

<b>PRÜFUNGSRECHT AUS ANWÄLTLICHER SICHT</b> .....	<b>3</b>
<b>A. Die Rüge- und Mitwirkungspflichten des Prüflings</b> .....	<b>3</b>
<b>I. Die aktuelle Rechtsprechung</b> .....	<b>3</b>
1. Befangenheit.....	3
2. Rücktritt.....	4
3. Störungen im Prüfungsablauf.....	6
<b>II. Kritik dieser Rechtsprechung</b> .....	<b>7</b>
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz.....	7
2. Dogmatisches Umfeld der Rügepflicht .....	9
3. Die Bevormundung des Verordnungs- und Satzungsgebers .....	11
4. Die Bevormundung der Prüfungsämter durch die Verwaltungsgerichte.....	13
<b>III. Materielle Rügepflicht: Eignung der Prüfungsaufgaben</b> .....	<b>14</b>
1. Die neuere Rechtsprechung.....	14
2. Kompensationsmöglichkeiten .....	17
<b>B. Die Befangenheitsrüge</b> .....	<b>17</b>
<b>I. Die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG</b> .....	<b>17</b>
<b>C. Die Täuschungshandlung</b> .....	<b>27</b>
<b>I. Die aktuelle Rechtsprechung</b> .....	<b>27</b>
<b>II. Die Beweislast</b> .....	<b>29</b>
<b>III. Kritik der Rechtsprechung</b> .....	<b>31</b>
<b>IV. Perspektive: Der „gedopte“ Prüfling</b> .....	<b>32</b>
1. Doping als Rechtsproblem.....	32
2. Fehlende Rechtsgrundlage .....	33
3. Doping und Prüfungsunfähigkeit .....	34
4. Resümee .....	35
<b>D. Das Prüfungsverfahren</b> .....	<b>35</b>
<b>I. Zur Reichweite des Anonymitätsprinzips im Prüfungsrecht</b> .....	<b>36</b>
<b>II. Der Laptop als Hilfsmittel für den Nachteilsausgleich</b> .....	<b>37</b>
<b>III. Prüfungserleichterung wegen fehlender Sprachkenntnisse?</b> .....	<b>38</b>
<b>IV. Meldung zu einer juristischen Prüfung (Meldefrist als Ausschlussfrist)</b> .....	<b>40</b>
<b>V. Antwort-Wahl-Prüfungen</b> .....	<b>42</b>
1. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu Antwort-Wahl-Prüfungen .....	42
a) Die Rechtsprechung des OVG Münster .....	42
b) Die Rechtsprechung des VG Potsdam: .....	43
c) Die Rechtsprechung des VG Göttingen:.....	44
d) Die Rechtsprechung des OVG Koblenz:.....	45
e) Die Rechtsprechung des VG Saarlouis: .....	46
2. Das sogenannte Multiple-Select-Prüfungsverfahren .....	47
3. Erlass des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft, Jugend und Kultur des.....	49
Landes Rheinland-Pfalz vom 03.12.2007 zur Einführung des Multiple-Choice- Verfahrens in Hochschulprüfungen .....	49
<b>IV. Die Bewertung der Prüfungsleistung</b> .....	<b>51</b>
<b>VII. Überdenken der Prüfungsentscheidung</b> .....	<b>53</b>
<b>E. Der Bewertungsspielraum</b> .....	<b>54</b>
<b>F. Der Richter im Prüfungsprozess</b> .....	<b>57</b>
<b>I. Der (Verwaltungs-) Richter als Prüfer</b> .....	<b>57</b>
1. Die Anwaltsklausur .....	57
2. Fachfremder Einsatz des Prüfer .....	60

3. Die Vorlage der „Musterlösung/Lösungsskizze“ .....	61
II. Die gerichtliche Überprüfungscompetenz.....	62
III. Der Verwaltungsrichter als Mitglied des Landesprüfungsamtes .....	64
G. Die Streitwertfestsetzung.....	65
1. Zur Wertfestsetzung bei Abschichtungsprüfungen.....	65
2. Der Streitwert bei Lehramtsprüfungen.....	66
3. Exkurs: Schadensersatz und Prüfungsprozess.....	67
H. Bekanntgabe und Anfechtung des Prüfungsergebnisses .....	68
I. Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen im Internet.....	68
II. Die Prüfungsentscheidung als anfechtbarer Verwaltungsakt .....	70

# PRÜFUNGSRECHT AUS ANWÄLTLICHER SICHT

## A. Die Rüge- und Mitwirkungspflichten des Prüflings

### I. Die aktuelle Rechtsprechung

#### 1. Befangenheit

Der Kollege Dr. Birnbaum hat in einem Aufsatz im Frühjahr 2006 die Rechtsprechung zur Rüge- und Mitwirkungspflicht des Prüflings ausführlich dargestellt<sup>1</sup>. Wir haben diese Rechtsprechung bereits mehrfach kritisiert und als „überzogen“ bezeichnet<sup>2</sup>. Die Rechtsprechung hält jedoch völlig ungerührt an den strengen Anforderungen zur Unverzüglichkeit der Rüge- und Mitwirkungspflicht eines Prüflings fest. So wird einem Prüfling sogar zugemutet, dass er auch zu Beginn oder während einer mündlichen Prüfung die Befangenheit des Prüfers oder die Falschbesetzung der Prüfungskommission rügt<sup>3</sup>.

Insoweit ist selbst ein Rechtsanwalt in einer mündlichen Verhandlung häufig überfordert auf der Stelle zu entscheiden, ob er den Richter als befangen ablehnen soll oder nicht. Hierbei gesteht die Rechtsprechung dem Rechtsanwalt zu, dass er – bevor er weiterverhandelt und einen Antrag stellt – das Recht hat, die mündliche Verhandlung unterbrechen zu lassen und gegebenenfalls mit seinem Mandanten die Vor- und Nachteile einer Befangenheitsrüge zu erörtern<sup>4</sup>. Von einem Prüfling wird indessen erwartet, dass er eine etwaige Befangenheitsrüge spontan erhebt und – im Fall einer Ablehnung - atmosphärische Störungen in der mündlichen Prüfung billigend in Kauf nimmt. Geradezu absurd ist die Argumentation, dass bei Besorgnis der Befangenheit oder einer falschen Besetzung der Prüfungskommission der bzw. die Prüfer aufgrund der Rüge des Prüflings ausgewechselt werden können. Derartiges ist bei einer mündlichen Prüfung regelmäßig nicht der Fall. Gegebenenfalls müsste vielmehr die Prüfung ohne den Prüfling fortgesetzt werden oder der ganze Prüfungstermin würde platzen. Dies ist ein für den Prüfling kaum lösbarer Entscheidungskonflikt.

---

<sup>1</sup> Birnbaum, NVwZ 2006, 286 ff.

<sup>2</sup> Z.B. Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 67 ff. sowie Zimmerling, WissR 2002, 151 ff.

<sup>3</sup> So beispielhaft VG Gießen, Urt. v. 15.11.2007 – 5 E 1521/07 – (n.v.); VG Stuttgart, Urt. v. 19.12.2007 - 18 K 3936/07 – (n.v.).

## 2. Rücktritt

Die Praxis der Prüfungsämter zur Unverzüglichkeit eines Rücktritts ist häufig – im Vergleich zur Rechtsprechung – sehr großzügig. So ist es vielfach ausreichend, dass bei einem nachträglichen Rücktritt von der Prüfung das notwendige ärztliche Attest „binnen einer Woche nach Genesung“ vorgelegt wird. Die Rechtsprechung hat insoweit erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken<sup>5</sup>.

Zur Frage der Unverzüglichkeit des Rücktritts hat der BayVGH<sup>6</sup> Folgendes entschieden:

„Das erstinstanzliche Urteil geht zu Recht davon aus, dass an die Unverzüglichkeit der Geltendmachung einer krankheitsbedingten Prüfungsunfähigkeit ein strenger Maßstab anzulegen ist. Es ist Sache des Prüflings, sich darüber Klarheit zu verschaffen, ob seine Leistungsfähigkeit durch außergewöhnliche Umstände, insbesondere durch Krankheit, erheblich beeinträchtigt ist, und bejahendenfalls daraus unverzüglich die in der jeweiligen Prüfungsordnung vorgesehene Konsequenzen zu ziehen, und zwar bei krankheitsbedingter Prüfungsunfähigkeit grundsätzlich vor Beginn der Prüfung, spätestens aber dann, wenn er sich ihrer bewusst geworden ist. Nur ein solch strenger Maßstab kann Missbräuche des Rücktrittsrechts mit dem Ziel der Verbesserung der Prüfungschance verhindern. Ein Rechtsmissbrauch liegt nicht nur bei einem erst nach Bekanntwerden des Prüfungsergebnisses erklärten Rücktritts vor, sondern auch dann, wenn ein Prüfling die Rücktrittsentscheidung hinauszögert, um sie davon abhängig zu machen, ob er nach eigener Einschätzung seiner Prüfungsleistung, die er im Nachhinein etwa nach Heranziehung von Fachliteratur, Gespräche mit Fachkundigen oder dergleichen gewonnen hat, mit einem Prüfungserfolg zu rechnen hat oder nicht“.

Immerhin legt der BayVGH – entgegen dem VGH Mannheim<sup>7</sup> – eine Ausschlussfrist (z.B. gem. § 18 Abs. 3 Satz 1 JAPO a.F.) verfassungskonform aus; bei unerkannter Prüfungsunfähigkeit muss sich der Prüfling um eine Aufklärung des Gesundheitszustandes bemühen, sobald ihm die Beeinträchtigungen seines Leistungsvermögens im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre nicht verborgen geblieben sind. Wenn er nach Entstehen etwaiger Zweifel an seiner Prüfungsunfähigkeit versucht,

---

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 05.02.2008 – VIII ZB 56/07, NJW-RR 2008, 800.

<sup>5</sup> OVG Münster, Beschl. v. 28. 11.2007 – 14 A 4549/06, juris.

<sup>6</sup> BayVGH, Beschl. v. 04.10.2007 – 7 ZB 07.2097, BayVBI 2008, 210.

<sup>7</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 30.01.2008 – 9 S 1784/07 – (n.v.).

diese unverzüglich aufzuklären, findet die Ausschlussfrist von einem Monat zur Anbringung von Verfahrensrügen keine Anwendung<sup>8</sup>.

Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an einen Prüfling, wenn dieser geltend macht, er sei prüfungsunfähig gewesen und habe den Rücktritt nicht früher erklären können. Das OVG Münster hat hierzu ausgeführt<sup>9</sup>:

„Die Klägerin legt nicht dar, mit welcher Diagnose und welchen Therapien wann und wie ärztlich behandelt worden ist. Die von ihr vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen enthalten über den Zeitraum zwischen Prüfungs- und Rücktrittstag keine Aussage. Die fehlende Substanz kann nicht durch Beweisantritte ersetzt werden. Gem. § 9 Abs. 2 der maßgeblichen Prüfungsordnung sind die für den Rücktritt geltend gemachten Gründe glaubhaft zu machen. Das schließt naturgemäß diejenigen Gründe ein, die im Hinblick auf den zeitlichen Verlauf für die Rücktrittserklärung geltend gemacht werden. Es ist nicht Aufgabe der Beklagten oder des Verwaltungsgerichts erstmals aufzuklären, ob eine sofortige Rücktrittserklärung nicht möglich oder zumutbar war.“

Der VGH Mannheim hat insoweit wie folgt judiziert<sup>10</sup>:

„Auch wenn der Prüfling zu Beginn der Prüfung noch prüfungsfähig gewesen sein oder sich zumindest mit Recht noch prüfungsfähig gefühlt haben sollte, wäre es jedenfalls nach Auftreten der behaupteten Ausfallerscheinungen (Wissensblockade) bei der bestehenden Vorerkrankung danach Sache des Klägers gewesen, sich unverzüglich durch eine erneue ärztliche Abklärung Klarheit darüber zu verschaffen, ob er zum Zeitpunkt der Prüfung wegen eines „situativen Rückfalls in seine Depression“ aus krankheitsbedingten Gründen – wie von ihm angenommen – prüfungsunfähig geworden war.“

Behutsamer geht das VG München mit dem Prüfling um<sup>11</sup>:

„Nach dem Ende der Prüfung bemühte sich die Klägerin um eine medizinische Beurteilung ihres Gesundheitszustandes. Insofern ist es ihr nicht anzulasten, wenn sie erst nach Konsultation durch ihren behandelnden Psychotherapeuten, der den Prüfungsprozess bereits seit längerem begleitete, am Wochenende die Entscheidung getroffen hat, von der Prüfung zurückzutreten. Ein schuldhaftes Zögern der Klägerin kann unter diesen Umständen nicht vorgeworfen werden. Unmittelbar nach dem Ende der Prüfung noch vor der Beurteilung ihres Therapeuten den Rücktritt zu erklären, war ihr in Anbetracht des Krankheitsbildes und der Schwierigkeit der Diagnose und des Nachweises

---

<sup>8</sup> BayVGh, Beschl. v. 20.06.2008 – 7 ZB 08.193 – (n.v.)

<sup>9</sup> OVG Münster, Beschl. v. 07.04.2008 – 14 E 147/08 -.

<sup>10</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 15.04.2008 – 9 S 2582/07 – (n.v.)

<sup>11</sup> VG München, Urt. v. 05.02.2007 – M 3 K 06.2303 – (n.v.)

sowie der Tatsache, das es sich um ihre letzte Wiederholungsmöglichkeit handelte, nicht zumutbar.“

Die Rechtsprechung vertritt weiter die Auffassung, dass im Falle eines unsicheren Krankheitsbildes und damit bei bestehender Unklarheit über die Prüfungsfähigkeit des Prüflings im Prüfungstermin, dieser seine Prüfungsfähigkeit im Vorfeld untersuchen und feststellen lassen muss<sup>12</sup>.

Das Erfordernis der Unverzüglichkeit einer Rüge bzw. des Rücktritts von einer Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit wird von der Rechtsprechung unter anderem damit begründet, dass der Prüfungsbehörde die Möglichkeit gegeben werden muss, den Sachverhalt möglichst zeitnah aufzuklären. Wenn indes ein Prüfling – aus welchen Gründen auch immer – erst 13 Monate nach der Prüfung erkennt, dass er prüfungsunfähig war, kann man die Genehmigung des Rücktritts von der Prüfung schlechterdings nicht mit der Begründung ablehnen, er habe alsdann erst nach weiteren 4 Wochen und damit nicht unverzüglich den Rücktritt von der Prüfung erklärt<sup>13</sup>.

Die Rechtsprechung hat auch keine Bedenken, entgegen dem eindeutigen Wortlaut einer Prüfungsordnung, die keineswegs die Unverzüglichkeit der Geltendmachung einer Prüfungsunfähigkeit vorschreibt (so z.B. § 16 Abs. 2 und 3 ZAppO), im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG zu verlangen, dass die Prüfungsunfähigkeit unverzüglich geltend gemacht wird. Es wird behauptet, dass die Obliegenheit des Prüflings, die Prüfungsunfähigkeit unverzüglich geltend zu machen, Teil der auf dem Prüfungsrechtsverhältnis beruhenden Pflicht des Prüflings sei, im Prüfungsverfahren mitzuwirken<sup>14</sup>. Damit wird der eindeutige Wortlaut in der Prüfungsordnung von der Rechtsprechung vielfach ignoriert. Selbst wenn eine Prüfungsordnung bei Nichterscheinen des Prüflings auf die „genügende Entschuldigung“ abstellt, sucht die Rechtsprechung nach dem Vorliegen eines „wichtigen Grundes“<sup>15</sup>.

### 3. Störungen im Prüfungsablauf

---

<sup>12</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.02.2007 – OVG 12 M 24.07 – (n.v.); VG Berlin, Urt. v. 17.07.2007 – 12 A 1119.06, juris.

<sup>13</sup> So aber VG Trier, Urt. v. 05.07.2005 – 2 K 312/05.TR – (n.v.).

<sup>14</sup> VG Augsburg, Urt. v. 10.07.2007 – Au 3 K 07.183, juris; VG Dresden, Beschl. v. 02.07.2008 – 5 L 285/08, juris.

<sup>15</sup> So VG Köln, Urt. v. 29.11.2007 – 6 K 3436/07, juris.

Eine Rügepflicht und damit die Mitwirkung des Prüflings wird auch verlangt bei offenkundigen Tatsachen (z.B. Verzögerung im Prüfungsablauf von ca. 60 Minuten)<sup>16</sup>. Weiter wurde eine Mitwirkungspflicht des Prüflings dahingehend konstruiert, dass er den Prüfungsausschuss auf seinen Rücktritt hinzuweisen hat, sobald er Kenntnis davon erhält, dass seine Rücktrittserklärung die Prüfungsbehörde nicht erreicht hat<sup>17</sup>. Immerhin wird akzeptiert, dass eine unverzügliche Rüge der Besorgnis der Befangenheit der Mitglieder der Prüfungskommission entbehrlich ist, wenn diese Besorgnis von der Prüfungsbehörde selbst mit herbeigeführt wurde<sup>18</sup>.

Konsequenterweise müssten die Mitwirkungspflichten des Prüflings mit den Mitwirkungspflichten des Prüfungsamtes korrespondieren. Insoweit ist in erster Linie zu denken an etwaige Beratungspflichten. Indes verneint die Rechtsprechung eine Beratungspflicht des Prüfungsamtes. Auch die Nichterwähnung von Fristen in Merkblättern des Prüfungsamtes begründet angeblich kein schützenswertes Vertrauen des Prüflings, dass es eine solche Frist nicht gebe. Im Falle eines Jurastudenten ist die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass dieser sich durch einen Blick in die gesetzlichen Bestimmungen kundig machen könne<sup>19</sup>.

## II. Kritik dieser Rechtsprechung

### 1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Die hohen – teilweise unzumutbaren – Anforderungen an die Zulässigkeit des Rücktritts werden von der Rechtsprechung mit dem Grundsatz der Chancengleichheit gerechtfertigt<sup>20</sup>. Dem Prüfling dürfe nicht zu Lasten der anderen Prüflinge eine zusätzliche Chance eingeräumt werden. Diese Rechtsprechung fokussiert die medizinischen und juristischen Prüfungen. Sie ignoriert, dass die Praxis vieler Prüfungsämter eine gänzlich andere ist. Gleichwohl wird auch bei diesen Prüfungsämtern der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt.

---

<sup>16</sup> VGH München, Beschl. v. 03.07.2008 – 22 ZB 07.1674, juris.

<sup>17</sup> VG Berlin, Urt. v. 10.10.2007 – 12 A 10.05, juris.

<sup>18</sup> VG Freiburg, Urt. v. 28.02.2008 – 2 K 1276/07, juris.

<sup>19</sup> VG Gießen, Beschl. v. 05.08.2007 – 5 G 1711/07, juris.

Wir dürfen weiterhin aus § 21 DVStB<sup>21</sup> wie folgt zitieren:

„§ 21 – Rücktritt von der Prüfung

(1) Der Bewerber kann bis zum Ende der Bearbeitungszeit der letzten Aufsichtsarbeit durch Erklärung gegenüber den obersten Landesbehörde oder des Aufsichtsführenden von der Prüfung zurücktreten. Als Rücktritt gilt auch, wenn der Bewerber zu einer der Aufsichtsarbeiten nicht erscheint. In diesen Fällen gilt die Prüfung als nicht abgelegt.

(2) Im Falle des Rücktritts die die gesamte Prüfung erneut abzulegen.“

Die Rechtsprechung der Finanzgerichte hat insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Diskutiert wird lediglich die Frage, ob eine Rücktrittserklärung widerrufen oder wegen Irrtums angefochten werden kann<sup>22</sup>.

Bei einer Tagung von Prüfungsreferenten der Handwerkskammern Deutschlands (in Chemnitz im April 2007) wurde einhellig die Praxis der Handwerkskammern im Falle des Rücktritts von einer Prüfung wegen Krankheit dahingehend geschildert, dass die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung genüge. Ein ärztliches Attest, aus dem sich die Prüfungsunfähigkeit ergibt und erst recht ein amtsärztliches Attest wurde noch nie verlangt. Der Vorsitzende eines großen Prüfungsamtes einer süddeutschen Hochschule (in einem wirtschaftswissenschaftlichen Studiengang) hat die Praxis eines Prüfungsamtes wie folgt geschildert: „Vor Beginn der mündlichen Prüfung wird jeder Kandidat gefragt, ob er sich für prüfungsfähig hält. Geprüft werde nur derjenige, der sich selbst für prüfungsfähig erklärt. Wie viel mal der Prüfling von der Prüfung vor Beginn der mündlichen Prüfung zurücktrete, sei völlig unerheblich. Je häufiger er zurücktrete, um so schlechter werden bei einer späteren Bewerbung seine Berufschancen. Von daher reguliere sich die Häufigkeit eines Rücktritts von alleine.“

Betrachtet man alle berufseröffnenden Prüfungen an Hochschulen, staatlichen Prüfungsämtern, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern und sonstigen

<sup>20</sup> Siehe hierzu BVerwG, Beschl. v. 15.01.1993 – 6 B 11.92, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 309; Beschl. v. 10.08.1994 – 6 B 60.93, Buchholz 421.01 Prüfungswesen Nr. 336; Urt. v. 06.09.1995 – 6 C 16.93, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 355.

<sup>21</sup> § 21 DVStB (Verordnung zur Durchführung der Vorschriften über Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften) v. 12.11.1979 (BGBl. I. S. 1922), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Tätigkeit der Steuerberater (z. StBÄndG) v. 24. Juni 2000 (BGBl. I. S. 874).

<sup>22</sup> Verneinend FG Köln, Beschl. v. 14.01.2002 – 8 V6312/01, juris. Siehe weiterhin FG Hamburg, Urt. v. 12.07.1999 – V 4/99, juris.

staatlichen Schulen (Krankenpflegeschulen etc.), so steht fest, dass die strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Rüge der Obliegenheitspflichten eines Prüflings und gegebenenfalls an den Rücktritt von der Prüfung in weniger als 5 % aller Prüfungsfälle praktiziert wird. Die rigide Rechtsprechung zur Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit hat sich außerhalb weniger staatlichen Prüfungen nicht durchgesetzt. Bereits dies müsste Anlass genug sein, um diese Rechtsprechung zu überdenken und zu reflektieren.

Kein Verständnis haben die Referenten für das Verhalten eines Justizprüfungsamtes in folgendem Fall: Der Kandidat im Zweiten juristischen Staatsexamen war schwerstbehindert (unter anderem Dystonie). Alle Ärzte und Amtsärzte plädierten für eine weitestgehende Prüfungsvergünstigung und Hinausschieben des Prüfungstermins. Das zuständige Landesprüfungsamt hat dies über einen längeren Zeitraum verweigert und hierzu in einem Bescheid folgendes ausgeführt:

„Es ist mit den Grundsätzen der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit nicht vereinbar, eine persönlichkeitsbedingte generelle Einschränkung des Prüfungsteilnehmers als Grund für eine Prüfungsverhinderung anzuerkennen.“

Brauchen die Prüfungsämter wirklich erst das erst ein Jahr später in Kraft getretene AGG, um schwerstbehinderten Prüflingen die notwendigen Vergünstigungen zu gewähren?

## 2. Dogmatisches Umfeld der Rügepflicht

Es gibt drei Gesichtspunkte, die die – unverzügliche – Rügepflicht als dem Prüfling obliegende Mitwirkungslast im Prüfungsverfahren tragen (können):

(1) Zunächst soll verhindert werden, dass der Prüfling, indem er sich in Kenntnis eines Verfahrensmangels der Prüfung unterzieht und die Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses abwartet, sich mit einer späteren Geltendmachung des Mangels (im Falle des Nichtbestehens der Prüfung) einen zusätzlichen Prüfungsversuch verschafft, der ihm im Verhältnis zu seinen Mitprüflingen nicht zusteht.

(2) Weiter wird betont, dass durch die frühzeitige Rüge für die Prüfungsbehörde die Möglichkeit einer Kompensation – z.B. bei Baulärm etwa durch eine Schreibverlängerung – geschaffen werde.

(3) Schließlich soll der Prüfungsbehörde eine eigene zeitnahe Aufklärung des Sachverhaltes – auch im Hinblick auf mögliche spätere Streitigkeiten - ermöglicht werden<sup>23</sup>.

Die Problematik dieser Argumentation soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Die Rechtsprechung hat sich bereits mehrfach mit der (notwendigen) Größe eines Tisches im juristischen Staatsexamen befasst. Nach Auffassung des VG Koblenz ist eine Tischgröße von 78 x 78 cm ausreichend;<sup>24</sup> nach Auffassung des VG Schwerin ist ein Klausurarbeitstisch mit dem Maßen 40 cm x 130 cm im Rahmen einer Strafrechtsklausur der Zweiten juristischen Staatsprüfung zu schmal und leistungsbehindernd<sup>25</sup>. Das VG Trier wird demnächst die Frage zu entscheiden haben, ob ein Klausurarbeitstisch mit den Maßen 40 cm x 140 cm ausreichend ist. In dem vom VG Trier zu entscheidenden Fall wurde die „Größe“ des Tisches bereits am ersten Prüfungstag gerügt. Das JPA hat keine Abhilfe geschaffen. Es vertritt offensichtlich die Auffassung, dass die Tischgröße ausreichend war. Unterstellt, die Rüge, der Tisch sei nicht ausreichend, wäre erst am dritten Tag erhoben worden und das JPA hätte wie vorliegend reagiert und nichts unternommen: Warum sollte dann eine etwaige Klage des Prüflings daran scheitern, dass er die „Größe“ des Tisches nicht bereits am ersten Tage, sondern erst am dritten Tag gerügt hat, wenn nach Auffassung des Prüfungsamtes ohnedies kein Verfahrensfehler vorliegt.

Aus der Sicht der Rechtsvertreter der klagenden Prüflinge rekuriert die Rechtsprechung viel zu schnell auf die angeblich fehlende Unverzüglichkeit der Rüge. Hierbei haben wir – und andere – häufig den Eindruck, dass dies lediglich der Arbeitserleichterung dient.

---

<sup>23</sup> Ausführlich hierzu Birnbaum, NVwZ 2006, 287 f. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>24</sup> VG Koblenz, Urt. v. 29.10.1998 – 7 K 859/98.KO, NVwZ-RR 1999, 747.

<sup>25</sup> VG Schwerin, Beschl. v. 26.09.2005 – 3 B 1260/04, juris.

### 3. Die Bevormundung des Verordnungs- und Satzungsgebers

Soweit es um die Unverzüglichkeit des Rücktritts von der Prüfung bzw. der Vorlage eines ärztlichen oder amtsärztlichen Attestes geht, weichen viele Prüfungsordnungen von der Rechtsprechung (insbesondere) des BVerwG ab. Meistens hat der Normgeber davon Abstand genommen, für den Rücktritt von einer Prüfung oder für die Säumnis einer Prüfung das Vorliegen eines **wichtigen Grundes** zu fordern. In vielen Prüfungsordnungen wird auf das Vorliegen eines **triftigen Grundes** abgestellt<sup>26</sup>. Nach zahlreichen Prüfungsordnungen kommt es darauf an, ob der Prüfling die Gründe für die Säumnis **nicht zu vertreten** hat<sup>27</sup>. Nach einigen Prüfungsordnungen ist es entscheidend, ob der Prüfling die Prüfung **ohne genügende Entschuldigung** versäumt hat<sup>28</sup>.

Wenn der Ordnungsgeber nicht das Vorliegen eines **wichtigen Grundes**, sondern das Vorliegen eines **triftigen Grundes** für ausreichend erachtet, wenn er möglicherweise nur darauf abstellt, ob der Grund für die Versäumnis **zu vertreten** ist oder ob lediglich eine **genügende Entschuldigung** vorliegt, hat dies die Rechtsprechung als normative Vorgabe zu beachten. Dies dürfte außer Frage stehen und wird vielfach auch praktiziert<sup>29</sup>. Allerdings weichen die Gerichte im Einzelfall auch hiervon ab. Das VG Frankfurt a.M.<sup>30</sup> hat insoweit judiziert:

„Nach § 16 Abs. 1 S. 1 ZAppO gilt die Prüfung in einem Prüfungsfach oder Prüfungsabschnitt als nicht bestanden, wenn der Prüfling in einem Prüfungstermin nicht erscheint, ohne genügend entschuldigt zu sein. Die Säumnis des Klägers am 11.03.1998 ist nicht genügend entschuldigt im

<sup>26</sup> So z.B. § 10 Abs. 2 TAppO, sowohl i. d. F. v. 22.04.1986 als auch i. d. F. v. 10.11.1999; § 9 Abs. 1 Muster-Rahmenordnung für die Diplomprüfungen an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen, 1999, herausgegeben von der Kultusministerkonferenz/Hochschulrektorenkonferenz; § 12 Abs. 1 Studien- und Prüfungsverordnung - FH-SPVO-FH Baden-Württemberg vom 06.05.1997, GVBl. 1997, 195 ff.; § 9 Abs. 1 Diplomprüfungsordnung der TU Ilmenau vom 08.04.1997, veröffentlicht im Gemeinsamen Amtsblatt des Thüringer Kultusministeriums und des Thüringer Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur Nr. 6/1997, S. 289 ff.; siehe zur Auslegung des „triftigen Grundes“ in § 10 Abs. 2 TAppO Schlegel, TAppO, § 12 Rz. 3 ff.

<sup>27</sup> Siehe z.B. § 16 Abs. 1 JAG Saarland vom 08.01.2004, ABl. S. 78 ff.; § 16 Abs. 4 JAG Hessen vom 15.04.2004, GVBl. I 2004, 158 ff.; § 14 Abs. 3 Prüfungsordnung für die Fachschulen für Dorfhelferinnen und Dorfhelfer vom 10.12.1999, BayGVBl. 2000, 23 ff.; § 31 Diplomprüfungsordnung für die Studiengänge Betriebswirtschaft, Technische Betriebswirtschaft und Wirtschaftsinformatik der Fachhochschule Rheinland-Pfalz, Abt. Kaiserslautern, Standort Zweibrücken.

<sup>28</sup> So z.B. § 16 Abs. 1 ZAPPO sowie § 15 Abs. 4 NJAG.

<sup>29</sup> Siehe z.B. VGH München, Beschl. v. 10.04.2003 - 7 C 03.319, juris; VG Neustadt a.d.W., Urt. v. 22.01.2005 - 2 K 1851/04.NW - (n.v.).

<sup>30</sup> VG Frankfurt a.M., Urt. v. 21.05.2003 - 12 E 3312/01 (1), juris.

Sinne der ZAppO. Wann eine genügende Entschuldigung vorliegt, regelt § 16 Abs. 1 S. 1 ZAppO nicht weiter. Insoweit sind die allgemeinen Grundsätze des Prüfungsverfahrens heranzuziehen. In Würdigung des das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatzes der Chancengleichheit setzt eine genügende Entschuldigung u.a. einen wichtigen Grund, der einem besonderen Prüfungskandidaten die Teilnahme an der Prüfung unzumutbar erscheinen lässt, voraus (BVerwG, Beschl. v. 03.07.1995 - 6 B 34/95, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 352; Beschl. v. 22.06.1993 - 6 B 9/93 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 316).“

Es entsteht somit der Eindruck, dass unabhängig vom Wortlaut einer Norm die Rechtsprechung stets dazu tendiert, das Vorliegen eines wichtigen Grundes beim Rücktritt von einer Prüfung oder bei Säumnis einer Prüfung zu verlangen. Damit wird die „Messlatte“ für den Prüfling sehr hoch gelegt wird.

Dass es der Sache nach einen **relevanten Unterschied** zwischen einem **wichtigen Grund** und einem **triftigen Grund** gibt, zeigt anschaulich ein Beschluss des BVerwG zum Personalvertretungsrecht. Hiernach haben der Personalrat oder einzelne seiner Mitglieder das Recht auf Zugang zu Beschäftigten am Arbeitsplatz, allerdings nur im Einvernehmen mit den Dienststellenleiter. Der Dienststellenleiter muss, wenn er widerspricht, dass der Personalrat Beschäftigte an ihrem Arbeitsplatz aufsucht, triftige Gründe gelten machen<sup>31</sup>. Mit der Frage des triftigen Grundes hat sich BVerwG auch im Zusammenhang mit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung gem. § 8 Abs. 1 HandwO beschäftigt, wenn die Ablegung der Meisterprüfung für den Handwerker zwar im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung eine unzumutbare Belastung bedeutet, er aber eine frühere Möglichkeit zur Ablegung der Prüfung ohne triftigen Grund nicht genutzt hat<sup>32</sup>. Schließlich sei gestattet ein Blick auf die Rechtsprechung des BGH. Auch der BGH differenziert zwischen dem Vorliegen eines wichtigen und dem Vorliegen eines triftigen Grundes<sup>33</sup>. Der BGH hat weiter betont, dass ein »triftiger Grund« nicht nur ein rechtlich zwingender Grund ist, vielmehr könne er auch vorliegen, wenn eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreites prozesswirtschaftlich vernünftig erscheint<sup>34</sup>. Deshalb ist die Annahme verfehlt, dass Identität zwischen einem **wichtigen Grund** und einem **triftigen Grund** besteht.

<sup>31</sup> BVerwG, Beschl. v. 09.03.1990 - 6 P 15/88, NJW 1990, 2483 = ZBR 1990, 398. Der Sache nach ist jeder vernünftige Grund ein triftiger Grund.

<sup>32</sup> BVerwG, Urt. v. 25.05.1992 - 1 C 56/88, NVwZ 1992, 791 = NVwZ-RR 1992, 516.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 29.03.1996 - V ZR 332/94 NJW 1996, 1884; Urt. v. 15.01.2001 - II ZR 127/99, DStR 2001, 802; Urt. v. 25.07.2004 - III ZR 433/02 -, NVwZ-RR 2005, 652.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 12.10.1999 - VI ZR 19/99, NJW 2000, 132.

Auch der Begriff des **Vertretenmüssens** ist außerhalb des Prüfungsrechtes im Verwaltungsrecht bekannt. Es gibt hierzu eine reichhaltige Judikatur, aus der sich zwingend ergibt, dass die Frage des Vertretenmüssens mit dem Vorliegen eines wichtigen Grundes auch nicht das geringste zu tun hat<sup>35</sup>. Gleiches gilt für die Gründe, die ein Prüfling im Falle der Versäumung eines Prüfungstermins zu vertreten hat<sup>36</sup>. Vielfach verwendet die Rechtsprechung den Begriff des Vertretenmüssens im Zusammenhang mit dem Abhandenkommen einer Prüfungsarbeit<sup>37</sup>.

Das OVG Münster<sup>38</sup> hat insoweit in Fortführung der Rechtsprechung zur „Unverzüglichkeit“ einer Rücktrittserklärung folgendes ausgeführt:

„Auf eine prüfungsrechtliche Bewertung der vom Beklagten beschriebenen Praxis bei der Anwendung des § 12 Abs. 2 Satz 1 DO käme es in einem Berufungsverfahren nicht an. Diese wirft allerdings Bedenken auf, soweit das Tatbestandsmerkmal „unverzüglich“ generell – das hieße bei einem nachträglichen Rücktritt auch dann noch, wenn die Prüfungsergebnisse vor der Genesung bekannt geworden sind – als erfüllt angesehen werden sollte, wenn ein notwendiges ärztliches Attest „binnen einer Woche nach Genesung“ vorgelegt worden ist. Darauf kommt es hier jedoch nicht an.“

Erneut versucht somit ein Verwaltungsgericht, korrigierend in die Kompetenz des Satzungs- oder Ordnungsgebers einzugreifen. Noch einmal zur Erinnerung: Der schriftliche Teil der Steuerberaterprüfung findet bundesweit in allen Ländern am gleichen Tag mit den gleichen Aufgaben statt. Kandidaten können abends im Internet bundesweit „ihre“ Ergebnisse austauschen. Von daher ist für einen Kandidaten ziemlich schnell klar, ob er mit seiner Klausur Aussicht auf eine Bestehensnote hat oder nicht. Gleichwohl können die Teilnehmer an einer Steuerberaterprüfung bis zur Abgabe der letzten Klausur ohne Angabe von Gründen von der Steuerberaterprüfung zurücktreten. Wenn dies für alle gilt, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt.

#### 4. Die Bevormundung der Prüfungsämter durch die Verwaltungsgerichte

Auch wenn ein Prüfungsamt sich **nicht** auf die fehlende Unverzüglichkeit einer Rüge oder des Prüfungsrücktritts des Prüflings beruft, beschränken sich die Verwaltungsgerichte vielfach auf die Prüfung der Unverzüglichkeit der Rügeerhebung oder des Rücktritts und weisen bei Verneinung der Unverzüglichkeit die Klage ab. Hierbei ver-

<sup>35</sup> Siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 19.02.1998 - 2 C 12/97, DVBl. 1998, 641 = ZBR 1998, 313; BVerwG, Beschl. v. 30.04.1997 - 1 B 74/97, juris.

<sup>36</sup> BVerwG, Beschl. v. 06.08.1996 - 6 B 17.96 -, DVBl. 1996, 1379 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 371.

<sup>37</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 24.09.1981 - 9 S 986/81- (n.v.); Beschl. v. 10.06.1981 - 9 S 988/81, juris.

kennen die Verwaltungsgerichte ihre Funktion: Der Untersuchungsgrundsatz gilt im verwaltungsgerichtlichen Prozess kraft Verfassungsrechts<sup>39</sup>. Die Garantie des Rechtsweges gegen Akte der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG erfordert die vollständige Überprüfung der behördlichen Maßnahme durch das Gericht sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht. Die Verwaltungsgerichte dienen indes dem Schutze des Bürgers und nicht der Verwaltung. Insbesondere sind die Verwaltungsgerichte keine „Reparaturwerkstatt“ für fehlerhaftes Verwaltungshandeln oder für eine - nach Ansicht der Gerichte – zu großzügige Anwendung der Rücktrittsregelungen.

Eine Prüfungsbehörde, die dem Prüfling „näher“ ist als das Gericht kann vielfältige Gründe haben, um sich nicht auf die fehlende Unverzüglichkeit der Rügeerhebung oder des Prüfungsrücktritts zu berufen. Dem Rechtsfrieden ist wesentlich mehr gedient, wenn geprüft wird, ob ein Verfahrensfehler oder Bewertungsfehler tatsächlich vorlag oder ob die Voraussetzungen für einen Prüfungsrücktritt erfüllt waren. Die Prüfungsbehörde muss sich nicht auf die fehlende Unverzüglichkeit der Rügeerhebung oder des Prüfungsrücktritts berufen. Der Gleichbehandlungsgrundsatzes ist auch gewahrt, wenn ausschließlich die Berechtigung der Rüge oder die Berechtigung des Prüfungsrücktritts geprüft wird. Wenn eine entsprechende Rüge nicht rechtzeitig erhoben oder ein entsprechender Rücktritt nicht unverzüglich erfolgt und dies zur Folge hat, dass sich die Voraussetzungen für die Rügeerhebung bzw. für den Prüfungsrücktritt nicht mehr aufklären lassen, so geht dies eindeutig zu Lasten des Prüflings. Solange jedoch der Sachverhalt vollständig aufgeklärt werden kann, erscheint die Berufung auf die fehlende Unverzüglichkeit der Rügeerhebung bzw. Rücktrittserklärung nur als ein Mittel der Verfahrensvereinfachung. Mit der materiellen Gerechtigkeit hat dies überhaupt nichts zu tun.

### **III. Materielle Rügepflicht: Eignung der Prüfungsaufgaben**

#### **1. Die neuere Rechtsprechung**

---

<sup>38</sup> OVG Münster, Beschl. v. 28.11.2007 – 14 A 4549/06 -

<sup>39</sup> Siehe z.B. Schmidt-Aßmann, in: Maul/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rz. 219; Schorr/Schmidt-Aßmann/Pitzner, VwGO, § 86 Rz. 15; Eiermann/Geiger, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 86 Rz. 11.

Nach einigen Prüfungsordnungen kann das Prüfungsamt die Wiederholung der Prüfung oder einzelner Teile der Prüfung anordnen, wenn sich erweist, dass das Prüfungsverfahren mit „Mängeln“ behaftet war, die die Chancengleichheit erheblich beeinträchtigen. Das OVG Weimar hat insoweit in Bezug auf § 10 ThürJAPO a.F.<sup>40</sup> (entspricht § 9 ThürJAPO n.F.<sup>41</sup>) den Begriff „Mängel“ weit gefasst. Dieser Vorschrift lasse sich eine Einschränkung dahin, dass Mängel des Prüfungsverfahrens nur solche Mängel sind, die den formellen Ablauf der Prüfung betreffen (wie äußere Störungen) nicht entnehmen. Die gerügte Ungeeignetheit einer Klausur stelle daher einen Mangel im Prüfungsverfahren dar, der innerhalb der normierten Monatsfrist gerügt werden müsse<sup>42</sup>. Etwas anderes ergebe sich auch nicht im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG<sup>43</sup>. Die vom dortigen Kläger geltend gemachte Ungeeignetheit könne zwar einen materiellen Beurteilungsfehler zur Folge haben. Die Ungeeignetheit hätte zur Folge, dass die Leistungsfähigkeit des Klägers in ihren Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt war, so dass sie von vornherein materiell nicht richtig beurteilt wurde. Der darauf resultierende materielle Beurteilungsfehler sei indes nur eine Folge des Fehlens im Prüfungsverfahren, hier der zu Unrecht ausgegebenen, ungeeigneten Klausur. Es sei im Übrigen auch nicht ersichtlich, warum ein Prüfling nicht in der Lage sein sollte, die fehlende Eignung einer Klausur sofort festzustellen und die Rüge binnen der Monatsfrist anzubringen.

Auch der VGH Kassel<sup>44</sup> hat die Auffassung vertreten, dass die fehlerhafte (Themen-) Auswahl einer Hausarbeit einen Mangel im Prüfungsverfahren und keinen materiellen Bewertungsfehler darstelle. Dieser Mangel im Prüfungsverfahren müsse unverzüglich gerügt werden. Von der Rügepflicht ausgenommen seien nur typische materielle Beurteilungsfehler, wie etwa eine fachlich unrichtige und daher rechtswidrige Bewertung, die die nachträgliche Bewertung einer von dem Prüfling bereits erbrachten Prüfungsleistung betreffe. Fehler in der materiellen Beurteilung, die lediglich als Folge eines Mangels im Prüfungsverfahren entstehen können, seien damit jedoch nicht gemeint. Insoweit betont der VGH Kassel auch<sup>45</sup>, dass die Frage der Fehlerhaf-

---

<sup>40</sup> ThürJAPO in der Fassung vom 16.02.1993, GVBI S. 149 zuletzt geändert durch VO v. 16. April 1999, GVBI S. 261.

<sup>41</sup> ThürJAPO n.V. v. 24. Februar 2004, GVBI S. 217.

<sup>42</sup> OVG Weimar, Beschl. v. 10.09.2004 – 1 EO 1039/04 – (n.v.).

<sup>43</sup> BVerwG, Urt. v. 22.06.1994 – 6 C 37.92, NVwZ 1995, 492.

<sup>44</sup> VGH Kassel, Urt. v. 30.11.2006 – 8 UE 674/06 – (n.v.).

<sup>45</sup> Unter Berufung auf VG Düsseldorf, Beschl. v. 15.07.2003 – 15 L 1694/04, juris Rz. 7 f.

tigkeit der Aufgabenstellung einer Hausarbeit durch Überschreitung des Prüfungsstoffes und dem Gesichtspunkt eines Fehlers im Prüfungsverfahren zu erörtern sei.

Im Ergebnis wird somit vom Prüfling erwartet, dass er eine fehlerhafte Aufgabenstellung (z.B. außerhalb des „Kernbereichs“ des Öffentlichen Rechtes (vgl. § 7 Satz 2 JAG 1994 Hessen)) unverzüglich erkennt, so dass ihm die sofortige Rügeerhebung zumutbar ist. Häufig kann jedoch ein Prüfling oder sein Bevollmächtigter erst nach Einsichtnahme in die Korrektur erkennen, dass eine Prüfungsaufgabe nicht geeignet oder außerhalb des Prüfungskataloges war<sup>46</sup> oder die „Grundzüge“ oder „Überblicke“ überschreitet<sup>47</sup>.

Der Prüfling muss – bis zu einer gegenteiligen Erkenntnis – selbstverständlich davon ausgehen, dass die gestellte Klausur oder Hausarbeit sich innerhalb des von der JAO vorgegebenen Stoffgebietes hält. Insoweit wird er versuchen, die Probleme des Falles zu lösen.

Nach zutreffender Auffassung des BVerwG<sup>48</sup> müssen Prüfungsaufgaben geeignet sein, Kandidaten, die das Ausbildungsziel erreicht haben, von denen zu unterscheiden, die es nicht erreicht haben. Die Gerichte haben der Frage nachzugehen, ob der Prüfling deshalb in seinem Recht auf Chancengleichheit verletzt ist, weil schon eine Prüfungsaufgabe an fachlichen Mängeln leidet. Das BVerwG hat insoweit ausgeführt:

„Dem Prüfer, der eine Prüfungsaufgabe stellt, verbleibt zwar ein gerichtlich nicht nachprüfbarer pädagogischer Spielraum bei der Auswahl der konkreten Prüfungsinhalte aus dem vorgegebenen Prüfungsstoff. Es kann nicht vom Gericht überprüft werden, welche Prüfungsaufgabe zweckmäßigerweise zu stellen ist. Insoweit haben aber Gerichte, ebenso wie bei der Überprüfung der Bewertung der Prüfungsleistungen, der Frage nachzugehen, ob der Prüfling deshalb in seinem Recht auf Chancengleichheit verletzt ist, weil schon eine Prüfungsaufgabe an fachlichen Mängeln leidet.“

Die Rechtsprechung hat sich insoweit noch nicht mit der Frage beschäftigt, was geschieht, wenn ein Prüfungsamt unverzüglich nach der Prüfung erkennt, dass die Prüfungsaufgabe nicht geeignet war und sie dennoch keine Wiederholung der Klausur nicht anordnet. Kann es auch dann auf die Unverzüglichkeit einer Rüge ankommen?

<sup>46</sup> Siehe hierzu auch Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 829.

<sup>47</sup> Siehe Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht 3. Aufl. 2007, Rz. 350 ff.

## 2. Kompensationsmöglichkeiten

Der VGH Mannheim hat die Auffassung vertreten<sup>49</sup>, dass ein Verfahrensfehler dadurch geheilt werden könne, dass der Prüfer – bei einer zahnärztlichen Prüfung – die konkreten klinischen Arbeitsbedingungen, unter denen die praktische Arbeit herzustellen war, in seine Bewertung einbezieht. Durch Berücksichtigung dieser konkreten Verhältnisse kann hiernach ein Verfahrensfehler ausgeglichen oder kompensiert werden. Aus der Sicht der Referenten ist es jedoch höchst fraglich, ob solch eine „Kompensation“ zulässig ist.

## B. Die Befangenheitsrüge

### I. Die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG

§ 21 VwVfG gilt auch im Bereich der Prüfungen von Personen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG). Gleichwohl rekurriert die Rechtsprechung – zu Recht – nur selten auf die Bestimmung des § 21 VwVfG<sup>50</sup>. Diese Bestimmung schafft ein verwaltungsinternes Verfahren, mit dem Gründe, die die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen können, einer Überprüfung unterzogen werden und gegebenenfalls zur verwaltungsseitigen Anordnung einer Ausschließung von Amtshandlungen führen können<sup>51</sup>. Hiernach ist die Geltendmachung der Befangenheit lediglich eine Anregung zur Prüfung des Sachverhaltes von Amts wegen.

In der Regel wird bei der Prüfung der Befangenheit des Prüfers in einem Prüfungsprozess die Bestimmung des § 21 VwVfG nicht weiter bemüht. Die Frage der Befangenheit eines Prüfers wird häufig ohne Erwähnung des § 21 VwVfG erörtert<sup>52</sup>. Hierbei hat das VG Schleswig<sup>53</sup> die „kühne“ Auffassung vertreten, dass eine Befangenheit grundsätzlich nicht anzunehmen sei, „wenn der Prüfling dem Prüfer vor der Prüfung persönlich nicht bekannt war“.

---

<sup>48</sup> BVerwG, Urt. v. 09.08.1996 – 6 C 3/05, NVwZ – RR 1998, 176.

<sup>49</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 21.11.2006 – 9 S 987/06 VBIBW 2007, 218.

<sup>50</sup> So aber BVerwG, Urt. v. 11.11.1998 – 6 C 8/97, NVwZ-RR 1999, 438; OVG Koblenz, Urt. v. 15.01.1999 – 2 A 10946/98, DVBI 1999, S. 1597 m.Anm. Abramenko.

<sup>51</sup> Knack/Clausen, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 21 Rz. 3 unter Bezugnahme auf Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 59 I 7 Rz. 20.

<sup>52</sup> Siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 04.05.1999 – 6 C 13/98, DVBI 1999, 1600. juris.

<sup>53</sup> VG Schleswig, Urt. v. 11.07.2006 – 7 A 12/06, juris.

Zutreffend stellen Rechtsprechung<sup>54</sup> und Literatur<sup>55</sup> auf den Grundsatz der fairen (Prüfungs-) Verfahren ab, dass Inhalt und Ablauf streng sachbezogen und objektiv verlaufen. Unangemessenes, Ungebührliches oder auf Voreingenommenheit schließendes Verhalten des Prüfers kann je nach den Umständen des Einzelfalles einen Fehler im Verfahren oder/und bei der Leistungsbewertung darstellen<sup>56</sup>. Es geht somit vorliegend nicht um das verwaltungsinterne „Selbstreinigungsverfahren“ gem. § 21 VwVfG, sondern um den Grundsatz des fairen Prüfungsverfahrens. Von daher ist es nicht ohne weiteres gerechtfertigt, die Grundsätze zur Befangenheitsrüge gem. § 21 VwVfG, die während des Verwaltungsverfahrens und vor der abschließenden Entscheidung geltend zu machen sind<sup>57</sup>, so ohne weiteres auf die Befangenheitsrüge im Verwaltungsprozess zu übertragen.

Hierbei ist auch Folgendes zu bedenken: In einem „normalen“ Verwaltungsverfahren mit anschließendem Verwaltungsprozess gibt es in der Regel ein Widerspruchsverfahren, in welchem die Ausgangsentscheidung auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit überprüft wird. Dem Verwaltungsgericht kommt regelmäßig eine volle Kontrollkompetenz (im Wesentlichen eingeschränkt nur bei Ermessensentscheidungen) zu. Der effektive Rechtsschutz ist somit gewährleistet. Hingegen ist im Prüfungsrechtsprozess die Effektivität des Rechtsschutzes stark reduziert. Dem Prüfer kommt bei seinen Bewertungen ein großer, gerichtlich nicht nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Um so mehr ist es dann erforderlich – im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes – dass etwaige Befangenheitsgründe durchschlagende Wirkung auf das Prüfungsverfahren haben.

Die Befangenheitsrüge im Prüfungsprozess hat indes nichts zu tun mit der „Besorgnis der Befangenheit“ im Sinne des § 21 Abs. 1 VwVfG bzw. in § 42 Abs. 2 ZPO. Nach der Kommentierung von Stelkens/Bonk/Sachs<sup>58</sup> verlangt „Besorgnis der Befangenheit“ einen „gegenständlichen, vernünftigen Grund, der die Beteiligten von ihrem Standpunkt aus befürchten lassen kann, dass der Amtsträger nicht unparteiisch

---

<sup>54</sup> Siehe z.B. BVerwG, Beschl. v. 28.10.2004 – 6 B 51/04, juris; OVG Lüneburg, Urt. v. 20.01.1987 – 10 A 98/85, OVG E MüLü 40,364.

<sup>55</sup> Knack/Clausen, aaO Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 21 Rz. 14.

<sup>56</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, aaO, § 21 Rz. 14 mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>57</sup> Knack/Clausen aaO, § 21 Rz. 4; Stelkens/Bonk/Sachs, aaO, § 21 Rz. 15.

<sup>58</sup> aaO, Rz. 10.

sachlich, insbesondere nicht mit der gebotenen Distanz, Unbefangenheit und Objektivität entscheiden, sondern sich von persönlichen Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lassen könnte.“ Musielak/Heinrich<sup>59</sup> betonen, die Besorgnis der Befangenheit sei gegeben, „wenn ein Grund besteht, der aus der Sicht einer ruhig und vernünftig denkenden Partei in der Person des Ablehnenden unter Würdigung aller Umstände berechtigten Anlass gibt, an der Voreingenommenheit oder Unparteilichkeit eines Richters zu zweifeln...Trotz des Wortlautes von § 42 Abs. 2 ZPO, der nicht das Misstrauen einer bestimmten Person in Bezug nimmt, ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift auf die Sicht einer durchschnittlichen und besonnen handelnden Partei und nicht eines beliebigen Dritten abzustellen.“ Entscheidend sind hiernach „Unbefangenheit und Objektivität“ bzw. „Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit“.

Wenn man diese Ausschlusskriterien mit der weiteren Bedingung verknüpft (wie das VG Schleswig), dass der Prüfer den Prüfling kennen muss, so ist die Befangenheitsrüge bei schriftlichen Prüfungen praktisch ausgeschlossen. Der Prüfer kann somit „hemmungslos“ die Arbeit des Prüflings korrigieren und bewerten und gegebenenfalls auch den Prüfling beschimpfen. Dass dies mit den Grundsätzen eines fairen Prüfungsverfahrens nicht zu tun hat, steht außer Frage. Der Grundsatz des fairen Prüfungsverfahrens ist aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG herzuleiten. Es ist somit stets zu prüfen, ob der Grundsatz eines fairen Prüfungsverfahrens gewährleistet ist, was keinesfalls identisch ist mit der Frage der Besorgnis der Befangenheit eines Prüfers. Die Möglichkeit der Ablehnung eines Prüfers wegen Verstoßes gegen den Grundsatz eines fairen Prüfungsverfahrens geht somit sowohl über den Wortlaut des § 21 Abs. 1 VwVfG sowie des Art. 42 Abs. 1 ZPO hinaus.

Die Rechtsprechung hat sich mehrfach mit der Person des Prüfers befasst, wobei in der Regel der Vorwurf der Befangenheit zurückgewiesen wurde. Im einzelnen:

- Prüfer war herausgehobenes Organ einer kommerziellen Steuerberaterausbildung, wobei der Prüfling auf die Gefahr hingewiesen hat, dass dieser einzelne Prüfungskandidaten entweder aus seinem Ausbildungsinstitut kenne oder ihren Namen mit

---

<sup>59</sup> Musielak, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 42 Rz. 4.

der Kundenkartei seine Institutes abgleiche und deshalb nicht unvoreingenommen entscheide<sup>60</sup>.

- Bei in Wirtschaftsprüferprüfungen bestellten Wirtschaftsprüfern bestehe eine Interessenkollision, weil in den Prüflingen, die die Prüfung erfolgreich absolvieren, Konkurrenz erwachse<sup>61</sup>.
- Tätigkeit des Prüfers als selbständiger Zahntechnikermeister, der weitere Konkurrenz befürchtet<sup>62</sup>.

Ein Prüfer ist allerdings dann befangen, wenn seine Beziehungen wirtschaftlicher Art zu dem Prüfling über das mit der Ausbildung an der Hochschule verbundene Lehrer-Schüler-Verhältnis hinausgehen, der Prüfer beispielsweise für die Firma des Prüflings freiberuflich tätig geworden ist. Dies könnte zu einer Bevorzugung des Prüflings und damit einer Benachteiligung der übrigen Prüfer führen<sup>63</sup>. Insoweit verstößt sowohl die **Voreingenommenheit des Prüfers** zum Nachteil des Prüflings als auch die dem Prüfling gegenüber positive Befangenheit des Prüfers gleichermaßen gegen den Grundsatz der Chancengleichheit<sup>64</sup>.

Besondere Probleme stellen sich bei der Frage der **Befangenheit im Wissenschaftsbereich**. Oft bestellt der Promotionsausschuss zwei Professoren als Gutachter, die völlig unterschiedliche wissenschaftliche Positionen vertreten und miteinander «verfeindet» sind. Es ist absehbar, dass in einem solchen Fall der Erstgutachter (Doktorvater) die Arbeit mit «summa cum laude» und der Zweitgutachter die Arbeit mit «ungenügend» bewerten wird. Auch wenn Doktorand und Zweitgutachter sich nicht einmal persönlich kennen, ist in derartigen Fällen – entgegen einer weit verbreiteten Praxis – von der Befangenheit des Zweitgutachters auszugehen. Der Doktorand kann nämlich keine objektive Bewertung seiner Arbeit erwarten, was häufig dadurch dokumentiert wird, dass vom Zweitgutachter nicht nur die Arbeit des Doktoranden, sondern auch das Votum des Erstprüfers «niedergemacht» wird. Hingegen füh-

<sup>60</sup> BFH, Urt. v. 03.02.2004 – VII R 1/03, DStRE 2004, 600 = BFHE 204, 546.

<sup>61</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 02.07.1996 – 9 S 2603/94 – (n.v.).

<sup>62</sup> OVG Saarlouis, Urt. v. 08.02.1993 – 8 R 54/91, EzB HandwO 46 Nr. 11 a.

<sup>63</sup> BVerwG, Urt. v. 14.06.1963 - VII C 44.62, DVBl 1964, 321 = Buchholz, 421.0 Prüfungswesen Nr. 22; von einem äußerst bedenklichen Fall berichtet auch v. Münch, NJW 1995, 2016 f.

<sup>64</sup> Haase, in: Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2003, § 16 Rz. 54.

ren kritische Äußerungen über bereits erbrachte wissenschaftliche Leistungen nicht zwingend zur Befangenheit des Prüfers<sup>65</sup>.

Allein die Tatsache, dass ein persönlicher Kontakt zwischen Korrektor und Prüfling bestand, kann nach der Rechtsprechung die Besorgnis der Befangenheit nicht begründen, zumal es ansonsten Prüflinge in der Hand hätten, durch Herstellung persönlicher Kontakte unerwünschte Prüfer «befangen» zu machen<sup>66</sup>. Darüber hinaus hat das Sächsische Staatsministerium der Justiz – Landesprüfungsamt – in einem Bescheid vom 20.12.2005<sup>67</sup> die von zwei Prüfern erklärte Besorgnis der Befangenheit akzeptiert. Diese Prüfer wurden im Widerspruchsverfahren von der Kandidatin „angegangen“, um eine Anhebung der Note zu erreichen. Das Justizprüfungsamt hat diese versuchte Einwirkung auf die Prüfer als Täuschungshandlung angesehen und die Prüfung deshalb insgesamt für „nicht bestanden“ erklärt.

Die auf dem Grundsatz der Chancengleichheit und dem Rechtsstaatsprinzip beruhende Gebote der Fairness und der Sachlichkeit verpflichten den Prüfer, darauf Bedacht zu nehmen, dass das Prüfungsverfahren – im Rahmen der gegebenen Prüfungsvorschriften – auch hinsichtlich des Stils der Prüfung und der Umgangsformen der Beteiligten einen einwandfreien Verlauf nimmt. Es soll vermieden werden, dass der Prüfling durch ein unangemessenes Verhalten des Prüfers einer **psychischen Belastung** ausgesetzt wird, die das Bild seiner Leistungsfähigkeit verfälscht und dadurch seine Chancen mindert<sup>68</sup>. Kriterium der Ordnungsmäßigkeit eines Prüfungsverfahrens ist nicht das Maß der psychischen Belastung des Prüflings, sondern die Fairness des Prüfungsverfahrens<sup>69</sup>.

**Konfliktsituationen** entstehen insbesondere bei mündlichen Prüfungen. Die mündliche Prüfung soll ein sinnvolles, menschliches Gespräch der Prüfer mit den Kandidaten und Kandidatinnen ermöglichen. In Grenzen vertretbar sind auch Fragen, die nur der Auflockerung des Prüfungsgesprächs dienen sollen, auch wenn sie von erfolg-

<sup>65</sup> Siehe einerseits BVerwG, Beschl. v. 28.11.1978 – 7 114.76, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 100; andererseits OVG Münster, Urt. v. 08.09.2005 – 14 A 3934/03, DVBl 2005, 1532.

<sup>66</sup> VG Berlin, Urt. v. 17.01.2001 – 12 A 501.98 – (n.v.).

<sup>67</sup> Bescheid v. 20.12.2005 – 2240 E – II.1.1.545/05 – (n.v.).

<sup>68</sup> Ausführlich v. Golitschek, BayVBl 1994, 300 ff; Niehues, Prüfungsrecht, Rz. 196 ff; Reich, HGB, § 15 Rz. 7; Guhl, Prüfungen im Rechtsstaat, S. 18 ff; Waldeyer, in: Hailbronner/Geis, HRG, § 15 Rz. 56 ff, 58 ff.

losen Prüflingen als nicht prüfungsbezogen und irritierend empfunden werden. Unakzeptabel ist hiernach die Bemerkung im juristischen Staatsexamen zu einer Kandidatin: „All dies ist mehr Zeichen für mangelnde Intelligenz als von mangelnden Rechtskenntnissen“<sup>69</sup>. Erst recht gilt dies für **frauenfeindliche Äußerungen** über (vermeintliche oder tatsächliche) Ungeschicklichkeiten der weiblichen Prüfungsteilnehmer. Keine Prüfungskandidatin muss eine Verunsicherung durch herabwürdigendes Verhalten während der praktischen Prüfung dulden, selbst wenn die gezeigten Leistungen noch so unzulänglich sind (hier: Abschlussprüfung zum Industriemechaniker/in)<sup>71</sup>. Erst recht braucht kein Prüfling ein Prüferverhalten zu dulden, das ihn der Lächerlichkeit preis gibt<sup>72</sup>.

Generell ist festzuhalten, dass der Prüfer, der Prüfungsleistungen sarkastisch, spöttisch, höhnisch oder in ähnlich herabsetzender Form kommentiert, das Verbot der Fairness verletzt<sup>73</sup>. Auch ständige Unterbrechungen des Prüflings stellen ein unfaires Prüferverhalten dar. Wird der Prüfling im Rahmen einer 25-minütigen mündlichen Prüfung 28 mal unterbrochen, ist die Grenze des Hinnehmbaren überschritten<sup>74</sup>. Gleiches gilt aber auch für das Schweigen von Prüfern: Schweigen diese nach einem zu kurz gehaltenen Kurzreferat des Prüflings bis zum Ablauf der für das Referat vorgesehenen 10 Minuten, so kann darin nach Auffassung des VGH München ein Verstoß gegen das Fairnessgebot liegen<sup>75</sup>. Auch die auf eine zutreffende Antwort des Prüflings gemachte Bemerkung des Prüfers »ja, das ist richtig, vielleicht haben Sie es gewusst, vielleicht haben Sie es aber nur geraten«, kann einen Verstoß gegen das Gebot der Sachlichkeit darstellen<sup>76</sup>. Dasselbe gilt, wenn sich ein Prüfer gegenüber dem Prüfling wie folgt äußert: »... ich bin hier, um Ihnen ein Beinchen zu stellen«<sup>77</sup>.

<sup>69</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.03.1983 – 7 B 24/82, juris; VG Saarlouis, Urt. v. 13.12.2005 – 1 K 223/04 – (n.v.).

<sup>70</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 27.5.1994 - 15 K 4546/91 - (n.v.). Für bedeutungslos erachtet es allerdings die Rechtsprechung, wenn bei der Begründung der Prüfungsentscheidung die Probleme des Prüflings bei früheren Prüfungen erwähnt werden, da dies im Kontext mit den aktuell erbrachten Prüfungsleistungen stehe, so VG Sigmaringen, Urt. v. 24.06.1999 - 8 K 1572/97 - (n.v.).

<sup>71</sup> VG Braunschweig, Urt. v. 03.02.1999 – 1 A 1131/97, ArbuR 1999, 493.

<sup>72</sup> BVerwG, Urt. v. 28.04.1978 – 7 C 50/75, NJW 1978, 2408 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 90; Kröpil, JuS 1989, 245.

<sup>73</sup> VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 – 3 A 103/01 HAL, juris.

<sup>74</sup> VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 – 3 A 103/01 HAL, juris; das Gedächtnisprotokoll des Prüflings wurde als anerkanntes Mittel zur Geltendmachung substantiiert Einwendungen anerkannt, zumal der Inhalt des Gedächtnisprotokolls vom Prüfer nicht substantiiert bestritten wurde; Im Ergebnis ebenso VG Karlsruhe, Urt. v. 20.07.2005 – 7 K 2094/03 – (n.v.).

<sup>75</sup> VGH München, Beschl. v. 08.10.2004 – 7 CE 04.2567, VGHE BY 58,11.

<sup>76</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 24.04.1990 - 9 S 3227/89, SPE n.F. 528 Nr. 7.

<sup>77</sup> VG Münster, Urt. v. 22.02.1980 - 1 K 2217/78, KMK-HSchR 1981, 399.

Derartige Prüfer sind ungeeignet und befangen<sup>78</sup>. Kritische Äußerungen eines Lehrers zu Schülerleistungen im Rahmen eines zweijährigen Unterrichts sowie eine mehrere Monate vor der mündlichen Abschlussprüfung abgegebene negative Erfolgsprognose rechtfertigen hingegen nicht ohne weiteres die Annahme einer tatsächlichen (objektiv bestehenden) Voreingenommenheit des Lehrers bei dieser Prüfung<sup>79</sup>.

Die Rechtsprechung hat unter dem Gesichtspunkt der **Verletzung des Fairnessgebotes** allerdings nur eindeutige Entgleisungen beanstandet<sup>80</sup>. Bejaht wurde eine Verletzung des Fairnessgebotes, wenn ein Prüfer sich anlässlich der Prüfung noch in allen Einzelheiten daran erinnert, dass es vor ca. 20 Monaten zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Prüfling und dem Prüfer bzw. seiner Ehefrau gekommen ist und der Prüfer alsdann während der mündlichen Prüfung schläft. Hierdurch werde der Prüfling in seiner Konzentration durch die zwangsläufige Überlegung beeinträchtigt, wie er auf diese Situation reagieren soll, ob er insbesondere den Vorsitzenden der Kommission bitten soll, den Prüfer zu wecken, oder ob er dessen Verhalten besser hinnehmen sollte<sup>81</sup>. Auch stellt die »Blendung« eines Prüflings durch eine Leselampe auf Grund der dadurch hergestellten »Vernehmungssituation« ein nicht hinnehmbares Prüferverhalten dar, dass die Prüfungsbehörde mit dem weiteren Ausschluss des Prüfers von weiteren Prüfungen ahnden sollte.

Wir verkennen allerdings nicht, dass Prüflinge in der konkreten Situation oft sehr (und zu) empfindlich auf das Prüferverhalten reagieren, wie die nachstehenden Beispiele zeigen:

- Eine Verletzung des **Gebotes der Fairness** wurde verneint, wenn der Prüfer dem Prüfling schlechte Leistungen in sachlicher Weise vorhält und ihn im ruhigen Ton

<sup>78</sup> VGH Kassel, Beschl.v. 08.08.1995 - 6 TG 830/95, DÖV 1996, 301 = WissR 1996, 182 = DVBl 1995, 1363; v. Münch, NJW 1995, 2016, 2017; Leuze, PersV. 1996, 8, 15 f; ders., in: Hailbronner/Geis, HRG, Nordrhein-Westfalen, Rz. 100 f.

<sup>79</sup> VGH Mannheim, Beschl.v. 20.9.1994 - 9 S 2484/93, BWVP 1995, 42 = NVwZ-RR 195, 275. Dies gilt auch bei gelegentlichen erregten oder sonst emotional gefärbten Reaktionen eines Lehrers, siehe OVG Schleswig, Beschl. v. 23.09.1994 - 3 L 18/94, SchIHA 1995, 107.

<sup>80</sup> Klenke, NWVBl. 1988, 199 ff, 203 mit unveröffentlichten Beispielen aus der Rechtsprechung des OVG Münster, z.B. Urt.v. 13.05.1983 - 15 A 1675/81 - (n.v.) (Hinweis des Vorsitzenden, für den Prüfling sei es vielleicht das beste, wenn er erneut durchfalle, da er den Anforderungen des Vorbereitungsdienstes wahrscheinlich ohnehin nicht gewachsen sein werde) sowie Urt. v. 5.12.1986 - 22 A 780/85 NVwZ 1988, 458. (der Vorsitzende: »Wir erwarten von Ihnen heute Glanzleistungen... Sie werden hier auf dem Zahnfleisch wieder rausgehen.«).

<sup>81</sup> FG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 29.10.1997 - I 107/96, EFG 1998, 334.

auffordert, sich nicht zu wiederholen und weniger langatmige Ausführungen zu machen<sup>82</sup>.

- Auch das Verbot des Vorsitzenden, in einem «barschem Ton» Notizen anzufertigen, ist keine objektive Tatsache, die auf eine Befangenheit schließen lässt<sup>83</sup>.
- Die Aufforderung in einer mündlichen Prüfung «Eiern Sie nicht so herum» sollte lediglich dem Abschweifen nach falscher Antwort begegnen, den Prüfling jedoch nicht herabsetzen<sup>84</sup>.
- Nicht zu beanstanden sei auch die Äußerung in einer zahnärztlichen Prüfung: «Sie können vielleicht an Maschinen arbeiten, aber nicht am Menschen»<sup>85</sup>.
- „Sie haben das große Los gezogen...“, wenn der Prüfer dies damit erklärt, es handle sich um ein vom ihm in der Vorlesung behandeltes und deshalb häufig geprüftes Thema, was allen Prüfungskandidaten bekannt sei<sup>86</sup>.
- Vorhalt des Prüfers: „Aber das wissen Sie ja“, dient lediglich der Aufmunterung und lässt eine Befangenheit nicht erkennen<sup>87</sup>.
- „Sie sind nicht ohne Grund durch die erste und zweite Prüfung gefallen“, wenn der Prüfer glaubhaft und nachvollziehbar dies als bloße Beschreibung der bestehenden Fakten erklärt<sup>88</sup>.

Allerdings ist der zuletzt erwähnte Fall zweifelhaft, da die Erklärung des Prüfers als Schutzbehauptung aufzufassen ist und sei insbesondere dann, wenn die Äußerung des Prüfers – was unterstellt werden kann – nach einer Antwort des Prüflings gefallen ist, die nicht den Erwartungen des Prüfers entsprach. Weiter ist – entgegen den hierzu ergangenen Entscheidungen – die Grenze zur Befangenheit in folgenden Fällen überschritten:

- Stellung einer Suggestivfrage<sup>89</sup>.
- Verwendung des Begriffes „Herumfummeln“ im Zusammenhang mit einer Prostatauntersuchung in einer medizinischen Prüfung<sup>90</sup>.
- Bemerkung des Prüfungsvorsitzenden zur Beisitzerin, diese könne ja mitkommen „und der Kandidatin das Händchen halten“<sup>91</sup>.

<sup>82</sup> VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 – 3 A103/01 HAL, juris.

<sup>83</sup> VG Berlin, Urt. v. 16.06.2004 – 12 A 1671.97, juris.

<sup>84</sup> OVG Berlin, Beschl. v. 05.05.2003 – 4 S 12.03, juris.

<sup>85</sup> VG Sigmaringen, Beschl. v. 04.09.2002 – 8 K 1687/02 – (n.v.), (bedenklich).

<sup>86</sup> VG Berlin, Urt. v. 11.05.2005 – 12 A 677.04 – (n.v.)

<sup>87</sup> VG Berlin, Urt. v. 10.11.2004 – 12 A 1184.03, juris.

<sup>88</sup> VG Berlin, Beschl. v. 02.03.1998 – 12 A 37.98, juris.

<sup>89</sup> VG Gelsenkirchen, Urt. v. 28.07.2004 – 4 K 6049/02, juris (bedenklich).

Die Grenze der Befangenheit erreicht (und überschritten) wird weiterhin, wenn in einer Steuerberaterprüfung dem Prüfling (Rechtsanwalt) vorgehalten wird: „Wenn Sie mich nicht zitieren...Sie haben ja schon einen Titel...Wir wollen nicht den Spezialisten, wir wollen den Wald- und Wiesen-Steuerberater...Sie hätten schriftlich besser vorlegen müssen...“. Das FG Hamburg war zu Unrecht der Auffassung, dass diese Sätze weder einzeln noch in ihrer Gesamtsicht geeignet seien, die Befangenheit einer Befangenheit zu rechtfertigen<sup>92</sup>. Bedenklich ist es allerdings, wenn die Rechtsprechung die Befangenheit eines Prüfers bejaht, weil der Prüfling behauptet hat, bei dem Prüfer sei eine gute Note nur dann zu erreichen, wenn man nach seinem Munde redet<sup>93</sup>. Dadurch wird einem Prüfling ermöglicht, durch zu Unrecht erhobene Behauptungen oder auch beleidigende Äußerungen die Möglichkeit der Befangenheit des Prüfers selbst zu provozieren.

Das Problem der Befangenheit des Prüfers stellt sich jedoch nicht nur in der **mündlichen Prüfung**, sondern auch in der **schriftlichen Prüfung**. Die Befangenheit kann sich durch das Verhalten des Prüfers im verwaltungsinternen Kontroll- bzw. Widerspruchsverfahren manifestieren<sup>94</sup>. Dies gilt erst recht, wenn der Prüfer durch eine Gerichtsentscheidung zur Neukorrektur verpflichtet wird und er beharrlich an seiner rechtsirrigen Auffassung festhält<sup>95</sup>. Wann immer ein Prüfer „dokumentiert“ hat, dass er vorzeitig auf eine negative Bewertung der Leistungen des Prüflings festgelegt ist, ist er befangen<sup>96</sup>.

Mit der Frage der Befangenheit eines Prüfers aufgrund von Prüfervermerken in schriftlichen Prüfungen musste sich die Rechtsprechung nur gelegentlich beschäftigen. Nach der Rechtsprechung verletzt die Beanstandung der Abkürzung „BRD“ als „**Wortungeheuer**“ in einer Klausur einer juristischen Prüfung das Sachlichkeitsge-

<sup>90</sup> VG Mainz, Urt. v. 10.07.2006 – 7 K 735/05.MZ – (n.v.).

<sup>91</sup> VG Frankfurt a.M., Urt. v. 31.01.2006 – 12 E 2316/04 – (3) (n.v.).

<sup>92</sup> FG Hamburg, Urt. v. 24.03.2003 – V 26/02, EFG 2003, 1416.

<sup>93</sup> OVG Münster, Urt. v. 22.09.1981 – 18 A 360/80, KMK-HSchR 1982, 660.

<sup>94</sup> VGH München, Beschl. v. 20.01.2003 – 7 ZB 03.788 – sowie Beschl. v. 04.11.2005 – 7 ZB 05.1999 -, BayVBl 2006, 446; VG Stuttgart, Gerichtsbescheid v. 04.11.1999 . 10 K 2202/98 . (n.v.).

<sup>95</sup> VG München, Urt. v. 12.07.2005 – M 4 K 04.4143 – (n.v.); aufgehoben durch VGH München, Urt. v. 12.07.2006 – 7 B 05.2660, juris.

<sup>96</sup> BVerwG, Urt. v. 24.02.1993 – 6 C 38.92, NVwZ 1993, 686 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 314; VGH Mannheim, Beschl. v. 19.06.2001 – 9 S 1164/01, NVwZ 2002, 235.

bot<sup>97</sup>. Nicht beanstandet wurde die Verwendung des Wortes „grauenhaft“ in einer juristischen Klausur des Zweiten juristischen Staatsexamens<sup>98</sup>. Die Rechtsprechung akzeptiert auch ohne weiteres ironische Anmerkungen (als Stilmittel).<sup>99</sup> Auch ist der Vorwurf eines Prüfers in seinen Anmerkungen, der Prüfling könne „nicht klar denken“ und verstehe „die Grundregeln rechtlicher Argumentation oder Zitieren von Belegstellen nicht“, nach der Rechtsprechung nicht zu beanstanden<sup>100</sup>. Bedenklich erscheint es hingegen, wenn im Zusammenhang mit der Bewertung einer Dissertation (in der Philosophischen Fakultät) der Prüfer von „abstrusen Spekulationen“ bzw. „Halluzinationen“ spricht<sup>101</sup>. Die Selbstbeherrschung von Prüfern sollte bei der Bewertung schriftlicher Prüfungsarbeiten soweit entwickelt sein, dass Vokabeln wie „Unsinn“ oder „Blödsinn“ vermieden werden<sup>102</sup>. Gleiches gilt für die Verwendung der Begriffe „Erbarmung! Barmherzigkeit!“<sup>103</sup>. Indes haben derartige „unfaire“ Bemerkungen in aller Regel keinen Einfluss auf das weitere Prüfungsverfahren, da der Prüfling vor dem Prüfungsabschluss keine Einsicht in die Prüfungsunterlagen erhält<sup>104</sup>.

Eine **Verletzung des Fairnessgebotes** und damit das Vorliegen einer Befangenheit wurde von der Rechtsprechung in den Fällen bejaht, in denen der Prüfer – bewusst oder unbewusst - den Prüfling durch falsche Hinweise oder Antworten fehlgeleitet hat. Bei einer Diplomarbeit wurde dies bejaht, als der Prüfer den Entwurf der Arbeit als passablen Entwurf bezeichnet hat, jedoch nur einen Monat später die Arbeit danach mit „nicht ausreichend“ (5) bewertet<sup>105</sup>. Bei einer mündlichen Prüfung wurde dies bejaht, wenn richtige Antworten vom Prüfer zu Unrecht als falsch angesehen wurden und damit den Prüfling fehlgeleitet haben<sup>106</sup>. Das prüfungsrechtliche Fairnessgebot richtet sich somit in erster Linie an den Prüfer und verpflichtet diesen, darauf bedacht

<sup>97</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 20.09.1988 – 9 S 1929/88, NJW 1989, 1379 = DVBI. 1988, 1124.

<sup>98</sup> OVG Münster, Urt. v. 16.03.2005 – 14 A 530/04 – (n.v.).

<sup>99</sup> OVG Münster, Urt. v. 16.01.1987 – 22 A 452/86, KMK-HSchR 1987, 1134.

<sup>100</sup> OVG Münster, Urt. v. 04.02.1994 - 22 A 1071/93 - (n.v.).

<sup>101</sup> Das VG Stuttgart, Urt. v. 15.11.2005 – 13 K 3508/04 – (n.v.) hatte allerdings keine Bedenken.

<sup>102</sup> Siehe hierzu zutreffend Leuze, PersV 1996, 15. Dies gilt trotz der Rechtsprechung, wonach Ausdrücke wie »äußerst dürftig«, »Unsinn« oder »Phrasen« gerechtfertigt sein können, so z. B. VGH München, Beschl. v. 28.05.1996 - 7 CE 96.1003, juris.

<sup>103</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.2007 – 15 K 4315/05 – (n.v.), bestätigt durch OVG Münster, Beschl. v. 19.09.2008 – 14 A 1372/07 – (n.v.).

<sup>104</sup> BVerwG, Urt. v. 20.09.1984 - 7 C 57.83, NVwZ 1985, 187 = DVBI 1985, 61 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 203; Urt. v. 20.09.1984 - 7 C 57.83, BVerwGE 70, 143; Beschl. v. 06.03.1995 - 6 B 3.95, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 347; VGH Mannheim, Beschl. v. 31.01.1986 - 4 S 1112/83, SPE n.F. 162 Nr. 18; OVG Magdeburg, Beschl. v. 16.8.1996 - B 2 570/96 - (n.v.); Seebass, NVwZ 1985, 525; v. Golitschek, BayVBl. 1994, 300.

<sup>105</sup> VGH Kassel, Urt. v. 14.12.2006 – 8 UE 1188/06, juris.

<sup>106</sup> VG Augsburg, Urt. v. 12.12.2006 – Au 3K 05.1990 – (n.v.).

zu nehmen, dass das Prüfungsverfahren auch hinsichtlich des Stils der Prüfung und der Umfangsformen der Beteiligten einen einwandfreien Verlauf nimmt<sup>107</sup>.

## C. Die Täuschungshandlung

### I. Die aktuelle Rechtsprechung

Eine Prüfungsleistung wird nach den Prüfungsordnungen mit der Note „nicht ausreichend“ bewertet, wenn der Prüfling bei Abnahme des Leistungsnachweises eine Täuschungshandlung versucht oder begangen hat. Hierbei ist es völlig ausreichend, dass der Besitz oder das Mitführen eines zu Täuschungszwecken generell geeigneten Hilfsmittels im Prüfungsraum für die Bejahung der Täuschungshandlung ausreichend ist. Es kommt nicht darauf an, ob dieses Hilfsmittel für die Bearbeitung der Prüfungsaufgaben überhaupt förderlich sein konnte oder ob sich das Verhalten des Prüflings als einen untauglichen Versuch dargestellt hat<sup>108</sup>. Hieraus ergibt sich zwingend, dass bei jedem „Spickzettel“ ein unzulässiges Hilfsmittel und eine Täuschungshandlung zu bejahen ist<sup>109</sup>.

Die Rechtsprechung hat weiterhin einen schweren Täuschungsversuch und damit zugleich einen erheblichen Verstoß gegen die Ordnung des Prüfungsverfahrens gewertet, wenn der Prüfungskandidat von einem Nichtkandidaten in den Prüfungssaal begleitet wird und beide – zusammenwirkend – den bereits auf dem Arbeitsplatz liegenden Aufgabentext mit einem Handy fotografiert. Bei der (Ermessens-) Entscheidung, ob in einem solchen Fall eine für bestanden erklärte Prüfung nachträglich für nicht bestanden erklärt wird, darf sich das Justizprüfungsamt bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen auch von generalpräventiven Erwägungen leiten lassen<sup>110</sup>.

Äußerst streitig ist die Frage, ob eine Täuschungshandlung oder eine schwere Obliegenheitsverletzung vorliegt, wenn nach Aufforderung der aufsichtsführenden Person, die Klausur zu beenden, der Prüfling noch eine oder zwei Minuten weiter

<sup>107</sup> BVerwG, Urt. v. 20.09.1984 – 7 C 87/83, NVwZ 1985, 187 = DVBl 1985, 61 = DÖV 1985, 488 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 203; VG Sigmaringen, Urt. v. 09.06.2005 – 8 K 79/03 – (n.v.).

<sup>108</sup> VG Mainz, Urt. v. 11.12.2002 – 7 K 502/02, NJW 2003, 1545.

<sup>109</sup> VG München, Beschl. v. 11.03.2008 – 7 ZB 07.612 – (n.v.).

<sup>110</sup> VG Gießen, Urt. v. 19.02.2008 – 5 E 3970/07, juris.

schreibt<sup>111</sup>. Der VGH Mannheim geht von einer nicht rechtzeitigen Abgabe einer Klausur aus, wenn der Prüfling trotz ausdrücklicher an ihn gerichteten Aufforderung zur Abgabe der Hausarbeit (der Aufsichtsführende steht vor ihm und wartet auf die Übergabe der Klausur) die Klausur inhaltlich weiter bearbeitet, so dass die Arbeit mit einer Verspätung von c. 5 Minuten abgegeben wird<sup>112</sup>.

Der baden-württembergische Ordnungsgeber hat diese Frage nunmehr in § 14 Abs. 3 JAPrO<sup>113</sup> wie folgt geregelt:

„Wird eine Arbeit nicht abgegeben, so erteilt das Landesjustizprüfungsamt die Note „ungenügend“ (0 Punkte). Setzt ein Kandidat die Bearbeitung nach Ende der Bearbeitungszeit fort, so kann unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes die Arbeit mit Ungenügend (0 Punkte) bewertet werden; in minderschweren Fällen kann ein Punktabzug erfolgen oder von einer Sanktion abgesehen werden.“

Nicht gefolgt werden kann allerdings einer Entscheidung des VGH Kassel<sup>114</sup>, wonach im juristischen Staatsexamen – bei der Bewertung der Hausarbeit mit 13 Punkten und durchschnittlich 2 Punkten für die mündliche Prüfung – stets ein Anfangsverdacht für einen Täuschungsversuch bei der Hausarbeit zu bejahen ist.

In manchen Prüfungen ist es jedoch zulässig, alle möglichen Hilfsmittel mitzubringen. So heißt es in einem Merkblatt der Handwerkskammer Karlsruhe wie folgt:

„Sie können alle in einem technischen und kaufmännischen Büro gebräuchlichen und Ihnen verfügbaren Unterlagen sowie einen einfachen nicht programmierbaren Taschenrechner verwenden.

Eigene Skripte bzw. Mitschriften aus dem Unterricht sind nicht zugelassen.

Gemeinschaftsarbeiten jeder Art zwischen Prüfungsteilnehmern (Gespräche, unzulässige Übergabe von schriftlichen Unterlagen usw.) führen zum Ausschluss von der Prüfung.“

<sup>111</sup> Von einer Täuschungshandlung geht aus das VG Berlin, Urt. v. 02.07.2007 – VG 12 A 1373.04 – (n.v.); die gegenteilige Auffassung wird vertreten vom VG Karlsruhe, Urt. v. 03.05.2006 – 7 K 1243/05 – (n.v.). Ein vergleichbarer Rechtsstreit ist zur Zeit auch beim VG Frankfurt a.M. anhängig.

<sup>112</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 22.05.2007 – 9 S 3013/06, juris.

<sup>113</sup> Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung v. 25.08.2008, GVBl S. 298.

<sup>114</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 06.06.2008 – 8 A 810/08. Z – (n.v.). Allerdings – dies sei der Vollständigkeit halber erwähnt – gab es noch weitere Anhaltspunkte für Täuschungsversuche des gleichen Prüflings und einen wechselnden Tatsachenvortrag.

Der VGH München hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob es sich um ein unzulässiges Hilfsmittel handelt, wenn in einer Prüfung Aufgaben gestellt werden, die bereits in früheren Jahren gestellt worden waren und deren Text nebst Musterlösung auf der Internetseite der Fachschaft veröffentlicht worden war. Der VGH München hat einen Verstoß gegen den prüfungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verneint, da nach den Prüfungsbestimmungen „alle Hilfsmittel“ erlaubt waren und das Gericht hieraus gefolgert hat, dass es ohne weiteres zulässig sei, dass ein Prüfling auf der Internetseite der Fachschaft (somit nichts geheimes) früher gestellte Prüfungsaufgaben studiert und lernt. Dass der Kläger, der eine Berufstätigkeit ausgeübt hat, nichts von der Internetseite der Fachschaft und den dort veröffentlichten Aufgaben nebst Musterlösungen wusste, sei unerheblich<sup>115</sup>.

Wenn indes eine landesweit zu schreibende Prüfungsarbeit vorzeitig bekannt geworden ist, ist die Prüfungsbehörde berechtigt, die Wiederholung der gesamten Prüfung oder einzelner Prüfungen für alle oder einen Teil der teilnehmenden anzuordnen, weil in diesem Fall das Prüfungsverfahren nicht ordnungsgemäß verlaufen ist. Dies ergebe sich auch aus allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsätzen (neben speziellen Ermächtigungen)<sup>116</sup>.

## II. Die Beweislast

Die Prüfungsbehörde trägt die **materielle Beweislast** dafür, dass die von ihr angenommenen Voraussetzungen einer Täuschung vorliegen<sup>117</sup>. Es geht zu Lasten der Prüfungsbehörde, wenn der Sachverhalt nicht hinreichend aufklärbar ist<sup>118</sup>. Es finden die allgemeinen Regeln betreffend Beweiserleichterungen, wie z.B. „Beweis des ersten Anscheins“ auch im prüfungsrechtlichen Verfahren Anwendung. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Prüfungsarbeit mit einer nur den Prüfern zur Verfügung ste-

<sup>115</sup> VGH München, Beschl. v. 04.02.2008 – 7 CE 07.3468 – (n.v.)

<sup>116</sup> So ausdrücklich VG Berlin, Beschl. v. 09.06.2008 – VG 3 A 220.08.

<sup>117</sup> Haase, in: Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2003, § 16 Rz. 256 unter Bezugnahme auf die BVerwG, Urt. v. 26.01.1979 – 4 C 52.76, DÖV 1979, 602 sowie vom 29.04.1983 – 1 C 5. 83, DVBl. 1983, 997; VG Göttingen, Beschl. v. 04.02.2004 – 3 B 33/04, juris.

<sup>118</sup> VG Köln, Beschl. v. 04.12.1987 – 6 L 2072/87, NJW 1988, 2634.

henden Lösungsskizze zumindest teilweise wörtlich übereinstimmt<sup>119</sup>. Gleiches gilt, wenn der Prüfling die gebotene und ihm zumutbare Mitarbeit bei der Aufklärung des Sachverhaltes verweigert<sup>120</sup>. Soweit es allerdings um die Frage der Rechtzeitigkeit der Abgabe einer Klausur geht, hilft das Rechtsinstitut des „Beweis des ersten Anscheins“ wenig<sup>121</sup>.

Wenn man einmal davon ausgeht, dass der Prüfungsbehörde die materielle Beweislast dafür obliegt, dass der Prüfling eine Klausur nicht rechtzeitig abgegeben hat, stellt sich die Frage, wie es möglich ist, dem Prüfling die Beweislast dafür aufzubürden, dass er überhaupt eine Arbeit abgegeben hat<sup>122</sup>. Wir dürfen das Problem wie folgt verdeutlichen:

In einem Prüfungsrechtsstreit stritten der Prüfling und das (juristische) Prüfungsamt darüber, ob der Prüfling, bevor er den Prüfungsraum verlassen hat, einem der aufsichtsführenden Personen die Klausur gegeben habe oder nicht. Das Prüfungsamt hat vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die drei aufsichtsführenden Personen von diesem Prüfling keine Klausur erhalten haben. Das Fehlen der Klausur sei zwar bereits am gleichen Nachmittag bemerkt worden, der Prüfling jedoch erst zwei Tage später informiert worden. Das VG Stuttgart hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, es gehöre zu den Obliegenheiten eines Prüfling, dass er seine Klausur abgebe und dass er dies ggfls. auch beweisen könne<sup>123</sup>. Der Prüfling hatte sich auf einen Organisationsmangel berufen, wobei die Beweislast für die Nichtabgabe der Klausur beim Prüfungsamt liege. Der VGH Mannheim hat dem Antrag auf Zulassung der Berufung unter Hinweis auf § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO stattgegeben<sup>124</sup>. Der Rechtsstreit wurde alsdann verglichen<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> BVerwG, Beschl. v. 20.02.1984 – 7 B 1909/83, NVwZ 1985, 191; VG München, Urt. v. 19.12.2005 – M 3 K 04.4768, juris; Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rz. 456; Haase, in Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2003, § 16 Rz. 256 f.

<sup>120</sup> Haase, in Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2003, § 16 Rz. 258 unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urt. v. 24.03.1976 – IX. 490/73, SPE a.F. III A II/21.

<sup>121</sup> Ausführlich zu den Problemen des Beweisrechtes Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 183 ff.

<sup>122</sup> Siehe hierzu ausführlich Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 195 ff.

<sup>123</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 16.01.1998 – 10 K 1849/97 – n.v.).

<sup>124</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 07.07.1998 – 9 S 789/98 – (n.v.).

<sup>125</sup> Der Kläger dieses Verfahrens wurde im Berufungsverfahren von den Autoren vertreten. Sie hatten diesen veranlasst dafür Sorge zu tragen, dass bei einem der folgenden Prüfungstermine einige Prüflinge ihre Klausuren nur gegen Quittung abgeben wollten, damit sei einen entsprechenden Nachweis erhalten. Dies haben die aufsichtsführenden Personen strikt abgelehnt. Damit stellt sich

Gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 9 der Studienordnung für den Studiengang Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes<sup>126</sup> hat der Studierende der Rechtswissenschaft an Übungen – für Fortgeschrittene – im Bürgerlichen Recht, im Strafrecht und im Öffentlichen Recht teilzunehmen. Er hat an der Übung erfolgreich teilgenommen, wenn eine Hausarbeit und eine Klausur mit der Note „ausreichend“ bewertet wird (§ 6 Abs. 1 StO). An den entsprechenden Klausuren nehmen regelmäßig 100-200 Teilnehmer teil. Wer trägt die Beweislast, wenn anlässlich der Rückgabe einer Klausur der Student und der Professor darüber streiten, ob der Student die Arbeit ordnungsgemäß abgegeben hat. Welche „Sicherheitsvorkehrungen“ muss das Prüfungsamt bzw. der betreffende Professor als Prüfer treffen, um sicherzustellen, dass die Abgabe der Nichtabgabe einer Klausur nachgewiesen werden kann?

### III. Kritik der Rechtsprechung

Unter Hinweis auf die Obliegenheitspflichten eines Prüflings verlangt die Rechtsprechung vom Prüfling den Nachweis eines ordnungsgemäßen Verhaltens. Wenn indes die Prüfungsbehörde zu Lasten des Prüflings eine Entscheidung fällt (wie z.B. bei einem angenommenen Täuschungsversuch), obliegt der Prüfungsbehörde die Beweislast für eine behauptete Unregelmäßigkeit im Prüfungsverfahren. Bei der Verhängung einer Sanktionsnote kann es keinen Zweifel daran geben, dass insoweit die Beweislast dem Prüfungsamt obliegt. Mit den Mitwirkungspflichten des Prüflings hat dies überhaupt nichts zu tun.

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass der Prüfling in einem Prüfungsprozess beweispflichtig ist für das Vorhandensein der Anspruchsvoraussetzungen (z.B., dass die Antwort auf eine Fachfrage richtig oder zumindest vertretbar ist). Kann dieser Beweis trotz aller Aufklärungsbemühungen des Gerichtes nicht geführt werden, geht dies grundsätzlich zu Lasten des Prüflings.

---

die Frage, wie ein Prüfung ggfls. nachweisen kann, dass er seine Klausur tatsächlich abgegeben hat.

<sup>126</sup> Studienordnung vom 09.09.1998, Dienstblatt der Hochschule S. 276.

Wenn ein Prüfling behauptet, dass er eine Haus- oder Diplomarbeit rechtzeitig dem Prüfungsamt zur Verfügung gestellt hat, so obliegt ihm hierfür die Beweislast<sup>127</sup>. Wenn indes eine Prüfungsarbeit im Prüfungsraum unter der aufsichtsführender Personen abhanden kommt oder nicht mehr auffindbar ist, so muss die Prüfungsbehörde dem Prüfling nachweisen, dass er diese Arbeit nicht abgegeben hat. Offen bleiben die rechtlichen Konsequenzen aus einem etwaigen Verfahrensfehler.

Die Verwaltungsgerichte vergessen zu häufig, dass es im Prüfungsrechtsverhältnis nicht nur Obliegenheitspflichten des Prüflings gibt, sondern auch Fürsorge bzw. Hinweispflichten der Prüfungsbehörde<sup>128</sup>, sowie Organisationspflichten. Die Prüfungsbehörde kann durch organisatorische Maßnahmen weitestgehend sicherstellen, dass eine ordnungsgemäße Abgabe und Aufbewahrung von Prüfungsarbeiten gewährleistet ist. Die Prüfungsbehörde trägt nicht nur die materielle Beweislast dafür, dass die Prüfung verfahrensfehlerfrei durchgeführt worden ist<sup>129</sup>, sondern darüber hinaus auch die materielle Beweislast dafür, dass sie alles ihr organisatorisch mögliche für die Ordnungsgemäßheit der Prüfung erledigt hat. Mit dem Problem eines etwaigen Organisationsverschuldens des Prüfungsamtes hat sich die Rechtsprechung bislang kaum beschäftigt<sup>130</sup>. Insoweit ging es um eine außerhalb des Prüfungsraumes verschwundene Klausur<sup>131</sup>. Dies hat jedoch nichts mit der Frage zu tun, wie die Abgabe einer Klausur zu organisieren ist, damit sichergestellt ist, dass die Arbeiten aller Prüflinge im Prüfungsraum eingesammelt werden und alsdann beim Prüfungsamt ankommen. Dass ein Organisationsverschulden Auswirkungen auf die Prüfungsentcheidung haben kann, ist im Übrigen unbestritten<sup>132</sup>.

#### **IV. Perspektive: Der „gedopte“ Prüfling<sup>133</sup>**

##### **1. Doping als Rechtsproblem**

Das Problem des Dopings stellte sich bislang vor allem im Bereich des Sportes, sei es bei der Verhängung einer Wettkampfsperre wegen Doping-Verdacht<sup>134</sup> oder we-

<sup>127</sup> VG Freiburg, Urt. v. 25.06.2008 – 1 K 1564/06 – (n.v.).

<sup>128</sup> Hierzu ausführlich Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 144 ff.

<sup>129</sup> OVG Münster, Urt. v. 27.02.1997 – 22 A 7462/95, NVwZ-RR 1997, 714.

<sup>130</sup> Ausnahme: VGH Kassel, Beschl. v. 28.09.1988 – 6 TG 4081/87, NVwZ 1989, 890.

<sup>131</sup> Siehe hierzu Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 377 ff.

<sup>132</sup> BVerwG, Beschl. v. 30.09.2003 – 2 B 10/03, Buchholz 237.7 § 20 NWLBG Nr. 1.

<sup>133</sup> Zimmerling/Brehm, FuL 2008, 522 f.

<sup>134</sup> Hierzu OLG Dresden, Beschl. v. 03.02.2005 – U 1900/04 Kart, juris.

gen Anfechtung eines Arbeitsvertrages eines Trainers wegen Falschbeantwortung der Frage nach der Beteiligung an Doping.<sup>135</sup> Darüber hinaus entschieden Gerichte über den Widerruf der Approbation eines Arztes bei der Verordnung von Dopingmitteln<sup>136</sup> oder über das berufswidrige Verhalten eines Arztes durch Verschreibung von Anabolika<sup>137</sup>. Bislang musste sich – soweit ersichtlich – noch kein Verwaltungsgericht mit dem Problem des „gedopten Prüflings“ beschäftigen.

Ein Prüfling kann sich durch Gedächtnistraining und Optimierung der Lerntechniken auf eine Prüfung vorbereiten<sup>138</sup>. Derzeit wird im Internet das Thema Doping von Studenten und Prüflingen heftig diskutiert. Sehr gefragt ist offenkundig das Medikament Ritalin, das hyperaktiven Kindern mit ADHS (Aufmerksamkeits-, Hyperaktivitätsstörung) verschrieben wird. Ritalin putscht – wenn man den Veröffentlichungen folgt – auch müde Erwachsene auf.<sup>139</sup> Damit stellt sich die Frage der Zulässigkeit des „Dopings“ insbesondere durch Medikamente bei einer Prüfung.

## 2. Fehlende Rechtsgrundlage

Die Prüfungsordnungen sehen Regelungen für den krankheitsbedingten Rücktritt und die Anforderungen vor, die an die Genehmigung eines Rücktritts durch die Prüfungsbehörde zu stellen sind. Erforderlich ist in der Regel ein wichtiger Grund, dessen Nachweis gegebenenfalls durch ein ärztliches oder amtsärztliches Attest erfolgen muss; weiterhin muss der Prüfling unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern von der Prüfung zurücktreten. Rechtsfolgen für das Doping eines Prüflings sehen die Prüfungsordnungen jedoch nicht vor.

Um aus dem Doping eines Prüflings rechtliche Konsequenzen zu ziehen, ist indes eine Rechtsgrundlage erforderlich, insbesondere, wenn der Prüfling aus diesem Grund von der (weiteren) Prüfung ausgeschlossen werden soll. Diese Voraussetzung ergibt sich zwingend aus der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 12 Abs. 1 GG,

<sup>135</sup> LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 16.09.2005 – 2 Sa. 318/04, juris.

<sup>136</sup> VG Koblenz, Urt. v. 19.08.2004 – 3 K 2167/03.KO, juris.

<sup>137</sup> Bezirksberufsgeschicht für Ärzte Stuttgart, Urt. v. 03.03.1999 – BBG 16/98, juris.

<sup>138</sup> Ausführlich hierzu Breinersdorfer/Atzinger/Brehm/Zimmerling u.a., Prüfungsvorbereitung – Ein Ratgeber für alle Studierenden

<sup>139</sup> „Ritalin – Das Doping der Studierenden“, in: [www.studenten-welt.de/blog/ritalin](http://www.studenten-welt.de/blog/ritalin); „Bald kommen die Doping-Jäger an die Uni, in: [www.zs-online.ch/zuercher-studierendenzeitung/artikel/archive/2007/december/](http://www.zs-online.ch/zuercher-studierendenzeitung/artikel/archive/2007/december/); „Doping fürs Hirn“ in [www.faz.net](http://www.faz.net).

wonach die Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit nur „durch Gesetz“ oder „aufgrund eines Gesetzes“ erfolgen darf.

Nach den Prüfungsordnungen sind Prüfungsleistungen mit einer Sanktionsnote („nicht bestanden“) zu bewerten, wenn der Prüfling bei Aufnahme des Leistungsnachweises eine Täuschungshandlung versucht oder begangen hat. Als Täuschungshandlung wird z.B. der Besitz oder das Mitführen eines zu Täuschungszwecken generell geeigneten Hilfsmittels im Prüfungsraum angesehen.<sup>140</sup> Hierbei ist unerheblich, ob das Hilfsmittel im konkreten Fall zu Täuschungszwecken geeignet ist oder ist auch nicht erforderlich, dass dieses für die Bearbeitung der Prüfungsaufgabe erforderlich war<sup>141</sup>.

Somit stellt sich die Frage, ob das Medikamenten-„Doping“ eines Prüflings als „Täuschungshandlung“ angesehen werden kann. Die Rechtsprechung stellt hierbei darauf ab, ob „unerlaubte Hilfsmittel“ während der Prüfung benutzt werden.<sup>142</sup> In einigen Prüfungsordnungen (z.B. bei juristischen Prüfungen) werden die erlaubten und unerlaubten Hilfsmittel definiert bzw. der Prüfling erhält mit der Ladung zur Prüfung eine Auflistung der erlaubten und unerlaubten Hilfsmitteln. Gegebenenfalls müsste in der Prüfungsordnung definiert werden, was ein unerlaubtes Dopingmittel ist.

Ein Prüfling fühlt sich durch die Einnahme von Kaffee oder Cola „gedopt“, ein anderer Prüfling bevorzugt Champagner, ein Dritter glaubt an Präparate wie Bachblüten, Vitamine, Schokolade und Traubenzucker. Manche Prüflinge lassen sich von ihrem Hausarzt Beruhigungsmittel verschreiben, andere besorgen sich das bereits erwähnte Ritalin. Dies geschieht alles in der Regel vor der Prüfung und wird nicht sanktioniert. Mangels entsprechender Regelung in den Prüfungsordnungen und fehlender eindeutiger Definition des unerlaubten Dopingmittels gibt es somit insoweit keine rechtlichen Grenzen.

### 3. Doping und Prüfungsunfähigkeit

---

<sup>140</sup> VGH München, Beschl. v. 11.03.2008 – 7 ZB 07.612, juris; Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rz. 453 m.w.N..

<sup>141</sup> VGH München, Beschl. v. 11.03.2008 – 7 ZB 07.612; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 394.

<sup>142</sup> Siehe z.B. VGH Mannheim, Beschl. v. 03.11.1992 – 9 S 2489/92, juris.

Es gehört zu den Obliegenheitspflichten des Prüfers, darauf zu achten, ob ein Prüfling prüfungsunfähig ist oder nicht. Kommt der Prüfer zu dem Ergebnis, dass der Prüfling offensichtlich durch Medikamente, Alkohol- oder Rauschmittel bedingt in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigt ist, so muss er die Frage der Prüfungsunfähigkeit von sich aus ansprechen und die Prüfung – unabhängig von der Mitwirkung des Prüflings - abbrechen und den Prüfling einem Amtsarzt vorstellen.<sup>143</sup>

Der „gedopte“ Prüfling kann sich allerdings nachträglich nicht auf eine Dopingbedingte Prüfungsunfähigkeit berufen, wenn die Prüfung für ihn ungünstig verläuft und er nicht einmal mehr Fragen beantworten kann, die jeder Laie beantworten könnte. Selbst wenn es offensichtlich ist, dass der Prüfling aufgrund der Einnahme von Dopingmitteln prüfungsunfähig ist, so hat er dies in Kauf genommen. Man spricht insoweit von einer „bewussten Risikoübernahme“. Bei dieser kommt ein Rücktritt von der Prüfung unter keinen Umständen in Betracht.<sup>144</sup>

Generell erfolgt die Medikamenteneinnahme vor Beginn einer Prüfung auf ausschließliches Risiko des Prüflings. Ihm werden die Folgen der Medikamenteneinnahme – auch wenn sie auf ärztlichen Rat hin erfolgt - als eigenes Verschulden zugerechnet.<sup>145</sup>

#### 4. Resümee

Doping vor eine Prüfung ist somit mangels Verbotsnorm legal. In einer Verbotsnorm müssten auch die unzulässigen „Doping-Mittel“ definiert werden. Der Prüfling, der vor einer Prüfung Medikamente (sei es Ritalin, sei es Beta-Blocker) zu sich nimmt, handelt stets auf eigenes Risiko. Ein Rücktritt von der fehlgeschlagenen Prüfung wegen Medikamenteneinnahme ist ausgeschlossen.

## D. Das Prüfungsverfahren

---

<sup>143</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 09.08.2002 – 9 S 1573/02, NVwZ-RR 2003, 37; hierzu Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 56.

<sup>144</sup> BVerwG, Beschl. v. 10.08.1994 – 6 B 60.93, DVBL 1994, 134; BVerwG, Urt. v. 24.02.2003 – 6 C 22.02, DÖV 2003, 726; vgl. hierzu Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 326 ff..

<sup>145</sup> So z.B. VG Göttingen, Urt. v. 22.10.2002 – 4 A 4117/00, juris.

## I. Zur Reichweite des Anonymitätsprinzips im Prüfungsrecht

Im Rahmen eines Antrags auf Zulassung der Berufung gegen ein Urteil des VG Hannover hatte das OVG Lüneburg<sup>146</sup> Gelegenheit zur Geltung und zur Reichweite des Anonymitätsprinzips im Prüfungsrecht Stellung zu nehmen.

Der Prüfling hatte gerügt, dass das Verwaltungsgericht einen Verstoß gegen das prüfungsrechtliche Prinzip der anonymen Beurteilung der Prüfungsleistung (§ 5 NJAVO) übersehen habe; denn die der Klägerin zugeteilte Prüfungskennziffer aus einem anderen Prüfungsjahrgang lasse für die Prüfer darauf schließen, dass sie eine Wiederholerin gewesen sei

Dieser Vortrag, dass die ihr zugeteilte Kennziffer 928/04 bei ihrer im Prüfungsdurchgang 2005 erfolgten Prüfung erkennen lasse, dass sie Wiederholerin sei, vermochte für das OVG Lüneburg keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils zu begründen. Das OVG Lüneburg hat ausgeführt:

„§ 5 Satz 1 NJAVO bestimmt, dass den Prüferinnen und Prüfern vor der abschließenden Bewertung der schriftlichen Arbeit keine Mitteilungen über die Person und die bisherigen Leistungen des Prüflings gemacht werden dürfen. Bei der Vergabe einer Kennziffer an einen Prüfling handelt es sich aber begrifflich schon nicht um eine „Mitteilung über bisherige Leistungen“ an den Prüfer im Sinne des § 5 Satz 1 NJAVO; denn Adressat dieser Mitteilung sind allein der Prüfling und die aktenführenden Stellen. Zudem enthält die Mitteilung einer Kennziffer aufgrund der vielfältigen, insbesondere krankheitsbedingten Möglichkeiten, wie es zu einer Verzögerung im Prüfungsverfahren kommen kann, keinerlei sicheren Erkenntniswert über etwaige bisherige Leistungen des Prüflings. Aus Verfassungsrecht folgt nichts anderes. Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entschieden, dass verfassungsrechtliche Maßstäbe, etwa die Chancengleichheit oder der Grundsatz der fairen Behandlung der Prüflinge (Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG), nicht eine Kenntnis der negativen Bewertung von Teilleistungen durch andere Prüfer verbieten und auch nicht die Kenntnis der Prüfer davon, dass ein Prüfling Wiederholer ist oder dass der Prüfung ein Verwaltungsstreitverfahren vorausgegangen ist<sup>147</sup>. Denn es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Prüfer die von ihnen zu bewertenden Leistungen unvoreingenommen und mit der nötigen Sorgfalt bewerten“<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.07.2007 - 2 LA 439/07 – [www.dbovg.niedersachsen.de](http://www.dbovg.niedersachsen.de)

<sup>147</sup> BVerwG, Beschl. vom 03.04.1997, - 6 B 4.97, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 379.

<sup>148</sup> VG Lüneburg a.a.O. unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschluss vom 25.04.1996, - 6 B 49.95, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 364.

Soweit ein Prüfer wegen seiner Mitgliedschaft im Prüfungsausschuss Kenntnis über die Person des Prüflings erlangt hat, darf er dennoch an der Bewertung der schriftlichen Arbeiten mitwirken<sup>149</sup>.

## II. Der Laptop als Hilfsmittel für den Nachteilsausgleich

Nach Auffassung des VG München<sup>150</sup> sowie des VGH München<sup>151</sup> ist die Entscheidung über die Gewährung eines Nachteilsausgleichs nach § 13 JAPO ein selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt. Nach dieser Rechtsprechung ist die Frage der Gewährung/Versagung eines Nachteilsausgleiches gem. § 12 JAPO 2003 eine dem eigentlichen Prüfungsverfahren vorgelagerte Entscheidung, die im Wege eines (rechtsmittelfähigen) Verwaltungsaktes (Art. 35 Satz 1 BayVwVfG) ergeht. Dies folge zum einen daraus, dass die Entscheidung nach § 13 JAPO 2003 sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG erfülle, wobei der Regelungscharakter aus der Gewährung eines bestimmten Nachteilsausgleichs bzw. dessen Versagung folgt. Die Entscheidung nach § 13 JAPO ergeht zudem in einem eigenständigen Verfahren, für das nach § 13 Abs. 3 Satz 1 JAPO bestimmte Fristen einzuhalten sind. Darüber hinaus ist die Entscheidung nach § 13 JAPO auf Grund ihres Inhaltes auch einer Vollstreckung zugänglich, womit gerade kein Fall des § 44 a VwGO vorliegt. Unabhängig hiervon sei es geboten, die Umstände der Prüfung vorab zu klären<sup>152</sup>.

Der Tenor der Entscheidung des VG München lautet wie folgt:

„Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin zu gestatten, ab dem 06. Dezember 2007 die noch ausstehenden Arbeiten der Zweiten juristischen Staatsprüfung im Termin 2007/2 unter Inanspruchnahme einer technischen Schreibhilfe (Laptop) anzufertigen. Diese Verpflichtung erfolgt mit der Maßgabe, dass die bisher der Antragstellerin gewährte Nachteilsausgleiche (Schreibzeitverlängerung um 30 Minuten bzw. 75 Minuten) gegenstandslos werden, d.h. die Arbeiten in der regulären Arbeitszeit von 5 Stunden anzufertigen und abzugeben sind.“

<sup>149</sup> OVG Münster, Beschl. v. 12.07.2007 – 14 A 2182/06, juris unter Bezugnahme auf Reborn/Schulz/Tettinger, Die Juristenausbildung in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 7. Aufl., § 8 a JAO Rz. 5.

<sup>150</sup> VG München, Beschl. v. 05.12.2007 – M 4 E 07.5630 – (n.v.).

<sup>151</sup> VGH München, Beschl. v. 07.12.2007 – 7 CE 07.3204 – (n.v.).

<sup>152</sup> Insoweit unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Beschl. v. 26.08.1993 – 9 S 2023/93, DVBl 1993, 1315 sowie VG Augsburg, Beschl. v. 17.07.2007 – Au 3 K 07.729 – (n.v.).

Das VG München hat zur Begründung seiner Entscheidung darauf abgestellt, dass nach § 13 Abs. 1 Satz 1 JAPO 2003 schwerbehinderten Menschen und Gleichgestellten auf Antrag vom Vorsitzenden Mitglied des Prüfungsausschusses nach der Schwere der nachgewiesenen Prüfungsbehinderung eine Arbeitszeitverlängerung bis zu einem Viertel der normalen Arbeitszeit gewährt werden soll. In Fällen besonders weitgehender Prüfungsbehinderung kann auf Antrag die Arbeitszeit bis zur Hälfte der normalen Arbeitszeit verlängert werden (Satz 2). Neben oder anstelle einer Arbeitszeitverlängerung kann ein anderer angemessener Ausgleich gewährt werden, soweit dieser den Wettbewerb nicht beeinträchtigt (Satz 3). Unter Würdigung des konkreten Falles kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Arbeitszeitverlängerung als Nachteilsausgleich nicht in Betracht komme, so dass sich die Frage stellte, welcher anderer angemessener Ausgleich zu gewähren ist. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass vom Prüfungsamt die Gestattung eines Laptops „als – sozusagen – höchste Stufe der Gewährung eines Nachteilsausgleichs“ zu gestatten ist.

Im Beschwerdeverfahren hat der VGH München insbesondere darauf abgehoben, dass die amtsärztlichen und landgerichtsärztlichen Atteste die Zulassung der Laptopbenutzung ausdrücklich empfohlen hatten. Ferner habe sich die gesundheitliche Beeinträchtigung der Antragstellerin erst während der laufenden Prüfung akut verschärft. Es sei deshalb keine unzulässige Überkompensation der Behinderung der Antragstellerin anzunehmen, zumal ihre – unstrittige – Erkrankung sie auch bei der Benutzung des Laptops beeinträchtigen dürfte.

### **III. Prüfungserleichterung wegen fehlender Sprachkenntnisse?**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Obergerichte<sup>153</sup> verlangt der Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsrecht keine Differenzierung der Prüfungsbedingungen nach den jeweiligen Sprachkenntnissen der nicht deutschsprachigen Prüflinge.

Der Normgeber darf hiernach vielmehr bei einer in deutscher Sprache abgehaltenen Prüfung ausreichende Sprachkenntnisse voraussetzen. Als Grundlage für eine Differenzierung in den Prüfungsbedingungen scheiden Unterschiede in der Sprachbe-

---

<sup>153</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.09.2007 - 2 PA 593/07

herrschaft schon deshalb aus, weil sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt, inwieweit Minderleistungen auf unzulänglichen Sprach- oder fehlenden Fachkenntnissen beruhen.

Für nicht deutschsprachig aufgewachsene Prüflinge eine niedrigere Bestehensschwelle festzusetzen, würde überdies zur Ungleichbehandlung nicht nur zwischen deutsch- und fremdsprachigen Prüflingen, sondern auch zwischen den fremdsprachigen Prüflingen untereinander führen. Die Feststellung und Berücksichtigung individueller Sprachschwierigkeiten bei jedem nicht deutschsprachigen Prüfling ist nicht durchführbar.<sup>154</sup> Ein nicht deutschsprachiger Prüfling hat daher keinen Anspruch darauf, dass ihm die Prüfungsfragen in einer gerade und spezifisch auf seine eingeschränkten individuellen Fähigkeiten zur Verständigung in deutscher Sprache abgestimmten Art und Weise gestellt werden.

Eine Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Fairness im Prüfungsverfahren könne allenfalls dann vorliegen, wenn Prüfer sich einer spezifischen, nicht durch die fachlichen Gegebenheiten der Ausbildung bestimmten Ausdrucksweise bedienen, die sich mit dem Sprachverständnis eines ansonsten mit der deutschen Sprache ausreichend vertrauten ausländischen Studierenden nicht erfassen lasse.

Ein Prüfling muss demnach in der Lage sein, die Prüfungsfragen in deutscher Sprache in hinreichendem Umfang zu verstehen und seine Gedanken und Lösungsvorschläge hinreichend klar und verständlich auszudrücken<sup>155</sup>.

Dass es bei der Klägerin an hinreichenden deutschen Sprachkenntnissen fehlt, belegte im konkreten Fall auch eine Amtsärztliche Stellungnahme. In dieser wurde eingangs angeführt, dass sich die Gesprächsführung mit der Klägerin schwierig gestalte, da diese nur über eingeschränkte Deutschkenntnisse verfüge.

---

<sup>154</sup> BVerwG, Beschl. v. 10.12.1993 - 6 B 40.92 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 321 = juris; Beschl. v. 8.9.1983 - 7 B 120/83 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 184 = juris; vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 13.3.1991 - 22 A 871/90 -, NJW 1991, 2586 = juris.

<sup>155</sup> Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rz. 325.

Die Gerichtssprache ist von Gesetzes wegen deutsch. Die Prüfungssprache muss nicht zwangsläufig deutsch sein. Zahlreiche Prüfungsordnungen ermöglichen es, dass die Bachelor- oder Diplomarbeit auf englisch verfasst wird. Ebenso ist es ohne weiteres möglich nach der Promotionsordnung zahlreicher Hochschulen, dass die Disputation in englischer Sprache durchgeführt wird. Dies ist unproblematisch, solange der Prüfling sich auswählen kann, ob er auf deutsch oder englisch geprüft werden möchte. Es stellt sich die Frage, ob in einer Prüfungsordnung angeordnet werden kann, dass ein oder mehrere Fächer zwangsläufig in englischer Sprache abgeprüft werden. Dies könnte man beispielsweise damit begründen, dass die Absolventen des betreffenden Studienganges vor allem für den „internationalen Markt“ ausgebildet werden und demzufolge das perfekte Beherrschen der englischen Sprache Voraussetzung für das erfolgreiche Abschließen des Studiums ist. Insoweit hat die Rechtsprechung sich bereits mit der Frage beschäftigen müssen, ob bei einem Journalistikstudium das erfolgreiche Bestehen einer Sprachprüfung (in Englisch) als Voraussetzung für die Zulassung zum Studium in der Prüfungsordnung zugelassen werden kann<sup>156</sup>.

#### **IV. Meldung zu einer juristischen Prüfung (Meldefrist als Ausschlussfrist)**

Das VG Frankfurt a.M.<sup>157</sup> hatte sich mit folgendem Fall zu beschäftigen:

Die Klägerin beehrte ihre Zulassung zur Ersten juristischen Staatsprüfung. Sie war seit dem Wintersemester 1979/1980 im Studiengang Rechtswissenschaft immatrikuliert. Mit Schreiben vom 22.06.2006 wandte sie sich an das Justizprüfungsamt und beantragte unter dem Betreff „Meldung zur Ersten juristischen Staatsprüfung (Studienbeginn vor dem 01.07.2003), Anträge zur Befreiung von Fristen“ die Verlängerung der Frist für das aktuelle Meldeverfahren, falls sie die dem Antrag auf Zulassung zur Ersten juristischen Staatsprüfung beizufügenden Unterlagen nicht bis zum 30.06. beibringen könne. Den Meldebogen zur Ersten juristischen Staatsprüfung gab die Klägerin als Einschreiben/Einwurf am Donnerstag, den 29.06.2006 in Mainz zur Post. Erst am darauffolgenden Montag, dem 03.07.2006 ging die Briefsendung beim Justizprüfungsamt in Frankfurt a.M. ein. Mit Bescheid vom 08.08.2006 wies das Justiz-

---

<sup>156</sup> VG Bremen, Beschl. v. 09.12.2003 – 6 V 1975/03 -.

<sup>157</sup> VG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.12.2006 – 12 E 3403/06 – (n.v.).

prüfungsamt den Zulassungsantrag der Klägerin zurück, weil sie sich nicht innerhalb der bis zum 01.07.2006 laufenden Frist gemeldet habe. Zur Begründung der Klage trägt die Klägerin vor, ihr sei die Meldefrist nicht bekannt gewesen. Auf der Homepage der Universität Frankfurt a.M. sei ein veraltetes Merkblatt für die Meldung zur Ersten juristischen Staatsprüfung, welches als Meldetermin unter anderem den Juli nenne, veröffentlicht worden und auf dessen Richtigkeit habe sie vertraut. Im Übrigen betrage die Postlaufzeit für einen Brief von Mainz nach Frankfurt a.M. üblicherweise nur einen Tag, so dass ihre Meldeunterlagen am 30.06.2006 beim Justizprüfungsamt hätten eingehen müssen.

Das VG Frankfurt a.M. hat die Klage abgewiesen. Durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.07.2002 tritt an die Stelle der Ersten juristischen Staatsprüfung die erste Prüfung, die aus einer staatlichen Pflichtfachprüfung und einer universitären Schwerpunktsbereichsprüfung besteht. Eine Erste juristische Staatsprüfung dürften nur noch diejenigen Studierenden, die vor Inkrafttreten des Gesetzes mit dem Studium begonnen, ablegen, wenn sie sich bis zum 01.07. zur Ersten Staatsprüfung gemeldet haben. Dies war bei der Klägerin nicht der Fall, da ihre Meldung erst am 03.07.2006 beim Justizprüfungsamt einging.

Unerheblich ist nach Auffassung des VG Frankfurt, dass der 01. Juli 2006 auf einen Sonnabend fiel. Die Regelung des § 31 Abs. 3 VwVfG, nach der eine Frist, deren Ende auf einen Samstag fällt, erst mit dem Ablauf des nächsten darauffolgenden Werktages endet, werde durch die Stichtagsregelung des Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung vom 11.07.2002<sup>158</sup> und des Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Reform der Juristenausbildung vom 27.02.2004<sup>159</sup> verdrängt. Denn der Gesetzgeber habe den Tag des Fristendes ausdrücklich festgelegt und unabhängig davon, ob es sich um einen Samstag, Sonntag oder einen gesetzlichen Feiertag handelt.

Eine Wiedereinsetzung wegen der versäumten Meldefrist sei nicht möglich, weil es sich um eine Ausschlussfrist im Sinne des § 32 Abs. 5 VwVfG handele. Hiernach ist die Wiedereinsetzung unzulässig, wenn sich aus einer Rechtsvorschrift ergibt, dass

---

<sup>158</sup> *BGBI. I. S. 2592 ff.*

<sup>159</sup> *GVBl. I S. 86 ff.*

sie ausgeschlossen ist. Dies muss nicht notwendig ausdrücklich aus dem Wortlaut des jeweiligen Gesetzes hervorgehen. Es reicht aus, wenn es Sinn und Zweck der Regelung ist, einen verspäteten Antragsteller endgültig von der Geltendmachung eines Rechts auszuschließen. Nachsicht wegen der Versäumung der Frist würde der Klägerin nicht gewährt werden. Weder verstoße das beklagte Land gegen Treu und Glauben, wenn es sich auf die Frist berufe, noch war die Klägerin aus Gründen höherer Gewalt an der Wahrung der Frist gehindert. Im Übrigen habe sich aus dem Meldeformular eindeutig der 01.07.2006 als Fristablauf ergeben.

Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung spricht Folgendes:

Wenn man davon ausgeht, dass eine Bewerbung spätestens an einem bestimmten Tag bei der zuständigen Behörde eingehen muss, so muss diese Behörde – selbst wenn es sich hierbei um einen Samstag oder Sonntag handelt – geöffnet haben (vor der Online-Bewerbung mit AntOn). Insoweit kann man verweisen auf das Beispiel der ZVS: Wenn der 15. Januar oder der 15. Juli auf einen Samstag oder Sonntag fällt, hatte die ZVS „geöffnet“. Die Pforte war bis 23.59 Uhr besetzt, so dass ein Bewerber seinen Antrag noch rechtzeitig abgeben konnte bzw. ein Postbote noch rechtzeitig den Zulassungsantrag übergeben konnte. Wenn die Behörde an einem derartigen Tag geschlossen hat (trotz Kenntnis einer Ausschlussfrist) ist es nicht gerechtfertigt, das Risiko des rechtzeitigen Zuganges eines Antrages (ausschließlich) dem Prüfling aufzuerlegen.

## **V. Antwort-Wahl-Prüfungen**

### **1. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu Antwort-Wahl-Prüfungen im Rahmen studienbegleitender Leistungskontrollen**

#### **a) Die Rechtsprechung des OVG Münster**

Das OVG Münster hat sich in einer grundlegenden Entscheidung im Eilverfahren<sup>160</sup> anlässlich der Beurteilung einer Diplomprüfungsordnung im Fachbereich BWL an der Uni Köln mit der in der Überschrift erwähnten Problematik befasst und Folgendes ausgeführt:

---

<sup>160</sup> OVG Münster, Beschl. v. 04.10.2006 – 14 B 1035/06,- [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)

„Außer der Erwähnung des Antwort-Wahl-Verfahrens in § 3 Abs. 4 Satz 3 DPO enthält die DPO keine besonderen Regelungen für diese Prüfungsform. Damit unterscheidet sich die rechtliche Ausgangssituation von derjenigen, die den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu ärztlichen Antwort-Wahl- Prüfungsverfahren - Beschlüsse vom 14. März 1989- 1 BvR 1033/82 u.a. -, BVerfGE 80, 1, und 17. April 1991 - 1 BvR 1529/84 u.a. -, BVerfGE 84, 59, zugrunde lag. Der Senat geht der Frage nicht nach, ob und inwieweit sich den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts für ein bundesweit nach einheitlichen Regeln durchzuführendes Prüfungsverfahren, die sich auf die dort vorgefundene normative Grundlage beziehen, Grundsätze für die normativen Anforderungen an örtlich begrenzte Hochschulfachprüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren zu entnehmen sind. Der Senat lässt deshalb offen, ob besondere Regelungen für das Antwort-Wahl- Verfahren satzungsrechtlich erfolgen müssen, wie der Antragsteller unter Berufung auf eine Entscheidung des Sächsischen Obergerichtes Beschluss vom 10. Oktober 2002, - 4 BS 328/02 -, DÖV 2003, 728 = NVwZ-RR 2003, 853, meint.

Das Bundesverfassungsgericht hat in den genannten Entscheidungen im Hinblick auf die Grundrechtsgebundenheit von Prüfungen, die subjektive Berufszugangsschranken sind, Grundsätze für die Durchführung von Multiple-Choice-Prüfungen aufgestellt. Danach sind bei Prüfungen in dieser Form die Voraussetzungen für den Erfolg oder Misserfolg vorher festzulegen. Dazu genügt nicht die Bestimmung einer absoluten Bestehensgrenze. Erforderlich ist auch die Bestimmung einer Bestehensgrenze im Verhältnis zu einer für möglich erachteten Höchstleistung oder einer Normalleistung. Das Bundesverfassungsgericht hat dies daraus gefolgert, dass es nach dem - damaligen - Stand der Erfahrung und der Testtheorie nicht möglich ist, den Schwierigkeitsgrad von Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren zuverlässig vorauszusagen oder gar zu steuern. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Erkenntnislage in der Zwischenzeit insoweit entscheidungserheblich verändert haben könnte, hat der Senat nicht. Da es keine nachfolgenden Prüferbewertungen gibt, in denen zu Tage tretenden ungewollten Schwankungen im Schwierigkeitsgrad der Prüfungen verschiedener Termine Rechnung getragen oder in der auf Fehler oder Missverständlichkeiten in der Aufgabenstellung eingegangen werden kann, müssen insoweit Regeln und Mechanismen vorher festgelegt werden. Daran fehlt es hier, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt“.

b) Die Rechtsprechung des VG Potsdam:

Entsprechend hat das VG Potsdam<sup>161</sup> in einem Verfahren wegen der Diplomvorprüfung im Fach BWL entschieden. Dort enthielt die DPO eine Regelung, die die Anwendung des Antwort-Wahl-Verfahrens gerade ausschloss. Nach § 11 DPO sollte in der Prüfung nicht nur der Wissensstand der Kandidaten überprüft werden, sie sollten vielmehr nachweisen, dass sie „mit den gängigen Methoden ihres Fachs ein Problem erkennen und Weg zu seiner Lösung finden können“.

<sup>161</sup> VG Potsdam, Urt. v. 29.01.2007 – 12 K 2137/04 - juris

Das VG Potsdam hat dazu zu Recht festgestellt, dass dies regelmäßig eine eigenständige Lösung einer Prüfungsaufgabe ohne Beschränkung auf vorgegebene Antwortmöglichkeiten voraussetzt. Auch das Zwei-Prüfer-Prinzip sei dem Antwort-Wahl-Verfahren wesensfremd.

c) Die Rechtsprechung des VG Göttingen:

Bereits zuvor hatte sich das VG Göttingen<sup>162</sup> mit den Anforderungen an Bestehensgrenzen bei studienbegleitenden Erfolgskontrollen im Rahmen der Humanmedizin befasst und seine Erkenntnisse in folgendem Leitsatz zusammengefasst:

„In Anwendung der durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82 u. 174/84 - , BVerfGE 80, 1, 26 ff. aufgestellten Grundsätze ist auch bei der Bewertung studienbegleitender Erfolgskontrollen, die im Antwort-Wahl-Verfahren durchgeführt werden und deren Nichtbestehen zum Ausschluss von dem angestrebten Beruf führen würde, neben einer absoluten eine relative Bestehensgrenze vorzusehen.“

Das VG Göttingen hat sich im Weiteren auch mit der Anwendung einer Bestehensgrenze von 60 % beschäftigt. Diese Bestehensgrenze ist im Bereich medizinischer Prüfungen üblich (vgl. § 14 Abs. 6 ÄAppO). Das VG Göttingen hat jedoch zutreffend einen Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz des Übermaßverbotes bejaht, weil es sich hierbei um eine starre, absolute Bestehensgrenze gehandelt hat, deren Wirkungen nicht durch eine sogenannte relative Bestehensgrenze abgedeckt werden. Das VG Göttingen hat insoweit folgendes ausgeführt:

„Die Praxis studienbegleitender Prüfungen im Studiengang Zahnmedizin an der Antragsgegnerin sieht eine Abschwächung der absoluten durch eine relative Bestehensgrenze weder in Form der Einbeziehung von Durchschnittsergebnissen noch in anderer geeigneter Form - wie z. B. durch die Einführung einer Ausgleichsregelung - vor. Im Fall des Antragstellers hätte die Einführung einer solchen Ausgleichsregelung um so näher gelegen, als im Rahmen seines „außerordentlichen Versuchs“ Prüfungsstoff, der zuvor in einer einzigen Klausur abgefragt worden war, nunmehr in zwei Teilklausuren zur Bearbeitung gestellt wurde. In Bereichen - wie vorliegend dem Physiologischen Praktikum - in denen Studierende im Fall des Misserfolges von der Zulassung zu anderen Prüfungen und damit von der Fortsetzung ihres Studiums ausgeschlossen werden, ist die Universität an die vom Bundesverfassungsgericht

<sup>162</sup> VG Göttingen, Beschl. v. 04.07.2006 – 4 B 52/06, juris und dbovg.niedersachsen.de

formulierten verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden (vgl. hierzu Niehues, a.a.O., Rn. 608). Dabei besteht Anlass zu der Annahme, dass der Antragsteller (entsprechend § 4 Abs. 1 Nr. 3 der Immatrikulationsordnung der Antragsgegnerin in der Fassung vom 17.11.2004, Amtl. Mitteilungen vom 16.12.2004, S. 840) auch an einer anderen Universität im Geltungsbereich des Hochschulrahmengesetzes den Praktikums-Schein nicht mehr erwerben kann, nachdem ihm die Antragsgegnerin das endgültige Scheitern durch Bescheid vom 20.5.2005 bescheinigt hat. Da die Antragsgegnerin den Antragsteller in Anwendung der absoluten Bestehensregel von einer Zulassung zur zahnärztlichen Vorprüfung ausgeschlossen hat, verletzt ihre Entscheidung das Grundrecht des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 GG.

In welcher Weise die Antragsgegnerin zukünftig dafür sorgen wird, dass ihre Prüfungsverfahren, soweit sie für die Studierenden zu einer Berufszugangsschranke führen können, den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen, bleibt ihrer Entscheidung vorbehalten. Insoweit erschiene es denkbar, dass das Ergebnis einer Klausur, in der der Anteil richtiger Antworten zwischen 30 und 59 % beträgt, durch gute Leistungen in einer anderen Klausur ausgeglichen werden kann. Eine solche Handhabung ließe sich auch mit dem Interesse der Antragsgegnerin vereinbaren, zu vermeiden, dass Studierende in bestimmten Bereichen bewusst „auf Lücke setzen“, da sie zumindest einen Anteil richtiger Antworten von 30 % erreichen müssten, um die Ausgleichsregelung in Anspruch nehmen zu können.“

Im Falle des dortigen Antragstellers hat das VG Göttingen angesichts der Notwendigkeit effektiven vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, die relative Bestehensregelung aus den medizinischen Prüfungen gem. § 14 Abs. 6 ÄAppO angewendet. Im Falle des dortigen Antragstellers führte dies dazu, dass die Universität verpflichtet wurde, diesem Studenten die erfolgreiche Teilnahme am physiologischen Praktikum zu bescheinigen<sup>163</sup>.

d) Die Rechtsprechung des OVG Koblenz:

Das OVG Koblenz hat mit Beschluss vom 15.08.2008<sup>164</sup> eine Physiotherapeutenprüfung, die in einem Fach teilweise im MC-Verfahren durchgeführt worden war, aufgehoben, da weder das Gesetz über die Berufe in der Physiotherapie noch die dazu ergangene Ausbildungs- und Prüfungsverordnung den „notwendigen positiven Hinweis“ enthalten, dass der schriftliche Teil der Staatsprüfung ganz oder teilweise dem Antwort-Wahl-Verfahren unterliegt.

<sup>163</sup> Vgl. insoweit Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, Rz. 1226.

e) Die Rechtsprechung des VG Dresden sowie des OVG Bautzen:

Bei Juris ist folgender Leitsatz des VG Dresden<sup>165</sup> nachzulesen:

„Das Sächsische Hochschulrecht ermächtigt die Hochschulen nicht dazu, im Studiengang Zahnmedizin Praktikumsordnungen zu erlassen, deren Ausgestaltung letztlich dazu führt, dass Studierende die Zulassungsvoraussetzungen für die staatliche zahnärztliche Prüfung an ihre Hochschule endgültig nicht mehr erlangen können.“

Das OVG Bautzen<sup>166</sup> hat insoweit folgendes ausgeführt:

„Jedenfalls dann, wenn – wie hier – ein wiederholter Misserfolg bei studienbegleitenden Prüfungen bewirkt, dass das Studium – zumindest an der jeweiligen Hochschule – nicht mehr weitergeführt werden kann, bedarf es aus rechtsstaatlichen Gründen einer hinreichend bestimmten normativen Grundlage insbesondere hinsichtlich des Prüfungsverfahrens, des Prüfungsstoffes und der Bewertungsmaßstäbe.“

f) Die Rechtsprechung des VG Saarlouis:

Das OVG hat eine absolute Bestehensgrenze von 60 vH im Multiple-choice-Verfahren bei Leistungskontrollen gebilligt, sofern die Studierenden auf sonstige Art und Weise noch die Möglichkeit haben, den Schein zu erwerben. Es hat insoweit folgendes ausgeführt:

„Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist das angewandte Prüfungsverfahren mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Bedenken wegen der Einbeziehung der im Antwort-Wahl-Verfahren erbrachten Klausurleistung bestehen insoweit nicht. Insoweit ist das streitige Prüfungsverfahren nicht dem dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14.03.1989 – 1 BvR 1033/82 und 174/84 -, BVerfGE 80, 1, zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt vergleichbar. Durch die Kombination von Testaten und Klausur wirkt die subjektive Berufszugangsschranke des erfolgreichen Scheinerwerbs hier nicht unverhältnismäßig, da sie nicht zu unkalkulierbaren und unverhältnismäßigen Ergebnissen führt, vgl. zur Erheblichkeit der Relativierung der Bestehensgrenze auch: VG Mainz, Beschluss vom 21.02.2008 – 7 L 80/08.MZ -, juris. Insbesondere folgt das Bestehen nicht allein aus einem Vomhundertsatz der geforderten Antworten einer Klausur, so die maßgebliche Begründung im Beschluss des OVG Sachsen vom 26.08.2003 – 4 BS 248/03 -. Die Rechtswidrigkeit der konkreten Prüfung erweist sich bei den Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht, vgl. zu diesem Erfordernis insbesondere die abweichende Mei-

---

<sup>164</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 15.08.2008 – 6 B 10791/08.OVG (n.v.)

<sup>165</sup> VG Dresden, Beschl. v. 29.08.2007 – 5 K 1337/07, juris.

<sup>166</sup> OVG Bautzen, Beschl. v. 11.11.2007 – 2 Bs 368/07 – (n.v.).

nung des Richters Henschel zur angeführten Entscheidung des BVerfG's in BVerfGE, 80,37.

Für die verfassungsrechtliche Betrachtung kann nicht isoliert allein auf die zwei Wiederholungsklausuren abgestellt werden, die bei höherer Bestehensgrenze alternativ das Erlangen des „Gesamt-Praktikum-Scheines“ ermöglichen. Hierbei handelt es sich um eine Vergünstigung gegenüber der regulären Verpflichtung mindestens 58 von 96 Punkten aus Testaten und Klausur zu erreichen. Die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der Bestimmungen über den Erwerb des Leistungsnachweises insgesamt ist maßgeblich und gegeben.“

## 2. Das sogenannte Multiple-Select-Prüfungsverfahren

An der Universität Düsseldorf werden die Klausuren im Fach Biochemie im Rahmen eines kurz als "Multiple-select" bezeichneten Bewertungssystems bepunktet. Hierbei werden 40 Fragen gestellt. Für jede der 40 Fragen gibt es 4 Antwortmöglichkeiten. Die zutreffende Beantwortung aller 4 Antwortmöglichkeiten vermittelt dem Prüfling 2 Punkte, die zutreffende Beantwortung von 3 Antwortmöglichkeiten vermittelt dem Prüfling 1 Punkt. Die zutreffende Beantwortung von 2, 1 oder 0 Antwortmöglichkeiten vermittelt dem Prüfling 0 Punkte.

„Zutreffend“ in diesem Sinne kann entweder das Ankreuzen oder auch das Nichtankreuzen einer Antwort sein. § 20 Abs. 3 Satz 1 der Studienordnung für den Studiengang Humanmedizin der Uni Düsseldorf in der hier maßgeblichen Fassung lautet:

„Die Leistungsüberprüfung ist bestanden, wenn die oder der Studierende mindestens 60% der maximalen Punktzahl erreicht hat.“

In mehreren einstweiligen Anordnungsverfahren haben sich sowohl das VG Düsseldorf<sup>167</sup> als auch das OVG Münster<sup>168</sup> mit diesem System befasst und - obwohl es wegen noch bestehender weiterer Versuche und damit des Fehlens des Anordnungsgrundes hierauf nicht ankam - deutliche Bedenken geäußert.

An einer Biochemie-Klausur am 27.3.2007 haben 147 Prüflinge teilgenommen, von denen 106, also 72,12% der Prüflinge nicht bestanden haben. Eine solche signifikant aus dem Rahmen fallende hohe Misserfolgsquote in einem Prüfungstermin ist -

<sup>167</sup> VG Düsseldorf, Beschl. v. 25.05.2007 - Az: 15 L 734/07

<sup>168</sup> OVG Münster, Beschluss vom 13.08.2007 - 14 B 903/07, der im Wesentlichen auf den Beschluss vom 4.10.2006 - 14 B 1035/06 - NWVBI 2007, 115 Bezug nimmt

schon für sich betrachtet -ein Anhaltspunkt, der Anlass zu der Vermutung eines fehlerhaften Prüfungsverfahrens gibt<sup>169</sup>.

Zwei Argumente sprechen aus Sicht des OVG Münster gegen die Statthaftigkeit derartiger Aufgabenstellungen:

So werden positive Teilleistungen teilweise dem Prüfling nicht anerkannt, weil sie durch negative Teilleistungen „überkompensiert“ werden. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn zwei Antwortmöglichkeiten der vier zur Verfügung stehenden Antwortmöglichkeiten zutreffend angekreuzt werden. Für den Prüfling ist das im Ergebnis nicht mehr wert, als wenn er gar keine Antwortmöglichkeit richtig angekreuzt hätte.

Hierzu hat das OVG Münster im Beschluss vom 4.10.2006 - 14 B 1035/06 - <sup>170</sup> weiterhin folgendes ausgeführt:

„Das in den Klausuren gewählte einfache, nur auf die Einschätzung als richtig oder falsch abstellende Antwort-Wahl-Verfahren birgt ein hohes, bei 50% liegendes Raterisiko. Es ist deshalb zwar verständlich, dass die Prüfer durch die von ihnen gewählten Methoden der Auswertung versucht haben, dem zu begegnen. Allerdings führen diese Methoden außer im Extremfall, dass alle Fragen richtig oder gegebenenfalls nicht beantwortet worden sind, dazu, dass positiv erbrachte Testleistungen als nicht erbracht gewertet werden, weil das Prüfungsverfahren die genannte ausgeprägte strukturelle Schwäche hat. Die naheliegende Frage ist dann, ob das Prüfungsverfahren für Prüfungen dieser Qualität geeignet ist.“

Das angewandte Prüfungssystem ist außerdem nicht im Stande, zuverlässige Aussagen über die Qualifikation des Prüflings zu vermitteln. Denn letztlich hängt es von Zufällen ab, wie viele zutreffende Antworten im Ergebnis wie viele Punkte vermitteln.

Weiter aus dem genannten Beschluss des OVG Münster:

„Der Senat hat außerdem Zweifel, ob die für den Aufgabenblock B1 in den Klausuren I und II 2005 gewählte Auswertemethode geeignet ist, zuverlässige

<sup>169</sup> vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 1989 - 1 BvR 1033/82 -, juris 21.5.1999 - VII R 34/98 - NVwZ-RR 2000, 292

<sup>170</sup> NWVBI 2007, 115

Aussagen über die Qualifikation der Prüflinge zu gewinnen. Dieses Auswertesystem hat zur Folge, dass Kenntnismängeln unterschiedliches Gewicht beigemessen wird, je nachdem, ob sie sich in den einzelnen Aufgaben konzentriert (z. B. : 6x5=30 richtige Antworten ergeben 30 Punkte, selbst wenn ansonsten 30 falsche Antworten gegeben wurden) oder verteilt (z. B.: 8x4 und 4x3 richtige Antworten, also 44 richtige Antworten ergeben nur 28 Punkte, obwohl nur 16 falsche Antworten gegeben wurden) zeigen.“

Nach § 20 I 4 der Studienordnung werden bei Fragen im Antwort-Wahl-Verfahren eine richtige Antwort mit einem Punkt und eine falsche Antwort mit null Punkten bewertet wird.

Soweit der Lehrveranstaltungsleiter dieses Scheins ein von diesen Maßgaben abweichendes Prüfungssystem erdacht hat, widerspricht dies schon der Studienordnung.

Soweit man § 20 Abs. 1 Satz 5 der Studienordnung so versteht, dass dem Lehrveranstaltungsleiter hierdurch die Möglichkeit eröffnet wird, für das Prüfungsverfahren ein eigenes System auszuarbeiten und zum Einsatz zu bringen, ist dies mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nicht zu vereinbaren<sup>171</sup>.

Vorliegend geht es um Fragen der Eingriffsverwaltung, da bedarf es entsprechender gesetzlicher Grundlagen. Diese müssten in der Prüfungsordnung selbst enthalten sein, was vorliegend aber nicht der Fall ist. Die Lehrfreiheit des Hochschullehrers umfasst nur die inhaltliche und methodische Gestaltung der Lehrveranstaltungen, nicht aber auch die Aufstellung von Studien- und Prüfungsordnungen, in denen unter anderem die Voraussetzungen zu bestimmen sind, unter denen ein Leistungsnachweis erteilt wird<sup>172</sup>.

### 3. Erlass des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft, Jugend und Kultur des Landes Rheinland-Pfalz vom 03.12.2007 zur Einführung des Multiple-Choice-Verfahrens in Hochschulprüfungen

Aus diesem Erlass vom 03.12.2007 – 9526 – TgbNr. 142/07 – dürfen wir wie folgt zitieren:

---

<sup>171</sup> vgl. hierzu OVG Bautzen in der vom OVG Münster zitierten Entscheidung

<sup>172</sup> Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rz. 52.

„Grundsätzlich sind Prüfungen nach dem Multiple-Choice-Verfahren durch das Hochschulgesetz nicht ausgeschlossen. Allerdings stellt das Multiple-Choice-Verfahren ein besonderes Prüfungsverfahren dar, das auf Grund der Rechtsprechung, die sich insbesondere aus den bundesweit einheitlichen Medizinprüfungen ergeben hat, besonderer Regelungen bedarf.

In Folge der Rechtsprechung bitten wir, nachstehende Regelungen in die Prüfungsordnungen für Bachelor- und Masterstudiengänge aufzunehmen, wenn Hochschulprüfungen nach dem Multiple-Choice-Verfahren abgenommen werden sollen:

1. Die Studierenden sind rechtzeitig (spätestens zu Beginn des Semesters) zu unterrichten, welche Prüfungen oder Prüfungsteile im Multiple-Choice-Verfahren abzulegen sind.
2. Da die Prüfertätigkeit schon in der Auswahl des Stoffes, der Stellung der Fragen und der Festlegung der richtigen und falschen Antworten liegt, sind die Prüfungsfragen und die alternativen Antworten durch zwei Prüfende zu erstellen.
3. Die Bewertung bzw. Auswertung muss durch Prüfungsberechtigte erfolgen.
4. Für Prüfungen nach dem Multiple-Choice-Verfahren sind absolute und relative Bestehensgrenzen festzulegen.
5. Die Bewertung nach Noten muss beide Bestehensgrenzen berücksichtigen und in der Prüfungsordnung geregelt sein (Beispiel: Kopie des § 14 Abs. 6 und 7 der Approbationsordnung, die diesem Schreiben als Anlage beigelegt ist).
6. Die Prüfungsordnung muss ein Kontrollgremium vorsehen (i.d.R. der Prüfungsausschuss), das letztendlich in den Fällen entscheidet, in denen sich Aufgaben als missverständlich herausstellen, keine der angebotenen Lösungen zutreffend ist oder sich die als richtig vorgegebene Lösung als falsch herausstellt. Dabei ist für alle Studierenden, die an der Prüfung teilnehmen bzw. teilgenommen haben, Chancengleichheit zu wahren, d.h. die unklaren Fragen sind zu eliminieren und für alle Studierenden bei der Bewertung nicht zu berücksichtigen.
7. Bei Prüfungen, die nur zum Teil aus Aufgaben bestehen, die nach dem Multiple-Choice-Verfahren zu beantworten sind, ist zu regeln, dass o.g. Grundsätze entsprechend für diese Prüfungsteile gelten.“

Die Anordnung in Ziff. 3, wonach die Bewertung bzw. Auswertung durch Prüfungsberechtigte erfolgen muss, ist unsinnig. Die Auswertung im Multiple-Choice-Verfahren kann auch computermäßig erfolgen oder jeden ordentlichen Mitarbeiter der Universitätsverwaltung.

Die Festlegung von absoluten und relativen Bestehensgrenzen (gem. Ziff. 4 und 5) ist in kleineren Studiengängen sehr problematisch. Insoweit ist es völlig verfehlt, auf die Regelung in § 14 Abs. 6 und 7 ÄAppO zu verweisen. In der Regel mangelt es für alle Prüfungen an einer geeigneten „Vergleichsgruppe“. Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass Wiederholungsprüfungen in aller Regel wesentlich schlechter ausfallen als die Erstprüfung. Damit relativiert sich zum einen die relative Bestehensgrenze und zum anderen auch die vergebene Note. So ist es in der Wiederholungsprüfung wesentlich einfacher, eine gute Note in der Prüfung zu erreichen als bei der Erstprüfung. Dies eröffnet die Möglichkeit der Manipulation und hat auch Auswirkungen auf BaföG-Empfänger (Erlass eines Teils des Stipendiums bei überdurchschnittlichen Leistungen). Von daher sind Multiple-Choice-Prüfungen mit einer relativen Bestehensgrenze für kleinere Studiengänge grundsätzlich ungeeignet.

Ob man darüber hinaus die Auffassung vertreten kann, dass im Multiple-Choice-Verfahren mindestens 50 % der gestellten Fragen richtig beantwortet werden müssen<sup>173</sup>, ist fraglich. Allerdings dürfte eine relative Bestehensgrenze von 50 % der gestellten Fragen bei einer entsprechenden Anordnung durch die Prüfungsordnung nicht zu beanstanden sein. Dies gilt zumindest dann, wenn das zwei- oder dreimalige Nichtbestehen der Klausur nicht dazu führt, dass der Prüfling das Studium an dieser Hochschule nicht mehr vollenden kann.

#### **IV. Die Bewertung der Prüfungsleistung**

Nach Auffassung der Rechtsprechung bilden übermäßige Prüfungsanforderungen kein eigenständiges Merkmal, die Rechtmäßigkeit einer Prüfung zu beurteilen<sup>174</sup>. Es ist allerdings bemerkenswert, dass ein Gericht der Prüfungsbehörde den Hinweis gegeben hat, den Prüfungsmaßstab dahingehend zu ändern, dass das Punkteschema von 100 auf 80 maximal zu erreichende Punkte angepasst wurde und die Prüfungsbehörde dieser „Anregung“ gefolgt ist. Die Rechtsprechung hat allerdings auch betont, dass prüfungsrechtliche Mindeststandards in Form von „Mindestleistungsschwellen“ unverhältnismäßig und aus diesem Grunde nichtig sein können. Prüfer,

---

<sup>173</sup> So für den Studiengang Zahnmedizin VG Mainz, Beschl. v. 21.02.2008 – 7 L 80/08.MZ, juris und für den Studiengang Humanmedizin VG Saarlouis, Beschl. v. 26.06.2008 – 1 L 589/01 – (n.v.).

<sup>174</sup> FG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 12.09.2007 – 12 K 2044/04 B, EFG 2008, 250.

die ihre Bewertung in Unkenntnis von „Mindestleistungsschwellen“ abgeben, gehen von falschen (Rechts-)Tatsachen aus und begehen einen Bewertungsfehler, der zu einem Verfahrensfehler führen kann<sup>175</sup>.

Die Rechtsprechung hat wiederholt betont, dass der Maßstab für die zu erbringenden Prüfungsanforderungen objektiver Natur ist und sich nach dem objektiven Empfängerhorizont richtet<sup>176</sup>. Es kommt daher bezüglich der Leistungsbewertung nicht auf die stets schwankenden Gesamtleistungen aller Prüflinge oder einer Gruppe von ihnen an, so dass Leistungen der Mitprüflinge allenfalls den Schwierigkeitsgrad einer Aufgabenstellung charakterisieren, nicht aber den Bewertungsmaßstab bestimmen können<sup>177</sup>. Dass die Gewichtung eines Fehlers einer prüfungsspezifischen Wertung und dem Bewertungsspielraum des Prüfers unterliegt, steht außer Frage<sup>178</sup>.

Fraglich ist allerdings der Prüfungsmaßstab bei der Bewertung einer Diplomarbeit. Wenn ein Prüfer insoweit fordert, dass die Diplomarbeit den Zweck haben müsse, „neue Erkenntnisse zu gewinnen“, so ist dies verfehlt. Ein derartiger Anspruch kann an eine Doktorarbeit, nicht aber eine Diplomarbeit gestellt werden. Das OVG Weimar hat eine entsprechende Rüge mit der bemerkenswerten Begründung zurückgewiesen, es werde übersehen, dass der Prüfer lediglich verlangt habe, „darzustellen, wo die Arbeit die Grenze der für die Anwendung erworbenen wissenschaftlichen Methoden und Erkenntnisse erreicht habe; es wurde erkennbar nicht verlangt, sie zu überschreiten.“<sup>179</sup>

Eine reichhaltige Judikatur gibt es zum Antwortspielraum des Prüflings. Hiernach kann sich ein Prüfling nur dann mit Erfolg auf den vom Prüfer zu respektierenden Antwortspielraum berufen, wenn er seinen Antwortspielraum in der schriftlichen Prüfungsarbeit durch eine problemorientierte Herleitung und argumentativ folgerichtige Begründung nutzt<sup>180</sup>. Soweit es um die Bewertung von Folgefehlern geht, hat die Rechtsprechung zutreffend festgestellt, dass es keinen allgemeinen Bewertungs-

<sup>175</sup> VG Magdeburg, Urt. v. 17.03.2008 – 7 A 56/07, juris.

<sup>176</sup> OVG Hamburg, Urt. v. 20.09.2007 – 3 Bf 239/06, NordÖR 2008, 91; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.08.2008 – 2 LA 584/07 – (n.v.).

<sup>177</sup> So bereits Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 599 f.

<sup>178</sup> OVG Münster, Beschl. v. 16.05.2007 – 14 A 157/06, juris.

<sup>179</sup> OVG Weimar, Beschl. v. 23.05.2008 – 1 ZKO 328/07 - .

<sup>180</sup> VG Dresden, Urt. v. 04.06.2008 – 5 K 38/08, juris.

maßstab dahingehend gebe, dass bei einem bloßen „Folgefehler“ gleichwohl der für eine Aufgabe vorgesehene volle Punktwert vergeben werden müsse<sup>181</sup>.

Noch reichlich ungeklärt ist die Frage, inwieweit die Widerspruchsbehörde bei schriftlichen oder mündlichen Prüfungsleistungen auch eine Zweckmäßigkeitkontrolle ausüben darf<sup>182</sup>.

Dass bei einem erfolgreichen Widerspruchsverfahren das Prüfungsamt die Kosten zu tragen hat, dürfte außer Frage stehen<sup>183</sup>.

## VII. Überdenken der Prüfungsentscheidung

Insoweit stellt sich die Frage, ob ein Überdenken der Prüfungsentscheidung nur durch den ursprünglichen Prüfer – sozusagen durch den „Denker“ erfolgen kann. Diese Frage musste das VG Gießen entscheiden. Der Präsident eines Verwaltungsgerichtes – zugleich Prüfer im Zweiten Examen – wird als Nutzer von Webseiten mit kinderpornographischen Inhalten verdächtigt. Als bereits eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden ist, korrigierte der Prüfer die ÖR-Klausur eines Prüflings. Im Überdenkungsverfahren stellte sich alsdann das Problem, ob dieser Prüfer – der zwischenzeitlich vom Dienst suspendiert war – über die Einwendungen des Prüflings entscheiden konnte.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>184</sup> kann in aller Regel das Überdenken der vom Prüfling beanstandeten prüfungsspezifischen Wertungen nur durch den betroffenen Prüfer erfolgen, weil prüferische Bewertungen von den Erfahrungen und Wertvorstellungen des einzelnen Prüfers abhängig und damit unvertretbare höchstpersönliche Wertungen sind. Nur dann, wenn ein Prüfer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen am Überdenken gehindert ist, ist eine Neubewertung der Prüfungsleistungen durch andere Prüfer vorzunehmen<sup>185</sup>. Hiernach hätte das Justizprüfungsamt im Hinblick darauf, dass das Ruhen der Mitgliedschaft im Justizprüfungsamt einen rechtlichen Hinderungsgrund darstellt, kein Überdenkungsverfahren durch den ursprüngli-

<sup>181</sup> VG Berlin, Urt. v. 31.07.2007 – 3 A 50/06, juris.

<sup>182</sup> OVG Münster, Beschl. v. 06.11.2007 – 19 E 788/07, juris; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.07.2008 – 4 S 2643/07 – (n.v.)

<sup>183</sup> VG Wiesbaden, Urt. v. 18.01.2008 – 6 E 1025/07 (V).

<sup>184</sup> BVerwG, Urt. v. 24.02.1993 – 6 C 35/92, juris; ebenso BFH, Urt. v. 28.11.2002 – II R 27/02, juris.

chen Prüfer durchführen dürfen, sondern hätte ein anderes Mitglied des Justizprüfungsamtes mit der Neubewertung der Klausur beauftragen müssen. Das Justizprüfungsamt und das VG Gießen haben indes die gegenteilige Rechtsauffassung vertreten<sup>186</sup>.

## E. Der Bewertungsspielraum

Es entsteht der Eindruck, dass die Rechtsprechung insoweit „zurückrudert“. Dies soll an einigen Beispielen verdeutlicht werden:

Das OVG Magdeburg<sup>187</sup> führt aus, aus dem wertenden Charakter einer Prüfungsentscheidung, der regelmäßig komplexe Erwägungen der Prüfer zugrunde liegen, folge, dass den Prüfern ein gerichtlich nicht nachprüfbarer prüfungsrechtlicher Bewertungsspielraum zustehe. Alsdann wird das Urteil des BVerwG vom 09.12.1983<sup>188</sup> wörtlich wie folgt zitiert:

„Im Rahmen dieses Spielraums hat das Gremium auch über die **Eignung der Prüfungsfragen** und insbesondere darüber zu entscheiden, ob eine Prüfungsfrage zum vorgeschriebenen Prüfungsstoff gehört. Die fachwissenschaftliche Entscheidung hierüber ist eine Aufgabe, die in seiner **alleinigen Zuständigkeit** liegt.“

Diese Rechtsprechung widerspricht eindeutig der - nicht zitierten - Rechtsprechung des BVerwG<sup>189</sup>.

Weiterhin fällt auf, dass die erste Instanz nach Einholung mehrerer **Sachverständigen-gutachten** der Klage stattgegeben hat<sup>190</sup>; das OVG Magdeburg hat ohne weitere Beweisaufnahme der Berufung des Beklagten und des Beigeladenen stattgegeben. In **Arzthaftungsprozessen** haben die Zivilgerichte derartiges für unzulässig erklärt<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup> BFH, Urt. v. 28.11.2002 – II R 27/02, juris; Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rz. 765.

<sup>186</sup> VG Gießen, Urt. v. 10.07.2008 – 5 G 2320/07 – (n.v.).

<sup>187</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 06.02.2004 - 2 L 247/00 -(n.v.).

<sup>188</sup> BVerwG, Urt. v. 09.12.1983 - 7 C 99.82, NJW 1984, 2650 = DVBl. 1984, 479 = DÖV 1984, 804 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 187.

<sup>189</sup> BVerwG, Urt. v. 09.02.1996 - 6 C 3/95. DVBl. 1996, 1381 = NVwZ-RR 1998, 176 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 372.

<sup>190</sup> VG Halle, Urt. v. 25.05.2000 - 3 A 1199/96 HAL - (n.v.).

<sup>191</sup> Siehe z.B. OLG Zweibrücken, Urt. v. 15.09.1998 - 5 U 45/97, MedR 199, 272; OLG Naumburg, Urt. v. 28.06.2001 - 1 U 13/01 -, NJW 2001, 3420 = MedR 2002, 355.

Indes hat das BVerwG<sup>192</sup> die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen<sup>193</sup>. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung folgendes ausgeführt:

*„Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt zugleich, dass die Rüge der Klägerin, das Berufungsgericht habe sein „besonderes Fachwissen“ nicht dargelegt, nicht auf eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht beruht. Das Berufungsgericht hat sich kein „besonderes Fachwissen“ zugeschrieben, das für seine Entscheidung erforderlich gewesen wäre und ihm nicht über die ihm vorliegenden Erkenntnismittel hätte vermittelt werden können. In der Auseinandersetzung mit Sachverständigengutachten sowie mit von den Beteiligten beigebrachten gutachterlichen und fachwissenschaftlichen Äußerungen hat das Berufungsgericht in den Urteilsgründen hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass es über die notwendige Sachkenntnis verfügt... Einer darüber hinausgehenden Darlegung der Sachkunde bedurfte es nicht.“*

Bedenklich ist die Rechtsprechung des VGH München<sup>194</sup> sowie der VGH Mannheim<sup>195</sup> zur „Best-Antwort“ im medizinischen Prüfungsverfahren. Der VGH Mannheim vertritt insoweit die Auffassung, dass für die Richtigkeit der vom IMPP festgelegten Antwort bereits das „verfahrensmäßige Zustandekommen von Prüfungsaufgaben und Prüfungsantworten“ spreche. Enthalten die fünf vorgegebenen Antwortmöglichkeiten neben vier falschen Antworten eine medizinwissenschaftlich anerkannte vertretbare Lösung, so ist deren Festsetzung als richtig durch die Prüfungsbehörde nicht fehlerhaft, auch wenn es andere - nicht vorgegebene - bessere Antworten gäbe. Begründet wird diese Auffassung mit dem Hinweis, bei anderer Auffassung müssten alle Fragen eliminiert werden, zu deren Beantwortung im medizinischen Schrifttum unterschiedliches angeboten werde. Obwohl es zur Frage der „Best-Antwort“ im Frage-Antwort-Verfahren keine höchstrichterliche Entscheidung des BVerwG gab, wurde die Revision von beiden Gerichten nicht zugelassen.

Nachdem das BVerwG die Revision gegen die Entscheidung des VG Mannheim zugelassen hat<sup>196</sup>, hat das BVerwG die alsdann zugelassene Revision zurückgewiesen<sup>197</sup>. Der Leitsatz der Entscheidung des BVerwG lautet wie folgt:

„Eine Prüfungsfrage ist nicht allein deshalb als Prüfungsfrage im Antwort-Wahl-Verfahren ungeeignet, weil die Frage bei vier vorgegebenen unrichtigen Ant-

<sup>192</sup> Zustimmend OVG Hamburg, Urt. v. 20.09.2007 – 3 Bf 239/06, juris.

<sup>193</sup> BVerwG, Beschl. v. 05.08.2004 - 6 B 31.04 -; die eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG, Beschl. v. 24.11.2004 - 1 BvR 2381/04 - zurückgewiesen.

<sup>194</sup> VGH München, Urt. v. 29.07.2002 - 7 B 00.3641 - (n. v.).

<sup>195</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 17.02.2004 – 9 S 2075/02, MedR 2004, 569.

<sup>196</sup> BVerwG, Beschl. v. 26.08.2004 – 6 B 40.04 -.

<sup>197</sup> BVerwG, Urt. v. 19.05.2005 – 6 C 14/04, NVwZ 2005, 1430.

worten nicht nur mit der zur Auswahl gestellten „richtigen“ Antwort zutreffend beantwortet werden kann, sondern auch mit einer außerhalb des vorgegebenen Antwort-Schemas liegenden weiteren Antwort.“

Das OVG Koblenz<sup>198</sup> hat bei der Anfechtung einer juristischen Prüfung die Auffassung vertreten, dass sich die Einwendungen des Prüflings nur auf die fachspezifische Bewertung beziehen dürfen, dass der Prüfling mit Einwendungen gegen „**prüfungsspezifische Wertungen**“ (wie z.B. Vorwurf einer zu strengen Korrektur) ausgeschlossen sei. Allerdings hat das OVG Koblenz zwischenzeitlich seine Rechtsprechung etwas revidiert<sup>199</sup>.

Wenn jedoch der Prüfling bereits mit seinen Einwendungen gegen die Bewertung der Prüfer eingeschränkt wird, gilt dies natürlich in weitaus größerem Maße auch für die gerichtliche Überprüfungscompetenz.

Soweit es um die Bewertung einer Hausarbeit (in der Zweiten Staatsprüfung für das Lehramt an beruflichen Schulen) geht, hat der VGH München betont, dass bei allgemeinen Themenklausuren (Aufsätzen) sich zwar aus der Begründung der Prüferbewertung die für die Bewertung maßgeblichen Gesichtspunkte erkennbar und nachvollziehbar ergeben müssen, sich aber für die Prüfer in solchen Fällen ein **weiter** Bewertungsspielraum ergebe, der nur beschränkt gerichtlich nachprüfbar sei<sup>200</sup>.

Wenn man diese Feststellung alsdann mit der Verpflichtung des Referendars verbindet, bei unklarer Themenstellung eines Antrag beim Seminarvorstand auf Modifizierung des Themas zu stellen (wobei der Referendar vorgetragen hat, von dieser Möglichkeit habe er keine Kenntnis gehabt), reduziert sich der Rechtsschutz sehr schnell auf ein Minimum.

Nur ganz gelegentlich greifen Gerichte korrigierend zu Gunsten der Prüflinge ein. So hat der VGH München festgestellt, dass eine Prüfungsfrage auch für Studenten mit gehobenen Wissensstand eindeutig beantwortbar sein muss; bei Ungeeignetheit und fehlender Klarheit einer Prüfungsfrage ist der Klage stattzugeben<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> OVG Koblenz, Ur. v. 01.06.2001 - 2 A 10205/01.OVG - (n.v.).

<sup>199</sup> OVG Koblenz, Ur. v. 30.07.2003 - 2 A 10770/03, NJW 2003, 3073, bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 11.12.2003 - 6 B 64.03 - (n. v. ).

<sup>200</sup> VGH München, Ur. v. 05.11.2003 - 7 B 01.2873 - .

<sup>201</sup> VGH München, Ur. v. 13.08.2003 - 7 B 02.1652 - .

Ein Bewertungsfehler liegt auch vor, wenn einem Prüfling ein falscher Lösungsweg vorgeworfen wird, tatsächlich jedoch der Lösungsweg zumindest vertretbar ist<sup>202</sup>.

Soweit es um den Prüfungsstoff geht, hat das VG Berlin zutreffend darauf hingewiesen, dass der Prüfungsstoff der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt, alsdann hat es aus eigener Kenntnis festgestellt, dass bei einer Übersetzerprüfung gegen die Zulässigkeit des Prüfungsstoffes keine Bedenken bestehen<sup>203</sup>.

Schließlich hat sich das VG Bremen - wie viele andere Gerichte auch - von einer hohen Miterfolgsquote nicht irritieren lassen. Das Gericht hat - bei einer Prüfung aus dem Ersten Juristischen Staatsexamen - festgestellt, dass die „angesprochenen Fragen - Zulässigkeit einer Urteilsverfassungsbeschwerde, Grundrechtseingriff durch schlicht-hoheitliches Handeln, Parteienprivileg, Befugnis der Regierung zur politischen Aufklärung - in der juristischen Ausbildung erörtert werde“. Woher das Gericht diese Erkenntnis hat, wird nicht erwähnt<sup>204</sup>.

## **F. Der Richter im Prüfungsprozess**

### **I. Der (Verwaltungs-) Richter als Prüfer**

#### **1. Die Anwaltsklausur**

Verwaltungsrichter und Verwaltungsbeamte sind bei einer Anwaltsklausur auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtes nicht immer geeignete Prüfer. Dass die Rechtsprechung überhaupt keine Bedenken hat, dass Anwaltsklausuren von Richtern korrigiert werden<sup>205</sup>, steht außer Frage. Allerdings stellt man sich als anwaltlicher Korrektor in einer öffentlich-rechtlichen Klausur oftmals die Frage, was sich der Aufgabensteller eigentlich gedacht hat und welche Vorstellungen der Aufgabensteller von der Be-

<sup>202</sup> VG Ansbach, Urt. v. 19.02.2004 - AN 2 K 01.01708

<sup>203</sup> VG Berlin, Urt. v. 09.08.2004 - 12 A 476.02 -.

<sup>204</sup> VG Bremen, Urt. v. 11.12.2003 - 8 K 1624/02.

<sup>205</sup> Siehe z.B. OVG Münster, Urt. v. 10.12.2002 - 14 A 4715/00 - (n.v.); VG Freiburg, Beschl. v. 18.01.2002 - 2 K 1403/01 - (n.v.), bestätigt durch VGH Mannheim, Beschl. v. 29.07.2002 - 9 S 569/02 - (n.v.)

rufsausübung eines Rechtsanwalts hat. Dies mag an zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Beim Justizprüfungsamt des Saarlandes war eine öffentlich-rechtliche Klausur auf dem Gebiet des Baurechtes zu bearbeiten. Es lag ein Widerspruchsbescheid der Widerspruchsbehörde mit ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung vor (Klageerhebung bei dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht). Lt. Aufgabenstellung sollte der Referendar R. ein Votum für seinen Rechtsanwalt fertigen über das weitere Vorgehen. Da der Referendar R. den Widerspruchsbescheid für rechtswidrig erachtet hat, hat er folgerichtig die Empfehlung der Klageerhebung bei dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht empfohlen. Lt. Prüfervermerk war jedoch zunächst einmal die Frage zu erörtern, ob nicht der Widerspruchsbescheid auch einen neuen Verwaltungsakt beinhaltet, gegen den zunächst einmal Widerspruch zu erheben ist. Dies mag für den Verwaltungsrichter ein relevantes Problem sein, nicht jedoch für den Rechtsanwalt. Der Rechtsanwalt hat einen Widerspruchsbescheid mit ordnungsgemäßer Widerspruchsbelehrung in Händen und wird hiergegen Klage erheben, sofern er diese für begründet erachtet. Es wäre fast „selbstmörderisch“, wenn dieser Rechtsanwalt nur teilweise Klage erhebt und im Übrigen zunächst einmal Widerspruch einlegt. Wenn das Verwaltungsgericht anderer Auffassung ist, so kann er auf Grund der – alsdann falschen – Rechtsmittelbelehrung immer noch Widerspruch erheben.

In einem anderen Fall, den das Justizprüfungsamt Köln gestellt hatte, wollte der Kläger unbedingt Klage erheben, jedoch sollte der Prozess nicht teuer werden. Erneut musste der Referendar R. für seinen Rechtsanwalt ein Votum über das weitere Vorgehen erstellen und die weiteren Maßnahmen vorschlagen. Der Referendar R. kam zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die Klage keine Aussicht auf Erfolg hat, weshalb er den Entwurf eines Schreibens an den Mandanten fertigte und diesem von der Klageerhebung abriet.

Beide Korrektoren waren der Auffassung, dass dies falsch gewesen sei, da der Mandanten unbedingt Klage erheben wollte (er hatte im Übrigen angekündigt, die Presse einzuschalten). Das VG Aachen kam zu dem Ergebnis, dass die Mitteilung an den Mandanten, dass ein Anspruch nicht bestehe, für den Mandanten „unbefriedigend“

sei und dass der Referendar R. deshalb die prozessualen Möglichkeiten, aber auch die Risiken hätte aufzeigen müssen<sup>206</sup>. Wenn ein Rechtsanwalt zum Ergebnis kommt, dass eine Klage keine Aussicht auf Erfolg hat, dann gehört es zu seinen Aufgaben als Organ der Rechtspflege, dem Mandanten nachdrücklich von der Klageerhebung abzuraten.

Nebenbei angemerkt: Auf den einzig vernünftigen Weg, dem Mandanten zu einer Teilklage zu raten (es ging um einen Schadensersatzanspruch in Höhe von ca. 100.000,00 €) und im übrigen die Verwaltung zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung aufzufordern, war keiner der Prüfer gekommen. Einen Prüfling würde man allerdings mit einem derartigen Lösungsvorschlag überfordern. Hierzu gehört eine gewisse „Schlitzohrigkeit“, die im Zweiten juristischen Staatsexamen nicht abgeprüft wird<sup>207</sup>.

Bei einer Anwaltsklausur auf dem Gebiet des Zivilrechtes gilt Entsprechendes: So sollten die Kandidaten im Zweiten juristischen Staatsexamen in einem Gutachten zu erbrechtlichen Fragen Stellung nehmen. Die Prüfer hatten dem Kandidaten vorgeworfen, dass dieser zunächst die bestehende Rechtslage hätte prüfen müssen, um sich alsdann die Frage zu stellen, ob diese den Zielen des Mandanten entspricht. War dies nicht der Fall, wäre in einem weiteren Schritt zu überlegen, welche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kämen, um den Wünschen des Mandanten näher zu kommen. Kritisiert wurde von beiden Prüfern, dass der Prüfling nicht die Möglichkeit einer Nachlassverwaltung geprüft habe, obwohl diese überhaupt nicht in Betracht kam.<sup>208</sup> Hierbei wird übersehen, dass den Mandanten alle rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die im konkreten Fall nicht möglich sind, überhaupt nicht interessieren. Vielmehr ist bei einer zivilrechtlichen Klausur zu untersuchen, welche realisierbaren Möglichkeiten unter Berücksichtigung des Prozessrisikos vorhanden sind. Für den Rechtsanwalt ist somit die Fragestellung eingeschränkt. Eine Anwaltsklausur ist völlig ungeeignet zur Erstellung eines umfassenden Rechtsgutachtens. Richtigerwei-

---

<sup>206</sup> VG Aachen, Urt. v. 08.11.2005 – 5 K 929/03 – (n.v.).

<sup>207</sup> Siehe zu den zivilprozessualen Zweckmäßigkeitserwägungen des Rechtsanwaltes Hartmann/Hartmann, Jura 2004, 657-663.

<sup>208</sup> VG München, Urt. v. 23.05.2006 – M 4 K 05.2586, juris.

se müsste sich eine Anwaltsklausur mit Gestaltungsrechten beschäftigen<sup>209</sup> bzw. mit der Prozesstaktik<sup>210</sup>.

Immerhin wird von der Rechtsprechung anerkannt, dass es bei einer Anwaltsklausur nicht nur einen einzigen möglichen Aufbau gibt. Allerdings könne zu Lasten des Prüflings bewertet werden, dass der vom Prüfling selbst gewählte Aufbau des Gutachtens in sich nicht überzeugend und damit nicht nachvollziehbar sei, so dass das vom Prüfling gefundene Ergebnis „vielmehr zufällig erscheinen musste“<sup>211</sup>.

## 2. Fachfremder Einsatz des Prüfer

Einer der Streitpunkte bei Angriffen gegen die Bewertung juristischer Prüfungen ist häufig die Frage der Qualifikation des Prüfers, z.B. die Frage, ob als Erstkorrektor der jeweiligen Aufsichtsarbeit nur ein Prüfer bestimmt werden dürfe, der in dem konkreten Rechtsgebiet – z.B. Zivilrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht usw. – über praktische Erfahrungen verfügt. Nach Auffassung des VGH Kassel wird durch die Bestellung zum Prüfer durch den Präsidenten des Justizprüfungsamtes eine Eignung des Prüfers für sein Tätigwerden im Rahmen der juristischen Staatsprüfung bejaht. Damit sei jeder Prüfer in der Lage, eine Prüfungsleistung als Erstkorrektor zu bewerten und es sei daher nicht zu beanstanden, dass mit der Erstkorrektur der Arbeitsrechtsklausur ein Verwaltungsrichter betraut worden sei<sup>212</sup>.

Das Hessische JPA hatte keine Bedenken, in der Zweiten juristischen Staatsprüfung den Aktenvortrag im Fach Arbeitsrecht von einer Richterin des Finanzgerichtes Kassel begutachten zu lassen. Dem Aktenvortrag lag eine Entscheidung des ArbG Cloppenburg aus dem Jahre 1992 zu Grunde. Im prozessualen Teil ging es um die „sogenannte Streitgegenstandstheorie“. Insoweit hat das BAG in der Vergangenheit mehrfach seine Rechtsprechung geändert<sup>213</sup>. Der Kandidat befand sich auf der „Höhe der Rechtsprechung des BAG“ und geriet bei seinen Ausführungen in heftige Diskussion mit der Berichterstatteerin, die sich an der überholten Rechtsprechung des BAG,

<sup>209</sup> So zutreffend Wolf, JA 2006, 476-480.

<sup>210</sup> Diercks-Harms, JA 2005, 440-446.

<sup>211</sup> OBG Lünbeurg, Beschl. v. 27.01.2004 – 2 ME 386/03, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 17.12.1997 – 6 B 55.97, NVwZ 1998, 738.

<sup>212</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 30.03.1995 – 6 TG 3364/94, ZBR 1996, 118.

<sup>213</sup> Ausführlich hierzu Schwab/Weth/Zimmerling, ArbGG, 2. Aufl. 2008, § 46 Rz. 81 ff.

so wie sie in dem Urteil des ArbG Cloppenburg wiedergegeben war, orientiert hatte. Der Kandidat hatte unmittelbar nach der mündlichen Prüfung ein Gedächtnisprotokoll gefertigt und dieses beim Prüfungsamt eingereicht. Das Prüfungsamt war zunächst einmal nicht bereit, dem vom Unterzeichner eingereichten Widerspruch wegen der Bewertung dieses Aktenvortrages stattzugeben. Nachdem es jedoch dem Unterzeichner gelungen war, die einschlägige Entscheidung des ArbG Cloppenburg aus dem dortigen Archiv zu besorgen, und die Ausführungen im Urteil des ArbG Cloppenburg identisch waren mit der im Protokoll des Prüflings wiedergegebenen Rechtsauffassung der Prüferin, gab das JPA dem Widerspruch statt.

### 3. Die Vorlage der „Musterlösung/Lösungsskizze“

Dieses Beispiel zeigt, dass die Vorlage der „Arbeitshilfe“ für den Prüfer durchaus von Vorteil für den zu entscheidenden Fall sein kann. Dass derartige Unterlagen für den Prüfer keinen verbindlichen Charakter bei den juristischen Staatsexamina haben, steht außer Frage. Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, warum trotz bestehender Amtsermittlungspflicht gem. § 86 VwGO die Verwaltungsgerichte es durchweg ablehnen, diese Prüfungsunterlagen vom Justizprüfungsamt anzufordern. Gerade im Hinblick auf den bestehenden Beurteilungsspielraum der Prüfer erfordert die Überprüfung einer Prüfungsleistung auch die Vorlage aller insoweit dem Prüfer zur Verfügung gestellten Unterlagen. Ob der Prüfer den ihm zustehenden Beurteilungs- und Bewertungsspielraum überschritten hat, kann das Gericht immer noch entscheiden. So können sich beispielsweise aus den Arbeitsunterlagen für den Prüfer wichtige Hinweise für die Bewertung der Arbeit geben. Das VG Ansbach hat insoweit zutreffend betont, dass ein Klausuraufbau, der für den Typus der verfassungsrechtlichen Anwaltsklausur im Fach Schrifttum um Studienliteratur empfohlen wird, nicht als falsch gewertet werden könne<sup>214</sup>. Gleiches gilt im Ergebnis auch für einen Klausuraufbau, der in einer sogenannten „Musterlösung/Lösungsskizze“ vorgeschlagen wird. Der Prüfer kann gänzlich anderer Meinung sein und einen anderen Klausuraufbau präferieren. Man wird jedoch kaum einen Klausuraufbau, der der „Musterlösung/Lösungsskizze“ des Prüfungsamtes entspricht, als nicht vertretbar ansehen können.

---

<sup>214</sup> VG Ansbach, Urt. v. 29.02.2000 – AN 2 K 99.00 775 – (n.v.).

Nur vereinzelt haben die Gerichte in der Vergangenheit die „Musterlösung/Lösungsskizze“ angefordert. Schon fast peinlich wird es allerdings, wenn das Gericht die „Musterlösung/Lösungsskizze“ anfordert, die „Musterlösung/Lösungsskizze“ erhält und diese dann jedoch nicht dem Kläger zur Verfügung stellt. Die Rüge des Klägers wegen Verletzung rechtlichen Gehörs wurde im Verfahren auf Zulassung der Berufung zurückgewiesen mit der Begründung, diese Rüge sei nicht rechtzeitig erhoben worden<sup>215</sup>.

Das BVerwG hat zwar judiziert, dass „Musterlösungen“ nicht das konkrete Prüfungsverfahren des einzelnen Prüflings betreffen, sondern den Prüfern lediglich eine allgemeine und nicht verbindliche Hilfestellung geben; sie seien keine Verwaltungsvorgänge i.S.v. § 99 Abs. 1 Satz VwGO, so dass kein genereller Anspruch auf Akteneinsicht in die „Musterlösungen“ der Prüfer bestehe. Ob sich die gerichtliche Aufklärungspflicht auf „Musterlösungen“ bezieht, hängt letztlich davon ab, ob und in welchem Maße sich die Prüfer bei ihrer Bewertung hierauf stützen, insbesondere davon, ob sich die Begründung für diese Bewertung selbständig nachvollziehen lässt<sup>216</sup>. Es stellt sich allerdings die Frage, wie und woher der Kläger wissen soll, ob und in welchem Maße sich der Prüfer bei seiner Bewertung auf die „Musterlösung“ gestützt hat. Auch der Richter weiß dies nicht, bevor er nicht Einsichtnahme in die „Musterlösung“ genommen hat. Von daher ist es selbstverständlich, dass die „Musterlösung“ beizuziehen ist. Ob die „Musterlösung“ für die Beurteilung einer Klausur oder auch für die Entscheidung der Klage von Bedeutung ist, kann erst nach Einsichtnahme in die „Musterlösung“ festgestellt werden. Auf jeden Fall verstößt es gegen die Amtsermittlungspflicht gem. § 86 Abs. 1 VwGO, wenn – wie bei den Verwaltungsgerichten üblich – die den Prüfern zur Verfügung gestellten Prüfungsunterlagen nicht angefordert werden.

## II. Die gerichtliche Überprüfungscompetenz

Das BVerwG hat mehrfach betont, dass das Verwaltungsgericht lediglich **nicht verpflichtet** sei, sich der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen, **wenn es meint**, die allein im Streit stehende Beurteilung von Rechtsfehlern im Rahmen der Bewertung von Prüfungsleistungen in einem Zweiten juristischen Staatsexamen auf Grund eige-

---

<sup>215</sup> BayVGh, Beschl. v. 08.04.2003 – 7 ZB 02.2016, juris.

ner Sachkunde leisten zu können. Es wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass im Einzelfall **Besonderheiten** vorliegen können, die **ausnahmsweise** die Hinzuziehung von Sachverständigen durch das allein zur Rechtskontrolle berufene Gericht gebieten können. Auch das BVerfG sei in seiner Entscheidung zu den juristischen Prüfungen<sup>217</sup> davon ausgegangen, dass die Einholung von Sachverständigengutachten zumindest möglich ist<sup>218</sup>.

Eine Ausnahme macht das BVerwG<sup>219</sup> mit folgender Begründung:

Angesichts des Umfangs der Vielzahl der vom Kläger zu den Bewertungen aller seiner Arbeiten erhobenen (auch) fachlichen Beanstandungen, die in ihren zahlreichen Einzelheiten schwierig zu beurteilen sind und teilweise ein besonderes Fachwissen voraussetzen, wird das OVG (Lüneburg) prüfen müssen, ob es die zu einer Nachprüfung erforderliche Sachkunde besitzt oder es sich sachverständiger Hilfe bedienen will.“

Soll es danach vom „Umfang und der Vielzahl der fachlichen Beanstandungen“ abhängen, ob ein Gericht sich selbst damit beschäftigt oder Sachverständige heranzieht?

An der Qualifikation der Verwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsrichter zur Klärung der Vertretbarkeit juristischer Ausführungen, egal aus welchem Gebiet, hat kein Verwaltungsgericht Zweifel. Der VGH Kassel hat dies ausdrücklich klargestellt für die Überprüfung einer Strafrechtsklausur<sup>220</sup>. Das VG München hat überhaupt keine Probleme, die Korrektur einer Aufgabe aus dem Erbrecht unter Berücksichtigung zweier sich widersprechender Sachverständigengutachten auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen<sup>221</sup>. Bewundernswert ist das OVG Koblenz. Dieses hat beispielsweise<sup>222</sup> die Korrekturen folgender Klausuren überprüft

- Schwerpunktbereich Steuern und Wirtschaft (2 Klausuren)
- Zivilrecht (2 Klausuren)

---

<sup>216</sup> BVerwG, Beschl. v. 03.04.1997 – 6 B 4/97, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 379.

<sup>217</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81, 213/83, NJW 1991, 2005.

<sup>218</sup> BVerwG, Beschl. v. 09.06.1993 – 6 B 35/92, NJW 1993, 3340; Beschl. v. 21.07.1998 – 6 B 44/98, NVwZ 1999, 187.

<sup>219</sup> BVerwG, Urt. v. 30.01.1995 – 6 C 1.92, NVwZ 1995, 788.

<sup>220</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 28.08.2008 – 8 A 625/08. Z – (n.v.).

<sup>221</sup> VG München, Urt. v. 12.07.2005 – M 4 K 04.4328 – (n.v.).

<sup>222</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 27.10.1995 – 2 A 11094/95. OVG – (n.v.)

- Strafrecht (2 Klausuren)
- Öffentliches Recht (2 Klausuren).

Dass ein Verwaltungsgericht oder Oberverwaltungsgericht die Korrektur einer öffentlich-rechtlichen Klausur im Hinblick auf die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung des Prüflings überprüfen kann, steht außer Frage. Im Übrigen beschränkt sich jedoch das OVG Koblenz vielfach auf die Feststellung, dass eine Überschreitung des Bewertungsspielraums des Prüfers nicht erkennbar sei. Damit wird der ohnedies nur beschränkte Rechtsschutz in den Prüfungsprozessen weiter eingeschränkt.

Hierbei kommt es bei einer Anwaltsklausur auch häufig nicht darauf an, ob die vom Rechtsanwalt vertretene Rechtsauffassung vertretbar ist. Ein Rechtsanwalt muss bei der Mandantenberatung stets den „sicheren Weg“ gehen und den Mandanten zumindest über die Risiken der vom Rechtsanwalt vertretenen Rechtsauffassung aufklären. Wenn dies nicht geschieht, ist die Anwaltsberatung schlicht und einfach unrichtig, ohne dass es auf die Vertretbarkeit der Lösung ankommt<sup>223</sup>.

### III. Der Verwaltungsrichter als Mitglied des Landesprüfungsamtes

Ein Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht, der hauptamtlicher Prüfer des Justizprüfungsamtes ist, ist nicht kraft Gesetzes gem. § 54 Abs. 2 VwGO von der Mitwirkung bei der Anfechtung einer Prüfungsentscheidung ausgeschlossen, wenn das Prüfungsamt zuvor das Vorliegen eines Härtefalles – auch im Hinblick auf die Erfolgsaussichten einer weiteren Prüfung – verneint hat<sup>224</sup>. Dies schließt jedoch nicht aus, dass aus der Sicht des Prüflings/Klägers die Besorgnis der Befangenheit besteht. Die Referenten plädieren dafür, dass – wenn immer es möglich ist – die für die juristischen Prüfungsverfahren zuständigen Richter der Kammern und Senate nicht zugleich Mitglied des betreffenden Justizprüfungsamtes sind. Vorliegend geht es nicht um die Anwendung des § 42 ZPO<sup>225</sup>, sondern um die Anwendung der Grundsätze über ein faires Prüfungsverfahren.

<sup>223</sup> Hierzu OVG Münster, Beschl. v. 21.05.2007 – 14 A 1222/06, juris.

<sup>224</sup> So zutreffend OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.05.2006 – OVG 7 N 98.05 – (n.v.).

<sup>225</sup> BVerwG, Urt. v. 26.01.1968 – VII C 6.66, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 32. Siehe weiterhin BVerwG, Beschl. v. 02.03.1976 – VII B 22.76, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 72.

## G. Die Streitwertfestsetzung

Der Streitwert wird für die Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit gem. § 52 GKG festgesetzt<sup>226</sup>. Gem. Ziff. 36 des Streitwertkataloges in der Fassung der am 07./08. Juli 2004 in Leipzig beschlossenen Änderungen<sup>227</sup> beträgt der Streitwert bei einem Rechtsstreit über eine das Studium oder den Vorbereitungsdienst abschließende Staatsprüfung sowie bei einer sonstigen berufs-eröffnenden Prüfung 15.000,00 €, bei sonstigen Prüfungen 5.000,00 € (Auffangwert). Nichtsdestotrotz ist manch eine Streitwertfestsetzung eines Verwaltungsgerichtes verwunderlich.

### 1. Zur Wertfestsetzung bei Abschichtungsprüfungen

Das OVG Münster<sup>228</sup> hält es in Anlehnung an Ziff. 18.3 des Streitwertkatalogs 2004 für sachgerecht, für Rechtsstreitigkeiten wegen des Bestehens oder Nichtbestehens einer studienbegleitenden Prüfung oder wegen der Zulassung zu einer solchen Prüfung den Streitwert in Höhe von 5.000,00 EUR auch dann anzunehmen, wenn das Nichtbestehen oder die Nichtzulassung - wie hier - die Exmatrikulation zur Folge hat, weil das Studienziel endgültig nicht mehr erreicht werden kann. Dies entspreche der Praxis des OVG Münster im Falle von Vor und Zwischenprüfungen<sup>229</sup> und im Übrigen auch der Wertzuordnung für eine Exmatrikulation durch Ziff. 18.1 des Streitwertkatalogs 2004.

In diesem Katalog habe zwar die Umstrukturierung des Hochschulstudiums durch die Einführung von Bachelor- und Masterstudiengängen noch keinen Niederschlag gefunden. Es wäre jedoch unangemessen, für Prüfungen, die studienbegleitend durchgeführt werden und deshalb für das Bestehen oder Nichtbestehen mitentscheidend sind, einen höheren Streitwert etwa gemäß Ziff. 18.4 oder 36.3 anzunehmen. Denn es handele sich insoweit jeweils nur um Teilprüfungen zur Erlangung des vollständigen Prüfungsabschlusses.

<sup>226</sup> Ausführlich hierzu Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 459 ff.

<sup>227</sup> Abgedruckt u.a. NVwZ 2004, 1327 ff. sowie Kopp/Schenke, VwGO, 5. Aufl. 2007, Anh. § 164 Rz. 14.

<sup>228</sup> OVG Münster, Beschl. v. 03.07.2008 – 14 E 677/08 – (n.v.).

<sup>229</sup> OVG Münster, Beschl. v. 12.08.2004 – 14 B 1236/04 – (n.v.).

Das OVG Münster hat dabei offen gelassen, ob der Annahme der Beklagten gefolgt werden könne, dass das Bachelorexamen mangels ausdrücklicher Erwähnung im Streitwertkatalog als sonstige berufseröffnende Prüfung im Sinne von dessen Ziff. 36.3 einzustufen sei. Dazu müssten u. U. rechtstatsächliche Feststellungen über die Bedeutung von Bachelorabschlüssen im Berufsleben ausgewertet werden.

## 2. Der Streitwert bei Lehramtsprüfungen

Trotz der Rechtsprechung des BVerwG zum Streitwert für eine Laufbahnprüfung (Staatsprüfung) im höheren Dienst<sup>230</sup> und trotz der eindeutigen Regelung in Ziff. 36.2 Streitwertkatalog 2004 (Streitwert: 15.000,00 €) verfallen Verwaltungsgerichte immer wieder auf den Gedanken, auch insoweit den Regelstreitwert in Höhe von 5.000,00 € in Ansatz zu bringen<sup>231</sup>. Verfehlt ist es allerdings auch, wenn im vorläufigen Rechtschutzverfahren wegen des Bestehens bzw. Neubestimmung der Prüfungsentscheidung der Ersten Lehramtsprüfung der Streitwert auf lediglich 3.750,00 € festgesetzt wird, obwohl das Gericht – zu Recht – rügt, dass der Antrag auf eine Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet sei<sup>232</sup>. Dann muss jedoch konsequenterweise – ausgehend von der Antragstellung – zumindest der Regelstreitwert in Ansatz gebracht werden.

Warum diese Gerichte auf den Regelstreitwert rekurren, wird nicht weiter erläutert, Der BFH setzt in ständiger Rechtsprechung bei der Steuerberaterprüfung den Streitwert auf 25.000,00 € fest; die Festsetzung auf den Regelstreit wird ausdrücklich verworfen<sup>233</sup>. Es stellt sich allerdings die Frage, warum der Streitwert bei einem Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Zweiten juristischen Staatsexamens lediglich 15.000,00 € beträgt, hingegen der Streitwert bei einem Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen der Steuerberaterprüfung 25.000,00 €, obwohl Rechtsgrundlage jeweils § 52 GKG ist.

Es gibt allerdings auch – vereinzelt – Rechtsprechung, in der zutreffenderweise auf das wirtschaftliche Interesse des Klägers im Hinblick auf die zu erwartende Einkom-

<sup>230</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.03.1997 – 2 B 23/97, juris: 20.000,00 DM gemäß Streitwertkatalog 1994; ebenso BayVG, Beschl. v. 27.05.2003 – 7 C 03.449, juris: Streitwert 10.225,84 € (entspricht 20.000,00 €) gemäß Streitwertkatalog 1994.

<sup>231</sup> So z.B. VG Stuttgart Urt. v. 20.09.2007 – 18 K 3477/06 – (n.v.), insoweit allerdings korrigiert durch VG Mannheim, Beschl. v. 29.07.2008 – 4 S 2643/07 – (n.v.)

<sup>232</sup> So aber OVG Koblenz, Beschl. v. 01.09.2008 – 10 B 10810.08 OVG -.

<sup>233</sup> BFH, Beschl. v. 04.07.2005 – VII E 4/05, BFH/NV 2005, 2021.

mensteigerung abgestellt wird. So hat das VG Braunschweig bei einem Rechtsstreit auf Zulassung zur Prüfung (als Luftfahrzeugführer) den Streitwert auf 60.000,00 € festgesetzt<sup>234</sup>.

### 3. Exkurs: Schadensersatz und Prüfungsprozess

Dass die fehlerhafte Bewertung einer Klausur (im Zweiten juristischen Staatsexamen) einen Amtshaftungsanspruch begründen kann, steht außer Frage<sup>235</sup>. Die Rechtsprechung hat sich allerdings in letzter Zeit auch unter dem Gesichtspunkt der „überlangen Dauer eines Schadensersatzverfahrens aus dem Prüfungsrecht“ mit Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen beschäftigen müssen. Zu Grunde lag ein Prozess wegen des Nichtbestehens eines juristischen Staatsexamens. Der Rechtsstreit endete letztendlich beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>236</sup>. Zuvor hatte das OLG Celle<sup>237</sup> das beklagte Land zur Zahlung an den Kläger in Höhe von 1.500,00 DM Schadensersatz sowie 10.000,00 DM Schmerzensgeld verurteilt. Der Prozess in erster Instanz hatte 14 Jahre gedauert, der Prozess in zweiter Instanz hatte – nur noch – 5 weitere Jahre gedauert. Mit Teilurteil vom 29.08.2000 hatte zuvor das OLG Celle die Schadensersatzansprüche des Klägers für die Zeit nach dem 31.05.1980 abgewiesen. Den Antrag auf Zulassung der Revision wies der BGH am 20.09.2000 ab, das alsdann angerufene Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 19.11.2001 die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

Mit Schlussurteil vom 18.09.2001 entschied das OLG Celle, dass die Bewertung der beiden Examensarbeiten rechtswidrig fehlerhaft gewesen seien und die Prüfer ihre Amtspflichten verletzt hätten. Bei pflichtgemäßer Bewertung hätte der Prüfling das Examen sehr wahrscheinlich bestanden und wäre in den Vorbereitungsdienst eingetreten. Das OLG sprach dem Beschwerdeführer 1.500,00 DM als Schadensersatz für Verdienstaufschlag für den Monat Mai 1980 und darüber hinaus ein Schmerzensgeld von 10.000,00 DM zu. Nachdem der Prüfling beim Europäischen Gerichtshof 1.250.000,00 € als Ersatz für entgangenes Einkommen und Pensionsansprüche für

---

<sup>234</sup> VG Braunschweig, Beschl. v. 03.03.2005 – 2 A 37/05 – (n.v.).

<sup>235</sup> Siehe hierzu z.B. OLG München, Urt. v. 17.08.2006 – 1 U 2960/05, NJW 2007, 1005.

<sup>236</sup> Siehe hierzu Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urt. v. 11.01.2007 – 2027/02, NVwZ 2008, 289.

die Zeit vom 1990 bis 2025, außerdem 222.923,00 € für den Verdienstausfall zwischen 1980 und 1990 und darüber hinaus als Ersatz für Nichtvermögensschäden 100.000,00 € wegen der überlangen Verfahrensdauer, die sowohl sein Privatleben als auch sein Berufsleben zerstört habe, verlangt hat, führte die dritte Sektion des EGMR Folgendes aus (Rz. 89 u. 90):

„Zur Forderung des Beschwerdeführers auf Ersatz von Vermögensschaden kann der Gerichtshof keine Vermutung über den Ausgang des Verfahrens anstellen, wenn es wegen der Dauer den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprochen hätte. Der Gerichtshof kann auch keine Vermutung darüber anstellen, wie sich die berufliche Laufbahn des Beschwerdeführers entwickelt hätte, wenn die deutschen Gerichte über seine Schadensersatzklage rechtzeitig entschieden hätten. Dem Beschwerdeführer kann deshalb insoweit keine Entschädigung zugesprochen werden.

Wegen des Nichtvermögensschadens ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die Feststellung einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK allein keine hinreichende gerechte Entschädigung für den vom Beschwerdeführer erlittenen Schaden wäre. Die beantragte Summe ist aber überzogen. Der Gerichtshof entscheidet nach billigen Ermessen, wie es Art. 41 EMRK verlangt, und spricht dem Beschwerdeführer insoweit 10.000,00 € zu.“

In diesem Zusammenhang darf daran erinnert werden, dass die 5. Sektion des EGMR bereits mit Urteil vom 05.10.2006 – 66491/01<sup>238</sup> die Bundesrepublik Deutschland wegen überlanger Verfahrensdauer zu Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung verurteilt hat. Zugegebenermaßen betrug die Verfahrensdauer nahezu 30 Jahre in den unterschiedlichsten Instanzen. Mit Urteil vom 26.04.2007 – 14635/03 – hielt der EGMR eine 12-jährige Verfahrensdauer (bis hin zum Bundesverfassungsgericht) für „unangemessen lang“<sup>239</sup>.

Nicht nur im Hinblick auf diese Rechtsprechung des EGMR plädieren die Referenten für eine zügige Bearbeitung aller Prüfungsverfahren.

## **H. Bekanntgabe und Anfechtung des Prüfungsergebnisses**

### **I. Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen im Internet**

---

<sup>237</sup> OLG Celle, Urt. v. 18.09.2001 – 16 U 135/96 -.

<sup>238</sup> EuGRZ 2007, 268.

<sup>239</sup> EGMR, Urt. v. 26.04.2007 – 14635/03, juris.

Wir dürfen zunächst einmal aus einem bei juris veröffentlichten Orientierungssatz aus einem Urteil des LG Berlin vom 10.11.2005 – 27 O 616/05 – wie folgt zitieren:

„Nicht nur Täter und Teilnehmer können auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, sondern als Störer auch jeder, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt, sofern ihm die Verletzung von Prüfungspflichten vorgeworfen werden kann.

Auch wenn es bislang üblich war, Prüfungsergebnisse durch Aushang bekannt zu geben, entsteht durch die Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen im Internet eine völlig neue Qualität: Zum einen ist eine Veröffentlichung im Internet weltweit abrufbar, zum anderen kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Historisierung der Seiten durch Suchmaschinen für eine lange Zeit diese Veröffentlichung im Internet präsent sein wird. Zum Problem wird dies, da die Matrikelnummer – unter der Prüfungsergebnisse üblicherweise veröffentlicht werden – bei weitem nicht ein so geheimes Datum ist, wie vielfach vermutet. Wenn man bedenkt, bei welchen Stellen die Matrikelnummer überall in Verbindung mit dem Namen der Studierenden bekannt ist, wird klar, dass die einer Person zugeordnete Matrikelnummer kein belangloses Datum ist und die Kombination mit weiteren Daten hergestellt werden kann. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg hat in seinem 10. Tätigkeitsbericht unter Kapitel 7.2 (<http://www.da.brandenburg.de/tb/info/tb/tb10/tb10a07.htm>) ein Verfahren beschrieben, nach dem für jede Klausur eine Nummer vergeben wird, die dann statt der Matrikelnummer als Pseudonym im Internet veröffentlicht wird. ZENDAS (das ist die Zentrale Datenschutzstelle der Baden-Württembergischen Universitäten) hat deshalb folgende Empfehlung bei der Durchführung von Klausuren gegeben:

„Treffen Sie Maßnahmen, dass jeder Klausurteilnehmer, der die Klausurnote im Internet abrufen möchte, für seine Klausur eine eigene Nummer bekommt, die er sich merken muss, und deren Zuordnung auch keinem anderen Klausurteilnehmer zugänglich ist. Im Internet wäre dann neben dieser Nummer die Klausurnote zu finden. Bedenken Sie bitte, dass bei einer Nummernvergabe aufgrund der Sitzreihenfolge es für die Klausurteilnehmer möglich ist, sich auch die Nummern der Sitznachbarn sowie weiterer Klausurteilnehmer zu merken. Verteilen Sie daher die Nummer nicht nach der Sitzreihenfolge, sondern durch andere Verfahren. Sie könnten beispielsweise ein Beilageblatt zur Klausur mit einer bereits vorgedruckten Zahl ausgeben. Auf diesem Beilageblatt hat der Klausurteilnehmer das Datum sowie leserlich seinen Namen zu schreiben, um seinen Veröffentlichungswunsch zum Ausdruck zu bringen.

Dieses Beiblatt ist – sofern der Klausurteilnehmer an einer Veröffentlichung im Internet interessiert ist – mit der Klausur fest verbunden abzugeben. Ist das Beiblatt nicht fest an die Klausur geheftet, muss im Grunde bereits bei der Abgabe sichergestellt werden, dass der Name auf dem Beiblatt dem auf der Klausur entspricht, das sonst aus dem Beiblatt ein fremder Name – beispielsweise der eines anderen Klausurteilnehmers, der die Veröffentlichung nicht wünscht – stehen könnte. Der Vorteil eines extra ausgegebenen Blattes ist, dass es vor der Korrektur von der Klausur getrennt werden kann und erst nach Feststellung der Ergebnisse die Nummern wieder mit den Klausurergebnissen zusammengeführt werden. Somit würde sogar eine wie auch immer geartete subjektive Beeinflussung des Korrektors durch den Wunsch des Klausurteilnehmers, die Klausurnote im Internet zu veröffentlichen, ausgeschlossen werden.

Ein anderer denkbarer Weg, der jedoch nicht den Vorteil hat, dass dem Korrektor der Wunsch der Veröffentlichung im Internet nicht bekannt wird, wäre es, die Klausurteilnehmer bei Betreten des Raumes eine Losnummer ziehen zu lassen, wenn sie die Note im Internet veröffentlichen möchten. Diese Nummer hätten die Klausurteilnehmer dann auf ihre Klausurlösung zu schreiben und sich die Nummer zu merken.

Selbstverständlich ist es auch bei einem dieser oder einem gleichwertigen Verfahren nur zulässig, das Ergebnis in einem bestimmten engen Zeitfenster im Internet vorzuhalten.“

Das VG Dresden hat insoweit folgendes ausgeführt:<sup>240</sup>

„Kann eine nicht bestandene Prüfung zum endgültigen Verlust des Prüfungsanspruchs führen, sind wegen des hohen Gutes des Grundrechts der Freiheit der Berufswahl und zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens erhöhte Anforderungen an die Bekanntmachung dieser Prüfungsergebnisse zu stellen, wenn sie dem Prüfling entgegengehalten werden sollen.“

In dem vom VG Dresden entschiedenen Fall sowie in einem weiteren vom VG Göttingen entschiedenen Fall<sup>241</sup> hatten sich die Universitäten im übrigen darauf berufen, dass der letztmögliche Prüfungstermin nach der alten Prüfungsordnung im Internet bekanntgegeben worden sei. Es war streitig, ob dieses Bekanntgabe im Internet ausreichend ist. Beide Gerichte haben diese Frage nicht zu entscheiden brauchen.

## II. Die Prüfungsentscheidung als anfechtbarer Verwaltungsakt

<sup>240</sup> VG Dresden, Urt. v. 31.05.2006 – 5 K 4170/03 – juris.

<sup>241</sup> VG Göttingen, Urt. v. 07.07.2005 – 4 A 4173/02, juris.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung nur der (abschließende) Bescheid der Prüfungsbehörde, der über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung oder über das erzielte Prüfungsergebnis entscheidet. Nur dieser Bescheid enthält eine Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen, die ihn als Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG qualifiziert. Die einzelnen Bewertungen der schriftlichen Arbeiten, ebenso wie die Ergebnisse der mündlichen Prüfung haben in solchen Fällen in rechtlicher Hinsicht keine selbständige Bedeutung, da ihnen das Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung fehle. Sie bilden nur die Grundlage für die Berechnung des gesamten Durchschnitts, der dafür maßgeblich ist, ob der Prüfling zur mündlichen Prüfung zugelassen wird bzw. ob und mit welcher Prüfungsgesamtnote die Prüfung bestanden ist. Greift ein Prüfling die Bewertung einzelner Prüfungsteile der Prüfung an, so macht die fehlerhafte Bewertung einer einzelnen Arbeit das Prüfungsergebnis insgesamt rechtswidrig; der Prüfungsbescheid – und nicht die Bewertung der einzelnen Arbeit – ist dann aufzuheben und die Behörde zu einer Neubewertung zu verpflichten<sup>242</sup>.

Diese Rechtsprechung ist problematisch im gestreckten Prüfungsverfahren, wenn beispielsweise eine schriftliche Prüfungsaufgabe wegen schlechter Leistung oder wegen eines Unterschleifsversuches mit 0 Punkten (ungenügend) bewertet worden ist<sup>243</sup>. Diese Rechtsprechung ist weiter höchst unbefriedigend, wenn ein Fach ausschließlich mündlich geprüft wird. Eine mündliche Prüfung muss zeitnah überprüft werden. Wenn das Ergebnis der mündlichen Prüfung erst mit dem Gesamtergebnis angefochten werden kann, ist der Verlauf der mündlichen Prüfung in der Regel nicht mehr aufklärbar. Nach ein oder zwei Jahren können sich weder die Prüfer noch die übrigen Prüfungsteilnehmer an den Ablauf der mündlichen Prüfung erinnern.

Zahlreiche Hochschulen ermöglichen den Prüflingen, auch im gestreckten Prüfungsverfahren alsbald nach Prüfung Akteneinsicht zu nehmen<sup>244</sup>. Den Referenten sind zahlreiche Prüfungsordnungen bekannt, in denen normiert wird, dass die Prüfungsunterlagen nach einem bestimmten Zeitraum (z.B. ein Jahr) vernichtet werden. Dies

<sup>242</sup> So insbesondere BVerwG, Beschl. v. 25.03.2003 – 6 B 8.03, DVBl 2003, 871 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 404 gegen BayVGH, Zwischenurteil v. 03.12.2002 – 7 B 01.2594 – (n.v.).

<sup>243</sup> Siehe hierzu BVerwG, Beschl. v. 01.08.1994 – 6 B 64/93, BayVBl 1995, 350

<sup>244</sup> Z.B.: Innerhalb von drei Monaten nach Mitteilung des Ergebnisses der jeweiligen Prüfung, vgl. § 24 Abs. 2 der Ordnung für die Prüfung im Bachelor-Studiengang Virtual Design der FH Kaiserslautern v. 18.06.2008.

ist indiskutabel, wenn - möglicherweise erst nach Ablauf eines Jahres – das Endergebnis angefochten werden kann.

Allerdings kann der Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung ausnahmsweise in der jeweiligen Prüfungsordnung auf Grund einer besonderen Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens eine selbständige rechtliche Bedeutung zuerkannt sein, der die Behörde mit einem entsprechenden Rechtsfolgenausspruch, also mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes, Rechnung zu tragen hat. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn mit der Bewertung der einzelnen Prüfungsleistung zugleich auch über das Ergebnis der Prüfung insgesamt entschieden wird oder wenn die Prüfung in mehrere selbständige Teile untergliedert ist, die selbständig bestehen und im Nichtbestehensfalle wiederholt werden müssen<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> So ausdrücklich BVerwG, Beschl. v. 25.03.2003 – 6 B 8.03, DVBl 2003. 871 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 404. Dies hatte auch der BayVGh im konkreten Fall in seinem Zwischenurteil vom 03.12.2002 – 7 B 01.2594 – (n.v.) angenommen.