

3. Wird ein Einverständnis erteilt, so bleibt es selbst dann beachtlich, wenn es täuschungsbedingt zustande kam und ein hypothetischer Wille einer Erteilung zuwider liefe.
4. Besteht für die Person eines der Täters ein Einverständnis,

so kommt dennoch eine mittäterschaftliche Strafbarkeit für diese Person in Betracht, indem die Tatbestandsverwirklichung der anderen Person ihm nach mittäterschaftlichen Zurechnungsgrundsätzen zugerechnet wird.

## Rechtsprechung

### Die aktuelle Entscheidung

#### Prüfungsentscheidungen vor Gericht

##### — Die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts\* —

Von Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

In den beiden, von der Tagespresse viel beachteten Beschlüssen überprüfte das Bundesverfassungsgericht die Rechtmäßigkeit zweier ärztlicher Vorprüfungen und zweier juristischer Staatsexamina aus den Jahren 1984, 1981, 1978 und 1975 (!). Dabei entwickelte es die Dogmatik des Prüfungsrechts in den Bahnen seiner überkommenen Rechtsprechung vorsichtig weiter. Vor vorschnellen Hoffnungen auf eine weitere Instanz in der Staatsprüfung sei aber gewarnt: Während den Verfassungsbeschwerden der Medizinstudenten stattgegeben wurde, wurden diejenigen der Juristen zurückgewiesen.

#### I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

##### 1. Grundrechtliche Anforderungen an Prüfungsverfahren

Vor dem Beruf steht die Prüfung. Vom Gesellenbrief bis zur Habilitation werden Berufszugangschancen zugeteilt. So selbstverständlich dies in Deutschland erscheinen mag: Ein- und Durchführung der Prüfung sind Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG; sie sind „subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen“<sup>1</sup>. Solche Grundrechtseingriffe sind nicht beliebig zulässig. Prüfungen, welche Berufszugangsvoraussetzungen sind, dürfen nur eingeführt werden zur Wahrung von Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit<sup>2</sup>. Sie sind demnach nur zulässig, wenn es einen mit der Berufsfreiheit kollidierenden Belang gibt, der erfordert, daß vor Beginn der Berufsausübung festgestellt wird, ob der Bewerber über bestimmte Fähigkeiten verfügt, welche Gefährdungen eben jener kollidierenden Belange als unwahrscheinlich erscheinen lassen<sup>3</sup>. Rechtsfolge des Eingriffs ist dann die Last, sich vor Beginn der Berufsausübung der Prüfung zu unterziehen. Damit nicht genug: Neben der Einführung der Prüfung stellt die Versagung ihres Bestehens, also das „Durchfallenlassen“ durch die Prüfer, einen zusätzlichen Grundrechtseingriff dar. Diese Entscheidung ist nämlich erst die eigentliche Zulassungssperre: Sie begründet nicht bloß die Last, sich prüfen zu lassen; sondern die Pflicht, die angestrebte Berufstätigkeit zu unterlassen. Auch dieser zusätzliche Grundrechtseingriff ist nur zur Wahrung kollidierender Rechtsgüter zulässig: Nämlich dann, wenn festgestellt wird, daß der Bewerber über die im Interesse der Rechte Dritter oder der Allgemeinheit geforderten Kenntnisse nicht verfügt.

Diese — im Prinzip alles andere als neuen<sup>4</sup> — Erkenntnisse hat das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall wiederholt und einmal mehr auf das Prüfungsrecht angewandt<sup>5</sup>. Der ebenso grundlegende wie naheliegende Schluß lautet: Ist im Berufsrecht ein Prüfungsverfahren einmal eingeführt, so sind die Prüfungsinstanzen bei seiner Durchführung nicht frei. Die Durchführung der Prüfung ist vielmehr an die Verwirklichung jener Belange gebunden, zu deren Wahrung die Prüfung eingeführt werden durfte. Daraus ergeben sich nähere Anforderungen an Prüfungsverfahren und Prüfungsentscheidung: Sie unterliegen den allgemeinen Grundsätzen für Grundrechtseingriffe. Demnach sind sie so auszugestalten, daß sie zur Verwirklichung der genannten Belange geeignet, erforder-

lich und verhältnismäßig sind. An diese Grundsätze sind Prüfungsausschüsse, soweit sie Teile der Exekutive sind, gem. Art. 1 Abs. 3 GG gebunden. Stellt ein Prüfungsverfahren ein Verwaltungsverfahren dar — und nur um solche soll es im folgenden gehen —, ist es an das geltende Recht gebunden wie jedes andere Verwaltungsverfahren auch. *Prüfungen finden jedenfalls nicht im rechtsfreien Raum statt.*

Hier scheint aber ein Widerspruch aufzutauchen. Wenn Prüfungsentscheidungen an das geltende Recht gebunden sind, wieso sind sie dann durch die Gerichte bloß „eingeschränkt nachprüfbar“? Zumal andere Verwaltungsverfahren anscheinend nicht nur „eingeschränkt nachprüfbar“ sind, also offenbar „unbeschränkt“ der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Ein möglicher Grund für diesen Unterschied läßt sich schon jetzt ausschließen: *Der bisweilen entstehende Eindruck, Prüfungen liefen sozusagen im gerichtsfreien Raum ab, findet seinen Grund jedenfalls nicht in einer fehlenden Rechtsbindung des Prüfungsverfahrens.* Er findet seinen Grund also weder in Art. 12 GG noch in Art. 1 Abs. 3 GG.

##### 2. Gerichtliche Nachprüfung von Verwaltungsverfahren

Vielmehr bestimmen sich Inhalt und Umfang der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungshandeln aus Art. 19 Abs. 4 GG. Diese Bestimmung macht die Zuständigkeit der Dritten Gewalt von zwei Voraussetzungen abhängig:

- (1) Dem Vorhandensein eines (subjektiven) „Rechts“, welches verletzt sein könnte. Bei dieser Voraussetzung entstand in den hier besprochenen Fällen kein Problem: Jenes Recht war der schon erwähnte Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.
- (2) Einer möglichen „Verletzung“ jenes Rechts; d. h. eines rechtswidrigen Eingriffs in das subjektive Recht<sup>6</sup>. Die Gerichte können staatliche Maßnahmen nur überprüfen, soweit auf sie Rechtsnormen anwendbar sind, welche Aussagen über ihre mögliche Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit treffen. Wo keine Rechtsnormen sind, kann es auch keine Rechtswidrigkeit und daher keine „Rechtsverletzung“ geben.

Auch bei der Voraussetzung (2) gibt es im Prüfungsrecht eigentlich keine Sonderprobleme: Sind Prüfungsentscheidungen Grundrechtseingriffe und unterliegen sie daher dem Vor-

<sup>1</sup> BVerfG, NJW 1991, 2005; 2008.

<sup>2</sup> BVerfGE 7, 377, 406 f.; zu Art. 12 GG s. Erichsen, 117ff 1980, 551; Friauf, JA 1984, 537; Meessen, JuS 1982, 397.

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 377, 407.

<sup>4</sup> Sehr weit hierzu allerdings BVerfGE 13, 97, 106 ff.

<sup>5</sup> Erstmals zusammengefaßt in BVerfGE 20, 150, 157 ff.

<sup>6</sup> Siehe schon zuvor BVerfGE 37, 342, 352; 52, 380, 389; 79, 212, 218; 80, 1, 24.

<sup>7</sup> Pieroth/Schlink, Die Grundrechte, 6. Auflage, 1990, Rdn. 1102.

behalt des Gesetzes<sup>7</sup>, so muß es notwendig Gesetze geben, welche eine Unterscheidung rechtmäßiger von rechtswidrigen Prüfungsentscheidungen zulassen. Ohne Gesetz wäre nämlich die gesamte Prüfung unzulässig. Art. 19 Abs. 4 GG läßt demnach den Schluß zu: *Soweit Prüfungsverfahren und Prüfungsentscheidung durch Gesetze geregelt sind, unterliegen sie der gerichtlichen Nachprüfung.* Auch hierdurch unterscheiden sie sich nicht von anderen Verwaltungsverfahren.

Wenn die Nachprüfung von Prüfungsentscheidungen dennoch rechtlichen Besonderheiten unterliegen soll, so können diese im Rahmen des Art. 19 IV GG<sup>8</sup> nur aus Besonderheiten derjenigen Gesetze resultieren, welche Prüfungen regeln. Hier lassen sich 3 Arten von Regelungen unterscheiden:

- (I) *Regelungen des Prüfungsverfahrens:* Ihnen geht es um die Art und Weise der Durchführung einer Prüfung<sup>9</sup>.
- (II) *Regelungen des Prüfungsergebnisses:* Ihr Gegenstand ist die Frage, bei welcher Leistung welche Note zu vergeben ist.
- (III) *Regelungen des Rechtsschutzes im Prüfungsverfahren:* Sie regeln Voraussetzungen und Verfahren des Rechtsschutzes im und nach dem Prüfungsverfahren.

Gegenstand der hier erörterten Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts waren Fragen des materiellen Prüfungsrechts (also II). Sie sollen deshalb im folgenden im Zentrum der Erörterungen stehen<sup>10</sup>.

## II. Grenzen richterlicher Nachprüfung aus der „Natur der Sache“?

a) Seit einer frühen Rechtsprechung zog das Bundesverwaltungsgericht aus der „rechtlichen Natur der Prüfungen“ den Schluß, daß der Richter solche Entscheidungen nur eingeschränkt nachprüfen dürfe<sup>11</sup>. Jene „rechtliche Natur“ wurde etwa so konkretisiert: *Prüfungsentscheidungen seien ebenso wie die in ihr angewandten Maßstäbe primär pädagogischer Art*<sup>12</sup>. Die Leistungsbewertung finde nicht isoliert, sondern eingebettet in einen erzieherischen Vorgang statt. Dabei seien die zu erteilenden Zensuren nicht nur aus sich heraus zu bilden, sondern Ergebnis eines „Gesamteindrucks“. Dieser leite sich aus „mehreren Prüfungsleistungen“, einer dauernden „Beobachtung des Schülers durch den Lehrer während längerer Zeit“ und der Relation der Prüfungsleistung eines Schülers zu denjenigen anderer Schüler her. Zu diesem pädagogischen Einschlag der Prüfung komme ein fachlicher hinzu. Der Richter verfüge hinsichtlich des Prüfungsgegenstandes selbst oft nicht über ausreichende eigene Kenntnisse, um ein eigenständiges fachliches Urteil abgeben zu können<sup>13</sup>. Wegen dieser Eigenschaft der Prüfung sei dem Richter eine Nachprüfung tatsächlich nicht möglich und rechtlich verwehrt.

Diese in der Literatur bisweilen auch als „pedagogical question doctrine“ bezeichnete Rechtsprechung<sup>14</sup> sieht die Grenzen der richterlichen Nachprüfung in bestimmten inhaltlichen Eigenschaften der nachzuprüfenden Entscheidung. Sie findet sich nicht nur im Prüfungsrecht, sondern auch in anderen Bereichen, wenn etwa die Grenzen verfassungsgerichtlicher Kompetenzen aus der „political question doctrine“<sup>15</sup> oder aus der Eigenschaft bestimmter Maßnahmen als „Regierungshandeln“<sup>16</sup> hergeleitet wird. Dabei fehlt aber noch ein wichtiges Begründungselement: Wenn eine Maßnahme pädagogisch oder politisch ist, warum darf sie dann nicht gerichtlich überprüft werden? Wo steht eigentlich, daß Richter keine pädagogischen Maßnahmen überprüfen dürfen? Den Grund dafür sieht die dargestellte Sicht der Rechtsprechung in folgendem Umstand: Sie geht davon aus, daß die Richter gem. Art. 92, 19 Abs. 4 GG auf „rechtliche Entscheidungen“ beschränkt seien. Ihnen obliege eben die Aufgabe der „Recht“sprechung. Andere Aufgaben hingegen kämen ihnen nicht zu. Das gelte

insbesondere für die — nicht-rechtliche — „fachliche“ Seite einer Entscheidung. Daraus wird dann eine Arbeitsteilung zwischen der Justiz und den anderen Zweigen der Staatsgewalt gefolgert: Die „fachliche“ — eben pädagogische oder politische — Entscheidung obliege den anderen Gewalten; ihre Nachprüfung allein in rechtlicher Hinsicht den Gerichten.

Diese Auffassung prägt die überkommene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Prüfungsfragen durchgängig. In „fachlichen“ Fragen endet danach die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen. Hat etwa der Prüfer eine richtige Antwort für falsch erklärt und entsprechend bewertet, so unterliegt dies traditionell keiner gerichtlichen Nachprüfung, da es sich um eine „fachliche Frage“ handelt. „Das Urteil darüber, ob in einer Prüfung eine Antwort richtig oder falsch war, ist fachlich-wissenschaftlicher Art. Dementsprechend fällt auch die Entscheidung darüber, was der Prüfling richtig oder falsch gemacht hat, in den Beurteilungsspielraum des Prüfers“<sup>17</sup>. Ähnliches gilt für die Beurteilung der Frage „über Eignung oder Nichteignung, Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit einer Prüfungsaufgabe, soweit sie von einer fachwissenschaftlichen Richtigkeitsprüfung abhängt“<sup>18</sup>. Oder anders ausgedrückt: In Prüfungen bestimmte über die Frage, was richtig und was falsch war, allein der Prüfer.

b) Diese sehr stark von den Eigenschaften des Schulunterrichts geprägten und auf universitäre Prüfungen wie das juristische Staatsexamen oder die ärztlichen Vorprüfungen kaum übertragbaren Begründungen waren nicht frei von Widersprüchen. Dies zeigt sich zunächst an der vorausgesetzten Trennung von „fachlicher“ Entscheidung und „rechtlicher“ Kontrolle. Richtig daran ist, daß die Gerichte allein die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Maßnahme zu überprüfen haben. Falsch ist daran, daß diese Überprüfung stets frei von „fachlichen“ Erwägungen sein könne oder gar müsse. Vielmehr müssen die Gerichte die von ihnen anzuwendenden Rechtsnormen auslegen. Dabei können nicht nur rechtliche, sondern auch außerrechtliche Erwägungen tragend werden.

Dies zeigen schon die zahlreichen Verweisungsbegriffe in Gesetzen. Wenn etwa bauliche Anlagen „standfest“ (§ 13 RPLBO) sein oder emittierende Anlagen dem „Stand der Technik“ (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) entsprechen müssen, so lassen sich diese Begriffe nicht rein „rechtlich“ auslegen und anwenden. Ob das Gebäude stehenbleibt oder umfällt, läßt sich nämlich nicht rechtlich anordnen oder verbieten, sondern ist eine Folge physikalischer Gesetzmäßigkeit und der ingenieurmäßigen Auslegung des Bauwerks. Wenn also eine Abrißverfügung mangels Standfestigkeit gerichtlich angegriffen wird, so muß das Gericht prüfen, ob die Verfügung gegen das geltende Recht verstieße. Und dies bemißt sich nach dem Kriterium der „Standfestigkeit“, also nach physikalisch-technischen und nicht nach rechtlichen Kriterien. Würden sich die Gerichte hier allein auf Rechtsfragen beschränken, so wäre die Abrißverfügung wie die Prüfungsentscheidung inhaltlich gleichfalls kaum nachprüfbar. Der Satz: „Was materiell der Bauordnung entspricht, entscheiden allein die zuständigen Behörden“, ist jedoch kein Satz der Verwaltungsrechtsprechung.

<sup>7</sup> Pieroth/Schlink aaO, Rdn. 292 ff.

<sup>8</sup> Daneben wäre theoretisch noch die Möglichkeit denkbar, daß Art. 19 Abs. 4 GG im Prüfungsrecht nur eingeschränkt gilt. Solche Grundrechtsschranken sind aber nirgends erkennbar und von der Rechtsprechung auch nie behauptet worden. Diese Alternative wird daher im folgenden auch nicht weiterverfolgt.

<sup>9</sup> Siehe dazu grundlegend BVerwGE 70, 143 ff.

<sup>10</sup> Daneben werden Rechtsschutzfragen (also III) erörtert, die hier nur am Rande behandelt werden können.

<sup>11</sup> BVerwGE 8, 272, 274; zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung zum Prüfungsrecht Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 2. Auflage 1983, Rdn. 362 ff., 438 ff.; Dodenhoff/Weyreuther, Prüfungsrecht, 1988.

<sup>12</sup> BVerwG ebd., S. 273–275.

<sup>13</sup> Dazu näher III 1.

<sup>14</sup> Hufen, JA 1978, 39.

<sup>15</sup> Darstellung und Diskussion bei Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 52 ff.

<sup>16</sup> Dafür H. P. Schneider, NJW 1980, 2103, 2106.

<sup>17</sup> BVerwG, Buchholz 421.0 Nr. 121, S. 195.

<sup>18</sup> BVerwG, Buchholz 421.0 Nr. 187, S. 164.

Dementsprechend tun die Verwaltungsgerichte in anderen Rechtsgebieten ständig, was sie im Prüfungsrecht offenbar nicht tun wollten: Sie urteilen über nicht-rechtliche Fragen, sofern diese Fragen für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der überprüften Maßnahme erheblich sind. Die dargestellte Zurückhaltung im Prüfungsrecht kann demnach nicht aus allgemeinen Grenzen der richterlichen Gewalt hergeleitet werden. Sie wäre demnach nur dann begründbar, wenn sie aus besonderen Gründen gerade des Prüfungsrechts gerechtfertigt werden könnten. Hier käme dann nicht der Charakter der Prüfung als nicht-rechtliche, sondern lediglich ihr Charakter als pädagogische Entscheidung in Betracht. Die Frage stellt sich dann so: Wo steht, daß der Richter pädagogische Entscheidungen nicht prüfen darf?

Das folgende Beispiel soll bewußt nicht aus dem Bereich der "pedagogical question doctrine", sondern aus demjenigen der "political question doctrine" genommen werden. Ein Mitglied des Gemeinderates soll von einer wichtigen Entscheidung ausgeschlossen werden, weil sie ihm einen Vorteil bringen kann (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 RPO). Sofern die Mehrheitsverhältnisse eindeutig sind, hängt von der Mitwirkung des auszuschließenden Mitgliedes politisch nichts ab. Der Ausschluß wäre nicht politisch und damit gerichtlich überprüfbar. Sind hingegen die Mehrheitsverhältnisse knapp und hängen sie möglicherweise an der Stimme des Auszuschließenden, so ist die Ausschlußentscheidung hochpolitisch. Aber deshalb legt kein Verwaltungsgericht den § 22 RPO in diesem Falle anders aus als im Falle der nicht politischen Entscheidung. Hier wird offenbar eine hochpolitische Frage vom Gericht am Maßstab des § 22 RPO überprüft.

Warum überprüft im Beispiel das Gericht den Ausschluß in beiden Varianten an denselben Maßstäben? Die Antwort ergibt sich nicht daraus, daß die Entscheidung einmal politisch, einmal nicht politisch ist. Sie ergibt sich vielmehr daraus, daß in beiden Fällen derselbe § 22 RPO anwendbar ist. *Soweit Rechtsnormen anwendbar sind, werden staatliche Maßnahmen von den Gerichten an ihnen gemessen; und zwar ohne Rücksicht auf den fachlichen oder politischen Einschlag.* Entscheidend ist: Es müssen Rechtsnormen anwendbar sein. Nur wo keine Rechtsnormen anwendbar sind, kann das Gericht keine Prüfung vornehmen. Das folgt dann aber nicht aus der „Natur der Sache“, sondern aus dem Fehlen rechtlicher Maßstäbe. In diesem Sinne fehlt eine gerichtliche Nachprüfungskompetenz nur, wenn die getroffene Entscheidung „nur fachlich“, „nur politisch“ oder „nur pädagogisch“ und rechtlich nirgends geregelt ist. Dann, aber nur dann ist sie gerichtsfrei. Inhalt und Grenzen richterlicher Nachprüfungskompetenz folgen nicht aus dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der überprüften Entscheidung, sondern aus dem Nichtvorhandensein rechtlicher Maßstäbe. Dies ist genau das Ergebnis, das hier bereits bei der Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG gewonnen worden ist<sup>19</sup>. Die „Natur der Sache“ schränkt damit Art. 19 Abs. 4 GG nicht ein; sie ist vielmehr nichts anderes als eine mißverständliche und unklare Bezeichnung der Prüfungsmaßstäbe dieses Grundrechts.

c) Das Bundesverfassungsgericht ist der überkommenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>20</sup> jetzt entgegengetreten. Eine so weitgehende Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollmaßstäbe sei mit dem Grundrecht des Art. 12 GG unvereinbar. Wenn das Grundrecht der Berufsfreiheit rechtliche Anforderungen an Prüfungsverfahren und -entscheidungen begründe<sup>21</sup>, so sei es Aufgabe der Gerichte, die Einhaltung dieser Maßstäbe durch die Exekutive zu kontrollieren. „Eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung darf nicht als falsch gewertet werden“. So banal diese Feststellung erscheinen mag: Sie setzt voraus, daß das Gericht prinzipiell berechtigt und verpflichtet ist, Prüfungsentscheidungen inhaltlich zu überprüfen. Genau dies hatten die Verwaltungsgerichte bislang unter Hinweis auf die „Natur der Sache“ verneint. Weil sie diese Prüfung unter-

lassen hatten, wurde der Verfassungsbeschwerde der Medizinstudenten stattgegeben; die Sache an die Verwaltungsgerichte zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen.

### III. Rechtliche Grenzen gerichtlicher Kontrolle von Prüfungsentscheidungen

Zur Bestimmung von Umfang und Grenzen der richterlichen Kontrolle von Prüfungsentscheidungen darf also nicht nach den Eigenheiten der Prüfungsentscheidung, sondern allein nach dem Inhalt des Prüfungsrechts gefragt werden. Dieser Fragestellung wird im folgenden nachgegangen.

#### 1. Unmöglichkeit der Kontrolle wegen fehlenden Sachverständes?

a) Vorab stellt sich die Frage, ob die Gerichte überhaupt zur Kontrolle von Prüfungsentscheidungen in der Lage sein können. Dazu weist die Rechtsprechung ständig auf das Argument des „fehlenden Sachverständes“ der Richter hin. Prüfungen fänden in den unterschiedlichsten Fächern statt; ihre Nachprüfung setze voraus, daß die Richter über eigene Sachkenntnis verfügten. Da dies aber nicht der Fall sein könne, könnten Prüfungen auch nicht gerichtlich kontrolliert werden<sup>22</sup>. Diese Rechtsprechung mündet dann in die schon bekannte Unterscheidung ein: Prüfungen sind nur in rechtlicher Hinsicht kontrollierbar; in fachlicher hingegen gerichtsfrei<sup>23</sup>.

Diese Entscheidungspraxis, die im Prüfungsrecht auch dann wiederholt wird, wenn es um juristische Staatsprüfungen geht – und dies, obwohl eine erhebliche Zahl von OVG-Richtern als Prüfer im Staatsexamen bestellt sind –, entspricht gleichfalls nicht dem, was die Gerichte außerhalb des Prüfungsrechts jeden Tag tun. Hier soll nochmals an das bereits oben erörterte Beispiel zur Standfestigkeit von Gebäuden angeknüpft werden. Ob ein Gebäude standfest ist oder nicht, wird im Rechtsstreit um die Abrißverfügung nicht der fachlich kompetenten Behörde allein überlassen. Vielmehr verschafft sich hier das Gericht die erforderliche Sachkunde selbst, indem es einen *Sachverständigen* heranzieht. Gerade darin liegt die Aufgabe des Sachverständigenbeweises gem. §§ 96 ff VwGO i. V. m. §§ 402 ff ZPO: (1) Er ergänzt das notwendig begrenzte Wissen der Richter von den tatsächlichen Entscheidungsgegenständen. (2) Er transportiert außerhalb der Hauptverhandlung Bewiesenes in diese hinein<sup>25</sup>. Ein derartiges Beweismittel wäre sinnlos, wenn dem Richter die Kontrolle solcher Fragestellungen prinzipiell verschlossen wäre, hinsichtlich derer er nicht über eigene Sachkunde verfügt. Ganz umgekehrt zeigt die gesetzliche Anerkennung des Sachverständigenbeweises in §§ 96 ff VwGO, daß die Kontrollzuständigkeit des Richters gerade nicht an der Grenze der eigenen Sachkenntnis aufhören soll. Daß diese Bestimmungen gerade im Prüfungsrecht keine Anwendung finden sollten, ist nirgends geregelt. Daraus läßt sich schließen: *Soweit sich das Gericht durch Sachverständige die erforderliche Sachkunde verschaffen kann, ist es zur Kontrolle von Prüfungsentscheidungen berechtigt und verpflichtet.* Und weil die Verwaltungsgerichte diesen Beweis hinsichtlich der medizinischen Staatsprüfung nicht erhoben hatten – sie fühlten sich ja zur Nach-

<sup>19</sup> Siehe oben I 2.

<sup>20</sup> Siehe oben a.

<sup>21</sup> Dazu oben schon I 1.

<sup>22</sup> BVerwG, *Buchholz* 421.0 Nr. 187, S. 164, für medizinische Staatsprüfungen; BVerwG, *Buchholz* 421.0 Nr. 121, S. 195, für juristische Staatsprüfungen.

<sup>23</sup> Dazu schon oben II a.

<sup>24</sup> Siehe oben II b.

<sup>25</sup> Näher hierzu Gusy, NuR 1987, 158 f m. w. N.

prüfung weder berechtigt noch verpflichtet —, wurden ihre diesbezüglichen Urteile vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben.

b) Nach dem bislang Gesagten wären demnach Gerichte mit Hilfe von Sachverständigen prinzipiell berechtigt, Entscheidungen sachverständiger Prüfungsausschüsse zu überprüfen. Diese Aussage bedarf aber der Harmonisierung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur beschränkten Nachprüfung von Indizierungsentscheidungen nach dem GjS<sup>26</sup>. Hier wurde den Indizierungsausschüssen ein eigener gerichtsfreier Beurteilungsspielraum zugesprochen. Von einer gerichtlichen Kontrolle im Wege des Sachverständigenbeweises wurde abgesehen. Warum soll für Prüfungsentscheidungen gelten, was für Indizierungsentscheidungen offenbar nicht gilt? Der Grund dafür liegt nicht im Sachverständigen — über diesen sollten sowohl die Prüfungsbehörden als auch die Indizierungsstelle verfügen — und auch nicht darin, daß im Indizierungsverfahren eine Kommission tätig geworden ist: Dies ist nämlich bei Prüfungen vielfach — etwa in den juristischen Staatsprüfungen — auch der Fall.

Der Grund liegt vielmehr in der bereits dargestellten Reichweite des Sachverständigenbeweises<sup>27</sup>. Der Sachverständige soll dem Gericht über Bewiesenes, d. h. über wissenschaftliche Erkenntnisse berichten. Dies setzt voraus, daß über den Gegenstand des Prozesses wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen können, daß also jener Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis überhaupt zugänglich ist. Dies ist der Fall, wenn über ihn Aussagen mit den Eigenschaften „wahr“ oder „unwahr“ möglich sind; wenn es also Kriterien gibt, welche geeignet sind, Aussagen mit wissenschaftlichem Anspruch als „richtig“ oder „falsch“ zu qualifizieren. Eben dies ist bei den Indizierungsentscheidungen nicht möglich: Ob ein Roman jugendgefährdend ist oder nicht, läßt sich nicht „beweisen“<sup>28</sup>. Die Antwort auf diese Frage ist vielmehr von einer Vielzahl von Wertungen abhängig, welche ihrerseits gerade nicht beweisbar sind. Weil sie nicht beweisbar sind, sind Entscheidungen der Indizierungsstelle dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich. Hier fehlen also die erforderlichen „Kenntnisse“ nicht nur den Gerichten, sondern auch den Sachverständigen. Und deshalb ist der Sachverständigenbeweis kein taugliches Mittel, fehlendes eigenes Wissen der Gerichte zu ersetzen.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: *Läßt das GjS Indizierungsentscheidungen auf einer Tatsachenbasis zu, die einer Richtigkeitsprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist, so kann diese Richtigkeitsprüfung vom Gericht auch nur eingeschränkt vorgenommen werden.* Nachgeprüft werden kann — auch mit Hilfe von Sachverständigen — nur derjenige Teil der Entscheidungsgrundlagen, welcher einem Beweis zugänglich ist. Der Wertungsüberschuß ist dagegen nicht nach den Maßstäben „richtig“ oder „falsch“ zu beurteilen. Insoweit, aber auch nur insoweit ist die gerichtliche Kontrollkompetenz tatsächlich eingeschränkt.

c) Daraus folgt die Abgrenzung der Kontrolle von Prüfungs- und derjenigen von Indizierungsentscheidungen:

- Soweit Prüfungsfragen derart gestellt sind, daß sie richtige und falsche Antworten zulassen, sind sie dem Sachverständigenbeweis zugänglich. Insoweit können sie auch vom Gericht voll kontrolliert werden.
- Soweit Prüfungsfragen nicht derart gestellt sind, daß sie richtige und falsche Antworten zulassen — sondern etwa nur nach Zweckmäßigkeit, persönlicher Vorliebe oder nicht wahrheitsfähiger Wertung fragen —, sind sie dem Sachverständigenbeweis nur eingeschränkt oder gar nicht zugänglich. Dann allerdings kann das Gericht die Prüfungsentscheidung auch mit Hilfe von Sachverständigen nicht voll nachprüfen.

Hieraus folgt demnach die erste denkbare Einschränkung der gerichtlichen Kontrollkompetenz: *Prüfungen sind vom Gericht auch mit Hilfe von Sachverständigen nur eingeschränkt nachprüfbar, soweit zulässigerweise gestellte Fragen keine richtigen oder falschen Antworten zulassen.* Ob derartige Prüfungsfragen aber überhaupt zulässig sind, ist hier noch gar nicht erörtert, geschweige denn bejaht worden<sup>29</sup>.

## 2. Unmöglichkeit der Kontrolle wegen Zeitablaufs?

Eine weitere Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle könnte sich aus dem Unterschied zwischen dem Zeitpunkt der Prüfung und dem — notwendig späteren — Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung ergeben. Prüfungen müssen vielfach zu einem bestimmten Zeitpunkt abgelegt sein; etwa das Abitur nach 13 Schuljahren oder die studienbegleitende Leistungskontrolle für Jurastudenten nach spätestens 6 Semestern. Gegenstand der Prüfung ist dann nicht nur die Frage, ob der Prüfling die geforderten Kenntnisse besitzt; sondern zusätzlich, ob er sie zu einem bestimmten Zeitpunkt besitzt. Deshalb ist es nicht möglich, Jahre später in der Gerichtsverhandlung die Prüfung einfach vom Sachverständigen wiederholen zu lassen: Zum Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung kommt es nicht mehr darauf an, ob der Prüfling die Kenntnisse jetzt besitzt; es kommt vielmehr darauf an, ob er sie damals besaß. Hier kann ein *Informationsproblem* entstehen: Wie erfährt das Gericht, über welchen Kenntnisstand der Prüfling im Prüfungszeitpunkt verfügte?<sup>30</sup>

Dieses Informationsproblem stellt sich in der Praxis aber eher selten. Der Grund hierfür liegt schon darin, daß eine Vielzahl von Prüfungen schriftlich erfolgt. Hier bleibt das Substrat der erbrachten Leistung, eben die Prüfungsarbeit, identisch. Gericht und Sachverständiger erfahren, was der Prüfling damals wußte, durch Lektüre der Arbeit. So war es auch in den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen: In allen 4 Fällen wurde jedenfalls auch die Benotung schriftlicher Arbeiten gerügt. Das geschilderte Informationsproblem stellt sich somit praktisch allein als ein solches der mündlichen Prüfung dar.

Das genannte Informationsproblem ist keine Besonderheit des Prüfungsrechts. Vielmehr haben Gerichte in zahlreichen Fällen zu kontrollieren, ob eine Entscheidung rechtmäßig war in Relation zu der Tatsachenbasis, die im Entscheidungszeitpunkt der Exekutive bestand. Dies ist nach überkommener Rechtsprechung stets bei Anfechtungsklagen<sup>31</sup>, aber auch stets der Fall, wenn das geltende Recht auf eine ex-ante-Betrachtungsweise abstellt. Dies ist etwa im Polizeirecht<sup>32</sup> oder bei Prognoseentscheidungen<sup>33</sup> die Regel. In allen diesen Fällen hat das Gericht seiner Entscheidung denjenigen Sachverhalt zugrunde zu legen, der im Zeitpunkt der früheren Behördenentscheidung bestand; nicht hingegen denjenigen im Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung. In allen diesen Fällen stellt sich das Problem der Sachverhaltsaufklärung als Informationsproblem: Auf welche Weise kann das Gericht zuverlässig einen Sachverhalt aufklären, der in der Vergangenheit liegt? Dieser Aufklärungsvorgang ist nichts anderes als die normale gerichtliche Sachverhaltsermittlung. *Das Informationsproblem schränkt somit die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen nicht mehr ein als diejenige jeder anderen Behördenent-*

<sup>26</sup> BVerfG, JZ 1991, 465 ff; grundlegend dazu nach wie vor BVerwGE 39, 197.

<sup>27</sup> Siehe oben a.

<sup>28</sup> BVerfG, JZ 1991, 465, 466.

<sup>29</sup> Siehe dazu noch III 3c.

<sup>30</sup> Zum Problem *Niehues* aaO, Rdn. 492, 411 ff.

<sup>31</sup> Dazu näher *Redeker / v. Oertzen*, VwGO, 9. Auflage 1988, § 108 Rdn. 17 ff m. w. N.

<sup>32</sup> *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Auflage 1991, Rdn. 132 ff.

<sup>33</sup> *Redeker / v. Oertzen* aaO, § 114 Rdn. 22 ff.

scheidung, bei der eine *ex-ante*-Perspektive erforderlich ist. Es ist somit nicht geeignet, eine gegenüber sonstigen gerichtlichen Entscheidungen eingeschränkte Kontrolle von Prüfungsentscheidungen zu begründen.

### 3. Einschränkungen gerichtlicher Kontrolle aus dem Prüfungsrecht

a) *Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle folgen allerdings aus dem Prüfungsrecht.* Dies ergibt sich aus folgender Erwägung: Die Exekutive hat bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nahezu stets die Auswahl zwischen mehreren Alternativen. Diese Auswahl wird durch Art. 20 Abs. 3 GG gesteuert: Danach kommen nur rechtmäßige Alternativen in Betracht. Ist ein Gesetz in hohem Maße bestimmt, so kann das Phänomen auftreten, daß nur eine einzige rechtmäßige Entscheidung in Betracht kommt. Je unbestimmter hingegen ein Gesetz ist, desto größer kann potentiell die Zahl derjenigen Handlungsalternativen sein, welche mit dem Gesetz vereinbar ist. Dies ist nicht ungewollt, sondern das Ziel der Verwendung des *unbestimmten Rechtsbegriffs*<sup>34</sup> durch die Legislative: Sie will der Vollziehung und der Rechtsprechung Handlungsfreiräume lassen. Die polizeirechtliche Generalklausel ist gerade deshalb so vage, um den Beamten die Möglichkeit einzuräumen, in einer Vielzahl von Situationen die jeweils angemessenen Maßnahmen treffen zu können. Und da in einzelnen Situationen mehr als eine Maßnahme angemessen sein kann, kann auch mehr als eine Maßnahme rechtmäßig sein.

Hat die Behörde aufgrund einer unbestimmten Norm gehandelt, so prüft die Rechtsprechung, ob ihr Handeln Rechte Dritter verletzt haben könnte. Dies ist der Fall, wenn das Handeln rechtswidrig war<sup>35</sup>. Dann muß das Handeln gegen eine Rechtsnorm verstoßen haben. Je unbestimmter diese Norm ist und je mehr Handlungsalternativen als rechtmäßige in Betracht kommen, desto weniger Alternativen sind rechtswidrig. Nur letztere dürfen aber vom Gericht beanstandet werden. Das heißt: Ist das anzuwendende Recht in hohem Maße bestimmt, so kann im Idealfall bis auf eine mögliche Alternative jede Handlung der Exekutive gerichtlich gerügt werden; die Behörde hat also im Bereich der rechtmäßigen Handlungen keine Auswahl. Ist das anzuwendende Recht dagegen in hohem Maße unbestimmt, so können mehrere Alternativen rechtmäßig sein, so daß die Gerichte keine von ihnen beanstanden können; unter diesen Alternativen hat die Behörde die Auswahl.

Die hier vorgestellten Erwägungen zum unbestimmten Rechtsbegriff sind ebenso banal wie alt. Sie sind jedoch mit terminologischen Meinungsverschiedenheiten befrachtet, welche die Erkenntnis mehr verwirren als fördern. Das gilt zunächst für die Frage, *was ein „unbestimmter Rechtsbegriff“ ist*<sup>36</sup>. Diese Eigenschaft hat ein Begriff, der im allgemeinen oder Fachsprachgebrauch mehr als eine zulässige Bedeutung annehmen kann. Unbestimmt ist z. B. der Begriff „Post“. Wichtig ist hierzu: Es gibt nicht nur 2 Gruppen von (Rechts-)Begriffen, nämlich bestimmte und unbestimmte. Vielmehr gibt es eine gleitende Skala der (Un-)Bestimmtheit. Die dargestellten Erwägungen zum unbestimmten Rechtsbegriff und seiner Anwendung durch Behörden und Gerichte sind daher kein Spezifikum einer bestimmten Klasse von Begriffen, sondern gelten – mehr oder weniger – für alle oder doch die meisten Rechtsbegriffe. Daneben ist die Diskussion um den „unbestimmten Rechtsbegriff“ terminologisch belastet mit dem Begriff der „*uneingeschränkten Nachprüfbarkeit*“. Dieser – wohl aus der Abgrenzung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen stammende – Ausdruck ist wahrscheinlich heute entbehrlich: Es ist nämlich völlig unklar, was der Ausdruck meint. Er ist selbst unbestimmt.

Wie verwirrend die Terminologie inzwischen geworden ist, zeigt die hier besprochene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>37</sup>. Sie will offenbar zu einem ähnlichen wie dem hier beschriebenen Ergebnis gelangen. Dies geschieht folgen-

dermaßen: „Beruht die angefochtene Verwaltungsentscheidung auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, so ist deren Konkretisierung grundsätzlich Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt nachzuprüfen (!) haben... Unbestimmte Rechtsbegriffe können allerdings so vage und ihre Konkretisierung so schwierig sein, daß die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Der rechtsanwendenden Behörde mag in solchen Fällen ein begrenzter Entscheidungsfreiraum (!) zuzubilligen sein“. Daraus soll sich jedenfalls für Staatsprüfungen ein „prüfungsrechtlicher Bewertungsspielraum“ ergeben. Diese Sätze lassen sich so deuten: Im Rahmen der Normen des Prüfungsrechts bestehen mehrere Alternativen rechtmäßigen Handelns, unter denen allein die Prüfungsbehörde auswählen darf. Überschreitet sie die ihr dabei gezogenen rechtlichen Grenzen, so unterliegen sie insoweit der gerichtlichen Kontrolle.

b) *Das Prüfungsrecht ist mit einer Vielzahl von Rechtsbegriffen durchsetzt*, die einen hohen Grad an Unbestimmtheit aufweisen. „Die erste juristische Staatsprüfung dient der Feststellung, ob der Bewerber das rechtswissenschaftliche Studienziel (!) erreicht (!) hat und für den Vorbereitungsdienst fachlich geeignet (!) ist“ (§ 5 S. 1 RPJAG). Die dabei zu stellenden „Aufgaben sollen einen tatsächlich und rechtlich einfachen Fall (!) betreffen, dem Bewerber jedoch hinreichend Gelegenheit (!) geben, seine Fähigkeit zur Erörterung von Rechtsfragen (!) darzutun“ (§ 4 Abs. 3 S. 2 RPJAGO). „Befriedigend“ ist eine „Leistung, die in jeder Hinsicht (!) durchschnittlichen Anforderungen (!) entspricht (!)“ (§ 6 RPJAGO).

Die relative Unbestimmtheit des Begriffs „befriedigend“ ergibt sich aus mehreren Umständen. Sie hängen damit zusammen, daß die „durchschnittlichen Anforderungen“ nicht voll objektivierbar sind. Sollen sie auf alle je stattgefundenen Prüfungen (= absoluter Maßstab) oder auf die jeweils laufende einzelne Prüfung (= relativer Maßstab) bezogen sein? Erfüllt man sie besser, wenn man in allen Arbeiten knapp über der Mindestgrenze bleibt, oder dann, wenn man in einigen Arbeiten gute, in anderen nicht mehr brauchbare Leistungen zeigt? Ist eine Klausur besser, wenn sie sich zu allen relevanten Fragen schwach, aber vertretbar äußert, oder dann, wenn sie zu einzelnen Fragen herausragende Gedanken bringt, aber daneben Fehler enthält? Ist eine mündliche Prüfung besser, wenn der Kandidat flüssig und klar schwache Gedanken äußert, oder dann, wenn er stockend und kaum verständlich gute Ideen einbaut? Sind formale Fehler – etwa: Rechtschreibung – geeignet, inhaltliche Vorzüge zu relativieren, oder dürfen sie nicht berücksichtigt werden? Alle diese Fragen können ohne Rechtsverstoß unterschiedlich beantwortet werden. Dies zeigt: Der Begriff „befriedigend“ läßt offenbar mehrere rechtmäßige Bedeutungsalternativen zu. Darin liegt seine Unbestimmtheit. Und daraus folgen die Grenzen der richterlichen Nachprüfungscompetenz.

c) Wenn die Prüfungsbehörde einen Rechtsbegriff konkretisiert, so ist sie nicht bloß an diesen Rechtsbegriff gebunden. Daneben unterliegt sie *Bindungen aus allgemeinen Rechtsprinzipien des GG und der Gesetze*. Diesen kommt in den vorliegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erhebliche Bedeutung zu, da die Nichteinhaltung dieser Prinzipien zu einer gerichtlichen Beanstandungskompetenz führen kann. Das Bundesverfassungsgericht betont, partiell in Übereinstim-

<sup>34</sup> Überblick hierzu bei *Battis*, FS Pfeiffer, 1988, S. 873 ff.

<sup>35</sup> Dazu oben 12.

<sup>36</sup> Dazu nach wie vor grundlegend *Koch*, Ermessensermächtigungen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, 1979; kürzer *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1984, S. 122 ff.

<sup>37</sup> 1 BvR 419/81, B II 1.

mung mit der bisherigen Rechtsprechung, partiell über sie hinausgehend:

- (1) rechtliche Bindungen aus dem *Zweck der Prüfung*: Dient sie der Vorbeugung gegen Gefahren<sup>38</sup>, so dürfen auch nur Fragen gestellt werden, die geeignet sind, das Vorhandensein solcher Gefahren festzustellen. Die Fragen müssen dem Zweck der Prüfung entsprechen. „Mali“ ist kein zulässiger Prüfungsgegenstand in der juristischen Staatsprüfung<sup>39</sup>.
- (2) rechtliche Bindungen aus dem *Übermaßverbot*: Gefahren für Rechtsgüter Dritter können nur aus Fehlern entstehen. Ein Fehler liegt nur vor, wenn die Antwort – in Relation zum Stand der Erkenntnis – falsch war. Liegt sie im Rahmen des Vertretenen und vertretbaren, so darf sie nicht als falsch bewertet werden. Dies muß das Gericht notfalls mit Hilfe von Sachverständigen klären<sup>40</sup>. Tut es dies nicht, ist die Gerichtsentscheidung unvollständig und rechtswidrig. Eine Änderung der Auffassung eines Prüfers – was gestern für „richtig“ gehalten wurde, ist heute „falsch“ – ist nur aus sachlichen Gründen, insbesondere bei Änderungen des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes, zulässig.
- (3) rechtliche Bindungen aus dem *Gleichheitssatz*: Gleiche Leistungen sind gleich zu bewerten. Dieser Gedanke ist sowohl geeignet, gerichtliche Kompetenzen zu begründen<sup>41</sup>; als auch, sie zu begrenzen. Den letzten Gedanken hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorgehoben: Leistungsbewertungen erfolgen immer in Relation zu anderen Bewertungen. Die Rechtsprechung hat aber nur einen Fall zu beurteilen. Wenn sie diesen isoliert betrachtet, entsteht daraus keine Verwirklichung des Gleichheitssatzes, sondern eine neue Ungleichheit.

#### IV. Zusammenfassung

Wenig prinzipiell Neues vom Prüfungsrecht: Die vorliegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind allerdings geeignet, das unterentwickelte Rechtsgebiet des Prüfungsrechts auf das allgemeine Niveau der Dogmatik zum unbestimmten Rechtsbegriff und zur Entscheidung sachverständiger Gremien anzuheben<sup>42</sup>. Dies ist, wenn auch mit terminologisch unsicherer Begründung<sup>43</sup>, jedenfalls im Ergebnis erreicht worden. Die Grenzen gerichtlicher Kontrollkompetenzen im Prüfungsrecht folgen nicht mehr aus der „Natur der Sache“, sondern aus drei klar abgrenzbaren Gründen:

- den Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis beim Sachverständigenbeweis: Gerichte können mit Hilfe von Sachverständigen nur „falsche“ Entscheidungen der Prüfer korrigieren; hingegen keine „vertretbaren“<sup>44</sup>. Dies ist ein allgemeines Problem des Sachverständigenbeweises und kein spezielles des Prüfungsrechts.
- den Grenzen der Auslegung beim *unbestimmten Rechtsbegriff*: Dies ist ein allgemeines Problem der Methodenlehre

und der Kompetenzordnung zwischen Behörden und Gerichten und gleichfalls keine spezielle Frage des Prüfungsrechts<sup>45</sup>.

- dem *Gleichheitssatz*: Dieser bindet auch im Prüfungsrecht Gerichte und Behörden. Die Gerichte müssen die Gleichbehandlung des Gleichen herstellen und dürfen nicht neue, unbegründete Ungleichbehandlungen schaffen<sup>46</sup>.

Zu dem juristischen Prüfungsverfahren 1 BvR 213/83 sei abschließend aber noch eine verfahrensrechtliche Bemerkung hinzugefügt. Hier haben beide Gutachter im Widerspruchsverfahren einen wesentlichen Kritikpunkt an der beurteilten Hausarbeit relativiert bzw. zurückgezogen und damit die tatsächliche Basis ihrer Note geändert, ohne die Note selbst zu ändern. Ob und unter welchen Voraussetzungen daraus ein Anspruch auf Neubewertung – und damit Neubewertung, ggfs. sogar durch andere Prüfer – der Arbeit folgen kann, war nicht Gegenstand des Verfahrens<sup>47</sup>. Auf die dabei entstehenden Auslegungskontroversen zu § 46 VwVfG sei hier nur hingewiesen<sup>48</sup>.

Mit den neuen Entscheidungen hat das Prüfungsrecht eine Rationalisierung und Fortentwicklung erfahren. Dennoch ist nicht damit zu rechnen, daß die Gerichte im Prüfungsverfahren zur zusätzlichen Instanz werden. Der Grund hierfür liegt schon darin, daß mit den hier dargestellten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die Beschwerdeführer kaum effektiver Rechtsschutz verwirklicht wurde. Für die Juristen änderte sich nichts: Sie erfuhren, daß ihre vor 16 bzw. 13 Jahren abgelegten Prüfungen rechtlich einwandfrei durchgeführt worden sind. Die Medizinstudenten hingegen dürfen weiter hoffen: Die Prozesse um ihre vor 10 bzw. 7 Jahren nicht bestandenen Prüfungen werden vor den Verwaltungsgerichten fortgesetzt.

<sup>38</sup> Dazu oben I 1.

<sup>39</sup> BVerwGE 78, 55, 56 ff.

<sup>40</sup> BVerfG, NJW 1991, 2008, 2011.

<sup>41</sup> Hier sei aber an den Satz: „Keine Gleichbehandlung im Unrecht“ erinnert. Wenn die Arbeit des Nachbarn exakt den gleichen Inhalt aufwies wie die eigene, aber beide unterschiedlich benotet wurden, folgt daraus – auch ohne Berücksichtigung des Zusammenarbeitsaspekts – nicht zwingend ein Anspruch auf Höherbewertung der schlechter bewerteten Arbeit: Die höhere Note könnte ja auch rechtswidrig, die schlechtere hingegen rechtmäßig sein.

<sup>42</sup> Diese Rückständigkeit des Prüfungsrechts war schon in der Vergangenheit bemerkt worden; s. *Niehues* aaO, Rdn. 439, der daraus aber den umgekehrten Schluß zog. Aus den unterschiedlichen Kontrollmaßstäben will er keine Intensivierung der Kontrolle bei Prüfungsentscheidungen herleiten, sondern die bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffe „angenommene enge Rechtsbindung der Verwaltung und entsprechend uneingeschränkte Kontrolle der Gerichte in Frage ... stellen“.

<sup>43</sup> Siehe oben III 3 b.

<sup>44</sup> Siehe oben III 1.

<sup>45</sup> Siehe oben III 3 a.

<sup>46</sup> Dazu III 3 c.

<sup>47</sup> Zum Problem: BayVGH, NVwZ 1991, 499.

<sup>48</sup> Dazu eingehend *Laubinger*, VerwA 1981, 333; *H. Meyer*, NVwZ 1986, 513; *Rupp*, FS Bachof, 1984, S. 151.

## Wiederholung/Vertiefung

### Öffentliches Recht

#### Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (II)\*

Von Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen, Münster

#### F) Prozeßführungs- oder Beschwerdebefugnis

Gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG ist die Vb nur zulässig, wenn der Bf behauptet, durch das von ihm bezeichnete Verhalten in seinen von ihm angegebenen Grundrechten verletzt zu sein. Es

muß also um die *eigenen* Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte des Bf gehen. Mit diesem Erfordernis einer

\* Anschluß an Juli 1991, 585 ff.