

OBERVERWALTUNGSGERICHT

FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am: 10. Dezember 2019 Bisping

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

14 A 414119 4 K 1338/17 Münster

In dem Verwaltungsrechtsstreit

der Frau,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Meisterernst Düsing Manstetten Partnerschaft von

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten mbB, Oststraße 2, 48145 Münster, Az.: 4621116,

gegen

die Westfälische Wilhelms Universität Münster, vertreten durch den Rektor, Bispinghof 24 - 25, 48143 Münster,

Beklagte,

wegen Nichtbestehens der Zwischenprüfung im Studiengang

Rechtswissenschaft

hat der 14. Senat

auf die mündliche Verhandlung

vom 10. Dezember 2019

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Schneider, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Leineweber, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Junkerkalefeld, den ehrenamtlichen Richter Krämer, die ehrenamtliche Richterin Meyn

auf die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Münster vom 17. Januar 2019

für Recht erkannt:

Das angegriffene Urteil wird geändert.

Der Bescheid der Beklagten vom 29.9.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.2.2017 wird aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Tatbestand:</u>

Die Klägerin ist bei der Beklagten seit dem Wintersemester 2014/15 im Studiengang Rechtswissenschaften eingeschrieben. Ihre im Rahmen der Zwischenprüfung angefertigten Abschlussklausuren Strafrecht I (Wintersemester 2014/15) und Strafrecht II (Sommersemester 2015) sowie die Wiederholungsprüfungen im

Strafrecht I (Sommersemester 2015) und Strafrecht II (Sommersemester 2016) wurden jeweils mit "mangelhaft" bewertet.

Mit Bescheid vom 29.9.2016, der Klägerin am 1.10.2016 zugestellt, teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie die Zwischenprüfung endgültig nicht bestanden habe, da sie die nach § 17 Abs. 2 Buchst. c) der Prüfungsordnung für den Studiengang Rechtswissenschaft vom 1.10.2014 (PO) in Lehrveranstaltungen zu erbringende Anzahl von Leistungspunkten (Credits) gemäß der in der Anlage aufgeführten erfolglos absolvierten Teilprüfungen nicht mehr erreichen könne.

Den hiergegen erhobenen Widerspruch der Klägerin vom 12.10.2016 wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 13.2.2017 zurück. Der Klägerin stünden keine weiteren Wiederholungsversuche zu, da sie ihre Prüfungsleistungen unter der Geltung der Prüfungsordnung vom 7.4.2014 erbracht habe. Die am 1.10.2016 in Kraft getretene Prüfungsordnung, die jeweils einen weiteren Wiederholungsversuch gewähre, sei auf das Studium der Klägerin nicht anwendbar. Es würde die Chancengleichheit verletzen, wenn einzelne Prüflinge rückwirkend von vorteilhaften Regelungen einer neuen Prüfungsordnung profitieren würden. Zwar habe die Klägerin nach dem Nichtbestehen des Wiederholungsversuchs der Abschlussklausur Strafrecht I (gemeint: Strafrecht II) die Zwischenprüfung endgültig nicht bestanden. Auf die Hinzuziehung eines Zweitprüfers habe jedoch mit Blick auf der Klägerin zur Verfügung stehenden Ausgleichsmöglichkeiten und zur Aufrechterhaltung der Funktionalität des Prüfungsbetriebs verzichtet werden können. Da theoretisch jede Wiederholungsklausur zum endgültigen Nichtbestehen der Zwischenprüfung führen könne, müsste ansonsten jede Wiederholungsklausur von zwei Prüfern korrigiert werden. Dafür spreche auch, dass nach der Gesetzesbegründung zur Neuregelung des § 65 Abs. 2 HG NRW Prüfungen im Rahmen des Bonus-Malus-Systems von dem Zwei-Prüfer-Prinzip ausgenommen werden sollten.

Die Klägerin hat am 22.2.2017 Klage erhoben.

Sie hat geltend gemacht, bei der Bewertung ihrer Wiederholungsklausur Strafrecht II sei das Zwei-Prüfer-Prinzip verletzt worden. Es stehe daher noch eine Prüfungsentscheidung aus, die auf der Grundlage der am 1.10.2016 in Kraft getretenen 9. Änderungsordnung vom 7.9.2015 (PO 2016) zu treffen sei. Die in § 17 Abs. 2 Buchst. c) PO normierte Bestehensgrenze von 10 Credits sei unverhältnismäßig, da sie nicht erreicht werden könne.

Die Klägerin hat sinngemäß beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 29.9.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.2.2017 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, die Klägerin habe nach § 20 Abs. 2 der hier maßgeblichen Prüfungsordnung vom 7.4.2014 die Zwischenprüfung nicht bestanden, weil sie die nach § 17 Abs. 2 Buchst. c) Satz 2 PO in Lehrveranstaltungen aus dem Strafrecht zu erzielenden 10 Credits nach dem Ausschöpfen aller Prüfungsversuche in den Klausuren Strafrecht I und Strafrecht II nicht mehr erreichen könne. Nach § 19 PO könne jeder Versuch einer Teilprüfung nur einmal wiederholt werden. Die Anzahl der Wiederholungsmöglichkeiten bestimme sich nach der Prüfungsordnung, die im Zeitpunkt der Erbringung der Prüfungsleistungen gegolten habe. Aus Gründen der Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebs könne - wie bereits im Widerspruchsbescheid dargelegt - kein Zweitprüfer eingeschaltet werden. Würden nicht bestandene Wiederholungsklausuren, die zum Nichtbestehen der Zwischenprüfung führen, nachträglich durch einen Zweitprüfer korrigiert, wäre dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung derjenigen Prüflinge, die den Wiederholungsversuch bestanden haben.

Die Bestehensgrenze von 10 Credits solle den Anteil der strafrechtlichen Klausuren im Examen widerspiegeln. Dass sie mit Blick auf die in den einzelnen Teilprüfungen zu erzielenden Credits nicht exakt erreicht werden könne, sei unschädlich.

Während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat die Beklagte die Wiederholungsklausur Strafrecht II durch einen Zweitprüfer korrigieren lassen. Mit Votum vom 17.7.2018 hat Prof. Dr. Vormbaum die Klausur mit "mangelhaft (1 Punkt) bewertet.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 17.1.2019 abgewiesen. Die streitgegenständlichen Bescheide fänden ihre Grundlage in der bis zum 30.9.2016 geltenden Prüfungsordnung vom 7.5.2004. Diese sei anwendbar, da zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Klausuren die neue Prüfungsordnung noch nicht in Kraft gewesen sei und sie nach ihren Übergangsbestimmungen auch nur für diejenigen Studierenden gelte, die ihren Prüfungsanspruch am 1.10.2016 - anders als die Klägerin - noch nicht verloren hätten. Die Klägerin habe die Zwischenprüfung nach § 20 Abs. 2 PO nicht bestanden, weil sie nach dem wiederholten Nichtbestehen der Klausuren Strafrecht I und Strafrecht II die nach § 17 Abs. 2 Buchst. c) PO zu erzielende Anzahl von 10 Credits nicht mehr erreichen könne. Dass diese Anzahl nicht exakt erreicht werden könne, sei unschädlich. Der Regelung lasse sich hinreichend deutlich entnehmen, dass diese Anzahl jedenfalls nicht unterschritten werden dürfe. Ein etwaiger Verstoß gegen das Zwei-Prüfer-Prinzip aus § 65 Abs. 2 HG NRW sei durch die nachträgliche Zweitkorrektur geheilt worden.

Die Klägerin hat gegen das am 18.1.2019 zugestellte Urteil am 28.1.2019 die Zulassung der Berufung beantragt. Mit Beschluss vom 24.6.2019 hat der Senat die Berufung zugelassen.

Zur - rechtzeitig eingereichten - Begründung ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, nach den Übergangsbestimmungen der am 1.10.2016 in Kraft getretenen Prüfungsordnung würden nicht bestandene Klausuren nur unter bestimmten Voraussetzungen als Fehlversuch angerechnet. Aus dem Begriff Anrechnung ergebe sich gleichfalls, dass sich die Anzahl der Wiederholungsmöglichkeiten nach der neuen Prüfungsordnung ergebe. Die Prüfungsordnung enthalte keinerlei

Einschränkung dahingehend, dass sie nur für diejenigen Studierenden gelte, die ihren Prüfungsanspruch am 1.10.2016 noch nicht verloren hätten.

Die Klägerin beantragt,

das angegriffene Urteil zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 29.09.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.02.2017 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie macht geltend, aus den Übergangsbestimmungen ergebe sich nicht, dass Studierende, die während der Geltung der alten Prüfungsordnung alle Prüfungsversuche ausgeschöpft hätten, nunmehr die nach der neuen Prüfungsordnung vorgesehenen weiteren Wiederholungsmöglichkeiten erhielten. Unabhängig von den Klausuren im Strafrecht habe die Klägerin die Zwischenprüfung auch deswegen nicht bestanden, weil sie die nach § 17 Abs. 2 PO erforderlichen zwei Hausarbeiten nicht bestanden habe: Die Hausarbeit im öffentlichen Recht und die Hausarbeit im Strafrecht habe sie sowohl im Erstversuch als auch im Wiederholungsversuch nicht bestanden. Hinsichtlich der für die Hausarbeiten eröffneten Wiederholungsversuche bestünden zwischen den beiden Prüfungsordnungen keine Unterschiede.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der vorgelegten Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

<u>Entscheidungsgründe:</u>

Die Berufung ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 29.9.2016 in der Ge-

stalt des Widerspruchsbescheids vom 13.2.2017 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwG0 -). Die Klägerin hat die Zwischenprüfung nicht infolge des Nichtbestehens der Klausuren Strafrecht I und Strafrecht II sowie jeweils eines Wiederholungsversuchs dieser Klausuren endgültig nicht bestanden. Denn die Klägerin hat nach § 19 Satz 2 PO 2016 noch nicht alle Prüfungsversuche hinsichtlich der Semesterabschlussklausuren nach § 17 Abs. 2 Buchst. c) PO 2016 ausgeschöpft.

Die Beklagte geht zu Unrecht davon aus, dass zur Beurteilung der Frage, wie viele Wiederholungsmöglichkeiten dem Prüfling zu Verfügung stehen, auf die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Prüfungsleistung und damit auf die vorherige Prüfungsordnung abzustellen sei. Es existiert kein allgemeiner Grundsatz, dass sich die Anzahl der einem Prüfling zur Verfügung stehenden Wiederholungsmöglichkeiten stets aus dem im Zeitpunkt der Prüfungsleistung geltenden Recht ergibt. Welches Recht zur Bestimmung der Wiederholungsmöglichkeiten anwendbar ist, beurteilt sich nach dem maßgeblichen materiellen Recht. Enthält dies keine Anwendungsvorschriften, etwa in Form von Übergangsbestimmungen, gilt der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Rechts im Zeitpunkt der (letzten) Verwaltungsentscheidung, also des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.7.2006 - 6 C 20.05 -, juris, Rn. 81; Beschluss vom 13.6.1995 - 6 B 15.95 -, juris, Rn. 4.

Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts ist in § 96 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes - VwVfG - kodifiziert. Bereits begonnene Verfahren werden mit Inkrafttreten neuen Rechts nach neuem Recht zu Ende geführt, nur bereits abgeschlossene Verfahren werden von neuem Recht nicht berührt.

Vgl. zu diesem Rechtsgrundsatz: Kallerhoff/Keller in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Rn. 1.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Beklagten zitierten Literatur oder der Entscheidung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom

23.4.2013. Erstere enthält keine Aussage zur zeitlichen Anwendbarkeit neuen Rechts in laufenden Prüfungsverfahren, letztere betraf eine Gesetzesänderung nach bereits abgeschlossenem Prüfungsverfahren.

Vgl. Jeremias in: Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 70; Sächs. OVG, Urteil vom 23.4.2013 - 2 A 525/11 -, juris, Rn. 25.

Die von der Beklagten in Art. II der 9. Änderungsverordnung getroffenen Übergangsvorschriften regeln die Anrechnung von bestandenen (Satz 1) und nicht bestandenen Klausuren (Satz 2) auf Teilprüfungen nach der neuen Prüfungsordnung und bestätigen damit die Geltung der neuen Prüfungsordnung für noch nicht abgeschlossene Prüfungsverfahren. Denn nicht bestandene Klausuren werden nach Art. II Satz 2 nur als Fehlversuch angerechnet, sofern sie einzeln oder zusammen mit weiteren nicht bestandenen Klausuren inhaltlich mindestens eine vollständige Teilprüfung gemäß § 18 PO 2016 abdecken. Bei nicht abgeschlossenen Prüfungsverfahren ist folglich zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die (wiederholt) nicht bestandenen Teilprüfungen nach alter Prüfungsordnung die nach neuer Prüfungsordnung vorgesehenen Teilprüfungen abdecken.

Das Prüfungsverfahren der Klägerin war im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Prüfungsordnung am 1.10.2016 noch nicht abgeschlossen. Ein Prüfungsverfahren wird frühestens mit dem Erlass des Prüfungsbescheids beendet.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.6.1995 - 6 B 15.95 -, juris, Rn. 4.

Im Falle eines sich anschließenden Widerspruchsverfahrens ist dies erst mit Erlass des Widerspruchsbescheids der Fall. Denn das Widerspruchsverfahren stellt zwar ein neues Verwaltungsverfahren dar. Es bildet mit dem Ausgangsverfahren jedoch eine Einheit. Erst der Widerspruchsbescheid gibt der behördlichen Entscheidung die für das Klageverfahren maßgebliche Gestalt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29.6.2006 - 7 C 14.05 -, juris, Rn. 11.

Zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids am 13.2.2017, hier sogar schon im Zeitpunkt der Zustellung des Ausgangsbescheids am 1.10.2016, galt jedoch bereits die neue Prüfungsordnung.

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die von der Klägerin wiederholt nicht bestandenen Semesterabschlussklausuren Strafrecht I und Strafrecht II die nach neuer Prüfungsordnung vorgesehenen Teilprüfungen abdecken, bedarf vorliegend keiner weiteren Prüfung. Denn selbst wenn sie die nach neuer Prüfungsordnung vorgesehenen Semesterabschlussklausuren Strafrecht I und Strafrecht II vollständig abdecken würden, stünde der Klägerin nach § 19 Satz 2 PO 2016 noch jeweils ein weiterer - dritter - Wiederholungsversuch zu.

Dass die Klägerin zwischenzeitlich nicht mehr die in Ferienhausarbeiten nach § 17 Abs. 2 Buchst. b) PO 2016 zu erzielenden 12 Credits erreichen kann, weil sie die Ferienhausarbeit im Öffentlichen Recht und im Strafrecht sowie den jeweils nach § 19 Satz 2 PO 2016 unverändert eröffneten einzigen Wiederholungsversuch nicht bestanden hat, ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids. Denn das endgültige Nichtbestehen der Zwischenprüfung wegen dieser Fehlversuche war nicht Regelungsgegenstand des Bescheids vom 29.9.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.2.2017 und kann nur den Erlass eines neuen Bescheids rechtfertigen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich einzureichen.

Statt in Schriftform können die Einlegung und die Begründung der Beschwerde auch als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a Verwaltungsgerichtsordnung — VwGO — und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung — ERVV) erfolgen.

Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Die Beteiligten können sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Auf die zusätzlichen Vertretungsmöglichkeiten für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse wird hingewiesen (vgl. § 67 Abs. 4 Satz 4 VwG() und § 5 Nr. 6 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz — RDGEG —).

Dr. Schneider Dr. Leineweber Junkerkalefeld