

Die Öffentliche Verwaltung

DÖV

Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik

Schriftleitung:

Oberbürgermeister a. D. Dr. Dr. jur. h. c. Kurt Nederkorn, Stuttgart

27. Jahrgang Heft 8 Sonderdruck

Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen

Von Bernhard Stür, Wissenschaftl. Assistent, Münster

Wiederholt ist die Frage der Kontrolldichte * im Bereich der Prüfungsentscheidungen Gegenstand lebhafter Diskussionen gewesen¹. Dabei reichen die Meinungen von einer weitgehend vollständigen Überprüfbarkeit² bis zu einem rechts- und damit kontrollfreien Entscheidungs-

* Zum autonomen Gestaltungsraum, DVBl. 1974, Heft 8/9.

¹ Vgl. dazu neuerdings noch SEMLER, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1774—1777.

² So etwa das VG Frankfurt in ständiger Rechtsprechung (bei gerichtlichen Entscheidungen durch Beschluß erfolgt ent-

raum³, der einer gerichtlichen Nachprüfung vollends entzogen ist.

1. Grundsätze gerichtlicher Kontrollintensität

Vor dem Hintergrund eines durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten möglichst umfassenden Rechtsschutzes sind die Gerichte grundsätzlich zur *vollständigen Überprüfung* in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verpflichtet⁴.

Wollte man diesen Grundsatz auch für Prüfungsentscheidungen anwenden, so hätte das Gericht selbst zu beurteilen und zu entscheiden, ob etwa ein Schüler das Ziel der Klasse erreicht hat, ob er die Eignung für ein wissenschaftliches Hochschulstudium besitzt oder ob etwa ein Beamter die Voraussetzungen für die Aufnahme in die nächsthöhere Laufbahn mitbringt. Notfalls unter Zuhilfenahme von Sachverständigengutachtern müßten die schriftlichen Arbeiten des Klägers erneut korrigiert werden⁵.

Der Ablauf der mündlichen Prüfung müßte durch Vernehmung von Zeugen und durch Einsicht in die Prüfungsprotokolle möglichst bis in alle Einzelheiten rekonstruiert werden. Auf dieser Grundlage hätte sich das Verwaltungsgericht dann einen Eindruck davon zu verschaffen, ob der Kläger den jeweiligen Prüfungsanforderungen genügt oder nicht. Soweit Zeugenvernehmungen nicht ausreichen, käme auch eine Art Wiederholungsprüfung vor dem Gericht in Betracht, bei der in einem Prüfungsgespräch das Gericht in Rede und Gegenrede die Fähigkeiten und Eignung des Kandidaten zu beurteilen hätte.

2. Bedenken gegen eine umfassende gerichtliche Kontrolle bei Prüfungsentscheidungen

Eine solche vollständige Nachprüfung kann allerdings in tatsächlicher Hinsicht schwierig⁶ und in rechtlicher Hinsicht bedenklich sein, weil dabei der Eigenart von Prüfungsentscheidungen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. In die Prüfungsentscheidung fließen eine Vielzahl von wertenden Elementen ein, denen fachliche und allgemein-pädagogische Erwägungen zugrunde liegen.

Es ist daher vorgeschlagen worden, die von den Prüfungsgremien zu leistenden Bewertungen und Beurteilungen wie *Ermessensentscheidungen* zu behandeln und nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle nach § 114 VwGO zu unterziehen⁷.

Diese Versuche sind jedoch schon im Blick auf den in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten möglichst umfassenden Rechtsschutz des Bürgers nicht unbedenklich und lassen sich auch kaum mit dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit der Verwaltung vereinbaren, nach dem die tatbestandlichen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns weitgehend vom Gesetzgeber selbst inhaltlich festgelegt sein müssen⁸.

Im übrigen unterscheidet sich die Art der im Rahmen einer Prüfungsentscheidung zu treffenden zumeist wissenschaftlich-pädagogischen Beurteilung von einer an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierten Ermessensausübung. Gerade aus der Sicht des Grundrechts der Ausbildungsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG, das über seine klassisch einseitig defensive Funktion als bloßes Abwehrrecht hinaus⁹ mehr und mehr als positives Gewährleistungsprinzip und damit als aktives Teilhaberecht verstanden wird¹⁰, ist die Einbeziehung von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten in die Prüfungsentscheidung zumindest in Bereichen, in denen die Ausbildungsfreiheit berührt wird, ausgeschlossen. Dürfte

die Prüfungskommission nach ihrem Ermessen darüber entscheiden, ob sie etwa einem für ein Hochschulstu-

sprechender Hinweis: B) v. 20. 10. 1959 — VI/2 E — 1122/58 — JZ 1961, S. 65 (66); v. 21. 2. 1962 — VI/2 — 1022/61 — JZ 1962, S. 504 (505); v. 26. 1. 1972 — III/2 E — 296/68 — DVBl. 1972, S. 428; CZERMAK, Schul- und Prüfungsentscheidungen vor den Verwaltungsgerichten, DÖV 1962, S. 921 (924); ders., Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, JuS 1968, S. 399 (400); SCHMIDT-SALZER, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 86; ähnlich JÄGER, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1966, S. 779 (781).

³ „Gerichtsfreier Spielraum“ so ausdrücklich OVG Münster v. 13. 7. 1965 — II A 1243/64 — OVGE 21, S. 289; vgl. auch EHMKE, „Ermessen“ und „Unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Recht und Staat, Heft 230/31, S. 49/50; OSSENBUHL, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenlehre, DÖV 1968, S. 618 (626); FELLNER, Der unbestimmte Rechtsbegriff aus der Sicht der Verwaltung, DVBl. 1966, S. 161 (166); OLDIGES, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (620).

⁴ BVerfG B. v. 5. 2. 1963 — II BvR 21/60 — BVerfGE 15, S. 275 (282) m. w. Nachw.; KELLNER, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1966, S. 857; RUPP, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 177; kritisch OSSENBUHL, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenlehre, DÖV 1968, S. 618 (619); SCHWEIGER, Der „gebildete Durchschnittsmensch“ und der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1968, S. 483 ff.; GÖTZ, Das Grundrecht auf Rechtsanwendungs-gleichheit und der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1968, S. 95; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 31 I c 3.

⁵ So führt etwa das VG Frankfurt eine Art „Zweitkorrektur“ der schriftlichen Arbeiten durch, vgl. insbesondere v. 26. 1. 1972 III/2 E — 296/68 — DVBl. 1972, S. 428 L: „Die Gesamtnote in der zweiten juristischen Staatsprüfung ist rechtsfehlerhaft zustande gekommen, wenn die ihr zugrunde liegenden Bewertungen der schriftlichen Arbeiten auf einer unrichtigen tatsächlichen Feststellung bzw. auf einer Verletzung des allgemein gültigen Bewertungsgrundsatzes, daß Richtiges nicht als falsch gewertet werden darf, beruht“; ähnlich auch SCHMIDT-SALZER, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 86.

⁶ So hat die gerichtliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung dort ihre prozeßrechtliche Grenze, wo die in der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen Mittel der Sachaufklärung eine weitere Erforschung des Sachverhalts nicht zulassen. Eine vollständige Überprüfung wird daher schon aus diesem Grunde nicht möglich sein, vgl. JESCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S. 163 (231 f., 241 f.); ders., Öffentliches Verkehrsinteresse und Berufsfreiheit — Bemerkungen zum Urteil des BVerwG v. 30. 10. 1959 — VII C 19/59 — JZ 1961, S. 624 (625 f.); MENDER, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 50 (1959), S. 280; ders., VerwArch. 54 (1963), S. 400 f.; SCHICK, Wichtige Entscheidungen Oberster Gerichte, Rechtsprechungsberichte, ZBR 1967, S. 297 (302); WALTNER, Die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen im Rahmen des sog. Beurteilungsspielraumes, Diss. jur., S. 327.

⁷ Vgl. dazu GmS OGB v. 19. 10. 1971 — GmS OGB 3/70 — NJW 1972, S. 1411 (1414) für die Einordnung von Koppelungsvorschriften: „Vom Ergebnis her macht es keinen bedeutenden Unterschied, ob der Rechtsschutz dadurch erlangt wird, daß die Verwaltungsgerichte zwar von einer Ermessensentscheidung ausgehen, diese aber auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Billigkeit prüfen, oder dadurch, daß die Gerichte zwar von einer Rechtsentscheidung ausgehen, sich aber dann, zur Vermeidung einer uferlosen Kontrolle der Verwaltung auf eine taktvolle und behutsame Rechtskontrolle beschränken“; vgl. auch OVG Münster B. v. 28. 10. 1952 — VII B 493/52 — OVGE 6, S. 150 (151 f.); B. v. 12. 1. 1954 — V B 1189/53 — OVGE 8, S. 132 (135 f.); BayVGH — v. 29. 9. 1958 — Nr. 108 III 57 — ZBR 1959, S. 77 f.; R. KLEIN, Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82 (1957), S. 75 (117–122); LERCHE, Staatslexikon (Görres-Gesellschaft), Bd. III, unter „Ermessen“, Sp. 12–14.

⁸ BVerwG v. 25. 1. 1967 — VI C 58/65 — BVerfGE 26, S. 65 (74); OVG Münster v. 22. 9. 1958 — V A 1568/57 — OVGE 14, S. 38 (39, 46); BayVGH v. 17. 3. 1959 — Nr. 7 I/58 — VerwSpr. 12, S. 312 (314); BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbe-

dium geeigneten Bewerber, der also die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, ein Reifezeugnis erteilt oder nicht, so wäre im Einzelfall die Erteilung des Zeugnisses ebenso rechtmäßig wie dessen Verfassung. Der Inhalt des Teilhaberechts ergäbe sich mithin in Wirklichkeit nicht aus dem Gesetz, sondern würde von der Verwaltung nach ihrem Ermessen bestimmt — eine Folge, die mit dem im Bereich der Ausbildungsfreiheit in besonderer Weise geltenden Prinzip der Bindung der

Verwaltung an die Gesetzgebung nicht vereinbar wäre¹¹.

Mit einer an Zweckmäßigkeitgesichtspunkten orientierten Ermessensentscheidung ist die pädagogisch-wissenschaftliche Prüfungsentscheidung danach nicht vergleichbar.

3. Andere Lösungsversuche zur Einschränkung der Kontrollintensität

In der Literatur sind verschiedentlich Versuche unternommen worden, die Kontrolle der Gerichte in Bereichen, in denen unbestimmte Rechtsbegriffe in Rede stehen, mit anderen Überlegungen einzuschränken.

Nicht selten fordert die Auslegung und Anwendung von Rechtsbegriffen Prognosen, Wertungen und Erwägungen, die sich rechtlicher Fixierung weitgehend entziehen. So enthalten etwa die Prüfungsordnungen zumeist keine Angaben darüber, unter welchen Voraussetzungen der Kandidat die Eignung für ein Hochschulstudium besitzt, nach welchen Merkmalen sich die Frage entscheidet, ob ein Schüler das Ziel der Klasse erreicht hat, und welche Anforderungen an die Fähigkeiten und Kenntnisse eines Bewerbers bei der Fahrprüfung zu stellen sind. Rechtsbegriffe dieser Art enthalten vielmehr Begriffselemente, die erst im Einzelfall durch fachliche und pädagogische Erwägungen ausgefüllt werden und ihre inhaltliche Ausprägung erhalten. Zur schematischen Verdeutlichung läßt sich ein solcher Begriff in einen *Begriffskern* und einen *Begriffshof*¹² zerlegen. Bewegt sich die Entscheidung im Begriffshof, also in dem Bereich, der nicht mehr eindeutig als von dem Begriff erfaßt oder nicht erfaßt angesehen werden kann, so kann man über die richtige Entscheidung durchaus genteiliger Meinung sein.

Vielfach wird der Verwaltung in diesem Bereich daher ein *Beurteilungsspielraum*¹³ zugebilligt.

Bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe seien nicht selten mehrere Entscheidungen rechtlich *vertretbar*. Dann sei es aber bedenklich, wenn das Gericht eine Entscheidung der Behörde, die vielleicht zweifelhaft, jedenfalls vertretbar sei, durch eine ebenso vertretbare, aber auch ebenso zweifelhafte Entscheidung ersetze¹⁴.

Auch wurde teilweise der auf Fachkenntnissen und Erfahrungen beruhende *Sachverstand* der Verwaltung hervorgehoben, über den sich ein Gericht nicht hinwegsetzen dürfe. Gerade im Bereich der Prüfungsentscheidungen werde dies besonders deutlich. Hier hänge die Entscheidung von persönlichen Eindrücken, von Erfahrungen, von einem aufgrund des Prüfungsablaufs gebildeten Gesamturteil und von einer weiteren hohen Zahl wertender und bewertender Elemente ab. Solche Entscheidungen seien daher *unvertretbare Urteile*¹⁵.

Vielfach sei die Verwaltung auch ausdrücklich ermächtigt, den Sachverhalt letztinstanzlich zu beurteilen und zu entscheiden. Eine solche *Beurteilungsermächtigung* könne möglicherweise schon aus der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs abgeleitet werden¹⁶.

Häufig sei ein Sachverhalt auch nicht diskursiv begründbar, sondern nur schätzungsweise unter einen unbestimmten Rechtsbegriff zu subsumieren oder es greife die Rechtsnorm auch auf außerrechtliche Maßstäbe, insbesondere auf die Abschätzung künftiger Entwicklungen zurück (*sog. Einschätzungsbegriffe*). Hier müsse das Gericht innerhalb einer gewissen Toleranzgrenze die Einschätzung der Behörde hinnehmen, ohne sie durch eigene Einschätzungen ersetzen zu dürfen¹⁷.

Auch die Rechtsprechung geht gerade bei der Kontrolle von Prüfungsentscheidungen¹⁸, aber auch zunehmend

stimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S. 97 (98); ULE, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 313; KELLNER, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 572 (577); ders., Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1966, S. 857 f.

⁹ Vgl. dazu MARTENS, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 (21 Fnte. 68); ERICHSEN, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 16 (Fnte. 12).

¹⁰ Vgl. dazu grundlegend das Numerus-clausus-Urteil des BVerfG v. 18. 7. 1972 — 1 BvL 32/70 u. 25/71 — BVerfGE 33, S. 303 = DVBl. 1972, S. 725 ff. = DÖV 1972, S. 606 ff. = BayVBl. 1972, S. 469 ff. m. Anm. MAUNZ = NJW 1972, S. 1561 m. Anm. PLAN- DER, S. 1941 ff. = JZ 1972, S. 686 ff. m. Anm. KIMMINICH = JuS 1972, S. 664 ff.; HÄBERLE, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 43 (69 ff.); ders., Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat, die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18. 7. 1972, DÖV 1972, S. 729; MARTENS, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 (29 ff.); v. MUTIUS, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Grundrechte als „Teilhaberechte“ — Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des „numerus clausus“, VerwArch. 1973, S. 183; vgl. auch BVerfG v. 29. 5. 1973 — 1 BvR 424/71 u. 1 BvR 325/72 — DVBl. 1973, S. 536 (538 f.) — Nieders. HochschG.

¹¹ Für die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG BVerwG v. 29. 4. 1964 — I C 30/62 — BVerwGE 18, S. 247 (250) — § 35 Abs. 2 BBauG; vgl. auch BVerfG v. 16. 1. 1957 — I BvR 253/56 — BVerfGE 6, S. 32 (42) — § 7 PaßG; v. 20. 10. 1958 — I BvF 1/58 — BVerfGE 8, S. 71 (76) — Weinreben; v. 3. 2. 1959 — 2 BvL 10/56 — BVerfGE 9, S. 137 (147); v. 8. 6. 1960 — 1 BvL 53/55, 16, 31, 53/56, 7, 18, 24/57 — BVerfGE 11, S. 168 (191); v. 10. 10. 1961 — 2 BvL 1/59 — BVerfGE 13, S. 153 (160 f.); BVerwG v. 20. 5. 1955 — V C 14/55 — BVerwGE 2, S. 114 (116); v. 29. 11. 1955 — I C 191/53 — BVerwGE 2, S. 349 (351) — Bedürfnisprüfung für Vermessungsingenieure; v. 30. 10. 1959 — VII C 19/59 — BVerwGE 9, S. 284 (287) — § 9 Personenbeförderungsg; v. 4. 3. 1960 — I C 43/59 — BVerwGE 16, S. 202 (205).

¹² JESCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AÖR 82 (1957), S. 163 (172); OVG Lüneburg v. 22. 8. 1958 — V A 46/58 — VerwRspr. 12, S. 338 (346); WOLFF, VerwR I (8. Aufl. 1971), § 31 I c 3.

¹³ Begriff von BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S. 97 (98).

¹⁴ Grundlegend BACHOF, JZ 1955, S. 97; ders., Anm. zu BVerwG v. 16. 12. 1971 — I C 31/68 — JZ 1972, S. 204 (208) — GJS; ULE, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 309; ders., Verwaltungsprozeßrecht § 2 I 3; JESCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AÖR 82 (1957), S. 163; REDEKER, DÖV 1971, S. 760; so auch WOLFF, VerwR I § 31 I c 2 bis zur 7. Aufl.; die 8. Aufl. enthält eine wesentlich zurückhaltendere Stellungnahme.

¹⁵ ULE, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL Bd. 15 (1957), S. 133 (170); vgl. WOLFF, VerwR I § 31 I c 3; MENGER, VerwArch. 50 (1959), S. 280; R. KLEIN, Anm. zu VG Frankfurt v. 20. 10. 1959, VI C — 1122/58 — JZ 1961, S. 65 (67—69).

¹⁶ KELLNER, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 572 (576); HUMMEL, Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen, S. 32; SCHMIDT, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, S. 123, 126, 250; vgl. auch BVerwG v. 27. 9. 1962 — II C 164/61 — BVerwGE 15, S. 39 (40 f.); v. 2. 4. 1968 — VI C 73/67 — BVerwGE 29, S. 279 (280); v. 19. 12. 1968 — VIII C 29/67 — BVerwGE 31, S. 149 (153); OVG Hamburg v. 15. 9. 1967 — Bf. I 83/66 — DVBl. 1968, S. 262.

¹⁷ WOLFF, VerwR I § 31 I c 3; KELLNER, „Der unbestimmte Rechtsbegriff“ aus der Sicht der Verwaltung, DVBl. 1966, S. 161; STEIN, Die Wirtschaftsaufsicht (1967), S. 82 u. 107.

¹⁸ BVerwG v. 24. 4. 1959 — VII C 104/58 — BVerwGE 8, S. 272; v. 14. 7. 1961 — VII C 25/61 — BVerwGE 12, S. 359; v. 27. 9. 1962 — II C 164/61 — BVerwGE 15, S. 39; v. 10. 7. 1964 — VII 124/63 — BVerwG 19, S. 128 (132 f.); v. 28. 1. 1966 — II C 128/64 — BVerwGE 23, S. 124; B. v. 20. 12. 1963 — VII B 21/63 — DVBl. 1964, S. 825; B.

in anderen Bereichen¹⁹ von einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit aus.

Während das BVerwG noch in einem Vorlagebeschluß²⁰ an den Gemeinsamen Senat²¹ die Auffassung vertreten hatte, daß der Begriff „unbillige Härte“ in § 131 AO ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, dessen Anwendung von den Gerichten in vollem Umfang nachgeprüft werden könne, entschied es einige Zeit später²², die Eigenschaft zur Jugendgefährdung in § 1 GjS²³ beinhalte einen Beurteilungsspielraum für die Verwaltung, der einer gerichtlichen Kontrolle unzugänglich sei. Die Vorstellung, daß bei der Anwendung dieser Begriffe nur eine Lösung richtig sei, erweise sich als Fiktion. Von der Sache her seien mehrere Lösungen, eine Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten denkbar²⁴, die das Recht in gleicher Weise als vertretbar ansehen könne. Besondere Bedeutung gewinne auch die Tatsache, daß die Entscheidung durch eine gem. § 9 Abs. 1 GjS gebildete Kollegialbehörde erfolge, deren Zusammensetzung vermutete Fachkenntnis und Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz verbinde²⁵.

Für den Bereich der Kontrolle von Prüfungsentscheidungen²⁶ wird besonders auf die Einmaligkeit und Unwiederholbarkeit der Prüfungssituation²⁷ und auf die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung²⁸ hingewiesen. Auch sei das Gericht durch eine Totalüberprüfung überfordert. Die Prüfungsentscheidung entziehe sich daher weitestgehend einer gerichtlichen Kontrolle. Diese sei darauf beschränkt, zu untersuchen, — ob der Prüfer von falschen Tatsachen ausgegangen ist, — ob er die allgemeinen Bewertungsgrundsätze nicht beachtet hat — oder ob er sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen²⁹.

4. Gerichtliche Kontrolle und Eigenart der Prüfungsentscheidungen

Die Frage der richterlichen Kontrolle im pädagogisch-wissenschaftlichen Bereich hat von der besonderen *Eigenart* dieser Entscheidungen auszugehen. Prüfungsentscheidungen sind von einem hohen Grad an Wertungen, Erwägungen und Einschätzungen gekennzeichnet, die sich einer rechtlichen Fixierung weitgehend entziehen^{29a}. Selbst mit den Mitteln empirisch-pädagogischer Erforschung sind sie nur unvollständig offenzulegen und rational nachzuvollziehen. Nicht zuletzt scheidet eine völlige Objektivierung und Standardisierung der Bewertungsmaßstäbe auch daran, daß die zugrunde liegenden Überlegungen eine nicht geringe Anzahl subjektiver Momente enthalten, die den Entscheidungsprozeß bestimmen³⁰.

4.1 Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnormen

Die gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidungen hat den Unterschied zwischen den *Handlungsnormen* — also jenen Gesetzlichkeiten, nach denen sich die *pädagogisch-wissenschaftliche Prüfungsentscheidung* vollzieht — und den *Kontrollnormen* — also jenen Rechtsnormen, die bei der *gerichtlichen Kontrolle* der Prüfungsentscheidungen zur Anwendung gelangen, zu beachten.

Die Handlungsnormen, nach denen sich die wissenschaftlich-pädagogische Prüfungsentscheidung vollzieht, bestehen aus zwei Teilen: Durch einen rechtlichen Bereich werden die Entscheidungen der Prüfer fremd determiniert (etwa: das Reifezeugnis ist zu erteilen, der Schüler ist zu versetzen, die Fahrerlaubnis ist zu erteilen, wenn . . .), der andere Teil der Handlungsnormen ist

v. 30. 8. 1966 — VII B 113/66 — DVBl. 1966, S. 860; B. v. 9. 10. 1969 — VII B 4/69 — BUCHHOLZ, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 39; v. 7. 5. 1971 — VII C 51/70 — DVBl. 1972, S. 182 (183); OVG Münster v. 22. 9. 1958 — V A 1568/57 — AS. 14, S. 38; OVG Lüneburg v. 19. 1. 1957 — V A 91/56 — AS 12, S. 327; v. 22. 8. 1958 — V A 46/58 — DVBl. 1958, S. 837; v. 20. 10. 1965 — V A 43/65 — MDR 1966, S. 45; OVG Hamburg v. 23. 11. 1959 — Bs I 118/58 — MDR 1960, S. 346; v. 6. 5. 1964 — Bs I 19/64 — NJW 1964, S. 2178; OVG Berlin, v. 8. 5. 1963 — I B 1/62 — AS 7, S. 134.

¹⁹ BVerwG v. 6. 2. 1958 — V C 122/56 — JZ 1958, S. 703; OVG Münster v. 20. 4. 1960 III A 878/58 — AS 15, S. 284; HessVGH v. 30. 5. 1960 — OS V 167/57 — VerwRspr. 14, Nr. 115; v. 28. 2. 1962 — OS II 159/61 — DÖV 1962, S. 870; v. 6. 7. 1960 — OS II 146/65 — VerwRspr. Bd. 18 Nr. 200; VG Münster v. 12. 12. 1960 — 2 K 758/59 — DVBl. 1962, S. 341.

²⁰ BVerwG v. 13. 2. 1970 — VII C 75/66 — BVerwGE 35, S. 69 = JZ 1971, S. 222 m. Anm. FRANSSSEN.

²¹ Vgl. dazu dessen Entscheidung B v. 19. 10. 1971 — GmS OGB 3/70 — DVBl. 1972, S. 604.

²² BVerwG v. 16. 12. 1972 — I C 31/68 — NJW 1972, S. 596 = MDR 1972, S. 540 = DVBl. 1972, S. 388 m. Anm. SCHMIDT-SALZER und WAGENITZ = JZ 1972, S. 204 m. Anm. BACHOF — GjS — wohl unter dem Eindruck der Entscheidung des GmS zu § 131 AO — vgl. dazu auch die Besprechung ERICHSEN, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch. 1972, S. 337 ff. m. w. Nachw.; vgl. auch VON OLSHAUSEN, Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung — BVerwG 39, S. 197, JuS 1973, S. 217.

²³ Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften i. d. F. v. 29. 4. 1961 BGBl. I, S. 497.

²⁴ Vgl. dazu REDEKER, DÖV 1971, S. 757 (762); dagegen OSSEN-BÜHL, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsmächtigung — Rezension zum Urteil BVerwG v. 16. 12. 1971 — I C 31/68 — DÖV 1972, S. 419 (402).

²⁵ BVerwG aaO, JZ 1972, S. 204 (206) — GjS; vgl. dazu auch ERICHSEN, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch. 1972, S. 337 (339).

²⁶ Dazu grundsätzlich OLDIGES, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (619); PRAHL, Der sog. Beurteilungsspielraum im Prüfungsrecht und das Grundgesetz, RdJ 1965, S. 217 ff.; SEMLER, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1774; HOLLAND, Verwaltungsrechtsschutz im Schulverhältnis, DVBl. 1968, S. 245; SCHMIDT-SALZER, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 165 ff.

²⁷ Vgl. dazu auch MENGER, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 54 (1963), S. 296; OTT, Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendschutz, NJW 1972, S. 1220; ULE, Anm. zu BVerwG v. 28. 1. 1960 — VII C 128/64 — DVBl. 1966, S. 574 f.; FLATTEN, Schul- und Prüfungsentscheidungen in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, SKV 1965, S. 190 (191).

²⁸ BETTERMANN, Anm. zu VG Frankfurt v. 14. 11. 1961 — VI 2 971/60 — DÖV 1962, S. 151; KELLNER, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 572 (576); ders., Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1966, S. 857 (858); OTT, Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendschutz, NJW 1972, S. 1220 f.; RÖSGEN, Die Handhabung gesetzlicher Generalklauseln in der Revisionsinstanz, DÖV 1966, S. 532; STEIN, Die Wirtschaftsaufsicht, S. 101 f.; STERN, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 22; ULE, Anm. zu BVerwG v. 28. 1. 1966 — VII C 128/64 — DVBl. 1966, S. 572; WOLFF, VerwR I § 31 I c 3.

²⁹ BVerwG v. 24. 4. 1959 — VII C 104/58 — BVerwGE 8, S. 272; v. 14. 7. 1961 — VII C 25/61 — BVerwGE 12, S. 359; v. 27. 9. 1962 — II C 164/61 — BVerwGE 15, S. 39; v. 10. 7. 1964 — VII C 124/63 — BVerwGE 19, S. 128 (132); v. 28. 1. 1966 — II C 128/64 — BVerwGE 23, S. 194 (200); B. v. 20. 12. 1963 — BVerwG VII B 21/63 — DVBl. 1964, S. 825; B. v. 30. 8. 1966 — VII B 113/66 — BUCHHOLZ, Prüfungswesen, 421.0 Nr. 30; v. 9. 10. 1969 — VII B 4/69 — BUCHHOLZ, Prüfungswesen 421.0 Nr. 39; v. 7. 5. 1971 — VII C 51/70 — DVBl. 1972, S. 182 (183); vgl. auch SEMLER, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1174 (1175).

^{29a} Vgl. auch STÜER, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, (Mai-) Heft 9.

³⁰ HÖHN, Objektivierung und Kontrolle der Prüfungen, Prü-

einer rechtlichen Fixierung entzogen. Er vollzieht sich nach *autonomen* (pädagogisch-wissenschaftlichen) Wertungen, Maßstäben und Erwägungen. Eine rechtliche Kontrolle ist nun nur dort denkbar, wo *heteronome* (rechtliche) Determinanten eine gerichtliche Kontrolle der Prüfungsentscheidung gestatten.

Dabei ist der Anteil autonomer Bestandteile im Bereich der Prüfungsentscheidung vergleichsweise hoch. So ist etwa die Frage der Eignung eines Schülers für die erfolgreiche Mitarbeit in der nächsthöheren Klasse, oder die Frage, ob der Kandidat die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse für die gehobene Beamtenlaufbahn besitzt, oder ob er geeignet ist, ein wissenschaftliches Hochschulstudium aufzunehmen, nicht nur — ja nicht einmal in erster Linie — rechtlich bestimmt, sie entscheidet sich vielmehr weitgehend aufgrund wissenschaftlich-pädagogischer Wertungen, Erwägungen und Bewertungen, wobei auch der stark prognostische Charakter der Prüfungsentscheidung zu betonen ist. Neben die aus ihren Grundlagen erklärbar Eigenart der Prüfungsentscheidung treten Umstände und Faktoren, die aus der jeweiligen Prüfungssituation herzuleiten sind. Das körperliche und geistig-seelische Befinden der Beteiligten, die persönlichen Beziehungen einzelner Prüfer zu Prüflingen, der gelegentlich von Zufälligkeiten abhängende Verlauf einer Prüfung und außersubjektive Gegebenheiten fließen in die Prüfungsentscheidung mit ein und entziehen sich ebenfalls einer rechtlichen Fixierung³¹.

Dabei treten allerdings der pädagogisch-wissenschaft-

fungen als hochschuldidaktisches Problem, Blickpunkt Hochschuldidaktik, Heft 1, S. 81—83.

³¹ FELDMANN, Prolegomena zu einer realistischen Erziehungswissenschaft. Pädagogik der Gegenwart, S. 116—121; vgl. auch SALZMANN, Studien zu einer Theorie des Prüfens und Erprobens im Raum der Erziehung, S. 42 f.

^{31a} Vgl. auch STÜER, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, (Mai-) Heft 9.

^{31b} Zur ähnlichen Problematik bei der Kontrolle von Neugliederungen vgl. STÜER, Die Urteile des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs zum Bielefeld-Gesetz. Eine Analyse, Städte- und Gemeinderat 1974, (April-)Heft 4; ders., Sennestadt-Urteil. Ein Kurswechsel?, Kommunalpolitische Blätter 1973, S. 112 ff.

³² BVerwG v. 16. 12. 1971 — I C 31/68 — NJW 1972, S. 597 (598); vgl. auch BVerfG v. 18. 12. 1953 — 1 BvL 106/53 — BVerfGE 3, S. 225 (243); B. v. 10. 10. 1961 — 2 BvL 1/59 — BVerfGE 13, S. 151 (161); B. v. 12. 1. 1967 — 1 BvR 169/63 — BVerfGE 21, S. 73 (79) = DVBl. 1967, S. 232 (zum Beurteilungsspielraum); vgl. auch BVerwG v. 13. 2. 1970 — VII C 75/66 — BVerwGE 35, S. 69 (73) — § 131 AO Vorlagebeschluß; v. 7. 5. 1971 — VII C 51/70 — DVBl. 1972, S. 182 (183).

³³ Recht als Legitimation und Determination, vgl. dazu etwa LUHMANN, Legitimation durch Verfahren (1969), S. 69 ff.; ders., Rechtssoziologie Bd. 1, S. 113 ff. (132 unter „Recht als Struktur der Gesellschaft“).

³⁴ Vgl. zu den Prüfungsgrundsätzen der Rechtsprechung: BVerwG v. 7. 5. 1971 — VII C 51/70 — DVBl. 1972, S. 182 (183) m. w. Nachw.; zu den Kontrollgrundsätzen bei Steuerberater- und Steuerbevollmächtigten-Prüfungen: BFH v. 2. 8. 1967 — VII 264/63 — BFHE 89, S. 370 = BStBl. III (1967), S. 579; v. 26. 9. 1967 — VII R 51/66 — BFHE 89, S. 559 = BStBl. III (1967), S. 714; v. 20. 4. 1971 — VII R 95/68 — BFHE 102, S. 187 = BStBl. II (1971), S. 499 m. w. Nachw.; v. 13. 12. 1972 — VII B 71/72 — BStBl. II (1973), S. 253; vgl. dazu auch SCHWARZ, Anfechtung von Prüfungsentscheidungen, Umfang des gerichtlichen Nachprüfungsrechtes bei Steuerberater- und Steuerbevollmächtigten-Prüfungen in: Neue Wirtschafts-Briefe, Fach 30, S. 403 ff. (NWb v. 26. 11. 1973); OLDIGES, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (621); SEMLER, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1774; HOLLAND, Verwaltungsrechtsschutz im Schulverhältnis, DVBl. 1968, 245 ff.; LEGGEWIE-PÖTTGEN, Schule in Staat und Gesellschaft, S. 31.

liche und der rechtliche Teil der Prüfungsentscheidung in einigen Bereichen in Wechselwirkung zueinander. Zwischen die *autonom* bestimmte pädagogisch-wissenschaftliche Wertung und Bewertung und die rechtlich (*heteronom*) determinierten Maßstäbe schiebt sich eine Ebene von *Sachnormen* des jeweiligen Prüfungsbezugs, die zu verrechtlichten *allgemeinen Bewertungsgrundsätzen* werden.

Die gerichtliche Kontrolle der Prüfungsentscheidungen hat dieser besonderen Struktur Rechnung zu tragen. Sie kann sich nur auf den *rechtlich determinierten Teil* einschließlich der verrechtlichten allgemeinen Prüfungs- und Bewertungsgrundsätze beziehen. Der *autonom pädagogisch-wissenschaftliche Anteil der Entscheidung ist einer gerichtlichen Kontrolle entzogen*^{31a, 31b}.

Dies ist *verfassungsrechtlich unbedenklich* und verstößt insbesondere nicht gegen das in Art. 19 Abs. 4 GG zum Ausdruck gekommene Prinzip eines möglichst lückenlosen Rechtsschutzes des Bürgers. Diesem Anliegen wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß der rechtlich determinierte Teil der Prüfungsentscheidung einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen wird. Gerichtlicher Rechtsschutz dient der Abwehr von Rechtsverletzungen. Die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG verlangt nicht, daß die Entscheidung im autonom wissenschaftlich-pädagogischen Bereich letztverantwortlich vom Gericht getroffen wird³².

4.2 Struktur der Prüfungsentscheidungen

Bei der Frage, in welchem Umfang die Prüfungsentscheidungen *rechtlich determiniert* werden und daher einer *gerichtlichen Kontrolle* zugänglich sind, ist der Ablauf dieser Entscheidungen ins Blickfeld zu rücken. Sie vollziehen sich in drei Arbeitsschritten:

— Ermittlung der für die Entscheidung wesentlichen Tatsachen zur Herstellung eines *Gesamtbildes* (Gesamteindrucks) über den Prüfungskandidaten (Arbeitsschritt 1),

— Auslegung der rechtlich vorgegebenen Begriffe, an denen sich pädagogisch-wissenschaftliche Beurteilung zu orientieren hat — etwa: „Befähigung“ eines Beamten für die gehobene Laufbahn, „Eignung“ eines Kandidaten zum Führen eines Kraftfahrzeugs oder „Kenntnisse“ und „Fähigkeiten“ eines Schülers zur Mitarbeit in der nächsthöheren Klasse (Arbeitsschritt 2)

— und die sich daran anschließende eigentliche Prüfungsentscheidung über die Fähigkeiten, Kenntnisse oder Eignung eines Kandidaten auf der Grundlage eines wertenden pädagogisch-wissenschaftlichen Urteils (Arbeitsschritt 3).

Die Aufgabe des Rechts besteht nun darin, diesen Entscheidungsprozeß mit einem *Netz von Rechtsnormen* zu überziehen, welche die Arbeitsschritte — wie etwa bei der Auslegung der Begriffe der Eignung, Kenntnisse und Fähigkeiten des Bewerbers — teils *inhaltlich* fixieren, hauptsächlich jedoch nur *verfahrensmäßig* strukturieren. Recht wird damit im Bereich pädagogisch-wissenschaftlicher Entscheidungsprozesse zur Grundlage und zur Verfahrensregel³³.

4.3 Kontrollmaßstäbe

Rechtliche Maßstäbe für die Determinierung der Prüfungsentscheidung und somit für die gerichtliche Kontrolle sind insbesondere den *Grundrechten* zu entnehmen³⁴.

— So gebietet etwa der Gedanke der Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 GG), im Prüfungsverfahren die Bestimmungen der PrüfungsO zu beachten.

— Soweit der Kandidat durch die Prüfungsentschei-

derung in seiner verfassungsrechtlich gesicherten Rechtsstellung berührt wird, fordern die auf Teilhabe gerichteten Grundrechte eines jeden Bewerbers, daß der eigentlich wissenschaftlich-pädagogischen Entscheidung (Arbeitsschritt 3) ein Verfahren der ordnungsgemäßen Ermittlung und Feststellung aller wesentlichen Tatsachen (Arbeitsschritt 1) vorausgeht³⁵.

— Aus den Grundrechten der Prüfungskandidaten ist ferner ableitbar, daß bei der Bewertung und Beurteilung die allgemein anerkannten und verrechtlichten *Bewertungsgrundsätze* berücksichtigt werden³⁶.

— Gerade im Prüfungsverfahren kommt aber auch dem Prinzip der *Chancengleichheit* (Art. 3 GG) besondere Bedeutung zu. Es gebietet, möglichst gleichmäßige Voraussetzungen für alle Prüflinge zu schaffen und damit allen Bewerbern möglichst gleiche Erfolgchancen einzuräumen — oder negativ formuliert — die Prüflinge nicht vor ungleiche Prüfungsbedingungen zu stellen³⁷.

Dabei ist die *Dichte dieses Netzes* der rechtlichen Regeln im Ablauf des Prüfungsverfahrens unterschiedlich groß. Während der Arbeitsschritt 2 bei der Auslegung der Begriffe „Eignung“, „Befähigung“, „Kenntnisse“ und „Qualifikationen“ zumeist rechtlich weitgehend vorgeprägte und verfestigte Begriffe vorfindet³⁸, sind die Arbeitsschritte 1 und 3, also die Ermittlung und Feststellung der prüfungserheblichen Tatsachen (1) sowie das eigentlich wissenschaftlich-pädagogische Urteil über die Fähigkeiten und Eignung des Kandidaten (3) von Rechtsnormen weitgehend nur verfahrensmäßig determiniert.

Zwar gebieten etwa die Grundrechte des Prüfungskandidaten, soweit aus ihnen Teilhaberechte abzuleiten sind, daß alle für die abschließende Prüfungsentscheidung *wesentlichen Tatsachen ordnungsgemäß ermittelt und festgestellt* werden. Die gerichtliche Kontrolle dieser ordnungsgemäßen Tatsachenermittlung und -feststellung stößt jedoch dort auf ihre *Grenzen*, wo die eigentlich wissenschaftlich-pädagogischen Wertungen, Erwägungen und Beurteilungen beginnen.

Dies wird bei der mündlichen Prüfung besonders deutlich. Hier erschöpft sich das Prüfungsgeschehen nicht etwa in Fragen und Antworten. Der Prüfer kann bei einzelnen Fragen den Prüfling in den Fragenkreis einführen, er kann auch in anderer Weise dem Prüfling Hinweise und Hilfen geben. Dies alles sind Fragen pädagogisch-wissenschaftlicher Methodik und Bewertung, die sich einer rechtlichen Nachprüfung entziehen. Diese Bewertung hängt nicht zuletzt auch davon ab, ob der Prüfling eine Frage schnell erfaßt, die Lösung des Problems richtig entwickelt und seine Gedanken verständlich darlegen kann³⁹.

Für den Prüfer gilt es, aus der Fülle der Eindrücke über die Einzelleistungen des Prüflings sich ein *Gesamtbild* von den Fähigkeiten des Kandidaten zu verschaffen, das einen hohen Anteil fachlicher und allgemein pädagogisch-wissenschaftlicher Wertungen enthält. Der zugrunde liegende *Tatsachenkomplex* erscheint daher weniger in der Form eines rechtlich begrenzten und durch Rechtsnormen festumrissenen Sachverhalts, von dem man sagen kann, ob im Einzelfall die Tatsachen den Begriff ausfüllen, sondern mehr im Sinne eines *Gesamtbildes wesentlicher Sachverhaltsannahmen*, das sich mosaikartig aus vielen pädagogisch-wissenschaftlichen Einzelwertungen zusammensetzt⁴⁰.

Wegen dieses hohen Anteils wertender und nicht selten prognostischer Elemente ist eine Überprüfung der Richtigkeit des *Gesamteindrucks*, den sich der Prüfer über

den Kandidaten gebildet hat, dem Gericht versagt. Die richterliche Kontrolle beschränkt sich vielmehr auf die Frage, ob alle wesentlichen Tatsachen in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt und festgestellt sind. Der Bereich jenseits dieser Grenze unterliegt autonom (pädagogisch-wissenschaftlichen) Gesetzlichkeiten; er ist einer gerichtlichen Überprüfung entzogen⁴¹.

5. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Tatsachenermittlung

Schwierigkeiten bereitet oft die Frage, welchen *verfahrensrechtlichen Grundsätzen* der Sachaufklärung die am

³⁵ VGH Mannheim v. 28. 6. 1965 — I 877/62 — DVBl. 1966, S. 37; OVG Münster v. 22. 2. 1965 — V A 532/64 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F IX, S. 11; v. 6. 12. 1972 — I B 552/72 — JZ 1973, S. 245; VG Berlin v. 25. 10. 1972 — I A 69/72 — NJW 1973, S. 1148 — Filmförderung; vgl. auch BVerwG v. 24. 4. 1959 — VII C 104/58 — BVerwGE 8, S. 272 = DVBl. 1959, S. 743; vgl. auch SEMLER, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1174 (1175); weitergehend VG Frankfurt v. 26. 1. 1972 — III/2 — E 296/68 — DVBl. 1972, S. 428, das eine Totalüberprüfung („Zweitkorrektur“) der schriftlichen Prüfungsarbeiten vornimmt.

³⁶ BVerwG v. 24. 4. 1959 — VII C 104/58 — BVerwGE 8, S. 272 (274); v. 14. 7. 1961 — VII C 25/61 — BVerwGE 12, S. 359 (363); v. 14. 6. 1963 — VII C 68/62 — BVerwGE 16, S. 154; OVG Münster v. 13. 7. 1965 — II A 1243/64 — OVG 21, S. 288 (293–296) m. w. Nachw.; OVG Lüneburg v. 21. 12. 1965 — II A 62/65 — OVG 21, S. 498 (499); OVG Münster v. 6. 12. 1972 — I B 552/72 — JZ 1973, S. 245; VGH Kassel v. 13. 1. 1970 — I OE 68/68 — NJW 1970, S. 1061; BVerwG v. 7. 5. 1971 — VII C 51/70 — BVerwGE 38, S. 105.

³⁷ BVerwG v. 13. 10. 1972 — VII C 17/71 — DÖV 1973, S. 420 = DVBl. 1973, S. 150 = NJW 1973, S. 1147; v. 17. 1. 1969 — VII C 77/67 — BVerwGE 31, S. 190 m. w. Nachw.; v. 3. 5. 1963 — BUCHHOLZ, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 19, S. 53; v. 23. 2. 1962 — VII B 21/61 — BVerwGE 14, S. 31 = NJW 1962, S. 1124; v. 6. 3. 1962 — VII B 42/61 — DÖV 1962, S. 955; v. 3. 5. 1963 — VII C 46/62 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, B I, S. 11 ff.; VG Freiburg v. 21. 3. 1973 — VI 158/72 — DÖV 1973, S. 422 m. w. Nachw.

³⁸ So können etwa die Prüfungsordnungen herangezogen werden, gelegentlich kann auch eine gesetzliche Vorschrift hilfreich sein, etwa wenn es darum geht, den Begriff der „Eignung für ein wissenschaftliches Hochschulstudium“ auszulegen, vgl. dazu die HochschulG der Bundesländer und die Rechtsprechung BVerfG v. 29. 5. 1973 — 1 BvR 424/71 — 1 BvR 325/72 — DVBl. 1973, S. 537 (538) — Nieders. HochschulG: Zum Wissenschaftsbegriff; vgl. auch OVG Berlin v. 1. 6. 1972 — V B 28/71 — JZ 1973, S. 209 (210) ebenfalls zum Begriff der Wissenschaftlichkeit.

³⁹ BVerwG v. 1. 10. 1971 — VII C 5/71 — NJW 1972, S. 353 (354); OLDIGES, Die gerichtliche Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen, JurA 1970, S. 611 (623).

⁴⁰ BFH v. 13. 12. 1972 — VII B 71/72 BStBl. II 1973, S. 253 (254); BVerwG 1. 10. 1972 — VII 5/71 — NJW 1972, S. 353 — Bestallo für Ärzte; VG Berlin v. 25. 10. 1972 — I A 69/72 — NJW 1973, S. 1148 (1150).

⁴¹ BVerwG v. 1. 10. 1971 — VII C 5/71 — NJW 1972, S. 353 — Bestallo für Ärzte; so ist es dem Gericht versagt, in einer Art „Zweitkorrektur“ die Richtigkeit der Klausurlösung nachzuprüfen und sie etwa mit dem Hinweis, daß der eingeschlagene Lösungsweg zwar ungewöhnlich, aber vertretbar sei, neu zu zensieren, vgl. SEMLER, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1174 (1176); OLDIGES, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (623 ff.); anders aber VG Frankfurt v. 20. 10. 1959 — VI/2 — 1122/58 — JZ 1961, S. 65 (66); v. 21. 2. 1962 — VII/2 — 1022/61 — JZ 1962, S. 504 f.; v. 26. 1. 1972 — III/2 — E 296/68 — DVBl. 1972, S. 428; v. 5. 7. 1972 — III/2 — E 29/71 — (unveröffentlicht), das weitgehend eine Totalüberprüfung vornimmt; vgl. auch SCHMIDT-SALZER, Der Beurteilungsspielraum, S. 86, der die schriftlichen Arbeiten einer Totalkontrolle unterziehen will, während er den Prüfern für die Bewertung der mündlichen Prüfung einen Beurteilungsspielraum zubilligt und damit verkennt, daß nicht die Einmaligkeit und Unwiederholbarkeit, sondern der weitgehend autonom be-

Entscheidungsprozeß beteiligten Prüfer unterliegen. Genügt es etwa, wenn ein Fachlehrer die Arbeiten des Prüflings begutachtet oder ist es erforderlich, daß sämtliche Prüfer diese Arbeiten einsehen und bewerten?

Aus der Sicht der grundrechtlich gewährleisteten Berechtigungen eines jeden Kandidaten können hier nicht für alle Prüfer einheitliche Grundsätze gelten. Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Sachermittlung sind vielmehr von Prüfer zu Prüfer unterschiedlich. Je größer die Einflußmöglichkeiten und Entscheidungsbezugnisse der Prüfer sind, um so höhere Anforderungen sind an eine ordnungsgemäße Sachaufklärung zu stellen, um so größer wird die Informationspflicht des Prüfers sein. Andererseits sind die Pflichten der Sach-

stimmte Handlungsbereich die Besonderheit des Prüfungsverfahrens kennzeichnet.

⁴² So ist es möglich, die spezifisch fachliche Beurteilung dem jeweiligen Fachlehrer zu übertragen, vgl. BVerwG v. 28. 2. 1971 — VII C 41/68 — BUCHHOLZ, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 47 — Sparkassen-PrüfungsO; v. 14. 6. 1963 — VII C 68/62 — BUCHHOLZ, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 23; vgl. speziell zur Stellung des Musiklehrers im Prüfungsverfahren BVerwG v. 14. 6. 1963 — VII C 68/62 — DVBl. 1964, S. 320.

⁴³ BVerwG v. 28. 11. 1957 — II C 50/57 — BVerwGE 6, S. 35; v. 13. 6. 1969 — VII C 27/68 — BVerwGE 32, S. 182; v. 13. 10. 1971 — VII C 17/71 — DVBl. 1973, S. 150 (151); v. 12. 11. 1971 — VII B 71/70 — BUCHHOLZ, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 45; OVG Münster v. 22. 9. 1958 — V A 1568/57 — OVG 4, S. 38; v. 28. 10. 1965 — V A 105/65 — OVG 22, S. 8 (10); v. 15. 2. 1969 — V A 506/69 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, D IX; OVG Lüneburg v. 21. 5. 1965 — II A 62/65 — DVBl. 1966, S. 451 (454); v. 21. 12. 1965 — II A 62/65 — OVG 21, S. 498 (499); OVG Hamburg v. 23. 11. 1959 — I 118/58 — MDR 1960, S. 346; v. 19. 1. 1968 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F VI, S. 1; VGH BaWü v. 28. 6. 1965 — I 677/62 — DVBl. 1966, S. 37.

⁴⁴ Die bei SEMLER, NJW 1973, S. 1774 (1777) dargelegte gegenteilige Ansicht des OVG Münster im Urte. v. 5. 10. 1965 — II A 884/64 — hat das Gericht übrigens in der Zwischenzeit aufgegeben, vgl. OVG Münster v. 17. 4. 1967 — V A 976/65, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1968, S. 87 (88) m. w. Nachw., und die zustimmende Anmerkung von STEPHANY, aaO, S. 89; vgl. auch BETTERMANN, Anm. zu OVG Hamburg v. 16. 6. 1964 — Bf I 74/63 — DVBl. 1966, S. 39 (40); OLDIGES, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (621 f.); anders noch OVG Hamburg v. 27. 9. 1963 — Bf I 3/63 — VerwRspr. 16, S. 568 (569 f.); v. 16. 6. 1964 — Bf I 74/63 — DVBl. 1966, S. 39; später aufgegeben v. 15. 9. 1967 Bf I 83/66 — DVBl. 1968, S. 262 = MDR 1968, S. 177; vgl. auch WOLFF, VerwR I, § 31 I c 4; FLATTEN, Schul- und Prüfungsentscheidungen in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, SKV 1965, S. 190 (194).

⁴⁵ So aber VG Frankfurt, v. 26. 1. 1972 — III/2 E — 296/68 — DVBl. 1973, S. 428 (429): „Das Justizprüfungsamt wird sich bei der neuen Entscheidung eines — tunlichst aus den seinerzeit tätig gewordenen Prüfern zusammensetzenden — Prüfungsausschusses zu bedienen haben.“

⁴⁶ OVG Münster v. 22. 2. 1965 — V A 532/64 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F IX, S. 11.

⁴⁷ OVG Münster v. 22. 2. 1965 — V A 532/64 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F IX, S. 11; zur Teilwiederholung aus dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit BVerwG v. 21. 1. 1955 — II C 177/54 — BVerwGE 2, S. 22 = NJW 1955, S. 1609; v. 24. 4. 1957 — VII C 146/57 — BVerwGE 8, S. 272 = NJW 1959, S. 1848; v. 10. 7. 1964 — VII C 82/64 — NJW 1965, S. 122; v. 1. 10. 1970 — I B 53/70 — BUCHHOLZ, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 46 u. 451.45 — § 46 HwO Nr. 1; VGH BaWü v. 15. 7. 1965 — IV 1003/68 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F II, S. 1; v. 27. 10. 1970 — IV 423/69 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbares Sammlungs schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F II, S. 101: „Ist ein Teil des Prüfungsverfahrens fehlerhaft, so kann der Prüfling die begonnene Prüfung regelmäßig in der Weise fortset-

ermittlung und -feststellung um so geringer, je weniger die Beurteilung des einzelnen Prüfers auf die Gesamtentscheidung Einfluß hat. So wird etwa der Musiklehrer einer Schule seiner Informationspflicht genügen, wenn er sich neben der — allerdings gründlichen — Ermittlung der fachbezogenen (musikalischen) Fähigkeiten ein nur allgemeines und sehr grobmaschiges Bild über den Prüfling macht. Er wird etwa nicht verpflichtet sein, die schriftlichen Abiturarbeiten des Schülers auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und zu benoten ⁴².

Es wird vielmehr genügen, wenn dieser Lehrer an der mündlichen Prüfung teilnimmt und sich dort einen Gesamteindruck von den Fähigkeiten und Kenntnissen des Prüflings verschafft. Andererseits wird ein Fachlehrer, aus dessen Bereich eine Hausarbeit oder eine Klausur geschrieben worden ist, nicht darauf verzichten können, auch diese schriftlichen Arbeiten im einzelnen zu korrigieren und zu bewerten, will er seine Informationspflichten nicht verletzen.

Wertvolle Hinweise zum Umfang der Informationspflichten der einzelnen Prüfer sind zumeist auch den Prüfungsordnungen zu entnehmen.

6. Folgen fehlerhafter Prüfungsentscheidungen

Sind die der Prüfungsentscheidung zugrunde liegenden Tatsachen fehlerhaft ermittelt oder verfahrensmäßig unzureichend festgestellt, so ist zu fragen, ob diese Fehler für die abschließende Entscheidung *wesentlich* sind. Denn ein Verfahrensfehler führt nur dann zur Rechtswidrigkeit und damit zur Aufhebung der Prüfungsentscheidung, wenn ein Einfluß auf das Prüfungsergebnis nicht ausgeschlossen werden kann ⁴³.

Da das Gericht mit Rücksicht auf den autonomen Handlungsbereich der Prüfungskommission die pädagogisch-wissenschaftlichen Bewertungen, Erwägungen und Prognosen nicht selbst vornehmen kann, ist es regelmäßig darauf beschränkt, die Prüfungskommission — ähnlich wie bei Ermessensentscheidungen — zu verpflichten, den Kläger unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Demgegenüber wird eine gerichtliche Entscheidung, die Beklagte sei verpflichtet, das begehrte Prüfungszeugnis zu erteilen, die Ausnahme bleiben. Gleichwohl ist das Klagebegehren — wie Semler im Ergebnis zutreffend feststellt — mit einem Verpflichtungsantrag zu verfolgen, da die Frage, ob ein Verpflichtungs- oder Bescheidungsurteil ergeht, erst im Rahmen der Begründetheit entschieden wird ⁴⁴.

Wird die Prüfungsentscheidung wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben und eine Neubescheidung angeordnet, so hat sich die beklagte Prüfungsbehörde für die Neuentscheidung eines zumeist bei ihr gebildeten Prüfungsausschusses zu bedienen. Der Bescheid kann allerdings nicht darin bestehen, daß dieselbe Prüfungskommission noch einmal über das Ergebnis der Prüfung befindet und nach Wiederholung des fehlerhaften Prüfungsteils erneut entscheidet ⁴⁵, da ein negativer Einfluß der ersten Prüfungsentscheidung nicht ausgeschlossen werden kann. Die Beklagte ist vielmehr verpflichtet, den Kandidaten erneut einer Prüfung zu unterziehen, bei der eine andere Prüfungskommission ohne jede Voreingenommenheit feststellen kann, ob der Kläger den Anforderungen der jeweiligen Prüfung genügt ⁴⁶.

Die erneute Prüfung ist auf den fehlerhaften Prüfungsteil und auf jene Bestandteile der Prüfung zu erstrecken, die — wie etwa die mündliche Prüfung — wegen ihrer Einmaligkeit nicht rekonstruierbar sind ⁴⁷.

Es entspricht rechtsstaatlichen Anforderungen und Grundsätzen, daß dem Kläger vor der Prüfung eine angemessene Zeit zur Wiedereinarbeitung gewährt wird⁴⁸.

Gerade die Durchführung einer Wiederholungsprüfung stellt Kandidaten und Prüfungsbehörden oft vor schwierige Probleme.

Es ist einem jeden Prüfling, der die Hürde eines ge-

_____zen, daß er sich unter Berechnung der im fehlerfreien Prüfungsteil erzielten Noten dem fehlerhaften Prüfungsteil erneut unterzieht. Eine Wiederholung der fehlerfrei durchgeführten

wiß dornenreichen gerichtlichen Kontrollverfahrens erfolgreich überspringen konnte, zu wünschen, daß sein eigentliches Ziel einer positiven Prüfungsentscheidung nicht doch noch am Ende im Gestrüpp der vielfältigen Anforderungen einer Wiederholungsprüfung auf der Strecke bleibt.

_____Prüfungsteile kann regelmäßig weder der Prüfling noch die Prüfungsbehörde verlangen.“

⁴⁸ OVG Münster v. 22. 2. 1965 — V A 532/64 — SEIPP-KNUDSEN, Ergänzbare Sammlung schul- und prüfungsrechtlicher Entscheidungen, Abt. III, F IX, S. 11.