

## Kritisches zum juristischen Prüfungsrecht

von Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Zimmerling, Saarbrücken und Rechtsanwalt Dr. Robert Brehm, Frankfurt/Main

Bundesrechtliche Grundlage der juristischen Prüfungen ist § 5d DRiG. Hiernach ist die Einheitlichkeit der Prüfungsanforderungen und der Leistungsbewertung zu gewährleisten. Die Prüfungspraxis in den Bundesländern steht mit dieser bundesgesetzlichen Vorgabe nicht im Einklang. Gegenstand zahlreicher Prüfungsverfahren sind Geeignetheit und Unbefangenheit der Prüfer sowie die Zulässigkeit der Aufgabenstellung. Hierbei überspannt die Rechtsprechung die Obliegenheitspflicht des Prüflings zur sofortigen Rüge. Nach der Rechtsprechung ist der Bewertungsspielraum der Prüfer groß und der Antwortspielraum der Prüflinge klein. Von daher ist es nicht verwunderlich, dass die Erfolgsquote bei der Anfechtung juristischer Prüfungen eher bescheiden ist.

### I. Bundeseinheitliche Vorgaben

Gem. § 5d Abs. 1 Satz 3 DRiG ist der Bundesminister der Justiz ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates eine Noten- und Punkteskala für die Einzel- und Gesamtnoten aller Prüfungen festzulegen. Dies geschah durch die Bundesnoten VO.<sup>1</sup> Das BVerwG hat die Bundesnoten VO mehrfach für verfassungsmäßig erklärt.<sup>2</sup> Nach Auffas-

<sup>1</sup> Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die Erste und die Zweite juristische Prüfung vom 03.12.1981, BGBl. I S. 1243. Siehe hierzu Schmidt-Räntsch, DRiG, 6. Aufl. 2009, § 5d Rdnr. 11 ff. sowie Anhang zu § 5d Rdnr. 100 ff. sowie Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 733 ff.

<sup>2</sup> BVerwG, Beschl. v. 16.08.1985 – 7 B 51/85 u.a. –, DVBl 1986, 51 sowie Beschl. v. 09.06.1993 – 6 B 35/92 –, DVBl 1993, 1310, BVerwG, Beschl. v. 09.06.1995 – 6 B 100.94 –, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 350; VGH

sung der Rechtsprechung steht die von § 5d Abs. 1 Satz 2 DRiG geforderte Bundeseinheitlichkeit den begrenzten Abweichungen bei der Zulassung zur mündlichen Prüfungen in den Bundesländern nicht entgegen.<sup>3</sup> Hiernach erfordert die Zulassung zur mündlichen Prüfung im Saarland gem. §§ 12 Abs. 2, 28 Abs. 2 JAG<sup>4</sup> eine Durchschnittszahl von 3,50 Punkte, während in Mecklenburg-Vorpommern gem. §§ 18, 19 JAPO M-V<sup>5</sup> insoweit 3,6 Punkte und in Rheinland-Pfalz gem. § 9 Abs. 4 JAPO<sup>6</sup> 4,0 Punkte erforderlich sind.

§ 5d Abs. 1 Satz 2 DRiG fordert indes bei den staatlichen und universitären Prüfungen die Einheitlichkeit der Prüfungsanforderung einerseits und der Leistungsbewertung andererseits. § 1 BundesnotenVO verwendet bei den Noten gut, voll befriedigend, befriedigend und ausreichend den Begriff »durchschnittliche Anforderungen«. Dieser Begriff wird nirgendwo definiert.<sup>7</sup> Die Rechtsprechung betont, dass die notwendige Wertung, was unter durchschnittlichen Anforderungen zu verstehen sei, von der sachkundigen Einschätzung des Prüfers auszugehen habe.<sup>8</sup> Das Gericht dürfe einem Prüfer nicht vorschreiben, wo die Grenze für die Annahme einer durchschnittlichen oder darüber hinaus gehenden überdurchschnittlichen Prüfungsleistung liege.<sup>9</sup> Hierbei werden die Begriffe »durchschnittliche Anforderungen« und »durchschnittliche Prüfungsleistungen« miteinander vermengt.

Die Begriffe »durchschnittliche Anforderungen« sowie »durchschnittliche Prüfungsleistungen« sind zu problematisieren, wenn – beispielsweise in Mecklenburg-Vorpommern im Jahre 2010 – im Ersten juristischen Staatsexamen der Punktedurchschnitt in den Zivilrechtsklausuren bei 4,69 Punkten, in den Strafrechtsklausuren bei 4,94 Punkten und in den öffentlichen-rechtlichen Klausuren bei 5,22 Punkten und im Zweiten juristischen Staatsexamen in den Zivilrechtsklausuren bei 5,37 Punkten, in den Strafrechtsklausuren bei 5,45 Punkten und in den öffentlich-rechtlichen Klausuren bei 5,02 Punkten lag. Es besteht sicherlich ein Unterschied zwischen der Notendefinition in § 1 BundesnotenVO<sup>10</sup> sowie der Bewertung der Leistungsfähigkeiten von Prüfern nach der jeweiligen Verwaltungsvorschrift des zuständigen Justizministeriums.<sup>11</sup> Bei der Beurteilung von Richtern (und im Übrigen auch von Beamten in der Allgemeinen Verwaltung) gibt es Richtwerte; nach der Rechtsprechung ist die Orientierung an Richtwerten rechtlich nicht zu beanstanden.<sup>12</sup> Auch wenn die Richtwerte nicht statisch als absolute Größe anzusehen sind, so erfolgt dennoch eine Orientierung an der »Gauß'schen Normalverteilungskurve«.<sup>13</sup> Hingegen ist die Bewertung der Prüfungsleistungen im Ersten und Zweiten juristischen Staatsexamen ziemlich weit entfernt von der »Gauß'schen Normalverteilungskurve«. Insoweit besteht Anpassungsbedarf.

Es ist verfehlt, § 5d Abs. 1 Satz 2 DRiG lediglich als »Programmsatz ohne Rechtswert« anzusehen.<sup>14</sup> Unzureichend ist auch die Annahme, § 5d Abs. 1 S. 2 DRiG markiere lediglich »den Rahmen für spezielle Regelungen der Länder«.<sup>15</sup> Ebenso wenig kann die bundesgesetzliche Vorgabe des § 5 Abs. 1 Satz 2 DRiG auf die Verpflichtung der Bundesländer reduziert werden, lediglich »die Gleichwertigkeit der Abschlüsse herzustellen«.<sup>16</sup> Vielmehr ist zumindest bei den sogenannten »Ringtauschklausuren«<sup>17</sup> zu fordern, dass diese in allen Bundesländern nach einem vergleichbaren Bewertungssystem – und zwar nicht nur in verbaler Anlehnung an die Noten-

definition in § 1 BundesnotenVO<sup>18</sup> – bewertet werden. Hierzu sind statistische Erhebungen mit Sicherheit sinnvoll.<sup>19</sup> Bei signifikanten statistischen Abweichungen besteht Aufklärungsbedarf.<sup>20</sup> Das Anstreben einer bundesweiten einheitlichen Leistungsbewertung schränkt den Bewertungsspielraum des Prüfers nicht ein. Dem Prüfer werden keine Vorgaben gemacht, und es wird insbesondere nicht in seinen Bewertungsspielraum eingegriffen. Der Prüfer erhält allenfalls – bei »Ringtauschklausuren« – später eine statistische Auswertung der Prüferbewertung in anderen Bundesländern. Dies kann für die Prüfer bei zukünftigen Bewertungen hilfreich sein und kann ein Weg zum Erreichen einer vergleichbaren Leistungsbewertung sein.

Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass zukünftig einer vergleichenden statistischen Betrachtung eine gewisse Bedeutung zukommt. So hat der BayVGH im Hinblick auf ein vom Kläger vorgelegtes Gutachten geprüft, ob – statistisch gesehen – gerade in Bayern die Prüfungsanforderungen bzw. die Leistungsbewertungen besonders streng gewesen wären. Der BayVGH hat dies im konkreten Fall verneint und hierbei die Auffassung vertreten, dass »begrenzte Abweichungen« bei Prüfungsbewertungen in den verschiedenen Bundesländern möglich seien.<sup>21</sup> Der VGH Mannheim hat nunmehr – für den Bereich des Landes Baden-Württemberg – geprüft, ob bei einer landesweit einheitlichen Prüfung (Erste juristische Staatsprüfung) die Be-

München, Urt. v. 14.07.2005 – 7 B 04.1992, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.10.2009 – OVG 10 M 55.08 –, juris; VG Mainz, Urt. v. 23.01.2002 – 7 K 656/01.Mz – (n.v.).

3 BVerwG, Beschl. v. 07.06.2006 – 6 B 7/06 – (n.v.); VGH München, Urt. v. 14.07.2005 – 7 B 04.1992, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.10.2009 – OVG 10 M 55.08 –, juris; VG Mainz, Urt. v. 23.01.2002 – 7 K 656/01.Mz – (n.v.).

4 JAG v. 08.02.2004, ABl. S. 78, ber.S. 1670.

5 JAPO-MV vom 16.06.2004, GVBl. M-V 2004, S. 281.

6 JAPO vom 01.07.2003, GVBl. 2003, S. 131 i.d.F. vom 23.07.2010, GVBl. S. 249.

7 Siehe z.B. VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 591/10, VBIBW 2011, 189.

8 OVG Lüneburg, Urt. v. 02.02.2005 – 2 LB 4703 –, juris.

9 OVG Lüneburg (Fußn. 8) unter Bezugnahme auf Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 541, 853.

10 Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die Erste und die Zweite juristische Prüfung vom 03.12.1981, BGBl. I S. 1243.

11 Siehe hierzu Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 242 sowie Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Justiz und Angelegenheiten der Europäischen Union des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 28.08.1998 – III 110 d/20 10–2 SH, ABl. M-V 1998, 1181.

12 BVerwG, Beschl. v. 03.07.2001 – 1 WB 17/01, juris sowie VGH Mannheim, Urt. v. 25.09.2006 – 4 S 2087/03 –, juris.

13 Siehe hierzu OVG Koblenz, Urt. v. 19.09.2003 – 2 A 10795/03 –, juris unter Bezugnahme auf Schnellenbach, DÖD 1999, 1 ff.

14 So VGH Mannheim, Urt. v. 24.03.1987 – 9 S 664/86 –, KMK-HSchR 1987, 739, 765, richtig hingegen Schmidt-Räntsch, (Fußn. 1), § 5d Rdnr. 11.

15 So z.B. Niehues/Fischer, Prüfungsrecht, 5. Aufl. 2010, Rdnr. 85.

16 So VGH München, Urt. v. 10.01.1985 – 3 B 84 A.1381 –, BayVBl. 1985, 241, KMK-HSchR 1986, 1324, 1327.

17 Siehe zu diesem Begriff z.B. OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2011 – 2 LA 156/10 – (n.v.).

18 Siehe hierzu Fußn. 1.

19 Siehe insoweit VGH München, Urt. v. 14.07.2005 – 7 B 04.1992 –, bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 07.06.2006 – 6 B 7/06 –, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 591/10 –, juris.

20 Siehe ebenso für eine Abiturprüfung BVerwG, Urt. v. 09.08.1996 – 6 C 3/95 –, DVBl. 1996, 1381; ähnlich BFH, Beschl. v. 05.05.1999 – VII B 343/98 –, NVwZ-RR 2000, 290. Hierzu Zimmerling/Brehm (Fußn. 1) Rdnr. 987 sowie Niehues/Fischer (Fußn. 15) Rdnr. 535.

21 VGH München, Urt. v. 14.07.2005 – 7 B 04.1992 –, bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 07.06.2006 – 6 B 7/06 –, juris.

stehensquote hinsichtlich eines Prüfungsortes signifikant von derjenigen anderer Prüfungsorte abweicht und hierzu die Auffassung vertreten, dass bei Vorlage entsprechender Indizien nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises die Prüfungsbehörde beweispflichtig für die Einhaltung der Chancengleichheit sei.<sup>22</sup> Von daher ist es unangebracht, die Ergebnisse statistischer Erhebungen von vorne herein für unbeachtlich zu erklären.

## II. Die Geeignetheit der Prüfer

### 1. Am Beispiel der Anwaltsklausur

Die Rechtsprechung hat keine Bedenken, dass Anwaltsklausuren von Richtern und Verwaltungsbeamten gestellt und korrigiert werden.<sup>23</sup> Deshalb ist die Fragestellung in einer Anwaltsklausur häufig verfehlt. Eine Anwaltsklausur ist völlig ungeeignet zur Erstellung eines umfassenden Rechtsgutachtens. Richtigerweise müsste sich eine Anwaltsklausur mit Gestaltungsrechten beschäftigen<sup>24</sup> bzw. mit der Prozesstaktik.<sup>25</sup> Keineswegs darf man von einem Anwalt (in der Klausur) erwarten, dass er »blindlings« dem Wunsch des Mandanten folgt. Selbst wenn ein Mandant unbedingt Klage erheben will, so kann dies in einer Anwaltsklausur nicht zwangsläufig zur Folge haben, dass der Rechtsanwalt selbst bei Aussichtslosigkeit der Klage eine Klageschrift fertigt. Zu den Aufgaben eines Rechtsanwaltes gehört es ggf. auch, dem Mandanten von einer Klageerhebung abzuraten. Dies kann nicht dahingehend kritisiert werden (und zwar von den Prüfern als auch vom Verwaltungsgericht), dass dieses Ergebnis für den Mandanten »unbefriedigend« sei.<sup>26</sup>

Hingegen darf sich ein Rechtsanwalt bei einer Klageerhebung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts sehr wohl an der Rechtsbehelfsbelehrung orientieren. Es ist in einem derartigen Fall verfehlt, wenn im Prüfervermerk zunächst ausführlich geprüft wird, ob tatsächlich die Klage der richtige Rechtsbehelf ist oder ob nicht richtigerweise Widerspruch einzulegen wäre. Ein Rechtsanwalt muss sich insoweit auf die Rechtsbehelfsbelehrung verlassen, zumal er bei unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung ein Jahr lang Zeit hat Widerspruch einzulegen.<sup>27</sup>

Bei einer Anwaltsklausur auf dem Gebiet des Zivilrechtes gilt Entsprechendes: So sollten die Kandidaten im Zweiten juristischen Staatsexamen in einem Gutachten zu erbrechtlichen Fragen Stellung nehmen. Die Prüfer hatten dem Kandidaten vorgeworfen, dass dieser zunächst die bestehende Rechtslage hätte prüfen müssen, um sich alsdann die Frage zu stellen, ob diese den Zielen des Mandanten entspricht. War dies nicht der Fall, wäre in einem weiteren Schritt zu überlegen, welche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kämen, um den Wünschen des Mandanten näher zu kommen. Kritisiert wurde von beiden Prüfern, dass der Prüfling nicht die Möglichkeit einer Nachlassverwaltung geprüft habe, obwohl diese überhaupt nicht in Betracht kam.<sup>28</sup> Hierbei wird übersehen, dass den Mandanten alle rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die im konkreten Fall nicht möglich sind, überhaupt nicht interessieren. Dies gilt erst recht, wenn Rechtsanwalt und Mandant eine Vergütungsvereinbarung getroffen haben, wonach auf Stundenbasis abgerechnet wird.<sup>29</sup> Ein Rechtsanwalt hat lediglich zu prüfen, welche realisierbaren Möglichkeiten unter Berücksichtigung des Prozessrisikos vorhanden sind. Für den Rechtsanwalt ist somit die Fragestellung eingeschränkt.

Richtig ist indes, dass eine Anwaltsklausur nicht mit zumindest vertretbarem Ergebnis gelöst ist, wenn eine Rechtsprechungs-mindermeinung, welche 15 Jahre vor der aktuellen Rechtsprechung entwickelt worden ist, unreflektiert aus einem Standardkommentar übernommen wird.<sup>30</sup> Dass es – auch bei einer Anwaltsklausur – nicht ausschließlich auf das richtige bzw. vertretbare Ergebnis ankommt, steht ebenfalls außer Frage.<sup>31</sup>

### 2. Fachfremder Einsatz des Prüfers

Einer der Streitpunkte der Bewertung juristischer Prüfungen ist die Frage der Qualifikation des Prüfers, z.B. die Frage, ob als Erstkorrektor der jeweiligen Aufsichtsarbeit nur ein Prüfer bestimmt werden darf, der in dem konkreten Rechtsgebiet – z.B. Zivilrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht usw. – über praktische Erfahrungen verfügt. Das BVerwG hatte ursprünglich judiziert, es sei nicht zwingend geboten, dass der Prüfer gerade in dem Fach, dem die Prüfungsaufgabe entstammt, beruflich tätig oder gar besonders spezialisiert sein muss.<sup>32</sup> Das BVerwG hat diese apodiktische These später etwas relativiert und auf das zutreffende Argument des Berufungsgerichtes verwiesen, »dass Juristen mit der Befähigung zum Richteramt in der Lage sind, Prüfungsaufgaben auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte jedenfalls dann zu beurteilen, wenn es wie bei der konkret gestellten Aufgabe nicht so sehr um die Wiedergabe rechtshistorisch fundierten Wissens geht, sondern vor allem das Verständnis und ein arbeitsmethodisch sachgerechter Umgang mit den geschichtlichen Grundlagen der (deutschen) Rechtsordnung zu bewerten sind.«<sup>33</sup>

Nach Auffassung des VGH Kassel wird durch die Bestellung zum Prüfer durch den Präsidenten des Justizprüfungsamtes eine Eignung des Prüfers für sein Tätigwerden im Rahmen der juristischen Staatsprüfung bejaht. Damit sei jeder Prüfer in der Lage, eine Prüfungsleistung als Erstkorrektor zu bewerten und es sei daher nicht zu beanstanden, dass mit der Erstkorrektur der Arbeitsrechtsklausur ein Verwaltungsrichter betraut worden sei.<sup>34</sup> Nach Auffassung des VG Köln sei ebenso wenig zu beanstanden, dass die Bewertung einer arbeitsrechtlichen Hausarbeit durch zwei fachfremde Prüfer erfolge.<sup>35</sup> Hierbei wird darauf abgestellt, dass dies von der JAO nicht

22 VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 591/10 –, juris, bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 29.06.2011 – 6 B 7/11 –, juris.

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

24 So zutreffend Wolf, JA 2006, 476 ff.

25 So zutreffend Diercks-Harms, JA 2005, 440, 446.

26 So aber VG Aachen, Urt. v. 08.11.2005 – 5 K 929/03 – (n.v.).

27 Siehe zu den Folgen einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung BVerwG, Beschl. v. 22.12.1999 – 6 B 88/99 –, NVwZ-RR, 2000, 325; OVG Münster, Beschl. v. 03.11.2004 – 13 A 3937/04.A –, juris sowie OVG Münster, Beschl. v. 21.12.2010 – 1 A 1993/09, juris. Dies setzt voraus, dass das Verwaltungsgericht ggf. dem Rechtsanwalt rechtzeitig einen entsprechenden Hinweis gibt.

28 VG München, Urt. v. 23.05.2006 – M 4 K 05.2586, juris.

29 Siehe hierzu Johlen in Johlen/Oerder, Münchener Anwaltshandbuch, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2003, § 1 Rdnr. 19 ff.

30 OVG Münster, Beschl. v. 21.05.2007 – 14 A 1222/06 –, juris.

31 OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.01.2004 – 2 ME 386/03 –, juris.

32 BVerwG, Beschl. v. 20.11.1995 – 6 B 66.95 –, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 360.

33 BVerwG, Beschl. v. 20.08.1997 – 6 B 25/97 –, Buchholz 421.0 Prüfungswesen, Nr. 383.

34 VGH Kassel, Beschl. v. 30.03.1995 – 6 TG 3364/94, ZBR 1996, 118, bestätigt OVG Münster, Beschl. v. 14.06.2010 – 14 A 1258/09 –.

35 VG Köln, Urt. v. 09.04.2009 – 6 K 581/07 – (n.v.).

verboten sei.<sup>36</sup> Der VGH Kassel hat aber klargestellt, dass ein Prüfer, der sich in einem Prüfungsgebiet nicht auskennt, sich in den Prüfungsgegenstand einarbeiten oder anregen muss, dass ein anderer Prüfer bestellt werde<sup>37</sup>. Diese Entscheidung betraf zwar eine Diplomprüfungsarbeit im Fach Psychologie, sie ist jedoch ohne Weiteres auf das Fach Rechtswissenschaft zu übertragen.

Nach § 5d Abs. 1 Satz 1 DRiG haben – seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung vom 11.07.2002 –<sup>38</sup> die staatlichen universitären Prüfungen die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen zu berücksichtigen. Auch die Fremdsprachenkompetenz kann hiernach Gegenstand der Bewertung sein. Zu den Schlüsselqualifikationen zählen u.a. Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit (§ 5 a Abs. 3 DRiG).<sup>39</sup> Damit stellt sich die Frage, welche Anforderungen an den Prüfer zu stellen sind, damit sie hinreichend qualifiziert angesehen werden können. Ob jeder Hochschullehrer in der Lage ist, diese Schlüsselqualifikationen abzufragen, erscheint durchaus fraglich.<sup>40</sup> Von der Rechtsprechung wird die Notwendigkeit einer vom Prüfer gesondert zu erwerbenden und ggf. nachzuweisenden methodisch-didaktischen Prüferausbildung verneint; eine derartige Verpflichtung ergäbe sich nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>41</sup>

### III. Die Befangenheit der Prüfer

#### 1. Personenbedingte Befangenheitsgründe

§ 21 VwVfG gilt auch im Bereich der Prüfungen von Personen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG). Gleichwohl recurriert die Rechtsprechung – zurecht – nur selten auf die Bestimmung des § 21 VwVfG.<sup>42</sup> Die Frage der Befangenheit eines Prüfers wird i.d.R. ohne Erwähnung des § 21 VwVfG erörtert.<sup>43</sup> Rechtsprechung<sup>44</sup> und Literatur<sup>45</sup> stellen vielmehr ab auf den Grundsatz des fairen (Prüfungs-)Verfahrens. Entscheidend sind hiernach »Unbefangenheit und Objektivität« bzw. »Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit«.<sup>46</sup> Hierbei hat das VG Schleswig<sup>47</sup> die Auffassung vertreten, dass eine Befangenheit grundsätzlich nicht anzunehmen sei, »wenn der Prüfling dem Prüfer vor der Prüfung persönlich nicht bekannt war«.

Allein die Tatsache, dass ein persönlicher Kontakt zwischen Korrektor und Prüfling bestand, kann nach der Rechtsprechung die Besorgnis der Befangenheit nicht begründen, zumal es ansonsten Prüflinge in der Hand hätten, durch Herstellung persönlicher Kontakte unerwünschte Prüfer »befangen« zu machen.<sup>48</sup> Hingegen hat das Sächsische Staatsministerium der Justiz – Landesprüfungsamt – in einem Bescheid vom 20.12.2005<sup>49</sup> die von zwei Prüfern erklärte Besorgnis der Befangenheit akzeptiert. Diese Prüfer waren im Widerspruchsverfahren von der Kandidatin »angegangen« worden, um eine Anhebung der Note zu erreichen. Das Justizprüfungsamt hat dies als versuchte Einwirkung auf die Prüfer als Täuschungshandlung angesehen und die Prüfung deshalb insgesamt für »nicht bestanden« erklärt.<sup>50</sup>

#### 2. Verhaltensbedingte Befangenheitsgründe

Die auf dem Grundsatz der Chancengleichheit und dem Rechtsstaatsprinzip beruhende Gebote der Fairness und der

Sachlichkeit verpflichten den Prüfer, darauf Bedacht zu nehmen, dass das Prüfungsverfahren – im Rahmen der gegebenen Prüfungsvorschriften – auch hinsichtlich des Stils der Prüfung und der Umgangsformen der Beteiligten einen einwandfreien Verlauf nimmt. Es soll vermieden werden, dass der Prüfling durch ein unangemessenes Verhalten des Prüfers einer psychischen Belastung ausgesetzt wird, die das Bild seiner Leistungsfähigkeit verfälscht und dadurch seine Chancen mindert<sup>51</sup>. Kriterium der Ordnungsmäßigkeit eines Prüfungsverfahrens ist nicht das Maß der psychischen Belastung des Prüflings, sondern die Fairness des Prüfungsverfahrens<sup>52</sup>.

Konfliktsituationen entstehen insbesondere bei mündlichen Prüfungen. Die mündliche Prüfung soll ein sinnvolles, menschliches Gespräch der Prüfer mit den Kandidaten und Kandidatinnen ermöglichen. In Grenzen vertretbar sind auch Fragen, die nur der Auflockerung des Prüfungsgesprächs dienen sollen, auch wenn sie von erfolglosen Prüflingen als nicht prüfungsbezogen und irritierend empfunden werden.

Unakzeptabel ist hingegen die Bemerkung im juristischen Staatsexamen zu einer Kandidatin: »*All' dies ist mehr Zeichen für mangelnde Intelligenz als von mangelnden Rechtskenntnissen*«<sup>53</sup>. Auch die auf eine zutreffende Antwort des Prüflings gemachte Bemerkung des Prüfers »*Ja, das ist richtig, vielleicht haben Sie es gewusst, vielleicht haben Sie es aber nur geraten*«, kann einen Verstoß gegen das Gebot der Sachlichkeit darstellen<sup>54</sup>. Dasselbe gilt, wenn sich ein Prüfer gegenüber dem Prüfling wie folgt äußert: »*. . . ich bin hier, um Ihnen ein Beinchen zu stellen*«<sup>55</sup>. Generell ist festzuhalten, dass der Prüfer, der Prüfungsleistungen sarkastisch, spöttisch, höhnisch oder in ähnlich herabsetzender Form kommentiert, das Verbot der Fair-

36 VG Köln, Urt. v. 09.04.2009 – 6 K 581/07 – (n.v.), bestätigt OVG Münster, Beschl. v. 14.06.2010 – 14 A 1258/09 –.

37 VGH Kassel, Urt. v. 14.12.2006 – 8 UE 188/06 –, juris sowie Urt. v. 19.10.2009 – 8 A 1643/08 –.

38 BGBI. I, S. 2592; ausführlich hierzu Niehues/Fischer (Fußn. 15), Rdnr. 316 ff.

39 Siehe hierzu König/Weth, Das Mandantengespräch, 2004.

40 Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 241 ff. sowie Niehues/Fischer, (Fußn. 15) Rdnr. 316.

41 VG Düsseldorf, Urt. v. 02.07.2010 – 15 K 1415/10 –, juris.

42 Siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 11.11.1998 – 6 C 8/97 –, BVerwGE 107, 363 – DVBl 1999, 790; OVG Koblenz, Urt. v. 15.01.1999 – 2 A 10946/98 –, DVBl 1999, S. 1597 m. Anm. Abramenko.

43 Siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 04.05.1999 – 6 C 13/98 –, DVBl 1999, 1600.

44 Siehe z.B. BVerwG, Beschl. v. 28.10.2004 – 6 B 51/04, juris; OVG Lüneburg, Urt. v. 20.01.1987 – 10 A 98/85, OVGE 40, 364.

45 Siehe z.B. Knack/Clausen, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 21 Rdnr. 5; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 21 Rdnr. 14.

46 Siehe hierzu Zimmerling/Brehm (Fußn. 1) sowie Niehues/Fischer (Fußn. 15).

47 VG Schleswig, Urt. v. 11.07.2006 – 7 A 12/06 –, juris.

48 VG Berlin, Urt. v. 17.01.2001 – 12 A 501.98 – (n.v.).

49 Bescheid v. 20.12.2005 – 2240 E-III.1.545/05 – (n.v.).

50 Bestätigt durch OVG Bautzen, Urt. v. 02.06.2010 – 2 A 128/10 – DVBl 2010, 139 f., das die gegenteilige Entscheidung des VG Dresden, Urt. v. 18.06.2009 – 5 K 185/06 – (n.v.) aufgehoben hat. Das BVerwG, Beschl. v. 18.05.2011 – 6 B 55/10 –, juris, hat die Revision zugelassen.

51 Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 271 sowie Niehues/Fischer (Fußn. 15), Rdnr. 336 ff.

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

53 VG Düsseldorf, Urt. v. 27.05.1994 – 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.).

54 VGH Mannheim, Urt. v. 24.04.1990 – 9 S 3227/89, SPE n.F. 528 Nr. 7.

55 VG Münster, Urt. v. 22.02.1980 – 1 K 2217/78, KMK-HSchr 1981, 399.

ness verletzt<sup>56</sup>. Auch ständige Unterbrechungen des Prüflings stellen ein unfaires Prüferverhalten dar. Wird der Prüfling im Rahmen einer 25-minütigen mündlichen Prüfung 28 mal unterbrochen, ist die Grenze des Hinnehmbaren überschritten<sup>57</sup>. Gleiches gilt aber auch für das Schweigen von Prüfern: Schweigen diese nach einem zu kurz gehaltenen Kurzreferat des Prüflings bis zum Ablauf der für das Referat vorgesehenen 10 Minuten, so kann darin nach Auffassung des BayVGH ein Verstoß gegen das Fairnessgebot liegen<sup>58</sup>.

Die Rechtsprechung hat unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Fairnessgebotes allerdings nur eindeutige Entgleisungen beanstandet<sup>59</sup>. Hiernach darf ein Prüfling nicht sehr empfindlich sein. Dies belegen folgende Beispiele:

- Das Verbot des Vorsitzenden in einem »barschem Ton« Notizen anzufertigen, ist keine objektive Tatsache, die auf eine Befangenheit schließen lasse.<sup>60</sup>
- Die Aufforderung in einer mündlichen Prüfung »*Eiern Sie nicht so herum*« sollte lediglich dem Abschweifen nach falscher Antwort begegnen, den Prüfling jedoch nicht herabsetzen<sup>61</sup>.
- »*Sie haben das große Los gezogen. . .*«, wenn der Prüfer dies damit erklärt, es handele sich um ein vom ihm in der Vorlesung behandeltes und deshalb häufig geprüftes Thema, was allen Prüfungskandidaten bekannt sei<sup>62</sup>.
- Vorhalt des Prüfers: »*Aber das wissen Sie ja*«, dient lediglich der Aufmunterung und lässt eine Befangenheit nicht erkennen<sup>63</sup>.
- »*Sie sind nicht ohne Grund durch die erste und zweite Prüfung gefallen*«, wenn der Prüfer glaubhaft und nachvollziehbar dies als bloße Beschreibung der bestehenden Fakten erklärt<sup>64</sup>.

Die zuletzt erwähnte Entscheidung ist zweifelhaft, da die Erklärung des Prüfers als Schutzbehauptung aufzufassen ist und insbesondere dann, wenn die Äußerung des Prüfers – was unterstellt werden kann – nach einer Antwort des Prüflings gefallen ist, die nicht den Erwartungen des Prüfers entsprach. Nach Auffassung des VG Köln kann in einer mündlichen Prüfung das Fairnessgebot betroffen sein, wenn der Prüfer eine (dunkle) Sonnenbrille oder eine Brille mit getönten Gläsern trägt, so dass seine Augen gar nicht oder nahezu kaum erkennbar sind mit der Folge, dass ein Augenkontakt mit ihm praktisch nicht möglich ist.<sup>65</sup> Ein Prüfer hat dafür Sorge zu tragen, dass das Prüfungsverfahren auch hinsichtlich des Stils der Prüfung und der Umgangsformen der Beteiligten einen einwandfreien Verlauf nimmt<sup>66</sup>.

Das Problem der Befangenheit des Prüfers stellt sich jedoch nicht nur in der mündlichen Prüfung, sondern auch in der schriftlichen Prüfung. Hierbei akzeptiert die Rechtsprechung ohne Weiteres ironische Anmerkungen (als Stilmittel)<sup>67</sup>. Nicht beanstandet wurde die Verwendung des Wortes »grauenhaft« in einer juristischen Klausur des Zweiten juristischen Staatsexamens<sup>68</sup>. Auch ist der Vorwurf eines Prüfers in seinen Anmerkungen, der Prüfling könne »nicht klar denken« und verstehe »die Grundregeln rechtlicher Argumentation oder Zitieren von Belegstellen nicht«, nach der Rechtsprechung nicht zu beanstanden<sup>69</sup>. Die Selbstbeherrschung von Prüfern sollte bei der Bewertung schriftlicher Prüfungsarbeiten soweit entwickelt sein, dass Vokabeln wie »Unsinn« oder »Blödsinn« ver-

mieden werden<sup>70</sup>. Gleiches gilt für die Verwendung der Begriffe »Erbarung! Barmherzigkeit!«<sup>71</sup>. Sowie »Bla bla«<sup>72</sup> und »grobschlächtig, unseriös, banal, gefaselt, kollagiert, naiv«<sup>73</sup>.

Nach der Rechtsprechung haben derartige Äußerungen des Prüfers in einer schriftlichen Arbeit in aller Regel keine Konsequenzen. Dies wird damit begründet, dass derartige »unfaire« Bemerkungen keinen Einfluss auf das weitere Prüfungsverfahren haben, da der Prüfling vor dem Prüfungsabschluss keine Einsicht in die Prüfungsunterlagen erhält. Die Rechtsprechung neigt vielfach dazu, Randbemerkungen in Klausuren zu bagatellisieren.<sup>74</sup>

Indes kann eine Verletzung des prüfungsrechtlichen Fairnessgebotes in den vorliegenden Fällen nicht ausgeschlossen werden, da die »unfairen« Anmerkungen sich durchaus in der Bewertung widerspiegeln können. Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach unfaire und unzulässige Randbemerkungen keinen Einfluss auf die Bewertung einer Klausur haben. Bislang haben lediglich vereinzelt die Gerichte eine Bewertung als unsachlich »erkannt«, wenn der Prüfer seiner Verärgerung über schwache Prüfungsleistung freien Lauf lässt und dadurch die Gelassenheit und emotionale Distanz verliert, ohne die eine gerechte Beurteilung schwerlich gelingen kann.<sup>75</sup>

Die Besorgnis der Befangenheit kann sich durch das Verhalten des Prüfers im verwaltungsinternen Kontroll- bzw. Widerspruchsverfahren manifestieren<sup>76</sup>. So ist das Gebot der

56 VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 – 3 A 103/01 HAL, juris.

57 VG Halle, Urt. v. 13.12.2001 – 3 A 103/01 HAL, juris: Das Gedächtnisprotokoll des Prüflings wurde als Mittel zur Geltendmachung substantiierter 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.).

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

59 Klenke, NWVBl. 1988, 199 ff, 203 mit unveröffentlichten Beispielen aus der Rechtsprechung des OVG Münster, z.B. Urt. v. 13.05.1983 – 15 A 1675/81 – (n.v.) (Hinweis des Vorsitzenden, für den Prüfling sei es vielleicht das Beste, wenn er erneut durchfalle, da er den Anforderungen des Vorbereitungsdienstes wahrscheinlich ohnehin nicht gewachsen sein werde) sowie Urt. v. 05.12.1986 – 22 A 780/85 NVwZ 1988, 458. (Der Vorsitzende: »Wir erwarten von Ihnen heute Glanzleistungen. . . Sie werden hier auf dem Zahnfleisch wieder rausgehen.«)

60 VG Berlin, Urt. v. 16.06.2004 – 12 A 1671.97, juris.

61 OVG Berlin, Beschl. v. 05.05.2003 – 4 S 12.03, juris.

62 VG Berlin, Urt. v. 11.05.2005 – 12 A 677.04 – (n.v.).

63 VG Berlin, Urt. v. 10.11.2004 – 12 A 1184.03, juris.

64 VG Berlin, Beschl. v. 02.03.1998 – 12 A 37.98, juris.

65 VG Köln, Urt. v. 22.03.2006 – 6 K 1676/04 –, juris.

66 BVerwG, Urt. v. 20.09.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143 – DVBl 1985,

61; VG Sigmaringen, Urt. v. 09.06.2005 – 8 K 79/03 – (n.v.).

67 OVG Münster, Urt. v. 16.01.1987 – 22 A 452/86, KMK-HSchr 1987, 1134.

68 OVG Münster, Urt. v. 16.03.2005 – 14 A 530/04 – (n.v.).

69 OVG Münster, Urt. v. 04.02.1994 – 22 A 1071/93 – (n.v.).

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

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

72 VG Köln, Beschl. v. 31.01.1984 – 6 K 3744/83 –.

73 OVG Münster, KMK-HSchr 1986, 112, 114; weitere Beispiele bei Schmidt-Räntsch (Fußn. 1), § 5d DRiG Rdnt. 126.

74 VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 624/10, juris, bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 16.08.2011 – 6 B 18/11 –, juris.

75 VG Berlin, Urt. v. 08.07.2010 – 3 A 4.06 –.

76 BVerwG, Urt. v. 04.05.1999 – 6 C 13/98 –, juris; VGH München, Beschl. v. 20.01.2003 – 7 ZB 03.788 – sowie Beschl. v. 04.11.2005 – 7 ZB 05.1999 –, BayVBl 2006, 446; VG Stuttgart, Gerichtsbescheid v. 04.11.1999 – 10 K 2202/98 – (n.v.).

Sachlichkeit und inneren emotionalen Distanziertheit verletzt, wenn ein Prüfer zu erkennen gibt, dass er plausible Kritik an zahlreichen emotionalen, nicht allein sachbezogenen Äußerungen nicht als solche anzuerkennen in der Lage ist.<sup>77</sup> Dies gilt erst recht, wenn der Prüfer durch eine Gerichtsentcheidung zur Neukorrektur verpflichtet wird und er beharrlich an seiner rechtsirrigen Auffassung festhält.<sup>78</sup> Wann immer ein Prüfer »dokumentiert« hat, dass er sich vorzeitig auf eine negative Bewertung der Leistungen des Prüflings festgelegt hat, ist er befangen.<sup>79</sup> Zumindest in dem Fall, in dem der Prüfer nicht mehr offen ist für eine (nur) an der wirklichen Leistung des Prüflings orientierten Bewertung, sondern wenn er von vorne herein sich auf eine bestimmte (negative) Bewertung festgelegt hat, ist er befangen.<sup>80</sup>

#### IV. Die Aufgabenstellung

##### 1. Der zulässige Prüfungsstoff

Die Aufgabenstellung der Klausuren muss durch den regelmäßig in dem JAG bzw. der JAPO normierten Prüfungszweck gedeckt sein. Fast alle Landesprüfungsordnungen sehen vor, dass bestimmte Bereiche »in Grundzügen« (vgl. § 11 JAPO M-V) oder »im Überblick« (siehe z.B. § 5 Abs. 3 Nr. 2–6 JAPO B-W) geprüft werden<sup>81</sup>. Mit dem Begriff »Grundzüge« hat sich bereits das BVerwG beschäftigt. LS 5 der Entscheidung des BVerwG<sup>82</sup> lautet wie folgt:

*»Die Beschränkung des zulässigen Prüfungsstoffs auf die »Grundzüge« eines rechtswissenschaftlichen Sachgebiets bedeutet, dass einerseits die allgemeinen Grundlagen dieses Sachgebiets, andererseits aber auch einzelne Fragenkreise im Überblick geprüft werden können, die nach dem Inhalt und der Häufigkeit, mit der sie sich stellen, von erheblicher Bedeutung sind.«*

Nach Auffassung des OVG Bautzen wird das Teilgebiet »Versorgungsausgleich« in seiner Gesamtheit ohne Ansehung seiner praktischen Bedeutung und der konkreten Aufgabenstellung von den »Grundzügen des Familienrechts« i.S. des § 17 Abs. 2 Nr. 1 SächsJAPO umfasst<sup>83</sup>. Nach Auffassung des VG München gehören die Vorschriften über die Nachlassverwaltung zu den »Grundzügen des Erbrechts«<sup>84</sup>. Das OVG Bremen hat sich mit dem Begriff der »Grundzüge im Bauplanungsrecht« befasst<sup>85</sup>. Die Klausur ging nach dieser Entscheidung wegen der Vielzahl der konkreten bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Regelungen über »Grundzüge« hinaus. Zu einer vergleichbaren Bestimmung in § 3 Abs. 1 Satz 2 JAG 1993 NRW hat das OVG Münster die Auffassung vertreten, es handele sich um zulässigen Prüfungsstoff, »sofern lediglich Verständnis und Arbeitsmethode festgestellt werden sollen und Einzelwissen nicht vorausgesetzt wird«<sup>86</sup>. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass der Bundesgesetzgeber im Jahre 1992 durch eine Änderung des § 5d DRiG eine Reduktion des Lehrstoffs auf die Kernbereiche erreichen wollte. Der Prüfungsstoff sollte jetzt so bemessen sein, dass das Studium nach 4 ½ Jahren abgeschlossen werden kann (§ 5d Abs. 2 Satz 1 DRiG)<sup>87</sup>. Das Studium ist nach § 5 a Abs. 2 DRiG auf die Kernbereiche der klassischen Rechtsgebiete auszurichten. Das sind die Bereiche, die den (Einheits-)Juristen ausmachen, ohne die er im juristischen Berufsleben nicht auskommt<sup>88</sup>.

Das OVG Lüneburg hat sich insoweit mit der Frage beschäftigen müssen, ob bei einer Strafrechtsklausur, bei der es sich um eine sogenannte »Ringaustauschklausur« handelte, das

Prüfungsamt verpflichtet war, die Prüfer darauf hinzuweisen, dass diese Aufgabe bereits in Nordrhein-Westfalen gestellt worden war, jedoch um zahlreiche weitere Problemstellungen »bereichert« wurde mit der Folge, dass es sich letztendlich um eine Klausur mit einem hohen Schwierigkeitsgrad handelte. Nach Auffassung des OVG Lüneburg war der Prüfervermerk ausreichend, wonach es für eine praxisgerechte Bearbeitung der Aufgabenstellung nicht erforderlich war, dass alle der angesprochenen Fragen behandelt werden.<sup>89</sup>

Stellt ein Gericht fest, dass eine Aufgabe über den Prüfungsstoff hinausgeht oder Einzelwissen verlangt oder nicht auf der Grundlage der Normtexte ohne vertiefte Kenntnisse von Rechtsprechung und Literatur bewältigt werden kann, so hat der Prüfling Anspruch auf eine neue Klausur<sup>90</sup>, da der Verfahrensfehler nicht – auch nicht durch eine wohlwollende Bewertung –<sup>91</sup> geheilt werden kann. Gleiches gilt auch bei einer »verwirrenden Aufgabenstellung«<sup>92</sup>

##### 2. Die Rügepflicht des Prüflings bei unzulässigem Prüfungsstoff

Nach einigen Prüfungsordnungen kann das Prüfungsamt die Wiederholung der Prüfung oder einzelner Teile der Prüfung anordnen, wenn sich erweist, dass das Prüfungsverfahren mit »Mängeln« behaftet war, die die Chancengleichheit erheblich beeinträchtigen. Das OVG Weimar hat insoweit in Bezug auf § 10 ThürJAPO a.F.<sup>93</sup> (entspricht § 9 ThürJAPO n.F.<sup>94</sup>) den Begriff »Mängel« weit gefasst. Dieser Vorschrift lasse sich eine Einschränkung dahingehend, dass Mängel des Prüfungsverfahrens nur solche Mängel sind, die den formellen Ablauf der Prüfung betreffen (wie äußere Störungen), nicht entnehmen. Die gerügte Ungeeignetheit einer Klausur stelle daher einen Mangel im Prüfungsverfahren dar, der innerhalb der normierten Monatsfrist gerügt werden müsse<sup>95</sup>.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG<sup>96</sup>. Die vom dortigen Kläger geltend gemachte Ungeeignetheit könne zwar einen materiellen Beurteilungsfehler zur Folge haben. Die Ungeeignetheit hätte

77 Siehe z.B. VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 591/10 –, juris, VGH München, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 624/10, juris.

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

79 BVerwG, Urt. v. 24.02.1993 – 6 C 38.92, DVBl 1993, 848.

80 VG Köln, Urt. v. 26.07.2009 – 6 K 1421/06 –, juris.

81 Kritisch hierzu Böckenförde, JZ 1997, 317 f., 319.

82 BVerwG, Urt. v. 16.04.1997 – 6 C 9/95 –, DVBl 1997, 1235.

83 OVG Bautzen, Beschl. v. 11.09.2001 – 4 BS 156/01, LKV 2002, 523.

84 VG München, Urt. v. 23.05.2006 – M 4 K 05.2586 –, juris.

85 OVG Bremen, Urt. v. 04.05.2001 – 1 A 473/00 – (n.v.).

86 OVG Münster, Beschl. v. 12.03.2009 – 14 A 66/09 –, NWVBl. 2009, 389.

87 Schmid-Räntsch (Fußn. 1), § 5d Rdnr. 16.

88 Schmid-Räntsch (Fußn. 1), § 5d Rdnr. 17.

89 OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2011 – 2 LA 156/10 – (n.v.).

90 VGH Kassel, Beschl. v. 26.05.2010 – 8 A 1595/09 –, juris; Insoweit hatte der Prüfling in dem Verfahren des OVG Bautzen, Beschl. v. 11.09.2001 – 4 BS 156/01, LKV 2002, 523 einen falschen Antrag gestellt: Er hatte nämlich die Zulassung zur mündlichen Prüfung begehrt anstatt die Zulassung zu einer weiteren Klausur zu verlangen.

91 So aber für die zahnärztliche Abschlussprüfung VGH Mannheim, Urt. v. 21.11.2006 – 9 S 987/06 –, NVwZ 2007, 1218 L=VBIBW 2007, 218.

92 OVG Münster, Beschl. v. 07.07.2009 – 14 A 2604/07 –, juris.

93 ThürJAPO in der Fassung vom 16.02.1993, GVBl S. 149 zuletzt geändert durch VO v. 16.04.1999, GVBl S. 261.

94 ThürJAPO v. 24.02.2004, GVBl S. 217.

95 OVG Weimar, Beschl. v. 10.09.2004 – 1 HO 1039/04 – (n.v.).

96 BVerwG, Urt. v. 22.06.1994 – 6 C 37.92, BVerwGE 96, 126.

zur Folge, dass die Leistungsfähigkeit des Klägers in ihren Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt war, so dass sie von vorne herein materiell nicht richtig beurteilt wurde. Der daraus resultierende materielle Beurteilungsfehler sei indes nur eine Folge des Fehlers im Prüfungsverfahren, hier der zu Unrecht ausgegebenen, ungeeigneten Klausur. Es sei im Übrigen auch nicht ersichtlich, warum ein Prüfling nicht in der Lage sein sollte, die fehlende Eignung einer Klausur sofort festzustellen und die Rüge binnen der Monatsfrist anzubringen<sup>97</sup>.

Von der Rügepflicht ausgenommen sind nur typische materielle Beurteilungsfehler, wie etwa eine fachlich unrichtige und daher rechtswidrige Bewertung, die die nachträgliche Bewertung einer von dem Prüfling bereits erbrachten Prüfungsleistung betreffe. Fehler in der materiellen Beurteilung, die lediglich als Folge eines Mangels im Prüfungsverfahren entstehen können, seien damit jedoch nicht gemeint. Im Ergebnis wird somit vom Prüfling erwartet, dass er eine fehlerhafte Aufgabenstellung (z.B. außerhalb des »Kernbereichs« des Öffentlichen Rechtes [vgl. § 7 Satz 2 JAG 1994 Hessen]) unverzüglich erkennt, so dass ihm die sofortige Rügeerhebung zumutbar ist. Häufig kann jedoch ein Prüfling oder sein Bevollmächtigter erst nach Einsichtnahme in die Korrektur erkennen, dass eine Prüfungsaufgabe nicht geeignet oder außerhalb des Prüfungskataloges war<sup>98</sup> oder die »Grundzüge« oder »Überblicke« überschreitet<sup>99</sup>.

Das OVG Münster hat die Rechtsfrage abschließend noch nicht entschieden, sondern sich auf die Bemerkung beschränkt, es widerspräche dem Gebot der Chancengleichheit, »wenn ein Prüfling die Möglichkeit hätte, es von der Bewertung der Prüfungsleistung abhängig zu machen, ob er nachträglich einen während der Erbringung der Prüfungsleistung aufgetretenen objektiv erkennbaren Verfahrensmangel rügt oder nicht«. Das dürfte auch für den Verfahrensmangel »unzulässiger Prüfungsstoff« anzunehmen sein<sup>100</sup>. Entscheidend kann jedoch nicht sein, ob ein Verfahrensmangel objektiv erkennbar ist, sondern ob er subjektiv für den Prüfling in der Prüfungssituation erkennbar war.<sup>101</sup> Der Prüfling muss – bis zu einer gegenteiligen Erkenntnis – selbstverständlich davon ausgehen, dass die gestellte Klausur oder Hausarbeit sich innerhalb des von der JAO vorgegebenen Stoffgebietes hält. Insoweit wird er versuchen, die Probleme des Falles zu lösen. Die Rüge im Verlauf der Prüfung dient dazu, die Handlungspflicht auf die Prüfungsbehörde zu verlagern und damit einer Störung ihre rechtliche Relevanz als Verfahrensfehler zu bewahren.<sup>102</sup> Die Klärung der Zulässigkeit des Prüfungsstoffes ist jedoch zeitlos.

## V. Die Korrektur schriftlicher Arbeiten

### 1. Die äußere Form einer Klausur

In der Rechtsprechung stellt sich immer wieder die Frage, ob und inwieweit Konzeptblätter in die zu bewertende Arbeit einzubeziehen sind. Die Rechtsprechung ist sich darüber einig, dass die Forderung eines Prüflings, Konzeptblätter in die Bewertung einfließen zu lassen, nur dann als gerechtfertigt anzusehen ist, wenn er dieses Begehren ausdrücklich verdeutlicht hat.<sup>103</sup> In der Rechtsprechung wird weiter die Auffassung vertreten, dass Konzept-, Skizzen- oder Gliederungsblätter nur dann Bestandteil der Bearbeitung und damit der zu bewertenden Prüfungsleistung sind, wenn sie nach ihrem Inhalt geeignet sind, die Bearbeitung hinsichtlich des Aufbaus, der

Begründung und der Ergebnisse zu ergänzen. Nur unter dieser Voraussetzung erstreckt sich der Bewertungsanspruch des Prüfungsteilnehmers auf die abgegebenen Konzeptblätter<sup>104</sup>.

Die Nichtlesbarkeit einer Klausur geht zu Lasten des Prüflings. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn dem Prüfling zur Wahrung seiner Chancengleichheit die Möglichkeit einzuräumen ist, eine Leseabschrift zu fertigen<sup>105</sup>. In der Regel kommt es nur darauf an, ob die Schrift des Prüflings lesbar ist oder nicht.<sup>106</sup> Es gehört grundsätzlich zu den Mitwirkungspflichten eines Prüflings, eine schriftliche Prüfungsleistung in leserlicher Form zu erbringen. Unleserliches, dessen Sinn sich auch nicht aus dem Zusammenhang erschließen lässt, kann nicht bewertet werden. Unleserliche Prüfungsleistungen sind wie nicht erbrachte Prüfungsleistungen zu behandeln.<sup>107</sup> Eine schlechte Schrift darf im Übrigen bei der Bewertung keine Berücksichtigung finden.<sup>108</sup>

Gegenstand mehrerer Entscheidungen war das Problem, inwieweit bei einer juristischen Staatsprüfung der »schlechte« Sprachstil sowie Schreibfehler bei der Bewertung berücksichtigt werden können. Dies wird mit der Begründung bejaht, dass zur Rechtsanwendung auch die Fähigkeit gehört, sich bei Falllösungen und überhaupt bei Rechtsauskünften grammatikalisch korrekt in verständlicher Sprache und in einem sachangemessenen Sprachstil in Wort und Schrift auszudrücken.<sup>109</sup> Grundsätzlich ist es nicht sachwidrig, auch die äußere Form der Prüfungsleistung zu bewerten. Bei Prüfungen – im gehobenen Verwaltungsdienst – wird dies damit begründet, dass die Prüflinge später als Sachbearbeiter rechtsbehelfsfähige Bescheide zu fertigen bzw. vorzubereiten haben und demzufolge auch auf die äußere Form der Bescheide achten müssen.<sup>110</sup>

## 2. Die Schlüssigkeit der Bewertung

Eine Bewertung ist zu beanstanden, wenn der Korrektor die Nichtbearbeitung eines Problems rügt, obwohl der Prüfling zu dem Problem – wenn auch knapp – Stellung genommen hat und der Erstkorrektor im Überdenkungsverfahren sich

97 Ebenso VG Frankfurt/Main, Urt. v. 14.01.2009 – 12 K 2561/07.F (V) (n.v.) sowie VGH Kassel, Urt. v. 29.04.2010 – 8 A 3247/09 –, NVwZ-RR 2011, 110.

98 Siehe zum Prüfungsstoff: Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 829.

99 Siehe Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 350 ff.

100 OVG Münster, Beschl. v. 10.09.2009 – 14 B 1009/09 –, juris m.w.N.

101 Siehe zu Obliegenheitspflichten eines Prüflings, Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 331 ff.

102 OVG Münster, Beschl. v. 09.10.2008 – 14 A 3388/07 –, NWVBl. 2009, 151.

103 VGH Mannheim, Urt. v. 08.10.1996 – 9 S 2437/95 –, VBIBW 1997, 70; OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.05.2007 – 2 LA 410/05 –, VG Ansbach, Urt. v. 30.01.2001 – AN 2 K 00.00648 –, juris; VG Leipzig, Beschl. v. 14.06.2001 – 4 K 322/01 –

104 OVG Bautzen, Beschl. v. 11.09.2001 – 4 BS 156/01 –, juris.

105 VG Karlsruhe, Urt. v. 11.07.2001 – 1 K 1080/99 –, (n.v.).

106 Sofern ein Prüfer zu schnell zu dem Vermerk gelangt »kann ich nicht lesen« folgt die Rechtsprechung »eine gewisse Pflichtigkeit des Prüfers«, vgl. VG Lüneburg, Urt. v. 30.10.1996 – 1 A 16/94 –, (n.v.).

107 OVG Münster, Beschl. v. 10.10.2008 – 14 A 1904/07 –, juris.

108 VGH München, Urt. v. 29.12.1992 – 3 B 92.399, juris; OVG Münster, Urt. v. 23.01.1995 – 22 A 1834/90 –, NVwZ, 1995, 800; v. Golitschek, Bay 1994, 300 ff., 303 ff. Siehe weiterhin Zimmerling/Brehm (Fußn. 1), Rdnr. 794.

109 BVerwG, Beschl. v. 03.04.1997 – 6 B 4/97 –, Buchholz 421.0, Prüfungswesen Nr. 379; VGH Mannheim, Beschl. v. 27.01.1988 – 9 S 3018/87 –, NVwZ 1988, 1057; OVG Münster, Urt. v. 23.01.1995 – 22 A 1834/90 –, NVwZ, 1995, 880.

110 VGH Kassel, Urt. v. 13.01.1988 – 1 UE 746/94 –, ZBR 1988, 261.

hierzu nicht weiter äußert.<sup>111</sup> Dass die Kritik des Prüfers grundsätzlich zutreffend sein muss, steht außer Frage.<sup>112</sup> Die Rechtsprechung betont weiterhin, dass im Gutachten eindeutige Fragen und Nebensächlichkeiten nicht im Gutachtenstil abgehandelt werden müssen.<sup>113</sup>

Nach der Rechtsprechung des VG Ansbach ist eine Bewertung mit 0 Punkten fehlerhaft, wenn die Einzelanmerkung und die Gesamtwertung nicht deutlich machen, warum trotz »vorhandener, richtiger« sowie »oberflächlicher« und »unsystematischer« Teile die Arbeit völlig unbrauchbar ist. Weiter hat das VG Ansbach betont, dass ein Klausuraufbau, der für den Typus der verfassungsrechtlichen Anwaltsklausur im Fachschrifttum und Studienliteratur empfohlen wird, nicht als falsch bewertet werden könne.<sup>114</sup> Hingegen hat die Rechtsprechung die Bewertung mit 0 Punkten mit der Begründung, die Arbeit sei »ein einziges Chaos« sowie »völlig unbrauchbar«, obwohl »marginale Richtigkeiten vorhanden seien«, nicht beanstandet.<sup>115</sup>

Vom Grundsatz her steht außer Frage, dass die vertretbare Lösung einer Prüfungsaufgabe nicht allein wegen der Akzeptanz des Ergebnisses positiv bewertet werden muss. Innerhalb seines prüfungsspezifischen Bewertungsspielraums bewegt sich der Prüfer auch dann, wenn er die Vertretbarkeit einer Lösung nicht ausschließt, jedoch die Argumente der vertretbaren Meinung für wenig überzeugend hält oder die Qualität der Darstellung bemängelt. Einen Bewertungsgrundsatz, dass eine juristische Arbeit mit richtiger Lösung, gewichtigen Argumenten und erheblichem Tiefgang stets mit voll befriedigend oder gar gut zu bewerten ist, kennt das Prüfungsrecht nicht.<sup>116</sup>

Die Gewichtung eines Folgefehlers in einer Prüfungsaufgabe fällt in den Beurteilungsspielraum des Prüfers. Allerdings kann ein Fehler im »Anfangsstadium« der Bearbeitung einer Klausur mit der Folge, dass das Ergebnis aus diesem Grunde unrichtig sein muss, nicht dazu führen, dass der Prüfer alle nachstehenden Ausführungen des Prüflings ignoriert und die Arbeit mit 0 Punkten bewertet.<sup>117</sup>

Das VG Wiesbaden<sup>118</sup> hat die Bewertung einer Zivilrechtsklausur beanstandet, weil der Erstkorrektur bei unzweifelhaft zulässiger Klage kritisiert hat, dass der Prüfling sich zur Zulässigkeit der Klage nicht geäußert habe, wobei im Überdenkungsverfahren der Prüfer erläuternd ausgeführt hat, »eine Prüfungsleistung sei wertvoller, wenn diese Feststellung in der gebotenen Kürze begründet werde«. Unter Zitierung von Ausbildungsliteratur<sup>119</sup> kam das VG Wiesbaden zu dem Ergebnis, dass eine derartige Feststellung überflüssig sei. Selbst für den Verwaltungsprozess, in dem eine einschränkende Bestimmung wie § 313 Abs. 3 ZPO nicht existiere, werde der Satz »die Klage ist zulässig«, für ausreichend erachtet, wenn keine der in Betracht kommenden Zulässigkeitsvoraussetzungen zweifelhaft ist.<sup>120</sup>

### 3. Der Antwortspielraum des Prüflings

Die Rechtsprechung betont immer wieder, den »Antwortspielraum« des Prüflings.<sup>121</sup> Aus dem Antwortspielraum des Prüflings ergebe sich, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf.<sup>122</sup> Indes verlangt die Rechtsprechung, dass der Prüfling seinen Antwortspielraum in der schriftlichen Prüfungsarbeit durch eine problemorientierte

Herleitung und argumentativ folgerichtigen Begründung nutzt.<sup>123</sup> Eine erst im Rechtsbehelfsverfahren erfolgende Rechtfertigung der Lösung, Erläuterung und Verdeutlichung des Gedankenganges sowie ergänzende und erstmalige Unterfütterung der Lösung mit zusätzlichen Argumenten, die in der Prüfungsarbeit selbst so nicht angeführt sind, ist nicht geeignet, die an einer nicht aus sich heraus verständlichen Darstellung leidenden Schwäche der Prüfungsarbeit nachträglich zu beheben.<sup>124</sup> Beruht die Aufgabenstellung auf einem höchst richterlichen Urteil, liegt es im Antwortspielraum des Prüflings, dieser Argumentation in dem eigenen Begründungsweg zu folgen; die dem entgegenstehende Auffassung des Prüfers wird dem Antwortspielraum nicht gerecht.<sup>125</sup> Unbeanstandet bleibt in der Regel die Begründung des Prüfers, der Prüfling habe sein Ergebnis auch unter Berücksichtigung des Antwortspielraumes schlecht oder unzureichend begründet.<sup>126</sup> Warum der Prüfling bei einer vertretbaren Mindermeinung diese besser begründen soll, als die herrschende Meinung die gegenteiliger Auffassung ist, ist nicht so recht nachvollziehbar. So kann ein Argument einer Mindermeinung besser sein als viele Argumente der herrschenden Meinung.

### 4. Das Votum des Zweitprüfers

Die Rechtsprechung hat grundsätzlich keine Bedenken, dass der Zweitgutachter sich auf die knappe Bemerkung »Ich schliesse mich der Bewertung des Erstgutachters vollinhaltlich an.« beschränkt, wenn er keine Einwände gegen Korrekturenbewertungen des Erstgutachters hat.<sup>127</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn der Bewertungsvermerk des Erstprüfers dürftig und widersprüchlich ist.

Wenn indes der Zweitprüfer von der Bewertung des Erstprüfers »nach unten« abweichen will, muss er dies näher begrün-

111 VG Karlsruhe, Urt. v. 03.05.2006 – 7 K 625/05 – (n.v.).

112 OVG Koblenz, Urt. v. 27.03.2009 – 10 A 11116/08 –, juris.

113 OVG Münster, Urt. v. 27.08.2009 – 14 A 313/09 –, juris.

114 VG Ansbach, Urt. v. 29.02.2000 – AN 2 K 99.00 775, juris.

115 VG München, Urt. v. 08.02.2011 – M 4 K 10.1651 –, juris.

116 OVG Lüneburg, Urt. v. 02.02.2005 – 2 LB 4/03 –, juris.

117 VGH Mannfittim, Beschl. v. 07.04.1997 – 9 S 1955/06 –, juris.

118 VG Wiesbaden, Urt. v. 07.03.2008 – 7 E 1371/07 –, juris.

119 Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 7. Aufl., 2007, § 10 Rdnr. 37; anders Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 9. Aufl., 2008, S. 115; Knöringer, Die Assessoriklausur im Zivilprozess, 11. Aufl., 2005, S. 81.

120 Unter Hinweis auf Ramsauer, Die Assessorprüfung im öffentlichen Recht, 6. Aufl., 2007, Rdnr. 8.16.

121 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 – 1 BvR 1529/84 – u.a., BVerfGE 84, 59 ff. – DVBl 1991, 805 sowie Beschl. vom 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u.a., BVerfGE 84, 34 ff. – DBV 1991, 801. Siehe weiterhin OVG Münster, Urt. vom 19.10.1998 – 22 A 4600/96 – (n.v.), Urt. v. 21.09.1998 – 22 A 3682/06 – (n.v.), Urt. v. 24.09.2009 – 14 A 2604/07 –, juris.

122 BVerwG, Beschl. v. 12.03.1998 – 6 B 94/97 –, juris.

123 VG Dresden, Urt. v. 04.06.2008 – 5 K 38/08 –, juris. Der Prüfer darf hingegen nachbessern, vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.04.2004 – 3 Q 36/03 –, juris.

124 VG Düsseldorf, Urt. v. 01.03.2002 – 15 K 6647/99 –, juris.

125 Siehe z.B. OVG Saarlouis, Beschl. v. 22.11.2000 – 3 W 6/00 –, NVwZ 2001, 942 sowie Beschl. v. 05.04.2005 – 3 Q 36/03 –, juris.

126 So z.B. VGH München, Beschl. v. 29.04.2009 – 7 ZB 08.906 –, juris.

127 Siehe z.B. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.10.2006 – 7 N 135/05 – (n.v.) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG, Urt. v. 30.06.1994 – 6 C 4/93 –, DVBl 1994, 1362; VG Hannover, Urt. v. 24.05.2000 – 6 A 3197/99 –, juris; VG München, Urt. v. 24.07.2000 – M 27 K 99.4755 –, juris; VG Augsburg, Urt. v. 23.04.2002 – Au 9 K 01.1098 –, juris; VG Lüneburg, Urt. v. 23.02.2005 – 1 A 110/04 –, juris unter Bezugnahme Niehus (Fußn. 15), Rdnr. 217.



den, weshalb er eine vom Erstprüfer abweichende schlechtere Note vergibt.<sup>128</sup> Die Rechtsprechung betont, »es verstehe sich von selbst«, dass es in diesem Fall einer Begründung bedarf.<sup>129</sup> Dies gilt erst recht, wenn die Bewertung des Erstprüfers mit 4 Punkten (ausreichend) auf 3 Punkte (mangelhaft) abgesenkt wird, obwohl im Übrigen keine gesteigerte Begründungspflicht der Prüfer besteht, auch wenn das Ergebnis der Prüfungsarbeit über das Bestehen der gesamten Prüfung und sogar über den endgültigen Ausschluss von der Berufszulassung entscheidet.<sup>130</sup>

## VII. Fazit

Es ist bezeichnend, dass das BVerfG in seinen Beschlüssen vom 17.04.1991 die Verfassungsbeschwerde betreffend die Zweite juristische Staatsprüfung zurückgewiesen und der Verfassungsbeschwerde betreffend die Ärztliche Vorprüfung

stattgegeben hat.<sup>131</sup> Dementsprechend ist die Erfolgsquote bei der Anfechtung juristischer Prüfungen hinsichtlich der Bewertung eher bescheiden. Allenfalls ausnahmsweise wird vom Verwaltungsgericht auf eine Verpflichtungsklage hin die angefochtene Prüfung für bestanden erklärt.<sup>132</sup>

128 Siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 12.07.1995 – 6 C 12.93 –, BVerwGE 99, 74 = DVBl 1995, 1353; VGH Mannheim, Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 591/10 –, juris sowie Urt. v. 10.11.2010 – 9 S 624/10 –, juris. VG Schwerin, Beschl. v. 17.11.2000 – 7 B 859/00 –, juris; VG Ansbach, Urt. v. 23.03.2000 – AN 2 K 99/00.082 – (n.v.).

129 VG Gießen, Urt. v. 09.04.2008 – 5 E 2394/06 – (n.v.).

130 OVG Münster, Beschl. v. 14.03.2007 – 5 E 2394/06 – (n.v.).

131 Siehe einerseits BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u.a. –, NJW 1991, 2005. Andererseits BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 – 1 BvR 1529/84 u.a. –, BVerfGE 84, 59 ff. = DVBl 1991, 805.

132 Siehe hierzu Haase in Johlen/Oerder (Fußn. 29), § 16 Rdnr. 171.