

Carsten Morgenroth

Die Behandlung eines Täuschungsverdachts in Zeiten von Open-book-Prüfungen – Eine Analyse des Beschlusses des Sächsischen Obergerichtes vom 16. Februar 2022¹

Gliederung

I. Einleitung

II. Verfahren und wesentliche Gründe der Entscheidung

III. Analyse

1. Corona-Spezifika

a. Täuschungsverdacht und Open-book-Formate

b. Begriff der „Open-book-Klausur“

2. Weitere Aspekte

a. Erstbewertung oder Neubewertung?

b. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren?

IV. Fazit

I. Einleitung

Das corona-bedingte Ausweichen in den virtuellen Raum zu Zwecken der Durchführung einer Prüfung an Hochschulen hat eine Vielzahl neuartiger Fragestellungen aufgeworfen. Neben Aspekten von Daten- und Persönlichkeitsschutz² oder der intensivierten Relevanz prüfungsdidaktischer Elemente³ mussten auch Prüfungsformate selbst für den virtuellen Raum kompatibel gestaltet sowie diese neuartige Durchführung der Prüfungen seitens der Hochschulen rechtssicher organisiert werden. Ein an den Hochschulen weit verbreitetes Mittel der Wahl zur Umsetzung dessen war die Überführung schriftlicher Prüfungen in ein sog. Open-book-Format.⁴ Hierbei werden sachliche Hilfsmittel in mehr oder weniger großem Umfang zur Prüfung zugelassen, so dass sich das Täuschungspotenzial und damit das Erfordernis einer Beaufsichtigung reduziert.

Dass durch die Implementierung von Open-book-Prüfungen jedoch nicht alle Fragen rund um Täuschungen bzw. Täuschungsversuche beantwortet sind, zeigt anschaulich der hier besprochene Beschluss des OVG Bautzen. Zum besseren Verständnis der Leserschaft sollen der zu Grunde liegende Sachverhalt, der Verfahrensgang sowie die tragenden Gründe der Entscheidung skizziert werden (II.). Im Anschluss daran werden einige

Aspekte analysierend herausgehoben (III.). Ein Fazit (IV.) schließt die Darstellung ab.

II. Verfahren und wesentliche Gründe der Entscheidung

Eine Lehramtsstudentin einer staatlichen sächsischen Hochschule nahm am 29. Juli 2020 an einer Prüfung teil, die für sie im betreffenden Fach die letzte Wiederholungsmöglichkeit war. Die Prüfung wurde als „Open-book-Klausur“ vorgenommen. Es gab hierbei weder eine erkennbare Beschränkung der erlaubten sachlichen Hilfsmittel noch eine virtuelle Beaufsichtigung der zu prüfenden Personen über mobile Endgeräte. Stattdessen hatten die Prüflinge vor Beginn der Prüfung eine Erklärung abzugeben, die Prüfung eigenständig sowie nur mit den zugelassenen Hilfsmitteln zu erbringen. Im Rahmen der Bewertung ergaben sich diverse wortgleiche oder nahezu wortgleiche Antworten bei der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu anderen Mitprüflingen.

Der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, worin sie angab, sie habe die Prüfung eigenständig durchgeführt. Es habe in Vorbereitung der Prüfung Lerngruppen gegeben, in denen über die Prüfungsinhalte gesprochen worden waren. Die Hochschule als Beschwerdegegnerin folgte diesem Vortrag nicht und vergab die Sanktionsbewertung „nicht bestanden“ sowie die Sanktionsnote 5,0 infolge erwiesener Täuschung. Dagegen legte die Beschwerdeführerin Widerspruch ein, der erfolglos blieb. Über die eingelegte Klage ist noch nicht entschieden.

Das VG Dresden hatte den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt. Hinsichtlich des Anordnungsanspruchs liege der erforderliche Grad an Erfolgsaussicht der Hauptsache nicht vor, weil es sich um eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache handele. In der Sache handele es sich nicht um eine Neubewertung, sondern um eine Erstbewertung, die jedoch bereits stattgefunden

1 Az. 2 B 274/21.

2 Näher Dieterich, NVwZ 2021, 511 ff; Birnbaum, NJW 2021, 1356 ff; Morgenroth, OdW 2021, 251 ff. m.w.N.

3 Grundlegend Morgenroth/ Wiczorek, OdW 2021, 147 ff; ausführlich Whitepaper Digitale Prüfungen des Hochschulforums

Digitalisierung, 2021, abrufbar unter: HFD_Whitepaper_Digitale_Pruefungen_Hochschule.pdf (hochschulforumdigitalisierung.de), zuletzt abgerufen am 20. August 2022.

4 Stein, DVP 2021, 182 ff.

habe. Irreversible Nachteile seien nicht zu befürchten. Für eine Täuschung spreche Inhalt und Umfang der Fehleridentität nach den Grundsätzen des sog. Beweises des ersten Anscheins.

Das *OVG Bautzen* hat die Beschwerde der Beschwerdeführerin zurückgewiesen. Zwar ließe sich nicht sicher sagen, ob die Fehleridentität der Prüfungsarbeiten während der Prüfung selbst oder im Rahmen der Lerngruppen zur Klausurvorbereitung entstanden ist. Bei Open-book-Klausuren sei der Rückgriff auf Lernmaterialien zulässig. Der alternative Kausalverlauf, den die Beschwerdeführerin nun darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hätte, konnte jedoch durch die im Beschwerdeverfahren erstmals vorgelegten Lehrunterlagen nicht zur Überzeugung des Gerichts aufgezeigt werden. Denn offen sei, ob diese Materialien bereits vor der Prüfung vorgelegen hatten. Insoweit bestünden durch die erforderliche, aber im einstweiligen Verfahren nicht durchführbare Beweisaufnahme offene Erfolgsaussichten, wodurch der erforderliche Maßstab für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht erreicht werde. Auch eine Interessenabwägung ginge nicht zugunsten der Antragstellerin aus. Insbesondere drohe nicht, dass eine spätere Bewertung nicht mehr möglich wäre.

III. Analyse

Die Analyse der Entscheidung teilt sich in coronaspezifische Aspekte (1.) und sonstige Elemente (2.).

1. Coronaspezifika

An Aspekten des Beschlusses, die in engem Zusammenhang mit der Corona-Pandemie stehen, sind inhaltlich der Umgang mit Täuschungen (a.) sowie begrifflich die Verwendung von „Open-book-Klausuren“ (b.) relevant.

a. Täuschungsverdacht und Open-book-Formate

Zentrales Element der Entscheidung des *OVG Bautzen* ist eine Weiterentwicklung im Umgang mit einem Täuschungsverdacht im Zusammenhang mit dem sog. Beweis des ersten Anscheins. In der Rechtsprechung ist seit Langem anerkannt, dass bei besonders auffälliger inhaltlicher Übereinstimmung, etwa quantitativ, aber auch mit Blick auf grammatikalisch-orthografische Fehler, der Beweis des ersten Anscheins dafür herangezogen werden kann, dass die erforderliche Eigenständigkeit der Leistungserbringung gerade nicht vorhanden war.⁵ Es ist dann an den Prüflingen, einen tatsächlichen Verlauf darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, welcher diese

Eigenständigkeit mit einer Wahrscheinlichkeit jenseits begründeten Zweifels dann doch nahelegt.

Durch die Zulassung sachlicher Hilfsmittel in Open-book-Formaten wird nun die Möglichkeit eröffnet, diese Hilfsmittel in der Prüfung zu verwenden. Finden sich – wie hier – in den Prüfungen der betroffenen Prüflinge Fehler, die mit den Lehrunterlagen der Lehrenden identisch sind, so lässt sich nicht ausschließen, dass die Übertragung dieser Fehler nicht während der Prüfung, sondern während der Vorbereitung auf die Prüfung ihre Ursache hatte. In diesem Fall wäre jedoch der faktische Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur Anscheinsbeweis nicht mehr gegeben – die identischen Fehler ziehen dann gerade nicht mehr hinreichend sicher die Eigenständigkeit der Prüfung in Zweifel, um den Beweis des ersten Anscheins für anwendbar zu erklären. Genau das hat das *OVG Bautzen* erkannt und insoweit die Vorinstanz, das *VG Dresden*, korrigiert. Eben darin liegt auch eine der Stärken der Entscheidung. Dass die Fehleridentität bereits in der Prüfungsvorbereitung angelegt wurde, konnte auch zu Zeiten von Präsenzprüfungen bereits vorgetragen werden – diese Argumentationslinie ist an sich also weder neu noch coronabedingt entstanden. Wegen der gestiegenen Bedeutung von Lehrmaterialien für die Prüfung in Open-book-Formaten hat das *OVG Bautzen* jedoch mit viel Feingefühl und Präzision erkannt, dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises genau betrachtet und gegebenenfalls geringfügig nachjustiert werden müssen, will man den Gegebenheiten von Open-book-Formaten gerecht werden.

b. Begriff der „Open-book-Klausur“

Der zweite Aspekt der Entscheidung, der mit den Coronabedingungen in engem Zusammenhang steht, ist ein rein formell-begrifflicher, der jedoch nicht unterschätzt werden sollte. Das *OVG Bautzen* verwendet in Tenor und Entscheidungsgründen den Begriff der „Open-book-Klausur“. Die Verwendung in den Entscheidungsgründen ist insoweit korrekt, denn dort spiegelt das Gericht die Terminologie der betroffenen Hochschule wieder.

Die Verwendung im Tenor wirft jedoch Fragen auf. Es ist seit Langem in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Prüfungsvariante der Klausur zwingend eine Aufsicht voraussetzt.⁶ Durch das Open-book-Format der Prüfung wird das Aufsichtsbedürfnis jedoch reduziert um die zugelassenen sachlichen Hilfsmittel. Viele Hochschulen haben in der Corona-Zeit deshalb, vor al-

5 Exemplarisch *VG Braunschweig*, Urteil vom 09.10.2012, Az. 6 A 194/11 m.w.N.

6 Klausuren werden teilweise auch als Aufsichtsarbeiten bezeichnet, s. *BVerwG*, Beschl. v. 21.09.2016, Az. 6 B 14/16.

lem aus Gründen der Praktikabilität, bei Open-book-Prüfungen ganz auf eine Beaufsichtigung verzichtet, offenbar auch die hier betroffene Hochschule. Per se ist das personelle Täuschungspotenzial, also beispielsweise die viel zitierte WhatsApp-Gruppe der Prüflinge während der Klausur, durch eine reine Übertragung einer Klausur ins Open-book-Format jedoch bestehen geblieben, der Bedarf für eine Beaufsichtigung damit nicht entfallen. Erst weitere Elemente, etwa die didaktische Anpassung der Prüfungsstruktur hin zu einem hinreichenden Individualisierungsniveau der Antworten oder eine Randomisierung der Reihenfolge, in der die Prüflinge die Prüfungsaufgaben gestellt bekommen, schließen den Nutzen eines interpersonellen Austauschs während der Klausur aus und lassen damit dann eine Aufsicht endgültig obsolet erscheinen. Unterbleiben derartige Maßnahmen, setzt auch eine „Open-book-Klausur“ eine Aufsicht voraus. Der Begriff „Open-book-Klausur“ ist also bereits nach diesen Ableitungen ungenau, wenn – wie hier – eine Aufsicht unterblieben ist.

Sieht man noch etwas genauer hin, so offenbaren sich speziell durch die Corona-Zeit entstandene oder zumindest geförderte begriffliche Herausforderungen und Chancen, die auch für den hier verwendeten Begriff „Open-book-Klausur“ relevant sind. Die Corona-Pandemie hat eine Vielzahl von Begrifflichkeiten für Prüfungen im virtuellen Raum hervorgebracht, etwa „Fernprüfungen“, „E-Prüfungen“, „digitale Prüfungen“ oder „Online-Prüfungen“.⁷ Eine Analyse dessen schärfte zugleich auch den Blick für den Oberbegriff der Prüfung.⁸ Folge dessen ist unter anderem eine Abschichtung der rein begrifflich-phänomenologischen und der verfassungsrechtlichen Ebene des Verständnisses von Prüfung. Denn betrachtet man das Phänomen Prüfung rein faktisch, so lässt sich ein zwingender Bedarf für eine Beaufsichtigung zumindest nicht für alle Konstellationen erkennen. Beispielsweise erscheint es durchaus möglich, eine Person nach effektiver Kontrolle bezüglich erlaubter Hilfsmittel eine Klausur in einem Einzelzimmer ohne Aufsicht absolvieren zu lassen.⁹ Das Bedürfnis einer Beaufsichtigung von Klausuren entsteht stattdessen erst aus weiteren verfassungsrechtlichen Implikationen heraus, nämlich aus einer Verbindung des verfassungsrechtlichen Gebots der Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG, in

Verbindung mit den vorhandenen bzw. für die Prüfung vernünftigerweise eingesetzten Ressourcen einer Hochschule in Ausübung ihrer Verantwortung für ein funktionierendes Prüfungssystem, Art. 5 Abs. 3 GG.

Wegen dieser vielfältigen und vielschichtigen und derzeit bestenfalls rudimentär aufgearbeiteten begrifflichen Implikationen bietet sich in der Praxis deshalb an, auf den Begriff der „Open-book-Klausur“ zu verzichten und ihn durch neutralere Betitelungen wie „Open-book-Prüfung“ oder auch „Open-book-Exam“ zu ersetzen.

2. Weitere Aspekte

Die Entscheidung des OVG *Bautzen* hat daneben aber noch zwei weitere Fragestellungen angesprochen, die es wert erscheinen, näher betrachtet zu werden. Das ist zum Einen die prüfungsrechtliche Frage, ob die erneute Bewertung einer Prüfung, nun aber ohne die Berücksichtigung eines Täuschungsverdachts, eine Erstbewertung oder eine Neubewertung ist (a.). Zum Anderen ist die prozessrechtliche Frage der Relevanz einer Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren des verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzes ebenfalls verfahrensrelevant gewesen (b.)

a. Erstbewertung oder Neubewertung?

Die Frage, ob eine erstmalige Bewertung einer Prüfung anstelle der Anwendung der Bewertungsfiktion infolge eines Täuschung(sversuchs) eine bloße modifizierte Ausgangsbewertung (Erstbewertung, Auffassung des VG *Dresden*) oder eine Neubewertung ist, wie es die Beschwerdeführerin vorgetragen hat, ist bislang in Rechtsprechung und Literatur erkennbar nicht behandelt worden und wäre auch verfahrensrelevant gewesen. Denn es lässt sich durchaus die Frage aufwerfen, ob für eine Neubewertung die strengeren Maßstäbe im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, die an eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache angelegt werden, nicht gelten müssen, sondern diese nach den allgemeinen Anforderungen überwiegender Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Hauptsacheverfahrens bewertet wird. Leider hat sich das OVG *Bautzen* mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Die Aussage im Beschluss, dass in jedem Falle vermieden wurde, eine Bewertung später nicht mehr einholen zu können, trifft den Kern der hiesigen Frage-

7 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 390a.

8 Escher-Weingart, Die Prüfung – das unbekannte Wesen, OER, abzurufen unter: http://hdl.handle.net/10900.3/OER_CBXNPJUT,

zuletzt abgerufen am 20. August 2022; zum neu eingeführten Begriff des Prüfungstyps Morgenroth, OdW 2021, 117, 122 ff.

9 Eine effektive Hilfsmittelkontrolle erscheint hierbei etwa bei Strafgefangenen möglich.

stellung dabei nicht. Denn dadurch bleibt gerade offen, nach welchem Maß über Obsiegen oder Niederlage im Beschwerdeverfahren zu entscheiden wäre.

Für eine bloße Modifizierung und damit eine Erstbewertung spricht sicherlich die Parallelität der Rechtsfolge: Für Bewertungsfiktion und ungenügende Leistung infolge Sachbewertung wird jeweils eine Bewertung „nicht bestanden“ und die Note 5,0 ausgegeben. Für eine strukturelle Trennung, die eine Neubewertung indiziert, streiten jedoch vielfältige Argumente. Zunächst ist bei sachlich-inhaltlichen Bewertungen der Bewertungsspielraum des Prüfers und damit die weitere verfassungsrechtliche Dimension seiner diesbezüglichen Rechte und Pflichten aus Art. 12 GG relevant, für Bewertungsfiktionen infolge eines Täuschung(sversuchs) dagegen nicht. Für Bewertungen in der Sache bestehen sodann die für Leistungsprüfungen geltenden Beschränkungen des Verwaltungsverfahrensrechts - insbesondere kann auf das Erfordernis einer Anhörung verzichtet werden, was dagegen bei einer „Täuschungs-Fünf“ einen Verfahrensfehler darstellt. Bewertungsfiktionen sind schließlich auch ausnahmslos Verwaltungsakte, während diese Einschätzung zumindest für bestandene Prüfungen äußerst differenziert zu betrachten ist.¹⁰ Es sprechen demnach gute, möglicherweise sogar die besseren Gründe dafür, dem Vortrag der Beschwerde zu folgen und eine Neubewertung abzuleiten.

Nimmt man eine Neubewertung an, so hätte sich die Frage gestellt, ob hierfür der strenge Maßstab der Vornahme der Hauptsache oder der allgemeine Maßstab im einstweiligen Rechtsschutz anzuwenden gewesen wäre. Beantwortet man diese Frage im Sinne allgemeiner Anforderungen, so ist durchaus offen, ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre.

b. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren?

Schließlich soll die Aussage des *OVG Bautzen* zur nicht durchführbaren Beweisaufnahme einer kurzen Folgenbetrachtung für die Praxis unterzogen werden. Diese Aussage bedeutet nicht weniger als das Erfordernis, bereits im einstweiligen Rechtsschutz alle anspruchsbegründenden Tatsachen - hinreichend überzeugend - ausschließlich durch einzureichende Unterlagen einzubringen, um ohne Zeugen, Sachverständige, Inaugenscheinnahme oder ähnliche Beweisführungen auskommen zu

können. Dies ist der Beschwerde im hiesigen Verfahren für die Möglichkeit fehlerhafter Prüfungsvorbereitung gelungen, nicht dagegen für den Umstand, dass die Lehrmaterialien bereits vor der Prüfung vorhanden waren. Ob dieser Umstand seitens der Beschwerde nicht vorgebracht oder ob dies seitens der Hochschule hinreichend effektiv in Zweifel gezogen worden war, ist aus den verfügbaren Unterlagen heraus nicht erkennbar. Jedenfalls hat das *VG Dresden* im Hauptsacheverfahren hierüber Beweis zu erheben.

IV. Fazit

Die Entscheidung des *OVG Bautzen* ist gerade mit Blick auf die Weiterentwicklung des Anscheinsbeweises für Open-book-Prüfungen ausgesprochen wertvoll. In Bezug auf die begrifflichen Verwendungen ist der Beschluss durchaus eingebettet in die Zeit seiner Entstehung zu sehen; diese Fragestellungen sind neuartig und im Fluss, die neuen Begrifflichkeiten werden sich mit der Zeit präzisieren. Die Frage der Erst- oder Neubewertung hat das *OVG Bautzen* auf elegante Weise späteren Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz zum Thema Täuschung(sversuch) überlassen. Und die Hinweise zur Beweisaufnahme mögen für alle Beteiligten in folgenden Verfahren ein Ansporn sein, auch bereits im einstweiligen Rechtsschutz möglichst lückenlos schriftlich und überzeugend vorzutragen.

Insgesamt ist der Beschluss des *OVG Bautzen* eine Entscheidung, die mit dem Prüfungsrecht befasste Personen kennen sollten. Aber auch für sonstige Interessierte ist der Beschluss sehr lesenswert, insbesondere bestehend durch seine stilistische Prägnanz.

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter der Kanzlerin an der Ernst-Abbe-Hochschule Jena. Er ist Referent und Fachautor zum Prüfungsrecht sowie Autor des Kurzlehrbuchs zum Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

¹⁰ *Morgenroth, NVwZ* 2017, 1430.