

Das Problem - Prüfungsrecht

von Rechtsanwälten Michael Grieger und Michael Tyroller

Wissenswertes zur Anfechtung von Prüfungsergebnissen Juristischer Staatsexamina

+++ Ein kurzer Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zum Prüfungsanfechtungsrecht +++

I. Einführung¹

Viele Examenskandidaten treten eine intensive Vorbereitung zur Prüfung an, ohne eines der prüfungsrelevantesten Gesetze jemals in der Hand gehabt zu haben. Die Rede ist von der jeweiligen Prüfungsordnung.

Dieser Beitrag behandelt die klassischen Probleme des Prüfungsrechts an Hand aktueller Rechtsprechung aus diesem Bereich.

hemmer-Methode: „Es darf doch nicht sein, dass ein Jurist nicht die rechtlichen Rahmenbedingungen für seine eigene Prüfung kennt“ – so ein Verwaltungsrichter in einer mündlichen Verhandlung zu einer Prüfungsanfechtung. Unrecht hat er mit dieser Aussage sicher nicht. Grundzüge des Prüfungsrechts sollte jeder Prüfling aus absolutem Eigeninteresse heraus beherrschen, da nur er erkennt, ob alles mit rechten Dingen zugeht und wie er darauf reagieren kann! So lautet der Leitsatz einer Entscheidung des OVG Bautzen: „Von angehenden Juristen kann grundsätzlich verlangt werden, dass sie sich im Zusammenhang mit behaupteten Verfahrensmängeln der Prüfung umgehend über die gebotenen Schritte zur Wahrung ihrer Interessen informieren“.²

Der Aufbau des Beitrags folgt dabei dem normalen Prüfungsablauf: Über die Anmeldung zur Prüfung, dem Ablegen der Prüfung und deren Bewertung bis hin zur Notenvergabe und der Anerkennung des Zeugnisses bspw. im Ausland.

II. Prüfungsunfähigkeit

Meldet sich ein Examenskandidat zur Prüfung an, erscheint aber trotz Prüfungszulassung nicht zur Prüfung, gilt diese als abgelegt und wird mit null Punkten bewertet. Etwas anderes gilt dann, wenn der Prüfling bspw. durch Krankheit „verhindert“ war, vgl. §§ 9 f. JAPO.³

1. Begriff der „Verhinderung“

Der „Normalfall“ der Verhinderung ist die Erkrankung des Prüflings. Zum einen muss die Erkrankung regelmäßig von einem Amtsarzt attestiert worden sein, vgl. bspw. § 10 II S. 2 JAPO.⁴ Zum anderen ist nicht jede Erkrankung als Verhinderung anerkannt.

a) Dauerkrankheit keine Verhinderung

Eine zum Rücktritt berechtigende Prüfungsunfähigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der Prüfling aktuell und vorübergehend in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist. Eine generelle und dauerhafte Einschränkung rechtfertigt hin-

¹ Die Verfasser dieses Aufsatzes (Kontakt unter www.raedgt.net) befassen sich neben Ihrer Tätigkeit als Repetitoren für das Juristische Repetitorium Hemmer in ihrer anwaltlichen Praxis seit geraumer Zeit auch umfassend mit der bundesweiten Anfechtung von Prüfungsergebnissen der Ersten und Zweiten Juristischen Staatsprüfung.

² OVG Bautzen, Beschluss vom 26.05.2009, 4 B 400/08.

³ Die Zitate beziehen sich im Weiteren auf die Bayerische JAPO. Vergleichbare Vorschriften finden Sie in den Prüfungsordnungen der anderen Bundesländer. Zur Verfassungsmäßigkeit der JAPO 2003, insbesondere zur Anhebung der erforderlichen Note für die Zulassung zur mündlichen Prüfung vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 22.06.2010, Vf. 15 VII-09, BayVBl. 2010, 594.

⁴ Vgl. VGH München, Beschluss vom 29.07.2005, 7 ZB 05.995, BayVBl. 2006, 373.

gegen keinen Rücktritt. Hier handelt es sich um ein persönlichkeitsbedingtes Merkmal, das die normale Leistungsfähigkeit des Prüflings bestimmt.

Ein solches Merkmal führt nicht zur Prüfungsuntauglichkeit, sondern ist im Rahmen eines Nachteilsausgleichs zu berücksichtigen, vgl. § 13 JAPO.⁵ Der Prüfling steht in der Prüfung im Wettbewerb mit anderen Prüflingen. Das Prüfungsverfahren muss dabei gewährleisten, dass die geistige Leistungsfähigkeit der Prüflinge unter gleichen Bedingungen zum Ausdruck kommen kann. Deshalb muss ein Nachteilsausgleich dann gewährt werden, wenn eine an sich vorhandene Leistungsfähigkeit aufgrund einer Beeinträchtigung bspw. des Schreibvermögens nicht im gleichen Maße umgesetzt werden kann wie bei anderen Prüflingen.

Anmerkung: Der klassische Nachteilsausgleich besteht in Schreibzeitverlängerungen. An eine solche wäre bspw. auch dann zu denken, wenn der Prüfling an Legasthenie leidet.⁶ Andere Formen des Nachteilsausgleichs wäre die Gewährung einer Schreibhilfe bis hin zum Diktieren der Arbeiten. Diktieren darf die Arbeit aber nur von einem „Nichtjuristen“.

Die früher akzeptierte Verfassung der Arbeit mittels Laptop bzw. PC wird wegen der zu großen Missbrauchsgefahr heute grds. nicht mehr gestattet.

b) Prüfungsangst ist kein Verhinderungsgrund

Von einer dauerhaften Erkrankung, die die Chancengleichheit beeinträchtigt, sind bloße Prüfungsängste abzugrenzen.⁷

Die mit einer Prüfungsangst verbundene Denkblockade betrifft gerade die jeweiligen intellektuellen Fähigkeiten in Prüfungssituationen, einen Sachverhalt in einer vorgegebenen Zeit, die orientiert an der Leistungsfähigkeit anderer Prüflinge angemessen sein muss, einer plausibel begründeten Lösung zuzuführen.⁸

⁵ VGH München, Beschluss vom 07.01.2009, 7 ZB 08.1478, BayVBl. 2010, 27.

⁶ Vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 05.02.2010, 7 A 2406/09 = NVwZ-RR 2010, 767; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 10.07.2008, 2 ME 309/08, NVwZ-RR 2009, 68.

⁷ OVG Koblenz, Beschluss vom 10.06.2010; 10 D 10529/10.OVG; OVG Münster, Beschluss vom 16.02.2004, 14 A 3057/03.

⁸ OVG Münster, Beschluss vom 08.06.2010, 14 A 1735/09.

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.

Im Klartext: „Normale“ Prüfungsangst legitimiert weder einen Rücktritt von der Prüfung noch das Verlangen nach einem Nachteilsausgleich. Alles andere würde letztlich dem Zweck einer Prüfung zuwiderlaufen. Durch eine bestandene Prüfung soll nicht nur die jeweilige fachliche Leistungsfähigkeit, sondern auch die Fähigkeit unter Beweis gestellt werden, mit Stresssituationen umgehen zu können.

Etwas anderes gilt allenfalls, wenn die Prüfungsangst zu einer krankhaften „Examenspsychose“ führt.

c) Weitere Verhinderungsgründe

Neben einer Erkrankung des Prüflings sind weitere Fälle denkbar, in denen dieser verhindert ist, an der Prüfung teilzunehmen. Dies kann bspw. der Tod eines nahen Angehörigen kurz vor dem Prüfungstermin sein.⁹

Wichtig ist in jedem Fall der Verhinderung, dass der Prüfling die Ursache hierfür nicht zu vertreten hat.

2. Rechtzeitige Geltendmachung

In vielen Fällen mag der Prüfling „verhindert“ im dargestellten Sinn sein. Oft tritt er aber trotz schwerer Erkrankung dennoch zur Prüfung an und macht diese Erkrankung erst dann geltend, wenn er bei Bekanntgabe der Ergebnisse feststellen muss, dass die Prüfung nicht wie gewünscht gelaufen ist.

Geschieht dies, muss der Prüfling dann zur Kenntnis nehmen, dass das Prüfungsamt den nachträglichen Einwand der Prüfungsuntauglichkeit als irrelevant zurückweist.

a) Fristen für die Geltendmachung

Die Verhinderung ist **unverzüglich** beim Prüfungsamt geltend zu machen, vgl. § 10 II S. 1 JAPO.

⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18.12.2009, 10 N 57/08, NJW 2010, 1015.

Unverzüglich bedeutet gemäß der Legaldefinition in § 121 I S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“.

Anmerkung: Nach § 10 III JAPO ist die Geltendmachung einer Verhinderung beim schriftlichen Examen ausgeschlossen, wenn seit der letzten Klausur ein Monat verstrichen ist.

Nicht nur die Rechtslage, sondern auch die Auslegung des „schuldhaften Zögerns“ im Sinne des § 10 II S. 1 JAPO i.V.m. § 121 I S. 1 BGB durch Prüfungsämter und Verwaltungsgerichte ist hier sehr streng:

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁰ ist an die Unverzüglichkeit des Rücktritts von der Prüfung ein strenger Maßstab anzulegen, um Missbräuche des Rücktrittsrechts mit dem Ziel der Verbesserung der Prüfungschancen zu verhindern.

Eine solche den Grundsatz der Chancengleichheit verletzende zusätzliche Prüfungschance verschafft sich auch derjenige, der zwar tatsächlich prüfungsunfähig war, sich aber in Kenntnis seines Zustands der Prüfung unterzogen hat, um sich im Falle des Misserfolgs durch nachträglichen Rücktritt den Rechtswirkungen der fehlgeschlagenen Prüfung zu entziehen. Deshalb ist ein Prüfungsrücktritt nicht mehr als unverzüglich anzusehen, wenn der Prüfling die Rücktrittserklärung nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt abgegeben hat, zu dem sie von ihm in zumutbarer Weise hätte erwartet werden können.

Je später der Prüfling, der die materielle Beweislast für den Rücktrittsgrund trägt, die Prüfungsunfähigkeit geltend macht, desto eher ist ein Verstoß gegen seine Mitwirkungsobliegenheiten anzunehmen.

b) Sonderfall: nachträgliche Prüfungsunfähigkeit bei schuldlos unerkannter Prüfungsuntauglichkeit

Ausnahmsweise kann die Prüfungsuntauglichkeit nachträglich geltend gemacht werden, wenn der Prüfling seine Verhinderung selbst nicht erkannte und auch nicht erkennen konnte.

Allerdings sind die Anforderungen an eine solche unerkannte Prüfungsunfähigkeit extrem hoch.

Es kommt nicht darauf an, dass der Prüfling die genaue krankheitsbedingte Ursache seiner Prüfungsunfähigkeit kennt und dass er die

Krankheitssymptome richtig deuten und alle Auswirkungen der Krankheit zutreffend einschätzen kann. Vielmehr muss er sich bereits bei subjektivem Krankheitsverdacht, also wenn ihm erhebliche Beeinträchtigungen seines Leistungsvermögens im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre nicht verborgen geblieben sind, unverzüglich selbst um eine Aufklärung seines Gesundheitszustandes bemühen und die von der Prüfungsordnung geforderte ärztliche Untersuchung einleiten.¹¹

Als in der Regel besonders starkes Indiz für einen Missbrauch des Rücktrittsrechts ist es zu werten, wenn der Prüfling mit der Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit wartet, bis ihm das Scheitern in der Prüfung bekannt gegeben wird.¹²

Anmerkung: Motiv, trotz Erkrankung zu einer Prüfung anzutreten, kann falscher Ehrgeiz sein aber auch die Enttäuschung, nach langer Vorbereitung auf diesen Prüfungstermin nun noch einmal die Prüfung verschieben zu müssen.

Bei manchen Prüflingen mag es aber auch Kalkül sein, „man könne es ja mal probieren“. Wenn die Krankheit hinreichend dokumentiert ist, kann man diese ja immer noch nachträglich vorbringen, falls die Prüfung schlecht laufen sollte. Genau aus diesem Grund, muss die nachträgliche Geltendmachung einer Erkrankung grundsätzlich irrelevant sein, da andernfalls dieser Prüfling sich eine Art Freiversuch erschleichen könnte. Geht es gut, soll die Prüfung gezählt werden, geht es nicht gut, dann eben nicht. Und genau da spielt das Prüfungsamt nicht mit!

III. Verfahrensfehler

Elementarer Bestandteil des Prüfungsrechts ist die Unterscheidung zwischen Verfahrens- und Bewertungsfehlern.

Während Verfahrensfehler gerichtlich voll überprüfbar sind, steht dem Prüfer hinsichtlich der inhaltlichen Bewertung ein zumindest teilweise gerichtsfreier Beurteilungsspielraum zu.¹³

Die Unterscheidung in Verfahrens- und Bewertungsfehler ist aber nicht nur für die Frage nach dem Beurteilungsspielraum relevant.

¹⁰ BverwGE 80, 282.

¹¹ VGH München, Beschluss vom 07.01.2009, 7 ZB 08.1478, BayVBl. 2010, 27; Beschluss vom 31.08.2010, 7 ZB 10.1763.

¹² VGH München, Beschluss vom 07.01.2009, 7 ZB 08.1478, BayVBl. 2010, 27; Beschluss vom 31.08.2010, 7 ZB 10.1763.

¹³ vgl. BverfG, NJW 1991, 2005 und NJW 1991, 2008.

1. Rügeobliegenheit

Wesentlicher Unterschied zwischen Verfahrens- und Bewertungsfehlern ist neben dem Beurteilungsspielraum v.a. die Rügeobliegenheit, die allein Verfahrensfehler betrifft.

Solche müssen vom Prüfling regelmäßig unverzüglich und schriftlich beim Prüfungsamt gerügt werden. Dabei muss der Prüfling zugleich einen unbedingten Antrag auf Wiederholung des fehlerbehafteten Prüfungsteils stellen.

Die Rügeobliegenheit gilt sowohl für eine Störung, die von Amts wegen zu berücksichtigen war, als auch für eine Störung, die erst durch die Rüge des Prüflings während der Aufsichtsarbeit ihre Relevanz bekommen hat.

Die Rügeobliegenheit besteht auch unabhängig davon, ob und welche Maßnahmen zur Abhilfe oder Ausgleichung getroffen worden sind.¹⁴

Anmerkung: Wird der Verfahrensfehler nicht gerügt, kann das Prüfungsamt zwar von Amts wegen tätig werden, der Prüfling hat hierauf aber keinen einklagbaren Anspruch mehr!

a) Anforderungen an die Rüge

An die ordnungsgemäße Rüge werden strenge Anforderungen gestellt. Die Anzeige eines Mangels während der Klausur reicht hierfür nicht.

Fühlt sich der Prüfling bspw. durch Baustellenlärm gestört und zeigt dies der Aufsicht an, hat er damit seine Rügeobliegenheit noch nicht erfüllt. Er muss schriftlich gegenüber dem Prüfungsamt den Mangel rügen und einen Antrag stellen, diese Klausur nochmals schreiben zu dürfen.

Anmerkung: Die Geltendmachung des Verfahrensmangels direkt in der Klausur ist aber nicht bedeutungslos! Sie kann Bedeutung dafür haben, ob einer Störung überhaupt rechtliche Relevanz zukommt. Hier ist zwischen zwei Fällen von Störungen des Prüfungsablaufes zu unterscheiden: In Fällen, in denen die Störung nach Art und Ausmaß „ohne jeden Zweifel“ die Chancengleichheit der Prüflinge verletzt, muss das Prüfungsamt von Amts wegen die erforderlichen Maßnahmen der Abhilfe oder des Ausgleichs der Störung treffen, sodass es keiner Rüge des einzelnen Prüflings bedarf.

Davon abzugrenzen sind die Fälle, in denen es zweifelhaft ist, ob die fragliche Störung vom Durchschnittsprüfling als derart erheblich empfunden werden kann, dass er deshalb in seiner Chancengleichheit verletzt ist. In diesen Fällen ist die Prüfungsbehörde zur Behebung dieser Zweifel auf die Mitwirkung der Prüflinge angewiesen. Der Hinweis im Verlauf der Prüfung dient dazu, die rechtliche Relevanz einer Störung als Verfahrensfehler zu bewahren. Ohne Rüge direkt in der Prüfung ist der Fehler von Anfang an irrelevant!¹⁵ Reagiert das Prüfungsamt und gewährt bspw. eine Schreibzeitverlängerung, muss sich der Prüfling dann überlegen, ob er damit den Verfahrensmangel für ausgeglichen hält oder ob er einen Antrag stellt, die Klausur nochmals schreiben zu dürfen.

Fazit: Lieber einmal mehr gerügt!

b) Einhaltung der Rügefrist

Dieser Antrag ist ausgeschlossen, wenn er nicht unverzüglich (i.S.d. § 121 I S. 1 BGB) **innen eines Monats** nach Abschluss des konkreten Prüfungsteils gestellt wird, vgl. § 12 II S. 1 JAPO.

Der Antrag ist gem. § 12 II S. 3 JAPO ausgeschlossen, wenn seit dem Abschluss des Teils des Prüfungsverfahrens, der mit den Mängeln behaftet war, ein Monat verstrichen ist.

Definitiv zu spät kommt die Rüge eines Verfahrensfehlers daher nach der Bekanntgabe der Ergebnisse des jeweiligen Prüfungsteils. Eine Ausnahme ist – vergleichbar der Problematik der nicht erkannten Prüfungsunfähigkeit [vgl. dazu bereits **II. 2. b)**] – allenfalls bei einem nicht erkannten und auch nicht erkennbaren Verfahrensmangel denkbar, was aber äußerst selten sein dürfte und noch seltener vom Prüfungsamt bzw. den Gerichten bejaht werden wird.

Bei einer Rüge zu diesem späten Zeitpunkt steht wieder der Verdacht der „Rosinenpickerei“ im Raum: Der Prüfling hat den Mangel zwar erkannt, will aber erst mal die Ergebnisse abwarten, um sich eine eventuell doch gut gelauene Klausur nicht selbst kaputt zu machen.

¹⁴ OVG Münster, Beschluss vom 09.10.2008, 14 A 3388/07, DÖV 2009, 68.

¹⁵ OVG Bautzen, Beschluss vom 26.05.2009, 4 B 400/08.

Anmerkung: Die Differenzierung in Verfahrens- und Bewertungsfehler wirkt sich auch auf das Klagebegehren aus. Während bei einem **Bewertungsfehler** eine Klage auf Neubewertung, d.h. eine **Verbescheidungsklage** zu erheben ist, muss bei einem **Verfahrensfehler** eine **Vornahmeklage** dahingehend erhoben werden, dass der fehlerhafte Prüfungsteil neu abgelegt werden darf.

2. Einzelne Verfahrensfehler

Neben typischen Verfahrensmängeln wie bspw. die Störung durch Baustellenlärm, unzumutbare Temperaturen im Prüfungsraum, wesentliches Unterschreiten der Prüfungszeit, beschäftigen die Gerichte immer wieder auch etwas ungewöhnlichere Konstellationen.

a) Prüfungsort

Dass man zum Prüfungsraum eine gewisse Wegstrecke zurücklegen muss, ist normal und dem Prüfling von Anfang an bekannt. „Unangenehm“ ist es allerdings, wenn die Prüfung auch in einem Raum in Wohnortnähe abgenommen wird, man selbst für diesen Raum aber nicht vorgesehen ist.

Dies ist aber wohl nur unangenehm und kein Verfahrensmangel. Eine eventuell zeitintensive Anreise gehört zu den allgemeinen Lebensumständen ohne Prüfungsbezug, die allein im Verantwortungsbereich des Prüflings liegen. Das Prüfungsamt ist aufgrund Art. 12 I GG nicht verpflichtet, dem Prüfling den nahest möglichen Prüfungsort zuzuweisen.¹⁶

Anmerkung: Im konkreten Fall ging es um einen Prüfling aus Berlin-Wilmersdorf, der sein Zweites Staatsexamen in Berlin-Marzahn schreiben musste. Allein die S-Bahn-Fahrt dauert hier ca. 50 Minuten, sodass man insgesamt gut und gerne auf 90 Minuten einfache Fahrt zum Prüfungsort kommt, was sicher nicht nur äußert unangenehm ist, sondern auch eine erhebliche Erschwernis gegenüber solchen Prüflingen darstellt, die zehn Minuten Fußweg vom Prüfungsort entfernen wohnen.

Ein Verstoß gegen die Chancengleichheit liegt hierin aber nach der (insoweit bedenklichen) Rechtsprechung des VG Berlin nicht.

b) Prüfungssprache

Der Grundsatz der Chancengleichheit und Fairness im Prüfungsrecht gebietet keine Differenzierung der Prüfungsbedingungen nach den jeweiligen Sprachkenntnissen der nicht deutschsprachigen Prüflinge.¹⁷

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 gestellt werden.

Auch wenn das Ziel der Prüfung wesentlich auf den Nachweis fachlicher Befähigungen und damit zusammenhängender Qualifikationen ausgerichtet ist, dürfen damit zugleich auch allgemeine Grundkenntnisse und Fähigkeiten wie insbesondere das Beherrschen der deutschen Sprache abverlangt werden.

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 durchführbar.

Anmerkung: Im Rahmen eines juristischen Staatsexamens verbietet sich jedes andere Ergebnis. Mit dem Zweiten Staatsexamen erwirbt man die Befähigung zum Richteramt. Gerichtssprache ist aber nun einmal Deutsch (vg. § 184 S. 1 GVG), sodass Grundkenntnisse dieser Sprache unerlässlich sind.

c) Unterschiedliche Aufgabenstellung

Mangels rechtzeitiger Rüge hat der VGH München die Frage offen lassen können, ob ein Verfahrensfehler darin zu sehen ist, dass an einem Prüfungsort aus Versehen eine andere Klausur gestellt wurde als an den anderen Prüfungsorten.

¹⁶ VG Berlin, Beschluss vom 04.06.2010, VG 15 L 180/10.

¹⁷ OVG Lüneburg, Beschluss vom 17.09.2007, 2 PA 593/07.

Anmerkung: Im konkreten Examenstermin wurden am dritten Tag die Klausuren vom vierten Tag verteilt. Da in der Konfusion hierüber in einer Stadt die Prüflinge über den Sachverhalt diskutieren konnten, durfte die Klausur dort nicht geschrieben werden, während in allen anderen Städten am dritten Tag die vierte und am vierten Tag die dritte Klausur geschrieben wurde. In der einen Stadt wurde den Prüflingen an einem Zusatztermin eine gesonderte Klausur vorgesetzt.

Der VGH neigt aber dazu, hierin keinen Fehler zu sehen, der die Chancengleichheit zwischen den Prüflingen beeinträchtigt.¹⁸

Anmerkung: Sicherlich mag der ein oder andere Prüfling der festen Überzeugung sein, er hätte gerade in dieser einen anderen Klausur besser abgeschnitten. Es gibt aber gerade keinen Anspruch auf eine bestimmte Klausur oder ein bestimmtes Klausurthema, sodass wohl tatsächlich kein relevanter Verfahrensfehler vorliegen dürfte.

d) Unzulässige Aufgabenstellung

Höchstrichterlich nicht abschließend geklärt ist, ob in einer unzulässigen Aufgabenstellung, die sich bspw. auf von der Prüfungsordnung nicht mehr erfasste Rechtsgebiete erstreckt, ein Verfahrensfehler vorliegt oder ob es sich um einen Bewertungsfehler handelt, weil der Prüfer Ausführungen hierzu nicht hätte negativ bewerten dürfen.¹⁹

Hinweis: Die Unterscheidung ist extrem wichtig, da nur bei einem Verfahrensfehler die Rügeobliegenheit greift.

Auch hier gilt die Empfehlung: „Lieber einmal zu viel gerügt!“ Wenn Sie der Meinung sind, die konkrete Aufgabenstellung in einer Klausur war nicht zulässig, rügen Sie dies unverzüglich schriftlich gegenüber dem Prüfungsausschuss und verlangen, eine neue Klausur schreiben zu dürfen.

e) Mündliche Prüfung

Das Recht des Prüflings auf ein faires Verfahren verpflichtet den Prüfer, darauf zu achten, dass

- der Prüfungsstil,
- der Ablauf des Prüfungsverfahrens und
- die Prüfungsatmosphäre

nach Möglichkeit leistungsverfälschende Verunsicherungen des Prüflings ausschließen.

Mit anderen Worten: 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 mindert.²⁰

Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt aber andererseits nicht, dass für jeden Prüfling die Prüfungssituation geschaffen wird, die seinen persönlichen Verhältnissen am besten entspricht. Dies gilt auch für die von dem jeweiligen Prüfer hergestellte Atmosphäre.

So kann etwa ein Prüfer, der sich im Prüfungsgespräch verschlossen, kühl, distanziert und unpersönlich gibt, damit einem nervenschwachen Kandidaten leicht die Sicherheit nehmen, die dieser zur vollen Entfaltung seines Leistungsvermögens benötigt. Gleichwohl lassen sich daraus für den rechtlichen Bestand der Prüfungsentscheidung keine Folgen ableiten.

Ungleiche Prüfungsbedingungen dieser Art sind in der unterschiedlichen Wesensart der Prüfer und im unmittelbaren gegenseitigen Aufeinandereinfließen von Prüfer und Prüfling angelegt; sie sind „prüfungsimmanent“ und lassen sich nicht ausschalten.²¹

Hiernach kann in dem bloßen Unterlassen einer „Rückmeldung“ des Prüfers zu den gegebenen Antworten noch kein Fairnessverstoß gesehen werden. Anders als bei schriftlichen Prüfungen ist es den Prüfern zwar bei mündlichen Prüfungen erlaubt, schon während der laufenden Prüfung auf die Beiträge der Prüflinge positiv oder negativ zu reagieren. Es besteht aber keine rechtliche Verpflichtung, die erbrachten Teilleistungen fortlaufend zu kommentieren und damit den Prüflingen jeweils ein sofortiges „Feedback“ zu geben. Das Fairnessgebot verlangt insoweit kein aktives Prüferverhalten, sondern verbietet es lediglich, durch die Art der Reaktionen den Prüfling gezielt zu verunsichern bzw. einzu-

¹⁸ VGH München, Beschluss vom 13.07.2009, 7 ZB 08.163.

¹⁹ Offengelassen vom VGH Kassel, Urteil vom 29.04.2010, 8 A 3247/09; das OVG Münster (Beschluss vom 10.09.2010, 14 B 1009/09) geht wohl von einem Verfahrensfehler aus.

²⁰ BverwGE 107, 363.

²¹ BverwGE 107, 363.

schüchtern oder ihm einen falschen Eindruck zu vermitteln.²²

IV. Bewertungsfehler

Anders als bei Verfahrensfehler muss der Prüfling einen Bewertungsfehler nicht unverzüglich rügen, sondern kann ihn mit den „normalen“ Rechtsmitteln Widerspruch und Anfechtungsklage angreifen.

Diese Rechtsmittel haben aber oft schon deshalb keinen Erfolg, weil sich die Gerichte aufgrund des sog. Beurteilungsspielraums gehindert sehen, die eigentliche Bewertung anzugreifen.

1. Beurteilungsspielraum

Die Bewertung des Korrektors ist das Ergebnis einer einmaligen, nicht wiederholbaren Situation, bei der die subjektiv-wertende Sicht des Beurteilenden eine große Rolle spielt.

Prüfer haben einen gewissen, der gerichtlichen Überprüfung entzogenen Beurteilungsspielraum. Das Gericht kann seine eigene Bewertung nicht an die Stelle der Bewertung des Korrektors setzen, sondern nur die Bewertung des Korrektors auf Fehler untersuchen, entsprechend § 114 S. 1 VwGO.

Anmerkung: Ob eine Bearbeitung nun sieben oder neun Punkte wert ist, hängt vor allem von einem Vergleich mit anderen dem Korrektor vorliegenden Arbeiten ab. Haben bspw. alle Prüflinge die meisten Probleme der Klausur erkannt, dann führen bereits leichte Fehler zu Punktabzügen. Ein Grund, warum leichte Klausuren nicht gleichbedeutend mit guten Ergebnissen sind!

Zum anderen fließen in die Note auch der persönliche Eindruck des Korrektors etwa von der äußeren Form und – so hart das für den Prüfling sein mag – die gute oder schlechte Laune des Prüfers am Tag der Korrektur ein. Auch Prüfer sind nur Menschen!

Sowohl den Vergleich mit den anderen Klausuren als auch den individuellen Eindruck des Prüfers kann das Gericht nicht vollständig nachvollziehen.

2. Begründungspflicht

Dieser Beurteilungsspielraum setzt wegen Art. 19 IV GG aber voraus, dass der Prüfer seine Bewertung nachvollziehbar begründet.

Anmerkung: Nur mit einer sorgfältigen Begründung ist die Bewertung für den Prüfling zumindest halbwegs nachvollziehbar. Nur mit der Begründung kann der Prüfling seinerseits die Bewertung überprüfen und die Erfolgsaussichten eines evtl. Vorgehens abschätzen. Ohne Begründung käme der Beurteilungsspielraum des Korrektors reiner Willkür gleich!

In der Praxis sind die Begründungen dennoch zum Teil sehr dünn. Hier mag zum Teil das Kalkül dahinter stecken, dass sich der Prüfer umso weniger angreifbar macht, je weniger er an Anmerkungen zur Prüfungsarbeit liefert.

Diese Begründungspflicht trifft auch den Zweitgutachter. Dieser kann sich zwar nach gefestigter Rechtsprechung auf ein „einverstanden“ beschränken. Weicht er aber vom Erstgutachter negativ ab, muss er seine Bewertung ausführlich begründen, v.a. wenn er die Arbeit anders als der Erstgutachter als nicht mehr ausreichend erachtet.

Sowohl das VG Ansbach²³ als auch das VG Schwerin²⁴ haben in diesem Fall dem Zweitprüfer eine besondere Begründungspflicht auferlegt.

So hat das VG Ansbach ausdrücklich festgestellt, dass angesichts der Grundrechtsrelevanz der Juristischen Staatsprüfungen an die Begründungspflicht des Zweitprüfers dann gesteigerte Anforderungen zu stellen sind, wenn er

- von der Bewertung des Erstprüfers abweicht und
- sein Votum darüber entscheidet, ob die Klausur mangelhaft ist.

Anmerkung: Da diese Rechtsfrage bisher noch nicht von einem Obergericht oder gar vom Bundesverwaltungsgericht entschieden worden ist, ist es bei Prüfungsanfechtungen sicher sinnvoll, gerade die Begründung von (negativ) abweichenden Zweitprüfervoten genauer ins Visier zu nehmen.

²² VGH München, Beschluss vom 21.12.2009, 7 ZB 09.1963, BayVBl. 2010, 375.

²³ Urteil v. 23.03.2000 – AN 2 K 99.82.

²⁴ Beschluss vom 17.11.2000 - 7 B 859/00.

3. Grenze des Beurteilungsspielraums

Der Beurteilungsspielraum erstreckt sich allein auf subjektive Wertungen des Prüfers. Er bezieht sich nicht auf fachspezifische Wertungen.

Hier ist eine volle gerichtliche Nachprüfung möglich, ob die Antwort des Prüflings rechtlich vertretbar ist oder nicht.

Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages in einer Prüfung unterliegt bspw. nicht dem Beurteilungsspielraum der Korrektoren, sondern ist gerichtlich voll überprüfbar.²⁵

Anmerkung: Geht es um fachspezifische Wertungen hat nicht der Prüfer einen **Beurteilungsspielraum**, sondern der Prüfling einen **Beantwortungsspielraum!**

Aus Art. 12 I GG ergibt sich für berufsbezogene Prüfungen der allgemeine Bewertungsgrundsatz, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf.

Zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen dürfen deshalb nicht als falsch bewertet werden und zum Nichtbestehen führen. Eine Prüfungsleistung darf z.B. nicht allein deshalb als falsch gewertet werden, weil sie von der Musterlösung abweicht.

Eine das Thema erschöpfende Ausführung kann unter Berücksichtigung dieser Grundsätze nicht allein deshalb als defizitär gewertet werden, weil bei einer im Übrigen richtigen Lösung ein bestimmtes Schlagwort (hier: „Objektformel“) durch den Prüfling in der Lösung nicht verwendet wurde.²⁶

Einen gerichtlich überprüfbaren Bewertungsfehler stellt es auch da, wenn ein bloßer sprachlicher Missgriff am Ende einer schriftlichen Prüfungsleistung, der erkennbar unter Zeitnot unterlief, als kausal für die Benotung herangezogen wird, wenn sich aus der Bearbeitung im Übrigen ohne weiteres ergibt, dass der Prüfling die richtige Lösung erkannt und bearbeitet hat.

V. Wiederholungsprüfung

Meist kann der Prüfling weder Verfahrens- noch Bewertungsfehler rügen. Ist er mit seinem Ergebnis nicht zufrieden, hilft nur der Weg über eine Wiederholungsprüfung.

Die Prüfungsordnungen der Länder sehen eine Wiederholungsmöglichkeit vor. Etwas ande-

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 21.12.2009, 1 BvR 812/09; NJW 2010, 1062 = **Life & Law 2010, 545 ff., Heft 8.**

²⁶ OVG Koblenz, Urteil vom 27.03.2009, 10 A 11116/08.

res gilt im Ersten Staatsexamen, wenn der sog. Freiversuch erfolglos absolviert wurde. Dieser gilt als nicht absolviert, sodass dem Prüfling noch zwei weitere Versuche offenstehen, vgl. § 37 JAPO.

Voraussetzung ist aber, dass der Prüfling das Staatsexamen spätestens nach seinem achten Semester „vollständig ablegt“, § 37 I S. 1 JAPO.

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn der Prüfling eine Klausur ohne Rechtfertigung „auslässt“.²⁷ Das Freischussprivileg greift nach dem Wortlaut des § 37 I S. 1 JAPO nämlich nur, soweit der Prüfling alle Klausuren mitgeschrieben hat. Ist dies nicht der Fall, wird der Prüfungstermin nicht als Freiversuch, sondern als erster „echter“ Termin gewertet, sodass dem Prüfling nur noch ein Wiederholungsversuch zusteht.

Anmerkung: Dieses Ergebnis entspricht dem Gesetzeswortlaut, auch wenn es wertungsmäßig eigentlich keinen Unterschied machen kann, ob der Prüfling an dem Tag anwesend ist, aber nur Unsinn schreibt und hierfür null Punkte erhält, oder ob er gar nicht erst erscheint und deshalb null Punkte erhält, vgl. § 9 III JAPO.

Außerdem kann der Prüfling nach § 37 V JAPO bis zum Beginn der mündlichen Prüfung auf die Fortsetzung des Freiversuchs verzichten. Er verliert dann zwar den Freischuss, ihm stehen aber noch zwei „echte“ Versuche offen. Warum das nicht gelten soll, wenn er eine Klausur nicht mitschreibt, leuchtet nicht zwingend ein.²⁸

VI. Anerkennung von Abschlüssen

Wer das Erste Examen nicht in Deutschland abgelegt hat, hier aber das Zweite Staatsexamen absolvieren will, steht vor der Frage, ob und inwieweit sein ausländischer Abschluss anerkannt wird. § 112a DRiG sieht die Möglichkeit vor, im Rahmen einer Gleichwertigkeitsprüfung die Kenntnisse und Fähigkeiten ausländischer Absolventen mit inländischen zu vergleichen und den ausländischen Absolventen ggf. zum Referendariat auch ohne Erstes Staatsexamen zuzulassen.

²⁷ VGH Kassel, Beschluss vom 20.04.2009, 8 A 1598/08.

²⁸ Zum Freischuss vgl. auch VGH Kassel, Teilurteil vom 05.03.2009, 8 A 1037/07: Das Ergebnis eines bestandenen Freiversuchs kann auch dann noch gerichtlich angegangen werden, wenn der Prüfling im Wiederholungsversuch besser abgeschnitten hat. Mit dieser Notenverbesserung ist das Rechtsschutzbedürfnis nicht automatisch entfallen.

Zu dieser Gleichwertigkeitsprüfung erging eine wichtige Entscheidung des EuGH. Aufgrund Art. 45 AEUV (= Art. 39 EG a.F.) sind die Mitgliedstaaten verpflichtet zu prüfen, ob und wie weit die ausländische Prüfung dem Ersten Staatsexamen gleichwertig ist. Das bedeutet aber nicht, dass man mit einem ausländischen Universitätsabschluss automatisch zum Referendariat zugelassen wird. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, wieweit dieser Abschluss die Anforderungen abdeckt, die in Deutschland durch das Erste Staatsexamen nachgewiesen werden.²⁹ Es reicht also nicht aus, dass der Bewerber Kenntnisse im ausländischen Recht hat, auch wenn dieses den gleichen Schwierigkeitsgrad aufweisen mag wie das deutsche Recht. Der Bewerber muss gerade Kenntnisse im deutschen Recht erworben haben, die dem Ersten Staatsexamen in Deutschland vergleichbar sind.

Gegebenenfalls muss der Bewerber für das Referendariat dann eben seine Kenntnisse, die nicht durch seinen ausländischen Abschluss nachgewiesen sind, durch eine gesonderte Eignungsprüfung in Deutschland nachweisen.

²⁹ EuGH, Urteil vom 10.12.2009, C 345/08, NJW 2010, 137.