

Rechtsanwälte Dr. Brehm & Dr. Zimmerling

Büro Saarbrücken
Berliner Promenade 15
66111 Saarbrücken
info@zimmerling.de
Tel.: 0681/37940-30
Fax: 0681/37940-40

Büro Frankfurt
Steinmetzstraße 9
65931 Frankfurt
dr.robert.brehm@ra-brehm.de
Tel.: 069/3700000
Fax: 069/37000079

Aktualisiertes Manuskript des Prüfungsrechtsseminars vom 22.05.2017 in Frankfurt/Main

(Stand: 30.09.2017)



Referenten: Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Zimmerling, Saarbrücken
Rechtsanwalt Dr. Robert Brehm, Frankfurt am Main

Rechtsanwälte Dr. Brehm & Dr. Zimmerling

Büro Saarbrücken
Berliner Promenade 15
66111 Saarbrücken
info@zimmerling.de
Tel.: 0681/37940-30
Fax: 0681/37940-40

Büro Frankfurt
Steinmetzstraße 9
65931 Frankfurt
dr.robert.brehm@ra-brehm.de
Tel.: 069/3700000
Fax: 069/37000079

1. Teil: Materielles Prüfungsrecht	1
A. Verfassungsrechtliche Vorgaben im Prüfungsrecht	1
I. Der Mannheimer Juristen-Fall	1
II. Die beiden Kommissaranwärterfälle	4
III. Die Durchführung der Prüfungen	7
IV. Modulprüfung als Verwaltungsakt.....	9
V. Übergreifende Bedeutung für Bestehensregeln und Prüfungsanfechtungen	10
B. Die Rüge- und Mitwirkungspflichten des Prüflings	14
I. Die aktuelle Rechtsprechung zur Befangenheit.....	14
II. Unverzüglichkeit	16
III. Materielle Rügepflicht: Eignung der Prüfungsaufgaben	17
C. Die Befangenheitsrüge.....	22
I. Die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG.....	22
II. Das Gebot der Chancengleichheit und das Fairnessgebot	27
D. Täuschung durch den Prüfling, Rechtsfolgen und Beweislast	30
I. Die Rechtsprechung	30
II. Rechtsfolgen.....	34

III. Die Beweislast bei Täuschungen und Täuschungsversuchen, insbesondere Anscheinsbeweis	38
E. Plagiat als Unterfall der Täuschung	41
I. Regelfälle	41
II. Keine Plagiatsverjährung oder Ersitzung des Doktorgrades	43
III. Verfahrensfehler im Promotionsverfahren, insbesondere bei der Entziehung des Doktorgrades	45
F. Verfahrensfehler in der Sphäre des Prüfungsamtes	49
I. Abhandenkommen von Klausuren und Prüfungswerkstücken	49
II. Der bestechliche Abteilungsleiter des Prüfungsamtes	51
G. Der "gedopte" Prüfling	54
I. Doping als Rechtsproblem	55
II. Fehlende Rechtsgrundlage	55
III. Doping und Prüfungsunfähigkeit	56
H. Das Prüfungsverfahren	56
I. Zur Anwendung einer noch nicht in Kraft getretenen Prüfungsordnung	56
II. Diplomierung in einem Doppelstudiengang	59
III. Zur Reichweite des Anonymitätsprinzips im Prüfungsrecht	60
IV. Nachteilsausgleich	60
V. Prüfungserleichterung wegen fehlender Sprachkenntnisse?	66
VI. Meldungs- und Prüfungsfristen bei juristischen Prüfungen	68

VII. Wiederholungen von Prüfungen – Beschränkung auf eine Wiederholung	76
VIII. Prüfungsähnliche Entscheidungen	77
IX. Übergangsfrist bei Inkrafttreten einer neuen Prüfungsordnung	79
X. Anmeldefrist/Ausschlussfrist	79
I. Antwort-Wahl-Verfahren bei Hochschulprüfungen	81
I. Aktuelle Entwicklungen zu ausgewählten Rechtsfragen	81
II. Ausblick: Elektronisches Antwort-Wahl-Verfahren	92
J. Der Rücktritt von der Prüfung	94
I. Der Rücktritt aus krankheitsbedingten Gründen	94
II. Rücktritt aus sonstigen Gründen	100
III. Der Nachteilsausgleich	101
K. Entzug des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit sowie Täuschung über Zulassungsvoraussetzungen/Entzug des Professorentitels wegen strafrechtlicher Verurteilung	103
L. Die Bewertung der Prüfungsleistung	108
I. „Taktische Bewertungen“ und „atypische Bewertungen“	108
II. Die Bewertung schriftlicher Prüfungsleistungen	112
III. Die mündliche Prüfung	119
2. Teil Prüfungsprozessrecht	122
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	122
II. Der (elektronische) Verwaltungsakt im Prüfungsrecht und die Anwendung des § 44 a VwGO	123

III. Die Kompetenz der Widerspruchsbehörde	126
IV. Die Akteneinsicht	128
V. Die Folgen der Widerspruchseinlegung	131
VI. Unfaire Rechtsprechung	132
VII. Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten	132
VIII. Klagebefugnis und substantiiertes Vorbringen	133
IX. Anspruch auf Überdenkungsverfahren im gerichtlichen Verfahren	135
X. Beweislast beim Abhandenkommen von Teilen einer Prüfungsarbeit und bei Täuschung	138
XI. Auswahl der Prüfer und Bestellung der Prüfer durch Widerspruchsbescheid	140
XII. Bei Verfahrensfehler: Neubewertung oder Wiederholung?	140
XIII. Unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache	142
XIV. Gerichtliche Überprüfungscompetenz	145
XV. Prozessuale Randprobleme	147
XVI. Zulassung der Berufung gemäß § 124 Abs. 2 VwGO	150
XVII. Das Verfahren gem. § 198 Abs. 3 GVG	152
XVIII. Streitwert	153
M. Schadensersatzansprüche	155

1. Teil: Materielles Prüfungsrecht

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben im Prüfungsrecht

Im Zusammenhang mit Modulprüfungen an den Hochschulen aber auch bei Prüfungen im dienstlichen Bereich sind die Frage nach der Regelungsqualität der einzelnen Prüfung und damit auch die Frage nach der Anfechtbarkeit und die Frage, ob bereits das Nichtbestehen eines einzigen Moduls zum Nichtbestehen der Gesamtprüfung führen darf, weiterhin aktuell. Die Rechtsprechung des BVerwG ist nach wie vor eher „prüflingsfeindlich“. Dies gilt sowohl für die beamtenrechtlichen Prüfungen (die in die Zuständigkeit des 2. Revisionsssenates des BVerwG fallen) als auch für die hochschulrechtlichen Streitigkeiten (die in die Zuständigkeit des 6. Revisionsssenates des BVerwG fallen). Das Problem von Regelungsqualität und Anfechtbarkeit von Prüfungsentscheidungen spielte in der Diskussion lange keine Rolle, da in der Regel nur das endgültige Nichtbestehen einer Prüfung mit Widerspruch und späterer Klage angefochten wurde. Nunmehr wird jedoch diskutiert, ob nicht auch die Bewertung einer Modulprüfung einen anfechtbaren Verwaltungsakt darstellt¹. Die rechtliche Problematik zeigen die beiden nachstehend aufgeführten Fälle:

I. Der Mannheimer Juristen-Fall

Der Kläger begehrte im Verfahren die Feststellung, dass sein Prüfungsanspruch hinsichtlich der Universitätsprüfung als Teil der Ersten juristischen Prüfung gegenüber der beklagten Universität Mannheim noch nicht endgültig erloschen ist. Nach nicht bestandenerm Erstversuch erzielte er im zweiten Versuch – bei Anrechnung der Studienarbeit mit fünf Punkten - in der Aufsichtsarbeit (nur) einen Punkt und in der mündlichen Prüfung fünf Punkte. Gleichwohl wurde die Prüfung für „Nicht bestanden“ erklärt, da ein Bestehen in allen drei Prüfungsteilen erforderlich sei.

Der Kläger obsiegte in I. Instanz: Das VG Karlsruhe stellte fest, dass der Kläger zur Fortsetzung der Universitätsprüfung bei der Beklagten berechtigt sei, da sein Prüfungsanspruch noch nicht erloschen sei. §§ 14 Abs. 1 und 17 Abs. 3 JuSPO 2007 seien unwirksam, denn sie verstießen gegen die zwingenden Vorgaben des § 32 Abs. 1 JAPrO. Für das Bestehen der Universitätsprüfung könne allein die aus allen nach § 31 JAPrO zu erbringenden Prüfungsleistungen zu bildende Endnote maßgeblich sein (§ 33 Abs. 2 Satz 1 JAPrO).

¹ Bejahend OVG Münster, Beschl. v. 29.09.2016 – 14 B 1056/16, juris; ebenso Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6 Aufl. 2014, Rz. 817.

Auf die zugelassene Berufung änderte der VGH Mannheim das angefochtene Urte. und wies die Klage ab². § 32 Absatz 1 Satz 3 JAPrO stelle hinsichtlich der Bestehensanforderungen an die universitäre Schwerpunktbereichsprüfung als Teil der Ersten juristischen Prüfung keine abschließende Regelung dar. Eine Satzungsbestimmung, wonach die Universitätsprüfung nur bestanden ist, wenn sämtliche Teilleistungen erfolgreich absolviert wurden, ist daher grundsätzlich möglich. Die Teilprüfungen müssten dann aber dem Gewährleistungsgehalt des Art. 12 Absatz 1 GG Rechnung tragen.

Die vom BVerwG zugelassene Revision war mit dem – vorläufigen – Ergebnis erfolgreich³, dass nach Ansicht des BVerwG die Hochschule den bisher nicht erloschenen Prüfungsanspruch des Klägers dadurch hätte erfüllen müssen, dass sie auf Grundlage einer rechtmäßigen - an die Stelle der §§ 14 Abs. 1, 17 Abs. 3 JuSPO tretenden - Bestehensregelung ermitteln müsse, ob der Kläger mit den von ihm erzielten Einzelnoten die Universitätsregelung mit Erfolg abgelegt habe. Die Beklagte sei im Interesse der Aufrechterhaltung des Prüfungsbetriebs übergangsweise berechtigt, hierfür auf die Regelung in § 32 Absatz 1 Satz 3 JaPrO zurückzugreifen, d.h. darauf abzustellen, ob in der Summe der Teilprüfungsergebnisse - unter Berücksichtigung der Gewichtsregelung in § 14 Abs. 2 JuSPO⁴ - ein mindestens „ausreichendes“ Ergebnis erzielt worden sei⁵.

Hiergegen ging die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Mannheim, vertreten durch drei Professoren der Rechte in die Verfassungsbeschwerde und rügte in erster Linie eine Verletzung der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Satzungsautonomie der Universität. Mit dieser Rüge kam die Verfassungsbeschwerde zu dem für Art. 5 Abs. 3 GG zuständigen Verfassungsrichter Prof. Dr. Masing und damit an die mit drei juristischen Hochschullehrern besetzte Kammer des BVerfG, die der Verfassungsbeschwerde mit Beschluss vom 26.06.2015⁶ stattgab.

Die Satzungsautonomie sei nicht genügend beachtet worden. Nach Auffassung des VGH Mannheim waren **alle** Teilprüfungen der Schwerpunktbereichsprüfung so dimensioniert, **dass sie für die Gesamteignung der Prüflinge für das Studienziel wesentlich waren.**

² VGH Mannheim, Urte. v. 16.02.2012 – 9 S 2003/11

³ BVerwG, Urte. v. 29. 5. 2013 – 6 C 18/12 mit Besprechung Brehm, NVwZ 2014, 335

⁴ Hierzu BVerwG a.a.O. Rz. 45 ff.

⁵ BVerwG a.a.O. Rz. 49 f.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 26.06.2015 - 1 BvR 2218/13 -; siehe hierzu Hufen, JuS 2016, 378 ff. sowie Pernice-Warnke, VBIBW 2016, 460 ff.

Dann sei auch eine Anforderung, die das Bestehen aller Teilprüfungen erzwingt, zu rechtfertigen. Das BVerwG habe sich mit dieser Frage jedoch nicht auseinandergesetzt, weil es - unter Verkenneung der nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Satzungsautonomie der Universität auch in Prüfungsfragen⁷ bereits deren Gestaltungsspielraum als beschränkt angesehen hat. Es erwähne zwar kurz die Lehrfreiheit, halte diese aber nicht für berührt. Auch lässt das BVerwG die Frage, ob die Ausgestaltung der Prüfungsordnung als Satzung der akademischen Selbstverwaltung unterliegt, ausdrücklich offen. Damit verkenne das BVerwG den Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, der die akademische Selbstverwaltung auch hinsichtlich der Satzungsbefugnis in Prüfungsfragen umfasse. Werde der Satzungsautonomie hingegen Rechnung getragen und ein Kongruenzerfordernis universitärer Prüfungen mit der Staatsprüfung demzufolge verneint, bleibe (nach wie vor) die Frage zu beantworten, ob – wie der VGH Mannheim angenommen habe - jede der drei im Schwerpunkt geforderten Prüfungsleistungen bereits für sich genommen eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage über das Bestehen oder Nichtbestehen der Schwerpunktbereichsprüfung biete. Nur dann sei die Regelung, die das Bestehen aller drei Leistungen fordert, erforderlich und damit auch verhältnismäßig.

Diese tatsächlichen Fragen seien von den Fachgerichten unter Beachtung der grundrechtlichen Wertungen zu beantworten. Immerhin erkennt das BVerfG, dass die streitige satzungsrechtliche Bestehensregelung streng sei, so dass im Vergleich zu anderen Universitäten ein höheres Risiko bestehe, die Universitätsprüfung nicht zu bestehen, woraufhin auch eine geringere Zahl an Kandidatinnen und Kandidaten zum Vorbereitungsdienst zugelassen werde. Erhöhe die Universität damit die Risiken für Studierende, ihr Studium nicht erfolgreich abschließen zu können, sei dies grundsätzlich Teil ihrer Entscheidung in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, allerdings nur dann, wenn diese sachlich nachvollziehbar auf den Zweck ausgerichtet sei, die für den juristischen Vorbereitungsdienst ungeeigneten Kandidatinnen und Kandidaten zu ermitteln. Dies zu prüfen obliege sowohl hinsichtlich der Bestehensregelung sowie weiteren insoweit bedeutsamen Regelungen etwa zur Begrenzung oder Freigabe von Wiederholungsversuchen den Fachgerichten⁸.

⁷ So das BVerfG a.a.O. Rz. 25 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 31.05.1995 - 1 BvR 1379/94 -- BVerfGE 93, 85 <93>, Universitätsgesetz NRW

⁸ BVerfG a.a.O. Rz. 26

Die Grundrechtsverletzung hat nach Auffassung des BVerfG besonderes Gewicht, weil das BVerwG die aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erwachsende Grundrechtsposition der Universität in seine Überlegungen nicht eingestellt habe. Damit fehle es an dem Versuch, den bestehenden Konflikt mehrerer verfassungsrechtlich geschützter Positionen im Wege der praktischen Konkordanz zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen⁹.

II. Die beiden Kommissaranwärterfälle

Der Kläger nahm im September 2008 seine Ausbildung als Kommissaranwärter im Beamtenverhältnis auf Widerruf für den gehobenen Polizeivollzugsdienst auf. Die damals gültige Studienordnung sah – neben 28 weiteren Teil- bzw. Modulprüfungen - u.a. ein gegliedertes "Berufspraktisches Training" mit u.a. einem 3000-Meter-Lauf, den er wiederholt nicht bestand, worauf ihm die Fachhochschule beschied, dass er das Modul "Berufspraktisches Training" insgesamt nicht bestanden habe. Der dagegen gerichtete Widerspruch des Klägers blieb erfolglos.

Im zweiten Fall hatte der Prüfung die nach der Studienordnung vorgesehene Klausur Gefahrenabwehr/Einsatz „GE 2“ wiederholt nicht bestanden.

Die Studienordnung sah jeweils nur eine Wiederholung vor.

In beiden Fällen hatte das Verwaltungsgericht jeweils die Bescheide der Fachhochschule aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, dem Kläger die Möglichkeit zu geben, den nicht bestandenen Prüfungsteil zu wiederholen. Das OVG Münster hob das Urteil auf und wies die Klage mit der Begründung ab, es bestünden keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass nach der einschlägigen staatlichen Studienordnung die Leistungsüberprüfungen rechtmäßig seien.

Das BVerwG¹⁰ hatte in den beiden mehr oder weniger gleichlautenden Entscheidungen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen,

- dass in einer Ausbildungs- und Prüfungs-Verordnung für Polizeivollzugsbeamte (Kommissaranwärter) im Rahmen von insgesamt 29 Prüfungs-leistungen für die

⁹ BVerfG a.a.O: Rz. 27 unter Bezugnahme auf BVerfGE 128, 1 <41> m.w.N.)

¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 23.09.2015 – BVerwG 2 B 73/14 sowie BVerwG, Beschl. vom 30.09.2015 - 2 B 74/14

Teilprüfung "Berufspraktisches Training - Bereich Ausdauer" für einen 3000-Meter-Lauf bzw. für die Klausur „GE 2“ nur eine einmalige Wiederholungsprüfung vorgesehen ist

- und dass das wiederholte Nichtbestehen (nur bzw. allein) dieser Teilprüfung ohne jegliche Ausgleichsmöglichkeit das Nichtbestehen der Gesamtprüfung zur Folge habe.

In diesen beiden „Kommissaranwärterfällen“ stellt sich die Frage nach der Reichweite des Grundrechtsschutzes. Zu klären ist insoweit, ob Art. 12 Abs. 1 GG und/oder Art. 33 Abs. 2 GG einschlägig sind. Das BVerwG hat letztendlich auf eine abschließende Wertung verzichtet, da (nach seiner Vorstellung) es sich um auslaufendes Recht handelt. Das BVerwG konnte nicht ahnen, dass sich die gleiche Bestimmung wortgleich in anderen Versordnungen über die Ausbildung von Polizeibeamten „wiederfindet“. Dies gilt beispielsweise für § 20 Abs. 1 GKrimDVDV (in der Fassung vom 02.04.2015)¹¹.

Die Rechtsprechung verbleibt bei ihrer Auffassung, dass bereits das Nichtbestehen einer Klausur zur Beendigung der Ausbildung als Kommissaranwärter im Beamtenverhältnis auf Widerruf führt. Das BVerwG betont in diesem Zusammenhang, dass die einmalige Wiederholung einer Teilleistung zum Nichtbestehen der Gesamtprüfung führe, wenn die Teilprüfung schon für sich genommen eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung der Eignung des Prüflings bietet. Eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage könne eine Teilprüfung dann bieten, wenn gerade durch sie eine Fähigkeit nachgewiesen werde, die als unerlässlicher, nicht ausgleichsfähiger Bestandteil derjenigen Qualifikation anzusehen ist, die mit der Prüfung insgesamt nachgewiesen werden soll. Nicht erörtert wird insoweit die Rechtsprechung des BVerfG¹². Hiernach genügen Prüfungsregelungen den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur, wenn sie für sich genommen geeignet, erforderlich und zumutbar sind. Das Bestehen von Teilprüfungen könne folglich (im Sinne

¹¹ Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Ausbildung und Prüfung für den gehobenen Kriminaldienst des Bundes v. 02.04.2015, BGBl. I S. 98 ff., zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes v. 29.03.2017, BGBl. I S. 626 ff., 630.

¹² BVerfG, Beschl. v. 14.03.1989 – 1 BvR 1033/82, juris.

von nur) gefordert werden, wenn diese schon für sich genommen jeweils eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage für die Erreichung des Prüfungszwecks bieten¹³.

Das OVG Koblenz prüft die verordnungsrechtlichen Vorgaben auf der Grundlage sowohl des Art. 33 Abs. 2 GG als auch des Art. 12 Abs. 1 GG¹⁴. Nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg ist die Prüfung nebst den Prüfungsnormen vorrangig zu messen an Art. 33 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG finde nur eingeschränkt Anwendung¹⁵.

Bemerkenswert ist auch, dass zahlreiche Gerichte auf die Angabe der einschlägigen verfassungsrechtlichen Normen bei der Prüfung der Anfechtung einer Prüfungsentscheidung, so z.B. bei Neubewertung der schriftlichen Prüfungsarbeit durch neue Prüfer nach Ausscheiden der ursprünglichen Prüfer, verzichten¹⁶. Der BGH (Senat für Notarsachen) erwähnt (bei der Besetzung einer Notarstelle) sowohl Art. 12 Abs. 1 GG als auch Art. 33 Abs. 2 GG und verweist bei erheblichen Leistungsunterschieden auf das Prinzip der Bestenauslese¹⁷.

Das OVG Münster hat ausdrücklich betont (ebenso wie später das BVerwG), dass die Beschränkung der Wiederholungsmöglichkeit nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße. Die Beschränkungen der Wiederholungsmöglichkeit auf einen Wiederholungsversuch seien prinzipiell zulässig. Erforderlich sei jedoch, dass in dieser Teilprüfung eine Fähigkeit nachzuweisen ist, die als unerlässlicher, nicht ausgleichsfähiger Bestandteil derjenigen Qualifikation anzusehen ist, die mit der Prüfung insgesamt nachgewiesen werden soll¹⁸.

Es entsteht der Eindruck, als habe sich die verwaltungsgerichtliche Judikatur zu sehr an § 17 Abs. 3 Satz 1 BLV orientiert. Nach dieser Bestimmung kann „die Laufbahnprüfung“ bei Nichtbestehen einmal wiederholt werden. Gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BLV ist im Rahmen des Vorbereitungsdienstes „eine Laufbahnprüfung“ abzulegen. In früheren Zeiten handelte es sich insoweit um eine „kompakte“ Prüfung, in welcher alle Studienfächer abgeprüft wurden.

¹³ Diese Rechtsprechung des BVerfG ignorierend auch OVG Münster, Beschl. v. 11.12.2013 – 6 B 1059/13, juris sowie Beschl. v. 23.01.2017 – 6 A 297/16-, juris.

¹⁴ OVG Koblenz, Urt. v. 13.05.2014 – 2 A 10054/14, juris.

¹⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 09.10.2013 – OVG 10 S 54.12, juris.

¹⁶ So z.B. OVG Münster, Beschl. v. 16.12.2014 – 6 A 364/13, juris sowie VG Köln, Beschl. v. 02.10.2014 – 6 L 1638/14, juris.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 18.07.2011 – NotZ (Brg) 1/11, juris.

¹⁸ OVG Münster, Beschl. v. 11.12.2013 – 6 B 1059/13, juris.

Zwischenzeitlich sind Modulprüfungen üblich, die einzeln bewertet werden. Insoweit ist es jedoch völlig unverhältnismäßig, dass eine Laufbahnprüfung bereits dann nicht bestanden ist, wenn (beispielsweise) von 29 einzelnen Prüfungen eine Prüfung im Wiederholungsfalle nicht bestanden wurde.

Es ist somit bedauerlich, dass das BVerwG in seinen Entscheidungen aus dem Jahre 2015 die Revision nicht zugelassen hat. Das Problem der modularisierten Laufbahnprüfung sowie ihre Bestehens Voraussetzungen bedürfen einer höchstrichterlichen Klärung.

Soweit es um der verfassungsrechtliche Bedenken geht, ist darauf hinzuweisen, dass insoweit eine entsprechende Rüge **nicht** unverzüglich erhoben werden muss. Insoweit ist es unschädlich, wenn der Prüfling den von ihm geltend gemachten Rechtsverstoß (hier: nur einmalige Wiederholung) nicht schon vor seinem Wiederholungsversuch gerügt hat¹⁹.

III. Die Durchführung der Prüfungen

§ 13 Abs. 3 GKrimDVDV hat folgenden Wortlaut:

„Werden für eine Prüfung oder einen Prüfungsteil zwei Prüfende bestellt, bewerten sie die Prüfung oder den Prüfungsteil unabhängig voneinander.“

ausgehend von diesem Wortlaut kann für eine Prüfung auch nur ein Prüfer oder es können auch zwei Prüfer bestellt werden. Eine sachliche Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es höchst bedenklich, wenn – ohne sachlichen Grund – einmal nur ein Prüfer und ein anderes Mal zwei Prüfer eingesetzt werden. „Besser“ wird es nicht nach der Lektüre des § 13 Abs. 4 GKrimDVDV. Dort wird normiert, dass für eine Prüfung nach § 14 „grundsätzlich“ eine Prüferin oder ein Prüfer bestellt werden; hiernach besteht durchaus die Möglichkeit, dass im Einzelfall (ohne dass die Kriterien genannt sind) zwei Prüfer bestellt werden. Auch insoweit muss man somit Zweifel an der Sachkunde des Ordnungsgebers haben.

Schlichtweg indiskutabel ist die Regelung in § 17 Abs. 3 Satz 2 GKrimDVDV. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

¹⁹ OVG Koblenz, Urt. v. 13.05.2014 – 2 A 10054/14, juris.

Werden Prüfungen oder Prüfungsteile von zwei Prüfern bewertet, wird bei abweichenden Bewertungen das arithmetische Mittel gebildet.“

Ausnahmen von dieser Regel gibt es nicht. Dies ist nach unserer Auffassung verfassungswidrig (Beispielfall!!!). Im Übrigen gibt es nach der Rechtsprechung einen Anspruch auf ein arithmetisches Mittel zur Ermittlung einer Note gerade nicht²⁰.

Weiter kann man zweifeln am Sachverstand des Ordnungsgebers, wenn in § 18 Abs. 2 GKrimDVDV normiert wird, dass ein beantragter Rücktritt nur genehmigt werden darf, „wenn wichtige Gründe vorliegen“. Nach dem Wortlaut ist es eindeutig, dass mehrere wichtige Gründe (Plural) vorliegen müssen, damit der Rücktritt genehmigt werden kann. Dies ist natürlich sprachlich verfehlt, da ein einziger wichtiger Grund (wie z.B. nachgewiesene Prüfungsunfähigkeit) völlig ausreichend ist für die Genehmigung des Rücktritts. Auf die Rechtsprechung zur Genehmigung des Rücktritts aus krankheitsbedingten Gründen werden wir noch zurückkommen. An dieser Stelle ist zu verweisen auf eine groteske Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg²¹. Leitsatz 2 dieser Entscheidung hat folgenden Wortlaut:

„Bei der Entscheidung, ob eine hinreichende Entschuldigung für eine versäumte oder abgebrochene Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit vorliegt, hat das ärztliche oder amtsärztliche Attest die Funktion, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Prüflings zu beschreiben und anzugeben, welche Auswirkungen sich daraus für das Leistungsvermögen in der konkreten Prüfung ergeben, um eine sachgerechte Beurteilung der Prüfungsbehörde zu ermöglichen.“

Diesem Leitsatz ist uneingeschränkt zuzustimmen. Im konkreten Fall war der Prüfling **Polizeibeamter** und musste deshalb den „zuständigen“ **Polizeiarzt** aufsuchen. Dieser Polizeiarzt hat ein zugegebenermaßen sehr schlechtes ärztliches Attest erstellt. Ausreichend war dem Polizeiarzt eine Befragung des Prüflings; es erfolgte keine körperliche Untersuchung oder Rückfrage bei dem behandelnden Hausarzt. Dies kann jedoch dem Prüfling (Polizeibeamten) nicht angelastet werden. Er kann den Polizeiarzt schlecht „mit vorgehaltener Pistole“ zur gründlichen Untersuchung und Ausstellung eines aussagefähigen ärztlichen Attestes zwingen. Nach der Rechtsprechung sind in einer der Prüfungsbehörde vorzulegenden ärztlichen Bescheinigung – im Gegensatz zu einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – die gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die sich aus ihnen ergebenden Auswirkungen auf die Prüfung so zu beschreiben, dass die

²⁰ VG Trier, Urt. v. 04.08.2014 – 6 K 883/14.TR, juris unter Berufung auf BVerwG, Beschl. v. 16.08.1985 – 7 B 51/85 u.a., juris.

²¹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.07.2014 – OVG 10 S 5.14, juris.

Prüfungsbehörde in die Lage versetzt wird, selbständig über die Prüfungsfähigkeit zu befinden²². Es wäre Aufgabe der Dienststelle gewesen, den Prüfling und den Polizeiarzt darauf hinzuweisen, dass das amtsärztliche Attest unzureichend ist und dafür Sorge zu tragen, dass schnellstens eine „Nachbesserung“ des ärztlichen Attestes erfolgt. Daher ist es dringend geboten, dass die Dienstbehörde bei einer Beauftragung gem. § 18 Abs. 2 Satz 4 GKrimDVDV dem beauftragten Arzt formelle Vorgaben macht bzw. entsprechende Hinweise gibt, wie das ärztliche Attest „auszusehen“ hat.

Ungeklärt ist, welches Gremium insoweit über das endgültige Nichtbestehen der Laufbahnprüfung zu entscheiden hat. Nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg ist dies – in Ermangelung einer speziellen Regelung – der Prüfungsausschuss. Damit bleibt die weitere Frage offen, welches „Gremium“ dann die zuständige Widerspruchbehörde ist.

Weiterhin wurde gestritten über die Rechtmäßigkeit der Korrektur einer Prüfungsentscheidung durch eine Prüfungskommission entgegen dem ausdrücklichen Willen des Prüfers. Das VG Regensburg hat insoweit abgewogen zwischen dem Recht des Prüfers einerseits (Art. 5 Abs. 3 GG) und dem Recht des Prüflings (Art. 12 Abs. 1 GG) andererseits, wobei die streitige Modulprüfung vor mehr als drei Semestern abgelegt worden ist. Insoweit hat das VG Regensburg die Auffassung vertreten, dass Art. 12 Abs. 1 GG im Lichte des im Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 GG) verankerten Grundsatzes des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit der Vertrauensschutz des Studierenden gewichtiger ist gegenüber des möglichen Eingriffs in die Rechtsstellung eines Prüfers²³.

IV. Modulprüfung als Verwaltungsakt

Die Bewertung einer Prüfungsleistung als bestanden oder nichtbestanden ist ein Verwaltungsakt, wenn von der Entscheidung nach der Prüfungsordnung unmittelbar abhängt, ob ein Modul bestanden ist und damit Credit Points nach dem ECTS erworben werden, die bei einem Hochschulwechsel erhalten bleiben. Allerdings kann bei der Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung nicht generell angenommen werden, dass es sich um einen Verwaltungsakt handele. Vielmehr gelte nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Benotung einzelner Prüfungsleistungen regelmäßig keine selbständige rechtliche Bedeutung habe, sondern lediglich eine Grundlage der

²² OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.08.2016 – 2 ME 150/16, juris.

²³ VG Regensburg, Urt. v. 12.07.2016 – RN 3 K 15.1219, juris. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde vom VGH München - 7 ZB 16.1753 - zurückgewiesen.

behördlichen Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung bilde, die ihrerseits eine rechtliche Regelung enthält und daher den Verwaltungsakt darstellt, der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden kann²⁴. Auf jeden Fall ist das Nichtbestehen einer Modulprüfung ein Verwaltungsakt. Eine Modulprüfung ist insoweit etwas anderes als die Bewertung einzelner Klausuren. Eine Modulprüfung hat Außenwirkung²⁵. Hieraus ergibt sich zwangsläufig, dass auch die Zulassung der Bachelorarbeit als Verwaltungsakt anzusehen ist²⁶.

V. Übergreifende Bedeutung für Bestehensregeln und Prüfungsanfechtungen

Der VGH München hatte im Wege eines Zwischenurteils entschieden, dass die Prüfungsentscheidung über eine Teilprüfung einer abgeschichteten Fachprüfung (hier: Diplomvorprüfung Betriebswirtschaftslehre), von deren Bestehen der Prüfungserfolg insgesamt abhängt, als Verwaltungsakt zu qualifizieren sein könne.

Das BVerwG hat die Entscheidung aufgehoben und entschieden, dass Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung nur der (abschließende) Bescheid der Prüfungsbehörde, sei 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 hätten 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. Dies hat das BVerwG in einer späteren Entscheidung vom 23.05.2012²⁷ nochmals ausdrücklich

²⁴ BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 – 6 C 8/11, juris; VG Lüneburg, Urt. v. 24.11.2016 – 6 A 182/15, juris.

²⁵ OVG Münster, Beschl. v. 04.03.2011 – 14 B 174/11, juris; VG Dresden, Urt. v. 20.12.2016 – 5 K 3498/14, juris; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rz. 817.

²⁶ So OVG Münster, Beschl. v. 29.09.2016 – 14 B 1056/16, juris.

²⁷ BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 - 6 C 8.11

bestätigt. Es ging um einen sog. „gespaltenen Widerspruchsbescheid“, mit dem einem Begehren eines Prüflings nach Neubewertung bzw. Prüfungswiederholung hinsichtlich einzelner Prüfungsleistungen stattgegeben und hinsichtlich anderer Prüfungsleistungen nicht stattgegeben wurde. Hier sei es der Widerspruchsbehörde verwehrt, den abschlägigen Teil zum Gegenstand einer eigenständig bestandskraftfähigen Regelung zu machen, die dem Prüfling bei Versäumung der gesetzlichen Klagefrist die Möglichkeit nehmen würde, die betreffenden Bewertungen in eine später gegen den abschließenden Prüfungsbescheid gerichtete Klage einzubeziehen.

Der konkrete Fall gebe dem BVerwG Gelegenheit zu der Klarstellung, dass die Frage, ob einer Einzelnote Regelungsqualität im Sinne von 35 Abs. 1 VwVfG zukommt, ausschließlich anhand der jeweiligen Prüfungsordnung zu klären ist. Fehlten dort ausdrückliche Festlegungen, sei sie mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden zu beantworten²⁸.

Diese Rechtsprechung ist problematisch im gestreckten Prüfungsverfahren, wenn beispielsweise eine schriftliche Prüfungsaufgabe wegen schlechter Leistung oder wegen eines Unterschleifversuches mit 0 Punkten (ungenügend) bewertet worden ist. 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. Den Referenten sind zahlreiche Prüfungsordnungen bekannt, in denen normiert wird, dass die Prüfungsunterlagen nach einem bestimmten Zeitraum (z.B. ein Jahr) vernichtet werden. Dies ist indiskutabel, wenn – möglicherweise erst nach Ablauf eines Jahres - das Endergebnis angefochten werden kann²⁹.

²⁸ BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 – 6 C 8.11 Rz. 14

²⁹ Zur fehlenden Verwaltungsaktqualität der Bewertung einer Studienarbeit VGH München, Beschl. v. 25.01.2010 – 7 ZB 08.1476; vgl. hierzu auch ausführlich BVerwG, Beschl. v. 25. März 2003 – 6 B 8/03, zur Frage, wann eine Teilprüfung ein Verwaltungsakt sein 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 Falle des Nichtbestehens wiederholt werden müssen .

Die Zahl der Prüfungen, in denen das Bestehen – unabhängig von der Zahl der Teilleistungen – seien es drei oder 29 – vom Bestehen aller Teilleistungen abhängig gemacht wird, nimmt offensichtlich zu.

Der VGH München hat in einem Verfahren eine besondere Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens in der jeweiligen Prüfungsordnung angenommen, die in diesem Fall dazu führte, dass der Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung eine selbständige rechtliche Bedeutung zuerkannt wurde.

In diesem Fall sprachen nach Ansicht des VGH viele Argumente dafür, dass die konkrete Hochschule die Noten des Prüflings in Form eines anfechtbaren Verwaltungsakts feststellen und bekanntgeben wollte. Hierfür sprachen in der RPO folgende Regelungen:

„die Vorprüfung ist bestanden, wenn der Studierende in allen auf Prüfungen beruhenden Endnoten in den Prüfungsfächern sowie in allen ausschließlich auf studienbegleitenden Leistungsnachweisen beruhenden Endnoten, von denen nach der Prüfungsordnung der Hochschule das Bestehen der Vorprüfung abhängt, mindestens die Note 'ausreichend' erzielt“,

„erzielt der Studierende in einem Fach der Vorprüfung keine ausreichende Endnote, erhält er hierüber einen schriftlichen oder – bei entsprechender Festlegung des Prüfungsausschusses der Hochschule – einen hochschulöffentlich bekanntgemachten Bescheid durch das Prüfungsamt, der eine Belehrung darüber enthalten soll, innerhalb welcher Frist eine Wiederholung erfolgen muss“.

Damit war die Bewertung der Prüfungsleistung im konkreten Fach mit der Endnote 'ausreichend' oder besser damit Voraussetzung für das Bestehen der Vorprüfung und für den Eintritt in das Hauptstudium.

Auch war der Notenbekanntgabe eine Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt.

Unter diesen Umständen hat der VGH München³⁰ zu Recht die Auffassung vertreten, dass es sich bei den Bekanntgaben der nicht ausreichenden Prüfungsergebnisse an den Kläger es sich daher auch nach dem Willen der Hochschule nicht um bloße Mitteilungen der Noten gemäß § 23 Abs. 9 RaPO, sondern um anfechtbare Bescheide gemäß § 32 Abs. 2 RaPO handelte.

In einem anderen Fall³¹ gab es ein Fristproblem: Zwar kann der Prüfungsausschuss der Hochschule gemäß § 32 Abs. 2 Satz 3 RaPO festlegen, dass die Prüfungsmitteilung durch eine hochschulöffentliche Bekanntmachung erfolgt, die die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen wahrt. Im konkreten Fall hat sich die Hochschule darauf berufen, der zuständige Prüfungsausschuss habe im Jahr 2007 "hochschulweit" festgelegt, dass Prüfungsergebnisse ausschließlich im Intranet der Hochschule bekanntgegeben würden. Da es im entschiedenen Verfahren allein um PKH ging, hat der VGH München dem VG Regensburg aufgegeben, im Klageverfahren zu prüfen, ob diese Form der Mitteilung den Voraussetzungen des Art. 3a, Art. 37 Abs. 2 bis 5, Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG für den elektronischen Erlass und die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts entspricht³². Als zweifelhaft hat der VGH München angesehen, ob die bloße Möglichkeit des Abrufs der Mitteilung als wirksame Bekanntgabe der Notenfestsetzung anzusehen sei³³, zumal die Hochschule den Zeitpunkt des Abrufs offenbar nicht erfasse und dokumentiere³⁴.

Neben der Gestattung ist weitere Zugangsvoraussetzung entsprechend den Anforderungen für Schriftstücke), dass dem Betroffenen dauerhafte Verfügungsgewalt über die Datei gewährt wird. Da elektronische VA keine schriftlichen VA sind³⁵), kommt es nicht wie beim Telefax auf den Ausdruck an, sondern allein auf die Möglichkeit des Abrufs. Bei Versendung per E-Mail wird die Verfügungsgewalt grundsätzlich mit der Ablage der Nachricht im elektronischen Briefkasten begründet, also mit der Versendung einer Datei über das Internet

³⁰ VGH München vom 22.3.2012 - 7 ZB 11.2859, Rz. 18

³¹ VGH München, Beschl. v. 07.11.2012, Beschl. v. 07.11.2012, - 7 C 12.2143 – in der Hauptsache spielte dieses Problem keine Rolle mehr, da der Kläger beantragte, die (teilweise verschwundene) Prüfungsarbeit als bestanden zu erklären und damit beim VG Regensburg scheiterte – VG Regensburg, Urt. v. 13.06.2013 – RN 1 K 11.1447 (n.v.)

³² vgl. hierzu auch Niehues/Fischer/Jeremias, aaO, Rz. 700 am Ende; VG München vom 6.10.2008 - 4 E 08.3579

³³ unter Bezugnahme auf Stelkens/Bonk/Sachs), VwVfG, 8. Auflage 2014, Rz. 92 zu § 41

³⁴ Vgl. auch VGH München, Beschluss vom 07.11.2012, 7 C 12.2143

³⁵ Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 37 Rz. 58, 64 f.

auf einen Speicherplatz, auf den der Empfänger (alleinigen) Zugriff hat³⁶. Der Zugang beim E-Mail-Provider reicht für sich allein nicht aus; dieser ist insbes. nicht als Empfangsbote des Empfängers zu verstehen³⁷.

Keine Verfügungsgewalt wird begründet, wenn der Empfänger nur per E-Mail darauf hingewiesen wird, dass der verfügende Teil des VA ganz oder teilw. (z. B. Nebenbestimmungen) auf der Internetseite der Behörde abgerufen werden kann, weil die entsprechende Seite von der Behörde jederzeit geändert werden kann. Auch die Möglichkeit einer Abspeicherung der Internet-Seite begründet eben nur diese Möglichkeit, jedoch keine tatsächliche dauerhafte Verfügungsgewalt³⁸. Deshalb kann – auch in Sonderstatusverhältnissen - ein VA nicht in der Form individuell bekannt gegeben werden, dass der Betroffene allg. darüber informiert wird, ihn betreffende Informationen seien im Internet unter einer bestimmten Adresse abrufbar³⁹.

B. Die Rüge- und Mitwirkungspflichten des Prüflings

Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit ist es, der Prüfungsbehörde anzuzeigen, dass aus Sicht des Prüflings eine Verletzung der Chancengleichheit in Betracht kommt. Der Prüfling ist daher gehalten auf die Umstände hinzuweisen, aus denen sich die aus seiner Sicht mögliche Verletzung der Chancengleichheit ergibt. Eine Geste, die „auf die für alle Anwesenden offensichtlichen Umstände aufmerksam“ machen soll, ist im Grundsatz ungeeignet, die Rügeobliegenheit des Prüflings zu erfüllen.⁴⁰

I. Die aktuelle Rechtsprechung zur Befangenheit

Befangenheitsentscheidungen aus der letzten Zeit betreffen Korrekturbemerkungen⁴¹, die Notwendigkeit, die Befangenheitsrüge zu Protokoll zu geben⁴², die Benutzung eines Smartphones durch den Prüfer ohne Mitteilung, dass er damit die Prüfung protokollieren

³⁶ Stelkens/Bonk/Sachs § 37 Rz. 92 unter Bezugnahme auf Dietlein/Heinemann NWVBI 2005, 53, 55; Skrobotz, Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, S. 253; a. A. Ritgen in Bauer u. a., § 41 Rz. 71.

³⁷ Stelkens/Bonk/Sachs a.a.O sowie Skrobotz, Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, S. 253

³⁸ Stelkens/Bonk/Sachs. a.a.O. m.w.N.

³⁹ so VG Cottbus, Urt. v. 27. 4. 2012 – 1 K 314/10 zur Prüfungsladung über das Internet.

⁴⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.04.2017 -OVG 6 B 20.16, juris.

⁴¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 09.09.2015 – 2 LB 169/14

⁴² VG Aachen, Urt. v. 25.06.2015 – 1 K 300/14

will⁴³, die Zurückweisung der Rüge wegen – angeblich – widersprüchlichen Verhaltens⁴⁴, die Rüge der Befangenheit eines Richters in einem Prüfungsverfahren wegen dessen eigener Prüfungstätigkeit⁴⁵, der verspäteten Geltendmachung von Befangenheitsgründen⁴⁶, die angebliche Diskriminierung einer ausländischen Lehramtsanwärterin⁴⁷, Befangenheit der Prüfer einer Lehramtsprüfung wegen Anhörung des Schulleiters⁴⁸ und als weiteres Beispiel die Frage, ob die Kontaktaufnahme eines Prüflings zum Prüfer zu einer Befangenheit des Prüfers führen kann, bzw. welche Sanktionen gegenüber dem Prüfling die Prüfungsbehörde damit verbinden kann⁴⁹.

Der Vorwurf der Befangenheit setzt voraus, dass ein Verfahrensbeteiligter die auf objektiv feststellbaren Tatsachen beruhende, subjektiv vernünftigerweise mögliche Besorgnis hat, der Amtsträger werde in dieser Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden. In Prüfungsverfahren bedeutet dies, dass aus der Sicht eines vernünftigen Prüflings die nicht auf Mutmaßungen, sondern auf Tatsachen sich gründende Befürchtung gerechtfertigt erscheint, der Prüfer werde die Prüfungsleistung nicht mit der gebotenen Distanz und sachlichen Neutralität beurteilen, sondern sich von seiner ablehnenden inneren Einstellung und von seinen persönlichen Vorbehalten ihm gegenüber leiten lassen⁵⁰.

Das OVG Berlin-Brandenburg betont, dass ein Kläger im Rahmen seiner Prozessförderungspflicht gem. § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO verpflichtet sei, an der Sachaufklärung mitzuwirken und den Prozessstoff umfassend vorzutragen, somit spätestens in der mündlichen Verhandlung etwaige für die Frage der geltend gemachten Befangenheit erhebliche weitere Äußerungen oder Vorkommnisse dem Verwaltungsgericht vorzutragen. Dem Prüfling obliegt die Darlegungslast, dass der Prüfungsausschuss bei seiner Bewertung den Sachverhalt verkannt, unsachgemäße Erwägungen angestellt und gegen allgemein Bewertungsmaßstäbe verstoßen hat⁵¹.

⁴³ VG Saarlouis, Urt. v. 03.03.2015 – 1 K 2029/13

⁴⁴ VG Hamburg, Urt. v. 23.12.2014 – 2 K 1285/11

⁴⁵ OVG Münster, Beschl. v. 18.09.2014 – 14 A 206/14

⁴⁶ VG Berlin, Urt. v. 07.07.2014 – 12 K 882.13

⁴⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 02.07.2014 – 2 LB 376/12

⁴⁸ OVG Münster, Beschl. v. 13.06.2013 – 19 A 2636/11

⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 21.03.2012 – 6 C 19/11

⁵⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 2.7.2014 – 2 LB 376/12; OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.4.2014 – 2 PA 457/13, VGH Mannheim, Beschl. v. 3.7.2012 – 9 S 2189/11, juris.

⁵¹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.06.2017 – OVG 5 N 22.16, juris.

II. Unverzüglichkeit

Wir haben die Rechtsprechung zur Rüge- und Mitwirkungspflicht des Prüflings ausführlich bereits mehrfach kritisiert und als "überzogen" bezeichnet⁵². Die Gerichte halten jedoch völlig ungerührt an den strengen Anforderungen zur **Unverzüglichkeit** der Rüge- und Mitwirkungspflicht eines Prüflings fest. Die strengen Anforderungen zur Unverzüglichkeit der Rügepflicht mögen noch vertretbar sein bei äußeren Mängeln des Prüfungsverfahrens wie Beeinträchtigung durch Lärm oder stickige Luft⁵³. Einige Verwaltungsgerichte haben einem Prüfling sogar zugemutet, dass er auch zu Beginn oder während einer mündlichen Prüfung die Befangenheit des Prüfers oder die Falschbesetzung der Prüfungskommission rügt⁵⁴. Ebenso muss der Prüfling (nach einer mündlichen Prüfung) unverzüglich deutlich machen, dass er sich ungerecht bewertet fühlt oder dass er die Bewertung nicht nachvollziehen könne oder dass er erwäge, Einwände gegen die Bewertung vorzubringen⁵⁵. Dagegen hat Haase⁵⁶ zutreffend auf die Rechtsprechung des BVerwG⁵⁷ hingewiesen, wonach die Frage der Rüge eine Frage der Zumutbarkeit für den Prüfling ist und bei einer mündlichen Prüfung der unverzüglichen Rüge einer Hemmschwelle entgegensteht.

Hinsichtlich der Unverzüglichkeit der Befangenheitsrüge in einer laufenden Prüfungssituation weisen wir darauf hin, dass selbst ein Rechtsanwalt – mag er noch so erfahren sein - in einer mündlichen Verhandlung häufig überfordert ist, 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. 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.

⁵² Z.B. Z/B, , Rz. 67 ff. sowie Zimmerling, WissR 2002, 151 ff.

⁵³ VGH Mannheim, Beschl. v. 05.11.2015 – 9 S 2284/14, juris.

⁵⁴ 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.).

⁵⁵ OVG Münster, Beschl. v. 06.04.2017 – 14 B 1380/16, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 24.02.2003 – 6 C 22.02, juris.

⁵⁶ Haase § 16 Rz. 23;

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 17.02.1984 – 7 C 67.82, ebenso Niehues/Fischer/Jeremias Rz. 48

III. Materielle Rügepflicht: Eignung der Prüfungsaufgaben

Nach zutreffender Auffassung des BVerwG⁵⁸ müssen Prüfungsaufgaben geeignet sein, Kandidaten, die das Ausbildungsziel erreicht haben, von denen zu unterscheiden, die es nicht erreicht haben. Die Gerichte müssen der Frage nachgehen, ob der Prüfling deshalb in seinem Recht auf Chancengleichheit verletzt ist, weil schon eine Prüfungsaufgabe an fachlichen Mängeln leidet. Das BVerwG hat insoweit ausgeführt:

"Der 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."

Für ein Gericht ist es natürlich viel einfacher, einen Fehler dem Verfahren statt der Bewertung zuzuordnen und mit dem Verdikt der verspäteten Rüge die Klage/den Antrag abzuweisen. Dies verstößt jedoch gegen die Rechtsprechung des BVerwG zur Zuordnung von Eignungsmängeln bei Prüfungsaufgaben, die der Prüfungsbehörde zuzurechnen sind:

1. Die Rechtsprechung

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. Nach Auffassung des OVG Weimar zu § 10 ThürJAPO a.F.⁵⁹ ist der Begriff "Mängel" weit gefasst. Ihr 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 konkret gerügte Ungeeignetheit einer Klausur stelle daher ebenfalls einen

⁵⁸ BVerwG, Urteil vom 09.08.1996 - 6 C 3/95; Urteil vom 17.05.1995 - 6 C 8/94; Urteil vom 19.05.2005 - 6 C 14/04, juris

⁵⁹ ThürJAPO in der Fassung vom 16.02.1993, GVBl S. 149 zuletzt geändert durch VO v. 16. April 1999, GVBl S. 261.

Mangel im Prüfungsverfahren dar, der innerhalb der normierten Monatsfrist gerügt werden müsse⁶⁰.

Dies kollidiert allerdings in der „Generalität“ der Aussage nach unserer Auffassung mit der oben zitierten Rechtsprechung des BVerwG⁶¹. Nach dieser erstreckt sich der Ausschluss der Rüge von Mängeln im Prüfungsverfahren gerade **nicht** auf die Rüge von Fehlern bei der materiellen Bewertung der von dem Prüfling erbrachten Prüfungsleistungen.

Nur, soweit der Prüfling durch Mängel im Prüfungsverfahren gehindert wird, seine tatsächliche Leistungsfähigkeit, deren Ermittlung und Beurteilung die Prüfung dient, in entsprechende Prüfungsleistungen umzusetzen, handelt es sich bei einer hierauf zurückzuführenden unzutreffenden Bewertung seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit nicht um einen materiellen Bewertungsfehler, sondern um eine mittelbare Folge der Mängel im Prüfungsverfahren, die als solche gerügt werden müssen und nach Ablauf der Ausschlussfrist nicht mehr gerügt werden können.

Für die Rüge der **Eignung** der Prüfungsaufgabe gilt dies somit nach unserer Auffassung gerade nicht.

Auch in späteren Entscheidungen hat das BVerwG an seiner Rechtsprechung zur möglichen Geltendmachung der fehlenden Eignung im Prozess festgehalten⁶²: Prüfungsaufgaben müssen geeignet sein, Kandidaten, die das Ausbildungsziel erreicht haben, von denen zu unterscheiden, die es nicht erreicht haben. Bei materiellen Beurteilungsfehlern entfallen nämlich beide Gründe, die unabhängig voneinander jeweils selbständig den Verlust des Rügerechts bei Verfahrensmängeln rechtfertigen. Weder das Argument des Erschleichens einer nicht zustehenden weiteren Prüfungschance greift insoweit durch, noch ist eine möglichst zeitnahe Überprüfung des Sachverhalts durch die Prüfungsbehörde zur Wahrung der Chancengleichheit der anderen Prüflinge geboten...“ Daher unterliegt die Bewertung, ob mit einer Prüfungsaufgabe fachlich Unmögliches verlangt wird, ob die Prüfungsaufgabe verständlich gestellt oder in sich widersprüchlich ist, der gerichtlichen Nachprüfung. Danach kann der Prüfling eine fachlich unrichtige und deshalb rechtswidrige Bewertung seiner

⁶⁰ OVG Weimar, Beschl. v. 10.09.2004 - 1 EO 1039/04 - (n.v.).

⁶¹ BVerwG, Urt. v. 22.06.1994 - 6 C 37.92, NVwZ 1995, 492.

⁶² z.B. BVerwG, Urt. vom 09.08.1996 - 6 C 3/95

Prüfungsleistung - bei rechtzeitiger Klageerhebung - bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatsachengericht geltend machen⁶³.

Die Instanzgerichte mögen dem aber nicht zu folgen und verschieben die Rüge unklarer und verwirrender Aufgabenstellung nur zu gerne in den Bereich der Verfahrensmängel, die aus Gründen der Chancengleichheit rechtzeitig, d. h. jedenfalls noch **vor** Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses geltend gemacht werden müssten. Dies gelte auch für die Rüge, durch die Aufgabenstellung sei der zulässige Prüfungsstoff überschritten worden⁶⁴. Auch der VGH Kassel⁶⁵ hat in der fehlerhaften Themenauswahl einer Hausarbeit einen Mangel im Prüfungsverfahren und keinen materiellen Bewertungsfehler gesehen.

2. Kompensationsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern

Die Prüfungsbehörde hat nach der Rechtsprechung einen weiten Bewertungsspielraum bei ihrer Entscheidung über die Frage, welcher Ausgleich in Anbetracht einer für notwendig gehaltenen Berichtigung des Sachverhalts der Aufgabe einer Aufsichtsarbeit angemessen ist⁶⁶. Allerdings hat das BVerfG⁶⁷ entschieden, dass aus Art. 12 Abs. GG, Art. 3 Absatz 1 und Art. 19 Absatz 4 GG folgt, dass den Prüfungsbehörden bei der Frage, welche Kompensationsmaßnahmen in solchen Fällen zur Wiederherstellung der Chancengleichheit bei der Prüfung geeignet und geboten seien, kein Entscheidungsspielraum zusteht. Die Gerichte könnten vielmehr in vollem Umfange überprüfen, ob die Prüfungsbehörde durch die von ihr gewährte Schreibverlängerung einen Ausgleich für Störungen während der Aufsichtsarbeiten herbeigeführt habe⁶⁸. Danach halten es die Obergerichte für möglich, zu prüfen, ob sich die Prüfungsbehörde an die Maßstäbe gehalten hat, nach denen erfahrungsgemäß der Ausgleich für eine erhebliche Störung durch Lärm oder ähnliche äußere Einwirkungen zu bemessen ist. Im Anschluss daran, hat der BFH⁶⁹ gemeint, dass die Berichtigung der für eine Aufsichtsarbeit gestellten Aufgabe durch die Prüfungsbehörde

⁶³ BVerwG, Urt. vom 27.04. 1999 - 2 C 30/98

⁶⁴ VG Düsseldorf, Urt. vom 01.04.2014 - 26 K 5876/12; ebenso die fehlerhafte Zuordnung in VG Ansbach, Beschl. vom 24. Februar 2005 a. a. O.; VG Mainz, Urt. vom 21. März 2013 - 1 K 919/12.MZ - , jeweils zur Überschreitung des Prüfungsstoffs, OVG Münster, Beschl. v. 07.07.1999 – 14 A 2604/07 zu einer verwirrenden Aufgabenstellung, die die Aufgabe für die konkrete Prüfung als ungeeignet erscheinen ließ.

⁶⁵ VGH Kassel, Urt. v. 30.11.2006 - 8 UE 674/06 - (n.v.).

⁶⁶ BFH, Urt. vom 23. 8. 2001 - VII R 96/00

⁶⁷ BVerfG, Beschl. vom 21.12. 1992 - 1 BvR 1295/90

⁶⁸ ebenso BVerwG, Urt. v.11. 8. 1993, 6 C 2.93

⁶⁹ BFH, Urt. vom 23. 8. 2001 - VII R 96/00

noch während der Bearbeitungszeit ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein könne.

Insbesondere muss nach BVerfG die Prüfungsbehörde auch vorbeugend tätig werden: Zwar dürfte es in der Regel ausreichend und zweckmäßig sein, kurzfristige und **unvorhergesehene** Lärmbelästigungen der Prüflinge durch Schreibverlängerungen auszugleichen. Wenn jedoch voraussehbar ist, dass eine Lärmquelle das Prüfungsgeschehen häufiger unterbrechen und damit die Prüfungschancen der Kandidaten nachhaltig beeinträchtigen wird, muss die Prüfungsbehörde in Betracht ziehen, ihre verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur vorbeugenden Vermeidung solcher Prüfungsstörungen zu nutzen⁷⁰. Hält ein Prüfungskandidat eine von der Prüfungsbehörde auf Grund eines Mangels im Prüfungsverfahren gewährte Ausgleichsmaßnahme (Schreibzeitverlängerung von 15 Minuten auf Grund einer zunächst unvollständigen Aufgabenstellung) für nicht ausreichend, so ist er grundsätzlich verpflichtet, dies unverzüglich zu rügen, um so den Anstoß zu schnellstmöglichen weiteren Abhilfemaßnahmen zu geben⁷¹. Die Rügepflichten des Prüflings finden dort ihre Grenzen, wo es ihm auf Grund der konkreten Situation nicht zumutbar war, den Prüfer auf sein verletzendes Verhalten aufmerksam zu machen und dies zu beanstanden⁷². Selbstverständlich hat ein Prüfling bei Beeinträchtigung des Prüfungsablaufes durch äußere Einwirkungen wie z.B. stickiger Luft eine Rügepflicht, zumal sich dieser „Mangel“ relativ schnell beheben lässt⁷³.

Was früher der Lärm war, ist heute bei der Benutzung von Computer während der Prüfung der Systemabsturz⁷⁴. Die Gerichte gehen entsprechend damit um: Da es sich bei der Prüfung um einen computergestützten Leistungsnachweis handele, stelle der Ausfall der benötigten Hardware - oder Softwareausstattung zunächst einen Verfahrensmangel der Prüfung dar, da die Prüfungsbearbeitung nicht, wie bei der Prüfungserstellung konzipiert,

⁷⁰ BVerfG, Beschl. vom 21. Dezember 1992 - 1 BvR 1295/90 unter Bezugnahme auf BVerfGE 84, 59 (73) = NJW 1991, 2008; vgl. im Einzelnen auch Haase, a.a.O. Rz. 128 ff. – Lärmstörungen sind in der Regel im Verhältnis 1 : 1 zu kompensieren, so BVerwG, Urt.v. 11.08.1993 – 6 C 2.93, dazu auch Niehues/Fischer/Jeremias Rz. 476).

⁷¹ VG Karlsruhe, Urt. v. 04.11.2015 – 4 K 1093/13, juris.

⁷² OVG Bautzen, Urt. v. 25.10.2016 – 2 A 308/15, juris. Bemerkenswert ist folgender Orientierungssatz: „Der Prüfer muss prüfungsfähig sein, insbesondere auch die notwendige Konzentration und Aufmerksamkeit haben.“

⁷³ VGH Mannheim, Beschl. v. 05.11.2015 – 9 S 2284/14, juris.

⁷⁴ vgl. hierzu VG Ansbach, Beschl. vom 01.06.2015 - AN 2 E 15.00715 -. Die Hauptsacheklage wurde zurückgenommen

ungestört über die gesamte Prüfungsdauer möglich war. Nach der Mitteilung der Antragstellerin an die Prüfungsaufsicht, dass die erforderliche Software nicht zur Verfügung stehe, wurden die Fehlzeiten der Software (Ausfall von 9.38 bis 10.14 Uhr und 10.22 bis 10.29 Uhr) im konkreten Fall durch entsprechende Prüfungszeitverlängerung (d.h. 1 : 1) nach Ablauf der regulären Prüfungszeit nachgewährt. Nach Auffassung des VG Ansbach wurde damit ein Zeitausgleich für die fehlende Bearbeitungszeit und fehlende Funktionstüchtigkeit der Hilfsmittel ausreichend gewährt.

Unsere Frage: Sind die beiden Tatbestände tatsächlich vergleichbar – der Baulärm und der Totalausfall der Software oder Hardware?

Der VGH Mannheim hat die Auffassung vertreten⁷⁵, 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. Es verbleibt aber bei dem Grundsatz, dass ein Prüfling grundsätzlich mit der Berufung auf einen Verfahrensmangel nicht so lange warten darf, bis ihm das Ergebnis der Bewertung bekannt geworden ist. Dies ist einhellige Rechtsprechung⁷⁶.

⁷⁵ VGH Mannheim, Urt. v. 21.11.2006 - 9 S 987/06 VBIBW 2007, 218.

⁷⁶ Siehe z.B. VG Neustadt a.d. Weinstraße, Urt. v. 08.12.2016 – 2 K 252/16.NW unter Bezugnahme auf OVG Münster, Beschl. v. 03.06.2009 – 14 B 594/09, juris.

C. Die Befangenheitsrüge

I. Die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG⁷⁷

§ 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 VwVfG⁷⁸. 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 können⁷⁹. Hiernach ist die Geltendmachung der Befangenheit lediglich eine Anregung zur Prüfung des Sachverhaltes von Amts wegen.

Zutreffend stellen Rechtsprechung⁸⁰ und Literatur⁸¹ 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 darstellen⁸². Es geht somit nicht um das verwaltungsinterne "Selbstreinigungsverfahren" gem. § 21 VwVfG, sondern um den Grundsatz des fairen Prüfungsverfahrens. 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 sind⁸³, so ohne weiteres auf die Befangenheitsrüge im Verwaltungsprozess zu übertragen. Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung (des Prüfers) ist berechtigt, wenn ein Prüfer gegen das Gebot der Sachlichkeit verstößt, beispielsweise seiner Verärgerung über eine schwache Prüfungsleistung freien Lauf lässt⁸⁴. Aus Gründen der Chancengleichheit darf

⁷⁷ vgl. u.a. Haase a.a.O. Rz. 59 – 81, Niehues/Fischer/Jeremias/ Rz. 336 ff.)

⁷⁸ 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, DVBl 1999, S. 1597 m. Anm. Abramenko.

⁷⁹ Knack/Clausen, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 21 Rz. 3 unter Bezugnahme auf Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 59 I 7 Rz. 20.

⁸⁰ VG Schleswig, Urt. v. 11.07.2006 - 7 A 12/06, .

⁸¹ Siehe z.B. BVerwG, Beschl. v. 28.10.2004 - 6 B 51/04, ; OVG Lüneburg, Urt. v. 20.01.1987 - 10 A 98/85, OVG E MüLü 40,364.

⁸² Knack/Clausen, aaO Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 21 Rz. 14.

⁸³ Stelkens/Bonk/Sachs, aaO, § 21 Rz. 14 mit umfangreichen Nachweisen.

⁸⁴ BVerwG, Beschl. v. 08.03.2012 – 6 B 36.11, juris.

die Prüfungsbehörde nur dann neue Prüfer bestellen, wenn die alten Prüfer rechtlich oder tatsächlich gehindert sind, die Nachbewertung vorzunehmen⁸⁵.

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. Umso mehr ist es dann erforderlich - im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes - dass etwaige Befangenheitsgründe durchschlagende Wirkung auf das Prüfungsverfahren haben.

Nach der Kommentierung von Stelkens/Bonk/Sachs⁸⁶ verlangt "Besorgnis der Befangenheit" einen "gegenständlichen, vernünftigen Grund, der die Beteiligten von ihrem Standpunkt aus befürchten lassen kann, dass der Amtsträger nicht unparteiisch sachlich, insbesondere nicht mit der gebotenen Distanz, Unbefangenheit und Objektivität entscheiden, sondern sich von persönlichen Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lassen könnte." Ob die Besorgnis der Befangenheit berechtigt ist, ist unter objektiver Würdigung der tatsächlichen Umstände, also danach zu beurteilen, ob vom Standpunkt des Prüflings aus ein vernünftiger, objektiv fassbarer Grund für die Befürchtung gegeben ist, der Prüfer werde nicht objektiv und unvoreingenommen urteilen. Auf eine lediglich subjektive, objektiv nicht zu bestätigende Auffassung des Prüflings kommt es nicht an. Maßgeblich ist insoweit die Sicht eines verständigen Prüflings in der gegebenen Situation ohne Rücksicht auf individuelle Empfindlichkeiten⁸⁷.

Das VG Gelsenkirchen hat eine Besorgnis der Befangenheit von Erst- und Zweitprüfer bejaht, wenn diese in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenleben. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit setzen nicht voraus, dass der Amtsträger tatsächlich befangen, voreingenommen oder parteiisch sei. Es genüge, dass der Prüfling die auf objektiv feststellbaren Tatsachen beruhende, subjektiv vernünftigerweise mögliche Besorgnis hat, der

⁸⁵ BVerwG, Beschl. v. 19.05.2016 – 6 B 1.16, juris.

⁸⁶ Knack/Clausen aaO, § 21 Rz. 4; Stelkens/Bonk/Sachs, aaO, § 21 Rz. 15.

⁸⁷ OVG Saarlouis, Beschl. v. 31.05.2017 – 2 A 179/16, juris.

Prüfer werde in dieser Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden⁸⁸. Eine geäußerte Rechtsauffassung – auch wenn sie nicht richtig ist – kann keine Besorgnis der Befangenheit begründen⁸⁹.

Die Befangenheitsrüge ist bei schriftlichen Prüfungen praktisch ausgeschlossen. Der Prüfer kann somit "hemmungslos" die Arbeit des Prüflings korrigieren und bewerten. „Unfaire“ Randbemerkungen sind keine Frage der Befangenheit, sondern eine solche eines fairen Prüfungsverfahrens, der aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG herzuleiten ist. Im Zweifelsfall ist somit stets zu prüfen, ob der Grundsatz eines fairen Prüfungsverfahrens gefährdet ist oder die Besorgnis der Befangenheit eines Prüfers besteht.

Einige Fälle aus neuerer Zeit aus diesem Bereich, in denen in der Regel der Vorwurf der Befangenheit des Prüfers zurückgewiesen wurde:

- Kann ein Theologe unvoreingenommen über eine religionskritische Abschlussarbeit urteilen⁹⁰?
- Annahme der Befangenheit eines Prüfers durch das Gericht ohne Befangenheitsrüge des Prüflings⁹¹ (dazu noch unten).
- Im Einzelfall kann der Erhebung einer Rüge der Befangenheit das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegenstehen⁹².
- Zur (hier verneinten) Befangenheit eines Prüfers auf Grund schriftlicher Korrekturbemerkungen⁹³.
- Verwirkung der Befangenheitsrüge, da der Anlass lange vor der Prüfung lag⁹⁴.

⁸⁸ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 04.11.2015 – 4 K 3886/14, juris unter Bezugnahme auf OVG Lüneburg, Urt. v. 09.09.2015 – 2 LB 169/14, juris.

⁸⁹ BayVGh, Beschl. v. 26.08.2016 – 7 CE 16.950, juris.

⁹⁰ VG Berlin, Urt. vom 30.10.2014 - 12 K 945.13;

⁹¹ OVG BB, Beschl. v. 27.11.2013 - OVG 7 N 18.13 –

⁹² VG Hamburg, Urt. vom 23.12.2014, 2 K 1285/11 – hierzu aus der Sicht des vertretenden Rechtsanwalts, Heinze, <http://www.ah-rechtsanwaelte.de/befangenheit-beim-verwaltungsgericht-hamburg-im-pruefungsrecht/>

⁹³ OVG Lüneburg, Urt. vom 09.09.2015 - 2 LB 169/14).

⁹⁴ VG Berlin, Beschl. vom 05.08.2015 - VG 12 L 313.15

- Das Verwaltungsgericht hält den Prüfer für befangen und bestellt einen neuen Prüfer, weil er sich bisher nicht mit seinem materiellen Bewertungsfehler hinreichend selbstkritisch auseinandergesetzt habe. Der VGH Mannheim folgt dem nicht und weist auf die Berufung der Prüfungsbehörde hin die Klage ab⁹⁵. 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 der Kundenkartei seines Institutes abgleiche und deshalb nicht unvoreingenommen entscheide⁹⁶.
- Bei in Wirtschaftsprüferprüfungen bestellten Wirtschaftsprüfern bestehe eine Interessenkollision, weil in den Prüflingen, die die Prüfung erfolgreich absolvieren, Konkurrenz erwachse⁹⁷.
- Tätigkeit des Prüfers als selbständiger Zahntechnikermeister, der weitere Konkurrenz befürchtet⁹⁸.

Nach Auffassung des OVG Lüneburg kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass auch ein bereits mit der Abnahme einer vom Prüfling nicht bestandenen Erstprüfung betrauter Prüfer in der Wiederholungsprüfung zu einer selbständigen, eigenverantwortlichen und unvoreingenommenen Bewertung bereit und auch fähig ist. Allein aus dem Umstand, dass bei Bewertung einer Prüfung mit „ungenügend“ folgt, dass selbst Grundkenntnisse so lückenhaft sind, dass die Mängel in absehbarer Zeit nicht behoben werden können, begründet keine Befangenheit in der Wiederholungsprüfung⁹⁹.

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

⁹⁵ VGH Mannheim, Urt. vom 06.07.2015 - 9 S 2062/14)

⁹⁶ BFH, Urt. v. 03.02.2004 - VII R 1/03, DStRE 2004, 600 = BFHE 204, 546.

⁹⁷ VGH Mannheim, Urt. v. 02.07.1996 - 9 S 2603/94 - (n.v.).

⁹⁸ OVG Saarlouis, Urt. v. 08.02.1993 - 8 R 54/91, EzB HandwO 46 Nr. 11 a.

⁹⁹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.08.2016 – 2 LA 86/16, juris.

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 führen kritische Äußerungen über bereits erbrachte wissenschaftliche Leistungen nicht zwingend zur Befangenheit des Prüfers¹⁰⁰.

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 machen¹⁰¹. Darüber hinaus hat das Sächsische Staatsministerium der Justiz - Landesprüfungsamt 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.

Ein Zitat aus dem Urt. des VG Hamburg¹⁰²

„Soweit der Kläger vorbringt, die Zeugin C. (die Prüfungsvorsitzende) habe ihm in der Vorbesprechung am 24. Juni 2008 unangenehme Fragen über das Liebesleben [des Kollegen] gestellt und von ihrer Zeit in dessen Kursen in K. erzählt, ist die Rüge einer Besorgnis der Befangenheit jedenfalls nach § 6 Abs. 5 Satz 2 LÜ verspätet. Denn es handelt sich um Umstände, die dem Kläger bereits vor Beginn der mündlichen Prüfung bekannt geworden sind und die er deshalb vor Antritt der mündlichen Prüfung hätte geltend machen müssen. Unabhängig davon wäre auf Grundlage des Vortrags des Klägers keine Besorgnis der Befangenheit anzunehmen. Es erscheint möglich, dass sich die Zeugin im Vorgespräch etwa nur auflockernd innerhalb der Grenzen eines „small talks“ geäußert hat.“

Verfahrensrechtlich unterfällt die Weigerung der Hochschule, einen vom Prüfling bereits zeitlich vor Zulassung zur Prüfung wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Prüfer aus dem Verfahren herauszunehmen, als Maßnahme der personellen Prüfungsverfahrensgestaltung der Vorschrift des § 44a VwGO. Hier kann entsprechend § 44a Satz 2 VwGO gegen diese Weigerung als Verfahrenshandlung ausnahmsweise Rechtsschutz gewährt werden, denn der Ausschluss ihrer gerichtlichen Überprüfung wäre für den Prüfling mit unzumutbaren Nachteilen in Gestalt der psychologischen Belastung

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ VG Berlin, Urt. v. 17.01.2001 - 12 A 501.98 - (n.v.).

¹⁰² VG Hamburg, Urt. vom 23.12.2014 - 2 K 1285/11

verbunden, die Prüfungsleistung im Bewusstsein der Korrektur durch einen (vermeintlich) befangenen Prüfer und somit im Zustand einer nicht auszuschließenden, möglichen Beeinträchtigung des Leistungsvermögens erbringen zu müssen¹⁰³.

Die Befangenheitsrüge muss unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntnis von dem Befangenheitsgrund erhoben werden¹⁰⁴. Die Obliegenheit des Prüflings, Mängel des Prüfungsverfahrens zur Vermeidung ihrer Unbeachtlichkeit unverzüglich zu rügen, ist durch den Grundsatz der Chancengleichheit gerechtfertigt. Die Mitwirkungslast des Prüflings dient der Wahrung der Chancengleichheit in zweierlei Hinsicht: Sie soll zum einen verhindern, dass er sich bei Fortsetzung der Prüfung in Kenntnis des Verfahrensmangels nachträglich eine ihm nicht zustehende weitere Prüfungschance verschafft, und ermöglicht zum anderen der Prüfungsbehörde eine zeitnahe Überprüfung des gerügten Mangels mit dem Ziel einer noch rechtzeitigen Korrektur oder Kompensation. Die Mitwirkungslast endet - je nach den Umständen des Einzelfalles - zum einen an der Grenze der Zumutbarkeit für den Prüfling und zum anderen dann, wenn der betreffende Mangel auch ohne Rüge für die Prüfungsbehörde nicht nur erkennbar, sondern offensichtlich und zweifelsfrei ist¹⁰⁵.

II. Das Gebot der Chancengleichheit und das Fairnessgebot

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 mindert¹⁰⁶. Kriterium der Ordnungsmäßigkeit eines Prüfungsverfahrens ist nicht das Maß der psychischen Belastung des Prüflings, sondern die Fairness des Prüfungsverfahrens¹⁰⁷.

¹⁰³ so VG Freiburg, Urt. v. 23.05.2012 - 1 K 350/10

¹⁰⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.08.2016 – 2 LA 86/16, juris; siehe hierzu Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rz. 318 und 349.

¹⁰⁵ BVerwG, Beschl. v. 18.08.2010 – 6 B 24.10, juris sowie VG Göttingen, Urt. v. 16.03.2016 – 4 A 68/15 -.

¹⁰⁶ aaO, Rz. 10.

¹⁰⁷ BVerwG, Beschl. v. 02.03.1983 - 7 B 24/82; VG Saarlouis, Urt. v. 13.12.2005 - 1 K 223/04 - (n.v.).

Das prüfungsrechtliche Fairnessgebot gilt nicht nur für Prüfer, sondern auch für nach konkreten Vorschriften anwesenheitsberechtigte Personen¹⁰⁸.

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 erfolglosen 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"¹⁰⁹. 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 sind¹¹⁰. Der Prüfling soll nicht durch ein unangemessenes Verhalten des Prüfers einer psychischen Belastung ausgesetzt werden, die das Bild seiner Leistungsfähigkeit verfälscht und dadurch seine Chancen mindert¹¹¹.

Generell ist festzuhalten, dass der Prüfer, der Prüfungsleistungen sarkastisch, spöttisch, höhnisch oder in ähnlich herabsetzender Form kommentiert, das Verbot der Fairness verletzt¹¹². Ob das Lachen von Prüfern in einer Prüfung (hier: in der unterrichtspraktischen Prüfung der Zweiten Staatsprüfung für das Lehramt) einen Verstoß gegen das prüfungsrechtliche Fairnessgebot darstellt, hängt nacheiner Entscheidung des VG Köln¹¹³ von den Umständen des Einzelfalls ab. Auch ständige Unterbrechungen des Prüflings durch den Prüfer können unfaires Prüferverhalten darstellen. Wird der Prüfling im Rahmen einer 25-minütigen mündlichen Prüfung 28-mal unterbrochen, ist die Grenze des Hinnehmbaren

¹⁰⁸ VGH Mannheim, Urt. v. 27.9.2012, 9 S 2143/11

¹⁰⁹ 70 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.).

¹¹⁰ VG Braunschweig, Urt. v. 03.02.1999 - 1 A 1131/97 , ArbuR 1999, 493.

¹¹¹ VGH Mannheim. Urt. vom 27.09.2012 - 9 S 2143/11

¹¹² VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 - 3 A 103/01 HAL, VG Köln, Urteil vom 14.08.2008 - 6 K 1219/07.

¹¹³ VG Köln, Urteil vom 14.08.2008 - 6 K 1219/07.

überschritten¹¹⁴. 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 liegen¹¹⁵.

Mit den Anforderungen des Fairnessgebots ist auch nicht zu vereinbaren, dass im Rahmen einer Lehrprobe im Fach Biologie während der Erarbeitungsphase (Versuchsdurchführung) eine Prüferin in erheblichem zeitlichen Umfang Schüler befragt hat und dadurch die gesamte Klasse sowie die Kandidatin gestört und der Unterrichtsverlauf verzögert worden ist¹¹⁶. Damit ist die Annahme des Verwaltungsgerichts nicht zu vereinbaren, es liege insoweit kein prüfungsrechtlich relevanter Verfahrensfehler vor. Bereits die Annahme einer - nachweislich - durch das Verhalten der Prüferin verursachten Störung der Klägerin während ihrer Lehrprobe belegt das Vorhandensein einer prüfungsrechtlich relevanten Verunsicherung des Prüflings. Erst recht gilt dies, wenn der - bis zu einem Viertel der Gesamtdauer der Unterrichtspraxis ausmachende - zeitliche Umfang der Störung hinzugenommen und außerdem berücksichtigt wird, dass durch die Intervention der Prüferin die ganze Klasse gestört und der Unterrichtsverlauf verzögert worden ist.

Insgesamt ist bei der Auswertung der Rechtsprechung festzustellen, dass die Zahl der Entscheidungen zum Fairnessgebot und insbesondere die Zahl der für den Prüfling positiven Entscheidungen deutlich zurückgegangen.

¹¹⁴ VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 - 3 A 103/01 HAL; 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.).

¹¹⁵ VGH München, Beschl. v. 08.10.2004 - 7 CE 04.2567 , VGHE BY 58,11.

¹¹⁶ VGH Mannheim, Urteil vom 07.02.2014 - 9 S 2518/13

D. Täuschung durch den Prüfling, Rechtsfolgen und Beweislast

I. Die 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. Eine gesetzliche Ermächtigung an den universitären Satzungsgeber, Regelungen hinsichtlich der Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften vorzusehen, genügt auch insoweit dem Vorbehalt des Gesetzes, als die konkrete Satzungsregelung den Ausschluss von weiteren Prüfungen und damit den vollständigen Verlust des Prüfungsanspruchs ermöglicht¹¹⁷. 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 ein untauglicher Versuch dargestellt hat¹¹⁸. Hieraus ergibt sich zwingend, dass bei jedem "Spickzettel" ein unzulässiges Hilfsmittel und eine Täuschungshandlung zu bejahen ist¹¹⁹. Die vorsätzliche Mitnahme eines zu Täuschungszwecken generell geeigneten Spickzettels stellt bereits eine vollendete Täuschungshandlung i. S. d. Prüfungsrechts dar. Für einen „sanktionsbefreienden“ Rücktritt bei unterbliebener Verwendung des Spickzettels bleibt daher von vorneherein kein Raum¹²⁰. Einen schweren Täuschungsversuch hat das VG Mainz¹²¹ bei Übereinstimmung des Erwartungshorizonts der Prüfer mit der abgelieferten (Abitur-) Aufgabe angenommen. Hintergrund war, dass der Vater als einer der beiden hauptverantwortlichen Sachbearbeiter für die Auswahl der Prüfungsaufgaben in der zuständigen Abteilung des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft, Weiterbildung und Kultur mehrere Wochen ungehinderten und unbeobachteten Zugang zur den Abituraufgaben einschließlich Erwartungshorizonte hatte.

¹¹⁷ VGH Mannheim. Urt. v. 21.11.2012 - 9 S 1823/12, juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 31.03.2011 - 2 LA 343/10 – a.A. VGH Kassel, Beschl. v. 27.09.1995 - 1 UE 3026/94 -, Niehues/Fischer/Jeremias, Rz. 19, 30; Beaucamp/Lang, JA 2004, 213, 214. Der Prüfungsbescheid und das erstinstanzliche Urteil wurden wegen fehlender Ermessenserwägungen aufgehoben.

¹¹⁸ VG Mainz, Urt. v. 11.12.2002 - 7 K 502/02, NJW 2003, 1545; VG Berlin, Urt. vom 26.09.2014 - 12 K 978.13: wiederholter Täuschungsversuch bei dem das Plagiat die gesamte Arbeit umfasste

¹¹⁹ VG München, Beschl. v. 11.03.2008 - 7 ZB 07.612 - (n.v.).

¹²⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 07.11. 2011 - 10 N 21.09 -.

¹²¹ VG Mainz, Beschl. v. 08.10.2014 – 6 L 925/14.MZ

Das VG Gießen hat 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 fotografieren¹²².

Von der Täuschung bei einer theoretischen Fahrerlaubnisprüfung mit der Folge des Entzugs der Fahrerlaubnis handelt eine Entscheidung des VG Augsburg¹²³. Dort war gegen einen Dolmetscher, der bei der theoretischen Fahrerlaubnisprüfung des Antragstellers tätig wurde, ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Bestechlichkeit eingeleitet, da er in zahlreichen Fällen gegen Entgelt den Prüflingen neben der Übersetzung der Prüfungsfragen auch die jeweils richtige Antwort bedeutet habe. Im konkreten Fall ergab sich aus einer über die theoretische Prüfung des Antragstellers gefertigten Tonbandaufnahme, dass der Dolmetscher auch im Fall des Antragstellers nicht nur den Text des Prüfungsbogens übersetzt hat, sondern ihm zusätzlich mit Kennworten auch die richtige Antwort signalisiert habe.

Keine Täuschung in der Abiturprüfung ist es, wenn der Prüfling die Zahl der Wörter zur Berechnung des Fehlerkoeffizienten falsch angibt, denn es handelt sich nicht um eine Obliegenheit des Prüflings¹²⁴.

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."

¹²² VG Gießen, Urt. v. 19.02.2008 - 5 E 3970/07, .

¹²³ VG Augsburg, Beschl. vom 23.08.2005 - Au 3 S 05.00775

¹²⁴ VG Darmstadt, Beschl. v. 23.05.2014 – 3 L 890/14

Der VGH München hat die Frage, 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, verneint, da nach den Prüfungsbestimmungen "alle Hilfsmittel" erlaubt waren. Der VGH folgerte hieraus, 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 unerheblich¹²⁵.

Wenn allerdings 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)¹²⁶.

Nach Auffassung des VGH München ist die Bewertung einer Aufgabe der Ersten juristischen Staatsprüfung mit „ungenügend“ (0 Punkte) auch dann nicht unverhältnismäßig, wenn der Prüfungsteilnehmer während der Prüfung, ohne sich dessen bewusst zu sein, im Besitz einer nicht als Hilfsmittel zugelassenen Ausgabe einer Vorschriftensammlung war, die der Bearbeitung der konkreten Aufgabe nicht förderlich sein konnte¹²⁷.

Mit einem Täuschungsversuch auf Grund falscher (vorsätzlicher) Angabe der Anzahl der Wörter in den schriftlichen Abiturprüfungsarbeiten hat sich die Rechtsprechung beschäftigen müssen. Der Schüler hatte die Zahl der Wörter zur Berechnung des Fehlerkoeffizienten falsch angegeben. Das VG Darmstadt war der Auffassung, dass die fehlerhafte Angabe der Wörter keinen schweren Fall (einer Täuschungshandlung) darstelle. Es sei unverhältnismäßig, unter diesen Umständen die Abiturprüfung für nicht bestanden zu erklären¹²⁸.

Mit einem besonders schweren Täuschungsversuch in der Zweiten juristischen Staatsprüfung hatten sich die Verwaltungsgerichte in Niedersachsen zu beschäftigen gehabt.

¹²⁵ VGH München, Beschl. v. 04.02.2008 - 7 CE 07.3468, juris.

¹²⁶ So ausdrücklich VG Berlin, Beschl. v. 09.06.2008 - VG 3 A 220.08.

¹²⁷ VGH München, Urt. v. 21.01.2016 – 7 BV 15.1233, juris.

¹²⁸ VG Darmstadt, Beschl. v. 23.05.2014 – 3 L 98/14.DA, juris.

Ein Mitarbeiter des Justizprüfungsamtes hat Prüfungsinhalte zum Zweiten juristischen Staatsexamen einem Repetitorium angeboten (und hierfür Geld kassiert). Bei den Prüflingen, die von dieser Möglichkeit „gebrauch gemacht“ haben, wurde nachträglich die juristische Staatsprüfung als nicht bestanden erklärt und (im Falle eines Rechtsanwalts) auch die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von der zuständigen Rechtsanwaltskammer zurückgezogen¹²⁹.

Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Relevanz und zu den Rechtsfolgen einer Täuschungshandlung im Prüfungsverfahren kann man mit dem VG Hamburg wie folgt zusammenfassen:

1. Eine versuchte vorsätzliche Täuschung bei der Abgabe wissenschaftlicher Arbeiten im Rahmen eines Prüfungsverfahrens setzt eine Täuschungshandlung, deren Erheblichkeit, und den Vorsatz des Prüflings auch bezüglich der bezweckten Irrtumserregung voraus.
2. Ausreichend für eine vorsätzliche Täuschung ist ein bedingter Vorsatz, bei dem die Verwirklichung der objektiven Umstände für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wird¹³⁰

Eine betroffene Staatsprüfung kann innerhalb einer Frist von 5 Jahren seit dem Tag der mündlichen Prüfung für nicht bestanden erklärt werden, wenn ein schwerer Täuschungsversuch nach der Verkündung der Prüfungsgesamtnote bekannt wird¹³¹.

Das OVG Bautzen hat das Nichtbestehen einer Modulprüfung wegen Benutzung unerlaubter Hilfsmittel für rechtens erklärt. Während der Klausur stellte die Prüfungsaufsicht fest, dass die Klägerin eine Gesetzessammlung mit handschriftlichen Eintragungen auf dem Tisch liegen hatte. Die Aufsicht fotografierte die Seite mit den Eintragungen und beließ der Klägerin die Gesetzessammlung. Nach Abschluss der Klausur wurde sie aufgefordert, die Gesetzessammlung abzugeben. Dieser Aufforderung kam sie nicht nach und gab stattdessen eine unkommentierte Ausgabe ab. Im Klageverfahren räumte die Klägerin ein, dass sie im Prüfungstermin zwei Exemplare der Gesetzessammlung dabei gehabt hatte. Bei

¹²⁹ Siehe hierzu OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.01.2016 – 2 ME 255/16 – sowie VG Lüneburg, Urt. v. 08.12.2016 – 6 A 173/15 -.

¹³⁰ VG Hamburg, Urt. v. 10.10.2016 – 2 K 6400/15 -.

¹³¹ VG Lüneburg, Urt. v. 08.12.2016 – 6 A 173/15, juris.

einem der Texte habe es sich um die Voraufgabe gehandelt. Diesen Text, der die fotografierten handschriftlichen Ergänzungen enthalten habe, habe sie in der Klausur nicht benutzt. Es hat ihr nichts genutzt¹³²! Nach der Rechtsprechung reicht bereits der Besitz eines unzulässigen Hilfsmittels (im Prüfungsraum) für die Begründung eines Täuschungsversuches aus¹³³.

Mit der Bedeutung des Zeitablaufs bei Rücknahme einer Zulassung zu einer Prüfung bei erfolgreichem Studienabschluss hat sich der VGH Mannheim beschäftigt¹³⁴. In dem vom VGH Mannheim entschiedenen Fall lag zwischen dem Gebrauch der gefälschten Urkunde zur Zulassung der Prüfung und der Rücknahme ein Zeitraum von ca. 18 Jahren, die Herstellung lag ca. 22 Jahre zurück. Der Kläger hat in der Folgezeit annähernd 20 Jahre als Arzt (unbeanstandet) gearbeitet. Ist ein Prüfling wirksam und ohne Vorbehalt zur Prüfung zugelassen worden und erbringt er die vorgeschriebenen Prüfungsleistungen, so kann die Prüfung grundsätzlich nicht deshalb für nicht bestanden erklärt werden, weil eine Zulassungsvoraussetzung nicht erfüllt war¹³⁵. Die Vorschriften über die Hochschulzugangsberechtigung sei nur Voraussetzung für die Zulassung zur Ärztlichen Prüfung und nicht deren Bestandteil. Von daher komme eine Rücknahme der Zulassung zur ärztlichen Vorprüfung (heute: Erster Abschnitt der ärztlichen Prüfung) nicht in Betracht.

II. Rechtsfolgen

Nach Auffassung der Rechtsprechung begegnet die Regelung in einer universitären Prüfungsordnung, dass der Prüfungsausschuss den Prüfling bei schwerwiegenden Täuschungsversuchen von der Erbringung weiterer Prüfungsleistungen ausschließen kann, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken¹³⁶. Ein „schwerwiegender Fall“ ist bei einem groben Täuschungsmanöver anzunehmen. Im konkreten Fall ergab sich die am Maßstab der Beeinträchtigung der Chancengleichheit zu ermittelnde Schwere des Täuschungsversuchs aus dem vom Prüfling geplanten und organisierten Zusammenwirken

¹³² OVG Bautzen, Beschl. v. 05.08.2015 – A 2 A 411/14.

¹³³ Siehe z.B. auch VG Göttingen, Beschl. v. 29.03.2004 – 4 B 32/04, juris; siehe weiterhin Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 385, 410, 1231.

¹³⁴ VGH Mannheim Urt. v. 19.06.2017 - 9 S 168/15, juris.

¹³⁵ siehe auch VGH Mannheim, Urt. v. 08.04.1988 - 9 S 708/87, juris sowie Beschl. v. 12.02.1988 - 9 S 32/88, juris.

¹³⁶ VG Karlsruhe, Urt. v. 17.06.2010 – 7 K 3246/09; VG Schwerin, Urt. vom 15.01.2013 - 3 A 1458/1

mehrerer Personen¹³⁷ sowie der bei ihm zu Tage getretenen erheblichen kriminellen Energie: Um sich gegenüber den anderen Prüflingen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen, hatte der Prüfling sich nicht nur durch die Beauftragung einer unbekannt Person, für ihn an der Klausur teilzunehmen, sich mit seinem Führerschein auszuweisen und in der Teilnehmerliste mit seinem Namen zu unterschreiben wegen Missbrauchs von Ausweispapieren in Tateinheit mit Anstiftung zur Urkundenfälschung strafbar gemacht, sondern ist, um die Aufdeckung bzw. Aufklärung des Täuschungsmanövers zu vereiteln oder zu erschweren, auch nicht davor zurückgeschreckt, einen Mitarbeiter der Verwaltung der konkreten Fakultät unter Anwendung körperlicher Gewalt daran zu hindern, dem unbekannt Prüfungsteilnehmer zu folgen

Das VG Schwerin hat einen solchen schwerwiegenden Fall eines Täuschungsversuchs in dem Fall angenommen, in dem ein Prüfling nach einem Täuschungsversuch im ersten Prüfungsanlauf in der Wiederholungsprüfung erneut einen Täuschungsversuch - diesmal mittels Verwendung eines vorbereiteten Spickzettels – unternimmt, das VG Stuttgart¹³⁸ in einem Fall, in dem der Prüfling beschrifteter Konzeptblätter in eine Klausur des 1. juristischen Staatsexamens mitgebracht hat. Auch die Erstellung einer Abiturarbeit in Kenntnis des Erwartungshorizonts hat das VG Mainz¹³⁹ als einen schwerer Fall der Täuschungshandlung angesehen, der den Ausschluss von der weiteren Teilnahme an der Abiturprüfung rechtfertigt.

Mit dem Einreichen eines (gekauften) Vollplagiats als eigene Prüfungsleistung legt der Prüfling nicht einmal ansatzweise eine eigenständige Leistung vor und setzt darauf, mit der bereits erbrachten Leistung eines Anderen die Prüfung (möglichst gut) zu bestehen. Ein solches Verhalten stellt nach OVG Hamburg¹⁴⁰ einen besonders krassen Verstoß gegen die Chancengleichheit der Prüflinge und damit einen besonders schweren Fall der Täuschung dar.

Maßstab für die Abgrenzung zu einem "gewöhnlichen" Täuschungsversuch, der nur geringere Sanktionen zur Folge hat, in erster Linie das objektive Kriterium, in welchem Ausmaß der Prüfling die Spielregeln des fairen Wettbewerbs und die Chancengleichheit der

¹³⁷ vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, Rz. 459

¹³⁸ VG Stuttgart, Urt. vom 10.12.2014 - 12 K 3675/14

¹³⁹ VG Mainz, Beschl. vom 08.10.2014 - 6 L 925/14.MZ

¹⁴⁰ OVG Hamburg, Beschl. vom 19.11.2013 - 3 Bs 274/13, 3 So 102/13

anderen, sich korrekt verhaltenden Prüflinge verletzt¹⁴¹. Subjektive Faktoren wie eine persönliche Notlage des Prüflings, die sein Verhalten in einem milderem Licht erscheinen lassen könnten, sind demgegenüber (neben anderen denkbaren Gesichtspunkten wie etwa der Generalprävention) auf der Rechtsfolgenseite der Norm bei der Betätigung des Ermessens durch die Prüfungsbehörde, ob sie zu der scharfen Sanktion des Ausschlusses vom Prüfungsverfahren greifen will oder nicht, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu würdigen¹⁴².

Das VG Berlin¹⁴³ hat es als ermessensfehlerhaft angesehen, eine studienbegleitende Prüfung wegen eines schwerwiegenden weil wiederholten Täuschungsversuchs für endgültig nicht bestanden zu erklären, wenn der Prüfungsausschuss dabei auf eine frühere Prüfungsleistung abstellt, die damals gerade nicht als Täuschungsversuch sanktioniert, sondern "als Verzweiflungstat" interpretiert und von den Beteiligten weder dem Prüfungsausschuss noch dem Prüfungsamt als Fehlversuch gemeldet worden war

Das VG Braunschweig¹⁴⁴ hat eine Täuschungshandlung bei juristischen Hausarbeiten angenommen, wenn wesentliche Teile der zur Bewertung gestellten Leistung nicht vom Prüfling selbst, sondern von einer anderen Person stammen und der Prüfling dies nicht kenntlich macht. Ebenso liegt der Fall, wenn Prüflinge wesentliche Teile einer Hausarbeit gemeinsam erarbeiten oder sich hinsichtlich wesentlicher Teile der Leistung untereinander so abstimmen, dass die individuelle Leistung nicht mehr erkennbar wird.

Auch Im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen einer Täuschungshandlung stellt sich das Problem der Reichweite des Verschlechterungsverbot. Mit dieser Problematik hat sich das OVG Lüneburg beschäftigen müssen:

Die Zivilrechtsklausur des Prüflings war ursprünglich von beiden Prüferinnen mit „ausreichend“ (4 Punkten) bewertet worden. Auf Widerspruch des Prüflings hoben die Prüfer im Überdenkungsverfahren die Bewertung auf 5 Punkte an. Dann erging ein weiterer Bescheid, wonach die Klausur (nachträglich) wegen Täuschung durch Benutzung eines nicht zugelassenen Hilfsmittels mit 0 Punkten bewertet wurde. Im weiteren Prüfungsverfahren

¹⁴¹ OVG Hamburg, Beschl. vom 19.11.2013 - 3 Bs 274/13, 3 So 102/13 unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 7.12.1976 – VII B 157.76, Buchholz 421.0 Nr. 78 S. 60 – unzulässige Kommentierungen im Schönfelder

¹⁴² OVG Hamburg, Beschl. vom 19.11.2013 - 3 Bs 274/13, 3 So 102/13

¹⁴³ VG Berlin, Urt. vom 02.10.2013 - VG 3 K 150.12

¹⁴⁴ VG Braunschweig, Urt. vom 09.10.2012 - 6 A 194/11

haben die beiden Prüferinnen dann den Vorwurf der Täuschung nicht mehr erhoben, stattdessen haben sie die Klausur nunmehr mit lediglich „mangelhaft“ (3 Punkten)“

bewertet. Das OVG Lüneburg vertritt die Auffassung, dass entgegen der Auffassung des Antragstellers die Neubewertung nicht unter Verstoß gegen das prüfungsrechtliche Verschlechterungsverbot erfolgt sei, da ein solches Verbot als „verselbständigestes Dogma“ nicht existiere. Der Begriff des Verschlechterungsverbot beleuchte vielmehr nur schlagwortartig bestimmte rechtliche Folgerungen aus dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit. Nach der Rechtsprechung des BVerwG verbietet der Grundsatz der Chancengleichheit eine Verschlechterung des Prüfungsergebnisses bei einer erforderlichen Neubewertung der Prüfungsleistung nur, soweit sie auf einer Änderung des Bewertungssystems oder ein Nachschieben beliebiger Gründe beruht. Das Verbot der Änderung von Bewertungskriterien stehe seinerseits unter Vorbehalt, dass das ursprünglich angewandte Bewertungssystem rechtmäßig war¹⁴⁵. Weiter betont die Rechtsprechung, dass das Gebot der Chancengleichheit bei einer vollständigen Neubewertung der Arbeit durch neue Prüfer insoweit zur Geltung komme, als es die Prüflinge vor einer Verschlechterung der Benotung schützt, die die alten Prüfer vergeben haben¹⁴⁶.

Die Bewertung einer Aufgabe der Ersten juristischen Staatsprüfung mit „ungenügend“ (0 Punkte) ist dann nicht unverhältnismäßig, wenn der Prüfungsteilnehmer während der Prüfung, ohne sich dessen bewusst zu sein, im Besitz einer nicht als Hilfsmittel zugelassenen Ausgabe einer Vorschriftensammlung war, die der Bearbeitung der konkreten Aufgabe nicht förderlich sein konnte¹⁴⁷. Der Fall ist nach unserer Auffassung lächerlich: In der Hilfsmittelkontrolle wurde festgestellt, dass der Prüfling in seiner Aktentasche einen Text, Deutscher Taschenbuch-Verlag (dtv), Band 5014, Europarecht (EuR), hatte. Nach der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz – Landesprüfungsamt – über die Hilfsmittel für die Erste juristische Staatsprüfung (Hilfsmittelbekanntmachung EJS) war dieser Text zur Benutzung der Prüfung nicht zugelassen. Nach Nr. 1.5 der Hilfsmittelbekanntmachung EJS war (nur) der Text Europarecht, Textausgabe, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden als Hilfsmittel zugelassen. Das Gericht hat darauf

¹⁴⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.06.2016 – 2 ME 135/16, juris.

¹⁴⁶ BVerwG, Beschl. v. 19.05.2016 – 6 B 1/16 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 7.02/juris.

¹⁴⁷ VGH München, Urt. v. 21.01.2016 – 7 BV 15.1233, juris.

abgestellt, es sei entscheidend, ob das Hilfsmittel im Hinblick auf das Prüfungsfach der Prüfungsbearbeitung „abstrakt“ förderlich sein kann¹⁴⁸.

III. Die Beweislast bei Täuschungen und Täuschungsversuchen, insbesondere Anscheinsbeweis

Die Prüfungsbehörde trägt die materielle Beweislast dafür, dass die von ihr angenommenen Voraussetzungen einer Täuschung vorliegen¹⁴⁹. Es geht zu Lasten der Prüfungsbehörde, wenn der Sachverhalt nicht hinreichend aufklärbar ist¹⁵⁰. Es finden die allgemeinen Regeln betreffend Beweiserleichterungen, wie z.B. "Beweis des ersten Anscheins" (Anscheinsbeweis) auch im prüfungsrechtlichen Verfahren Anwendung. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Prüfungsarbeit mit einer nur den Prüfern zur Verfügung stehenden Lösungsskizze zumindest teilweise wörtlich übereinstimmt¹⁵¹. Allerdings kann nach der Rechtsprechung die richterliche Überzeugung des Vorliegens einer Täuschungshandlung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO auch nach den herkömmlichen Grundsätzen (ohne die Bemühung des Anscheinsbeweises) gewonnen werden¹⁵².

Stellt der Prüfling in einer wissenschaftlichen Klausur aus unterschiedlichen, im Internet frei zugänglichen und für die Korrektoren nicht ohne weiteres erkennbare Sekundärquellen längere Textpassagen wörtlich oder nahezu wörtlich dar, ohne dass er die Übernahme kenntlich macht wurde, kann die Prüfungsbehörde nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises von dem Vorliegen eines Täuschungsversuchs ausgehen. Der Prüfling kann sich in diesem Fall grundsätzlich nicht darauf berufen, er habe diese Textpassagen auswendig gelernt, deren Quelle aber bei Fertigung der Klausur nicht mehr im Gedächtnis gehabt und deshalb von der Kenntlichmachung des Fremdtexes abgesehen¹⁵³. Das OVG

¹⁴⁸ Unter Bezugnahme auf Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rz. 230.

¹⁴⁹ zur schriftlichen Prüfung vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.02.1984 - 7 B 109/83 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 196).Haase, in: Johlen/Oerder, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, § 16 Rz. 256 unter Bezugnahme auf 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, .

¹⁵⁰ VG Köln, Beschl. v. 04.12.1987 - 6 L 2072/87, NJW 1988, 2634.

¹⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 20.02.1984 - 7 B 1909.83, NVwZ 1985, 191; VGH München, Beschl. vom 09.10.2013, 7 ZB 13.1402; VG München, Urt. v. 19.12.2005 - M 3 K 04.4768, ; Niehues/Fischer/Jeremias, Rz. 456; Haase, § 16 Rz. 256 f.

¹⁵² OVG Münster, Urt. vom 24.07.2013 - 14 A 880/11 unter Bezugnahme auf VGH Kassel, Urt. vom 16.2.1989 - 6 UE 1654/87 -, , Rz. 21 ff.; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 4. Aufl. 1987, Rz. 480

¹⁵³ So VG Kassel, Beschl. v. 06.03.2013 – 3 K 129/12.

Lüneburg hat den „Sachvortrag“ eines Prüflings akzeptiert, wonach die Klausur bereits in einem Repetitorium veröffentlicht war und er auf Anraten seines Arztes diese und andere exemplarische Falllösungen auswendig gelernt habe, um psychische Stabilität zu gewinnen¹⁵⁴.

In dem bereits erwähnten, im Jahr 2013 vom VGH München¹⁵⁵ entschiedenen Fall einer Qualifikationsprüfung, hatten die Erst- und Zweitkorrektoren folgende Noten vergeben: Aufgabe 1: 14 Punkte (sehr gut), Aufgabe 2: 12,5 Punkte (gut), Aufgabe 3: 14 Punkte (sehr gut), Aufgabe 4: 4 Punkte (mangelhaft), Aufgabe 5: 1 Punkt (ungenügend), Aufgabe 6: 2 Punkte (mangelhaft). Dafür, dass der Prüfling die Lösungshinweise gekannt habe, sprächen insbesondere die festgestellten und dokumentierten weitgehenden Übereinstimmungen der Bearbeitung mit den amtlichen Lösungsskizzen, für die der Kläger seiner eigenen Einlassung in der mündlichen Verhandlung zufolge selbst keine Erklärung hatte, sowie sinnentstellende Fehler, die auf unverstandene Textreproduktionen schließen lassen, ferner der erhebliche Abstand der Bewertungen der klägerischen Prüfungsleistungen in den ersten drei Klausuren zu den Bewertungen der nächstbesten Prüfungsteilnehmer sowie die auffällige Diskrepanz zu den Prüfungsleistungen des Klägers bei der Bearbeitung der Aufgaben 4, 5 und 6. Die Übereinstimmungen beschränkten sich auch nicht auf Überschriften, Betreffzeilen und Obersätze, sondern erstrecken sich auch auf die Lösungen als solche und auf die Gliederungen der Lösungsskizzen, zum Teil bis in die vierte Gliederungsebene hinein¹⁵⁶.

Eine Abiturarbeit, die eine Vielzahl von Übereinstimmungen mit dem zur Abituraufgabe erstellten und ausschließlich für den Prüfer bestimmten Erwartungshorizont einschließlich der Übernahme von Fehlern aus dem Erwartungshorizont aufweist, lässt im Wege des Anscheinsbeweises den Schluss auf eine Täuschungshandlung zu¹⁵⁷.

Die besondere Auffälligkeit der Täuschung mit der Folgte, dass sie ohne Weiteres entdeckt werden musste, hindert nicht die Annahme eines schweren Falles, wenn der Prüfling erkennbar bei Übernahme der fremden Arbeit planvoll agiert und täuschungsverschleiende

¹⁵⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.01.2016 – 2 ME 255/15, juris.

¹⁵⁵ VGH München, Beschl. vom 09.10.2013, 7 ZB 13.1402.

¹⁵⁶ VGH München, Beschl. vom 09.10.2013, 7 ZB 13.1402

¹⁵⁷ VG Mainz, Beschl. vom 08.10.2014 - 6 L 925/14.MZ

Maßnahmen ergriffen hat, also z.B. zahlreiche Textpassagen in Einzelheiten gezielt umformuliert und zum Teil umgestellt sowie Synonyme verwendet hat¹⁵⁸.

Die bloße Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs ist zur Entkräftung des Anscheinsbeweises für einen Täuschungsversuch nicht ausreichend. Vielmehr ist es Sache des Prüflings, die Schlussfolgerung, die auf diesem Anschein beruht, zu entkräften. Hierfür reicht es nicht aus, die Denkmöglichkeit eines dem Anschein nicht entsprechenden Ablaufs aufzuzeigen. Vielmehr muss der Prüfling nachvollziehbar und in sich stimmig die Tatsachen schildern und ggf. beweisen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines vom Regelfall abweichenden Ablaufes ergibt. Gelingt dies, so obliegt der Prüfungsbehörde der sog. Vollbeweis¹⁵⁹.

Der Beweis des ersten Anscheins gilt auch, wenn der Prüfling die gebotene und ihm zumutbare Mitarbeit bei der Aufklärung des Sachverhaltes verweigert¹⁶⁰. Auch bei einer mündlichen Prüfung kann der Nachweis der Täuschung mittels Anscheinsbeweises geführt werden, wenn markante Übereinstimmungen der Prüfungsleistung mit dem Lösungsmuster bestehen, welche sich typischerweise nur durch eine Täuschungshandlung erklären lassen. Der Anscheinsbeweis muss trotz der Eigenart mündlicher Prüfungen zur richterlichen Überzeugung vom tatsächlichen Vorliegen einer Täuschungshandlung führen. Die richterliche Überzeugung von der bloßen Wahrscheinlichkeit einer Täuschungshandlung reicht nicht aus¹⁶¹.

Soweit es allerdings um die Frage der Rechtzeitigkeit der Abgabe einer Klausur geht, hilft das Rechtsinstitut des "Beweis des ersten Anscheins" wenig¹⁶².

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,

¹⁵⁸ VG Minden, Urt. v. 16.05.2013 – 4 K 3124/12

¹⁵⁹ VG Braunschweig, Urt. vom 09.10.2012 - 6 A 194/11; VGH München, Beschl. vom 09.10.2013, 7 ZB 13.1402 unter Bezugnahme auf OVG Koblenz, Urt. v. 3.2.2012; OVG Münster, Beschl. v. 11.10.2011 – 14 A 2726.09 – Rz. 5; OVG Bautzen, B. v. 30.04.2003 - 4 BF 40/03 VG Karlsruhe, Urt. v. 24.3.2010 – 7 K 1873.09 – Rz. 14; BGH, Urt. v. 20.6.1978 – NJW 1978, 2032/2033; Niehues/Fischer/Jeremias Rz. 228 ff.

¹⁶⁰ Haase, § 16 Rz. 258 unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urt. v. 24.03.1976 - IX. 490/73, SPE a.F. III A II/21.

¹⁶¹ OVG Koblenz, Urt. v. 03.02.2012 – 10 A 11083/11.OVG

¹⁶² Ausführlich zu den Problemen des Beweisrechtes Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 183 ff.

wie es möglich ist, dem Prüfling die Beweislast dafür aufzubürden, dass er überhaupt eine Arbeit abgegeben hat¹⁶³.

E. Plagiat als Unterfall der Täuschung

Es gehört zu den Grundanforderungen des selbständigen wissenschaftlichen Arbeitens, dass alle verwendeten Quellen und Hilfsmittel der Arbeit offen gelegt werden müssen¹⁶⁴. Diese Grundanforderungen gelten auch für Diplomarbeiten¹⁶⁵.

Ob ein Plagiat für die Verleihung eines Doktorgrads ursächlich und diese rechtswidrig war, richtet sich allein nach den Inhalt der vorgelegten Dissertation. Es kommt nicht darauf an, ob die Arbeit auch ohne das Plagiat noch als selbständige wissenschaftliche Leistung angesehen worden wäre¹⁶⁶. Bei der gerichtlichen Bewertung, ob eine Täuschung durch ein Plagiat vorliegt, besteht kein prüfungsspezifischer Beurteilungsspielraum¹⁶⁷. Es handelt sich vielmehr um eine gebundene Entscheidung, die vom Gericht bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente in vollem Umfang zu überprüfen ist.

I. Regelfälle

Häufig ziehen die ehemaligen Doktoranden oder Prüflinge nach der Aberkennung des Doktorgrades vor die Verwaltungsgerichte. Diese wiederum urteilen ziemlich einheitlich, indem sie die Aberkennungsentscheidungen der Universitäten bestätigen, häufig abschließend in erster Instanz, so z.B. in den Entscheidung zu Frau Schavan¹⁶⁸ oder sie verweigern die Gewährung von Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen die Ablehnung der Dissertation¹⁶⁹

Frau Koch-Mehrin hatte weder beim Verwaltungsgericht¹⁷⁰ noch beim VGH Mannheim¹⁷¹ Erfolg, wobei das Plagiat unumstritten war und es nur um Verfahrens- und

¹⁶³ Siehe hierzu ausführlich Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 195 ff.

¹⁶⁴ VGH Mannheim, Urteil vom 19.04.2000 - 9 S 2435/99 -. Ausführlich hierzu: v. Weschpfennig, Plagiate, Datenfälschungen und kein Ende, HumboldtForumRecht 2012, S. 8

¹⁶⁵ VGH Mannheim, Beschluss vom 9.2.2015, 9 S 327/14

¹⁶⁶ VGH Mannheim, Urt. v. 19.04.2000 – 9 S 2435/99 Rz. 34 .m.w.N

¹⁶⁷ VG Sigmaringen, Urt. v. 07.11.2013 - 8 K 2286/11 m.w.N.; VG Karlsruhe Urt. vom 04.03.2013 - 7 K 3335/11

¹⁶⁸ VG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2014 – 15 K 2271/13,

¹⁶⁹ OVG Saarlouis, Beschl. v. 02.02.2015 – 2 D 371/14

¹⁷⁰ VG Karlsruhe Urt. vom 04.03.2013 - 7 K 3335/11

Zuständigkeitsfragen ging. In einem vom OVG Lüneburg¹⁷² abschließend entschiedenen Fall einer nicht so bekannten Promovendin ging es – wie so oft – um den Einzelfall einer schuldhaften Täuschung durch eine unzureichend gekennzeichnete Übernahme fremder Texte¹⁷³. Wir haben den Eindruck, dass die Zahl der entdeckten Plagiatsfälle mit der Entwicklung entsprechender Software steigt.

Das OVG Münster hat sich ausführlich mit der erforderlichen Rechtsgrundlage zur Entziehung eines Doktorgrades wegen Täuschung oder Unwürdigkeit beschäftigt. In dem einen Rechtsstreit ging es um eine Täuschungshandlung (Prof. Dr. Margaretha Mathiopulos)¹⁷⁴. In dem anderen Fall ging es um die Entziehung eines Doktorgrades wegen Unwürdigkeit auf Grund der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe¹⁷⁵. Das OVG Münster hat in beiden Fällen die Revision zugelassen. Die mündliche Verhandlung beim Bundesverwaltungsgericht findet statt am 21.06.2017. Im Fall Mathiopulos hat hinsichtlich der anzuwendenden Rechtsgrundlage das OVG Münster folgenden Leitsatz formuliert:

„Regelt der Fachbereichsrat einer Hochschule vollständig oder teilweise die Entziehung des Doktorgrades aus Anlass von Verstößen gegen die Promotionsordnung, so hat diese Regelung nach § 1 Abs. 1 VwVfG NRW Anwendungsvorrang vor den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen über die Rücknahme und den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte in den §§ 48, 49 VwVfG NRW.“

Im Ergebnis geht es darum, ob die Bestimmungen in einer Promotionsordnung, wonach wegen Täuschung oder sonstigen Gründen (wie z.B. Unwürdigkeit) der Doktorgrad entzogen werden kann, eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage sind oder ob nicht insoweit es einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung bedarf. Die Entziehung des Doktorgrades darf

¹⁷¹ VGH Mannheim, Beschl. vom 03.02.2014 - 9 S 885/13; dort ging es vor allem um Zuständigkeitsfragen hinsichtlich Erteilung und Entziehung des Doktorgrades.

¹⁷² OVG Lüneburg, Urt. v. 15.07.2015, 2 LB 363/13,

¹⁷³ Vgl. auch. OVG Bremen, Beschl. vom 12.10.2010 - 2 A 170/10 zu einer schriftlichen Lehramtsprüfung; VG Berlin, Urt. vom 15.04.2009 - 12 A 319/08 zu einer wissenschaftlichen Vertiefungsarbeit; OVG Münster, Beschl. v. 24.03.2015 - 19 A 1111/12 : Zurückweisung des Antrags auf Zulassung der Berufung; VGH Mannheim, Beschl. v. 9.2.2015 – 9 S 327/14 – Plagiatsverdacht bei Diplomarbeit; VG Berlin, Urteil vom 26.09.2014 - 12 K 978.13; VG Freiburg, Urteil vom 23.05.2012 - 1 K 58/12

¹⁷⁴ OVG Münster, Urt. v. 10.12.2015 – 19 A 254/13, juris; siehe hierzu Frenz, DVBl. 2016, 1127.

¹⁷⁵ OVG Münster, Urt. v. 10.12.2015 – 19 A 2820/11, juris.

verbunden werden mit der Aufforderung zur Rückgabe der Promotionsurkunde¹⁷⁶. Bloße Untätigkeit, auch über einen längeren Zeitraum, schließt die Entziehung des Doktorgrades nicht aus. Eine Täuschungshandlung ist bereits dann zu bejahen, wenn einer der Gutachter getäuscht wird; ob der Doktorvater von der Plagiatierung Kenntnis hat oder nicht, ist rechtlich unerheblich¹⁷⁷. Die Rechtsprechung über die Rechtsfolgen einer Täuschung im Promotionsverfahren gilt auch für private Hochschulen mit Promotionsrecht¹⁷⁸ (Schilderung des Falles und des Prozesses).

Vroniplag.wikia listete am 31.10.2015 insgesamt 153 Fälle auf, davon 143 Dissertationen, 8 Habilitationsschriften, 1 Masterarbeit, 1 Einführung in wissenschaftliche Arbeitsmethoden

II. Keine Plagiatsverjährung oder Ersitzung des Doktorgrades

Nach Bekanntwerden der Plagiatsfälle von Politikern kam eine Diskussion über die Verjährung oder Ersitzung des Doktorgrades auf, die offensichtlich von interessierter Wissenschaftsseite gesteuert wurde. Vor allem der Wissenschaftsrechtler Löwer hat sich hierbei hervorgetan¹⁷⁹.

In einem in „Ordnung der Wissenschaft“ publizierten Aufsatz¹⁸⁰ wehrt sich Rieble heftig gegen diese Ideen und weist auf Parallelfälle aus dem Beamtenrecht hin. Die Frage, ob Hochschulen sich ein eigenes Promotionsentzugsregime verordnen – und damit das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einschränken dürfen - hat Rieble mit Hilfe eines unserer Seminarteilnehmer, Herr Prof. Dr. Aulehner, wie folgt beantwortet: Das hängt zuerst von der landeshochschulrechtlichen Regelungsermächtigung ab. Wenn das Landeshochschulgesetz eine solche Ermächtigung explizit enthält, lässt sich nach deren gemeinsamer Erkenntnis hiergegen nur Art. 80 GG nebst entsprechenden Vorschriften des Landesrechts einwenden, der Verordnungsermächtigungen dahin begrenzt,

¹⁷⁶ OVG Münster, Urt. v. 10.02.2016, - 19 A 991/12, juris; ebenso VG Hannover, Urt. v. 03.11.2016 – 6 A 6114/13, juris.

¹⁷⁷ VG Würzburg, Urt. v. 29.06.2016 – W 2 K 15.692, juris sowie OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 15.02.2017 – 4 U 135/16 – (n.v.).

¹⁷⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 15.02.2017 – 4 U 135/16 – (n.v.).

¹⁷⁹ z.B. in der Zeitschrift des Deutschen Hochschulverbands Forschung und Lehre (F&L 2012, 550), näherer Nachweis bei Rieble, Plagiatsverjährung. Zur Ersitzung des Doktorgrades in Ordnung der Wissenschaft 2014, 19 ff.

¹⁸⁰ http://www.ordnungderwissenschaft.de/2014-1/03_rieble_plagiatsverjaehrung.htm

dass die wesentlichen Entscheidungen im Gesetz getroffen sein müssen. Das folgt schon aus dem Gewaltenteilungsprinzip. Beide weisen auf die Notwendigkeit fakultätsübergreifender Regelungen hin, denn:

„Warum der Dr. phil. in München nach fünf Jahren rücknahmefest ersessen ist, der Dr. jur. dagegen nicht, bleibt unerfindlich“.

Im Fall Schavan hat das VG Düsseldorf¹⁸¹ keinen Zweifel daran gelassen, dass eine nachträglich aufgedeckte Täuschung bei einer Dissertation auch dann noch sanktioniert werden kann, wenn die Täuschungshandlung bereits langfristig zurückliegt. Wissenschaftliche Arbeiten sind auf Nachhaltigkeit angelegt. Deren fachliche Bedeutung für den wissenschaftlichen Diskurs lässt sich zeitlich nicht eingrenzen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Rücknahme einer Promotion der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Im Einzelfall kann ein etwaiger formeller Fehler bei Erlass des Ausgangsbescheides nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens unbeachtlich sein, da der Widerspruchsausschuss den Rücknahmebescheid vollständig überprüfen darf und den Ausgangsbescheid durch eine selbständige Sachentscheidung bestätigen kann¹⁸².

Das OVG Münster¹⁸³ meinte dagegen, dass sich die Frage, "inwiefern für die Revidierung von Promotionsentscheidungen Verjährungsregeln de lege lata bereits gelten", sich ohne Durchführung eines Berufungsverfahrens verneinen lasse. Art. 1 GG zwingt schon deshalb nicht zu der Annahme, es gelte bereits jetzt eine – das OVG fragt: welche? - Verjährungsfrist, weil die vom Kläger insoweit angeführten Gesichtspunkte - namentlich der Zeitablauf seit der Verleihung des Doktorgrades und der nach Ansicht des Klägers daraus erwachsende Vertrauensschutz - im Rahmen des durch die Ermächtigungsgrundlage eröffneten Ermessens berücksichtigt werden können¹⁸⁴. Hierbei bildet jedoch der Umstand,

¹⁸¹ VG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2014 - 15 K 2271/13, Rn 208 ff – Berücksichtigung allein im Rahmen der Ermessensentscheidung

¹⁸² VG Hamburg, Urt. v. 24.06.2016 – 2 K 2209/13, juris.

¹⁸³ OVG Münster, Beschluss vom 07.04.2014 - 14 E 37/14 -.

¹⁸⁴ unter Bezugnahme auf Gärditz, Die Feststellung von Wissenschaftsplagiaten im Verwaltungsverfahren, WissR 2013, 3 (26) sowie Doerfer, Die Verjährung im Promotionsrecht, WissR 2012, 227 (238) – kritisch zu beiden Rieble a.a.O.; OVG NRW, Urt. vom 8.11.2012 - 11 A 1548/11 -, Rz. 57; VG Düsseldorf, Urt. vom 20.03.2014 - 15 K 2271/13 -, Rz. 189 ff; VG Freiburg, Urt. vom 20.06.2001 - 1 K 1475/00 -, Rz. 24

dass die Verleihung durch Täuschung erwirkt sei, einen gewichtigen gegenläufigen und Vertrauensschutz weitgehend ausschließenden Belang¹⁸⁵.

III. Verfahrensfehler im Promotionsverfahren, insbesondere bei der Entziehung des Doktorgrades

Die Gremien, die über den Entzug eines Doktorgrades entscheiden, müssen – natürlich – ordnungsgemäß besetzt sein. Die Durchführung des Verfahrens zur Entziehung eines Doktorgrades hat zu erfolgen auf der Grundlage der aktuellen Rechtslage (Promotionsordnung); anderenfalls ist das Entziehungsverfahren verfahrensfehlerhaft¹⁸⁶. Aus der in Art. 20 Abs. 3 GG bestimmten Gesetzesbindung der Verwaltung folgt der allgemeine Grundsatz, dass die Verwaltung das im Zeitpunkt ihrer Entscheidung geltende Recht anzuwenden hat, so dass nicht dasjenige Gremium wieder zu besetzen ist, das über die Prüfungsleistung seinerzeit entschieden hat, sondern eine Prüfungskommission nach der derzeit geltenden Promotionsordnung. Etwas anderes gilt nur bei einer ausdrücklichen anderweitigen gesetzlichen Regelung.

Ebenfalls wegen Verfahrensfehlern hat das VG Karlsruhe eine Entziehungsentscheidung aufgehoben¹⁸⁷. Entgegen der Rechtsauffassung der Hochschule, wonach das Rektorat für die Entziehung des Doktorgrades zuständig gewesen sei und somit zu Recht die Entscheidung über die Entziehung des Doktorgrades getroffen und nicht etwa nur die Entscheidung eines anderen Gremiums lediglich nach außen kundgegeben habe, sei nicht dieses, sondern der Prüfungsausschuss zuständig gewesen.

Die Rechtmäßigkeit der Entziehung eines Doktorgrades - und damit auch die Zuständigkeit des zur Entscheidung berufenen Gremiums - richte sich mangels anderweitiger Bestimmungen im Hochschulrecht nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids. Auch bei der Rücknahme eines verliehenen Doktorgrades handele es sich somit um eine Hochschulprüfung betreffende Angelegenheit¹⁸⁸. Die Promotionsordnung regelt, dass der Doktorgrad nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen entzogen werden kann. Da diese Regelung keine ausdrückliche

¹⁸⁵ unter Bezugnahme auf Gärditz, a.a.O., S. 26.

¹⁸⁶ VG Berlin, Urt. v. 08.07.2015 – 12 K 423.14, juris, bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.05.2016 – OVG 5 B 11.15.

¹⁸⁷ VG Karlsruhe, Urt. v. 21.1.2015 - Az. 7 K 761/11 -.

¹⁸⁸ VG Karlsruhe unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Beschl. v. 03.02.2014 – 9 S 885/13 (Koch-Mehrin). Das VG hat die Berufung nicht zugelassen.

Zuständigkeitsbestimmung enthält, musste das VG Karlsruhe das für die Entziehung des Doktorgrades zuständige Organ im Wege der Auslegung ermitteln. Dies sei danach der Prüfungsausschuss. Jedenfalls folge die Zuständigkeit des Prüfungsausschusses für die Entziehung des Doktorgrades aus dem Umstand, dass es sich bei der Entziehung des Doktorgrades um den *actus contrarius* zur Verleihung handelt und der Prüfungsausschuss nach den im konkreten Fall anwendbaren Regelungen die eigentliche Sachentscheidung über die Verleihung des Doktorgrades trifft. Dabei spielte auch keine Rolle, dass zum konkreten Zeitpunkt ein Prüfungsausschuss gar nicht eingesetzt war, sondern dessen Aufgaben von der Professorenversammlung der Fakultät wahrgenommen wurden, keine Zuständigkeit des Rektorats.

Das OVG Münster¹⁸⁹ hat einem Diplomanden PKH für eine Klage gegen die Nichtbestehensentscheidung wegen Plagiats gewährt. Dort drängte sich der Verdacht auf, dass der Sachbearbeiter des Zentralen Prüfungssekretariats die Prüfer kraft eigener Entscheidung bestellt hatte und hierbei die Möglichkeiten des Prüflings, die Prüfer jedenfalls teilweise zu wählen, „übersehen“ hatte.

Man kann die Rechtsprechung zum Entzug eines Doktorgrades (wegen Täuschung) mit den Leitsätzen des VG Hamburg in seinem Urteil vom 24.06.2016 – 2 K 2209/13 – wie folgt zusammenfassen:

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Rücknahme einer Promotion der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. (Rn.81)
2. Im Einzelfall kann dahinstehen, ob § 18 Abs. 2 der einschlägigen Promotionsordnung allein eine hinreichende Ermächtigung zur Rücknahme der Promotion bietet oder die nachrangige Gesetzesbestimmung des § 48 Abs. 1 HmbVwVfG (juris: VwVfG HA). Rn.86).
3. Bei der allgemeinen Bestimmung über die Rücknahme in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder handelt es sich um eine im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie hinreichende Ermächtigung für die Rücknahme der Verleihung eines akademischen Grades. (Rn.95).

¹⁸⁹ OVG Münster, Beschl. v. 07.04.2014 - 14 E 37/14

4. Bei der Entziehung der Promotion steht nicht eine inhaltliche Bewertung der Dissertation in Rede, sondern die Klärung der Frage, ob die Dissertation wissenschaftlichen Mindeststandards genügt, ohne dass ein prüfungsspezifischer Beurteilungsspielraum bestünde (Rn.104).
5. Im Einzelfall ist ein etwaiger formeller Fehler eines Ausgangsbescheides nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens gemäß § 46 HmbVwVfG (juris: VwVfG HA) unbeachtlich, da der Widerspruchsausschuss den Rücknahmebescheid vollständig überprüfen darf und durch den Verwaltungsakt durch eine selbständige Sachentscheidung bestätigt hat.(Rn.101)
6. Bei der Erstellung einer Dissertation begeht der Doktorand eine vorsätzliche Täuschung über das Vorliegen der wesentlichen Verleihungsvoraussetzungen namentlich dann, wenn er bei den Gutachtern einen Irrtum über die Eigenständigkeit seiner erbrachten wissenschaftlichen Leistungen hervorruft, indem er in erheblichem Umfang fremde Textpassagen ohne Quellenangabe aus dem Werk eines anderen Autors wörtlich oder sinngemäß übernimmt, obwohl ihm deren Herkunft vom Fremdautor bewusst ist.(Rd.120)
7. Im Einzelnen setzt eine vorsätzliche Täuschung im Promotionsverfahren eine Täuschungshandlung, deren Erheblichkeit, einen zur Verleihung des Doktorgrades führenden Irrtum und den Vorsatz des Prüflings voraus.(Rn.120)
8. Im Einzelfall liegt eine Täuschungshandlung in der Einreichung einer mit Zitierfehlern behafteten Dissertation und Abgabe einer von § 7 Abs. 3 Nr. 3 Promotionsordnung 1972 geforderten Versicherung vom 1.Juni 1997, die Dissertation selbst angefertigt und nur die angegebenen Hilfsmittel benutzt zu haben.(Rn.121)
9. Die Vorlage einer Dissertation, welche gegen die zum Zeitpunkt der Vorlage geltenden Grundanforderungen wissenschaftlicher Redlichkeit verstößt, begründet eine Täuschung im Promotionsverfahren.(Rn.121)
10. Im Einzelfall stehen der Rücknahme der Verleihung des Doktorgrades Vertrauensschutz, die Rücknahmefrist, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht entgegen.(Rn.214)

11. Die Rückforderung einer Promotionsurkunde nach Rücknahme der Promotion gemäß § 52 Satz 1 HmbVwVfG (juris: VwVfG HA) setzt deren Unanfechtbarkeit oder sofortige Vollziehbarkeit voraus.(Rn.250)

F. Verfahrensfehler in der Sphäre des Prüfungsamtes

Die Prüfungsbehörden vergessen leider zu häufig, dass es im Prüfungsrechtsverhältnis nicht nur Obliegenheitspflichten des Prüflings gibt, sondern auch Fürsorge bzw. Hinweispflichten der Prüfungsbehörde¹⁹⁰, sowie Organisationspflichten. Es ist Aufgabe der Prüfungsbehörde, durch organisatorische Maßnahmen weitestgehend sicherstellen, dass z. B. eine ordnungsgemäße Abgabe und Aufbewahrung von Prüfungsarbeiten gewährleistet ist. Den Studierenden muss es unter normalen Bedingungen möglich sein, die für eine Abschlussarbeit vorgesehene Bearbeitungszeit voll auszuschöpfen¹⁹¹.

I. Abhandenkommen von Klausuren und Prüfungswerkstücken

Immer wieder gehen Prüfungsklausuren „auf dem Postweg“ verloren – teils auf dem Weg zum Prüfer, teils – nach Korrektur – auf dem Weg vom Prüfer zum Prüfungsamt. Vorgekommen ist es auch schon, dass ein Prüfer Prüfungsarbeiten „verloren“ hat oder dass sie ihm aus dem Auto „geklaut“ worden sind. Nach Auffassung des BayVGh rechtfertigt der Teilverlust einer schriftlichen Prüfungsarbeit nach deren Bewertung weder einen (nachträglichen) Rücktritt von der Prüfung gem. § 10 Abs. 6 JAPO Bayern, noch eine Wiederholung der Klausur wegen eines Mangels im Prüfungsverfahren (§ 12 Abs. 1 JAPO Bayern). Auch die Nachfertigung einer Ersatzarbeit wegen eines vom Landesjustizprüfungsamtes zu vertretenden Teilverlustes der ursprünglichen Arbeit scheidet aus. Ist davon auszugehen, dass den Prüfern die Prüfungsarbeit bei der Bewertung vollständig vorgelegen hat, kommt eine Wiederholung wegen eines nicht mehr aufklärbaren Bewertungsfehlers nur bei einem von der Prüfungsbehörde zu vertretenden Teilverlust in Betracht. Nur in diesem Fall ist von dem behaupteten Prüfungsmangel auszugehen und dem Prüfling Gelegenheit zu geben, die Prüfung erneut abzulegen¹⁹². Bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Prüfungsbehörde den Teilverlust zu vertreten hat, verbleibt die Darlegungs- und Beweislast für einen etwaigen Bewertungsfehler beim Prüfungsteilnehmer¹⁹³.

¹⁹⁰ BVerwG, Beschl. v. 30.09.2003 - 2 B 10/03, Buchholz 237.7 § 20 NWLBG Nr. 1.

¹⁹¹ VG Stuttgart, Urt. v. 27.04.2017 - 10 K 6921/16, juris.

¹⁹² BayVGh, Beschl. v. 26.02.2014 – 7 ZB 14.28, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 18.02.2003 – 6 B 10.03, juris.

¹⁹³ BVerwG, Urt. v. 18.12.1987 – 7 C 49.87, juris sowie BayVGh, Urt. v. 08.09.1999 – 7 B 99.292, juris.

Zwei Fälle aus NRW haben Aufsehen erregt; in einem Fall besonders, weil ein bekannter Landes- und Parteipolitiker beteiligt war: Im ersten – das juristische Staatsexamen betreffenden Fall standen 23 Prüflinge vor der – für Kenner des Prüfungsrechts nicht ungewöhnlichen - Alternative: Sie konnten ihre Noten anerkennen oder die V2-Klausur neu schreiben. Nur Einsicht nehmen konnten sie nicht - denn die Aufsichtsarbeiten waren auf dem Postweg zwischen Zweitkorrektor und LJPA verloren gegangen. Da die Klausuren jedoch bereits bewertet worden waren, hatten die betroffenen Referendare nun zwei Optionen: Entweder sie erkannten die Bewertung an oder sie mussten erneut zur Prüfung antreten und die V2-Klausur der nachfolgenden Kohorte mitschreiben.

Unzutreffend ist nach Aussage des LJPA die zeitweise von einem „Prüfungsrechtsspezialisten“ im Internet verbreitete Behauptung, dass mit einem Anerkenntnis der Note auch ein vollständiger Verzicht auf Rechtsmittel verbunden sei. Zwar findet die Behörde, dass "die Entscheidung des Prüflings, die Bewertung des Erst- und Zweitkorrektors als Leistung für die zweite juristische Staatsprüfung werten zu lassen, einem Verzicht auf Einwendung gegen die Bewertung" gleichkomme. Dies gelte aber "selbstverständlich" nicht für den Fall, dass die Klausuren zu einem späteren Zeitpunkt doch wieder auftauchen sollten und die Bewertungen dann noch in zulässiger Weise angefochten werden könnten.

Im Frühjahr 7 hatte das Prüfungsamt aber noch eine weitere – heftig kritisierte - Variante angeboten: Der Prüfling konnte sich entscheiden, ob er den aufgerundeten Durchschnitt seiner übrigen Klausuren für die verloren gegangene Klausur anerkennen möchte. Damals wurde – wegen der rechtlich zweifelhaften Variante – ausdrücklich vom Prüfling einen Rechtsmittelverzicht gefordert.

Wir wundern uns allerdings im Zeitalter von Computern und Scannern schon, dass die Klausuren nicht schnellstmöglich elektronisch gesichert werden – zu Recht wird im Netz die Frage gestellt: „In welchem Jahrhundert leben die da eigentlich beim JPA?“

Noch peinlicher aber war der zweite Fall:

Der CDU-Landeschef Laschet ist - nebenberuflich - als Hochschuldozent an der RWTH Aachen tätig, hatte Seminarklausuren verloren und sich daraufhin – angeblich anhand seiner Seminarskizzen - Noten ausgedacht. Besonders peinlich war dabei folgendes: Dies tat er auch für Studenten, die gar nicht mitgeschrieben hatten.

Auch im Handwerksprüfungswesen kommt es zum „verloren gehen“, aber auch zur Zerstörung von Prüfungsarbeiten, z.B. Werkstücken, die dann der Prüfling nochmals erstellen muss, so das VG Karlsruhe¹⁹⁴:

„Dass die vom Kläger gefertigten Werkstücke von der Handwerkskammer Karlsruhe trotz des anhängigen Rechtsstreits versehentlich zerstört worden sind, enthebt den Kläger ebenfalls nicht von der Pflicht, die Prüfungsleistung zu wiederholen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann eine verloren gegangene Prüfungsleistung nicht mehr ordnungsgemäß neu bewertet werden, weshalb eine negative Prüfungsentscheidung aufzuheben und dem Prüfling Gelegenheit zu geben ist, die Prüfung erneut abzulegen. Der in § ZPO § 444 ZPO enthaltene Rechtsgedanke kommt einem Prüfling nur insoweit zugute, als ihm im Falle der Beweisvereitelung durch die Prüfungsbehörde die Nachweisführung zum Vorliegen eines entscheidungserheblichen Prüfungsmangels erleichtert wird¹⁹⁵.“

II. Der bestechliche Abteilungsleiter des Prüfungsamtes

In einem – soweit ersichtlich - ersten Fall im Zusammenhang mit dem bestechlichen Abteilungsleiter des Juristischen Prüfungsamtes in Niedersachsen hat das OVG Lüneburg¹⁹⁶ einem Prüfling geholfen, der nach seiner Auffassung benachteiligt worden war. Im konkreten Fall gehörte zu dem Klausuren-durchgang der Antragstellerin ein Kandidat, der rechtswidrig in den Besitz der Klausurlösungen gelangt und dessen zweite juristische Staatsprüfung zwischenzeitlich bestandskräftig für nicht bestanden erklärt worden ist, Das OVG Lüneburg hat für die Entscheidung folgenden Leitsatz formuliert:

„Liegt die Ursache für die rechtswidrige Begünstigung einzelner Prüfungsteilnehmer in der Sphäre des Prüfungsamtes, ist es für die Annahme eines Verfahrensfehlers ausreichend, wenn eine Beeinflussung des Bewertungsmaßstabes nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann“.

Grundsätzlich gilt zwar, dass die Bewertung der jeweiligen Prüfungsleistung auf einem objektiven Maßstab beruht und nicht von dem in der jeweiligen Prüfung zutage getretenen

¹⁹⁴ Urt. vom 20.05.2015 - 7 K 2232/13

¹⁹⁵ BVerwG, Beschl. vom 18.02.2003 - 6 B 10.03 -; Sächs. OVG, Beschl. vom 10.12.2009 – 4 A 204/08 -.

¹⁹⁶ OVG Lüneburg, Beschl. vom 29.09.2015 - 2 ME 234/15 -.

durchschnittlichen Leistungsvermögen der verschiedenen Prüflinge abhängt. Liegt eine unzulässige Bevorzugung eines Kandidaten des Klausurendurchgangs vor, können sich andere Prüfungsteilnehmer darauf nur berufen, wenn dieser Fehler auch für ihre eigene Prüfungs-bewertung von Bedeutung ist; denn grundsätzlich hat der Prüfungsteilnehmer kein subjektiv-öffentliches Recht auf Beachtung des Grundsatzes der Chancengleichheit als ein objektiv-rechtliches Gebot¹⁹⁷. Soweit unter Bezugnahme hierauf das Prüfungsamt die Auffassung vertrat, dass ein Prüfungsergebnis nicht dadurch unrichtig werden könne, dass Mitprüflinge sich bessere Examensnoten erschlichen hätten, mochte dem das OVG Lüneburg in dieser Absolutheit nicht zu folgen.

Allerdings hat im (theoretischen) Ausgangspunkt die Bewertung einer Prüfungsleistung nach einem objektiven/absoluten Maßstab zu erfolgen ohne Rücksicht darauf, wie andere Prüflinge des Durchgangs die Prüfungsfrage gelöst haben. Die Prüfer, die in der Regel auf Grund ihrer Prüfungserfahrungen eine Vielzahl von Prüfungsdurchgängen vor Augen haben, ordnen die jeweilige Aufgabenstellung und die Prüfungsleistungen in diesen übergeordneten Rahmen ein, ohne maßgeblich darauf abzustellen, ob es sich konkret um eine schwachen oder leistungs-starken Prüfungsdurchlauf handelt; denn zu beurteilen sind die individuellen Fähigkeiten bezogen auf den angestrebten Beruf, nicht dagegen sind die Leistungen der jeweiligen Prüfungsgruppe lediglich untereinander ins Verhältnis zu setzen. Der innerhalb einer insgesamt schwachen Prüfungsgruppe noch am besten abschneidende Mitprüfling kann also nicht allein deshalb bereits eine hervorragende Bewertung erhalten, ebenso wenig wie die Leistung des schwächsten Mitglieds einer insgesamt starken Prüfungsgruppe allein deswegen als unzureichend bewertet werden darf¹⁹⁸.

Soweit daraus allerdings von der o.a. Rechtsprechung gefolgert wird, der Bewertungsmaßstab könne generell nicht durch von auf Täuschung zurückzuführenden Verschiebungen im allgemeinen Leistungsniveau der Prüflinge beeinflusst werden, vermochte dem das OVG Lüneburg nicht zu folgen.

Es ist allgemein anerkannt und entspricht der Lebenswirklichkeit, dass in die Bewertung auch relative Elemente einfließen; denn der besonders gute oder schlechte Ausfall eines

¹⁹⁷ OVG Lüneburg a.a.O. unter Bezugnahme auf vgl. Bay. VGH, Urt. v. 16.5.2012 - 7 B 11.2645 -; OVG NW, Urt. v. 20.11.2012 - 14 A 755/11 -, NVwZ-RR 2013, 469.

¹⁹⁸ vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.9.1983 - 7 B 119.83 -, v. 30.10.1984 - 7 B 111/84 -, jeweils ; Bay. VGH, Urt. v. 16.5.2012 - 7 B 11.2645 -, ; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rz. 532.

bestimmten Prüfungsdurchgangs beeinflusst mit die Annahme des Prüfers, wo als Basis für die abgestufte Notenbildung die durchschnittliche Leistung (jeweils bezogen auf den übergeordneten Rahmen) anzusetzen ist. Mittelbar werden mithin die theoretisch nur absolut zu messenden Anforderungen im Rahmen einer Prüfung zumindest teilweise wieder relativiert¹⁹⁹.

Mit auf dieser (auch) vergleichenden Betrachtung fußt gerade der im Prüfungsrecht den Prüfern bei ihrer Bewertung eingeräumte prüfungsspezifische Spielraum; denn er wird damit begründet, dass Prüfungsnoten nicht isoliert gesehen werden dürfen, sondern in einem dem Gericht nicht zur Verfügung stehenden Bezugssystem zu finden sind, das durch die persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen der Prüfer beeinflusst wird²⁰⁰.

Wichtig sind auch die Hinweise des OVG Lüneburg zur Beweis- und Darlegungslast:

Dahinstehen könne, ob eine Beeinflussung der Bewertung durch die rechtswidrig erlangten Noten eines anderen Kandidaten stets positiv nachgewiesen werden müsse²⁰¹ oder ob es generell schon ausreicht, wenn die Beeinflussung nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann²⁰². Jedenfalls sei zumindest im vorliegenden Fall ist auf Grund seiner Besonderheiten nur der geringere Wahrscheinlichkeitsmaßstab anzusetzen. Die Besonderheit im konkreten Verfahren liegt darin, dass der damalige Referatsleiter des Prüfungsamtes, also ein leitender Mitarbeiter des Antragsgegners, die Klausurlösungen an Prüflinge gegen entsprechende Gegenleistungen weitergegeben hat²⁰³. Der Antragsgegner kann nicht darauf verweisen, das Verhalten des Referatsleiters sei erst im Frühjahr 2014 bekannt geworden, sondern er muss sich diese rechtswidrigen Handlungen seines Mitarbeiters zurechnen lassen. Liegt die Ursache für die rechtswidrige Begünstigung einzelner Prüfungsteilnehmer damit aber eindeutig in der Sphäre des Antragsgegners, sind die Interessen der nicht bevorzugten Prüflinge besonders schützenswert. Zumindest in

¹⁹⁹ OVG NW, Urt. v. 20.11.2012 - 14 A 755/11 -, NVwZ-RR 2013, 469, m.w.N.; Niehues/Fischer/Jeremias aaO., Rz. 535, 635, Ost, Die Bewertung von Prüfungsleistungen und die Gleichheit, NWVBl. 2013, 209 ff.

²⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 –, BVerfGE 84, 34, 58, ; BVerwG, Beschl. v. 17.12.1997 - 6 B 55.97 -, ; Sen. Urt. v. 19.8.2015 - 2 LB 276/14 -, ; Niehues/Fischer/Jeremias, aaO., Rz. 534.

²⁰¹ so im Ergebnis BVerwG, Beschl. v. 13.9.1983 - 7 B 119.83 -,

²⁰² So Niehues/Fischer/Jeremias, aaO., Rz. 538; vgl. auch OVG NW, Urt. v. 20.11.2012 - 14 A 755/11 -, NVwZ-RR 2013, 469, wonach die Gefahr einer Verfälschung der Bewertungsgrundlagen ausreicht.

²⁰³ vgl. hierzu Landgericht Lüneburg, StrafUrt. v. 26.2.2015 - 33 KLS/760 Js 44594/14 (20/14)

derartigen Fällen ist es daher für die Annahme eines Verfahrensfehlers ausreichend, wenn die Beeinflussung des Bewertungsmaßstabs nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

Vor diesem Hintergrund sei die vorläufige einzelfallbezogene Einschätzung des Verwaltungsgerichts nicht zu beanstanden, bei einem Umfang von lediglich 15 bis 20 im Klausurendurchgang der Antragstellerin zu korrigierenden Arbeiten könne bezogen auf die VA-Klausur nicht ausgeschlossen werden, dass die überdurchschnittliche - wie sich später ergeben hat aber auf rechtswidrigem Handeln beruhende - Leistung eines Kandidaten (15 Punkte) das Bild des Korrektors hinsichtlich des Schwierigkeitsgrads der zu lösenden Aufgabe jener Klausur deutlich beeinflusst habe, ebenso bestehe bezüglich der mit 5 Punkten bewerteten, ebenfalls einem Täuschungsverdacht desselben Kandidaten unterliegende ZG-Klausur die Möglichkeit der Verzerrung des Beurteilungsmaßstabes, weil die Vergabe von 5 Punkten belege, dass es sich bei der Klausur um eine lösbare Aufgabe gehandelt habe²⁰⁴.

G. Der "gedopte" Prüfling²⁰⁵

Aus einem Artikel im „Focus“ vom 05.05.2015:

Der Münchner Promi-Anwalt Hermann Messmer will Abiturienten und Studenten Doping-Kontrollen unterziehen. Hirndoper müssten so streng bestraft werden wie Spitzensportler, fordert Messmer. Experten bezweifeln, dass sich seine Idee einfach umsetzen lässt.

Er fordert flächendeckende „Dopingtests“ für Schüler und Studenten. Der Münchner „Abendzeitung“ sagte Messmer, wer bei wichtigen Prüfungen "Hirndoping" betreibe, müsse „genauso hart bestraft werden wie Dopingsünder im Sport“.

Der Anwalt leitet seine Forderung aus Art. 3 Abs. 1 GG her: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich". Bei Spitzensportlern und normalen Menschen sieht Messmer aber eine Ungleichbehandlung, besonders durch das damals geplante Anti-Doping-Gesetz. Es eröffne

²⁰⁴ zur Bedeutung der Größe der Vergleichsgruppe auch BVerwG, Urt. v. 14.6.1963 - VII C 44.62 -, BVerwGE 16, 150, ; OVG NW, Urt. v. 20.11.2012, aaO.; zur Frage der Bedeutung des Grundsatzes der Chancengleichheit bei täuschenden Mitprüflingen vgl. Ost, Die Bewertung von Prüfungsleistungen und die Gleichheit, NWVBl. 2013, 209 ff., 216, 217.

²⁰⁵ Zimmerling/Brehm, FuL 2008, 522 f.; vgl. hierzu auch Bublitz, Doping-Kontrollen im Staatsexamen? in ZJS 2010, 306.

„nur eine Hexenjagd auf Spitzensportler, während sich alle anderen Menschen munter dopen können und ungeschoren davon kommen“, sagte Messmer der „Abendzeitung“.

Besonders bei Abitur-Prüfungen und wichtigen Prüfungen im Studium sieht der Anwalt daher Bedarf für stichprobenartige „Hirndoping-Kontrollen“. Denn heutzutage entschieden schon die Abitur-Prüfungen über künftige Karriere-Chancen, gibt Messmer zu denken. „Ohne ein hervorragendes Abitur bekommt man bekanntlich gar keinen Studienplatz. Die Abiturnote kann ein Leben bereits in die eine oder andere Richtung lenken.“ Und weil so viel von den Leistungen der Schüler und Studenten abhängt, sieht Messmer den Staat in der Pflicht, für Chancengerechtigkeit zwischen Hirndopern und Nicht-Dopern zu sorgen - mit Kontrollen und strengen Strafen.

I. Doping als Rechtsproblem

Das Problem des Dopings stellte sich bislang vor allem im Bereich des Sports. Bislang musste sich - soweit ersichtlich - noch kein Verwaltungsgericht mit dem Problem des "gedopten Prüflings" beschäftigen. 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 auf²⁰⁶. 2014/2015 gaben bei einer Umfrage im Auftrag des Gesundheitsministeriums 14% der befragten Studierenden an, schon einmal Substanzen genommen zu haben, um dem Lernstress standzuhalten.

II. Fehlende Rechtsgrundlage

Rechtsfolgen für das Doping eines Prüflings sehen die Prüfungsordnungen (bisher) nicht vor. Um aus dem Doping eines Prüflings rechtliche Konsequenzen zu ziehen, ist eine Rechtsgrundlage erforderlich, insbesondere, wenn der Prüfling aus diesem Grund von der (weiteren) Prüfung ausgeschlossen werden soll.

Da nach den Prüfungsordnungen Prüfungsleistungen mit einer Sanktionsnote ("nicht bestanden") zu bewerten sind, wenn der Prüfling bei Aufnahme des Leistungsnachweises eine Täuschungshandlung versucht oder begangen hat, z.B. im Besitz eines zu

²⁰⁶ Zuletzt „Mit Ritalin fit für die Prüfung?“ in FAZ, 03.11.2015 S. 36 über ein Symposium an der Hochschule Darmstadt

Täuschungszwecken generell geeigneten Hilfsmittels im Prüfungsraum ist. Es müsste also in der Prüfungsordnung definiert werden, was ein unerlaubtes Dopingmittel ist.

III. Doping und Prüfungsunfähigkeit

Es gehört zu den Obliegenheitspflichten der Prüfer, 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 vorstellen²⁰⁷.

Der "gedopte" Prüfling kann sich allerdings nachträglich nicht auf eine Doping-bedingte 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 auf Grund der Einnahme von Dopingmitteln prüfungsunfähig ist, so hat er dies in Kauf genommen. Man spricht insoweit von einer "bewussten Risiko-übernahme". Bei dieser kommt ein Rücktritt von der Prüfung unter keinen Umständen in Betracht²⁰⁸.

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 zugerechnet²⁰⁹.

H. Das Prüfungsverfahren

I. Zur Anwendung einer noch nicht in Kraft getretenen Prüfungsordnung

Im Rahmen eines Verfahrens über das endgültige Nichtbestehen eines Pflichtmoduls stellte sich die Frage nach der Anwendbarkeit einer bereits beschlossenen jedoch noch nicht bekanntgegeben Prüfungsordnung zur Vermeidung von Nachteilen der Studierenden. Diese

²⁰⁷ 143 VGH Mannheim, Beschl. v. 09.08.2002 - 9 S 1573/02, NVwZ-RR 2003, 37; hierzu Z/B, , Rz. 56.

²⁰⁸ 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 Z/B, , Rz. 326 ff..

²⁰⁹ 145 So z.B. VG Göttingen, Urt. v. 22.10.2002 - 4 A 4117/00 -.

Frage hat das BVerwG²¹⁰ mit den Vorinstanzen bejaht: Eine vom zuständigen Organ der Hochschule bereits beschlossene Prüfungsordnung kann übergangsweise vor ihrer Bekanntmachung angewandt werden, wenn dies unverzichtbar ist, um Verzögerungen des Studiums zu vermeiden, und sich die Studierenden ohne weiteres Kenntnis vom Inhalt der Prüfungsordnung verschaffen können.

Maßgeblich für die Entscheidung waren die Grundsätze der sog. Speyer-Kolleg-Entscheidung des BVerfG²¹¹. Danach ist anerkannt, dass es unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar ist, Regelungen, die einem bereichsspezifischen Gesetzesvorbehalt nicht genügen oder mangels rechtswirksamer Bekanntmachung nicht in Kraft getreten sind, für einen Übergangszeitraum anzuwenden. Dies wird für den Fall bejaht, wenn und soweit die Anwendung unerlässlich ist, um grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu wahren oder die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung sicherzustellen. Die vorübergehende Fortgeltung der Regelungen wird dann trotz ihrer Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht in Kauf genommen, um noch verfassungsfernere Zustände zu vermeiden²¹².

Dies wendet nun das BVerwG²¹³ auf den konkreten Fall an: Die in der Rechtsprechung hierfür entwickelten Voraussetzungen lassen darauf schließen, dass der Rechtsgrundsatz der übergangsweisen Anwendung unwirksamer Regelungen nicht nur die bereits entschiedenen Fallgestaltungen, nämlich das Fehlen der erforderlichen Rechtsnormqualität und die unwirksame Bekanntmachung der Regelungen, erfasst. Vielmehr beansprucht er immer dann Geltung, wenn und soweit ein wirkungsvoller Grundrechtsschutz oder die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung für einen Übergangszeitraum nicht anders als durch die Anwendung der Regelungen gewährleistet werden kann. Unter diesen Voraussetzungen kommt die vorzeitige Anwendung von noch nicht in Kraft gesetzten Regelungen jedenfalls dann für eine Übergangszeit in Betracht, wenn sie der zuständige Normgeber

²¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 27.01.2015 – BVerwG 6 B 43.14 –m. Anm. Danz, JM 2016, 208.

²¹¹ BVerfG, Urt. v. 27.01.1976 – 1 BvR 2325/73 -.

²¹² BVerfG, Beschl. v. 27.01.1976 - 1 BvR 2325/73, BVerfGE 41, 251 <266 f.>; BVerwG, Urt. vom 13. Januar 1982 - 7 C 95.80 - BVerwGE 64, 308 <317 f.> und vom 1. Juni 1995 - 2 C 16.94 - BVerwGE 98, 324 <327 f.>; Beschl. vom 2. August 1988 - 7 B 90.88 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 254 S. 62); vgl. auch Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rz. 58 sowie Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 72.

²¹³ BVerwG, Beschl. v. 27.01.2015 – BVerwG 6 B 43.14, Rz. 11 ff; siehe hierzu Danz, JIM 2016, S. 208 ff.

bereits beschlossen hat, und sich die Betroffenen ohne weiteres Kenntnis von ihrem Inhalt verschaffen können.

Ganz aktuell ist das Urteil des BVerwG vom 15.03.2017²¹⁴, in dem das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung des OVG Bautzen²¹⁵ bestätigt, das die Prüfung (zum Sprengstofftechniker) für bestanden erklärt hatte. Auf dieses Urteil kommen wir in unserem Vortrag zurück.

Gleichermaßen waren diese Prinzipien im Zusammenhang mit der Entscheidung des BVerwG zum Notenschutz für Legastheniker von Bedeutung²¹⁶: Diese Erwägungen der Speyer-Kolleg-Entscheidung müssten erst Recht für die Rückabwicklung von Rechtsbeziehungen mit Wirkung für die Vergangenheit gelten, für die es nach Ansicht des BVerwG an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlt²¹⁷.

Entsprechend hat vorher bereits das OVG Münster im Zusammenhang mit der unwirksamen Bekanntmachung einer Hochschulordnung entschieden²¹⁸. Interessant sind in diesem Zusammenhang aber die Ausführungen zur Bekanntmachung:

Nach dem im Zeitpunkt des Erlasses der Prüfungsordnung geltenden Hochschulgesetz NRW gibt die Hochschule alle Ordnungen sowie zu veröffentlichenden Beschlüsse in einem Verkündungsblatt bekannt, dessen Erscheinungsweise in der Grundordnung festzulegen ist. Wie sich aus der Verwendung des Begriffs Blatt und der Erforderlichkeit einer Erscheinungsweise ergibt, ist damit eine Verkündung in Papierform, nicht aber eine bloß elektronische Bekanntmachung gemeint. Angesichts der qualitativen Unterschiede zwischen Druckexemplaren und flüchtigen elektronischen Texten obliegt die Entscheidung dem Gesetzgeber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine elektronische Bekanntmachung zulässig sein soll, und kann nicht in den Begriff Verkündungsblatt und Erscheinungsweise hineininterpretiert werden. Dass dieses herkömmliche Verständnis des Begriffs Blatt auch dem Bundesrecht zugrunde liegt, ergibt sich aus § 15 Abs. 1 des E-Government-Gesetzes, der bestimmt, dass eine durch Bundesrecht vorgeschriebene Publikation in einem amtlichen Mitteilungs- oder Verkündungsblatt auch durch eine elektronische Ausgabe (unter näheren

²¹⁴ BVerwG, Urt. v. 15.03.2017 - 6 C 46.15 -

²¹⁵ OVG Bautzen, Urt. v. 08.09.2015 - OVG 2 A 222/14 -

²¹⁶ BVerwG, Urt. v. 29.07.2015 – 6 C 35/14 -

²¹⁷ BVerwG a.a.O. Rz. 47:

²¹⁸ OVG Münster, Urt. v. 30.01.2015 – 14 A 2307/13

Voraussetzungen) erfüllt werden kann. Wäre der Begriff des „Blattes“ nicht mit der Papierform verknüpft, hätte es einer solchen Ermächtigung nicht bedurft. Eine Prüfungsordnung, die entgegen § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG Zahl, Art, Dauer und Bewertung von Prüfungsleistungen nicht selbst nennt, sondern insoweit auf die Studienordnung verweist, ist unwirksam. Angegriffene Prüfungsversuche, die auf Grund einer gegen § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG verstoßenden Prüfungsordnung unternommen wurden, gelten als nicht abgenommen²¹⁹.

II. Diplomierung in einem Doppelstudiengang

Mit dem Problem der Diplomverleihung im Rahmen eines deutsch-niederländischen Doppelstudienganges musste sich das OVG Lüneburg²²⁰ beschäftigen. Das OVG Lüneburg hat zunächst darauf hingewiesen, dass auf Grund des Gesetzes zur Stärkung der Beteiligungskultur innerhalb der Hochschulen vom 15. Dezember 2015 (Nds.GVBl. S. 384) kein Anspruch mehr bestehe, soweit nicht die Übergangsvorschrift des § 72 Abs. 3 NHG oder andere Ausnahmebestimmungen wie § 53 Abs. 1 Satz 3 NHG eingreifen. LS 2 und LS 3 lauten wie folgt:

„Die Verleihung eines Abschlusses nach § 8 Abs. 1 NHG setzt nach § 7 Abs. 3 NHG das Ablegen einer Hochschulprüfung auf der Grundlage einer Prüfungsordnung voraus. Vereinbarungen zwischen in- und ausländischen Hochschulen, deren Inhalt nicht in der gebotenen Form in die Prüfungsordnung inkorporiert worden ist, können eine solche Grundlage nicht ersetzen.

Gründe des Vertrauensschutzes begründen ebenfalls keine Ansprüche auf die Verleihung eines Hochschulabschlusses, wenn sie im Widerspruch zur Prüfungsordnung stehen.“

²¹⁹ VG Hamburg, Urt. v. 05.11.2015 – 2 K 950/14, juris.

²²⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 06.10.2016 – 2 LB 5/16, juris.

III. Zur Reichweite des Anonymitätsprinzips im Prüfungsrecht

Im Rahmen eines Antrags auf Zulassung der Berufung gegen ein Urf. des VG Hannover hatte das OVG Lüneburg²²¹ 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 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 begründen²²².

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 mitwirken²²³.

IV. Nachteilsausgleich

1. Nachteilsausgleich und Dauerleiden

Mit der Abgrenzung zwischen prüfungsrechtlichen Nachteilsausgleich, Dauerleiden²²⁴ und dem Rücktritt von der Prüfung hat sich der VGH Mannheim²²⁵ befasst. Der Antragsteller

²²¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.07.2007 - 2 LA 439/07 - www.dbovg.niedersachsen.de

²²² VG Lüneburg a.a.O. unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. vom 25.04.1996, - 6 B 49.95, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 364.

²²³ OVG Münster, Beschl. v. 12.07.2007 - 14 A 2182/06, unter Bezugnahme auf Herborn/Schulz/Tettinger, Die Juristenausbildung in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 7. Aufl., § 8 a JAO Rz. 5.

²²⁴ Zum Dauerleiden aus neuer Zeit VG München, Beschl. vom 21.04.2015, M 3 K 13.1959; VG Ansbach, , Beschl. vom 26.04.2013, AN 2 E 13.00754; VG Bremen, Urf. vom 20.07.2015 - 1 K 257/14 - Kein Anspruch auf Nachteilsausgleich in Form eines Hausarbeitsexamens bei Vorliegen einer Phobie gegen Klausuranfertigung unter Aufsicht; VG Berlin, Urf. vom 11.02.2015 - VG 12 K 100.14; VG Berlin, Urf. vom 30.01.2015 - VG 12 K 104.14

²²⁵ Ebenso VGH Mannheim, Beschl. vom 09.03.2015 – 9 S 412/15

leidet an Tinnitus. Das VG Stuttgart²²⁶ hatte der Prüfungsbehörde aufgegeben, beim Physikum einen Nachteilsausgleich in der Form von drei Pausen von jeweils 15 Minuten Dauer nach dem Ablauf von 60 Prüfungszeitminuten zu gewähren. Der VGH Mannheim änderte den Beschl. ab und gewährte den Nachteilsausgleich (nur noch) in der Form, dass dem Antragsteller ermöglicht wird, die schriftliche Prüfung in einem separaten Raum bei leiser Hintergrundmusik abzulegen.

Nachteilsausgleich kann nicht verlangt werden für ein Leiden, das als generelle Einschränkung der geistigen Leistungsfähigkeit das normale und reguläre Leistungsbild des Prüflings bestimmt²²⁷. Ist hingegen das Unvermögen nicht in der geistigen Leistungs(un)fähigkeit des Prüflings begründet, sondern hat dies körperliche Ursachen, so hat der Prüfling grundsätzlich Anspruch auf Ausgleich des Nachteils²²⁸. Schriftliche Prüfungen dienen dem Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten der Prüflinge. Ihr Ergebnis wird bestimmt von deren geistiger Leistungsfähigkeit. Der Prüfling steht dabei im Wettbewerb mit anderen Prüflingen. Das Prüfungsverfahren muss deshalb gewährleisten, dass die geistige Leistungsfähigkeit der Prüflinge unter gleichen Bedingungen zum Ausdruck kommen kann. Liegt bei einem Prüfling eine dauerhafte krankheitsbedingte Einschränkung der geistigen Leistungsfähigkeit vor, so ist dieser Umstand Bestandteil seines durch die Prüfung zu belegenden Leistungsbildes. Wenn sich eine persönlichkeitsbedingte generelle Einschränkung der psychischen Leistungsfähigkeit im Prüfungsergebnis negativ niederschlägt, so wird dadurch dessen Aussagewert nicht verfälscht, sondern in besonderer Weise bekräftigt²²⁹.

Ist ein Prüfling etwa aus psychischen Gründen nicht in der Lage, dem Zeitdruck in einer schriftlichen Prüfung standzuhalten, so ist es mit der Chancengleichheit aller Prüflinge nicht zu vereinbaren, ihm dafür einen Ausgleich in Form einer Prüfungszeitverlängerung zu gewähren. Dadurch würde das Leistungsbild des Prüflings zu seinen Gunsten und zu Lasten der im Wettbewerb stehenden Mitprüflinge verfälscht. Ist hingegen das Unvermögen, innerhalb der festgesetzten Prüfungszeit oder unter regulären Prüfungsbedingungen die gestellte Aufgabe zu bewältigen, nicht in der geistigen Leistungs(un)fähigkeit des Prüflings

²²⁶ VG Stuttgart, Beschl. vom 02.03.2015 – 12 K 857/15

²²⁷ ebenso VGH Mannheim, Beschl. v. 09.03.2015 – 9 S 412/15).

²²⁸ VG Magdeburg, Urt. v. 28.01.2016 – 7 B 158/16, juris.

²²⁹ BVerwG, Beschl. vom 13.12.1985 - 7 B 210.85 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 223; VGH Mannheim, Beschl. vom 02.04.2009 - 9 S 502/09 -, ; Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O., Rz. 258

begründet, sondern hat dies körperliche Ursachen, so hat der Prüfling grundsätzlich Anspruch auf Ausgleich dieses Nachteils²³⁰. Insoweit sind regelmäßig Behinderungen der Darstellungsfähigkeit gegeben, die dem Prüfling lediglich den Nachweis der möglicherweise durchaus vorhandenen Befähigung erschweren und deren Auswirkungen auch im späteren Berufsleben ausgeglichen werden können. Typische Fälle hierfür sind etwa Sehbehinderungen, Knochenbrüche oder Lähmungen bzw. Fehlbildungen von Gliedmaßen. In diesen Fälle gebieten es das Grundrecht der Berufsfreiheit des Prüflings und der Grundsatz der Chancengleichheit, den Nachteil der Darstellungsfähigkeit insoweit auszugleichen, dass die Prüfungsbedingungen des Prüflings denen nicht behinderter Mitprüflinge entsprechen, er mithin in der Lage ist, seine geistige Leistungsfähigkeit so wie diese darzulegen²³¹.

Bei Personen mit Asperger-Syndrom auftretende sogenannte Overloads (akute Reizüberflutung infolge autistischer Filterstörung) sind grundsätzlich nicht geeignet, eine zum Prüfungsrücktritt berechtigende Prüfungsunfähigkeit im Rechtssinne zu begründen²³². Das Verbot der Benachteiligung Behinderter nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG rechtfertigt Notenschutz, gebietet ihn aber regelmäßig nicht. Die Gewährung von Notenschutz kann zur Wahrung der Chancengleichheit und der Aussagekraft des Abschlusszeugnisses dort vermerkt werden²³³.

Abgrenzung: Das Bestehen eines Dauerleidens schließt einen Nachteilsausgleich nicht aus.

Dabei ist es für die Frage des Nachteilsausgleichs nicht von entscheidender Bedeutung, ob es sich um ein Dauerleiden handelt, also um eine erhebliche Beeinträchtigung des Gesundheitszustands, die die Einschränkung der Leistungsfähigkeit trotz ärztlicher Hilfe bzw. des Einsatzes medizinisch-technischer Hilfsmittel nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft bedingt. Bei einer Diabetes-Erkrankung kommt als angemessener Nachteilsausgleich im Rahmen der schriftlichen Arbeiten der Zweiten juristischen Staatsprüfung regelmäßig die Gewährung einer Pausenzeit, die nicht auf die

²³⁰ VGH München, Beschl. vom 03.12.1997 - 7 B 95.2853.

²³¹ VGH München, Beschl. vom 03.12.1997 - 7 B 95.2853

²³² VGH Mannheim, Beschl. v. 29.04.2016 – 9 S 582/16, juris.

²³³ BVerwG, Urt. v. 29.07.2015 – 6 C 35/14, juris, siehe hierzu Cremer/Kolok, DVBl. 2014, 333, 337; Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rz. 518

Bearbeitungszeit angerechnet wird, statt einer Verlängerung der Bearbeitungszeit in Betracht²³⁴.

So sind auch wesentliche dauerhafte Behinderungen des Prüflings, die auf gesundheitlichen Störungen oder körperlichen Gebrechen beruhen, in der Prüfung nach Möglichkeit auszugleichen²³⁵. Dies erhellt auch der Umstand, dass es allgemein anerkannt ist, dass etwa Schreibzeitverlängerungen angemessenen Umfangs auch bei dauerhaften schweren körperlichen Behinderungen zu gewähren sind²³⁶.

Entscheidend ist dabei, ob das (Dauer-)leiden als generelle Einschränkung der Leistungsfähigkeit das normale und reguläre Leistungsbild des Prüflings bestimmt. Der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gebietet und rechtfertigt die Rücksichtnahme auf persönliche Belastungen des Prüflings nicht, wenn der Prüfling (auch) erweisen soll, dass er mit solchen Schwierigkeiten fertig wird und mithin die Grundvoraussetzungen der durch die Prüfung zu ermittelnden Eignung für einen bestimmten Beruf besitzt²³⁷. Dementsprechend gehören Prüfungsstress und Examensängste, die zumeist in den spezifischen Belastungen der Prüfungen wurzeln und denen jeder Kandidat je nach Konstitution mehr oder weniger ausgesetzt ist, im Allgemeinen zum Risikobereich des Prüflings. Handelt es sich dagegen um - auch temporäre - Behinderungen, die nicht die aktuell geprüften Befähigungen betreffen, sondern nur den Nachweis der vorhandenen Befähigung erschweren und die durch Hilfsmittel ausgeglichen werden können, ist dies in der Prüfung in Form eines Nachteilsausgleichs angemessen zu berücksichtigen. Dabei sind die maßgeblichen Feststellungen nicht nach allgemeinen Krankheitsbildern, sondern stets individuell zu treffen und auf dieser Grundlage zu bewerten²³⁸

Abgrenzung: Der Nachteilsausgleich ist vom Rücktritt von der Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit zu trennen.

Im Zusammenhang mit dem Rücktritt von der Prüfung kann grundsätzlich nur die zeitweise Beeinträchtigung des physischen und psychischen Zustands eines Prüflings und nicht etwa

²³⁴ VGH Mannheim, Beschl. v. 01.06.2017 – 9 S 1241/17, juris.

²³⁵ Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O. Rz. 249, siehe hierzu

²³⁶ vgl. dazu VGH Kassel, Beschl. vom 03.01.2006 - 8 TG 3292/05.

²³⁷ Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O. Rz. 258

²³⁸ Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O. Rz. 259

ein Dauerleiden zur Anerkennung einer Prüfungsunfähigkeit im Rechtssinne führen²³⁹. So hat auch das OVG Münster mehrfach entschieden, dass einem Prüfling für seine Depression keine Schreibzeitverlängerung zu gewähren ist²⁴⁰.

Der Nachteilsausgleich darf nicht zu einer Überkompensation führen

Diese würde ihrerseits wieder einen Verstoß gegen die Chancengleichheit bedingen. Dies hat der VGH für die vom VG gewährten drei Pausen von jeweils 15 Minuten Dauer angenommen: Eine derartige Verlängerung der Bearbeitungszeit würde ihm einen Vorteil gegenüber den Mit-prüflingen verschaffen. Sie ist auch nicht erforderlich, da eine ausreichende Kompensation nach der amtsärztlichen Stellungnahme vom 25.02.2015 auch dadurch erfolgen kann, dass dem Antragsteller ermöglicht wird, die Prüfung in einem separaten Raum mit leiser Hintergrundmusik zu absolvieren. Diese Kompensationsmöglichkeit ist vor dem Hintergrund der prüfungsrechtlichen Situation und des Beschwerdebilds des Antragstellers angemessen, ohne dass zu befürchten steht, dass dadurch eine Verfälschung des durch die Prüfung zu belegenden Leistungsbildes eintreten würde. Die Amtsärztin führt aus, dass in der Atmosphäre eines separaten Raums mit Hintergrundmusik eine stetige Ablenkung vom Ohrgeräusch gegeben und eine Schreibzeitverlängerung nicht erforderlich wäre. Der Antragsteller hat erstinstanzlich eingeräumt, dass die Frage, welche konkrete Lautstärke und ob eine bestimmte Art von Hintergrundmusik erforderlich sei, durch eine vorherige Probe der Prüfungssituation vor Ort geklärt werden könne. Der Senat teilt diese Auffassung zumal mit Blick darauf, dass der Antrags-gegner dem Antragsteller die Möglichkeit eröffnet, die Hintergrundmusik selbst zu bestimmen.

2. Der Laptop als Hilfsmittel für den Nachteilsausgleich

Nach zutreffender Auffassung des VG München²⁴¹ sowie des VGH München²⁴² 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

²³⁹ BVerwG, Beschl. vom 03.07.1995 - 6 B 34.95

²⁴⁰ OVG Münster, Beschl. v. 10.10.2014 – 14 E 680/14; Beschl. v. 18.08.2015 – 14 A 450/15

²⁴¹ VG München, Beschl. v. 05.12.2007 - M 4 E 07.5630

²⁴² VGH München, Beschl. v. 07.12.2007 - 7 CE 07.3204 - (n.v.).

(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 klären²⁴³.

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."

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

²⁴³ 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.).

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.

Der VGH München²⁴⁴ legt in mehreren Beschlüssen dar, dass es nicht zu beanstanden ist, dass das Landesjustizprüfungsamt zur Vermeidung einer Überkompensation von Prüfungsbehinderungen seit mehreren Jahren nur noch in medizinisch begründeten Ausnahmefällen die Benutzung technischer Schreibhilfen zulässt. Gründe, die ausnahmsweise den Einsatz eines Laptops rechtfertigen würden, verneint der VGH in einem Fall, in dem der Prüfling zwar unstreitig an einer schweren und schmerzhaften Erkrankung des rechten Handgelenks leidet, weshalb grundsätzlich ein Nachteilsausgleich zu bewilligen ist, weil sich aus dem vorgelegten Attest keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die schriftlichen Arbeiten nicht mit Hilfe einer Schreibkraft, die den diktierten Text handschriftlich niederlegt, angefertigt werden können.

Das VG Berlin²⁴⁵ berichtet über die Gestattung einer Lesesoftware für alle schriftlichen Prüfungen, die Bearbeitung der Klausuren in einem separaten Raum und eine Verlängerung der Bearbeitungszeit der schriftlichen Prüfungen von 4 auf 6 Stunden. Das auf weitere Vergünstigungen gerichtete Eilverfahren hatte keinen Erfolg.

V. Prüfungserleichterung wegen fehlender Sprachkenntnisse?

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Obergerichte²⁴⁶ verlangt der Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsrecht keine

²⁴⁴ VGH München, Beschl. v. 01.03.2011 - 7 CE 11.376; VGH München, Beschl. v. 03.09.2010 - 7 CE 10.2175

²⁴⁵ VG Berlin, Beschluss vom 30.10.2014 - 5 L 221.14

²⁴⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.09.2007 - 2 PA 593/07

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 Sprachbeherrschung 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 durchführbar²⁴⁷. 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 auszudrücken²⁴⁸.

Dass es bei der Klägerin an hinreichenden deutschen Sprachkenntnissen fehlt, belegte im konkreten Fall auch eine Amtsärztliche Stellungnahme. In dieser wurde eingangs angeführt,

²⁴⁷ BVerwG, Beschl. v. 10.12.1993 - 6 B 40.92 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 321 = ; Beschl. v. 8.9.1983 - 7 B 120/83 -, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 184 = ; vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 13.3.1991 - 22 A 871/90 -, NJW 1991, 2586 = .

²⁴⁸ Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rz. 394.

dass sich die Gesprächsführung mit der Klägerin schwierig gestalten, da diese nur über eingeschränkte Deutschkenntnisse verfüge.

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 kann²⁴⁹.

VI. Meldungs- und Prüfungsfristen bei juristischen Prüfungen

In diesem Zusammenhang wollen wir uns kurz mit dem Problem der „Ladung durch E-Mail befassen. In einem vom VGH München²⁵⁰ entschiedenen Fall hatte der Prüfling nach Nichtbestehen der Prüfung gerügt, die Ankündigung der anstehenden Prüfung durch zwei E-Mails habe nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ladung entsprochen. Insoweit seien die Vorschriften für die Diplomvorprüfung analog anzuwenden, da die Fachprüfungsordnung Musikpädagogik hierzu keine Regelungen enthalte. Zwar kann die Hochschule aus Fürsorgegründen gehalten sein, die Studierenden insbesondere über kurzfristige Änderungen des Anmeldeverfahrens zu informieren. Hierfür ist nach Ansicht des VGH München²⁵¹ aber die Information auf elektronischem Wege ausreichend, wenn gewährleistet ist, dass die Studierenden die Möglichkeit haben, hiervon rechtzeitig Kenntnis zu nehmen. Dies galt aber für den Fall der Musikprüfung nicht, so dass VG und VGH dem

²⁴⁹ VG Bremen, Beschl. v. 09.12.2003 - 6 V 1975/03 -

²⁵⁰ VGH München, Beschl. v., 31.07.2012 – 7 ZB 12.362

²⁵¹ VGH München, Beschl. vom 03.02.2014, 7 C 14.17

Vorbungen in dem eben erwähnten Fall nicht gefolgt sind²⁵². Das Erfordernis einer schriftlichen Ladung spätestens eine Woche vor der Prüfung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 4 der Allgemeinen gelte nur für die am Ende des Grundstudiums abzulegende Diplomvorprüfung und für die am Ende der Regelstudienzeit abzulegende Diplomprüfung, nicht aber für Leistungsnachweise, auch wenn diese gemäß StudO vorgezogener Bestandteil der Diplomvorprüfung seien. So bestimme die ADPO, dass der Lehrende Art und Inhalt von Leistungsnachweisen bekannt gebe. Auf weitere Anforderungen etwa hinsichtlich der Form oder Frist der Bekanntgabe habe der Satzungsgeber im Unterschied zur Diplomvorprüfung und zur Diplomprüfung verzichtet. Darin könne auch keine Regelungslücke gesehen werden. Vielmehr sei bei einem Leistungsnachweis eine Benachrichtigung des Prüflings – wie konkret geschehen – durch Mitteilung per E-Mail sechs Tage vor dem Prüfungstermin als ausreichend anzusehen. Allerdings kam es im Ergebnis hierauf nicht an, denn die Klägerin hatte an der Prüfung teilgenommen, ohne vorher einen aus ihrer Sicht bestehenden Ladungsfehler und nicht ausreichende Vorbereitungsmöglichkeiten zu rügen.

Ein Prüfling ist (selbstverständlich) verpflichtet, rechtzeitig zum Prüfungstermin zu erscheinen. Ein Irrtum bzgl. des Beginns der (mündlichen) Prüfung geht zu Lasten des Prüflings. Dies gilt insbesondere bei einem Prüfungsgespräch mit mehreren Teilnehmern. Das OVG Münster hat judiziert, dass die Wachmeisterin dem Prüfling den Zutritt zum Prüfungssaal verwehren durfte. Die bei der Kandidatin „*wohl durch Aufregung entstandene Fehlvorstellung über die Prüfungszeit*“ stellt keine genügende Entschuldigung dar. Von einer Hochschulabsolventin könnte man auch unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG erwarten, dass sie die ihr mitgeteilten Prüfungstermine einhalte. Eine prüfungsbedingte Aufregung ist keine Entschuldigung²⁵³. Eine genügende Entschuldigung für das Fernbleiben von der mündlichen Prüfung liegt vor, wenn der Prüfling darlegt, dass dies aus von ihm nicht zu vertretenden Umständen unmöglich oder unzumutbar war. Der Prüfling trägt die materielle Beweislast²⁵⁴.

Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Prüfungsordnungsregelungen bestehen, nach denen eine automatische Anmeldung zu Wiederholungsprüfungen erfolgt. Insoweit wird darauf hingewiesen, dass ein derartiges Prüfungsverfahren dem allgemeinen Interesse an einem zügigen Fortgang der Ausbildungs-

²⁵² VGH München, Beschl. v., 31.07.2012 – 7 ZB 12.362

²⁵³ OVG Münster, Urt. v. 20.06.2017 - 14 A 2441/16, juris.

²⁵⁴ OVG Münster, Urt. v. 20.06.2017 - 14 A 2441/16, juris.

und Leistungserhebung Rechnung trage. Die automatischen Anmeldungen stellen sicher, dass die betroffenen Studenten nicht schon wegen Versäumnis der Anmeldefrist von der Teilnahme an der erforderlichen Wiederholungsprüfung ausgeschlossen sind²⁵⁵. Auf Unkenntnis vom Inhalt der Prüfungsordnung könne sich ein Prüfling nicht berufen; gegebenenfalls sei er verpflichtet, sich an das Prüfungsamt zu wenden, um dort die erforderlichen Informationen einzuholen²⁵⁶.

1. Meldefrist als Ausschlussfrist

Fiktiven Nichtbestehen einer Prüfung wegen Versäumung der Meldefrist hat sich der VGH München beschäftigt: ²⁵⁷ Bei der juristischen Universitätsprüfung und der Ersten Juristischen Staatsprüfung handelt es sich um jeweils eigenständige Prüfungen, die von verschiedenen Prüfungsausschüssen durchgeführt werden und die gesonderten Regelungen unterliegen. Auch wenn beide Prüfungen Bestandteile der Ersten Juristischen Prüfung sind, hat eine Verlängerung der Meldefrist für einen Prüfungsteil nicht zur Folge, dass damit automatisch auch die Meldefrist für den anderen Prüfungsteil verlängert wäre. Vielmehr muss eine etwaige Verlängerung beim hierfür zuständigen Prüfungsorgan jeweils gesondert beantragt werden.

Im entschiedenen Fall sah die PO für die mündliche Prüfung im Rahmen der Juristischen Universitätsprüfung vor, dass die mündliche Abschlussprüfung als abgelegt gilt und mit null Punkten bewertet, wenn sie nicht spätestens nach dem Vorlesungsschluss des 13. Semesters abgelegt wird (§ 15 Abs. 2 Satz 1 der Prüfungsordnung). Nach § 15 Abs. 2 Satz 3 der Prüfungsordnung ist § 26 Abs. 2 JAPO insoweit sinngemäß anzuwenden. Daher gilt im Falle einer Fristüberschreitung die Prüfung vorbehaltlich § 10 JAPO als abgelegt und nicht bestanden, es sei denn, die Fristüberschreitung beruht auf Gründen, die der Prüfling nicht zu vertreten hat (§ 26 Abs. 2 Satz 3 JAPO). Die Gründe hierfür muss er beim Prüfungsamt geltend machen und nachweisen (§ 26 Abs. 2 Satz 4 JAPO).

Auch wenn § 15 Abs. 2 Satz 3 der Prüfungsordnung dies nicht ausdrücklich regelt, ist durch die mittelbare Verweisung über § 26 Abs. 2 JAPO auf § 10 JAPO hinreichend klar bestimmt, dass es dem Prüfling nicht freisteht, wann er eine Fristverlängerung beantragt und die

²⁵⁵ VG Ansbach, Urt. v. 12.02.2009 – AN 2 K 08.02241, juris; VG Bayreuth, GB v.

25.08.2014 – B 3 K 13.704, juris sowie VG Bremen, Urt. v. 27.05.2015 – 1 K 216/12, juris.

²⁵⁶ VG Aachen, Urt. v. 23.05.2014 – 1 K 2429/12, juris.

²⁵⁷ VGH München, Beschl. v. 21.03.2013 - 7 C 13.367, juris

entsprechenden Gründe geltend macht, sondern dass er - allgemeinen Grundsätzen des Prüfungsrechts entsprechend - unverzüglich an das Prüfungsamt herantreten muss, um den Eintritt der Rechtsfolge des § 15 Abs. 2 Satz 1 der Prüfungsordnung (Bewertung der mündlichen Abschlussprüfung mit null Punkten) zu vermeiden. Unverzüglich bedeutet in diesem Zusammenhang zum frühestmöglichen Zeitpunkt, jedenfalls vor dem Vorlesungsschluss des 13. Semesters.

Mit dem Problem der Verlängerung der Fristen für den staatlichen Teil und dem universitären Teil der Schwerpunktbereichsprüfung hat sich der VGH München beschäftigt. Der VGH München hat die Unabhängigkeit der Fristen für den staatlichen und den universitären Teil der Schwerpunktprüfung betont.²⁵⁸

Unabhängigkeit der Fristen für den staatlichen Teil und den universitären Teil der Schwerpunktbereichsprüfung

Durch die vom Landesjustizprüfungsamt bewilligte Verlängerung der Fristen für den Antritt zur Ersten Juristischen Staatsprüfung ist keine Verlängerung der Frist für die Ablegung der mündlichen Abschlussprüfung der Juristischen Universitätsprüfung eingetreten. Vielmehr hätte es hierfür eines gesonderten, rechtzeitigen Antrags beim Prüfungsamt der Beklagten bedurft. Darauf hat auch das Landesjustizprüfungsamt die Klägerin mehrfach hingewiesen²⁵⁹.

Mit den Anforderungen an den Antrag auf Modulverlängerung hat sich der VGH München beschäftigt²⁶⁰

Die Tatbestandsvoraussetzung, dass der rechtzeitig gestellte Antrag auf Modulfristverlängerung wegen Prüfungsunfähigkeit schriftlich unter Vorlage eines qualifizierten ärztlichen Attestes begründet sein muss, erfülle die gleiche rechtsstaatlich unverzichtbare Funktion der Wahrung der Chancengleichheit der Prüflinge wie beim Rücktritt oder dem Versäumnis der Prüfung die Tatbestandsvoraussetzung, dass der geltend gemachte Grund dem Prüfungsausschuss unverzüglich schriftlich angezeigt und glaubhaft gemacht werden muss, wobei bei Krankheit des Prüfling ein qualifiziertes Attest vorzulegen ist.

²⁵⁸ VGH München, Beschl. v. 21.03.2013 - 7 C 13.369, juris.

²⁵⁹ Ebenso im Klageverfahren VG Ansbach, Urt. v.28.05.2013 - AN 2 K 11.00629

²⁶⁰ VGH München, Beschl. v. 24.02.2017 – 7 ZB 16.1478, juris.

Mit dem Problem der Verlängerung der Modulfrist hat sich das VG Hamburg beschäftigt.²⁶¹

VG Hamburg, Urt. v. 16.01.2017 – 2 K 6510/15, juris.

Der für eine Verlängerung der Modulfrist vorausgesetzte besondere Härtefall ist nach der gesetzlichen Wertung des § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG 2001 a.F. dann nicht gegeben, wenn auch ohne eine Modulfristbestimmung die studienbegleitende Prüfung deshalb endgültig nicht bestanden wäre, weil der Prüfling drei eröffnete Prüfungsversuche nicht oder nicht erfolgreich unternommen hat.

Der VGH Kassel hat entschieden, dass für den Beginn der Frist zum Ablegen der Wiederholungsprüfung für Physiotherapeuten nicht an die Bestandskraft der Nichtbestehensentscheidung oder die Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils in einem Prüfungsanfechtungsverfahren anzuknüpfen ist, sondern auf den Zeitpunkt der letzten Prüfung.²⁶² Bemerkenswert ist, dass der VGH Kassel nicht die Berufung zugelassen hat, obwohl das OVG Lüneburg²⁶³ sowie das VG Bremen²⁶⁴ den gegenteiligen Rechtsstandpunkt eingenommen haben.

2. Zwischenprüfungsfrist

Auch die Vorgabe einer Zwischenprüfung beim Studium der Rechtswissenschaften, Zwischenprüfungen bis zum Ende des 4. Semesters abzulegen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken²⁶⁵. Dies sei zum einen durch das allgemeine Interesse an einem zügigen Fortgang und Abschluss der Ausbildung gerechtfertigt; zum anderen liege es auch gerade im Interesse der betroffenen Studierenden, möglichst früh Klarheit darüber zu gewinnen, ob sie für das konkrete Studium geeignet sind oder nicht²⁶⁶. Für Versäumnisse des Prüflings im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung der Zwischenprüfungsfrist (konkret: fehlende Vorlage eines amtsärztlichen Attestes für eine beantragte Verlängerung der Frist) gelten die normalen prüfungsrechtlichen Grundsätze.

²⁶¹ VG Hamburg, Urt. v. 16.01.2017 - 2 K 6510/15, juris.

²⁶² VGH Kassel, Beschl. v. 09.08.2016 - 7 A 1454/14.Z-.

²⁶³ OVG Lüneburg, Urt. v. 08.06.2011 – 8 LB 199/09, juris.

²⁶⁴ VG Bremen, Beschl. v. 20.05.2015 – V 454/15 –.

²⁶⁵ Zuletzt OVG Lüneburg, Beschl. vom 14.09.2015, - 2 LA 194/15 -.

²⁶⁶ OVG Lüneburg, Beschl. vom 14.09.2015, 2 LA 194/15; Bay. VGH, Beschl. v. 4.2.2013 - 7 ZB 12.1847 -, ; Niehues/Fischer/Jeremias, Rz. 769).

Die Regelungen über die Zwischenprüfung lassen nach zutreffender Auffassung des OVG Lüneburg den Studierenden keinen Zweifel daran, dass die Fristenregelung ernst gemeint ist. Sie müssen sich daher hierauf einrichten und können etwaige klärungsbedürftige Fragen im Zusammenhang mit der Frist oder ihrer Verlängerung sowie etwaige alternative Handlungsmöglichkeiten (z.B. Beurlaubungen) ggfls. vor förmlicher Stellung eines Verlängerungsantrags mit dem Fachbereichsprüfungsamt erörtern.

Die Nichteinhaltung einer Zwischenprüfungsfrist kann trotz ihrer schwerwiegenden Folgen grundsätzlich auch nicht über großzügige Handhabungen im Fristverlängerungsverfahren korrigiert werden. Der aus Art. 3 Abs. 1 GG herzuleitende prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gebietet vielmehr eine Formalisierung des Prüfungsablaufs nach feststehenden Regeln²⁶⁷.

Grundsätzlich das Gleiche gilt auch, wenn die Prüfungsordnung ausdrücklich vorsieht, dass bis zum Ende des 2. Fachsemesters 30 ECTS erreicht sein müssen²⁶⁸. In den Hochschulprüfungsordnungen der meisten Bundesländer (für den konkreten Fall) (§ 8 Abs. 5 Satz 1 der Rahmenprüfungsordnung für die Fachhochschulen in Bayern (RaPO) können über § Abs. und RaPO hinaus weitere Regeltermine und Fristen für Bachelor- und Masterstudiengänge festgelegt werden. Dabei können nach § Abs. Satz 2 RaPO auch weitere Fristen für den Nachweis von ECTS-Punkten festgelegt werden. Die Fristen insbesondere nach § 14 Abs. 1 APO können gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 APO auf Antrag bei nicht vom Prüfling zu vertretenden Fristüberschreitungen nach § Abs. RaPO angemessen verlängert werden.

Entscheidend ist, dass die Überschreitung dieser Fristen nach Maßgabe der jeweiligen Hochschulprüfungsordnung das erstmalige oder möglicherweise sogar das endgültige Nichtbestehen noch nicht erbrachter Prüfungsleistungen zur Folge hat. Dies wiederum hat Folgen für einen Studienort- oder gar Studiengangswechsel.

So hat das VG Augsburg eine Prüfungsordnung für wirksam erachtet, nach der bis zum Ende des zweiten Fachsemesters Prüfungsleistungen aus den ersten beiden Lehrplansemestern im Umfang von mindestens 30 ECTS-Punkten zu erbringen waren. Die konkrete PO sah vor, dass in dem Fall, in dem Studierende die Frist nach § 14 Abs. 1 Satz 2

²⁶⁷ OVG Lüneburg Beschl. vom 14.09.2015, 2 LA 194/15; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.7.2015 - 2 ME 216/15; Niehues/Fischer/Jeremias, Rz. 130

²⁶⁸ Hierzu VG Augsburg, Beschl. v. 22.09.2015 – Au 3 K 15.1275

APO nicht einhielt, gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 APO die nicht erfolgreich abgelegten Prüfungsleistungen als endgültig nicht bestanden gelten sollten.

Daneben sorgen – neben den Bestehensfristen - die Anmeldefristen für Prüfungen immer wieder für Probleme, die meistens - zu Recht - zu Lasten des Prüflings entschieden werden²⁶⁹. In dem vom VGH München entschiedenen Fall hatte der Prüfling die in der PO normierte Frist zur – bereits zum wiederholten Mal möglichen – Anmeldung und Abgabe einer Bachelorarbeit ungenutzt verstreichen lassen, obwohl er von der Hochschule auf die erforderliche Einhaltung der Frist und die Folgen einer diesbezüglichen Fristversäumnis hingewiesen worden war. Um die Modalitäten des Anmeldeverfahrens für die Modulprüfung ging es auch in einer weiteren Entscheidung des VGH München²⁷⁰. Dieser entschied, dass die Hochschule zwar aus Fürsorgegründen gehalten sein kann, die Studierenden insbesondere über kurzfristige Änderungen des Anmeldeverfahrens zu informieren. Hierfür sei aber die Information auf elektronischem Wege ausreichend, wenn gewährleistet sei, dass die Studierenden die Möglichkeit haben, hiervon rechtzeitig Kenntnis zu nehmen. Im konkreten Fall hatte der Kläger auch zugestanden, zweimal Hinweise per E-Mail erhalten zu haben, in denen er auf die Notwendigkeit, sich zur Wiederholungsprüfung anzumelden, und auf das Entfallen der automatischen Prüfungsanmeldung hingewiesen wurde. Weiter hatte die Hochschule auch durch Aushang darauf hingewiesen, dass bei Wiederholungsprüfungen keine automatische Anmeldung mehr durchgeführt werde und es in der eigenen Verantwortung der Studierenden liege, sich für Wiederholungsprüfungen anzumelden.

Eine Benachrichtigung der Studierenden über die Änderung des Anmeldeverfahrens durch Verwaltungsakt ist dagegen nicht erforderlich. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Kläger in dieser Zeit beurlaubt war. Eine Wiederholung nicht bestandener Prüfungen während der Beurlaubung ist möglich (Art. 48 Abs. 3 BayHSchG). Den Antrag für die Gewährung einer Nachfrist aus Krankheitsgründen hatte der Kläger im konkreten Fall erst nach dem Prüfungstermin und damit nicht rechtzeitig gestellt.

²⁶⁹ so z.B. VGH München, Beschl. v. 07.08.2015, 7 CE 15.1162, 7 C 15.1303

²⁷⁰ VGH München, Beschl. vom 03.02.2014, 7 C 14.17

3. Freiversuch

Das VG Frankfurt²⁷¹ hat einen Anordnungsanspruch für einen Freiversuch nach § 21 JAG angenommen, weil das Nebenfachstudium der Rechtswissenschaften nicht als Semester zu rechnen sei. Gleiches hat das VG Wiesbaden für ein Studium der Fächerkombination „Betriebswirtschaft und Recht“ an einer Fachhochschule entschieden²⁷².

Danach liegt ein im Rahmen des § 21 Abs. 1 S. 1 JAG anzurechnendes Fachsemester nur dann vor, wenn der Studiengang, in den der Betreffende eingeschrieben ist, sich nicht nur auf eine rechtliche Einzelmaterie bezieht, sondern ein (umfassendes) Studium „der Rechtswissenschaften“ ermöglicht. Konkret hatte der Antragsteller zwei Semester im Hauptfach Politikwissenschaften - Bachelor - studiert und Rechtswissenschaften nur im Nebenfach belegt. Nach der Studienordnung für das Nebenfach Rechtswissenschaften (§ 6 Abs. 1) beschränkt sich das Nebenfachstudium Rechtswissenschaften aber auf ein Kernfach, das entweder aus den Grundlagen des Rechts, dem Strafrecht, dem Zivilrecht oder dem Öffentlichen Recht auszuwählen ist. Die Prüfung im Nebenfach bezieht sich demnach auch nur auf das eine gewählte Kernfach (§ 16). Deshalb beschränkt sich das vom Antragsteller im Rahmen seines politikwissenschaftlichen Studiums betriebene Nebenfachstudium Rechtswissenschaften bereits nach den maßgeblichen Studienordnungen auf lediglich eine auszuwählende rechtliche Einzelmaterie. Damit liegt kein (umfassendes) Studium der Rechtswissenschaften vor und damit auch kein Fachsemester im Sinne des § 21 Abs. 1 S. 1 JAG.

Ähnlich wie im vom OVG Münster entschiedenen Fall ist auch das Nebenfachstudium Rechtswissenschaften aufgebaut. Darüber hinaus ergibt sich aus den Studienordnungen auch, dass in quantitativer Hinsicht kein Fachsemester im Studiengang der Rechtswissenschaften vorliegt. Der Antragsteller musste nach der genannten Studienordnung des Bachelorstudiengangs Politikwissenschaften Rechtswissenschaften lediglich als Nebenfach mit 60 Kreditpunkten (CP) studieren, während 120 CP auf das Hauptfachstudium entfielen (vgl. § 1 Abs. 2; § 9 Abs. 3 der Studienordnung). Damit umfasst das Nebenfachstudium Rechtswissenschaften lediglich 1/3 des Gesamtstudiums.

²⁷¹ VG Frankfurt, Beschl. v. 12.02.2015 - 4 L 300/15.F im Anschluss an das VG Wiesbaden - Beschl. vom 13.02.2014 - 7 L 113/14 - und dem Urt. des OVG Münster vom 25.11.2004 - 14 A 1938/04

²⁷² VG Wiesbaden - Beschl. vom 13.02.2014 - 7 L 113/14

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit liegt hierin nicht. Wie dargelegt beschränkte sich das Studium des Antragstellers entsprechend den Studienordnungen nur auf eine Rechtsmaterie, das Strafrecht, und machte auch umfangmäßig nur einen begrenzten Teil des Gesamtstudiums aus. Ein Verstoß gegen die Chancengleichheit würde vorliegen, wenn dieses begrenzte Studium im Bereich der Rechtswissenschaften als Fachsemester berücksichtigt würde. Denn Studierende der Rechtswissenschaften, die dieses Studium allein betreiben, widmen sich diesem Studium mit ganzer Arbeitskraft und nicht nur beschränkt auf eine rechtliche Einzelmaterie.

VII. Wiederholungen von Prüfungen – Beschränkung auf eine Wiederholung

Wir haben oben im Zusammenhang mit der Frage der Verwaltungsaktqualität einzelner Modulprüfungen bzw. sonstiger Prüfungsleistungen bereits darauf hingewiesen, dass eine Regelung, nach der das Nichtbestehen einer Teilprüfung auch bei nur einmaliger Wiederholungsmöglichkeit zum Nichtbestehen der Gesamtprüfung führen soll, unter konkreten, in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Voraussetzungen den Anforderungen von Art. 12 Absatz 1 GG und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, nämlich dann, wenn die Teilprüfung schon für sich genommen eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung der Eignung des Prüflings bietet. Eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage kann eine Teilprüfung dann bieten, wenn gerade durch sie eine Fähigkeit nachgewiesen wird, die als unerlässlicher, nicht ausgleichsfähiger Bestandteil derjenigen Qualifikation anzusehen ist, die mit der Prüfung insgesamt nachgewiesen werden soll²⁷³. Eine solche Fähigkeit kann etwa in der Beherrschung einer bestimmten Fachmaterie oder, gegebenenfalls hiermit kombiniert, einer bestimmten Bearbeitungs- oder Darstellungsmethode bestehen, die nur in der betroffenen Teilprüfung abgeprüft werden. Der Normgeber kann aber davon ausgehen, dass ein positives Befähigungsurteil überhaupt nur bei durchgängiger Erzielung mindestens ausreichender Einzelleistungen gerechtfertigt ist; dann soll jede Teilprüfung mittelbar auch dem Nachweis der Fähigkeit zur fachbezogenen Leistungskonstanz dienen. Dies obliegt regelmäßig in weitem Umfang der eigenen Einschätzung des Normgebers, die gerichtlich nur beanstandet werden darf, wenn sie offenkundig sachlich unvertretbar ist. Dies-bezüglich beschränkt sich die grundrechtliche Bindung des Normgebers auf das Gebot der Wahrung eines sachlichen Zusammenhangs mit den Anforderungen des betreffenden Berufs. Die Definition beruflicher und akademischer Qualifikationsstandards sind vorwiegend Akte

²⁷³ BVerwG, Urt. vom 29. Mai 2013 - 6 C 18.12 – ebenso BVerwG, Beschl. v. 23.09.2015 – 2 B 73/14 (Kommissaranwärter); juris

politisch wertender Gestaltung; sie werden durch die Verfassung im Kern nicht vorentschieden²⁷⁴.

Soweit der Normgeber unabdingbare Teilprüfungen vorsieht, ist er also dazu befugt, die Anzahl der Teilprüfungen und ihren Inhalt festzulegen, solange dafür ein sachlicher Grund erkennbar ist und die Geprüften durch die Ausgestaltung der Prüfung nicht unzumutbar belastet werden. Dafür ist es unerheblich, ob die Gesamtprüfung in 3 Teilprüfungen (juristische Universitätsprüfung) oder 29 Teilprüfungen (Kommissaranwärter) untergliedert ist und in welchem Studienabschnitt genau die Teilprüfungen dem Geprüften abverlangt werden, solange jede einzelne Teilprüfung mit Sachgrund eine vom Normgeber als unerlässlich eingestufte Fähigkeit abprüft.

VIII. Prüfungsähnliche Entscheidungen

1. Der TMS

Das VG München²⁷⁵ hat einem Studierenden, der geltend machte, bei fachlich richtiger Bewertung seines Testergebnisses hätte er nicht 79 %, sondern 80 % richtige Antworten erzielt, so dass ihm ein Bonus von 0,6 hätte gewährt werden müssen und mit einer durch den 0,6 Bonus gewichteten Abiturdurchschnittsnote von 1,0 er den begehrten Studienplatz hätte erhalten müssen, Rechtsschutz verweigert. Aus Gründen der Chancengleichheit sei es sachgerecht, die Eignung für ein medizinisches Studium von einer zentralen Stelle nach einheitlichen Anforderungen für alle Teilnehmer überprüfen zu lassen. Vor diesem Hintergrund sei eine Einflussnahme auf das Testergebnis auf Grund einer Überprüfung durch eine einzelne, das Ergebnis berücksichtigende Universität nicht möglich. Das VG München betont weiterhin, dass die betreffende Hochschule lediglich bei der Reihung der Bewerbungen das Ergebnis der an anderer Stelle erbrachten Leistung, ohne deren Zustandekommen oder die Richtigkeit dieses Ergebnisses selbst zu überprüfen, übernehme. Ebenso wenig, wie die Hochschule die Richtigkeit der Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung überprüfe oder im Rahmen des Auswahlverfahrens der Hochschule hierfür Raum sei, überprüfe die Hochschule das Ergebnis des TMS. Der Antragsteller könne sich insoweit auch nicht auf den von ihm in analoger Anwendung herangezogenen § 278 BGB berufen. Ein Rechtsverhältnis, in dessen Rahmen die

²⁷⁴ BVerwG, Beschl. v. 23.09.2015 – 2 B 73/14, m.w.N

²⁷⁵ VG München, Beschl. v. 21.02.2017 – M 3 L 16.4981 -.

Universität gegenüber dem Antragsteller zur Erfüllung einer Verbindlichkeit verpflichtet wäre, bestehe im Zeitpunkt der Anmeldung zum Test und dessen Durchführung gerade nicht. Wir halten diese Rechtsprechung nicht für zutreffend, da richtiger Prozessgegner gegen Entscheidungen im ADH-Verfahren die konkrete Universität ist²⁷⁶.

2. Auswahlgespräche

Im Rahmen des „Masterplans Medizinstudium 2020“, den der Bundesgesundheitsminister, die Bundesforschungsministerin sowie Vertreterinnen und Vertreter der Gesundheits- und Kultusministerkonferenz der Länder und der Koalitionsfraktionen des deutschen Bundestages am 31.03.2017 beschlossen haben, wird das Zulassungsverfahren in den medizinischen Studiengängen „neu ausgerichtet“, wobei die Abiturnote – zu Recht – auch weiterhin ein wichtiges Auswahlkriterium im Zulassungsverfahren bleibt, ihr Gewicht sich jedoch auf Grund der Anzahl zusätzlicher Kriterien relativiert werden soll. So sollen unter anderem auch soziale und kommunikative Kompetenzen sowie einschlägige Berufserfahrung im Auswahlverfahren künftig stärkeres Gewicht haben. Derzeit ist die Universität Gießen die einzige Universität, die für 10 % der Studienplätze (zukünftig 15 % der Studienplätze) auch die Berufsausbildung mit nachgewiesener mindestens zweijähriger Berufsausbildung berücksichtigt und innerhalb dieser Quote nach 51 % Abiturleistung und 49 % Testleistung gewichtet.

Da der größte Teil der Studienplätze über das Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH) vergeben wird, nämlich 60 %, soll diese stärker auf solche Fähigkeiten ausgerichtet werden, die nach Ansicht der Beteiligten für die zukünftigen Ärztinnen und Ärzte wichtig sind. Danach sollen die Hochschulen in ihren Auswahlverfahren neben der Abiturnote mindestens zwei weitere Auswahlkriterien anwenden. Diese sollen insbesondere die sozialen und kommunikativen Fähigkeiten sowie die Leistungsbereitschaft der Studienbewerber einbeziehen. Gleiches gilt für Erfahrung im Rahmen von Studien-, Ausbildungs- oder Praxiszeiten im Gesundheits- und/oder Pflegebereich bzw. durch ehrenamtliches Engagement in einem medizinnahen Bereich.

²⁷⁶ Siehe hierzu im Einzelnen Brehm/Maier, DVBl. 2016, 1166 ff.

IX. Übergangsfrist bei Inkrafttreten einer neuen Prüfungsordnung

Die Länge einer Übergangsfrist ist unabhängig von einer etwaigen Krankheit oder Behinderung des Prüflings. Eine 8-jährige Übergangsfrist bei Inkrafttreten einer neuen Prüfungsordnung ist – selbst bei Erkrankung oder Behinderung eines Studenten – verfassungsgemäß²⁷⁷. Die Rechtsprechung betont, dass eine derart außergewöhnlich lange Übergangsfrist es ermöglicht, dass auch Erkrankte und Behinderte weitestgehend einen Studienabschluss gem. der Altregelung erreichen können. Unbegrenzte Übergangsfristen belasten die Organisation des Lehr- und Prüfungsbetriebes über Gebühr und werden den geänderten Anforderungen an die berufliche Qualifikation der Absolventen des betroffenen Studienganges nicht gerecht²⁷⁸. Sind die Übergangsfristen so bemessen, dass die über die Regelstudienzeit hinausreichen, ist die Hochschule nicht verpflichtet, in ihren Übergangsbestimmungen eine zusätzliche Härtefallklausel, etwa für Fälle der Erkrankung, vorzusehen. Schöpfen Studierende die rechtmäßige Auslauffrist aus, haben sie selbst die Konsequenzen zu tragen, wenn ihnen die Ablegung einer Prüfung oder Studienleistung – aus welchen Gründen auch immer – bis zum Ende der Frist nicht gelingt²⁷⁹.

Der VGH Kassel hat insoweit entschieden, bei der Umstellung eines Diplom- auf einen Bachelorstudiengang gebiete es der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht, dass die Studien und Prüfungsangebote für den Diplom-Studiengang über die Regelstudienzeit hinausreichen und erst eingestellt werden dürfen, nachdem auch der letzte Diplomand sein Studium beendet hat. Sind die Übergangsfristen so bemessen, dass sie über die Regelstudienzeit hinausreichen, ist die Hochschule nicht verpflichtet, in ihren Übergangsbestimmungen eine zusätzliche Härtefallklausel, etwa für Fälle der Erkrankung, vorzusehen²⁸⁰.

X. Anmeldefrist/Ausschlussfrist

Das VG Berlin hat sich mit dem Anordnungsanspruch einer Studentin betreffend die Verlängerung der Anmeldefrist für eine Prüfung beschäftigt. Das VG Berlin vertritt die Auffassung, der Anordnungsanspruch der Studentin ergebe sich aus ihrem

²⁷⁷ BayVGH, Beschl. v. 14.12.2016 – 7 CE 16.1861, juris.

²⁷⁸ BayVGH, Beschl. v. 14.12.2016 – 7 CE 16.1861, juris; ebenso bereits BayVGH, Beschl. v. 04.09.2015 – 7 CE 15.1791, juris.

²⁷⁹ VGH Kassel, Beschl. v. 23.03.2015 – 9 A 1479/13.Z (Studierender befand sich im 50sten. Fachsemester!!!).

²⁸⁰ VGH Kassel, Beschl. v. 23.03.2015 – 9 A 1479/13.Z, juris.

Prüfungsanspruch i.V.m. der Bestimmung des § 31 Abs. 7 VwVfG (i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Berlin). Bei der Anmeldefrist für die Prüfung handelte es sich entgegen der Auffassung der Hochschule um eine behördliche Frist i.S.d. § 31 Abs. 7 VwVfG, die verlängert werden kann und gegebenenfalls sogar verlängert werden muss. Die Anmeldefrist sei entgegen der Auffassung der Hochschule keine sogenannte Ausschlussfrist. Ausschlussfristen, deren Nichteinhaltung zum Verlust einer Rechtsposition führen, bedürfen stets einer gesetzlichen Rechtsgrundlage. Solche Fristen müssen, nachdem sie Außenwirkung erlangen, mit Rechtssatz bestimmt und bekannt gemacht werden²⁸¹. Von solchen Ausschlussfristen unterscheiden sich die Fristen, die die Verwaltung auf Grund einer durch Rechtssatz geregelten Ermächtigung setzt, dadurch, dass an sie weniger strenge Rechtsfolgen geknüpft sind und dass insbesondere auf sie stets die Regelungen des § 31 Abs. 7 VwVfG Anwendung findet. Soweit es um die Zulassung zu weiteren Prüfungsversuchen im Rahmen einer Hausarbeit geht, ist diese mit einer allgemeinen Leistungsklage zu erstreben, die, wie die Feststellungsklage, weder die vorherige Durchführung eines behördlichen Vorverfahrens voraussetzt, noch fristgebunden ist²⁸². Ob die Zulassung zu einer Prüfung Verwaltungsaktqualität hat oder nicht, beurteilt sich nach der konkreten Ausgestaltung des Prüfungs- bzw. Zulassungsverfahrens durch die jeweilige Prüfungsordnung²⁸³.

²⁸¹ VG Berlin, Beschl. v. 06.04.2016 – 12 L 109.16, juris unter Bezugnahme auf OVG Münster, Beschl. v. 10.07.1998 – 22 B 1452/98, juris.

²⁸² VG Hamburg, Urt. v. 05.11.2015 – 2 K 950/14 – unter Verweisung auf Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 43 Rz. 43.

²⁸³ VG Hamburg aaO. unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 25.05.2012 – 6 C 8/11, juris.

I. Antwort-Wahl-Verfahren bei Hochschulprüfungen

I. Aktuelle Entwicklungen zu ausgewählten Rechtsfragen

1. Ausgangslage

Das Bundesverfassungsgericht²⁸⁴ hatte schon in zu ärztlichen Antwort-Wahl-Prüfungsverfahren 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. Denn es handelt sich um Prüfungen, die Schranken des grundrechtlich geschützten Berufszugangs sind. Es genügt nicht die Bestimmung einer absoluten Bestehensgrenze. Erforderlich ist auch die Bestimmung einer weiteren Bestehensgrenze, die ein Verhältnis zwischen einer für möglich erachteten Höchstleistung und einer Normalleistung schafft. Das Bundesverfassungsgericht folgte dieses aus dem damaligen Stand der Erfahrung und der Testtheorie. Danach ist es nicht möglich, den Schwierigkeitsgrad von Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren zuverlässig vorauszusagen oder gar zu steuern. Hierfür bedürfte es nämlich der Voraussage der Leistungsfähigkeit der Prüfungsgruppen in Bezug zur jeweiligen Aufgabenstellung. Ein Korrektiv ist die entsprechend entwickelte relative Bestehensgrenze.

Zwischenzeitliche Ausgestaltungen, Anpassungen und Erfahrungen im Bereich der Gestaltung von Single-Choice- und Multiple-Select-Prüfungen, der relativen Bestehensgrenze und der Bewertungskriterien machen es erforderlich, den Blick auf die diesbezügliche neuere Rechtsprechung zu lenken. Hierbei sollen die medizinischen Staatsprüfungen ausgeklammert bleiben. In vielen andren Studiengängen fragen die Hochschulen im Rahmen z.B. von Modulprüfungen das Wissen der Prüflinge im Rahmen von Antwort-Wahl-Aufgaben ab. Hierzu gibt es eine Fülle von Regelungen, die auch in Details dem Wandel unterworfen werden. Manche Regelungen waren Gegenstand der Rechtsprechung der letzten Jahre, über manche wird noch entschieden werden müssen.

Einer normativen Ermächtigung für die Anwendung des Antwort-Wahl-Verfahrens bedarf es nach Auffassung der Rechtsprechung nicht²⁸⁵. Das OVG Münster hat klargestellt, dass der

²⁸⁴ BVerfG, 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

²⁸⁵ OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011, 14 B 1109/11, juris sowie Beschl. v. 21.06.2016 – 14 A 3066/15, juris; VG Münster, Urt. v. 26.11.2015 – 10 K 1592/14, juris.

Zweitprüfer an das von dem Erstprüfer für die Bewertung einer Multiple-Choice-Klausur erstellte Schema nicht gebunden sei. Ein Verstoß hiergegen begründe einen Anspruch auf Neubewertung durch den Zweitprüfer.

2. Relative Bestehensgrenze

Ausgehend von den in Ziff. 1 genannten Beschlüssen und dem Urteil des BVerfG²⁸⁶ zur ersten Staatsprüfung Medizin verlangt die obergerichtliche Rechtsprechung im Antwortwahlverfahren auch bei studienbegleitenden und abschließenden Hochschulprüfungen die Festlegung einer relativen Bestehensgrenze²⁸⁷.

Nicht endgültig klargestellt ist, ob die Festlegung einer solchen relativen Bestehensgrenze durch universitäre Satzung/Prüfungsordnung erfolgen muss, oder es ausreicht, wenn sie bei Bewertung einer Leistungskontrolle lediglich zur Anwendung kommt.

Das OVG Münster²⁸⁸ legt hierzu seiner differenzierenden Auffassung zu Grunde, dass der Prüfer zwei Aufgaben zu erfüllen hat, nämlich erstens eine Prüfungsaufgabe zu erstellen und zweitens die Bewertungsgrundlagen festzulegen, die – meist nach Punkteschema geordneten – Notenstufen und die konkrete Bestehensgrenze. Das Gericht sieht nur dann die Notwendigkeit, die Bestehensanforderungen durch Satzung/Prüfungsordnung zu regeln, wenn und soweit diese generell und prüferunabhängig festgelegt werden sollen. Die gleiche Auffassung vertritt auch das VG Berlin in seinem Urteil²⁸⁹. Letztlich handelt es sich dabei um eine Verlagerung der Prüfungstätigkeit hin zur allgemeingültigen, abstrakten normativen Festlegung. Das VG Berlin lässt allerdings auch zu, dass ohne eine konkrete Regelung in der Prüfungsordnung die Bestehensanforderungen individuell für jede Leistungskontrolle vom Prüfer bzw. von den Prüfern festgelegt werden.

In zeitlich früheren Entscheidungen vertritt das OVG Bautzen²⁹⁰ eine strengere Auffassung und verlangt als Grundlage für die Anwendung einer relativen Bestehensgrenze eine entsprechende Satzungsregelung.

²⁸⁶ BVerfG, Urt. vom 17.04.1991 – 1 BvR 1529/18 –

²⁸⁷ vgl. zuletzt auch OVG Magdeburg, Urteil v. 30.03.2015 – 3 M 7/15

²⁸⁸ OVG Münster, Beschl. vom 11.11.2011 – 14 B 1109/11 -

²⁸⁹ VG Berlin, Urteil vom 04.08.2014 - 12 K 748.13 -

²⁹⁰ Zuletzt OVG Bautzen, Beschl. vom 25.05.2010 – 2 B 78/10 -

3. Referenzgruppe bei der relativen Bestehensgrenze

Grund für die Festlegung einer relativen Bestehensgrenze ist die Notwendigkeit, die Bewertung der Prüfungsleistungen dem Antwortverhalten der Prüfungskandidatinnen und Prüfungskandidaten anzupassen. Die ÄAppO dürfte die prominenteste Regelung zur Festlegung einer Referenzgruppe sein.

Gelegentlich wird versucht, eine vermeintlich relative Bestehensgrenze ohne Referenzgruppe einzuführen. Dieses geschieht dann durch Festlegung einer absoluten Bestehensgrenze (zum Beispiel 60 % der zu erreichenden Punkte). Die Prüfungsordnung gewährt dazu dann eine Mindest-Bestehensgrenze (zum Beispiel 50 %). Dieses begegnet erheblichen Bedenken. Ist nämlich der grundlegenden Auffassung der Rechtsprechung zu folgen, dass die absolute Bestehensgrenze ein Korrektiv durch die relative Bestehensgrenze erfahren muss, so wird dieses durch eine Mindest-Bestehensgrenze nicht gewährleistet. Denn tatsächlich handelt es sich nur um eine Absenkung der Bestehensgrenze ohne Bezug zu einer Referenzgruppe. Eine isolierte und rechtswidrige absolute Bestehensgrenze wird jedoch nicht rechtmäßig, in dem man eine weitere, niedrigere absolute Bestehensgrenze als Kombination hinzufügt.

Der Entscheidung des VG Leipzig²⁹¹ im EA-Verfahren lag ein Sachverhalt zugrunde, wonach die genannte 50 % - Regelung mit einer Referenzgruppe kombiniert war. Es war hier vorgesehen, dass es auch ausreichte wenn statt der 60 % zutreffend beantworteter Fragen 90 % der durchschnittlichen Leistungen richtig erbracht wurden, dann aber zumindest 50 % der Fragen zutreffend beantwortet wurden. Das Gericht musste allerdings eine Antwort auf die Frage, ob die hier eingebettete 50 %-Regelung verfassungskonform i.S. des Urteils des BVerfG vom 14.03.1989²⁹² ist, offen lassen, weil die Prüfungskandidaten die 90 % Quote ohnehin nicht erreicht hatte.

Eine Antwort auf diese Frage gab das OVG Magdeburg²⁹³. Eine Anatomieprüfung war nach § 5 Abs. 2 Landesnachweisordnung Sachsen-Anhalt bestanden, wenn 60 % der Fragen richtig beantwortet wurden oder wenn die zutreffend beantworteten Fragen nicht mehr als 22 % unter den durchschnittlichen Leistungen aller Erstteilnehmer liege. Letzteres gelte aber nur wenn gleichzeitig mindestens 50 % der gestellten Fragen richtig beantwortet wurden.

²⁹¹ VG Leipzig, Beschluss vom 11.01.2007 – 4 K 1054/06 -

²⁹² BVerfG, Urt. vom 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82 u.a.- BVerfGE 80, 1, [29]

²⁹³ OVG Magdeburg, Urt. vom 23.07.2014 – 3 L 243/13 -

Das Gericht sieht in diesem Korrektiv eine weitere, rechtmäßige Anforderung an die persönliche Leistung zum Bestehen.

OVG Magdeburg²⁹⁴ und das VG München²⁹⁵ gehen davon aus, dass die jeweils maßgeblichen Rechtsquellen als Referenzgruppe lediglich die Erstteilnehmer einbeziehen, nicht die Wiederholer. Die Entscheidungen legen die maßgeblichen Rechtsquellen entsprechend aus, sind aber nicht zu verallgemeinern.

Weiterhin fraglich und von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet ist, ob die relative Bestehensgrenze generell nur für Erstteilnehmer an einer Prüfung gilt. Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass Wiederholer im jeweiligen Prüfungstermin eine kleinere Gruppe von Kandidaten stellen als die Erstteilnehmer. Dabei wird von Hochschulen unterstellt, dass eine Referenzgruppe dann nur aus schlechten Kandidaten bestünde und sie durch deren niedriges Niveau bevorzugt würden.

Das führt aber letztlich zur Überlegung, ob das Multiple-Choice-Verfahren überhaupt als Prüfungsverfahren – jedenfalls in kleineren Studiengängen bzw. bei Modulprüfungen mit geringer Teilnehmerzahl – geeignet ist. OVG Magdeburg²⁹⁶ weist darauf hin, dass bei nur einem vorhandenen Teilnehmer einer Prüfung – auch bei einem Erstteilnehmer – die relative Bestehensgrenze keine Anwendung findet, weil es an einer Referenzgruppe fehlt. Erst ab zwei Teilnehmern sei eine Referenzgruppe vorhanden. Es sei aber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Einzelteilnehmer sich nicht auf eine relative Bestehensgrenze berufen könne. Dieses begründet das Gericht mit seiner – angeblich vorhandenen – Freiheit, mit der Prüfungsteilnahme zu warten, bis sich in einem anderen Prüfungstermin eine Referenzgruppe ergibt.

Die Rechtsprechung wird noch endgültig zu klären haben, ob der Verzicht auf eine Referenzgruppe für Wiederholer rechtmäßig sein kann. Denn das Argument ihres Ausschlusses vom Korrektiv der Referenzgruppe ist bisher in der Rechtsprechung statistisch nicht verbindlich belegt.

²⁹⁴ OVG Magdeburg, Urt. vom 23.07.2014 – 3 L 243/13 -

²⁹⁵ VG München, Beschl. vom 09.10.2012 – M 3 K 11.105 –

²⁹⁶ OVG Magdeburg, Urt. vom 23.07.2014 – 3 L 243/13 -

Wenn dem Erstteilnehmer vom OVG Magdeburg allerdings zugebilligt wird, auf eine Referenzgruppe zu warten, dürfte auch ein Wiederholer sich darauf berufen können, eine Referenzgruppe zugebilligt zu bekommen.

Hierfür erläutert das OVG Magdeburg im Urteil vom 23.07.2014²⁹⁷ drei Möglichkeiten:

Nach der Prüfungs- und Studienordnung für den Studiengang Medizin vom 24.11.2009 an der Universität München können Wiederholer sich die Nutzungsmöglichkeit der Referenzgruppenregelung verschaffen, indem sie nicht an einem Nachprüfungstermin teilnehmen, sondern am regulären Termin für Erstteilnehmer.

Nach der Studienordnung für das Studium an der Medizinischen Fakultät der Universität Heidelberg für das erste und zweite Studienjahr vom 22.07.2010 sollen Wiederholer in den Genuss einer Referenzgruppe kommen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Sind bei Wiederholungsprüfungen weniger als 15 % oder weniger als 20 Personen Prüfungsteilnehmer, die maximal sechs Monate nach Abschluss des Kurses erstmals an der Prüfung teilnehmen, so gilt, dass die Wiederholungsprüfung bestanden ist, wenn mindestens 60 % der maximal erreichbaren Punktezahl erreicht werden. Unterschreitet das um 10 % verminderte arithmetische Mittel der erreichten Punktwerte aller Prüfungsteilnehmer die 60%-Grenze, verringert sich die Bestehensgrenze auf diesen Wert.

Nach den Prüfungsordnungen für den Studiengang Medizin der Universitäten Magdeburg, Rostock, Ulm und Mainz werde keine Differenzierung zwischen Erstteilnehmern und Wiederholern vorgenommen, um den Schwierigkeiten der Bildung einer statistisch hinreichend genauen Referenzgruppe zu entgehen. Es werden die Ergebnisse aller Klausurteilnehmer für die Bildung der relativen Bestehensgrenze herangezogen.

4. Prüferbestellung und das Zwei-Prüfer-Prinzip

Die Unabhängigkeit des Prüfers in der Festlegung der Bestehensanforderungen und in der Bewertung der Leistungen muss auch in den Multiple-Choice-Prüfungen gewahrt sein.

Die oben in Ziff.2 erwähnte Problematik der Notwendigkeit einer normativen Feststellung der Bestehensanforderungen wirkt sich auch auf die Frage aus, ob die Antwort-Wahl-Verfahren geeignet sind, das Zwei-Prüfer-Prinzip zu gewährleisten. In unterschiedlicher Intensität

²⁹⁷ OVG Magdeburg, Urt. vom 23.07.2014 – 3 L 243/13 -

problematisch sind beide Konstellationen, die normative Festlegung durch Satzung/Prüfungsordnung und die individuelle Festlegung durch den/die Prüfer.

Überlässt die Prüfungsordnung die Festlegung der Bewertungsgrundlagen den Prüfern, so ist in den Fällen, in denen zwei Prüfer vorgeschrieben sind, die Unabhängigkeit beider Prüfer zu gewährleisten. Das OVG Münster²⁹⁸ erwartet deshalb, dass die Bewertung durch einen Zweitprüfer sich nicht darauf reduziert, den Antwortbogen eines Prüfungskandidaten im Vergleich mit der Musterlösung durchzusehen. Das Gericht versteht unter der Bewertung auch die eigenständige Bildung eines Bewertungsmaßstabes, der sich an dem Antwortverhalten aller anderen Prüfungskandidaten ausrichtet. Wie bei anderen Prüfungsformen ist also der Zweitprüfer auch im Antwort-Wahl-Verfahren nicht an Vorgaben gebunden. Der Zweitprüfer ist an das von dem Erstprüfer für die Bewertung einer Multiple-Choice-Klausur erstellte Schema nicht gebunden; ein Verstoß hiergegen begründet einen Anspruch auf Neubewertung durch den Zweitprüfer²⁹⁹. Dieses betrifft bei der Punktevergabe zu den einzelnen Aufgaben sowohl deren Gewichtung untereinander als auch schon grundlegend die Festlegung der Anzahl an zu erreichenden Punkten je Prüfungsaufgabe. Das OVG Münster kann so verstanden werden, dass diese Selbstständigkeit nur dadurch gewährleistet werden kann, dass der Zweitprüfer an der Festlegung der Bestehensanforderungen beteiligt wird.

Das VG Berlin³⁰⁰ greift die Problematik zwar auf, missversteht aber die Bedeutung der Prüferaufgabe, eine Leistung zu bewerten. Es ist der Auffassung, es reiche, wenn der Zweitprüfer die konkrete Aufgabenstellung (einschließlich der Punktezuordnung zu den Aufgaben und der Gewichtung untereinander) nachträglich billige. Dem ist nicht zuzustimmen. Die Auffassung reduziert Status, Rechte und Pflichten des Zweitprüfers auf ein reines „Abhaken“ der Vorgaben des Erstprüfers. Zugleich schränkt es den Schutz des Prüfungskandidaten im Antwort-Wahl-Verfahren im Verhältnis zu anderen Prüfungsarten ein. Offensichtlich sieht das VG Berlin dieses Problem und versucht es dadurch zu lösen, dass es für den Fall eines Dissenses zwischen Erst- und Zweitprüfer ein Korrektiv darin sieht, die Prüfung wiederholen zu müssen. Das mag aber daran liegen, dass die dem Fall zugrunde liegende Prüfungsordnung das Zwei-Prüfer-Prinzip nicht konkret festlegte, sodass das Gericht versuchte, Grundsätze aus dem Hochschulgesetz heraus zu entwickeln.

²⁹⁸ OVG Münster, Beschl. vom 11.11.2011 – 14 B 1109/11, juris.

²⁹⁹ OVG Münster, Beschl. v. 21.06.2016 – 14 A 3066/15, juris.

³⁰⁰ VG Berlin, Urt. vom 13.08.2012 - 3 K 204.10, juris.

Das VG Köln³⁰¹ hingegen stellt auch in konkreter Abgrenzung zur Entscheidung des VG Berlin klar, dass alle an der Benotung beteiligten Prüfer an der typischerweise vorverlagerten Prüfertätigkeit mitwirken müssen, wie gemeinsame Auswahl des Prüfungstoffes, Erarbeiten der Fragen, Gewichtung der Fragen und Festlegung der zutreffenden Antworten.

Hat die Hochschule sich zu der Variante entschieden, die Bestehensanforderungen so detailliert in einer Prüfungsordnung zu regeln, dass für den Zweitprüfer keine Möglichkeit besteht, die Bestehensanforderungen auf die konkrete Prüfung auf Grund seiner Maßstäbe anzupassen, reduziert sich seine Rolle auf das manuelle „Abhaken.“ Dieses widerspricht dem qualitativen Bewertungsbegriff.

5. Bewertung von Multiple-Select-Prüfungen (Mehrfachauswahlaufgaben)

Die Mehrfachauswahl als Variante des Antwort-Wahl-Verfahrens verlangt, dass der Prüfungskandidat diejenigen vorgegebenen Aussagen, die er nach der Fragestellung als richtig ansieht, angekreuzt, wobei jede Einzelentscheidung über die Antwortvorgaben einer Bewertung zugeführt wird. Anders als beim „einfachen“ Multiple-Choice-Verfahren, das nach seiner Struktur nur eine richtige Antwort von mehreren Vorgaben kennt und für deren Ankreuzen der entsprechende Punkt vergeben wird, wird hier die Behandlung jeder Antwortvorgabe durch ein Punktesystem erfasst. Dieses lässt sich am einfachsten durch ein Beispiel aus der Rechtsprechung darstellen:

Eine Klausur enthält 40 Fragen. Für jede der 40 Fragen gibt es vier Antwortmöglichkeiten. Die zutreffende Beantwortung aller vier Antwortmöglichkeiten wird mit zwei Punkten bewertet, die zutreffende Beantwortung von drei Antwortmöglichkeiten mit einem Punkt. Die zutreffende Beantwortung von 2, 1 oder 0 Antwortmöglichkeiten führt zu null Punkten. "Zutreffend" in diesem Sinne kann entweder das Ankreuzen oder auch das Nichtankreuzen einer Antwort sein. Die Klausur soll nach der Studienordnung bestanden sein, wenn mindestens 60 % der maximalen Punktezahl erreicht werden. Das Beispiel geht auf eine Biochemie-Klausur im Studiengang Humanmedizin an der Universität Düsseldorf zurück. Mit diesem Bewertungssystem hatte sich das OVG Münster³⁰² befasst. Gegen die Statthaftigkeit solcher Bestehensanforderungen spricht danach, dass positive Teilleistungen teilweise dem Prüfling nicht anerkannt werden, weil sie durch negative Teilleistungen "überkompensiert"

³⁰¹ VG Köln, Urteil vom 31.07.2014 – 6 K 3175/13, juris.

³⁰² OVG Münster, Beschl. vom 4.10.2006 - 14 B 1035/06, juris.

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. Zwar sei verständlich, dass strukturelle Schwächen (Stichwort: Raterisiko) im Antwort-Wahl-Verfahren gegeben seien. Es sei zweifelhaft, ob die gewählte Auswertemethode geeignet ist, zuverlässige Aussagen über die Qualifikation der Prüflinge zu gewinnen.

Das OVG rechnet dieses vor: Das Auswertesystem habe zur Folge, dass Kenntnismängeln unterschiedliches Gewicht beigemessen wird, je nachdem, ob sie sich in den einzelnen Aufgaben konzentriert (z. B. : $6 \times 5 = 30$ richtige Antworten ergeben 30 Punkte, selbst wenn ansonsten 30 falsche Antworten gegeben wurden) oder verteilt (z. B.: 8×4 und 4×3 richtige Antworten, also 44 richtige Antworten ergeben nur 28 Punkte, obwohl nur 16 falsche Antworten gegeben wurden) zeigten.

Letztlich zeigt sich, dass die Bewertungsmaßstäbe nicht geeignet sind, den wahren Leistungsstand der Prüfungskandidaten mit ausreichender Zuverlässigkeit festzustellen, was aber Ziel einer jeden Prüfung ist.

6. Unzulässigkeit von Maluspunkten im Antwort-Wahl-Verfahren (Einfachauswahlaufgaben) / erfolglose Vermeidungsstrategien

Bei den Multiple-Choice-Prüfungen mit nur einer vorgegebenen Antwortmöglichkeit sieht die Rechtsprechung in der Vergabe von Maluspunkten eine Berechnungsmethode, die den Leistungsstand der Prüfungskandidaten nicht abbildet. Dieses gilt hinsichtlich der einfachen Berechnung, eine richtige Antwort mit einem Punkt zu versehen und eine falsche Antwort innerhalb der gleichen Aufgabe mit einem Maluspunkt³⁰³. Diese Berechnungsmethode würde bei zehn Fragen, von denen fünf richtig beantwortet wurden, zu einer Bewertung mit null Punkten führen, weil die Anzahl der Maluspunkte die richtigen Ergebnisse des Prüfungskandidaten aufheben.

Dieses gilt auch für eine Kombination eines Punkteabzuges für falsch beantwortete Fragen bei gleichzeitiger Vergabe von null Punkten für nicht beantwortete Fragen³⁰⁴.

³⁰³ vgl. VG München, Urteil v. 20.05.2014 – M 3 K 13.5542 -

³⁰⁴ vgl. OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 -

Während einige Prüfer sich über die insoweit gefestigte Rechtsprechung hinwegsetzen, sind andere Prüfer bzw. Hochschulen bestrebt, durch komplizierte Abwandlungen Maluspunkte zu vermeiden und gleichzeitig das „Risiko“ positiver Bewertungen durch glückliches Raten der Kandidaten mathematisch zu vermeiden.

Das Verwaltungsgericht Berlin³⁰⁵ hatte sich in dem zu Grunde liegenden Sachverhalt mit mehreren Varianten der Bewertung von mehreren Teilen der Diplom-Vorprüfung im Fach Betriebswirtschaftslehre zu befassen, deren Ergebnisse dann abschließend zu einer Gesamtpunktezahl addiert wurden.

In einer Klausur hatten die Prüfungskandidaten zehn Aussagen als richtig oder falsch qualifizieren müssen. Für eine richtig bewertete Aussage gab es zwei Punkte, für eine fehlende Antwort null Punkte und für eine falsche Beantwortung einen Minuspunkt.

In einer anderen Klausur war die Bewertung gleichermaßen vorgesehen, jedoch mit der Maßgabe, dass erst ab dem 11. Punkt (bzw. sog. „Zähler“ gemäß der zur jeweiligen Aufgaben angegebenen Zahl) ein Bewertungspunkt vergeben wurde. Dieses führte dazu, dass maximal 10 Bewertungspunkte erreicht werden konnten.

In einer anderen Klausur waren bei 14 Fragen jeweils sechs Antwortmöglichkeiten angegeben. Die Kandidaten hatten eine zutreffende Antwortmöglichkeit anzukreuzen. Hier wurden ebenfalls keine Punkte vergeben, sondern auch sogenannte Zähler entsprechend der bei der Aufgabe angegebenen Zahl. Bei falschen Antworten gab es keinen Zähler und bei fehlenden Antworten einen Zähler. Insgesamt konnten 55 Zähler erreicht werden, wobei es Bewertungspunkte erst ab dem 15. Zähler gab, so dass insoweit maximal 40 Punkte zu erreichen waren.

Das Gericht weist darauf hin, dem Prüfer sei zwar nicht verwehrt, eine Aufgabe der Klausur in die Form des Antwort-Wahl-Verfahrens zu kleiden. Es sieht auch, dass die Prüfer versuchten, dem Raterisiko von 50 % durch die Methode zu begegnen, die ersten richtigen Punkte oder Zähler nicht zu berücksichtigen. Es beanstandet wie auch OVG Münster³⁰⁶, diese Bewertungsmethode nicht grundsätzlich, stellt aber fest, dass die Umgehung der Unzulässigkeit von Malus-Punkten aus einem anderen Grunde rechtswidrig ist. Hier werde

³⁰⁵ VG Berlin, Urt. vom 04.08.2014 - 12 K 748. 13 -

³⁰⁶ OVG Münster, Urt. v. 25.08.2011 – 14 A 2189/09 - und Urt. v. 16.12.2008 – 14 A 2154/08, NVwZ-RR 2009, 422f.,

nämlich das Antwortverhalten der Prüfungskandidaten sachwidrig durch die Kombination beeinflusst, für eine falsche Antwort zwar keinen Punkt zu vergeben, jedoch für eine fehlende Antwort. Man wird dieses auf eine einfache Überlegung zurückführen können: Weiß ich eine Antwort nicht, kann ich das Risiko einer Bewertung mit null Punkten ausschließen, indem ich nichts ankreuze und damit jedenfalls die Hälfte der Punktezahl erhalte, die ich bei richtiger Antwort erhalten hätte. Das Gericht sieht in der Beeinflussung der Kandidaten, aus taktischen Gründen keine Antwort zu geben, ein untaugliches Prüfungsverfahren.

Die Bewertungsideen führten in der Gesamtschau auch noch zu einer Besonderheit bei der Vergabe der Gesamtpunktezahl bzw. der Gesamtnote. Denn durch die Eliminierung einer Anzahl erster – richtiger – Zähler bzw. Bewertungspunkte in einzelnen Klausuren, konnten die Prüfungskandidaten rechnerisch auch bei komplett richtigen Klausuren nicht die Gesamtzahl der für die Notenvergabe vorgesehenen Punkte erreichen. Somit war auch die vorgegebene Bestehensgrenze falsch, wobei dieser Bewertungsmaßstab nicht mehr nachträglich verändert werden dürfe. Das VG München³⁰⁷ stellt hierzu klar, dass ein Umschwenken von einem zum anderen Bewertungsmodell nicht zulässig ist, weil die Prüfer die Klausurfragen so ggf. nicht gestellt hätten, wie sie gestellt wurden, hätten sie gewusst, dass eine andere Bewertungsmethode die richtige gewesen wäre. Im Ergebnis sind daher Prüfungen, bei denen eine fehlerhafte Bewertungsmethode zum Einsatz kommt, und die Fragestellungen hierauf beruhen dürften, zu wiederholen.

Etwas anderes gilt, nach OVG Münster³⁰⁸, wenn die Prüfungsmängel durch eine reine Rechenoperation vollständig behoben werden können, also nicht durch eine nachträgliche Änderung des Bewertungsmaßstabes. Nur dann werde ein Bewertungsmangel nicht ergebnisrelevant und ein Anspruch auf eine Wiederholungsprüfung bestehe nicht.

Eine Bewertungsmethode gestufter Punktevergabe war Grundlage für eine Prüfung in Psychologie, mit der sich das VG Arnsberg³⁰⁹ befasste.

In den Multiple-Choice-Anteilen der Klausur war für die richtige Auswahl der zutreffenden Aussagen die Punktevergabe wie folgt – je Aufgabenblock - vorgesehen: bei fünf korrekt markierten Aussagen gab es fünf Punkte, bei vier gab es nur drei Punkte, bei drei nur einen Punkt und bei zwei, einem oder null korrekt markierten Aussagen null Punkte. Maluspunkte

³⁰⁷ VG München, Urt. v. 20.05.2014 – M 3 K 13.5542

³⁰⁸ OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 – 14 B 1109/11 –

³⁰⁹ VG Arnsberg, Urt. vom 17.04.2012 – 9 K 399/11 –

wurden nicht vergeben. Die Klausur war bei Erreichen von 50 von 100 Punkten bestanden. Mit den Multiple-Choice-Anteilen konnten daraus 80 Punkte erreicht werden. Das Gericht hält diese Bewertungsgrundlage für nicht geeignet, weil es Wissen der Prüflinge unberücksichtigt lasse, wenn selbst bei ein oder zwei richtigen Antworten keine Punkte zugesprochen werden. Außerdem würden Kenntnismängeln unterschiedliches Gewicht beigemessen. Dieses rechnet es im Einzelnen für verschiedene Beispiele richtig und falsch beantworteter Fragen mit dem Ergebnis vor, dass je nach Verteilung der fehlerhaften Antworten auf die beiden Aufgabenblöcke sich sehr unterschiedliche Punktezahlen für die gleiche Anzahl an richtigen Antworten errechneten.

Eine kompliziertere Ausführung dieser Bewertungsvariante war vom VG München³¹⁰ in seinem oben erwähnten Urteil vom 20.05.2014 zu analysieren:

Eine BWL-Modulprüfung sah 17 Aufgabenblöcke im Antwort-Wahl-Verfahren vor. In jedem Block wurden 5 Aussagen vorgestellt. Es war nur die zutreffende Aussage zu markieren. Es wurden keine Maluspunkte vergeben. Stattdessen erfolgte eine Bewertung mit Verrechnungspunkten wie beim vorgenannten Fall: bei fünf x richtig (in einem Aufgabenblock) = fünf Punkte, viermal richtig = drei Punkte, dreimal richtig = ein Punkt und bei zwei, einem oder null korrekt markierten Aussagen null Punkte. Zugleich gab es drei Aufgabenblöcke, die doppelt gewichtet wurden. Die Maximalpunktzahl betrug demnach 100 Punkte = $(14 \times 5) + (3 \times 5 \times 2)$. Die Bestehensgrenze lag bei 60 Punkten.

Diese Bewertungsmethode ist keine Methode für das Antwort-Wahl-Verfahren in der Form „Einfachauswahlaufgaben“ sondern für „Mehrfachauswahlaufgaben (Multiple-Select)“. Das Gericht analysiert, dass es sich bei den vermeintlich 17 Mehrfachauswahlaufgaben mit unterschiedlicher Gewichtung tatsächlich um 100 Einfachauswahlaufgaben handelte, die lediglich in 17 Blöcke gegliedert waren. Die in den Aufgaben formulierten Antwortvorschläge waren nämlich nicht – jeweils - fünf Antwortvorschläge zu einer einzigen gestellten Frage gemacht, sondern fünf verschiedene, getrennt zu beurteilende Fragen gestellt. Denn jede der fünf Aussagen in einem Block konnte entweder nur zutreffend oder unzutreffend sein. Bei der Mehrfachauswahlaufgabe hätten die Antwortmöglichkeiten aber eine unbekannte Anzahl an zutreffenden Antworten enthalten. Das war hier nicht der Fall. Die Aufgabenblöcke hatten zwar einen gelegentlich erkennbaren Zusammenhang, aber die Fragen waren

³¹⁰ VG München, Urt. vom 20.05.2014 – M 3 K 13.5542 -

isolierte Aufgaben und nur mit zutreffend bzw. nicht zutreffend zu beantworten. Jede war somit eine klassische Einfachauswahlaufgabe.

Die Bewertung dieser Einfachauswahlaufgaben als Mehrfachauswahlaufgaben führte hier dazu, dass die 60 %-Bestehensgrenze auch zweimal gestuft zur Anwendung kam, einmal für das Bestehen eines Aufgabenblocks (3 richtige Antworten werden mit „ausreichend“ = drei Punkte bewertet), ein zweites Mal bei der Umrechnung des Gesamtergebnisses in Notenstufen (60 % von 100 % der in der bereits ermittelten Punkte).

Der Überblick über die verschiedenen Fallgestaltungen zeigt, dass letztlich das Raterisiko unter prüfungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht eliminiert werden kann. Es ist keine wirksame Vermeidungsstrategie erkennbar. Weder die Vergabe von Maluspunkten noch differenzierte Zuordnung von Punkten oder Zählern zu richtigen bzw. falschen Antworten sind hierzu geeignet. Eine korrekte Unterscheidung zwischen Prüfungskandidaten, die das Ziel, ihr Wissen darzustellen erreicht haben, und solchen, die dieses nicht in ausreichendem Maße können, ist auch durch komplizierte Berechnungsmethoden nicht möglich.

Entweder muss das Raterisiko akzeptiert werden oder es muss bei der Entwicklung der Prüfung hinterfragt werden, ob das Antwort-Wahl-Verfahren konkret geeignet ist, den Kandidaten die ungehinderte Chance einzuräumen, ihr Wissen unter Beweis zu stellen.

II. Ausblick: Elektronisches Antwort-Wahl-Verfahren

Grundsätzlich muss man davon ausgehen, dass ein elektronisches Ankreuzen die klassischen Prüfungsformen „schriftlich“, „mündlich“ bzw. „praktisch“ nicht erfüllt. Hierauf wies schon das VG Hannover³¹¹ hin. Derzeit wird es also noch darauf ankommen, dass ein „analoges“ Dokument vom Prüfungskandidaten erstellt wird. Dieses ist zum Beispiel bei einem computerlesbaren Antwortbogen, auf dem die Antwort durch einen waagerechten Strich oder durch ein Kreuz handschriftlich gegeben wird, unproblematisch. Schriftlichkeit ist gewahrt. Anders stellt sich dieses dar, wenn die Antworten durch einen Mausklick auf ein Antwortfeld einer Software gegeben werden. Denn selbst wenn eine Prüfungsordnung die elektronische Prüfung als vierte Prüfungsform zuließe, bleiben derzeit noch Zweifel an der rechtlichen Statthaftigkeit. Denn das vom Computer erstellte Ergebnis kann nicht mehr mit einem physisch existenten Dokument verglichen werden. Auch wenn die technischen

³¹¹ VG Hannover, Beschluss v. 10.12.2008 – 6 B 5583/08 –

Möglichkeiten voranschreiten: Derzeit ist nicht vorstellbar, wie der Nachweis einer Übereinstimmung zwischen dem analog nicht dokumentierten Mausclick und dem Auswertungsergebnis gelingen sollte. Dieses war letztlich auch ein wesentlicher Aspekt der Wahlcomputerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts³¹². Wir dürfen gespannt sein, welche Lösungen die Rechtsprechung in der technisch fortschreitenden Zukunft akzeptieren wird.

³¹² BVerfG, Urteil v. 03.03.2009 – 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07 -.

J. Der Rücktritt von der Prüfung

I. Der Rücktritt aus krankheitsbedingten Gründen

Juris weist für die Zeit vom 01.01.2013 bis zum 31.03.2017 insgesamt 79 Gerichtsentscheidungen zum Prüfungsrücktritt aus. Nach Auffassung der Referenten entsprechen manche dieser Gerichtsentscheidungen nicht rechtstaatlichen Grundsätzen. Die Referenten haben die Problematik des Rücktritts von einer Prüfung an einem Aufsatz in der Zeitschrift *Ordnung der Wissenschaft* 2015, Seite 211 ff. anhand von 6 Beispielen aufgezeigt. Vorgestellt wurden

- VG Potsdam, Beschl. v. 25.02.2014 - 1 L 6/14 - (n.v.),
- OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.07.2014 - OVG 10 S 5/14, juris (Gutachten eines Amts- bzw. Polizeiarztes),
- VGH München, Beschl. v. 10.11.2014 - 7 ZB 14.1922, juris (nachträglicher Rücktritt wegen Todes der Großmutter),
- VGH Mannheim, Beschl. v. 24.04.2014 - 9 S 1292/13 - (n.v.) (Prüfungsrücktritt auf Grund äußerlicher Umstände der Prüfung),
- VG Berlin, Urt. v. 11.02.2015 - VG 12 K 100.14, juris (Dauerleiden und Prüfungsrücktritt)
- VGH Kassel, Urt. v. 18.05.2009 - 8 A 336/09, juris (Prüfungsrücktritt wegen Befangenheit des Prüfers)
- OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 07.04.2014 - OVG 10 N 90/11, juris (Vergleiche im Falle von zahlreichen Rücktritten)

Bemerkenswert ist eine Diskrepanz zwischen der Praxis zahlreicher Prüfungsämter betreffend die Rücktrittserklärung und die Vorlage (amts-)ärztlicher Atteste und der insoweit doch sehr rigorosen Rechtsprechung (zu Lasten der Prüflinge). Die Rechtsprechung vertritt regelmäßig die Auffassung, dass zur rechtzeitigen Geltendmachung des Rücktrittsgrundes auch die unverzügliche Mitteilung und die Glaubhaftmachung gehört, ggf. auch warum zwischen dem Prüfungstag und der allein dafür attestierten Prüfungsunfähigkeit mehr als zwei Wochen bis zur Rücktrittserklärung und Attestvorlage verstrichen sind³¹³. Die Rechtsprechung kritisiert regelmäßig die großzügige Handhabung von Rücktrittsfristen durch

³¹³ Siehe z.B. OVG Münster, Beschl. v. 28.11.2007 - 14 A 4549/06, juris sowie BayVGH, Beschl. v. 04.10.2007 - 7 ZB 07.2097, juris sowie BayVGH, Beschl. v. 22.05.2007 – 7 CE 17.112, juris.

die Prüfungsbehörden³¹⁴. Nach der Rechtsprechung ist an die Unverzüglichkeit der Geltendmachung einer krankheitsbedingten Prüfungsunfähigkeit nach Abschluss der Prüfung ein strenger Maßstab anzulegen. Nur nach Anlegung eines strengen Maßstabes können Missbräuche des Rücktrittsrechtes mit dem Ziel der Verbesserung der Prüfungschancen verhindert werden. Die Frist zur Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit beginnt, wenn dem Prüfling sein gesundheitlicher Zustand in wesentlichen Merkmalen bewusst ist und er die Auswirkungen der Erkrankung auf seine Leistungsfähigkeit im Sinne einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ erfasst³¹⁵. Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt eine Ausnahme nur dann, wenn der Prüfling aus Krankheitsgründen außerstande ist, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen³¹⁶. Will ein Prüfling von mehreren erbrachten Prüfungsleistungen zurücktreten, muss nicht nur der Rücktrittswille eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, sondern müssen auch die Prüfungsleistungen, auf die sich der Rücktritt beziehen soll, eindeutig bezeichnet werden³¹⁷. Die Rechtsprechung betont immer wieder, es obliege dem Prüfling, sich über die rechtlichen Vorgaben des Prüfungsablaufes zu informieren und von der einschlägigen Prüfungsordnung Kenntnis zu nehmen; dies gilt auch für die Voraussetzungen eines Prüfungsrücktritts³¹⁸.

Als starkes Indiz für einen **Missbrauch des Rücktrittsrechtes** wird gewertet, wenn der Prüfling mit der Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit gewartet hat, bis ihm das Scheitern in der Prüfung bekannt gegeben worden war³¹⁹. Allein ein Arztbesuch im Anschluss an die Prüfung genügt nicht, vielmehr ist die unverzügliche Rücktrittserklärung des Prüflings zwingend erforderlich³²⁰. Handelt es sich allerdings um eine schwere Erkrankung, so ist es nicht verfehlt, unmittelbar nach der Prüfung nicht das Prüfungsamt, sondern den ärztlichen Notdienst aufzusuchen³²¹.

³¹⁴ Siehe z.B. OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.09.2015 - 2 LA 194/15, juris sowie OVG Münster, Beschl. v. 07.11.2015 - 14 A 2325/11, juris. Siehe zu den Anforderungen an eine ärztliche Bescheinigung auch OVG Münster, Beschl. v. 07.11.2012 - 14 A 2325/11 -, juris.

³¹⁵ OVG Münster, Urt. v. 21.12.2016 – 14 A 2329/16, juris sowie VGH Mannheim, Urt. v. 25.11.2016 – 9 S 75/16, juris.

³¹⁶ OVG Münster, Beschl. v. 20.10.2014 – 14 A 699/14, juris.

³¹⁷ OVG Münster, Urt. v. 21.02.2017 – 14 A 2071/16, juris.

³¹⁸ OVG Münster, Beschl. v. 21.12.2016 – 14 A 2329/16, juris.

³¹⁹ OVG Münster, Beschl. v. 07.11.2002 - 14 A 2325/11 -, juris sowie Beschl. v. 17.03.2015 - 14 A 2362/14 -, juris.

³²⁰ VG Berlin, Urt. v. 25.02.2015 - 12 K 324.14 -, juris.

³²¹ VG Minden, Urt. v. 09.01.2015 - 4 K 1112/14 -, juris.

Ein **wichtiger Grund** für einen Prüfungsabbruch liegt dann vor, wenn es dem Prüfling unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung seines Interesses, der Prüfung fernzubleiben, und dem Interesse der anderen Prüfungsteilnehmer an der Wahrung der Chancengleichheit nicht zugemutet werden kann, an der Prüfung teilzunehmen. Eine **Schwangerschaft** vor Beginn des Mutterschutzes ist nach der Rechtsprechung nur dann als ein die Prüfungsunterbrechung rechtfertigender wichtiger Grund anzuerkennen, wenn sie zu einem krankhaften Zustand führt³²². Eine **Examenspsychose** als Form der Leistungseinschränkung für Geltendmachung eines Prüfungsrücktritts ist nach der Rechtsprechung examensrechtlich unbeachtlich³²³.

Ein Prüfling kann sich allerdings auf **Vertrauensschutz** berufen, wenn das Prüfungsamt in vorherigen Versäumnisfällen die - vergleichbare - zeitliche Handhabung des Prüflings (zur Vorlage eines ärztlichen Attestes) nicht beanstandet hat³²⁴. Es besteht auch eine **Fürsorgepflicht der Prüfungsbehörde** bei offensichtlicher Prüfungsunfähigkeit des Prüflings³²⁵. In dem Fall einer offensichtlichen Prüfungsunfähigkeit ist der Prüfling für die Dauer dieses Zustandes von seiner Obliegenheit entbunden, sich über seine Prüfungsfähigkeit selbst Klarheit zu verschaffen, ggf. den Rücktritt unverzüglich zu erklären³²⁶. Der Rücktritt von der Prüfung hat eindeutig zu erfolgen und kann nur vom Prüfling selbst erklärt werden (nicht von seiner Mutter)³²⁷. Der Wille des Prüflings, die Prüfung abubrechen, muss gegenüber dem Prüfer bzw. dem Prüfungsamt ausdrücklich bekundet oder jedenfalls mit einer Deutlichkeit erkennbar sein, die keinen Zweifel an der Entscheidung des Prüflings lässt³²⁸. **Ein Abbruch der Prüfung von Amts wegen** kommt nur dann in Betracht, wenn die Prüfungsunfähigkeit des Prüflings offensichtlich ist und der Prüfling infolge der Erkrankung physisch und psychisch nicht in der Lage ist, seine eigene Prüfungsunfähigkeit zu erkennen³²⁹.

Eine **unerkannte Prüfungsunfähigkeit** kann auch nur nach Abschluss der Prüfung nach Ablauf materiell-rechtlicher Ausschlussfristen geltend gemacht werden³³⁰. Nimmt der Prüfling

³²² OVG Bremen, Beschl. v. 30.03.2015 - 2 LA 72/14, juris.

³²³ OVG Münster, Beschl. V. 18.09.2013 - 14 B 982/13 -, juris.

³²⁴ OVG Saarlouis, Urt. v. 26.02.2012 - 2 A 329/11, juris.

³²⁵ OVG Münster, Beschl. v. 20.10.2014 - 14 A 699/14, juris.

³²⁶ Siehe hierzu BVerwG, Beschl. v. 15.10.1984 - 7 B 198.84, juris.

³²⁷ OVG Münster, Beschl. v. 31.10.2012 - 14 A 2365/11, juris.

³²⁸ VG Berlin, Urt. v. 07.07.2014 - 12 K 882.13 -, juris.

³²⁹ OVG Münster, Beschl. v. 20.10.2014 - 14 A 699/14, juris.

³³⁰ BayVGH, Beschl. v. 10.11.2014 - 7 ZB 14.1922, juris.

an der Prüfung teil und erklärt er erst nach deren Beendigung seinen Rücktritt unter Berufung einer zunächst unerkannte Prüfungsunfähigkeit, muss er die Gründe, weshalb er seine Prüfungsunfähigkeit zuvor nicht erkennen konnte, in gleicher Weise nachweisen, wie die Prüfungsunfähigkeit selbst³³¹. Die Rechtsprechung hat im Übrigen auch klar gestellt, dass ein während der Prüfung erklärter Rücktritt wegen der erhöhten Missbrauchsgefahr ähnlich strengen Anforderungen wie ein Rücktritt nach vollständiger Beendigung der Prüfung unterliegt³³².

Die Entscheidung des Prüfungsamtes, ob eine rechtlich relevante Prüfungsunfähigkeit vorliegt, hat das Prüfungsamt auf der Grundlage der ihm vorliegenden Erkenntnisse zu treffen. Das ärztliche Attest hat in diesem Zusammenhang die Funktion, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Prüflings zu beschreiben und anzugeben, welche Auswirkungen sich daraus für das Leistungsvermögen in der konkreten Prüfung ergeben, um eine sachgerechte Beurteilung des Prüfungsamtes zu ermöglichen. Die **Notwendigkeit der Angabe von Befundtatsachen** folgt bereits aus der Nachweisfunktion des ärztlichen Attestes, ohne dass es einer entsprechenden Regelung in der Prüfungsordnung bedarf³³³. An die Plausibilität des ärztlichen Attestes werden von der Rechtsprechung hohe Anforderungen gestellt³³⁴.

Hat das Prüfungsamt trotz des vom Prüfling vorgelegten amtsärztlichen Attestes (in dem ihm Prüfungsunfähigkeit bescheinigt wird) berechtigten Anlass, die Frage des Vorliegens einer die Anerkennung eines wichtigen Grundes im Verständnis von § 19 Abs. 1 Satz 2, Abs.2 ÄAppO rechtfertigenden (vorübergehenden) Beeinträchtigung seiner Gesundheit für weiter erklärungsbedürftig zu halten, und fordert es hiervon ausgehend dem Prüfling auf, innerhalb einer als angemessen zu erachtenden Frist Atteste des behandelnden Arztes und des Therapeuten näher bezeichneten Angaben vorzulegen, so liegt in dessen **Weigerung, der Forderung nachzukommen, eine Verletzung seiner im Rahmen des Prüfungsrechtsverhältnis bestehenden Mitwirkungspflicht**³³⁵.

³³¹ BayVGH, Beschl. v. 04.03.2013 - 7 CE 13.181, juris; siehe hierzu auch VG Osnabrück, Urte. v. 14.01.2014 - 1 A 252/13, juris sowie VG Hamburg, Urte. v. 14.12.2016 – 2 K 6704/15, juris.

³³² BayVGH, Beschl. v. 03.07.2013 - 7 ZB 13.891, juris.

³³³ OVG Münster, Beschl. v. 19.11.2014 - 14 A 884/14 -, juris; VG Osnabrück, Urte. v. 14.01.2014 - 1 A 252/13, juris.

³³⁴ Siehe z.B. OVG Münster, Beschl. v. 03.12.2015 – 14 B 1292/15 – zur Erkrankung „ADS im Erwachsenenalter“.

³³⁵ OVG Saarlouis, Urte. v. 26.01.2012 - 2 A 331/11, juris.

Die Rechtsprechung hat es auch häufig mit der Prüfungsunfähigkeit in Form eines **Dauerleidens** zu tun. Ein Dauerleiden führt nicht zur Rechtswidrigkeit einer für den erkrankten Prüfling negativen Prüfungsentscheidung. Der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit lässt es nicht zu, eine von den Auswirkungen eines Dauerleidens betroffene Prüfungsleistung unberücksichtigt zu lassen³³⁶. Wurden in der Vergangenheit 17 einfache Atteste über das Vorliegen einer Prüfungsunfähigkeit wegen Erkrankung des Studenten als Rücktrittsgrund für eine Prüfung anerkannt, so kann sich die Hochschule regelmäßig nicht darauf berufen, dass ein solches Attest wegen einer falschen Datumsangabe hinsichtlich einer kurzfristig verlegten Prüfung nicht akzeptiert werden und die Prüfung deshalb endgültig nicht bestanden sei. Insoweit hätte zuvor eine Anhörung erfolgen müssen³³⁷.

Bei der Prüfung, ob eine Erkrankung ein Dauerleiden ist, ist maßgebend der Zeitpunkt der Prüfung³³⁸. Dauerleiden prägen als persönlichkeitsbedingte Eigenschaften die Leistungsfähigkeit des Prüflings und bestimmen damit im Gegensatz zu sonstigen krankheitsbedingten Leistungsminderung das normale Leistungsbild. Es handelt sich dabei um eine erhebliche Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes, die die Einschränkung der Leistungsfähigkeit trotz ärztlicher Hilfe nicht nur vorübergehend, sondern auf unbestimmte Zeit bedingt. In einem vom VG Stuttgart zu entscheidenden Fall hatte der Kläger geltend gemacht, er leide zwar an einem Dauerleiden, befindet sich jedoch bereits auf dem Wege der Besserung (was die vorgelegten ärztlichen Atteste nicht unbedingt bestätigten). Das VG Stuttgart hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass trotz aller ärztlicher Bemühungen eine „durchgreifende Veränderung nicht erzielt werden können“³³⁹. Nach Auffassung des VG Karlsruhe genügt ein Prüfungskandidat, welcher auf Grund einer psychischen Erkrankung von fünf aufeinander folgenden Prüfungsterminen zurückgetreten und dem bekannt ist, dass diese Erkrankung einen Mangel an realistischer Selbsteinschätzung beinhaltet, wenn er an dem darauf folgenden Prüfungstermin teilnimmt,

³³⁶ VG Düsseldorf, Urt. v. 01.12.2015 – 2 K 6434/14 unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 13.12.1985 – 7 B 210.85, juris.

³³⁷ VG Berlin, Urt. v. 04.11.2015 – 12 K 832.14, juris.

³³⁸ BVerwG, Beschl. v. 05.07.1983 - 7 B 125/82, juris; OVG Münster, Beschl. v. 05.07.1983 - 7 B 125/82, juris; OVG Münster, Beschl. v. 28.04.2010 - 14 A 546/10, juris.

³³⁹ VG Stuttgart, Urt. v. 28.04.2015 - 12 K 2387/14 (n.v.)

seinen Mitwirkungspflichten nur, wenn er sich im Vorfeld dieser Prüfung unter Hinzuziehung ärztlicher Hilfe der Wiederherstellung seiner Prüfungsfähigkeit vergewissert hat³⁴⁰.

Der Prüfling, der zum Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung zugelassen ist, hat grundsätzlich keinen **Anspruch auf Entlassung** aus dem Prüfungsrechtsverhältnis. Ein Anspruch auf Entlassung aus dem Prüfungsrechtsverhältnis ergibt sich weder aus einem Anspruch auf Rücknahme des Zulassungsantrag noch aus § 49 Abs. 1 VwVfG³⁴¹. Etwas anderes gilt allerdings einer auf Antrag erfolgten Entlassung aus dem Vorbereitungsdienst (für Lehrer). Insoweit liegt zugleich ein Rücktritt vom Prüfungsverfahren vor³⁴².

Verlangt die Prüfungsbehörde (hier: auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs) für den Nachweis einer Prüfungsunfähigkeit die Vorlage eines amtsärztlichen Attestes, geht es nicht zu Lasten des Prüflings, wenn die für ihn in zumutbarer Weise erreichbaren Gesundheitsämter dies mit Hinweis darauf verweigern, solche amtsärztlichen Atteste würden generell nicht mehr ausgestellt werden. Gegebenenfalls kann die Prüfungsbehörde nicht ohne weiteres auf Grund der dem Prüfling gegenüber bestehenden Fürsorgepflicht und ohne weitere Aufklärungsmaßnahmen die Auffassung vertreten, dass die von der Hausärztin erstellte Prüfungsunfähigkeitsbescheinigung unzureichend sei³⁴³.

Diese – rigorose – Rechtsprechung zum Rücktritt von einer Prüfung aus krankheitsbedingten Gründen gilt auch (uneingeschränkt) bei Prüfungsunfähigkeit eines Schülers. Auch der Schüler muss unverzüglich seinen Rücktritt erklären; ein Abbruch der Prüfung von Amts wegen kommt nur dann in Betracht, wenn die Prüfungsunfähigkeit des Schülers offensichtlich ist³⁴⁴.

Als Alternative zum Prüfungsrücktritt kommt häufig in Betracht eine Verlängerung der Bearbeitungszeit (wie z.B. bei einer Modulfristverlängerung). Erforderlich ist, wie beim Rücktritt, der Nachweis durch Vorlage eines qualifizierten ärztlichen Attestes, wobei der Antrag auf Modulfristverlängerung unverzüglich schriftlich geltend und glaubhaft gemacht

³⁴⁰ VG Karlsruhe, Beschl. v. 12.04.2016 – 11 K 5785/15, juris.

³⁴¹ VG Berlin, Urt. v. 30.01.2015 - 12 K 104.14 -, juris.

³⁴² VG Köln, Urt. v. 28.01.2015 - 10 K 6677/13 -, juris.

³⁴³ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.08.2016 – 2 ME 150/16, juris.

³⁴⁴ OVG Münster, Beschl. v. 20.10.2014 – 14 A 699/14, juris.

werden muss, und – wie beim Prüfungsrücktritt – ein qualifiziertes ärztliches Attest vorzulegen ist³⁴⁵.

II. Rücktritt aus sonstigen Gründen

Das OVG Berlin-Brandenburg³⁴⁶ musste sich mit der Frage beschäftigen, ob ein **plötzlicher Schicksalsschlag** als **triftiger Hinderungsgrund** anzusehen ist, wenn dieser in einem nahen zeitlichen Zusammenhang mit der Prüfung eingetreten ist (Tod der Mutter, 27 Tage vor der Prüfung). Nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg entspricht es bereits der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Tod eines so nahen Angehörigen wie der eigenen Mutter eine psychische Belastung darstellt, die nicht innerhalb weniger Tage bewältigt ist und ohne weiteres auch noch einen Monat später fortwirkt. Das OVG Magdeburg hat insoweit betont, es spreche einiges dafür, dass das Vorliegen eines „triftigen“ Grundes (gem. § 21 Abs. 2 WiPrPrüfV) geringere Anforderungen als das eines „wichtigen“ Grundes stellt. Allerdings muss auch bei einem triftigen Hinderungsgrund ein naher zeitlicher Zusammenhang mit der Prüfung bestehen. In aller Regel beschäftigt sich jedoch die Rechtsprechung nicht mit der Frage, ob es einen Unterschied zwischen einem wichtigen Rücktrittsgrund und einem triftigen Rücktrittsgrund gibt. Die Begriffe werden als anonym angesehen³⁴⁷.

Das OVG Münster hat einer Klägerin grundsätzlich das Recht zugestanden, von der Prüfung zurückzutreten wegen **verspäteter Mitteilung der Besetzung des Prüfungsgremiums**, verspäteten Beginn der Prüfung, verspätetes und störendes Erscheinen eines Prüfers nach Beginn der Prüfung, unzulässiger Druck zur Herbeiführung eines Einverständnisses zur Prüfungszeitverkürzung, unzulässiges Aufschieben der Bewertungsberatung an das Ende des Prüfungstages. Gleichwohl war die Klage erfolglos, da der Rücktritt nicht **unverzüglich** schriftlich angezeigt worden ist³⁴⁸. Die Erklärungen eines Prüflings mit dem Wunsch auf Verschiebung der Termine zur Anfertigung der Aufsichtsarbeiten (eine staatliche Pflichtfachprüfung) bewirken keinen Rücktritt von der – gesamten – Prüfung, die im Fall der

³⁴⁵ VG Hamburg, Urt. v. 16.01.2017 – 2 K 6510/15, juris.

³⁴⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18.12.2009 - OVG 10 N 57.08 -, juris.

³⁴⁷ Siehe z. B. VG Berlin, Urt. v. 27.03.2008 - 12 A 460.07 -, juris.

³⁴⁸ OVG Münster, Beschl. v. 21.03.2013 - 14 E 135/13 -, juris.

Genehmigung eine neue Meldung zur Prüfung erforderlich gemacht hätte. Ein Rücktritt muss eindeutig erklärt werden³⁴⁹.

Nach der Rechtsprechung des VG Köln³⁵⁰ liegt in der auf Antrag erfolgten Entlassung aus dem Vorbereitungsdienst **zugleich** ein **Rücktritt** vom Prüfungsverfahren.

Die Regelung in einer Prüfungsordnung, in der die Genehmigung des Rücktritts von der Prüfung auch dann vom Vorhandensein eines wichtigen Grundes und dessen unverzüglicher Geltendmachung abhängig gemacht wird, wenn noch keine Prüfungsleistung erbracht worden ist, verstößt nicht gegen höherrangiges Recht³⁵¹.

III. Der Nachteilsausgleich

Beim **Nachteilsausgleich** geht es um den Ausgleich von Behinderungen, die den Nachweis der vorhandenen Befähigung erschweren und die in der Prüfung sowie in dem angestrebten Beruf durch Hilfsmittel ausgeglichen werden können. Der Nachteilsausgleich muss erforderlich sein, um chancengleiche äußere Bedingungen für die Erfüllung der Leistungsanforderungen herzustellen. Aus diesem Grunde muss die Ausgleichsmaßnahme im Einzelfall nach Art und Umfang so bemessen sein, dass der Nachteil nicht „überkompensiert“ wird³⁵². Der Nachteilsausgleich besteht regelmäßig in der Zulassung von Hilfsmitteln und der Gewährung von Zeitverlängerung, um meist körperliche Defizite auszugleichen³⁵³. Nach der Rechtsprechung kann ein Nachteilsausgleich nicht verlangt werden für ein Leiden, das als **generelle Einschränkung der Leistungsfähigkeit** das normale und reguläre Leistungsbild des Prüflings bestimmt. Das Bestehen eines Dauerleidens schließt einen Nachteilsausgleich nicht aus. Der **Nachteilsausgleich** ist vom **Rücktritt von der Prüfung wegen Prüfungsunfähigkeit** zu trennen³⁵⁴. Ein Nachteilsausgleich ist prüfungsrechtlich im Einzelfall insbesondere bei Behinderung zu gewähren, die nicht die aktuell geprüfte Befähigung betreffen, sondern nur den **Nachweis der vorhandenen Befähigung** erschweren. Bei der Beantwortung der Frage, welche Maßnahme zum Ausgleich der behinderungsbedingten Nachteile geboten sind, sind das

³⁴⁹ OVG Münster, Beschl. v. 14.05.2012 - 14 E 421/12 -, juris.

³⁵⁰ VG Köln, Urt. v. 28.01.2015 - 10 K 6677/13 -, juris.

³⁵¹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.07.2017 - 5 N 26.16, juris.

³⁵² OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.02.2017 – 2 PA - 46/17, juris.

³⁵³ VG Berlin, Beschl. v. 19.07.2014 – 12 K 58.14, juris. Siehe zu einem Sonderfall VerfGH Sachsen, Beschl. v. 22.05.2014 - Vf.20 - IV - 14 u.a.

³⁵⁴ VGH Mannheim, Beschl. v. 09.03.2015 - 9 S 412/15, juris.

Ausmaß der Behinderung und bereits gewährte Nachteilsausgleich in den Blick zu nehmen. Vielfach wird gestritten über einen Anspruch auf Zurverfügungstellung eines Laptops für eine Klausur³⁵⁵.

Gegen die **Gewährung zusätzlicher Ruhetage** bestehen Bedenken, weil dadurch die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistung stark beeinträchtigt wird³⁵⁶ er Prüfling ist ggf. verpflichtet, den benötigten Umfang des Ausgleiches zu beantragen. Von Amts wegen ist die Prüfungsbehörde nicht gehalten, insoweit tätig zu werden³⁵⁷. Nach der Rechtsprechung des VG Bremen besteht kein **Anspruch auf Nachteilsausgleich** in Form **eines Hausarbeitsexamens** bei Vorliegen einer Phobie gegen Klausuranfertigung unter Aufsicht³⁵⁸. Die Verpflichtung zum Nachteilsausgleich gebietet nicht die Gewährung einer nach der Prüfungsordnung nicht vorgesehenen Wiederholungsprüfung³⁵⁹.

³⁵⁵ Siehe z.B. BayVGH, Beschl. v. 01.03.2011 - 7 CE 11.376 -, juris.

³⁵⁶ VG Berlin, Beschl. v. 30.10.2014 - 5 L 221.14 , juris.

³⁵⁷ OVG Münster, Beschl. v. 17.03.2015 - 14 A 2362/14, juris.

³⁵⁸ VG Bremen, Urt. v. 20.07.2015 - 1 K 257/14, juris. Siehe zum Notenschutz für Legastheniker BVerwG, Urt. v. 29.07.2015 - 6 C 35/14 -, juris sowie Neumann, JurisPR-BVerwG 22/2015 Anm. 1.

³⁵⁹ VG Magdeburg, Urt. v. 19.02.2013 - 7 A 412/10, juris.

K. Entzug des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit sowie Täuschung über Zulassungsvoraussetzungen/Entzug des Professorentitels wegen strafrechtlicher Verurteilung

Das Rechtsproblem der Zulässigkeit der Entziehung eines **akademischen Grades (Dokortitel, Professorentitel)** ist ein „Dauerbrenner“³⁶⁰. Die Rechtsprechung hatte früher „wenig“ Probleme mit dem Entzug des Doktorgrades wegen **Unwürdigkeit**. Die Fälle waren jedoch - häufig - ziemlich „krass“ (wie z.B. beim Verfasser des Buches „Der Auschwitz-Mythos“). Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat den Entzug des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit in der Regel abgesegnet³⁶¹. Soweit es um den Entzug des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit geht, bahnte sich vor einigen Jahren eine Korrektur der Rechtsprechung an. Der VGH Mannheim³⁶² hat entschieden, dass die „Unwürdigkeit“ zur Führung eines Doktorgrades (im Sinne des § 35 Abs. 7 LHG BW) sich aus Wesen und Funktion der Verleihung **wissenschaftsbezogen** bestimmt und ausgelegt werden muss. Als unwürdig hat sich hiernach ein Titelinhaber erwiesen, wenn sich der mit der Verleihung des Doktorgrades begründete anscheinend wissenschaftskonformen Arbeitens angesichts gravierender Verstöße gegen die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis und Redlichkeit als unzutreffend herausgestellt und eine weitere Führung des verliehenen Doktorgrades bei Würdigung aller Umstände untragbar erscheint und zum Schutz vor Irreführung korrigiert werden muss. Die Strafbarkeit des Fehlverhaltens ist hierfür nicht zwingend erforderlich³⁶³.

Das BVerwG hat die Revision zurückgewiesen und ausgeführt, dass die wissenschaftsbezogene Auslegung einer landeshochschulrechtlichen Vorschrift, nach der ein Doktorgrad entzogen werden kann, wenn sich der Inhaber durch sein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat, dem **rechtsstaatlichen Gebot der hinreichenden gesetzlichen Bestimmtheit** genügt und darüber hinaus keines der durch das Grundgesetz gewährleisteten Rechte verletzt³⁶⁴. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen³⁶⁵. Nach Auffassung des BVerfG lasse sich der Begriff der Würdigkeit im Wissenschaftsrecht

³⁶⁰ Siehe hierzu Zimmerling, Akademische Grade und Titel, 1. Aufl. 1990, Rz. 40 ff; 2. Aufl. 1995, Rz. 120; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 712 ff.

³⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 900/88; BVerwG, Beschl. v. 25.08.1992 - 6 B 31/91, juris; OVG Berlin, Urt. v. 26.04.1990 - 3 B 19.89, juris.

³⁶² Urt. v. 14.09.2011 - 9 S 2667/10, juris.

³⁶³ VGH Mannheim, Urt. v. 14.09. 2011 - 9 S 2667/10, juris.

³⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 31.07.2013 - 6 C 9/12, juris.

³⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 03.09.2014 - 1 BvR 3353/13, juris.

durch Wesen und Bedeutung des akademischen Grades präzisieren, so dass er hinreichend bestimmt ist. Ein solches **wissenschaftsbezogenes Verständnis** verknüpfe das die Unwürdigkeit begründete Fehlverhalten funktionell mit dem Wesen und der Bedeutung des akademischen Grades. Damit halte es den verfassungsrechtlichen Anforderungen stand. Die Entziehung eines akademischen Titels komme somit bei **Verfehlungen außerhalb des Wissenschaftsbetriebes** nicht in Betracht³⁶⁶.

Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass bei der Rücknahme eines verliehenen Doktorgrades es sich „somit“ um eine Hochschulprüfung betreffende Angelegenheit handelt³⁶⁷. Hierüber lässt sich sicherlich streiten, wenn es um die Rücknahme des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit geht. Die rechtliche Einschätzung kann Bedeutung haben für die Frage, welche Kammer des **Verwaltungsgerichtes zuständig ist** (die Kammer für Prüfungsangelegenheiten oder die Kammer für Allgemeines Hochschulrecht).

Das OVG Bautzen hat die Auffassung vertreten, dass die nach einer Promotionsordnung geforderte **Offenlegung von Vorstrafen** als Zulassungsvoraussetzung mit den Bestimmungen des Sächsischen Hochschulgesetzes im Einklang stehen muss. Es entspreche vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls, Promotionsbewerber mit Vorstrafen nicht oder jedenfalls nicht ohne weitere Prüfung zur Promotion zuzulassen. Ein Promotionsbewerber müsste etwaige Vorstrafen gegenüber der Fakultät, an der er promovieren will, zutreffend angeben, unabhängig davon, wie ein polizeiliches Führungszeugnis ausfällt³⁶⁸.

Das BVerwG hat zunächst die Revision zugelassen³⁶⁹ und dann der Revision stattgegeben³⁷⁰. In dem Urteil des OVG Bautzen werden verfassungsrechtliche Normen (Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) nur äußerst knapp erwähnt. Die Diskussion des Verfassungsrechtes beschränkt sich auf wenige Sätze. Das BVerwG kann (natürlich) die Auslegung sächsischen Rechtes nur im Hinblick auf eine Verletzung der Grundrechte prüfen. Diese ausführliche Überprüfung ergab, dass die maßgebliche Norm der Promotionsordnung (§ 5 Abs. 3 Nr. 8 PromO) schlichtweg verfassungswidrig ist. In dieser Norm wurde

³⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 03.09.2014 - 1 BvR 3353/13, juris.

³⁶⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 03.02.2014 - 9 S 885/13, juris.

³⁶⁸ OVG Bautzen, Urt. v. 28.01.2014 - 2 A 315/12, juris.

³⁶⁹ BVerwG, Beschl. v. 15.09.2014 – 6 B 22/14, juris.

³⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 30.09.2015 - 6 C 45.14 -, DVBl. 2015, 1584 m. Anm. Zimmerling sowie Anm. v. Schmuck, OdW 2016, S. 113 ff.; m. Anm. Zimmerling, DVBl. 2015, 1587; Muckel, JA 2016, 397; Hufen, JuS 2016, 664; Neumann, JurisPR - BVerwG 3/ 2016 Anm. 4.

(schränkenlos) die **Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses** gefordert, das nicht älter als drei Monate ist. Was geschieht, wenn ein polizeiliches Führungszeugnis mit einer Vorstrafe (mit welcher auch immer) vorgelegt wird, ist jedoch in der Promotionsordnung nicht geregelt. Das BVerwG hielt - unabhängig von allen sonstigen verfassungsrechtlichen durchgreifenden Bedenken - diese den Hochschulgremien eingeräumte schrankenlose Freiheit für unzulässig. **Ohne jegliche Vorgabe** könnte das zuständige Organ trotz Vorstrafe den angehenden Doktoranden zum Promotionsverfahren zulassen oder auch nicht.

Darüber hinaus hatte das BVerwG durchgreifende Bedenken sowohl im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG als auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, weil die in Rede stehende Straftat keinen Wissenschaftsbezug hatte und demzufolge mit der Regelung in § 5 Abs. 3 Nr. 8 PromO ein von der Hochschule nicht wahrzunehmender Regelungszweck verfolgt wurde. Bemerkenswert ist insoweit, dass § 5 Abs. 3 Nr. PromO **vollständig für unwirksam** erklärt wurde, was erhebliche Bedeutung auch für die Promotionsordnung anderer Hochschulen hat. Soweit sich aus den jeweiligen Promotionsordnungen nicht zwingend ergibt, welche Rechtsfolge eine etwaige Strafe für die Zulassung zum Promotionsverfahren hat, ist die einschlägige Regelung vollständig unwirksam mit der Folge, dass die Zulassung eines Vorbestraften zum Promotionsverfahren nicht wegen seiner Vorstrafe (in welcher Höhe auch immer) verweigert werden darf. Daher dürfte an zahlreichen Hochschulen unverzüglicher Regelungsbedarf bestehen.

Das OVG Münster hatte sich in zwei Entscheidungen vom 10.12.2015³⁷¹ zum einen mit einem Plagiatsfall sowie mit einem Fall der Unwürdigkeit zu beschäftigen. Beide Kläger haben sich gegen Entscheidungen der Universität Bonn betreffend die Rücknahme des Doktorgrades gewehrt. In beiden Rechtsstreitigkeiten geht es um die erforderliche Ermächtigungsgrundlage, zum einen bei Rücknahme des Doktorgrades wegen Täuschung und zum anderen bei Rücknahme des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit. Das BVerwG hat beide Revisionen zurückgewiesen³⁷². In der zuerst genannten Entscheidung hat das BVerwG judiziert, dass der Auftrag an die Hochschulen zur Regelung des Promotionswesens nach § 64 Abs. 2 i.V.m., § 67 Abs. 3 Satz 3 HG NRW auch die Entziehung des Doktorgrades wegen späteren wissenschaftsrelevanten Fehlverhaltens erfasst und mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar sei. In der weiteren Entscheidung vom

³⁷¹ OVG Münster, Urt. v. 10.12.2015 – 19 A 254/13 sowie Urt. v. 10.12.2015 – 19 A 2820/11, beide juris.

³⁷² BVerwG, Urt. v. 21.06.2017 – 6 C 4/13, juris sowie Urt. v. 21.06.2017 – 6 C 3/16, juris, in beiden Fällen ist Verfassungsbeschwerde erhoben worden.

gleichen Tag betont das BVerwG, dass eine Mitteilung über die Einführung eines Verwaltungsverfahrens zur Entziehung des Doktorgrades (wegen mutmaßlicher Täuschung) regelmäßig kein Verwaltungsakt sei. Weiter führt das BVerwG aus, dass eine Dissertation nicht als eigenständige Leistung und wissenschaftlichen Befähigungsnachweis gelte, wenn sie quantitativ oder qualitativ durch verschleierte Übernahmen aus fremden Texten (Plagiatsstellen) geprägt sei³⁷³. Beim VG Cottbus war ein Rechtsstreit anhängig betreffen die Weiterführung der Bezeichnung „Professor“ nach dem Ausscheiden aus dem Landesdienst. Die Weiterführung der Bezeichnung kann durch die Hochschule mit Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde wegen erwiesener Unwürdigkeit versagt werden (§46 Abs. 2 BbgHG a.F.)³⁷⁴. In der mündlichen Verhandlung beim VG Cottbus hat die BTU Cottbus den Kläger klaglos gestellt.

Das OVG Bautzen musste sich mit dem Anspruch eines Klägers auf Zulassung zum Doktorandenstudium sowie mit der Betreuung einer noch anzufertigenden Dissertation durch dort tätige Hochschullehrer beschäftigen. Das OVG Bautzen hat nicht beanstandet, dass die Hochschullehrer die Begründung eines Betreuungsverhältnisses abgelehnt haben. Die Hochschullehrer hatten sich (zum Teil) für fachlich inkompetent erklärt. Das von der Promotionsordnung geforderte Betreuungsverhältnis stelle keine unzulässige objektive Zulassungsbeschränkung dar. Das OVG Bautzen postuliert, dass sich weder aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG noch aus Art. 12 Abs. 1 GG ein zwingender Anspruch des Promotionsbewerbers auf Zulassung zum Promotionsverfahren ergebe. Diese Rechtsfrage ist sicherlich anders zu entscheiden, wenn die Promotion Voraussetzung für die Ausübung eines (bestimmten) Berufes ist³⁷⁵.

Das VG Cottbus musste sich beschäftigen mit dem Entzug eines Professorentitels (gem. § 48 Abs. 2 Satz 1 des Brandenburgischen Hochschulgesetzes 2014). Der Entzug eines Professorentitels setzt die Zustimmung der Aufsichtsbehörde voraus. Im konkreten Fall erging ein Zustimmungsschreiben des zuständigen Ministeriums, allerdings vorbehaltlich einer Anhörung, „die vor dem Erlass der Versagungsverfügung durchzuführen ist“. Diese Voraussetzung war nicht erfüllt, zumindest konnte sie nicht nachgewiesen werden. Das VG Cottbus hat in der mündlichen Verhandlung angedeutet, dass im Zusammenhang mit dem Begriff der Unwürdigkeit das Gericht der Auffassung zuneige, dass es - im Unterschied zum

³⁷³ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017 – 6 C 3/16.

³⁷⁴ Siehe hierzu Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 2. Aufl. 2012, § 46 Rz. 17.

³⁷⁵ Siehe hierzu BVerwG, Beschl. v. 23.01.1984 – 7 B 43/13, juris.

Entzug eines Doktorgrades – eines Wissenschaftsbezuges des Fehlverhaltens nicht bedarf.
Im Übrigen vermisste das Gericht Ausführungen zur Ermessensausübung in den angefochtenen Bescheid. Die Vertreterin der Universität hat dann in der mündlichen Verhandlung den angefochtenen Bescheid aufgehoben.

L. Die Bewertung der Prüfungsleistung

I. „Taktische Bewertungen“ und „atypische Bewertungen“

Die Rechtsprechung ist sich darüber einig, dass der Grundsatz chancengleicher Prüfungsbedingungen nicht erfordert, dass ein Prüfungsverfahren stets und in allen Stadien **anonym** durchzuführen ist³⁷⁶. Allerdings kann in einer Prüfungsordnung angeordnet werden, dass die Anonymität des Prüfungsverfahrens nur bis zur abschließenden Bewertung Anwendung findet³⁷⁷. Gerade bei Steuerberaterprüfungen könnte sich der Korrektor einen **unliebsamen Konkurrenten** (mit einem bekannten Namen) als möglicher Konkurrent „vom Leibe halten“. Der BFH vermochte sich jedoch der klägerischen Forderung nach einer anonymen Korrektur nicht anzuschließen³⁷⁸. Nach Auffassung des BFH ist es ausreichend, wenn in einem Bundesland entweder das anonymisierte oder das nicht anonymisierte Prüfungsverfahren bei allen Prüflingen einheitlich durchgeführt werde; dann sei die Chancengleichheit nicht beeinträchtigt³⁷⁹. Auch nach Auffassung des BVerwG schreibt der Grundsatz chancengleicher Prüfungsbedingungen nicht vor, dass ein Prüfungsverfahren stets und in allen Stadien anonym durchzuführen ist³⁸⁰. Es sei ebenso wenig ausgeschlossen, dass die Kenntnis des Prüfers von der Person des Prüflings (bei einer schriftlichen Arbeit) auch dazu führen kann, dass dieser Prüfling **besonders wohlwollend** „**behandelt**“ wird. Dennoch wäre nach Auffassung der Referenten die strikte Einführung und Einhaltung eines anonymisierten Prüfungsverfahrens ein Schritt zur Objektivierung der Bewertung von Prüfungsleistungen. Eine Befangenheit des Prüfers auf Grund persönlicher Bekanntschaft mit dem Prüfling, wird sich nie nachweisen lassen.

Im Gegensatz zur Vorinstanz ³⁸¹ hat das **BVerwG** klargestellt, dass die vom Prüfling eigenmächtig vorgenommene **Durchbrechung der Anonymität** des schriftlichen Prüfungsverfahrens durch Kontaktaufnahme mit dem Prüfer die Sanktionierung mit einem Bewertungsausschluss dann nicht zu begründen und vor Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG zu

³⁷⁶ So bereits BVerwG, Beschl. v. 14.03.1979 - 7 B 16/79 , juris sowie Beschl. v. 25.07.2000 - 6 B 38/00, juris; BFH, Urt. v. 02.05.1979 - VII R 9/79 -; FG Münster, Urt. v. 20.07.2011 - 7 K 600/10 , juris sowie FG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.02.2013 - 4 K 1545/12 -.

³⁷⁷ VG Schleswig, Urt. v. 18.09.2002 – 9 A 275/01 -, juris.

³⁷⁸ BFH, Beschl. v. 08.05.2014 – VII B 41/13 – (n.v.).

³⁷⁹ Unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 14.03.1979 – 7 B 16.79, juris; ebenso FG Hamburg, Urt. v. 15.12.2003 – V 12/02, EFG 2004, 473.

³⁸⁰ BVerwG, Urteil v. 09.07.1982 – 7 C 51.79, juris sowie OVG Bautzen, Urt. v. 02.06.2010 – 2 A 128/10, juris.

³⁸¹ OVG Bautzen, Urt. v. 02.06.2010 - 2 A 128/10 , juris.

rechtfertigen ist, wenn sie den Umständen nach nicht geeignet ist, die Unbefangenheit des Prüfers zu beeinträchtigen und daher nicht zu Gunsten des Prüflings einen einseitigen Wettbewerbsvorteil im Prüfungsverfahren verschafft³⁸².

Die Grundsätze des BVerwG zur unabhängigen Bewertung schriftlicher Prüfungsleistungen³⁸³ können nicht auf die im Wege eines kollegialen Zusammenwirkens erfolgende Bewertung von Lehrproben (nach §§ 21 Abs. 1, 18 Abs. 3 APrOGymnBaden-Württemberg) übertragen werden. Es gibt insoweit keinen Erst- und Zweitprüfer, vielmehr entscheidet der Prüfungsausschuss (zulässigerweise) gemeinsam, indem er sich auf eine bestimmte Note einigt und nur hilfsweise, indem er sich mehrheitlich mit der Stimme des Vorsitzenden für eine Note entscheidet³⁸⁴.

Das VG Schleswig hatte sich mit folgender Fallkonstellation zu beschäftigen: Dem Kandidaten fehlten für die Zulassung zur mündlichen Prüfung ein halber Punkt; die Anhebung der Bewertung der angefochtenen Klausur durch einen einzigen Prüfer um einen Punkt wäre somit ausreichend gewesen. Im Überdenkungsverfahren hat der Prüfling unter Bezugnahme auf eine Besprechung der Klausur in einer Ausbildungszeitschrift vorgetragen, dass die Klausur von der **Aufgabenstellung her sehr schwer** gewesen sei. Der Erstprüfer hob daraufhin seine Bewertung um einen Punkt an. Der Erstprüfer teilte im Überdenkungsverfahren mit, wenn er gewusst hätte, dass die **Klausur so schwierig gewesen** sei, hätte er einen Punkt mehr (somit 3 Punkte) vergeben. Der Zweitprüfer verblieb bei seiner Bewertung. Das Landesprüfungsamt übermittelte daraufhin dem Erstprüfer das Votum des Zweitprüfers aus dem Überdenkungsverfahren. Weiter wurde behauptet, die Argumentation des Erstprüfers sei nicht schlüssig. Der Erstprüfer erklärte daraufhin, dass er bei seiner ursprünglichen Bewertung mit 2 Punkten verbleibe. Das VG Schleswig hatte keine Bedenken gegen diese Verfahrensweise³⁸⁵.

Der VGH Kassel hat eine Regelung in der Prüfungsordnung für Bachelor- und Masterprüfungen nicht beanstandet, wonach im Fall unterschiedlicher Bewertungen einer Arbeit durch Erst- und Zweitgutachter mit einer Abweichung von mehr als 2 Notenstufen

³⁸² BVerwG, Urt. v. 21.03.2012 - 6 C 19/11, juris; siehe hierzu Neumann, jurisPR-BVerwG 7/2012 Anm. 2 sowie Unger, SächsVBl. 2013, 29 ff.

³⁸³ Siehe z.B. BVerwG, Beschl. v. 09.10.2012 – 6 B 39.12, juris.

³⁸⁴ VGH Mannheim, Urt. v. 16.12.2014 – 9 S 1171/14 (n.v.) – sowie Urt. v. 17.03.2017 – 9 S 770/16, juris.

³⁸⁵ VG Schleswig, Urt. v. 12.02.2013 – 7 A 72/10 – (n.v.).

sowie dann, wenn eine Bewertung mit „nicht ausreichend“ erfolgt ist, ein Drittgutachten einzuholen und danach die abschließende Bewertung aus den Noten aller drei Gutachten im Wege des arithmetischen Mittels zu bilden ist. Dies stelle keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar, sondern finde vielmehr die sachliche Rechtfertigung in dem Zweck der Regelung, wonach sie einerseits der Qualitätskontrolle und andererseits dem Schutz der Kandidaten durch eine Verbreiterung der Bewertungsgrundlage dient³⁸⁶.

Das OVG Weimar musste sich mit dem **Angleichungsverfahren** nach § 19 Abs. 4 S. 3 ThürJAPO beschäftigen. Nach diesem Verfahren erhalten beide Prüfer nochmals Gelegenheit zur Angleichung, wenn die Differenz der bisherigen Bewertung 3,0 Punkte überschreitet. Dies gilt auch dann, wenn bereits der erste Korrektor seine Bewertung so ändert, dass die Differenz zu der Bewertung des anderen Korrektors nicht mehr als 3,0 Punkte beträgt³⁸⁷. Geschehen war folgendes: In einer verwaltungsrechtlichen Klausur bewertete die Erstprüferin die Arbeit mit acht Punkten. Der Zweitprüfer vergab drei Punkte. Im Angleichungsverfahren senkte die Erstprüferin die Bewertung von acht Punkten auf sechs Punkten und begründete, weshalb sie (trotz der Einwände des Zweitprüfers) die Arbeit (immer noch) mit ausreichend bewertet hat. Der Zweitprüfer erhielt keine Gelegenheit zur Überprüfung seiner Bewertung. Hätte der Zweitprüfer seine Bewertung auch nur um einen einzelnen Punkt angehoben, so wäre der Kandidat zur mündlichen Prüfung zugelassen worden. Die Frage einer (möglichen) „**taktischen Bewertung**“ durch den Zweitprüfer, um letztendlich die von ihm für zutreffend erachtete Bewertung zu erreichen, wurde vom Prüfungsamt – zumindest nach außen hin – nicht geprüft. Das OVG Weimar hielt es – im Gegensatz zur 1. Instanz – für verfehlt, dass bei einem Angleichungsverfahren nur einer der Prüfer beteiligt werde. Die **Neubewertung durch die Erstprüferin** (mit Begründung) hätte dem **Zweitprüfer** zwecks erneuter Bewertung zugeleitet werden müssen³⁸⁸.

Gelegentlich wird die Frage der **Geeignetheit von Richtern** als Prüfer im Ersten bzw. Zweiten juristischen Staatsexamen problematisiert. Neuerdings geht es um angebliche „**Verflechtungen der Prüfungsämter und der Gerichte**“³⁸⁹. Wesentlich relevanter dürfte jedoch die Frage nach der Geeignetheit von Richtern als Korrektoren einer Anwaltsklausur

³⁸⁶ VGH Kassel, Beschl. v. 20.02.2017 – 9 A 1026/15, juris.

³⁸⁷ OVG Weimar, Urt. v. 21.01.2015 - 1 KO 169/14, juris.

³⁸⁸ Siehe zum Angleichungsverfahren auch BayVGH, Urt. v. 10.01.1985 – 2 N 84 A.2456, BayVBl. 1985, S. 240 f.

³⁸⁹ Siehe hierzu Heinze, Befangenheit beim Verwaltungsgericht Hamburg im Prüfungsrecht, www.ah-rechtsanwaelte.de/befangenheit-beim-verwaltungsgericht-hamburg

sein. Bei der **Korrektur einer Anwaltsklausur** geht es auch um taktische Fragen. Dieses taktische Denken eines Rechtsanwalts ist einem Richter zwangsläufig fremd. Dies darf an zwei Beispielen erläutert werden:

In einem vom VG Aachen entschiedenen Fall wollte – laut Sachverhalt – **der Kläger unbedingt Klage erheben**, jedoch sollte der Prozess nicht teuer werden. Es war das Votum des bei diesem Rechtsanwalt tätigen Referendars zu entwerfen. Der Referendar kam zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die Klage keine Aussicht auf Erfolg hat, weshalb er den Entwurf eines Schreibens an den Mandanten fertigte und diesen **von der Klageerhebung abriet**. Beide Korrektoren (Verwaltungsbeamte) waren der Auffassung, dass dies falsch gewesen sei, da der Mandant unbedingt Klage erheben wollte, zumal er auch angekündigt hatte, 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“ gewesen sei. Deshalb sei die Bewertung der Klausur mit mangelhaft durch beide Prüfer nicht zu beanstanden³⁹⁰.

Vergleichbares ist bei einer im Land Mecklenburg-Vorpommern gestellten zivilrechtlichen (Anwalts-) Klausur geschehen. Bemerkenswert war zunächst einmal die Bewertung des Erstprüfers mit fünfzehn Punkten und die Bewertung des Zweitprüfers mit vier Punkten, der Drittprüfer kam zu dem „salomonischen Urteil“: acht Punkte. Alle drei Korrektoren (Richter von Beruf) hatten überhaupt kein Verständnis für die Praxis. Sie haben völlig ignoriert, dass die **Beschreitung des Rechtsweges** im Falle des Unterliegens **ziemlich teuer** wird und dass nicht nur die theoretische Möglichkeit einer außergerichtlichen Einigung bestand (allerdings kam auch der Kandidat nicht auf diese Idee). Laut Lösungsvorschlag hätte eine (nach Einschätzung der Referenten möglicherweise überflüssige) Klage erhoben werden müssen. Richtigerweise sollte sich eine **Anwaltsklausur mit Gestaltungsrechten** beschäftigen³⁹¹ bzw. mit Fragen der **Prozesstaktik und Rechtsanwältinnen sollten in die Korrektur eingebunden** werden³⁹².

Liegt die Ursache für die rechtswidrige Begünstigung eines der Prüfungsteilnehmer in die Sphäre des Prüfungsamtes, ist es für die Annahme eines Verfahrensfehlers ausreichend, wenn eine Beeinflussung des Bewertungsmaßstabes nicht mit hinreichender Sicherheit

³⁹⁰ VG Aachen, Urt. v. 08.11.2005 - 5 K 929/03 – (n. v.).

³⁹¹ Zutreffend Wolf, JA 2006, 476 ff.

³⁹² Diercks-Harms, JA 2005, 440 ff.

ausgeschlossen werden kann³⁹³. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass (auch) bei juristischen Prüfungen nicht immer alles „legal“ ist³⁹⁴.

II. Die Bewertung schriftlicher Prüfungsleistungen

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die offene Zweitbewertung, d.h. die Bewertung der Prüfungsleistung durch den Zweitprüfer in Kenntnis der Bewertung des Erstprüfers, mit dem prüfungsrechtlichen Gebot der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) und dem Gebot der fairen Gestaltung des Prüfungsverfahrens (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3) vereinbar. Es gibt keinen Verfassungsgrundsatz der Prüfungsanonymität; bundesverfassungsrechtlich ist sowohl eine offene als auch eine isolierte Zweitbewertung zulässig³⁹⁵. Der Prüfer hat bei schriftlichen Prüfungsarbeiten die tragenden Erwägungen darzulegen, die zur Bewertung der Prüfungsleistung geführt haben. Die Begründung muss so beschaffen sein, dass der Prüfling die die Bewertung tragenden Gründe der Prüfer in den Grundzügen nachvollziehen kann, d.h. die Kriterien erfährt, die für die Benotung maßgeblich waren und verstehen kann, wie die Anwendung dieser Kriterien in wesentlichen Punkten zu dem Bewertungsergebnis geführt hat³⁹⁶.

Das VG Hamburg hat sich mit der Bewertung einer **insgesamt nicht lesbaren Klausur** beschäftigen müssen. Das VG Hamburg stellt zunächst fest, eine Klausur sei insgesamt unlesbar und darf mit „ungenügend“ bewertet werden, wenn sich an keiner Stelle der Arbeit ein sinngebender und damit bewertbarer Teil lesen lässt. Es genüge nicht, dass manche Worte erraten oder vielleicht erschlossen werden könnten³⁹⁷. Es gibt Prüfungsordnungen, die ausdrücklich normieren, dass eine Prüfungsleistung nicht mit der Note „ausreichend“ oder besser gewertet werden kann, wenn sie schwerwiegende sprachliche oder formale Mängel (Unlesbarkeit) zeigen³⁹⁸. Weigern sich Prüfer im Überdenkungsverfahren, dem Gehalt einer nur **schwer lesbaren handschriftlichen Prüfungsleistung** wegen deren **vermeintlicher**

³⁹³ OVG Münster, Urt. v. 20.11.2012 – 14 A 755/11, NVwZ-RR 2013, 469 sowie OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.09.2015 – 2 NE 234/15, juris.

³⁹⁴ Siehe zur sogen. Bielefelder Kartei BVerwG, Beschl. v. 13.09.1983 – 7 B 119/83, juris sowie v. 06.04.1984 – 7 C 26/84 -; OVG Münster, Beschl. v. 19.04.1993 – 22 B 398/93, juris.

³⁹⁵ Ständige Rechtsprechung des BVerwG, siehe zuletzt Beschl. v. 19.05.2016 – BVerwG 6 B 1.16, juris sowie OVG Lüneburg, Urt. v. 09.09.2015 – 2 LB 169/14, juris.

³⁹⁶ OVG Münster, Beschl. v. 25.10.2016 – 14 A 1940/16, juris.

³⁹⁷ VG Hamburg, Urt. v. 20.05.2011 - 2 K 236/10 , juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 23.02.1984 - 7 B 24.84 -, juris.

³⁹⁸ VG Kassel, Urt. v. 31.07.2013 - 3 K 1407/11.KS, juris.

Unlesbarkeit in die Bewertung einzubeziehen, kann dies sowohl eine unzureichende Berücksichtigung des bewertungserheblichen Sachverhalts darstellen als auch Befangenheit im Sinne eines Verfahrensfehlers erkennen lassen³⁹⁹. Die Frage, ob bei der Bewertung zu Recht schwerwiegende sprachliche Mängel angenommen worden sind, ist **vom Verwaltungsgericht in vollem Umfang zu überprüfen**. Der für prüfungsspezifische fachliche Bewertungen geltende Bewertungsspielraum findet insoweit keine Anwendung⁴⁰⁰. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung lässt sich aus der Verfassung keine starre Regel ableiten, wonach gleichzeitig erbrachte Prüfungsleistungen stets nach gleichem Prüfungsrecht behandelt werden müssten. Für den prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) ist nicht die Gleichzeitigkeit der Prüfungsleistung, sondern deren Vergleichbarkeit maßgebend⁴⁰¹.

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit es möglich ist, **vorläufig eine Klausur** „als bestanden“ zu werten. Das VG Berlin hat diese Frage verneint, da mit einer solchen Anordnung das Gericht in den Beurteilungsspielraum der Prüfer eindringen würde⁴⁰². Die Bewertung einer Klausur obliege allein den Prüfern. Die Prüfungsentscheidung könne vom Gericht nur darauf hin überprüft werden, ob die Prüfer **den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum überschritten** haben. Schließt sich ein Zweitkorrektor der Bewertung einer Prüfungsleistung durch den Erstkorrektor vollumfänglich an, führt dies nicht dazu, dass er im **Rahmen des Überdenkensverfahrens** an die dort erfolgte Anhebung der Benotung durch den Erstkorrektor gebunden wäre, und zwar auch dann nicht, wenn die Anhebung auf der Abschwächung der Kritik an einem bestimmten Abschnitt der Prüfungsleistung beruht, hinsichtlich dessen auch der Zweitkorrektor seine ursprüngliche Kritik relativiert hat. **Nicht jeder Bewertungsfehler ist prüfungsrelevant**; ein Gericht kann einem Bewertungsfehler die Kausalität für das Prüfungsergebnis absprechen⁴⁰³.

³⁹⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.11.2013 - OVG 7 M 18.13, juris.

⁴⁰⁰ BVerwG, Beschl. v. 16.08.2011 – 6 B 18.11, juris sowie VG Kassel, Urt. v. 31.07.2013 – 3 K 1407/11.KS, juris.

⁴⁰¹ BayVGH, Urt. v. 03.03.2009 – 7 BV 08.3061, juris unter Bezugnahme auf BVerfGE 79,212 ff.

⁴⁰² VG Berlin, Beschl. v. 05.08.2015 - 12 L 313.15 -, juris unter Bezugnahme auf Niehues/Fischer/ Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rz. 910. Hingegen kann im Verfahren gem. § 123 VwGO eine vorläufige Neubewertung einer Prüfungsleistung erstritten werden, siehe VG Bremen, Beschl. v. 04.03.2015 – 1 V 80/15, juris unter Bezugnahme auf OVG Bremen, Beschl. v. 21.02.2014 – 2 B 313/13, juris.

⁴⁰³ BVerwG, Beschl. v. 14.09.2012 – 6 B 35.12, juris.

Bei einer juristischen Prüfung handelt es sich um eine prüfungsspezifische, nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbare Wertung auf Grund der persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen des Prüfers, z.B., ob die Ausführungen des Prüflings zu einem bestimmten Tatbestandsmerkmal zu knapp sind; gleiches gilt für die Frage, ob der Prüfling ein Problem hinreichend herausgearbeitet und erörtert hat. Die Bedeutung einzelner Teile der Prüfungsarbeit für das Gesamtergebnis und die Frage, ob die Arbeit „durchschnittlichen Anforderungen“ genügt, gehört ebenfalls zu den prüfungsspezifischen Wertungen⁴⁰⁴.

„Grenzwertig“ ist eine Entscheidung des 6. Senates des OVG Münster⁴⁰⁵. Die ursprüngliche Erstkorrektur hatte bei der Korrektur einer Klausur im Fach „Staatsrecht“ folgende Randbemerkung angebracht: „Entscheidend ist, dass gegen ein Gesetz kein Rechtsweg gegeben ist“. Die Zweitkorrektur hat sich uneingeschränkt den Korrekturanmerkungen der Erstkorrektur angeschlossen. In der mündlichen Verhandlung beim Verwaltungsgericht hat die Zweitkorrektur eingeräumt, dass diese Randbemerkung „tatsächlich nicht ganz glücklich formuliert“ gewesen sei. Trotzdem hat der Kläger den Rechtsstreit verloren, der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde zurückgewiesen.

Außer Frage steht, dass die **gerichtliche Überprüfungscompetenz** von Leistungen im Rahmen eines **Promotionsverfahrens** stark eingeschränkt ist. Sie findet dort ihre Grenze, wo die Beurteilungsermächtigung der daran beteiligten Gutachter und Organe beginnt. Über diese Grenze kann sich das Gericht auch nicht mit Hilfe von **Sachverständigengutachten** hinwegsetzen, da die Begutachtung der Leistung allein den hierzu berufenen Stellen obliegt⁴⁰⁶. Bei der Berechnung des Gesamtergebnisses der Promotion ist die vom Promotionsausschuss festgelegte ganzzahlige Note der Dissertation zu Grunde zu legen und nicht das arithmetische Mittel der Gutachtervorschläge. Der Promotionsausschuss ist bei der Notenvergabe nicht strikt an das arithmetische Mittel der Bewertungsvorschläge gebunden, sondern trifft eine Gesamtwürdigung. Das Schwergewicht der Promotion liegt auf der Dissertation als schriftlicher, über einen längeren Zeitraum hinweg erstellter wissenschaftlicher Arbeit; dem gegenüber ist die mündliche Prüfung wesentlich stärker von Zufälligkeiten und von der jeweiligen Tagesverfassung der Prüflinge abhängig⁴⁰⁷. Ein Betreuer einer Dissertation kann das Betreuungsverhältnis auflösen. Über die Beendigung

⁴⁰⁴ OVG Saarlouis, Beschl. v. 02.03.2016 – 2 A 108/15, juris.

⁴⁰⁵ OVG Münster, Beschl. v. 29.07.2015 - 6 A 170/14, juris.

⁴⁰⁶ OVG Saarlouis, Beschl. v. 02.02.2015 - 2 D 371/14 -, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 22.07.1983 - 7 B 38/82-, juris.

⁴⁰⁷ VG München, Urt. v. 19.07.2016 – M 3 K 14.514, juris.

des Betreuungsverhältnisses auf Grund wissenschaftlicher Gesichtspunkte hinaus können aber auch Gründe aus dem Bereich der persönlichen Beziehungen zwischen dem jeweiligen Doktoranden und dem Betreuer den Ausschlag für die Auflösung eines Betreuungsverhältnisses rechtfertigen⁴⁰⁸.

Bei juristischen Prüfungsarbeiten stellt die **Gewichtung von Prüfungsteilen und Notenvergabe** (bei schriftlichen Arbeiten), die kernjuristische Fragestellungen behandeln, eine prüfungsspezifische Wertung dar, die dem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum des Prüfers unterfällt. Der Prüfer müsse bei seinem wertenden Urteil nämlich von Einschätzungen und Erfahrungen ausgehen, die er im Laufe seiner Examenspraxis bei vergleichbaren Prüfungen entwickelt habe, und allgemeinen Anwendungen. Auch die Bestehensgrenze lasse sich nicht starr und ohne den Blick auf durchschnittliche Ergebnisse bestimmen. Darauf folge, dass die **Prüfungsnoten nicht isoliert gesehen** werden dürfen, sondern ein Bezugssystem zu finden ist, das durch die persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen des Prüfers beeinflusst wird⁴⁰⁹.

Das **prüfungsrechtliche Überdenkungsverfahren** verlangt von dem Prüfer eine **erneute eigenständige und unabhängige Urteilsbildung** zum Ausschluss von Fehlern. Haben sich die Prüfer (einer Masterarbeit) mit den Einwendungen des Prüflings auseinandergesetzt und sind jeweils bei ihrer Bewertung geblieben, so ist dem Erfordernis des Überdenkens genüge getan. Streiten Prüfer und Prüfling über **fachspezifische Bewertungen**, sind diese uneingeschränkt überprüfbar. In diesem Zusammenhang trifft den Prüfling allerdings die Pflicht, behauptete Bewertungsfehler mit „wirkungsvollen Hinweisen“ zu dokumentieren, d. h. sie substantiiert mit einer nachvollziehbaren Begründung bestehende Einwände darzulegen⁴¹⁰. Dem Prüfer ist es im Übrigen nicht verwehrt, weiteren Einwendungen des Prüflings auch außerhalb des Überdenkungsverfahrens entgegenzutreten, wenn der Prüfling weitere substantiierte Einwendungen erhebt. Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung sind dann die insgesamt getroffenen Bewertungen der Prüfer einschließlich der nachträglich – auch im gerichtlichen Verfahren – abgegebenen Erläuterungen⁴¹¹. Die Rechtsprechung betont immer wieder, dass der Umfang und die Begründungstiefe, die eine im

⁴⁰⁸ VG Trier, Urt. v. 25.04.2016 – 6 K 3718/15.Tr, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 05.11.1985 – 7 B 197/85, juris sowie Hufen, JuS 1987, 918.

⁴⁰⁹ OVG Münster, Beschl. v. 20.01.2015 - 1 A 1009/13 , juris.

⁴¹⁰ VG Berlin, Urt. v. 30.10.2014 - 12 K 945.13-, juris.

⁴¹¹ Siehe hierzu auch BVerwG, Beschl. v. 09.08.2012 - 6 B 9.12 -, juris sowie OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.12.2012 - OVG 10 N 42.09 - n.v.

Überdenkungsverfahren abgegebene Stellungnahme aufweisen muss, von der Substanz der im konkreten Fall vorgebrachten Einwendungen des Prüflings abhängt⁴¹². Erhebt der Prüfling substantiierte Einwendungen gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistung, steht ihm immer ein Überdenkungsverfahren zu. Mängel des Überdenkungsverfahrens können im gerichtlichen Verfahren geheilt werden⁴¹³.

Trotz der doch „sehr beständigen“ Rechtsprechung des BVerwG zur **(Irr-) Relevanz einer „Musterlösung“**⁴¹⁴ muss sich die Rechtsprechung immer wieder mit der Bedeutung einer „Musterlösung“ beschäftigen. Sie ist nach absolut herrschender Rechtsprechung lediglich **„Lösungsskizze für die Prüfer“**.⁴¹⁵ Der Prüfer muss die vom Prüfling angesprochene Gesichtspunkte und Gedanken unabhängig davon, ob sie in der „Musterlösung“ enthalten sind, danach beurteilen, ob sie sich im Rahmen des vom Prüfling gewählten Aufbauschemas bewegen, ob sie sachlich richtig oder zumindest vertretbar und logisch begründet sind und ob für die geforderte Prüfungsleistung wichtige Gesichtspunkte gesehen worden sind⁴¹⁶. Maßgebliche Voraussetzung für die Nachvollziehbarkeit einer Prüferbewertung ist hiernach nicht die Lösungsskizze, sondern **die eigenständige Bewertung des Prüfers**. „Musterlösungen“ sind hiernach bloße Hinweise auf die Fragestellungen, die eine Aufgabe aus der vorläufigen Sicht des Aufgabenstellers enthält. Die Musterlösung stellt somit für den Prüfer grundsätzlich lediglich eine allgemeine, nicht verbindliche Hilfestellung dar, auch wenn sie von der Hochschule zum Zwecke der Qualitätssicherung als „komplett“ sowie „nachvollziehbar und angemessen“ zertifiziert ist⁴¹⁷.

Nach der Rechtsprechung sind **Mängel im Überdenkungsverfahren** ziemlich bedeutungslos. Es wird zwar betont, es müsse gewährleistet sein, dass die vom Prüfling erhobenen substantiierten Einwände den beteiligten Prüfern zugeleitet werden und dass die Prüfer sich mit den Einwänden des Prüflings auseinander zu setzen haben und, soweit diese berechtigt sind, ihre Bewertung der betroffenen Prüfungsleistung korrigieren. Dies setzt

⁴¹² BVerwG, Beschl. v. 21.09.2016 – 6 B 14/16, juris.

⁴¹³ Siehe hierzu OVG Münster, Urte. v. 18.04.2012 – 14 A 2687/09, juris sowie VG Berlin, Urte. v. 21.05.2015 – 12 K 1265.13, juris.

⁴¹⁴ Siehe z.B. BVerwG, Beschl. v. 11.06.1996 - 6 B 88.95 , juris, Beschl. v. 12.07.2013 - 1 WNB 2.13 -, juris.

⁴¹⁵ VG Leipzig, Urte. v. 03.05.2017 - 4 K 1253/15, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 11.06.1996, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 368.

⁴¹⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.12.2009 – 5 ME 182/09, juris; VGH Mannheim, Beschl. v. 10.11.2010 - 9 S 591/10, juris sowie Beschl. v. 30.10.2014 - 9 S 279/14 , juris; OVG Magdeburg, Urte. v. 02.11.2011- 3 L 312/10, juris.

⁴¹⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 30.10.2014 – 9 S 279/14, juris.

natürlich voraus, dass der Prüfer die substantiierten Einwände des Prüflings entgegennimmt. Allerdings wird die Nachholung von Teilen des Überdenkungsverfahrens im gerichtlichen Verfahren (wie betont wird: zu Recht) als unbedenklich angesehen⁴¹⁸. **Grundlage für die gerichtliche Kontrolle einer Prüfungsentscheidung** ist die Entscheidung in der Fassung, wie sie von den Prüfern und den Behörden – im Klageverfahren – getroffen worden ist, soweit gegenüber der Ursprungsentscheidung zum Nachteil des Prüflings keine Änderung des Bewertungssystems erfolgt und im Falle einer Neubewertung diese nicht auf einem Nachschieben beliebiger Gründe beruht⁴¹⁹.

Das VG Würzburg hat judiziert, dass die Begründung der Note „**ungenügend**“ so beschaffen sein muss, dass sie die Überprüfung der Einhaltung des prüfungsspezifischen Bewertungsspielraums ermöglicht. Die Prüfer müssen in einem solchen Fall verdeutlichen, aus welchen Gründen **etwaige brauchbare Ansätze wieder entwertet werden** und es sich deshalb im Gesamtergebnis um eine „völlig unbrauchbare Leistung“ handelt (bei einer Zweiten Staatsprüfung für das Lehramt an Realschulen)⁴²⁰. Nicht hilfreich war der Einwand eines Prüflings, der Erstprüfer lege einen verfehlten Bewertungsmaßstab an, wenn er die von ihm vergebene Note „mangelhaft“ mehrmals damit rechtfertige, dass Ausführungen der Antragstellerin zu verschiedenen Prüfungspunkten „nicht überzeugend“ seien. Verfehlt ist die Annahme des Prüflings, schlüssig und nachvollziehbar begründet werden könne die Note „mangelhaft“ nur dann, wenn nachgewiesen werde, dass der Kandidat das juristische Handwerk, insbesondere die gutachterliche Subsumtionstechnik aber allenfalls nur noch ansatzweise beherrsche und noch stark lückenhafte Rechtskenntnisse vorhanden seien⁴²¹.

Unerheblich für eine Prüfungsbewertung bzw. die rechtliche Überprüfung der Prüfungsbewertung ist eine **hohe Misserfolgsquote**⁴²². Hiernach ist eine hohe Misserfolgsquote ungeeignet, Grundlage einer sachlich angemessenen Überprüfung des Schwierigkeitsgrades einer Aufgabe und der Angemessenheit der Bewertungsmaßstäbe zu sein. Zumindest ist sichergestellt (auf Grund des Verbotes der „reformatio in peius“), dass sich ein Beschwerdeführer oder Kläger bei Einlegung eines Rechtsbehelfes nicht

⁴¹⁸ OVG Münster, Beschl. v. 28.03.2014 - 14 A 238/12 , juris.

⁴¹⁹ OVG Münster, Beschl. v. 03.09.2013 - 14 E 686/13, juris.

⁴²⁰ VG Würzburg, Urt. v. 04.02.2015 - W 2 K 14.644 , juris.

⁴²¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 19.04.2017 – 9 S 673/17, juris.

⁴²² VG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.09.2007 - 12 K 2044/04 , juris sowie Urt. v. 30.03.2011 - 3 A 18.08, juris sowie Beschl. v. 03.04.2013 – 3 K 889.12, juris.

verschlechtert⁴²³. Allerdings liegt eine unzulässige „reformatio in peius“ nicht vor, wenn der Prüfer eine früher als falsch bewertete, nunmehr (auf Grund gerichtlicher Entscheidung) als vertretbar angesehene Lösung erstmals auf ihre sachgerechte Durchführung untersucht und sich auf dieser Grundlage neue Einwendungen ergeben⁴²⁴. Die „18 %-Gleitklausel“ in § 14 Abs. 6 ÄApprO wurde im Übrigen eingeführt zur Vermeidung von extremen Misserfolgsquoten⁴²⁵ (Privilegierung der Medizinstudenten?).

Das VG Hamburg hat judiziert, dass im Einzelfall die Bewertung einer Aufsichtsarbeit fehlerhaft sei, wenn es an einer abschließenden substantiierten Prüferkritik in den Voten fehle. Eine vom Prüfer in einem „**Bewertungsraster**“ ohne Begründung vorgenommene Zuordnung von Punktzahlen zu einzelnen Abschnitten der Prüfungsleistung genüge nicht, da die konkreten Stärken und Schwächen der Prüfungsleistung daraus nicht hervorgehen. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG verlange eine Begründung der Bewertung durch eine substantiierte Kritik der Prüfer an der jeweiligen Prüfungsleistung. Der Prüfer müsse allerdings nicht in seiner Stellungnahme auf jede der vom Prüfling erhobenen Einwendungen eingehen⁴²⁶.

Hat der Normgeber für die Notenbildung angeordnet, dass ein rechnerisch ermittelter Zahlenwert der Einzelnoten einer der Noten einer Notenscala zuzuordnen ist, die durch einen unteren und oberen Grenzwert konkretisiert sind, muss die nach der Notenscala erforderliche Dezimalstelle des Zahlenwertes, in der Regel die erste Dezimalstelle, ermittelt werden. Hierfür kommen drei Möglichkeiten in Betracht: Zum einen kann die erforderliche Dezimalstelle durch kaufmännische Rundung der Dezimalstellen des Zahlenwertes bestimmt werden. Zum anderen können diese Stellen nur bis zu der erforderlichen Dezimalstelle berücksichtigt werden (sogenannter Abbruch der Rundung). Schließlich kann jede noch so geringfügige rechnerische Über- oder Unterschreitung eines Notengrenzwertes durch den Zahlenwert der einzelnen Noten die Zuordnung zu der besseren bzw. schlechteren Gesamtnote begründen. Alle Zuordnungsmethoden sind mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar; das Grundrecht gibt keine Rangfolge vor⁴²⁷. Soweit in einer Prüfungsordnung Grenzwerte mit ganzen Zahlen angegeben sind, lässt sich nach der Rechtsprechung daraus nicht folgern,

⁴²³ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 08.06.2010 - OVG 10 B 4.09, juris

⁴²⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.08.2007 - 2 LA 1208/06, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 04.07.1999 - 6 C 20.98, juris.

⁴²⁵ Siehe hierzu OVG Magdeburg, Beschl. v. 30.03.2015 – 3 M 7/15, juris unter Bezugnahme auf BR-Drucksache 372/1/86, S. 44.

⁴²⁶ VG Hamburg, Urt. v. 13.05.2015 – 2 K 189/14, juris.

⁴²⁷ BVerwG, Beschl. v. 20.11.2015 – BVerwG 6 B 32.15, juris.

dass zur Bestimmung des Gesamtergebnisses der rechnerisch ermittelte Punktwert auf eine ganze Zahl gerundet werden müsste⁴²⁸.

Der die Herabsetzung einer Prüfungsnote auf „nicht bestanden“ bedingende Begriff „schwerwiegende sprachliche oder formale Mängel“ in einer Prüfungsordnung entspricht dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 19 Abs. 4 GG, da er anhand der weiteren Vorschriften über die Anfertigung der Prüfungsleistungen – insbesondere über den Prüfungszweck – auszulegen und es den Betroffenen damit in zumutbarer Weise möglich ist festzustellen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtsfolge vorliegen, sie damit die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach richten können. Es ist angemessen und entspricht damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn in Lehramtsprüfungen auch bei fachlich aus dem Bereich der Naturwissenschaften stammenden Prüfungsleistungen die Fähigkeit verlangt wird, diese Lösungen sprachlich vermitteln zu können, da sich dies als ein sachlich begründeter Teil der zu prüfenden Fachkompetenz darstellt⁴²⁹.

III. Die mündliche Prüfung

Üblicherweise enthalten die Prüfungsordnungen eine Vorgabe für **die Dauer der mündlichen Prüfung**. Bei einer Einzelprüfung ist üblich eine Prüfungsdauer von 30-45 Minuten, wobei allerdings manche mündliche Prüfung nur 20 Minuten dauert, was von der Rechtsprechung nicht beanstandet wird⁴³⁰. Es liege im Ermessen des jeweiligen Prüfers, wie lange er den Prüfungszeitraum gestaltet (nach Auffassung der Referenten höchst bedenklich)⁴³¹.

Der BFH hat im Jahre 2004 entschieden, es liege im „prüfungsspezifischen Ermessen des Prüfers“, ob er einem Prüfling am Ende des von diesem gehaltenen Vortrags **eine Zusatzfrage** stellt und wann er das Prüfungsgespräch mit dem Prüfling beendet und keine weiteren Ergänzungen der Ausführungen mehr zulässt⁴³². Natürlich darf ein **Überschreiten der vorgeschriebenen Prüfungszeit** nicht dazu dienen, einen Prüfling von einer noch ausreichenden Leistung auf eine mangelhafte Leistung herab zu prüfen⁴³³. Die Rechtsprechung hat ebenfalls keine Bedenken, ein Überschreiten der Prüfungsdauer von

⁴²⁸ VG Saarlouis, Urt. v. 21.02.2017 – 1 K 2410/16 – (n.v.)..

⁴²⁹ VGH Kassel, Urt. v. 22.10.2015 – 9 A 1929/13, juris.

⁴³⁰ Siehe hierzu Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 332 ff.

⁴³¹ VG Berlin, Urt. v. 25.02.2015 - 12 K 324.14, juris.

⁴³² BFH, Urt. v. 03.02.2004 - VII R 1/03, juris.

⁴³³ VG Aachen, Urt. v. 26.09.2014 - 9 K 2702/13 -, juris.

(vorgeschriebenen) 20 Minuten auf (tatsächlichen) 30 Minuten für rechtmäßig zu halten, „sofern“ dies im Interesse des Prüflings ist, damit er sich noch auf die Note ausreichend verbessern kann⁴³⁴. Die Rechtsprechung hat auch keine Bedenken bei einer Prüfungsdauer von 27 Minuten, auch wenn andere Prüflinge länger geprüft wurden.

Eine **zu kurze Prüfungsdauer** ist ein **Formfehler**. Zahlreiche Prüfungsordnungen sehen vor, dass derartige Formfehler binnen einer **Frist von einem Monat** geltend zu machen sind; die Versäumung führt zur Präklusion dahin, dass der Kandidat sich in diesem Fall auf den behaupteten Verfahrensfehler nicht mehr berufen kann⁴³⁵. Nach Ende der mündlichen Prüfung wird üblicherweise das Ergebnis verkündet. Wenn eine mündliche Erläuterung der Noten gegenüber dem Prüfling nicht stattgefunden hat, kann dieser (nach der Rechtsprechung) substantiierte Einwendungen anhand der Niederschrift zum Prüfungsunterricht erheben; dazu müssen sich die Ausschussmitglieder im Rahmen ihres Erinnerungsvermögens äußern⁴³⁶. Das VG Karlsruhe hat entschieden, dass § 44 a VwGO der Geltendmachung des Anspruchs eines Prüflings auf Begründung der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung im einstweiligen Rechtsschutz ausnahmsweise nicht entgegensteht, wenn durch das **drohende Verblässen der Erinnerung des Prüfers** dem Prüfling die Möglichkeit der Neubewertung einer mündlichen Prüfungsleistung genommen und er in einen neuen Prüfungsversuch gezwungen wird⁴³⁷.

Bei Mängeln in der mündlichen Prüfung ist der Prüfling verpflichtet (es heißt, es sei ihm zumutbar), **unmittelbar nach Beendigung des Prüfungsteils** die Mängel im Prüfungsverfahren zu rügen⁴³⁸. Der Prüfling hat einen Anspruch auf vollständige Durchführung der mündlichen Prüfung im Hinblick auf die Wahrung der Chancengleichheit. Nach der Rechtsprechung kommt eine **Abkürzung einer mündlichen oder praktischen Prüfung** ausnahmsweise bei offensichtlich unzulänglichen Leistungen dennoch dann in Betracht, wenn das Erreichen einer ausreichenden Leistung in der verbleibenden Zeit mit hinreichender Sicherheit auszuschließen ist⁴³⁹. Nach Auffassung des OVG Berlin-

⁴³⁴ VG Aachen a.a.O.

⁴³⁵ So z.B. VG Sigmaringen, Urt. v. 24.05.2007 - 8 K 911/04, juris.

⁴³⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 19.08.2015 - 2 LB 276/14, juris unter Bezugnahme auf VG Dresden, Beschl. v. 11.02.2010 - 5 L 24/10 -, juris sowie VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2013 - Au 3 K 13.1248, juris.

⁴³⁷ VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.09.2014 - 7 K 2103/14, juris.

⁴³⁸ VG Berlin, Urt. v. 06.06.2014 - 12 K 924.13, juris; OVG Münster, Beschl. v. 06.04.2017 – 14 B 1380/16, juris.

⁴³⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.04.2014 - OVG 10 N 84.11, juris.

Brandenburg machen Mängel des Protokolls und insbesondere auch das **Fehlen der Unterschrift des Prüfungsergebnis** nicht fehlerhaft und begründen für sich genommen keinen Anspruch auf Wiederholung des mündlichen Prüfungsteils⁴⁴⁰. Ein Verstoß gegen das Erfordernis der Aufnahme der wesentlichen Tatsachen für die Bewertung der Prüfung und die Prüfungsniederschrift wirkt sich nicht auf die Bewertung der Prüfung aus, sondern nur auf die dem Prüfungsausschuss obliegende Darlegungs- und Beweislast.

Nach Auffassung des BVerwG ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn bei der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung das vorsitzende Mitglied des Prüfungsausschusses aus den von den Mitgliedern des Prüfungsausschusses vergebenen Einzelnoten den sich daraus ergebenden arithmetischen Mittelwert bildet und nur diesen, nicht aber die dem zu Grunde liegenden Einzelnoten dem Prüfling mitteilt. Es verstoße auch nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben, dass der Prüfungsausschuss bei einer mündlichen Prüfungsleistung im Rahmen des sogenannten Überdenkensverfahrens gemeinsam eine Stellungnahme erarbeitet⁴⁴¹.

Das OVG Münster hat judiziert, dass ein Verstoß gegen das prüfungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot vorliegt, wenn bei einer Seminararbeit ein Teil der Prüflinge das Thema wählen kann und ein anderer Teil das Thema zugeteilt erhält⁴⁴².

Verstirbt nach der mündlichen Prüfung ein Prüfer, so hat der verbleibende Prüfungsausschuss entsprechend dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs in die Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien über Einwendungen gegen die Prüfungsentscheidung in der Besetzung mit den verbleibenden Mitgliedern zu entscheiden⁴⁴³

⁴⁴⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 07.04.2014 - OVG 10 N 90.11, juris.

⁴⁴¹ BVerwG, Beschl. v. 21.12.2016 – BVerwG 2 B 108/15, juris..

⁴⁴² OVG Münster, Urt. v. 16.12.2015 – 14 A 1263/14, juris.

⁴⁴³ VG Hamburg, Urt. v. 23.12.2014 - 2 K 1285/11, juris.

2. Teil Prüfungsprozessrecht

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

1. Streitig ist die Eröffnung des Verwaltungsgerichtsweges bei der Anmeldung zum Abitur an einem **privaten Gymnasium**⁴⁴⁴. Ebenso streitig ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes bei Anfechtung der Bewertung einer Abschlussprüfung in einem Bachelorstudiengang an einer **staatlich anerkannten privaten Hochschule**. Das VG Frankfurt/M. sowie das LG Frankfurt/M. hielten sich jeweils für unzuständig. Das BVerwG hat letztendlich das LG Frankfurt/M. für zuständig erklärt, da der Rechtsweg durch den Verweisungsbeschluss des VG Frankfurt/M. gem. § 17 a Abs. 2 S. 3 GVG bindend festgestellt worden sei⁴⁴⁵. Sofern das Rechtsverhältnis des Prüflings zur Ausbildungsstätte durch einen **(privatrechtlichen) Studienvertrag** geregelt ist, können die Rechtsbeziehungen zwar öffentlich-rechtlich geprägt sein, jedoch nur insoweit als die beklagte Hochschule als **Beliehene** tätig wird. Dies sei nicht der Fall, wenn sich die private Hochschule weigert, die geforderte Diplomprüfung abzunehmen⁴⁴⁶. Das Rechtsverhältnis zwischen einer privat organisierten Hochschule und ihrem Studenten ist grundsätzlich durch die zwischen ihnen geschlossenen Studienverträge geprägt und damit dem Bürgerlichen Recht zuzuordnen; eine Exmatrikulation in Form des Verwaltungsaktes ist rechtswidrig⁴⁴⁷.

Der VGH Kassel hat im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit betreffend die Bewertung von Prüfungsleistungen nichtstaatlicher Hochschulen die Auffassung vertreten, dass insoweit allein die Zivilgerichte zuständig seien⁴⁴⁸. Gleiches gilt für einen Rechtsstreit betreffend den Entzug eines von einer privaten staatlich anerkannten Hochschule verliehenen Doktorgrades. Auch insoweit hat sich das Verwaltungsgericht (Frankfurt a.M.) für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit

⁴⁴⁴ Bejahend bei einer Waldorfschule VG Freiburg, Beschl. v. 09.01.2007 - 2 K 2451/06, juris; verneinend bei einer anerkannten Ersatzschule in freier Trägerschaft: VG Hannover, Beschl. v. 11.07.2001 - 6 A 2545/08, juris.

⁴⁴⁵ BVerwG, Beschl. v. 16.09.2015 - 6 AV 2.15, juris.

⁴⁴⁶ OVG Münster, Beschl. v. 29.05.2013 - 14 E 401/13, juris.

⁴⁴⁷ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 03.09.2014 - 7 K 2160/11, juris.

⁴⁴⁸ VGH Kassel Beschl. v. 13.01.2016 – 9 E 2338/15 m. Anm. Hufen in JuS 2016, 1052.

an das Landgericht Frankfurt a.M. verwiesen⁴⁴⁹. Hiernach musste im Ergebnis das OLG Frankfurt a.M. über den Entzug des von einer privaten Hochschule verliehenen Doktorgrades (wegen Plagiaten) judizieren⁴⁵⁰.

2. Für die Anfechtung einer **Steuerberaterprüfung** sind auf Grund der Sonderzuweisung in § 33 Abs. 1 Ziff. 3 FGO die Finanzgerichte zuständig⁴⁵¹. Das Landesfinanzministerium ist als Beklagter in berufsrechtlichen Streitigkeiten i.S. von § 33 Abs. 1 Nr. 3 FGO keine „Finanzbehörde“ gem. § 139 Abs. 2 FGO und kann daher gem. §§ 149 Abs. 1, 139 Abs. 1 FGO Erstattung der Aufwendungen (Fahrtkosten) verlangen. Hierbei sei nicht zu beanstanden, dass für den Sitzungsvertreter des Landesfinanzministeriums Bundesbahn - Fahrtkosten der 1. Wagenklasse - festgesetzt wurden⁴⁵². Im Übrigen sind sich das BVerwG und der BFH dahingehend einig, dass die Verwaltung grundsätzlich **keinen Anspruch auf Entschädigung** für das Zeitversäumnis wegen der Wahrnehmung eines Gerichtstermins durch einen Bediensteten hat⁴⁵³.

II. Der (elektronische) Verwaltungsakt im Prüfungsrecht und die Anwendung des § 44 a VwGO

Mit dem Begriff des elektronischen Verwaltungsaktes (im Prüfungsrecht) hat sich das OVG Münster näher beschäftigt⁴⁵⁴. Das OVG Münster hat insoweit Folgendes ausgeführt:

„Ein Verwaltungsakt wird elektronisch erlassen, wenn ein Dokument, das nicht in Papierform oder auf einem anderen materialisierten Datenträger fixiert ist, sondern als Datei in elektronischer Form existiert und verarbeitet wird. Dieses elektronische Dokument muss, um von einem elektronischen Verwaltungsakt ausgehen zu können, das für den Rechtsverkehr maßgebliche Original des Verwaltungsaktes sein. Das ist der Fall, wenn sich der Erlass in der Übermittlung des elektronischen Dokuments erschöpft (unter Bezugnahme auf Ramsauer in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 3 a Rn 2a sowie § 37 Rn 19d; Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 8. Aufl. 2014, § 37 Rn 65).

⁴⁴⁹ VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.10.2015 – 4 K 3189/13.F -..

⁴⁵⁰ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 15.02.2017 – 4 U 135/16 – (n.v.).

⁴⁵¹ Siehe hierzu BFH, Beschl. v. 07.04.1992 - VII B 250/91, BFH NV 1992, 771.

⁴⁵² HessFG, Beschl. v. 28.07.1998 -12 Ko 3483/98, juris.

⁴⁵³ BVerwG, Beschl. v. 29.12.2004 - 9 KSt 6/04, juris sowie BFH, Beschl. v. 20.10.2014 -XK 3/13, juris.

⁴⁵⁴ OVG Münster, Urt. v. 21.03.2017 – 14 A 1689/16, juris, Rz. 45 ff.

Hiervon kann nach der ständigen Praxis der Beklagten nicht ausgegangen werden. Denn hiernach werden die Ergebnisse der Modulabschlussprüfungen nicht nur über das Online-Selbstbedienungsportal WUSEL, sondern auch durch Aushang bekannt gegeben, ohne dass der Einstellung in das Portal und dem Aushang ein Vorrang zukäme. Außerdem werden im Online-Selbstbedienungsportal WUSEL keine Dokumente eingestellt, etwas das vom Prüfer erstellte Votum mit seiner Notenfestsetzung... Entgegen der Einschätzung des Klägers sind die Bewertungen nicht öffentlich bekannt gegeben worden, sondern individuell durch Einstellung in das Online-Selbstbedienungsportal WUSEL. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen wirksam, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, und zwar in dem Zeitpunkt, in dem er ihm bekanntgegeben wird. Bekanntgabe bedeutet, dass der Verwaltungsakt dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist, der Verwaltungsakt also derart in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, dass dieser bei gewöhnlichem Verlauf und unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Es kommt für den Zugang allein auf Möglichkeit der Kenntnisnahme des Verwaltungsaktes unter den genannten Bedingungen an, nicht aber auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme.“

Grundsätzlich bilden Benotungen einzelner Prüfungsleistungen lediglich die Grundlage für die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Prüfung⁴⁵⁵. Erzielt jedoch der Studierende in einem Fach der **Vorprüfung** keine ausreichende Endnote und erhält er hierüber einen schriftlichen oder - bei entsprechender Festlegung des Prüfungsausschusses der Hochschule - einen hochschulöffentlich bekanntgemachten **Bescheid** durch das Prüfungsamt mit einer Belehrung darüber, innerhalb welcher Frist eine Wiederholung erfolgen muss und dass die Bewertung der Prüfungsleistungen in dem betreffenden Fach mit der Endnote „ausreichend“ oder besser Voraussetzung für das Bestehen der Vorprüfung und dem Eintritt in das Hauptstudium ist, so handelt es sich nicht mehr nur um eine bloße Mitteilung der Noten, sondern um einen anfechtbaren Bescheid. Dies gilt erst recht, wenn der Notenbekanntgabe eine **Rechtsbehelfsbelehrung** beigefügt ist⁴⁵⁶. Auf jeden Fall müssen sich die Studierenden im Internetauftritt der Prüfungsbehörde über das Procedere der Prüfung (wie z.B. bei Anträgen auf Fristverlängerung) kundig machen⁴⁵⁷. Das OVG

⁴⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 - 6 C 8/11, juris; BayVGh, Beschl. v. 22.03.2012 - 7 ZB 11.2859, juris.

⁴⁵⁶ BayVGh, Beschl. v. 07.11.2012 - 7 C 12.2143, juris.

⁴⁵⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.09.2015 - 2 LA 194/15, juris.

Münster weist darauf hin, dass ein **unterschiedenes Schriftstück**, das als pdf-Datei eingescannt, als Anhang einer E-Mail übersandt und von dem Empfänger ausgedruckt wird, die Schriftform erfüllt, wenn der Empfänger diese Übersendungsform zur Einreichung auch schriftlicher Erklärungen bereit gestellt hat⁴⁵⁸. Das VG Lüneburg hat nunmehr judiziert, dass die Veröffentlichung einer Prüfungsentscheidung in einem Internet gestütztem Hochschulinformationssystem keine wirksame Bekanntgabe sei, wenn der Inhalt der Internetseite von der Hochschule jederzeit wieder geändert werden könne⁴⁵⁹.

Die Rechtsprechung geht nach wie vor davon aus, dass das **Ladungsschreiben** zur Prüfung kein anfechtbarer Verwaltungsakt ist, sondern lediglich eine nicht isoliert anfechtbare behördliche Verfahrenshandlung gem. § 44 a Satz 1 VwGO⁴⁶⁰. Die Entscheidung über die Nichtbewertung einer Klausur stellt eine endgültige prüfungsrechtliche Regelung mit Außenwirkung dar und ist somit ein Verwaltungsakt. Der Klageerhebung steht somit § 44 a VwGO nicht entgegen⁴⁶¹. Problematisch ist eine Ladung zu einer Prüfung, wenn die Prüfungstermine auf den Internet-Prüfungslisten der Hochschule angegeben werden und der Kandidat in einer unrichtigen Internet-Prüfungsliste geführt wird. Das VG Cottbus hielt dies für unschädlich, da es für jeden Studierenden klar war, dass er bei der Suche in den Internet-Prüfungslisten nicht alleine auf seine aktuelle Seminargruppe sich beschränken darf, sondern auch die übrigen Seminargruppen einbeziehen müsse. Diese Ausgestaltung der Bekanntgabe von Prüfungsterminen überspanne keineswegs die Anforderungen an die Studierenden⁴⁶².

Soweit es um eine Prüfung auf der Basis von Bundesrecht geht, ist empfehlenswert ein Blick in das Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29. März 2017⁴⁶³. So wird – beispielhaft – durch Art. 11 die Verordnung über den Vorbereitungsdienst für den gehobenen Kriminaldienst des Bundes wie folgt geändert:

⁴⁵⁸ OVG Münster, Beschl. v. 30.03.2015 -14 A 2435/14, juris.

⁴⁵⁹ VG Lüneburg, Urt. v. 24.11.2016 – 6 A 182/15, juris.

⁴⁶⁰ Siehe z.B. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.07.2015 - OVG 10 M 11.15, juris sowie Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 382 m.w.N.

⁴⁶¹ VG Berlin, Beschl. v. 09.04.2014 - 12 L 231.14, juris.

⁴⁶² VG Cottbus, Urt. v. 27.06.2014 - 1 K 1131/13, juris; im Übrigen hat das VG Cottbus festgestellt, dass Prüfungen auch an einem Sonnabend stattfinden können, da es sich bei dem Sonnabend nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nach wie vor um einen Werktag handelt (unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 27.04.2005 -VIII ZR 206/04, NJW 2005, 2154, juris).

⁴⁶³ BGBl. I Seite 626 ff.

„Sofern die Bachelorarbeit elektronisch übermittelt werden kann, kann die Versicherung auch elektronisch abgegeben werden.“

Konsequenterweise wird dann in § 16 Abs. 2 der Verordnung das Wort „Unterschreiben“ durch das Wort „Bestätigen“ ersetzt. Der technische Fortschritt hält somit auch in das Prüfungsrecht Einzug. Die Bewertung einer Prüfungsleistung als bestanden oder als nicht bestanden ist ein Verwaltungsakt, wenn von der Entscheidung nach der Prüfungsordnung unmittelbar abhängt, ob ein Modul bestanden ist und Credit-Points nach dem ECTS erworben werden, die bei einem Hochschulwechsel erhalten bleiben⁴⁶⁴.

Die behördliche Verweigerung der Akteneinsicht ist nach der Rechtsprechung jedenfalls eine nicht selbständig anfechtbare Verfahrenshandlung im Sinne des § 44 a Satz 1 VwGO, wenn die Einsicht von einem Beteiligten im laufenden Verwaltungsverfahren und für dieses begehrt wird. Eine ausnahmsweise Nichtanwendung des § 44 a Satz 1 VwGO komme nur dann in Betracht, wenn dies verfassungsrechtlich zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) geboten ist.⁴⁶⁵

III. Die Kompetenz der Widerspruchsbehörde

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass für die gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO gebotene „**Zweckmäßigkeitskontrolle**“ im Prüfungswesen praktisch kein Raum bestehe, da Prüfungsentscheidungen über die Kriterien der Zweckmäßigkeit nicht zu erfassen sind⁴⁶⁶. Auch die Rechtsprechung verneint die Verpflichtung des beklagten Prüfungsamtes zur Vornahme einer Zweckmäßigkeitprüfung⁴⁶⁷. Dies mag bei einem Streit über die Bewertung einer Prüfungsleistung gelten, nicht jedoch bei Streitigkeiten über die Befangenheit eines Prüfers oder sonstige formale **Mängel im Prüfungsverfahren**. Rechtsprechung und Literatur haben jedoch keine Bedenken, dass durch Landesgesetz die Kompetenz der Widerspruchsbehörde eingeschränkt werden kann⁴⁶⁸. Im Umkehrschluss wird man die Auffassung vertreten müssen, dass ohne ausdrückliche (landes-)gesetzliche Regelung die

⁴⁶⁴ VG Lüneburg, Urt. v. 24.11.2016 – 6 A 182.15, juris.

⁴⁶⁵ VG Cottbus, Beschl. v. 21.06.2017 – 1 L 332/17, juris.

⁴⁶⁶ Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rz. 839.

⁴⁶⁷ OVG Greifswald, Beschl. v. 20.12.2002 - 2 L 8/01, juris, wonach § 25 JAPO MV als Rechtsnorm eine Ausnahmeregelung im Sinne des § 78 Abs. 1 Satz 2 VwGO schaffen konnte; im Ergebnis ebenso VG Düsseldorf, Urt. v. 01.03.2002 - 15 K 2809/00.

⁴⁶⁸ So z.B. Gärditz/Glaser, VwGO, 2013, § 68 Rz. 24 unter Bezugnahme auf Rüssel, NVwZ 2006, 523, 525.

Kompetenz der Widerspruchsbehörde (abgesehen von Bewertungsfragen) uneingeschränkt ist. Hierbei ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass die Prüfer zu einer mündlichen Beratung über den Widerspruch des Prüflings zusammentreten; vielmehr ist in der Regel auch ein **schriftliches Umlaufverfahren** ausreichend, das allerdings mit einem aktenkundigen Ergebnis enden muss⁴⁶⁹.

Das BVerwG hat nunmehr judiziert, dass der Prüfling bei berufsbezogenen Prüfungen keinen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen das Ergebnis eines durchgeführten verwaltungsinternen Kontrollverfahrens zur Überdenkung der Bewertung seiner Prüfungsleistung durch den Prüfer hat⁴⁷⁰. „Kritisch“ wird es jedoch, wenn Prüfer im Überdenkungsverfahren ihre Bewertung anheben, dies jedoch beim Landesprüfungsamt nicht auf „Wohlwollen“ stößt und demzufolge das Landesprüfungsamt „korrigierend“ eingreift und den Prüfer dazu bewegt, die ursprünglich von ihm beabsichtigte Anhebung der Prüfungsbewertung wieder zurückzunehmen⁴⁷¹.

Wird eine schriftliche Prüfungsarbeit wegen **Ausscheidens der ursprünglichen Prüfer** von neuen Prüfern bewertet, so müssen diese eine von Grund auf neue Bewertung vornehmen. Dies bedeutet, dass die Bewertung, die die ausgeschiedenen Prüfer vorgenommen haben, und deren Bewertungssystem von den neuen Prüfern nicht gleichsam in verbesserter Form fortzuschreiben sind, so dass die neuen Prüfer so an die Arbeit heranzugehen haben, als seien sie die ersten Prüfer⁴⁷².

Im Falle eines **gespalteten Widerspruchsbescheides**, mit dem einem Begehren des Prüflings nach Neubewertung bzw. Prüfungswiederholung hinsichtlich einzelner Prüfungsleistungen stattgegeben und hinsichtlich anderer Prüfungsleistungen nicht stattgegeben wird, ist es der Widerspruchsbehörde verwehrt, den abschlägigen Teil zum Gegenstand einer eigenständigen bestandskräftfähigen Regelung zu machen, die dem Prüfling bei Versäumung der gesetzlichen Klagefrist die Möglichkeit nehmen würde, die

⁴⁶⁹ VG Arnsberg, GB vom 10.08.2011 - 9 K 2842/09 - (n.v.)

⁴⁷⁰ BVerwG, Beschl. v. 09.08.2012 - 6 B 19/12, NVwZ 2013, 83. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG, Beschl. v. 04.01.2013 - 1 BvR 2004/12 - (n.v.) nicht zur Entscheidung angenommen. Siehe hierzu auch Neumann, juris-PR BVerwG 4/2013 Anm. 2.

⁴⁷¹ Das VG Schleswig, Urt. v. 12.02.2013 - 7 A 72/10 (n.v.) hatte keine Bedenken.

⁴⁷² So OVG Münster, Beschl. v. 16.12.2014 - 6 A 364/13, juris; unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 - 6 C 7.02, NJW 2003, 1063.

betreffende Bewertungen in einem später gegen den abschließenden Prüfungsbescheid gerichtete Klage einzubeziehen⁴⁷³.

IV. Die Akteneinsicht

Gemäß § 2 Abs. 3 Ziff. 3 VwVfG i.V.m. § 29 VwVfG hat ein Prüfling - nach abgeschlossener Prüfung - ein Recht auf Akteneinsicht⁴⁷⁴. In manchen Bundesländern wird in den Hochschulgesetzen ausdrücklich bestimmt, dass die jeweilige Prüfungsordnung das Recht zur Akteneinsicht in die Prüfungsakten zu regeln hat (siehe z.B. § 64 Abs. 2 Ziff. 10 HG NRW)⁴⁷⁵. Streitig ist nach wie vor die Frage, inwieweit ein Prüfling Einsicht nehmen kann in die „**Musterlösung**“ bzw. den „**Prüfervermerk**“. Dem Anspruch auf Akteneinsicht wird entgegengehalten, dass die „Musterlösung“ bzw. der „Prüfervermerk“ nicht das konkrete Prüfungsverfahren des einzelnen Prüflings betrifft, sondern Prüfern lediglich eine allgemeine und nicht verbindliche Hilfestellung gibt⁴⁷⁶. Demzufolge seien „Musterlösung“ und „Prüfervermerk“ keine Verwaltungsvorgänge im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO⁴⁷⁷. Nach der Rechtsprechung ist maßgebliche Voraussetzung für die Nachvollziehbarkeit einer Prüferbewertung nicht die Lösungsskizze, sondern die eigenständige Bewertung des Prüfers. Auch von einer „Musterlösung“ abweichende Falllösungen sind angemessen zu bewerten und zu würdigen⁴⁷⁸.

Streitig ist auch, ob ein (striker) **Rechtsanspruch auf Herstellung von Fotokopien besteht**⁴⁷⁹. Die Rechtsprechung vertritt überwiegend die Auffassung, dass ein Anspruch des Prüflings auf Fertigung von Fotokopien nicht besteht,⁴⁸⁰ wobei es grotesk wird, wenn die Fernuniversität Hagen es ablehnt, die Prüfungsunterlagen per Fax oder E-Mail zu

⁴⁷³ BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 - 6 C 8/11, juris; siehe hierzu Neumann, juris PR-BVerwG 21/2012 Anm. 5 sowie Hufen, JuS 2013, 191 f.

⁴⁷⁴ Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 29 Rz. 75; Haase in : Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, § 16 Rz. 304 ff.; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rz. 190 ff.

⁴⁷⁵ Siehe hierzu Weber in Leuze/Epping, HG NRW, 4. Ergänzungslieferung 2007, § 64 Rz. 87 ff.

⁴⁷⁶ VGH Mannheim, Beschl. v. 30.10.2014 - 9 S 279/14, juris.

⁴⁷⁷ Siehe hierzu - mit umfangreichen Nachweisen - VG Köln, Urt. v. 16.06.2011 - 6 K 400/10, NVwZ-RR 2011, 897; siehe weiterhin OVG Magdeburg, Urt. v. 02.11.2011 - 3 L 312/10, NVwZ-RR 2012, 310.

⁴⁷⁸ VGH Mannheim, Beschl. v. 30.10.2014 – 9 S 179/14, juris.

⁴⁷⁹ Siehe hierzu Haase in Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, § 16 Rz. 307.

⁴⁸⁰ Siehe z.B. VG Mainz, Beschl. v. 06.09.2011 - 3 K 673/11.MZ, juris.

übermitteln und vom Prozessbevollmächtigten bzw. dem Prüfling (die jeweils mehr als 400 km entfernt wohnen) verlangt, unmittelbar bei der Fernuniversität Hagen **Akteneinsicht** zu nehmen⁴⁸¹. Unzureichend ist es auf jeden Fall, wenn dem Prüfling erst im Gerichtsverfahren vollständige Akteneinsicht gewährt wird⁴⁸². Das OVG Saarlouis hat nunmehr entschieden, dass ein **Anspruch auf Einsichtnahme in einer Prüfervermerk** im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens, dass die Anfechtung der Bewertung von Aufsichtsarbeiten zum Gegenstand hat, ausnahmsweise dann bestehen kann, wenn der Prüfer selbst in seinem Votum auf den Prüfervermerk Bezug genommen hat und sich nicht von der Hand weisen lässt, dass dessen Inhalt für die Beurteilung der Prüfungsleistung von Bedeutung war⁴⁸³.

Das OVG Magdeburg vertritt hingegen die Auffassung, dass wegen § 1 Abs. 3 IZG LSA ein Rückgriff auf den allgemeinen Informationsanspruch des § 1 Abs. 1 IZG LSA verschlossen sei (womit die Einsichtnahme in „Muster-Lösungen“ verwehrt wurde)⁴⁸⁴. Der **BayVerfGH** hat betont, dass bei der Rüge der Verletzung des Akteneinsichtsrechtes der Beschwerdeführer darlegen müsse, inwieweit sich die **behauptete Verletzung des Akteneinsichtsrechtes** auf den Inhalt der **angegriffenen Gerichtsentscheidungen** ausgewirkt haben soll⁴⁸⁵. Entsprechendes wird man auch auf den Verwaltungsprozess übertragen müssen in Bezug auf eine nicht gewährte Akteneinsicht im vorprozessualen Verfahren. Ausgehend hiervon ist es allerdings erstaunlich, dass bei den Steuerberaterprüfungen, obwohl diese und juristische Staatsprüfungen durchaus miteinander vergleichbar sind, selbstverständlich ein Recht auf Akteneinsicht in den Prüfervermerk besteht⁴⁸⁶. Üblicherweise wird der Prüfervermerk auch (zumindest) dem Klägervertreter ausgehändigt. Die rechtliche Relevanz eines Abweichens des Prüfers von der „Musterlösung“ ist vielfach Gegenstand finanzgerichtlicher Entscheidungen⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ Siehe z.B. VG Arnsberg, Urt. v. 10.08.2011 - 9 K 2842/09 -(n.v.).

⁴⁸² A.A. VG Berlin, Urt. v. 21.05.2015 - 12 K 1265.13, juris.

⁴⁸³ OVG Saarlouis, Beschl. v. 08.05.2013 - 2 B 284/13, juris.

⁴⁸⁴ OVG Magdeburg, Urt. v. 02.11.2011 - 3 L 312/10, juris.

⁴⁸⁵ BayVerfGH, Entscheidung vom 07.03.2014 - Vf. 54-VI-13, juris.

⁴⁸⁶ Siehe hierzu bereits Zimmerling/Brehm, StB 1998, 499 ff.

⁴⁸⁷ Siehe z.B. BFH, Urt. v. 05.10.1999 - VII R 152/97, juris; BFH, Urt. v. 12.06.2001 - VII R 49/00, juris; BFH, Urt. v. 19.04.2005 - VII B 200/04, juris; BFH, Urt. v. 19.04.2005 - VII B 199/04, juris; BFH, Urt. v. 08.07.2014 - VII B 158/13, juris.

Auch im Prozess um die Steuerberaterprüfung dürfen richtige Antworten oder Lösungen nicht als falsch bewertet werden⁴⁸⁸.

Sollte sich die Prüfungsbehörde weigern, die Prüfungsunterlagen (Klausuren, Aufgabenstellungen und Prüferbewertungen) an den Prozessbevollmächtigten herauszugeben, stellt sich die Frage der Zulässigkeit eines entsprechenden Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Gemäß **§ 44 a VwGO** können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit dem gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. In der Literatur besteht aber Einigkeit darüber, dass sich im Hinblick auf den **Art. 19 Abs. 4 GG** ein Prüfungsamt nicht auf die Bestimmung berufen kann und den Prüfern nicht auf das Klageverfahren verweisen darf⁴⁸⁹. § 44 a VwGO steht nach Auffassung des VG Karlsruhe der Geltendmachung des Anspruchs eines Prüflings auf Begründung der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ausnahmsweise nicht entgegen, wenn durch das **drohende Verblässen der Erinnerung des Prüfers** dem Prüfling die Möglichkeit der Neubewertung seiner mündlichen Prüfungsleistung genommen und er in einen neuen Prüfungsversuch gezwungen wird⁴⁹⁰. Akteneinsicht ist jedoch grundsätzlich erst zu gewähren, wenn die Prüfung abgeschlossen ist. Die Prüfungsbehörde darf die Gestattung der Akteneinsicht nicht davon abhängig machen, dass der Prüfling auf die an sich noch durchzuführende mündliche Prüfung verzichtet; ein derartiger **Verzicht** ist unverbindlich⁴⁹¹. Das Recht auf Akteneinsicht umfasst nicht das Recht des Prüflings oder seines Prozessbevollmächtigten, die persönlichen Notizen eines Prüfers (gefertigt während der mündlichen Prüfung) einzusehen. Die persönlichen Notizen eines Prüfers sind weder Bestandteil des Verwaltungsvorganges noch von der Prüfungsbehörde zu den Akten einzufordern⁴⁹².

⁴⁸⁸ BFH, Beschl. v. 12.01.2016 - VII B 69/15 -m.w.N. Rn. 8 - auch zu den Revisionszulassungsgründen in Rn. 9 und 10.

⁴⁸⁹ Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 44 a Rz. 58; Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rz. 380 ff.; Steike, NVwZ 2001, 868 ff., 871 ff; VG Mainz, Beschl. v. 06.09.2011 - 3 K 673/11.MZ, juris.

⁴⁹⁰ VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.09.2014 - 7 K 2103/14, juris.

⁴⁹¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 03.11.1977 - 1 A 28/76 -; NJW 1978, 2260; VG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2003 - 10 K 2683/01, juris. Das Ladungsschreiben zur Prüfung ist nach allgemeiner Auffassung hingegen kein Verwaltungsakt, siehe z.B. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.07.2015 - OVG 10 M 11.15, juris.

⁴⁹² OVG Münster, Beschl. v. 18.01.2016 – 14 B 1393/15, juris.

V. Die Folgen der Widerspruchseinlegung

Die nach förmlicher Bescheidung über ein Prüfungsergebnis schriftlich gegenüber der Widerspruchsbehörde erhobenen Einwände sind regelmäßig als Widerspruch zu verstehen⁴⁹³. Die **aufschiebende Wirkung**, die der Rechtsbehelf gegen einen Bescheid über das Nichtbestehen einer Modulprüfung (und damit der Bachelorprüfung) entfaltet, führt nicht dazu, dass der Betreffende an **weiteren Wiederholungsprüfungen** teilnehmen darf⁴⁹⁴. Die Bitte an die Prüfungsbehörde, die Prüfungsentscheidung „gründlich zu überdenken“ ist kein (förmlicher) Widerspruch⁴⁹⁵. Die (wirksam erfolgte) Erklärung, ein Widerspruch werde zurückgenommen, kann nicht entsprechend den Regeln des BGB über die Anfechtung von Willenserklärungen angefochten werden. Die Möglichkeit, sich von einer solchen Rücknahmeerklärung durch deren Widerruf zu lösen, besteht nur in eng begrenzten Ausnahmefällen. Wird ein unzulässiger, weil verspäteter Widerspruch seitens der Widerspruchsbehörde ohne sachliche Einlassung als unzulässig zurückgewiesen, so führt eine im anschließenden Klageverfahren erfolgende hilfsweise Einlassung der Behörde zur Sache nicht (nachträglichen) Zulässigkeit der Klage⁴⁹⁶. **Rechtsfolge der Prüfungsanfechtung** ist, wenn möglich, die **Neubewertung der Prüfungsleistung** und nicht die **Teilnahme an einem weiteren Prüfungsdurchgang**⁴⁹⁷.

Nach der Auffassung des OVG Münster kann ein Gericht grundsätzlich einen **Widerspruchsbescheid** in einen Ausgangsbescheid umdeuten (z.B. bei Fehlerhaftigkeit des Widerspruchsbescheides). Warum eine Umdeutung in einen **Zweitbescheid**, der seiner Funktion nach einem Widerspruchsbescheid noch ähnlicher ist, nicht möglich sein soll, sei nicht erkennbar⁴⁹⁸.

⁴⁹³ So OVG Münster, Urt. v. 16.12.2008 - 14 A 2154/08, juris.

⁴⁹⁴ OVG Bremen, Beschl. v. 21.02.2014 - 2 B 313/13, juris, OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.09.2015 - 2 ME 228/15, juris.

⁴⁹⁵ VG Berlin, Urt. v. 09.05.2012 - 3 K 287/11, juris.

⁴⁹⁶ OVG Hamburg, Beschl. v. 07.10.2014 - 3 Bf 86/12, juris; siehe im Übrigen zu den Anforderungen an die Rechtsmittelbelehrung die Beschwerdeentscheidung des BVerwG, Beschl. v. 10.06.2015 - 6 B 62/14 u.a., juris.

⁴⁹⁷ OVG Bremen, Beschl. v. 21.02.2014 - 2 B 313/13 -, juris.

⁴⁹⁸ OVG Münster, Beschl. v. 06.02.2013 - 14 A 273/12, juris unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urt. v. 20.02.1990 - 4 S 287/87, NVwZ-RR 1991, 493.

VI. Unfaire Rechtsprechung

Ein Widerspruch kann selbstverständlich zurückgenommen werden; die **Rücknahme des Widerspruchs** enthält grundsätzlich **keinen Verzicht**, so dass der Prüfling – solange die Jahresfrist nach §§ 70 Abs. 1, 2, 58 Abs. 2 VwGO noch nicht abgelaufen ist - erneut Widerspruch eingelegt werden kann. Fraglich ist, ob der Widerspruch „teilweise“ zurückgenommen werden kann, beispielsweise wegen der Erhebung von Einwendungen gegen die Bewertung, nicht aber wegen der Rüge fehlerhafter Ladung oder sonstiger organisatorischer Mängel im Prüfungsverfahren. Nach Auffassung des VG Bremen muss dies in der Rücknahmeerklärung klargestellt werden. Die Rücknahme des Widerrufs ist als Verfahrenshandlung nicht anfechtbar⁴⁹⁹.

Das OVG Bremen⁵⁰⁰ hat die Beschwerde zurückgewiesen. Nach Auffassung des OVG Bremen sei die Aussage in dem Schreiben an das Prüfungsamt eindeutig, wenn dort ausgeführt werde, „die Antragstellerin widerspreche nicht mehr“. Hierbei hat das OVG Bremen auch darauf hingewiesen, dass in dem Schreiben betreffend die (teilweise) Rücknahme des Widerspruchs die gleiche Wortwahl wie im Widerspruchsschreiben verwendet werde, so dass in Kenntnis beider Schreiben der Schluss naheliege, der mit dem einen Schreiben eingelegte Rechtsbehelf wäre mit dem anderen Schreiben vollständig erledigt.

VII. Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten

Eine juristische Vorbildung des Widerspruchsführers schließt die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes nicht generell aus. Die juristischen Kenntnisse des Widerspruchsführers sind allerdings bei der Beurteilung des Einzelfalls zu berücksichtigen⁵⁰¹. Bei der **Anfechtung einer juristischen Prüfung** hat das VG Saarlouis betont, dass der dortigen Klägerin auch aus **Gründen der Waffengleichheit** nicht zuzumuten war, das Vorverfahren ohne Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes zu führen. Auf der **Seite der Universität** waren mit den Prüfungsentscheidungen **zwei Universitätsprofessoren der Juristischen Fakultät beauftragt**. Auch der **Dekan** der Rechts- und

⁴⁹⁹ VG Bremen, Beschl. v. 07.10.2015 – 6 V 1351/15 unter Bezugnahme auf Dolde/Porsch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 69 Rz. 14.

⁵⁰⁰ OVG Bremen, Beschl. v. 06.01.2016 – 2 B 227/15 – (n.v.).

⁵⁰¹ VG Köln, Urt. v. 24.11.2005 - 15 K 5034/05, juris; VG Magdeburg, Urt. v. 05.06.2010 - 5 A 16/10, juris; VG Saarlouis, Urt. v. 29.09.2014 - 1 K 713/14, juris.

Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät war **Rechtsprofessor**. Auf Grund dieses offensichtlich bestehenden fachlichen Ungleichgewichtes durfte die erfolgreiche Klägerin einen Prozessbevollmächtigten hinzuziehen mit der Folge der Kostenerstattung durch die Universität⁵⁰².

Das OVG Weimar⁵⁰³ hat die **Hinzuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren** für notwendig erklärt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG⁵⁰⁴, da in einem Prüfungsprozess ein vernünftiger Bürger mit gleichem Bildungs- und Erfahrungsstand bei der gegebenen Sachlage ein Rechtsanwalt oder sonstige Bevollmächtigten sich bedient hätte. Es wurde weiter betont, dass das Studium der Rechtswissenschaft des Klägers angesichts des Umstandes, dass der geführte Rechtsstreit für das Bestehen der Ersten juristischen Staatsprüfung von Bedeutung ist, der Kläger nicht über praktische juristische Erfahrungen verfügt und auf Seiten des Beklagten Volljuristen tätig werden, und deshalb auch ein vernünftiger Bürger mit einem vergleichbaren Bildungs- und Erfahrungsniveau bei der gegebenen Rechtslage eines Anwaltes sich bedient, der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nicht entgegensteht⁵⁰⁵.

VIII. Klagebefugnis und substantiiertes Vorbringen

Mit dem Problem der Klagebefugnis bei der Geltendmachung eines Verstoßes gegen den prüfungsrechtlichen **Grundsatz der Chancengleichheit** hat sich der VGH Mannheim beschäftigt⁵⁰⁶. Der VGH Mannheim hat betont, dass jeder Prüfling auf Grund seines Grundrechtes aus Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch darauf habe, dass die Prüfungsentscheidung nicht auf der Grundlage eines Prüfungsverfahrens getroffen werde, in dem der Grundsatz der Chancengleichheit in einer Weise verletzt werde, die sich auf das **Ergebnis der Prüfung ausgewirkt** haben kann. Auch im Prüfungsrecht gäbe es hingegen **kein subjektiv öffentliches Recht** des einzelnen Prüflings auf **Beachtung des Grundsatzes der Chancengleichheit** als objektiv-rechtliches Gebot. Die

⁵⁰² VG Saarlouis, Urt. v. 29.09.2014 - 1 K 713/14, juris.

⁵⁰³ OVG Weimar, Urt. v. 21.01.2015 - 1 KO 169,14, juris.

⁵⁰⁴ BVerwG, Beschl. v. 09.05.2012 - 2 A 5/11, juris.

⁵⁰⁵ Das VG Weimar, Beschl. v. 21.07.2015 - 2 K 309/13 Wer - hat die durch Inanspruchnahme eines auswärtigen Anwaltes entstandenen Fahrtkosten für erstattungsfähig erklärt.

⁵⁰⁶ VGH Mannheim, Beschl. v. 27.02.2014 - 9 S 2275/13, juris; unter Berufung auf BVerwG, Beschl. v. 03.10.1986 - 7 B 89/86, juris sowie vom 06.01.1984 - 7 B 169.83, juris sowie BFH, Urt. v. 20.07.1999 - VII R 22/99, juris.

Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BVerwG mit der Begründung zurückgewiesen, dass ein gleichheitswidriger Mangel des Prüfungsverfahrens unbeachtlich sei, wenn er sich **auf den Prüfling nicht ausgewirkt** haben kann. Auch bei inhaltlichen Bewertungsfehlern sei anerkannt, dass sie ohne rechtliche Sanktionen bleiben, wenn sie sich auf das Prüfungsergebnis nicht ausgewirkt haben⁵⁰⁷. Bei einem Streit um Schulnoten wird die Klagebefugnis von der Rechtsprechung bejaht, so lange nicht unter jedem Gesichtspunkt ausgeschlossen ist, dass sie durch eine verbesserte Note sich auch die Chancen des Klägers/der Klägerin für einen bestimmten Berufszugang vergrößern⁵⁰⁸.

Eine **wirksame gerichtliche Kontrolle** setzt nach der Rechtsprechung eine schlüssige und **hinreichend substantiierte Rüge des klagenden Prüflings** voraus, welche sich inhaltlich - und zwar in Form von konkreten substantiierten Einwendungen gegen den Bewertungsvorgang an sich oder solchen fachspezifischer Art - mit den fachlichen Einwendungen gegen die Prüfungsleistung auseinandersetzen muss. **Unschlüssig** ist dabei eine **Rüge**, wenn sie die Beanstandung des Prüfers nicht trifft, somit die Argumentation des Prüflings an der Prüferkritik vorbeigeht und diese damit wohl nicht entkräften kann. Unsubstantiiert ist eine Rüge, wenn sie zwar die Prüferkritik zutreffend erfasst, es aber an hinreichenden fachlichen Argumenten etwa zu der Vertretbarkeit oder Richtigkeit an einer Lösung fehlt und/oder die Argumentation nicht durch Angabe einschlägiger Fundstellen zu der streitigen Fachfrage belegt wird. Unbegründet ist schließlich eine Rüge, wenn die Argumentation des Prüflings die Prüferkritik nicht zu entkräften vermag, weil sie fachlich unzutreffend ist⁵⁰⁹.

Zwischenzeitlich haben mehrere Verwaltungsgerichte sich mit der Frage beschäftigt, ob und inwieweit der Studierendenschaft eine Klagebefugnis im Prüfungsrecht zukommt. Die Gerichte waren sich darin einig, dass insoweit eine eigene Rechtsbeeinträchtigung der Studierendenschaft nicht gegeben ist, so dass auch nicht eine Studien- oder Prüfungsordnung im Wege des Normenkontrollverfahrens angegriffen werden kann⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ BVerwG, Beschl. v. 15.05.2014 - 6 B 25/14, juris.

⁵⁰⁸ VG Berlin, Urt. v. 12.06.2014 - 3 K 424.13 unter Bezugnahme auf Niehues/Fischer, Prüfungsrecht, Rz. 829.

⁵⁰⁹ VG Arnsberg, GB v. 10.08.2011 - 9 K 2842/09 - (n.v.).

⁵¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 03.01.2017 – 6 BN 2.16, juris; OVG Koblenz, Urt. v. 12.02.2016 – 10 C 10948/15, juris sowie VGH Kassel, Urt. v. 10.12.2016 – 10 C 1608/15.N, juris.

IX. Anspruch auf Überdenkungsverfahren im gerichtlichen Verfahren

Das „Überdenkungsverfahren“ stellt ein der umfassenden Richtigkeitskontrolle dienendes, in das Widerspruchsverfahren implementiertes und damit **behördeninternes Kontrollverfahren** dar, das mit Abschluss des gesetzlich vorgesehenen Widerspruchsverfahrens ebenfalls beendet ist. Das prüfungsrechtliche Überdenkungsverfahren verlangt von dem Prüfer eine erneute eigenständige und unabhängige Urteilsbildung zum Ausschluss von Fehlern. Haben sich die Prüfer mit den Einwendungen des Prüflings auseinandersetzt und sind jeweils bei ihrer Bewertung geblieben, so ist dem Erfordernis des Überdenkens Genüge getan⁵¹¹. Das in Art. 12. Abs. 1 GG verankerte Erfordernis der eigenständigen und unabhängigen Urteilsbildung der Prüfer wird durch eine Verfahrensgestaltung verletzt, die den Prüfern im Rahmen des Überdenkungsverfahrens ermöglicht, eine gemeinsame Stellungnahme zu den Einwendungen des Prüflings auf Grundlage eines entsprechenden, vom Erstprüfer gefertigten Entwurfs und einer nachfolgenden Beratung zwischen ihnen abzugeben, die stattfindet, ohne dass die Prüfer zuvor das Ergebnis ihres Überdenkens schriftlich niedergelegt haben⁵¹². Es lässt sich nicht leugnen, dass das Überdenkensverfahren in der täglichen Hochschulpraxis nur eine untergeordnete Rolle spielt⁵¹³.

Im gerichtlichen Verfahren besteht kein Anspruch auf eine Nachholung des Überdenkungsverfahrens, wenn ein Prüfungskandidat von der mit dem Widerspruchsverfahren eingeräumten Möglichkeit, Bedenken gegen die Bewertung der Aufsichtsarbeiten vorzutragen und damit die Einleitung eines Überdenkungsverfahrens zu veranlassen, trotz Hinweises der Behörde darauf, dass die Prüfer nur im Falle konkreter Beanstandungen um eine Überprüfung ihrer Bewertung gebeten werden, keinen Gebrauch gemacht hat⁵¹⁴. Die Rechtsprechung betont, dass **Mängel des Überdenkungsverfahrens im gerichtlichen Verfahren geheilt** werden können⁵¹⁵. Das BVerwG hat darauf hingewiesen, dass die grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geforderte Überdenkung der

⁵¹¹ VG Berlin, Urt. v. 30.10.2014 - 12 K 945.13 -, juris.

⁵¹² BVerwG, Beschl. v. 09.10.2012 – 6 B 39/12, juris.

⁵¹³ Ausführlich hierzu Morgenroth, Das Überdenkensverfahren – Mauerblümchen mit Schattendasein oder Retter in der Not – Aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren, in OdW 2017, S. 13 ff.

⁵¹⁴ VGH Kassel, Beschl. v. 30.04.2014 - 9 A 40/14.Z, juris.

⁵¹⁵ Siehe hierzu OVG Münster, Urt. v. 18.04.2012 - 14 A 2687/09, juris sowie Beschl. v. 28.03.2014 - 14 A 238/12, juris; siehe weiterhin VG Hamburg, Urt. v. 13.05.2015 - 2 K 189/14, juris sowie VG Berlin, Urt. v. 21.05.2015 - 12 K 1265.13, juris.

Prüfungsbewertungen im Rahmen eines verwaltungsinternen Kontrollverfahrens der Sache nach eine **Verfahrensgewährleistung** bildet. Es dient der **effektiven Durchsetzung** des materiell-rechtlichen, auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gestützten Anspruchs auf eine rechtmäßige Prüfungsbewertung. Ist auf Antrag des Prüflings ein verwaltungsinternes Kontrollverfahren abschließend durchgeführt worden, ist die zu seinen Gunsten bestehende Verfahrensgewährleistung erfüllt, selbst wenn den Prüfern bei Überdenken über eine Prüfungsbewertung Korrekturfehler unterlaufen sein sollten. Eine **Ergebnisrichtigkeit des Kontrollverfahrens** garantiert die Rechtsordnung dem Prüfling so wenig wie ein gerichtliches Kontrollverfahren⁵¹⁶.

Das prüfungsrechtliche Überdenkungsverfahren muss in der Regel den gleichen Anforderungen genügen wie das Prüfungsverfahren⁵¹⁷. Selbst wenn eine mündliche Erläuterung der Noten gegenüber dem Prüfling nicht stattgefunden hat, kann der Prüfling **substantiierte Einwendungen** anhand der Niederschrift zum Prüfungsunterricht erheben; dazu müssen sich die Ausschussmitglieder im Rahmen ihres Erinnerungsvermögens äußern⁵¹⁸. **Alle Prüfer**, die Einfluss auf die Bewertung einer Prüfungsleistung haben, müssen **im Überdenkungsverfahren** zu den Bewertungsrügen des Prüflings Stellung nehmen⁵¹⁹. Selbstverständlich müssen sich die Prüfer im Überdenkungsverfahren mit den erhobenen Einwendungen **selbstkritisch auseinandersetzen**; die zu erstellende ergänzende Stellungnahme muss aber nicht ausdrücklich auf jede der vom Prüfling erhobenen Einwendungen eingehen⁵²⁰. Auf jeden Fall reicht es nicht aus, wenn die Prüfer in ihren Stellungnahmen im Überdenkungsverfahren allein pauschal die erhobenen Einwendungen zurückweisen⁵²¹. Es ist den Prüfern grundsätzlich nicht verwehrt, nach Auseinandersetzung mit den Einwendungen eines Prüflings gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistung und der

⁵¹⁶ BVerwG, Beschl. v. 09.08.2012 - 6 B 19/12, juris. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschl. v. 04.01.2013 - 1 BvR 2004/12 - nicht zur Entscheidung angenommen; siehe weiterhin OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.07.2017 - 5 N 26.16, juris.

⁵¹⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 19.08.2015 - 2 LB 276/14, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 09.10.2012 - 6 B 39/12, NVwZ-RR 2013, 44.

⁵¹⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 19.08.2015 - 2 LB 276/14, juris unter Bezugnahme auf VG Dresden, Beschl. v. 11.02.2010 - 5 L 24/10, juris sowie VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2013 - Au 3 K 13.1248, juris.

⁵¹⁹ VG Aachen, Urt. v. 04.09.2014 - 1 K 2017/12, juris unter Bezugnahme auf VG Köln, Urt. v. 30.10.2013 - 10 K 5755/12, juris.

⁵²⁰ VG Hamburg, Urt. v. 13.05.2015 - 2 K 189/14, juris. Entgegen OVG Lüneburg, Beschl. v. 01.07.2008 - 2 ME 324/08 -, juris.

⁵²¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 01.07.2008 - 2 ME 324/08, juris sowie OVG Lüneburg, Urt. v. 19.08.2015 - 2 LB 266/14, juris.

Vermeidung früherer Begründungsmängel anzugeben, dass und aus welchen Gründen sie ihre bei der ersten Bewertung einer Arbeit vergebenen Note auch bei selbstkritischer Würdigung nach wie vor für zutreffend halten⁵²².

Werden Prüfer im Überdenkungsverfahren abgelöst, sind die neuen Prüfer nicht darauf beschränkt die geltend gemachten Einwände nach den Beurteilungsmaßstäben der alten Prüfer zu berücksichtigen⁵²³. Weigern sich Prüfer im Überdenkungsverfahren, den Gehalt einer nur **schwer lesbaren handschriftlichen Prüfungsleistung** wegen deren vermeintlicher Unlesbarkeit in die Bewertung einzubeziehen, kann dies sowohl eine unzureichende Berücksichtigung des bewertungserheblichen Sachverhaltes darstellen als auch Befangenheit im Sinne eines Verfahrensfehlers erkennen lassen⁵²⁴.

Umfang und Begründungstiefe, die eine durch einen Prüfer im Überdenkungsverfahren abgegebene Stellungnahme aufweisen muss, hängen von der Substanz der im konkreten Fall vorgebrachten Einwendungen des Prüflings ab. Sie sind deshalb einer allgemeinen, von den Umständen des Einzelfalles losgelösten Klärung im Revisionsverfahren nicht zugänglich. Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle ist die Entscheidung der Prüfer in der Fassung, wie sie von den Prüfern im Rahmen ihrer Überdenkungsentscheidung getroffen worden ist⁵²⁵.

Die Neubewertung einer Prüfung kann im Wege der einstweiligen Anordnung nur durchgesetzt werden, wenn ein Obsiegen des Antragstellers im Hauptsacheverfahren mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht wurde⁵²⁶.

Nach der Rechtsprechung sind an das Überdenkungsverfahren in Ermangelung besonderer Vorschriften in der Prüfungsordnung nicht notwendig die gleichen Verfahrensanforderungen zu stellen, wie an die ursprüngliche prüferische Entscheidung. Selbst soweit das

⁵²² VGH Mannheim, Urt. v. 06.07.2015 – 9 S 2062/14, juris.

⁵²³ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 13.12.2012 - 18 K 2151/11, bestätigt durch OVG Münster, Beschl. v. 16.12.2014 - 6 A 364/13, NVwZ-RR 2015, 300.

⁵²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.11.2013 - OVG 7 N 18.13, juris.

⁵²⁵ OVG Münster, Urt. v. 12.06.2013 – 14 A 1600/11, juris sowie VG Hamburg, Urt. v. 16.12.2016 – 2 K 1159/14, juris.

⁵²⁶ VG Dresden, Beschl. v. 01.02.2017 – 5 L 56/17, juris.

Prüfungsverfahren eine Beratung verlangt, gilt dies nicht ohne weiteres auch für das Überdenkungsverfahren⁵²⁷.

Das BVerwG hat betont, dass weder der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Grundrechtsschutz im Hinblick auf die Gestaltung des Prüfungsverfahrens noch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes verbieten, eine Bewertung einer Prüfungsleistung mit entsprechender neuer Begründung nachzuholen und auf diese Weise einen früheren Begründungsmangel zu korrigieren. Dies gilt grundsätzlich auch für das Überdenkungsverfahren.

Nach Auffassung des FG Thüringen⁵²⁸ ist das Überdenkungsverfahren nach § 29 DVStB kein Vorverfahren im Sinne des § 139 Abs. 3 S. 3 FGO, so dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nicht für notwendig erklärt werden kann.

X. Beweislast beim Abhandenkommen von Teilen einer Prüfungsarbeit und bei Täuschung

Ein von der Prüfungsbehörde verschuldeter Verlust einer Prüfungsarbeit führt nicht ohne weiteres zu einer Bewertung dieser Arbeit, welche das Bestehen der (Gesamt-)Prüfung ermöglicht. Dem Kandidaten ist vielmehr Gelegenheit zu geben, die Prüfung erneut abzulegen⁵²⁹.

Nach Auffassung des BayVGH ist der **(Teil-)Verlust einer bewerteten Prüfungsarbeit nicht als Mangel im Prüfungsverfahren** anzusehen. Im Übrigen hätte der Prüfling den aus seiner Sicht bestehenden Mangel unverzüglich geltend machen müssen (und nicht erst nach ca. 6 Monaten nach Erhalt der unvollständigen Kopien der bewerteten Klausur). Der (nachträgliche) Verlust der letzten Klausurseite schränke zwar die Möglichkeit ein, die Prüfungsleistung lückenlos zur Kenntnis zu nehmen und deren Bewertung nachzuvollziehen, mache aber das Prüfungsverfahren nicht nachträglich fehlerhaft⁵³⁰. Das **Risiko der Nichterweislichkeit der Tatsache**, die Prüfungsarbeit vollständig abgegeben zu haben,

⁵²⁷ VG Hamburg, Urt. v. 23.12.2014 – 2 K 1285/14 – unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urt. v. 09.05.1995 – 9 S 2341/13, juris.

⁵²⁸ FG Thüringen, Beschl. v. 24.04.2015 - 3 K 248/15 - m.w.N. in Rn. 8

⁵²⁹ BVerwG, Beschl. v. 18.02.2003 - 6 B 10/03, juris. Dies schließt allerdings die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht aus, siehe hierzu juris PK-BGB-Zimmerling, 7. Aufl. 2014, § 839 BGB, Rz. 394 ff.

⁵³⁰ BayVGH, Beschl. v. 26.02.2014 - 7 ZB 14.28, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 18.12.1987 - 7 C 49.87, BVerwGE 78, 367 sowie BayVGH, Urt. v. 08.09.1999 - 7 B 99.292, BayVBl. 2000, 529.

treffe den Kläger⁵³¹. Im Prüfungsrecht trage der Prüfling die **materielle Beweislast**, wenn sich Unregelmäßigkeiten im Prüfungsverfahren nicht mehr nachweisen lassen⁵³².

Nach Auffassung des OVG Bautzen führt der **Verlust einer Prüfungsleistung** selbst dann zur Wiederholung der Prüfung, wenn er **in der Sphäre der Prüfungsbehörde** erfolgt und von dieser zu verantworten ist⁵³³. Auf jeden Fall kann festgestellt werden, dass weder eine materielle noch eine verfassungsrechtliche Rechtsgrundlage dafür vorhanden ist, eine Prüfung für bestanden zu erklären, wenn die Prüfungsarbeit aus von dem Prüfling nicht zu vertretenden Gründen abhanden gekommen ist und deshalb nicht bewertet werden kann⁵³⁴.

Beruft sich die Prüfungsbehörde auf eine verbotene Täuschung, hat sie dies nachzuweisen. Die **Wiedergabe fremder Texte** in einer Aufsichtsarbeit ist keine Täuschung, es bedarf des Nachweises, dass unerlaubte Hilfsmittel benutzt wurden⁵³⁵. In einem weiteren vom VG Berlin entschiedenen Fall hat dieses Gericht entschieden, dass die Einlassung der Antragstellerin, sie habe sich mit den in Rede stehenden Sekundärquellen so intensiv auf die schriftliche Prüfung vorbereitet, dass sie diese größtenteils auswendig gelernt habe und sie daher in der Klausur streckenweise wörtlich habe wiedergeben können, sei bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung nicht zu widerlegen⁵³⁶. Auch bei einer mündlichen Prüfung kann der Nachweis der Täuschung mittels **Anscheinsbeweises** geführt werden, wenn markant Übereinstimmungen der mündlichen Prüfungsleistung mit dem Lösungsmuster bestehen, welche sich typischerweise nur durch Täuschungshandlung erklären lassen. Der Anscheinsbeweis muss trotz der Eigenart mündlicher Prüfungen zur richterlichen Überzeugung vom tatsächlichen Vorliegen einer Täuschungshandlung führen. Die richterliche Überzeugung von der bloßen Wahrscheinlichkeit einer Täuschungshandlung reicht nicht aus⁵³⁷.

⁵³¹ VG Schleswig, Urt. v. 12.02.2013 - Az.: 7 A 72/10 , n.v.

⁵³² BayVGH, Beschl. v. 22.05.2013 - 7 ZB 12.2542, juris unter Bezugnahme auf Eyermann/Geiger, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 86 Rz. 2a und 2b.

⁵³³ OVG Bautzen, Beschl. v. 10.12.2009 - 4 A 204/08, juris.

⁵³⁴ VG Würzburg, Urt. v. 05.11.1982 - W 3 K 82 A.1274, juris, bestätigt durch BayVGH, Beschl. v. 28.02.1984 - 7 B 82 A 2096, juris. Siehe weiterhin zur Schadensersatzpflicht eines Prüfungsamtes juris PK- BGB/Zimmerling, 8. Aufl. 2016, § 839 Rz. 405 ff.

⁵³⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.11.2012 - OVG 3 L 192.12 – (n.v.) sowie VG Berlin, Beschl. v. 27.06.2013 - 12 L 678.13 -, juris.

⁵³⁶ VG Berlin, Beschl. v. 12.09.2012 - 3 L 192.12 -, juris.

⁵³⁷ OVG Koblenz, Urt. v. 03.02.2012 - 10 A 11083/11 -, juris.

Streitig ist, ob bei **rechtswidriger Begünstigung von Mitprüflingen** der klagende Prüfling eine Beeinflussung der Bewertung durch die rechtswidrig erlangten Noten eines anderen Kandidaten stets positiv nachweisen müsse⁵³⁸ oder ob es generell schon ausreicht, wenn die Beeinflussung nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann⁵³⁹. Das OVG Lüneburg hat diese Frage des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes dahinstehen lassen, und zwar wegen der Besonderheit, dass der damalige Referatsleiter des Prüfungsamtes, also ein leitender Mitarbeiter des Prüfungsamtes, die Klausurlösungen an Prüflinge gegen entsprechende Gegenleistungen weitergegeben hat⁵⁴⁰.

XI. Auswahl der Prüfer und Bestellung der Prüfer durch Widerspruchsbescheid

Das OVG Münster hat (zutreffend) entschieden, es sei ohne ausreichende Ermächtigungsgrundlage unzulässig, dass der Vorsitzende des Prüfungsamtes die **Bestellung des Zweitgutachters** dem Erstgutachter überlässt⁵⁴¹. Der Fehler sei auch entscheidungserheblich, denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei Beteiligung des zuständigen Prüfers dieser seinen Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der (Magister-)Arbeit anders ausgeübt hätte und ein anderes Prüfungsergebnis erzielt worden wäre. Gerade zu abenteuerlich ist der Widerspruchsbescheid auch deshalb, weil in ihm eine neue Zweitgutachterin bestellt wurde, im Übrigen jedoch der Ausgangsbescheid bestätigt wurde.

XII. Bei Verfahrensfehler: Neubewertung oder Wiederholung?

Das BVerwG⁵⁴² betont, dass mit Rücksicht auf den Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren ein auf Prüfungsrechtsverstöße gestützter Anspruch auf Prüfungswiederholung - statt lediglich auf Neuwertung - voraussetzt, dass **nur auf diese Weise eine zuverlässige Bewertungsgrundlage** für eine erneut zu treffende Prüfungsentscheidung zu erlangen ist. Unerheblich war nach Auffassung des OVG Bautzen (Vorinstanz) sowie des BVerwG, dass der Erstprüfer den ihm zugebilligten **Zeitraum für die**

⁵³⁸ So im Ergebnis BVerwG, Beschl. v. 13.09.1983 - 7 B 119.83 -, juris.

⁵³⁹ OVG Münster, Urte. v. 20.11.2012 - 14 A 755/11 -, juris.

⁵⁴⁰ OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.09.2015 - 2 ME 234/15 -, juris.

⁵⁴¹ OVG Münster, Urte. v. 25.09.2014 - 14 A 1872/12, DVBl. 2015, 52.

⁵⁴² BVerwG, Beschl. v. 08.10.2013 - 6 PKH 7.13 (6 B 48.13) -, juris. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschl. v. 30.12.2014 - 1 BvR 3315/13 - nicht zur Entscheidung angenommen. Im Ergebnis ebenso VG Berlin, Beschl. v. 05.08.2015 - 12 L 313/15, juris.

Korrektur der Magisterarbeit (6 Wochen) mit 9 Wochen **überzogen** habe. Hieraus ergäbe sich kein Anspruch auf Prüfungswiederholung. Ebenso unerheblich war die Vermutung des Klägers, dass die verspätete Votumsvorlage dafür spreche, dass sich der Erstkorrektor mit dem Zweitkorrektor abgesprochen habe. Auch dies führe allenfalls zu einer Neubewertung und nicht zu einem Anspruch auf Wiederholung der Prüfung.

Auf keinen Fall kann eine **fehlerhafte Aufgabenstellung auf der Bewertungsebene korrigiert werden**, weshalb nur eine **Wiederholung der Prüfungsleistung** in Betracht kommt. Die Grundlage für eine Neubewertung entfällt auch dann, wenn eine äußere Einwirkung in Form von Lärm den Prüfling davon abhält, seine wahre Befähigung nachzuweisen. Stets obliegt es dem Prüfling, den nach seiner Ansicht vorliegenden Verfahrensfehler vor Prüfungsantritt oder dann unverzüglich geltend zu machen⁵⁴³. Bei Baulärm ist vom Prüfling der Mangel noch während der Erbringung der Prüfungsleistung unverzüglich zu rügen, soweit ihm dies zumutbar ist⁵⁴⁴. Allerdings bedürfen objektiv vorliegende offenbare Störungen keiner Rüge mehr⁵⁴⁵.

Sofern allerdings ein **nicht ordnungsgemäßes berufenes Mitglied des Prüfungsausschusses** an der Beratung über die Bewertung der Prüfungsleistung teilnimmt, liegt ein Formmangel vor, der nur durch die Wiederholung der Prüfung geheilt werden kann⁵⁴⁶. Generell ist die Chancengleichheit bereits dann verletzt, wenn Personen an der Prüfungsentscheidung beteiligt waren, die davon ausgeschlossen sind. Im Falle einer unwirksamen Prüfungsordnung fehlt es jedoch bereits denknotwendig an einer Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf erneute Prüfung⁵⁴⁷.

⁵⁴³ OVG Münster, Beschl. v. 03.07.2014 - 19 B 1243/13, juris sowie VG Aachen, Urt. v. 26.09.2014 - 9 K 2702/13, juris.

⁵⁴⁴ VG Bremen, GB v. 27.04.2015 - 1 K 1047/12, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 10.08.1994 - 6 B 60/93, juris.

⁵⁴⁵ VG Dresden, Urt. v. 02.12.2010 - 5 K 1483/08, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 10.08.1994 - 6 B 60/93, juris.

⁵⁴⁶ SächsFG, Urt. v. 31.05.2011 - 2 K 243/10, DVBl 2012, 64 ff. unter Bezugnahme auf FG Münster, Urt. v. 30.08.2001 - 7 K 2090/01, EFG 2001, 1622.

⁵⁴⁷ VG Köln, Urt. v. 09.09.2010 - 6 K 2384/09 -, juris; im Ergebnis ebenso bei Teilunwirksamkeit einer Prüfungsordnung VG Meiningen, Urt. v. 03.05.2010 - 1 K 611/07 Me, juris.

XIII. Unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

Soweit es ausschließlich um die vorläufige Zulassung zu einer Abschlussprüfung geht, ergibt sich aus den Grundrechten der Prüflinge aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG, dass diese vorläufig zur Abschlussprüfung zuzulassen sind. Bei einer vorläufigen Zulassung zur Abschlussprüfung sind keine besonderen Nachteile zu erkennen, die entstünden, wenn sich im Hauptsacheverfahren die Zulassung zur Prüfung nachträglich als rechtswidrig herausstellt. Dieses Risiko verbleibt beim Prüfling. Mit der vorläufigen Zulassung werden insoweit die Rechte des Prüflings gewahrt, ohne die Hauptsache endgültig vorwegzunehmen⁵⁴⁸. Hingegen ist eine vorläufige Neubewertung einer Prüfung im Antwort-Wahl-Verfahren mit dem Ziel, von der Universität einen entsprechenden Leistungsnachweis zu erhalten und damit vom Landesprüfungsamt kurzfristig zum Ersten Abschnitt der ärztlichen Prüfung zugelassen zu werden, nicht einstweilen anzuordnen, wenn der Erfolg der Hauptsache wegen der Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens offen und im nächsten Semester eine Wiederholungsprüfung möglich ist⁵⁴⁹. Im Beschluss vom 05.04.2017 hat das OVG Bautzen⁵⁵⁰ mit ausführlicher Begründung eine vorläufige Zulassung zur Abiturprüfung abgelehnt und sich dabei – zusammenfassend – mit der Wesentlichkeitstheorie und dem Gesetzesvorbehalt im Schulrecht befasst.

Das VG Hamburg hatte die Frage zu entscheiden, ob eine in einem anderen Studiengang **erbrachte Prüfungsleistung** für den nunmehr gewählten neuen Studiengang anerkannt und **angerechnet** werden kann. Nach Auffassung des VG Hamburg kann diese Frage nur im Hauptsacheverfahren geklärt werden, zumal der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihm unzumutbare schwere, anders nicht abwendbare Nachteile drohen, wenn er auf das Hauptsacheverfahren verwiesen würde. Dies indiziert jedoch, dass vor Abschluss des (4-semesterigen) Masterstudiengangs das Verwaltungsgericht in der Hauptsache entscheiden muss. Vorsorglich hat das VG Hamburg darauf verwiesen, dass ein **Anordnungsgrund** auch dann regelmäßig verneint werde, wenn der Antragsteller **binnen einer zumutbaren Frist eine reguläre Wiederholungsprüfung** ablegen könne⁵⁵¹. Dem gegenüber hat das VG Frankfurt a.M. die Universität verpflichtet, den Antragsteller im Rahmen des Freiversuches

⁵⁴⁸ So zu Recht VG München, Beschl. v. 11.04.2017 – M 16 E 17.1319, juris.

⁵⁴⁹ OVG Bautzen, Beschl. v. 09.03.2017 – 5 B 50/17, juris.

⁵⁵⁰ OVG Bautzen, Beschl. v. 05.04.2017 – 2 B 101/17 –

⁵⁵¹ VG Hamburg, Beschl. v. 09.04.2015 - 2 E 1830/15 - n.v.

nach § 21 JAG vorläufig zur staatlichen Pflichtfachprüfung zuzulassen, und zwar mit der Begründung, es sei nicht zumutbar, die bereits am 19.02.2015 beginnenden Klausuren zu schreiben, ohne Kenntnis darüber zu haben, ob diese Teilnahme als Freiversucht nach § 21 JAG gewertet wird⁵⁵².

Das VG Saarlouis hat sich mit der Frage beschäftigen müssen, ob bei der Wiederholungsprüfung eines Schülers (mündliche und schriftliche Prüfung) die Zulassung zur mündlichen Prüfung im Wege der einstweiligen Anordnung erstritten werden kann, wenn diese mündliche Prüfung rund zwei Monate vor der schriftlichen Prüfung stattfindet, wobei die Zulassung zur mündlichen Prüfung vom Bestehen der schriftlichen Prüfung abhängig ist. Das VG Saarlouis hat insoweit die **besondere Dringlichkeit** und somit den Anordnungsgrund verneint⁵⁵³. Ein Anspruch auf vorläufige Zulassung zur Abiturprüfung besteht regelmäßig nicht, wenn der Schüler nicht die für die Zulassung erforderliche Punktezahl in den einzubringenden Kursen erreicht. Dem steht nicht entgegen, dass der Schüler vorbringt, dass er auf Grund der Beratung durch die Lehrkräfte davon ausging, dass er auch die Punkte aus einer nach dem zweiten Kurshalbjahr abgewählten ersten Fremdsprache einbringen kann, wenn er die behauptete Falschberatung nicht glaubhaft macht⁵⁵⁴.

Ein **Anspruch auf Durchführung einer Wiederholungsprüfung** und Neubewertung einer Prüfungsleistung kann auch im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens als vorläufiger Anspruch geltend gemacht werden, selbst wenn der gegen den Verwaltungsakt zur Feststellung des endgültigen Nichtbestehens der Prüfung eingelegte Widerspruch aufschiebende Wirkung hat. Denn die aufschiebende Wirkung des Widerspruches allein sichert noch kein Recht zur weiteren Teilnahme an der Prüfung. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens über die Durchführung einer Wiederholungsprüfung und Neubewertung einer Prüfungsleistung kommt die **Vorwegnahme der Hauptsache** ausnahmsweise dann in Betracht, wenn sich der Betroffene gegen eine endgültig nicht bestandene Prüfung wehrt und das angestrebte Verfahren in der Hauptsache mehrere Jahre dauern wird⁵⁵⁵. Soweit es um die Vollendung eines Vorbereitungsdienstes im Beamtenverhältnis auf Widerruf geht, vertritt die Rechtsprechung die Auffassung, dass im

⁵⁵² VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 12.02.2015 – 4 L 300/15.F.

⁵⁵³ VG Saarlouis, Beschl. v. 12.08.2009 - 1 L 497/09 -n.v.

⁵⁵⁴ VG Berlin, Beschl. v. 19.04.2017 – 3 L 508.17, juris.

⁵⁵⁵ VG Bremen, Beschl. v. 04.03.2015 - 1 V 80.15, juris unter Bezugnahme auf OVG Bremen, Beschl. v. 21.02.2014 - 2 B 313/13, juris.

Erlass einer einstweiligen Anordnung das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegenstehe⁵⁵⁶.

Eine Verpflichtung der Neubewertung in der **Abiturprüfungsnote** zum Zwecke der Notenverbesserung im Eilverfahren beinhaltet grundsätzlich eine vollständige Vorwegnahme der Hauptsache, da eine endgültige Neubewertung erforderlich ist, die nicht vorläufig ergehen kann. Insoweit ist eine solche Entscheidung nur möglich, wenn ein Obsiegen in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und ein weiteres Zuwarten zum unzumutbaren, schweren Nachteil führen würde⁵⁵⁷.

Die Verpflichtung einer Hochschule, eine Prüfung (hier im Fach Physiologie) vorläufig als bestanden zu bewerten, ein Zeugnis über das Bestehen der (Tierärztlichen) Vorprüfung zu erteilen sowie die Teilnahme an weiteren Studienveranstaltungen zur Prüfung zu ermöglichen, setzt voraus, dass auf Grund der durch den Studenten glaubhaft gemachten bzw. der durch das Gericht ermittelten und der ansonsten als **hinreichend wahrscheinlich anzusehenden Tatsachen der Anordnungsanspruch** als aussichtsreich und die behauptete Gefährdung als wahrscheinlich zu erachten ist⁵⁵⁸. Hingegen hat der VGH Mannheim bei der Frage der Anerkennung eines Scheines und Anerkennung ausländischer Studienleistungen mit 4 Semestern und der ärztlichen Vorprüfung den Anordnungsanspruch verneint, ohne das Problem des Anordnungsgrundes zu erwähnen. Bei der Frage der Anerkennung von an ausländischen Hochschulen erworbenen Leistungsnachweisen, ist die Verweisung des Studierenden auf das Hauptsacheverfahren unzumutbar und verstößt gegen Art. 19 Abs. 4 GG.

Der VGH Kassel hat die in einem einstweiligen Anordnungsverfahren begehrte vorläufige Eröffnung eines (Promotions-) Prüfungsverfahrens und die damit einhergehende vorläufige Begutachtung einer Dissertation als unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache angesehen, da damit das Begehren des Hauptsacheverfahrens faktisch erreicht werde. Das mit der Erstellung einer Dissertation erlangte Spezialwissen sei nicht mit dem in berufspraktischen und universitären Bereichen zur Abfrage gelangenden Prüfungswissen vergleichbar, so dass

⁵⁵⁶ VG Bremen, Beschl. v. 07.10.2015 – 6 V 1351/15.

⁵⁵⁷ VG Berlin, Beschl. v. 10.10.2014 - 3 L 481,14, juris.

⁵⁵⁸ VG Leipzig, Beschl. v. 30.01.2015 - 4 L 233/15, juris; bestätigt durch OVG Bautzen, Beschl. v. 23.04.2015 - 2 B 121/15, juris.

die von der Rechtsprechung für eine Unzumutbarkeit der Vorhaltung von Prüfungswissen entwickelten Maßstäbe auf dieses Spezialwissen nicht übertragbar sind⁵⁵⁹.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt hingegen in Betracht, wenn es sich um einen auslaufenden Studiengang handelt. Insoweit muss es dem Prüfling ermöglicht werden, das bisherige Prüfungsverfahren (erfolgreich) abzuschließen. Dies ergibt sich aus rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgründen⁵⁶⁰.

In einer schulrechtlichen Angelegenheit hat das VG Berlin entschieden, dass die **Verpflichtung der Neubewertung einer Abiturprüfungsnote** zum Zwecke der Notenverbesserung im Eilverfahren grundsätzlich eine vollständige Vorwegnahme der Hauptsache beinhaltet, da eine endgültige Neubewertung erforderlich ist, die nicht vorläufig ergehen kann. Insoweit ist eine solche Entscheidung nur möglich, wenn ein **Obsiegen in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten** ist und ein Zuwarten zu unzumutbaren, schweren Nachteilen führen würde⁵⁶¹.

XIV. Gerichtliche Überprüfungscompetenz

Das OVG Bremen hat festgestellt, dass die **Bewertung des Lösungsaufbaus** einer **juristischen Examensklausur** durch die Prüfer gerichtlich voll überprüfbar ist. Die Frage nach dem richtigen Aufbau sei eine Fachfrage. Deshalb sei die Rüge der Prüfer, einen Lösungsaufbau sei methodisch fehlerhaft, gerichtlich voll überprüfbar⁵⁶². Der **Revisionszulassungsgrund** der grundsätzlichen Bedeutung gem. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO setzt voraus, dass die Rechtssache eine konkrete, in dem zu entscheidenden Fall erhebliche Fragen des reversiblen Rechtes aufwirft, die bislang höchstrichterlich nicht geklärt ist und im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung unter der Rechtsfortbildung der Klärung im Revisionsverfahren bedarf⁵⁶³. Bei **ausgelaufenem oder auslaufendem Recht** kommt eine Grundsatzrevision grundsätzlich nicht in Betracht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Fragen zu den Nachfolgevorschriften offensichtlich in gleicher Weise stellen oder wenn

⁵⁵⁹ VGH Kassel, Beschl. v. 04.10.2016 – 9 B 1408/16, juris.

⁵⁶⁰ OVG Münster, Beschl. v. 31.03.2016 – 14 B 243/16, juris.

⁵⁶¹ VG Berlin, Beschl. v. 10.10.2014 - 3 L 481/14, juris sowie Beschl. v. 05.06.2015 - 3 N 239.15 -, juris.

⁵⁶² OVG Bremen, Urt. v. 14.12.2011 - 2 A 109/09, NVwZ-RR 2012, 438 unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 27.02.1997 - 22 A 1326/94 -.

⁵⁶³ BVerwG, Beschl. v. 02.02.2011 - 6 B 37.10, juris.

ihre Beantwortung für einen nicht überschaubaren Personenkreis in absehbarer Zeit von Bedeutung ist⁵⁶⁴.

Das OVG Saarlouis hat (noch einmal) betont, die gerichtliche Überprüfung von Leistungen im Rahmen eines Promotionsverfahrens findet dort ihre Grenze, wo die **Beurteilungsermächtigung** der daran beteiligten Gutachter und Organe der Hochschule beginnt. Über diese Grenze könne sich das Gericht auch nicht mit Hilfe von sachverständigen Gutachten hinwegsetzen, da die Begutachtung der Leistung allein den hier zu berufenden Stellen obliege. Das Gericht sei damit auf die Kontrolle beschränkt, ob die entscheidende Stelle von falschen Tatsachen ausgegangen sind, sie ihrer Entscheidung sachfremde Erwägungen zugrunde gelegt haben oder ob die getroffene Entscheidung sonst die Grenzen des Bewertungsspielraumes verlässt⁵⁶⁵. Maßgeblich für die gerichtliche Prüfung sind nur die vom Prüfling substantiierten mit einer nachvollziehbaren Begründung vorgebrachten Einwendungen gegen bestimmte Wertungen der Prüfer⁵⁶⁶.

In Bezug auf **Fachfragen** kann natürlich das Gericht auf Grund hinreichend substantiiert Einwendungen des Prüflings notwendig mit sachverständiger Hilfe darüber befinden, ob die von dem Prüfer als falsch bewertete Lösung im Gegenteil richtig oder ggf. vertretbar ist. Dabei sind unter **Fachfragen** alle Fragen zu verstehen, die fachwissenschaftlicher Erörterung zugänglich sind. Hingegen ist dem Prüfer ein Bewertungsspielraum zuzubilligen, soweit komplexe prüfungsspezifische Bewertungen - z. B. bei der Würdigung der Qualität der Darstellung - getroffen werden müssen⁵⁶⁷.

Maßgeblich für die gerichtliche Prüfung sind nur die vom Prüfling substantiiert und mit einer nachvollziehbaren Begründung vorgebrachten Einwendungen gegen bestimmte Wertungen der Prüfer⁵⁶⁸. Nach Auffassung des OVG Münster ist ein Gericht nicht verpflichtet, den Inhalt

⁵⁶⁴ BVerwG, Beschl. v. 23.09.2015 - 2 B 73/14, juris. Hiernach ist es zulässig, dass in einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Polizeivollzugsbeamte die Teilprüfung „Berufspraktisches Training - Bereich Ausdauer“ (3.000 m Lauf) nur einmal wiederholt werden darf.

⁵⁶⁵ OVG Saarlouis, Beschl. v. 02.02.2015 - 2 D 371/14, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 22.07.1983 - 7 B 38.82, juris sowie VG Leipzig, Urt. v. 21.05.2014 - 4 K 528/11, juris.

⁵⁶⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.04.2017 – OVG 5 B 9.16, juris.

⁵⁶⁷ OVG Münster, Beschl. v. 29.07.2015 - 6 A 170/14, juris.

⁵⁶⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.04.2017 – OVG 5 B 9.16, juris.

einer Prüferkritik weiter aufzuklären, wenn diese zwar als unberechtigt, aber auch zwangslos als berechtigt verstanden werden kann⁵⁶⁹.

Das VG Köln hat entschieden, dass ein Gericht die Leistungen eines Lehramtsanwärters im Vorbereitungsdienst nicht selbst bewerten darf, weil es sich dabei nicht um eine Prüfungsbewertung im eigentlichen Sinne handelt, sondern um eine der dienstlichen Beurteilungen eines Beamten vergleichbare Leistungsbewertung. Sie unterliege allerdings hinsichtlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte weitgehend denselben Maßstäben wie Prüfungsentscheidungen⁵⁷⁰.

XV. Prozessuale Randprobleme

Auch **eine einzelne Note** (wie z. B. Bewertung eines fächerübergreifenden Leistungsnachweises) kann zulässiger Gegenstand einer Verpflichtungsklage sein, wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelt. Der VGH Mannheim hat dies bei einem fächerübergreifenden Leistungsnachweis im Fach Medizin bejaht, da der Prüfungsleistung – wegen der Ausweisung der Noten der Leistungsnachweise auf den Zeugnis über die Ärztliche Prüfung auch noch über das Bestehen der Ärztlichen Prüfung hinaus – eine rechtliche Bedeutung hat⁵⁷¹. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass der Ausweis der Note im Zeugnis die Wertigkeit der Leistungsnachweise anheben und das Leistungsprofil der Studierenden transparent machen soll. Streitig ist weiterhin, ob die Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung der Modulprüfung Regelungsqualität im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG hat. Dies ist abhängig von der jeweiligen Prüfungsordnung⁵⁷².

Hat ein **Prozessvergleich** in einer prüfungsrechtlichen Streitigkeit die Neubewertung einer Klausur zum Gegenstand, ist eine zweite Klage gegen die Bewertung der anderen Klausuren nach erneuter Bewertung der einen Klausur ausgeschlossen⁵⁷³. **Prozesskostenhilfe** ist bereits dann zu bewilligen, wenn von zumindest offenen Erfolgsaussichten der Klage auszugehen ist. Ausreichend ist insoweit die mögliche fehlerhafte Benotung einzelner

⁵⁶⁹ OVG Münster, Urt. v. 17.01.2017 – 14 A 1460/16, juris.

⁵⁷⁰ VG Köln, Urt. v. 18.11.2015 – 12 K 2838/14, juris.

⁵⁷¹ VGH Mannheim, Urt. v. 15.06.2015 - 9 S 779/15 -, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 - 6 C 8.11 -, juris.

⁵⁷² Siehe hierzu BVerwG, Urt. v. 23.05.2012 – 6 C 8.11, juris sowie VG Gera, Urt. v. 10.04.2013 – 2 K 1766/11 Ge.

⁵⁷³ VG Bremen, Urt. v. 06.05.2015 - 1 K 506/12 - betr. die Anfechtung von Aufsichtsarbeiten im juristischen Staatsexamen.

Prüfungsleistungen⁵⁷⁴. Über einen Prozesskostenhilfe-Antrag, der gleichzeitig mit dem Hauptverfahrensantrag gestellt wird, soll in der Regel alsbald und vorab entschieden werden, damit der Antragsteller Klarheit erhält, ob seine Mittellosigkeit als Hindernis der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausgeräumt wird. Im eilbedürftigen Verfahren geht die Rechtsprechung allerdings davon aus, es sei gerechtfertigt, über den Prozesskostenhilfe-Antrag erst zusammen mit dem Sachantrag zu entscheiden⁵⁷⁵.

Mit der Abgrenzung von Beweisantrag und unsubstantiiertem Beweisermittlungsantrag hat sich das BVerwG beschäftigt⁵⁷⁶. Ein Ausforschungs- oder Beweisermittlungsantrag, der als unzulässig abgelehnt werden kann, liegt nur im Bezug auf Tatsachenbehauptungen vor, für deren Wahrheitsgehalt nicht wenigstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, die mit anderen Worten ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich „aus der Luft gegriffen“ „ins Blaue hinein“, also „erkennbar ohne jede tatsächliche Grundlage“ erhoben werden⁵⁷⁷. Das BVerwG hat insoweit die Ablehnung eines Beweisantrages durch das Berufungsgericht gerügt, da das Berufungsgericht nicht Beweis erhoben hat über die Rüge des Klägers, dass nicht alle Referendare Zugang hatten zu der vom Erstgutachter durchgeführten Sonderarbeitsgemeinschaft, in welcher die spätere Examensklausur offensichtlich erörtert worden war.

Die entsprechende Anwendung des sonst auch im Beschwerdeverfahren heranzuziehenden § 91 VwGO auf Antragsänderungen verbietet sich im Beschwerdeverfahren auf vorläufigen Rechtsschutz, weil ein solches Beschwerdeverfahren zwecks Entlastung des Oberverwaltungsgerichtes ausschließlich der Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung dient, wie sich aus § 146 Abs. 4 S. 3 und 6 VwGO ergibt⁵⁷⁸. Es ging um die vorläufige Annahme und Bewertung einer Bachelorarbeit im Studiengang Modedesign.

⁵⁷⁴ BayVGH, Beschl. v. 07.11.2012 - 7 C 12.21/43, juris.

⁵⁷⁵ So z.B. OVG Hamburg, Beschl. v. 28.07.2016 – 1 So 42/16.

⁵⁷⁶ BVerwG, Beschl. v. 26.06.2017 – 6 B 54/16, juris.

⁵⁷⁷ Unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 27.03.2000 – 9 B 518.99, juris sowie v. 22.10.2014 – 8 B 99.13, juris.

⁵⁷⁸ OVG Bautzen, Beschl. v. 21.09.2011 – 1 B 179/11, juris sowie Beschl. v. 27.01.2017 – 5 B 287/16, juris; a.A. VGH München, Beschl. v. 11.05.2010 – 11 C S 10.68, juris.

Eine **Rechtsbehelfsbelehrung**, dass innerhalb eines Monats ab „**Zugang**“ (statt richtig: Bekanntgabe) Widerspruch erhoben werden könne, ist im Sinne des § 58 i.V.m. § 70 Abs. 2 VwGO unrichtig⁵⁷⁹.

Die Rechtsprechung betont immer wieder, dass Befangenheitsrügen unverzüglich erhoben werden müssen. Wenn dies nicht geschieht, mangelt es auch am Anordnungsgrund für eine beantragte einstweilige Anordnung⁵⁸⁰.

Die Rechtsprechung hat wiederholt betont, dass dem Prüfling es, sofern in der Prüfungsordnung nicht anderes geregelt ist, grundsätzlich verwehrt sei, sich durch bloße **Exmatrikulation** dem Prüfungsrechtsverhältnis und dem für das Prüfungsrechtsverhältnis geltenden Prüfungsfristen und Prüfungsbedingungen zu entziehen, um die Prüfung zu einem beliebigen Zeitpunkt nach anderen Prüfungsbedingungen an einer anderen Hochschule fortzusetzen⁵⁸¹.

Das OVG Bremen hat judiziert, dass bei Feststellung durch rechtskräftiges Neubescheidungsurteil, dass eine Bewertungserwägung eine nicht zu beanstandende prüfungsspezifische Wertung darstelle, so steht der Anfechtung einer inhaltlich identischen Neubewertung die materielle Rechtskraft nach § 121 Nr.1 VwGO entgegen⁵⁸².

Soweit es um die Anrechenbarkeit von an anderen Hochschulen erbrachten Studienleistungen geht, vertritt die Rechtsprechung die Auffassung, dass insoweit eine volle gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf den Schutzzweck der Grundrechte und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auszugehen ist. Nur ausnahmsweise stößt die gerichtliche Kontrolle wegen der Komplexität der geregelten Materie aus der Natur der Sache heraus auf Grenzen, die es verfassungsrechtlich zulassen, der Verwaltung einen gerichtlich nur beschränkt kontrollierbaren Beurteilungsspielraum zuzubilligen⁵⁸³.

⁵⁷⁹ VG Hamburg, Beschl. v. 17.12.2014 - 2 E 4793/14, juris unter Bezugnahme auf OVG Münster, Urt. v. 25.02.2001 - 14 A 4921/99, NVwZ 2001, 212.

⁵⁸⁰ Siehe z. B. VG Halle, Beschl. v. 28.11.2014 - 6 B 230/14 HAL – (n.v.).

⁵⁸¹ OVG Münster, Urt. v. 27.01.1993 - 22 A 992/91, juris; BayVGH, Beschl. v. 02.09.2009 - 7 CE 09.2035, juris; VG Trier, Urt. v. 28.04.2010 - 5 K 701/09.TR, juris; VG Dresden, Urt. v. 16.04.2015 - 5 K 948/12, juris; OVG Bautzen, Urt. v. 16.08.2016 – 2 A 453/15, juris sowie BVerwG, Beschl. v. 16.02.2017 – 6 B 58/16, juris.

⁵⁸² OVG Bremen, Beschl. v. 17.03.2017 – 2 LA 268/15, juris.

⁵⁸³ VG Karlsruhe, Urt. v. 26.04.2017 – 4 K 3768/15.

XVI. Zulassung der Berufung gemäß § 124 Abs. 2 VwGO

1. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung sind gegeben, wenn ein tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt worden ist⁵⁸⁴. Das OVG Münster hat unlängst einen auf § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO gestützten Antrag (ernstliche Zweifel) zurückgewiesen, obwohl der Erstprüfer die 16 Spalten umfassende Klausur mindestens 7-mal mit der Randbemerkung „gut“ versehen hat und dennoch die Arbeit mit mangelhaft bewertet hat. Dem Kläger wird entgegengehalten, es genüge nicht, wenn er pauschal die Unrichtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts behauptet oder wenn er lediglich sein Vorbringen erster Instanz wiederholt, ohne im Einzelnen auf die Gründe des angefochtenen Urteils einzugehen⁵⁸⁵.

Auch wenn ein Kläger zurecht (ursprünglich) eine Untätigkeitsklage erhebt und der Widerspruchsbescheid im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erlassen wird, so dass die Kosten teilweise dem Beklagten hätten auferlegt werden müssen, rechtfertigt dies im Falle einer anderweitigen Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichtes keine Zulassung der Berufung, da der **Zulassungsgrund** ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils sich auf die **Sach-** und nicht auf die **Kostenentscheidung** bezieht. Im Übrigen kann eine Kostenentscheidung zu Lasten des Beklagten nur ergehen, wenn der Kläger nach Erlass des Widerspruchsbescheides das Klageverfahren beendet hat⁵⁸⁶.

Das OVG Bautzen hat die Berufung zugelassen im Hinblick auf den **Umfang der Substantiierungspflicht des Prüflings**, insbesondere zur Frage der Geltendmachung von Bewertungsfehlern, die auf einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung (des Inhalts der Klausur) durch die Prüfer beruhen könnten oder und zu der Frage, ab wann in einem

⁵⁸⁴ Siehe z.B. BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvR 461/03, juris; VGH Mannheim, Beschl. v. 30.10.2014 – 9 S 279/14, juris.

⁵⁸⁵ OVG Münster, Beschl. v. 02.11.2015 - 6 A 147/14 -, juris.

⁵⁸⁶ OVG Münster, Beschl. v. 18.08.2015 - 14 A 450/15 - unter Bezugnahme auf Eyermann/Happ, VwGO, 14. Aufl., § 124 Rz. 12 sowie BVerwG, Beschl. v. 23.07.1991 - 3 C 56.90, NVwZ 1991, 1180, 1181.

Überdenkungsverfahrens von einem Prüfer nicht mehr erwartet werden kann, dass er seine Prüfungsentscheidung selbstkritisch überprüft⁵⁸⁷.

2. Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Ziff. 3 VwGO)

Um die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache im Sinne des § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO darzulegen, hat der Zulassungsantragsteller die für die fallübergreifend gehaltene Frage zu formulieren sowie näher zu begründen, weshalb sie eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat und ein allgemeines Interesse an ihrer Klärung besteht. Darzustellen ist weiter, dass sie entscheidungserheblich ist und ihre Klärung im Berufungsverfahren zu erwarten steht⁵⁸⁸.

In der zahnärztlichen Prüfung muss sich der Prüfling seinen Patienten selbst suchen. Im konkreten Fall hatte der Prüfling eine Patientin gefunden, die ihr „Zahnproblem“ durch ein Goldinlay beseitigen wollte. Dies geschah (auch) auf Grund einer Empfehlung der behandelnden Zahnärztin. Die Prüferin hat eine derartige zahnärztliche Versorgung untersagt mit der Begründung, dass die avisierte Behandlung auf Grund der Umstände des Einzelfalles nicht vertretbar sei. Insoweit gibt es zwei widerstreitende Interessen: Der Prüfling muss sich seinen Patienten selbst suchen und findet – in Absprache mit der behandelnden Zahnärztin – eine Patientin und einen „Lösungsweg“. Die Prüferin ist entschieden gegen die geplante Behandlung (offensichtlich aus prinzipiellen Gründen) und zwingt den Prüfling zu einer auch von der Patientin nicht gewünschten zahnärztlichen Behandlung. Insoweit streiten somit die Interessen des Prüflings und der Patientin einerseits und die Interessen der Prüferin andererseits. Das VG Göttingen sowie das OVG Lüneburg haben insoweit die Feststellungen der Prüferin, dass dies medizinisch auf Grund der Umstände des Einzelfalles nicht vertretbar sei, ohne weiteres akzeptiert⁵⁸⁹.

Nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO ist die Berufung zuzulassen, wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichtes unterliegender **Verfahrensmangel** geltend gemacht wird und vorliegt, auf welchem die Entscheidung beruhen kann. Ein solcher Mangel ist nur dann bezeichnet,

⁵⁸⁷ OVG Bautzen, Beschl. v. 22.07.2013 - 2 A 303/12; juris (Berufungsurteil nicht dokumentiert).

⁵⁸⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.02.2010 – 5 LA 342/08, juris sowie Beschl. v. 12.12.2016 – 2 LA 91/16 -.

⁵⁸⁹ VG Göttingen, Urt. v. 16.03.2016 – 4 A 68/15 – (n.v.) sowie OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.11.2016 – 2 LA 91/16 – (n.v.).

wenn er sowohl in den ihn (vermeintlich) begründeten Tatsachen als auch in seiner rechtlichen Würdigung substantiiert dargetan wird. Gerügt werden kann in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gem. § 86 Abs. 1 VwGO. Eine Beweiserhebung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn das Gericht auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung Anlass zu weiterer Aufklärung sehen muss⁵⁹⁰. „Gerne“ wird bei der Rüge gem. § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO eine Verletzung des Anspruches eines Prozessbeteiligten auf rechtliches Gehör gerügt. Der VGH Mannheim hat insoweit judiziert, grundsätzlich sei davon auszugehen, dass ein Gericht dieser Pflicht nachgekommen ist. Selbst wenn die erstinstanzliche Entscheidung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt worden ist, scheidet eine Zulassung der Berufung aus, wenn sich das angefochtene Urteil aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig darstellt⁵⁹¹.

3. (Un-)Zulässigkeit der Beschränkung der Berufungszulassung

Das OVG Hamburg hat klargestellt, dass in die gerichtliche Kontrolle einer Gesamtprüfungsentscheidung grundsätzlich sämtliche Einzelprüfungsteile einzubeziehen sind. Demzufolge ist eine Beschränkung der Berufungszulassung gegen ein verwaltungsgerichtliches Urteil in einer prüfungsrechtlichen Angelegenheit unzulässig. Die sich aus § 86 Abs. 1 VwGO ergehende Amtsermittlungspflicht des Gerichtes wird aber durch die Mitwirkungspflicht des Prüflings eingeschränkt mit der Folge, dass das Gericht sich den Bewertungen einzelner Prüfungsteile und im Prüfungsverfahren nur insoweit zu widmen hat, als sie vom Prüfling angefochten werden⁵⁹².

XVII. Das Verfahren gem. § 198 Abs. 3 GVG

Hiernach enthält Entschädigung ein Verfahrensbeteiligter (nur), wenn er bei dem mit der Sache befassten Gericht die Dauer des Verfahrens gerügt hat (Verzögerungsrüge). Die Verzögerungsrüge kann erst erhoben werden, wenn Anlass zur Besorgnis besteht, dass das Verfahren nicht in angemessener Zeit abgeschlossen wird, eine Wiederholung der Verzögerungsrüge ist frühestens nach 6 Monaten möglich, außer wenn ausnahmsweise eine kürzere Frist geboten ist. Soweit ersichtlich hat sich das OVG Münster als erstes deutsches Gericht mit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen nicht

⁵⁹⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 30.10.2014 – 9 S 279/14, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 18.03.2014 – 10 B 11.14, juris.

⁵⁹¹ OVG Bautzen, Beschl. v. 02.08.2011 – 2 A 721/09, juris.

⁵⁹² OVG Hamburg, Urt. v. 20.10.2015 - 3 Bf 113/12 (n.V.) sowie Urt. v. 27.07.2017 - 3 Bf 128/15, juris).

ausreichender Förderung eines Prüfungsrechtsstreits beschäftigen müssen⁵⁹³. Der Kläger machte auf Grund der Dauer eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens (Antragstellung am 08.10.2013 beim VG, Beschwerdeentscheidung des OVG am 28.08.2014) Schadensersatzansprüche geltend. Das OVG Münster hat zunächst einmal klargestellt, dass auch ein überlanges Eilrechtsschutzverfahren Gegenstand einer Entschädigungsklage sein kann⁵⁹⁴. Das OVG Münster hat in seiner Entscheidung ausgeführt, entscheidend sei die Gesamtverfahrensdauer, da eventuelle Verzögerungen beim Verwaltungsgericht durch eine besonders schnelle Sachbehandlung beim Oberverwaltungsgericht ausgeglichen werden können⁵⁹⁵. Das OVG Münster hat letztendlich offen gelassen, ob die hohe Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens dadurch beeinflusst sei, dass der Antragsteller/Kläger bereits im Jahre 1953 geboren war und somit nicht als junger Mensch um den unmittelbaren Eintritt in den Arbeitsmarkt nach Abschluss einer langen Ausbildung stritt. Das OVG Münster hat weiter betont, dass das Verhalten des Klägers (mit)ursächlich war für die Verfahrensdauer. Das Begehren des Klägers, auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 700,00 € war letztendlich erfolglos.

XVIII. Streitwert

Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gilt derzeit der Streitwertkatalog 2013 (i.d.F. v. 18.07.2013). In Nr. 18 sind die Streitwerte geregelt aus dem **Rechtsgebiet „Hochschulrecht, Recht der Führung akademischer Grade“**. Gemäß Nr. 18.4 beträgt der Streitwert bei der Bachelorprüfung 10.000 €, gem. 18.5 bei Diplomprüfung, Graduierung, Nachgraduierung, Master 15.000 €, gem. Nr. 18.7 bei der Promotion sowie der Entziehung des Doktorgrades 15.000 € und gem. Nr. 18.9 bei der Habilitation 20.000 €. Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren wird der Streitwert auf die Hälfte reduziert⁵⁹⁶. Gemäß Nr. 36 des Streitwertkatalogs beträgt der Streitwert bei den Zugang eröffnenden **abschließenden (Staats-)Prüfungen**, abschließenden ärztlichen oder pharmazeutischen Prüfungen und sonstigen berufseröffnenden Prüfungen (Nr. 36.2 und 36.3) den Jahresbetrag des erzielten oder erwarteten Verdienstes, mind. 15.000 €⁵⁹⁷. Bei der Prüfung zum „Gepr. Technischen Betriebswirt“ handelt es sich nach Auffassung des OVG Lüneburg nicht um eine

⁵⁹³ OVG Münster, Urt. v. 28.09.2015 – 13 D 117/14 -, juris.

⁵⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 17/3802 S. 22 sowie VGH Kassel, Urt. v. 11.02.2015 - 29 C 1241/12.E -, juris.

⁵⁹⁵ Unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 11.07.2013 - 5 C 23.12 D -, juris.

⁵⁹⁶ BayVGH, Beschl. v. 06.11.2013 - 7 C 13.2258 -.

⁵⁹⁷ BayVGH, Beschl. v. 07.08.2015 - 7 CE 15.1162 -, 7 C 15.1103 -; a.A. ; OVG Münster, Beschl. v. 11.03.2015 - 14 E 214/15, juris.

berufseröffnende Prüfung i.S.d. Nr. 36.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern um eine sonstige Prüfung (Nr. 36.4), weshalb der Streitwert auf 5.000 € festgesetzt wurde⁵⁹⁸. Entsprechend hat der VGH Kassel bei einer Laufbahnprüfung für den gehobenen Dienst in der hessischen Steuerverwaltung judiziert, da es sich nicht um eine den unmittelbaren Berufszugang eröffnende (Staats-) Prüfung handelt⁵⁹⁹. Mit der - denkwürdigen - Begründung, beim Streitwertkatalog handele es sich lediglich um eine „Empfehlung“, die für die Ermessensausübung des Gerichtes nicht bindend sei, vertritt der 14. Senat des OVG Münster die Auffassung, dass der Streitwert mit einem Rechtsstreit um das Bestehen des Zweiten juristischen Staatsexamens nicht nach den zu erwartenden Verdienstmöglichkeiten, sondern stets mit 15.000 € zu bewerten ist⁶⁰⁰. Das OVG Berlin-Brandenburg hat in gleicher Weise judiziert⁶⁰¹. Immerhin gibt es Tendenzen in der Rechtsprechung, wonach der Streitwert bei Anfechtung einer Bachelorprüfung auf 7.500,00 € festgesetzt wird⁶⁰². Die **Finanzgerichte** setzen hingegen bei der **Steuerberaterprüfung** den Streitwert **regelmäßig auf 25.000,00 €** fest⁶⁰³. Bei Teilprüfungen, wie z.B. einem Referat im Fachmodul im Rahmen der Ausbildung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst, wird der Streitwert auf 5.000 € festgesetzt⁶⁰⁴. Nach Auffassung des OVG Münster ist der (erfolglose) Antrag eines Stadtoberbrandmeisters auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, dem Dienstherrn aufzugeben, ihn vorläufig zu der Ausbildung für die Laufbahn des gehobenen feuerwehrtechnischen Dienstes zuzulassen, ebenfalls mit dem Streitwert von 5.000 € zu bewerten⁶⁰⁵.

⁵⁹⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.10.2015 - 2 LB 169/14-.

⁵⁹⁹ VGH Kassel, Beschl. v. 24.08.2015 – 1 E 1406/15, juris.

⁶⁰⁰ OVG Münster, Beschl. v. 11.03.2015 - 14 E 214/15, juris.

⁶⁰¹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18.01.2016 – OVG 10 L 35.15, juris.

⁶⁰² OVG Hamburg, Beschl. v. 25.10.2016 – 3 So 87/16, juris.

⁶⁰³ BFH, Beschl. v. 04.07.2005 – VII E 4/05, juris; FG Sachsen, Beschl. v. 14.09.2011 – 2 K 74/09, juris.

⁶⁰⁴ OVG Münster, Beschl. v. 04.03.2015 - 6 E 149/15, juris sowie Beschl. v. 06.08.2015 – 6 E 748/15, juris.

⁶⁰⁵ OVG Münster, Beschl. v. 02.10.2015 - 6 B 836/15, juris.

M. Schadensersatzansprüche

Dass die fehlerhafte Bewertung einer Prüfungsleistung einen Amtshaftungsanspruch begründen kann, steht außer Frage⁶⁰⁶. Die Prüfungsentscheidung hat als Verwaltungsakt auch im Zivilprozess eine **Bindungswirkung**. Diese Bindungswirkung bezieht sich allerdings nur auf den sogenannten Entscheidungssatz, nicht aber auch auf die Begründung oder die Beurteilung von Vorfragen. Ein Zivilgericht ist an einer verwaltungsgerichtlichen Erkenntnis gebunden in dem Sinne, dass es etwa von der rechtskräftigen Feststellung des Verwaltungsgerichtes, dass eine Prüfung als bestanden zu werten ist, nicht abweichen darf. Allerdings ist es an die **Begründung**, die das Verwaltungsgericht dafür gegeben hat, dass es die Prüfungsentscheidung als - objektiv - rechtswidrig angesehen hat, **nicht gebunden**⁶⁰⁷. Selbst wenn der Kläger somit beim Verwaltungsgericht mit einer Prüfungsanfechtung Erfolg hatte, ist im Zivilprozess eine hypothetische Prüfung unter Berücksichtigung des Bewertungsspielraums des Prüfers durchzuführen, um festzustellen, ob der Kläger bei ordnungsgemäßer Durchführung der eine andere Bewertung erhalten hätte. Anderenfalls fehlt es an der **Ursächlichkeit des Verfahrensfehlers** mit der Folge, dass die Schadensersatzklage abgewiesen wird.

Ein Prüfling kann bei überlanger Dauer eines Prozesses wegen Nichtbestehens einer Prüfung Schadensersatzansprüche geltend machen⁶⁰⁸. Nunmehr kommt hinzu die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei überlanger Verfahrensdauer bei Gericht gem. § 198 GVG⁶⁰⁹.

Eine möglicherweise fehlerhafte Beratung der Schüler über die Änderungen der Abiturprüfungsordnung hinsichtlich der Qualifikation begründet grundsätzlich keinen Anspruch, der nach materiellem Fachrecht nicht gegeben ist. Er begründet lediglich einen **Schadensersatzanspruch**; ein **Erfüllungsanspruch** ist somit ausgeschlossen⁶¹⁰. Soweit die Prüfungsbehörde ihre behördliche Beratungspflicht verletzt, kann dies einen Anspruch

⁶⁰⁶ Siehe hierzu z.B. OLG München, Urt. v. 17.08.2006 - 1 U 2960/05 -, NJW 2007, 1005; ausführliche Nachweise in JurisPK-BGB/Zimmerling, 8. Aufl. 2016, § 839 Rz. 405 ff.

⁶⁰⁷ LG Saarbrücken, Urt. v. 29.03.2012 -4 O 400 /06 – (n.v.) unter Bezugnahme auf BGH NVwZ 1983, 699.

⁶⁰⁸ Siehe hierzu Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urt. v. 11.01.2007 - 2027/02, juris.

⁶⁰⁹ Siehe hierzu z.B. OVG Münster, Beschl. v. 14.07.2015 - 13 D 116/14, juris.

⁶¹⁰ VG Trier, Urt. v. 04.08.2014 - 6 K 883714.TR unter Bezugnahme auf OVG Lüneburg, Beschl. v. 09.07.2007 - 2 ME 444/07 -, juris.

herbeiführen, der nach dem materiellen Fachrecht nicht gegeben ist; gegebenenfalls sind Ansprüche auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung oder auf Entschädigung im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen⁶¹¹. Ein Schadensersatzanspruch setzt natürlich voraus, dass eine Kausalität zwischen einem Formfehler im Prüfungsverfahren und dem verzögerten Eintritt in das Erwerbsleben besteht⁶¹².

⁶¹¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 09.07.2007 - 2 ME 444/07 -, juris unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschl. v. 29.12.1987 - 3 B 64/87 - sowie v. 10.06.1988 - 3 B 28/88 -, jeweils juris.

⁶¹² LG Stuttgart, Urt. v. 18.12.2003 - 15 O 379/03 -, juris.