

Benjamin Unger

Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer (Staats-)Prüfungen

Die Dissertation „Möglichkeiten und Grenzen der „Anfechtbarkeit juristischer (Staats-) Prüfungen“ wurde an der Universität Passau erstellt. Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Müller-Terpitz.

I. Einführung

Die Dissertation geht eingehend der Frage nach, ob und inwieweit und mit welchen Mitteln der Prüfling außergerichtlich und/oder gerichtlich – mit Aussicht auf Erfolg – gegen ihn belastende Prüfungsentscheidungen vorgehen kann.

Im Rahmen dieser Untersuchung erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem einschlägigen materiellen (Prüfungs-) und Prozessrecht und vor allem dessen Auslegung und Anwendung in Rechtsprechung und Literatur. Dabei wird auch die (Fort-) Entwicklung der prüfungsrechtlichen Dogmatik seit der „*Juristenentscheidung*“ des Bundesverfassungsgerichtes vom 17.4.1991, die mit der Anerkennung eines „Antwortspielraums“ des Prüflings in Fachfragen und der Notwendigkeit einer verwaltungsinternen Kontrolle der Prüfungsentscheidung (formal) zu einer wesentlichen Verbesserung der Rechtsstellung des Prüflings geführt hat, aufgezeigt. Hier wird nachgewiesen, dass die Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes durch die instanzgerichtliche Rechtsprechung in einer Art und Weise erfolgt ist, die im Ergebnis dazu führt, dass die heutige Rechtsposition des Prüflings gegenüber dem status quo kaum gestärkt worden ist. Die Gründe dafür werden ebenso aufgezeigt wie mögliche Wege zu einer Verbesserung der Rechtsstellung des Prüflings. Hervorzuheben ist insoweit die Neuziehung der Grenzen des Bewertungsspielraums durch die Übertragung des Modells der rationalen Abwägungskontrolle auf das Prüfungsrecht und die Entwicklung abgesenkter bzw. gesteigerter Anforderungen für die Einleitung und Durchführung des Überdenkungsverfahrens auf der Grundlage einer neuen Dogmatik.

II. Rechtsgrundlagen des Juristenausbildungs- und Prüfungsrechts

Nach einer Einführung in den Gegenstand und Gang der Untersuchung in den Kapiteln 1 und 2, in welcher dem Leser im Wesentlichen mitgeteilt wird, dass sich deren Gliederung an dem tatsächlichen Ablauf einer Prüfungsanfechtung orientiert, werden im dritten Kapitel der Arbeit zunächst die Rechtsgrundlagen des Juristenausbildungs- und Prüfungsrechts vorgestellt.

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Entsprechend der Normenhierarchie werden zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prüfungswezens herausgearbeitet.

Als maßgebliche Determinationsquellen für dessen einfach-rechtliche Ausgestaltung sind hier die Art. 12 Abs. 1 Satz 1, Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 Satz 1 sowie Art. 20 Abs. 3 GG zu benennen. Eine schlechthin konstituierende Bedeutung kommt insoweit dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu, dem die das Justizausbildungs- und Prüfungsrecht im Wesentlichen prägenden verfassungsrechtlichen Vorgaben entnommen werden können.

Im Ausgangspunkt ist zunächst festzustellen, dass die erfolgte Reglementierung des Zugangs zu den juristischen Berufen einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Berufswahlfreiheit in Form einer subjektiven Zulassungsschranke darstellt. Dieser lässt sich grundsätzlich rechtfertigen, da die vorgesehenen Berufszugangsprüfungen das Ziel der Eignungs- und Bestenauslese zum Erhalt einer funktionierenden Rechtspflege als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut verfolgen. Im Hinblick auf die sich aus der Wesentlichkeitslehre ergebenden Anforderungen müssen aber die konstituierenden Merkmale der den Berufszugang beschränkenden Regelungen vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegeben werden. Als weiteres Erfordernis für die Rechtmäßigkeit der freiheitsbeschränkenden Berufszugangsprüfungen ergibt sich die Notwendigkeit,

dass die Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens und die Bestimmung der Prüfungsinhalte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht für alle um den Berufszugang konkurrierenden Kandidaten zur Ermittlung ihrer wahren Kenntnisse und Fähigkeiten geeignet, erforderlich und angemessen gewesen ist und die unter diesen Bedingungen gezeigten Prüfungsleistungen zutreffend bewertet worden sind.

Ausgehend von diesen Prämissen kann aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ein Anspruch des Prüflings auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung abgeleitet werden, dessen Erfüllung Vorkehrungen rechtlicher und tatsächlicher Art für das Verfahren der Ermittlung der Prüfungsleistung, deren Bewertung und Überprüfung erfordert. Dieses Grundrechtverständnis erlaubt es, den von der Rechtsprechung ursprünglich allein aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten und inhaltlich eine (formal) gleiche Chance aller Prüflinge beim Erwerb der Berufszugangsberechtigung einfordernden Grundsatz der Chancengleichheit bereits unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abzuleiten.

Weiter lässt sich aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG wurzelnden Gebot der „Richtigkeit“ der Prüfungsentscheidung eine Reihe allgemeiner Bewertungsvorgaben einschließlich der bislang anerkannten „allgemeinen Bewertungsgrundsätze“ ableiten (Gebot der Verhältnismäßigkeit der Prüfungsanforderungen, Verbot der Anstellung sachfremder Erwägungen, angemessene Gewichtung der positiven und negativen Leistungsaspekte, Gebot der Sachlichkeit unter dem Aspekt der Freihaltung des Bewertungsprozesses von übermäßigen Emotionen, Gebot der Anerkennung des „Antwortspielraums“ des Prüflings in Fachfragen, nach dem eine vertretbare und mit gewichtigen Gründen folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet darf).

Es ist aber zu bedenken, dass die aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ableitbaren materiell-rechtlichen Bewertungsvorgaben nicht notwendigerweise dem Umfang der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung entsprechen (müssen). So geht die ganz herrschende Meinung im Bereich der „prüfungsspezifischen Wertungen“, zu denen etwa die angemessene Gewichtung der Leistungsaspekte gehört, von einer Diskrepanz der an den Prüfer gerichteten Handlungsvorgaben und der zur Verfügung stehenden (objektiven) Kontrollnormen aus. Diese Annahme hat die Anerkennung eines Bewertungsspielraums des Prüfers und zur Folge, dass eine Kontrolle der „Richtigkeit“ der Prüfungsentscheidung unterbleibt. Das dadurch entstehende Rechtsschutzdefizit muss entsprechend der Forderung des Bundesverfas-

sungsgerichtes durch eine verwaltungsinterne Kontrolle der Prüfungsentscheidung kompensiert werden, da der Prüfling nämlich gestützt auf die prozedurale Gewährleistungskomponente des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG die Bereitstellung eines Verfahrens zur effektiven Durchsetzung der materiellen Grundrechtsverbürgungen beanspruchen kann. Daher kann der Prüfling auch – zur Gewährleistung eines angemessenen Grundrechtsschutzes durch Verfahren – die Einräumung all derjenigen (Neben-) Rechte verlangen, deren er bedarf, um sein Hauptrecht auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung außegerichtlich und/oder gerichtlich mittels der Erhebung substantiiertter Einwände gegen die ihr zugrundeliegenden Einzelbewertungen durchsetzen zu können (Begründungsanspruch, Akteneinsichtsrecht).

Bei der Ableitung des Chancengleichheitsgrundsatzes unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG hat Art. 3 Abs. 1 GG für die Ausgestaltung des Prüfungswesens kaum noch eigenständige Bedeutung. Auch der Heranziehung des Art. 20 Abs. 3 GG bedarf es an sich nicht, da sich insbesondere das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Prüfungsanforderungen bereits unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ableiten lässt.

Mit Blick auf die Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG entnommenen prozeduralen Gewährleistungen ergeben sich Überschneidungen mit dem Gewährleistungsbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Innerhalb ihres Anwendungsbereichs, d.h. der Garantie eines effektiven *gerichtlichen* Rechtsschutzes, geht die Rechtsschutzgarantie aber Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG vor. Soweit eine (gerichtliche) Kontrolle der „Richtigkeit“ der Prüfungsentscheidung unterbleibt, stellt dies keine Verletzung der Rechtsschutzgarantie dar, wenn eine hinreichende verwaltungsinterne Überprüfung der Prüfung stattgefunden hat. Damit lässt sich der Anspruch auf die Durchführung eines Überdenkungsverfahrens zur Kompensation der Lücke im gerichtlichen Rechtsschutz auch aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ableiten.

2. Einfach-rechtliche Grundlagen

Im Anschluss an die Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prüfungswesens wird im vierten Kapitel der Arbeit der sich aus den einfach-rechtlichen Rechtsgrundlagen (Deutsches Richtergesetz, Juristenausbildungsgesetz- und Prüfungsordnungen, Hochschulgesetze, universitäre Satzungen) ergebende Inhalt der Juristenausbildung und der vorgesehenen Prüfungen dargestellt und an den verfassungsrechtlichen Ausgestaltungsvorgaben gemessen. Im Schwerpunkt wird dabei auf die Neuerungen eingegangen, die sich durch das jüngste Juristenausbildungsreformgesetz ergeben haben.

a) Ausgestaltung der Zwischenprüfung und ihre Bewertung

Dementsprechend steht zunächst die neue Zwischenprüfung im Fokus, die mit der erstmaligen Einführung der universitären Schwerpunktbereichsprüfung aus hochschulrechtlichen Gründen erforderlich geworden ist. Deren Ausgestaltung steht in allen Bundesländern im Wesentlichen im freien Belieben der Universitäten, da es insoweit ganz überwiegend an jeglichem parlamentarischen (Rahmen-) Vorgaben fehlt.

Dies hat zur Folge, dass die erste Berufszugangshürde von den Universitäten weitgehend in Alleinverantwortung errichtet wird. Zudem gibt es selbst innerhalb eines Bundeslandes hinsichtlich Art und Inhalt der zu erbringenden Zwischenprüfungsleistungen vielfach große Unterschiede.

Dieser Befund erscheint mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar. Auch bei gebotener Anerkennung der Satzungsautonomie der Universitäten müssen die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden. Infolgedessen müssen von den Landesparlamenten zumindest die wesentlichen Eckpunkte für die Zwischenprüfung etwa in Form der Festlegung der Art und des Inhalts der zur erbringenden Prüfungsleistungen festgelegt werden. Anderenfalls kann auch die Chancengleichheit der Kandidaten innerhalb eines Bundeslandes nicht gewährleistet werden.

Im Übrigen ist nach einer bundesweiten Analyse des Inhalts der einschlägigen Zwischenprüfungsordnungen eine erhebliche Varianzbreite hinsichtlich der Art und Anzahl der zu erbringenden Prüfungsleistungen sowie des Prüfungsinhalts zu konstatieren. Dieses Ergebnis erscheint mit dem bundesrechtlichen Gebot der Einheitlichkeit der Leistungsanforderungen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 DRiG), das richtigerweise auch auf die Zwischenprüfung zu erstrecken ist, unvereinbar.

Soweit als weiteres Auswertungsergebnis festzustellen ist, dass mündliche Prüfungsleistungen überwiegend nicht vorgesehen sind, bleibt damit zunächst der Regelungsauftrag des Reformgesetzgebers unerfüllt, (auch) in der Zwischenprüfung die Schlüsselqualifikationen zu berücksichtigen. Der mögliche Ausschluss des Kandidaten vom Berufszugang allein aufgrund unzureichender schriftlicher Prüfungsleistungen ist aber vor allem auch mit dem Gewährleistungsgehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar, weil es ihm verwehrt bleibt, diese durch bessere mündliche Leistungen zu kompensieren.

Keinen rechtlichen Bedenken begegnet es demgegenüber, dass die Zwischenprüfungsleistungen überwiegend nur von einem Prüfer bewertet werden, da das Zwei-Prüfer-Prinzip zu keinem Objektivitätsgewinn bei der Bewertung führt. In diesem Fall gewinnt aber die verwaltungsinterne Kontrolle der Prüfungsentscheidung zur Gewährleistung eines angemessenen Grundrechtsschutzes durch Verfahren an Bedeutung. Hier ergibt sich die Besonderheit, dass aufgrund des gestreckten Prüfungsverfahrens bei der Zwischenprüfung zwischen der Bekanntgabe der Einzelbewertungen und dem Ergehen des Zwischenprüfungsbescheides auf deren Grundlage ein erheblicher Zeitraum liegen kann. Zur Gewährleistung einer effektiven verwaltungsinternen Kontrolle der Prüfungsentscheidung ist es daher entsprechend der Regelung in einigen Zwischenprüfungsordnungen erforderlich, diese zweistufig auszugestalten. Das heißt, dass dem Prüfling zunächst eine Remonstrationsmöglichkeit beim Veranstaltungsleiter zum Zwecke des (zeitnahen) Überdenkens der Bewertung eröffnet werden und er unabhängig von ihr daneben die Möglichkeit haben muss, im Rahmen eines späteren Widerspruchs gegen den Zwischenprüfungsbescheid eine Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit zu erreichen.

b) Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsprüfung und ihre Bewertung

Die vorzufindende Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsprüfung wirft ganz ähnliche rechtsgrundsätzliche Fragen und Probleme auf wie diejenige der Zwischenprüfung. Auch insoweit ist nämlich festzustellen, dass es teilweise an jeglichen parlamentarischen Direktiven fehlt. Damit haben die Bundesländer zunächst den ihnen vom Bund erteilten Auftrag, das Nähere der Schwerpunktbereichsprüfung zu regeln, nicht erfüllt. Vor allem aber ist das weitgehende Fehlen parlamentarischer Ausgestaltungsdirektiven mit den Vorgaben der Wesentlichkeitslehre offenkundig unvereinbar. Soweit die legislative Zurückhaltung der Landesgesetzgeber zu teilweise sehr unterschiedlichen Regelungen innerhalb eines Bundeslandes geführt hat, sind zudem wiederum die Chancengleichheit der Kandidaten und das Einheitlichkeitsgebot nicht gewahrt.

Bedenken begegnet die Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsausbildung und -Prüfung weiter insoweit, als bereits das Fehlen (vertiefter) Kenntnisse in einem Teilbereich der Rechtswissenschaft zum Ausschluss vom Berufszugang führen kann. Daraus ergeben sich jedenfalls besondere Anforderungen für die (konkrete) Aus-

gestaltung der Ausbildungs- und Prüfungsinhalte, die eine hinreichend sichere Grundlage für das zu fällende Befähigungsurteil darstellen müssen.

Zuzustimmen ist im Ergebnis auch der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes, nach der zur Vermeidung eines Systembruchs (auch) bei den schriftlichen Prüfungsleistungen eine Kompensationsmöglichkeit vorgesehen werden muss. Vor allem aber besteht aus verfassungsrechtlichen Gründen die Notwendigkeit, dem Prüfling die Möglichkeit einzuräumen, Defizite in den schriftlichen Prüfungsleistungen durch bessere mündliche Prüfungsleistungen auszugleichen.

c) Ausgestaltung der staatlichen Prüfungen und Bewertung

Zum Abschluss des vierten Kapitels erfolgt noch eine kurze Auseinandersetzung mit der Ausgestaltung der staatlichen Prüfungen, die weit weniger Rechtsfragen und -probleme aufwerfen als die universitären Prüfungen. Soweit aber festzustellen ist, dass in einigen Bundesländern in den Juristenausbildungsgesetzen keine parlamentarischen Leitentscheidungen im Sinne substantieller Regelungen getroffen worden sind, ist auch dies mit den Vorgaben der Wesentlichkeitslehre nicht in Einklang zu bringen.

Im Übrigen stellt die Bestehensregelung in Rheinland-Pfalz, nach der die Zulassung zur mündlichen Prüfung mindestens ausreichende schriftliche Prüfungsleistungen voraussetzt, im Vergleich zu den Bestehensregelungen in den anderen Bundesländern unter dem Aspekt des Einheitlichkeitsgebots einen Systembruch und eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG im Hinblick auf die fehlende Kompensationsmöglichkeit dar.

III. Mögliche Angriffsgegenstände und vorprozessuale Rechtsschutzmöglichkeiten im Überblick

Im fünften Kapitel der Untersuchung werden die belastenden Prüfungsentscheidungen, die in dem jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsabschnitt auf der Grundlage der zuvor dargestellten Regelungen ergehen können, sowie die dem Prüfling hiergegen vorprozessual eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten im Überblick aufgezeigt.

Der in erster Linie streitgegenständliche Bescheid über das Nichtbestehen der Zwischen-, Schwerpunktbereichs-, staatlichen Pflichtfach- oder Zweiten juristischen Staatsprüfung stellt nach allen Ansichten einen Verwaltungsakt dar. Entsprechend einzuordnen ist aber auch der Bescheid über das Bestehen der juristischen

(Staats-) Prüfungen mit einer bestimmten Note, da entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung mit diesem verbindlich festgestellt wird, dass die Prüfung nicht besser als mit der ausgewiesenen Note bestanden worden ist. Daher kann der Prüfling gegen den jeweiligen (Nicht-) Bestehensbescheid Widerspruch einlegen, sofern ihm diese Möglichkeit nach den einschlägigen landesgesetzlichen Regelungen eröffnet ist. Dies ist nur in Bayern beim Vorgehen gegen die Ergebnisse der jur. Staatsprüfungen nicht der Fall, da hier zur Durchführung der vom Bundesverfassungsgericht geforderten verwaltungsinernen Kontrolle der Prüfungsentscheidung ein eigenständiges Nachprüfungsverfahren eingeführt worden ist.

Ist – wie im Regelfall – ein Widerspruch gegen die Prüfungsentscheidung statthaft, erfolgt die gemäß § 68 VwGO gebotene Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit des Prüfungsbescheides bzw. der ihm zugrundeliegenden Einzelbewertungen in einer Art Kooperationsverhältnis zwischen den Prüfern und dem Prüfungsamt. Im Rahmen desselben obliegt dem Prüfungsamt die (abschließende) Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Prüfungsentscheidung, während die Überprüfung ihrer Zweckmäßigkeit durch die Prüfer in Form des Überdenkens der Einzelbewertungen erfolgt.

Dieses Kooperationsverhältnis wird bei der Überprüfung der universitären Prüfungsentscheidungen deutlich, wenn dort die verwaltunginterne Kontrolle im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens erfolgt. In diesem Fall hat auch der Streit um die Frage, ob die Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung, die in den späteren Gesamtbescheid eingeht, Verwaltungsaktqualität hat, keinerlei praktische Bedeutung.

Für die staatlichen Prüfungen gilt dies ohnehin, da hier im Regelfall die Bekanntgabe der Einzelbewertungen mit der Bekanntgabe des Gesamtergebnisses zeitlich zusammenfällt. Im Übrigen beantwortet sich die Frage der Verwaltungsaktqualität von Einzelleistungen nach der zutreffenden Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes allein nach der Ausgestaltung der jeweiligen Prüfungsordnung.

IV. Möglichkeiten und Grenzen der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung

Das sechste Kapitel, das sich den Möglichkeiten und Grenzen der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung zuwendet, stellt den Kern der Untersuchung dar. Einleitend werden das mögliche Spektrum der Einwendungen des Prüflings und der tatsächlich in Betracht kommenden Rechtsfehler des Prüfungsverfahrens,

deren Abgrenzung, die Voraussetzungen ihrer erfolgreichen Geltendmachung sowie die Möglichkeiten und Grenzen ihrer Kompensation aufgezeigt.

1. Differenzierung zwischen Verfahrensfehlern und formellen und materiellen Bewertungsfehlern

Grundlegend ist die Unterscheidung zwischen Fehlern im Verfahren der Leistungsermittlung auf der einen und formellen und materiellen Bewertungsfehlern auf der anderen Seite. Unter Verfahrensfehlern sind solche fortwirkenden Beeinträchtigungen des Prüfungsablaufs zu verstehen, die geeignet (gewesen) sind, die Ermittlung der wahren Kenntnisse und Fähigkeiten des Prüflings zu verhindern. Sie können letztlich nur durch eine erneute Erbringung der durch die widrigen Umstände (möglicherweise) verfälschten Prüfungsleistung unter ordnungsgemäßen Prüfungsbedingungen kompensiert werden. Um zu verhindern, dass sich der Prüfling eine weitere Chance auf den Prüfungserfolg dadurch erschleicht, dass er sich nach Bekanntgabe der ihn beschwerenden Prüfungsergebnisse auf einen Verfahrensmangel beruft, der ihn bei der Leistungserbringung gar nicht beeinträchtigt hat, muss dem Prüfling im Grundsatz eine Obliegenheit zur Rüge der Störungen des Prüfungsablaufs auferlegt werden.

Da derartige Missbrauchsmöglichkeiten bei auftauchenden formellen oder materiellen Fehlern im Bewertungsvorgang nicht bestehen, können diese bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess geltend gemacht werden. Solche Bewertungsfehler sind nach einhelliger Auffassung durch eine rechtsfehlerfreie Neubewertung zu kompensieren. Fehlt es allerdings zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wie im Regelfall bei mündlichen Prüfungen an einer noch hinreichenden Bewertungsgrundlage, kommt nur eine Wiederholung der Prüfungsleistung in Betracht.

2. Voraussetzungen der erfolgreichen Geltendmachung von Verfahrensfehlern

Nach dem einleitenden Überblick über die möglichen Rechtsfehler im Leistungsermittlungs- und Bewertungsverfahren und ihrer Kompensation werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen der Prüfling nach Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse Störungen im Prüfungsablauf noch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen kann. Hier ist das Vorliegen eines erheblichen Verfahrensfehlers, der offensichtlich oder vom Prüfling rechtzeitig geltend gemacht, vom Prüfungsamt aber nicht anerkannt oder nicht (hinreichend) beseitigt und/oder kompensiert worden war, zu benennen.

a) Erscheinungsformen von Verfahrensfehlern

Nachgehend werden diese Voraussetzungen im Einzelnen behandelt. Es wird dargestellt, dass bei den einzelnen Verfahrensfehlern zwischen äußeren und inneren Störungen und bei letzteren wiederum zwischen Mängeln aus der Sphäre des Prüflings und solchen aus dem Verantwortungsbereich des Prüfungsamtes differenziert werden muss. Während beim Prüfling nur eine Krankheit als innere Störung in Betracht kommt, umfasst das mögliche Spektrum beim Prüfungsamt die gesamten Prüfungsverfahrensfehler im engeren Sinne (Über- oder Unterschreitung der Prüfungsdauer, falsche Besetzung der Prüfungskommission etc). Zu ihnen zählt richtigerweise auch die Prüfungsstoffüberschreitung, deren Einordnung in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist.

b) Die Rügeobliegenheit des Prüflings

Im Anschluss an die Auflistung und nähere Behandlung der möglichen Verfahrensfehler erfolgt eine eingehende Befassung mit der Rügeobliegenheit des Prüflings. Hier ist zunächst festzustellen, dass die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Prüfungsunfähigkeit und das Verfahren ihrer (erfolgreichen) Geltendmachung überwiegend in den Prüfungsordnungen normiert worden sind, die Obliegenheit zur Rüge äußerer Störungen und sonstiger Prüfungsverfahrensfehler (im engeren Sinne) demgegenüber nur vereinzelt.

Beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Rügeobliegenheit haben Rechtsprechung und Literatur diese bislang im Regelfall aus dem Grundsatz der Chancengleichheit abgeleitet. Für den Fall der dem Prüfling nachweisbaren Kenntnis des Verfahrensfehlers zum Zeitpunkt der Leistungserbringung und damit dem Vorliegen einer bewussten Risikoübernahme überzeugt diese Ableitung nicht. Der (drohende) Einwendungsausschluss und die daraus folgende Rügeobliegenheit lassen sich hier besser mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt des Vorwurfs eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens begründen. Aufgrund seiner rechtsschutzbegrenzenden Wirkung kann sich der Prüfling in diesem Fall auf sein aus den Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgendes Interesse an einer zeitlich unbegrenzten Geltendmachung von Verfahrensfehlern gar nicht erst berufen.

Eine Abwägung mit dem gegenläufigen Interesse der anderen Prüfungsteilnehmer an einer Begrenzung der Wiederholungsmöglichkeiten zur Gewinnung einer Rügeobliegenheit ist daher nur geboten, wenn dem Prüfling die Kenntnis des Verfahrensmangels und damit ein treu-

widriges Verhalten nicht nachgewiesen werden können. Diese ist in vielen von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fallkonstellationen nicht gelungen mit der Folge, dass eine Rügeobliegenheit des Prüflings in einem zu weitgehenden Umfang angenommen wird. Um sie sachgerecht einzugrenzen, wird vorgeschlagen, bei Unklarheiten über das Vorliegen eines Verfahrensmangels und/oder den darauf bezogenen Grad der Erkenntnis des Prüflings eine sphären- und verantwortungsbeereichsorientierte Differenzierung anhand der Typizität des Verfahrensmangels vorzunehmen. Im Ergebnis einer solchen Differenzierung ist eine Rügeobliegenheit nur begründbar bei Verfahrensmängeln, die dem Prüfungsamt verborgen geblieben sind, dem Prüfling aber nachweislich bekannt oder zumindest erkennbar waren. Damit ist insbesondere die Geltendmachung der aus der Sphäre des Prüfungsamtes stammenden Prüfungsverfahrenfehler im engeren Sinne nach der Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse für den Prüfling nicht ausgeschlossen, wenn ihm – wie im Regelfall – deren Kenntnis oder Kennenmüssen nicht nachgewiesen werden kann. Der gegenteiligen Rechtsprechung ist mit dem Argument entgegenzutreten, dass anderenfalls zu Unrecht dem Prüfling die an sich bei der Prüfungsbehörde als Herrin des Prüfungsverfahrens liegende Verantwortung für ein ordnungsgemäßes Prüfungsgeschehen aufgebürdet werden würde. Aus eben diesem Grund ist auch die weit verbreitete, beinahe unumstrittene Rechtsauffassung abzulehnen, dass den Prüfling eine erneute Rügeobliegenheit trifft, wenn er die infolge der Anzeige eines Verfahrensmangels vom Prüfungsamt ergriffenen Kompensations- bzw. Abhilfemaßnahmen nicht für ausreichend hält.

c) Unverzügliche Geltendmachung des Verfahrensmangels

Im Anschluss an die Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rüge- bzw. Anzeigeobliegenheit des Prüflings legitimiert werden kann, beantwortet die Untersuchung die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der jeweilige Verfahrensmangel geltend gemacht werden kann. Hier wird zunächst der allgemeinen Auffassung beigetreten, nach der ein Verfahrensmangel unverzüglich geltend zu machen ist, soweit dem Prüfling dies in der konkreten Prüfungssituation zumutbar ist. Sodann erfolgt eine fallgruppenartige Konkretisierung der Zumutbarkeitsregeln, wobei zwischen den verschiedenen Verfahrenseffekten und der schriftlichen und mündlichen Prüfung differenziert wird. Die wesentlichen Ergebnisse dieser Überlegungen lassen sich dahin

zusammenfassen, dass dem Prüfling wegen der weitreichenden Rechtsfolgen einer Prüfungsunfähigkeitsanzeige grundsätzlich eine angemessene Überlegungszeit einzuräumen und ihm die Rüge von Verfahrensfehlern im engeren Sinne bereits während der mündlichen Prüfung nicht zumutbar ist. Sofern die nachträgliche Geltendmachung einer Prüfungsunfähigkeit in einigen Prüfungsordnungen zeitlich befristet ist, müssen solche Vorschriften verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass sie nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen der Prüfungsunfähigkeit greifen.

Soweit eine Rüge- bzw. Anzeigeobliegenheit unter den dargelegten Prämissen verfassungsrechtlich legitimierbar ist, bedarf sie der gesetzlichen Regelung. Die diesbezügliche Leitentscheidung ist zudem wegen der weitreichenden Folgen eines Einwendungsausschlusses durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu treffen. Im Übrigen wird für das Erfordernis einer generellen Hinweispflicht auf die bestehenden Rüge- und Anzeigeobliegenheiten zur Gewährleistung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren eingetreten.

Anschließend werden kurz die beim Auftreten eines Verfahrensmangels in Betracht kommenden Abhilfe-/Kompensationsmaßnahmen dargestellt und es wird darauf hingewiesen, dass der Prüfungsbehörde bei ihrer Auswahl mittlerweile kein Beurteilungsspielraum mehr zugestanden wird.

Teils bereits Gesetz geworden ist die umstrittene Rechtsauffassung, nach welcher der Prüfling im Falle einer als nicht hinreichend angesehenen Abhilfe-/Kompensationsmaßnahme innerhalb eines Monats nach Abschluss der Prüfung bzw. unverzüglich und jedenfalls vor Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse den Verfahrensfehler (nochmals) geltend machen muss. Eine solche Mitwirkungslast des Prüflings ist abzulehnen, weil sie ihm wiederum unzulässigerweise die (alleinige) Verantwortung für ein rechtmäßiges Prüfungsgeschehen aufbürdet.

Die Beschäftigung mit möglichen Verfahrensfehlern endet mit der Darstellung der Rechts- bzw. Kompensationsfolgen, die sich nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen bzw. der Rechtsprechung bei ihrem Vorliegen ergeben, welche kritisch unter Entwicklung eigener Ansätze beleuchtet werden.

3. Formelle und materielle Bewertungsfehler

Der nachfolgende Unterabschnitt widmet sich dann den möglichen formellen und materiellen Bewertungsfehlern, die zur Rechtswidrigkeit der Prüfungsentscheidung führen können. Eingangs werden die wesentlichen

Merkmale des sich aus den einschlägigen Prüfungsregelungen ergebenden Bewertungsverfahrens nur knapp dargestellt, da deren Auslegung und Anwendung kaum Probleme bereitet.

a) Der Bewertungsvorgang als dreistufiger Abwägungsprozess

Umso ausführlicher wird im Anschluss auf das materielle Bewertungsverfahren eingegangen, bei dem zwischen dem Vorgang der Ermittlung der Beurteilungsgrundlage im Sinne des gegenständlichen Erfassens der Prüfungsleistung und dem Vorgang der eigentlichen Leistungsbewertung differenziert wird. In Bezug auf den Ermittlungsvorgang werden zunächst die Obliegenheiten des Prüflings behandelt, die ihn im Rahmen der Leistungserbringung treffen. Sodann wird auf die Verpflichtungen des Prüfers bei der Leistungserfassung eingegangen und im Zuge dieser Darlegungen auch das Problem des (teilweisen) Abhandenkommens von schriftlichen Prüfungsleistungen behandelt. Dieses wird im Ergebnis dahin gelöst, dass der Prüfling deren Wiederholung unter der Voraussetzung verlangen kann, dass sich der (Teil-)Verlust der Prüfungsleistung auf die (Gesamt-)Bewertung ausgewirkt haben kann.

Im Weiteren erfolgt eine Analyse des nach der Erfassung der Prüfungsleistung beginnenden eigentlichen Vorgangs der Leistungsbewertung. Dabei wird erstmals herausgearbeitet, dass sich dieser in einem dreistufigen Abwägungsprozess dergestalt vollzieht, dass im Rahmen der teilleistungsorientierten Brauchbarkeitsprüfung zunächst das Abwägungsmaterial gesammelt, dieses im Zuge der sich anschließenden gesamtleistungsorientierten Brauchbarkeitsprüfung gewichtet und abgewogen und schließlich die so ermittelte Gesamtleistung des Prüflings einer der nach der Bundesnotenverordnung vorgesehenen Prüfungsnoten zugeordnet wird. Auf der ersten Stufe des Bewertungsvorgangs misst der Prüfer die vom Prüfling erbrachten Teilprüfungsleistungen zunächst an den sich aus der Prüfungsaufgabe ergebenden fachspezifischen Anforderungen und sodann an seinen prüfungsspezifischen Bewertungskriterien, zu denen etwa der angenommene Schwierigkeitsgrad der Aufgabenstellung gehört.

Diese prüfungsspezifischen Bewertungskriterien kennzeichnet, dass sie sich im Laufe der Prüfertätigkeit herausbilden und geprägt sind durch die hierbei gewonnenen Einschätzungen und Erfahrungen, insbesondere durch den ständigen Vergleich der Aufgabenstellungen und der Leistungen der Prüflinge. Sie kommen insbesondere auch als Gewichtung- und Abwägungsfaktoren

auf den nachfolgenden Stufen des Abwägungsvorgangs zur Anwendung, so dass die Bewertung insgesamt maßgeblich durch sie beeinflusst ist. Deren Ursprung lässt sich aufgrund ihrer komplexen Entwicklung und der inponderablen und unbewussten Prägung des Prüfers später nicht mehr hinreichend aufklären.

b) Der Bewertungsspielraum des Prüfers und seine (neue) Legitimation

Diese Erkenntnis hat das Bundesverwaltungsgericht frühzeitig dazu bewogen, einen weiten, auch die fachspezifische Bewertung einschließenden Beurteilungsspielraum des Prüfers anzuerkennen. Infolgedessen sollte die Bewertung nur daraufhin überprüfbar sein, ob der Prüfer von einem vollständig und zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder sonst willkürlich gehandelt hat. Dieser weitreichende Bewertungsspielraum ist erst vom Bundesverfassungsgericht in seiner „Juristenentscheidung“ vom 17.4.1991 unter Anerkennung eines „Antwortspielraums“ des Prüflings in Fachfragen auf die prüfungsspezifischen Wertungen eingeengt und dementsprechend auch terminologisch nur noch als „Bewertungsspielraum“ anerkannt worden.

Heutzutage wird meist nur noch über die dogmatische Begründung für den Bewertungsspielraum des Prüfers und über seine Rechtsfolgen gestritten. Insoweit überwiegt die Auffassung, dass die Anerkennung eines Bewertungsspielraums den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG berührt, aber zur Wahrung der Chancengleichheit der anderen Prüfungsteilnehmer gerechtfertigt ist. Nur vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass vor dem Hintergrund des Gewährleistungsgehalts des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Annahme eines dem Prüfer zustehenden Bewertungsspielraums nicht zu einer Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle führen dürfe. Der Prüfer sei zwar berechtigt, seine eigenen subjektiven Bewertungsmaßstäbe zu entwickeln und anzuwenden. Diese müssten von den Gerichten aber im Rahmen einer Zweckmäßigkeitkontrolle überprüft werden.

In dieser Diskussion um die Begründung und Begründbarkeit eines Bewertungsspielraums des Prüfers wird nach einer Darstellung des aktuellen Standes der Diskussion um die verfassungsrechtliche Legitimierbarkeit von administrativen Entscheidungsfreiräumen in Rechtsprechung und Literatur der neue Standpunkt angenommen, dass eine allein aufgrund fehlender objektiver Kontrollmaßstäbe unterbleibende gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidung den Schutzbereich

des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG grundsätzlich ebenso wenig berühren kann wie denjenigen des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Denn eine (gerichtliche) Überprüfung der „subjektiven Richtigkeit“ der Bewertung ist im Hinblick darauf, dass es nicht möglich ist, (objektive) Kontroll- bzw. Richtigkeitsmaßstäbe im Bereich der prüfungsspezifischen Wertungen zu definieren, überhaupt gar nicht möglich.

Zwar können die Art. 19 Abs. 4 Satz 1, 12 Abs. 1 Satz 1 GG auch durch eine unzweckmäßige, an den eigenen Maßstäben des Prüfers gemessen „subjektiv unrichtige“ Bewertung verletzt werden. Diese Rechtsverletzung darf das Gericht aber nur mit dem Maßstab und den Methoden des Rechts und nicht durch eine eigene Bewertung der Prüfungsleistung in Form der teilweise geforderten Zweckmäßigkeitskontrolle feststellen. Das dadurch entstehende Rechtsschutzdefizit ist vielmehr durch eine Gestaltung des Verwaltungsverfahrens zu kompensieren, die eine hinreichende Selbstkontrolle der Bewertungen durch den Prüfer und damit einen vorverlagerten Grundrechtsschutz ermöglicht. Sofern diese sichergestellt ist, lässt sich ein Bewertungsspielraum des Prüfers mit dem Gewährleistungsgehalt der Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbaren.

c) (Verbleibende) Möglichkeiten der (gerichtlichen) Überprüfung der materiellen Bewertung

Anschließend werden die bei der Annahme eines Bewertungsspielraums des Prüfers noch (verbleibenden) Möglichkeiten und Grenzen der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung aufgezeigt.

aa) Die bisherigen Kontrollformeln der Rechtsprechung
Zunächst werden die im Wesentlichen noch zur Verfügung stehenden Kontrollparameter im Überblick und der Inhalt der daraus in der Rechtsprechung entwickelten Kontrollformeln dargestellt. So erstreckt sich die gerichtliche Prüfung nach der vorherrschenden neuen Kontrollformel des Bundesverwaltungsgerichtes allein auf das Vorliegen von Verfahrensfehlern, die vollständige und zutreffende Ermittlung des Sachverhalts, die Einhaltung des geltenden Rechts und allgemein gültiger Bewertungsmaßstäbe, das Anstellen sachfremder Erwägungen sowie die Feststellung sonstiger Verstöße gegen das Willkürverbot. (Nur) in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit wird vorgeblich einer erweiterten Kontrollformel zudem geprüft, ob die Bewertung des Prüfers in sich schlüssig und nachvollziehbar ist und dem Gebot der rationalen Abwägung gerecht wird.

bb) Differenzierung zwischen den Voraussetzungen der Eröffnung und den Grenzen des Bewertungsspielraums

Diese beiden Kontrollformeln benennen die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Prüfungsentscheidung im weiteren Sinne. Richtigerweise ist aber entgegen der bisherigen Dogmatik in Bezug auf den Bewertungsspielraum des Prüfers rechtslogisch zwischen den Voraussetzungen seiner Eröffnung und den Grenzen seiner Ausübung zu differenzieren. Entsprechend diesem Standpunkt werden eine verfahrensfehlerfrei ermittelte und vom Prüfer vollständig und zutreffend erfasste Prüfungsleistung sowie die Eignung der Prüfungsaufgabe als Eröffnungsvoraussetzungen benannt und diese soweit (noch) erforderlich im Einzelnen erläutert. Demgemäß wird die erforderliche Eignung der Prüfungsaufgabe eingehend behandelt, die davon abhängt, ob die Prüfungsaufgabe entsprechend den Bestimmungen der Prüfungsordnung ausgewählt worden und zur Ermittlung der wahren und für die Berufsausübung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten geeignet gewesen ist. Daher werden insbesondere die sich aus den gesetzlichen Regelungen ergebenden Anforderungen an Art und Inhalt der Prüfung unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmt.

cc) (Bisherige) Grenzen des Bewertungsspielraums als „verkappte Abwägungskontrolle“

Nach kurzen Darlegungen zum Sachverhaltsirrtum des Prüfers, der entsprechend dem neuen dogmatischen Ansatz als Verfahrensfehler eingeordnet wird, erfolgt die Darstellung der (bisherigen) Grenzen des Bewertungsspielraums, die in dem „anzuwendenden Recht“ und den „allgemeinen Bewertungsgrundsätzen“ gesehen werden. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass sich die Wirkung von objektiven Bewertungsmaßstäben, die aus Rechtsvorschriften abgeleitet oder schlicht als „allgemein gültiger Bewertungsgrundsatz“ postuliert werden, mit Blick auf den dargestellten Ablauf des Bewertungsvorgangs darin erschöpft, im gewissen Grad den Abwägungsprozess des Prüfers zu steuern, sich durch sie die Prüfungsnote aber nicht im Vorhinein bestimmen lässt. Anschließend werden kurz die wenigen, sich aus den Prüfungsregelungen ergeben Bewertungsvorgaben im Lichte der verfassungsrechtlichen Determinanten herausgearbeitet.

Im Anschluss erfolgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den in ihrer Bedeutung bislang ungeklärten „allgemeinen Bewertungsgrundsätzen“, indem ihre Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur eingehend

beleuchtet und ihr bisheriger Inhalt dargestellt wird. Dabei zeigt sich im Ergebnis, dass das Gebot der Sachlichkeit und der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings – die beiden bislang allein anerkannten Bewertungsgrundsätze – Instrumente einer „verkappten Abwägungskontrolle“ darstellen. Dabei kommt dem Gebot der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings die Funktion zu, den Abwägungsvorgang zu steuern, während das Sachlichkeitsgebot nur ein Abwägungsergebnis falsifizieren kann.

dd) Das neue Modell der rationalen Abwägungskontrolle

Sodann wird nachgewiesen, dass sich hinter dem Kontrollkriterium des rationalen Abwägungsgebots, an dem die bayerischen Verwaltungsgerichte vorgeblich ihrer Kontrollformel die Bewertung des Prüfers zusätzlich messen, ein eigenständiges, erweitertes Kontrollmodell verbirgt. Hierzu werden zunächst die bisherigen Ansätze zu einer rationalen Abwägungskontrolle in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt. Anschließend wird das von Riehm in einer jüngeren Untersuchung entwickelte universelle Abwägungskontrollmodell vorgestellt. Nach diesem beschränken sich die Möglichkeiten einer (gerichtlichen) Überprüfung einer Abwägungsentscheidung auf eine formale Rationalitätskontrolle im Sinne der Sachbezogenheit und Konsistenz der zur Begründung der Abwägungsentscheidung angeführten Gründe sowie in inhaltlicher Hinsicht auf die Einhaltung des Abwägungsrahmens im Sinne der Beachtung der (gesetzlichen) Abwägungsregeln und im Rahmen der Subsumtionskontrolle auf das Vorliegen einer abstrakten Fehlgewichtung maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkte.

Dieses Kontrollmodell *Riehms* stimmt weitgehend mit der bauplanungsrechtlichen Abwägungsfehlerlehre überein. Das Bundesverwaltungsgericht hat anlässlich einer entsprechenden Anregung des Verfassers ihre Heranziehung zur (gerichtlichen) Kontrolle von Prüfungsentscheidungen abgelehnt. In der hier vorgestellten Untersuchung wird nun nachgewiesen, dass die von der Rechtsprechung für die Kontrolle von Bauleitplänen entwickelte Abwägungsfehlerlehre entgegen dem Bundesverwaltungsgericht auf das Prüfungsrecht übertragbar ist. Hierzu wird die Parallelität der Entscheidungsstrukturen aufgezeigt und im Einzelnen belegt, dass den Kontrollparametern der Abwägungsfehlerlehre (Abwägungsausfall, -defizit, -fehleinschätzung, -disproportionalität) auch im Prüfungsrecht materiell-rechtliche Bindungen gegenüberstehen. Diese Kontrollparameter sind für das Prüfungsrecht um das bislang als allgemeiner Bewertungsgrundsatz anerkannte Gebot der Sachlichkeit

zu ergänzen, das im rationalen Abwägungskontrollmodell die Funktion eines weiteren Abwägungsfalsifikationsmaßstabs einnimmt. Auch die so erweiterte Abwägungsfehlerlehre führt aber nur zu einer Kontrolle der Abwägung im engeren Sinne. Von dieser zu unterscheiden ist im rationalen Abwägungskontrollmodell die Überprüfung der Einhaltung der den Abwägungsrahmen absteckenden Abwägungsdirektiven. Das sind neben den gesetzlichen Bewertungsvorgaben das Verbot der Anstellung sachfremder Erwägungen und namentlich das Gebot der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings in Fachfragen, nachdem eine vertretbare und mit gewichtigen Gründen folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf.

ee) Der „Antwortspielraum“ des Prüflings als Abwägungsdirektive

Die (möglichen) Steuerungswirkungen dieser Abwägungsdirektive werden nachfolgend eingehend behandelt. Dabei wird zunächst aufgezeigt, dass das „Gebot der Respektierung des Antwortspielraums in Fachfragen“, so wie es derzeit in der Rechtsprechung ausgelegt und angewendet wird, nicht als Kontrollmaßstab fungiert. Diese Funktion hat der „Antwortspielraum“ dadurch eingebüßt, dass die Verwaltungsgerichte von Anfang an den Rechtsstandpunkt eingenommen und bis heute beibehalten haben, dass die Beurteilung der „Gewichtigkeit der Argumentation“ und der „Folgerichtigkeit der Lösung“ komplexe prüfungsspezifische Wertungen erforderten mit der Folge, dass diese allein dem Prüfer innerhalb seines nur eingeschränkt überprüfbaren Bewertungsspielraums zustehe. Diese Sichtweise hat zur Konsequenz, dass der Prüfer sich im Regelfall immer auf eine unzureichende Begründung und der Prüfling dann nicht auf seinen „Antwortspielraum“ berufen kann.

Damit ist die mit der Postulierung des „Antwortspielraums“ angestrebte Rechtsschutzintensivierung für den Prüfling nur erreichbar, wenn das Vorliegen aller seiner konstituierenden Voraussetzungen vom Verwaltungsgericht vollständig überprüft wird. Dies ist entgegen den bisherigen Annahmen auch ohne Weiteres möglich. Bei der „Gewichtigkeit“ der Argumentation handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auch in anderen Rechtsvorschriften Anwendung findet und der abstrakt-objektiven Konkretisierung zugänglich ist. Und soweit das Bundesverfassungsgericht die Folgerichtigkeit der Lösung verlangt, wird in der Sache die Einhaltung der objektiven Regeln der Logik vorausgesetzt, die auch das Verwaltungsgericht ohne Weiteres überprüfen kann. Da im Übrigen weitgehend anerkannt ist, dass alle

durch die Prüfungsaufgabe und deren Lösung aufgeworfenen Fragen, die einem fachlichen Richtigerheitsurteil zugänglich sind, gerichtlich überprüfbar sind, kann bei der aufgezeigten richtigen Anwendung des „Gebots der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings in Fachfragen“ tatsächlich eine wesentliche Einengung des Bewertungsspielraums des Prüfers erreicht werden.

Im Anschluss an die Konkretisierung der Abwägungsdirektiven wird noch einmal zusammenfassend auf die Abwägungsfalsifikationsmaßstäbe und hier in Ergänzung der bisherigen Darstellung näher auf die formellen Rationalitätsanforderungen und das Sachlichkeitsgebot eingegangen.

Abschließend werden das Erfordernis der Erheblichkeit von Abwägungsfehlern herausgearbeitet und die Kriterien für ihre Annahme entwickelt. Während im Ergebnis Fehler im Abwägungsvorgang stets als erheblich anzusehen sind, müssen die Auswirkungen von Fehlern bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials in erster Linie anhand der Prüfererklärungen beurteilt werden, soweit diese plausibel sind.

V. Das verwaltungsinterne Kontrollverfahren (Überdenkungsverfahren)

Das siebte Kapitel der Untersuchung befasst sich erstmals detailliert mit den Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung des Überdenkungsverfahrens, die in den einschlägigen Juristenausbildungsgesetzen und Ordnungen nur ansatzweise benannt sind und bis zuletzt weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur näher beleuchtet worden sind. Jüngst hat nun *Morgenroth* in einem in dieser Zeitschrift nach der Drucklegung der Dissertation veröffentlichten Beitrag den Versuch unternommen, dem Überdenkungsverfahren durch die Beantwortung von Fragen, die sich aus der Sicht der Hochschulen diesbezüglich aufdrängen, Konturen zu verleihen.¹ Dabei hat er Thesen aufgestellt, die nicht unwidersprochen bleiben können.

1. Zur Funktion des Überdenkungsverfahrens als kompensatorisches Rechtsschutzverfahren

Entgegenzutreten ist zunächst seiner Annahme, dass das Überdenkungsverfahren systematisch zum Leistungsbewertungsverfahren und nicht zum Rechtsschutzverfahren zählt.² Wie bereits ausgeführt schafft die Durchführung desselben einen verfassungsrechtlich notwendigen Ausgleich für die Rechtsschutzlücke, die dadurch ent-

steht, dass die prüfungsspezifischen Bewertungen des Prüfers (auch bei der Anwendung des in der Untersuchung entwickelten Modells der rationalen Abwägungskontrolle) gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden können. Indem der Prüfer namentlich seine prüfungsspezifischen Wertungen überdenkt, leistet er den gebotenen kompensatorischen Rechtsschutz. Zwar geht das Überdenken der Bewertung, soweit die Einwände des Prüflings dazu veranlassen, mit einer (partiellen) Neubewertung der Prüfungsleistung einher. Dies rechtfertigt es aber nicht, das Überdenkungsverfahren dem Leistungsbewertungsverfahren zuzuordnen. Vielmehr ist zu erkennen, dass eine (partielle) Neubewertung der Prüfungsleistung nur Folge der gebotenen kompensatorischen Rechtsschutzgewährung ist bzw. sein kann, weiter, dass dieser entsprechend die (Neu-) Bewertungsbefugnisse des Prüfers im Überdenkungsverfahren richtigerweise nur so weit reichen wie die Einwände des Prüflings und auch deshalb die Zuordnung desselben zum Leistungsbewertungsverfahren nicht sachgerecht erscheint.

Aus der (richtigen) Erkenntnis, dass das Verfahren des Überdenkens der Bewertung rechtssystematisch kompensatorischen Rechtsschutz gewährt, lassen sich gewichtige Folgerungen für die Anforderungen an die Einleitung und Durchführung desselben ableiten.

2. Das Erfordernis der Erhebung substantiiertener Bewertungsrügen als Einleitungsvoraussetzung

Die Durchführung eines Überdenkungsverfahrens kann der Prüfling nur bei der Erhebung substantiiertener Einwände beanspruchen, zu deren Formulierung er aber nur in der Lage ist, wenn er die Gründe erfährt, die die Prüfer zu der streitgegenständlichen Bewertung bewegen haben. Aus dieser Erkenntnis resultiert ein Anspruch des Prüflings auf eine nachvollziehbare Begründung der Bewertung und ein Recht auf Einsicht in diese.

3. Das Akteneinsichtsrecht des Prüflings als notwendige Bedingung der Möglichkeit der Erhebung substantiiertener Bewertungsrügen

Das Akteneinsichtsrecht des Prüflings ist mittlerweile überwiegend spezialgesetzlich in den Juristenausbildungsgesetzen- bzw. Verordnungen sowie allgemein (§ 29 LVwVfG, § 79 LVwVfG i.V.m. § 100 VwGO) ohnehin geregelt. Der Anwendungsbereich der verschiedenen Rechtsgrundlagen wird gegeneinander abgegrenzt und ihr Inhalt teils kritisch im Lichte der Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG beleuchtet. Im

1 *Morgenroth*, OdW 2017, 13 ff.

2 *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (23).

Ergebnis wird unabhängig von der jeweils einschlägigen Rechtsgrundlage für ein in zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht grundsätzlich unbeschränktes und namentlich die Anfertigung von Ablichtungen der Prüfungsunterlagen umfassendes Akteneinsichtsrecht eingetreten. *Morgenroth* will demgegenüber die „Pflicht zur Ermöglichung von Fotokopien“ auf Ausnahmefälle beschränken und meint, dass eine solche Praxis mit dem Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes zu vereinbaren sei.³ Diese These ist schon in sich widersprüchlich, soweit von einer „Pflicht“ die Rede ist, die aber nicht erfüllt zu werden braucht. Im Übrigen begründet *Morgenroth* seinen Rechtsstandpunkt nicht mit gewichtigen Argumenten. Insbesondere benennt er kein legitimes Interesse der Hochschulen, dem Prüfling die Anfertigung von Ablichtungen zu verwehren, das aber erforderlich wäre, um die Beschränkung der sich aus den Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 GG ergebenden Rechte des Prüflings zu rechtfertigen. Tatsächlich lässt sich ein solches, wie in der Untersuchung im Einzelnen nachgewiesen wird, aber auch nicht begründen.

4. Der Begründungsanspruch des Prüflings als weitere Vorbedingung

Im Anschluss an das Akteneinsichtsrecht wird der Begründungsanspruch des Prüflings behandelt. Dessen Erfüllung ist für die Realisierung seines Überdenkensanspruchs gleichermaßen konstituierend wie die Gewährung eines Akteneinsichtsrechtes. Dennoch sind die Voraussetzungen und der Inhalt des aus den Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG ableitbaren Begründungsanspruchs gesetzlich nur vereinzelt und zwar für die Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen geregelt. Danach hängt deren Begründung entsprechend der allgemeinen und vom Verfasser geteilten Annahme von einem entsprechenden Verlangen des Prüflings ab, während sie wegen ihrer Garantie- und Klarstellungsfunktion bei der Bewertung einer schriftlichen Prüfungsleistung obligatorisch ist.

An das notwendige Begründungsverlangen des Prüflings bei mündlichen Prüfungen dürften aber keine besonderen Anforderungen gestellt werden. Abzulehnen ist – um insbesondere Überschneidungen mit der Realisierung des Überdenkensanspruchs zu vermeiden – die mitunter geforderte einwendungsbezogene Spezifizierung desselben. Soweit der Prüfling unmittelbar im An-

schluss an die Bekanntgabe der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung und gegebenenfalls deren kurzer Begründung mit den Prüfern über deren Angemessenheit diskutiert, erhält er eine erweiterte Begründung der Bewertung, gegen die er dann zu einem späteren Zeitpunkt Einwände im Rahmen des Widerspruchsverfahrens erheben kann. *Morgenroth* verkennt in seiner Abhandlung diese gebotene Differenzierung zwischen dem Anspruch des Prüflings auf eine erweiterte Begründung der Bewertung und deren Überdenken.⁴

Die Garantie-, Klarstellungs- und Rechtsschutzfunktion der Begründung erfordert auch bei mündlichen Prüfungen im Regelfall eine schriftliche Begründung der Bewertung. Erstaunlich ist, dass der Zweite Senat des Bundesverwaltungsgerichtes in einem Beschluss vom 21.12.2016 den Rechtsstandpunkt eingenommen hat, dass eine schriftliche Begründung der Bewertung der mündlichen Prüfungsleistung verfassungsrechtlich nicht zwingend erforderlich ist. Diese Aussage ist jedenfalls für den Fall nicht richtig und mit der Rechtsprechung des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichtes⁵ unvereinbar, dass der Prüfling eine (schriftliche) Begründung der Bewertung seiner mündlichen Prüfungsleistungen verlangt und deren Erstellung den Prüfern zum Zeitpunkt des Begründungsverlangens noch möglich ist. Entgegenstehe Regelungen in den Prüfungsordnungen sind daher – soweit möglich – verfassungskonform auslegen.

Die Anforderungen an Inhalt und Umfang der Begründung der Bewertung werden in Abweichung von der bisherigen Dogmatik wegen der äquivalenten Funktion der Begründung eines Urteils und der Parallelität der Entscheidungsstrukturen ausgehend von § 108 Abs. 1 Satz 2 VwGO analog bestimmt. Demgemäß wird (nur) eine Pflicht des Prüfers zur Angabe der leitenden Erwägungen angenommen, die sein Abwägungs- und Bewertungsergebnis bestimmt haben. Deren Erfüllung macht es erforderlich, dass die vom Prüfer angenommenen fachlichen Anforderungen und die angewendeten prüfungsspezifischen Abwägungs- und Gewichtungskriterien in einer solchen Ausführlichkeit angegeben werden, dass die (Punkt-)Bewertung entsprechend dem formalen Rationalitätspostulat schlüssig und nachvollziehbar aus dem Wortgutachten folgt.

Fehlt eine Begründung oder ist sie gemessen an den für richtig gehaltenen Maßstäben völlig unzureichend, wird für eine Neubewertung durch einen anderen Prüfer

³ *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (21).

⁴ *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (24); auch dem Zweiten Senat des Bundesverwaltungsgerichtes ist in einem Beschluss vom 21.12.2016 – 2 B 108/15, juris, insb. Rn. 15, dieser Fehler unterlaufen. In dem Fall ging es nicht um die Anforderungen an die

Begründung der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung, sondern diejenigen für die Durchführung des Überdenkungsverfahrens.

⁵ Siehe BVerwGE 99, 185 (195 f.).

eingetreten, da nur so einer mit dem Chancengleichheitsgrundsatz unvereinbaren Änderung der Bewertungskriterien durch den ursprünglichen Prüfer begegnet werden kann. Liegt eine ausreichende Bewertungsbegründung vor, wird der in der Rechtsprechung teils angenommene Anspruch des Prüflings auf eine weitere, konkretere Begründung der Bewertung unter der Voraussetzung der Erhebung substantiiert Einwände abgelehnt. Eine Konkretisierung der Begründung stellt sich in diesem Fall nämlich nur als Nebeneffekt bei der Realisierung des Anspruchs auf ein Überdenken der Bewertung bzw. der Gewährung rechtlichen Gehörs dar (entsprechend § 108 Abs. 2 VwGO).

Abschließend werden zunächst noch „praktische Handreichungen“ für die konkrete Umsetzung der zuvor erarbeiteten abstrakten Begründungsanforderungen durch die Entwicklung verallgemeinerungsfähiger Grundsätze gegeben.

Sodann wird darauf hingewiesen, dass die aufgestellten Begründungsanforderungen gleichermaßen für den Zweitprüfer gelten. Dieser kann sich aber bei der überwiegend durchgeführten „offenen Zweitkorrektur“ einer ausreichenden Erstbegründung anschließen, soweit er die Bewertung des Erstprüfers und deren Begründung teilt.

Gesteigerte Begründungspflichten des Zweitkorrektors sind auch für den Fall, dass seine Bewertung dazu führt, dass die Klausur als nicht bestanden gilt, abzulehnen. Die insoweit lebhaft geführte Diskussion behandelt eine Scheinproblematik, da es hier in der Sache immer nur um die Frage der ausreichenden Umsetzung der abstrakten Anforderungen namentlich für die Begründung der prüfungsspezifischen Wertungen geht.

5. Die Substantiierungsobliegenheit des Prüflings

Nach der Darstellung des Akteneinsichtsrechts des Prüflings sowie seines Begründungsanspruchs als notwendige Vorbedingungen für die Erhebung substantiiert Einwände gegen die Bewertung erfolgt eine nähere Auseinandersetzung mit dieser allgemein postulierten Obliegenheit des Prüflings. Zunächst werden die rudimentären gesetzlichen Regelungen der Substantiierungsobliegenheit und hier vor allem diejenige in Rheinland-Pfalz vorgestellt, nach der eine Prüferbeteiligung nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass nach summarischer Prüfung der Einwände des Prüflings das Vorliegen von Bewertungsfehlern nicht ausgeschlossen erscheint (§ 9 Abs. 6 Satz 1 JAPO RLP).

Die Substantiierungsobliegenheit und ihre gesetzlichen Regelungen werden sodann im Lichte der Art. 12

Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG bewertet. Im Ergebnis wird eine Substantiierungsobliegenheit des Prüflings im Grundsatz als unproblematisch erachtet, aber zu bedenken gegeben, dass die Voraussetzungen für den Zugang zum Überdenkungsverfahren nicht in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Art und Weise erschwert werden dürfen. Kritisch in den Blick genommen wird insoweit die in Rheinland-Pfalz getroffene Regelung. Da der Prüfling gerade die Möglichkeit haben muss, die „subjektive Richtigkeit“ der Bewertung auch durch isolierte Einwände gegen die prüfungsspezifischen Wertungen anzuzweifeln, wird § 9 Abs. 6 Satz 1 JAPO RLP daher als verfassungswidrig angesehen.

Nach der Darstellung der bislang aufgestellten Substantiierungsanforderungen in Rechtsprechung und Literatur wird ausgehend von der strukturellen Identität der einem Prüfungsurteil und einem Urteil im Allgemeinen vorausgehenden Abwägungsprozesse in analoger Anwendung der §§ 124 Abs. 2 Nr. 1, 124 a Abs. 4 Satz 2 VwGO eine eigene Substantiierungsformel entwickelt. Nach dieser ist maßgeblich, ob es dem Prüfling gelungen ist, ernstliche Zweifel an der objektiven oder subjektiven Richtigkeit der Bewertung aufzuzeigen. Dies ist der Fall, wenn er eine erhebliche Tatsachenfeststellung, den tragenden (abstrakten) Rechtssatz oder Maßstab einer fach- oder prüfungsspezifischen Wertung oder ein konkretes Subsumtionsergebnis mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat. In diesem Zusammenhang ist der Rechtsansicht von *Morgenroth* entschieden entgegenzutreten, dass es nicht zulässig sei, im Überdenkungsverfahren eine Vertretbarkeitsrüge bzw. sonstige Bewertungsfehler geltend zu machen.⁶ Zwar ist es richtig, dass ein verwaltungsinternes Kontrollverfahren nur zum Zwecke des Überdenkens der prüfungsspezifischen Bewertungen durchgeführt werden muss und die bloße Rüge von Bewertungsfehlern eine Prüferbeteiligung nicht erfordert. Dies schließt es aber nicht nur nicht aus, dass der Prüfer neben den prüfungsspezifischen Wertungen auch seine fachlichen Einschätzungen überdenkt. Vielmehr erscheint dies aus Praktikabilitätsgründen zwingend geboten, da fachspezifische mit prüfungsspezifischen Wertungen im Regelfall untrennbar verknüpft sind. Stellt der Sachbearbeiter beim Prüfungsamt einen Bewertungsfehler fest, muss dieser ohnehin den Prüfer mit dessen Korrektur beauftragen, weil nur dieser die Prüfungsleistung neu bewerten darf. Vor diesem Hintergrund ist es wesentlich effektiver, dem Prüfer von vornherein eine umfassende Selbstkontrolle seiner Bewertung im Lichte der Einwände des Prüflings zu er-

6 So aber *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (20).

möglichen. So verfährt auch die Praxis und dies nicht nur bei der Erhebung von Einwänden gegen die Bewertung juristischer Prüfungsleistungen.

Das bislang in der Rechtsprechung teils weitergehend aufgestellte Erfordernis der Schlüssigkeit der Einwendungen in dem Sinne, dass die Einwendungen des Prüflings die Prüferkritik auch tatsächlich berühren, ist abzulehnen, weil nur der Prüfer beurteilen kann, ob dies der Fall ist.

6. Anforderungen an die Durchführung des Überdenkungs- und Widerspruchsverfahrens

Nachdem die Voraussetzungen für die Einleitung des Überdenkungsverfahrens abgehandelt worden sind, werden die Anforderungen für die Durchführung desselben und des Widerspruchsverfahrens dargelegt. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass mit Ausnahme von Bayern das Überdenkungsverfahren in allen Bundesländern im Rahmen des Widerspruchsverfahrens durchgeführt wird. *Morgenroth* tritt allgemein einer solchen Einbettung entgegen,⁷ was wie dargelegt darauf beruht, dass er die Rechtsschutzfunktion des Überdenkungsverfahrens verkennt. Erkennt man diese, ist das Widerspruchsverfahren der ideale Standort für die Durchführung des Überdenkungsverfahrens. In der Untersuchung wird herausgearbeitet, dass die im Widerspruchsverfahren gebotene Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in einer Art Kooperationsverhältnis zwischen dem Prüfungsamt und dem Prüfer durchgeführt wird. Im Rahmen dessen wird – wie bereits ausgeführt – die Zweckmäßigkeitskontrolle durch den Prüfer in Form des Überdenkens seiner prüfungsspezifischen Bewertungen durchgeführt, während die Sachbearbeiter beim Prüfungsamt die (abschließende) Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Bewertung vornehmen. Wie dargelegt schließt diese grundsätzliche Aufgabenverteilung es aber nicht aus, den Prüfern auch eine Selbstkorrektur der vom Prüfling gerügten Bewertungsfehler zu ermöglichen. Diese zusätzliche Kontrolle stärkt den Rechtsschutz des Prüflings weiter. Im gegebenen Kontext ist *Morgenroth* auch insoweit entgegenzutreten, als er der Ansicht ist, dass die Anwendung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs reine Rechtsanwendung darstellt, deshalb im Überdenkungsverfahren keine Zweckmäßigkeitskontrolle stattfindet und das Widerspruchsverfahren für seine Durchführung daher unpassend ist.⁸ Tatsächlich liegt eine Rechtsanwendung nur vor, wenn der Prüfer objektive Bewertungsmaßstäbe anwendet bzw. beachten muss, die aus dem geltenden Recht einschließlich des Verfassungsrechts folgen.

Soweit seine Bewertung auf seinen subjektiven Bewertungskriterien beruht, kommen außerrechtliche Maßstäbe zur Anwendung, die nur einer Zweckmäßigkeitsüberprüfung, aber keiner Rechtskontrolle zugänglich sind. Das wird von *Morgenroth* selbst nicht in Abrede gestellt.⁹

7. Befassungs- und Bescheidspflicht des Prüfers

In Bezug auf den Umgang des Prüfers mit den substantiierten Einwänden des Prüflings wird in der Untersuchung zur Gewährleistung der Rechtsschutzfunktion des Überdenkungsverfahrens eine umfassende Befassungs- und Bescheidspflicht angenommen, die rechtsfortbildend neu in § 108 Abs. 2 VwGO analog verortet wird. Dieser Vorschrift bzw. ihrer Auslegung in Rechtsprechung in Literatur werden auch die im Einzelnen zu stellenden Anforderungen an den Umfang der Stellungnahme des Prüfers entnommen. Soweit das Bundesverwaltungsgericht nun in einem am 21.9.2016 gefassten Beschluss, der in der Untersuchung nicht mehr berücksichtigt werden konnte, den Rechtssatz aufgestellt hat, dass der Umfang und die Begründungstiefe, die eine im Überdenkungsverfahren abgegebene Stellungnahme aufweisen muss, von der Substanz der im konkreten Fall vom Prüfling vorgebrachten Einwände abhänge,¹⁰ steht dieser mit dem in der Untersuchung aufgestellten Postulat einer umfassenden Befassungs- und Bescheidspflicht durchaus in Einklang, die natürlich unter dem Vorbehalt steht, dass die Einwände des Prüflings hinreichend substantiiert und schlüssig sind.

8. Kompetenzen des Prüfers im Überdenkungsverfahren

Im Rahmen der abschließenden Auseinandersetzung mit den Kompetenzen des Prüfers im Überdenkungsverfahren wird erstmals zwischen einer formellen Überprüfungsbeziehung, deren Umfang durch die Einwände des Prüflings bestimmt wird, sowie der materiellen Neubewertungs-/Abänderungsbefugnis des Prüfers differenziert. Diese ist innerhalb einer bestehenden Überprüfungsbeziehung unter der Voraussetzung der Beibehaltung des bisherigen Bewertungsmaßstabs unbeschränkt. Auch eine Änderung der Bewertung zum Nachteil des Prüflings und eine darauf aufbauende Aufhebung/Abänderung der ursprünglichen Prüfungsentscheidung sind möglich, wenn ihr keine schutzwürdigen Belange des Prüflings entgegenstehen.

⁷ *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (23).

⁸ *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (24).

⁹ *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (24).

¹⁰ BVerwG, Bes. vom 21.9.2016 – 6 B 14/16, juris, Rn. 11.

VI. Verwaltungsprozessuale Rechtsschutzmöglichkeiten

Im Rahmen des Schlusskapitels der Dissertation wird dargestellt, mit welchen prozessualen Mitteln der Prüfling seinen Anspruch auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung und die zu seiner Durchsetzung dienenden Nebenansprüche (Akteneinsichtsrecht, Begründungsanspruch etc.) gerichtlich (weiter-) verfolgen und unter welchen Voraussetzungen das jeweilige Rechtsschutzbegehren erfolgreich sein kann.

1. Bestimmung des Streitgegenstandes

Eingangs der diesbezüglichen Darstellung wird der in das gerichtliche Verfahren einzuführende Streitgegenstand bestimmt. Hier wird auf die prüfungsrechtliche Besonderheit hingewiesen, dass sich der Prüfling zwar formal gegen die im jeweiligen Prüfungsbescheid getroffene Regelung, in der Sache aber gegen das Verfahren der Ermittlung einer oder mehrerer Teilprüfungsleistung(en) oder deren Bewertung wendet. So stellt bei von ihm erhobenen materiellen Rügen gegen die Bewertung, die zur Einholung von Prüferstellungnahmen geführt haben, deren Begründung in der Gestalt, die sie durch das verwaltungsinterne Kontrollverfahren erhalten hat, den Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle dar. Dieser Kontrollgegenstand kann durch die Einholung erstmaliger oder ergänzender Prüferstellungnahmen Veränderungen unterworfen sein. In diesem Fall ist der Prüfling gehalten, darauf zur Meidung prozessualer Nachteile zu reagieren (prozessbeendende Erklärung, weiter gehende Substantiierung).

2. (Erneute) Prüferbeteiligung während des gerichtlichen Verfahrens?

Ausgehend von diesen möglichen Veränderungen des Streitgegenstandes wird anschließend den Fragen nachgegangen, ob auch gegen den Willen des Prüflings Stellungnahmen der Prüfer zu seinen prozessualen Bewertungsrügen eingeholt werden können und ob und unter welchen Voraussetzungen er umgekehrt eine (erneute) Prüferbeteiligung verlangen kann. Die erste Frage ist im Hinblick auf die Dispositionsbefugnis des Prüflings zu verneinen.

Hinsichtlich der zweiten Frage gilt es, die unterschiedlichen Fallkonstellationen zu unterscheiden, in denen ein Bedürfnis des Prüflings für eine erneute bzw. erstmalige Prüferbeteiligung bestehen kann. Im Ergebnis wird in der Untersuchung ein diesbezüglicher Anspruch zunächst in den Fällen bejaht, in denen es nicht

dem Prüfling angelastet werden kann, dass ein Überdenkungsverfahren nicht durchgeführt worden ist; aber auch bei einer infolge einer Obliegenheitsverletzung unterbliebenen Prüferbeteiligung oder dem (einstweiligen) Verzicht des Prüflings auf eine solche wird ein fortbestehender Überdenkensanspruch bejaht. Grund hierfür ist, dass die gebotene Abwägung zwischen dem (kompensatorischen) Rechtsschutzinteresse des Prüflings und dem bloßen Interesse der Prüfer an einer unterbleibenden Inanspruchnahme für eine verwaltungsinterne Kontrolle der Prüfungsentscheidung eindeutig zugunsten des Prüflings ausgeht.

3. Gerichtliches Rechtsschutzinstrumentarium

Nach erfolgter Klärung der Zulässigkeit bzw. Gebotenheit einer (erneuten) Einbindung der Prüfer in die (gerichtliche) Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Prüfungsentscheidung wird das dem Prüfling zur Verfügung stehende Rechtsschutzinstrumentarium dargestellt. Hier werden zunächst die statthaften Klagearten bei den jeweils in Betracht kommenden Begehren des Prüflings und sodann die Rechtsfolgen bei deren prozessualer Überholung auch und gerade mit Blick auf daraus resultierende Handlungslasten des Prüflings behandelt.

4. Vorläufige Rechtsschutzmöglichkeiten

Der nachfolgende Teilabschnitt widmet sich der Frage, welche Möglichkeiten der Prüfling hat, seinen Anspruch auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung sowie die zu seiner Durchsetzung dienenden Neben- und Hilfsansprüche im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes durchzusetzen, die im Hinblick auf die immer noch zunehmende Dauer der Hauptsacheverfahren von überragender Bedeutung ist. Prinzipiell kann der Prüfling seine Neben- und Hilfsansprüche (Akteneinsichtsrecht, Begründungsanspruch, Überdenkensanspruch etc.) durch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO durchsetzen, sofern dem nicht § 44a Satz 1 VwGO, wonach Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können, entgegensteht. In vielen Fällen, insbesondere bei einem schon abgeschlossenen Widerspruchsverfahren, ist diese Vorschrift aber bereits tatbestandlich nicht einschlägig. Im Übrigen bedarf § 44a Satz 1 VwGO innerhalb seines Anwendungsbereichs mit Blick auf den Gewährleistungsgehalt der Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG der verfassungskonformen Auslegung, soweit nämlich durch die Verweigerung vorläufigen Rechtsschutzes Nachteile entstünden, etwa das Unmöglichwerden des

Überdenkens der Bewertung durch die Prüfer infolge Zeitablaufs und der dadurch verblassten Erinnerung an das (mündliche) Prüfungsgeschehen, die im späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr ausgeglichen werden könnten. Dies war bislang auch der überwiegende Standpunkt der Rechtsprechung. Jüngst hat nun aber das VG Stuttgart in einem bislang unveröffentlichten Beschluss vom 5.5.2017¹¹ einen vom Verfasser gestellten Antrag auf Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Begründung der Bewertung einer Lehrprobe mit Verweis auf § 44a Satz 1 VwGO kurz und knapp für unzulässig erklärt. Die Entscheidung des VGH Mannheim als Beschwerdeinstanz und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in dieser Rechtsfrage bleibt abzuwarten.

Grundsätzlich ist es anerkannt, dass ein Prüfling, der aufgrund unzureichender schriftlicher Prüfungsleistungen die Prüfung endgültig nicht bestanden hat, gestützt auf seinen materiell-rechtlichen Hauptanspruch die vorläufige Zulassung zur mündlichen Prüfung erstreiten kann, weil er anderenfalls gehalten wäre, sein Prüfungswissen trotz Ungewissheit über den Ausgang des Hauptsacheverfahrens und einer etwaigen Neubewertung seiner schriftlichen Prüfungsleistungen für einen unabsehbar langen Zeitraum zu konservieren und fortlaufend zu aktualisieren, was zu Recht als unzumutbar angesehen wird.¹² In einem Beschluss vom 19.4.2017 hat der VGH Mannheim nun seine frühere Rechtsprechung bestätigt, wonach eine vorläufige Zulassung zur mündlichen Staatsprüfung bereits aus Rechtsgründen ausscheide, weil der Prüfungsausschuss die Endnote nicht festsetzen könne, solange die in der schriftlichen Prüfung erzielte Note nicht feststünde.¹³ Diese Rechtsprechung des VGH Mannheim ist im Hinblick auf die insbesondere auch vom Bundesverfassungsgericht betonte gebotene Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in der zur Diskussion stehenden Fallkonstellation¹⁴ abzulehnen. Es ist mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbar, die unzumutbaren Belastungen für den Prüfling durch die gebotene Aufrechterhaltung des notwendigen Prüfungswissens für einen unabsehbar langen Zeitraum anzuerkennen, aber ihn gleichwohl die vorläufige Zulassung wegen der zunächst nicht möglichen Festsetzung der Endnote zur mündlichen Prüfung zu versagen. Hier verkennt der VGH Mannheim im Übrigen, dass wegen der Vorläufigkeit der Zulassung die Festsetzung der Endnote noch gar nicht geboten ist. Da die Endnote noch gar nicht ermittelt werden kann, steht der vorläufigen Zulassung zur Prüfung entgegen dem VGH Mannheim auch nicht entgegen, dass der Prüfungsausschuss

nach § 5 d Abs. 4 Satz 1 DRiG zu entscheiden hat, ob von dieser aufgrund des vom Prüfling gewonnen Gesamteindrucks abzuweichen ist. Diese Entscheidung kann erst getroffen werden, wenn das Ergebnis der schriftlichen Prüfung endgültig feststeht. Dass sie tatsächlich auch noch zu einem späteren Zeitpunkt getroffen werden kann, belegen die Konstellationen, in denen der Prüfungsausschuss erneut eine Abweichensentscheidung treffen muss, weil der Prüfling, der die Prüfung bestanden hat, eine bessere Bewertung seiner schriftlichen Prüfungsleistungen im Wege einer Prüfungsanfechtung erstritten hat. Einer drohenden Verblässung an den in der mündlichen Prüfung vom Prüfling gewonnen Eindruck kann durch die Anfertigung entsprechender Notizen begegnet werden.

In der Konsequenz der Rechtsprechung des VGH Mannheim müsste der Prüfling darauf ausweichen, die vorläufige Neuerbringung und/oder Neubewertung von Prüfungsleistungen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes zu erstreiten. Insbesondere die vorläufige Neubewertung von schriftlichen Prüfungsleistungen ist in der bisherigen Rechtsprechung ausnahmslos mit dem Argument abgelehnt worden, dass eine Bewertung nicht vorläufig sein könne und daher im Falle der Stattgabe eines entsprechenden Antrags die Hauptsache unzulässigerweise vorweggenommen werden würde. In der Untersuchung wurde darauf hingewiesen, dass die Vorläufigkeit der Bewertung dadurch gesichert sei, dass das Ergebnis der Neubewertung keinen Bestand hat, wenn im Hauptsacheverfahren die Klage mangels Vorliegen von Bewertungsfehlern abgewiesen wird. Weiter wird ausgeführt, dass selbst bei Annahme der Vorwegnahme der Hauptsache diese zur gebotenen Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes hinzunehmen sei, um unzumutbare Nachteile für den Prüfling zu vermeiden. Diese bestehen darin, dass ein Prüfer, der viele Jahre nach der Erstbewertung eine schriftliche Prüfungsleistung erneut bewerten muss, nicht mehr in der Lage ist, diese nach den seinerzeit angewandten subjektiven Bewertungsmaßstäben zu beurteilen, worauf der Prüfling aber einen Anspruch hat. Insbesondere ist eine Neubewertung innerhalb des ursprünglichen Vergleichsrahmens ansonsten nicht mehr gewährleistet.

Kurz vor Drucklegung der Dissertation hat das VG Bremen nun den ähnlichen Standpunkt eingenommen, dass wegen der immensen Dauer eines Hauptsacheverfahrens ein Anspruch auf die vorläufige Neubewertung einer schriftlichen Prüfungsleistung prinzipiell anzuerkennen sei.¹⁵

12 Siehe etwa aktuell OVG Lüneburg, Bes. v. 19.4.2017 – 2 ME 101/17, n.v.

13 VGH Mannheim, Bes. v. 19.4.2017 – 9 S 673/17, juris, Rn. 11 ff.

14 BVerfG, Bes. v. 25.7.1996 – 1 BvR 638/96, NVwZ 1997, 479.

15 VG Bremen, Bes. v. 4.3.2015 – 1 V 80/15, juris, Rn. 22 f.

Im vorletzten Teilabschnitt des Schlusskapitels wird der gerichtliche Entscheidungsfindungsprozess innerhalb der dem Prüfling offen stehenden gerichtlichen Rechtsschutzverfahren beleuchtet. Nach der Darstellung der hier geltenden allgemeinen Grundsätze wird näher auf das Verfahren der Feststellung und der Erheblichkeit von Bewertungsfehlern eingegangen und das in diesem Zusammenhang zu beachtende Selbstbewertungsverbot betont.

Zum Ende des Kapitels und der Untersuchung werden noch die verschiedenen Möglichkeiten der Prozessbeendigung dargestellt.

VII. Ergebnis und Ausblick

Auch wenn die vorgestellte Dissertation explizit nur die Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer (Staats-)Prüfungen untersucht, so gelten ihre wesentlichen Ergebnisse für die Anfechtung aller Prüfungsentscheidungen. Hervorzuheben ist insoweit zunächst insbesondere die (Fort-) Entwicklung des Modells der rationalen Abwägungskontrolle und seine Heranziehung zur (gerichtlichen) Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Prüfungsentscheidungen. Insoweit

leistet die Untersuchung auch allgemein einen Beitrag zu den Möglichkeiten der Eingrenzung administrativer Entscheidungsfreiräume. Weiter ist zu betonen, dass innerhalb des (fort-) entwickelten Modells der rationalen Abwägungskontrolle der „Antwortspielraum“ des Prüflings als Abwägungsdirektive eingeführt wird und die Voraussetzungen für seine Eröffnung so interpretiert werden, dass das Gebot seiner Respektierung entgegen der bisherigen Rechtsprechung tatsächlich als Kontrollmaßstab fungiert. Bedeutsam für die Rechtsschutzmöglichkeiten des Prüflings im Allgemeinen sind auch die erstmals umfassend behandelten Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung des Überdenkungsverfahrens. Aus den im Zuge der Untersuchung insoweit gewonnenen neuen Erkenntnissen können eventuell auch Folgerungen für die Ausgestaltung des außegerichtlichen Überprüfungsverfahrens bei der Erhebung von Einwendungen gegen beamtenrechtliche Beurteilungen gezogen werden.

Benjamin Unger ist als selbstständiger, auf Prüfungsrecht spezialisierter Rechtsanwalt, in Hildesheim, tätig.