



## zur Prüfungsanfechtung

Erstellt vom Referendarrat bei dem Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts unter Mithilfe von Herrn Rechtsanwalt Benjamin Unger

Stand: Juli 2021

Trotz sorgfältiger Ausarbeitung übernehmen wir keine Gewähr für die Richtigkeit.

### A. Einführung

Das Nichtbestehen einer Prüfung stellt für viele eine lebensentscheidende Weichenstellung dar – meinen viele. Zum einen fühlt sich eine nicht bestandene Gesamtprüfung wie das 2. Staatsexamen zunächst wie ein großer Niederschlag an. Damit muss die Messe aber noch nicht gesungen sein. Du kannst aktiv werden und entweder selbst oder mit spezialisierter Hilfe deine Klausuren und Voten durchgehen und so ein Überdenkungsverfahren, auch Prüfungsanfechtung genannt, anstoßen, indem du zunächst nach den Ursachen für das Nichtbestehen oder das Verfehlen eines bestimmten Notenziels forschst.

Notwendigerweise können diese Ursachen nur in dem allzu menschlichen Phänomen liegen, dass auf der einen oder anderen Seite Fehler gemacht worden sind. Weder der Referendar, der sich der Zweiten Juristischen Staatsprüfung unterzieht, ist davon frei, solche zu begehen, noch sind es die jeweils eingesetzten Prüfer. Und der Fall, dass die Ursachen für ein schlechtes Examensergebnis allein beim Prüfling oder allein bei den eingesetzten Prüfern liegen, dürfte nur ein theoretischer sein. Erfahrungsgemäß bewirken meist Unzulänglichkeiten beider Seiten das Zustandekommen eines (schlechten) Examensergebnisses. Wir sind alle Menschen – und Die machen Fehler.

Wichtig also: lass dich nicht verrückt machen. Lass die Situation einmal sacken und denke mit der notwendigen Ruhe darüber sie nach. Wenn dabei herauskommt, dass Du aktiv werden möchtest, tue das. Es ist vollkommen in Ordnung. Vor allem solltest Du nicht nach Ablauf der Frist denken: „Hätte ich nicht doch etwas gemacht!“ Dann ist es zu spät.

## B. Gesetzliche Grundlage

Nach § 15 Abs. 1 der Länderübereinkunft (LÜ) (<https://justiz.hamburg.de/contentblob/1494186/d89dbbcea256e709706c88b865396ad2/data/neue-laenderuebereinkunft-2005.pdf>) ist von der mündlichen Prüfung ausgeschlossen,

**wer in den Aufsichtsarbeiten nicht eine durchschnittliche Punktzahl von mindestens 3,75 und in mindestens vier Aufsichtsarbeiten, von denen eine aus dem Bürgerlichen Recht stammen muss, nicht mindestens die Punktzahl 4,0 erreicht hat.**

Satz 1 gilt nicht, wenn der Referendar in mindestens sechs Aufsichtsarbeiten, von denen eine jeweils eine aus dem Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichen Recht stammen muss, mindestens die Punktzahl 4,0 erreicht hat.

Nach § 18 Abs. 1 der Übereinkunft ist die Prüfung bestanden, wenn die Punktzahl der Gesamtnote mindestens vier Punkte beträgt. Darunter ist die Prüfung nicht bestanden.

## C. Der Beurteilungsmaßstab

Der BVerfG hat in dem Urteil BVerfGE 84, 34 zu einem Wandel in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und damit dazu geführt, dass die Chancen einer erfolgreichen Prüfungsanfechtung heutzutage um ein Vielfaches höher sind als bis zum Erlass dieses Urteils. Insbesondere liegt dies in der Abkehr von der überkommenen Dogmatik begründet, die dem Prüfer auch in fachlich-wissenschaftlichen Fragen einen „Beurteilungsspielraum“ zubilligte mit der Konsequenz, dass dieser ohne die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle allein darüber entschied, ob die vom Kandidaten gegebene Antwort falsch oder richtig ist.

Heutzutage ist demgegenüber anerkannt, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf. Nur bei der prüfungsspezifischen Wertung, d.h. der Einordnung der Leistung eines Kandidaten in einen bestimmten Bezugsrahmen, also der eigentlichen Notenvergabe, besteht nach wie vor ein gerichtlich nicht überprüfbarer Bewertungsspielraum.

Konkret bedeutet dies beispielsweise: man kann (grundsätzlich) die Bewertung einer Klausur nicht (erfolgreich) mit dem Vortrag angreifen, diese sei zu niedrig bewertet worden, wohl aber damit, dass der Votant nicht erkannt habe, dass der Kandidat im Rahmen seiner Lösung vertretbar einer Mindermeinung gefolgt sei. Liegt ein solcher

oder ein anderer Bewertungsfehler vor, so besteht ein Anspruch des Kandidaten darauf, dass seine Klausur erneut - nunmehr bewertungsfehlerfrei - benotet wird.

## **D. Die Motivationslage**

Für denjenigen Referendar, der erst- oder gar letztmalig ausweislich eines Bescheides des GPA die Zweite Juristische Staatsprüfung nicht bestanden hat, liegt die Veranlassung zu einer Prüfungsanfechtung auf der Hand. Aber auch derjenige, der zur mündlichen Prüfung zugelassen worden ist und die Zweite Juristische Staatsprüfung sodann „nur“ mit einer ihm nicht angemessen erscheinenden Note bestanden hat, sollte eine Prüfungsanfechtung in Erwägung ziehen, zumal dann, wenn er nur knapp eine bestimmte Notenstufe wie etwa das „magische Vollbefriedigend“ verpasst hat.

## **E. Das Verfahren**

### **a. Wie geht es los?**

Bei Nichtbestehen der schriftlichen Prüfungen erhält man durch das OLG eine schriftliche Benachrichtigung innerhalb einiger Wochen vor der eigentlichen Notenbekanntgabe. Bei der mündlichen Prüfung erfährt man das Ergebnis sofort nach der Prüfung.

Dieser sog. Nichtbestehensbescheid des GPA ist derjenige, der mit Widerspruch und ggf. Anfechtungsklage angegriffen wird. Dabei sind die Fristen der §§ 70 Abs. 1, 74 VwGO zu beachten.

In dem etwas weniger dramatischen, aber ebenso beklagenswerten Fall, dass der Referendar die mündliche Prüfung (erfolgreich) absolviert, die ihm vom Prüfungsausschuss mitgeteilte Endnote ihn aber an der Verwirklichung seiner beruflichen Ziele hindert oder zu hindern droht, bildet eben diese Schlussentscheidung des Prüfungsausschusses den Angriffsgegenstand. Diese Entscheidung des Prüfungsausschusses wird dokumentiert in dem Zeugnis über das Bestehen der Zweiten Juristischen Staatsprüfung, welches einige Tage nach der mündlichen Prüfung zugestellt oder beim GPA selbst entgegen genommen werden kann (Selbstzustellung). Erst in diesem Moment der Entgegennahme des Zeugnisses beginnt die einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO zu laufen.

### **b. Einsichtnahme in die Klausuren nebst Voten**

Auch wenn Bewertungsfehler im Rahmen der mündlichen Prüfung ebenso möglich sind, wie bei der Würdigung der schriftlichen Leistungen eines Referendars und

Verfahrensfehler ebenso zur Rechtswidrigkeit der Prüfung führen können, stehen in der Praxis doch die Bewertungsmängel in den Klausuren im Vordergrund und bilden regelmäßig den Anknüpfungspunkt einer Prüfungsanfechtung. Das liegt in erster Linie darin begründet, dass sich hier die Bewertungsmängel nicht wie in der mündlichen Prüfung verflüchtigen können - Stichwort Beweisbarkeit - und der Einfluss auf die Endnote aufgrund der prozentualen Gewichtung der schriftlichen Leistungen weitaus höher ist - Stichwort Erheblichkeit. Dementsprechend konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Darstellung des Ablaufs einer Prüfungsanfechtung, wenn (ausschließlich) die Bewertung einzelner Klausuren angegriffen wird.

### **i. Termin zur Einsichtnahme**

Das GPA weist auf seiner Internetseite regelmäßig darauf hin, dass ein Termin zur Einsichtnahme so rechtzeitig zu vereinbaren sei, dass er noch innerhalb der Widerspruchsfrist erfolgen könne. Dieser gut gemeinte Hinweis ist leider missverständlich. Denn selbstverständlich kann Widerspruch auch vorsorglich - quasi auf Verdacht - eingelegt werden, ohne bisher die Voten der Prüfer gelesen zu haben. Sollte sich dann nach einer späteren Lektüre der Klausuren und Voten herausstellen, dass der Widerspruch nicht Erfolg versprechend ist, kann er jederzeit zurückgenommen werden, ohne dass dies nachteilige (Kosten-) Folgen nach sich zieht.

### **ii. Grund der Einsichtnahme**

Damit ist bereits ein naheliegender Grund der Einsichtnahme angesprochen: in diesem Verfahrensstadium geht es allein darum, die Erfolgsaussichten eines Widerspruchs abzuschätzen. Gleichfalls bietet sich dem Referendar/Assessor natürlich die Möglichkeit, selbstkritisch die eigene Leistung zu würdigen und also zu überprüfen, inwieweit man selbst für das Zustandekommen des Ergebnisses verantwortlich ist. Auch deshalb sollte nicht vorschnell ein Rechtsanwalt mit der Einsichtnahme beauftragt werden. Dessen Hinzuziehung empfiehlt sich indes, wenn der Kandidat nicht sicher zu beurteilen vermag, ob eine Prüfungsanfechtung Aussicht auf Erfolg verspricht. Auch kann die Hinzuziehung eines Spezialisten manchmal den Blick auf die eigenen Leistungen aufklaren. Denn häufig ist der Verfasser weiter von seiner Lösung überzeugt und daher nicht objektiv in der Beurteilung. Auf der anderen Seite kann es aber auch sein, dass der Verfasser selbst viel besser weiß, was gerade wie entschieden wurde und wie der Lösungsweg sein sollte. Es bedarf also erneut einer ehrlichen Einschätzung – diesmal des eigenen Könnens.

### **c. Widerspruchs begründung**

Wenn nun aufgrund der erfolgten Einsichtnahme der Referendar/Assessor selbst oder der von ihm beauftragte Rechtsanwalt zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Widerspruch erfolgsversprechend ist, so ist dieser - sofern noch nicht geschehen (s.o.) - innerhalb der Monatsfrist einzulegen und sodann ist für jede einzelne Klausur, deren Bewertung angegriffen wird, eine detaillierte und keinesfalls pauschale (Widerspruchs-) Begründung

anzufertigen. Nach ständiger Rechtsprechung besteht die Verpflichtung unter Auseinandersetzung mit den Randbemerkungen der Prüfer sowie den Ausführungen in den jeweiligen Voten substantiiert dargelegt wird, wo die Bewertungsmängel liegen sollen und warum auf dieser Grundlage die bisherige Bewertung nicht aufrechterhalten werden kann.

#### **d. Verwaltungsinternes Nachkontroll- bzw. Überdenkungsverfahren**

##### **i. Ursprung, Sinn und Unsinn dieses Verfahrens**

Nach dieser im Übrigen nicht fristgebundenen Einreichung der einzelnen Begründungen werden diese den jeweiligen Votanten, deren Benotung angegriffen wird, zur Stellungnahme zugeleitet. Auch wenn soeben von Widerspruchsbegründung die Rede war, so befindet man sich zu diesem Zeitpunkt (streng genommen) noch nicht im eigentlichen Widerspruchs-, sondern im **verwaltungsinternen Nachkontroll- bzw. Überdenkungsverfahren**, dessen Einrichtung seinerzeit das BVerfG als Kompensation für den Umstand eingefordert hat, dass den Prüfern nach wie vor ein gerichtlich nicht überprüfbarer Bewertungsspielraum zusteht. Während in einigen Ländern das Überdenkungsverfahren eine explizite gesetzliche Regelung erfahren hat, haben die Länder Hamburg, Schleswig - Holstein und Bremen auf eine solche Regelung in der LÜ verzichtet, praktizieren aber gleichwohl das Überdenkungsverfahren als unselbstständigen Teil des Widerspruchsverfahrens.

In dem Fall, dass sich aus den Voten und den Randbemerkungen der Prüfer keinerlei Anhaltspunkte für einen Bewertungsmangel ergeben, stellt das Überdenkungsverfahren die für den Referendar/Assessor einzige Möglichkeit dar, eine Abänderung seiner Note zu erreichen. Gefordert ist dann seitens des Widerspruchsführers eine Argumentation, die es im Idealfall für die Votanten zwingend erscheinen lässt, die gewünschte (höhere) Note zu vergeben. Generell muss sich diese Argumentation an dem Ziel orientieren, die Stärken der Klausur herauszustellen und die gezeigten Schwächen als verzeihlich, zumindest aber als (in größerem Umfang) kompensationsfähig erscheinen zu lassen. Weitere allgemeine Argumentationshinweise lassen sich hier schlecht geben, da die Anforderungen an die Begründung in jedem Einzelfall variieren, insbesondere davon abhängen, welchem Rechtsgebiet die Klausur entstammt, welchen Schwierigkeitsgrad die Klausur aufweist und natürlich von der jeweils vom Kandidaten abgelieferten Leistung.

Werden hingegen mit dem Widerspruch (allein) Bewertungsmängel gerügt, die ohnehin einen Anspruch des Prüflings auf eine Neubewertung seiner Klausur ergeben (dazu sogleich), führt das Überdenkungsverfahren an sich nur zu einer überflüssigen und vermeidbaren Verfahrensverzögerung.

##### **ii. Mögliche Ergebnisse dieses Verfahrens**

Innerhalb eines Zeitraums von 4- 12 Wochen nach Einreichung der Widerspruchs begründung ist mit der Übersendung der beim GPA eingegangenen Stellungnahmen der Votanten zu rechnen. Bei entsprechender Begründung sind die Chancen recht groß, dass die Votanten sich dazu durchringen, einen Punkt mehr zu geben, zumal dann, wenn die Notenstufe dieselbe bleibt, also etwa bei einer Anhebung von 4 auf 5 Punkte. Daher profitieren von dem Überdenkungsverfahren insbesondere Referendare, die die Zweite Juristische Staatsprüfung nur knapp nicht bestanden haben und denen nur wenige Punkte für die Zulassung zur mündlichen Prüfung fehlen. Hier ist mit der geringfügigen Anhebung der Bewertung meist bereits das maximal Mögliche - nämlich die Zulassung des Referendars zur mündlichen Prüfung - erreicht.

Demgegenüber lässt sich eine deutliche Anhebung der Bewertung im Wege des Überdenkungsverfahrens regelmäßig nicht erzielen, selbst dann nicht, wenn es evident ist, dass diese geboten wäre. Hier hilft nur noch die Durchsetzung des Anspruchs auf Neubewertung der Klausur (dazu sogleich).

#### **e. Einstieg ins Widerspruchsverfahren/Neubewertung der Klausur(en)**

Parallel mit der Übersendung der Stellungnahmen der Votanten fragt das GPA regelmäßig an, ob der Widerspruch aufgrund dieser nun für erledigt erklärt wird. Wird diese Frage bejaht, wird der Referendar entweder mit dem nun feststehenden schriftlichen Ergebnis zur mündlichen Prüfung zugelassen, ihm wird ein neues Zeugnis mit der neu berechneten Note ausgestellt oder die Widerspruchsakte wird schlicht ohne Erlass eines Bescheides geschlossen, wenn das Überdenkungsverfahren zu keiner Anhebung der Einzelnoten geführt hat.

Andernfalls prüft das GPA nun selbst die Berechtigung der in den Begründungen vorgetragenen Einwendungen unter Hinzuziehung der Stellungnahmen der Votanten. Erkennt es diese an, wird die Neubewertung der Klausur durch zwei andere Votanten verfügt. In diesem Fall sind die „Karten völlig neu gemischt“ und es ist möglich, dass eine anfänglich noch mit mangelhaft bewertete Klausur nun mit befriedigend bewertet wird.

Erkennt das GPA demgegenüber die Berechtigung der vorgetragenen Einwendungen und damit den Anspruch des Prüflings auf Neubewertung seiner Klausur nicht an, so bleibt nichts anderes übrig, als um **Erlass eines klagfähigen Widerspruchsbescheides** zu bitten und den Anspruch klageweise zu verfolgen.

#### **f. Klage vor dem Verwaltungsgericht**

Ergibt sich nach alledem doch die Notwendigkeit, den Anspruch auf Neubewertung vor dem VG zu verfolgen, muss innerhalb der Frist des § 74 VwGO Klage erhoben werden mit dem Antrag, den Bescheid über das Nichtbestehen der Prüfung bzw. die Schlussentscheidung des Prüfungsausschusses ganz bzw. teilweise aufzuheben und das GPA zu verpflichten, unter der Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts die konkret bezeichneten Klausuren neu zu bewerten.

## F. Mängel/Fehler im Prüfungsverfahren im Überblick

### a. Allgemeines

Nach Darstellung der (Rechtsschutz-) Form der Geltendmachung von Bewertungsmängeln und des verfahrensmäßigen Ablaufs ihrer Überprüfung soll nun abschließend ein kurzer Gesamtüberblick über die möglichen Mängel im Prüfungsverfahren überhaupt und - soweit noch erforderlich - zu deren Geltendmachung gegeben werden. In den bisherigen Ausführungen sollte die überaus wichtige Differenzierung zwischen solchen Mängeln, die sich auf das Verfahren der Art und Weise der Ermittlung und Bewertung der Prüfungsleistung beziehen (Verfahrensmängel) und solchen Mängeln, die in der Bewertung der Prüfungsleistung selbst liegen (Bewertungsmängel), bereits deutlich geworden sein.

### b. Bewertungsmängel

Ein Bewertungsmangel liegt allgemein und abstrakt formuliert dann vor, wenn materiell-rechtliche Vorgaben für die Leistungsbewertung nicht beachtet worden sind. Die wichtigsten materiell-rechtlichen Vorgaben sind dabei folgende:

**„Antwortspielraum“ des Prüflings:** Wie bereits erwähnt, darf eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden. „Klebt“ der Votant zu sehr an der Lösungsskizze und erkennt bspw. nicht, dass der Kandidat im Rahmen seiner Lösung vertretbar einer Mindermeinung gefolgt ist, liegt ein Bewertungsmangel vor.

**Häufigster Fehler sind Willkürverbot/sachfremde Erwägungen:** Ein Verstoß gegen das Willkürverbot liegt vor, wenn die Bewertung des Prüfers aus keinem sachlichen Grunde mehr gerechtfertigt werden kann. Bsp.: Ein Prüfer hat Probleme, die Schrift eines Kandidaten zu entziffern und bewertet aus Verärgerung darüber nur mit mangelhaft, ohne wesentliche inhaltliche Mängel der Klausur zu rügen.

**Allgemeine Bewertungsgrundsätze:** An dieser Stelle ist insbesondere das Gebot der sachlichen Korrektur zu nennen. Dieses wird etwa durch aggressive, polemische Randbemerkungen der Prüfer verletzt.

### c. Die Verfahrensmängel

Bei den denkbaren Verfahrensmängeln, die zur Rechtswidrigkeit der Prüfung insgesamt oder einzelner Prüfungsabschnitte führen können, kann zunächst wieder differenziert werden zwischen solchen Mängeln, die sich auf den äußeren Rahmen der Ermittlung der Prüfungsleistung beziehen und solchen, die den „inneren Rahmen“ betreffen.

### **i. Der äußere Rahmen**

Dazu zu zählen sind alle (äußeren) Bedingungen, unter denen die Prüfungsleistung erbracht werden musste.

Bsp.: Temperatur im Vorbereitungs- und/oder Prüfungsraum, Störfaktoren wie etwa laute Mitprüflinge, naher Baulärm, ständige Telefonate der Aufsichtsperson etc.

### **ii. Der innere Rahmen**

Hierzu zu zählen sind Umstände, die mehr das eigentliche Verfahren der Ermittlung und Bewertung der Prüfungsleistung betreffen.

Bsp.: Besetzung der Prüfungskommission in der mündlichen Prüfung (Probleme hier etwa: Befangenheit einzelner Prüfer, gesundheitliche Mängel wie Schwerhörigkeit, Erkrankung etc.), Prüfungsgegenstände, Dauer einzelner Prüfungsabschnitte für den jeweiligen Kandidaten etc.

### **iii. Die Rügeobliegenheit**

**Wichtig: Weist bereits die Prüfungsaufsichten darauf hin. Dann ist das Kind noch nicht in den Brunnen gefallen und die Prüfungsaufsichten sind bereits sensibilisiert.** Wo auch immer die aufgetretenen Mängel zu verorten sind, so besteht beim (vermuteten) Vorliegen eines Verfahrensmangels die **Pflicht des Prüflings**, einen solchen unverzüglich zu rügen. Die Rügepflicht des Prüflings soll erstens hier dem GPA Gelegenheit geben, einen unterlaufenen Verfahrensfehler so schnell wie möglich zu beseitigen und die Aufklärung des Mangels ermöglichen, die oftmals nur zeitnah erfolgen kann. Wer beispielsweise der Auffassung ist, einer seiner Prüfer in der mündlichen Prüfung sei befangen gewesen, muss dies spätestens am Ende der mündlichen Prüfung zu Protokoll rügen.

**Derjenige Referendar, der die Rüge eines vermuteten Verfahrensfehlers unter- und so zulässt, dass seine Prüfungsleistung rechtswidrig ermittelt und/oder bewertet wird, kann sich auf einen solchen Verfahrensmangel im Wege einer späteren Prüfungsanfechtung nicht mehr berufen.** Ist der Prüfling sich nicht sicher, ob ein Verfahrens- oder ein materieller Fehler vorliegt, sollte er den sichersten Weg wählen und den Fehler - und zwar unverzüglich - rügen, um nicht Gefahr zu laufen, seiner Rechte verlustig zu gehen.

#### **iv. Die Geltendmachung**

Ist der Verfahrensfehler vom Prüfling ordnungsgemäß gerügt worden, ohne dass das GPA Abhilfe geschaffen hat oder hätte schaffen können, kann dieser Verfahrensmangel wiederum im Wege einer Prüfungsanfechtung durch Widerspruch und /oder Klage geltend gemacht werden. Bei „personengebundenen“ Verfahrensmängeln, wie etwa der Befangenheitsrüge, ist es üblich, dass das GPA den betroffenen Prüfern zunächst Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, bevor es in der Sache entscheidet. Bei der Geltendmachung von Verfahrensmängeln ist zu bedenken, dass dies im Erfolgsfalle nicht selten dazu führt, dass der Prüfling Prüfungsleistungen erneut - wie etwa die mündliche Prüfung oder Teile derselben - erbringen muss bzw. darf. Der Prüfling muss hier für sich entscheiden, ob die Neuerbringung der Prüfungsleistung eher ein Müssen oder ein Dürfen für ihn ist und es davon abhängig machen, ob er sich auf den Verfahrensmangel beruft oder nicht.

**Wir wünschen allen Referendarinnen und Referendaren ein erfolgreiches Referendariat und dass ihr auf die hier bereitgestellten Informationen nicht angewiesen seid.**