

*Josef Franz Lindner\**

## **Wider unnötige Härten im Prüfungsrecht – zum Anspruch auf Wiederholung einer bestandenen Prüfung zur Notenverbesserung –**

### **1** Einleitung

Prüfungen dienen der Feststellung, ob und mit welchem Erfolg der Prüfling das Ziel seiner Ausbildung oder seines Studiums erreicht hat. Verlauf und Ergebnisse von Prüfungen entscheiden über die Realisierbarkeit von Lebensentwürfen: Prüfungen können Chancen der Verwirklichung individueller Präferenzen in persönlicher, beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht eröffnen, sie aber auch ganz oder teilweise verschließen. Eine endgültig nicht bestandene Hochschulabschlussprüfung, ein trotz Wiederholung nicht oder nur mit geringer Punktzahl bestandenes Staatsexamen bedeuten die Nichtrealisierbarkeit des gewünschten Berufs, wenn zu dessen Ergreifung und Ausübung ein erfolgreicher oder mit einer bestimmten Note oder Punktzahl qualifizierter Abschluss rechtlich erforderlich ist oder in der Praxis als – tatsächlich – unabdingbar erwartet wird. Prüfungsrecht hat in hohem Umfang Selbstbestimmungsrelevanz. In Prüfungen fallen daher mitunter harte Entscheidungen. Eine solche ist nicht nur die des Nichtbestehens, sondern auch die des Bestehens einer Prüfung mit einer Note oder Punktzahl, bei der keine realistische Chance auf Erreichen des erstrebten Berufsziels oder auf Aufnahme des gewünschten Studiums besteht.<sup>1</sup> Obwohl das Prüfungsrecht von Härten niemals völlig frei sein kann, stellt sich dem Prüfungsrechtsetzer doch die Aufgabe, unnötige Härten zu vermeiden und unvermeidbare Härten im Bereich des Möglichen zu reduzieren. Ein wichtiges prüfungsrechtliches Instrument dazu ist die Kategorie der Wiederholbarkeit einer Prüfung, und zwar sowohl der nicht bestandenen Prüfung als auch der bestandenen Prüfung zur Notenverbesserung (2). Das OVG Lüneburg hat jüngst – in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur – judiziert, dass es einen Anspruch auf Wiederholung einer bestandenen Prüfung zur Notenverbesserung von Verfassungen wegen nicht gebe (3). Diese Entscheidung greift zu kurz, da sie die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und tatsächlichen offenen Flanken des Prüfungswesens nicht hinreichend erfasst und daher das vom Grundsatz der Prüfungsgerechtigkeit geforderte Kompensationsgebot verkennt (4).

### **2** Zur Wiederholbarkeit einer Prüfung – Typologie

Wer eine Prüfung nicht oder nicht seinen persönlichen Ansprüchen oder denen potenzieller Arbeitgeber genügend bestanden hat, wird danach trachten, die Prüfung ganz oder mindestens teil-

\* Der Verfasser ist Privatdozent an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst. Der Beitrag gibt seine persönliche Meinung wieder.

1 Wer im 2. Juristischen Staatsexamen eine Punktzahl von beispielsweise 4 Punkten erreicht, hat das Staatsexamen zwar bestanden, jedoch keine reelle Chance auf Einstellung in den Justiz- oder höheren Verwaltungsdienst. Wer die Abiturprüfung mit einer geringen Punktzahl und damit einer schlechten Note bestanden hat, hat wenig Aussicht auf Erhalt eines Studienplatzes in „harten“ NC-Fächern (vorbehaltlich einer langen Wartezeit).

weise wiederholen, also ein zweites oder weiteres Mal absolvieren zu können. Es sind verschiedene Fallgruppen einer Wiederholung zu unterscheiden<sup>2</sup>:

- (1) Tritt der Prüfling – etwa im Krankheitsfall – wirksam, zumal rechtzeitig und unter Vorlage entsprechender Nachweise, wegen Verhinderung oder Unzumutbarkeit von der Prüfung zurück, gilt die Prüfung nach Maßgabe der jeweils einschlägigen prüfungsrechtlichen Vorschriften als nicht abgelegt. Die Prüfung wird dann streng genommen nicht wiederholt, sondern zu einem späteren Termin erstmals abgelegt. Erfolgt der Rücktritt nicht vor Beginn der Prüfung, sondern während des laufenden Prüfungsverfahrens, können nach Maßgabe der jeweiligen Prüfungsordnung bislang abgelegte Teile der Prüfung als abgelegt behandelt werden, so dass nicht die gesamte Prüfung, sondern nur die versäumten Prüfungsteile nachgeholt werden müssen.<sup>3</sup>
- (2) Eine zweite Modalität ist die Wiederholung der Prüfung oder von Teilen davon zur Korrektur von Prüfungsmängeln, etwa nach erfolgreicher Anfechtung des Prüfungsergebnisses.<sup>4</sup>
- (3) Die wichtigste Form der Wiederholung ist die wegen (vollständigen oder teilweisen) Nichtbestehens der Prüfung. Eine einmalige Wiederholungsmöglichkeit ist in den Prüfungsordnungen stets vorgesehen, sie dürfte – jedenfalls bei berufsqualifizierenden oder sonst berufsrelevanten Prüfungen (z.B. Abitur [als Hochschulzugangsvoraussetzung], Staatsexamina, Hochschulabschlussprüfung) – vom Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) geboten sein. Eine zweite Wiederholungsmöglichkeit nach zweimaligem Nichtbestehen ist mitunter vorgesehen, jedoch nicht, zumal nicht generell durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geboten.<sup>5</sup>
- (4) Von (3) zu unterscheiden ist die Wiederholbarkeit einer *bestanden* Prüfung zur Notenverbesserung. Eine solche Möglichkeit ist in den einschlägigen Prüfungsordnungen zwar zumeist vorgesehen<sup>6</sup>, jedoch nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verfassungsrechtlich nicht geboten. Jüngster Beleg dafür ist eine nachfolgend kurz skizzierte Entscheidung des OVG Lüneburg (dazu sogleich 3).

### 3 Rechtsprechung:

#### kein Anspruch auf Wiederholung zur Notenverbesserung

Nach § 19 NdsJAG i.d.F. vom 18.09.2001 bestand die Möglichkeit zur freiwilligen Wiederholung einer bestandenen Juristischen Staatsprüfung nur bei der 1., nicht indes bei der 2. Juristischen

2 Im Anschluss an die Systematisierung bei *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 2, 4., Aufl. 2004, Rn. 730 ff.

3 Vgl. etwa § 29 BayJAPO.

4 Allerdings führt nicht jeder Prüfungsmangel zur Wiederholung der Prüfung. Die Wiederholung der fehlerbehafteten Prüfung ist nur dann notwendige Fehlerfolge, wenn der Prüfungsmangel überhaupt erheblich, also von Bedeutung für das Prüfungsergebnis sein kann, und wenn er nicht auf andere Weise kompensiert werden kann (z.B. Nachkorrektur ggf. durch einen anderen Prüfer).

5 Bei Vorliegen besonderer – insbesondere persönlicher – Gründe („Härtefälle“) kann eine zweite reguläre Wiederholungsmöglichkeit verfassungsrechtlich geboten sein, um dem Einzelnen den Weg in den gewünschten Beruf nicht endgültig zu verschließen; Nachweise bei *Niehues* (Anm. 2), Rn. 742; BayVerfGH, BayVBl. 1994, S. 526.

6 Zum sog. „Freischuss“ s. z.B. § 5 d Abs. 5 Satz 2 DRiG oder Art. 61 Abs. 7 BayHSchG.

Staatsprüfung.<sup>7</sup> Ein Kläger, der die 2. Juristische Staatsprüfung bestanden hatte, begehrte Zulassung zur Wiederholung, um seine Note zu verbessern. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Daraufhin erhob der Beklagte Klage zum Verwaltungsgericht. Diese hatte ebenso wenig Erfolg wie der Antrag auf Zulassung der Berufung nach § 124 VwGO. Das OVG Lüneburg erklärte im Beschluss vom 12.07.2007<sup>8</sup> den gesetzlichen Ausschluss der Zulassung zu einer freiwilligen Wiederholungsprüfung mit dem Ziel der Notenverbesserung für verfassungskonform, insbesondere für mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Die wesentlichen Argumente des OVG Lüneburg lassen sich wie folgt zusammenfassen: Der von § 19 NdsJAG normierte Ausschluss der freiwilligen Wiederholbarkeit der 2. Juristischen Staatsprüfung zur Notenverbesserung stelle keinen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG dar. Anders als im Falle des Nichtbestehens sei im Falle des Bestehens der Prüfung (wenn auch mit einer schlechten Note oder geringen Punktzahl) kein unmittelbarer rechtlicher Bezug zwischen dem Prüfungsergebnis und der Wahl eines bestimmten juristischen Berufs gegeben. Der Prüfling erhalte mit dem Bestehen der Prüfung die Zulassung zu dem erstrebten Beruf, im Fall der bestandenen 2. Juristischen Staatsprüfung sowohl für den Richterberuf und den höheren Verwaltungsdienst als auch für jede andere juristische Betätigung. Daher liege in der Entscheidung des niedersächsischen Gesetzgebers, die Möglichkeit der Notenverbesserung für die 2. Juristische Staatsprüfung nicht einzuräumen, weder ein Eingriff in die Ausbildungsfreiheit noch in die Freiheit der Berufswahl. Der Benotung komme im Fall des Bestehens einer Prüfung in rechtlicher Hinsicht eine objektiv berufsregelnde Tendenz nicht zu, möge dies in tatsächlicher Hinsicht auch anders zu beurteilen sein. Zwar könnten sich – so räumt das OVG ein – die Chancen des Prüflings, auf dem Arbeitsmarkt Fuß zu fassen, durch die Möglichkeit der Notenverbesserung auch und gerade im juristischen Bereich in tatsächlicher Hinsicht erhöhen. Aus Art. 12 Abs. 1 GG lasse sich gleichwohl ein Anspruch auf Erhöhung tatsächlicher Chancen gerade in Form der Möglichkeit einer Wiederholungsprüfung nicht herleiten. Mit dieser – aus der Sicht eines Prüflings, der die Prüfung mit nur geringer Punktzahl bestanden hat, möglicherweise als zynisch zu empfindenden – Begründung folgt das OVG Lüneburg der Rechtsprechung anderer Verwaltungsgerichte sowie der herrschenden Meinung in der Literatur.<sup>9</sup>

Der Ausschluss der freiwilligen Prüfungswiederholung verstößt nach Auffassung des OVG Lüneburg auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Einen solchen Verstoß hatte der Kläger darin gesehen, dass eine freiwillige Wiederholung der 1. Juristischen Staatsprüfung zulässig, der 2. Juristischen Staatsprüfung jedoch ausgeschlossen war. Das OVG Lüneburg sieht diese beiden Sachverhalte bereits als miteinander nicht vergleichbar an, so dass der Prüfungsrechtsetzer für beide Staatsprüfungen unterschiedliche Regelungen treffen könne. Auf den das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit, seine in tatsächlicher Hinsicht offene Flanke und deren Kompensation geht das Gericht hingegen nicht näher ein.

7 Die Vorschrift wurde mittlerweile dahingehend geändert, dass ein freiwilliges Wiederholen zur Notenverbesserung auch beim 2. Juristischen Staatsexamen zulässig ist. Nach § 5 d Abs. 5 Satz 4 DRiG kann das Landesrecht eine Wiederholung der staatlichen Prüfungen zur Notenverbesserung zulassen.

8 OVG Lüneburg, NJW 2007, S. 3657.

9 Vgl. VGH München, BayVBl 1986, S. 530; VGH Mannheim, VBIBW 1993, S. 263; VGH Kassel, U. v. 29.12.1994 – 6 Ue 2134/93; BVerfG, B. v. 30.10.1984 – 7 B 111/84. Aus der Literatur: *Brehm/Zimmerling*, Prüfungsrecht, Rn. 27; *Niehues*, (Anm. 2), Rn. 747.

#### 4 Wiederholbarkeit zur Notenverbesserung als Verfassungsgebot

Damit steht aus der Sicht der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur fest:

- (1) Wer eine (zumindest berufsqualifizierende) Prüfung *nicht bestanden* hat, muss sie von Verfassungs wegen wiederholen können.
- (2) Nicht generell verfassungsrechtlich geboten ist eine zweite Wiederholung einer nicht bestandenen Prüfung.
- (3) Nicht verfassungsrechtlich geboten ist die Wiederholbarkeit einer bestandenen Prüfung zur Notenverbesserung. Dies bedeutet: Wer eine Prüfung knapp nicht bestanden hat (etwa mit 3,9 Punkten im Jur. Staatsexamen), erhält eine zweite Chance, mit der er sich in der Wiederholungsprüfung auch deutlich verbessern kann. Wer eine Prüfung indes knapp bestanden hat (z.B. 4,0 Punkte), dem kann die Wiederholung versagt werden. Zwar lässt sich daraus noch nicht ohne Weiteres ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ableiten, da das knappe Nichtbestehen und das knappe Bestehen einer Prüfung unterschiedliche Sachverhalte sind, an die der Gesetzgeber unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen kann. Allerdings erscheint der Wertungswiderspruch, dass auch nur ein Noten- oder Punktebruchteil über die Frage einer „zweiten Chance“ entscheidet, doch als beachtlich. Dieser Wertungswiderspruch verschärft sich noch, wenn man sich vor Augen hält, dass das nur knappe Bestehen der 2. Juristischen Staatsprüfung in der Praxis jede Chance auf die Einstellung im höheren Verwaltungsdienst oder bei der Justiz faktisch ausschließt, jedenfalls sehr erschwert. *Insoweit* kann das knappe Bestehen einem Nichtbestehen der Sache nach durchaus gleich stehen.

Die Hinnahme eines solchen Wertungswiderspruches durch das OVG Lüneburg wird den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Prüfungsrechts nicht hinreichend gerecht (4.1.). Insbesondere lassen Rechtsprechung und herrschende Meinung durch ihre Fixierung auf eine angeblich rechtliche Gleichwertigkeit aller bestandenen Prüfungen (gleichgültig mit welcher Note oder mit welcher Punktzahl die Prüfung jeweils bestanden wurde) die tatsächliche offene Flanke, die der Verfassungsgrundsatz der Chancengleichheit gerade im Prüfungswesen hat, außer Betracht (4.2.). Die zumindest einmalige freiwillige Wiederholbarkeit einer bestandenen Prüfung ist eine verfassungsrechtlich notwendige Kompensation dieser offenen Flanke (4.3.).

##### 4.1 Prüfungsgerechtigkeit als Verfassungsgrundsatz

Das Prüfungsrecht steht auf drei grundrechtlichen Säulen<sup>10</sup>: dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Rechtswegeggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG). Diese drei Säulen konstituieren den Verfassungsgrundsatz von der Prüfungsgerechtigkeit:

- a) Der Bezug berufsrelevanter Prüfungen (z.B. Abiturprüfung, Staatsexamen, Hochschulabschlussprüfung) zum Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ist evident. In

<sup>10</sup> Guhl, Prüfungen im Rechtsstaat, 1978; Lindner, Die Prägung des Prüfungsrechts durch den Grundsatz der Chancengleichheit, BayVBl. 1999, S. 100; Kempen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis, 2004, S. 34.

seinen grundlegenden Entscheidungen zum Prüfungsrecht vom 17.4.1991 hat das BVerfG diesen Bezug deutlich herausgestellt: Nach Art. 12 Abs. 1 GG müssen berufsbezogene Prüfungsverfahren so gestaltet sein, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit effektiv geschützt wird.<sup>11</sup> Prüfungsstoff und Prüfungsfragen müssen<sup>12</sup> sich materiell-inhaltlich an den Anforderungen für das jeweilige Berufsbild orientieren, das Prüfungsverfahren ist so zu gestalten, dass der vor Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigte Prüfungszweck in objektivierbarer Weise erreicht wird.<sup>13</sup> Das gesamte materielle und formelle Prüfungsrecht ist vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG zu interpretieren, zu legitimieren und zu optimieren.

- b) Hinzukommt der Grundsatz der Chancengleichheit, der seine verfassungsrechtliche Wurzel in Art. 3 Abs. 1 GG hat. Das BVerfG bezeichnet die Chancengleichheit als einen das Prüfungsrecht „beherrschenden Grundsatz“<sup>14</sup>, der seine prüfungsrechtliche Bedeutung in erster Linie als formeller Grundsatz in verfahrensrechtlicher Dimension entfaltet. Für vergleichbare Prüflinge müssten – so das BVerfG – soweit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien gelten.<sup>15</sup> Die Prüflinge müssen ihre Prüfungsleistungen möglichst unter gleichen Bedingungen erbringen können.<sup>16</sup> Jede Prüfung muss „streng egalitär“ sein.<sup>17</sup> Die Normen des Prüfungsrechts sind im Lichte der Optimierung der Chancengleichheit anzuwenden und gegebenenfalls insoweit teleologisch zu erweitern oder zu reduzieren. Chancengleichheit bedeutet indes nicht tatsächliche Realisierungsgleichheit. Aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG folgt kein Anspruch darauf, dass jeder Prüfungsteilnehmer die Prüfung mit dem von ihm gewünschten Erfolg bestehen müsste. Es existiert kein rechtlich gesicherter Erfolgsanspruch<sup>18</sup>, wohl aber ein Recht auf eine faire Chance, seine Fähigkeiten in der Prüfung unter Beweis zu stellen.
- c) Wer eine Prüfung nicht oder nicht mit dem von ihm erwarteten Erfolg besteht, kann die Rechtmäßigkeit des Prüfungsverfahrens, der Bewertung der Prüfungsleistung und schließlich das Prüfungsergebnis gerichtlich angreifen. Dieses Überprüfungsinteresse ist verfassungsrechtlich durch das formelle Hauptgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG geschützt.

#### 4.2 Die „conditio humana“ als tatsächlich offene Flanke der Prüfungsgerechtigkeit

Stärker als andere Rechtsgebiete ist das Prüfungsrecht durch menschliche Befindlichkeiten geprägt: Menschen prüfen Menschen – mit allen psychischen und (auch) physischen Begleiterscheinungen und Konsequenzen, Glücks- und Zufällen, Gemeinheiten, Präferenzen, Sympathien und Antipathien etc. Diese „conditio humana“<sup>19</sup> ist unvermeidbar, beeinträchtigt jedoch – fak-

11 BVerfGE 84, 34 (Leitsatz 1).

12 BVerwGE 78, 55, 57.

13 Der Grundrechtsschutz hat sich insbesondere durch sachgerechte Gestaltung und Organisation des Verfahrens zu verwirklichen; *Birnbaum*, Die Rügepflicht des Prüflings, NVwZ 2006, S. 286 m.w.N.; BVerfGE 84, 34, 45; 84, 59, 72; BVerwGE 104, S. 203 ff.; allgemein zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 11 ff., S. 461 ff.

14 BVerfGE 37, 342, 353; 52, 380, 388; 79, 212, 218; 84, 34, 52. Vgl. auch BVerwG, NJW 1991, S. 442, das den Grundsatz der Chancengleichheit als „prüfungsrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)“ ansieht.

15 BVerfGE 84, 34, 52.

16 BVerwGE 85, 323, 325; 87, 258, 261.

17 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl., 2005, Art. 3 Rn. 37.

18 *Niehues* (Anm. 2), Rn. 106.

19 Dazu in grundsätzlicher Hinsicht *Plessner*, Die Frage nach der *conditio humana*, 1961.

tisch – die Prüfungsgerechtigkeit. Zugespitzt: Die Prüfungsgerechtigkeit als normativ verfassungsrechtlicher Leitmaßstab findet in der „conditio humana“ ihre offene Flanke.<sup>20</sup> Gemeint ist die *tatsächliche* Prüfungswirklichkeit: Nicht jeder Prüfer hält die von ihm angelegten Bewertungsmaßstäbe bei allen Kandidaten in gleichmäßiger Weise durch, Launen und „Tagesform“ wechseln. Der ideale Prüfer ist angesichts menschlicher Fehlbarkeit eine Illusion. Nicht jede Prüfungsaufgabe weist einen vergleichbaren Schwierigkeitsgrad auf, persönliche, unverschuldete und nicht beeinflussbare Indispositionen etwa bei bestimmten Wetterlagen können – durchaus gravierenden – Einfluss auf den Prüfungserfolg haben, ebenso Sorgen über erkrankte Angehörige oder über sonstige Widrigkeiten des Lebens. Absolute Prüfungsgerechtigkeit in dem Sinn, dass jeder Prüfling unter optimalen Bedingungen seine Fähigkeiten beweisen kann, kann es daher nicht geben.

#### 4.3 Wiederholbarkeit als Kompensation der offenen Flanke

a) Diese offene Flanke der Prüfungsgerechtigkeit ist unvermeidbar, sie verdammt das Prüfungsrecht aber nicht zur Resignation; sie kann zwar nicht vollständig, aber doch ein beachtliches Stück geschlossen werden. Notwendig sind dazu prüfungsrechtliche Kompensationsmechanismen. Der Grundsatz der Prüfungsgerechtigkeit stellt im Sinne der Normtheorie ein Prinzip, ein Optimierungsgebot dar.<sup>21</sup> Es fordert vom prüfungsrechtlichen Normsetzer, von den mit dem Vollzug des Prüfungsrechts Betrauten, den prüfenden Personen selbst sowie von den Verwaltungsgerichten, der Prüfungsgerechtigkeit in möglichst hohem Maße zur Wirksamkeit zu verhelfen. Das Prüfungsrecht ist zu einem guten Teil nichts anderes als ein Baukasten von Kompensationsmitteln, deren Zweck es ist, die offene Flanke der Prüfungsgerechtigkeit möglichst zu schließen. Ein Beispiel ist der Anspruch auf Überprüfung der Bewertung, der sog. „Überdenkensanspruch“.<sup>22</sup> Dieser will offene Flanken „in der Person des Prüfers“ schließen. Weiteres Kompensationsmittel ist der Ausgleich von unverschuldeten Benachteiligungen von Prüflingen (z.B. Schreibzeitverlängerungen bei Behinderung). Befindlichkeiten in der Person des Prüflings, die zum *Nichtbestehen* der Prüfung führen, werden durch die Möglichkeit der Prüfungswiederholung kompensiert. Zwar können Befindlichkeiten des Prüflings grundsätzlich nicht bei der Bewertung der Prüfungsleistung zu dessen Gunsten berücksichtigt werden (da ansonsten die von der Chancengleichheit gebotene Objektivität nicht mehr gewährleistet wäre), jedoch räumt die Prüfungsordnung dem gescheiterten Prüfling die Möglichkeit einer zweiten Chance ein, um in der Wiederholungsprüfung sein wirkliches Können unter Beweis zu stellen. Die Wiederholbarkeit der Prüfung ist das effektivste Mittel zur Kompensation der „conditio humana“ der Prüfungsgerechtigkeit. Dies gilt nicht nur für die Wiederholung wegen Nichtbestehens, sondern auch für die Möglichkeit der Wiederholung zur Notenverbesserung. Der Grund dafür ist ein psychologischer: Das Bewusstsein des Prüflings, in *jedem* Fall eine „zweite Chance“ zu haben, vermindert den ohnehin vorhandenen Prüfungsdruck; Prüfungsangst und damit verbundene leistungsverzerrende Blockadephänomene physischer wie psychischer Natur werden gemildert, wenn das erstmalige Ablegen einer Prüfung nicht gleichzeitig die letzte Chance ist. Dieser psychologische Hauptwirkungspunkt der Wiederholbarkeit einer Prüfung liegt also nicht *nach* der Prüfung, sondern in deren Vorfeld. Daher kann es keinen Unterschied machen, ob der Prüfling

20 Vgl. auch *Becker*, Prüfungsrecht – eine konstruktive Kritik seiner Rituale, 1988.

21 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff. Auch wenn man der Alexy'schen Theorie nicht vollumfänglich folgen mag, so ist doch die Vorstellung von Grundrechten als Optimierungsgeboten im Grundsatz überzeugend.

22 BVerfGE 84, 34, 45 ff. und seitdem ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.

die Prüfung (knapp) besteht oder nicht besteht, da dies vor der Prüfung gar nicht feststehen kann. Zudem reduziert das Bewusstsein der Wiederholbarkeit einer Prüfung (nicht nur bei Nichtbestehen, sondern auch bei Bestehen mit einer schlechten Note) den Rücktrittsdruck.

- b) Die Wiederholbarkeit einer Prüfung zur Notenverbesserung ist ein effektives Mittel zur Herstellung von Prüfungsgerechtigkeit. Sie ist verfassungsrechtlich geboten. Zwar hat der Prüfungsrechtsetzer bei der Wahl der Instrumente zur Kompensation der „conditio humana“ einen Gestaltungsspielraum, er dürfte jedoch dann gegen den Verfassungsgrundsatz der Prüfungsgerechtigkeit verstoßen, wenn er es unterlässt, ohne zureichenden Grund auf ein besonders wirksames Kompensationsinstrument, nämlich auf eine Wiederholbarkeit zur Notenverbesserung zu verzichten. In Anlehnung an die Grundrechtsdogmatik könnte man insofern von einem „prüfungsrechtlichen Untermaßverbot“ sprechen.<sup>23</sup> Verfassungsrechtlich geboten ist indes nur die Wiederholbarkeit der gesamten Prüfung, nicht etwa einer einzelnen (nicht bestandenen) Klausur. Letzteres *kann* der Prüfungsrechtsetzer allerdings vorsehen.
- c) Allerdings gebietet das prüfungsrechtliche Untermaßverbot nicht, dass für jedwede Art von Prüfung die freiwillige Wiederholbarkeit vorgesehen werden muss. Es ist vielmehr zu unterscheiden zwischen solchen Prüfungen, die berufsbezogenen Charakter haben wie die Abiturprüfung am Ende der gymnasialen Oberstufe (im Hinblick auf den Hochschulzugang und die Hochschulzulassung), Hochschulabschlussprüfungen oder Staatsexamina, und solchen Prüfungen, bei denen das nicht der Fall ist (z.B. Zwischenprüfungen, Seminar- oder Übungsnoten, die nicht in die Abschlussnote einfließen). Während bei ersteren, insbesondere wenn sie als Abschlussprüfungen im Block abgehalten werden (wo die offene Flanke der „conditio humana“ besonders relevant ist), die Wiederholbarkeit der Prüfung zur Notenverbesserung verfassungsrechtlich geboten ist<sup>24</sup>, kann bei letzteren auf die freiwillige Wiederholbarkeit verzichtet werden. Zu differenzieren ist zweitens zwischen den verschiedenen Prüfungstypen. Während bei schriftlichen und mündlichen Abschlussprüfungen die Gründe für die Notwendigkeit einer freiwilligen Wiederholbarkeit regelmäßig vorliegen, ist dies bei schriftlichen Hausarbeiten, Seminararbeiten und anderen studienbegleitenden Leistungskontrollen (etwa i.R. von Bachelor- und Masterstudiengängen) anders. Dort kann der Prüfling Befindlichkeiten auf der Schiene der Zeit selbst ausgleichen. Er hat die Möglichkeit, sich die Zeit selbst einzuteilen und leistungsbeeinträchtigende oder -verzerrende Widrigkeiten bei anderer Gelegenheit zu kompensieren. Daher ist die Wiederholbarkeit solcher Prüfungen verfassungsrechtlich nicht geboten. Gleiches gilt für die Wiederholung von Schuljahren (etwa der Jahrgangsstufen 11 und 12, die in die Gesamtabiturnote einfließen), da in deren Verlauf ein ganzes Jahr lang die Chance besteht, die Leistungsfähigkeit unter Beweis zu stellen. Auch die Wiederholbarkeit von Prüfungen, deren Ergebnis nur zu einem bestimmten (geringeren) Prozentsatz in das Gesamtergebnis einfließt, ist verfassungsrechtlich nicht geboten.
- d) Der Prüfungsrechtsetzer (z.B. die Hochschule bei Erlass von Prüfungsordnungen als Satzung, der Verwaltungs- oder Gesetzgeber bei Erlass von Prüfungsvorschriften für Staatsexamina oder für die Abiturprüfung) steht daher vor der Aufgabe, je nach Art der Prüfung nach Maßgabe der geschilderten verfassungsrechtlichen Anforderungen zu prüfen, ob die freiwillige Wiederholbarkeit der Prüfung zur Notenverbesserung notwendiges Mittel zur

<sup>23</sup> Vgl. dazu Lindner (Anm. 13), S. 512 ff.

<sup>24</sup> § 5 d Abs. 5 DRiG (oben Anm. 7) ist daher verfassungskonform dahin auszulegen, dass eine Wiederholbarkeit des juristischen Staatsexamens zur Notenverbesserung jedenfalls im Hinblick auf die schriftlichen Abschlussklausuren und die mündliche Abschlussprüfung im Landesrecht vorgesehen werden muss.

Kompensation der offenen Flanke „*conditio humana*“ ist. Dabei können die soeben bei c. geschilderten Differenzierungen ein erster Anhaltspunkt sein.

## 5 Ergebnis

Rechtsprechung und überwiegende Meinung in der Literatur lehnen einen Anspruch von Verfassungen wegen auf Prüfungswiederholung zur Notenverbesserung ab. Das jeweils einschlägige Prüfungsrecht könne einen solchen Anspruch zwar gewähren, er sei jedoch weder von Art. 12 Abs. 1 GG noch von Art. 3 Abs. 1 GG gefordert. Diese restriktive Sichtweise hat das OVG Lüneburg kürzlich wieder bestätigt. Sie überzeugt allerdings weder in der Sache noch verfassungsrechtlich. Vielmehr ist aus dem Verfassungsgrundsatz der Prüfungsgerechtigkeit, insbesondere der Chancengleichheit, ein Anspruch auf Wiederholung jedenfalls von berufsrelevanten Prüfungen (wie z.B. die juristischen Staatsexamina oder die Abiturprüfung) zur Notenverbesserung abzuleiten. Die Wiederholbarkeit der Prüfung dient der Kompensation der in tatsächlicher Hinsicht bestehenden offenen Flanke der Prüfungsgerechtigkeit, der „*conditio humana*“. Das Prüfungsrecht und das Prüfungswesen weisen viele unvermeidbare Härten auf (wie etwa das endgültige Nichtbestehen einer Prüfung). Der Ausschluss der Wiederholbarkeit einer Prüfung zur Notenverbesserung ist hingegen in vielen Fällen eine unnötige und damit vermeidbare Härte.

*Verf.: PD Dr. Josef Franz Lindner, Ludwig-Maximilians-Universität München, Öffentliches Recht, Europarecht, Verwaltungswissenschaften und Rechtsphilosophie, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, E-Mail: josef.lindner@stmwfk.bayern.de*