



Urteil vom 23. Januar 2019

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Dominik Ott, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Bildung,
Forschung und Innovation SBFI,**
Vorinstanz,

OdA MM,
Prüfungssekretariat QSK,
Erstinstanz.

Gegenstand

Berufsprüfung für Medizinische Masseurin 2017.

Sachverhalt:**A.**

A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) legte die Berufsprüfung Medizinische Masseurin / Medizinischer Masseur im Herbst 2017 zum zweiten Mal ab. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2017 entschied die Organisation der Arbeitswelt „Medizinische Masseur OdA MM“ (nachfolgend: Erstinstanz), dass die Beschwerdeführerin die Berufsprüfung Medizinische Masseurin / Medizinischer Masseur 2017 nicht bestanden habe. Die Prüfungsleistungen der Beschwerdeführerin wurden gemäss Notenblatt wie folgt bewertet:

Prüfung	Gewichtung	Note
Prüfungsteil A MCQ Fakten- und Anwendungswissen Schriftliche Prüfung	1	3.5
Prüfungsteil B OSCE Massage und physikalische Therapieformen Praktische Prüfung	2	4.5
Prüfungsteil C Fallbericht Erarbeitung Dossier Fachgespräch und Fallpräsentation	1	5.5
Gesamtnote		4.5

Die Prüfung ist bestanden, wenn jeder Prüfungsteil mit mindestens der Note 4.0 bewertet wurde.

B.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 29. November 2017 und 30. November 2017 (Beschwerdeergänzung) Beschwerde beim Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFJ (nachfolgend: Vorinstanz). Sie beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolgen ihre schriftliche Prüfung als genügend mit der Note 4.0 zu bewerten, eventualiter sei ihr Gelegenheit zu geben, die schriftliche Prüfung kostenlos und ohne Anrechnung der nicht bestandenen schriftlichen Prüfung auf die Anzahl Versuche gemäss Prüfungsordnung in einem korrekten Verfahren zu wiederholen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Bewertungsskala sei nachträglich festgelegt resp. angepasst worden und angesichts fehlender vorgängiger Bekanntgabe der Bewertungskriterien

hätte sie darauf vertrauen dürfen, dass der ihr bekannte Bewertungsschlüssel der letzten Prüfung aus dem Jahr 2016 mit einem Schwellenwert von 50 % wiederum zur Anwendung gelangen würde. In der Replik vom 9. Februar 2018 vor der Vorinstanz brachte die Beschwerdeführerin zudem vor, die Präsidentin der Qualitätssicherungskommission (nachfolgend: QSK) der Erstinstanz sei gegenüber der Beschwerdeführerin befangen gewesen.

C.

Mit Entscheid vom 22. Mai 2018 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab und auferlegte der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 860.–.

D.

Mit Eingabe vom 27. Juni 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdeentscheid der Vorinstanz Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt die folgenden Rechtsbegehren:

- „1. Es sei, in Aufhebung des Beschwerdeentscheids der Vorinstanz die Notenverfügung vom 31.10.2017 zu berichtigen und die schriftliche Prüfung der Beschwerdeführerin als genügend mit der Note 4.0 zu bewerten.
2. Es sei die Erstinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin den eidgenössischen Fachausweis als Medizinische Masseurin zu erteilen.
3. Eventualantrag:
 - a) Es sei die Erstinstanz anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Gelegenheit zu geben, die schriftliche Prüfung kostenlos, innerhalb von drei Monaten ab Entscheiddatum, und ohne Anrechnung der nicht bestanden schriftlichen Prüfung auf die Anzahl Versuche gemäss Prüfungsordnung OdA-MM 6.51, in einem korrekten Verfahren zu wiederholen.
 - b) Es sei die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese unter Berücksichtigung des Ergebnisses dieser Wiederholung der schriftlichen Prüfung erneut über das Bestehen oder Nichtbestehen der Berufsprüfung für Medizinische Masseurinnen entscheide.
4. Unter ausgangsgemässer Kostenfolge sowie Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin.“

Sie begründet ihre Anträge im Wesentlichen mit der Befangenheit der Präsidentin der QSK, der Art und Weise der Festsetzung der Bewertungsskala durch die Erstinstanz und mit einem Verstoss gegen den Vertrauensgrund-

satz, weil sie angesichts fehlender vorgängiger Bekanntgabe der Bewertungskriterien habe darauf vertrauen dürfen, dass der ihr bekannte Bewertungsschlüssel der Prüfung aus dem Jahr 2016 mit einem Schwellenwert von 50 % wieder zur Anwendung gelangen würde.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin den Beizug der Verfahrensakten 5703 / trp der Vorinstanz. Es handelt sich dabei um die Akten betreffend die Berufsprüfung Medizinische Masseurin / Medizinischer Masseur der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2016. Nach erfolgter Mitteilung der Erstinstanz am 4. November 2016, dass sie die damalige Prüfung nicht bestanden habe, wies die Vorinstanz eine dagegen erhobene Beschwerde mit in Rechtskraft erwachsenem Entscheid vom 17. August 2017 ab.

E.

Mit Eingabe vom 23. August 2018 nimmt die Erstinstanz zur im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Beschwerde betreffend die Berufsprüfung 2017 Stellung. Unter anderem weist sie darauf hin, dass die Rolle der Präsidentin der QSK im vorliegenden Verfahren als objektiv zu werten sei. Zudem reicht die Erstinstanz die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Präsidentin der QSK vom 3. November 2018 bis 8. November 2018 ein.

F.

Mit Stellungnahme vom 21. September 2018 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Sie reicht zudem die Verfahrensakten 5703 / trp betreffend die Berufsprüfung aus dem Jahr 2016 ein.

G.

Der Schriftenwechsel wurde von Amtes wegen unter Vorbehalt allfälliger Instruktionen und/oder Parteieingaben mit Verfügung vom 25. September 2018 abgeschlossen.

H.

Mit unaufgeforderter Replik vom 5. Oktober 2018, welche der Erstinstanz und der Vorinstanz zugestellt wurde, hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihrer Beschwerde fest. Ferner zeige nach Meinung der Beschwerdeführerin die erst vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereichte E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Präsidentin der QSK vom 3. November 2018 bis 8. November 2018, dass die

Erstinstanz situativ und nach ihrem Gutdünken darüber entscheide, was sie wann zu den Akten erheben würde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 22. Mai 2018 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Gemäss dem Berufsbildungsgesetz kann die höhere Berufsbildung durch eine eidgenössische Berufsprüfung oder eine eidgenössische höhere Fachprüfung erworben werden (Art. 27 Bst. a des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 [Berufsbildungsgesetz, BBG; SR 412.10]). Die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt regeln die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel. Die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch die Vorinstanz (Art. 28 Abs. 2 BBG). Der Bundesrat regelt Voraussetzungen und Verfahren der Genehmigung (Art. 28 Abs. 3 BBG). Ferner regelt der Bundesrat die Anforderungen an die Qualifikationsverfahren und stellt die Qualität und die Vergleichbarkeit zwischen den Qualifikationsverfahren sicher. Die in den Qualifikationsverfahren verwendeten Beurteilungskrite-

rien müssen sachgerecht und transparent sein sowie die Chancengleichheit wahren (Art. 34 Abs. 1 BBG). In Bezug auf die Bewertung von Leistungen im Qualifikationsverfahren ist auf Verordnungsstufe vorgesehen, dass die Bewertungen grundsätzlich in ganzen oder halben Noten ausgedrückt werden, wobei 6 die höchste und 1 die tiefste Note bilden, und Noten unter 4 für ungenügende Leistungen stehen (vgl. Art. 34 der Berufsbildungsverordnung vom 19. November 2013 [BBV; SR 412.101]).

2.2 Gestützt auf die Delegation in Art. 28 Abs. 2 BBG hat die Erstinstanz die Prüfungsordnung über die Berufsprüfung Medizinische Masseurin / Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis (nachfolgend: Prüfungsordnung) erlassen, welche mit der Genehmigung des ehemaligen Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie BBT (heute Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI) vom 19. Juni 2009 in Kraft getreten ist. Die hier anwendbare Version der Prüfungsordnung datiert vom 30. August 2017 und wurde gleichentags von der Vorinstanz genehmigt.

2.3 Die Berufsprüfung Medizinische Masseurin / Medizinischer Masseur bezweckt die persönlichen und fachlichen Kompetenzen bzw. die Voraussetzungen zu überprüfen, die befähigen, den Beruf eines medizinischen Masseurs auszuüben (Ziff. 1.1 der Prüfungsordnung).

Alle Aufgaben im Zusammenhang mit der Diplomerteilung werden der QSK übertragen, die sich aus minimal 5 und maximal 7 Mitgliedern zusammensetzt und durch den Vorstand der Erstinstanz für 4 Jahre gewählt werden (Ziff. 2.11 Prüfungsordnung). Der Vorstand der Erstinstanz bestimmt auch die Präsidentin oder den Präsidenten der QSK, welche/r den Vorsitz führt (Ziff. 2.12 Prüfungsordnung). Zu den Aufgaben der QSK zählen die Bereitstellung der Prüfungsaufgaben und die Durchführung der Prüfung (Ziff. 2.21 Bst. e Prüfungsordnung) sowie der Entscheid über die Erteilung des Diploms, wobei zur entsprechenden Sitzung ein Vertreter der Vorinstanz eingeladen wird (Ziff. 2.21 Bst. i und Ziff. 4.51 Prüfungsordnung).

Gemäss den Bestimmungen zur Beurteilung und Notengebung erfolgt die Beurteilung der Prüfung respektive der einzelnen Prüfungsteile mit Notenwerten (Ziff. 6.1 Prüfungsordnung). Die Leistungen werden mit Noten von 6 bis 1 bewertet. Die Note 4 und höhere bezeichnen genügende Leistungen. Andere als halbe Zwischennoten sind nicht zulässig (Ziff. 6.3 Prüfungsordnung). Gemäss Ziffer 6.41 der Prüfungsordnung ist die Prüfung

bestanden, wenn jeder Prüfungsteil mit mindestens der Note 4,0 bewertet wurde.

2.4 Wer die Prüfung bestanden hat, erhält den eidgenössischen Fachausweis und ist berechtigt, den geschützten Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" zu führen (Ziff. 6.43 und Ziff. 7.12 Prüfungsordnung). Wer die Prüfung nicht bestanden hat, kann die Prüfung zweimal wiederholen (Ziff. 6.51 Prüfungsordnung). Wiederholungsprüfungen beziehen sich nur auf Prüfungsteile, in denen eine ungenügende Leistung erbracht wurde (Ziff. 6.52 Prüfungsordnung).

3.

Die Beschwerdeführerin erreichte, gemäss Notenblatt, bei einer von insgesamt drei Prüfungsteilen keine genügende Note. Im Prüfungsteil A Fakten- und Anwendungswissen, einer schriftlichen Multiple-Choice-Prüfung, erzielte sie mit 37 Punkten die Note 3,5. Für eine genügende Note (4,0) hätte die Beschwerdeführerin eine Punktzahl von 38.5 Punkten benötigt.

4.

Nach Art. 49 VwVG (i.V.m. Art. 37 VGG) kann mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft Rügen betreffend die Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen sowie hinsichtlich geltend gemachter Verfahrensmängel im Prüfungsablauf mit umfassender Kognition (Art. 49 VwVG; vgl. BVGE 2008/14 E. 3.3 m.H.; hinsichtlich der eingeschränkten Kognition bei der Bewertung von Prüfungsleistungen vgl. BVGE 2010/11 E. 4.1).

5.

Die Beschwerdeführerin bemängelt unter anderem die Festlegung der Bewertungsskala für den schriftlichen Prüfungsteil A.

5.1 Sie rügt zunächst, dass die Bewertungsskala erst nach durchgeführter Prüfung festgelegt worden sei, ohne gesetzliche oder reglementarische Vorgaben.

5.1.1 Die Erstinstanz reichte im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren eine Bewertungsskala ein. Daraus wird ersichtlich, dass der Gesamtpunktzahl jedes Kandidaten aus dem schriftlichen Prüfungsteil A (einer Multiple-Choice-Prüfung mit 71 Fragen) eine Note zugeordnet wurde. Zudem reichte die Erstinstanz eine Anleitung zum Prüfungsteil A ein, die den Kandidaten vorgängig abgegeben wurde. Daraus ist ersichtlich, dass jede einzelne Multiple-Choice-Frage des schriftlichen Prüfungsteils A maximal einen Punkt gibt.

Die Erstinstanz führte im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren ferner aus, dass der ursprüngliche Schwellenwert und damit die Bestehensgrenze mit der Note 4,0 des schriftlichen Prüfungsteils A im Jahr 2017 bei 60 % der zu erreichenden Punkte (42 Punkte) vorgesehen gewesen sei. Im Sinne einer Grenzwertregelung sei der Schwellenwert 2017 zu Gunsten der Kandidaten nachträglich auf 55 % (38.5 Punkte) herabgesetzt worden. Sie begründete die Herabsetzung damit, dass sich der Schwellenwert einer Prüfung auch über den Schwierigkeitsgrad definiere. Wie schwierig die Prüfung für die Kandidaten gewesen sei, könne erst nach der Prüfung festgestellt werden. Im Jahr 2016 sei der Schwellenwert mit der Note 4,0 nachträglich von 60 % nicht nur auf 55 % wie im Jahr 2017, sondern sogar auf 50 % herabgesetzt worden. Aus einem Datenvergleich der Jahre 2016 mit 99 Kandidaten und 2017 mit 114 Kandidaten ergebe sich, dass aufgrund der angepassten Schwellenwerte 2016 22.22 % und 2017 21.05 % der Kandidaten die Prüfung nicht bestanden hätten.

In ihrer Stellungnahme vom 23. August 2018 ans Bundesverwaltungsgericht führt die Erstinstanz weiter aus, dass der Schwellenwert in der Notensitzung von der ganzen QSK festgelegt und darüber abgestimmt werde. Wenn nötig würden – wie bereits erwähnt – Adaptionen des Schwellenwertes in Bezug auf den Schwierigkeitsgrad der Prüfung vorgenommen. Der Schwellenwert 2017 sei einstimmig von den Mitgliedern der QSK im Beisein einer Vertreterin der Vorinstanz angenommen worden.

5.1.2 Wird die Bewertungsskala bzw. die Punkte-/Notenskala nicht durch das Gesetz oder das Reglement festgelegt, so liegt es – unter der Voraussetzung der rechtsgleichen und sachgerechten Bewertung aller Kandidaten einer Prüfung – grundsätzlich im Ermessen der Prüfungskommission, die Skala nachträglich angemessen zu korrigieren (Urteile des BVGer B-822/2016 vom 24. August 2017 E. 6.2.1; B-2568/2008 vom 15. September 2008 E. 6 m.w.H.; B-6871/2009 vom 16. Juli 2010 S. 6). In seiner Rechtsprechung erachtete das Bundesverwaltungsgericht insbesondere

eine nachträgliche Korrektur der Notenskala um rund 10 % als zulässig (Urteile des BVerG B-2568/2008 vom 15. September 2008 E. 7; B-5547/2013 vom 24. April 2014 E. 7.3). Demgegenüber erscheint eine massive nachträgliche Korrektur insbesondere dann als problematisch, wenn das Fach aus einer einzigen Aufgabe besteht, welche mit übertrieben hohen Anforderungen gestellt worden war, so dass nach der ursprünglichen Notenskala kein Kandidat auch nur eine genügende Leistung zu erzielen vermochte. Eine zu schwierige Aufgabe kann nicht einfach dadurch korrigiert werden, dass die Bewertungsskala im Nachhinein massiv angepasst wird, damit eine angemessene Zahl von Prüfungsteilnehmern "genügende" Leistungen erzielen. In der nachträglichen Abänderung der Bewertungsskala um wenige Prozentpunkte kann aber keine Rechtsverletzung erblickt werden (vgl. Urteile des BVerG B-5547/2013 vom 24. April 2014 E. 7.2 m.w.H.; B-2568/2008 vom 15. September 2008 E. 6.1).

5.1.3 Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erstinstanz die im schriftlichen Prüfungsteil A angewendete Bewertungsskala erst im Nachhinein festgelegt hat. Die Erstinstanz hat nach eigenen Angaben schon vor der definitiven Festlegung der Bewertungsskala den für eine genügende Note erforderlichen Schwellenwert bei 60 % der zu erreichenden Punkte angesetzt. Es ist somit davon auszugehen, dass eine nachträgliche Abänderung der Bewertungsskala im Sinne der genannten Rechtsprechung vorliegt. Die Herabsetzung des Schwellenwerts auf 55 %, einer Differenz zum ursprünglichen Schwellenwert von 5 %, fiel nicht übermässig aus und stellt keinen Verfahrensfehler dar, der zu einer Verzerrung der Leistungsbeurteilung der einzelnen Kandidaten führen könnte. Gegen die nachträgliche, massvolle Anpassung des Schwellenwerts um 5 % ist deshalb nichts einzuwenden (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2568/2008 vom 15. September 2008 E. 7).

Ohnehin kommt der QSK – wie bereits in der rechtlichen Erwägung dargestellt (vgl. E. 5.1.2) – bei der Festlegung der Bewertungsskala und des Schwellenwerts ein grosser Spielraum zu. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin infolge Herabsetzung des Schwellenwerts 2017 von 60 % auf 55 % (vgl. E. 5.1.1) von einem milderen Beurteilungsmassstab profitieren konnte. Die QSK hat die Beschwerdeführerin mit der nachträglichen Festlegung der Bewertungsskala bzw. des Schwellenwerts 2017 bei 55 % anstatt 60 % in keiner Form benachteiligt.

5.1.4 Die von der Beschwerdeführerin gerügte Anpassung bzw. Festlegung der Bewertungsskala und des Schwellenwerts durch die QSK ist nicht zu beanstanden.

5.2 Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Prüfung habe gegen das Gebot der Transparenz verstossen. Zum einen vermöge eine nachträgliche Festlegung der Bewertungsskala dem Gebot der Transparenz nicht zu genügen. Zumindest die zum Bestehen notwendige Mindestpunktzahl sollten die Kandidaten einer schriftlichen Multiple-Choice-Prüfung nach Meinung der Beschwerdeführerin vor Beginn der Prüfung kennen. Zum anderen zeige sich die fehlende Transparenz auch im latenten Numerus Clausus, welche die Erstinstanz der Festlegung der Bestehensgrenze zu Grunde lege, wonach nur etwa 80 % der Kandidaten bestehen dürften.

5.2.1 Die Vorinstanz hält insbesondere fest, es sei nicht nachvollziehbar, was sich die Beschwerdeführerin von der Angabe einer notwendigen Mindestpunktzahl vorgängig zur Prüfung verspreche.

5.2.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht einer Prüfungskommission bei der Festlegung der Bewertungsskala, wie bereits erwähnt, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, sofern das anwendbare Prüfungsreglement diese Frage nicht selbst regelt (vgl. Urteile des BVGer B-822/2016 vom 24. August 2017 E. 6.1.2; B-5547/2013 vom 24. April 2014 E. 6.4). Weder das BBG, noch die dazu gehörende Verordnung oder die Prüfungsordnung legen vorliegend fest, nach welcher Skala oder Methode die Erstinstanz die Note festzulegen hat. Die BBV sieht – wie erwähnt – einzig vor, dass die Leistungen in den Qualifikationsverfahren in ganzen oder halben Noten ausgedrückt werden, wobei 6 die höchste und 1 die tiefste Note darstellen und Noten unter 4 für ungenügende Leistungen stehen (Art. 34 BBV; vgl. E. 2.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7463/2010 vom 1. November 2011 E. 4.2).

Wie vorstehend dargelegt, hat die QSK beim hier in Frage stehenden schriftlichen Prüfungsteil A mit der eingereichten Bewertungsskala ein Raster verwendet, das der Gesamtpunktzahl der Kandidaten aus dem schriftlichen Prüfungsteil A, einer Multiple-Choice-Prüfung, eine Note zuordnet. Die Bewertungsskala erscheint damit als hinreichend detailliert, um eine rechtsgleiche und transparente Anwendung der Beurteilungskriterien zu gewährleisten, was den gesetzlichen Vorgaben (namentlich von Art. 34 Abs. 1 BBG) genügt. Mit einer verbindlichen Bewertungsskala wird dem

Grundsatz der Rechtsgleichheit bzw. der Gleichbehandlung aller Kandidaten (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) Rechnung getragen. Jeder Kandidat erhält die Note, die ihm gemäss Bewertungsskala für die erreichte Anzahl Punkte zusteht (vgl. BVGE 2008/14 E. 4.3.2 m.w.H.).

Das Erfordernis, eine verbindliche Bewertungsskala oder eine notwendige Mindestpunktzahl vorgängig zur Prüfung bekannt zu geben, ergibt sich vorliegend weder aus dem BBG noch aus der Prüfungsordnung. Es liegt somit im Ermessen der QSK, ob sie vorgängig zur Prüfung überhaupt schon eine verbindliche Bewertungsskala erstellt bzw. ob sie eine solche den Kandidaten zugänglich macht (vgl. Urteil des BVGer B-7463/2010 vom 1. November 2011 E. 5). Mit Blick auf die allfällige Adaptionen des Schwellenwertes in Bezug auf den Schwierigkeitsgrad des schriftlichen Prüfungsteils A wäre es vorliegend ohnehin nicht sinnvoll, eine Bewertungsskala oder eine Mindestpunktzahl für die Note 4,0 den Kandidaten vorgängig bekannt zu geben.

Nicht zu beanstanden ist, dass die Erstinstanz im Sinne einer Grenzwertregelung die Bestehensgrenze prüfungsspezifisch an den Schwierigkeitsgrad anpasst (vgl. E. 5.1.2 ff.). Dass sich die Erstinstanz dabei daran orientiert, wie viele Kandidaten bei einem gegebenen Schwellenwert die Prüfung bestehen bzw. nicht bestehen, ist vertretbar. Bei rund 100 Kandidaten scheint die Bestehensquote bzw. gemäss Terminologie der Beschwerdeführerin ein Numerus Clausus ein möglicher Indikator für den Schwierigkeitsgrad einer Prüfung zu sein, was sich im Gegenzug auch auf den Schwellenwert auswirken darf.

Im Übrigen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Bekanntgabe einer notwendigen Mindestpunktzahl vorgängig zur Prüfung den Kandidaten keinen Vorteil bringt. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn es sich wie hier um eine Multiple-Choice-Prüfung handelt und die Kandidaten bei Prüfungsantritt wissen, dass jede der 71 Fragen mit einem Punkt gewichtet wird. Bei einer solchen Ausgangslage ist es nicht wahrscheinlich, dass die Kandidaten ihre Strategie zur Lösung der Multiple-Choice-Fragen von einer bekannten Mindestpunktzahl für die Note 4,0 abhängig machen.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht rechtsverletzend, dass die Bewertungsskala nicht vorgängig zur Prüfung bekannt gegeben wurde, gleich wie auch

die nachträgliche Anpassung der Bewertungsskala bzw. des Schwellenwerts, unter Berücksichtigung der Bestehensquote, der Transparenz nicht abträglich ist.

5.3 Die Beschwerdeführerin macht weiter einen Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz geltend. Angesichts der fehlenden vorgängigen Bekanntgabe der Bewertungsskala hätte sie darauf vertrauen dürfen, dass der ihr bekannte Bewertungsschlüssel aus der Prüfung 2016 wieder zur Anwendung gelange, mithin der Schwellenwert 2016 von 50 % angewendet werde.

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 137 I 69 E. 2.5.1).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin muss der Schwellenwert für das Bestehen des schriftlichen Prüfungsteils A nicht jedes Jahr identisch sein (vgl. hiervor E. 5.1.2; Urteil des BGer 2_D10/2010 vom 31. Januar 2011 E. 4.1). Zudem muss die Erstinstanz den Kandidaten nicht vorgängig zur Prüfung eine verbindliche Bewertungsskala bekannt geben (vgl. E. 5.2 ff.). Die Beschwerdeführerin kann aus der Nicht-Bekanntgabe der Bewertungsskala bzw. des Schwellenwertes somit nicht ein Verhalten der Erstinstanz ableiten, das geeignet wäre, bestimmte Erwartungen zu wecken. Die jeweilige Prüfungsbehörde einer Prüfung hat einen relativ grossen Spielraum, die Bewertungsskala jedes Jahr an den Schwierigkeitsgrad einer Prüfung anzupassen. Damit wird auch dem Erfordernis einer gerechten Bewertung einer Prüfung von einem Jahr zum anderen nachgekommen.

Es sind keine nachteiligen Dispositionen ersichtlich, welche die Beschwerdeführerin in ihrem allfälligen Vertrauen darauf, dass der gleiche Schwellenwert wie im Jahr 2016 zur Anwendung gelange, getroffen haben könnte. Es könnte auch nicht davon ausgegangen werden und die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, dass sie im Vertrauen auf die Bewertungsskala 2016 im schriftlichen Prüfungsteil A im Jahr 2017 absichtlich weniger Punkte erreicht und Fragen bewusst nicht oder falsch beantwortet hätte.

Die Beschwerdeführerin kann sich nach dem Gesagten im Zusammenhang mit der verlangten Anwendung der Bewertungsskala aus dem Jahr 2016 nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen.

5.4 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die für den schriftlichen Prüfungsteil A im Jahr 2017 angewandte Bewertungsskala und die nachträgliche Herabsetzung des Schwellenwerts für die Note 4,0 von 60 % (42 Punkte) auf 55 % (38.5 Punkte) nicht zu beanstanden sind.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Präsidentin der QSK sei befangen gewesen. Die QSK habe die Bewertungsskala derart festgelegt, dass die Beschwerdeführerin just 1.5 Punkte unter dem Schwellenwert 2017 von 55 % zu liegen gekommen sei.

Die Befangenheit der Präsidentin der QSK begründet die Beschwerdeführerin zum einen damit, dass sie bereits im Zusammenhang mit der Berufsprüfung im Jahr 2016 „teilweise berechtigte Kritik“ vorgebracht und ein Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz geführt habe. Die Beschwerdeführerin habe sich in diesem Zusammenhang bei der Präsidentin der QSK unbeliebt gemacht, weil sie Kritik an der Prüfungsorganisation sowie an der Präsidentin der QSK geübt und weil sie mehrfach telefonisch bei der Präsidentin der QSK interveniert habe.

Zum anderen zeige sich die Befangenheit der Präsidentin der QSK nach Meinung der Beschwerdeführerin aufgrund der folgenden Gegebenheit: Die Beschwerdeführerin habe über ihren Anwalt am 8. Dezember 2017 ein Wiedererwägungsgesuch an die Erstinstanz betreffend die Berufsprüfung 2017 gestellt. Vorgängig habe der Anwalt mit der Präsidentin der QSK telefonisch Kontakt aufgenommen gehabt. Die Präsidentin der QSK habe anlässlich des Telefonats mitgeteilt gehabt, dass ein Gesuch um nochmalige Erwägung des Prüfungsentscheids schriftlich eingebracht werden müsste. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 habe die Präsidentin der QSK jedoch mitgeteilt, dass die Erstinstanz keine Prüfungsergebnisse ausserhalb von Beschwerdeverfahren ändern würden und deshalb nicht auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten werde. Nach Meinung der Beschwerdeführerin erscheine es rechtsmissbräuchlich, eine schriftliche Eingabe zu verlangen, nur um hernach mitzuteilen, dass die Behörde grundsätzlich nicht auf ein Wiedererwägungsgesuch eintrete.

Ferner führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Rüge der Befangenheit nicht verspätet vorgebracht worden sei. Die Beschwerdeführerin habe bereits im Beschwerdeverfahren betreffend die Berufsprüfung 2016 vorgebracht, die Präsidentin der QSK sei vorbefasst. Man könne wohl kaum von der Beschwerdeführerin verlangen, dass sie in Bezug auf die Berufsprüfung 2017 erneut ein formelles Ausstandsbegehren hätte stellen müssen.

6.2 Die Vorinstanz und die Erstinstanz verneinen eine Befangenheit der Präsidentin der QSK.

6.3 Der Anspruch auf unbefangene Entscheidungsträger der Verwaltung ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 BV (STEPHAN BREITENMOSE/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 10 N. 17). Art. 10 VwVG konkretisiert diese allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und b^{bis} VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG).

Der Anschein der Befangenheit im Sinne der Ausstandsbestimmungen besteht, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Entscheidungsträgers zu erwecken. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten des Entscheidungsträgers begründet sein. Auf das bloss subjektive Empfinden einer Partei kann bei der Beurteilung nicht abgestellt werden. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. Urteile des BGer 2C_615/2013, 2C_616/2013, 2C_617/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.1). Negative Äusserungen, die sich gegen eine Verfahrenspartei richten, können unter Umständen den Anschein der Befangenheit begründen (vgl. BGE 127 I 196 E. 2d/e). Nach der Rechtsprechung begründet der Umstand, dass die selben Experten einen Examenskandidaten nach einem Misserfolg zum zweiten Mal prüfen, für sich allein noch keinen Anschein der Befangenheit (vgl. BGE 121 I 225 E. 3; VPB 68.122 E. 3b/cc).

Gestützt auf den auch für Private geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt die

bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass ein entsprechendes – echtes oder vermeintliches – Problem mit einem möglicherweise befangenen Entscheidungsträger, frühestmöglich, d.h. bei erster Gelegenheit nach dessen Kenntnis, geltend gemacht wird. Entsprechende Mängel erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, verstösst nach dieser Rechtsprechung gegen Treu und Glauben, wenn diese bereits früher hätten festgestellt und gerügt werden können. Wer Ausstandsgründe im Sinne von Art. 10 Abs. 1 VwVG wahrnimmt und diese nicht sogleich vorbringt, verwirkt somit den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (vgl. BGE 132 II 485 E 4.3; MICHAEL BUCHSER, Berufsbildungsabschlüsse in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 118/119).

6.4 Das Schreiben vom 31. Oktober 2017 betreffend Notenbekanntgabe der Berufsprüfung Medizinischer Masseur / Medizinische Masseurin 2017 sowie das entsprechende Notenblatt wurde von der Präsidentin der QSK unterschrieben. Die QSK, welche von deren Präsidentin oder Präsidenten geführt wird, ist – wie bereits erwähnt (vgl. E. 2.3) – unter anderem für die Durchführung der Prüfung verantwortlich und entscheidet über die Erteilung des Diploms bzw. über das Bestehen der Prüfung. Spätestens nach Erhalt der Notenbekanntgabe am 31. Oktober 2017 wusste die Beschwerdeführerin also, dass die Präsidentin der QSK an der Durchführung und Benotung der Berufsprüfung 2017 beteiligt war. Aus der von der Erstinstanz eingereichten E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 3. November 2018 bis 8. November 2018 ergibt sich weiter, dass die Beschwerdeführerin damals nicht davon ausging, dass die Präsidentin der QSK befangen gewesen sei oder von sich aus hätte in den Ausstand treten müssen. Sollte die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Berufsprüfung 2016 noch eine gegenteilige Ansicht vertreten haben, so ergibt sich aus der genannten E-Mail-Korrespondenz, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Berufsprüfung 2017 sicher nicht mehr von der Befangenheit der Präsidentin der QSK ausging. Im Gegenteil bittet die Beschwerdeführerin die Präsidentin der QSK in Bezug auf die Berufsprüfung im Jahr 2016 um Entschuldigung und erwähnt explizit, dass sie die Präsidentin nie habe persönlich angreifen wollen. In Bezug auf die Berufsprüfung 2017 hält die Beschwerdeführerin sodann fest, sie sei „super organisiert“ gewesen. In einem Folgemail bittet die Beschwerdeführerin die Präsidentin der QSK sodann, „beide Augen zuzudrücken“ und sie „durchzulassen“, obwohl sie sich bewusst sei, dass dies den anderen Kandidaten gegenüber „unfair“ sei. Auch in ihrer Beschwerde an die Vorinstanz vom 29. November 2017 und 30. November 2017 (Beschwerdeergänzung) brachte die Beschwerdeführerin noch keine

Rüge der Befangenheit vor. Eine entsprechende Rüge erfolgte erst in der Replik des vorinstanzlichen Verfahrens vom 9. Februar 2018, nachdem auf das vom Anwalt gestellte Wiedererwägungsgesuch vom 8. Dezember 2017 nicht eingetreten wurde. Ein Nichteintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch, selbst wenn zuvor die telefonische Auskunft erteilt worden sein sollte, dass ein Wiedererwägungsgesuch schriftlich zu stellen sei, reicht nicht, um daraus eine Befangenheit ableiten zu können. Andere Hinweise auf eine mögliche Befangenheit der Präsidentin der QSK, welche die Beschwerdeführerin erst zwischen der Notenbekanntgabe am 31. Oktober 2017 und der Replik im vorinstanzlichen Verfahren am 9. Februar 2018 hätte feststellen können, sind nicht ersichtlich und werden nicht geltend gemacht.

Indem die Beschwerdeführerin ihre Bedenken nicht sogleich nach Erhalt der Notenbekanntgabe vom 31. Oktober 2017 zum Ausdruck brachte, sondern die Befangenheit der Präsidentin der QSK erstmals im Rahmen der vorinstanzlichen Replik vom 9. Februar 2018 vorbrachte, verstösst sie gegen den in Art. 5 Abs. 3 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben. Ihre entsprechende Rüge kann daher nicht gehört werden.

Selbst wenn die Rüge der Befangenheit rechtzeitig gewesen wäre, ist nicht ersichtlich, inwiefern aufgrund der nachträglichen Festlegung der Bewertungsskala und des Schwellenwerts auf 55 % des schriftlichen Prüfungsteils A eine Befangenheit der Präsidentin der QSK relevant sein könnte. Es ist nämlich die gesamte QSK und nicht deren Präsidentin alleine, welche die Bewertungsskala und den Schwellenwert des schriftlichen Prüfungsteils A festlegt und über das Bestehen der Berufsprüfung Medizinische Masseurin / Medizinischer Masseur entscheidet (vgl. E. 2.3). Somit wurde auch der Entscheid über die Bewertungsskala und den Schwellenwert von 55 % für den schriftlichen Prüfungsteil A im Jahr 2017 von der gesamten QSK und nicht von deren Präsidentin alleine gefällt. Insofern ist die Argumentation der Beschwerdeführerin unbegründet, wenn sie befürchtet, sie hätte sich bei der Präsidentin der QSK allenfalls unbeliebt gemacht, weshalb in der Folge ein Schwellenwert gewählt worden sei, den sie gerade knapp verpasst habe. Wie in den rechtlichen Erwägungen dargestellt (vgl. E. 6.3), vermag gemäss Praxis allein die Tatsache, dass die Präsidentin der QSK bereits bei der Berufsprüfung 2016 mitgewirkt hat, ebenfalls kein Misstrauen in die Unvoreingenommenheit der Präsidentin der QSK in objektiver Weise zu begründen. Anders wäre allenfalls dann zu entscheiden, wenn sich die Präsidentin der QSK in einer Weise geäussert hätte,

die als abschätzig gegenüber der Beschwerdeführerin aufzufassen gewesen wäre. Aus der bereits angeführten E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Präsidentin der QSK ergibt sich jedoch, dass Letztere sich soweit ersichtlich nicht in solcher Weise über die Beschwerdeführerin geäußert hat. Im Übrigen sind keine im Gesetz genannten Gründe für eine mögliche Befangenheit der Präsidentin der QSK zu erblicken.

6.5 Soweit die Rüge der Befangenheit der Präsidentin der QSK nicht ohnehin zu spät erfolgte, ist sie nach dem Gesagten auch unbegründet.

7.

Die Beschwerde erweist sich gemäss dem Ausgeführten als unbegründet und ist abzuweisen.

8.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten werden mit Blick auf den Verfahrensaufwand und die Schwierigkeit der Streitsache auf Fr. 1'200.– festgesetzt (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Der geleistete Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

9.

Ausgangsgemäss ist ihr auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

10.

Gemäss Art. 83 Bst. t des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) können Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, weshalb das vorliegende Urteil endgültig ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Beschwerdebeilagen zurück);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Einschreiben; Beilagen: Vorakten und Dossier „A. _____ (17.8.2017)“ zurück);
- die Erstinstanz (Einschreiben; Beilagen: Akten zurück).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

Versand: 29. Januar 2019