

Rechtliches Gehör. Anspruch auf Akteneinsicht. Begründungspflicht. Heilung von Verfahrensmängeln.

Musterlösungen sind herauszugeben, wenn sie für die Korrektur von Bedeutung sein könnten (E. 1b) mithin als einziges Dokument die Bewertung festlegen (E. 1c). Anspruch auf Einsicht in die Prüfungen anderer Studierender besteht grundsätzlich nicht (E. 2a). Fallkonstellationen in denen eine Musterlösung zu erstellen resp. herauszugeben ist (E. 2d). Vorgehen bei einer Weigerung, die Musterlösung herauszugeben (E. 2f). Anspruch auf Begründung einer Verfügung als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (E. 3). Erwägungen ab S. 7.

31. Mai 2010 RN

Nr. 13/2010

Entscheid

der

Rekurskommission der Universität St. Gallen

Mitwirkende: Prof. Dr. Ivo Schwander (Präsident, Vorsitz),
Prof. Dr. Karl Frauendorfer, Prof. Dr. Manfred Gärtner,
Prof. Dr. Andreas Härter, Christian Funk.

In der Rekursache

X. _____, XXXXXX,

Rekurrent,

gegen

Universität St. Gallen, Dufourstrasse 50, 9000 St. Gallen,
Vorinstanz,

Betreffend

Finanzmarktrecht

I. Die Rekurskommission der Universität St. Gallen stellt fest:

1. X._____ schrieb am 28. Januar 2010 die Fachprüfung Finanzmarktrecht (Prüfungsleitung: Prof. Dr. Y._____).
2. Die Prüfungsarbeit wurde ursprünglich mit **27,5** Punkten von maximal 50 Punkten bewertet, was der Note 4,0 (genügend) entsprach (vgl. ursprüngliche Notenverfügung vom 11. März 2010).
3. Im Rahmen der Prüfungsbesprechung und -einsicht wurde konzediert, dass dem Rekurrenten willkürlich 5 Punkte vorenthalten worden sind. Das neue Punktetotal von **32,5** Punkten führte in Wiedererwägung zur Note 4,5 (befriedigend; Zustimmung der korrigierten Notenverfügung am 25. März 2010, datiert 11. März 2010).

Dem Rekurrent fehlt 1 Punkt für die Note 5,0 (gut).

4. X._____ hob am 26. März 2010 per E-Mail seinen Rekurs an und trug folgendes vor (gekürzt wiedergegeben, teilweise nach Ziff. II.):

a) Am 21. März 2010 habe er dem Assistenten, B._____, ein E-Mail geschrieben, in welchem er darauf hingewiesen habe, dass er mit der Bewertung der Prüfung [mit 32,5 Punkten] nicht einverstanden sei und er darum bitte, die Prüfungsakten nochmals einsehen zu dürfen. In der Antwort vom 23. März 2010 sei sein Gesuch abgewiesen und darauf verwiesen worden, dass er für seine Prüfungsleistung bereits zu viele Punkte erhalten habe. Vor diesem Hintergrund habe er sich zum vorliegenden Rekurs entschlossen.

b) Die Punkte zu Frage 4 seien falsch zusammengezählt worden. Nach den vergebenen Punkten hätte eine Punktzahl von 7,5 Punkten resultieren müssen. Es seien aber nur 7,0 Punkte erteilt worden: 0,5 (Prüfungslösung Seite 3) + 1 + 0,5 + 1,0 + 2,0 + 2,0 (Prüfungslösung Seite 4) + 0,5 (Prüfungslösung Seite 4) ergebe 7,5 Punkte. Er beantrage die Punkteberichtigung.

c) Im Rahmen der Prüfungseinsicht habe er Einblick in die Musterlösung erhalten. Dabei habe er festgestellt, dass darin offenbar bei bestimmten Aufgaben willkürlich Punkte vergeben worden seien: bei allgemein gestellten Fragen seien nur sehr enge Antworten honoriert worden, wohingegen bei spezifischen Fragen ausschweifende Antworten mit Punkten

belohnt worden seien. Leider habe er auf Anfrage bei der Prüfungseinsicht keine Kopie dieser Musterlösung erhalten. Zwar handle es sich bei der Musterlösung nur um universitätsinterne Richtlinien zur Prüfungskorrektur. Nach dieser sei aber bei Frage 3 und 4 rigide korrigiert worden, so dass diese selbst unmittelbar zur Punktevergabe herangezogen worden sei und damit unmittelbar Rechtswirkungen gegenüber ihm erzeugt habe. Zur Wahrung seiner Parteirechte, insbesondere seines rechtlichen Gehörs und seines Rechtes auf Akteneinsicht (Art. 29 BV), und zum Zwecke des substantiierten Nachweises der stossenden Willkür der Musterlösung stelle er deshalb den Antrag, die Musterlösung zu edieren, und zwar in der Version, wie sie dem Rekurrenten bei der Prüfungseinsicht am 18. März 2010 vorgelegt worden sei.

d) Bei der Prüfungseinsicht sei ins Auge gestochen, dass die Korrektur mit willkürlichem Ermessen erfolgt sei. Offenbar seien Unterscheidungen unterlassen worden, wo eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig gewesen wäre. Dies sei bei der Korrektur seiner Prüfung, aber auch bei anderen Prüflingen geschehen. Es liege nahe, dass hierbei die Rechtsgleichheit verletzt worden sei, das heisst gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich behandelt worden sei. Weil sich diese Einwendungen auf Indizien stützten, stelle er den Antrag, zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs als Beweismittel weitere Prüfungen anderer Studenten zuzulassen.

e) Er beantrage angesichts des Versandes der zweiten angepassten Verfügung am 24. März 2010 und der zum Rekurs benötigten obengenannten Dokumente aus universitätsinternen Quellen eine Frist von 14 Tagen für eine ergänzende Rekursbegründung.

f) Es seien Fotokopien von anonymisierten Prüfungsarbeiten von mindestens zwei Studenten zu edieren, welche eine Note 4,5 und 5,0 erzielt hätten.

g) Die Noten-/Punkteskala sei in der Version, wie sie ihm bei der Prüfungseinsicht am 18. März 2010 vorgelegt worden sei, zu edieren.

5. Mit E-Mail vom 26. März 2010 forderte das Sekretariat der Rekurskommission den Prüfungsleiter auf, die Musterlösung und die Notenskala zuzustellen.
6. Mit E-Mail vom 8. April 2010 nahm der Assistent des Prüfungsleiters, RA B._____, zur Frage der Herausgabe der Musterlösung wie folgt Stellung (gekürzt wiedergegeben):

a) Im Rahmen der Prüfungseinsicht sei mit dem Rekurrenten seine Prüfungsleistung während mehr als einer Stunde besprochen worden. Damit sei das rechtliche Gehör in Form des Akteneinsichtsrechts gewahrt worden. Die Dauer der Einsichtnahme sei somit so bemessen gewesen, dass eine gründliche Durchsicht der Prüfung möglich gewesen sei. Die Anfertigung von Notizen sei erlaubt gewesen. Der Rekurrent habe Kopien seiner Prüfungsarbeit erhalten. Der Rekurrent sei daher ohne weiteres in der Lage, seinen Rekurs ordentlich zu begründen. Im Rahmen des weiteren Rekursverfahrens werde der Prüfungsleiter begründet Stellung zu den Rekursvorbringen nehmen. Falls erforderlich könne der Rekurrent nachher eine Rekursergänzung machen.

b) Der Rekurrent beantrage die Herausgabe der Musterlösung sowie der Noten- und Punkteskala. Die Rechtsprechung kenne eine gefestigte Praxis zur Edition von Musterlösungen: Im Urteil B-2208/2006 vom 25. Juli 2007 E. 3.1 habe das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass sich das Recht auf Akteneinsicht auf alle für den Entscheid erheblichen Akten beziehe. Verweigert werden dürfe nur die Einsicht in verwaltungsinterne Akten.

Als verwaltungsintern gälten Akten, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukomme, weil sie ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen und insofern lediglich für den behördeninternen Gebrauch bestimmt seien (z.B. Entwürfe). Was die vom Rekurrenten verlangte Herausgabe der Musterlösung bzw. die Lösungsskizze betreffe, sei nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts davon auszugehen, dass jedenfalls dann, wenn - wie vorliegend - weder das Verwaltungsrechtspflegegesetz, das Universitätsgesetz noch die Prüfungsordnung zur Master-Stufe (Art. 52) Musterlösungen vorsehen, diese als unverbindliche Lösungsvorschläge zu betrachten seien, die ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6078/2007 vom 14. April 2008 E. 6.2.1, B-2213/2006 vom 2. Juli 2007 E. 4.3.2, B-2203/2006 vom 27. März 2007 E. 4.2, B-2207/2006 vom 23. März 2007 E. 3.4, je m.w.H.).

Die Musterlösung diene den Korrektoren als Korrekturhilfe und sei kein Bewertungsraster, welches dem Korrektor genau vorgebe, wie viele Punkte für welche Antworten zu erteilen seien. Es handle sich vielmehr um eine Lösungsskizze des Autors der Prüfungsaufgabe, welche dem Korrektor eine erste Orientierung über die erwarteten Lösungen geben solle. Dieses Vorgehen ermögliche dem Korrektor eine raschere und genauere Meinungsbildung. Die Musterlösungen würden unter Umständen im Laufe der Korrektur vom Korrektor anhand der während der Korrektur gewonnenen Erkenntnisse mit dem Prüfungsleiter diskutiert und gegebenenfalls ergänzt (vgl. Ur-

teil des Bundesverwaltungsgerichts B-6261/2008 vom 4. Februar 2010, E. 3.3). Musterlösungen gälten somit als verwaltungsinterne Akten und müssten deshalb auch im Rekursverfahren nicht vorgelegt werden. Zudem hätten sie nur den Charakter von Richtlinien.

7. Mit E-Mail vom 19. April 2010 wurde dem Rekurrenten auf Antrag hin eine Nachfrist für eine Rekursergänzung bis Freitag, 30. April 2010, gewährt.

8. Am 30. April 2010 reichte der Rekurrent eine Rekursergänzung ein und trug folgendes vor (gekürzt wiedergegeben):

a) Er halte an seinen Edierungsanträgen (Musterlösung, Notenskala) fest.

b) Am 18. März 2010 habe er Einsicht in seine Prüfung erhalten. Die Zeit sei knapp bemessen gewesen. Er habe den Assistenten, RA B._____, gebeten, mit ihm die einzelnen Aufgaben durchzugehen. Sie seien dann auf eine nicht korrigierte Seite gestossen, welche der Assistent sogleich nachkorrigiert habe. Unter Zeitdruck seien die restlichen Aufgaben zu Ende besprochen worden. Er habe zunehmend den Eindruck gewonnen, dass zwar eine Musterlösung vorliege – die er auch habe einsehen dürfen –, mit der er weder inhaltlich noch in deren Handhabung habe einverstanden sein können. Im Kontext, dass ihm – trotz erfolgter Nachkorrekturen – 1 Punkt (von 50) für die Note 5,0 gefehlt habe, wiege der Eindruck einer inkonsistenten Korrektur schwer. Insgesamt sei, soweit ich mich erinnere, fast eine Stunde verstrichen. Auf seine Bitte habe er dann am Ende der Einsicht auch seine Prüfungsarbeit und die Aufgabenstellung in Kopie erhalten. Die Prüfungseinsicht habe ihm Indizien für die Begründetheit seines Rekurses geliefert.

c) [...]

Für den Nachweis der Ermessensüberschreitung müsste er die Prüfungen von mindestens zwei Kommilitonen mit seiner Prüfungskorrektur vergleichen können. Er halte daher an seinem Edierungsantrag fest.

d) Sein Recht auf Akteneinsicht (Art. 16 VRP) sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Teil des rechtlichen Gehörs und in Art 29 Abs. 2 BV verankert (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.2). Im genannten Entscheid habe das Bundesgericht bezüglich der Möglichkeit zur Stellungnahme des von der Verfügung Betroffenen ausgeführt: „Dazu muss sie [die von der Verfügung betroffene Person] vorweg auch in die massgeblichen Akten Einsicht nehmen können. Dies betrifft in erster Linie den rechtserheblichen Sachverhalt und nur in Ausnah-

mefällen auch Rechtsnormen oder von den Behörden vorgesehene rechtliche Begründungen." Bei der Musterlösung und den Prüfungen von Kommilitonen handle es sich klar um einen rechtserheblichen Gegenstand des Sachverhalts, lasse sich doch nur daraus das fehlerhafte Ermessen detailliert begründen und seine Argumentation stützen. Bei der Herausgabe von Akten sei, wie erwähnt, die Verhältnismässigkeit zu entgegenstehenden öffentlichen und dem überwiegenden privaten Interesse Dritter, zu berücksichtigen (vgl. auch BGE 125 I 257 E. 3 b). Für die Herausgabe der Musterlösung und einer anonymisierten Punkte-/Notenskala seien keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen ersichtlich. Vielmehr überwögen seine Verfahrensrechte auf Mitwirkung am Beweisverfahren und einer substantiierten Begründung seines Rekurses. Überdies habe er bereits im Rahmen der Prüfungseinsicht Einblick in die Musterlösung erhalten.

9. Der Rekurs wurde am 30. April 2010 dem Prüfungsleiter zur Stellungnahme zugestellt.
10. Prof. Y._____ liess sich am 20. Mai 2010 vernehmen und beantragte, den Rekurs abzuweisen.

Der Prüfungsleiter hielt in allgemeiner Weise folgendes fest: An seinem Lehrstuhl sei bei den Prüfungskorrekturen stets „im Zweifel“ zu Gunsten des Prüflings bewertet worden, sofern es unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung noch als vertretbar erschienen sei.

11. Mit E-Mail vom 21. Mai 2010 (am 25. Mai 2010 auch noch per Post) wurde dem Rekurrenten mitgeteilt, dass die Akten (mit Ausnahme der Musterlösung) vollständig seien und er die Möglichkeit erhalte, Einsicht in diese zu nehmen. Eine Kopie der Stellungnahme des Prüfungsleiters samt eingereichten Akten wurde dem Rekurrenten in PDF-Form zugestellt.

a) Der Rekurrent wurde eingeladen, den Rekurs allfällig bis zum 28. Mai 2010 (Poststempel) zu ergänzen.

b) Von dieser Möglichkeit machte der Rekurrent am 27. Mai 2010 Gebrauch. Er beantragt in materieller Hinsicht die folgenden Bewertungsänderungen:

[...]

II. Die Rekurskommission der Universität St. Gallen zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent rügt in formeller Hinsicht eine Beschneidung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, indem der Prüfungsleiter sich weigerte, die für die Korrektur verwendete Musterlösung zu den Akten zu geben.

a) Der Prüfungsleiter verweigerte mit Hinweis auf die Gerichtspraxis die Herausgabe der Musterlösung (vgl. Ziff. I. 6 vorstehend). Die angeführten Gerichtsentscheidungen verneinten eine Editionsspflicht des Prüfungsleiters für Musterlösungen im Zusammenhang mit schriftlichen Prüfungen.

b) Von einer gefestigten Praxis kann diesbezüglich nicht ohne weiteres gesprochen werden, zumal die Funktion einer Musterlösung nicht in allen Prüfungsbewertungsverfahren dieselbe ist. In den vom Prüfungsleiter zitierten Fällen konnte von rein internen Verwaltungsakten ohne Beweischarakter und ohne Aussenwirkung gesprochen werden. Es ist jedoch nicht so, dass Musterlösungen nie ediert werden müssten. Sie müssen nur dann nicht ediert werden, wenn sie rein internen Charakter haben und für die Erhebung des relevanten Sachverhalts nicht beweistauglich bzw. nicht von Bedeutung sein können. Im vom Prüfungsleiter zitierten Fall des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Februar 2010 (B-6261/2008) wurde dies im Fall eines Rekurses gegen die Prüfungskommission der höheren Fachprüfung für Wirtschaftsprüfer Zürich vom Bundesverwaltungsgericht (Prüfung nach Berufsbildungsgesetz) verneint. Hier ist das Korrekturverfahren so, dass der oder die Aufgabensteller eine erste Musterlösung verfassen, die Korrektur durch je zwei Experten pro verschiedene Fachgebiete eigenständig erfolgt und die Experten je für ihren Teil Abänderungen an der Musterlösung vornehmen. In dieser Konstellation fungieren nur Experten als Korrektoren - welche, wie das Gericht sagt, Ermessen ausüben - und folglich dann die Musterlösung dem anpassen, wie korrigiert worden ist. In Erwägung 3 sagt das Bundesverwaltungsgericht, dass in dieser Konstellation die Musterlösung „blosse bzw. erste Korrekturhilfe“ sei, der eine „untergeordnete Bedeutung zukomme, da die Experten die Fallstudien gestützt auf ihren eigenen Eindruck korrigierten und sich danach bei Abweichungen auf eine Note einigen würden. Die Praxis, solche oft nur skizzenhafte Musterlösungen nicht herauszugeben, ist denn auch aus Überlegungen des Schutzes der persönlichen Meinungen der Prüfungsexperten verständlich und entspricht überdies den Weisungen der Vorinstanz zur Akteneinsicht.“

c) Lediglich ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Herausgabe der Musterlösung bestehen.

Dies ist beispielsweise bei Massenprüfungen an der HSG der Fall, wenn der sachverständige Prüfungsleiter eine Musterlösung abgibt und die Assistenten danach korrigieren.

So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass eine Edition der Musterlösung u.a. dann verlangt werden kann, wenn in dieser gleichzeitig die Bewertung festgelegt ist und neben der Musterlösung kein selbständiger Bewertungsraster vorliegt (vgl. die in Erwägung 3.2. zitierten Urteile B-2207/2006 E. 3.4 und B-2208/2006 E. 3.3).

2. Der Rekurrent beantragte (vgl. Eingabe vom 26. März 2010, Seite 3, Ziff. B1 - B3; Eingabe vom 30. April 2010, Seite 3), es seien vergleichbare Prüfungsarbeiten anderer Prüfungskandidaten zu edieren. Der Rekurrent macht damit eine ungenügende Abklärung des Sachverhaltes geltend. Diese Rüge ist vorliegend nicht offensichtlich unbegründet.

a) Anders als bei Wettbewerben, bei denen es darum geht, aus einer Anzahl von Bewerbern die Geeignetsten herauszusuchen, ist bei Eignungsprüfungen nicht Gegenstand der Beurteilung, ob andere Kandidaten die Examensaufgaben besser oder schlechter erledigen. Zwar fliesst in eine Prüfungsbeurteilung auch eine vergleichende Beurteilung aller Kandidaten ein. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass ein solcher Quervergleich die Grundlage sei für den Entscheid über die einzelnen Prüfungsleistungen. Im Allgemeinen gehören die Arbeiten anderer Kandidaten somit nicht zu den Akten und bilden nicht Gegenstand einer Überprüfung durch die Rekurskommission oder einen aussenstehenden Sachverständigen. Mangels hinreichender konkreter Anhaltspunkte für rechtsungleiche Behandlung oder Bewertungspraxis ist ein Beizug der Prüfungsergebnisse der Mitkandidaten nicht gerechtfertigt (BGE 121 I 225 E. 2c S. 228).

b) Indirekt einschlägig ist ein Entscheid des Bundesgerichts in Lausanne: BGE 121 I 225 ff. Es ging dort um einen Rekurs gegen eine Bewertung in einem Luzerner Anwaltsexamen. Die Kandidatin machte geltend, ihre Arbeit sei im Vergleich zu anderen Kandidaten rechtsungleich behandelt worden, d.h. die schriftlichen Prüfungen seien nicht rechtsungleich korrigiert worden, weshalb sie beantragte, es seien auch die Prüfungen und Bewertungen der andern Kandidaten zu den Akten zu edieren.

Das Bundesgericht hat diesen Antrag auf Beizug der Prüfungskorrekturen anderer Kandidaten mit der Begründung (Erwägung 2d) abgelehnt:

„Der Anspruch auf Einsicht in die Akten der anderen Kandidaten ist umso weniger zu bejahen, je besser die Akten des betreffenden Kandidaten eine absolute Beurteilung erlauben und je klarer diese Beurteilung ausfällt. Vorliegend umfassen die Akten, in welche die Beschwerdeführerin Einblick hatte:

- die schriftlich gestellte Prüfungsaufgabe,
- ihre eigene schriftliche Prüfungsarbeit,
- ein von der Expertin ausgearbeitetes Lösungsschema,
- eine 2 1/2seitige schriftliche Beurteilung der Arbeit der Beschwerdeführerin durch die Expertin, wobei für jede einzelne Teilfrage eine Kurzbeurteilung erfolgt.

Aufgrund dieser Unterlagen ist es möglich, die Prüfungsbewertung nachzuvollziehen. Es ist Punkt für Punkt ersichtlich, wie die Prüfungsaufgabe aufgrund des Lösungsschemas beurteilt wurde. Dieser Vergleich zwischen Prüfungsarbeit und Lösungsschema ist die wesentliche Grundlage der Bewertung. Die bloss theoretische Vermutung der Beschwerdeführerin, sie könnte rechtsungleich beurteilt worden sein, vermag daher einen Anspruch auf Einsicht in die Akten der übrigen Kandidaten nicht zu begründen. Das vor Bundesgericht gestellte Einsichtsbegehren ist daher, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann (E. 1b), abzuweisen.“

c) Aufgrund dieser Rechtsprechung (die jeweils von oberen Gerichtsinstanzen ausgeht, die den unteren Instanzen Ermessen einräumen und nur sehr zurückhaltend eingreifen), steht fest, dass nicht undifferenziert ein Anspruch auf Einsicht in ein Lösungsschema bzw. eine Musterlösung verneint werden darf. Die im E-Mail des Assistenten B._____ vom 8. April 2010 angeführten Entscheidungen dürfen nicht verkürzt dargestellt werden.

d) Bei der Frage, ob Einsicht in die Musterlösung gewährt werden muss, ist wie folgt zu differenzieren (wobei damit nicht alle Sachverhaltskonstellationen erfasst sind):

- (1) Der Prüfungsleiter stellt die Aufgaben selber und korrigiert selber, benutzt dabei ein provisorisches Lösungsschema, das er entweder nachher anpasst oder diese Anpassung unterlässt, weil er ja selber korrigiert und rechtsgleich vorgehen will (und kann): Es handelt sich um ein verwaltungsinternes Papier und es besteht kein Anspruch auf Herausgabe.
- (2) Der Prüfungsleiter stellt eine Aufgabe selber, macht ein Lösungsschema, nach welchem eine Mehrzahl von Assistenten korrigieren. Das ist der Normalfall bei Massenprüfungen. Hier bildet das Lösungsschema – auch wenn es nach und nach verfeinert wird, diesfalls in der definitiven Version – Teil des Korrekturverfah-

rens und ist - nicht nur zum Nachweis der Gleichbehandlung - „parteiöffentlich“, d.h. der Rekurrent hat darin Einsichtsrecht. Das Lösungsschema hat diesfalls eine gewisse Aussenwirkung, weil mit ihm u.a. die rechtsgleiche Korrektur gesteuert werden soll.

- (3) Der Prüfungsleiter (oder an seiner Stelle der Assistent) erstellt in einer Nicht-Massenprüfung die Aufgaben und eine Musterlösung, die Korrektur erfolgt durch den Assistenten, der laufend das Lösungsschema anpasst. Die Korrektur erfolgt entweder unter genauer Kontrolle des Prüfungsleiters (oder in unzulässiger Delegation durch den Assistenten selbständig): Aus dem Willkürverbot ergibt sich ein Anspruch auf eine seriöse, sachlich haltbare Korrektur und Bewertung von Prüfungen. Es kann indessen nicht von vornherein als unzulässig betrachtet werden, wenn eine Vorkorrektur anhand einer Musterlösung oder dergleichen durch Personen vorgenommen wird, die selber nicht fachkundig sind, solange der fachkundige Prüfungsleiter selber die Richtigkeit der Korrektur sicherstellen kann (vgl. 2P.177/2002/leb vom 7. November 2002, ein Fall die HSG betreffend). Hier besteht ein Anspruch auf Herausgabe der Musterlösung nur, wenn entweder Ungleichheit in der Korrektur substantiiert gerügt wird oder wenn weder aus der Korrektur der Prüfungsarbeit noch aus der Stellungnahme des Prüfungsleiters ersichtlich und nachvollziehbar ist, wie viele Punkte jeweils für jeden erwarteten Teil der Antworten vergeben werden konnten. Es muss mit anderen Worten nachvollziehbar sein, was der Kandidat noch hätte leisten müssen, um die volle Punktzahl für die betreffende Aufgabe zu erhalten. Es darf zwischen verteilten Punkten und theoretisch erreichbaren Punkten keine Unbekannte geben; die Diskrepanz zwischen erreichbaren und vergebenen Punkten muss sachlich begründet sein. Sonst kann die Rekurskommission ihre auf Willkür beschränkte Prüfung nicht vornehmen.
- (4) Dieselbe Folgerung ist zu ziehen, wenn gar keine Musterlösung bzw. Lösungsschema vorliegt, obgleich Prüfungsleiter (der für die Benotung allein zuständig ist) und Korrigierender personell auseinanderfallen. D.h. es müssen aus der Prüfungskorrektur oder einer Stellungnahme (spätestens in der Stellungnahme zum Rekurs) im Wesentlichen die Informationen ersichtlich sein, die man von einer Musterlösung erwartet.

e) Im vorliegenden Rekursfall liegt die Fallkonstellation nochmals anders: Prüfungsleiter und Korrigierender fallen auseinander, aber es existiert eine Musterlösung, die nicht

herausgegeben wird. Über den Exaktheitsgrad dieser Musterlösung ist aufgrund der Aktenlage nichts bekannt. Ferner ist nicht klar, ob der korrigierende Assistent nebst der Nachkorrektur bei der Prüfungsbesprechung vom 18. März 2010 faktisch auch die übrige Prüfung des Rekurrenten selbständig korrigierte.

In der Beurteilung dieser Konstellation kann es jedenfalls nicht sein, dass der Rekurrent - weil der Prüfungsleiter sich weigert, die Musterlösung zu den Rekursakten zu geben - schlechter gestellt wird als wenn gar keine Musterlösung existieren würde.

f) Insofern ein Prüfungsleiter sich weigert, an der Feststellung des Sachverhalts umfassend mitzuwirken, verletzt er seine Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren. Die Rekurskommission muss dann nach Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten, unter Respektierung der Grund- und Persönlichkeitsrechte der beiden Parteien, vorgehen. Weigert sich z.B. der Prüfungsleiter, die Original-Prüfungsblätter herauszugeben, müsste die Rekurskommission auf der Edition bestehen und die Durchsetzung über eine Verfügung des Rektors bewirken. Bei einer Weigerung, eine existierende Musterlösung herauszugeben, wäre ein solches Vorgehen unverhältnismässig: Der Prüfungsleiter kann dem entgehen, indem er die gewünschten Informationen in seiner Stellungnahme abgibt; er soll in diesem Fall nicht schlechter gestellt werden, als wenn er gar keine Musterlösung erstellt hätte. Im Falle der substantiierten Rüge der rechtsungleichen Korrektur steht er vor der Alternative, als ersten Anschein der rechtsgleichen Korrektur entweder doch die (korrigierte) Musterlösung herauszugeben oder Prüfungen anderer Kandidaten zu edieren oder auf andere Weise die rechtsgleiche Behandlung (z.B. exakte Argumente, welche Punkte mit welcher Argumentation noch hätten erlangt werden können) glaubhaft zu machen. Vonseiten der Rekurskommission steht als verhältnismässiges Mittel die Beweiswürdigung offen, die frei ist (diesfalls nicht auf Willkür beschränkt ist) - nämlich die Beweiswürdigung, ob die Verweigerung einer existierenden Musterlösung oder die Verweigerung der normalerweise in einer Musterlösung zu findenden Informationen als Indiz rechtsungleicher Korrektur gewertet werden kann, bzw. sogar eine entsprechende Beweislastumkehr stattfinden soll: Wenn dem Rekurrenten verunmöglicht wird, seine substantiierte Behauptung rechtsungleicher Korrektur konkret nachzuweisen, muss der Prüfungsleiter nachweisen, dass er rechtsgleich korrigiert hat.

g) Wenn ein Prüfungsleiter sich weigert, eine existierende Musterlösung herauszugeben, wäre es unverhältnismässig, Zwang auf ihn ausüben zu wollen. Für die Überprüfung des

Rekurses betreffend behauptete Willkür in der Prüfungsbeurteilung kann die nicht herausgegebene Musterlösung ersetzt werden durch die Informationen in der Stellungnahme des Prüfungsleiters. Soweit rechtsungleiche Korrektur behauptet wird, kann der Prüfungsleiter dem Vorwurf auch mit anderen Beweismitteln oder Argumenten entgegentreten. Der Rekurskommission obliegt die freie Beweiswürdigung, soweit es um Folgerungen aus der Nichtherausgabe einer existierenden Musterlösung oder aus der Unterlassung adäquater Informationen geht.

3. Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP schreibt als wesentlichen Inhalt einer Verfügung die Nennung der Tatsachen, Vorschriften und Gründe vor, auf die sich der Verwaltungsakt stützt. Es entspricht rechtsstaatlichen Prinzipien und insbesondere dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass die Entscheidungsgründe dem Betroffenen bekannt sein müssen, so dass der Adressat Einwände schlüssig vorbringen kann. Im Wesentlichen soll nachvollzogen werden können, von welchen Überlegungen bzw. Argumenten sich die Behörde leiten liess. Nur so kann die betroffene Person das gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel ergreifen und gleichfalls ausreichend begründen (vgl. zur Begründungspflicht Entscheid des Universitätsrates vom 11. Dezember 2006, Seite 26).

a) Grundsätzlich ist die Begründung einer Verfügung auf dieser selbst enthalten (Erwägungen). Davon wird indessen bei Verfügungen über Schulprüfungen insoweit abgewichen, als dem Adressaten lediglich die Notenwerte bzw. das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung bekannt gegeben werden. Unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs ist dagegen prinzipiell nichts einzuwenden; die entsprechende Reduktion auf eine vorerst summarische Begründung ist in Kauf zu nehmen. Dieses Vorgehen darf indessen die Betroffenen nicht daran hindern, ein Rechtsmittel im oben genannten Sinn zu erheben und zu begründen. Daher sind ihnen - zumindest auf Verlangen - noch vor der Erhebung bzw. Begründung des Rechtsmittels die Prüfungsakten mit den Korrekturen und Feststellungen der Examinatoren zur Verfügung zu stellen. Dies kann durch Abgabe von Kopien oder durch Einsicht in die Originale geschehen. Die Akten vervollständigen insoweit die Begründung der Verfügung. Bei Bachelor- und Masterprüfungen hat der Prüfungskandidat an der Universität auch die Möglichkeit, die Prüfung mit dem Prüfungsleiter bzw. dem Korrektor zu besprechen.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichtes formeller Natur und in Art. 15 VRP und Art. 29 Abs. 2 BV verankert; seine Verletzung hat die Aufhebung des angefochtenen Entscheides auch dann zur

Folge, wenn der Rekurrent kein materielles Interesse nachzuweisen vermag (RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O., Nr. 87 I, S. 293 mit Verweisen auf die Rechtsprechung).

c) Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch nach der Praxis des Bundesgerichtes geheilt werden, wenn der Rekurrent die Möglichkeit hatte, sich vor der Rekursinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Fragen befugt war, welche der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können (vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O., Nr. 87 B III b, S. 296, mit Verweis auf BGE 116 Ia 94 E. 2). Dabei darf sich eine allfällige Verkürzung des Instanzenzuges nicht zu dessen Nachteil auswirken (BGE 110 Ia 81 E. 5d; vgl. auch ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1993, N. 798 f.). Mit dieser Rechtspraxis soll im Interesse des Rekurrenten ein Fehler, der dem Entscheid der Vorinstanz anhaftet, korrigiert werden. Gleichzeitig soll vermieden werden, dass eine allfällige Rückweisung der Streitsache zu einem „formalisierten Leerlauf“ führt, der zum Nachteil des Rekurrenten eine unnötige Verlängerung des Verfahrens bewirkt.

d) Der Rekurrent hatte im vorliegenden Rekursverfahren vor der Rekurskommission Gelegenheit, seine Akten uneingeschränkt einzusehen und die von ihm gewünschten Kopien zugestellt erhalten. Damit wurde die neuere Rechtsprechung zur Frage der Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts befolgt. Ferner wurde dem Rekurrenten durch die Prüfungseinsicht, Besprechung mit dem Korrektor, RA B._____, schriftlicher Stellungnahme vom 20. Mai 2010 aufgezeigt, welche Fehler und Schwächen seine Prüfungslösungen bzw. -antworten aufwiesen und welche Gesichtspunkte für die Bewertung erheblich waren. Damit wurde die Unvollständigkeit der Notenverfügung vom 11. März 2010 ersetzt.

e) Dem Rekurrenten wurde im Verlaufe des Verfahrens Gelegenheit geboten, sich umfassend zu allen Punkten zu äussern. Davon hat der Rekurrent in seinen drei Eingaben (26.03.2010, 30.04.2010 und 27.10.2010) Gebrauch gemacht.

f) Die Frage, inwiefern der Prüfungsleiter mit seinem Vorgehen das rechtliche Gehör des Rekurrenten verletzte (vom Prüfungsleiter bestritten), braucht unter den konkreten Umständen - der Rekurs ist antragsgemäss gutzuheissen - von der Rekurskommission nicht näher untersucht zu werden. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz wäre eher als geheilt zu betrachten. Der Rekurrent konnte seinen Standpunkt umfassend darlegen und sich mit den Stellungnahmen der Prüfungsleiter und den schriftlichen Stellungnahmen auseinandersetzen. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör wurde seitens der Rekurskommission vollumfäng-

lich entsprochen. Der Rekurrent wurde in die Lage versetzt, seinen Rekurs hinreichend zu begründen.

4. [...]

5. Die Frage 4 (max. 10 Punkte; erhalten 6,5 Punkte; ohne Nachkorrektur 3,5 Punkte) hält der Rekurrent nach wie vor für willkürlich unterbewertet, und zwar um 2,5 Punkte.

[...]

d) Sieht man die schriftliche Prüfung an, muss man feststellen, dass bei der ersten Korrektur 2 Punkte für die Ausführungen auf Seite 3 unten vergeben worden sind, genau: 0,5 plus 1 plus 0,5 Punkte = 2 Punkte. Diese sind dann bei der Wiedererwägung ganz gestrichen worden; auf Seite 3 unten sind jetzt 0 Punkte vergeben. Eine Äusserung in der Stellungnahme des Prüfungsleiters lässt darauf schliessen, dass die (1,0) auf Seite 4 oben, in Klammer gesetzt, neu für die Ausführungen auf Seite 3 unten und Seite 4 ganz oben vergeben wurden. Dies würde bedeuten, dass an die Stelle der für Seite 3 unten / Seite 4 oben neu 1 Punkt vergeben wurde, statt wie bisher 2 Punkte für die Ausführungen auf Seite 3 unten. Das erklärt aber wiederum nicht, warum ursprünglich für diese Aufgabe 3,5 Punkte vergeben worden waren, wenn Seite 4 nicht gelesen worden war. Es bestehen somit Widersprüche in der Angabe des Prüfungsleiters zwischen der Stellungnahme (S. 2 und 6) und den handschriftlichen Korrekturvermerken in der Kopie der Prüfung.

e) Es ist von vornherein willkürlich, Ausführungen auf Seite 3 unten nachträglich in der Wiedererwägung schlechter zu bewerten, nur weil sich nachträglich herausstellt, dass auf Seite 4 weitere Ausführungen stehen, die bisher noch nicht bewertet worden sind. Zumindest 1 Punkt ist damit ohne sachliche Begründung verschwunden.

[...]

h) Der Prüfungsleiter gibt nicht an, wie viele Punkte maximal für die (für die Aufgabe zentralen) Ausführungen zum Geldwäschereigesetz vergeben wurden. Der Rekurrent erhielt mit 4 Punkten dazu jedenfalls nicht das Maximum. Der Prüfungsleiter begründet dies auf Seite 7 untere Hälfte damit, dass der Rekurrent zwar richtig die Anwendbarkeit des Geldwäschereigesetzes erkannt und bejaht hat; auch bejaht hat, dass Calvados den Identifikations- und Sorgfaltspflichten des Geldwäschereigesetzes untersteht. Dem Rekurrenten wird zur Last gelegt, dass er von Branchenverband statt Selbst-

regulierungsorganisation spricht, vor allem aber: „Der Rekurrent unterlässt es aber - und dies ist für die vorliegende Aufgabe zentral - Calvados als Finanzintermediär zu qualifizieren, der fremde Vermögenswerte verwaltet.“ Dieser Punkteabzug ist willkürlich. Auf Seite 3 unten hat der Rekurrent explizit ausgeschlossen, dass es sich bei den Sammelstellen um Banken handeln könne, weil kein Zinsdifferenzgeschäft vorliege und die Gelder nicht in die Bilanz der Sammelstellen fliessen. Wenn der Rekurrent gleichwohl das Geldwäschereigesetz als anwendbar erklärt hat, dann war dies nur möglich, wenn er Calvados als Finanzintermediär qualifiziert hat, denn gemäss Art. 2 GwG ist das Geldwäschereigesetz im Wesentlichen nur entweder auf Banken oder auf Finanzintermediäre, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren, anwendbar (die anderen Alternativen gemäss Art. 2 GwG wären: Fondsleitungen, Investmentgesellschaften, Versicherungen, Effekthändler, Spielbanken; dass Calvados nicht darunter fällt, ist offensichtlich). Zumindest 0,5 Punkte hätte für diese zentrale, implizite richtige Aussage vergeben werden müssen.

Somit ist Willkür zumindest im Umfang von 1 Punkt auch unter dieser Aufgabe auszugehen.

i) [...] In Bezug auf weitere Punkte kann die Rekurskommission ihre Aufgabe - Willkürprüfung - gar nicht ausüben, weil die üblicherweise in einer Musterlösung enthaltenen Punkteverteilungsangaben fehlen. Im vorne erwähnten BGE 121 I 225 ff. hat das Bundesgericht den (ohnehin verspäteten) Antrag abgelehnt, andere Prüfungskorrekturen zum Vergleich heranzuziehen, mit der Begründung, die Punkteverteilung ergebe sich in jenem Fall aus dem Lösungsschema. Das würde für unsern Fall bedeuten, dass die Rekurskommission aus dem Vergleich mit anderen Prüfungen versuchen müsste, die rechtsgleiche Korrektur zu überprüfen, indem die Prüfungskorrekturen anderer Kandidaten beigezogen würden - vorausgesetzt, der Rekurrent beanstandet rechtungsgleiche Korrektur.

6. Die Prüfung der übrigen Rügen wegen willkürlicher Unterbewertung kann vorliegend unterbleiben, da der Rekurs gutzuheissen ist. Nur nebenbei sei erwähnt, dass dem Rekurrenten allenfalls auch bei der Aufgabe 1 noch 1 zusätzlicher Punkt hätte erteilt werden müssen.
7. **Z u s a m m e n f a s s e n d** ergibt sich, dass das Punktetotal sich bei Aufgabe 4 um mindestens 1 Punkte angehoben werden muss und der Rekurrent damit die Schwelle zur Vergabe der Note 5,0 (gut) erreicht hat. Die Notenverfügung vom 11. März 2010 ist daher in Bezug auf die Fachprüfung Finanzmarktrecht aufzuheben und der Rekurs gutzuheissen.

**III. Die Rekurskommission der Universität St. Gallen
trifft folgenden Entscheid:**

1. Der Rekurs Nr. 13/2010 betreffend Finanzmarktrecht wird gutgeheissen und die Note 5,0 (gut) erteilt.
2. Es wird eine korrigierte Notenbescheinigung zugestellt.
3. Über das Recht, den vorstehenden Entscheid der Rekurskommission mit Rekurs beim Universitätsrat anzufechten, orientiert die beiliegende Rechtsmittelbelehrung.

**FÜR DIE REKURSKOMMISSION
DER UNIVERSITÄT ST. GALLEN**

Der Präsident:

Professor Dr. Ivo Schwander

Beilage: Rechtsmittelbelehrung.

Der Post übergeben am:

Zustellung: Rekurrent; Prof. Dr. Y._____; Studiensekretariat der Universität St. Gallen; im Ingress genannte Mitglieder der Rekurskommission.