

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 9

Die Ernennung von Professoren
des Rechts zu Mitgliedern
der Justizprüfungsämter

Von

Professor Dr. Ulrich von Lübtow

Mitglied des Justizprüfungsamts Berlin



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ULRICH VON LÜBTOW

**Die Ernennung von Professoren des Rechts
zu Mitgliedern der Justizprüfungsämter**

Berliner Juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Walter G. Becker, Karl August Bettermann, Hermann Blei, Arwed Blo-
meyer, Gustav Boehmer, Martin Drath, Erich Genzmer, Ernst Heinitz,
Heinrich Herrfahrdt, Ernst E. Hirsch, Götz Hueck, Hermann Jahrreiß,
Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Peter Lerche, Walter Meder, Dietrich
Oehler, Werner Ogris, Leo Raape, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin
Seidl, Karl Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans
Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 9

Die Ernennung von Professoren des Rechts zu Mitgliedern der Justizprüfungsämter

Von

Professor Dr. Ulrich von Lübtow

Mitglied des Justizprüfungsamts Berlin



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

© 1964 Duncker & Humblot, Berlin

Gedruckt 1964 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

Vorwort

Das Thema der Monographie ist bisher im Schrifttum noch nicht erörtert worden. Sie füllt daher eine Lücke aus. Auf den ersten Blick scheint es so, als handele es sich um ein Spezialproblem. In Wirklichkeit aber wird in der Schrift zu vielen Fragen des Verfassungsrechts sowie des Allgemeinen Verwaltungs- und Hochschulrechts Stellung genommen. Die Untersuchung über die Rechtsposition der Professoren als Mitglieder der Justizprüfungsämter erstreckt sich auf die Regelungen in sämtlichen Bundesländern einschließlich des Landes Berlin. Besonders eingehend wird die Zuständigkeit der Universitätsorgane, einen Professor zum Prüfer vorzuschlagen, geprüft. Ausführliche Darlegungen finden sich auch zu der Frage, ob dem Hochschullehrer ein Rechtsanspruch zusteht, zum Mitglied bei dem zuständigen Justizprüfungsamt vorgeschlagen und ernannt zu werden. Hierfür kommen als Rechtsgrundlage in Betracht: die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des Dienstherrn, die verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Justizausbildungsvorschriften, der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Grundrecht der Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Die Abhandlung befaßt sich unter anderem ferner mit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsakten im sogenannten besonderen Gewaltverhältnis und äußert sich im Zusammenhang mit dem „Berufsbild“ des Professors kritisch zu den Begriffen „Grundverhältnis—Betriebsverhältnis“ sowie zur „Außenwirkung von Verwaltungsakten“.

Berlin, im Oktober 1964

Ulrich von Lübtow

Inhalt

I. Die Probleme	9
II. Die Zuständigkeit der Universitätsorgane für die Vorschläge der Professoren des Rechts zu Prüfern	10
1. Die Regelungen der Bundesländer mit Ausnahme Berlins und Bayerns	10
2. Die Berliner Regelung	13
a) Die gegenwärtige Praxis	13
b) Die Entstehungsgeschichte des § 6 Abs. 4 Buchstabe a Berliner JAO	13
c) Die Kompetenzverteilung nach der Satzung der Freien Universität Berlin	15
d) Die Vorschläge als Angelegenheit der Selbstverwaltung	15
e) Die Zuständigkeit des Akademischen Senats zur Vertretung der Freien Universität als Gesamtinstitution	19
f) Die bei den Vorschlägen zu prüfenden Voraussetzungen als Argument für die Zuständigkeit des Akademischen Senats ..	20
g) Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn als weiterer Grund für die Zuständigkeit des Akademischen Senats	22
h) Die bisherige Praxis als Quelle einer gewohnheitsrechtlichen Zuständigkeitsregelung	27
i) Übertragung der Zuständigkeit durch Delegation oder Mandat ..	28
3. Die bayerische Regelung	30
III. Der förmliche Antrag als Voraussetzung des Vorschlags	35
IV. Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der Ablehnung eines Vorschlags	36
1. Die Ablehnung als anfechtbarer Verwaltungsakt	36
2. Das subjektive öffentliche Recht des Professors auf den Vorschlag	40
a) Der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen	40
b) Rechtsanspruch im Hinblick auf die Fürsorgepflicht	42
c) Rechtsanspruch auf Grund verfassungskonformer Auslegung der Bestimmungen, welche die Vorschläge anordnen	43
d) Rechtsanspruch im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes	46
e) Rechtsanspruch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes und Art. 142 S. 2 der Weimarer Reichsverfassung ..	46
f) Rechtsanspruch aus dem Gleichheitssatz	47
3. Die Nachprüfung der Zuständigkeit	48
V. Die Ernennung eines Professors zum Prüfer, ihre Ablehnung und ihre verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit	53
1. Die Ernennung als Verwaltungsakt	53
2. Der Rechtsanspruch auf Ernennung zum Prüfer	53

VI. Die Beteiligung des zum Prüfer ernannten Professors an den Examina	56
VII. Die Abberufung des Professors von einer begonnenen Prüfung	57
VIII. Die Abberufung vom Amt des Prüfers vor Ablauf der für die Ernennung vorgesehenen Frist	58
IX. Die Pflicht des Professors, bei den juristischen Staatsprüfungen mitzuwirken	60
1. Vorschlag und Ernennung eines Professors zum Prüfer gegen seinen Wunsch	60
2. Der Umfang der Pflicht des zum Prüfer ernannten Professors, bei den Prüfungen mitzuwirken	63
X. Anspruch des Professors auf vorzeitige Befreiung von seinem Nebenamt als Prüfer	65
XI. Zusammenfassung der Ergebnisse	66

I. Die Probleme

Alle juristischen Prüfungsordnungen der Länder der Bundesrepublik einschließlich Berlins sehen die Mitwirkung von Universitätsprofessoren an der ersten juristischen Staatsprüfung vor. Die Ernennung erfolgt durch die Justizminister der Länder oder die Senatoren für Justiz in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg, und zwar meistens auf Vorschlag eines Universitätsorgans.

In der Regel wird ein bestimmtes Organ genannt. Auslegungsprobleme ergeben sich für die Länder Berlin und Bayern. In der Berliner JAO ist nämlich nur vom Vorschlagsrecht „der Freien Universität“ die Rede, während die bayerische Regelung vorsieht, daß die Professoren „im Benehmen mit der Dienstbehörde“ zu Prüfern bestellt werden. Außerdem erheben sich die Fragen, erstens ob das Unterbleiben eines Vorschlages von den Verwaltungsgerichten nachgeprüft werden kann und zweitens ob der einzelne Universitätsprofessor des Rechts einen *Anspruch* darauf hat, von dem zuständigen Universitätsorgan als Prüfer vorgeschlagen zu werden. Die Probleme der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit und des Rechtsanspruchs stellen sich schließlich auch für die Ernennung der Prüfer.

II. Die Zuständigkeit der Universitätsorgane für die Vorschläge der Professoren des Rechts zu Prüfern

Mit Ausnahme Berlins und Bayerns finden sich in den Vorschriften der Länder klare und eindeutige Bestimmungen über die Zuständigkeit für die Vorschläge, soweit eine Mitwirkung von Universitätsorganen vorgesehen ist.

1. Die Regelungen der Bundesländer mit Ausnahme Berlins und Bayerns

In den Ländern *Hamburg* und *Schleswig-Holstein* gilt noch die Justizausbildungsordnung für die ehemalige Britische Besatzungszone vom 15. 1. 1947¹, nach der die Universitätslehrer des Rechts in Schleswig-Holstein vom Justizminister und in Hamburg vom Präses der Senatskommission für die Justizangelegenheiten auf Vorschlag der Rektoren berufen werden. Für diese Regelung spricht, daß der Rektor an der Spitze der Universitätsverwaltung steht² und, von der Verwaltungsorganisation her gesehen, der „richtige“ Gesprächspartner der Ministerien in ihrer Eigenschaft als oberster Landesbehörden ist. Die abweichende Praxis in Hamburg, wonach die Vorschläge vom Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät ausgehen, steht mit dem Gesetz nicht im Einklang. Man kann nicht annehmen, daß dieses Verfahren gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt hat. Dazu wäre vor allem die Überzeugung der Beteiligten erforderlich, daß es sich bei dieser Kompetenz um einen *Rechtssatz* handelt³. Die Hamburger Praxis beruht nur auf guter Übung. Eine *Verwaltungsübung* allein reicht für die Bildung von *Gewohnheitsrecht* indessen nicht aus⁴.

Nach § 4 des Gesetzes über die juristischen Staatsprüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst (Juristenausbildungsgesetz — JAG) von *Nordrhein-Westfalen* in der Fassung vom 12. 7. 1962⁵ sind die Fakultäten für die Vorschläge der Prüfer zuständig. Vielleicht beruht diese Bestimmung auf der allgemeinen Erwägung, daß die Juristischen Fakultäten alle Angelegenheiten zu erledigen haben, die mit ihrem Fachgebiet zusammenhängen. Ein anderer Grund ließ sich nicht feststellen. Ein

¹ VOBl. Brit.Z., 21.

² Vgl. § 43 der Satzung der Christian-Albrechts-Universität in Kiel.

³ Vgl. zur Frage der Änderung der Zuständigkeit für die Vorschläge durch Gewohnheitsrecht im einzelnen unten S. 27 f.

⁴ Vgl. unten S. 28.

⁵ GVBl. Nordrhein-Westfalen, 443.

Rückgriff auf eine möglicherweise bewährte Tradition kommt nicht in Betracht. Die alten preußischen Prüfungsordnungen kannten nämlich keine Mitwirkung von Universitätsorganen bei der Prüferbestellung. In der Prüfungsordnung vom 1. 5. 1883⁶ fehlen Vorschriften über eine Beteiligung von Universitätslehrern an den Prüfungen überhaupt. In § 2 der an ihre Stelle getretenen Prüfungsordnung vom 17. 6. 1913⁷ ist vorgesehen, daß die Universitätslehrer vom Minister der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten nach Anhörung des Justizministers berufen werden. Dementsprechend hat gemäß § 2 der preußischen Prüfungsordnung vom 11. 8. 1923⁸ der Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung nach Anhörung des Justizministers Hochschullehrer zu Prüfern ernannt. Nach § 8 Abs. 3 der Reichsjustizausbildungsordnung vom 22. 7. 1934⁹ in Verbindung mit § 21 der 1. DVO vom 13. 9. 1934¹⁰ hatte der Reichsminister der Justiz die Mitglieder des Prüfungsamtes zu berufen, und zwar waren dafür Anträge des Präsidenten des jeweiligen Oberlandesgerichts, dem das einzelne Prüfungsamt angegliedert war, an den Präsidenten des Reichs-Justizprüfungsamtes vorgesehen.

Das *Saarland* kennt gemäß § 6 Abs. 2 seiner Juristenausbildungsordnung¹¹ ebenfalls ein Vorschlagsrecht der Fakultät.

In § 5 der *Niedersächsischen* Ausbildungsordnung für Juristen vom 28. 6. 1962¹² ist ein Vorschlagsrecht des Dekans der Juristischen Fakultät angeordnet.

Nach § 8 Abs. 5 und § 9 der Juristischen Ausbildungsordnung von *Hessen* vom 27. 11. 1957¹³ beruft der Justizminister die Professoren zu Prüfern ohne akademische Mitwirkung.

In *Baden-Württemberg* sind die planmäßigen Professoren *kraft Amtes* Mitglieder des Justizprüfungsamtes für die erste juristische Staatsprüfung, die anderen Professoren werden ohne Vorschläge akademischer Instanzen ernannt (Ausbildungsgesetz vom 13. 6. 1955¹⁴; VO über die Ausbildung der Juristen in der Fassung von 1. 7. 1962¹⁵). Die Auswahl der Prüfer für die einzelnen Prüfungen trifft nach § 4 der VO vom 1. 7. 1962 ein „ständiger Ausschuß“, bestehend aus dem Präsidenten des

⁶ Preuß. Justiz-Min.-Blatt, 131.

⁷ Preuß. Justiz-Min.-Blatt, 194.

⁸ Preuß. Justiz-Min.-Blatt, 588.

⁹ RGBl. I, 727.

¹⁰ RGBl. I, 831.

¹¹ Amtsblatt des Saarlandes, 1960, 242.

¹² GVBl. Niedersachsen, 61.

¹³ GVBl. Hessen, 161.

¹⁴ GBl. Baden-Württemberg, 95.

¹⁵ GBl. Baden-Württemberg, 56.