

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 105

Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen

Rechtsweggarantie – rechtliches Gehör – Beurteilungsspielraum

Von

Hermann Hummel



Duncker & Humblot · Berlin

HERMANN HUMMEL

Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 105

Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen

Rechtsweggarantie – Rechtliches Gehör – Beurteilungsspielraum

Von

Dr. Hermann Hummel



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

**Meinen Lehrern, denen ich die
Anregung zum Studium verdanke:**

Irene Mayer-Eschenbach

Karl-Heinz Rewoldt

Vorwort

Diese Untersuchung möchte zu einer „coincidentia oppositorum“ zwischen den Aufgaben des Schul- und Prüfungswesens und der rechtstaatlichen Forderung nach lückenlosem Gerichtsschutz beitragen. Daß gegen die Versagung von Zeugnissen und Diplomen Art. 19 IV Grundgesetz den Rechtsweg eröffnet, steht außer Streit. Umstritten ist jedoch die Intensität der Gerichtskontrolle, d. h. die Frage, ob Schul- und Examensleistungen auch in ihrer fachlich-wissenschaftlichen Bewertung nachgeprüft werden *dürfen, können* oder *müssen*.

Diese Arbeit wurde durch ein Stipendium der Studienstiftung des Deutschen Volkes und der Allianz Versicherungs-AG gefördert, denen ich zu großem Dank verpflichtet bin. Wertvolle Anregungen verdanke ich dem Seminar von Herrn Professor Dr. P. Lerche, dem Schulreferat der Stadt München und dem Seminar für freiheitliche Ordnung, Herrsching, die mir erlaubten, meine Thesen vor Juristen und Pädagogen vorzutragen. Herrn Professor Lerche möchte ich für Anregungen und Kritik herzlich danken.

Hermann Hummel

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum 15

Erster Abschnitt

Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung 15

| | |
|--|----|
| I. Auffassungen in der Lehre | 15 |
| 1. Die Stellungnahme von Bachof | 15 |
| 2. Ules „Vertretbarkeitslehre“ | 17 |
| 3. Der Standpunkt von Jesch | 18 |
| 4. Die Thesen von Rupp | 18 |
| 5. Andere Stellungnahmen | 19 |
| a) Die „höchstpersönliche Beurteilungsermächtigung“ nach Kellner | 19 |
| b) Die Ablehnung eines Beurteilungsspielraums durch Fellner | 19 |
| c) Die Untersuchung Waltners | 20 |
| II. Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum | 21 |
| III. Zusammenfassung | 22 |

Zweiter Abschnitt

Kritische Würdigung 24

| | |
|--|----|
| I. Zum Streit um die Eindeutigkeit oder Mehrdeutigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe | 24 |
| II. Zum Kann-nicht-Argument von Jesch: <i>Impossibilium nulla est obligatio</i> | 26 |
| III. Die Intension des Gesetzgebers zur Zuständigkeit im Prüfungswesen | 29 |
| 1. Fragestellung und bisheriger Meinungsstand | 29 |
| 2. Zur Funktionsfähigkeit von Schule und Hochschule | 31 |
| 3. Folgerung: Willkürfreie Prüfungsbewertungen sind injustizabel | 32 |
| IV. Willkür und Beurteilungsspielraum | 33 |
| 1. Offenkundige und versteckte Willkür | 33 |
| 2. Bewußte und unbewußte Willkür | 34 |
| 3. Zum Gleichheitsgebot bei Prüfungsbewertungen | 35 |

| | |
|---|----|
| V. Beweiserhebung und materielle Beweislast bei Prüfungsbewertungen | 38 |
| 1. Die Ablehnung von Beweisanträgen | 38 |
| 2. Die materielle Beweislast bei Prüfungsbewertungen | 42 |
| VI. Kurze Zusammenfassung | 44 |

Zweiter Teil

| | |
|--|-----------|
| Interpretation des Art. 19 IV GG im Hinblick auf die Frage nach der Zulässigkeit eines Beurteilungsspielraums | 45 |
|--|-----------|

| | |
|--|-----------|
| Vorbemerkung: Gegenwärtige Tendenzen im Spannungsverhältnis der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt | 45 |
|--|-----------|

Erster Abschnitt

Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung **46**

| | |
|--|----|
| I. Auffassungen in der Lehre | 46 |
| 1. Ule | 46 |
| 2. Andere mit Ule übereinstimmende Auffassungen | 47 |
| 3. Gegenauffassungen von Naumann, Waltner u. a. | 48 |
| II. Auffassungen der Rechtsprechung | 49 |
| 1. Die Judikatur des BVerfG | 49 |
| 2. Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes | 50 |
| 3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes | 50 |
| 4. Die Rechtsprechung des OVG Münster | 50 |
| 5. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes | 51 |
| III. Zusammenfassung | 53 |

Zweiter Abschnitt

Kritische Würdigung **54**

| | |
|---|----|
| I. Zur Auslegung des Art. 19 IV GG | 54 |
| 1. Die Begriffe öffentliche Gewalt, Recht, Rechtsverletzung und Rechtsweg | 54 |
| 2. Die Interpretation des Begriffes „Rechtsweg“ | 55 |
| 3. Teleologische Auslegung | 56 |
| a) Methodisches Vorgehen | 56 |
| b) Sinn und Zweck des Art. 19 IV GG | 57 |
| c) Gefahr eines Scheinrechtsweges? | 59 |
| d) Ausschluß jeglicher fachlich-wissenschaftlicher Gerichtskontrolle? | 61 |

| | |
|--|----|
| II. Die Intensität der Rechtsweggarantie im Lichte allgemeiner Strukturprinzipien der Verfassung | 62 |
| 1. Art. 19 IV GG und Grundsatz des rechtlichen Gehörs | 62 |
| a) Das Konkurrenzverhältnis | 62 |
| b) Gerichtliches Gehör und gerichtsfreier Beurteilungsspielraum | 64 |
| aa) Zur Einsicht und Vorlagepflicht bei Prüfungsakten | 65 |
| bb) Beweisangebote und eigene Sachkunde des Gerichts | 68 |
| 2. Rechtsweggarantie und Gewaltenteilung | 70 |
| a) Die Erhaltung der Substanz des Rechtsschutzes | 70 |
| b) Selbstkontrolle der Verwaltung | 71 |
| 3. Rechtsweggarantie und Rechtsstaatsprinzip | 72 |
| a) Problemstellung | 72 |
| b) Begriff, Wesen und Inhalt des Rechtsstaates | 73 |
| c) Ist Art. 19 IV eine der Essentialien oder nur eine Verstärkung des Rechtsstaates? | 73 |
| aa) Auffassungen des BVerfG und der Lehre | 73 |
| bb) Insbesondere: Gefahr eines Rechtswegestaates | 74 |
| cc) Frühere deutsche „Rechtsstaaten“ | 75 |
| dd) Ausländische Rechtsstaaten | 75 |
| ee) Eigene Auffassung | 75 |
| d) Verbietet die Rechtsstaatsidee eine teleologische Reduktion des Art. 19 IV zugunsten eines Beurteilungsspielraumes? | 76 |
| aa) Das Rechtsstaatsprinzip der materiellen Gerechtigkeit | 76 |
| bb) Das Rechtsstaatsprinzip der Rechtssicherheit | 77 |
| 4. Zusammenfassung | 78 |

A n h a n g

| | |
|---|----|
| I. Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Art. 19 Abs. 4 Satz 1 Grundgesetz | 83 |
| II. Die Entwicklung der Nachkriegsrechtsprechung zum Prüfungswesen | 90 |

Literaturverzeichnis

Abkürzungen

| | |
|------------------|--|
| a. A. | = anderer Ansicht |
| a.a.O. | = am angegebenen Ort |
| abl. | = ablehnend |
| Anm. | = Anmerkung |
| AöR | = Archiv des öffentlichen Rechts |
| Art. | = Artikel |
| AUB | = Allgemeine Unfall-Versicherungsbedingungen |
| BayBO | = Bayerische Bauordnung |
| BayVBl | = Bayerische Verwaltungsblätter |
| BayVerfGH | = Bayerischer Verfassungsgerichtshof |
| BayVGH | = Bayerischer Verwaltungsgerichtshof |
| BEG | = Bundesentschädigungsgesetz |
| BFH | = Bundesfinanzhof und Entscheidungen des Bundesfinanzhofes |
| BGBI | = Bundesgesetzblatt |
| BGE | = Bundesgericht der schweizerischen Eidgenossenschaft |
| BGH | = Bundesgerichtshof |
| BGHSt | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen |
| BGHZ | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BK | = Bonner Kommentar |
| BStBl | = Bundessteuerblatt |
| BVerfG | = Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | = Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen |
| BVerwG | = Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | = Bundesverwaltungsgerichts-Entscheidungen |
| Diss. | = Dissertation |
| DJZ | = Deutsche Juristenzeitung |
| DÖV | = Die öffentliche Verwaltung |
| DRZ | = Deutsche Rechtszeitschrift |
| DV | = Deutsche Verwaltung |
| DVBl | = Deutsches Verwaltungsblatt |
| e. A. | = einstweilige Anordnung |

| | |
|----------------|--|
| GG | = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| GVBl | = Gesetz- und Verordnungsblatt |
| h. L. | = herrschende Lehre |
| JÖR | = Jahrbuch des öffentlichen Rechts |
| JuVAPO | = Juristische Verwaltungs-Ausbildungs- und Prüfungs- ordnung |
| JZ | = Juristenzeitung |
| LS | = Leitsatz |
| LVG | = Landesverwaltungsgericht |
| MDR | = Monatsschrift für Deutsches Recht |
| N.F. | = Neue Folge |
| NJW | = Neue Juristische Wochenschrift |
| OVG | = Oberverwaltungsgericht |
| OVGE | = Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg |
| Rdn. | = Randnummer |
| RGSt | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen |
| RGZ | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RWS | = Recht und Wirtschaft der Schule |
| RzW | = Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht |
| Sp. | = Spalte |
| VerfGH | = Verfassungsgerichtshof |
| VG | = Verwaltungsgericht |
| VGH | = Verwaltungsgerichtshof |
| VO | = Verordnung |
| VVDStRL | = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer |
| VwGO | = Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 |
| ZBR | = Zeitschrift für Beamtenrecht |
| ZPO | = Zivilprozeßordnung |
| zust. | = zustimmend |

Erster Teil

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum

Erster Abschnitt

Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung

I. Auffassungen in der Lehre

1. Die Stellungnahme von Bachof

In seiner Abhandlung „Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht“ legt *Bachof*¹ dar, daß unbestimmte Gesetzesbegriffe der Behörde kein Ermessen im Sinne einer Freiheit des Wählens einräumen könnten, weil die Subsumtion des Sachverhalts unter einen unbestimmten Gesetzesbegriff ein Vorgang des Erkennens sei, der eine Freiheit im Handeln verbiete.

Dennoch sei denkbar, daß — etwa hinsichtlich des Begriffs „anständige Baugesinnung“ — nicht nur *eine* Lösung richtig sei und der Behörde ein Spielraum bei der Beurteilung der Voraussetzungen ihres Handelns eingeräumt werde. Aus verschiedenen Beurteilungsmöglichkeiten folgten zwangsläufig verschiedene Lösungsmöglichkeiten.

Bachof hebt dabei hervor:

1. Ein Beurteilungsspielraum bestehe nur im Bereich der Subsumtion, weil Auslegung und Tatsachenfeststellung stets voll überprüfbare Rechtsfragen seien.
2. Gerade bei Wertbegriffen wie „anständige Baugesinnung“ werde deutlich, daß die Auffassung, der Gesetzgeber lasse mit dieser unbestimmten Formulierung erkennen, daß im konkreten Fall nur *eine* Lösung richtig sein könne, nicht haltbar sei.
3. Innerhalb eines hier nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv möglichen Beurteilungsspielraums könne man kaum von einer

¹ JZ 55, 97 ff.

richtigen oder falschen Beurteilung, sondern nur von verschiedenen möglichen Ansichten sprechen.

4. Eine volle gerichtliche Überprüfung führe nur dazu, daß das Gericht seine nicht weniger subjektive Wertvorstellung an die Stelle jener der Behörde setze, was die Rechtsfindung nicht verbessere, das ganze Verfahren vielmehr unsicherer mache.
5. Verwende der Gesetzgeber einen so sehr auf subjektive Wertvorstellungen gegründeten Begriff, so wolle er der Gesetzesanwendenden Behörde einen Spielraum eigener Beurteilung einräumen.
6. Nur wenn der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund von einer möglichst gründlichen Durchformung der Voraussetzungen des Verwaltungshandelns absehe und eine konkrete Formulierung willkürlich durch einen subjektivierenden Wertbegriff ersetze, verstieße er materiell gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.
7. Die Subsumtion sei nicht wie die Tatsachenfeststellung eine Frage der Beweiswürdigung, sondern eine Frage wertender Beurteilung, wobei es genüge, daß eine Tatsache bei verständiger Würdigung einem Wertbegriff als unterfallend angesehen werden dürfe.
8. Auch Erfahrungsbegriffe wie „Verkehrsgefährdung“ (durch eine Tankstelle) ließen einen derartigen Spielraum zu, zumal im Prozeß oft namhafte Sachverständige zu entgegengesetzten Auffassungen kämen. Hier könnte das Gericht nicht der erfahrenen, für Leben und Gesundheit der Bürger verantwortlichen Behörde die Verantwortung abnehmen.
9. Der Gesetzgeber möge künftig das Bestehen eines Beurteilungsspielraums deutlich hervorheben. Die Vermutung spreche gegen einen Beurteilungsspielraum. Sein Bestehen sei sorgfältig zu begründen.
10. Das Problem der unbestimmten Gesetzesbegriffe bestehe darin, daß die Subsumtion ein Urteil wertender Art erfordere, das wegen der Komplexität der dabei anzustellenden Erwägungen und wegen der Vielzahl der nichtmittelbaren Imponderabilien nicht oder nur begrenzt nachvollziehbar sei².

² Vgl. auch *Bachof*, Anm. zu BVerwGE 4, 89 in DVBl 57, 788; *derselbe*: Die Rechtsprechung des BVerwG (Bde. 4—12), JZ 62, 701 (704); ebenso: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG, 1963, 230 ff.

2. Ules „Vertretbarkeitslehre“

Die in Literatur³ und Rechtsprechung⁴ als „Vertretbarkeitslehre“ bezeichnete Auffassung von Ule⁵ unterscheidet sich von Bachofs Lehre durch folgende Überlegungen.

Der Gewaltenteilungsgrundsatz verlange, daß sich die Verwaltungsgerichte auf die Rechtskontrolle beschränkten, weil sonst die Verteilung der staatlichen Funktionen auf die verschiedenen Funktionsträger nicht mehr gewährleistet sei. In den Grenzfällen, in denen verschiedene Würdigungen eines Sachverhaltes durch einen unbestimmten Rechtsbegriff gedeckt seien, sei eine Rechtskontrolle der Verwaltung jedoch nicht mehr möglich.

Diese relative Freiheit bei der Subsumtion bestehe nicht bei faktischen oder deskriptiven, sondern nur bei allgemeinen normativen Begriffen (unbestimmten Gesetzesbegriffen), die vom Richter eine Beurteilung nach allgemeiner Lebenserfahrung bzw. außerjuristischer oder weltanschaulicher Wertung erforderten.

Ob beispielsweise ein Gewerbetreibender nach einer Diebstahlstrafat unzuverlässig sei, erlaube bei aller noch so gut gemeinten objektivierenden Erfassung von Werten und Normen nur eine relativ gültige Eigenwertung dahingehend, ob *eine* Vorstrafe stets genügend sei oder wann sie ausreiche. Dabei sollte das Gericht im Zweifel der Auffassung der Behörde folgen, wenn deren Ergebnis ohne Verletzung von Denkgesetzen und allgemeinen Erfahrungssätzen zustande gekommen und nach dem Sachverhalt *vertretbar* sei.

Bei Prüfungsentscheidungen führe nicht nur die Unwiederholbarkeit der Prüfungssituation, sondern auch die Unvertretbarkeit der Persönlichkeiten, aus denen sich die Prüfungskommission zusammensetze, zu einer Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit. Deshalb stelle die Beurteilung einer Doktorarbeit oder einer Habilitationsschrift durch die Fakultät einer wissenschaftlichen Hochschule eine unvertretbare Leistung dar, die von keinem anderen Personenkreis erbracht werden könne.

³ Vgl. Jesch AöR 82, 163 (1957); Stern JuS 65, 306 (307); Kellner NJW 66, 857 (858 N. 7); Korbmächer DÖV 65, 696.

⁴ BVerwGE 5, 153 (162); VGH n. F. 19, 122 (125).

⁵ In: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955 S. 309 ff.; derselbe in VVDStL 15, 133 ff., 166 ff. und DVBl 66, 574.