

Zusatzangaben für Veröffentlichung

Hochschulrecht

Urteil vom 15.12.2016 i.S. A _____ gegen ETH Zürich

Behörde	ETH-Beschwerdekommision (ETH-BK)
Regeste	<p>Eintreten auf Beschwerde trotz fehlenden aktuellen Rechtsschutzes, wenn sich die Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte und eine rechtzeitige richterliche Überprüfung kaum je möglich wäre.</p> <p>Ausnahmsweise ist das Äusserungsrecht zur rechtlichen Würdigung vor Erlass der Verfügung zu gewähren, sofern die Behörde sich auf rechtliche Normen bezieht, welche die Parteien vernünftigerweise nicht vorhersehen konnten, wenn sich die rechtliche Situation verändert hat oder wenn die Behörde über ein aussergewöhnlich grosses Ermessen verfügt.</p> <p>Beweiskraft von ärztlichen Zeugnissen.</p> <p>Ermessensausübung/Nachteilsausgleich: Die Verweigerung des Moduswechsels bei zwei schriftlichen Prüfungen erweist sich angesichts der eingeschränkten kognitiven Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers als nicht angemessen.</p> <p>Gutheissung der Beschwerde.</p>
Stichwörter	ETH, Nachteilsausgleich, Behindertengleichstellung, Rechtsschutzinteresse
Rechtliche Grundlagen	<ul style="list-style-type: none"> – Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) – Bundesgesetz über die eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110) – Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG, SR 151.3) – Verordnung der ETH Zürich über Lerneinheiten und Leistungskontrollen an der ETH Zürich (Leistungskontrollenverordnung, SR 414.135.1) – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)

Verfahrens-Nr. 1916

Urteil vom 15. Dezember 2016

Mitwirkende:

die Kommissionsmitglieder Hansjörg Peter, Präsident; Beatrice Vogt, Vizepräsidentin;
Consuelo Antille, Jonas Philippe, Yolanda Schärli und
Rodolphe Schlaepfer

in Sachen

Parteien

A _____,
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH
Zürich)**, c/o Studienadministration, HG FO 22.1,
Rämistrasse 101, 8092 Zürich,
vertreten durch Prof. Joachim M. Buhmann, Prorektor
Studium,
Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Nachteilsausgleich nach Behinderten-
gleichstellungsgesetz (BehiG)**
(Verfügung der ETH Zürich vom 31. Mai 2016)

Sachverhalt:

A. A_____ ist seit dem Wintersemester 1984/1985 an der Universität (...) mit dem Studienziel Diplombiologe immatrikuliert. Das damals geltende Studienreglement enthält keine Studienzeitsbeschränkung. Als Folge eines Autounfalls im (...) erlitt er eine Hirnverletzung. Deswegen ist er zu 100 % erwerbsunfähig. Als Student ist er zu 20 % arbeitsfähig. Er besucht seit dem Herbstsemester 2010 wieder regelmässig Lehrveranstaltungen an der Universität (...) und beabsichtigt, ein systematisches Review über Experimente zur Naturverjüngung in Gebirgswäldern zum Thema seiner Diplomarbeit zu machen. Deshalb besucht er seit dem Herbstsemester 2014 regelmässig Vorlesungen an der ETH Zürich. Seit dem Frühlingssemester 2016 ist er als Gaststudent an der ETH Zürich eingeschrieben. Er reichte am 23. März 2016 ein Gesuch um Anpassung der Studien- und Prüfungssituation bei der ETH Zürich ein. Die ETH Zürich verfügte am 31. Mai 2016 über die verschiedenen Anträge des Beschwerdeführers, die sie teilweise guthiess, teilweise aber auch abwies.

B. A_____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) reichte mit Eingabe vom 28. Juni 2016 eine Beschwerde mit Beilagen gegen die Verfügung der ETH Zürich vom 31. Mai 2016 bei der ETH-Beschwerdekommision (ETH-BK) ein, welche am 30. Juni 2016 dort eingelangte. Er stellte folgende Rechtsbegehren: 1. Die Verfügung sei aufzuheben und an das ETH-Rektorat zur Neuabklärung der Sachverhalte und der Möglichkeiten zum Ersatz der schriftlichen Klausurprüfung durch andere Leistungskontrollen zurückzuweisen. 2. Eventuell zu Begehren 1: Der Ersatz der schriftlichen Prüfungen in den Fächern Gehölkunde Mitteleuropas und „Advanced Ecological Processes“ sei durch eine seiner Behinderung angepasste mündliche Prüfung direkt zu verfügen. 3. Ersuchen um Erlass einer superprovisorischen Verfügung von vorsorglichen Massnahmen: Vorsorglich seien die Prüfungen in mündlicher Form vor Ende des Semesters abzunehmen. 4. Eventuell zu Begehren 3: Der Beschwerde soll die aufschiebende Wirkung für die schriftlichen Prüfungen zukommen. 5. Er behalte sich ausdrücklich ergänzende Begründungen vor und benötige eine zusätzliche Frist für ein ergänzendes Zeugnis von Dr. B_____. Dieser brauche eine Fristerstreckung, um Stellung zur angefochtenen Verfügung zu nehmen. Er begründete seine Beschwerde zur Hauptsache mit der gesundheitlichen Beeinträchtigung.

C. Mit prozessleitender Verfügung vom 30. Juni 2016 bestätigte die Instruktrionsrichterin den Eingang der Beschwerde. Sie wies gleichzeitig das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab. Zudem forderte sie die ETH Zürich auf, eine Stellungnahme zu den provisorischen Rechtsbegehren einzureichen. Dem Beschwerdeführer setzte sie eine Frist, innert derer er das ergänzende ärztliche Zeugnis einreichen könne.

D. Der Beschwerdeführer reichte am 5. Juli 2016 das ärztliche Zeugnis von Dr. med. B_____, Facharzt FMH Neurologie, nach. Im Weiteren ersuchte er um Ausrichtung einer Parteikostenentschädigung in der Höhe der ärztlichen Rechnung für das Zeugnis.

E. Mit Stellungnahme vom 8. Juli 2016 vernahm sich die ETH Zürich zu den Anträgen des provisorischen Rechtsschutzes (Antrag 3 und 4) und beantragte die Abweisung der Rechtsbegehren.

F. Das ärztliche Zeugnis mit Kommentar des Beschwerdeführers wurde der Beschwerdegegnerin mit prozessleitender Verfügung vom 11. Juli 2016 zugestellt. Sie wurde gleichzeitig zur Beschwerdeantwort innert 30 Tagen eingeladen, der Beschwerdeführer zur Replik hinsichtlich der Anträge 3 und 4 (provisorischer Rechtsschutz).

G. Der Beschwerdeführer teilte mit E-Mail vom 12. Juli 2016 mit, er sei einverstanden damit, die Prüfungen erst beim nächsten ordentlichen Prüfungstermin durchzuführen. Er habe einen einzigen Einwand, Prof. C_____ werde Ende Semester emeritiert. Es sei deshalb unklar, wie ein Prüfungstermin danach angesetzt werden solle.

H. Mit Eingabe vom 16. Juli 2016 vernahm sich der Beschwerdeführer zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 8. Juli 2016. Er bestätigte nochmals, einverstanden zu sein, die Prüfung bei Prof. D_____ erst beim nächsten ordentlichen Prüfungszeitpunkt durchzuführen. Hinsichtlich der Prüfung bei Prof. C_____ ergänzte er, dass die Verschiebung der Prüfung „Gehölzpflanzen Mitteleuropas“ ihm einen schwerwiegenden Nachteil verschaffen würde, weil er den Prüfungsstoff zweimal lernen müsste, dieses Jahr als Vorkenntnis für die fortgeschrittene Lehrveranstaltung und in einem anderen Jahr ein zweites Mal bei der Prüfung im Fach selber. Er sehe auch nicht ein, weshalb es einen unverhältnismässig grossen Aufwand verursache, die einzige Multiple Choice-Frage in eine

mündliche Prüfung umzusetzen. Es müssten in jedem Fall die jeweiligen Zeitdauern und allfällige Ruhepausen berücksichtigt werden, die Dr. B._____ in seinem Zeugnis vom März 2016 aufgelistet habe.

I. Die Beschwerdegegnerin meldete sich mit E-Mail vom 22. Juli 2016 auf entsprechende Aufforderung hin und teilte mit, sie verzichte auf das Einreichen einer Duplik betreffend aufschiebende Wirkung/vorsorgliche Massnahme.

J. Mit Entscheid vom 28. Juli 2016 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Sinne einer mündlichen Abnahme der Prüfung im Fach „Gehölzpflanzen Mitteleuropas“ ab. Sie stellte zudem fest, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukomme. Der Beschwerdeführer habe keine schriftlichen Prüfungen in der Sommerprüfungssession 2016 abzulegen. Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

K. Die Beschwerdegegnerin vernahm sich am 9. September 2016 in der Hauptsache. Sie beantragte, die Beschwerde sei vollständig abzuweisen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers. Sie verwies auf ihre Stellungnahme vom 8. Juli 2016 und begründete ihre Rechtsbegehren ergänzend im Wesentlichen damit, dass das neu beigebrachte Arztzeugnis vom 27. Juni 2016 lediglich einen Anscheinsbeweis ohne absoluten Beweiswert darstelle. Die Anpassungen gegenüber früheren Zeugnissen seien erfolgt, nachdem der Beschwerdeführer laut eigenen Angaben die Argumentation mit seinem Arzt besprochen habe.

L. Der Beschwerdeführer replizierte am 5. Oktober 2016 auf entsprechende Aufforderung hin. Er bekräftigte den Antrag, die angefochtene Verfügung an die ETH Zürich zurückzuweisen, damit der eigentliche Zweck der Leistungskontrolle anhand der im Vorlesungsverzeichnis publizierten Lernziele festgestellt werde. Ebenso sei festzustellen, wie die behinderungsbedingten Benachteiligungen beseitigt werden könnten. Zudem hielt er am Antrag hinsichtlich der Verletzung des rechtlichen Gehörs fest (die Verfügung vom 31. Mai 2016 sei ihm nicht im Voraus zur Stellungnahme zugeschickt worden).

M. Die Instruktionsrichterin stellte der Beschwerdegegnerin die Replik mit prozessleitender Verfügung vom 6. Oktober 2016 zur Duplik zu. Die ETH Zürich verzichtete mit E-Mail vom 21. Oktober 2016 auf das Einreichen einer Duplik. Dieses E-Mail wurde dem Beschwerdeführer am 24. November 2016 zur Kenntnis zugestellt.

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

Die ETH-Beschwerdekommision zieht in Erwägung:

1. Der Beschwerdeführer ficht den Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 31. Mai 2016 an, welcher eine Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) ist. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert, falls er ein aktuelles, praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Die relevanten Prüfungen haben in der Sommerprüfungssession 2016 stattgefunden. Das praktische Interesse ist demnach nicht mehr aktuell.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist trotz Fehlen eines aktuellen praktischen Interesses auf eine Beschwerde einzutreten, wenn sich die Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte und eine rechtzeitige richterliche Überprüfung kaum je möglich wäre, so dass das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses eine Kontrolle der Rechtmässigkeit faktisch verhindern würde (BGE 138 II 42 E.1.3). Dies trifft auf die vorliegend zu beurteilenden Fragen zu. Der Beschwerdeführer wird die beiden strittigen Prüfungen nachzuholen haben. Die Frage des Nachteilsausgleichs stellt sich damit wieder und ist in dem Sinne nach wie vor aktuell. Der Beschwerdeführer ist demnach zur Beschwerde legitimiert.

2. Gemäss Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (ETH-Gesetz, revidierte Fassung vom 1. März 2010; SR 414.110) beurteilt die ETH-BK Beschwerden gegen Verfügungen der ETH und der Forschungsanstalten betreffend das Ergebnis von Prüfungen und Promotionen. Auf die frist- und formgerechte Beschwerde vom 28. Juni 2016 (Poststempel 29. Juni 2016) ist einzutreten.

3. Die ETH-BK überprüft die bei ihr anfechtbaren Verfügungen mit folgender Kognition: Neben der Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch von Ermessen (Art. 49 Bst. a VwVG), kann auch die unrichtige beziehungsweise unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) sowie die Rüge der Unangemessenheit (Art. 49 Bst. c VwVG) geltend gemacht werden. Die ETH-BK hat nicht nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Rechtsregeln beachtet, sondern auch, ob sie eine dem Sachverhalt adäquate Lösung getroffen hat. Die Rüge der Unangemessenheit gegen Ergebnisse von Prüfungen und Promotionen ist indes nicht zulässig (Art. 37 Abs. 4 ETH-Gesetz).

4. Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG treten Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache befangen sein könnten. Das Kommissionsmitglied Dieter Ramseier, ist in den Ausstand getreten, da einer der zuständigen Examinatoren, Prof. D_____, sein Vorgesetzter ist und er zudem mit dem andern Examniator, Prof. C_____, jahrelang zusammen unterrichtet hat, sodass der Anschein der Voreingenommenheit entstehen könnte. Von diesem Ausstand ist Kenntnis zu nehmen und zu geben.

5. Anfechtungsgegenstand ist das Dispositiv der Verfügung vom 31. Mai 2016 (Entscheidung genannt). Dieses lautet wie folgt: Der Antrag auf schriftliche Prüfungen wird abgelehnt (Antrag A) – anstelle dessen werden Nachteilsausgleiche wie Pausen im Umfang von jeweils 30 Minuten nach 30 Minuten Prüfungszeit (Antrag B–D) vorgesehen. Die beantragten Pausen im Umfang von zwei Stunden hingegen werden als zu lang eingestuft und abgelehnt (Antrag E). Antrag F und G wird entsprochen. Bei den mündlichen Prüfungen wird den Anträgen B, D und E im Wesentlichen und nach Möglichkeit entsprochen, indem bei der 60-minütigen Prüfung durch zwei Examinatoren eine zweistündige Pause zwischen den Prüfungsteilen eingeräumt wird (Ökologie und Management von Gebirgswäldern). Die spezielle Vorbereitungszeit bei mündlichen Prüfungen wird abgelehnt (Antrag C). Antrag F wird nach Möglichkeit entsprochen. Antrag G wird entsprochen. Die ETH Zürich stellt weiter fest, dass diese Regelung nur für die Prüfungssession Sommer 2016 gilt. Nachdem das praktische Interesse an einer Beurteilung der hier zu prüfenden Rechtsfragen gegeben ist (vgl. Erw. 1 vorstehend), bleibt die Beschränkung auf die Prüfungssession 2016 ohne Relevanz. Zudem wird weiter festgehalten, dass der Beschwerdeführer spätestens drei Wochen vor den Prüfungen für die Abklärung, Organisation und Umsetzung der Ausnahmebedingungen auf die Examinatoren zuzugehen habe.

6. Der Streitgegenstand umfasst das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird (BGE 136 II 165 E. 4.4). Der Beschwerdeführer beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und zur Neubeurteilung des Sachverhalts an die ETH Zürich zurückzuweisen. Es seien dabei insbesondere die Möglichkeiten zum Ersatz der schriftlichen Prüfungen durch andere Leistungskontrollen zu prüfen. Eventualiter sei der Ersatz der schriftlichen Prüfungen in den Fächern Gehölkunde Mitteleuropas und „Advanced Ecological Processes“ durch an seine Behinderung angepasste mündliche Prüfungen direkt zu verfügen.

Strittig und zu prüfen ist, ob die schriftlichen Prüfungen in den Fächern Gehölkunde Mitteleuropas und „Advanced Ecological Processes“ durch andere Formen der Leistungskontrollen ersetzt werden können.

7. Der Beschwerdeführer macht, zusammengefasst, in der Beschwerde vom 28. Juni 2016, in der Ergänzung vom 16. Juli 2016 und in der Replik vom 5. Oktober 2016 geltend, er sei seit dem Wintersemester 1984/1985 an der Universität (...) mit dem Studienziel Diplombiologe durchgehend immatrikuliert. Im Jahr (...) sei er in einen Autounfall verwickelt worden. Er habe eine Hirnverletzung erlitten, weswegen er zu 100 % erwerbsunfähig sei. Er habe dank langwieriger Rehabilitationsbehandlungen eine Studierfähigkeit von 20 % erlangt. Seine körperlichen Einschränkungen verunmöglichten Feldarbeiten, weshalb er sein ursprüngliches Diplomthema habe abändern müssen. Sein Betreuer der Diplomarbeit an der Universität (...) wisse nicht Bescheid über Gebirgswälder. Aus diesem Grund und um sich das nötige Fachwissen für die Diplomarbeit anzueignen, habe er sich zu einem Aufenthalt als Gaststudent an der ETH Zürich entschieden. Das Gaststudium diene dazu, Prüfungen zu den Lehrveranstaltungen in Waldökologie nachzuholen und Spezialkenntnisse in quantitativen Methoden der Pflanzenökologie zu erwerben. Was den Nachteilsausgleich für seine Beeinträchtigungen angehe, setze sich das Rektorat der ETH Zürich über den Kern seiner Behinderung hinweg, welcher darin liege, dass er in schriftlichen Prüfungen in Folge seiner leichten bis mittleren neuropsychologischen Einschränkungen stark beeinträchtigt sei. Dies gelte unabhängig davon, wie lange die Prüfungen dauerten und in welcher Umgebung sie stattfinden würden. Sein behandelnder Neurologe, Dr. B_____, habe diese Benachteiligung bereits am 13. Januar 2016 bezeugt. Es gebe keine Möglichkeit, seine Benachteiligung in schriftlichen Prüfungen nur durch einen geänderten Ablauf zu beseitigen.

Die ETH Zürich habe von Amtes wegen für seine Gleichstellung als Behinderter und damit für die Beseitigung von Benachteiligungen zu sorgen. Dr. B_____ habe in seinen Zeugnissen vom 18. März 2016 und vom 31. Mai 2016 Vorschläge gemacht, welche Arten von Ersatzkontrollen er empfehlen könne. Dieser könne aber keine Angaben darüber machen, welche Leistungskontrollen sich eignen würden, um den Zweck der Leistungskontrolle zu erfüllen. Es sei allerdings Aufgabe des Rektorats, zusammen mit den Examinatoren herauszufinden, welche Ersatzkontrollen sich eignen würden, um das Erreichen der Lernziele zu überprüfen. Das Rektorat beschränke sich darauf, die Glaubwürdigkeit der eingereichten Zeugnisse in Frage zu stellen. Zudem liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Der

Prorektor hätte die Schwierigkeiten mit der Beseitigung der behinderungsbedingten Benachteiligung umgehen können, wenn er dem Beschwerdeführer die Verfügung im Voraus zur Stellungnahme zugeschickt hätte. Ebenso sei ihm das rechtliche Gehör zu den Rechtsgründen und dem Inhalt der Verfügung nicht gewährt worden. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs beziehe sich auch auf den Umstand, dass das Arztzeugnis von Dr. B_____ vom 13. Januar 2016 zum einen übersehen worden sei, zum andern habe man offensichtlich missverstanden, weshalb Dr. B_____ eine Empfehlung zum Ersatz der schriftlichen Prüfungen abgegeben habe. Auch seien seine eigenen Abklärungen zum Ersatz der schriftlichen durch mündliche Prüfungen übergangen worden. Darin liege auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Zudem sei ihm das rechtliche Gehör hinsichtlich des Nachteilsausgleichs verweigert worden.

8. Demgegenüber macht die Beschwerdegegnerin für die (teilweise) Abweisung des Gesuchs um Nachteilsausgleich in der angefochtenen Verfügung vom 31. Mai 2016 sowie in der Stellungnahme vom 8. Juli 2016 und der Beschwerdeantwort vom 9. September 2016 geltend, der Behinderungsgrad des Beschwerdeführers sei mit 80 % weit höher als in allen bisherigen Fällen. Die ETH Zürich habe das Gesuch des Beschwerdeführers deshalb auch mit aussergewöhnlichem Aufwand geprüft und in mehreren Sitzungen mehrere interne Stellen einbezogen. Sie habe auch die beiden Professoren konsultiert, welche die schriftlichen Prüfungen abhalten würden. Prof. C_____ lehne die Umwandlung der schriftlichen in mündliche Prüfungen ab, Prof. D_____ habe es nicht schlichtweg abgelehnt, habe aber Vorbehalte geäussert. Über die Ausgestaltung von Massnahmen des Nachteilsausgleichs entscheide die betroffene Institution nach pflichtgemäsem Ermessen aufgrund der konkreten Umstände. Ein Arztzeugnis hingegen habe nur die medizinische Einschätzung darzulegen. Wenn im Arztzeugnis auch Vorschläge für die Behebung bestimmter Nachteile gemacht würden, so blieben dies Vorschläge, von denen im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens abgewichen werden dürfe, solange die gewährten Ausgleichsmassnahmen nicht willkürlich, unsachlich oder stossend seien, solange sie der Situation angemessen seien. Es gebe keinen unbedingten Anspruch auf Gewährung einer ganz bestimmten Form des Nachteilsausgleichs. Die ETH Zürich habe mit der angefochtenen Verfügung Massnahmen des Nachteilsausgleichs getroffen, welche wohlmeinend auf die Situation des Beschwerdeführers massgeschneidert worden seien. Diese Massnahmen seien mit grossem organisatorischem Aufwand für die Professoren und für die Administration verbunden. Der Beschwerdeführer stütze seine Forderung – nach einem

Wechsel des Prüfungsmodus von schriftlich auf mündlich – allein auf den Satz im ersten Arztzeugnis ab, welcher ihm eine starke Benachteiligung bei schriftlichen Prüfungen attestiere. Diese Aussage mache den mündlichen Prüfungsmodus aber keineswegs zwingend. Es seien auch andere Nachteilsausgleiche möglich, darunter erleichterte schriftliche Prüfungsformen, wie der Beschwerdeführer selbst in Ziff. 3.2 Bst. B der Beschwerde schreibe. Beachtlich sei in diesem Zusammenhang, dass in beiden Arztzeugnissen gleichlautend ausgeführt werde, die kognitiven Fähigkeiten des Beschwerdeführers seien „leicht bis mittelschwer“ eingeschränkt, also nicht einmal mittelschwer. Der Entscheid über den Nachteilsausgleich sei in Kenntnis beider Zeugnisse getroffen worden. Das neu beigebrachte Arztzeugnis stelle lediglich einen Anscheinsbeweis dar. Es beweise, dass der ausstellende Arzt diese Feststellungen gemacht habe, nicht aber deren Wahrheit. Es sei im Weiteren richtigzustellen, dass entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 27. Januar 2016 weder akzeptiert noch erwähnt worden sei, dass die schriftlichen Prüfungen ersetzt werden müssten. Es sei vollumfänglich auf die zuständige Beratungsstelle verwiesen worden. Es sei überdies unzutreffend, dass seine Kommunikation mit Prof. E beim Festlegen des Nachteilsausgleichs übergangen worden sei. Es sei zudem nicht ersichtlich, wo und inwieweit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Ferner beziehe sich der Anspruch auf rechtliches Gehör auf den Sachverhalt und normalerweise nicht auf dessen rechtliche Würdigung.

9. Vorab gilt es die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs zu prüfen. Der Beschwerdeführer macht geltend, sein rechtliches Gehör sei mehrfach verletzt worden. Er moniert im Einzelnen Folgendes:

9.1 Das Zeugnis von Dr. B_____ vom 13. Januar 2016 sei übersehen und offensichtlich auch missverstanden worden. Die Beschwerdegegnerin wendet demgegenüber ein, dass sie das ärztliche Zeugnis vom 13. Januar 2016 beim Entscheid über den Nachteilsausgleich berücksichtigt habe, obwohl der Beschwerdeführer dieses nur eingereicht habe, um für seine Aufnahme als Mobilitätsstudent an der ETH Zürich seinen langsamen Studienfortschritt an der Universität (...) medizinisch zu erklären und zu belegen.

Dr. B_____ führt im Arztzeugnis vom 13. Januar 2016 wörtlich aus, „Wegen seiner schwankenden Aufmerksamkeitsleistungen ist A_____ bei schriftlichen Prüfungen stark benachteiligt“. Im ausführlichen ärztlichen Zeugnis vom 18. März 2016 empfiehlt derselbe, vorwiegend mündliche Prüfungen von einer max. Dauer von 45 Minuten durchzuführen.

Entsprechende schriftliche Prüfungen sollten durch mündliche ersetzt werden. Das erste Zeugnis ist bestimmter, soweit es um die Empfehlung des Nachteilsausgleichs geht. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die ETH Zürich in Abwägung beider Zeugnisse trotzdem zum Schluss gekommen ist, die schriftlichen Prüfungen nicht durch mündliche ersetzen zu lassen. Die Vorinstanz hat eine Beweiswürdigung vorgenommen. Es ist nicht ersichtlich, dass sie sich dabei nur auf ein Arztzeugnis abstützte. Wäre dies tatsächlich geschehen, unbeabsichtigt, hätte sie längstens Gelegenheit gehabt, den Nachteilsausgleich im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens zu korrigieren. Dies aber ist gerade nicht geschehen, was darauf schliessen lässt, dass das Zeugnis vom 13. Januar 2016 die Vorinstanz zu keinem anderen Ergebnis bewogen hat. Es liegt diesbezüglich mithin keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

9.2 Der Beschwerdeführer schreibt weiter, er habe weder mit dem Inhalt der angefochtenen Verfügung noch mit den Rechtsgründen rechnen müssen, weshalb ihm vor Erlass der Verfügung das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen. Die ETH Zürich wendet demgegenüber ein, der Anspruch auf rechtliches Gehör beziehe sich auf den Sachverhalt und normalerweise nicht auf die rechtliche Würdigung. Die Antragsteller müssten den Sachverhalt bereits mit ihrem Antrag umfassend darlegen und machten ihr rechtliches Gehör damit geltend. Der Beschwerdeführer habe in seiner Eingabe selbst geschrieben, es seien auch andere Formen des Nachteilsausgleichs möglich. Er habe mithin damit rechnen müssen und habe es in Kauf genommen, dass von seinen Vorschlägen abgewichen werde. Die rechtliche Würdigung sei deshalb nicht völlig überraschend gekommen. Vor dem Erlass der Verfügung habe ihm deshalb das rechtliche Gehör nicht nochmals gewährt werden müssen, namentlich nicht bezüglich der rechtlichen Würdigung.

Grundsätzlich bedeutet das Recht auf Anhörung durch die Behörde aus Sicht der Parteien vor allem ein Recht auf vorgängige Orientierung und Äusserung. Es ist das wichtigste Mittel, um den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des rechtsrelevanten Sachverhalts zu ermöglichen. Die Rechtsprechung, wonach kein Äusserungsrecht zur rechtlichen Würdigung bzw. nur bei Unvorhersehbarkeit neuer juristischer Argumente besteht, ist in dieser allgemeinen Form in der neueren Rechtsprechung relativiert worden (BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54 E. 2b S. 56). Ausnahmsweise ist das Recht zur vorgängigen Äusserung zu gewähren, sofern die Behörde sich auf rechtliche Normen bezieht, welche die Parteien vernünftigerweise nicht vorhersehen konnten, wenn sich die rechtliche Situation verändert hat oder wenn die Behörde über ein aussergewöhnlich grosses Ermessen verfügt (BGE 129 II 497 E. 2.2, S. 504). Die Vorins-

tanz bezog sich bei der Begründung des strittigen Punktes keineswegs auf ausserordentliche rechtliche Bestimmungen. Im Gegenteil, die rechtliche Würdigung stützt sich durchwegs auf die gleichen Bestimmungen des Behindertengleichstellungsgesetzes (Art. 2 Abs. 5 lit. b BehiG). Es gab keine Änderungen in der Subsumtion der rechtserheblichen Normen. Die ETH Zürich kam einzig zu einem andern Schluss, als der Beschwerdeführer beantragt hat. Dies allerdings liegt in der ureigenen Kompetenz der Behörde. Es liegt mithin keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn die ETH Zürich vor Erlass der angefochtenen Verfügung den Beschwerdeführer nicht vorgängig angehört hat.

10. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung. Nach Art. 8 Abs. 4 BV sieht das Gesetz Massnahmen zur Beseitigung von Nachteilen der Behinderten vor. Gestützt darauf wurde das am 1. Januar 2004 in Kraft getretene BehiG erlassen. Dieses gilt namentlich für die Aus- und Weiterbildung (vgl. Art. 3 Bst. f BehiG), d.h. für alle Bildungsangebote im Zuständigkeitsbereich des Bundes (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_930/2011 vom 1. Mai 2012 E. 3.1; 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E. 2.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5474/2013 vom 27. Mai 2014 E. 4.1.1). Eine Benachteiligung (vgl. zu diesem Begriff allgemein Art. 2 Abs. 2 BehiG) bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung liegt nach Art. 2 Abs. 5 BehiG insbesondere vor, wenn die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden (Bst. a) oder die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind (Bst. b). Wer durch ein Gemeinwesen in diesem Sinn benachteiligt wird, kann beim Gericht oder bei der Verwaltungsbehörde verlangen, dass das Gemeinwesen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt (vgl. Art. 8 Abs. 2 BehiG), es sei denn, dies erscheine als unverhältnismässig (vgl. Art. 11 Abs. 1 BehiG).

10.1 Menschen mit Behinderungen haben somit nach dem BehiG gegenüber Gemeinwesen grundsätzlich Anspruch darauf, dass die Modalitäten der von ihnen abgelegten Prüfungen ihren behinderungsbedingten Bedürfnissen angepasst werden (vgl. BVGE 2008/26 E. 4.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5474/2013 vom 27. Mai 2014 E. 4.1.3; Copur/Pärli, Der hindernisfreie Zugang zu Bildung – Pflichten der Hochschule, Jusletter vom 15. April 2013, S. 7; Markus Schefer/Caroline Hess-Klein, Die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung bei Dienstleistungen, in der Bildung und in Arbeitsverhältnissen, Jusletter vom 19. September 2011,

S. 13 f.). Dieser Anspruch besteht bereits aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BV (vgl. BGE 122 I 130 E. 3c; Urteile des Bundesgerichts 2D_22/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 6.3; 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.2; Schefer/ Hess-Klein, a.a.O., S. 13 f.). Er ist auf den Ausgleich der aus der Behinderung resultierenden Schlechterstellung beschränkt; ein Anspruch auf Herabsetzung der fachlichen Prüfungsanforderungen besteht nicht. Die Anpassung darf zudem nicht dazu führen, dass der behinderte Prüfungsabsolvent gegenüber den anderen Prüfungsteilnehmern privilegiert wird (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.2; BVGE 2008/26 E. 4.5; Urteil der ETH-BK vom 12. Dezember 2013 i.S. M.X gegen die ETH Zürich, E. 6.3 ff.; Schefer/ Hess-Klein, a.a.O, S. 13; Werner Schnyder, Rechtsfragen der beruflichen Weiterbildung in der Schweiz, 1999, Rz. 178 f.). Welche Anpassungen erforderlich sind, ist jeweils aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. In Frage kommt dabei grundsätzlich auch eine Änderung des Prüfungsmodus, etwa von schriftlich zu mündlich (vgl. zu den möglichen Anpassungen die vorstehenden Zitate).

10.2 Im Einklang mit dieser Rechtslage sieht die Leistungskontrollverordnung ETH Zürich in Art. 5 Abs. 3 Bst. b in allgemeiner Weise vor, bei Leistungskontrollen, die von Studierenden mit einer Behinderung absolviert werden, könne vom Grundsatz, dass die Modalitäten einer bestimmten Leistungskontrolle für alle Studierenden einheitlich festgelegt werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Leistungskontrollverordnung ETH Zürich), abgewichen werden. Der Zweck der Leistungskontrolle müsse dabei aber sichergestellt bleiben (vgl. Art. 5 Abs. 4 Leistungskontrollverordnung ETH Zürich).

11. Wie der Anspruch auf Anpassung der Prüfungsmodalitäten geltend zu machen ist, wird weder im BehiG noch in der Behindertengleichstellungsverordnung vom 19. November 2003 (BehiV, SR 151.31) erwähnt. Eine entsprechende Regelung findet sich auch nicht in der Leistungskontrollverordnung ETH Zürich. Hingegen verweist die *homepage* der ETH Zürich auf ein Informationsblatt der Beratungsstelle Studium und Behinderung bei chronischen Erkrankungen oder Behinderungen. Danach setzt ein Gesuch um Nachteilsausgleich voraus, dass dieses spätestens bis zum Endtermin der Prüfungsanmeldung unter Beilage eines Arztzeugnisses einzureichen ist. Gemäss Rechtsprechung muss die Anpassung der Prüfungsmodalitäten durch eine behördliche oder ärztliche Bestätigung indiziert sein (Urteil des Bundesgerichts 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E. 3.3). Auch muss der Betroffene rechtzeitig bei der zuständigen Stelle den Nachteilsausgleich beantragen bzw. diese vorgängig in hinreichendem Mass über seine Behinde-

rung sowie die erforderlichen und sachlich gerechtfertigten Massnahmen informieren. Tut er dies nicht, verwirkt er seinen Anspruch (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. August 2014, A-832/2014 und dort Hinweise auf weitere Rechtsprechung).

12. Der Beschwerdeführer reichte seinen Antrag auf Nachteilsausgleich unbestrittenermassen rechtzeitig ein. Er fügte dem Antrag ein Arzzeugnis von Dr. B_____, Facharzt FMH Neurologie, vom 13. Januar 2016 an, bei welchem der Beschwerdeführer seit dem 12. Dezember 2012 in Behandlung ist. Der Beschwerdeführer erfüllt damit die formellen Voraussetzungen für einen Antrag auf Nachteilsausgleich.

13. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz bei ihrem Entscheid, den schriftlichen Prüfungsmodus beizubehalten, ihr Ermessen sachgerecht und verhältnismässig ausgeübt hat. Bei dieser Prüfung ist insbesondere hinreichend Rücksicht auf das individuelle Schutzbedürfnis des Beschwerdeführers als Hirnverletztem zu nehmen. Gleichzeitig ist aber auch zu beachten, dass die zu treffenden Massnahmen für die Vorinstanz zumutbar sind. Diese beiden Interessen sind in einen möglichst schonenden gegenseitigen Ausgleich zu bringen (Schefer/Hess-Klein, a.a.O., S. 28).

13.1 Der Beschwerdeführer belegt seine Beeinträchtigung und die Auswirkungen derselben mit drei ärztlichen Zeugnissen. Es sind dies die Zeugnisse von Dr. B_____ vom 13. Januar 2016, vom 18. März 2016 sowie vom 27. Juni 2016. Dr. B_____ führt im ersten Zeugnis vom 13. Januar 2016 aus, dass seit dem Autounfall mit Schädelhirntrauma und Distorsion der Halswirbelsäule leichte bis mittelschwere neuropsychologische Beeinträchtigungen bestehen, die den Beschwerdeführer in seiner Lebensführung stark beeinträchtigen würden. Es lägen auch eine rasche Ermüdbarkeit mit verminderter körperlicher und kognitiver Leistungsfähigkeit sowie Aufmerksamkeitsdefizite vor. Diese seien bedingt durch das Schädelhirntrauma und stellten einen dauerhaften Zustand dar. Weiter schreibt er: „Wegen seiner schwankenden Aufmerksamkeitsleistungen ist A_____ bei schriftlichen Prüfungen stark benachteiligt.“ Auch im zweiten, sehr ausführlichen Zeugnis (Bericht) vom 18. März 2016 empfiehlt der Arzt, vorwiegend mündliche Prüfungen mit einer maximalen Dauer von 45 Minuten durchzuführen. Schriftliche Prüfungen sollten durch mündliche ersetzt werden. Es bestehe eine Daueraufmerksamkeitsstörung.

Es handelt sich bei den aufgelegten Zeugnissen um Parteibeweise, denen ein weniger hoher Beweiswert zukommt als gerichtlich angeordneten Gutachten/ärztlichen Zeugnissen.

Dr. B_____ kennt andererseits die Krankengeschichte des Beschwerdeführers am besten. Die Zeugnisse sind schlüssig, nachvollziehbar begründet und in sich widerspruchsfrei (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Januar 2016, UV 2013/75 E. 2 zum Beweiswert der Stellungnahmen versicherungsinterner Ärztinnen und Ärzte). Den ärztlichen Zeugnissen kommt demnach Beweiswert zu. Die Aussagekraft des dritten ärztlichen Zeugnisses vom 27. Juni 2016 bezweifelt die ETH Zürich: „Dennoch lautet das neueste Zeugnis nun aber erstaunlicher Weise anders als die beiden vorherigen, indem es gänzlich auf die Begehren des Beschwerdeführers im vorliegenden Rechtsstreit angepasst wurde.“ Ob es sich bei diesem dritten Zeugnis um einen Anscheinsbeweis handelt, kann offen gelassen werden, da den beiden ersten Arztzeugnissen voller Beweiswert zukommt.

13.2 Ob der getroffene Nachteilsausgleich der ETH Zürich geeignet und erforderlich ist, um die behinderungsbedingten Bedürfnisse des Beschwerdeführers zu erfüllen, ist vorab aufgrund der Beurteilung des Schweregrades seiner Hirnfunktionsstörungen zu prüfen. Dem Arztzeugnis vom 13. Januar 2016, aber auch dem Bericht vom 18. März 2016, kann entnommen werden, dass der Beschwerdeführer an leichten bis mittelschweren neuropsychologischen Beeinträchtigungen leidet (vgl. Erw. 11.1). Tabelle 8 „Integritätsentschädigung gemäss UVG“ der Suva (2870/8 – 2002) definiert unter Ziffer 3 den Schweregrad von Hirnfunktionsstörungen. Leichte kognitive Störungen (Ziff. 3.3) betreffen vor allem die Daueraufmerksamkeit, Gedächtnisleistungen bei erhöhten Anforderungen und komplexe exekutive Funktionen (Handlungsplanung, Problemlösen). Eine mittelschwere kognitive Störung (Ziff. 3.4) hat deutliche Minderleistungen einer oder mehrerer kognitiver Funktionen zur Folge. Die Aufmerksamkeit, das Gedächtnis und die exekutiven Funktionen sind fast immer betroffen. Die Formulierung „leichte bis mittelschwere Störung“ bedeutet nichts anderes, als dass die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers zwischen einer leichten und einer mittelschweren Störung liegt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Januar 2016, Erw. 5.4.2 [UV 2013/73]).

Die Situation des Beschwerdeführers ist demnach gegenüber einer leichten Störung insofern erschwert, als er bei einzelnen kognitiven Funktionen nicht nur leichte, sondern auch mittelschwere Minderleistungen hat. Dr. B_____ behandelt den Beschwerdeführer seit dem 12. Dezember 2012. Er stellte bereits im Zeugnis vom 13. Januar 2016 fest, dass der Beschwerdeführer wegen der schwankenden Aufmerksamkeitsleistungen bei schriftlichen Prüfungen stark benachteiligt sei. Zudem ist er als Student nur 20 % leistungsfähig.

Grundsätzlich darf eine Anpassung insbesondere nicht weniger weit gehen, als es dem Leistungspotential des Betroffenen entspricht (Schefer/Hess-Klein, a.a.O., S. 357). Das Beibehalten des schriftlichen Prüfungsmodus, selbst mit Unterbrüchen, ist nicht geeignet, die kognitiven Leistungseinbussen und damit die individuellen Bedürfnisse des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Die ETH Zürich räumt in der Stellungnahme vom 8. Juli 2016 ein, dass zwar die Aussage des Arztes nach dem mündlichen Prüfungsmodus keineswegs zwingend sei und auch andere Nachteilsausgleiche möglich seien, wie erleichterte schriftliche Prüfungsformen.

Die ETH-BK bestätigte im Urteil vom 12. Dezember 2013 i.S. M.X., dass der Wechsel des Prüfungsmodus von schriftlich auf mündlich nicht gewährt werden könne, da es zu den Kernkompetenzen eines Informatikers gehöre, komplexe Aufgaben in schriftlicher Form zu lösen. Entscheidend war in jenem Fall zudem, dass der Beschwerdeführer den mündlichen Prüfungsmodus erst geltend machte, nachdem er die Prüfungen nicht bestanden hatte und das Scheitern an der Prüfung viel eher auf fehlendes Fachwissen, denn auf einen ungenügenden Nachteilsausgleich zurückzuführen war. Die Ausgangssituation war mithin nicht vergleichbar mit der hier zu beurteilenden.

In der vorliegenden Beschwerdeangelegenheit kann sich der eine der beiden Examinatoren, Prof. D_____, durchaus eine andere Prüfungsform vorstellen. Der andere, Prof. C_____, erachtet es hingegen als keineswegs sinnvoll, eine Umwandlung der schriftlichen Prüfung in eine mündliche vorzunehmen. Grundsätzlich ist der mündliche Prüfungsmodus – wie die ETH Zürich zu Recht ausführt – nicht zwingend. Neben der schriftlichen Prüfungsabnahme gibt es durchaus andere schriftliche Leistungskontrollen wie Seminararbeiten etc., welche in Frage kommen können. Da die Lernziele als solche für den Beschwerdeführer unverändert gelten, ist nicht nachvollziehbar, dass das Beibehalten des schriftlichen Prüfungsmodus erforderlich und damit verhältnismässig ist. Auch dürfte der administrative und organisatorische Aufwand der Vorinstanz bei einer anderen Leistungskontrolle nicht umfangreicher sein, als jener für die schriftlichen Prüfungen, wo sie dem Beschwerdeführer einen geräuscharmen Raum und zusätzliche Unterbrechungen anbieten muss.

Es ist zudem nicht ersichtlich, dass mit der vorliegenden Anpassung des Prüfungsmodus ein problematisches Präjudiz geschaffen würde, weil die konkrete Situation des Beschwerdeführers sehr speziell ist und sich ähnliche Umstände kaum wiederholen dürften.

14. Die angefochtene Verfügung erweist sich mithin als unangemessen (Art. 49 Bst. c VwVG) In Anbetracht dessen gilt es, die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung –soweit strittig – aufzuheben. Die ETH Zürich wird angewiesen, eine an die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers angepasste und angemessene Leistungskontrolle anzuordnen. Dabei ist insbesondere sicherzustellen, dass der Prüfungszweck gewahrt wird.

15. Das Verfahren ist gemäss Art. 10 BehiG unentgeltlich. Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer, der mit seinem Antrag obsiegt, wird antragsgemäss eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 284.– zugesprochen.

Demnach erkennt die ETH-Beschwerdekommision:

1. Vom Ausstand des Kommissionsmitglieds, Dieter Ramseier, wird Kenntnis genommen und gegeben.
2. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung wird – soweit strittig – aufgehoben.
3. Die ETH Zürich wird angewiesen, eine der Beeinträchtigung des Beschwerdeführers angepasste und angemessene Leistungskontrolle in den Fächern Gehölkunde Mitteleuropas und „Advanced Ecological Processes“ anzuordnen.
4. Es werden keine Kosten erhoben.
5. Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung von CHF 284.– zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Rückschein.
7. Gegen diesen Entscheid kann gemäss Art. 50 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021; VwVG) **innert 30 Tagen** seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist direkt beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder der Beschwerdeführerin bzw. der Vertretung zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen (Art. 52 VwVG).

Versand am: