

Zusatzangaben für Veröffentlichung

Anfechtung einer mündlichen Prüfungsnote

Urteil vom 30. August 2016 i.S. I.X. gegen ETH Zürich

Regeste	Überprüfungskompetenz der Beschwerdeinstanz: Prüfungsablauf und Bewertung der Prüfung sind mit unterschiedlicher Kognition zu prüfen. Die Rechtmässigkeit des Prüfungsablaufs wird mit umfassender Kognition, jene der Bewertung indessen wird nicht frei, sondern nur mit Zurückhaltung geprüft. Der zuständige Examinator verfügt über einen sehr grossen Ermessensspielraum. Dieser wird nur durch die Formvorschriften des Prüfungsrechts und des Rechtsgleichheitsgebots eingegrenzt. Befangenheit des Examinators. Fehlende Unabhängigkeit des Beisitzers. Beides vorliegend verneint.
Stichwörter	Kognition im Prüfungswesen. Befangenheit des Examinators. Fehlende Unabhängigkeit des Beisitzers.
Rechtliche Grundlagen	Art. 29 BV (SR 101) Art. 8 ZGB (SR 210) Art. 5, Art. 10, Art. 12 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021), Art. 37 ff. Bundesgesetz über die eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110), Art. 18 Abs. 1 und 2 Verordnung der ETH Zürich über Lerneinheiten und Leistungskontrollen an der ETH Zürich (Leistungskontrollenverordnung, SR 414.135.1).

ETH-Beschwerdekommision

Postfach | CH-3001 Bern
Büro Gutenbergstrasse 31 | 3011 Bern | T +41 31 310 05 30 | F +41 31 310 05 31 | E-Mail info@ethbk.ch

Verfahrens-Nr.

Urteil vom 30. August 2016

Mitwirkende:

die Kommissionsmitglieder

in Sachen

Parteien

Beschwerdeführer X

gegen

Beschwerdegegnerin Y

Gegenstand

Master of Advanced Studies in Z

Sachverhalt:

A. X ist im 4. Semester des „Master of Advanced Studies in Z“ eingeschrieben. Er legte die schriftliche Prüfung in „M. O.“ in der Sommerprüfungssession xxxx ab und bestand diese im ersten Versuch nicht. Auch die mündliche Nachprüfung vom xx.xx.xxxx bei Prof. A schloss er mit einer ungenügenden Note ab. Die Y teilte X im Dezember 2015 die Resultate der Wiederholungsprüfungen des zweiten Studiensemesters mit. Sie verfügte im Weiteren, dass die ungenügende Note im zweiten Versuch im Fach „M. O.“ die Exmatrikulation aus dem Studiengang zur Folge habe.

B. Dagegen reichte X (nachfolgend Beschwerdeführer genannt) mit Eingabe vom xx.xx.xxxx eine vorsorgliche Verwaltungsbeschwerde mit Beilagen bei der ETH-Beschwerdekommision (ETH-BK) ein.

C. Der Präsident der ETH-BK bestätigte mit prozessleitender Verfügung vom xx.xx.xxxx den Eingang der Verwaltungsbeschwerde und forderte den Beschwerdeführer zur Leistung des Kostenvorschusses wie auch zum Einreichen einer Beschwerdeschrift auf, welche den Beschwerdewillen und das Rechtsbegehren klar formuliere. Zudem ersuchte er die Y, mit Urkunden oder andern Beweismitteln im Sinne von Art. 12 VwVG zu belegen, wann die Verfügung vom Dezember 2015 dem Beschwerdeführer zugestellt worden sei.

D. Der Leiter des Zentrums für Weiterbildung bestätigte unter Vorlage einer Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post, dass der Beschwerdeführer die Verfügung am xx.xx.xxxx am Schalter ausgehändigt erhalten hatte. Die Eingabe des Zentrums für Weiterbildung wurde dem Beschwerdeführer am xx.xx.xxxx zur Kenntnis zugestellt.

E. Mit Brief vom xx.xx.xxxx kam der Beschwerdeführer der Aufforderung der ETH-BK vom xx.xx.xxxx nach. Er beantragte, die mündliche Prüfung unter Hinzunahme eines belastbaren Zeugen zu wiederholen und damit sinngemäss, die Verfügung aufzuheben. Zudem gab er bekannt, gleichzeitig mit der Beschwerdeeingabe ein Gesuch um Wiedererwägung beim Prorektorat Weiterbildung eingereicht zu haben.

F. Die Instruktionsrichterin stellte mit prozessleitender Verfügung vom xx.xx.xxxx fest, dass der Beschwerdeführer der Aufforderung der ETH-BK vom xx.xx.xxxx fristgerecht nachgekommen ist, und auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde. Sie sistierte des Weiteren das Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid der Vorinstanz über das Gesuch um Wiedererwägung von Amtes wegen.

G. Der Beschwerdeführer meldete sich nach einer telefonischen Anfrage am xx.xx.xxxx am Tag darauf schriftlich bei der ETH-BK und ersuchte um Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens. Er präzierte sein bisheriges Rechtsbegehren folgendermassen: „Sofern keine Neubewertung der mündlichen Prüfung stattfindet, sollte diese wiederholt werden. Dies sollte zwingend unter Hinzunahme eines belastbaren Zeugen geschehen.“ Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass er in seinen vorherigen Briefen darauf hingewiesen habe, dass der Examinator während der Prüfung wiederholt sehr aggressiv gewesen sei und verstörende Verhaltensweisen gezeigt habe. Er habe versucht, eine einschüchternde und auf ihn hemmende Prüfungsatmosphäre zu schaffen. Es habe sich seiner Ansicht nach, um ein bewusstes Vorgehen und damit auch eine bewusste Fehlbewertung der Prüfungsleistung gehandelt.

H. Nachdem die Instruktionsrichterin mit prozessleitender Verfügung vom xx.xx.xxxx die Sistierung des Beschwerdeverfahrens aufgehoben und die Y zur Beschwerdeantwort eingeladen hatte, kam jene am xx.xx.xxxx dem Ersuchen unter Beilage verschiedener Dokumente fristgerecht nach. Sie beantragte die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers. Zur Begründung ihres Rechtsbegehrens führte sie im Wesentlichen aus, die Stellungnahmen des Prüfungsexperten und des Beisitzers würden den Prüfungsablauf sehr detailliert schildern und die ungenügende Leistung des Beschwerdeführers verdeutlichen. Sie würden auch die Bemühungen aufzeigen, ein Prüfungsgespräch aufzubauen und weiterzuführen, insbesondere wenn falsche oder unzureichende Antworten erfolgt seien. Der Vorwurf der Manipulation und der Beeinflussung des Prüfungsergebnisses entbehrte jeder Grundlage.

I. Die Beschwerdeantwort der Y vom xx.xx.xxxx samt Beilagen ist dem Beschwerdeführer mit prozessleitender Verfügung vom xx.xx.xxxx zur Replik zugestellt worden.

J. Der Beschwerdeführer vernahm sich mit Schreiben vom xx.xx.xxxx zur Beschwerdeantwort der Y. Er hielt sinngemäss an seinen ursprünglichen Anträgen und an der Begründung fest.

K. Die Y teilte der ETH-BK mit Eingabe vom xx.xx.xxxx auf Aufforderung zur Duplik am xx.xx.xxxx hin mit, sie verzichte auf eine Duplik, da in der Replik keine neuen Argumente erwähnt worden seien. Dieses Schreiben wurde dem Beschwerdeführer xx.xx.xxxx zur Kenntnis zugestellt.

Auf den Inhalt der Eingaben der Parteien wird, soweit entscheidwesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die ETH-Beschwerdekommision zieht in Erwägung:

1. Das Schreiben der Y vom xx.xx.xxxx, welches dem Beschwerdeführer am xx.xx.xxxx zugestellt wurde, ist eine Verfügung im Sinn von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde gegen diese Verfügung legitimiert, da er durch sie berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Gemäss Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (ETH-Gesetz, revidierte Fassung vom 1. März 2010 [Stand vom 15.2.2013]; SR 414.110) beurteilt die ETH-BK Beschwerden gegen Verfügungen der ETH und der Forschungsanstalten. Auf die am xx.xx.xxxx (Poststempel) frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 VwVG) ist einzutreten.

2. Die ETH-BK überprüft die bei ihr anfechtbaren Verfügungen mit folgender Kognition: Neben der Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch von Ermessen (Art. 49 Bst. a VwVG), kann auch die unrichtige beziehungsweise unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) sowie die Rüge der Unangemessenheit (Art. 49 Bst. c VwVG) geltend gemacht werden. Die ETH-BK hat nicht nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Rechtsregeln beachtet, sondern auch, ob sie eine dem Sachverhalt adäquate Lösung getroffen hat. Die Rüge der Unangemessenheit gegen Ergebnisse von Prüfungen und Promotionen ist indes nicht zulässig (Art. 37 Abs. 4 ETH-Gesetz). Soweit demgegenüber die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig sind oder Verfahrensmängel im Prüfungsablauf gerügt werden, hat die Beschwerdeinstanz die erhobenen Einwendungen uneingeschränkt zu prüfen. Andernfalls würde sie eine formelle Rechtsverweigerung begehen (BVGE 2009/10 E. 3, BVGE 2007/6 E. 3).

3. Anfechtungsobjekt ist im hier zu beurteilenden Beschwerdeverfahren die Verfügung vom xx.xx.xxxx. Strittig und zu prüfen ist, ob die Durchführung und die Bewertung der mündlichen Nachprüfung in „M. O.“ vom xx.xx.xxxx korrekt sind.

4. Der Beschwerdeführer rügt einerseits mangelnde Objektivität bei der Bewertung der Note, andererseits macht er gravierende Mängel im Ablauf des Prüfungsverfahrens geltend. Er

bringt im Einzelnen in der Beschwerdeschrift vom xx.xx.xxxx, im Fortsetzungsbegehren vom xx.xx.xxxx sowie in der Replik vom xx.xx.xxxx zusammengefasst Folgendes vor:

Prof. A sei bei der mündlichen Prüfungsabnahme schlecht gelaunt gewesen. Er habe sich aggressiv verhalten. Die Prüfungsatmosphäre sei einschüchternd und auf ihn hemmend gewesen. Es sei massiver Druck auf ihn ausgeübt worden. Dies habe bei ihm zu einer extremen Verunsicherung geführt, was aus dem Prüfungsprotokoll ersichtlich werde. Es habe kein vernünftiges Gespräch aufgebaut werden können. Der Prüfungsverlauf sei manipulativ und sehr unfair gewesen. Es bestehe ein Konflikt innerhalb der Vereinigung C in der Schweiz. Die Stellvertretermachtkämpfe würden sich zum Teil gegen seinen Vorgesetzten im Kantonsspital AB richten. Das aggressive Verhalten des Examinators sei möglicherweise darauf zurückzuführen. Auch die Ansicht über die Bewertung der Prüfung gehe auffallend weit auseinander, was für ihn ungewöhnlich sei, da er sich sonst in mündlichen Prüfungen nie besser als der Prüfer eingeschätzt habe. Er habe zwar das Gefühl gehabt, keine Bestleistung erbracht zu haben, aber doch klar durchgekommen zu sein. Die Divergenz in der Leistungsbewertung könne auch den beiden Protokollen (sic. Gedächtnis- und Prüfungsprotokoll) entnommen werden. Seines Erachtens handle es sich beim Verhalten von Prof. A um ein bewusstes Vorgehen und damit auch um eine bewusste Fehlbewertung der Prüfungsleistung. Dafür gäbe es selbst bei einem grossen Ermessensspielraum keinen Platz. Der Beisitzer, B, hätte bereits zu Beginn der Prüfung aufgrund eines aggressiven Vorwurfs des Examinators an den Beschwerdeführer jenem gegenüber eine kritisch distanzierte Haltung einnehmen müssen. Dass der Beisitzer das Verhalten des Examinators als freundlich bezeichnet habe, lasse sich nur als sehr selektive Wahrnehmung eines Mitarbeiters des Prüfers interpretieren. Es liege möglicherweise eine politisch motivierte Prüfung und eine ebensolche Bewertung vor.

Die Y wendet demgegenüber in ihrer Beschwerdeantwort vom xx.xx.xxxx gestützt auf die Stellungnahmen des Examinators und des Beisitzers, in der Duplik vom xx.xx.xxxx sowie im Wiedererwägungsentscheid vom xx.xx.xxxx ein, dass die vom Beschwerdeführer beantragte Neubewertung der Nachprüfung in „M. O.“ vom xx.xx.xxxx nicht erfolge und die Prüfung nicht neu bewertet würde, da keinerlei Hinweise auf eine willkürliche, nicht nachvollziehbare Notengebung vorhanden seien. Die Vorwürfe des Beschwerdeführers zum Prüfungsablauf würden durch die Stellungnahmen der Prüfungsexperten entkräftet. Sie würden auch die Bemühungen des Examinators verdeutlichen, ein Prüfungsgespräch aufzubauen und weiterzuführen, insbesondere, wenn falsche oder unzureichende Antworten erfolgt seien. Die

Vorwürfe einer Manipulation und Beeinflussung des Prüfungsergebnisses würden jeder Grundlage entbehren. Die Notengebung liege in der Kompetenz des Examinators. Im Fall des Beschwerdeführers sei sie zudem hinreichend begründet. Was die Vorwürfe der Stellvertretermachtkämpfe gegenüber seinem Vorgesetzten betreffen, so lägen seitens des Beschwerdeführers keine sachlichen Begründungen vor. Der Vorgesetzte des Beschwerdeführers sei dem Examinator unbekannt, und er verfüge auch über keinerlei Kontakte zur Schweizerischen Gesellschaft C.

5. Die Rügen des Beschwerdeführers lassen sich in zwei Kategorien einordnen. Zum einen betreffen sie den Prüfungsablauf, welcher laut Beschwerdeführer einschüchternd, aggressiv und manipulativ gewesen sei, und die mangelnde Unabhängigkeit des Beisitzers, die keine Korrektur des krass widrigen Vorgehens in der Prüfung erlaubt habe. Zum andern ist die Prüfungsbewertung als solche strittig.

5.1 Hinsichtlich des Prüfungsablaufs und der Rüge der mangelnden Unabhängigkeit des Beisitzers verfügt die ETH-BK über die volle Überprüfungscompetenz (BVGE 2010/11 E. 4.2; 2010/10 E. 4.1; 2008/14 E. 3.3 je mit weiteren Hinweisen; Urteil A-832/2014, E. 2.1 vom 20. August 2014).

5.2 Im Bereich der Prüfungsbeschwerden gilt die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Es hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Der Beschwerdeführer rügt insbesondere, der Examinator sei schlecht gelaunt gewesen, habe sich ihm gegenüber sehr aggressiv verhalten und teils unkonkrete Fragen gestellt. Dies habe sich auf ihn sehr verunsichernd ausgewirkt. Für diese Vorbringen trägt der Beschwerdeführer die Beweislast. Er verweist zum Beweis auf ein Protokoll, welches er im Nachgang der Prüfung aus dem Gedächtnis aufgeschrieben hat (nachfolgend Gedächtnisprotokoll genannt, wie auch auf das Prüfungsprotokoll des Beisitzers und dort insbesondere auf Ausführungen wie vage, unspezifische Antworten, teilweise Ratlosigkeit etc..

5.3 Dem Gedächtnisprotokoll kommt als selbständig verfasstes Dokument des Beschwerdeführers, der ein eigenes Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens hat, eine geringere Beweiskraft zu als einer amtlichen Urkunde oder einer Urkunde über einen objektiven technischen Prozess (bsp. Ergebnisse einer Stempeluhr) (Bundesgerichtsentscheid vom 26. März 2007, 4P.227/2006, E. 2.1). Entscheidend ist indessen die Glaubwürdigkeit der enthaltenen

Aussagen (Roger Groner, Beweisrecht, Bern 2011, S. 222). Das Gedächtnisprotokoll weist Anmerkungen auf, welche auf die Gemütslage des Examinators Rückschlüsse erlauben. Es sind Sätze wie „scherzhaft, aber schlecht gelaunt, ungeduldig und erregt, er wirkt unzufrieden,“ „bohrt nach, er will wissen wie man die Schwächung konkret ausrechnet“ oder wie „davon haben sie also keine Ahnung“, „er fragt ungeduldig, ja wie?“, er meint sichtlich erregt, „das ist wirklich vollkommener Blödsinn“, „er wirkt unzufrieden, er macht massiv Vorwürfe“.

Für sich alleine genommen, lassen die Ausführungen auf eine Stimmung schliessen, welche möglicherweise durch eine gewisse Ungeduld geprägt war. Aggressives Vorgehen seitens des Examinators wird daraus nicht ersichtlich. Allerdings wären Ausführungen wie „das ist vollkommener Blödsinn“ oder „davon haben Sie also keine Ahnung“ demotivierend und auch verunsichernd. Zu prüfen bleibt, ob der Examinator tatsächlich solche Aussagen gemacht hat. Dem Prüfungsprotokoll ist nichts Entsprechendes zu entnehmen. Der Beisitzer vermerkte gelegentlich, dass der Examinator weiter (nach)bohrte oder eine spezifischere Antwort wollte. Dass sich der Beschwerdeführer dadurch verunsichert fühlte, ist subjektiv nachvollziehbar. Allerdings ist Nachfragen, auch intensives, für sich allein betrachtet, nicht geeignet, den Prüfungsablauf als unfair, rechtsungleich und damit willkürlich zu qualifizieren. Es bräuchte zusätzliche Belege für konkrete Einschüchterungen oder Herabsetzungen. Solche Belege liegen indessen nicht vor. Der Beisitzer der Prüfung erwähnt in der Stellungnahme vom xx.xx.xxxx, Herr A sei freundlich gewesen, habe an vielen Punkten versucht, dem Beschwerdeführer auf die Sprünge zu helfen, und sei wegen des Ergebnisses erschüttert gewesen. Die Vorwürfe zum Verhalten des Examinators seien haltlos.

Prof. A seinerseits weist die Anschuldigung, die Prüfung sei manipuliert und politisch motiviert gewesen, entschieden zurück. Er gibt den Ablauf der Prüfung aus seiner Sicht wieder. Auf die übrigen Vorwürfe des Beschwerdeführers zu seinem persönlichen und zum professionellen Verhalten geht er indessen nicht weiter ein. Er bekräftigt aber, weder den Vorgesetzten des Beschwerdeführers zu kennen („einen Herrn Dr. D kenne ich nicht und habe diesen Namen auch vorher nicht gehört“) noch bis anhin Kenntnis über die Vereinigung C in der Schweiz gehabt zu haben.

Der Beschwerdeführer lässt es bei Behauptungen bewenden. Damit vermag er seine Vorbringen nicht genügend zu erhärten. Er kann mithin keinen rechtsgenügenden Nachweis über herabsetzende Ausführungen oder Einschüchterungen des Examinators anlässlich der Prüfung vom xx.xx.xxxx erbringen. Für die Ansicht des Beschwerdeführers, es gebe eine persönliche Fehde zwischen dem Examinator und seinem direkten Vorgesetzten, fehlt es ebenfalls an einem

Nachweis. Der Beschwerdeführer lässt es auch hier bei reinen Behauptungen bewenden. Dies obgleich ihn für das Vorhandensein der entsprechenden Vorbringen die Beweislast trifft. Den Akten sind darüber hinaus keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche den Prüfungsablauf als nicht korrekt und damit rechtswidrig erscheinen lassen.

Zu prüfen bleibt, ob der Beisitzer als Mitarbeiter des zuständigen Examinators befangen ist, wie der Beschwerdeführer geltend macht, oder ob jener dennoch hinreichend unabhängig ist, um die Funktion des Beisitzers erfüllen zu können.

6. Der Beschwerdeführer moniert, der Prüfungsbeisitzer und Protokollführer sei als Angestellter des Examinators nicht unabhängig von diesem und in dem Sinne befangen gewesen. Er führt in der Eingabe vom xx.xx.xxxx wörtlich aus, dass er erfahren habe, dass der „unabhängige“ Beisitzer lediglich ein Mitarbeiter von Prof. A sei, der daher in direkter Abhängigkeit zu seinem Vorgesetzten stehe. Es wäre also „extrem unwahrscheinlich“, dass der Beisitzer Prof. A mit einer widersprüchlichen Aussage öffentlich „in den Rücken fallen“ würde. Weiter führt er in der Eingabe vom xx.xx.xxxx aus, der Beisitzer hätte bereits vor der ersten Prüfungsfrage eine kritisch distanzierte Haltung gegenüber Prof. A einnehmen müssen, als dieser dem Beschwerdeführer vorgeworfen habe, vom Thema der Vorlesung keine Ahnung zu haben.

6.1 Gemäss Art. 18 Abs. 1 der Verordnung der ETH Zürich über Lerneinheiten und Leistungskontrollen an der ETH Zürich (Leistungskontrollenverordnung ETH Zürich, SR 414.13.1) muss ein Beisitzer anwesend sein, wenn eine mündliche Leistungskontrolle von einem einzigen Examinator abgenommen wird. Der Examinator bestimmt den Beisitzer aus dem Kreis der Assistentinnen und Assistenten oder der wissenschaftlichen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, sofern das Studienreglement nichts anderes vorsieht (Art. 18 Abs. 2 Leistungskontrollenverordnung ETH Zürich). Prof. A und der Beisitzer Dr. B wurden als Prüfungsexperten beigezogen, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass sie an der Universität E und nicht an der Y angestellt sind. Prof. A hat als alleiniger Examinator Dr. B als Beisitzer hinzugezogen. Prof. A ist der Leiter der Abteilung B.Ph. des Instituts für angewandte Physik der Universität D. Dr. B ist Leiter der Gruppe O.I., welche zur Abteilung B.Ph. gehört. Prof. A ist damit der nächsthöhere Vorgesetzte von Dr. B. Die Anstellung des Beisitzers entspricht jener eines Assistenten (Urk. 12/1) mit Leitungsfunktion. Art. 18 Abs. 2 Leistungskontrollenverordnung ETH Zürich sieht vor, dass der Examinator, sofern es nicht

zwei sind, einen Beisitzer aus dem Kreis der Assistentinnen und Assistenten sowie wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bestimmt. Damit ist ebenfalls eine direkte hierarchische Unterstellung vorgesehen. Aufgrund der massgeblichen gesetzlichen Bestimmung ist es demnach unbeachtlich und vermag in dem Sinne auch keine Befangenheit zu begründen, dass Prof. A der direkte Vorgesetzte von Dr. B ist. Zu prüfen bleibt, ob es weitere Anhaltspunkte gibt, welche auf eine Befangenheit schliessen lassen.

6.2 Der Studiengang MAS ETH in Z steht unter der Trägerschaft des Departements P (D-P.). Der zuständige Examiner wie auch der protokollführende Prüfungsbeisitzer nehmen als Prüfende im Rahmen dieses Ausbildungsprogramms eine amtliche Funktion wahr. Art. 29 Abs. 1 BV verpflichtet eine Amtsperson in Analogie zu Art. 30 Abs. 1 BV zum Ausstand, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (BGE 127 I 196 E. 2b S. 198f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben nichtrichterliche Amtspersonen im Wesentlichen nur dann in den Ausstand zu treten, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben, zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber der Partei ihre persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht haben (Urteil 1P.208/2001 vom 16. Juli 2001 E. 3b, mit Hinweisen) oder wenn ihnen Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die nach ihrer Natur oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten gegenüber dem Betroffenen hinauslaufen (BGE 125 I 119 E. 3e S. 124; Urteil 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006 E. 3.2 sowie Urteil 2D_29/2009 E. 3.3 vom 12. April 2011).

6.3 Dr. B ist dem Beschwerdeführer anlässlich der strittigen mündlichen Prüfung zum ersten Mal begegnet und danach nicht mehr. Die beiden kennen sich nur aufgrund der Prüfung. Darüber hinaus bestehen keine Beziehungen. Das Prüfungsprotokoll sowie das Begleitschreiben dazu, welches der Beisitzer verfasst hat, sind sachlich, ausführlich und detailliert abgefasst. Es ist nicht ersichtlich, dass Dr. B ein persönliches Interesse in der zu behandelnden Prüfung gehabt oder verfolgt hat, da die beiden, wie erwähnt, weder vor noch nach der Prüfung einen persönlichen Bezug zueinander hatten. Dasselbe gilt auch für eine früher erfolgte Geringschätzung oder Abneigung. Beides kann angesichts des Fehlens jeder Beziehung zueinander nicht gegeben sein. Auch liegen nach den vorstehenden Ausführungen keine Anhaltspunkte vor, welche auf schwerwiegende Verfahrensfehler schliessen lassen. Ob und in-

wieweit Ermessensfehler vorgekommen sind, welche das Mass einer gravierenden Verletzung der Amtspflicht gegenüber dem Beschwerdeführer erreichen, ist nachfolgend zu prüfen.

7. Gemäss Art. 37 Abs. 4 ETH-Gesetz auferlegt sich die ETH-BK bei der Bewertung und Überprüfung von Examensleistungen Zurückhaltung (vgl. Erw. 2). Sie weicht in Fragen, die seitens der Gerichte naturgemäss schwer überprüfbar sind, nicht ohne Not von der Beurteilung der erstinstanzlichen Prüfungsorgane und Experten ab. Solange konkrete Hinweise auf Befangenheit fehlen und die Beurteilung nicht als fehlerhaft oder völlig unangemessen erscheint, ist auf die Meinung der Examinatoren abzustellen. Gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist Voraussetzung dafür aber, dass die Stellungnahmen der Examinatoren, welche in der Regel im Rahmen des Rechtsschriftenwechsels erfolgen, die substantiierten Rügen der beschwerdeführenden Partei beantworten und die Auffassung der Examinatoren, insbesondere soweit sie von derjenigen der beschwerdeführenden Partei abweicht, nachvollziehbar und einleuchtend ist (BVGE 2007/6, BVGE 2008/14).

8. Im vorliegend zu beurteilenden Fall haben Prof. A und der Beisitzer Dr. B am xx.xx.xxxx sowie am xx.xx.xxxx im Rahmen der Aufforderung zur Beschwerdeantwort eine Stellungnahme abgegeben. Hinsichtlich der Begründungspflicht verlangt die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung wie vorstehend erwähnt, dass die Examinatoren auf die substantiierten Rügen der beschwerdeführenden Partei eingehen, diese beantworten und unterschiedliche Auffassungen begründen.

8.1 Der Beschwerdeführer moniert insbesondere, dass die Prüfung und deren Bewertung bewusst falsch beurteilt und manipuliert worden seien. Er zweifle den Willen des Prüfers zur objektiven Beurteilung der Prüfungsleistung stark an. Die Bewertung sei möglicherweise politisch motiviert. Seine Auffassung und jene des Examinators über die Note würden weit auseinandergehen, was für ihn ungewöhnlich sei. Seine Erfahrung zeige, dass er sonst eine ähnliche Einschätzung wie der Examinator gehabt habe. Er sei sich bewusst, keine Spitzenleistung gezeigt, aber dennoch eine klar genügende Note verdient zu haben. Seiner Ansicht nach würde sich der gesetzliche Beurteilungsspielraum auf die fachliche Kompetenz beschränken und keinesfalls bewusste Falschbewertungen abdecken.

8.2 Seitens der Professur liegen wie vorstehend erwähnt die Stellungnahmen von Prof. A, jene des Beisitzers Dr. B sowie das Prüfungsprotokoll desselben vor. Die Überprüfung der Notengebung erfolgt mit eingeschränkter Kognition, anders als bei den Rügen zum Prüfungsablauf und zur Befangenheit des Beisitzers. Da dieselben Beweismittel auf Unstimmigkeiten hin zu untersuchen sind, gibt es gewisse Überschneidungen mit dem Vorgehen zu Erwägung 5. Diese sind indessen nicht zu vermeiden.

Namentlich im Prüfungsprotokoll werden die Fragen des Examinators, die Antworten des Beschwerdeführers, die weiteren Fragen des Examinators, angepasst an die konkrete Situation und allenfalls noch, ob der Examinator die Antwort selbst geben musste, ausführlich wiedergegeben. Der Examinator gibt in seiner Stellungnahme ebenfalls die Prüfungsfragen, die Antworten darauf, seine Ergänzungen und allfällige Hilfeleistungen wieder. Beide Eingaben sind detailliert, sorgfältig abgefasst und in sich stimmig. Die Ausführungen des Beschwerdeführers im Gedächtnisprotokoll sind insofern identisch, als er im Grundsatz dieselben Fragen und die gleiche Reihenfolge wiedergibt. Auch das Stocken in den Antworten wird mehr oder weniger gleich wiedergegeben. Die Äusserungen des Examinators nimmt der Beschwerdeführer indessen nicht als Ergänzungen und Hilfeleistungen wahr, sondern er bewertet diese ganz anders und nennt Ausführungen wie „er erscheint damit nicht zufrieden“, „er hakt nach“, „er will wissen wie man das genau macht,“ oder „er will wissen wie, ich bin unsicher, meine dann aber...“ als manipulativ und schikanös. Er führt weiter aus, das Protokoll möglichst authentisch und detailliert verfasst zu haben. Dieses könne dann trotzdem deutlich vom Originalprotokoll abweichen, da richtige Antworten teils als falsch bewertet worden seien, da sie verzögert gekommen seien. Er verweist hierzu auf den Schluss und meint damit wohl den letzten Absatz zum Thema Lasersicherheit, wo er am Ende auf seine Antwort verweist und gleichzeitig moniert, Prof. A sei nicht darauf eingegangen. Prof. A führt zur gleichen Situation aus, auf die Frage, welche Eigenschaften eine Laserbrille aufweisen müsse und wie man die berechne, sei von Herrn X keine richtige Antwort zu erhalten gewesen. Mit dem Begriff „o. D.“ habe der Beschwerdeführer nichts anfangen können. Inwieweit der Beschwerdeführer richtig geantwortet haben soll, wird aus dem Gedächtnisprotokoll nicht erkennbar.

Das Prüfungsprotokoll gibt die genauen Fragen und Antworten wieder. Daraus wird insbesondere deutlich, dass das Gedächtnisprotokoll lückenhaft ist und auch Antworten aufweist, welche nicht als richtig bewertet wurden. Diese Diskrepanz erachtet der Beschwerdeführer als falsche Bewertung. Es liegt in der Kompetenz des Examinators, über falsch oder richtig zu urteilen. Die ETH-BK verfügt über keine Sachkompetenz, und es ist ihr auch verwehrt, in die Kom-

petenzen des Prüfers einzugreifen, sofern es nicht Anzeichen für eine willkürliche Behandlung gibt. Eine solchermaßen fehlerhafte Beurteilung ist indessen nicht auszumachen. Insbesondere dem Prüfungsprotokoll sind genügend Bestätigungen zu entnehmen, welche die zusammenfassenden Beurteilungen des Examinators wie auch des Beisitzers bezeugen. Diese kommen zum Schluss, dass der Beschwerdeführer oftmals vage Vorstellungen der Materie gehabt habe, aber bei konkreten Fragen fast immer habe passen müssen (Prof. A). Der Beisitzer bestätigt dies, indem er ausführt, der Beschwerdeführer habe grundlegende Konzepte der b.O. nicht verstanden und verschiedene Fachbegriffe in falschem Zusammenhang verwendet. Die meisten Fragen habe der Examinator nach mehrfach falschen oder fehlenden Antworten selber beantworten müssen, damit er weitergekommen sei. Wegen der Gleichbehandlung der Prüfungskandidaten und um die Glaubwürdigkeit der Prüfung zu wahren, sei er nicht umhin gekommen, die Prüfung als ungenügend und damit nicht bestanden zu bewerten, gibt Prof. A zu bedenken.

Die ETH-BK kommt zum Schluss, dass in Anbetracht der gesamten Umstände nicht ersichtlich ist, dass die vorgenommene Benotung nicht im erlaubten Ermessensrahmen und damit willkürlich erfolgt ist. Hinsichtlich des Letzteren ist anzufügen, dass keine stichhaltigen Hinweise darauf vorliegen, dass die Bewertung politisch motiviert gewesen wäre.

9. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung rechtmässig ist (Art. 49 VwVG). Es erübrigt sich deshalb, die Prüfung unter Beizug einer Drittperson zu wiederholen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf CHF 500.– festzusetzen und sind mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von CHF 500.– zu verrechnen.

Demnach erkennt die ETH-Beschwerdekommision:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten im Betrag von CHF 500.– (Spruch- und Schreibgebühren) werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem von ihm am xx.xx.xxxx geleisteten Kostenvorschuss von CHF 500.– verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Rückschein, sowie hinsichtlich Ziffer 2 des Dispositivs an das Generalsekretariat des ETH-Rates.
4. Gegen diesen Entscheid kann gemäss Art. 50 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021; VwVG) **innert 30 Tagen** seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist direkt beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder der Beschwerdeführerin bzw. der Vertretung zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen (Art. 52 VwVG).

Versand am: