

# Carsten Morgenroth

## Das Überdenkensverfahren<sup>1</sup> – Mauerblümchen mit Schattendasein oder Retter in der Not – aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren

### ÜBERSICHT

#### I. Einleitung

#### II. Hintergründe

1. Anwendbarkeit nur für berufsbezogene Prüfungen?
2. Gesetzgeber
3. Detailfragen

#### III. Rechtliche Hintergründe des Überdenkensverfahrens

1. Verfassungsrechtliche Hintergründe
  - a. Bedeutung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
  - b. Grundsatz der Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG
  - c. Grundsatz effektiver Rechtskontrolle, Art. 19 Abs. 4 GG
  - d. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG
  - e. Zusammenfassung

#### 2. Verfahrenstechnische Hintergründe

#### IV. Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens

1. Facetten des Überdenkensverfahrens
  - a. Persönliche Komponenten des Überdenkensverfahrens
  - b. Zeitliche Komponenten
  - c. Inhaltliche Komponenten
  - d. Besonderheiten im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer
2. Fragen aus der Praxis zum Überdenkensverfahren

#### V. Das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren

1. Allgemeines zum Verhältnis
2. Verfahrensstrukturelle Unterschiede
3. Abkehr vom Leitbild der Fremdkontrolle
4. Keine Zweckmäßigkeitkontrolle in Prüfungsentscheidungen
5. Inflexibilität des Widerspruchsverfahrens
6. Rechtliche Konsequenzen bei unzutreffender kommunikativer Verbindung

#### VI. Mögliche gesetzliche Regelungen zum Überdenkensverfahren

1. Landesrechtliche Regelung
2. Regelung im Hochschulinnenrecht

#### VII. Fazit und Darstellung der eigenen Ergebnisse

##### 1. Fazit

##### 2. Darstellung der eigenen Ergebnisse

#### Anlage 1 – Musterregelung zum Überdenkensverfahren in (Rahmen)Prüfungsordnung

Bereits im Jahre 1991 bereitete das BVerfG in einem Urteil,<sup>2</sup> das vielerseits als „Blitzstrahl aus Karlsruhe“<sup>3</sup> bezeichnet wird, den Weg für das Überdenkensverfahren. Die effektive Durchsetzung des Grundrechts eines Studierenden aus Art. 12 GG gebiete es bei berufsbezogenen Prüfungen, dem Studierenden zu ermöglichen, substantiierte Einwendungen nicht nur gegen formelle Verfahrensfragen, sondern gerade auch gegen prüfungsspezifische Bewertungen wirksam geltend machen zu können. In der Tat ergibt sich gerade in Bezug auf die Bewertung ein nicht unerhebliches Rechtsschutzdefizit für den Studierenden, denn prüfungsspezifische Bewertungen unterliegen einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung: die Situation der Prüfung und deren Bewertung ist auf Grund ihrer Einzigartigkeit gerichtlich nicht nachholbar, zudem wird dem Prüfer ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt, den das Gericht nicht ersetzen kann.<sup>4</sup> Seit nunmehr über 25 Jahren ist das Überdenkensverfahren damit ein höchstrichterlich nicht nur akzeptiertes, sondern etabliertes Begleitinstrument des Prüfungsrechts und allein deshalb höchst relevant und beachtenswert.

Dennoch scheint ein Blick in die herrschende Praxis anzudeuten, dass das Überdenkensverfahren in den deutschen Hochschulen ein Schattendasein fristet. Explizite Regelungen finden sich nur vereinzelt,<sup>5</sup> teilweise im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren.<sup>6</sup>

1 Teilweise synonym als Überdenkungsverfahren bezeichnet.  
2 BVerfG NJW 1991, 2005 ff. Kritisch besprochen wird das Urteil von Löwer, Feßtschrift Redeker, 1993, 515 ff. und Redeker, NVwZ 1992, 305 ff. Wegen der Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG nach § 31 BVerfGG ist die Entscheidung für die Rechtspraxis jedoch maßgebend, weshalb die Kritik an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden soll.  
3 Als renommierte Vertreter seien hier beispielhaft die Autoren Dr. Norbert Niehues und Edgar Fischer genannt, welche dieses Bild im Vorwort der 5. Auflage ihres Werkes zum Prüfungsrecht (2010) verwendeten.

4 BVerfG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 2.  
5 Vor allem in Prüfungen auf landesgesetzlicher Grundlage, etwa den juristischen Staatsprüfungen, finden sich häufig Regelungen. Dagegen sind Regelungen hierzu in Hochschulprüfungsordnungen die Ausnahme, z.B. der Universität Flensburg oder der Hochschule Coburg.  
6 Dies betrifft z.B. die Evangelische Fachhochschule Bochum oder die Hochschule Wismar.

Insgesamt erweckt die Lektüre zugänglicher prüfungsrechtlicher Literatur und Gerichtsentscheidungen sowie der kollegiale Austausch<sup>7</sup> den Eindruck, das Überdenkensverfahren sei noch nicht flächendeckend, schon gar nicht verstärkt in der alltäglichen Hochschulpraxis angeht.

Dieser Beitrag unternimmt es, das Überdenkensverfahren etwas stärker ins Bewusstsein der deutschen Hochschulpraxis zu stellen. Dabei soll zunächst auf mögliche Gründe für dieses wenig entwickelte Bewusstsein eingegangen werden (II.). Danach werden die rechtlichen Hintergründe (III.) und Ausgestaltungen (IV.) des Überdenkensverfahrens aufgezeigt. Anschließend wird das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren besprochen (V.). Es folgen Ausführungen dazu, wie das Überdenkensverfahren sinnvollen Eingang in gesetzliche Regelungen des Landeshochschulrechts oder des Hochschulinnenrechts finden könnte (VI.) Ein Fazit sowie die Zusammenstellung der Ergebnisse runden die Betrachtung ab (VII.).

## II. Hintergründe

Die möglichen Hintergründe eines in den Hochschulen noch nicht hinreichend entwickelten Bewusstseins für das Überdenkensverfahren könnten dreierlei sein. Zunächst besteht für den modularen Prüfungsbetrieb an Hochschulen ein gewisses Veröffentlichungsdefizit, insbesondere ist das Überdenkensverfahren nach der ausdrücklichen Darstellung durch *BVerfG*<sup>8</sup> und *BVerwG*<sup>9</sup> für sog. berufsbezogene Prüfungen, also Studienabschlussprüfungen, entwickelt worden (1.). Sodann ist der Gesetzgeber trotz gesetzgeberischen Auftrags seiner gesetzlichen Ausgestaltungspflicht nicht oder nur marginal nachgekommen (2.). Schließlich stellen sich für den Anwender in den Hochschulen diffizile rechtliche Fragen, denen keine/ geringe gesetzliche oder versprengte gerichtliche Klärung gegenübersteht (3.).

### 1. Anwendbarkeit nur für berufsbezogene Prüfungen?

Unter berufsbezogenen Prüfungen versteht die Rechtsprechung solche Prüfungen, die einen unmittelbaren

Einfluss auf den Zugang zum angestrebten Beruf ausüben.<sup>10</sup> Entsprechend finden sich in den einschlägigen Regelungen zu Staatsprüfungen oder Laufbahnprüfungen detaillierte Regelungen zum Überdenkensverfahren.<sup>11</sup> Die weit überwiegende Mehrheit der gerichtlichen Verfahren mit Bezug zum Überdenkensverfahren spielt ebenfalls im Bereich der berufsbezogenen Prüfungen.<sup>12</sup> Nur vereinzelt und in jüngster Vergangenheit finden sich einschlägige Entscheidungen der Gerichte.<sup>13</sup> Auch die Aufarbeitung des Themas in der prüfungsrechtlichen Literatur geschieht schwerpunktmäßig durch Aufarbeitung von Gerichtsentscheidungen zu berufsbezogenen Prüfungen<sup>14</sup> bzw. streift die Thematik des Überdenkensverfahrens nur am Rande.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nur zu verständlich, dass HochschulmitarbeiterInnen im modularen Prüfungsbetrieb weder Relevanz noch erforderliche rechtliche Dimensionen des Überdenkensverfahrens für ihren Bereich hinreichend erkennen können.

Dass das Überdenkensverfahren über die höchstrichterliche Verankerung bei den berufsbezogenen Prüfungen hinaus jedoch gleichermaßen für die modulare Prüfungsstruktur gelten muss, zeigt sich nicht nur aus der insoweit selbstverständlichen gerichtlichen Darstellung.<sup>16</sup> Zwei weitere Argumente stützen diese These. Denn erstens hat das *BVerwG* bereits 1986, also vor Einführung des Überdenkensverfahrens, anerkannt, dass die rechtlichen Implikationen von Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Studierenden nicht nur für den Fall einer einmaligen Studienabschlussprüfung (berufsbezogenen Prüfung), sondern auch für das System gestufter Leistungskontrollen gilt.<sup>17</sup> Das geltende modulare System ist auf die vom *BVerwG* gezeichnete Studienstruktur vollständig anwendbar, denn das modulare System baut auf einer gestuften Abfolge von Teilleistungskontrollen auf, wobei bestimmte Kontrollen aufeinander aufbauen und Voraussetzungen für den Zugang zur nächsten Leistungskontrolle sind. Schon daraus lässt sich das Erfordernis ableiten, die Dimensionen des Überdenkensverfahrens vollständig auf das modulare Prüfungssystem zu übertragen. Ein zweites Argument wirkt flankierend und unterstützend. In mindestens der weit überwiegenden Mehrheit aller Studiengänge ist geregelt, dass das end-

7 Der Autor hatte im Rahmen von Referententätigkeiten im Prüfungsrecht unter den jeweiligen TeilnehmerInnen Fragen zum Thema gestellt – die nachfolgenden Ausführungen spiegeln die wesentlichen Eindrücke und Ergebnisse dieser Befragungen wider.

8 S. oben, Fußn. 2.

9 S. oben, Fußn. 4.

10 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006.

11 § 9 Abs. 6 JAPO Rheinland-Pfalz, s. dazu *VG Mainz NVwZ-RR* 2013, 645; zur Unterbringung des Überdenkensverfahrens im Widerspruchsverfahren in der *JAPO M-V VG Schwerin, Urt. v. 7.8.2012, Az. 3 A 492/07*.

12 Neben den bereits mehrfach zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen und nachfolgender obergerichtlicher Behandlung, z.B. *OVG Bremen NJW* 2000, 2915, sei hier stellvertretend für andere Rechtsgebiete die Steuerberaterprüfung genannt, hierzu z.B. *FG Hamburg, Gerichtsbescheid v. 28.12.1995, Az. V 16/94*.

13 Exemplarisch *VG Berlin, Beschl. v. 21.6.2015, Az. 12 K 1265.13*.

14 *Zimmerling/ Brehm, NVwZ* 2009, 358 ff.

15 *Linke, NJW* 2007, 2825 ff.; *Birnbaum, NVwZ* 2006, 286 ff.

16 *VG Berlin, o. Fußn. 12*.

17 *BVerwG NVwZ* 1987, 978 (979).

gültige Nichtbestehen auch nur eines der vielen Module des Studiengangs die zwingende Exmatrikulation und damit den Studienabbruch nach sich zieht. Damit kommt einer Modulprüfung zwar ihrem originären Charakter nach nicht die Funktion einer berufsbezogenen Prüfung zu, denn eine Modulprüfung während des Studiums ermöglicht noch nicht für sich den Zugang zum Beruf, sondern „nur“ die Fortsetzung des Studiums. Im Falle des endgültigen Nichtbestehens verhindert aber auch jede einzelne Modulprüfung das angestrebte Berufsziel und wird damit einer berufsbezogenen Prüfung stark vergleichbar.<sup>18</sup>

Im Ergebnis verwundert die bisherige Zurückhaltung der juristischen Literatur, das hiesige Themenfeld aufzuarbeiten, bedeutet aber nicht, dass dieses Feld keine Relevanz für die tägliche Arbeit hätte.

## 2. Gesetzgeber

Eine weitere mögliche Erklärung für die bestehende Rechtsunsicherheit könnte sein, dass der Gesetzgeber seinem mehrfach beschriebenen<sup>19</sup> gesetzlichen Auftrag bislang nicht gerecht geworden ist. Erkennbar kein einziges Landeshochschulgesetz enthält eine explizite Aussage über das Überdenkungsverfahren. Auch das Widerspruchsverfahren in Prüfungsangelegenheiten wird sehr divers ausgestaltet.<sup>20</sup> Weil sich das Hochschulrecht als verwaltungsrechtliche Sondermaterie ansonsten eines nicht geringen Regelungsgrades erfreut,<sup>21</sup> verwundert nicht, dass die Verwaltungspraxis aus der Abwesenheit einer Regelung auch eine nicht oder gering ausgeprägte Relevanz ableitet.

## 3. Detailfragen

Aus der weitgehend fehlenden gesetzlichen Regelung und juristischen Rezeption lassen sich demnach verlässliche Informationen nur aus der Vielzahl der Gerichtsentscheidungen ziehen, welche angesichts der Arbeitsbelastung nicht durch alle MitarbeiterInnen vollständig gesichtet werden können. Daraus ergeben sich viele Unsicherheiten in Bezug auf Detailfragen zum Überdenkungsverfahren. Muss ich innerhalb eines Monats nach

Bekanntgabe der Prüfung, also regelmäßig während der Semesterpause, einen Klausureinsichtstermin anbieten? Hat der Studierende einen Anspruch auf individuelle Klärung der Fragen oder darf auch ein Globaltermin angesetzt werden? Hat der Studierende Anspruch auf Fotokopie bzw. ein Fotorecht auf Smartphones oder ähnlichen Geräten zum Zwecke der Vorbereitung seiner Substanziierung? Muss ich neben dem Widerspruchsverfahren ein eigenständiges Überdenkungsverfahren anbieten? Muss dieses Verfahren auch so heißen oder darf es einen anderen Namen haben? Wer hat beim Überdenkungsverfahren mitzuwirken: Prüfer, andere Prüfer, Studiendekan, Prüfungsausschuss etc.? Diese und viele weitere Fragen tauchen regelmäßig in der täglichen Verwaltungspraxis der Hochschulen auf und sind ein Spiegel der eben beschriebenen, möglicherweise noch weiterer Ursachen.

## III. Rechtliche Hintergründe des Überdenkungsverfahrens

An relevanten rechtlichen Hintergründen für das Überdenkungsverfahren lassen sich verfassungsrechtliche (1.) und verfahrensrechtliche (2.) Hintergründe unterscheiden.

### 1. Verfassungsrechtliche Hintergründe

Die verfassungsrechtlichen Hintergründe ergeben sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Grundrechte, die ohnehin im Prüfungsrecht eine große Rolle spielen, nämlich Art. 12 Abs. 1 GG (a.) und Art. 3 Abs. 1 GG (b.). Zusätzlich wird hier die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einbezogen (c.). Auf Grund faktischer Besonderheiten spielen schließlich auch Elemente des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG eine Rolle (d.).

#### a. Bedeutung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Wahl und Ausübung einer beruflichen Tätigkeit bildet eine Begrenzung des Gestaltungsspielraums der Hochschulen; deren Regelungen müssen sich an Art. 12

18 Vollständige Vergleichbarkeit ist indes nicht gegeben, denn möglicherweise kann der Studierende sein Studium an anderer Stelle unter Anrechnung erbrachter Leistung noch fortsetzen.

19 BVerwG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 4; Muckel, NVwZ 1992, 348; Fliegauß, Prüfungsrecht, 196, S. 22 ff.

20 Beispielsweise enthalten das ThürHG oder das BayHSchG keine Regelung über ein Widerspruchsverfahren in Hochschul- oder Prüfungsangelegenheiten. Eine indirekte Aussage trifft § 66 HambHG über die Einrichtung eines sog. Widerspruchsausschusses in Prüfungsangelegenheiten, wodurch der Widerspruch an sich legitimiert wird. § 34 Abs.1 Nr. 18 SächsHSFG beinhaltet dagegen das Widerspruchsverfahren als zwingende Regelung für

jede Prüfungsordnung. Das Land Berlin hat die Möglichkeit eines Widerspruchsverfahrens in Prüfungsangelegenheiten wiederum ausgeschlossen, s. § 26 Abs.2 AllgZustG.

21 So enthalten alle Landeshochschulgesetze differenziert ausgestaltete, stark detaillierte Kataloge von Mindestanforderungen an eine Prüfungsordnung, z.B. Art. 61 BayHSchG, § 49 ThürHG, während in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, dass die Regelungsintensität im Prüfungsrecht wegen des einschlägigen Verfassungsrechts, aus dem sich alle relevanten Aspekte ableiten lassen, eher gering ausgeprägt sein muss, s. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2011; Az. OVG 10 N 48/09.

Abs. 1 GG messen lassen. Dies gilt für viele Bereiche des Studienbetrieb und für Prüfungen, z.B. das für die Aufnahme bestimmter Berufe eine vorherige Ausbildung erforderlich sein kann<sup>22</sup> oder dass Prüfungen bestanden werden müssen<sup>23</sup> sowie welche inhaltlichen Maßstäbe an diese Prüfungen angelegt werden müssen.<sup>24</sup> Speziell für das Überdenkensverfahren spielt statt dessen ein anderer Aspekt eine Rolle, nämlich ein verfahrensrechtlicher. Soweit es für die effektive Durchsetzung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG auch bestimmte Verfahrensbedingungen gibt, so sind diese ebenfalls einzuhalten.<sup>25</sup> Art und Intensität dieser Verfahrensbedingungen bestimmen sich dabei nach zwei Kriterien: nach der Intensität des Grundrechtseingriffs sowie nach der nachträglichen gerichtlichen Überprüfbarkeit.<sup>26</sup> Hier spielen beide Aspekte auf interessante Art und Weise ineinander, die im Ergebnis ein durchaus differenziertes Bild ergeben. Zunächst ist die gerichtliche Überprüfbarkeit nur vermindert gegeben, was die Verfahrensbedingungen aktiviert und intensiviert. Prüfungsentscheidungen sind aus zwei Gründen heraus nicht vollständig überprüfbar. Einmal ist eine Prüfung ein einmaliges, nicht rekonstruierbares Geflecht von kommunizierten Informationen und subjektiven Eindrücken. Die sich hieraus für das Verfahren ergebenden Anforderungen haben jedoch eher Bedeutung für das rechtsstaatliche Handeln der Hochschule insgesamt (s. unten, d.), Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht direkt betroffen.<sup>27</sup> Außerdem steht speziell einem Prüfer jedoch ein inhaltlicher Beurteilungsspielraum bei der Findung und Anwendung seines Bewertungsmaßstabes zu, den er durch vergleichende Kontrolle der Prüfungsleistungen erreicht hat und der durch das Gesetz deshalb bereits faktisch nicht ersetzbar ist.<sup>28</sup> Dieser Umstand bildet die hauptsächliche Anforderung für eine Aktivierung von verfahrenstechnischen Mechanismen zugunsten der effektiven Grundrechtsdurchsetzung des Studierenden: das Überdenkensverfahren hat das gerichtliche Überprüfungsdefizit so zu kompensieren, dass dennoch eine hinreichend effektive Durchsetzung des Grundrechts möglich ist. Das *BVerfG* leitet hieraus wiederum zwei Konsequenzen ab: der Studierende muss rechtzeitig über

den Verfahrensstand informiert sein, und die Berücksichtigung des Vorbringens des Studierenden muss bei der Entscheidungsfindung des Prüfers gewährleistet sein.<sup>29</sup> Das *BVerwG* sieht darüber hinaus noch ein Gebot der zeitnahen Befassung mit dem Vorbringen des Studierenden im Verhältnis zur Prüfung als erforderlich an, das Überdenkensverfahren solle vor einem gerichtlichen Verfahren liegen.<sup>30</sup> Das Gebot der zeitnahen Befassung gilt vordergründig für mündliche Prüfungen, bei denen der Prüfer weitgehend aus dem Gedächtnis heraus agieren müsste. Aber auch die Bewertungen schriftlicher oder alternativer Prüfungsleistungen sind nicht immer so vollständig ausformuliert, dass sich der komplette Gedankengang allein aus der Lektüre der Korrekturhinweise vollständig erschließt. Hinsichtlich der Intensität des Grundrechtseingriffs, also dem zweiten großen Gradmesser zur Bestimmung der Verfahrensbedingungen für das Überdenken, ergibt sich ein differenziertes Bild mit drei Abstufungen. Prüfungsleistungen, welche Gefahr laufen, zu einem endgültigen Nichtbestehen zu führen, bedeuten im Ergebnis einen sehr intensiven Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG des Studierenden – die Verfahrensbedingungen an ein Überdenken sind für diese Fälle am höchsten. Die zweite Gruppe bilden Prüfungsleistungen, welche zwar ebenfalls mit nicht bestanden bewertet wurden, jedoch noch Wiederholungsmöglichkeiten bestehen. Hier ist der Grundrechtseingriff ebenfalls intensiv. Schließlich besteht mit den bestandenen Prüfungsleistungen die Mehrheit der zu betrachtenden Bewertungen. Weil diese Prüfungsleistungen in aller Regel<sup>31</sup> den Zugang zum gewünschten Beruf ermöglichen oder zur Weiterführung des Studiums berechtigen, ist die Intensität des Grundrechtseingriffs hierbei am geringsten.

b. Grundsatz der Chancengleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG

Das zweite essenzielle Grundrecht im Prüfungsrecht ist dasjenige aus Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet,<sup>32</sup> hat das Grundrecht primäre Bedeutung für das Leistungsermittlungsverfahren, indem es gleiche Startchancen für alle Prüflinge vermitteln soll,<sup>33</sup> was sich

22 BVerfGE 37, 342 (352).

23 BVerfG NVwZ 1989, 645 ff.

24 BVerfG NVwZ 1989, 850 ff.

25 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2005.

26 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

27 *Bryde*, DÖV 1091, 193 ff.

28 Allgemein zu den rechtlichen Wurzeln des Beurteilungsspielraums *Ule*, Gedächtnisschrift f. Jellinek, 1955, 309 ff.; *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.

29 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

30 BVerwG NVwZ 1993, 681.

31 Es sind in seltenen Fällen Konstellationen denkbar, dass eine Prüfungsleistung in einem Bachelorstudiengang zwar bestanden wurde, die Note aber den Gesamtdurchschnitt des Bachelorstudienganges insgesamt unter die erforderliche Mindestqualität bringt, um einen angestrebten Masterstudiengang auch erreichen zu können.

32 *Osterloh*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 3, Rn. 58.

33 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl., 2015, Rn. 402.



jedoch gut auch auf den gesamten Prozess der Leistungserbringung ausdehnen lässt.<sup>34</sup> Für den hiesigen Kontext erlangt das Gebot der Chancengleichheit allerdings Bedeutung für das Leistungsbewertungsverfahren. Denn es ist nach Auffassung des *BVerfG* eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, wenn ein Prüfling infolge gerichtlicher Überprüfung seiner Bewertung den eingeschränkten Prüfungsmaßstab des Gerichts<sup>35</sup> erlebt, während alle anderen Prüflinge dem allgemeinen Bewertungsmaßstab des Prüfers unterliegen.<sup>36</sup> Das Defizit gerichtlicher Überprüfungsmöglichkeit von Prüfungsergebnissen erhält damit neben den faktischen Gegebenheiten eine rechtliche Komponente aus Art. 3 Abs. 1 GG.

#### c. Grundrecht effektiver Rechtskontrolle,

Art. 19 Abs. 4 GG

Diese Ergebnisse werden im Wesentlichen ohne weitere Erkenntnis durch das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG flankiert. Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt dem Studierenden ein Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte staatlicher Gewalt, wie es Prüfungsentscheidungen sind.<sup>37</sup> Dies bedeutet die Vermittlung mindestens einer gerichtlichen Instanz gegen alle staatlichen Entscheidungen<sup>38</sup> sowie vollständige inhaltliche und rechtliche Überprüfung ohne Bindung an behördliche Auslegungen.<sup>39</sup> Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt diese Grundsätze aber nicht, sondern setzt sie voraus.<sup>40</sup> Der prozessuale Schutz geht damit nicht über den Maßstab hinaus, welchen die materiellen Grundrechte, hier diejenigen aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vermitteln. Faktisch und rechtlich vermittelte Verkürzungen der gerichtlichen Kontrolle vermag deshalb auch das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu kompensieren. Immerhin hat das *BVerfG* anerkannt, dass die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Verwirklichung des materiellen Rechts wirkungsvoll dienen muss.<sup>41</sup> Das *BVerfG* sieht in diesem Kontext die Möglichkeit für die Verwaltungsgerichte, auf niedrigem Abstraktionsniveau generelle Bewertungsmaßstäbe zu etablieren, zumindest für die Bewertung juristischer Fragestellungen, um den Bereich gerichtlicher Kontrolle zugunsten des Studierenden ein bisschen

verbessern zu können.<sup>42</sup> Derartige Maßstäbe sind jedoch bislang erkennbar nicht eingerichtet worden.

#### d. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG

Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip schließlich folgt das Gebot bestmöglicher Sicherstellung von Objektivität und Neutralität des Prüfungsverfahrens.<sup>43</sup> Ähnlich der rechtlichen Flankierung des faktischen Beurteilungsspielraums des Prüfers durch Aspekte aus Art. 3 Abs. 1 GG ist aus dem Rechtsstaatsprinzip eine rechtliche Unterlegung abzuleiten, welche es unternimmt, der anderen faktischen Besonderheit bei Prüfungen entgegenzuwirken, nämlich, dass eine Prüfung eine von subjektiven Eindrücken des Prüfers, von seiner individuellen fachlichen Ausrichtung sowie von im Einzelfall nicht nachstellbaren Prozessen kommunikativer Interaktion geprägt ist. Hier gebietet es nicht nur der gesunde Menschenverstand, sondern auch das Recht, nämlich Art. 20 Abs. 3 GG, diesen Unwägbarkeiten bestmöglich entgegenzutreten, beispielsweise durch transparente und sachgerechte Verfahren der Prüferbestellung.<sup>44</sup>

Ein weiterer wesentlicher Aspekt zur Begründung des Überdenkungsverfahrens ist, dass wesentliche informatorische bzw. partizipative Elemente<sup>45</sup> in Prüfungsangelegenheiten ausgeschlossen oder stark eingeschränkt sind. Denn § 2 Abs. 3 Nr. 2 *VwVfG* bestimmt, dass das Gebot der Anhörung des Betroffenen der Entscheidung (des Prüflings) vor Mitteilung der Entscheidung, § 28 *VwVfG*, sowie das Gebot, die Entscheidung zu begründen, § 39 *VwVfG*, nicht gelten. Vor diesem Hintergrund vermittelt sich die Notwendigkeit einer kompensatorischen Kraft zugunsten des Prüflings neben der faktischen Unmöglichkeit gerichtlicher Prüfungsbewertung, sondern daneben auch aus dem daraus rechtlich abgeleiteten Defizit an informatorischer Beteiligung des Adressaten.

#### e. Zusammenfassung

Im Ergebnis hat das Verfassungsrecht dem Überdenkungsverfahren folgende Prägungen verliehen:

- Auch das Prüfungsverfahren hat sich an Art. 12 Abs. 1 GG messen zu lassen. Dies kann im Ergebnis die Intensivierung bestehender bzw. sogar die Einrichtung neuer

34 Denkbar sind hier z.B. die Vermeidung von Baulärm während einer Klausur oder die Sicherstellung weitgehend gleicher Redezeit während einer mündlichen Gruppenprüfung.

35 Bei nichtjuristischen Inhalten ggf. unter Zuhilfenahme von Sachverständigen.

36 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2007.

37 Soweit private Hochschulen im Rahmen ihres einschlägigen Landesrechts oder ihrer staatlichen Anerkennung für Prüfungen den Rang eines Beliehenen erhalten haben, nehmen auch private Hochschulen mit ihren Prüfungen Akte staatlicher Gewalt vor.

38 *BVerfGE* 4, 74 (94 f.).

39 *BVerfGE* 15, 275 (282).

40 *BVerfGE* 78, 214 (226).

41 *BVerfGE* 60, 253 (269).

42 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2007.

43 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006.

44 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006 m.w.N.

45 Einen anschaulichen Überblick über dem „Überdenken“ verwandte Einrichtungen des Verwaltungsrechts bietet *Niehues*, Festschrift für Mahrenholz, 1994, 593 ff.

Verfahren bedeuten. Entscheidend hierfür ist, wie intensiv der Grundrechtseingriff ist und wie gut die gerichtliche Kontrolle eingerichtet ist.

- Die gerichtliche Kontrolle ist aus zwei Gründen stark eingeschränkt: der faktische Beurteilungsspielraum des Prüfers, rechtlich flankiert durch chancengleiche Anwendung einheitlicher Bewertungsmaßstäbe (Art. 3 Abs. 1 GG), sowie die Subjektivität und Einzigartigkeit der Prüfungssituation, bestmöglich kompensiert durch Objektivierungstendenzen aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG. Das Überdenkensverfahren vermittelt sich damit in erster Linie aus der Anwendung von Art. 12 GG und schließt faktisch und rechtlich basierte Rechtsschutzlücken vor Gericht durch Zuwendung hin zum originären Prüfer.

- Die Intensität des Grundrechtseingriffs in Art. 12 GG ist dagegen differenziert, je nachdem, ob die betroffene Prüfungsleistung in der Gefahr des endgültigen Nichtbestehens, des Nichtbestehens mit Wiederholungsmöglichkeit oder im Bereich des Bestehens liegt.

- Das Verfahrensgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG liefert derzeit keine weiteren verfassungsrechtlichen Implikationen. Aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts ließen sich allerdings Verbesserungen des gerichtlichen Rechtsschutzes, etwa durch abstrakte Bewertungsmaßstäbe der Gerichte, einrichten, welche aber bislang noch nicht erfolgt sind.

- Das Überdenkensverfahren findet schließlich seinen Ursprung auch in rechtsstaatlichen Erwägungen als Kompensation der fehlenden Anhörung vor bzw. Begründung der Prüfungsentscheidung.

## 2. Verfahrenstechnische Hintergründe

Neben den bereits erwähnten faktischen Besonderheiten bei Prüfungen ergeben sich insbesondere aus der herausgearbeiteten Diversität der Grundrechtseingriffe interessante Folgerungen in Bezug auf das Zusammenspiel der Rechtsbehelfs- bzw. -schutzverfahren, vor allem zum Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren.

Das BVerwG hat bereits 1993 betont, dass das Überdenken des Prüfers nicht in einem gesonderten Kontrollverfahren geschehen muss, sondern insbesondere auch in ein Widerspruchsverfahren eingebettet werden kann, soweit dieses statthaft ist.<sup>46</sup> Bekanntlich ist ein Widerspruchsverfahren jedoch in aller Regel<sup>47</sup> nur gegen behördliche Entscheidungen statthaft, welche die Quali-

tät eines Verwaltungsakts aufweisen.<sup>48</sup> Ob und ggf. inwieweit Prüfungsergebnisse Verwaltungsakte sind, lässt sich oft nur mit Bezug zum Einzelfall feststellen.<sup>49</sup> Das BVerwG billigt dem Satzungsgeber der Prüfungsordnung hierbei einen großen Spielraum zu mit der Folge, dass auch Entscheidungen der Hochschule, welche unter regulärer Bestimmung der Verwaltungsaktsqualität nach § 35 LVwVfG keine Verwaltungsakte wären, durch die Prüfungsordnung zu Verwaltungsakten erklärt werden können.<sup>50</sup> In aller Regel jedoch sind Mitteilungen über nicht bestandene Prüfungsleistungen Verwaltungsakte: die Frage, ob das Prüfungsrechtsverhältnis beendet ist oder in ein wiederholtes Prüfungsverfahren zu überführen ist, ist eine hinreichende Einwirkung auf die Rechtsposition des Prüflings im Sinne einer Regelung.<sup>51</sup>

Für die oben herausgearbeiteten drei Gruppen verschieden intensiver Grundrechtseingriffe bedeutet dies: Die beiden Gruppen der nicht bestandenen Prüfungsleistungen werden mit Verwaltungsakten entschieden, gegen die ein Widerspruchsverfahren statthaft wäre. Die Hochschulen könnten hierbei aus Gründen der Verfahrenseffizienz überlegen, ob sie das Überdenkensverfahren in das Widerspruchsverfahren einbetten. Zusätzlich werden Entscheidungen aus Gruppe 1 mit einiger Wahrscheinlichkeit unter anwaltlicher Beteiligung angefochten. Hierbei bietet sich deshalb eine – inhaltlich und formell! – besonders sorgfältige Handlungsweise an, sowohl für das Widerspruchsverfahren als auch für das Überdenkensverfahren. Für bestandene Prüfungsergebnisse (Gruppe 3) ist dagegen zu unterscheiden, ob diese nach der Prüfungsordnung Verwaltungsaktsqualität erhalten haben oder nicht. Im ersteren Falle sind sie mit Entscheidungen der Gruppen 1 und 2 gleich zu setzen. Im letzteren Falle jedoch, und das wird aller Voraussicht nach für die Mehrheit aller Prüfungsentscheidungen zutreffen, kann das Überdenkensverfahren nicht in ein Widerspruchsverfahren eingebettet werden. Speziell hierfür muss die Hochschule also eigenständige Verfahren etablieren, die sich nicht auf das formelle Korsett des Widerspruchsverfahren stützen, sich wohl aber daran orientieren können.

## IV. Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens

Nach Aufbereitung der Hintergründe können nun die einzelnen Facetten des Überdenkensverfahrens aufgezeigt und behandelt werden (1.), bevor sich mit den zehn

46 BVerwG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 2.

47 § 126 Abs.3 BRRG, im Hinblick auf die Widerspruchsmöglichkeit gegen dienstliche Beurteilungen exemplarisch BVerwG NVwZ-RR 2002, 201.

48 §§ 68 Abs.1, 42 Abs.1 VwGO.

49 Morgenroth, NVwZ 2014, 31 ff.

50 BVerwG NJW 2012, 2901; Morgenroth, DÖV 2016, 30 (31).

51 VG Gera, Urt. v. 10.4.2013, Az. 2 K 1766/11 Ge, S. 7; Niehues/Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 815 m.w.N.

wichtigsten Fragen aus der Praxis beschäftigt werden soll, welche sich nach der Darstellung unter 1. noch stellen (2.).

### 1. Facetten des Überdenkungsverfahrens

Das Überdenkungsverfahren hat persönliche (a.), zeitliche (b.) und inhaltliche (c.) Komponenten. Speziell im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer gelten weitere Aspekte (d.).

#### a. Persönliche Komponenten des Überdenkungsverfahrens

Kernelement eines Überdenkungsverfahrens ist, dass im Grundsatz nur derjenige Prüfer auch überdenken kann, der die ursprüngliche Bewertung vorgenommen hat.<sup>52</sup> Hintergrund ist wiederum das Gebot der Chancengleichheit:<sup>53</sup> ein neuer Prüfer würde ebenso wie ein Gericht einen anderen Bewertungsmaßstab einbringen als der ursprüngliche Prüfer, was wiederum zu einer Ungleichbehandlung des Prüflings (zu dessen Vorteil oder Nachteil) führen würde. Nur ausnahmsweise dürfen deshalb andere Personen als Prüfer herangezogen werden, etwa bei Befangenheit des Prüfers, weil dieser eine Neubewertung verweigert<sup>54</sup> oder bei faktischer Hinderung des Prüfers, z.B. durch dessen Tod.<sup>55</sup> Hierbei ist – soweit möglich – ein Prüfer, der die gleiche Klausur für eine andere Gruppe von Prüflingen bewertet hat, einem bisher nicht beteiligten Prüfer vorzuziehen.<sup>56</sup> Der Fall, dass ein Prüfer zum Überdenken gebeten wird, der jahrelang nicht mehr als Prüfer gearbeitet hat und sich deshalb seiner Bewertungsmaßstäbe nicht mehr sicher ist,<sup>57</sup> wird wohl angesichts der bestehenden zeitlichen Korridore<sup>58</sup> eine Ausnahme bleiben. Für bundesrechtlich geregelte Prüfungen<sup>59</sup> ist entschieden worden, dass der Eintritt in den Ruhestand und damit der Statuswechsel vom Beamten zum Beamten im Ruhestand kein rechtlicher Hinderungsgrund für eine Prüfertätigkeit im Überdenkungsverfahren sein soll.<sup>60</sup> Ob dies für landesrechtlich geregelte Staats- bzw. Modulprüfungen ebenso gelten kann, ist zweifelhaft. Zumindest für Hochschul-lehrer ist eine Aufrechterhaltung von Dienstpflichten

nach Eintritt in deren Ruhestand nicht oder nur in Ausnahmefällen<sup>61</sup> vorgesehen.

Die Pflicht, grundsätzlich den ursprünglichen Prüfer heranzuziehen, trägt noch zwei weitere Konsequenzen. Zunächst dürfen andere Personen nicht bewertungswirksam eingebunden werden.<sup>62</sup> Relevant könnte dies für Hochschulen etwa werden, wenn in Überdenkungsverfahren automatisch der Modulverantwortliche (obwohl abweichend vom Prüfer), der Studiendekan, der Prüfungsausschussvorsitzende oder ähnliche Personen beteiligt werden. Darüber hinaus sind bei mehreren Prüfern grundsätzlich auch alle Ausgangsprüfer in das Überdenkungsverfahren einzubeziehen,<sup>63</sup> insbesondere natürlich Erst- und Zweitprüfer. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn die Prüfer die Ausgangsbewertung des anderen Prüfers nicht kannten<sup>64</sup> oder wenn der Prüfling nur die Bewertung eines von mehreren Prüfern beanstandet.<sup>65</sup>

#### b. Zeitliche Komponenten

Das Gebot eines „zeitnahen“ Überdenkens<sup>66</sup> indiziert bereits, dass das Überdenken umso effektiver sein kann und wird, je frischer das Gedächtnis der Prüfungsbeteiligten noch ist. Eine Bitte eines Prüflings auf Überdenken unmittelbar nach Abschluss einer mündlichen Prüfung etwa ist vor diesem Hintergrund nicht nur denkbar,<sup>67</sup> sondern aus Sicht des Prüflings vorzugswürdig. Darauf hat sich die Hochschule strukturell einzustellen. Es dürfte vor dem Hintergrund der Sicherstellung eines effektiven Prüfungsbetriebs erlaubt sein, derartige sofortige Überdenkengesuche eines Studierenden im Hinblick auf die geplante Prüfungskampagne an das Ende aller Prüfungen zu stellen, soweit nicht am Ende des Prüfungstages noch Zeit verbleibt. Ob für mündliche Prüfungen, die zum Kernbereich des Studiums zählen und erfahrungsgemäß mit einer nicht unerheblichen Nichtbestehensquote absolviert werden, vor dem Hintergrund der erforderlichen Zeitnähe eine Zeitplanung erforderlich ist, welche für jeden Tag eine angemessene Zeit zum Überdenken belässt, etwa vor der Mittagspause und am Ende des Prüfungstages, kann nur für den

52 Zimmerling/ Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rn. 19 m.w.N.

53 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 792.

54 BVerwG NVwZ 1993, 686; Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 792.

55 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 28.

56 Brehm, NJW 2003, 2808 (2810).

57 BVerwG NVwZ 2000, 915.

58 S. dazu sogleich, b.

59 Beispielsweise die Steuerberaterprüfung nach dem StBerG und der DVStB.

60 BFH NJW-RR 2003, 421.

61 Beispielsweise sieht § 90 Abs.9 ThürHG vor, dass ein Professor im

Ruhestand als sog. Seniorprofessor für eine gewisse Zeit Rechte und Pflichten aus seinem Dienstverhältnis nach Maßgabe einer Beauftragung durch die Hochschule weiterführen kann. Selbst hierbei würde die Berechtigung einer Prüfertätigkeit jedoch von der Erfassung dessen in der Beauftragung abhängen.

62 VG Berlin, Urt. v. 22.5.2009, Az. 33 A 35.06.

63 VG Aachen, Urt. v. 4.9.2014, Az. 1 K 2070/12 mw.N.

64 OVG Münster NWVBl. 1997, 377.

65 OVG Bremen NVwZ 2000, 944.

66 S. oben, Fn. 30.

67 Niehues, o. Fußn. 45, S. 601.

Einzelfall beurteilt werden – die höhere Eingriffsintensität einer nicht bestandenen Prüfungsleistung indiziert jedenfalls eine sorgfältigere Planung seitens der Hochschule. Bedenklich dürfte es in derartigen Fällen sein, eine Struktur zuzulassen, nach der die Prüfer für eine geraume Zeit nach der Prüfung, etwa die gesamte Semesterpause, nicht zur Verfügung stehen müssen, weil das Gebot der Zeitnähe auf diese Weise sicherlich nicht mehr gewährleistet werden könnte.

In zeitlicher Hinsicht spannend ist noch das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchs- bzw. Klageverfahren. Ist ein Widerspruchsverfahren vorgesehen und statthaft, so wird in Anlehnung an das *BVerwG*<sup>68</sup> überwiegend vertreten, dass das Überdenkensverfahren in das Widerspruchsverfahren integriert werden kann.<sup>69</sup> In dieser Abhandlung wird dagegen dargestellt, dass sich das Widerspruchsverfahren nicht oder nur bedingt zur Integrierung des Überdenkensverfahrens eignet<sup>70</sup> mit der Folge, dass im Falle einer Untauglichkeit des Widerspruchsverfahrens die Möglichkeit des Überdenkens nicht mit Ablauf der Widerspruchsfrist endet, sondern sich auch weiterhin an der Faustregel „je zeitnaher, desto effektiver“ orientiert. Ist das Überdenken vor Erhebung einer Klage noch nicht erfolgt, so hat das Gericht das Verfahren nach § 94 VwGO auszusetzen und das Überdenken der Hochschule abzuwarten.<sup>71</sup>

### c. Inhaltliche Komponenten

In inhaltlicher Hinsicht ist zunächst zu beachten, dass das Überdenkensverfahren nur diejenigen Aspekte umfassen kann, die sich gerade aus dem verkürzten Rechtsschutz infolge des Beurteilungsspielraums des Prüfers ergeben. Das *BVerfG* hatte hierzu im „Blitzstrahl-Beschluss“ 1991<sup>72</sup> zunächst aus den einschlägigen Grundrechten abgeleitet, dass die Frage der Richtigkeit oder Vertretbarkeit einer Antwort nicht (mehr) dem Bewertungsspielraum des Prüfers zugehören soll, sondern in den Bereich der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit überführt wird. Macht ein Prüfling also – auch neben Bewertungsfragen – geltend, der Prüfer habe eine als vertretbar geltende Lösung als falsch bewertet, so ist zur Behandlung dieses Einwandes das Überdenkensverfahren nicht zulässig, dies ist im Wege des (gleichzeitigen?) Widerspruchs bzw. der Klage geltend zu machen.<sup>73</sup> Auch andere Rügen, etwa diejenigen wegen

Befangenheit oder äußerer Störungen,<sup>74</sup> sind keine im Überdenkensverfahren zu behandelnden Fragen.

Eine weitere inhaltliche Frage ist, ob der Prüfer im Rahmen des Überdenkens seine Bewertung auch zu Ungunsten des Prüflings abändern darf, sog. *reformatio in peius*. Hierbei folgt zunächst aus der grundsätzlichen Personenidentität von Ausgangs- und Überdenkensprüfer, dass der Prüfer den gleichen Bewertungsmaßstab beim Überdenken anzulegen hat.<sup>75</sup> Weil der Studierende im Rahmen seiner Einwendung wohl ausschließlich Argumente hervorbringen wird, welche eine Verbesserung der Bewertung herbeiführen sollen und der Prüfer diesen Ausführungen entweder folgen oder diese verwerfen kann, wird in aller Regel keine Verschlechterung der Bewertung möglich sein. In seltenen Ausnahmefällen ist jedoch eine Verböserung denkbar. So kann sich im Rahmen des Überdenkens ergeben, dass der Prüfer in der Ausgangsbewertung einen Kalkulationsfehler zugunsten des Prüflings vorgenommen hatte, welcher nun korrigiert wird. Denkbar ist aber auch, dass im Rahmen des Überdenkens entdeckt wird, dass der Prüfling eine Täuschung begangen hat.<sup>76</sup> Hierbei wird zu differenzieren sein. Wird die Täuschung durch nochmalige Prüfung der konkret vom Studierenden beanstandeten Passagen entdeckt, so wird dies eher zulässig sein als wenn andere Passagen nochmals betrachtet werden, welche der Studierende gar nicht überdacht haben wollte. Außerdem ist diese Frage keine Kompensation des Bewertungsspielraums des Prüfers, sondern ein sonstiger Rechtsfehler, der im Widerspruchs- bzw. Klageverfahren zu behandeln ist. Legt der Prüfling neben seinem Überdenkensgesuch aber keine formellen Rechtsbehelfe ein, so sollte die Hochschule durch ihre Bindung an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG, diese Grenzen auch beachten müssen und die Bewertungsentscheidung insoweit nicht als Täuschung werten dürfen.

### d. Besonderheiten im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer

Neben den eben beschriebenen allgemeinen Dimensionen des Überdenkensverfahrens gibt es spezielle für das Verhältnis des Prüflings zum Prüfer einige Besonderheiten zu beachten.

So besteht ein Anspruch auf Überdenken nur dann, wenn der Prüfling dem Prüfer hinreichend konkrete Passagen der Bewertung benennt.<sup>77</sup> Ein genereller An-

68 BVerwG NVwZ 1993, 681.

69 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 19 m.w.N.

70 S. sogleich, V.

71 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 800.

72 BVerfG, o. Fußn. 2.

73 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 790.

74 Soweit nicht verwirkt, weil unverzüglich einzulegen.

75 BVerwG, o. Fußn. 54.

76 Kingreen, DÖV 2003, 1 (2).

77 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 33.



spruch auf ein Überdenken insgesamt besteht nicht. Der Prüfer muss wissen, welche Teile der Bewertung überdacht werden sollen – auf diese Teile hat sich sein Überdenken zu beschränken.<sup>78</sup>

Des Weiteren hat der Prüfling seine konkreten Beanstandungen hinreichend zu substantiieren.<sup>79</sup> Form und Umfang dieser Substantiierungspflicht hängen vom Einzelfall ab. Hierbei ist zwischen zunächst schriftlich fixierten Bewertungen und mündlichen Prüfungen zu unterscheiden, innerhalb der mündlichen Prüfung sicherlich auch danach, ob das Gesuch unmittelbar nach Prüfungsende geschieht oder nach mehreren Wochen.

Damit der Prüfling seiner Substantiierungspflicht nachkommen kann, ist dem Prüfling insbesondere für schriftlich fixierte Bewertungen hinreichend Gelegenheit zu geben, Einsicht in die Bewertungsunterlagen zu nehmen.<sup>80</sup> Auch hier sind Umfang und Intensität der Einsichtsmöglichkeit, also z.B. Einsichtszeiten, Einzel- oder Gruppeneinsicht etc. der jeweiligen Prüfungsform anzupassen. Die Pflicht zur Ermöglichung von Fotokopien sollte auf seltene Ausnahmefälle beschränkt bleiben, etwa für Fälle, in denen für die Formulierung der Beanstandung außer dem Prüfling weitere Personen beteiligt sein müssen, die aber zum Einsichtstermin verhindert oder nicht zugelassen waren. In Berücksichtigung des verstärkten Grundrechtseingriffs bei – für die Hochschule vorhersehbar – nicht bestandenen Prüfungen kann sich auch eine Pflicht der Hochschule zur Protokollierung mündlicher Prüfungen ergeben, wobei die Intensität der Protokollierung sicherlich dem Gestaltungsspielraum der Hochschule überlassen bleiben und ins Verhältnis zur Möglichkeit effektiver Prüfungsabwicklung gestellt werden muss.

## 2. Fragen aus der Praxis zum Überdenkungsverfahren

Aufbauend auf diesen allgemeinen Bemerkungen sei nun auf wichtige Fragen eingegangen, welche sich in der Praxis zum Überdenkungsverfahren stellen, soweit diese nicht bereits in der Darstellung unter 1. behandelt wurden.

### a. Muss dieses Verfahren „Überdenkungsverfahren“ heißen?

Das Überdenkungsverfahren – oder synonym Überdenkungsverfahren genannt – muss nicht so heißen. Es können auch andere Namen gewählt werden, z.B. Einwandverfahren. Inhaltlich ist aber darauf zu achten, dass alle rechtlichen Vorgaben enthalten sind. Formell ist emp-

fehlenswert, einen Begriff zu wählen, der rechtlich sonst nicht für andere Rechtsbehelfe verwendet wird, z.B. „Widerspruch“ oder „Einspruch“.

### b. Ist das Überdenkungsverfahren trotz Einrichtung von Klausureinsichtsterminen noch erforderlich?

Ja und nein. Für schriftliche Prüfungsleistungen wird gerade durch den Einsichtstermin die erforderliche Konkretisierung und Substantiierung des Prüflings ermöglicht. Insofern ist die Klausureinsicht Bestandteil des Überdenkungsverfahrens für schriftliche Prüfungsleistungen. Für andere Prüfungsleistungen, etwa für alternative Prüfungsleistungen oder für mündliche Prüfungen, ist oft strukturell kein Überdenkungsverfahren vorgesehen. Für derartige Prüfungsleistungen besteht das rechtliche Erfordernis einer Möglichkeit des Überdenkens aber gleichermaßen. Denkbar könnten hier ähnliche Termine mit einer Vielzahl von Prüflingen sein, z.B. für alternative Prüfungsleistungen in Gruppenprüfungen. Individuell bietet sich auch die übliche Sprechstunde des Prüfers an, d.h. ein Gespräch über die Leistung oder Einsicht in die Bewertungsbegründung bei alternativen Prüfungsleistungen.

### c. Wann haben der Klausureinsichtstermin und ggf. andere Termine statt zu finden?

Das Gebot der Zeitnähe gibt vor, dass die Hochschule im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren alles zu tun hat, um dem Prüfling die Vorbereitung eines zeitnahen Überdenkens zu ermöglichen. Hier wird das Spannungsverhältnis zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot der Bindung an Recht und Gesetz und dem Gebot der Verwaltungseffizienz<sup>81</sup>, in dem sich die Hochschule im Rahmen des Überdenkungsverfahrens befindet, besonders deutlich. Für Bewertungen, die schriftlich fixiert sind und für deren Überdenken es mehr auf die Lektüre der Bewertung als auf das Gedächtnis ankommt, wird ein längerer Zeitraum seit der Bewertung eher hinnehmbar als für mündliche Prüfungen.

Eine zumindest grundlegend ausgeprägte Anwesenheit der Prüfer in der Semesterpause für mündliche Prüfungen im Prüfungszeitraum unmittelbar vor der Semesterpause wird dabei strukturell durch die Hochschule häufiger sicherzustellen sein als das Anfertigen von Niederschriften und deren Umfang bei mündlichen Prüfungen.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> S. soeben, c.

<sup>79</sup> Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 791.

<sup>80</sup> OVG Saarlouis NVwZ-RR 2013, 719.

<sup>81</sup> Niehues, o. Fußn. 45, S. 597.

<sup>82</sup> S. unten, g.

d. Ist es dem Prüfling zum Einsichts- bzw. Überprüfungstermin gestattet, Kopien zu erhalten oder Fotokopien mit tragbaren Kameras anzufertigen?

Grundsätzlich ist dies durch das Gebot effektiven Rechtsschutzes, welches das Überdenkensverfahren prägt, nicht angezeigt. Der Prüfling muss in die Lage versetzt werden, selbst die Bewertungen des Prüfers zu verstehen, um sie beanstanden zu können. Hierfür ist eine Einsicht in die Unterlagen bzw. das Gespräch mit dem Prüfer hinreichend, eine Aufnahme auf einen Datenträger ist nicht erforderlich. Für mündliche Prüfungen bietet sich ggf. ein Gesprächsprotokoll an.

Ausnahmsweise steht dem Prüfling allerdings Hilfe durch andere Personen zu. In diesem Fall ist es ggf. erforderlich, diesen Personen die Bewertung zukommen zu lassen. Das kann etwa der Fall sein, wenn personelle Schreibhilfen als zulässiger Nachteilsausgleich angesehen wurden, die Schreibhilfe zum Einsichtstermin aber nicht anwesend sein kann.

e. Ist es erlaubt, zum Einsichtstermin einen Rechtsbeistand mitzubringen?

Soweit es keine Regelungen der Hochschule gibt, welche dies verbieten, ist das Hinzuziehen eines Rechtsbeistandes gestattet. Ein Verbot kann sich aus der soeben beschriebenen Struktur ergeben, dass der Prüfling grundsätzlich für Beanstandungen seiner Bewertungen selbst verantwortlich sein sollte, zumal eigenverantwortliches Handeln regelmäßig in den Landeshochschulgesetzen<sup>83</sup> als allgemeines Studienzziel verankert ist.

f. Wäre dem Rechtsbeistand im Falle eines Rechtsanwalts erlaubt, Kopien anzufertigen?

Eine rechtliche Pflicht hierzu besteht nicht. § 29 VwVfG begründet insoweit ein Einsichts- bzw. Kopierrecht nur im Verwaltungsverfahren,<sup>84</sup> was für Prüfungen ohne Charakter als Verwaltungsakte, welche die Mehrheit darstellen, nicht zutrifft. Soweit nicht landesrechtliche Regelungen bestehen, ergibt sich das Recht zur Anfertigung von Kopien dann im gerichtlichen Verfahren, § 100 VwGO. Ob die Hochschule deshalb bereits im Überdenkensverfahren ein Recht auf Kopien freiwillig einräumt, obliegt ihrer internen Gestaltung. Weil das Überdenkensverfahren noch kein eigener Rechtsbehelf, sondern die Erweiterung der Prüfungsbewertung ist, scheint die gedankliche Nähe zum Klageverfahren noch nicht allzu stark zu sein.

83 Exemplarisch § 40 ThürHG.

84 Kallerhoff, in: Stelkens/ Bonk, Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 29 Rn. 18.

g. Ist das Überdenkensverfahren aktenkundig zu machen und, wenn ja, wie?

Eine überdachte Prüfungsbewertung ist wie jede andere Prüfungsbewertung auch gewissen Risiken einer gerichtlichen Prüfung ausgesetzt, wo die bekannten Regeln zur Beweislast gelten. Insoweit ist es für den Prüfling immer sowie für die Hochschule im Rahmen der Verwaltungseffizienz gegebenenfalls ratsam, die wesentlichen Ereignisse und Ergebnisse des Überdenkensverfahrens schriftlich zu fixieren, soweit dies nicht ohnehin geschieht, so etwa bei mündlichen Prüfungsleistungen.

Je nach den Umständen des Einzelfalles kann die Hochschule überlegen, ob sie derartige Dokumentationen beim Prüfer belässt oder zumindest auch in allgemeine Strukturen überführt, z.B. beim Prüfungsamt, sei es in Papierform oder – effizienter – elektronisch, z.B. auf einer gemeinschaftlich zugänglichen Plattform.

h. Muss im Rahmen des Überdenkens eine Veränderung der Bewertung geschehen?

Nein. Der Prüfer kann nach Prüfung der Beanstandungen des Prüflings zum Ergebnis kommen, dass die ursprüngliche Bewertung zutrifft.

i. Muss ich den Prüfer im Überdenkensverfahren heranziehen, der sich im Forschungssemester befindet?

Die Regelungen in den einzelnen Landeshochschulgesetzen zur Aufrechterhaltung bzw. Suspendierung einzelner Pflichten aus dem Dienstverhältnis im Forschungssemester sind verschieden. Soweit die Berechtigung bzw. Verpflichtung zur Prüfertätigkeit im Forschungssemester nicht gesetzlich aufrechterhalten wurde, ist an eine Nebenpflicht im Rahmen der beamten- bzw. arbeitsrechtlichen Treuepflicht zu denken. Um Unklarheiten von vornherein wirksam zu begegnen, könnte die Hochschule mit dem Prüfer im Vorfeld der Bewilligung im Wege von Vereinbarungen oder der Etablierung von Nebenbestimmungen Prüfertätigkeiten im Überdenkensverfahren sicherstellen, die sich im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren bewegen müssen – so wird ein Auslandsaufenthalt eines Prüfers wegen eines Überdenkensgesprächs nicht abgebrochen werden müssen, ein Mailverkehr, eine Videokonferenz oder ähnliche Maßnahmen, soweit strukturell vorhanden, dürften dagegen zumutbar sein.

j. Gibt es die Möglichkeit eines „Überdenkens einer überdachten Bewertung“?

Grundsätzlich nicht. Ausnahmsweise ist ein wiederholtes Überdenken denkbar, wenn der Prüfer im Rahmen der Bekanntgabe seiner überdachten Entscheidung unklare oder fehlerhafte prüfungsspezifische Umstände mitteilt.

## V. Das Verhältnis des Überdenkungsverfahrens zum Widerspruchsverfahren

In vielfacher Hinsicht spannend ist das Verhältnis des Überdenkungsverfahrens zum Widerspruchsverfahren, so z.B. in zeitlicher,<sup>85</sup> struktureller und inhaltlicher Hinsicht.

### 1. Allgemeines zum Verhältnis

Bereits das *BVerwG* hatte 1993 strukturell vorbereitet, dass ein Überdenken des Prüfers in ein Widerspruchsverfahren eingebettet sein kann. Die Hochschulpraxis hat dies an vielen Stellen übernommen. In der Tat hat diese Praxis namhafte Fürsprecher<sup>86</sup> und gute Gründe.

Denn das Widerspruchsverfahren bietet ein verlässliches strukturelles Korsett an Verfahrenshandlungen zur Sicherstellung materieller Gerechtigkeit, die für das Überdenkungsverfahren in weiten Teil so übernommen werden können. Bedenkt man auch den Maßstab, der hinsichtlich Ausmaß und Intensität des Überdenkens anzulegen ist, so scheint eine Einbettung in ein Widerspruchsverfahren noch plausibler zu sein: nicht der bestmögliche Schutz, sondern ein (angemessen) wirksamer Schutz ist gefordert.<sup>87</sup> Bildlich gesprochen hat der Prüfling keinen Anspruch auf einen „Maßanzug“ an Überdenken, sondern ein „Anzug von der Stange“ ist rechtlich hinreichend.<sup>88</sup> Die besseren Gründe sprechen dennoch gegen eine von vornherein strukturelle Anbindung des Überdenkungsverfahrens an das Widerspruchsverfahren. Dies sind namentlich die verfahrensstrukturellen Unterschiede (2.), die Abkehr des Überdenkens vom Leitbild des Widerspruchsverfahrens als Fremdkontrolle (3.), die Unerheblichkeit der Zweckmäßigkeitsdimension des Widerspruchsverfahren bei Prüfungsbewertungen (5.) und die Inflexibilität der Widerspruchsverfahrens (5.). Wird das Überdenkungsverfahren dennoch in Verbindung mit dem Widerspruchsverfahren kommu-

niziert, so könnten sich daraus rechtliche Nachteile für die Hochschule ergeben (6.).

### 2. Verfahrensstrukturelle Unterschiede

Das Überdenkungsverfahren ist bereits deshalb gedanklich vom Widerspruchsverfahren zu trennen, weil verschiedene Teile des Prüfungsverfahrens betroffen sind. Das Überdenkungsverfahren zählt systematisch (als „Korrekturschleife“) zum Leistungsbewertungsverfahren,<sup>89</sup> während das Widerspruchsverfahren den Beginn des Rechtsschutzverfahrens ausmacht. Diese Unterscheidung ist rechtlich alles andere als unbedeutend. Denn beide Verfahrensabschnitte folgen sehr unterschiedlichen rechtlichen Orientierungen. Während für das gesamte Prüfungsverfahren, also auch für das Leistungsbewertungsverfahren – hier das Überdenkungsverfahren – der Einfluss von Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG sehr groß ist,<sup>90</sup> steht in Rechtsschutzverfahren der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG im Vordergrund.

### 3. Abkehr vom Leitbild der Fremdkontrolle

Inhaltlich gewichtig ist, dass das Überdenken im Rahmen des Überdenkungsverfahrens grundsätzlich von den Ausgangsprüfern zu erfolgen hat.<sup>91</sup> Dies ist im Hinblick auf mögliche strukturelle Befangenheitspotenziale kritisiert worden,<sup>92</sup> jedoch wegen der höchstrichterlichen Vorgabe für die Hochschulpraxis bindend.<sup>93</sup> Diese Personenidentität bewirkt eine strukturelle Selbstkontrolle der Hochschule. Dieses Postulat steht damit im direkten Kontrast zum Leitbild des Widerspruchsverfahrens, wo mit der Widerspruchsbehörde eine andere als die Ausgangsbehörde tätig wird.<sup>94</sup> Die Grundregelung zum Widerspruchsverfahren, § 68 VwGO, ist entsprechend so ausgestaltet, dass entweder eine andere Behörde tätig wird oder es wegen Nichtvorhandensein einer anderen Behörde kein Widerspruchsverfahren gibt. Überdenkungsverfahren und Widerspruchsverfahren sind damit nicht nur verfahrensstrukturell,<sup>95</sup> sondern auch ihrem Zweckansatz nach grundverschieden.

### 4. Keine Zweckmäßigkeitskontrolle in Prüfungsentscheidungen

Verschiedentlich, teilweise von höchster Stelle, wird als möglicher Grund für die Einbettung in das Wider-

85 S. oben, IV. 2. b.

86 Niehues, o. Fußn. 45.

87 Niehues, o. Fußn. 45, 601.

88 Niehues, o. Fußn. 45, 601.

89 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 18 m.w.N.

90 S. oben, III.

91 S. oben, IV. 1. a.

92 Löwer, o. Fußn. 2, S. 518, 522 f. m.w.N.

93 § 31 Abs.1 BVerfGG.

94 Löwer, o. Fußn. 2, 517; OVG Münster NVwZ-RR 2002, 193 unter Berufung auf BVerwG NVwZ 1993, 686.

95 S. oben, 2.

spruchsverfahren angeführt, dass die Gebote der Prüfungsgerechtigkeit keine Rechtmäßigkeitserwägungen, sondern Zweckmäßigkeitserwägungen seien und deshalb das Widerspruchsverfahren besonders gut passe.<sup>96</sup> Das ist nicht überzeugend und deshalb nicht zu akzeptieren. Obwohl die genaue Definition der Zweckmäßigkeitserwägungen in Abgrenzung zu Rechtmäßigkeitserwägungen weder einheitlich noch unproblematisch ist,<sup>97</sup> geht man tendenziell davon aus, dass Zweckmäßigkeitserwägungen außerrechtliche Elemente betreffen, für Verwaltungshandeln insbesondere Erwägungen der Effektivität und Effizienz.<sup>98</sup> Stattdessen ist die Anwendung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs reine Rechtsanwendung.<sup>99</sup> Wie bereits ausführlich dargelegt, sind das Erfordernis von inhaltlichen Prüfungsvoraussetzungen und die Entwicklung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs zwingende Ausflüsse aus Art. 12 Abs. 1 GG, während die einheitliche Anwendung dieses Bewertungsmaßstabs aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt.<sup>100</sup> Dass durch diese Rechtmäßigkeitserwägungen gleichzeitig allgemeine Gerechtigkeitsempfindungen bedient werden, trifft zwar zu, stellt sich jedoch als von den Rechtmäßigkeitserwägungen abhängiger, mit diesen untrennbar verbundener Reflex dar. Denn werden die Rechtmäßigkeitserwägungen aus den Grundrechten verletzt, so wird gleichzeitig die Prüfungsgerechtigkeit eingeschränkt. Es steht nicht zu befürchten, dass ein veränderter Bewertungsmaßstab und damit eine Rechtsverletzung zu mehr Prüfungsgerechtigkeit führen kann. Inhaltlich ist die Chancengleichheit bereits unmittelbarer Ausdruck von Gerechtigkeit. Und sollte in persönlicher Hinsicht ein Prüfer den Eindruck von Befangenheit durch das Überdenkengesuch erwecken, so stehen ebenfalls hinreichende rechtliche Mittel zu deren Kompensation zur Verfügung.<sup>101</sup> Im Ergebnis ist für Überdenkungsverfahren also ein weiterer wesentlicher inhaltlicher Teil des Widerspruchsverfahrens, nämlich die Zweckmäßigkeitserwägungskontrolle, nicht einschlägig und damit unergiebig.

##### 5. Inflexibilität des Widerspruchsverfahrens

Schließlich passt das Widerspruchsverfahren in vielen Fällen, vor allem für mündliche Prüfungen, nicht. In erster Linie ergeben sich zeitliche Probleme. Denn begehrt ein Prüfling unmittelbar nach dem Ende der mündlichen Prüfung ein Überdenken, gerade vor dem Hinter-

grund optimaler Zeitnähe, so müsste der Prüfling im Falle der Einbettung des Überdenkens in ein Widerspruchsverfahren zunächst bei der richtigen Stelle schriftlich Widerspruch einlegen. Das sind unpassende und wenig effektive Verfahrensanforderungen, sie ermöglichen einen wirksamen Grundrechtsschutz nicht. *Niehues* meint zu diesen Fällen zwar, die Hochschule dürfe in diesen Fällen das Widerspruchsverfahren nicht missbräuchlich überformell ansehen und müsse das Überdenken dennoch zulassen.<sup>102</sup> Wie dies im Einzelnen vonstatten gehen soll, wird dagegen nicht beschrieben. Statt Missbrauchserwägungen aus § 242 BGB heranzuziehen, die eine Korrekturfunktion für rechtliche Schieflagen haben, ist es daher geeigneter, von vornherein das Widerspruchsverfahren gedanklich vom Überdenkungsverfahren abzutrennen.

Darüber hinaus sieht das Widerspruchsverfahren auch schriftliche Behandlung vor, während es im Überdenkungsverfahren häufig mit einem Gespräch mit dem Prüfer erledigt sein wird und schriftliche Gesprächsdokumentationen nur in Ausnahmefällen zur Vorbereitung möglicher gerichtlicher Auseinandersetzungen angezeigt sind.<sup>103</sup>

##### 6. Rechtliche Konsequenzen bei unzutreffender kommunikativer Verbindung

Es ist denkbar, dass eine Hochschule das Überdenkungsverfahren dennoch in Verbindung mit einem Widerspruchsverfahren kommuniziert, etwa indem behauptet wird, dass der Studierende in jedem Falle ein Widerspruchsrecht gegen die Bewertung hat, während eine entsprechende landesrechtliche Grundlage hierfür nicht vorhanden ist und das Widerspruchsverfahren auch sonst nicht eröffnet ist, etwa, weil die Prüfungsentscheidung kein Verwaltungsakt ist. In diesem Falle suggeriert die Hochschule dem Studierenden einen Standard an rechtlichem Schutz, der ihm in Wirklichkeit nicht zusteht. Die Hochschule treffen im Hinblick auf die Information des Prüflings differenzierte Pflichten zu vielen Aspekten des Prüfungsverfahrens.<sup>104</sup> Dies betrifft in erster Linie, aber nicht abschließend die Prüfung selbst. Soweit in der Prüfungsordnung nicht geregelt, ergibt sich aus § 25 Abs. 2 (L)VwVfG die Pflicht der Hochschule, den Prüfling über die ihm zustehenden Rechte und Pflichten im Prüfungsverfahren zu informieren.<sup>105</sup> Dies

96 BVerwG, o. Fußn. 4; *Niehues*, o. Fußn. 45, 602.

97 Details bei *Sachs*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG Kommentar*, 8. Aufl., 2014, § 40 Rn. 15 m.w.N.; *Klüsener NVwZ* 2002, 816 ff.

98 *Klüsener*, o. Fußn. 97.

99 Im Ergebnis auch *Löwer*, o. Fußn. 2, 519. Eine andere Frage ist, ob und ggf. inwieweit der Widerspruchsbehörde in Prüfungsfragen nur eine eingeschränkte Kontrollbefugnis zukommt, s. *Zimmerling/ Brehm*, o. Fußn. 52, Rn. 13 ff. m.w.N.

100 S. oben, III. 1. a. und b.

101 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, Rn. 336 ff.

102 *Niehues*, o. Fußn. 45, 602.

103 S. oben, IV. 2. g.

104 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, R. 176 ff.

105 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, R. 177.



erstreckt sich demnach auch auf die Aspekte der Bewertungskorrektur (Überdenken) bzw. des Rechtsschutzes (ggf. Widerspruch). Verletzungen dieser Pflicht kann Ansprüche aus Amtshaftung wegen Amtspflichtverletzung nach sich ziehen, z.B. dann, wenn sich der Prüfling auf eine Anfechtungsklage einstellt und im gerichtlichen Verfahren eine Umstellung auf eine Leistungsklage nicht mehr möglich ist. In diesen Fällen könnte noch daran zu denken sein, dem Prüfling im Sinne des sog. Meistbegünstigungsgrundsatzes<sup>106</sup> denjenigen Rechtsschutz bereitzustellen, der ihm durch die Verwaltung eröffnet wird, auch wenn dieser Rechtsschutz regulär nicht bestanden hätte. Konkret könnte die – fälschliche – Information der Hochschule, dem Prüfling stünde ein Widerspruchsverfahren zu, zur Eröffnung desselben sowie der folgerichtigen Klagearten führen. Im Prüfungsrecht besteht jedoch die Besonderheit, dass die Hochschule Prüfungsentscheidungen, die regulär keine Verwaltungsakte wären, durch Regelung in der Prüfungsordnung zu Verwaltungsakten erklären kann.<sup>107</sup> Hat die Hochschule dies unterlassen und damit eine bewusste Entscheidung getroffen, so dürfte sich die Hochschule konsequenterweise auch nicht über den Meistbegünstigungsgrundsatz aus unzutreffenden Informationen herausretten dürfen.

## VI. Mögliche gesetzliche Regelungen zum Überdenkungsverfahren

Für die Regelungen im Landesrecht (1.) sowie im Hochschulinnenrecht (2.) ergeben sich daraus interessante Konsequenzen.

### 1. Landesrechtliche Regelung

Da die Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung wesentlicher grundrechtsrelevanter Umstände speziell auch für das Überdenkungsverfahren mehrfach betont wurde,<sup>108</sup> ist zunächst die Erfassung des Überdenkungsverfahrens in genereller Form in einer landesrechtlichen Regelung zu empfehlen. Geeignete Ort hierfür wären Regelungen über Mindestbestandteile der Prüfungsordnung oder für übergeordnete Rahmen- bzw. Musterordnungen.

In dieser Regelung sollten mindestens das Gebot der Effektivität und – daraus abgeleitet – der Zeitnähe sowie das Postulat der Personenidentität des Prüfers beim Überdenken erfasst werden. Diese Umstände sind nach dem BVerfG maßgeblich für die Beherrschung der potenziellen Grundrechtseingriffe.

Eine Verbindung des Überdenkungsverfahrens mit einer Regelung zum Widerspruchsverfahren ist dagegen nicht empfehlenswert.<sup>109</sup> Außerdem wird das Überdenkungsverfahren von einer Regelung zum Widerspruchsverfahren wegen seiner vielen Unterschiede gedanklich nicht mit erfasst.<sup>110</sup>

### 2. Regelung im Hochschulinnenrecht

Die Details des Überdenkungsverfahrens können darauf aufbauend dann in einer Rahmenprüfungsordnung oder in speziellen Prüfungsordnungen für einzelne Studiengänge geregelt werden. Zu nennen wären hier insbesondere das Erfordernis hinreichender Konkretisierung und Substanziierung durch den Prüfling sowie die Einsicht- bzw. sonstigen Informationszugangsrechte für den Studierenden. Ein mögliches Muster einer solchen Regelung hängt dieser Abhandlung als Anlage 1 an.

## VII. Fazit und Darstellung der eigenen Ergebnisse

### 1. Fazit

Zu Unrecht spielt das Überdenkungsverfahren in der täglichen Hochschulpraxis eine untergeordnete Rolle. Es ist ebenso relevant wie für sog. berufsbezogene Prüfungen, da die Kompensation von prüferseitigem Bewertungsspielraum das gerichtliche Überprüfungsdefizit gleichermaßen besteht. Die dominierenden Grundrechte des Prüfungsrechts insgesamt, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, drücken auch dem Überdenkungsverfahren ihren Stempel auf, hierbei allerdings in ihrer verfahrensrechtlichen Dimension und deshalb folgerichtig flankiert durch verfahrensrechtliche Erwägungen aus Art. 19 Abs. 4 GG und allgemeine rechtstaatliche Erwägungen, verankert in Art. 20 Abs. 3 GG.

### 2. Darstellung der eigenen Ergebnisse

- Die Intensität des Grundrechtseingriffs in Rechts des Studierenden/ Prüflings aus Art. 12 Abs. 1 GG determinieren zum Teil die Anforderungen an die Ausgestaltung des Überdenkungsverfahrens, soweit das BVerfG. Infolge dessen könnte sich die Intensität des Überdenkungsverfahrens für nicht bestandene, nicht wiederholbare, nicht bestandene, aber wiederholbare und bestandene Prüfungsleistungen unterscheiden. Jeder Hochschule sei, auch eingedenk des Grundsatzes der Verwaltungseffizienz, anheimgestellt, hier verschiedene Verfahrensstufen zu etablieren.

<sup>106</sup> BVerwG NVwZ 1985, 280.

<sup>107</sup> Morgenroth, s. oben Fußn. 49.

<sup>108</sup> Muckel, o. Fußn. 19; Niehues, o. Fußn. 45.

<sup>109</sup> S. soeben, V.

<sup>110</sup> S. soeben, V. 96.

- Das Überdenkensverfahren unterscheidet sich in wesentlichen Elementen, etwa verfahrensstrukturell (Leistungsbewertungsverfahren versus Rechtsbehelfsverfahren), seinem Leitbild nach (Selbstkontrolle contra Fremdkontrolle), inhaltlich (keine Zweckmäßigkeitskontrolle) und verfahrensinhaltlich (Schriftlichkeit gegen häufige Mündlichkeit, Fristen versus sofortiges Überdenken), so gravierend vom Widerspruchsverfahren, dass eine gedankliche Einbettung darin nicht empfohlen wird.

- Entsprechend sollte eine gesetzliche Regelung speziell zum Überdenkensverfahren ergehen. Der aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz folgenden und mehrfach angemahten Pflicht einer wenigstens grundsätzlichen gesetzlichen Regelung entsprechend sollten wenigstens die beiden tragenden Aspekte des Überdenkensverfahrens, Effektivität des Grundrechtsschutzes und daraus folgende Zeitnähe der Überprüfung, im jeweiligen Landeshochschulgesetz verankert werden. Darauf aufbauend können in Prüfungsordnungen der Hochschule Details zum Überdenkensverfahren eingebaut werden.

- Die Gebote effektiven Grundrechtsschutzes und der Zeitnähe bedeuten grundsätzliche strukturelle für die Hochschulen. So kann sich hieraus insbesondere für mündliche Prüfungen eine Pflicht zur Ermöglichung zeitnaher Überdenkensgesuche bei der Prüfungsplanung ebenso ergeben wie die Dokumentation von mündlichen Prüfungen, insbesondere bei besonders wichtigen Modulprüfungen, die erfahrungsgemäß von einer erheblichen Nichtbestehensquote begleitet werden.

- Angesichts der bestehenden beamtenrechtlichen Regelungen zur grundsätzlichen Entpflichtung von Hochschullehrern bei deren Eintritt in den Ruhestand wird eine Reaktivierung eines Professors im Ruhestand zu Zwecken eines Überdenkens – anders als möglicherweise bei landesrechtlich geregelten Prüfungen – nur in Ausnahmefällen denkbar sein.

- Es kann im Einzelfall sinnvoll sein, eine Struktur einzurichten, nach der Dokumentationen von Überdenkensprozessen neben dem Prüfer auch bei allgemeinen Prüfungsbehörden der Hochschule, etwa dem Prüfungsamt, hinterlegt sind.

- Entdeckt der Prüfer im Rahmen des Überdenkens eine Täuschung des Prüflings, so ist eine Verböserung seiner Entscheidung (sog. *reformatio in peius*) nur dann zulässig, wenn die Täuschung gerade in vom Prüfling angezeigten Passagen der Prüfungsleistung liegt oder zumindest angelegt ist.

- Für Professoren im Forschungssemester kann sich, je nach landesrechtlicher Regelung zur Aufrechterhaltung von Prüferrechten bzw. -pflichten, anbieten, diese

im Wege einer Vereinbarung oder durch Nebenbestimmungen zur Genehmigung sicherzustellen.

- Das Recht des Prüflings zur Anfertigung von Fotokopien oder Fotos der Prüfungsleistung ist nur im Ausnahmefall und nur dann gegeben, wenn die Wahrnehmung der Prüfungsleistung durch eine berechtigte dritte Person erfolgen muss, welche zum Einsichtstermin nicht anwesend sein kann.

- Prüfungsbewertungen folgen ausschließlich Kriterien der Rechtmäßigkeit, so viel ist zwar strittig, aber bereits gesagt. Erwägungen der Prüfungsgerechtigkeit sind darüber hinaus aber deshalb keine Erwägungen der Zweckmäßigkeit, weil die Prüfungsgerechtigkeit zwingend der Anwendung der etablierten Rechtmäßigkeitsmaßstäbe folgt.

### **Anlage 1 – Musterregelung in der (Rahmen)Prüfungsordnung**

#### § ... Überdenkensverfahren

(1) Der Prüfling hat das Recht, vom Prüfer zu verlangen, dass die Bewertung der gesamten Prüfungsleistung oder einzelner Teile der Prüfungsleistung vom Prüfer überdacht und die Bewertung ggf. korrigiert wird.

(2) Ein entsprechender Antrag des Prüflings ist dem Prüfer gegenüber abzugeben. Er wird vom Prüfer unverzüglich an das zuständige Prüfungsamt weitergeleitet.

(3) Der Prüfling hat im Rahmen dieses Überdenkensverfahrens die Pflicht, alle Teile der Prüfungsleistung, deren Bewertung er überprüft haben möchte, anzuzeigen und ausführlich darzulegen, aus welchen Gründen er die Bewertung für fehlerhaft hält. In Ausübung dieser Pflicht hat der Prüfling das Recht, bei mündlichen Prüfungen das Prüfungsprotokoll sowie bei schriftlichen Prüfungen seine Prüfungsleistung sowie alle Bewertungsbemerkungen des Prüfers bzw. der Prüfer einzusehen. Im Rahmen der Einsicht ist der Prüfling nicht berechtigt, Kopien oder Abschriften anzufertigen.

(4) Der Prüfer hat die Pflicht, sich an Hand der Ausführungen des Prüflings mit den angegriffenen Teilen der Prüfungsleistung nach bestem Erinnerungsvermögen zu befassen und eine erneute Einschätzung vorzunehmen. Der Prüfer ist berechtigt, im Rahmen des vom Prüfling zum Überdenken angezeigten Bereichs auch sonstige Fragen mit Einfluss auf die Bewertung, insbesondere im Zusammenhang mit einer Täuschung, zu behandeln. Der Prüfer ist nicht berechtigt, andere als die

vom Prüfling angezeigten Teile der Prüfung zu betrachten. Eine andere Person als der Prüfer der antragsgegenständlichen Bewertung ist nur berechtigt, diesen Pflichten nach Satz 1 für den Prüfer nachzukommen, wenn der ursprüngliche Prüfer nicht verfügbar ist.

(5) In Rahmen der Neubewertung hat der Prüfer den gleichen Bewertungsmaßstab anzulegen.

(6) Das Überdenkungsverfahren kann auch im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens, § ... durchgeführt werden. Die Gebote des effektiven und zeitnahen Schutzes der Rechte des Prüflings sind einzuhalten.

Der Autor ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie Referent und Fachautor zum Hochschulprüfungsrecht.

