



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Frau ,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Joachim Schaller,
Waitzstraße 8,
22607 Hamburg,
- 111-20-VP - ,

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch die Behörde für Arbeit, Gesundheit, Soziales,
Familie und Integration
- Amt für Gesundheit-, Gesundheitsrecht und
Gesundheitsberufe -,
Billstraße 80,
20539 Hamburg,
- G1141/514-38.03-1923 - ,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 2, am 2. November 2022 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Ruhrmann,
die Richterin am Verwaltungsgericht Stößel,
den Richter Dunz

beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Antragstellerin zum nächstmöglichen Zeitpunkt vorläufig zur Aufsichtsarbeit in der Fächergruppe 3 (Motorisch-funktionelle Behandlungsverfahren; Neurophysiologische Behandlungsverfahren; Neuropsychologische Behandlungsverfahren; Psychosoziale Behandlungsverfahren; Arbeitstherapeutische Verfahren) im schriftlichen Teil der staatlichen Prüfung in der Ergotherapie als Wiederholungsprüfung zuzulassen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 7.500 EUR festgesetzt.

Der Antragstellerin wird für die erste Instanz Prozesskostenhilfe gegen Ratenzahlung in Höhe von 19 EUR monatlich bewilligt. Herr Rechtsanwalt Schaller wird zur Vertretung beigeordnet. Im Übrigen wird der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des **Streitwertes** steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Soweit der Antrag auf Bewilligung von **Prozesskostenhilfe** abgelehnt worden ist, steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe ist ausgeschlossen, wenn das Gericht ausschließlich die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe verneint. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, eingeht.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Zulassung zu einer Aufsichtsarbeit im Rahmen des schriftlichen Teils der staatlichen Prüfung in der Ergotherapie als Wiederholungsprüfung.

Die Antragstellerin absolvierte eine Ausbildung zur Ergotherapeutin bei den Döpfer Schulen Hamburg.

Im Zeitraum vom 3. Februar 2020 bis zum 20. März 2020 legte die Antragstellerin erstmals die staatliche Prüfung in der Ergotherapie ab. Im schriftlichen Teil der Prüfung erzielte sie in der Fächergruppe 1 die Note 5, in der Fächergruppe 2 die Note 4 und in der Fächergruppe 3 die Note 6. Im mündlichen Teil der Prüfung erzielte sie in der Fächergruppe 1 die Note 5 und in den anderen beiden Fächergruppen jeweils die Note 3. Im praktischen Teil erreichte sie in allen Teilprüfungen die Note 4.

Mit Bescheid vom 17. April 2020 wurde ihr daraufhin mitgeteilt, dass sie die staatliche Prüfung nicht bestanden habe. Ein Bestehen erfordere, dass jeder Prüfungsteil mit „bestanden“ bewertet werde, wobei der schriftliche und der mündliche Teil jeweils nur bestanden werden könnten, wenn alle Teilleistungen mindestens mit der Note 4 („ausreichend“) benotet worden seien; dies treffe auf den schriftlichen und mündlichen Teil der Prüfung der Antragstellerin nicht zu. Für den Fall der Teilnahme an einer Wiederholungsprüfung wurde der Antragstellerin die Auflage erteilt, in den nicht bestandenen Fächern bis Juli 2020 weiter am Unterricht teilzunehmen.

Mit Bescheid vom 2. Juli 2020 wurde die Antragstellerin zur Wiederholungsprüfung zugelassen. Im Prüfungszeitraum vom 3. August 2020 bis zum 18. September 2020 legte sie die zuvor nicht bestandenen Teilprüfungsleistungen, das heißt die Aufsichtsarbeiten in den Fächergruppen 1 und 3 sowie die mündliche Prüfung in Fächergruppe 1, erneut ab. Die Aufsichtsarbeiten fanden am 3. und 7. August 2020 statt; am 16. September 2020 wurde die Antragstellerin mündlich in der Fächergruppe 1 geprüft.

Die Aufsichtsarbeiten in den Fächergruppen bestanden – wie auch schon im Rahmen des ersten Prüfungsversuchs – jeweils aus mehreren Teilklausuren für einzelne Fächer, in

denen jeweils 36 Punkte erzielt werden konnten. Diese Teilklausuren wurden durch jeweils zwei ausdrücklich als „Fachprüfer 1“ und „Fachprüfer 2“ bezeichnete Personen korrigiert und bepunktet, die ihre Korrekturen und die vergebenen Punkte auf der Teilklausur jeweils durch die Verwendung unterschiedlicher Stifffarben kenntlich machten; Eintragungen anderer Personen erfolgten nicht. Dabei wurden nicht alle Teilklausuren einer Fächergruppe durch dieselben zwei Personen bepunktet. Auch die Gesamtzahl der pro Aufsichtsarbeit einer Fächergruppe tätigen Fachprüfer:innen variierte. So traten im ersten Prüfungsdurchlauf der Antragstellerin in Fächergruppe 1 bei der Korrektur und Punktevergabe in Summe vier verschiedene Personen als Fachprüfer 1 oder 2 auf, in Fächergruppe 2 sechs Personen und in Fächergruppe 3 fünf Personen. Im zweiten Prüfungsdurchlauf waren an der Korrektur der Aufsichtsarbeit in der Fächergruppe 1 insgesamt fünf verschiedene Personen und in der Fächergruppe 3 sechs Personen beteiligt. Zwei der bei der Bewertung einer Fächergruppe tätigen Fachprüfer:innen trugen am Ende im Vordruck „Niederschrift nach § 8 ErgThAPrV“ als „1. Fachprüfer/in“ und „2. Fachprüfer/in“ Noten ein, aus denen der Prüfungsausschussvorsitzende die Gesamtnoten für die Aufsichtsarbeiten und den schriftlichen Teil der Prüfung bildete.

Im Ergebnis erzielte die Antragstellerin ausweislich der Niederschrift nach den jeweils übereinstimmenden Bewertungen der Fachprüfer:innen im Wiederholungsversuch in der Fächergruppe 1 der mündlichen Prüfung die Note 3, in der Aufsichtsarbeit der Fächergruppe 1 die Note 4 und in der Aufsichtsarbeit der Fächergruppe 3 die Note 5. Aus diesen Noten bildete der Prüfungsausschussvorsitzende am 18. September 2020 gleichlautende Noten. Er stellte fest, dass der schriftliche Teil erneut nicht bestanden und damit die staatliche Prüfung endgültig nicht bestanden worden sei.

Mit Bescheid vom 1. Oktober 2020 wurden der Antragstellerin die vorgenannten Noten und das endgültige Nichtbestehen der staatlichen Prüfung in der Ergotherapie mitgeteilt.

Mit ihrem gegen die Feststellung des endgültigen Nichtbestehens und die Bewertung der Aufsichtsarbeit der Fächergruppe 3 gerichteten Widerspruch vom 12. Oktober 2020 machte die Antragstellerin geltend, dass das Prüfungsverfahren an mehreren Mängeln leide, aufgrund derer ihr ein Wiederholungsanspruch zustehe. Zur Begründung trug sie insbesondere vor, dass die Prüfungsordnung nur die Angabe einer Mindestprüfer:innenzahl vorsehe und damit nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts rechtswidrig sei. Überdies habe die Antragsgegnerin die Schulleitung im Rahmen der Bestellung der Fachprüfer:innen nicht wie vorgeschrieben angehört und in unzulässiger Weise einen

Prüferpool gebildet, ohne den Prüfer:innen Fächer zuzuweisen, festzulegen, wer Prüfer und wer Stellvertreter sei, und ohne eine Auswahl zu treffen, welche Prüfer:innen für welche Prüflinge zuständig seien. Im Übrigen sei es unzulässig, eine Arbeit durch verschiedene Personen korrigieren zu lassen; jeder eingesetzte Prüfer habe die gesamte Arbeit zu bewerten. Soweit es die Aufgabenstellung betreffe, sei nicht ersichtlich, dass diese auf Vorschläge der Schule durch den Prüfungsausschussvorsitzenden ausgewählt worden sei. Zudem sei unzulässiger Prüfungsstoff abgeprüft worden, da eine Teilklausur zum Thema „Arbeitstherapie“ gestellt worden sei, obgleich zu arbeitstherapeutischen Verfahren zu prüfen gewesen wäre.

Mit Widerspruchsbescheid vom 8. Juni 2021 hob die Antragsgegnerin den Bescheid auf, soweit er das endgültige Nichtbestehen und die Bewertung der Antragstellerin in der Fächergruppe 3 feststellt, und entschied, dass die Aufsichtsarbeit der Antragstellerin durch zwei Fachprüfer:innen neu zu bewerten sei. Zur Begründung führte sie aus, dass die Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Ergotherapeutinnen und Ergotherapeuten (ErgThAPrV) zwar in verfassungswidriger Weise nur eine Mindestangabe für die Anzahl der Prüfer:innen enthalte. Dieser Fehler könne aber nur zu einer Neubewertung führen, da eine unter ordnungsgemäßen Bedingungen gefertigte Prüfungsarbeit der Antragstellerin vorliege, die einer Neubewertung zugänglich sei. Auf diese Weise könne die Klausur auch vollständig von zwei Fachprüfer:innen neu bewertet werden. Soweit eine Teilklausur mit dem Titel „Arbeitstherapie“ bezeichnet gewesen sei, handle es sich um eine bloße Falschbezeichnung des Klausurtitels; die abgeprüften Inhalte entstammten dem Bereich der arbeitstherapeutischen Verfahren. Die im Übrigen vorgetragenen Mängel gegen die Bestellung der Fachprüfer:innen und die Benehmensherstellung seien unsubstantiiert und könnten einen Wiederholungsanspruch nicht begründen.

Die Antragstellerin erhob am 12. Juli 2021 Klage, mit der sie weiterhin die Wiederholung der Aufsichtsarbeit der Fächergruppe 3 beansprucht und über die noch nicht entschieden worden ist.

Am 14. Februar 2022 hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen unter Berufung auf die bereits im behördlichen Verfahren genannten Gründe vor, dass ihr ein Wiederholungsanspruch zustehe. Mit Blick auf die zu erwartende Dauer des Hauptsacheverfahrens könne es ihr nicht zugemutet werden, die dortige Entscheidung abzuwarten. Sie hat eidesstattlich versichert, sich auf die schriftliche Prüfung vorzubereiten und daran teilnehmen zu wollen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, sie vorläufig zur Wiederholungsprüfung des schriftlichen Teils der staatlichen Prüfung in der Ergotherapie in der Fächergruppe „Motorische-funktionelle Behandlungsverfahren; Neurophysiologische Behandlungsverfahren; Neuropsychologische Behandlungsverfahren; psychosoziale Behandlungsverfahren; Arbeitstherapeutische Verfahren“ zuzulassen, und

ihr Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Herrn Rechtsanwalt Schaller zu bewilligen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie vertritt nunmehr die Auffassung, dass anstelle der verfassungswidrigen Regelung der Prüfungsordnung zur Anzahl der Prüfer:innen übergangsweise auf ihre Verwaltungspraxis abzustellen sei, sodass überhaupt kein rechtserheblicher Fehler vorliege. Es sei immer ständige Praxis gewesen, dass die Aufsichtsarbeiten von zwei Prüfer:innen bewertet worden seien. Diese Praxis sei im Übrigen mit Verfügung vom 17. September 2020 durch die Amtsleitung der Behörde für Arbeit, Gesundheit, Soziales, Familie und Integration, Amt für Gesundheit, festgeschrieben worden. Fehler bei der Auswahl der Aufgaben durch den Prüfungsausschussvorsitzenden seien nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang hat sie eine E-Mail vom 18. August 2022 vorgelegt, in der der im Falle der Antragstellerin tätige Prüfungsausschussvorsitzende sein grundsätzliches Vorgehen bei der Auswahl von Aufgabenstellungen darlegt. Auf Nachfrage des Gerichts hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass der nächste Prüfungszeitraum im Februar 2023 liege.

Die Sachakten der Antragsgegnerin sowie die Verfahrensakte 2 K 3082/21 haben bei der Entscheidung vorgelegen.

II.

Der zulässige Antrag hat in der Sache Erfolg.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des/der Antragstellenden vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach Satz 2 sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, notwendig erscheint, um insbesondere wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung erfordert mithin sowohl die sich bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage ergebende hinreichende Aussicht auf Erfolg des Begehrens im Hauptsacheverfahren (Anordnungsanspruch) als auch einen Anlass für die Beanspruchung vorläufigen Rechtsschutzes im Sinne einer besonderen Dringlichkeit (Anordnungsgrund). Das Vorliegen der Voraussetzungen von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund ist gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft zu machen.

Nach dieser Maßgabe hat die Antragstellerin sowohl einen Anordnungsanspruch (1.) als auch einen Anordnungsgrund (2.) glaubhaft gemacht.

1. Der Antragstellerin steht nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ein Anspruch auf Wiederholung der streitbefangenen Aufsichtsarbeit der Fächergruppe 3 im Rahmen der staatlichen Prüfung in der Ergotherapie zu.

Da die Aufsichtsarbeit der Antragstellerin in der Fächergruppe 3 im Erstversuch mit der Note 5 („mangelhaft“) benotet worden war, hatte sie nach § 10 Abs. 3 ErgThAPrV Anspruch auf einen Wiederholungsversuch dieser Aufsichtsarbeit; zu diesem Wiederholungsversuch ist sie mit Bescheid vom 2. Juli 2020 auch zugelassen worden. Den daraus resultierenden Prüfungsanspruch hat die Antragsgegnerin nicht dadurch erfüllt, dass sie die Antragstellerin im August 2020 erneut an der Aufsichtsarbeit teilnehmen ließ. Denn die Prüfungsleistung ist auf der Grundlage einer verfassungsrechtswidrigen Regelung in der Prüfungsordnung durchgeführt worden (a.). Der Fehler kann auch nicht als unbeachtlich angesehen werden,

weil eine Übergangsregelung zum Tragen käme; dies ist nicht der Fall (b.). Der Mangel der Prüfungsordnung kann nur durch die Einräumung eines weiteren Prüfungsversuchs und nicht im Wege der Neubewertung behoben werden (c.).

a. Die Rechtmäßigkeit der Durchführung einer berufsbezogenen Prüfung und deren Bewertung sind anhand der zum Zeitpunkt der Erbringung der Prüfungsleistung maßgebenden Sach- und Rechtslage zu beurteilen (BVerwG, Urt. v. 10.4.2019, 6 C 19/18, juris Rn. 9). § 5 Abs. 2 Satz 2 ErgThAPrV, der die Bewertung der Aufsichtsarbeiten im Rahmen der nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 des Ergotherapeutengesetzes für Ergotherapeut:innen berufszugangseröffnenden staatliche Prüfung regelt, beinhaltet bis heute keine bestimmte normative Regelung der Prüfer:innenzahl und ist damit verfassungswidrig.

Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 ErgThAPrV wird jede Aufsichtsarbeit von mindestens zwei Fachprüfer:innen benotet. Eine solche prüfungsrechtliche Regelung verstößt gegen den Grundsatz der Chancengleichheit und des effektiven Schutzes der Berufswahlfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, die verlangen, dass der zuständige Normgeber die Zahl der Prüfer:innen bei berufsbezogenen Prüfungen rechtssatzmäßig festlegt (vgl. BVerwG, Urt. v. 10.4.2019, 6 C 19/18, juris Rn. 12 ff.).

Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 10. April 2019 (Az.: 6 C 19/18, Rn. 17) ausgeführt:

„Angesichts des mit der Bewertung einer den Zugang zu einem Beruf eröffnenden Prüfung verbundenen intensiven Eingriffs in die freie Wahl des Berufs ist den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG und des Art. 3 Abs. 1 GG nur genügt, wenn die Zahl der zu bestellenden Prüfer und das Verfahren der Notenfestsetzung bei Bewertungsdifferenzen zwischen den Prüfern rechtssatzmäßig bestimmt sind. Neben der von Art. 12 Abs. 1 GG geforderten Neutralität und Objektivität des Prüfungsverfahrens kommt hier dem Erfordernis des Grundrechtsschutzes durch Verfahren angesichts der nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte prüfungsspezifischer Wertungen ein hohes Gewicht für den effektiven Grundrechtsschutz zu (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 - BVerfGE 84, 34 <45 f.>; BVerwG, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - 6 B 39.12 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 417 Rn. 5, 7). Daher können solche Regelungen nicht der Verwaltungspraxis überlassen bleiben, sondern sie sind von den zuständigen Normgebern - hier von Hochschulen aufgrund der in § 34 SächsHSG bzw. SächsHSFG enthaltenen Ermächtigung auf der Ebene der Prüfungsordnung - unter Beachtung des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG rechtssatzmäßig zu erlassen.“

Diese Rechtsauffassung hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 28. Oktober 2020 (6 C 8.19, juris Rn. 22) wiederholt; das Gericht schließt sich ihr an.

Nicht nur bei mündlichen, sondern auch bei schriftlichen Prüfungen hat die Zahl der Prüfer:innen Einfluss auf die Bewertung der Prüfungsleistung und muss, dem Grundsatz der Chancengleichheit entsprechend, einheitlich und normativ festgelegt sein (VG Hamburg, Urt. v. 21.7.2022, 2 K 1167/21, juris Rn. 33).

b. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kann vorliegend anstelle der verfassungswidrigen Regelung keine Übergangsregelung zum Tragen kommen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 10. April 2019 (a.a.O., juris Rn. 20) zur Frage der Übergangsregelung ausgeführt:

„Aufgrund dieses auf der Ebene der Prüfungsordnung bestehenden Regelungsdefizits ist der Senat zur Vermeidung einer verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit gehalten, bis zur Herstellung verfassungsgemäßer Zustände durch den Satzungsgeber eine unerlässliche Übergangsregelung zu treffen, damit den aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierenden Gewährleistungen der Prüflinge Rechnung getragen wird (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 15. März 2017 - 6 C 46.15 - Buchholz 451.33 SprG Nr. 4 Rn. 29 unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 1976 - 1 BvR 2325/73 - BVerfGE 41, 251 <267>). Die Übergangsregelung hat sich sachgerechter Weise an der Praxis der Beklagten zu orientieren. Danach werden - so auch die Beklagtenvertreterin in der mündlichen Verhandlung - die mündlichen Prüfungen der Diplom-Prüfung im Regelfall von drei Prüfern abgenommen und ein Prüfer kann bei der Festsetzung der Endnote überstimmt werden. Dementsprechend sind übergangsweise für die auf der Grundlage der Prüfungsordnung noch zu absolvierenden mündlichen Prüfungen der Diplom-Prüfung für Dolmetscher drei Prüfer zu bestellen und bei Bewertungsdifferenzen ist die Note aufgrund einer Mehrheitsentscheidung festzulegen.“

In seiner Entscheidung vom 28. Oktober 2020 (6 C 8.19, juris Leitsatz 2 und Rn. 20) hat das Bundesverwaltungsgericht erneut betont:

„Ist die Zahl der einzusetzenden Prüfer nicht rechtssatzmäßig hinreichend bestimmt, ist sie bis zum Inkrafttreten einer ordnungsgemäßen Regelung zur Vermeidung einer noch verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit anhand der Verwaltungspraxis der zuständigen Behörde festzulegen.“

Dabei kann mit Blick auf das hiesige Prüfungsdatum im August 2020 offenbleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen eine „Übergangsregelung“ das normative Defizit infolge einer unbestimmten Festlegung der Prüfer:innenzahl auch rückwirkend heilen kann, d.h. im Hinblick auf Prüfungen, die bereits vor der höchstgerichtlichen Entscheidung zu dieser Frage, also vor dem 10. April 2019 abgenommen worden sind (vgl. hierzu: VG Hamburg, Urt. v. 21.7.2022, 2 K 1167/21, juris Rn. 43).

Nach den obenstehenden Maßgaben kann das Gericht jedenfalls für Prüfungstermine nach dem 10. April 2019 eine Übergangsregelung zur Anwendung bringen, wenn sich ein Prüfungsamt in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. April 2019 (a.a.O.) für die nach diesem Zeitpunkt liegenden Prüfungen übergangsweise an der Prüfer:innenzahl seiner einheitlichen und ständigen Verwaltungspraxis orientiert oder wenn es eine Übergangsregelung ausdrücklich in Gestalt einer Verwaltungsvorschrift für die Zukunft festschreibt (VG Hamburg, Urt. v. 21.7.2022, 2 K 1167/21, juris Rn. 44; ebenso OVG Münster, Beschl. v. 14.5.2021, 14 B 354/21, juris Rn. 11 f.; vgl. auch: VG Hannover, Urt. v. 5.10.2021, 6 A 4126/20, juris Rn. 40 ff.; VG Düsseldorf, Beschl. v. 5.8.2021, 15 L 1372/21, juris Rn. 56; VG Lüneburg, Beschl. v. 16.10.2020, 5 B 21/20, juris Rn. 12).

Die Voraussetzungen für die Anwendung einer Übergangsregelung liegen allerdings aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles nicht vor.

Eine schriftlich fixierte Übergangsregelung hat die Antragsgegnerin erst unter dem 17. September 2020 und damit nach dem hier maßgeblichen Zeitpunkt des Ablegens der Prüfungsleistung Anfang August 2020 getroffen; insoweit mag dahinstehen, ob diese den Prüflingen zu kommunizieren gewesen wäre. Eine Übergangsregelung für frühere Prüfungszeiträume lässt sich auch nicht auf Grundlage der früheren Praxis der Antragsgegnerin treffen; denn hierfür ist eine ständige und einheitliche Verwaltungspraxis der Antragsgegnerin erforderlich (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 14.5.2021, 14 B 354/21, juris Rn. 13), an der es vorliegend fehlt.

Schon eine Auswertung der von der Antragstellerin in zwei Prüfungsversuchen angefertigten Aufsichtsarbeiten zeigt auf, dass eine zwischen vier und sechs Personen variierende Mehrzahl von Prüfer:innen bei der Bewertung der Klausuren tätig geworden ist.

Dabei erkennt das Gericht zwar, dass die Note in der Prüfungsniederschrift – insoweit dem Vortrag der Antragsgegnerin entsprechend – stets von zwei Personen eingetragen worden ist. Die die Prüfungsentscheidung prägende inhaltliche Bewertungsentscheidung wurde allerdings durch diejenigen Personen getroffen, die die Arbeiten korrigiert und bepunktet haben. Sie traten in den einzelnen Teilklausuren auch ausdrücklich als „Fachprüfer“ auf, machten durch ihre Bemerkungen in der Klausur inhaltliche Anmerkungen und bestimmten die Punktzahl für die Teilklausuren. Demgegenüber ist nicht ersichtlich und wurde von der Antragsgegnerin auch nicht behauptet, dass die beiden Personen, die am Ende die Note eintrugen, die Prüfungsleistungen in allen Teilklausuren zur Kenntnis genommen und bewertet hätten. Dass der Schritt der Notenbildung lediglich ein administrativer Akt war, der aus der Addition der vergebenen Teilpunktzahlen und der Feststellung der danach erreichten Note bestand, zeigt sich bereits daran, dass es bei der Bildung der Note in keinem Fall zu Abweichungen zwischen den Prüfer:innen kam und sich in der Prüfungsakte keinerlei schriftliche Dokumentation, geschweige denn begründende Entscheidung zu diesem Schritt findet.

Mit der inhaltlichen Bewertung und der Bepunktung der Teilklausuren war eine wechselnde Mehrzahl von Prüfer:innen befasst, da nach der Auswertung der Klausurdurchläufe zwischen vier und sechs Prüfer:innen im Rahmen der Bewertung einer Aufsichtsarbeit tätig wurden. Insoweit erkennt das Gericht zwar auch, dass eine Teilklausur jeweils nur von zwei Personen korrigiert worden ist. Dieser Umstand vermag allerdings nichts daran zu ändern, dass für die Bewertung der Aufsichtsarbeit insgesamt mehr und wechselnde Anzahlen von Prüfer:innen herangezogen wurden. Dass diese sich auf die Korrektur von Teilklausuren beschränkten, stellt lediglich eine teilweise Nichterfüllung ihres Prüfungsauftrages dar und erfolgte rechtswidrig, da für eine nur teilweise Ausübung der Prüfertätigkeit bei einer normativ als eine Aufsichtsarbeit konzipierten Prüfung keine rechtliche Grundlage bestand. Jeder Prüfer und jede Prüferin hätte die gesamte Prüfungsleistung, das heißt die gesamte Aufsichtsarbeit, persönlich, unmittelbar und vollständig zur Kenntnis nehmen und eine selbständige und eigenverantwortliche Bewertungsentscheidung hierüber treffen müssen (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.10.2020, 6 C 8/19, juris Rn. 18).

Ungeachtet der fehlenden Einheitlichkeit der bisherigen Praxis bei der Bewertung des schriftlichen Teils der staatlichen Prüfung in der Ergotherapie kann diese aber auch deshalb nicht Grundlage einer Übergangsregelung sein, da es sich bei der hier relevanten Festlegung der Anzahl der tätigen Personen nicht um eine Verwaltungspraxis der

zuständigen Stelle handelt. Eine Urheberschaft ist weder durch die vorgelegten Unterlagen zur Prüfer:innenbestellung belegt noch sonst erkennbar.

Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 ErgThAPrV werden die Prüfer:innen durch die zuständige Behörde bestimmt. Zwar gibt es weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich einen Anspruch auf einen geschäftsplanmäßig im Voraus bestimmten „gesetzlichen Prüfer“ (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.10.2020, 6 C 8/19, juris Rn. 53; VG Berlin, Urt. v. 27.9.2016, 12 K 233.15, juris Rn. 27 m.w.N.). Die Prüfer:innenbestellung, d.h. die konkrete Auswahl eines Prüfers oder einer Prüferin für eine bestimmte Prüfung ist aber von erheblicher Bedeutung, sodass in besonderem Maße darauf geachtet werden muss, dass das hierfür vorgesehene Verfahren eingehalten wird und Benachteiligungen vermieden werden. Weist die einschlägige Prüfungsordnung die Bestimmung der zuständigen Prüfer:innen einem bestimmten Organ zu, ist es nicht zulässig, dass die konkrete Auswahlentscheidung letztlich von einer anderen Stelle getroffen wird, die dabei nach ihren eigenen inhaltlichen Kriterien vorgeht (VG Hamburg, Urt. v. 24.3.2022, 2 K 9429/17, n.v.; OLG Frankfurt, Urt. v. 6.2.2020, 1 U 67/17, juris Rn. 41; VG Berlin, Urt. v. 27.9.2016, 12 K 233.15, juris Rn. 27; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 362). Da § 3 Abs. 2 Satz 1 ErgThAPrV die Zuständigkeit für die Prüfer:innenbestellung allein der Behörde zuweist, kann die konkrete Auswahlentscheidung nicht irgendeiner anderen Stelle übertragen werden, zumal es an einer Regelung mangelt, durch wen diese sonst erfolgen sollte (vgl. im Gegensatz dazu etwa die Zuweisung dieser Aufgabe an den Prüfungsausschussvorsitzenden in § 5 Abs. 3 Satz 2 NotSan-APrV). Schon durch die Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 2 ErgThAPrV, dass als Fachprüfer:innen die Lehrkräfte bestellt werden sollen, die „den Prüfling“ in „diesem Fachgebiet“ überwiegend ausgebildet haben, wird deutlich, dass die Bestellung der Prüfer:innen nicht losgelöst von Prüflingen oder Prüfungsteilen und Fächern erfolgen darf.

Diesen Voraussetzungen genügte das Verfahren allerdings im maßgeblichen Zeitraum im August 2020 nicht. Ausweislich der übersandten behördlichen Unterlagen zur Prüfer:innenbestellung wurde seitens der Behörde lediglich ein großer Prüfer:innenpool gebildet. Aus diesem sind in einem nicht festgelegten und nicht dokumentierten Verfahren die konkreten Prüfer:innen ausgewählt worden, wobei mangels Vorlage entsprechender behördlicher Unterlagen davon ausgegangen werden muss, dass diese konkrete Auswahlentscheidung außerhalb der Behörde stattfand. Damit kann allerdings auch nicht festgestellt werden, dass die erst nach der Auswahl der konkreten Prüfer:innen

feststehende Anzahl der Prüfer:innen eine von einer behördlichen Willensentschließung getragene Praxis darstellt.

Die Kammer sieht sich mit Blick auf das Fehlen einer ständigen und einheitlichen Verwaltungspraxis der zuständigen Behörde und vor dem Hintergrund der über die verfassungswidrige Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung hinausgehende Rechtswidrigkeit der Verfahrensweise in der Vergangenheit auch nicht gehalten, eine Übergangsregelung anhand einzelner Teilelemente dieser Verfahrensweise zu konstruieren. Eine solche Übergangsregelung würde weder ihren Zweck, im Vergleich zur rechtswidrigen Bestimmung in der Prüfungsordnung noch rechtsfernere Zustände zu vermeiden, erfüllen, noch ist sie zur Gewährleistung der Durchführbarkeit der staatlichen Prüfung für Ergotherapeut:innen geboten. Denn der Antragsgegnerin blieb es nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. April 2019 unbenommen, eine einheitliche Verwaltungspraxis bis zur Änderung der ErgThAPrV durch Festlegung einer Prüfer:innenzahl für die Zukunft zu etablieren, wie sie es später – allerdings erst nach Ablegung der streitbefangenen Prüfungsleistung – auch getan hat. Zwar mag dem Normgeber auch ein längerer Zeitraum zugebilligt werden, die Prüfungsordnungen der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung anzupassen (vgl. hierzu VG Hamburg, Urt. v. 21.7.2022, 2 K 1167/21, juris Rn. 44 ff.); auf die Behörde der Antragsgegnerin, in deren Zuständigkeitsbereich die staatliche Prüfung für Ergotherapeut:innen durchgeführt wird, traf dies aber bei der Schaffung von Übergangslösungen bereits strukturell nicht in gleicher Weise zu. Jedenfalls hätte eine Regelung vor Beginn des Prüfungszeitraums vom 3. August 2020 bis zum 18. September 2020 bereits getroffen werden können.

c. Die insoweit mangelhafte Prüfungsordnung führt grundsätzlich zu einem Wiederholungsanspruch und nicht zu einem Anspruch auf Neubewertung, den die Antragsgegnerin mit dem Widerspruchsbescheid bereits zuerkannt hat.

Wie das Gericht bereits mit Urteil vom 21. Juli 2022 (Az.: 2 K 1167/21, juris Rn. 35 ff.) ausgeführt hat, führen formelle oder inhaltliche Mängel der Prüfungsordnung regelmäßig dazu, dass der beanstandeten Prüfungsentscheidung die erforderliche rechtliche Grundlage fehlt und sie rechtswidrig und aufzuheben ist (vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 62). Zwar wird regelmäßig bei Fehlern im Prüfungsverfahren danach differenziert, ob ein Verfahrensfehler bei der Erhebung der Prüfungsleistung oder der Bewertung der Prüfungsleistung erfolgt ist, was zu unterschiedlichen Fehlerfolgen führt. Fehler bei der Erhebung der Prüfungsleistung führen

regelmäßig zu einem Wiederholungsanspruch und Fehler in der Bewertung der Prüfungsleistung begründen einen Anspruch des Prüflings auf Neubewertung. Eine fehlerhafte Prüfungsordnung entzieht der abgenommenen Prüfung jedoch die rechtliche Grundlage und hat regelmäßig zur Konsequenz, dass die Prüfung erneut abgehalten werden muss (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.05.2013, 6 C 18/12, juris Rn. 50; VG Hamburg, Urt. v. 15.06.2020, 2 K 1996/17 und 2 K 4808/17, juris; VG Magdeburg, Urt. v. 25.11.2020, 7 A 268/18, juris Rn. 41; Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O., Rdnr. 62). Wenn es nicht ausnahmsweise zur Vermeidung noch rechtfernerer Zustände seitens des Verwaltungsgerichts geboten ist, eine Übergangsregelung zu treffen (Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O., Rdnr. 62), kann sich eine Unschädlichkeit eines Mangels der Prüfungsordnung nur daraus ergeben, dass ein Mangel nach den Grundsätzen, die gemäß dem hypothetischen Willen des Normgebers die Annahme einer Teilnichtigkeit analog § 139 BGB i.V.m. § 44 Abs. 4 VwVfG rechtfertigen, als für den Rest der Prüfungsordnung unschädlich zu isolieren ist (BVerwG, Urt. v. 29.5.2013, 6 C 18/12, juris Rn. 42 ff.; Niehues/Jeremias/Fischer, a.a.O., Rn. 63). Maßgeblich ist, ob die Unwirksamkeitsgründe einen nicht abgrenzbaren Teil erfassen oder, sofern sie einen abgrenzbaren Teil betreffen, ob feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre. Hängt eine Regelung gesetzessystematisch untrennbar mit anderen Regelungen zusammen, kommt eine Teilnichtigkeit nicht in Betracht (BVerwG, Urt. v. 29.5.2013, a.a.O., juris Rn. 44). Eine solche „Reparatur“ der mit Mängeln behafteten Prüfungsordnung scheidet unter anderem von vornherein aus, wenn sie in zentralen Bereichen einen erheblichen Verstoß etwa gegen das im Prüfungswesen besonders zu beachtende Gebot der Chancengleichheit enthält (Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O., Rn. 63).

Nach dieser Maßgabe fehlt der streitbefangenen Prüfung insgesamt die rechtliche Grundlage. Die Regelung, wie viele Prüfer:innen eine Prüfungsleistung zu bewerten haben, ist untrennbar mit den weiteren Regelungen zur Erhebung der Prüfungsleistung verbunden, sodass eine Teilnichtigkeit nicht in Betracht kommt. Ohne eine Regelung zur Prüfer:innenzahl wäre die Prüfungsordnung unvollständig; es handelt sich beim Fehlen der Festlegung der konkreten Prüfer:innenzahl um einen erheblichen Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit und des effektiven Schutzes der Berufswahlfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG (VG Hamburg, Urt. v. 21.7.2022, 2 K 1167/21, juris Rn. 36).

2. Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Der nächste Prüfungszeitraum im Februar 2023 steht bevor, vor dem mit einer Beendigung des

Hauptsacheverfahrens nicht zu rechnen ist. Ein Zuwarten auf die Entscheidung in der Hauptsache würde die Antragstellerin zwingen, ihr Prüfungswissen über einen längeren Zeitraum aufrechtzuerhalten. Zudem würde sich eine Berufstätigkeit als Ergotherapeutin über einen erheblichen und mit Blick auf die nicht abzusehende Dauer des erstinstanzlichen und eines sich möglicherweise anschließenden Rechtsmittelverfahrens ungewissen Zeitraum verzögern.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 53 Abs. 1 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG. In Anlehnung an Ziffer 36.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31.05./01.06.2012 und am 18.07.2013 beschlossenen Änderungen geht die Kammer für die Hauptsache von einem Streitwert von 15.000 EUR aus, da es sich bei der verfahrensgegenständlichen Prüfung um eine den Berufszugang eröffnende abschließende Staatsprüfung handelt; dieser Wert wurde für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit Blick auf die nur vorläufige Einräumung des Wiederholungsversuchs in Einklang mit Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs halbiert.

IV.

Der Antragstellerin war mit Blick auf die Erfolgsaussichten ihres Antrags (siehe oben) dem Grunde nach Prozesskostenhilfe zu bewilligen, § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 ZPO. Mit Blick auf ihre Einkommensverhältnisse kam allerdings gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 ZPO allein die Bewilligung gegen Ratenzahlung in Betracht. Auf die Berechnung in der nur für die Antragstellerin angefügten Anlage wird Bezug genommen.

Dr. Ruhrmann

Stößel

Dunz



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, den 03.11.2022

Corth
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt –
ohne Unterschrift gültig.