

werden und die Beschränkung letztlich dahinfällt. Im vorliegenden Fall hat sich das Bundesgericht – unausgesprochen – die zweite Lesart zu eigen gemacht, indem es in den Erwägungen 6.1, 8.1 und 8.2 die Einschränkung des Zugangs zu den eingeforderten Daten an den Kriterien von Art. 36 BV (und Art. 21 KV/SO) mass. Dies leuchtet kaum ein und wird dem kantonalen Verfassungsrecht nicht gerecht, das die Informationsfreiheit mit der Beschränkung auf allgemein zugängliche Quellen (Art. 11 Abs. 2 KV/SO) und das Öffentlichkeitsprinzip mit Gesetzgebungsauftrag (Art. 11 Abs. 3 KV/SO) nebeneinander stellt. In dieser Hinsicht erweist sich der wiedergegebene Entscheid nicht als widerspruchsfrei und vermag nicht zu überzeugen.

Schul- und Bildungswesen

BERN

Verwendung bereits früher vorgelegter Prüfungen; Art. 8 BV. *Zweck von Leistungskontrollen* (E. 3.1). *Grundsätze zur Eignung einer Prüfung, bei der alte Prüfungsaufgaben verwendet werden, als Leistungskontrolle* (E. 3.2). *Einzelfallbeurteilung über die Tauglichkeit einer solchen Prüfung* (E. 3.3–3.5). *Vereinbarkeit zusätzlicher Examenshilfen wie alter Prüfungen mit der Chancengleichheit* (E. 4). *Bejahung der Rechtmässigkeit der betroffenen Prüfung und Pflicht zu ihrer Bewertung* (E. 5.1). *Rechtsfolgen für die in der Folge angeordnete Wiederholungsprüfung* (E. 5.2).

(Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, 28. September 2018, 100.2018.40U [rechtskräftig]; auszugsweise publiziert in: BVR 2018/12, S. 518 ff.)

A. studiert an der Universität Bern Rechtswissenschaften. Im Masterstudiengang legte er am 8. Juni 2017 die schriftliche Prüfung im Fach «Schuldbetreibungs- und Konkursrecht» ab. Die verantwortliche Dozentin teilte den Studierenden im Nachhinein mit, dass die SchKG-Prüfung wiederholt werden müsse, weil dieselbe Prüfung bereits im Jahr 2013 verwendet worden sei. Nach Abgabe einer Vorbehalts-erklärung absolvierte A. am 17. Juni 2017 die Wiederholungsprüfung und erzielte dabei die Note 4,0. Daraufhin ordnete der Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät an, dass die von A. am 8. Juni 2017 abgelegte schriftliche SchKG-Prüfung nicht bewertet werde.

Dagegen erhob A. Beschwerde bei der Rekurskommission der Universität Bern. Diese wies das Rechtsmittel ab. A. zog den Entscheid an das *Verwaltungsgericht des*

Kantons Bern weiter. Dieses *heisst* die Beschwerde *gut*. Es weist die Universität Bern an, die erste Prüfungsleistung des Beschwerdeführers im Fach «Schuldbetreibungs- und Konkursrecht» zu ermitteln und ihm das Prüfungsergebnis zu eröffnen. Aus den *Erwägungen*:

[E. 1.4: Das Verwaltungsgericht tritt trotz der als genügend bewerteten Leistung an der Wiederholungsprüfung auf die Beschwerde ein. Eine höhere Note hätte zwar keinen Einfluss auf den erfolgreichen Abschluss des Masterstudiums. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine höhere Note dem Beschwerdeführer die Möglichkeit eröffnet, mit einer allenfalls höheren Gesamtnote ein besseres Prädikat zu erreichen. Ausserdem wird bejaht, dass eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt und die vorgebrachten Rügen kaum je rechtzeitig überprüft werden können.]

[...]

2. In der Sache ist strittig, ob die vom Beschwerdeführer am 8. Juni 2017 abgelegte SchKG-Prüfung zu Recht nicht bewertet worden ist, weil dieselbe Prüfungsaufgabe bereits früher gestellt worden war. Der Sachverhalt ist dabei im Wesentlichen unbestritten:

2.1 Der Beschwerdeführer legte am 8. Juni 2017 im Masterstudium eine zweistündige schriftliche Prüfung im Fach «Schuldbetreibungs- und Konkursrecht» ab. Gegenstand der Prüfung waren zwei Sachverhalte (Fall 1 und 2), zu denen sechs bzw. drei Fragen zu beantworten waren. Als Hilfsmittel durften die einschlägigen Gesetzestexte verwendet werden. Die verantwortliche Dozentin hatte die gesamte Prüfung nahezu identisch bereits am 10. Juni 2013 als Leistungskontrolle vorgelegt, im Frühjahrssemester 2014 in der Vorlesung besprochen und während einer gewissen Zeit mitsamt dem detaillierten Lösungsschema auf der Webseite des Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (nachfolgend: Institut) aufgeschaltet. Diese Unterlagen waren auch nach der Entfernung von der Webseite des Instituts im Internet greifbar und kursierten unter den Studierenden. [...]

3. Zunächst fragt sich, ob die Prüfung vom 8. Juni 2017 ungeeignet war, die Kenntnisse und Fähigkeiten der Studierenden im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zuverlässig zu ermitteln.

3.1 Das rechtswissenschaftliche Studium soll den Studierenden unter anderem die erforderlichen Kenntnisse in den verschiedenen Rechtsgebieten sowie die Fähigkeit vermitteln, juristische Probleme selbständig zu erkennen, zu analysieren und zu lösen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b des Reglements vom 21. Juni 2007 über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechts-

wissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern [RSL RW]). Im Masterstudium werden die Kenntnisse vertieft und die kommunikativen, methodischen und sprachlichen Fertigkeiten gefestigt (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 RSL RW). Leistungskontrollen haben zum Ziel, die Kenntnisse und Fähigkeiten der Studierenden im jeweiligen Themengebiet zuverlässig zu ermitteln (vgl. BVGE 2008/26 E. 4; BVR 2010 S. 49 E. 3.4; *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, N. 7; *Marcel Koller*, Was heisst «Faire Prüfung»? Die wesentlichen rechtlichen Aspekte bei Prüfungen an schweizerischen Mittel- und Hochschulen, Diss. St. Gallen 2001, S. 6). Das wird nur dann erreicht, wenn der Prüfungsstoff geeignet ist, solche Feststellungen hinreichend sicher zu treffen. Deshalb ist der Gegenstand der Leistungsbewertung inhaltlich auf das genannte Ziel der Prüfung auszurichten und zu begrenzen. Grundsätzlich müssen die Prüfungsaufgaben insgesamt nach Form und Inhalt geeignet sein, Studierende, die das Ausbildungsziel erreicht haben, von denen zu unterscheiden, die es nicht erreicht haben (*Niehues/Fischer/Jeremias*, N. 380; vgl. auch *Koller*, S. 11). Die Ausgestaltung der Leistungskontrollen fällt in das pflichtgemässe Ermessen der jeweiligen Dozentinnen und Dozenten (Art. 30 RSL RW; vgl. auch *Niehues/Fischer/Jeremias*, N. 383), die sich dabei an die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts zu halten haben wie das Gebot der Gleichbehandlung sowie das Willkürverbot (vgl. BVR 2010 S. 49 E. 3.1; VGE 2016/180 vom 24.1.2017 [bestätigt durch BGer 2C_235/2017 vom 19.9.2017] E. 3.2, je betreffend Anwaltsprüfungen).

3.2 Damit sind die Anforderungen an Leistungskontrollen hinreichend umrissen; weiter gehender rechtlicher Regelungen bedarf es entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht. Fragen aus einer früheren Prüfungssession bei einer Prüfung erneut zu verwenden, ist nach der Rechtsprechung an sich nicht unzulässig und führt nicht zwingend zur Annahme eines Verfahrensfehlers wegen fehlender Eignung der Prüfungsaufgabe (vgl. BVGer A-2496/2009 vom 11.1.2010, in: ZBl 112/2011 S. 570 E. 4.3.1 mit Hinweis auf das Urteil B-6011/2008 vom 3.4.2009 E. 3.4). Grundsätzlich hinzunehmen ist, dass einzelne Prüfungskandidatinnen und -kandidaten unter Umständen Vorkenntnisse haben, weil sie sich früher gestellte Aufgaben (allenfalls mit Lösung) bei der Prüfungsvorbereitung besonders gut eingeprägt oder sie sich damit unmittelbar vor der Prüfung beschäftigt haben. Weiterführende Überlegungen zu dieser Problemlage hat die deutsche Rechtsprechung angestellt: Danach ist die Rechtslage anders zu beurteilen, wenn einzelne Kandidatinnen und Kandidaten im Voraus erfahren haben, welche Prüfungsaufgaben zu erwarten sind. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Expertin oder der Experte die Aufgaben mit einem Teil der Prüflinge zuvor bespricht (z.B. in einem Repetitorium). Ein solches Vorgehen verletzt nicht nur die Chancengleichheit, sondern macht die betreffende Aufgabe auch ungeeignet, Gegenstand einer Prüfung zu sein. Von vornherein ungeeignet, die prüfungsrelevanten Kenntnisse und Fähigkeiten zu ermitteln, sind ferner bestimmte Aufgaben, die den Prüflingen auf sonstige Weise vorher bekannt geworden sind, so dass

sie die Lösung auswendig lernen konnten und ihnen somit in Wahrheit nur eine Gedächtnis- oder (je nach Hilfsmittel) Abschreibleistung abverlangt wird. Dasselbe gilt, wenn eine Prüfung vollständig identisch ist mit einer früheren Klausur und aufgrund der gesamten Umstände vorwiegend auf eine Gedächtnisleistung geschlossen werden muss. Derart «gescheiterte» Prüfungen müssen grundsätzlich wiederholt werden (vgl. zum Ganzen *Niehues/Fischer/Jeremias*, N. 381 und 652; Urteil 14 A 755/11 des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen [NRW] vom 20.11.2012 Ziff. 26 f.; Urteil VII R 111/98 des Bundesfinanzhofs vom 20.7.1999 Ziff. 13 f.).

3.3 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die gesamte SchKG-Prüfung vom 8. Juni 2017 (mit geringfügigen Änderungen) identisch ist mit derjenigen vom 10. Juni 2013, welche zudem im Frühjahrssemester 2014 in der Vorlesung besprochen und mitsamt des vollständigen Lösungsschemas während einer gewissen Zeit auf der Webseite des Instituts aufgeschaltet war. Die Unterlagen blieben auch nach der Entfernung von der Instituts-Webseite leicht zugänglich (vorne E. 2.1). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, gehört das Lösen alter Prüfungsfälle zu den üblichen Prüfungsvorbereitungen. Es ist demnach davon auszugehen, dass ein grosser Teil der Prüflinge im Rahmen ihrer Examensvorbereitung mit der Prüfung vom 10. Juni 2013 und dem dazugehörigen Lösungsschema in Berührung gekommen ist und für diese Studierenden die Aufgaben vom 8. Juni 2017 somit nicht völlig neu waren. Indes hatten die Kandidatinnen und Kandidaten unstrittig keine Kenntnis davon, dass die Prüfung aus dem Jahr 2013 erneut verwendet würde; es gab für sie daher keinen erkennbaren Grund, ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, zumal in der Regel nicht mit der Vorlage einer praktisch identischen Prüfung gerechnet werden kann. Mangels Kenntnis der konkreten Aufgabenstellung mussten sich die Studierenden den gesamten Prüfungsstoff aneignen und konnten nicht bloss die Lösungen der alten Prüfung auswendig lernen. Unter diesen Umständen kann nicht von vornherein auf eine «reine Gedächtnisleistung» geschlossen werden. Im Unterschied zu der von der Rekurskommission im angefochtenen Entscheid angeführten Prüfung für Bachelorstudierende an der Universität St. Gallen im Fach «Privatrecht – ZGB», die den Studierenden zuvor über eine interne Plattform zugänglich war, handelt es sich hier zudem nicht um eine open-book-Prüfung (vgl. dazu *Neue Zürcher Zeitung* vom 11.2.2016, «Schöner prüfen an der HSG», einsehbar unter: www.nzz.ch). Diesfalls wird von Prüflingen, die über die entsprechenden Unterlagen verfügen, nur noch eine Abschreibleistung verlangt. So verhält es sich im vorliegenden Fall nicht.

3.4 Die Prüfung vom 8. Juni 2017 erweist sich sodann auch unter Berücksichtigung der übrigen Umstände nicht als untauglich: Zunächst erscheint es unwahrscheinlich, dass im Juni 2017 Kandidatinnen oder Kandidaten angetreten sind, welche bereits an der ersten Prüfung bzw. an deren Besprechung in der Vorlesung

teilgenommen hatten, lagen diese Vorgänge doch schon vier bzw. drei Jahre zurück (vorne E. 2.1). Zu einer allfälligen Vorbefassung mit den Prüfungsaufgaben kam es damit lediglich bei der normalen Examensvorbereitung, wobei gemäss unbestritten gebliebener Darstellung des Beschwerdeführers mehrere alte Prüfungen im Umlauf sind. Weshalb gerade die Aufgaben und Lösungen vom Juni 2013 besonders geeignet sein sollen, gut in der Erinnerung zu bleiben, ist nicht ersichtlich. Wohl ist davon auszugehen, dass sich bei denjenigen Prüfungsteilnehmerinnen und -teilnehmern, welche die alte Prüfung zu ihrer individuellen Prüfungsvorbereitung gelöst hatten, ein Wiedererkennungseffekt einstellte und sie davon profitierten, auf gewisse Erinnerungen zurückgreifen zu können (vgl. allgemein zu dieser Überlegung BVR 2012 S. 165 E. 5.1.2). Auf das Prüfungsergebnis dürfte sich dieser Wiedererkennungseffekt zudem in einem grösseren Ausmass ausgewirkt haben als in jenen Fällen, in denen nur ein Teil der Prüfungsaufgaben bereits früher Examensgegenstand war (vgl. für solche Konstellationen BVGer B-6465/2013 vom 18.5.2015 E. 5.1; Beschluss 7 CE 07.3468 des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 4.2.2008 Ziff. 25; Urteil VII R 111/98 des Bundesfinanzhofs vom 20.7.1999 Ziff. 14) oder in denen die Aufgabenstellung einer früheren lediglich ähnlich ist (z.B. erneute Ausgabe eines vergleichbaren Themas für die Hausarbeit; vgl. dazu Beschluss 2 LA 343/10 des Niedersächsischen Obergerichtshofs vom 31.3.2011 Ziff. 21). Indes ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, wenn er vorbringt, dass Kenntnisse der früheren Prüfung und des Lösungsschemas auch im vorliegenden Fall für sich allein keinen Prüfungserfolg garantierten. Bei den insgesamt neun zu beantwortenden Fragen genügte es nicht, einzelne Schlagwörter zu nennen, sondern es mussten in nicht unbeträchtlichem Umfang eigenständige rechtliche Überlegungen und Argumentationen dargelegt und verschiedene Tatbestände geprüft werden; die Antworten waren ausformuliert zu begründen und mit den einschlägigen Gesetzestexten zu belegen. Selbst wer die alte Prüfung kannte und gelöst hatte, benötigte umfassende Kenntnisse im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und methodische Fertigkeiten, um die Fragen korrekt zu beantworten und eine gute Prüfungsleistung zu erzielen. Zwar dürfte es sich für einen Teil der Kandidatinnen und Kandidaten um eine eher «einfache» Prüfung gehandelt haben. Sofern der Prüfungszweck aber wie hier trotzdem erreicht wird, kann nicht von einem untauglichen bzw. «gescheiterten» Examen gesprochen werden.

3.5 Insgesamt war die strittige Prüfung geeignet, die Kenntnisse und Fertigkeiten (Art. 20 RSL RW) der Prüflinge im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zuverlässig zu ermitteln. Dass die Kandidatinnen und Kandidaten allenfalls anhand früherer Prüfungen gelernt und damit das «Glück» hatten, für die gestellten Aufgaben gut vorbereitet gewesen zu sein, ist unter den gegebenen Umständen hinzunehmen. Eine Prüfungswiederholung war insofern nicht angezeigt.

4. Zu prüfen ist weiter, ob durch das Wiederverwenden einer alten Prüfung das Gleichbehandlungsgebot verletzt worden ist.

4.1 Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) schliesst den Grundsatz der Chancengleichheit ein. Dieser Grundsatz ist für die Prüfungsgestaltung wegleitend, indem für alle Beteiligten möglichst gleiche Bedingungen geschaffen werden sollen. Dazu zählen bei einer schriftlichen Prüfung neben einer materiell gleichwertigen Aufgabenstellung und einem geordneten Verfahrensablauf auch die Gleichwertigkeit von zusätzlichen Examenshilfen wie abgegebenem Material, speziellen Erläuterungen oder Hinweisen vor oder während der Prüfung. Gleiche Bedingungen ermöglichen es jeder Kandidatin und jedem Kandidaten, einen ihren bzw. seinen tatsächlichen Fähigkeiten entsprechenden Leistungsnachweis zu erbringen (BVR 2016 S. 387 E. 5.2, 2012 S. 165 E. 5.1.1 mit Hinweisen). Eine frühere Prüfungsaufgabe wieder zu verwenden, verstösst für sich allein nicht gegen den Grundsatz der Chancengleichheit, auch wenn unter Umständen einzelne Prüflinge von den alten Prüfungsunterlagen keine Kenntnis erlangen. Von Bedeutung ist, ob alle Kandidatinnen und Kandidaten dieselben Möglichkeiten haben, an relevante Informationen zu gelangen. Hierbei ist ihnen eine gewisse Eigeninitiative bei der Beschaffung von Unterlagen zur Prüfungsvorbereitung zuzumuten (vgl. BVGer A-258/2016 vom 8.11.2016 E. 5.5 mit Hinweisen; für das deutsche Recht: *Niehues/Fischer/Jeremias*, N. 381 und 652).

4.2 Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, war die Rechtsgleichheit im vorliegenden Fall gewahrt, da die Unterlagen zur Prüfung vom Juni 2013 von allen Studierenden gleichermassen eingesehen und beschafft werden konnten. Denn die Prüfung einschliesslich Lösungsschema war eine Zeit lang auf der Webseite des Instituts aufgeschaltet und damit allgemein zugänglich; auch später konnte noch auf sie zugegriffen werden. Es ist allgemein bekannt, dass unter den Studierenden alte Prüfungen zirkulieren und teilweise ohne grossen Aufwand im Internet auffindbar sind [...]. Dass allenfalls nicht alle Prüfungsteilnehmerinnen und -teilnehmer die Prüfung vom Juni 2013 effektiv studiert hatten, beruht auf individuell unterschiedlichem Lernverhalten und nicht auf einer Ungleichbehandlung. Hinzu kommt, dass jede einzelne Prüfungsleistung grundsätzlich nach einem absoluten Massstab ohne Rücksicht darauf zu bewerten ist, wie andere dieselbe schriftliche Aufgabe gelöst haben. Es geht um die Bewertung einer individuellen Leistung und nicht darum, wie erfolgreich jemand im Vergleich mit den anderen Kandidatinnen und Kandidaten ist. Erst wenn die Bevorteilung einzelner Kandidatinnen oder Kandidaten das Prüfungsergebnis anderer Prüfungsteilnehmenden in kausaler Weise entscheidend beeinflusst hätte, läge ein Verstoß gegen die Chancengleichheit vor (vgl. BVR 2012 S. 165 E. 5.1.2). Solches ist hier jedoch nicht ersichtlich.

5.1 Zusammenfassend erscheint es jedenfalls bei schriftlichen Leistungskontrollen auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften zwar fragwürdig, Prüfungen, die

den Studierenden bereits bekannt bzw. für diese allgemein zugänglich sind, unverändert nochmals zu verwenden. Das ändert aber nichts daran, dass die SchKG-Prüfung vom 8. Juni 2017 insgesamt rechtskonform und das Prüfungsverfahren nicht mit einem Mangel behaftet war, der eine Wiederholung der Prüfung erforderlich gemacht hätte. Damit besteht kein Grund für die Nichtbewertung der Prüfung, die der Beschwerdeführer am 8. Juni 2017 abgelegt hat. Der Entscheid, diese Prüfung nicht zu bewerten, verletzt folglich Recht. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids, soweit den Beschwerdeführer betreffend (vgl. E. 5.2 hiernach), gutzuheissen. Die Universität ist anzuweisen, dessen Prüfungsleistung vom 8. Juni 2017 im Fach «Schuldbetreibungs- und Konkursrecht» zu ermitteln und ihm das Ergebnis zu eröffnen. Diese Note bildet Grundlage für den Masterabschluss. Aus Gründen der Rechtsgleichheit steht es dem Beschwerdeführer nicht frei, zwischen dem Ergebnis vom 8. Juni 2017 und demjenigen der Wiederholungsprüfung vom 17. Juni 2017 zu wählen.

5.2 Die Verfügung betreffend die Nichtbewertung der SchKG-Prüfung erweist sich nach dem vorstehend Gesagten als anfechtbar, jedoch nicht als nichtig (vgl. zu letzteren Voraussetzungen statt vieler BGE 139 II 243 E. 11.2; BVR 2016 S. 318 E. 5.2). Die Annahme der Nichtigkeit würde die Rechtssicherheit in erheblichem Mass gefährden, da von ihr auch jene Studierenden betroffen wären, die (vorbehaltlos) zur Wiederholungsprüfung angetreten sind und deren Prüfungsergebnisse inzwischen rechtsbeständig geworden sind (vgl. VGE 2015/68 vom 30.11.2015 E. 3.8 und 4.1). Das rechtswidrige Vorgehen der Universität wirkt sich daher nur auf das Prüfungsergebnis des Beschwerdeführers aus. Die (nicht bewerteten) Arbeiten der anderen Studierenden sind für die Benotung dieses Ergebnisses grundsätzlich ohne Belang, gilt doch ein absoluter Bewertungsmassstab ohne Rücksicht auf die Leistungen der Mitprüflinge (vorne E. 4.2; BVR 2010 S. 49 E. 4.1). Der Universität ist es zwar nicht von vornherein verwehrt, die Leistungen der anderen Prüfungsteilnehmerinnen und -teilnehmer vergleichend heranzuziehen, um eine sachgerechte Bewertung zu erreichen (vgl. dazu VGer SO VWBES.2005.361 vom 11.4.2006, in SOG 2006 Nr. 28 E. 5; aus dem deutschen Recht: Urteil 14 A 755/11 des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 20.11.2012 Ziff. 38; *Niehues/Fischer/Jeremias*, N. 534 ff. mit weiteren Hinweisen). Eine nachträgliche Erhöhung der Leistungsanforderungen einzig aufgrund eines aussergewöhnlich guten Durchschnittsergebnisses wäre indes unzulässig, zumal die Prüfungsteilnehmerinnen und -teilnehmer (darunter der Beschwerdeführer) trotz allfälliger Kenntnis der alten Prüfung und des dazugehörigen Lösungsschemas keinen unrechtmässigen Vorteil hatten (vgl. Urteil VII R 111/98 des Bundesfinanzhofs vom 20.7.1999 Ziff. 28 ff.; Beschluss 7 CE 07.3468 des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 4.2.2008 Ziff. 33 f.; Urteil AN 2 K 07.02955 des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 29.4.2008 Ziff. 27). Es bestanden mithin nicht ungleiche Prüfungsbedingungen, die mit dem Risiko verbunden sind, dass die Leistungen der nicht bevorzugten Prüflinge im Quer-

vergleich schlechter bewertet werden als diejenigen der Bevorzugten (vgl. dazu Beschluss 9 S 2275/13 des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 27.2.2014 Ziff. 26; Urteil 14 A 755/11 des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 20.11.2012 Ziff. 40 ff.). Im Übrigen steht der Universität die Möglichkeit offen, sich hinsichtlich der zu erwartenden Durchschnittsleistung an den Prüfungsergebnissen vom Juni 2013 zu orientieren.

5.3 Mit Blick auf den Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Einwände des Beschwerdeführers einzugehen (treuwidriges bzw. rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Universität, Verhältnismässigkeit).

Kommentar von *Benjamin Schindler*

Ausgangspunkt des vorliegenden Urteils ist eine schriftliche Prüfung im juristischen Masterstudiengang der Universität Bern. In der SchKG-Prüfung vom Juni 2017 waren von den Studierenden zwei Fälle mit jeweils mehreren Fragen zu beurteilen, die nahezu identisch bereits 2013 Gegenstand eines Examens waren. Diese ältere Prüfung ist (bis heute) zusammen mit einer detaillierten «Lösungsskizze» und einem Punkteverteilungsschema auf der Website einer Berner Studentenverbindung frei zugänglich. Dort finden sich auch noch sechs weitere SchKG-Prüfungen derselben Dozentin (vgl. www.concordiabern.ch unter «Jus-Forum» und dort in der Rubrik «Privatrecht»). Es muss daher davon ausgegangen werden, dass ein Grossteil der Studierenden die Prüfungsfragen und -lösungen kannte. Der Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät entschied in dieser Situation, die bereits erbrachten Prüfungsleistungen nicht zu bewerten und die Prüfung wiederholen zu lassen. Einzelne Studierende verlangten daraufhin von der Fakultät eine anfechtbare Verfügung über die Nichtbewertung der abgelegten Prüfung. Gegen diese Verfügung wurde zuerst erfolglos Beschwerde bei der universitätsinternen Rekurskommission erhoben. Die gegen den Rekursentscheid ergriffene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Berner Verwaltungsgericht mit dem hier auszugsweise publizierten und in Rechtskraft erwachsenen Urteil gut.

Die Wiederverwendung alter Prüfungsfragen geschah vorliegend nicht absichtlich, sondern ist einem Missgeschick der Dozentin zuzuschreiben, welches von den Verantwortlichen allerdings erst *post festum* bemerkt wurde. Der Dekan befand sich dadurch in der wenig beneidenswerten Situation, einen Entscheid fällen zu müssen, der in jedem Fall Kritik auslösen und voraussichtlich eine Beschwerde nach sich ziehen würde. Hätte er entschieden, die Prüfung regulär bewerten zu lassen, hätten sich all diejenigen benachteiligt gefühlt, welche die alte Prüfung nicht kannten. Wäre die Prüfung zudem gleich wie vier Jahre zuvor korrigiert worden (damals lag der Schnitt bei 4,63), hätte dies vermutlich einen ungewöhnlich hohen Notenschnitt zur Folge gehabt. Die Fakultät wäre mit dem

Vorwurf konfrontiert worden, der Noteninflation Vorschub zu leisten und die Aussagekraft ihrer Masterzeugnisse zu verwässern. Der Dekan entschied sich daher, die abgelegte Prüfung nicht zu bewerten und wiederholen zu lassen. Damit provozierte er freilich einen Entrüstungsturm all derer, welche sich unter Verwendung der alten Prüfungen sorgfältig vorbereitet hatten und mit einer guten Note rechnen durften. Orchestriert wurde der studentische Ärger zudem von einer wenig schmeichelhaften Medienberichterstattung («Prüfungs-Gate an der Universität Bern»).

Materiell stand für beide Instanzen die Frage im Zentrum, ob und in welchem Umfang die Verwendung alter Prüfungsfragen zulässig sei. Die Verwendung alter Prüfungsfragen kann in zweierlei Hinsicht Probleme verursachen. Einerseits kann die Tauglichkeit (bzw. «Validität») der Prüfung darunter leiden, weil die Fragen nicht geeignet sind, den Lernerfolg zu prüfen. Geprüft wird dann möglicherweise nur die Fähigkeit zum Auswendiglernen, nicht aber die im Rechtsstudium zu erlangende Befähigung zur eigenständigen Fallanalyse und juristischen Argumentation. Schliesslich sollten Masterprüfungen an Hochschulen nicht auf das Niveau einer schriftlichen Theorieprüfung für Motorfahrzeugführer herabsinken (d.h. Abprüfen einer zufälligen Auswahl von Fragen aus einem fixen und bekannten Katalog). Andererseits kann die Verwendung alter Examensteile dann zu einer rechtsungleichen Behandlung führen, wenn die alten Prüfungsfragen nur einem Teil der Studierenden zugänglich waren. Eine Verletzung des Gleichheitsgebots wurde vorliegend sowohl von der Rekurskommission als auch vom Verwaltungsgericht verneint, da es ausreicht, wenn alle Kandidatinnen und Kandidaten die gleiche Möglichkeit haben, an die relevanten Unterlagen zu gelangen. Dies war vorliegend gewährleistet. Unterschiedlich beurteilt wurde hingegen, ob ein auf Grundlage einer alten Prüfung angelegtes Examen als Leistungskontrolle im Masterstudium tauglich sei. Rekurskommission wie Verwaltungsgericht prüften diese Frage eingehend.

Die Rekurskommission verneinte im vorliegenden Fall die «Validität» der Prüfung mit mehreren Argumenten: So seien nicht bloss einzelne Fragen wiederverwendet worden, sondern die «gesamte Prüfung» sei «nahezu identisch» mit der alten Prüfung (Entscheid der Rekurskommission B 11/17 der Rekurskommission der Universität Bern vom 15. Januar 2018, E. 8). Die integrale Verwendung alter Prüfungsfragen weiche zudem massiv von der bisherigen Prüfungspraxis ab, weshalb eine aussagekräftige Messung der Leistung nicht möglich sei (E. 8.1). Schliesslich sei davon auszugehen, dass die meisten Studierenden alte Prüfungsfragen erst kurz vor dem Prüfungstermin lösen würden. In Anbetracht der «eher ungewöhnlichen Sachverhalte» seien die wieder verwendeten Fälle zudem geeignet gewesen, «sehr gut in der Erinnerung haften zu bleiben». Zusammen mit der frei verfügbaren Lösungsskizze habe dies dazu geführt, «dass die Studierenden eine reine Gedächtnisleistung abrufen konnten, anstatt [die Fälle] selbständig zu analysieren und zu lösen» (E. 8.2). Das Verwaltungsgericht beurteilte diesen zentralen Punkt anders. Aufgrund der Fragestellungen, die als Antwort eine schlüssige und

ausformulierte Argumentation verlangten, sei mehr als eine «reine Gedächtnisleistung» gefragt gewesen. Da es sich zudem nicht um eine «open book»-Prüfung gehandelt habe, sei die Prüfung auch nicht zu einer reinen «Abschreibeleistung» verkommen (Entscheid Verwaltungsgericht, E. 3.3). Selbst wer die alten Fragen gekannt habe, sei nicht in der Lage gewesen, ohne «umfassende Kenntnisse im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und methodische Fertigkeiten» eine gute Prüfungsleistung zu erzielen. Es könne daher nicht von einem untauglichen Examen gesprochen werden und die Prüfung müsse folglich bewertet werden (E. 3.4).

Beide Rechtsmittelinstanzen haben gute Argumente auf ihrer Seite. Wer die Prüfung von 2013 kurz vor der Prüfung nochmals studierte, hatte einen entschiedenen Vorteil. Auch wer sich nicht mehr im Detail an die Lösungsskizze zu erinnern vermochte, konnte viel Zeit sparen, indem eine Analyse des Sachverhalts weitgehend obsolet wurde und bei der Lösung zumindest die grobe Richtung bekannt war. Umgekehrt ist dem Verwaltungsgericht darin zuzustimmen, dass auch bei Kenntnis der alten Prüfung eine gewisse argumentative und sprachliche Eigenleistung zu erbringen war, die bewertet werden konnte. Zudem wurde den Studierenden ja empfohlen, alte Prüfungen zu lösen, und bei jeder Prüfung gibt es Leistungsunterschiede aufgrund einer mehr oder weniger intensiven Vorbereitung. Wird etwa als Vorlage eines Prüfungsfalls ein Bundesgerichtsentscheid verwendet, dann sind diejenigen Studierenden im Vorteil, welche sich im Rahmen der Prüfungsvorbereitung intensiv mit der Judikatur auseinandergesetzt haben. Einen solchen «Wettbewerbsvorteil» haben sich diese Studierenden ehr- und redlich erworben und dies sollte auch mit einer besseren Prüfungsleistung «belohnt» werden. Die Verwendung aktueller Gerichtsfälle bei der Prüfungsgestaltung kann somit Teil eines didaktischen Konzepts sein, mit dem das Lernverhalten der Studierenden gesteuert werden soll. Die integrale Verwendung einer alten Prüfung wie im vorliegenden Fall ist hingegen der Nachlässigkeit der Dozentin geschuldet und weder mit inhaltlichen noch didaktischen Überlegungen zu rechtfertigen.

Sowohl der Entscheid des Dekans wie jener der Rekurskommission bzw. des Verwaltungsgerichts erscheinen für sich nachvollziehbar und mit guten Gründen vertretbar. Man ist versucht, mit *Ronald Dworkin* von einem «hard case» zu sprechen, bei dem sich eine eindeutige Entscheidung weder aus dem kodifizierten Recht noch einer konstanten Rechtspraxis zwingend ergibt (*Ronald Dworkin*, Hard Cases, Harvard Law Review 1975, S. 1057 ff.). Bei dieser Ausgangslage wäre es möglicherweise angezeigt gewesen, den Entscheid nicht allein auf die Frage der «Validität» der Prüfung zuzuspitzen, sondern weitere rechtliche Aspekte mit zu erwägen. Dies gilt besonders für die organisationsrechtliche Seite des Falls. So weist die Rekurskommission in ihrem Entscheid darauf hin, dass die Universität bzw. die einzelnen Fakultäten die Verantwortung für die Sicherstellung der Qualität in der Lehre tragen (Entscheid Rekurskommission, E. 10.1; Art. 5 Gesetz über die Universität vom 5. September 1996 [BSG 436.11]; Art. 3 Abs. 3 Verordnung über die Universität vom 12. September 2012 [BSG 436.111.1] und Art. 40 Abs. 2 Bst. a Statut der Universität Bern vom 7. Juni 2011 [BSG 436.111.2]). Der Dekan wiederum

dürfte im Rahmen seiner Zuständigkeiten auch über die Kompetenz verfügen, die entsprechenden Anordnungen mit Blick auf die Qualitätssicherung zu treffen (vgl. Art. 20 Reglement über die Organisation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät vom 19. Februar 2009). Es wäre aus dieser Perspektive wünschenswert gewesen, dass das Verwaltungsgericht den Entscheid der Rekurskommission und (indirekt) des Dekans unter Berücksichtigung der in Art. 1 Abs. 2 des Universitätsgesetzes verankerten Hochschulautonomie mit mehr Zurückhaltung geprüft hätte. Sollte die Hauptverantwortung für die Qualität der Lehre und die Reputation der Ausbildung nicht bei der Universität selber und ihrer Rechtswissenschaftlichen Fakultät liegen? Indem der Gesetzgeber den Rechtsschutz zuerst einer universitätsinternen Rekurskommission übertragen hat (Art. 76 Abs. 1 Universitätsgesetz), bemühte er sich darum, das Bedürfnis nach wirksamem Rechtsschutz mit der Hochschulautonomie in Einklang zu bringen. Die Rekurskommission war sich zudem durchaus bewusst, dass eine Prüfungswiederholung für die Studierenden unangenehme Folgen hat, und empfahl daher der Vorinstanz eindringlich, «die nötigen Massnahmen zur Sicherstellung der Durchführung von reglementskonformen Leistungskontrollen vorzunehmen» (E. 14).

Schliesslich sei ausgehend vom vorliegenden Fall auch die kritische Frage erlaubt, wie die Rechtsmittelinstanzen entschieden hätten, wenn nicht eine SchKG-Prüfung zum Streit geführt hätte, sondern eine Prüfung in Astrophysik oder Tiermedizin. Vermutlich wären beide Rechtsmittelinstanzen dann nicht in der Lage gewesen, die «Validität» der Prüfung derart eingehend zu beurteilen. Denn der Rekurskommission gehören trotz interdisziplinärer Zusammensetzung keine Physiker und (Veterinär-)Mediziner an, und auch das Berner Verwaltungsgericht verfügt nicht über kompetente Fachrichter. Mit Blick auf ein im Bildungsrecht gleichmässiges Rechtsschutzniveau auferlegt sich das Gericht daher auch dort Zurückhaltung, wo es bei der Bewertung von Prüfungsleistungen aufgrund seiner Fachkenntnisse zu einer vertieften Überprüfung in der Lage wäre (so die ständige Praxis bei Anwaltsprüfungen: BVR 2012 S. 152 E. 1.2, 2010 S. 49 E. 1.2.1; vgl. auch BGE 131 I 467 E. 3.1 S. 473). Im vorliegenden Fall ging es zwar nicht um die konkrete Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung, aber um die durchaus vergleichbare Beurteilung der Tauglichkeit einer Prüfung durch den fachlich zuständigen Dekan. Trotz dieser kritischen Hinweise aus der möglicherweise voreingenommenen Sicht eines Dekans (der zudem eine universitäre Rekurskommission präsidierte) überzeugt das Urteil des Verwaltungsgerichts in der Sache selber. Es bildet mit seiner eingehenden Auslegeordnung über Rechtsprechung und Lehre zudem eine ausgezeichnete Orientierungshilfe bei künftigen Entscheiden darüber, wie weit das «Recycling» alter Prüfungsfragen erlaubt ist und welche rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen sind. Diese Überlegungen sollten sich alle Fakultäten und Universitäten im Rahmen ihrer Qualitätssicherung zu Herzen nehmen. Denn sie sind es, welche ihre primäre Verantwortung für eine hochstehende Ausbildung und taugliche Leistungskontrollen wahrnehmen müssen.