

Neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Prüfungsrecht

von Prof. Dr. Ingo Kraft, Leipzig*

Dieser Rechtsprechungsbericht gibt einen aktuellen Überblick über die neuere Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts zum Prüfungsrecht und fasst die wesentlichen Aussagen zusammen.

I. Einleitung

Prüfungsrechtliche Normen greifen in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ein und stellen in der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen dar. Nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Gesetze muss die eingreifende Regelung nicht nur kompetenzgemäß erlassen worden sein, sondern auch durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.¹ Diese Anforderungen richten sich an den rechtsetzenden Normgeber.

Das Prüfungsrecht gestaltet aber nicht nur das durch Art. 12 GG geprägte Rechtsverhältnis zwischen Prüfling und öffentlicher Hand. Zugleich balanciert es die Kompetenzen zwischen Exekutive und Judikative aus – Stichwort: Beurteilungsspielraum. Angesichts der Garantie effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist es grundsätzlich Sache der (Verwaltungs-)Gerichte, unbestimmte Rechtsbegriffe in Gesetzen selbst zu konkretisieren, Maßstäbe für deren Interpretation zu entwickeln und daran die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt nachzuprüfen. Die Regeln

über die eingeschränkte Kontrolle des Verwaltungsermessens gelten nicht für die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.² Das schließt eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche Feststellungen und rechtliche Wertungen seitens anderer Gewalten im Grundsatz aus.³ Diese aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG abgeleiteten Anforderungen sind primär an die Gerichte adressiert.

Im Unterschied zu *faktischen*, durch naturwissenschaftliche Erkenntnisgrenzen gesetzte Kontrollgrenzen,⁴ die sich dynamisch mit wachsendem naturwissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt verschieben, kann der Gesetzgeber im jeweiligen materiellen Recht *normative* Beschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte vorsehen. Er kann darauf verzichten, das Entscheidungsverhalten der Exekutive vollständig zu determinieren, sondern der Verwaltung Einschätzungs- und Auswahlspielräume belassen,⁵ denn er definiert Umfang und Gehalt der einfachrechtlichen subjektiven Rechte der Bürger. Macht er davon Gebrauch, kann gerichtliche Kontrolle nicht

* Der Verfasser ist Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht und Honorarprofessor der Universität Leipzig. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den er am 30.06.2023 im Rahmen einer Rechtsanwaltsfortbildung im Bundesverwaltungsgericht gehalten hat.

1 Vgl. nur BVerfGE 75, 246 (267); 78, 179 (193); 119, 59 Rn. 71.

2 BVerfGE 7, 129 (154); 64, 261 (279); 84, 34 (49 f.); DVBl 2012, 230 Rn. 22.

3 BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 84, 59 (77); 101, 106 (123); 103, 142 (156).

4 Vgl. dazu BVerfGE 149, 407 Rn. 18 ff.

5 BVerfGE 61, 82 (111); 88, 40 (61); 116, 1 (18).

weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Behörde, deren Entscheidung gerichtlich überprüft werden soll.⁶ Solche Beurteilungsspielräume müssen sich dem jeweiligen Fachrecht zumindest durch Auslegung entnehmen lassen. Da der Gesetzgeber sich über die gerichtliche Kontrolldichte typischerweise keine Gedanken macht, obliegt das Aufspüren von Kontrollrestriktionen in der Praxis den Verwaltungsgerichten.

Der Gesetzgeber hat aber seinerseits die verfassungsrechtliche Vorgabe der Garantie effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG zu beachten. Diese darf er nicht durch die Gewährung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse für ganze Rechtsgebiete oder Sachbereiche, sondern nur punktuell aufgeben. Die Ausdünnung gerichtlicher Kontrolle bedarf zudem eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrundes.⁷

Für die gerichtliche Kontrolle der Resultate von Berufszugangsprüfungen hat das Bundesverfassungsgericht wegen der mangelnden Reproduzierbarkeit der Prüfungssituation im Verwaltungsprozess und der sich bei den Prüfern erst *in situatione* entwickelnden Bewertungsmatrix mit Blick auf das Gebot der Chancengleichheit einen prüfungsrechtlichen Bewertungsspielraum gerechtfertigt. Denn mit Art. 3 Abs. 1 GG wäre es unvereinbar, wenn klagende Kandidaten die Chance einer vom Vergleichsrahmen unabhängigen Bewertung durch das Gericht erhielten. Die gleichmäßige Beurteilung aller Kandidaten ist nur erreichbar, wenn den Prüfern bei prüfungsspezifischen Wertungen ein Entscheidungsspielraum verbleibt und die gerichtliche Kontrolle insoweit eingeschränkt wird. Die Kontrollrestriktion beschränkt sich jedoch auf prüfungsspezifische Wertungen, erstreckt sich also nicht auf fachliche Fragen.⁸

Festzuhalten ist aus diesem verfassungsrechtlichen Überblick, dass sich aus Art. 12 Abs. 1 GG zum einen materiellrechtliche Schranken für die Ausgestaltung des Prüfungsrechts ergeben: Die Anforderungen und die Maßstäbe, nach denen erbrachte Leistungen zu bewerten sind, bedürfen einer gesetzlichen Grundlage; Verwaltungsvorschriften reichen insoweit nicht aus. Die wesentlichen Entscheidungen über Ausbildung und Prüfung hat der Gesetzgeber selbst zu treffen; Prüfungsstoff, Prüfungssystem und Einzelheiten des Prüfungsverfahrens einschließlich der Bestehensvoraussetzungen kann er aber durch die Vorgabe von Ziel und Inhalt der Ausbildung dem Satzungs- oder Ordnungsgeber überlassen.⁹ Prüfungsschranken müssen nach Art und Höhe dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen.¹⁰ Zum anderen beansprucht das Grundrecht der Berufsfreiheit auch Geltung für das Prüfungsverfahren. Schließlich muss sich die richterliche Handhabung des prüfungsrechtlichen Beurteilungsspielraums als Beschränkung der Kontrolldichte an Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG messen lassen.

II. Gesetzesvorbehalt für Prüfungsregelungen

1. Prüfungsanforderungen – Bestehensregelungen

Dem Normgeber steht bei der Festlegung der Prüfungsanforderungen als einem Akt der Rechtsetzung mit Blick auf das Übermaßverbot ein Einschätzungsspielraum zu. Berufsbezogene Prüfungen sollen Aufschluss darüber geben, ob Prüf-

linge über diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die einen Erfolg der Berufsausbildung und eine einwandfreie Berufsausübung erwarten lassen. Es obliegt dem Normgeber, diesen Prüfungszweck in Bezug auf den jeweiligen Beruf zu konkretisieren. Hierfür muss er darüber entscheiden, welche berufsbezogenen Kenntnisse und Fähigkeiten er für unverzichtbar hält (z.B. auch sprachliche Ausdrucksfähigkeit) und welche Anforderungen er an ihren Nachweis stellt. Dementsprechend definiert er den prüfungsrelevanten Stoff, die Art und Dauer der Prüfungen sowie die Voraussetzungen für das Bestehen.¹¹

Der Normgeber ist insbesondere berechtigt, einen gewissen, sich in vernünftigen Grenzen haltenden Überschuss an Prüfungsanforderungen festzulegen.¹² Für Bestehensregelungen, denen zufolge bereits das Nichtbestehen einer Teilleistung zum Nichtbestehen der Gesamtprüfung führt, muss dieser als notwendig angesehene Teil eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage gewährleisten.¹³ Das setzt voraus, dass gerade durch die jeweilige Teilprüfung eine Fähigkeit nachgewiesen wird, die als unerlässlicher, nicht ausgleichsfähiger Bestandteil derjenigen Qualifikation anzusehen ist, die mit der Prüfung insgesamt nachgewiesen werden soll.¹⁴

2. Festlegung der Zahl der Prüfer in der Prüfungsordnung

Für Kollegialprüfungen, d.h. die Abnahme und Bewertung der Prüfungsleistung durch mehrere Prüfer, verlangt die neuere Rechtsprechung, dass die Zahl der Prüfer in der jeweiligen Prüfungsordnung exakt fixiert ist. Regelungen, die nur eine Mindestanzahl vorsehen, die konkrete Zahl der Prüfer jedoch dem Vollzug im Einzelfall überlassen, genügen nicht den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG. Dieses Gebot rechtssatzmäßiger Festlegung hat der Senat aus dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit und dem effektiven Schutz der Berufswahlfreiheit abgeleitet.

Kollegialprüfungen gewährleistet gegenüber der Abnahme durch einen einzelnen Prüfer eine erhöhte Richtigkeitsgewähr für die Bewertungsentscheidung. Als Resultat der auf den verschiedenen subjektiven Wertungen und Gewichtungen beruhenden Bewertungen der jeweiligen Prüfer wird das Ergebnis objektiviert, was zugleich die Gefahr unsachlicher Bevorzugungen und Benachteiligung einzelner Prüflinge minimiert.¹⁵ Wenn aber das Resultat maßgeblich von der gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Ausübung des Beurteilungsspielraums durch den jeweiligen Prüfer abhängt, dann ist die Anzahl der Prüfer wesentlich für das Prüfungsergebnis und muss für alle Teilnehmer einer berufsbezogenen Abschlussprüfung vorab und vorhersehbar festgelegt sein.¹⁶

6 BVerfGE 88, 40 (56); 116, 1 (18); 129, 1 (22); DVBl 2012, 230 Rn. 23.

7 BVerfGE 129, 1 (23).

8 BVerfGE 84, 34 (52 f.).

9 BVerwG, DVBl 2013, 1122; NVwZ-RR 2017, 693.

10 BVerfGE 84, 34 (45) mit Verweis auf BVerfGE 80, 1 (24).

11 BVerwG, NVwZ-RR 2016, 783 m.w.N.

12 BVerfGE 80, 1 (24 f., 29 ff.); NVwZ 2015, 1444 Rn. 24.

13 BVerwG, DVBl 2013, 1122 Rn. 26; NVwZ-RR 2017, 693 Rn. 12 f.

14 BVerwG, NVwZ-RR 2017, 653 Rn. 13 ff.; BVerfGE 170, 1 = DVBl 2021, 1088.

15 BVerwG, NVwZ-RR 2013, 44 Rn. 7 m.w.N.

16 BVerwG, DVBl 2020, 125 Rn. 14 f.

3. Festlegung der Bewältigung von Bewertungsdifferenzen

Auch die Notenfestsetzung bei Bewertungsdifferenzen zwischen den Prüfern muss in einer Prüfungsordnung geregelt werden. Der durch das prüfungsrechtliche Bestimmtheitsgebot konkretisierte Gesetzesvorbehalt verlangt, dass vor allem die Grenze zwischen dem Bestehen und dem Nichtbestehen vom Normgeber eindeutig gezogen wird.¹⁷ Bewertungsdifferenzen sind systemimmanent, weil die Prüfer ihre Aufgaben eigenständig und unabhängig voneinander wahrzunehmen haben.¹⁸ Diese können durch Stichentscheid, Mehrheitsentscheidung oder Bildung des arithmetischen Mittels der Einzelbewertungen bewältigt werden.¹⁹ Da die Methode im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, muss sie zur Wahrung der Chancengleichheit für alle Prüflinge einheitlich normativ fixiert sein²⁰ oder sich zumindest im Wege der Auslegung der Prüfungsordnung ermitteln lassen.²¹ Andernfalls muss die vorteilhafteste angewandt werden. Denn die Methodenwahl darf nicht in das Ermessen der Verwaltung gestellt werden.²²

4. Anerkennung anderweitig erbrachter Prüfungsleistungen

Die Anerkennung anderweitig erbrachter Prüfungsleistungen steht wegen des Gebots der Chancengleichheit unter dem Vorbehalt der Gleichwertigkeit.²³ Der Einschätzungsspielraum des Normgebers bei der Ausgestaltung der Prüfungsanforderungen erstreckt sich auch darauf, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vorgeschriebene Prüfung entbehrlich ist, weil der Prüfling den dadurch zu erbringenden Nachweis berufsbezogener Kenntnisse und Fähigkeiten (z.B. der Arbeitsmethodik) bereits anderweitig erbracht hat. Auch insoweit schützt Art. 12 Abs. 1 GG vor unverhältnismäßigen Anforderungen an den anderweitigen Nachweis.²⁴ Eine Regelung des Inhalts, dass zentrale Prüfungsleistungen von besonderem Gewicht für den Studienerfolg wie z.B. die Masterarbeit nicht durch anderweitig erbrachte Prüfungsleistungen ersetzt werden können, verstößt nicht gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit.²⁵

5. Wiederholungsmöglichkeit

Art. 12 Abs. 1 GG fordert bei berufsbezogenen Prüfungen, dass dem Prüfling mindestens ein Wiederholungsversuch zusteht.²⁶ Eine Prüfungsordnung kann aber vorsehen, dass eine Wiederholungsprüfung innerhalb eines angemessenen Zeitraums (z.B. 12 Monate) abzulegen ist.²⁷ Nimmt ein Prüfling Rechtsschutz gegen eine Prüfungsentscheidung in Anspruch und ist bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung die Frist für die Wiederholung seiner Prüfung abgelaufen, kann ihm das nicht entgegenghalten werden.²⁸

6. Verhinderung des ungerechtfertigten Ausstiegs aus der Prüfung

Der Normgeber kann festlegen, dass das Prüfungsverfahren nur durch das endgültige (Nicht-)Bestehen der Prüfung abgeschlossen wird. Mit solchen Regelungen wird dem Gebot der Chancengleichheit Rechnung getragen, das gleiche Erfolgchancen gewährleisten will.²⁹ Deshalb kann eine Prüfungsordnung das unberechtigte Nichterscheinen zu einer Prüfung dadurch sanktionieren, dass die versäumte Prüfung als nicht bestanden gilt. Die Möglichkeit eines Wechsels des Studien-

orts wird durch die Notwendigkeit, bereits begonnene Prüfungsverfahren zu Ende zu bringen, nicht in Frage gestellt.³⁰

Mit dem grundgesetzlich fundierten Gebot der einheitlichen Geltung und Anwendung der Prüfungsbedingungen lässt es sich regelmäßig nicht vereinbaren, dass Prüfungsteilnehmern die Möglichkeit eröffnet wird, die Prüfungsbedingungen einseitig zu ihren Gunsten zu verändern. Ausstiegsmöglichkeiten wie z.B. die »Flucht in die Exmatrikulation« würden Prüfungsteilnehmer in die Lage versetzen, normativ festgelegte Zeiträume und Fristen für das Ablegen von Teilprüfungen sowie Wiederholungsprüfungen zu umgehen. So könnten sie Vorbereitungszeiten beliebig verlängern und Belastungen durch die kurzzeitige Abfolge von Teilprüfungen vermeiden.³¹

7. Prüfungsrechtliche Sanktionsregelungen

a) Täuschung(sversuch)

Prüfungsordnungen können das Nichtbestehen bei einer Täuschung oder einem Täuschungsversuch vorsehen.³² Da diese Sanktionsregelung eine erbrachte Prüfungsleistung von der inhaltlichen Bewertung ausschließt, liegt darin ein gewichtiger Eingriff in die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 GG),³³ der dem Gesetzesvorbehalt unterliegt.³⁴

Als subjektive Berufszugangsvoraussetzung genügt eine derartige Sanktionsregelung grundsätzlich dem Übermaßverbot. Denn die Sanktionierung von Täuschungsversuchen stellt sicher, dass das Ziel der Prüfung, bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten nachzuweisen, erreicht wird. Eine nicht eigenständig erbrachte, z.B. maßgebend auf Plagiaten beruhende Leistung erbringt diesen Nachweis nicht. Zugleich verlangt das Gebot der Chancengleichheit die Sanktionierung. Eine mildere Sanktion scheidet aus, weil eine nicht mehr als eigenständig anzusehende Prüfungsleistung den Prüfungszweck vollständig verfehlt.³⁵ Auf Vertrauensschutz kann sich ein Prüfling nach dem Rechtsgedanken des § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG im Falle eines Täuschungsversuchs nicht berufen.³⁶

17 BVerwG, DVBl 1993, 1310; NVwZ 2004, 1375.

18 BVerwG, NJW 2018, 2142 Rn. 8.

19 Vgl. BVerfGE 84, 34 (46); BVerwG, Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 187 Rn. 9.

20 BVerwG, NJW 2019, 2871 Rn. 16.

21 Das reicht aus: BVerwG, Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 187 Rn. 10.

22 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 64 S. 13 ff. und Nr. 122.

23 Näher dazu: Fischer/Jeremias/ Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 725 ff.

24 BVerwG, NVwZ-RR 2016, 783.

25 BVerwG, NVwZ-RR 2018, 308.

26 BVerfGE 80, 1 (35 f.).

27 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 02.10.2012 – 6 B 34.12, wonach kein Anspruch darauf besteht, dass die Frist für die Prüfungswiederholung um in Anspruch genommene Elternzeit verlängert wird.

28 BVerwGE 170, 1 Rn. 68 = DVBl 2021, 1088.

29 BVerwGE 87, 258 (261 f.); NVwZ-RR 2015, 858 Rn. 9; NVwZ-RR 2016, 783 Rn. 13.

30 BVerwG, DVBl 1983, 89; NJW 2017, 2137.

31 BVerwG, NJW 2017, 2137.

32 BVerwG, Beschl. v. 16.02.2018 – 6 B 66.17.

33 BVerwG, NVwZ 2012, 1188 Rn. 21; NVwZ-RR 2015, 416 Rn. 16.

34 BVerfGE 52, 380 (388); BVerwG, NVwZ 2012, 1188 Rn. 21.

35 BVerwG, NVwZ 2012, 1188 Rn. 22 f. m.w.N.

36 BVerwGE 159, 148 Rn. 49.

b) Andere Sanktionsregelungen

Die Rechtsgrundlagen für die Verhängung von Sanktionen, die sich auf das Bestehen einer Prüfung auswirken, unterliegen besonders strengen Bestimmtheitsanforderungen. Sowohl das zu sanktionierende Verhalten als auch die an dieses geknüpfte Sanktionsfolge müssen klar ersichtlich sein, so dass jeder Prüfling sein Verhalten problemlos daran ausrichten kann.³⁷ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gestattet indes, dass Sanktionsvorschriften bei ihrer Ausgestaltung auch dem Gesichtspunkt der Generalprävention Rechnung tragen und einen gewissen Abschreckungseffekt erzeugen dürfen.³⁸

In einem Fall war eine Jurastudentin nach dem Aktenvortrag zu dem Prüfungsgespräch unentschuldigt verspätet erschienen. Nach Beginn der Zivilrechtsprüfung war sie von dem Vorsitzenden der Prüfungskommission auch zu den Teilen Strafrecht und Öffentliches Recht nicht mehr zugelassen worden. Das Prüfungsamt erklärte die Prüfung für insgesamt nicht bestanden, da die Studentin an der mündlichen Prüfung nicht bis zum Ende teilgenommen habe. Die in den Vorinstanzen erfolglose Klage hatte vor dem Bundesverwaltungsgericht Erfolg.

Unverhältnismäßig war die Sanktion des Totalverlusts. Zwar hält sich die Entscheidung des Landesgesetzgebers, das Prüfungsgespräch normativ als Einheit auszugestalten, trotz der Transparenzanforderungen an die Leistungsbewertung noch im bundesrechtlichen Rahmen. Das steht aber auf der Sanktionsebene nicht der Möglichkeit entgegen, nur den unentschuldigt versäumten Abschnitt des Prüfungsgesprächs mit 0 Punkten zu bewerten und den Prüfling an den anderen Abschnitten teilnehmen zu lassen.

8. Änderung einer Prüfungsordnung – Übergangsregelungen

Der Grundsatz der Chancengleichheit hindert den Normgeber nicht, Prüfungsordnungen zu verändern, auch wenn der einzelne Kandidat am Ende seiner Ausbildung andere Prüfungsbedingungen vorfindet als zu Beginn. Prüflinge genießen aber nach den Grundsätzen zur unechten Rückwirkung von Rechtsvorschriften angemessenen Schutz vor Änderungen der Prüfungsbedingungen.³⁹ Deshalb hat ein Normgeber anlässlich der Änderung einer Prüfungsordnung Übergangsregelungen zu treffen. Darin sind Vergleichsgruppen zu bilden und diese ggf. unterschiedlichen Regelungen zu unterwerfen, wenn hierfür sachgerechte Gründe vorliegen.⁴⁰ Insbesondere kann der Normgeber im Rahmen der Übergangsregelungen eine Differenzierung nach dem Studienfortschritt vornehmen.⁴¹

Eine unechte Rückwirkung geänderter Prüfungsbedingungen ist an den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit zu messen. Dass der Gesetzgeber mit einer Rechtsänderung insgesamt legitime Zwecke verfolgt und die Änderungen zur Erreichung dieser Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen sind, genügt zur Rechtfertigung der Rückwirkung nicht. Vielmehr müssen die Vorschriften gerade insoweit verhältnismäßig sein, als sie eine unechte Rückwirkung herbeiführen.⁴² Das ist namentlich dann nicht der Fall, wenn bei der gebotenen Abwägung zwischen dem enttäuschten Vertrauen des Betroffenen und der Bedeutung der Neuregelung

für das Wohl der Allgemeinheit den Interessen des Betroffenen ein höheres Gewicht einzuräumen ist.⁴³ Der Vertrauensschutzgrundsatz schützt einen Prüfling vor überraschenden, seine Prüfungsdispositionen entwertenden, wesentlichen Änderungen seiner Prüfungsbedingungen jedoch nur, wenn ihm eine entsprechende Umstellung billigerweise nicht zugemutet werden kann.⁴⁴

9. Fortgeltung unwirksamer Prüfungsregelungen – Fehlerfolgenbewältigung

Wenn Prüfungsregelungen unwirksam sind, ist den Prüflingen mit einer reinen Nichtigerklärung wenig geholfen. Dann könnten Prüfungen bis zur Reparatur durch den Normgeber nicht auf rechtmäßige Weise abgelegt werden.⁴⁵ Ein derartiger *stand still* würde die Ausübung der Berufswahlfreiheit typischerweise noch stärker verletzen als der konstatierte Mangel. Um dem abzuwehren, sind die Verwaltungsgerichte zur Vermeidung einer verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit ggf. gehalten, bis zur Herstellung verfassungsgemäßer Zustände durch den Normgeber eine Übergangsregelung zu treffen. Die Höchstdauer der Übergangszeit hängt von einer Vielzahl von Umständen ab, die sich von Prüfung zu Prüfung unterscheiden können, so dass keine allgemeingültige Frist bestimmt werden kann.⁴⁶

a) Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt

Prüfungsregelungen, die in Ausfüllung einer vom Verordnungsgeber für eine berufsbezogene Prüfung durch Rechtsverordnung gemachten Vorgaben nur als Verwaltungsvorschrift erlassen worden sind, können für einen Übergangszeitraum fortgelten, soweit sie inhaltlich mit höherrangigem Recht vereinbar sind.⁴⁷

b) Inhaltliche Defizite

Wird eine Regelung den an sie zu stellenden inhaltlichen Anforderungen nicht gerecht, behilft sich die Rechtsprechung damit, eine richterrechtliche Übergangsregelung unter Rückgriff auf die geübte Verwaltungspraxis der zuständigen Behörde zu treffen, wenn diese mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Diesen Weg hat das Bundesverwaltungsgericht z.B. mit Blick auf die in einer Prüfungsordnung nicht exakt bestimmte Anzahl der Prüfer gewählt.⁴⁸ Auf diese Weise wurde sogar einer noch nicht in Kraft getretenen Prüfungsordnung bereits richterrechtlich Vorwirkung verliehen: Demnach kann eine vom zuständigen Organ der Hochschule bereits beschlossene Prüfungsordnung übergangsweise vor ihrer Bekanntmachung angewandt werden, wenn dies unverzichtbar ist, um Verzögerungen des Studiums zu vermeiden, und die Studierenden sich Kenntnis vom Inhalt der Prüfungsordnung verschaffen

37 BVerwGE 164, 379 Rn. 15.

38 BVerwGE 106, 369; NVwZ 2012, 1188; Rn. 21 ff.; BVerwGE 159, 148 Rn. 26; 164, 379 Rn. 18.

39 BVerwG, Beschl. v. 15.03.2021 – 6 BN 2.20.

40 Vgl. BVerfGE 37, 342; 79, 212.

41 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 272.

42 BVerfGE 155, 238 Rn. 151.

43 BVerwGE 115, 32 (48); Beschl. v. 15.03.2021 – 6 BN 2.20, Rn. 11.

44 BVerwGE 16, 150 (151).

45 Vgl. Fischer/Jeremias/ Dieterich (Fn. 23), Rn. 56 ff.

46 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 254.

47 BVerwGE 64, 308 (317); NVwZ-RR 2017, 693.

48 BVerwGE 165, 202 Rn. 20 m.w.N.; 170, 1 Rn. 24 = DVBl 2021, 1088.

können.⁴⁹ Dann erscheint die Orientierung an einer zukünftigen Prüfungsordnung naheliegender als der Rückgriff auf die vergangene Praxis.

III. Prüfungsverfahren

1. Prüfungsausschuss – Prüfungskommission – Auswahl der Prüfer

Sieht eine Prüfungsordnung Gremien wie einen Prüfungsausschuss und eine jeweils einzusetzende Prüfungskommission vor, führt die Unterbesetzung des Prüfungsausschusses nicht zwingend zur Fehlerhaftigkeit der Besetzung der konkreten Prüfungskommission. Gegen die Beachtlichkeit des Verfahrensmangels spricht, dass die Bewertungsentscheidungen nicht von dem Prüfungsausschuss, sondern von der Prüfungskommission getroffen wird. Die Beurteilung möglicher Auswirkungen auf die Bewertungen wegen einer Unterbesetzung des Prüfungsausschusses ist danach fernliegender als in den Fällen, in denen die Prüfungskommission mit einem unzuständigen Mitglied besetzt ist.⁵⁰

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Grundsätze des Prüfungsrechts keinen Anspruch auf den »gesetzlichen Prüfer« gewähren.⁵¹ Die fehlende Bestellung als Prüfer begründet jedoch einen Verfahrensfehler, der sich in einer Kollegialprüfung auf das Prüfungsergebnis auswirken kann, d.h. also zumindest möglicherweise von Einfluss auf das Prüfungsergebnis gewesen ist.⁵²

2. Anwesenheit der Prüfer oder Dritter

Die Teilnahme an der Bewertung (eines Prüfungsteils) in einer mündlichen Kollegialprüfung setzt die Anwesenheit des Prüfers während dieses Prüfungsteils voraus, um eine selbständige, eigenverantwortliche Bewertungsentscheidung treffen zu können. Überträgt eine Prüfungsordnung dem Vorsitzenden die (Mit-)Bewertung der Prüfungsleistungen und ggf. den Stichtscheid, muss er während des gesamten mündlichen Prüfungsteils anwesend sein. Regelungen, die einzelnen Kommissionsmitgliedern Abwesenheiten gestatten, sind verfassungskonform einschränkend auszulegen.⁵³

Demgegenüber ist es nicht angängig, dass an der Beratung einer Prüfungskommission andere Personen als die bestellten Prüfer anwesend sind. Eine Prüfungsordnung kann jedoch diesen zum Schutz der Unabhängigkeit der Prüfer geltenden Grundsatz der Exklusivität der Beratung aus sachlichen Gründen modifizieren.⁵⁴

3. Befangenheit eines Prüfers

Auch nach Abschluss einer Prüfung getätigte Äußerungen eines Prüfers z.B. in den sozialen Medien können grundsätzlich geeignet sein, die Besorgnis von dessen Befangenheit zu begründen.⁵⁵

4. Rücktritt von Prüfungen

Der Prüfungsrücktritt bewegt sich auf einem schmalen Grat zwischen zwei Polen: Auf der einen Seite verlangt die Legitimation von Prüfungen die Möglichkeit eines Rücktritts jedenfalls im Falle krankheitsbedingter Prüfungsunfähigkeit. Da eine Prüfung kein Selbstzweck ist, setzt der mit ihr zu erbringende Leistungsnachweis voraus, dass der Prüfling im

Prüfungszeitpunkt im Besitz seines individuellen Leistungsvermögens ist. Ansonsten wäre die Prüfung ungeeignet, zu verlässig Aufschluss über seine Kenntnisse und Fähigkeiten zu erbringen.⁵⁶ Auf der anderen Seite hat die Anwendung einer Rücktrittsregelung zur Gewährleistung gleicher Erfolgchancen⁵⁷ den Teilnehmern so weit wie möglich gleiche Prüfungsbedingungen und Bewertungsmaßstäbe zu gewährleisten. Denn die Anerkennung eines Rücktrittsgrundes eröffnet dem Prüfling eine weitere Chance zur Erbringung des Befähigungsnachweises.⁵⁸ So gilt es zu verhindern, dass Prüflinge via Rücktritt ohne rechtfertigende Gründe aus einer Prüfung aussteigen können (s.o. I. 6.).

a) Krankheitsbedingter Rücktritt – Dauerleiden

Die Anerkennung eines Rücktritts wegen krankheitsbedingter Prüfungsunfähigkeit kommt nur in Betracht, wenn dem Prüfling gleichheitswidrig die Chance genommen würde, seine Leistungsfähigkeit in der Prüfung unter Beweis zu stellen. Dies setzt voraus, dass er aufgrund einer *vorübergehenden* krankheitsbedingten Beeinträchtigung seines physischen oder psychischen Zustands nicht in der Lage ist, seine reguläre Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Nicht erfasst sind Beeinträchtigungen der individuellen Leistungsfähigkeit aufgrund von Prüfungsstress und Examenspsychosen. Diese haben ihre Ursache in der Persönlichkeit des Prüflings, sind dem allgemeinen Lebensrisiko bzw. dem Risikobereich des Prüflings zuzurechnen und die Folgen derartiger Beeinträchtigungen erweisen sich für die Prüfungsleistungen als nicht quantifizierbar.⁵⁹

Die Anerkennung als Rücktrittsgrund scheidet aus, wenn eine Krankheit nicht vorübergehend, sondern auf unabsehbare Zeit den Zustand des Prüflings beeinträchtigt und damit dessen individuelle Leistungsfähigkeit prägt. Ein sog. Dauerleiden i.S.d. Prüfungsrechts⁶⁰ liegt vor, wenn im Falle einer Behandlung nicht abzusehen ist, ob und wann mit einer Heilung gerechnet werden kann. Dann bleibt der fehlgeschlagene Prüfungsversuch die Folge einer die Persönlichkeit prägenden und deshalb eben *nicht irregulären* Leistungsbeeinträchtigung des Prüflings. Die Erkennbarkeit eines Dauerleidens und die dadurch bedingte Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit spielt insoweit keine Rolle.

b) Nachträglicher Rücktritt

Ein Rücktritt kann noch nach Prüfungsbeginn erklärt werden. Es ist Sache des Prüflings, sich Klarheit zu verschaffen, ob seine Leistungsfähigkeit durch außergewöhnliche Umstände wie

49 BVerwG, NVwZ-RR 2015, 416.

50 BVerwGE 170, 1 Rn. 52 = DVBl 2021, 1088.

51 BVerwGE 30, 172 (178 ff.); BVerwGE 170, 1 Rn. 53 = DVBl 2021, 1088.

52 BVerwGE 170, 1 Rn. 12, 34 = DVBl 2021, 1088.

53 BVerwGE 170, 1 Rn. 18 m.w.N. = DVBl 2021, 1088.

54 BVerwG, Beschl. v. 11.07.2023 – 6 B 38.22 mit Verweis auf BVerwGE 133, 289 Rn. 35.

55 BVerwGE 170, 1 Rn. 66 = DVBl 2021, 1088.

56 BVerwGE 171, 334 Rn. 16.

57 BVerwGE 87, 258 (261 f.) = DVBl 1991, 755; NVwZ-RR 2015, 858 Rn. 9; NVwZ-RR 2016, 783 Rn. 13.

58 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 17 S. 47 f. = DVBl 1964, 318; BVerwGE 106, 369 (374 f.) = DVBl 1998, 1341.

59 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 17 S. 48 = DVBl 1964, 318; DVBl 1980, 482; BVerwGE 61, 211 (214); 171, 334 Rn. 18.

60 Dazu und zum Nachteilsausgleich: Jeremias, NVwZ 2019, 839.

eine Krankheit erheblich beeinträchtigt ist. In einem solchen Fall hat er unverzüglich die in der jeweiligen Prüfungsordnung vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen, und zwar bei krankheitsbedingter Prüfungsunfähigkeit spätestens dann, wenn er sich ihrer bewusst geworden ist.⁶¹ Für die Rücktrittserklärung ist ihm wegen der weitreichenden Rechtsfolgen des Rücktritts ein Mindestmaß an Überlegungszeit zuzugestehen, und zwar auch dann, wenn die schriftliche Prüfung vorüber ist.⁶² Die Anerkennung eines nachträglichen Rücktritts wegen krankheitsbedingter Prüfungsunfähigkeit kommt aber nur in Betracht, wenn der Prüfling die krankheitsbedingte Prüfungsunfähigkeit in der Zeit der Prüfung nicht erkennen konnte.⁶³

Insoweit können sich aus dem Prüfungsrechtsverhältnis mit Blick auf den Grundrechtsschutz durch Verfahren auch Hinweispflichten des Prüfungsamtes ergeben. So kann im Einzelfall Anlass bestehen, den Prüfling unverzüglich darauf hinzuweisen, dass aus dem von ihm vorgelegten (amtsärztlichen) Attest noch keine Prüfungsunfähigkeit folge. Die aus der Fürsorgepflicht resultierende Hinweispflicht kann sich auch auf die Nachbesserung der unverzüglichen Mitteilung des Rücktrittsgrundes beziehen.⁶⁴

c) Nachträglicher Rücktritt wegen bisher unerkannter ADHS?

Mit Blick auf das erst nach einer Prüfung erkannte Krankheitsbild der ADHS (Aufmerksamkeitsdefizit-/Hyperaktivitätsstörung) stellte sich die Frage, ob eine medizinische Behandlung oder der Einsatz von Hilfsmitteln in absehbarer Zeit zu einer Symptombefreiheit der bislang als Dauerleiden anzusehenden Krankheit führt, so dass diese die individuelle Leistungsfähigkeit des Prüflings nicht länger prägt. Denn dann wäre – wie im Falle einer vorübergehenden Erkrankung – davon auszugehen, dass der Prüfling wegen des zunächst unerkannt »Dauerleidens« seine individuelle Leistungsfähigkeit in der Prüfung nicht zeigen konnte, und es wäre gerechtfertigt, ihm eine weitere Prüfungschance zu eröffnen. Wegen des prospektiv auf die zukünftige Tätigkeit des Prüflings zielenden Prüfungszwecks ist die bisherige Krankheit bei zeitnaher sicherer Heilung bzw. Symptombefreiheit nicht länger als prägend für die persönliche Leistungsfähigkeit anzusehen.⁶⁵

Dafür muss aber die in absehbarer Zeit eintretende Heilung oder wesentliche Symptombefreiheit feststehen, d.h. eine lediglich hinreichende oder hohe Wahrscheinlichkeit des Heilungserfolgs bzw. Eintritts der Symptombefreiheit genügt nicht. Der Grundsatz der Chancengleichheit gebietet nicht, dem Prüfling schon bei einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs die Möglichkeit einer erneuten Prüfung offenzuhalten.⁶⁶

5. Mitwirkungspflichten des Prüflings

Aus dem Prüfungsrechtsverhältnis ergibt sich für den Prüfling auch ohne ausdrückliche Normierung die Pflicht zur Mitwirkung im Prüfungsverfahren, insbesondere zur rechtzeitigen Geltendmachung von Prüfungsmängeln. Dies ist aus Gründen der Beweissicherung geboten.⁶⁷

6. Anspruch auf unentgeltliche Kopie der Prüfungsarbeiten

Der 6. Senat hat jüngst entschieden, dass Art. 15 DSGVO dem Prüfling einen Anspruch auf *unentgeltliche* Überlassung

der von ihm angefertigten schriftlichen Prüfungsarbeiten einschließlich der Prüfergutachten gibt.⁶⁸ Denn die in einer Prüfung unter einer Kennziffer angefertigten schriftlichen Prüfungsleistungen und die zugehörigen Prüfergutachten stellen jeweils ihrem gesamten Inhalt nach personenbezogene Daten des Prüflings dar.⁶⁹ Zwar ist die Reichweite des Auskunftsanspruchs bisher nicht abschließend geklärt.⁷⁰ Nach der extensiven, den Kontext personenbezogener Daten einschließender Ansicht ist der Anspruch ohne weiteres begründet.⁷¹ Aber auch die restriktive Auffassung kommt – soweit sich diese auf dem Boden des Unionsrechts bewegt – zum gleichen Ergebnis, auch wenn sie nur einen Anspruch auf Zurverfügungstellung der aus dem jeweiligen Verarbeitungszusammenhang extrahierten personenbezogenen Daten zuerkennt.⁷² Da die Prüfungsarbeiten komplett aus personenbezogenen Daten bestehen, kommt eine Extraktion hier nicht in Betracht. Das Begehren des Prüflings erwies sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich, obwohl der Prüfungsbescheid bereits in Bestandskraft erwachsen war. Denn Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 5 Satz 1 DSGVO sollen es dem Betroffenen ermöglichen, die Datenverarbeitung und -speicherung auf datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

IV. Prüfungsbewertung

1. Bewertungsgrundsätze

Die unterschiedliche Qualität und Intensität der Wissensvermittlung durch Ausbilder, die z.T. auch als Prüfer bestellt sind, begründet keine Verletzung des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit.⁷³ Dieser Grundsatz verlangt aber, dass eine Prüfungsaufgabe das Fachwissen und die fachliche Qualifikation des Prüflings dem Prüfungszweck angemessen erfragt, d.h. dass sie objektiv lösbar ist, mit ihr fachlich nichts Unmögliches verlangt wird und dass sie sich auch sonst im Rahmen der Prüfungsordnung hält.⁷⁴

2. Ablauf der Bewertung

Ein Prüfer nimmt die Bewertung anhand von Maßstäben vor, die er in Bezug auf die konkrete Prüfungsaufgabe autonom erstellt. Sie beruhen auf einem Bezugssystem, das vor allem durch seine persönlichen Erfahrungen, Einschätzungen und Vorstel-

61 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 95; BVerwGE 80, 282 (285); Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 432; Beschl. v. 27.09.2022 – 6 B 20.22 Rn. 14.

62 BVerwGE 80, 282 (286 ff.).

63 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 17 S. 48 = DVBl 1964, 318; BVerwGE 80, 282 (284 f.); Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 352 S. 84; NVwZ 1986, 377; Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 176 S. 133 f.; BVerwGE 171, 334 Rn. 19.

64 BVerwG, Beschl. v. 27.09.2022 – 6 B 20.22.

65 BVerwGE 171, 334 Rn. 22.

66 BVerwGE 171, 334 Rn. 23.

67 BVerwGE 31, 190 (191); 66, 213 (215) = DVBl 1983, 93; NVwZ-RR 1994, 442 (444).

68 BVerwG, NJW 2023, 1079.

69 So bereits EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/16, Nowak, ECLI:EU:C:2017:994, NJW 2018, 767.

70 Vgl. BGH, NJW-RR 2022, 764 Rn. 24; DB 2022, 1249 Rn. 17.

71 BVerwG, NJW 2023, 1079 Rn. 24 f.

72 BVerwG, NJW 2023, 1079 Rn. 26 f. m.w.N.

73 BVerwG, NVwZ 1984, 307; dahin tendierend auch BVerwG NVwZ 2017, 1388.

74 BVerwG, Beschl. v. 09.12.2020 – 6 B 35.20.

lungen in einem sukzessiven Prozess gebildet wird. Diese Maßstäbe muss der Prüfer aus Gründen der Chancengleichheit auf die Bewertung aller Bearbeitungen derselben Prüfungsaufgabe anwenden.⁷⁵ Das gilt für die Phasen sowohl der Bewertung als auch der eventuellen nachträglichen Überprüfung im Überdenkungsverfahren. Deshalb sind an die Begründungspflichten des Zweitprüfers auch dann keine gesteigerten Anforderungen zu stellen, wenn er von der Bewertung des Erstprüfers abweicht und sein Votum zu einer Wertung der Prüfungsleistung als nicht bestanden führt. Denn der Zweitkorrektor kann im Zeitpunkt der Anfertigung seiner Korrektur noch gar nicht wissen, ob der Prüfling aufgrund seiner Benotung einer Klausur das Examen insgesamt bestehen wird oder nicht. Da er in der Phase des Überdenkungsverfahrens an seinen zuvor erstellten Maßstäben festzuhalten hat, können sich auch dann keine erhöhten Begründungsanforderungen ergeben.⁷⁶

Nach ständiger Rechtsprechung erweist sich die offene Zweitbewertung, d.h. die Bewertung der Prüfungsleistung durch den Zweitprüfer in Kenntnis der Bewertung des Erstprüfers, mit dem prüfungsrechtlichen Gebot der Chancengleichheit und dem Gebot der fairen Gestaltung des Prüfungsverfahrens als vereinbar. Das gilt auch in der Phase des Überdenkens der Leistungsbewertung aufgrund von Einwendungen des Prüflings.⁷⁷

3. Unterschleif – Täuschung – Sanktionen

Der Nachweis, dass ein Prüfungsteilnehmer seiner Bearbeitung die internen Lösungshinweise zugrunde gelegt und damit über die Eigenständigkeit seiner Prüfungsleistung getäuscht hat, ist nach den Regeln des Beweises des ersten Anscheins⁷⁸ erbracht, wenn die Bearbeitung nach Formulierungen, Aufbau und Gedankenführung weitgehend mit den Lösungshinweisen übereinstimmt und eine andere Erklärung als deren Kenntnis nicht in Betracht kommt.⁷⁹ Für die Aufklärung, ob eine andere Ursache für die weitgehende Übereinstimmung möglich erscheint, bedarf es der Mitwirkung des Prüfungsteilnehmers. Nur er kann eine plausible alternative Erklärung für die Übereinstimmung beibringen. Ergibt die Sachaufklärung keine abweichenden Anhaltspunkte, ist die tatrichterliche Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass der Prüfungsteilnehmer keine eigenständige Prüfungsleistung erbracht, sondern diese nur vorgespiegelt hat.

Bei der Entziehung des Doktorgrades wegen Täuschung bei Anfertigung der Dissertation durch Plagiate kann auf den Täuschungsvorsatz aus Indizien zurückgeschlossen werden. Die Annahme, der Promovend habe vorsätzlich gehandelt, liegt umso näher, je zahlreicher die verschleierte Übernahmen sind. Ob eine Arbeit noch als Eigenleistung gelten kann, hängt von einer Würdigung des jeweiligen Einzelfalles ab. Hierfür ist die Anzahl der Plagiate, deren quantitative Anteil sowie deren qualitatives Gewicht zu berücksichtigen, d.h. ihre Bedeutung für die wissenschaftliche Aussagekraft der Arbeit. Die Plagiatstellen müssen die Arbeit quantitativ, qualitativ oder in einer Gesamtschau beider Möglichkeiten prägen.⁸⁰

V. Gerichtliche Kontrolle

1. Prozessuale Zulässigkeitsfragen

a) Anfechtbarkeit von Einzelnoten

Immer wieder wird die Frage gestellt, ob die Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung als Regelung i.S.v. § 35 Satz 1

VwVfG anzusehen ist oder erst die Gesamtnote mit dem Gesamtergebn Verwaltungsaktsqualität besitzt. Eine kleinteilige Sichtweise, die jede Teilnote als Verwaltungsakt qualifiziert, erscheint zweischneidig. Denn dann wäre dieses Teilresultat der Bestandskraft fähig und würde eine korrespondierende Anfechtungslast für den Prüfling auslösen. Deshalb ist eine solche Annahme nicht etwa rechtsschutzfreundlicher als die globalere Perspektive, die erst die Gesamtnote als der Bestandskraft fähigen Verwaltungsakt ansieht.

Typischerweise werden die einzelnen Bewertungen von Aufsichtsarbeiten keine Regelungen i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG enthalten und erweisen sich somit nicht als der Bestandskraft fähig. Denn die Benotungen einzelner Prüfungsleistungen sollen auch nach der jeweiligen Prüfungsordnung regelmäßig keine selbständige rechtliche Bedeutung haben, sondern lediglich eine Grundlage der behördlichen Entscheidung über das Bestehen und Nichtbestehen der Prüfung bilden.⁸¹

Nach der Rechtsprechung ist die Frage, ob einer Einzelnote Regelungsqualität i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG zukommt, ausschließlich anhand der jeweiligen Prüfungsordnung zu klären. Gegebenenfalls ist sie mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden zu beantworten. Das Bundesrecht enthält – vom Ausnahmefall bundesrechtlich normierter Prüfungsverfahren abgesehen – keine Vorgaben, auch nicht im Sinne einer hilfsweise anzuwendenden Vermutungsregel, wonach »im Zweifel« von einer fehlenden selbständigen Regelungsqualität von Einzelnoten auszugehen wäre. Allerdings muss die Ausgestaltung prüfungsrechtlicher Bestimmungen mit den bundesrechtlichen Vorgaben aus Art. 3, Art. 12 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sein. Von daher wird der Normgeber, sofern er Einzelbenotungen als selbständige, der Bestandskraft fähige Regelungen i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG auszugestalten beabsichtigt, jenseits von prozessökonomischen Aspekten zu erwägen haben, ob die sich hieraus für den Prüfling in prozessualer Hinsicht ergebenden Obliegenheiten verhältnismäßig wären.⁸²

b) Beschwer für Rechtsmittel

Selbst durch ein stattgebendes Bescheidungsurteil kann der klagende Prüfling beschwert sein und somit Rechtsmittel einlegen. Das ist dann der Fall, wenn die Instanz den Bescheidungsausspruch nicht auf alle seine Rügen gestützt, sondern ihnen nur teilweise nachgekommen ist und sie in den Entscheidungsgründen im Übrigen zurückgewiesen hat. Denn der durch ein Bescheidungsurteil titulierte Anspruch auf eine fehlerfreie Bewertung einer Prüfungsleistung erstreckt sich nur auf die Neubewertung unter Berücksichtigung derjenigen Prüfungsmängel, die in den Entscheidungsgründen des Urteils als rechtsfehlerhaft angesehen worden sind.⁸³

75 BVerwG, Beschl. v. 15.10.2018 – 6 B 148.18 Rn. 17.

76 BVerwG, NVwZ 2019, 422.

77 BVerwG, Beschl. v. 19.05.2016 – 6 B 1.16 Rn. 12.

78 Dazu allgemein Kraft, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, 16. Aufl. 2022, § 108 Rn. 38 ff.

79 BVerwG, NJW 2018, 1896.

80 BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

81 BVerwG, DVBl 1994, 1356; DVBl 2003, 871.

82 BVerwG, NJW 2012, 2901 Rn. 14 f.

83 BVerwG, Beschl. v. 03.09.2020 – 6 B 16.20 Rn. 5; vgl. ferner BVerwG, DVBl 1982, 447; Buchholz 310 § 121 VwGO Nr. 54 S. 3.

2. Überdenkensverfahren

a) Funktion

Oben wurde bereits ausgeführt, dass den Prüfern hinsichtlich der prüfungsspezifischen Wertungen ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht.⁸⁴ Die Rechtsschutzverkürzung in Bezug auf die Leistungsbewertung wird dadurch ausgeglichen, dass ein Prüfungsteilnehmer deren Überdenken durch die Prüfer, d.h. eine ergänzende Ausübung des Beurteilungsspielraums unter Berücksichtigung seiner substantiierten Einwendungen verlangen kann.⁸⁵ Das ist ein klassischer Anwendungsfall des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.⁸⁶

Aus der kompensatorischen Funktion des Überdenkensverfahrens folgt, dass der Prüfling zunächst eine Begründung beanspruchen kann. Die Prüfungskommission muss die tragenden Erwägungen für die Bewertung darlegen. Die maßgeblichen Gründe müssen zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch in den für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkten erkennbar sein. Dieser Informationsanspruch soll dem Prüfling die Feststellung ermöglichen, ob die rechtlichen Vorgaben und Grenzen für die Beurteilung seiner Leistung eingehalten worden sind.⁸⁷ Das Begründungserfordernis gilt auch für mündliche berufsbezogene Prüfungsleistungen, hängt dort allerdings von einem entsprechend spezifizierten Begründungsverlangen ab.⁸⁸

b) Beschränkte Nachbewertung

Das Überdenken eröffnet nur eine inhaltlich beschränkte Nachbewertung. Der Prüfer darf das einmal erarbeitete Bezugssystem nicht ändern, das er der Bewertung zugrunde gelegt hat. Er hat sich auf der Grundlage dieser Matrix mit Blick auf die vom Prüfling erhobenen Einwendungen lediglich mit den beanstandeten Einzelwertungen auseinanderzusetzen. Die Prüfer müssen zu den Einwendungen Stellung nehmen; Umfang und Begründungstiefe hängen von der Substanz der im konkreten Fall vorgebrachten Einwendungen des Prüflings ab.⁸⁹ Jeder Prüfer hat seine Bewertungen eigenständig zu überdenken. Demzufolge ist es nicht ausgeschlossen, dass die Prüfer die vorgebrachten Einwendungen in unterschiedlichem Umfang für begründet erachten.⁹⁰ Hält ein Prüfer an seiner Bewertung fest, muss er das begründen. Ändert er eine Einzelwertung, weil er den Einwendungen Rechnung trägt, muss er weiter entscheiden, ob dies Auswirkungen für die Benotung hat.⁹¹

Zweckmäßig und rechtsschutzfreundlich wäre es, das Überdenkensverfahren in ein obligatorisches Widerspruchsverfahren einzubetten. Denn die Einlegung eines Widerspruchs hemmt die Bestandskraft des Prüfungsbescheids und hält dem Prüfling alle Optionen offen. Das Ergebnis des Überdenkens fließt dann in den Widerspruchsbescheid ein und der Prüfling kann daraufhin entscheiden, ob er Klage erhebt. Diese verfahrensrechtliche Ausgestaltung haben die meisten Bundesländer bei der Regelung juristischer Prüfungen gewählt. Nur der Freistaat Bayern hat einen Sonderweg beschritten: Hier hat der Prüfling die Wahl, ob er Widerspruch oder Klage erhebt.⁹² Das Überdenkensverfahren (§ 14 BayJAPO) steht selbständig daneben; die Erhebung von Einwendungen löst demzufolge keine aufschiebende Wirkung aus. Der Senat hat dieses Konstrukt als bundesrechtlich (noch) unbedenklich angesehen, da die Wahlmöglichkeit zwischen Widerspruch

und Klage gewährleistet, dass Prüfungsteilnehmer ein Überdenken durch die Prüfer herbeiführen können.⁹³

c) Tatsächliche Voraussetzungen eines Neubewertungsanspruchs

Die inhaltliche Befassung mit der Prüfungsleistung und deren Überprüfung anhand der Rügen des Prüflings sollte in einem zeitlichen Zusammenhang mit der Prüfung erfolgen, ist aber auch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich.⁹⁴ Verzögerungen bei der Durchführung des Überdenkensverfahrens können ggf. zu Sekundäransprüchen wegen Amtspflichtverletzung führen, haben jedoch ebenso wenig wie Verstöße gegen das allgemeine verfahrensrechtliche Gebot der Zügigkeit des Verfahrens (vgl. § 10 Satz 2 VwVfG) die Fehlerhaftigkeit der Prüfungsentscheidung zur Folge. Anders ist es, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die Verzögerung auch auf das Ergebnis ausgewirkt hat.⁹⁵ Denn der Neubewertungsanspruch bedarf einer verlässlichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlage. Nach Ablauf von vier Jahren und der Vernichtung der Prüfungsakten kann eine mündliche Leistung nicht mehr erneut bewertet werden.⁹⁶

3. Gerichtliche Kontrolldichte bei der materiellrechtlichen Überprüfung

a) Feststellung des Inhalts von Prüfungsaufgabe und Prüfungsleistung

Die Feststellung des Inhalts einer Prüfungsaufgabe betrifft eine tatsächliche Frage und obliegt der Tatsachenfeststellung der Verwaltungsgerichte im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Prüfer muss die Aufgabenstellung zutreffend und vollständig erfassen. Andernfalls beruht seine Bewertung auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage und damit auf einem Sachverhaltsirrtum; das ist gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar.⁹⁷ Das Gleiche gilt auch für die Erfassung der jeweiligen Prüfungsleistung. Die Einschätzung, ob in einer Arbeit ein Schreibfehler oder ein

84 S.o.sub I.; vgl. dazu nur BVerfGE 84, 34 (50 ff.); BVerwGE 165, 202 Rn. 15; 170, 1 Rn. 11; dazu jüngst: Rozek, LLJ 2023, 143.

85 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 417 Rn. 5; NJW 2018, 2142 Rn. 10; NJW 2019, 2871 Rn. 25; Beschl. v. 06.08.2020 – 6 B 11.20 Rn. 13.

86 Demzufolge gibt es bei Multiple-Choice-Prüfungen kein Überdenken. Denn dabei wird das Prüfungsergebnis durch rechnerische Auswertung der Antworten ermittelt. Die Prüfertätigkeit ist in den Bereich der Aufgabenstellung vorverlagert; sie besteht in der Ausarbeitung der Prüfungsfragen mit Antwortmöglichkeiten und richtigen Antworten: BVerfGE 80, 1 (29 ff.); BVerwG, Beschl. v. 15.07.2019 – 6 B 12.19, Rn. 14.

87 BVerwG, Beschl. v. 15.07.2010 – 2 B 104.09, Rn. 5 und 8; BVerwG NVwZ 1986, 478; NJW 2019, 2871 Rn. 23.

88 BVerwGE 99, 185 (191 f.); NJW 2019, 2871 Rn. 24.

89 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 426 Rn. 11; NJW 2019, 2871 Rn. 26.

90 BVerwGE 92, 132 (137); DVBl 1994, 1362; NJW 2019, 2871 Rn. 26.

91 BVerwG, NJW 2019, 2871 Rn. 26 m.w.N.

92 Art. 12 Abs. 1 Nr. 6 BayAGVwGO für personenbezogene Prüfungsentscheidungen.

93 BVerwG, Beschl. v. 06.08.2020 – 6 B 11.20; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2013, 83. Zu den weitergehenden, mit dieser Ausgestaltung von nebeneinanderstehenden Verfahren verbundenen Problemen: BVerwG, DVBl 2022, 788.

94 BVerwGE 91, 262 (270 ff.).

95 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 426 Rn. 14.

96 BVerwG, Beschl. v. 05.12.2016 – 6 B 17.16.

97 BVerwGE 70, 143 (145 ff.); Beschl. v. 09.12.2020 – 6 B 35.20, Rn. 9.

fachlicher Verständnismangel des Prüflings vorliegt, unterliegt tattrichterlicher Beweiswürdigung.⁹⁸

b) Beurteilung der Antworten auf Fachfragen

Bewertungen des Prüfers zu Antworten auf Fachfragen betreffen Entscheidungen über die fachliche Richtigkeit konkreter Ausführungen des Prüfungsteilnehmers. Diese lassen sich von der individuellen Prüfungsleistung ablösen und sind einer fachwissenschaftlichen Erörterung zugänglich. So geht es etwa um Fachfragen, wenn bei einer Beurteilung juristischer Prüfungsleistungen die Methodik sowie die Auswahl zur Prüfung gestellter Normen in Rede stehen. Die Bewertung von Fachfragen hängt davon ab, ob die Auffassung des Prüfungsteilnehmers nach dem Stand der Fachwissenschaft vertretbar ist. Insoweit ist ein objektiver und genereller, von der individuellen Bearbeitung des Prüflings abstrakter und deshalb der autonomen Einschätzung des Prüfers entzogener Maßstab zugrunde zu legen. Der Prüfer darf fachlich vertretbare Antworten nicht als falsch bewerten. Soweit die Richtigkeit oder Angemessenheit von Lösungen hinsichtlich einer Fachfrage nicht eindeutig bestimmbar sind, die Beurteilung vielmehr unterschiedlichen Ansichten Raum lässt, muss dem Prüfling ein angemessener Antwortspielraum zugestanden werden. Die Verwaltungsgerichte haben zu prüfen, ob der Prüfer diesen Maßstab beachtet, d.h. eine fachlich richtige oder doch vertretbare Bemerkung nicht als falsch bewertet hat.⁹⁹

c) Prüfungsspezifische Wertungen

Die weiteren Bewertungsschritte des Prüfers unterliegen einer deutlich verringerten gerichtlichen Kontrolldichte. Denn die Zuordnung der Prüfungsleistung zu einer Note ist das Ergebnis einer Vielzahl fachlicher und prüfungsspezifischer Wertungen und deren komplexer Gewichtung aufgrund der Bewertungsmaßstäbe des Prüfers. Einschätzungen, die sich nicht auf Fachfragen beziehen, sind prüfungsspezifische Wertungen; für diese steht dem jeweiligen Prüfer – nicht der Prüfungsbehörde¹⁰⁰ – ein Bewertungsspielraum zu.

Das betrifft die Beurteilung, wie der Prüfungsteilnehmer die Anforderungen der konkreten Prüfungsaufgabe bewältigt hat. Dazu gehört die Bestimmung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabe sowie die Einschätzung, ob der Bearbeiter die von der Aufgabe aufgeworfenen Fragen vollständig oder nur lückenhaft erkannt hat. Ferner zählen dazu die Bewertung der Überzeugungskraft der Argumente, des Aufbaus der Darstellung und der Folgerichtigkeit des Begründungsgangs.¹⁰¹ Verminderter gerichtlicher Kontrolle unterliegen auch die Gewichtungen der einzelnen fachlichen und prüfungsspezifischen Wertungen; d.h. die Bestimmung ihrer

Bedeutung für die Notenvergabe.¹⁰² Das gleiche gilt für die Gesamtbewertung, aus der sich am Ende die Prüfungsnote ableitet.¹⁰³ Seine Maßstäbe muss der Prüfer aus Gründen der Chancengleichheit auf die Bewertung aller Bearbeitungen derselben Prüfungsaufgabe anwenden; darin liegt die Legitimation für die reduzierte verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte.¹⁰⁴

In Bezug auf prüfungsspezifische Wertungen sind die Verwaltungsgerichte auf die Nachprüfung beschränkt, ob der Prüfer anzuwendende rechtliche Maßstäbe verkannt hat, sachwidrige Erwägungen in die Bewertung hat einfließen lassen, seine autonomen Bewertungsmaßstäbe einheitlich angewandt und allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet hat. Schließlich müssen die prüfungsspezifischen Wertungen und Gewichtungen nachvollziehbar sein; sie dürfen insbesondere keine inhaltlichen Widersprüche enthalten.¹⁰⁵

VI. Ausblick

Die praktischen Prüfungsbedingungen befinden sich in einem fundamentalen Umbruch: Künstliche Intelligenz ist für jedermann via Internet verfügbar, auch wenn es sich nach bisherigen Erfahrungen z.B. bei ChatGPT nur um *simulierte* Intelligenz handelt. Zudem werden schriftliche Prüfungen immer häufiger – nicht zuletzt infolge der Corona-Epidemie – online abgenommen.¹⁰⁶ Beide Phänomene erweisen sich als Herausforderungen für die Prüfungsbehörden, damit der zentrale prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit in der Praxis nicht durch Täuschung und Unterschleif verletzt wird.

98 BVerwG, Beschl. v. 20.12.2022 – 6 B 36.22: Hyperchondrie statt Hypochondrie.

99 BVerfGE 84, 34 (55); BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 320 S. 307; NJW 2018, 2142 Rn. 9; Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 433; Beschl. v. 03.09.2020 – 6 B 16.20, Rn. 10; Beschl. v. 09.12.2020 – 6 B 35.20, Rn. 10.

100 BVerwG, NJW 2018, 2142 Rn. 8.

101 BVerwG, Beschl. v. 03.09.2020 – 6 B 16.20, Rn. 15.

102 BVerwG, NJW 2018, 2142 Rn. 10.

103 BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 433.

104 BVerwG, NJW 2018, 2142 Rn. 8 f.; Beschl. v. 09.12.2020 – 6 B 35.20, Rn. 12 f. – jeweils m.w.N.

105 Vgl. BVerfGE 84, 34 (53 f.); BVerwG, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 320 S. 307 f.; Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 338 S. 47 f.; DVBl 1998, 404; Beschl. v. 16.08.2011 – 6 B 18.11, Rn. 16; Beschl. v. 19.05.2016 – 6 B 1.16, Rn. 24; NJW 2018, 2142 Rn. 10.

106 Dazu näher: Fischer/Jeremias/ Dieterich (Fn. 23), Rn. 454a ff.