

## Carsten Morgenroth

### Replik auf Unger, OdW 2017, 273 (282 ff.)

In OdW 2017, 273 (282 ff.) hat sich *Benjamin Unger* ausführlich mit meinen Gedanken zum Überdenkungsverfahren (nachfolgend ÜV) in OdW 2017, 13 ff. auseinandergesetzt. Ich möchte hierauf wie folgt erwidern.

#### I.

Die umfängliche Befassung von *Unger* mit diesem Thema liegt genau in meinem Interesse, das ÜV noch stärker in das Bewusstsein der Akteure in den Hochschulen zu heben. Insofern gebührt *Unger* dafür zunächst Dank und Anerkennung, und seine Abhandlung hat mich auch persönlich gefreut.

Sodann sei der geschätzte Leser darauf hingewiesen, dass sein gedanklicher Fokus in einem entscheidenden Aspekt nicht meinem entspricht, so dass sich unsere Analysen eher ergänzen als widersprechen. Denn während *Unger* seinen Schwerpunkt bei den juristischen Staatsprüfungen setzt, wo es bundesweit flächendeckend detaillierte Regelungen zum ÜV gibt, hatte ich versucht, das Thema grundlegend für die vielen Modulprüfungen fruchtbar zu machen, zu denen es in den Hochschulen derzeit gerade noch keine oder nur sehr vereinzelte Regelungen gibt. Sehr schön ist dies für mich erkennbar, wenn *Unger* eine Behandlung des ÜV im Rahmen des Widerspruchsverfahrens damit begründet, es bestünden hierfür weit überwiegend Regelungen in diese Richtung (OdW 2017, 285). Er induziert damit die zutreffende theoretische Anbindung aus der praktischen Handhabe, während ich – gewissermaßen umgekehrt – versuche, aus rechtstheoretischen Strukturen eine mögliche praktische Lösung abzuleiten. Ich kann mich den Ausführungen von *Unger* für den Bereich der juristischen Staatsprüfungen insoweit ohne Weiteres anschließen, ohne dass dadurch jedoch meine Gedankenführung für die Modulprüfungen an Hochschulen berührt wäre. Damit ist hoffentlich gleichzeitig auch geklärt, dass ich einer Einbettung des ÜV in das Widerspruchsverfahren nicht „allgemein entgegentrete“ (*Unger*, a.a.O.), sondern eben nur für den Bereich der Modulprüfungen.

Soweit schließlich verschiedene Auffassungen zu Einzelfragen bestehen, so sei der Leser durch diese Zeilen in seiner Entscheidungsfindung unbeeinflusst. Was die Berechtigung von Fotokopien angeht, fühle ich mich von den einschlägigen juristischen Quellen eher bestä-

tigt (s. etwa Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 29 Rn. 84 m.w.N.). Was die Behandlung vertretbarer Fragen im ÜV angeht (*Morgenroth*, OdW 2017, 20), räume ich dagegen ein, etwas missverständlich formuliert zu haben – die Frage der Vertretbarkeit einer Lösung unterliegt zwar nicht der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung, ist jedoch als Frage mit unmittelbarem Einfluss auf die Bewertung der Leistung selbstverständlich im Rahmen des ÜV behandelbar (s. auch BVerwG NVwZ 1996, 681).

#### II.

Ein Aspekt sei in meiner Replik jedoch nochmals besonders aufgegriffen. *Unger* bezeichnet diesen Aspekt auch als den Leitgedanken seiner Kritik an meinen Äußerungen (OdW 2017, 283): gehört das ÜV strukturell dem Leistungsbewertungsverfahren (Auffassung *Morgenroth*) oder dem Rechtsschutz (Auffassung *Unger*) an? Dieser Aspekt ist unabhängig von einer Einbindung in Staats- oder Modulprüfungen zu betrachten, deshalb sei er hier nochmals etwas ausführlicher dargelegt.

Dieser Aspekt ist in der Tat rechtlich binär fundiert, hat doch das BVerwG 1993 in seinem Leiturteil zum ÜV (BVerwG NVwZ 1993, 681 ff.) formuliert: „Das verwaltungsinterne Kontrollverfahren ... erfüllt damit – in Ergänzung des gerichtlichen Rechtsschutzes – eine Komplementärfunktion für die Durchsetzung der Berufsfreiheit.“ (BVerwG, a.a.O., S. 683). Mit der Kontrolle einer Ausgangsbewertung und einer ggf. erfolgenden Anpassung der Entscheidung lassen sich in der Tat auch wesentliche Elemente des Rechtsschutzes im ÜV finden. Aus meiner Sicht sprechen dennoch die besseren Gründe dafür, das ÜV dem Leistungsbewertungsverfahren und nicht dem Rechtsschutz zuzuordnen.

#### 1.

Zunächst ist Rechtsschutz im Sinne des – für das ÜV ja wesentlichen – Grundrechts aus Art. 19 IV GG ausschließlich gerichtlicher Rechtsschutz. Eine Parallele zum gerichtlichen Rechtsschutz verbietet sich jedoch für das ÜV auf den ersten Blick. Denn im ÜV muss der gleiche Prüfer überdenken (Selbstkontrolle), während die Natur der richterlichen Tätigkeit diejenige einer nichtbeteiligten, sachlich und inhaltlich unabhängigen Person

darstellt (*Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 97 Rn. 1 m.w.N.), was das Prinzip der Fremdkontrolle offenbart.

2.

Obwohl Art. 19 IV GG auch auf das vorgelagerte Verwaltungsverfahren ausstrahlt, etwa, indem es Form- oder Fristanforderungen stellt oder ein Vorverfahren etabliert (*Detterbeck*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 19 Rn. 139, 143 a), und damit das nachgelagerte Gerichtsverfahren sichert, lassen sich aus Art. 19 IV GG keine Vorgaben für eigenständige Verwaltungsverfahren wie das ÜV ableiten. Auch dieser Aspekt spricht dafür, dass es sich beim ÜV nicht um ein Rechtsschutzäquivalent handelt. Insoweit hat das BVerwG treffend formuliert: in „Ergänzung“ des gerichtlichen Rechtsschutzes, aber eben nicht in „Ausgestaltung“ oder „Fortführung“ des gerichtlichen Rechtsschutzes. „Durchsetzung der Berufsfreiheit“ im Sinne des BVerwG, also „Sicherung der Berufsfreiheit durch Verfahren“, durchzieht stattdessen das gesamte Leistungsbewertungsverfahren (s. *Morgenroth*, OdW 2017, 13 ff., *ders.* Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2017, S. 95 f., 125 f.).

3.

Man könnte das ÜV sicherlich in die gedankliche Umgebung zu Verwaltungsverfahren bringen, welche eine Rechtsschutz(ergänzungs)funktion aufweisen.

So ist es zwar nicht die Regel, aber durchaus denkbar, ein Widerspruchsverfahren einstufig durchzuführen (*Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 23. Aufl., 2017, § 72 Rn. 1). Selbst dann könnte aber noch der auch dem Widerspruchsverfahren innewohnende Gedanke der Fremdkontrolle dagegen sprechen (s. *Morgenroth*, OdW 2017, 21).

Strukturell lässt sich das ÜV auch mit Verfahren des informellen Rechtsschutzes, etwa der Gegenvorstellung, verbinden, wo ebenfalls die Behörde der Ausgangsentscheidung unter Angabe von Einwendungen und deren Begründung erneut um Entscheidung ersucht wird. Auch hier besteht jedoch ein fundamentaler Unterschied: denn während es bei der Gegenvorstellung gerade keinen Anspruch auf eine neue Bewertung gibt (BFH, Beschl. v. 13.10.2005, Az. IV S 10/05), hat der Prüfling im Rahmen des ÜV einen Anspruch auf Neubewertung (*Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl., 2015, Rn. 790).

In all diesen Fragen fällt die Zuordnung jedoch nicht leicht bzw. ist mit inhaltlichen Hürden behaftet. Auch dies lässt deshalb meines Erachtens nicht auf eine über-

wiegende Überzeugungskraft der Zuordnung zum Rechtsschutz schließen.

4.

Eine Zuordnung der ÜV zum Leistungsbewertungsverfahren ist schließlich auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil bereits eine Entscheidung gefallen ist, die nicht mehr abänderbar wäre. Denn der Hochschule steht die Befugnis, ihre Entscheidung zu verändern, auch jenseits von Rücknahme und Widerruf zu. Die Abänderungskompetenz folgt aus einer analogen Anwendung von § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (*Kraft*, BayVBl. 1995, 519 (520) unter Verweis auf das BVerwG). Dies ist vor dem Hintergrund konsequent, dass das ÜV nach der Rechtsprechung des BVerwG (*BVerwG* NVwZ 1993, 681 ff.) auch außerhalb des Widerspruchsverfahrens verankert werden kann – so oder so muss es eine Abänderungsbefugnis geben. Die Hochschule ist deshalb befugt, ihre Mitteilung der Prüfungsbewertung, sei sie nun Verwaltungsakt oder nicht (s. *Morgenroth* NVwZ 2014, 32 ff., zu neuen Entwicklungen bei bestandenen Prüfungsnoten *Morgenroth* NVwZ 2017, 1430), nach der Neubewertung infolge des ÜV neu bekannt zu geben. Auch aus diesen eher verfahrenstechnischen Gründen heraus ist eine Zuordnung des ÜV zum Rechtsschutz nicht geboten.

5.

Die von *Unger* angeführten Argumente scheinen mir diesen Gedankengang nicht überzeugend entkräften zu können.

Richtig ist zwar (sein Argument Nr. 1, s. OdW 2017, 282), dass das ÜV den fehlenden Rechtsschutz kompensiert. Dies kann jedoch auf vielerlei Art und Weise geschehen, hier etwa durch eine Verlängerung des Leistungsbewertungsverfahrens oder auch durch ein eigenes (informelles?) Rechtsschutzverfahren. Aus der Funktion (Kompensation für fehlenden Rechtsschutz) jedoch unmittelbar auf die Struktur zu schließen (es wird kompensierender Rechtsschutz geleistet, s. S. 282 rechts oben) ist vor diesem Hintergrund weder inhaltlich schlüssig noch definitorisch geboten. Im Gegenteil: *Unger* selbst sieht die entscheidende Tätigkeit des Prüfers als die „Überdenkung seiner prüfungsspezifischen Wertungen“ an (a.a.O.). Seine eigene Argumentation ist deshalb zwar im Ausgangspunkt richtig, aber inhaltlich sogar unschlüssig oder bestenfalls missverständlich und deshalb auch nicht folgerichtig bzgl. ihres Ergebnisses.

Auch sein zweites Argument lässt hinreichende Schlüssigkeit und damit Überzeugungskraft nicht aufkommen: das ÜV sei deshalb zwingend ein Rechtsschutzverfahren, weil nicht vollständige gerichtliche

Überprüfbarkeit der Prüfungsbewertungen vorliege. Auch in anderen Fällen besteht jedoch das Phänomen eingeschränkter gerichtlicher Überprüfbarkeit, z.B. bei Planungsentscheidungen von Baubehörden, ohne dass deshalb jedoch die planende Tätigkeit der Behörden zu einer Rechtsschutzfähigkeit würde. Im Gegenteil: dies ist und bleibt Verwaltungstätigkeit, und dort sogar ohne weitere Verfahrenskompensation.

*Ungers* drittes Argument setzt das – inkonsistente – erste Argument fort und ist schon deshalb mit besonderer Vorsicht zu betrachten: die Ursache für das ÜV sei die gebotene kompensatorische Rechtsschutzgewährung, die Neubewertung sei nur dessen Folge. Wie gesehen, ist das ÜV nicht kompensatorische Rechtsschutzgewährung, sondern primär effektive Gewährleistung der Berufsfreiheit des Studierenden durch Verfahren. Deshalb kann die angenommene Ursache-Wirkung-Kombination und damit das gesamte Argument auch nicht greifen.

Auch sein letztes Argument spricht für mich eher gegen als für eine Einbindung beim Rechtsschutz: Das ÜV reiche inhaltlich nur so weit, wie der Prüfling Einwände dagegen erhebt. Gerade das indiziert jedoch auch stärker eine Zuordnung zum Bewertungsverfahren als zum Rechtsschutz. Denn es gibt diverse Ausgestaltungen von Rechtsschutz. Im Zivilrechtsschutz ergeht die Entscheidung – parallel zum ÜV – in den Grenzen des Parteivortrags. Im Strafprozess dagegen wird von Amts wegen ermittelt, eine Begrenzung der Entscheidung auf den von den Parteien vorgebrachten Prozessstoff besteht – anders als im ÜV – gerade nicht. Da im Verwaltungsrecht ebenfalls eine Ermittlung von Amts wegen erfolgt (wenn auch etwas eingeschränkt, s. § 86 VwGO), spricht eben dieses Argument, auf das ÜV gemünzt, eher gegen den Rechtsschutz. Dagegen wird die Bewertung nur punktuell und nur im Rahmen dessen angepasst, was der Prüfling vorbringt – eine Zuordnung zum Leistungsbe-

wertungsverfahren wird durch *Ungers* Argument deshalb nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern tendenziell sogar durch ihn selbst indiziert.

6.

Im Ergebnis sprechen für mich die besseren Gründe dafür, das ÜV der Leistungsbewertung zuzuordnen. Eine parallele Behandlung in einem Widerspruchsverfahren ist dadurch nicht ausgeschlossen.

III.

Als Folge dieser Argumentation ist das ÜV auch nicht zwingend in ein Widerspruchsverfahren einzubetten, wie es *Unger* aus seiner Schilderung der Praxis heraus suggeriert. Im Gegenteil, das *BVerwG* hatte dies in seinem Leiturteil ausdrücklich offen gelassen (s. auch *BVerwG* 1993, 681 ff., Leitsatz Nr. 4).

IV.

Insgesamt wünsche ich mir mehr konstruktive und fundierte Äußerungen zum ÜV wie die von *Unger*, damit das Verfahren (endlich) denjenigen Platz in Bewusstsein und Praxis der Hochschulen einnimmt, der ihm zusteht. Immerhin handelt es sich um eine höchstrichterliche verfassungsrechtliche Vorgabe, deren Einrichtung nun auch nicht weniger als 26 Jahre her ist. Da die Implementierung des ÜV im Bereich der Staatsprüfungen – wie *Unger* überzeugend zeigt – weitgehend abgeschlossen ist, steht nun an, die Transformation in den Bereich der Modulprüfungen stärker voranzubringen.

Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie Referent und Fachautor zum Hochschulprüfungsrecht.

