4b; Koller (Fn. 107), S. 91 f.; Hördegen (Fn. 86), S. 664.

[164] Koller (Fn. 107), S. 170.

[165] So die gefestigte Praxis des Bundesverwaltungsgerichts: BVGE 2008/14 E. 4.3.2 S. 186 f., zuletzt z. B. im Urteil B-357/2018 vom 16. Mai 2019 E. 4.2.1; siehe Hördegen (Fn. 86), S. 664. Dasselbe sollte m.E. bezüglich der Verteilung von Bonus- oder Negativpunkten gelten: Bei der Bewertung müssen Prüfungsorgane solche entweder nach einheitlichen Kriterien bei sämtlichen Prüfungen berücksichtigen oder komplett darauf verzichten.

[166] Die Lehrstühle des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern organisieren daher die Korrektur von Massenprüfungen – soweit möglich – so, dass die eingesetzten Assistierenden jeweils nur eine oder zwei Aufgaben vorkorrigieren, diese dafür bei sämtlichen Examen. Die Nachkorrektur aller Examen erfolgt dann nur durch eine Person (zuständige Professorin oder Professor), was die Korrektur zusätzlich vereinheitlichen soll.

[167] Siehe VGE 100.2016.161 vom 8. März 2017 E. 4.4.

Der *Nachweis* einer rechtsungleichen Korrektur ist insofern *schwierig*, als sich eine allfällige rechtsungleiche Behandlung oft praktisch nur substanziieren lässt, wenn die Akten anderer Prüflinge bekannt sind.[168] Einsicht in diese erhalten könnte ein Betroffener – wie erwähnt – nur, wenn er konkrete Verdachtsmomente vorbringt.[169] Dies gelingt ihm meist nur, wenn er bereits im Besitz vereinzelter derartiger Akten ist, z.B. dank anderer Kandidatinnen und Kandidaten, die ebenfalls Einsicht in ihre Prüfungsunterlagen verlangt haben und deren Korrektur von seiner eigenen abweicht.[170] Bloss vage Gespräche mit andern Kandidaten über ihre Prüfung begründen dagegen noch keinen hinreichenden Verdachtsmoment.[171]

Der Grundsatz der Chancengleichheit fordert, zwar die *grösstmögliche formale Gleichheit* herzustellen, er gilt *jedoch nicht absolut*: Gewisse Ungleichheiten wie unterschiedliche Prüfungszeitpunkte, z.B. bei mündlichen Examen, lassen sich aus organisatorischen Gründen nicht verhindern. Ebenso wenig kann die Universität persönliche Präferenzen oder Unpässlichkeiten der Prüfungskandidaten und -kandidatinnen, z.B. infolge der Wetterlage, berücksichtigen.[172] Dasselbe gilt für die Prüfungsangst oder -nervosität, es sei denn, sie erreichen den Grad einer psychischen Krankheit.[173] Formale Ungleichbehandlungen bilden zudem stets nur dann einen *rechtserheblichen Nachteil (Verfahrensmangel)*, wenn sie in kausaler Weise das Examensergebnis eines Kandidaten entscheidend beeinflussen können oder beeinflusst hätten.[174] Zudem besteht im universitären wie allgemein im Verwaltungsverfahren grundsätzlich *kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht – Legalität*

[168] Siehe BGE 121 I 225 E. 2c S. 228; Urteil des BGer 2D_7/2017 vom 6. Juni 2017 E. 3.1. Zudem kann eine vereinzelte, abweichende Korrektur im Vergleich zweier Prüfungen zwar Verdachtsmomente wecken. Handelt es sich bei der Abweichung in der Prüfung eines andern Prüflings aber bloss um einen offensichtlichen Korrekturfehler zu dessen Gunsten (Einzelfall), kann die betroffene Person daraus noch keine Ansprüche ableiten (kein Gleichbehandlungsanspruch im Unrecht; siehe sogleich S. 224 f.).

[169] Siehe vorne S. 217; vgl. BGE 121 I 225 E. 2c S. 228.

[170] Siehe Spichtin (Fn. 61), S. 1330; Müller/Schefer (Fn. 132), S. 877.

[171] Vgl. BGE 121 I 225 E. 2c S. 228.

[172] Hördegen (Fn. 86), S. 664 ff. m.w.H. zu Rechtsprechung und Lehre; siehe auch BVR 2007 S. 433 E. 3.2.3.

[173] BVR 2007 S. 433 E. 3.2.5. Nicht als Prüfungsunfähigkeit gilt die sog. «Prüfungssperre» (Blackout), also eine durch die Prüfungssituation ausgelöste Störung im Sinne einer gesteigerten Examensangst bis hin zur Blockade (siehe Baumann [Fn. 114], S. 271; Geissbühler [Fn. 1], Rz. 589).

[174] Urteil des BGer 1P.420/2000 vom 3. Oktober 2000 E. 4b; vgl. Urteil des BGer 2D_25/2011 vom 21. November 2011 E. 5; BVR 2018 S. 518 E. 4.2; Hördegen (Fn. 86), S. 664.

kommt vor Egalität.[175] Ausnahmsweise ist eine rechtswidrige Gleichbehandlung zu bejahen, wenn (*i.*) die Universität in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht, (*ii.*) sie zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden wird und (*iii.*) der gesetzeswidrigen Begünstigung der Studierenden im Einzelfall keine gewichtigen öffentlichen Interessen und keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen.[176]

ii.) Nachteilsausgleich (materiale Chancengleichheit)

Der Nachteilsausgleich soll Prüfungskandidatinnen und -kandidaten mittels angemessener Ausgleichsmassen (äussere Prüfungsbedingungen) ermöglichen, diejenigen Fähigkeiten nachzuweisen, welche die jeweilige Leistungskontrolle feststellen soll.[177] So können Studierende mit einer Behinderung oder chronischen Krankheit an der Universität Bern einen Nachteilsausgleich beantragen, wenn sie aufgrund des Nachteils gewisse Studienleistungen oder Leistungskontrollen nicht in der eigentlich vorgeschriebenen Form erbringen können.[178] Als Massnahmen in Betracht kommen namentlich Zeitzuschläge (Schreibzeitverlängerungen), die Zulassung von Hilfsmitteln wie PC, Laptops oder allenfalls sogar einer Hilfsperson. Massnahmenausgestaltung und -umfang bestimmen sich gemäss Lehre nach dem Ausmass der Funktionsbeeinträchtigung und dem geforderten Leistungsnachweis (Prüfungszweck).[179]

3.5 Verfahrens- und Parteikosten

Die Verlegung von Partei- und Verfahrenskosten richtet sich gemäss der universitären Gesetzgebung nach den Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG),[180] wobei sich die Höhe der Verfahrenskosten nach Art. 19-

175 Siehe Entscheid der Reko B_7/01 vom 19. Juni 2001 (Auszug publiziert), E. 3; Geissbühler (Fn. 1), Rz. 394; vgl. allgemein BGE 135 IV 191 E. 3.3 S. 194; Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 23 Rz. 18.

176 Siehe Entscheid der Reko B_7/01 vom 19. Juni 2001 (Auszug publiziert), E. 3; allgemein zu den Kriterien Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 25), § 23 Rz. 19 f.

177 Siehe Hördegen (Fn. 86), S. 667 ff. m.w.H. zu Rechtsprechung und Lehre; vgl. dazu ferner z.B. BVGE 2008/26 E. 4.4 m.w.H.

178 Siehe die Informationen auf der Homepage der Universität (abrufbar unter: «https://www.unibe.ch/studium/beratungsangebote/studium_und_behinderung/studieninteressierte_und_studierende/index_ger.html» besucht am 7. Februar 2020). Unklar ist in dem Kontext z.B., ob überhaupt, gegebenenfalls ab welchem Grad und wie die Legasthenie oder das Asperger-Syndrom im Einzelfall zu berücksichtigen sind.

179 Siehe Hördegen (Fn. 86), S. 671; Koller (Fn. 107), S. 102.

180 Art. 75 Abs. 1 UniG sowie Art. 16 Abs. 1 Reko-Rgl. (Fn. 7).

22 der kantonalen Gebührenverordnung (GebV)[181] bestimmt.[182] Die Rekurskommission erhebt grundsätzlich keinen Kostenvorschuss.[183]

Die Verfahrenskosten hat grundsätzlich die unterliegende Partei zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Verteilung der Parteikosten richtet sich ebenso nach dem *Unterliegerprinzip* (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Sofern keine anwaltliche Vertretung involviert ist, spielen Parteikosten im Verfahren vor der Rekurskommission grundsätzlich keine Rolle. Es handelt sich bei den Verfahrenskosten um eine *Pauschalgebühr*.[184] Diese beträgt bei Beschwerdeabweisung in der Regel *300.– CHF*[185]. Bei teilweiser Gutheissung setzt die Rekurskommission die Verfahrenskosten dem konkreten Einzelfall entsprechend herab. Liegen besondere Umstände im Sinne von Art. 108 Abs. 1 VRPG vor, kann die Rekurskommission gar von einer Kostenerhebung absehen.[186] Zieht die beschwerdeführende Partei die Beschwerde zurück – was bis zu einem Entscheid jederzeit möglich ist –, betragen ihre Verfahrenskosten praxisgemäss trotz Unterliegen maximal 50.– CHF.[187]

181 Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung vom 22. Februar 1995 (BSG 154.21).

182 Art. 16 Abs. 2 Reko-Rgl. (Fn. 7); zu den Prozesskosten im kantonalen Verfahren Müller (Fn. 19), S. 237 ff.

183 Im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren sind gemäss Art. 105 Abs. 1 VRPG – dort aufgeführte Ausnahmen vorbehalten – keine Kostenvorschüsse zu erheben, was i.V.m. Art. 75 Abs. 1 UniG auch für das Verfahren vor der Rekurskommission gilt (vgl. Müller [Fn. 19], S. 249). Die Rekurskommission verlangte ausnahmsweise einen Kostenvorschuss nach Art. 105 Abs. 1 VRPG, wenn der Beschwerdeführer Wohnsitz im Ausland hat. Dies hängt damit zusammen, dass die Steuerverwaltung die Betreibung für allfällige Verfahrenskosten der Rekurskommission (wie ausstehende universitäre Forderungen allgemein) initiiert. Die Steuerverwaltung betreibt jedoch bloss Schuldner im Inland (selbst wenn ein allfälliges Abkommen oder Ähnliches existieren würde).

184 Siehe Art. 103 Abs. 1 VRPG und Art. 19 Abs. 1 GebV; Müller (Fn. 19), S. 237.

185 Sie bewegt sich damit am unteren Ende des Rahmens (200 bis 4'000 Taxpunkte/CHF), der Art. 19 Abs. 1 GebV vorgibt. Die Verfahrenskosten sind gemessen an den effektiven Kosten des Verfahrens bei weitem nicht kostendeckend, dies ist wohl aber gewollt. Die Pauschalgebühr ist bewusst tief gehalten, da sich höhere Verfahrenskosten einer Schranke gleich auswirken könnten.

186 Siehe zu den Kriterien von Art. 108 Abs. 1 VRPG Merkli/Aeschlimann/Herzog (Fn. 19), Art. 108 N. 1 ff.

187 Informationsblatt «Informationen über die Rekurskommission und ihr Verfahren», S. 2. Oft erhebt die Rekurskommission in solchen Fällen keine Kosten, insbesondere, wenn Betroffene Beschwerde einreichen mussten, um die Akten einsehen zu können und eine Begründung zu erhalten.

3.6 Verfahrensdauer und Erfolgsaussichten

Ein Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission dauert in der Regel *sechs bis acht Monate*.[188] Die Verfahrensdauer hängt mitunter davon ab, ob die Rekurskommission einen oder zwei (Regel) Schriftenwechsel durchführt. Dies kann einen Studiengang oder -abschluss erheblich verzögern. Laut statistischen Fallzahlen sind die Erfolgsaussichten von Beschwerdeführenden eher gering (weniger als 25 Prozent), insbesondere wenn es zum Entscheid kommt. Letzteres hängt damit zusammen, dass die Fakultäten die angefochtene Verfügung in Fällen klarer universitärer Verfehlungen oft bereits während des Verfahrens zurücknehmen (Unterziehung) und neu verfügen.[189] Gewährt die Fakultät so z.B. eine zusätzliche Prüfungsmöglichkeit oder verfügt sie eine Notenanpassung zugunsten des Prüflings, schreibt die Rekurskommission das Verfahren anschliessend als gegenstandslos ab.[190] In der Sache ist dies jedoch als Erfolg des Beschwerdeführers zu werten.

Aus studentischer Sicht ebenfalls erfolgreich, statistisch aber nicht erfasst sind die Fälle, in denen die *Universität dem Rekurs zuvorkommt*: So beheben Prüfungsorgane offensichtliche Fehler wie das falsche Zusammenzählen von Punkten u.Ä. häufig umgehend, sobald sie der betroffene Prüfling auf diese aufmerksam gemacht hat und noch bevor er Rekurs einlegt.

3.7 Rechtsmittel und Instanzenzug

Gegen Beschwerdeentscheide der Rekurskommission steht den Betroffenen die Beschwerde ans *Verwaltungsgericht* offen,[191] das kantonal letztinstanzlich entscheidet.[192] Beschwerdeentscheide des Verwaltungsgerichts können die Betroffenen gemäss Bundesgerichtsgesetz (BGG)[193] beim *Bundesgericht* mit

188 Informationsblatt (Fn. 187), S. 1.

189 So schloss die Rekurskommission z.B. zwischen dem 1. August 2018 und dem 31. Juli 2019 25 Beschwerdeverfahren ab, wobei sie keine der Beschwerden guthiess, auf eine Beschwerde nicht eintrat und acht Beschwerden abwies. Bei sechs Beschwerdeverfahren unterzog sich die Universität (Erfolg des Beschwerdeführers) und bei sieben der Beschwerdeführer. Eine Beschwerde leitete die Rekurskommission weiter (siehe die tabellarische Übersicht über die Tätigkeit der Rekurskommission für das akademische Jahr 2018 / 19 [auf der Homepage publiziert]; mit ähnlichen Zahlen die tabellarischen Übersichten über die Tätigkeit der Rekurskommission für die akademischen Jahre 2017 / 18 und 2016 / 17).

190 Siehe Art. 39 und Art. 71 VRPG i.V.m. Art. 75 UniG; vgl. Müller (Fn. 19), S. 91 f.

191 Art. 76 Abs. 2 UniG sowie Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und Art. 77 VRPG; siehe auch Art. 86 Abs. 3 UniSt; Aubert (Fn. 13), Rz. 79 oder Geissbühler (Fn. 1) Rz. 217.

192 Aubert (Fn. 13), Rz. 81 oder Geissbühler (Fn. 1), Rz. 217 und Rz. 258.

193 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten[194] oder – wenn es sich um Entscheide über Prüfungsergebnisse handelt – mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde anfechten.[195] Ein Weiterzug des bundesgerichtlichen Entscheids an den *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) ist zwar theoretisch denkbar.[196] Die Praxis kennt jedoch kaum Fälle. Unter dem Aspekt der Verfahrensdauer und der Prozesskosten erscheint ein Weiterzug an den EGMR zudem aus studentischer Sicht wenig sinnvoll.[197]

4. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Seit dem 1. September 1998 können Betroffene gegen Verfügungen der Fakultäten und weiterer Organisationseinheiten der Universität Bern Beschwerde bei der *Rekurskommission* der Universität Bern führen. Diese *interne Verwaltungsjustizbehörde* beurteilt mehrheitlich Beschwerden gegen Prüfungsnoten. Dabei überschätzen die Prüfungskandidatinnen und kandidaten häufig die Möglichkeiten, die ihnen das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission bietet. Irrtümlicherweise nehmen sie an, es käme im Rekursverfahren zu einer vollständigen Überprüfung des Bewertungsvorgangs. Dazu fehlt der Rekurskommission aber einerseits die rechtliche Grundlage. Art. 76 Abs. 4 UniG schliesst die Beurteilung der Angemessenheit eines Examensentscheids explizit aus! Andererseits verfügt die Rekurskommission schlichtweg nicht über die fachspezifischen Kenntnisse, um Examen in sämtlichen Fachbereichen umfassend beurteilen zu können.[198] Zudem stehen Prüfungsergebnisse nur soweit einer inhaltlichen Rechtskontrolle offen, als ihnen Verfügungsqualität zukommt.[199]

Für Studierende – selbst solche im Jurastudium – ist es teils relativ schwierig einzuschätzen, wann eine Einzelnote Verfügungsqualität aufweist

[194] Siehe Art. 82 Bst. a BGG; Aubert (Fn. 13), Rz. 81.

[195] Nach Art. 83 Bst. t BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG unzulässig gegen Entscheide über Prüfungsergebnisse und andere Fähigkeitsbewertungen, insbesondere auf den Gebieten der Schule, der Weiterbildung und der Berufsausbildung (siehe BGE 138 II 42 E. 1.1 S. 44; Alexander Misic, Verfassungsbeschwerde, Zürich / Basel / Genf 2011, Rz. 334 ff.). In diesen Fällen steht einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (ausführlich dazu Thomas Häberli, in: Niggli et al. [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz [Basler Kommentar], 3. Aufl., Basel 2018, Art. 83 N 296 ff.; Geissbühler [Fn. 1], Rz. 280 ff.).

[196] Siehe Art. 122 BGG; Geissbühler (Fn. 1), Rz. 304.

[197] Siehe Geissbühler (Fn. 1), Rz. 304 ff.

[198] Vgl. Helg (Fn. 60), S. 216 f.; siehe vorne S. 203.

[199] Siehe vorne S. 196 ff.

(z.B. infolge Prädikatsrelevanz) und wann nicht. Die hierzu ergangene Rechtsprechung erscheint zwar weitgehend korrekt und schlüssig, ist für den universitären Betrieb aber nicht praxisfreundlich. Der *kantonale Gesetzgeber* sollte daher die *Noteneröffnung* bei der nächstmöglichen Revisionsgelegenheit *spezialgesetzlich im Universitätsgesetz als Verfügung qualifizieren (Verfügungsfiktion)*. Er würde damit nachvollziehen, was die Universität in ihren Satzungen – wenn auch infolge des Widerspruchs zum kantonalen Gesetz nicht massgebend – bereits statuiert hat.[200] Eine gesetzgeberische Lösung sollte dabei möglichst Raum lassen für dem Rekursverfahren vorgelagerte *Prüfungsbesprechungen* gemäss dem jeweiligen Studienreglement. Diese haben sich bewährt und wären allenfalls sogar als obligatorische Voraussetzung für ein Rekursverfahren vorzusehen. Unabhängig davon sollten die Fakultäten m.E. aber bereits unter der aktuellen Rechtslage – im Sinne eines transparenten Umgangs mit den Prüfungsabsolventinnen und -absolventen – zu einer kompetenten Prüfungsbesprechung Hand bieten, die namentlich mit Blick auf die Beschwerdefrist zeitnah an die Noteneröffnung zu erfolgen hat.

Offensichtliche Fehler wie das falsche Zusammenzählen von Punkten u.Ä. beheben Prüfungsorgane meist umgehend, sobald sie der betroffene Prüfling auf diese aufmerksam gemacht hat und noch bevor er Rekurs einlegt.

Angesichts der genannten Einschränkungen sind die *Erfolgsaussichten bei Prüfungsrekursen eher gering*:[201] Eine Beschwerde gegen eine Prüfung verspricht primär dann Erfolg, wenn offensichtliche und besonders schwerwiegende Gründe vorliegen (z.B. bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs), die der Prüfling dann auch substanziiert nachweisen und rügen kann. Auch wenn es für die betroffenen Studierenden unbefriedigend klingen mag, so sind die Erfolgsaussichten in den übrigen Fallkonstellationen als deutlich geringer einzuschätzen. Je nach Situation sollten sich Studierende daher gut überlegen – insbesondere wenn sie keine Rechtsfehler substanziiert nachweisen können –, ob sie prozessieren oder die Beschwerde zurückziehen und sich allfällig unnötige Kosten, Aufwand, Ärger und Studienverzögerungen ersparen wollen.[202]

[200] Art. 85 Abs. 2 UniSt (siehe dazu Fn. 43); vgl. z.B. auch Art. 33 Abs. 2 RSL RW.

[201] Siehe Widrig (Fn. 67), Rz. 65; Spichtin (Fn. 61), S. 1332. Selbst das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, die Erfahrung zeige, dass *Rechtsmitteln gegen Examensentscheide […] nur selten Erfolg beschieden ist*» (BGE 118 Ia 488 E. 4c. S. 495).

[202] So ähnlich Widrig (Fn. 67), Rz. 65; Spichtin (Fn. 61), S. 1332.

Trotz des *unvollkommenen Rechtsschutzes* geht die Bedeutung der universitären Rechtspflege weit über den reinen Willkürschutz hinaus. Die *Rechtspflege wirkt sich stark präventiv* auf die Arbeit der Prüfungsorgane aus: Die Rekursmöglichkeit und die damit verbundene Rechtskontrolle zwingt Examinatorinnen und Examinatoren dazu, ihre Prüfungen sorgfältig auszugestalten und durchzuführen sowie nach einem nachvollziehbaren Bewertungsschema zu korrigieren.[203] Erfahrungsgemäss wirken sich auch transparent und nachvollziehbar gestaltete *Prüfungsbesprechungen* positiv auf die Akzeptanz der Examensergebnisse aus und senken damit die Anzahl der Rekurse, namentlich wenn sie zeitnah zur Noteneröffnung stattfinden (Aspekt der Beschwerdefrist).[204]

[203] Vgl. Helg, (Fn. 60), S. 217.
[204] Vgl. dazu vorne S. 202 f und S. 219.