

Ausgewählte verfassungsrechtliche Fragen am Beispiel der Ersten Juristischen Prüfung

Von Akad. Rätin Dr. **Silvia Pernice-Warnke**, LL.M., Köln*

Wieder einmal hatten sich das Bundesverwaltungsgericht sowie auch das Sächsische OVG mit grundlegenden Fragen der Ersten Juristischen Prüfung zu befassen. Dies gibt auch Studierenden die Gelegenheit, sich anhand sie praktisch besonders betreffender Fragen mit verschiedenen, auch für Klausur und Examensvorbereitung relevanten, verfassungsrechtlichen Fragen, insbesondere mit verschiedenen Arten von Rechtsnormen, mit der Wesentlichkeitstheorie sowie mit Grundrechten, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG, und der gerichtlichen Kontrolldichte, zu beschäftigen.

I. Überblick

1. Betroffene Grundrechte, gerichtliche Kontrolldichte

Bestehen oder Nichtbestehen, letztlich aber auch die konkret erzielte Note im Zweiten Juristischen Staatsexamen, aber auch bereits in der Ersten Prüfung und hierbei insbesondere im staatlichen Pflichtfachteil, entscheiden über den Zugang zu bestimmten juristischen Berufen und betreffen somit Studierende/Referendare in besonderem Maße in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Bereits in einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahr 1974 zum nordrhein-westfälischen Juristenausbildungsgesetz¹ wurde auf den Zusammenhang zwischen Ausbildung und Berufstätigkeit, die Relevanz für Art. 12 Abs. 1 GG sowie auf die Bedeutung der Abschlussnote zumindest bezüglich des Zweiten Staatsexamens hingewiesen. In einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung zu den Juristischen Prüfungen aus dem Jahr 1991² wurde in diesem Zusammenhang dann auch die Erste Juristische Staatsprüfung genannt: „Vorschriften, die für die Aufnahme eines Berufs eine bestimmte Vor- und Ausbildung sowie den Nachweis erworbener Fähigkeiten in Form einer Prüfung verlangen, greifen in die Freiheit der Berufswahl ein und müssen deshalb den Anforderungen des Art. 12. Abs. 1 GG genügen. Das gilt auch für die Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung [...]“.³ In einem kürzlich ergangenen BVerwG-Urteil wurde nochmals bestätigt, dass auch die universitäre Schwerpunktbereichsprüfung als Teil der Ersten Prüfung insofern in die Freiheit der Berufswahl und Art. 12 Abs. 1 GG eingreife, als sie „zwar selbst noch nicht unmittelbar den Zugang zu einem reglementierten Beruf eröffnet, ihr Bestehen aber Voraussetzung für den Eintritt in weitere Ausbildungs- und Prüfungsetappen auf dem Weg dorthin bildet.“⁴

Geht man nun von einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG aus, ist im Folgenden auch die im „Apo-

thekenurteil“⁵ entwickelte, so genannte Stufenlehre zu beachten, die zwischen Berufsausübungsbeschränkungen, subjektiven Berufswahlbeschränkungen und objektiven Berufswahlbeschränkungen unterscheidet, wobei mit zunehmender Eingriffsintensität die Rechtfertigungsanforderungen steigen.⁶ Hinsichtlich des Bestehensfordernisses bzw. bestimmter Notengrenzen in den juristischen Abschlussprüfungen ist wohl von einer subjektiven Zugangsbeschränkung auszugehen, weil beim Zugang zu bestimmten Berufen eine subjektive, d.h. an eine konkrete persönliche Voraussetzung des Bewerbers anknüpfende, Hürde aufgestellt wird.⁷

Neben Art. 12 Abs. 1 GG ist natürlich auch Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf die Chancengleichheit der Prüflinge, auf gleiche Berufschancen etc. von großer Bedeutung, wie bereits in der schon erwähnten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahr 1974 zum nordrhein-westfälischen Juristenausbildungsgesetz⁸ ausgeführt und beispielsweise in der ebenfalls bereits erwähnten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung zu den Juristischen Prüfungen aus dem Jahr 1991⁹ bestätigt wurde. Prüfungsverfahren und Prüfungsmaßstäbe müssen, da es sich um Berufszugangsprüfungen handelt, vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG gleich sein.¹⁰ Dazu gehört auch eine „organisatorische Sicherung der Gleichheit“ z.B. durch Anonymisierung oder Bewertung durch zwei unabhängige Prüfer.¹¹

Art. 3 Abs. 1 GG wirkt sich dabei natürlich besonders auf das Prüfungsverfahren aus. Insgesamt wurde auch in zwei bundesverfassungsgerichtlichen Urteilen aus dem Jahr 1991 zu medizinischen¹² und juristischen Prüfungen¹³ der Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung betont: „Darüber hinaus beansprucht das Grundrecht der Berufsfreiheit auch

⁵ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377.

⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 916.

⁷ Vgl. dazu auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2011, Art. 12 Rn. 35; BVerfG, Beschl. v. 17.7.1961 – 1 BvL 44/55 = BVerfGE 13, 97 (106, Befähigungsnachweis als subjektive Zulassungsvoraussetzung); BVerfGE 34, 71 (77, Erfordernis der Sachkunde als subjektive Zulassungsvoraussetzung).

⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.6.1974 – 1 BvL 11/73 = BVerfGE 37, 342.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (51).

¹⁰ *Starck*, in *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 1 Rn. 37.

¹¹ *Starck* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 1 Rn. 38. Vgl. auch *Kempfen*, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 38.

¹² BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59.

* *Dr. Silvia Pernice-Warnke*, LL.M. ist Akad. Rätin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

¹ BVerfG, Beschl. v. 25.6.1974 – 1 BvL 11/73 = BVerfGE 37, 342 (353).

² BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34.

³ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (45).

⁴ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12, Rn. 18.

Geltung für das Prüfungsverfahren. Grundrechtsschutz ist auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken.¹⁴

Dieser Grundrechtsschutz durch Verfahren erlangt angesichts der eingeschränkten Kontrolldichte im Prüfungsrecht besondere Bedeutung. Dies nun leitet unmittelbar zu weiteren grundlegenden, im Zusammenhang mit der in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Rechtsschutzgarantie sowie der gerichtlichen Kontrolldichte aufgeworfenen Fragen über.¹⁵

Auch dazu wurde in den bereits erwähnten bundesverfassungsgerichtlichen Urteilen aus dem Jahr 1991 zu den medizinischen¹⁶ und juristischen¹⁷ Prüfungen ausführlich Stellung genommen. So wird in beiden Urteilen detailliert das problematische Spannungsverhältnis zwischen möglichst weitgehender gerichtlicher Kontrolle zur Verwirklichung des Rechts aus Art. 19 Abs. 4 GG und der Bedeutung der Bewertung von Leistungen im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens aus Rücksicht auf die sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Chancengleichheit der Prüflinge erläutert. Prüfer müssten ihre Erfahrungen und Einschätzungen nutzen, Prüfungsnoten könnten nicht isoliert, sondern nur bezogen auf Mitprüflinge und Vorerfahrungen der Prüfer vergeben werden.¹⁸ Es sei mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, „wenn einzelne Kandidaten, indem sie einen Verwaltungsprozess anstrengen, die Chance einer vom Vergleichsrahmen unabhängigen Bewertung erhielten.“¹⁹ Der Anspruch des Bürgers auf tatsächliche wirksame gerichtliche Kontrolle könne im Prüfungsrecht somit nicht uneingeschränkt gelten, da die gerichtliche Kontrolle insoweit eingeschränkt sein müsse, als es ansonsten „zu einer Verzerrung der Bewertungsmaßstäbe und zu einer Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit führen könnte.“²⁰

In den beiden genannten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu den juristischen²¹ und medizinischen²² Prüfungen wurde dann aber v.a. der grundsätzlich anerkannte prüfungsrechtliche Bewertungsspielraum stärker eingeschränkt, da er nicht vollständig mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sei. Zwar erforderten „Staatsprüfungen, die den Zugang zu akademischen Berufen beschränken, [...] schwierige

Bewertungen, die mit Rücksicht auf die Chancengleichheit aller Berufsbewerber (Art. 3 Abs. 1 GG) im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens getroffen werden müssen und sich nicht ohne weiteres in nachfolgenden Verwaltungsstreitverfahren einzelner Kandidaten isoliert nachvollziehen lassen.“ Daraus ergebe sich „ein prüfungsrechtlicher Bewertungsspielraum, der [...] jedoch auf prüfungsspezifische Wertungen beschränkt [sei] und sich [...] nicht auf alle fachlichen Fragen, die den Gegenstand der Prüfung bilden [beziehe].“²³ Auch fachliche Fragen könnten nicht jeder gerichtlichen Kontrolle entzogen sein, da dies mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar sei;²⁴ vielmehr dürfe eine mit „guten Gründen vertretene Stellungnahme in einer umstrittenen Fachfrage“ nicht zu beruflichen Nachteilen führen²⁵ / „eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung [...] nicht als falsch gewertet werden.“²⁶

2. Gesetzesvorbehalt

a) Allgemeines

Was nun Art. 12 GG und den Gesetzesvorbehalt anbelangt, so kann gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt, erstreckt sich dieser Gesetzesvorbehalt nicht nur auf die Berufsausübung, sondern auf die gesamte Berufsfreiheit.²⁷

Jeder Eingriff in die Berufsfreiheit bedarf somit einer gesetzlichen Grundlage, wobei der Eingriff aber durch ein oder auch nur aufgrund eines Gesetzes erfolgen kann, so dass also grundsätzlich auch eine Einschränkung durch untergesetzliche Normen (z.B. durch Rechtsverordnungen oder Satzungen, mangels unmittelbarer Außenwirkung und damit mangels Rechtsnormqualität jedoch nicht durch Verwaltungsvorschriften²⁸) möglich ist,²⁹ sofern u.a. eine ausreichende formell-gesetzliche Ermächtigung (die im Fall von Rechtsverordnungen den Anforderungen des Art. 80 GG genügen muss) vorliegt und bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind.³⁰

Was die Juristenausbildung anbelangt, so ist Nordrhein-Westfalen das einzige deutsche Bundesland, das seine Juristenausbildung nur durch Gesetz und nicht mittels einer Rechtsverordnung regelt. Im Großteil der Bundesländer existieren dagegen sowohl ein Juristenausbildungsgesetz als auch

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (45); BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59 (72).

¹⁵ Vgl. dazu auch *Kempfen* (Fn. 11), S. 39.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (52 f.).

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (52).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59 (77).

²¹ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34.

²² BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59.

²³ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (50).

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59 (78).

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84 und 1 BvR 138/87 = BVerfGE 84, 59 (79).

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (55).

²⁷ *Jarass* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 27.

²⁸ Vgl. dazu *Pieroth/Schlink* (Fn. 6), Rn. 914, unter Verweis auf BVerfGE 80, 257 (265).

²⁹ *Jarass* (Fn. 7), Art. 12 Rn. 28.

³⁰ Dazu siehe sogleich unten, I. 2. c) und d).

eine entsprechende Rechtsverordnung, in Bayern sogar ausschließlich eine Juristenausbildungsordnung.

b) Wesentlichkeitstheorie

Zu beachten ist jedoch, dass der parlamentarische Gesetzgeber die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen selbst regeln muss.³¹

Nach dieser so genannten Wesentlichkeitsrechtsprechung, -lehre oder -theorie des BVerfG ist der Gesetzgeber verpflichtet, „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.“³² Wesentlichkeit in diesem Sinne ist also in erster Linie Grundrechtswesentlichkeit.³³

Bezüglich der Ersten und Zweiten Juristischen Staatsprüfung führte dies das BVerfG in dem bereits erwähnten Urteil aus dem Jahr 1991³⁴ aus:

Die Leistungsanforderungen in einer solchen Prüfung und die Maßstäbe, nach denen die erbrachten Leistungen zu bewerten sind, bedürfen einer gesetzlichen Grundlage; die Prüfungsschranke darf nach Art und Höhe nicht ungeeignet, unnötig oder unzumutbar sein [...].³⁵ [...] Staatsprüfungen, die den Zugang zu akademischen Berufen beschränken, erfordern schwierige Bewertungen [...]. [...] Die Bewertung der Leistungen in einer Berufszugangsprüfung ist eine rechtlich gebundene Entscheidung der Prüfer. Diese ist als Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nach Art. 12 Abs. 1 GG nur aufgrund eines Gesetzes und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig. Das gilt nicht allein für die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Prüfung. Sieht das Gesetz darüber hinaus vor, dass erfolgreiche Prüfungen durch abgestufte Noten zu bewerten sind, so werden auch auf diese Weise berufliche Chancen stark beeinflusst; die Möglichkeit, einen geeigneten Arbeitsplatz zu finden und den gewählten Beruf tatsächlich auszuüben, hängt vielfach von der erreichten Note ab. [...] Trotz dieser großen praktischen Bedeutung und grundrechtlichen Relevanz der Prüfungsbescheide sind die Bewertungskriterien im Gesetz nur ungenau bestimmt. Schon die Art der Aufgabenstellung wird in allen Justizausbildungsordnungen lediglich in groben Zügen thematisch eingegrenzt. Die vorgesehenen Notenstufen [...] werden nicht im eigentlichen Sinne definiert, sondern nur sehr allgemein umschrieben [...]. Die Steuerungskraft dieser rechtlichen Vorgaben ist begrenzt [...].³⁶

³¹ Jarass (Fn. 7), Art. 12 Rn. 30.

³² Vgl. dazu z.B. BVerfGE 49, 89 (126) sowie Jarass (Fn. 7), Art. 20 Rn. 47.

³³ Degenhart, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, S. 125.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (45).

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (50 f., *Hervorhebungen* von der Verf.).

Im kürzlich ergangenen Urteil des BVerwG,³⁷ dem die Frage der Rechtmäßigkeit einer universitären Bestehensregelung im Schwerpunktbereich in Baden-Württemberg zugrunde lag, wurde ausgeführt, dass Rechtsstaats- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber zwar verpflichteten, „in dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Grundrechtsbereich die wesentlichen Entscheidungen über die Ausbildung und Prüfung selbst zu treffen [...]“. Durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei jedoch geklärt, „dass neben Vorschriften über den Prüfungsstoff, das Prüfungssystem und die Einzelheiten des Prüfungsverfahrens auch die Festlegung der Bestehensvoraussetzungen in aller Regel nicht zu diesen dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehaltenen Leitentscheidungen gehören.“ Hier werde „den Anforderungen von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip bereits dadurch hinreichend Genüge getan, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Vorgabe von Ziel und Inhalt der Ausbildung – wie hier insbesondere in §§ 5 Abs. 1 Hs. 2, 5a Abs. 2 S. 4 DRiG geschehen – die Regelungen auf untergesetzlicher Ebene nach Tendenz und Programm begrenzt und berechenbar macht [...], zumal die prüfungsrechtliche Rechtsetzung auch auf untergesetzlicher Ebene in weitreichendem Maße bereits durch Grundsätze gesteuert wird, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben.“³⁸ Der Verweis auf das Landesrecht in § 5d Abs. 6 DRiG enthalte kein Verbot der Weiterdelegation und § 26 Abs. 2 JAPro überlasse die Regelung der Universität.³⁹ Die JAPro umreißt auch die universitäre Regelungsbefugnis hinreichend bestimmt.⁴⁰ Dennoch komme es dem Landesgesetzgeber zu, dem universitären Normgeber „wesentliche prüfungsrechtliche Eckdaten verbindlich vorzugeben.“⁴¹

Sollte man in einem konkreten Fall zu dem Ergebnis kommen, dass es sich bei einer in einer Rechtsverordnung oder Satzung geregelten Frage, die in Art. 12 Abs. 1 GG eingreift, nicht um eine wesentliche und damit nicht um eine vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu regelnde Frage handelt, wäre im Folgenden der Frage nachzugehen, ob eine verfassungsmäßige Rechtsverordnung oder Satzung vorliegt.

c) Rechtsverordnungen

Der Gesetzgeber kann die Exekutive unter bestimmten Voraussetzungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen.⁴² Rechtsverordnungen werden dann als untergesetzliche Normen von der Exekutive erlassen, wobei Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes zu beachten sind. Rechtsverordnungen sollen den Gesetzgeber vor allem auf technischen und schnell veränderlichen Gebieten entlasten,⁴³ denn Rechtsverordnungen stellen ein flexibleres Instrument dar und ermöglichen häufig ein sachnäheres, detaillierteres und individuelle-

³⁷ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12, Rn. 20.

³⁹ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12, Rn. 23.

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12, Rn. 24.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12, Rn. 32.

⁴² Vgl. zu alledem Degenhart (Fn. 33), Rn. 346.

⁴³ Badura, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, Kap. F Rn. 15.

res Regeln gegenüber der typischerweise stärker generalisierenden und typisierenden gesetzlichen Regelung.⁴⁴ Die Zahl der Rechtsverordnungen ist daher auch um ein Vielfaches höher als die der Gesetze.⁴⁵

Diese so genannte abgeleitete Rechtssetzung durch die Exekutive birgt aber zwei Gefahren: zum einen, dass der parlamentarische Gesetzgeber die eigentlichen Entscheidungen auf die Exekutive überträgt und zum anderen, dass das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren mit seinen Diskussions- und Öffentlichkeitsgarantien umgangen wird.⁴⁶

Insofern stellt Art. 80 Abs. 1 GG einen Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes dar⁴⁷ und soll die mit exekutivischer Rechtsetzung verbundenen Gefahren minimieren.⁴⁸

In einer Fallbearbeitung wäre zunächst konkret die Ermächtigungsnorm auf die Kompetenz des Gesetzgebers, auf das formell ordnungsgemäße Zustandekommen des Gesetzes, auf die Bestimmtheit der Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG), die Adressatenbestimmung sowie auf die materielle Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen.

Sodann wäre die Rechtsverordnung selbst hinsichtlich der Zuständigkeit des Ordnungsgebers, des Verfahrens, der Bekanntmachung sowie hinsichtlich der Vereinbarkeit der Rechtsverordnung mit der Ermächtigungsnorm sowie mit höherrangigem Recht zu untersuchen.⁴⁹

d) Satzungen (am Beispiel universitärer Studien- und Prüfungsordnungen)

Im Gegensatz zu Rechtsverordnungen handelt es sich bei von Universitäten bzw. Fakultäten erlassenen Studien- und Prüfungsordnungen um Satzungen, d.h. um Regelungen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, hier einer Körperschaft, im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen⁵⁰ zur Regelung ihrer eigenen (akademischen) Angelegenheiten.

Die Satzungsautonomie muss einerseits dem Satzungsgeber hinreichenden Spielraum überlassen, andererseits darf der Gesetzgeber seine Rechtssetzungsbefugnis nicht vollständig delegieren und seinen Einfluss auf den Inhalt der Satzungen nicht völlig verlieren.⁵¹ Der Satzungsgeber ist auf den Aufgabenbereich der Selbstverwaltungskörperschaft beschränkt, an Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes sowie bei grundrechtswesentlichen Fragen an den Parlamentsvorbehalt gebunden.⁵² So wurde beispielsweise im bundesverfassungsgerichtlichen

Facharzt-Urteil⁵³ entschieden, dass die Voraussetzungen für den Erwerb der Facharztqualifikation wegen der Relevanz für Art. 12 Abs. 1 GG nicht ausschließlich durch berufsständische Selbstverwaltungskörperschaften, sondern vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst festgelegt werden müssen.

Mit der Frage, welche Punkte nun speziell hinsichtlich der universitären Schwerpunktprüfung durch universitäre Satzungen geregelt werden können, befasste sich, wie bereits gezeigt, auch das kürzlich ergangene BVerwG-Urteil.⁵⁴

In der Falllösung ist bei Satzungen konkret zu prüfen, ob die Satzungsautonomie durch Gesetz verliehen ist, ob eine Ermächtigung für etwaige Eingriffe durch die Satzung besteht und ob die wesentlichen Fragen durch den Gesetzgeber geregelt wurden. Hinsichtlich der Satzung selbst ist zu untersuchen, ob das Verfahren, d.h. der Satzungserlass, ordnungsgemäß abgelaufen ist, ob sich die Satzung im Rahmen der Satzungsautonomie hält und ob gegen höherrangiges Recht verstoßen wird.⁵⁵

II. Wiederholungsversuch zur Notenverbesserung im staatlichen Pflichtfachteil der Ersten Prüfung

1. Ausgangsfrage und Urteil des Sächsischen OVG

Vor dem Hintergrund all dessen ließen sich verschiedene Aspekte der Staatsprüfungen untersuchen. Exemplarisch soll dies jedoch am Beispiel des Verbesserungsversuchs erfolgen. Zu dieser Frage der Einräumung eines Wiederholungsversuchs zur Notenverbesserung musste im vergangenen Jahr auch das Sächsische OVG Stellung nehmen.⁵⁶ Der Kläger beehrte hier die Wiederholung der Ersten Juristischen Prüfung zur Notenverbesserung. Im Bundesland Sachsen ist jedoch eine Wiederholung der Ersten Prüfung nur im Fall des Nichtbestehens bzw. für den Fall des Freiversuchs vorgesehen. Hinsichtlich eines möglichen Verstoßes der entsprechenden Vorschriften des sächsischen Landesrechts gegen Art. 12 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG führt das OVG aus:

„Anders als im Fall des Nichtbestehens der Prüfung wird bei einem Bestehen der Prüfung ein unmittelbarer rechtlicher Bezug zur Wahl eines bestimmten juristischen Berufes gerade nicht hergestellt. Denn es wird – wie das Verwaltungsgericht ausgeführt hat – mit dem Bestehen der Prüfung die Möglichkeit geschaffen, in den Vorbereitungsdienst einzutreten. Die vom Kläger geschilderten Auswirkungen der Note in der Ersten Juristischen Staatsprüfung auf die beruflichen Chancen führen nicht dazu, dass ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit vorliegen würde. Denn der Benotung kommt im Fall des Bestehens einer Prüfung in rechtlicher Hinsicht keine objektiv berufsregelnde Tendenz zu, wenn dies auch in tatsächlicher Hinsicht anders zu beurteilen sein mag. [...] Der Beklagte war nicht verpflichtet, die Voraussetzungen einer

⁴⁴ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 15. Aufl. 1999, Rn. 246; *Ipsen*, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 24. Aufl. 2012, Rn. 788.

⁴⁵ *Badura* (Fn. 43), Kap. F Rn. 15.

⁴⁶ *Ipsen* (Fn. 44), Rn. 789.

⁴⁷ *Degenhart* (Fn. 33), Rn. 346.

⁴⁸ *Ipsen* (Fn. 44), Rn. 789.

⁴⁹ Vgl. dazu z.B. *Degenhart* (Fn. 33), Rn. 344 f.

⁵⁰ *Badura* (Fn. 43), Kap. D Rn. 51.

⁵¹ *Badura* (Fn. 43), Kap. D Rn. 51.

⁵² *Degenhart* (Fn. 33), Rn. 361 f.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 1 BvR 308/64, = BVerfGE 33, 125 (157 f.).

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12. Vgl. dazu oben I. 2. b), sowie die Urteilsanmerkung von *Gärditz*, DVBl. 2013, 1384.

⁵⁵ Vgl. z.B. *Degenhart* (Fn. 33), Rn. 363.

⁵⁶ Sächsisches OVG, Beschl. v. 29.1.2013 – 2 A 58/12.

Notenverbesserung in Anlehnung an in anderen Bundesländern geltende Vorschriften zu regeln. Der Gleichheitssatz verpflichtet den Normgeber ausschließlich dazu, in seinem Regelungsbereich den Gleichheitssatz zu wahren [...]. Nach § 5d Abs. 5 S. 4 DRiG wird die Entscheidung über die Einräumung einer Wiederholungsprüfung zur Notenverbesserung ausdrücklich dem Landesgesetzgeber überlassen. [...] In Ausübung dieser Befugnis ist der Landesgesetzgeber dann nicht an die Rechtslage anderer Bundesländer gebunden, weil es ansonsten keiner Übertragung der Regelungsbefugnis auf ihn bedürfte.“⁵⁷

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Völlig zutreffend sind natürlich zunächst die Ausführungen des OVG zu Art. 3 Abs. 1 GG, wonach § 5d Abs. 5 S. 4 DRiG die Frage der Wiederholbarkeit der Prüfung zur Notenverbesserung dem Landesrecht überlasse und der Sächsische Gesetzgeber nicht gehalten sei, einen solchen Notenverbesserungsversuch einzuführen, weil er in anderen Bundesländern vorgesehen ist.⁵⁸ Art. 3 Abs. 1 GG kann in der Tat nur gegenüber demselben Hoheitsträger, in diesem Fall demselben Gesetzgeber, zur Anwendung kommen.⁵⁹

3. Art. 12 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich/Eingriff

Näher betrachtet werden müssen jedoch die Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 GG. Das OVG verneint hier eine objektiv berufsregelnde Tendenz und damit einen Eingriff in die Berufsfreiheit. Dies jedoch ist äußerst zweifelhaft.

Dass die Note für die Aufnahme des Vorbereitungsdienstes keine Rolle spiele, stimmt nur bezüglich des „ob“, nicht aber bezüglich des „wann“ und „wo“, denn beispielsweise in Hamburg oder Berlin werden Bewerber(innen) mit besseren Noten bei der Platzvergabe bevorzugt behandelt.

Vor allem aber spielt die Note in der Ersten Prüfung ja durchaus nicht nur für den Eintritt ins Referendariat, sondern – gemeinsam mit der Note im 2. Staatsexamen – auch für die beruflichen Aussichten, d.h. konkret für die Möglichkeit, bestimmte juristische Berufe zu ergreifen, eine Rolle, vgl. dazu die oben zitierten BVerfG- und BVerwG-Urteile.⁶⁰

Durch die Nichteinräumung eines Verbesserungsversuchs wird beispielsweise den sächsischen Kandidaten im Fall eines Bestehens außerhalb des Freiversuchs die Chance genommen, ihre Note in berufsrelevanter Art und Weise zu verbesser-

tern, während diese Möglichkeit in mittlerweile acht anderen Bundesländern vorgesehen ist.⁶¹

Letztlich hätte man also wohl im Gegensatz zum Sächsischen OVG durchaus eine berufsregelnde Tendenz erkennen und damit einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, konkret auf der Ebene einer subjektiven Zugangsbeschränkung,⁶² annehmen können.

b) Parlamentsvorbehalt/Wesentlichkeitstheorie

Nimmt man einen solchen Grundrechtseingriff an, dann aber ist zumindest fraglich, ob diese Frage nicht auch gesetzlich geregelt werden müsste.

Auch unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Ausführungen im kürzlich ergangenen BVerwG-Urteil⁶³ wird man bei der Frage des Verbesserungsversuchs aber wohl nicht nur von Einzelheiten, sondern von wesentlichen Fragen des Prüfungsverfahrens sprechen müssen.

Während § 5d Abs. 5 S. 1 und 2 DRiG zwingend nur die Wiederholbarkeit der Pflichtfachprüfung bei Nichtbestehen sowie den Freiversuch vorgeben, überlässt – wie bereits gezeigt – § 5d Abs. 5 S. 4 DRiG die Frage der Wiederholbarkeit der Prüfung zur Notenverbesserung dem Landesrecht.

Das DRiG spricht nur vom Landesrecht, nicht vom Landesgesetz, während im Urteil des Sächsischen OVG – möglicherweise auch nur ungenau – davon die Rede ist, dass die Entscheidung über die Einführung eines Versuchs zur Notenverbesserung dem *Landesgesetzgeber* obliege.

Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf des Bundesrates sollten den Ländern und Universitäten durch das Juristenausbildungsreformgesetz mehr Freiheiten und Entfaltungsmöglichkeiten eingeräumt, gleichzeitig aber über einheitliche Rahmenvorschriften zu den Pflichtfachprüfungen einheitliche Anforderungen für die reglementierten Berufe beibehalten werden.⁶⁴

Wie bereits oben gezeigt,⁶⁵ existiert nicht in allen Bundesländern ein Juristenausbildungsgesetz. Doch auch die Bundesländer, die über ein Juristenausbildungsgesetz verfügen, regeln nicht alle die Frage des Versuchs zur Notenverbesserung gesetzlich.⁶⁶ Der Verbesserungsversuch in Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen-Anhalt ist nur in einer Rechtsverordnung zur Juristenausbildung, in den anderen fünf Bundesländern in einem *Gesetz* zur Juristenausbildung geregelt. Nun stellt jedoch nicht die Einräumung, sondern nur dessen Nichteinräumung einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. In den übrigen acht Bundesländern, in denen kein Wiederholungsversuch zur Notenverbesserung unabhängig vom Freiversuch vorgesehen ist, fehlt es an einer expliziten gesetzlichen Regelung der Nichteinräumung eines solchen Versuchs, die aber nach dem bisher Gesagten erforderlich

⁵⁷ Sächsisches OVG, Beschl. v. 29.1.2013 – 2 A 58/12, Rn. 11.

⁵⁸ Derzeit sehen acht Bundesländer (Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Sachsen-Anhalt [§ 23 JAPrO BW, § 15 JAPO BY, § 27 BremJAPG, § 21 Abs. 5 JAG HE, § 19 NJAG, § 5 JAG RP, § 20 JAG SL, § 27 JAPrVO LSA]) einen Wiederholungsversuch zur Notenverbesserung unabhängig vom Freiversuch im staatlichen Pflichtfachteil der ersten Prüfung vor.

⁵⁹ Jarass (Fn. 7), Art. 3 Rn. 9.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34 (45); BVerwG, Ur. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12, Rn. 18.

⁶¹ Vgl. dazu bereits Fn. 58.

⁶² Vgl. dazu I. 1.

⁶³ S.o. I. 2. a), Fn. 39 f.

⁶⁴ BT Drs. 14/7463, S. 8.

⁶⁵ I. 2. a).

⁶⁶ Auch sonst unterscheidet sich die gesetzliche Regelungsdichte zu den prozeduralen Fragen in den 16 Bundesländern stark voneinander.

wäre.⁶⁷ Das genaue „wie“ könnte dabei sicherlich dem Verordnungsgeber überlassen werden, nicht aber das „ob“. Nun ließe sich die Auffassung vertreten, dass in den Bundesländern, in denen ein Juristenausbildungsgesetz und eine Juristenausbildungsordnung existieren, und in denen das Juristenausbildungsgesetz keine Aussage zum Notenverbesserungsversuch trifft, eben daraus die gesetzgeberische Entscheidung gegen einen solchen abzuleiten ist. Untersucht man jedoch die entsprechenden Verordnungsermächtigungen näher, so wird klar, dass eigentlich nur in Berlin und in Brandenburg eine (gewisse) Entscheidung des Gesetzgebers herauszulesen sein könnte. So lautet § 24 Abs. 1 Nr. 3 lit. f des BerlJAG: „(1) Die Senatsverwaltung für Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung Vorschriften zu erlassen über [...] f) den Rücktritt von den Prüfungen, die Wiederholung nicht bestandener oder nicht vollständig abgelegter Prüfungen“ [...] g) den Freiversuch in der staatlichen Pflichtfachprüfung und die Wiederholung der Prüfung zur Notenverbesserung.“ Dieselbe Formulierung ist in § 24 I Nr. 3 lit. f und g des BbgJAG zu finden. Die Tatsache, dass jeweils lit. f die Wiederholung nicht bestandener bzw. nicht vollständig abgelegter Prüfungen und lit. g thematisch primär den Freiversuch regelt, mag man so interpretieren, dass ein Notenverbesserungsversuch unabhängig von Freiversuch und Nichtbestehen offensichtlich nicht eingeräumt werden soll. Umgekehrt ließe sich lit. g aber auch gerade so interpretieren, dass er zum einen den Freiversuch und zum anderen die Wiederholung zur Notenverbesserung unabhängig vom Freiversuch regelt. In den anderen Bundesländern, in denen Wiederholungsmöglichkeiten/Freiversuch/Verbesserungsversuch nicht ohnehin direkt gesetzlich geregelt werden, sind die Verordnungsermächtigungen schließlich so allgemein gehalten, dass sich daraus keinerlei Tendenz oder Entscheidung herauslesen lässt.⁶⁸

Zu der daraus zu ziehenden Schlussfolgerung, dass zahlreiche Bundesländer damit in dieser Frage nicht dem Parlamentsvorbehalt genügen würden, ist jedoch einschränkend zu sagen, dass bislang auch die Verfassungsmäßigkeit der „bayerischen Variante“, d.h. des völligen Fehlens einer gesetzlichen Regelung der Juristenausbildung, nie in Frage gestellt wurde. So hat der BayVGh in seinem Urteil vom 19. März

2004 entschieden,⁶⁹ dass die JAPO BY mit § 115 Abs. 2 BayBG a.F.⁷⁰ auf einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage beruhe und nicht gegen den Gesetzesvorbehalt verstoße.⁷¹ Der BayVGh beruft sich dabei auch auf einen Nichtannahmebeschluss des BVerfG,⁷² in dem § 31 JAPO BY für hinreichend bestimmt gehalten und die Frage der Rechtmäßigkeit der JAPO/der hinreichenden Ermächtigungsgrundlage gar nicht thematisiert worden war.

c) Rechtsverordnungen – Art. 80 GG

Sollte man vor dem Hintergrund dessen dennoch zu dem Ergebnis kommen, dass eine Regelung auf Verordnungsebene grundsätzlich zulässig ist, wären sodann die jeweiligen Ermächtigungsnormen an Art. 80 GG zu messen und nach den eingangs⁷³ dargestellten Kriterien zu untersuchen.

III. Fazit

Insgesamt bieten somit auch die die Studierenden in besonderer Weise betreffenden Regelungen zum staatlichen Pflichtfachteil bzw. zur Schwerpunktbereichsprüfung in der Ersten Prüfung Gelegenheit, sich mit verschiedenen, auch für Klausur und Examensvorbereitung relevanten verfassungsrechtlichen Fragen zu beschäftigen und hierzu noch einmal vertieft nachzulesen. Besondere Aktualität erlangt der gesamte Komplex dabei durch die dargestellten jüngst ergangenen Urteile.

Schließlich lässt sich anhand des mehrfach zitierten BVerwG-Urteils auch der hier nicht näher untersuchten Frage nachgehen, inwieweit im Schwerpunktbereich das Nichtbestehen einer Teilprüfung zum Nichtbestehen der Gesamtprüfung führen darf.⁷⁴

⁶⁷ Dabei ist ausgerechnet Sachsen selbst unter denjenigen Bundesländern, die die Frage nicht gesetzlich regeln, obwohl hier das Sächsische OVG ja von einer Regelung durch den Landesgesetzgeber sprach.

⁶⁸ § 9 Abs. 1 Nr. 6 JAG BW und § 8 Abs. 1 Nr. 4 Thür-JAG sprechen nur von „Wiederholung der Prüfungen“ bzw. § 14 Nr. 6 JAG SH von „Wiederholung der staatlichen Pflichtfachprüfung“ ohne nähere Spezifikation. § 28 Abs. 1 Nr. 5 JAG MV, § 8 S. 2 Nr. 7 Sächs-JAG und § 9 Abs. 1 Nr. 4 JAG LSA sprechen dagegen zwar auch speziell von der „Wiederholung der Prüfung zum Zwecke der/zur Notenverbesserung“, § 31 SächsJAPO und § 27 JAPO M-V fassen unter diesen Begriff dann aber eine Wiederholung zur Notenverbesserung nur dann, wenn die Prüfung im Freiversuch bestanden wurde, während § 27 JAPrVO LSA den Wiederholungsversuch zur Notenverbesserung auch bei Bestehen außerhalb des Freiversuchs vorsieht.

⁶⁹ BayVGh, Urt. v. 19.3.2004 – 7 BV 03.1953.

⁷⁰ § 115 Abs. 2 BayBG a.F. (in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.8.1998; in Kraft bis 2003): „Die Prüfungen haben Wettbewerbscharakter und müssen so angelegt sein, dass sie die Eignung des Prüfungsteilnehmers für die angestrebte Laufbahn oder das angestrebte Amt ermitteln.“² Die Grundsätze des Prüfungsverfahrens regelt eine von der Staatsregierung im Benehmen mit dem Landespersonalausschuss zu erlassende allgemeine Prüfungsordnung.“

⁷¹ BayVGh, Urt. v. 19.3.2004 – 7 BV 03.1953, Rn. 28 ff.

⁷² BVerfG, Beschl. v. 25.2.1977 – 2 BvR 144/77.

⁷³ I. 2. c).

⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 18.12. Vgl. dazu auch die Urteilsanmerkung von Gärditz, DVBl. 2013, 1384.