

Carsten Morgenroth

Globales statt konkretes Überdenken – aber wann und wie? – Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zum Überdenkungsverfahren

I. Einleitung

Das Überdenkungsverfahren ist eine prüfungsrechtliche Besonderheit. Weil dem Gericht einige Bewertungsanteile der Prüfung, die sog. prüfungsspezifischen Wertungen (z. B. Schwierigkeitsgrad der Aufgabenstellung, Überzeugungskraft der Antworten) weitgehend entzogen sind, gebietet es nach Auffassung des BVerfG¹ das Grundrecht der Studierenden auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, dass diese prüfungsspezifischen Wertungen in einem gesonderten Überprüfungsverfahren zwischen Prüflingen und Prüfern² behandelt werden – dem sog. Überdenkungsverfahren.³ Der dabei gerichtlich vorgezeichnete und in der Praxis auch etablierte Weg war bislang üblicherweise, dass keine umfassende Neubewertung der Prüfung erfolgen soll, sondern dass der Prüfling (nach entsprechender Kenntnis der Bewertungsgründe) konkrete Einwendungen gegen die Bewertung vorbringt und diese dann von den Prüfern erneut „überdacht“ werden. Das Gebot der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit verlangt hierbei, dass die Prüfer im Rahmen des Überdenkens ihren bei der Ausgangsbewertung angewendeten Bewertungsmaßstab nicht verändern.⁴

Der vorliegend besprochene Instanzenzug befasst sich nun mit einem in der Praxis höchst relevanten Aspekt des Überdenkungsverfahrens: dürfen die Prüfer nicht nur die gerügten Teile der Bewertung, sondern die gesamte Prüfungsleistung – unter Beibehaltung des Bewertungsmaßstabs – erneut überdenken? Dies wird von VG Gelsenkirchen,⁵ OVG Münster⁶ und BVerfG⁷ bejaht.

Diese Abhandlung unternimmt es, die Entscheidungen und die dort besprochenen bzw. offengelassenen Fragestellungen nachzuzeichnen. Zunächst werden da-

bei die Entscheidungen in ihren wesentlichen faktischen und rechtlichen Dimensionen abgebildet (II.). Sodann sollen die offenen Fragestellungen analysiert und einer ersten Klärung zugeführt werden (III.). Ein Fazit und Ausblick rundet die Darstellung ab (IV.).

II. Entscheidungen

Die besprochenen Entscheidungen werden in chronologischer Reihenfolge vorgestellt. Die Darstellung wird dabei auf das für das Verständnis der Entscheidungen in ihrem Werdegang erforderliche Minimum beschränkt – weitere Inhalte werden gegebenenfalls unter III. bei den betreffenden Fragestellungen ergänzt.

1. VG Gelsenkirchen

In einer Zweiten Juristischen Staatsprüfung im Jahre 2019 erreichte der Prüfling⁸ in acht Klausuren insgesamt 27 Punkte. Er erzielte damit einen Gesamtdurchschnitt von 3,375 Punkten. Erforderlich für die Zulassung zur mündlichen Prüfung war dagegen ein Durchschnitt von mindestens 3,50 Punkten. Der Prüfling erhob im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Einwendungen gegen die Bewertung unter anderem der Klausur „Strafrecht I“, die mit Note ausreichend - 6 Punkte bewertet wurde. Erstprüfer F und Zweitprüfer U hoben infolge der Einwendungen des Prüflings ihre Bewertungen „der Gesamtleistung“ übereinstimmend auf Note befriedigend - 7 Punkte an. Dadurch erreichte der Prüfling den für den Fortgang des Prüfungsverfahrens erforderlichen Durchschnitt von 3,50 Punkten. Die Widerspruchsbehörde – das Justizprüfungsamt (JPA) – wies die Prüfer in einem Schreiben darauf hin, dass im Rahmen des Überdenkungsverfahrens eine erneute Gesamtbewertung nicht zulässig sei, die Prüfer vielmehr auf das Überdenken der

1 BVerfG NJW 1991, 2005 ff.

2 Status- bzw. Funktionsbezeichnungen in dieser Abhandlung inkludieren Personen aller Geschlechter sowie solche ohne Geschlechtszugehörigkeit.

3 Kingreen, DÖV 2003, 1 ff.

4 Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Auflage, 2022, Rn. 797.

5 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 4. Mai 2022, 4 K 374/21.

6 OVG Münster, Beschl. v. 13. März 2023, Az. 14 A 1200/22.

7 BVerfG, NVwZ 2024, 420 ff.; s. dazu Fischer/Dieterich, NVwZ 2024, 423 ff., Hufen, JuS 2024, 710 ff.

8 Aus Gründen der Verständlichkeit und Lesbarkeit wird darauf verzichtet, den Prüfling je nach Verfahrensstand als Referendar bzw. Anwärter, Widerspruchsführer, Kläger oder Berufungs- bzw. Beschwerdegegner zu bezeichnen.

konkreten Einlassungen des Prüflings beschränkt seien. Daraufhin senkten beide Prüfer ihre Bewertungen in gesonderten zweiten Stellungnahmen wieder auf ihre ursprüngliche Bewertung von 6 Punkten ab.

Auf die Klage des Prüflings hin verpflichtete das VG Gelsenkirchen das beklagte Land, den Prüfling unter Berücksichtigung der Note befriedigend – 7 Punkte über das Ergebnis der schriftlichen Prüfungen neu zu bescheiden. Zur Begründung führt das Gericht dabei – entgegen der Literatur,⁹ erkennbar erstmalig – aus, dass in einem globalen statt einem konkreten Überdenken keine Kompetenzüberschreitung der Prüfer läge und eine solche erneute Abwägung auch nicht zwingend eine Änderung des Bewertungsrahmens bewirke. Es verwirkliche im Gegenteil gerade den Zweck des Überdenkensverfahrens, einen effektiven Ausgleich für die eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit prüfungsspezifischer Wertungen zu bieten.

2. OVG Münster

Das OVG Münster wies die Berufung des beklagten Landes zurück. Aus der Pflicht der Prüfer, bei durchgreifenden Einwänden eine Überprüfung der Gesamtbewertung vorzunehmen, folge kein Verbot, die Bewertung auch dann zu prüfen, wenn kein Einwand durchdringt. In diesem Fall könne die neue Gesamtbewertung in der gleichen Bewertung, aber auch in ihrer Änderung bestehen.

Das OVG Münster ließ die Revision nicht zu. Dagegen wandte sich das beklagte Land mit der Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BVerwG.

3. BVerwG

Das BVerwG wies die Beschwerde zurück. Prozessual sei mit der Verpflichtungsklage die statthafte Klageart gewählt worden – die Abgrenzung nach der jeweiligen Begehr sei gesicherte Rechtsprechung und nicht klärungsbedürftig. Die seitens der Beschwerde aufgeworfenen materiellen Fragen seien zudem wegen tatsächlicher Bindung des BVerwG an die Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung des OVG Münster und mangels rechtlicher Klärungsbedürftigkeit (Beschwerdegrund der grundsätzlichen Bedeutung) bzw. Abweichung von bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung (Beschwerdegrund der Divergenz) einer Revision nicht zugänglich. Durchgreifende Verfahrensfehler (Beschwerdegrund des

Verfahrensfehlers) lägen ebenfalls nicht vor; insbesondere sei keine Überschreitung des tatrichterlichen Bewertungsspielraums durch das OVG Münster im Rahmen von Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung ersichtlich.

III. Analyse

Die Analyse der Entscheidungen beginnt mit einer Einordnung der besprochenen Fragestellungen (1.). Daran schließen sich die offengebliebenen Themen an (2.).

1. Einordnung

Die Einordnung besteht aus einer grundsätzlichen Bewertung (a) und einer Erarbeitung möglicher erster Folgefragen (b).

a. Grundsätzliche Bewertung

Die Entscheidungen bilden eine begrüßenswerte Fortentwicklung des Überdenkensrechts.

Bislang gingen Literatur und Praxis davon aus, dass unsubstanzierte oder gar fehlende Einlassungen eines Prüflings unzulässig seien, weil sie seine Rechte im Prüfungsverfahren über Gebühr ausdehnen und dadurch wiederum die Chancengleichheit der anderen Prüflinge im Prüfungsverfahren verletzen würden.¹⁰ Das VG Gelsenkirchen entwickelt diesen Gedanken nun weiter. Unter Bezug auf die Kernaussagen der Leitentscheidungen von BVerfG,¹¹ ein effektives Überdenken unter Berücksichtigung der Einwendungen des Prüflings zu ermöglichen, sowie des BVerwG,¹² ein Überdenken gerade der prüfungsspezifischen Wertungen vorzunehmen, sah das VG Gelsenkirchen weder eine Kompetenzverletzung der Prüfer noch eine Verletzung der Chancengleichheit anderer Prüflinge darin, nach einem Überdenken der konkret vorgetragenen Einlassungen des Prüflings das Überdenken von den vorgetragenen punktuellen Facetten auf die globale Ebene einer erneuten Gesamtbetrachtung der Prüfung zu erstrecken.¹³ Die Unterlegung dieser Entwicklung durch das OVG Münster ist nicht vollständig stringent. Zunächst bezieht sich das OVG Münster auf den Grundsatz des BVerwG, die Prüfer haben sich „lediglich mit den beanstandeten Einzelwertungen auseinandersetzen“.¹⁴ Nach einem Bezug auf die (ältere) Rechtsprechung des BVerwG zum unveränderten Bewertungssystem¹⁵ kommt das OVG Münster dann je-

9 Fischer/Jeremias/Dieterich, o. Fußn. 4, Rn. 789; Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Auflage, 2021, S. 168.

10 Fischer/Jeremias/Dieterich, o. Fußn. 9.

11 BVerfG, o. Fußn. 1.

12 BVerwGE 92, 132 ff.

13 VG Gelsenkirchen, o. Fußn. 5, Nr. A 1.

14 BVerwG, NJW 2019, 2871 ff.

15 BVerwG, DÖV 2000, 78 ff.

doch zu dem Schluss, es bestehe kein Verbot, die Gesamtbewertung einer Überprüfung zu unterziehen, wenn kein Einwand des Prüflings allein verfährt.¹⁶ Auf das wörtlich formulierte Gebot punktueller Einlassungen durch das BVerwG 2019 geht das OVG Münster dabei nicht ein. Dies erstaunt, denn ein Wechsel von einer punktuellen zu einer globalen Neubetrachtung hängt nicht unmittelbar mit der Frage zusammen, ob dabei der gleiche oder ein neuer Bewertungsmaßstab angelegt wird. Das BVerwG bestätigt diese Linie allerdings vollumfänglich. Es sei „nicht klärungsbedürftig, dass eine erneute Gewichtung einzelner Aspekte der Prüfungsleistung im Rahmen der Gesamtbewertung nicht allein deshalb eine mit dem Grundsatz der Chancengleichheit unvereinbare Änderung des Bewertungssystems darstellt, weil die vom Prüfling erhobenen Einwände jeweils für sich genommen nicht durchgreifen. Der Grundsatz der Chancengleichheit wird offensichtlich nicht beeinträchtigt, wenn der Prüfer im Rahmen des Überdenkensverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass die Prüfungsleistung innerhalb des zu Grunde liegenden Vergleichsrahmens anders einzuordnen ist.“¹⁷

Für die Praxis lässt sich damit festhalten: das BVerwG hat die Möglichkeit einer erneuten Globalbetrachtung neben die punktuelle Betrachtung der Einlassungen der Prüflinge gestellt.

Der Effekt dieser Entwicklung für die Prüflinge und auch für die Prüfer ist positiv. Die Rechte der Prüflinge auf effektive Rechtsdurchsetzung auch außerhalb gerichtlicher Verfahren sind erweitert worden. Außerdem begünstigen die Entscheidungen auch die Gestaltungsmöglichkeiten der Prüfer. Denn bisher war erkennbar weder bekannt noch verbreitet, dass Prüfer auch ohne durchgreifende Einwände des Prüflings – bei gleichem Bewertungsmaßstab – eine erneute Gesamtbetrachtung durchführen dürfen und dass diese in einer Änderung oder Beibehaltung der ursprünglichen Bewertung resultieren kann.

b. Mögliche Folgefragen

Mit dieser begrüßenswerten Entwicklung stellen sich aber nun ganz neue Fragen bzw. bekannte Fragen ganz neu.

So ist zunächst offen, für welche Prüfungen dies anwendbar sein kann. Je stärker die Bewertung einer Prü-

fung nach Struktur und Inhalt in Unterbewertungen von Prüfungsteilen aufgeht, desto weniger „globales Überdenkenspotenzial“ kann sich hier ergeben. Von final zergliederten Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren bis zu naturgemäß infolge eines Gesamteindrucks zu bewertenden mündlichen Prüfungen werden sich in der Hochschul- und Prüfungslandschaft vielfältige Schattierungen und Nuancierungen finden lassen. Die hier behandelte Zweite Juristische Staatsprüfung dürfte sich etwa in der Mitte bewegen zwischen konkret bewertbaren Prüfungsteilen und Gesamteindruck nach Inhalt, Aufbau, Sprache oder Stil. Insofern ist dieser Fall ein taugliches Beispiel für die hiesige Klärung und Entwicklung des Überdenkensrechts. Wie aber sieht es beispielsweise aus für Klausuren, die aus vielen Fragen bestehen, die (nach dem Prüfungsdesign oder aus Zeitgründen) jeweils nur mit kurzen Antworten bedacht werden können (sog. Q&A-Tests)? Findet sich hier überhaupt ein „globales Überdenkenspotenzial“? Oder sollte das globale Überdenken in der Praxis in jedem Fall ermöglicht werden, und im Einzelfall stellt sich dann heraus, dass es nicht zu einer Änderung der Bewertung kommt, gerade weil neben den vielen kleinen Einzelteilen zu wenig Gesamteindruck übrigbleiben kann? Für die Hochschulpraxis ist der zweite Weg sicherlich gangbar. Für eine strukturelle bzw. wissenschaftliche Betrachtungsweise des Überdenkensverfahrens, um die ich mich mehrfach bemüht habe,¹⁸ ist es dagegen durchaus eine interessante Frage, ob der neu geschaffene Standard für das Überdenkensverfahren für bestimmte Prüfungstypen der Sache nach überhaupt keine Anwendung finden kann. Dann würden sich nicht nur die im Folgenden weiteren Fragen nicht oder anders stellen. Dies könnte auch zu Rückschlüssen auf die Qualitätssicherung von Studium und Prüfung führen – denn können Prüfungen, die den nunmehr erforderlichen Grundrechtsschutz der Prüflinge nicht erreichen, überhaupt noch angeboten werden, und falls ja, unter welchen Bedingungen?

Eine weitere Folgefrage drängt sich auf: wenn Prüfer auch ohne durchgreifende Einwände ein erneutes globales Überdenken durchführen dürfen, gilt dies dann auch, wenn der Prüfling nur ein Überdenken beantragt, daneben aber gar keine Einwände mehr erhebt?¹⁹ Zwar hat das OVG Münster nicht von einer Verpflichtung, sondern von der Möglichkeit bzw. Berechtigung der Prüfer

16 OVG Münster, o. Fußn. 6, Rn. 43 – juris.

17 BVerwG, o. Fußn. 7, Rn. 24 – juris.

18 *Morgenroth*, OdW 2017, 13 ff.; ders. OdW 2018, 29 ff.

19 Das BVerwG behandelt diese Frage nicht direkt, sondern behauptet im Rahmen einer Divergenzrüge, das OVG Münster habe

keine voraussetzungslose globale Gesamtbewertung geschaffen, so dass es sich bereits deshalb nicht in Widerspruch zu früherer Rechtsprechung des BVerwG setzen konnte. Warum dies so sein soll, lässt das BVerwG dabei allerdings offen; s. o. Fußn. 7, Rn. 26 – juris.

zur Globalbetrachtung gesprochen. Müsste aber nunmehr nicht im Lichte des besagten effektiven Grundrechtsschutzes wenigstens eine abschlägige Begründung der Prüfer erfolgen, ob ohne Einwendungen des Prüflings eine erneute globale Gesamtbewertung erfolgt ist oder nicht und, falls ja, warum sie nicht zu einer abweichenden Bewertung geführt hat? Neben schwarz oder weiß sind darüber hinaus in der Praxis auch viele Grautöne denkbar. Wie ist es beispielsweise zu bewerten, wenn der Prüfling seinen Antrag auf Überdenken mit einer globalen Einlassung begleitet, etwa mit dem Hinweis, die Prüfungsleistung sei „insgesamt doch besser als ... (Note/ Punkte)“. Müssten die Prüfer auf diesen globalen Impuls nun auch mit einem globalen Überdenken reagieren? Verdichtet sich in einem solchen Fall die Berechtigung der Prüfer zu einer Verpflichtung? Oder wie wäre ein Fall zu beurteilen, in dem ein Prüfling sich auf konkrete Prüfungsteile bezieht, hier aber keine substantiellen, sondern wiederum globale Einwendungen erhebt, etwa in dem Stil: „meine Arbeit ist zu schlecht bewertet – ich denke da insbesondere an Aufgaben 3 und 6“? Der Vielfalt der möglichen Fallgestaltungen in der Hochschulpraxis sind hierbei keine Grenzen gesetzt, entsprechende Unsicherheit bei Prüfern scheint vorprogrammiert. Ob sich Prüfer nach dem Ausspruch des OVG Münster in all diesen Fällen auf den neuen Standard „Berechtigung, aber keine Verpflichtung“ zurückziehen können oder ob und dann in welchen Fällen nicht doch eine Verpflichtung zum globalen Überdenken erwächst und wie sich dies auf die Kommunikation mit den Prüflingen auswirkt, bleibt offen.

Durch die Möglichkeit einer erneuten globalen Betrachtung der Prüfungsleistung rückt schließlich auch die Verschlechterung der Bewertung (*reformatio in peius*) wieder stärker in den Fokus. Bislang war dies auf seltene Ausnahmefälle begrenzt: entweder die Prüfer sahen Substanz in den Einwendungen der Prüflinge und hoben die Bewertung an oder nicht. Eine Verschlechterung konnte damit nicht eintreten. Lediglich versehentliche Kalkulationsirrtümer zugunsten der Prüflinge waren als Fall einer verschlechternden Korrektur denkbar. Nun scheint es jedoch durchaus möglich zu sein, dass die Prüfer nicht nur von den Einlassungen der Prüflinge nicht überzeugt sind, sondern im Rahmen der abschließenden Gesamtbetrachtung – bei gleichem Bewertungsmaßstab – die Bewertung herabsetzen. Dies führt zu mindestens zwei interessanten Folgefragen, einer inhaltlichen und einer prozessualen. Materiell-rechtlich ist

eine *reformatio in peius* im Rahmen des Widerspruchsverfahrens dann zulässig, wenn eine entsprechende Entscheidung auch nach §§ 48 f. L-VwVfG hätte getroffen werden dürfen, weil es sich insoweit um eine Teilaufhebung handelt.²⁰ Gilt dies auch für das Überdenkungsverfahren? Dagegen könnte sprechen, dass es sich beim Überdenken der Prüfer gerade nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um eine Korrektur der (prozessual unselbständigen) Bewertung im Rahmen des Prüfungsverfahrens handelt.²¹ Dafür könnte jedoch der Zweck des Überdenkungsverfahrens ins Feld geführt werden, der auf einen möglichst effektiven und äquivalenten Rechtsschutz für die Prüflinge abzielt, denen gerichtlicher Rechtsschutz für prüfungsspezifische Wertungen versperrt ist; lehnt man die Parallele zu §§ 48 f. L-VwVfG hier ab, dann ließe sich eine Prüferbewertung leichter verschlechtern als ein Verwaltungsakt. Unabhängig davon ist prozessual als Gegengewicht zur drohenden Verschlechterung der Notenverbesserungsantrag bekannt.²² Können Prüflinge parallel dazu nunmehr „Bewertungsverbesserungsanträge“ stellen, ganz im Sinne gleichen Rechtsschutzniveaus? Die weitere Entwicklung in Hochschulpraxis und Justiz darf hier mit Spannung abgewartet werden.

2. Offene Themen

Die Entscheidungen hinterlassen drei offene Fragen. Zunächst soll die Frage erörtert werden, wie es sich verhält, wenn eine Einlassung des Prüflings nicht vollständig, sondern nur teilweise verworfen wurde (a). Sodann wird betrachtet, ob es einen Unterschied ausmacht, ob eine Bewertungsänderung im Rahmen des Überdenkens innerhalb einer Note verbleibt oder eine Notenänderung bewirkt (b). Schließlich soll auch die Interpretation relevanten Sachverhalts und deren Auswirkung auf gerichtliche Aufklärung und Beweiswürdigung untersucht werden (c).

a. Vollständig vs. teilweise erfolgreiche Einlassung

Zunächst besteht eine mögliche Diskrepanz zwischen den Fakten des Falles und der rechtlichen Betrachtung. Die Entscheidungen des OVG Münster und des BVerwG gehen davon aus, dass die Prüfer keine Einlassungen der Prüflinge akzeptiert haben. Einige Passagen im Urteil des VG Gelsenkirchen deuten jedoch darauf hin, dass die Prüfer die Einwendungen des Prüflings zwar nicht vollständig, aber teilweise als berechtigt angesehen haben. So hat Erstprüfer F in seiner ersten Stellungnah-

20 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage, 2023, Rn. 1373.

21 Morgenroth, OdW 2018, 29 ff.

22 VG Würzburg, Urt. v. 5. Juli 2027, Az. W 6 K 16.570.

me Formulierungen verwendet wie „einen schweren Fehler begründet das allerdings tatsächlich nicht“ oder „im Folgenden finden sich durchaus zutreffende Gedanken, allerdings nicht in der Form exakter Subsumtion“.²³ Eine genaue Analyse dieser Passagen ist nicht möglich, weil die Einlassungen des Prüflings nicht mitgeteilt wurden. Aus beiden Formulierungen lässt sich allerdings mit einer hohen Wahrscheinlichkeit ein Entgegenkommen der Prüfer „auf halbem Wege“ erkennen. Für die hiesige Weiterentwicklung des Überdenkensverfahrens kann man davon sprechen, dass sich die Entscheidungen mit Stufe 1 (Einwendung akzeptiert oder nicht) befassen, der Fall jedoch bereits in Stufe 2 (Einwendungen teilweise akzeptiert) spielt.

Wie kann die Praxis mit dieser Diskrepanz umgehen? Wendet man den rechtsmethodischen „Erst-Recht-Schluss“ an und sagt, wenn schon eine Globalbewertung ohne jegliche akzeptablen Einwendungen zulässig ist, dann müsse das erst Recht bei geringer Substanz der Einlassungen gelten? Oder bleibt man für den Moment vorsichtig und überlässt Klärung und Ausspruch oben genannter „Stufe 2“ sicherheitshalber einem weiteren gerichtlichen Verfahren? Auch prozessual ergäben sich in einem Rechtsmittelverfahren herausfordernde Fragen. Denn bleibt man einerseits bei der „Stufe 1 - Begründung“ der Gerichte und bringt jedoch „Stufe 2 - Rügen“ vor, so besteht die Gefahr, dass diese Rügen mangels Entscheidungserheblichkeit verworfen werden. Rügt man andererseits, das Gericht habe einen „Stufe 2 - Sachverhalt“ einer „Stufe 1 - Begründung“ zugeführt, so könnte diese Rüge inhaltlich nicht erheblich sein, weil zwischen Stufe 1 und Stufe 2 kein rechtserheblicher Unterschied besteht. Insgesamt verbleibt damit ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit und Entwicklungspotenzial.

b. Bewertungsanpassung innerhalb oder außerhalb einer Note

Damit in einem gewissen Zusammenhang steht der zweite Aspekt. Die Anhebung der Bewertung durch die Prüfer um einen Punkt bewirkte im hiesigen Fall zugleich die Änderung der Note von „ausreichend“ auf „befriedigend“. Das VG Gelsenkirchen legitimiert dagegen lediglich die Flexibilität in der Bewertung im Juristischen Staatsexamen: „Angesichts der Komplexität des Bewertungsvorganges einer juristischen Aufsichtsarbeit im Staatsexamen liegt es in der Natur der Sache, dass aus

der Einordnung einer Klausur in das Bezugssystem nicht zwingend nur eine einzige Punktzahl der Notenskala resultiert, sondern sehr häufig eine Bandbreite von (zumindest) einem Punkt vorliegen wird.“²⁴ Das ist nicht das Gleiche. Mit der Passage „(zumindest) einem Punkt“ belässt das VG Gelsenkirchen zwar das Potenzial für eine gewisse Erweiterung der Aussage. Dennoch ist ein Notensprung von Gesetzes wegen nicht beliebig. Wie die meisten Hochschulprüfungssatzungen oder andere Gesetze für berufsbezogene Prüfungen auch enthält auch das JAG NRW für die Noten „befriedigend“ und „ausreichend“ nicht nur das jeweilige Punktespektrum, sondern auch eine generelle Beschreibung des Notentypus. Für die Note „befriedigend“ ist dabei vorgesehen, dass die Leistung „in jeder Hinsicht durchschnittlichen Anforderungen entspricht“, während die Note „ausreichend“ gekennzeichnet ist durch „eine Leistung, die trotz ihrer Mängel durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht“.²⁵ Für einen Wechsel von 6 zu 7 Punkten wäre konsequent, dass damit ein Übergang von „weniger oder kleinere, den Durchschnitt unterschreitende Mängel“ hin zu „keine den Durchschnitt unterschreitenden Mängel“ beschrieben wird. Dennoch, der Notentypus einer vollständig durchschnittlichen Leistung ist ein anderer als der einer (leicht) mangelhaften Leistung. Dies gilt umso mehr, als in diesem Verfahrenszug der Aspekt der Gesamtbewertung gerade besonders im Zentrum der Aufmerksamkeit stand. Die Legitimation einer Bewertungsflexibilität erklärt einen damit gleichzeitig verbundenen Notensprung nicht vollständig.

Hinzu treten die oben aufgezeigten faktischen Diskrepanzen. Die Gerichte gingen davon aus, dass die Einwendungen des Prüflings erfolglos blieben. Vor diesem Hintergrund wäre es nach dem soeben Gesagten umso wichtiger gewesen, den mit der Bewertungsänderung verbundenen Notensprung besonders zu adressieren und zu rechtfertigen. Dies wäre umgekehrt leichter gefallen, wenn die offenbar vorhandenen teilweisen Übernahmen der Einwendungen durch die Prüfer in die Entscheidungen einbezogen worden wären. Es erscheint durchaus möglich, dass genau die beiden kleinen Teile der Einwendungen, die die Prüfer positiv gesehen haben, den kleineren Schritt zur neuen Punktzahl und zugleich den größeren Schritt zur neuen Note bewirkt haben (auch wenn sich dann möglicherweise die Frage nach der Begründungstiefe der Prüfer stellt²⁶). Diesen

23 VG Gelsenkirchen, o. Fußn. 5, Nr. A 1.

24 VG Gelsenkirchen, o. Fußn. 5, Rn. 61 – juris.

25 § 17 JAG NRW.

26 Nach BVerwG, o. Fußn. 7, Rn. 26 – juris – hat eine Entscheidung

des Prüfers über eine Beibehaltung oder Änderung seiner Bewertung begründet zu werden. Zum etwas liberaleren Maßstab bei mündlichen Prüfungen *Fischer/Jeremias/Dieterich*, o. Fußn. 4, Rn. 794 m.w.N.

Aspekt haben die Gerichte jedoch erkennbar nicht angesprochen.

Für die Hochschulpraxis bleibt mit der Frage, ob eine Anhebung der Globalbewertung gleichzeitig einen Notensprung bedeuten kann und, falls ja, unter welchen Bedingungen (speziell mit Blick auf die Begründung), eine wesentliche Fragestellung dieser neuen Thematik weiterer Entwicklung vorbehalten.

c. Umfang von Aufklärung und Beweiswürdigung

Der letzte offene Aspekt entspringt Besonderheiten des konkreten Verfahrens, ist jedoch auch darüber hinaus einer Betrachtung wert. Er betrifft die Frage, ob und ggf. wann im Instanzenzug unklare faktische Elemente bezüglich Sachaufklärung und Beweiswürdigung einzu- bringen bzw. zu rügen sind.

In der zweiten Stellungnahme von Erstprüfer F heißt es nach der Darstellung des VG Gelsenkirchen wörtlich, er habe „seine Bewertung“ (unter Anlegung der Maßstäbe des JPA) „erneut überprüft“. OVG Münster und BVerwG gehen in ihren Entscheidungen dagegen übereinstimmend davon aus, die zweite Stellungnahme sei „nicht Ausdruck einer neuen, eigenen Überdenkungs- entscheidung“ der Prüfer gewesen.

Diese Ableitung des OVG Münster erscheint nicht selbsterklärend. Wenn ein Prüfer „seine Bewertung überprüft“, dann unternimmt er genau das, wozu er im Überdenkungsverfahren verpflichtet ist: er überdenkt. Durch den Zusatz zu den Hinweisen des JPA mag dieses Überdenken vielleicht eingeschränkt oder gar ergebnis- geleitet gewesen sein. Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass ein Überdenken ausdrücklich stattgefun- den hat. Diese Absolutheit der Aussage des OVG Mün- ster überzeugt insoweit nicht. Mit dem OVG Münster lässt sich argumentieren, dass es hierauf nicht mehr ankam, weil die Hinweise des JPA rechtswidrig gewesen seien. Eine entsprechende Formulierung, etwa im Sinne von „es kann offenbleiben, ob ein erneutes Überdenken stattgefunden hat, weil jedenfalls die Hinweise des JPA rechtswidrig waren“, wäre dennoch der Aussage von Erstprüfer F stärker gerecht geworden.

Das BVerwG führt diese Unklarheiten fort, ohne sie aufzulösen. Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte wider- sprüchliche Feststellungen zum Inhalt der zweiten Stellungnahme von Erstprüfer F gerügt. Das BVerwG meint dazu, aus dem Bezug auf die Hinweise des JPA er- gebe sich „ohne Zweifel“, dass daraus ein „Beruhen der Rückstufung ausschließlich auf diesen Hinweisen“ abge-

leitet werden könne. Auf eine möglicherweise wider- sprüchliche oder unvollständige Sachverhaltsaufklärung oder Beweisführung und –würdigung durch das OVG Münster geht das BVerwG nicht mehr ein. Brisant ist dies vor allem vor dem Hintergrund, dass das BVerwG an anderer Stelle die Frage, ob das JPA befugt war, den Prüfern die Grenzen ihres Bewertungsspielraums aufzu- zeigen, als offen bezeichnet hat.²⁷ Wenn diese Frage aber offen ist, dann wird die Frage, wie die Passage von Erst- prüfer F: „Bewertung ... erneut überprüft“, zu deuten ist, doch wieder aktuell. Ob die Nichtzulassungsbeschwerde speziell diesen Aspekt angeführt hatte, geht aus den Ent- scheidungen nicht hervor.

Für die Hochschulpraxis lässt sich hieraus sicherlich mindestens das Gebot entnehmen, in gerichtlichen Pro- zessen nicht nur Inhalte, sondern auch Verfahren und Begründung genau anzusehen und lieber einen Punkt mehr vorzubringen als zu wenig.

IV. Fazit, Ausblick

1. Die Rechtsprechung hat das prüfungsrechtliche Überdenkungsverfahren wesentlich weiterentwickelt.

a. Das VG Gelsenkirchen hat die Rechtmäßigkeit ei- ner erneuten globalen Gesamtbetrachtung (auch ohne durchgreifende Einwendungen) erkennbar erstmals for- muliert. Das OVG Münster hat diese Entscheidung in das komplexe Gefüge der vielen Facetten des Überden- kensverfahrens eingeordnet. Das BVerwG hat die Ent- scheidungen mit Blick auf den eingeschränkten Prü- fungsgegenstand prägnant bestätigt. Dies zeigt für die Hochschulpraxis erneut die Bedeutung einer genauen und vollständigen Prozessführung auf.

b. Nicht vollständig überzeugend sind die Entschei- dungen im Hinblick darauf, dass nicht – wie ihnen zu Grunde gelegt – Einwände des Prüflings abgelehnt wur- den, sondern offenbar teilweise durchdrungen. Materi- ell-rechtlich bleiben dadurch Fragen, ob die hiesigen Entscheidungen auf ein teilweises Durchdringen, direkt oder mittels rechtsmethodischer Hilfe, angewendet wer- den können. Prozessual bleibt die Frage, ob die Beru- fungs- bzw. Beschwerdeführer angesichts dessen ge- zwungen waren, den Vortrag am Fall vorbei zu gestalten, um nicht in die Gefahr einer Ablehnung mangels Ent- scheidungserheblichkeit zu geraten.

2. Das Überdenkungsverfahren ist in seinen Grundzü- gen, auch mit dem hier diskutierten Aspekt einer global- en Gesamtbewertung, verfassungsrechtlich geprägt. Die

27 BVerwG, o. Fußn. 8, Nr. II 1 c.

Entscheidungen haben insoweit gleichermaßen Bedeutung für Prüfungen auf der Grundlage von Berufsgesetzen und Hochschulsatzungen.

3. Ganz im Sinne einer ständigen Entwicklung des Prüfungsrechts werfen die Entscheidungen zugleich eine Reihe neuer Fragestellungen auf. Dazu gehören mindestens,

a. ob die gerichtlich bestätigte globale Gesamtbewertung für alle Prüfungen anwendbar sein kann, auch wenn deren Bewertung sehr engmaschig ist und vollständig oder weit überwiegend in Teilbewertungen aufgeht und ob sich daraus Folgefragen für Lehr- bzw. Prüfungsmethodik und –didaktik oder Maßnahmen der Qualitätssicherung stellen;

b. ob das globale Überdenken nunmehr auch ohne jegliche oder mit nicht hinreichend substantziellen Einwendungen der Prüflinge zulässig ist;

c. inwieweit eine reformatio in peius nunmehr wieder möglich erscheint und ob es hierbei Sonderbedingungen gibt, etwa den Vorbehalt einer Parallelwertung mit §§ 48 f. L-VwVfG oder die Möglichkeit eines „Bewertungsverbesserungsantrags“, sowie

d. ob eine Bewertungsanpassung, die zugleich eine Änderung der Note darstellt, mit weiteren Voraussetzungen verbunden ist.

4. Die Prüflinge gewinnen durch den Entscheidungszug nicht nur an gesicherter Kenntnis der Praxis über ihre (Grund)Rechte im Prüfungsverfahren hinzu, sondern ggf. auch die eine oder andere Rügemöglichkeit in weiterführenden Rechtsschutzverfahren, wenn die Globalbewertung zu Unrecht unterblieben, nicht vollständig durchgeführt oder unzureichend begründet worden sein sollte.

5. Für die Prüfer sind die Entscheidungen eine inhaltliche Erleichterung, denn sie bestätigen die Berechtigung einer gewissen Flexibilisierung im Bewertungsmaßstab. Dieser muss dadurch nicht allzu kleinteilig vorbereitet und angewendet werden. Ob hieraus als Kehrseite dieses inhaltlichen Vorteils ein Mehr an Inhalt und Tiefe in der Begründung des Überdenkens folgt, haben die Gerichte offengelassen. In Sinne einer nachvollziehbaren Begründung sollten zumindest die Tatsache der Globalbetrachtung und sich ggf. hieraus ergebende Änderungen, erst Recht Notenänderungen, von der Begründungspflicht der Prüfer erfasst sein.

6. Für die Hochschulen und Prüfungsbehörden scheinen die Entscheidungen Geschenk und Aufgabe zugleich zu sein. Ein wesentlicher, bislang anders gehandhabter oder unklarer Aspekt des Überdenkensverfahrens wurde legitimiert und dessen wesentliche Dimensionen geklärt. Damit wird das Überdenkensverfahren in seinen Konturen zwar klarer, in seinen Verästelungen aber noch ausdifferenzierter als bisher. Hochschulen und Prüfungsbehörden scheinen angesichts dessen gut beraten, ihre Maßnahmen der Sensibilisierung und Information zum Überdenkensverfahren auszubauen bzw. ein bestehendes Regelungsdefizit²⁸ auszugleichen.

Dr. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter der Kanzlerin der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie langjähriger Referent und Fachautor zum Prüfungsrecht. Die Darstellung gibt seine persönliche Auffassung wider.

²⁸ Das Gebot gesetzlicher Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens hatte das BVerwG bereits 1993 aufgestellt, s. o., Fußn. 12.

