

# Vorlesungsabschlussklausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Rücktritt von der Prüfung

Von Dr. Benjamin Rusteberg, Bielefeld\*

*Der folgende Sachverhalt wurde im Wintersemester 2021/22 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zum Abschluss der Vorlesung „Öffentliches Recht III: Allgemeines Verwaltungsrecht“ als sog. Kurzhausarbeit gestellt. Auf Nachweise in Fußnoten war dabei zu verzichten. Die Bearbeitungszeit betrug drei Stunden. Nach dem Studienverlaufsplan richtete sich die Vorlesung primär an Studierende des dritten Fachsemesters.*

*Die Lösung erfolgt nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht. Die aufgeworfenen Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts stellen sich aber in identischer Form auch in den übrigen Bundesländern.*

## Sachverhalt

Student S studiert Rechtswissenschaft mit dem Studienziel erste juristische Staatsprüfung am Fachbereich Rechtswissenschaften der Landesuniversität U in Nordrhein-Westfalen. Er belegt dort den Schwerpunktbereich SPB 1. Die für den Abschluss des Schwerpunkts erforderlichen Teilleistungen der Hausarbeit sowie der mündlichen Prüfung hat er bereits erfolgreich absolviert. Die zum Abschluss der Schwerpunktbereichsprüfung ebenfalls erforderliche Aufsichtsarbeit steht hingegen immer noch aus. S war zwar bereits fünfmal für die Klausur angemeldet. Nach Einreichung eines Attests seines Hausarztes wurde ihm jedoch jedes Mal ein krankheitsbedingter Rücktritt gewährt und er daraufhin von der aktuellen Klausur ab- und zum nächsten Prüfungstermin wieder angemeldet.

Zuletzt wurde ihm ein solcher Rücktritt mit Schreiben der Dekanin D des Fachbereichs Rechtswissenschaften vom 26.7.2019 gewährt. Dieses ging dem S am 29.7.2019 zu. In dem mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Schreiben wies D den S allerdings zusätzlich darauf hin, dass in seinem Fall als Nachweis für einen krankheitsbedingten Rücktritt von nun an nur noch ein amtsärztliches Attest anerkannt werde. Zur Begründung wurde auf den bereits mehrfach erfolgten Rücktritt des S von der Klausur verwiesen.

Am 4.2.2020 findet die nächste Klausur im Schwerpunktbereich SPB 1 statt, für die auch S angemeldet ist. S sieht sich jedoch auch dieses Mal krankheitsbedingt nicht in der Lage, an der Klausur teilzunehmen. S gibt deshalb noch am selben Tag bei der Post ein Schreiben an das Prüfungsamt des Fachbereichs Rechtswissenschaften auf. In dem Schreiben erklärt S seinen krankheitsbedingten Rücktritt von der Klausur und bittet um die Anmeldung für den nächsten Prüfungstermin. Seinem Schreiben legt er ein Attest seines Hausarztes vom selben Tag bei, aus dem hervorgeht, dass es ihm krankheitsbedingt nicht möglich gewesen sei, an der Klausur teilzunehmen. Das Schreiben geht dem Prüfungsamt des Fachbereichs am 6.2.2020 zu.

Mit Bescheid vom 13.2.2020 lehnt die D den Rücktrittsantrag des S ab. Das von S eingereichte Attest seines Haus-

arztes genüge nicht den Anforderungen für einen Rücktritt. Aufgrund der Tatsache, dass er bereits fünfmal von der Aufsichtsarbeit zurückgetreten sei, habe sie dem S mit Bescheid vom 26.7.2019 mitgeteilt, dass er im Fall eines weiteren Rücktritts ein amtsärztliches Attest einzureichen habe. Dieser Aufforderung sei er nicht nachgekommen. Sein Antrag auf Rücktritt sei deshalb abzulehnen.

S ist der Meinung, es sei nicht nachvollziehbar, warum für den Rücktritt bislang ein einfaches ärztliches Attest ausgereicht habe und nun plötzlich ein amtsärztliches Attest erforderlich sein solle. Die Prüfungsordnung des Studiengangs verlange ein amtsärztliches Attest schließlich nur für Wiederholungsprüfungen bei Nichtbestehen. Soweit sich die D mit dem Bescheid vom 26.7.2019 eine Grundlage für erhöhte formale Anforderungen an den Rücktritt habe verschaffen wollen, sei dies „offensichtlich und im besonderen Maße rechtswidrig“. Für eine etwaige Anordnung dazu gebe es in der Prüfungsordnung schon gar keine Grundlage. Bei den formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Prüfungsunfähigkeit handele es sich zudem um einen besonders grundrechtssensiblen Bereich. Die Anordnung sei für ihn auch völlig unerwartet gekommen, da niemand mit ihm vorher darüber gesprochen habe.

D ist hingegen der Ansicht, dass bezüglich der Anordnungsbefugnis von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen sei, da die Prüfungsordnung für den Studiengang Rechtswissenschaften in § 9 Abs. 1 lediglich für Wiederholungsprüfungen, nicht aber für wiederholte Erkrankungen spezifische Anforderungen normiere. Demgegenüber enthielten die Prüfungsordnungen der meisten anderen Studiengänge Regelungen, die bereits nach dem zweimaligen Rücktritt von einer Prüfung die Vorlage eines amtsärztlichen Attests notwendig machten. Insofern sei man im Falle des S noch sehr großzügig verfahren.

## Aufgabe 1

Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der Anordnung der D vom 26.7.2019, wonach im Fall des S nur noch ein amtsärztliches Attest als Nachweis für einen krankheitsbedingten Rücktritt anerkannt werde.

## Aufgabe 2

Prüfen Sie, ob ein Anspruch des S auf Genehmigung seines Rücktritts von der Klausur am 4.2.2020 besteht

## Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ein, nötigenfalls auch im Hilfsgutachten.

Gehen Sie davon aus, dass die Prüfungsordnung des Studiengangs Rechtswissenschaften formell wie materiell rechtmäßig ist.

---

\* Der Autor vertritt zurzeit einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld.

**Juristenausbildungsgesetz NRW (JAG) [Auszug]***§ 28 Universitäre Prüfungen*

(1) Zwischenprüfung und Schwerpunktbereichsprüfung werden an einer Universität abgelegt; sie sollen studienbegleitend abgelegt werden. [...]

(4) Die Universitäten erlassen Prüfungsordnungen für die Zwischenprüfung und die Schwerpunktbereichsprüfung, durch die im Einzelnen geregelt werden: [...]

4. die Voraussetzungen und das Verfahren für die Zulassung sowie die Fristen für die Meldung zur Prüfung;

5. die Voraussetzungen für die Wiederholung von Prüfungsleistungen; [...]

13. die Folgen der Nichterbringung von Prüfungsleistungen und des Rücktritts von einer Prüfung; [...]

**Landeshochschulgesetz NRW (LHG) [Auszug]***§ 2 Rechtsstellung*

(1) Die Hochschulen [...] sind vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts. [...]

(2) Die Hochschulen nehmen die ihnen obliegenden Aufgaben als Selbstverwaltungsangelegenheiten wahr. Soweit dieses Gesetz nichts anderes zulässt, erledigen sie ihre Aufgaben in Forschung, Entwicklung und Kunst, Lehre und Studium in öffentlich-rechtlicher Weise. [...]

*§ 26 Die Binneneinheiten der Hochschule*

(1) Die Hochschule gliedert sich in Fachbereiche. Diese sind die organisatorischen Grundeinheiten der Hochschule.

(2) Der Fachbereich erfüllt unbeschadet der Gesamtverantwortung der Hochschule und der Zuständigkeiten der zentralen Hochschulorgane und Gremien für sein Gebiet die Aufgaben der Hochschule.

(3) Organe des Fachbereichs sind die Dekanin oder der Dekan und der Fachbereichsrat. Der Fachbereich regelt seine Organisation durch eine Fachbereichsordnung und erlässt die sonstigen zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Ordnungen.

*§ 27 Dekanin oder Dekan*

(1) Die Dekanin oder der Dekan leitet den Fachbereich und vertritt ihn innerhalb der Hochschule. [...]

**Prüfungsordnung für den Studiengang Rechtswissenschaften (PO) [Auszug]***§ 9 Rücktritt von der Prüfung*

(1) Ist der/die Studierende wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert, an einer Prüfung teilzunehmen, wird der Rücktritt auf Antrag hin durch die Dekanin/den Dekan genehmigt. Im Falle einer Erkrankung ist unverzüglich ein ärztliches Attest, das die für die Beurteilung der Prüfungsunfähigkeit nötigen medizinischen Befundtatsachen enthält, einzuholen. Der Antrag ist unverzüglich zu stellen und das Attest beim Prüfungsamt des Fachbereichs einzureichen. Für den Fall der Wiederholung einer nichtbestanden Prüfung ist abweichend von Satz 2 ein amtsärztliches Attest einzuholen.

(2) Wird der Rücktritt genehmigt, gilt die Prüfung als nicht unternommen und der/die Studierende ist für die nächstmögliche Prüfungsleistung gleicher Art zuzulassen. Im Falle der Nichtgenehmigung gilt der nichtunternommene Teil der Prüfung als nicht bestanden.

**Lösungsvorschlag****Aufgabe 1**

Damit die Anordnung rechtmäßig ist, darf sie nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoßen und muss formell sowie materiell rechtmäßig sein.

**I. Ermächtigungsgrundlage***1. Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage*

Einer Ermächtigung in Form einer gesetzlichen Grundlage bedarf behördliches Handeln jedenfalls immer dann, wenn es mit Grundrechtseingriffen einhergeht.

Die Anordnung der D vom 26.7.2019 hat nicht lediglich informatorischen Wert, sondern zielt auf eine Regelungswirkung ab. Sie ist darauf ausgerichtet, das Rechtsverhältnis zwischen dem Fachbereich und S dahingehend zu ändern, dass, abweichend von der Regelung in der Prüfungsordnung, für den krankheitsbedingten Rücktritt von der Schwerpunktprüfung nicht mehr die Beibringung des Attests eines beliebigen Arztes, sondern nur noch eines Amtsarztes ausreicht.

Insoweit gestaltet die Regelung die Rechtslage nachteilig für S.

D ist gem. § 26 Abs. 3 S. 1 LHG Organ des Fachbereichs, der wiederum gem. § 26 Abs. 2 LHG Bestandteil der U ist. U ist gem. § 2 Abs. 1 LHG Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sowohl U als auch D sind damit Teil der staatlichen Verwaltung und grundrechtsgebunden i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG. Es gibt auch keine Gründe, anzunehmen, dass die Grundrechte im Verhältnis der Universität zu den ihr angehörenden Studierenden – etwa aufgrund eines sog. Sonderstatusverhältnisses – keine Anwendung finden würden.

Damit liegt in der Anordnung der D jedenfalls ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit des S. Aufgrund des Zusammenhangs mit dem Studium des S, das zumindest mittelbar auch der beruflichen Qualifikation dient, besitzt die Maßnahme auch eine berufsregelnde Tendenz und stellt einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Berufsfreiheit dar. Zudem wird durch die Pflicht, sich gesundheitlich bei einem nicht von ihm selbst ausgewählten Arzt untersuchen zu lassen, auch ein Eingriff in das aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) begründet. Für Handlungen der Verwaltung, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sind, gilt der sog. Vorbehalt des Gesetzes.

Die Mitteilung der D bedarf damit einer gesetzlichen Grundlage.

*Anmerkung:* Von vielen Bearbeiter:innen wurde bereits an dieser Stelle darauf eingegangen, ob es sich bei der Anordnung der D um einen Verwaltungsakt handelte. Diese Frage ist an dieser Stellung jedoch eigentlich nicht relevant.

## 2. Existenz einer Ermächtigungsgrundlage

### a) § 9 Abs. 1 PO i.V.m. § 28 Abs. 4 JAG

Als gesetzliche Grundlage des Eingriffs kommt mittelbar § 28 Abs. 4 JAG in Betracht. Die Regelung ermächtigt die Universität zum Erlass einer Prüfungsordnung für die Schwerpunktbereichsprüfung, in der nach Nr. 12 insbesondere der Punkt des Rücktritts von einer Prüfung zu regeln ist. Von dieser Ermächtigung hat die U bzw. der Fachbereich Rechtswissenschaften durch den Erlass der Prüfungsordnung auch Gebrauch gemacht.

§ 9 Abs. 1 PO sieht vor, dass der/die Studierende, wenn er bzw. sie wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert ist, an einer Prüfung teilzunehmen, unverzüglich einen Antrag auf Rücktritt von der Prüfung zu stellen und beim Prüfungsamt ein ärztliches Attest einzureichen hat. Dass es sich um ein amtsärztliches Attest handeln müsse, ist insoweit nicht vorgesehen. Gem. § 9 Abs. 1 S. 4 PO besteht die Pflicht zur Beibringung eines amtsärztlichen Attests vielmehr nur für den Fall der Wiederholung einer nichtbestanden Prüfung.

So oder so enthält die Prüfungsordnung jedenfalls keine Ermächtigung, die es D erlauben würde, im Einzelfall abweichende Voraussetzungen für einen Prüfungsrücktritt zu normieren.

### b) Analogie

D macht insoweit jedoch geltend, dass in einer Situation, in der die Person bereits mehrfach von einer Prüfung zurückgetreten ist, eine Regelungslücke bestehe. Sie will diese dadurch schließen, dass sie in Analogie zu dem Umstand, dass zahlreiche Prüfungsordnungen anderer Fachbereiche eine entsprechende Regelung für den Fall eines mindestens zweifachen Rücktritts enthalten, eine Kompetenz in Anspruch nimmt, im Einzelfall die Notwendigkeit der Einreichung eines amtsärztlichen Attests anzuordnen. Ein solcher Analogieschluss wird im Allgemeinen davon abhängig gemacht, dass eine planwidrige Regelungslücke besteht, die eine vergleichbare Interessenlage zu dem von der herangezogenen Norm geregelten Sachverhalt aufweist.<sup>1</sup>

Dabei ist angesichts des Detailgrades, den die Regelung des Rücktritts in der PO aufweist, bereits fraglich, ob eine solche Regelungslücke tatsächlich besteht. Zudem stünde es dem Fachbereich jederzeit frei, die PO anzupassen, wenn er ein entsprechendes Bedürfnis sieht.

Eine entsprechende Heranziehung der Regelung anderer PO würde, bei vergleichbarer Interessenlage, zudem allenfalls dazu führen, dass bereits abstrakt eine Verpflichtung anzunehmen wäre, im Falle eines mehrmaligen Rücktritts ein amtsärztliches Attest beizubringen. Hieraus eine Befugnis der D abzuleiten, nunmehr im Einzelfall einseitig eine solche Vorlagepflicht anordnen zu können, scheint demgegenüber fernliegend.

Schließlich gilt im Verwaltungsrecht zwar kein absolutes Analogieverbot zuungunsten des Bürgers, wie dies etwa im Strafrecht aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG der Fall ist.

<sup>1</sup> *Beaucamp*, AöR 134 (2009), 83 (84 f.).

Allerdings kann es gegen den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt verstoßen, wenn die eigentliche Befugnisnorm ohne ausreichende gesetzliche Absicherung lediglich im Wege der Analogiebildung ermittelt wird. Denn insoweit fehlt es an der gesetzlichen Entscheidung, der Behörde den Eingriff in die Grundrechte zu ermöglichen. Auch soweit man eine Analogiebildung in Eingriffskonstellationen grundsätzlich für möglich hält, wird diese – entsprechend den Anforderungen der sog. Wesentlichkeitstheorie – aber jedenfalls dort abzulehnen sein, wo es sich um besonders grundrechtsensible Bereiche handelt.<sup>2</sup> Da es vorliegend um eine Maßnahme geht, die durchaus einschneidende Konsequenzen für die Berufsfreiheit der Betroffenen haben kann und zudem in das APR eingreift, ist die Möglichkeit einer derartigen Analogiebildung abzulehnen.

*Anmerkung:* Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. So könnte z.B. damit argumentiert werden, dass mit § 26 JAG im weitesten Sinne eine gesetzliche Grundlage existiert. Wichtig war an dieser Stelle, dass das Problem einer ggf. fehlenden Ermächtigungsgrundlage überhaupt gesehen wurde.

Demgegenüber gingen einige Bearbeitungen so vor, dass sie an dieser Stelle der Prüfung zunächst unproblematisch eine der genannten Normen als Ermächtigungsgrundlage heranzogen, um dann erst im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit zu thematisieren, inwieweit die Rechtsfolge der Norm überhaupt eine entsprechende Anordnung ermöglicht. Dies erscheint zwar wenig konsequent, brachte, solange die Vorgehensweise einigermaßen nachvollziehbar blieb, aber auch keine wesentlichen Abzüge ein.

Problematischer erscheint ein anderer, ebenfalls mehrfach gewählter Lösungsansatz, bei dem die Anordnung der D als Nebenbestimmung zu der in demselben Bescheid erfolgten Rücktrittsgewährung qualifiziert und auf § 36 LVwVfG gestützt wurde. Diese Vorgehensweise scheidet freilich schon an der fehlenden inhaltlichen Bezogenheit der in die Zukunft gerichteten Anordnung einer Attestpflicht auf den für die Vergangenheit gewährten Rücktritt. Zudem besaß S nach § 9 Abs. 1 S. 1 PO einen Anspruch auf die Genehmigung, so dass es ausweislich des § 36 Abs. 1 LVwVfG selbst in diesem Fall einer gesonderten Ermächtigungsgrundlage bedurft hätte.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

### 1. Zuständigkeit

Vorliegend hat D die Mitteilung erlassen. Gem. § 26 Abs. 2 LHG erfüllt innerhalb der Universität der Fachbereich für sein Gebiet die Aufgaben der Hochschule. Gem. § 27 Abs. 1 LHG vertritt die Dekanin den Fachbereich innerhalb der Hochschule. D wäre somit für den Erlass einer entsprechenden Regelung zuständig gewesen.

<sup>2</sup> Vgl. *Beaucamp*, AöR 134 (2009), 83 (99 ff.), auch mit Nachweis zur Rechtsprechung des BVerfG, das sich insoweit zwar skeptisch zeigt, zu der Frage aber noch nicht eindeutig geäußert hat.

## 2. Verfahren

Die verfahrensrechtlichen Regelungen des LVwVfG kommen nach § 9 LVwVfG jedenfalls dann zur Anwendung, wenn es sich um eine nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde handelt, die auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist.

Die Anordnung der D vom 26.7.2019 ist auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, s.o. Da sich die Studierenden als Angehörige der Universität auch nicht in einem Sonderstatusverhältnis befinden und die Regelung zudem in die Grundrechte des S eingreift, kommt ihr auch Außenwirkung zu. Bei der Anordnung handelte es sich somit um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG, womit auf das Verfahren die Regelungen der §§ 9 ff. LVwVfG Anwendung finden.

Insbesondere ist dem Beteiligten gem. § 28 Abs. 1 LVwVfG für den Fall, dass ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift, vorab Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

Gem. § 13 Nr. 2 LVwVfG sind Beteiligte u.a. diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat. S war somit vorliegend Beteiligter. Der Verwaltungsakt greift auch in die Rechte des S ein, s.o.

Eine Anhörung des S fand nicht statt. Diese war auch nicht nach § 28 Abs. 2 LVwVfG entbehrlich. Insbesondere war auch die Ausnahme nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG nicht einschlägig. Angaben hatte S allenfalls zu seinem krankheitsbedingten Rücktritt gemacht. Zu dem Vorhaben der D, eine entsprechende Regelung gegenüber ihm zu erlassen, hatte er sich hingegen noch nicht geäußert.

Die bislang fehlende Anhörung kann insoweit auch nicht mehr gem. § 45 LVwVfG nachgeholt werden, da der Verwaltungsakt bereits bestandskräftig geworden ist.

*Anmerkung:* Dieser Punkt wurde häufig übersehen, was leicht dadurch zu erklären ist, dass es aufgrund der ansonsten zumeist vorhandenen prozessualen Einkleidung eher nicht dazu kommt, die Rechtmäßigkeit eines bestandskräftigen Verwaltungsakts zu prüfen. Insofern wurde ein entsprechender Verweis auf die Heilungsmöglichkeiten auch nicht negativ gewertet.

Auf die Folgenregelung des § 46 LVwVfG kommt es zur Beantwortung der Frage nach der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nicht an.

## 3. Form

Für Verwaltungsakte gelten grundsätzlich keine bestimmten Formvorgaben. Gem. § 37 Abs. 2 S. 1 LVwVfG kann ein Verwaltungsakt insbesondere auch schriftlich ergehen. Dies war vorliegend der Fall. Die nach § 39 Abs. 1 LVwVfG notwendige Begründung lag vor und ist auch noch als ausreichend anzusehen.

## 4. Zwischenergebnis

Die Mitteilung war formell rechtswidrig, da es an der notwendigen Anhörung des S fehlte.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

### 1. Tatbestand

Soweit die Existenz einer Befugnisnorm verneint wird, existiert auch kein Tatbestand, der erfüllt sein könnte.

Soweit die Möglichkeit einer analogen Anwendbarkeit der Prüfungsordnungen anderer Fachbereiche angenommen wird, wäre insoweit lediglich zu fordern, dass S bereits mindestens einmal von der Prüfung zurückgetreten ist. Dies war vorliegend der Fall.

### 2. Rechtsfolge

Auf der Ebene der Rechtsfolge sind grundsätzlich mögliche Ermessensfehler sowie die Verhältnismäßigkeit der Regelung zu thematisieren.

Eine Fehlerhaftigkeit des Ermessens würde freilich erst einmal voraussetzen, dass zuvor nicht nur eine Anordnungsbefugnis der D bejaht wurde, sondern auch angenommen wurde, dass diese der D überhaupt Ermessen einräumt. Im Übrigen bestehen für das Vorliegen von Ermessensfehlern keine Anhaltspunkte.

Darüber hinaus ist eine entsprechende Anordnung verhältnismäßig. Sie dient der Sicherstellung, dass die Voraussetzungen eines Rücktritts tatsächlich vorliegen und ist insoweit auch geeignet. Mildere, gleichgeeignete Regelungen sind nicht ersichtlich. Dass in der Anordnung eine unangemessene Belastung für den S läge, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

## IV. Ergebnis

Die Mitteilung war rechtswidrig. Ihr fehlte es schon an der für ihre Vornahme erforderlichen Ermächtigungsgrundlage. Zudem war sie formell rechtswidrig, da S nicht angehört wurde.

## Aufgabe 2

### I. Anspruchsgrundlage

Ein Anspruch des S könnte sich vorliegend aus § 9 Abs. 1 S. 1 PO ergeben, wonach der Rücktritt von einer Prüfung auf Antrag hin durch die Dekanin/den Dekan genehmigt wird, wenn der Studierende wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert ist, an dieser teilzunehmen.

Ein Anspruch des S würde zunächst voraussetzen, dass § 9 Abs. 1 S. 1 PO dem S ein subjektives Recht vermittelt. Dies beurteilt sich nach der sog. Schutznormtheorie. Diese besagt im Grundsatz, dass eine Norm ein subjektives Recht vermittelt, wenn sie nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern nach ihrer Zweckbestimmung zumindest auch den Individualinteressen des Einzelnen zu dienen bestimmt ist.

Explizit sagt § 9 Abs. 1 S. 1 PO hierüber nichts aus. Vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit ist § 9 Abs. 1 S. 1 PO allerdings so auszulegen, dass die Norm nicht nur eine objektive Pflicht der Dekanin normiert, sondern gerade auch darauf abzielt, dem einzelnen Studierenden ein durchsetzbares Recht auf Genehmigung des Rücktritts zu verschaffen. Der Studierende ist insoweit nicht ein bloßes „Objekt“, das es auszubilden gilt, sondern ihm stehen im Verhältnis zur Universität und ihren Teilen eigene Rechte zu.

## II. Anspruchsvoraussetzungen

### 1. Formelle Voraussetzungen

#### a) Passivlegitimation (Zuständigkeit)

Gem. § 26 Abs. 1 S. 1 LHG gliedert sich die Hochschule in Fachbereiche, deren Organ die Dekanin bzw. der Dekan nach § 26 Abs. 3 S. 1 LHG ist. Die Fachbereiche sind somit als Teilkörperschaften der Hochschule und als juristische Personen Rechtsträger der Dekanin bzw. des Dekans.<sup>3</sup> Der Anspruch des S richtet sich somit gegen den Fachbereich Rechtswissenschaften der U.

#### b) Verfahren

##### aa) Antrag

Der Rücktritt nach § 9 Abs. 1 S. 1 PO setzt einen Antrag des Studierenden voraus. Diesen hat S vorliegend in seinem Schreiben vom 4.2.2020 gestellt.

##### bb) (Amtsärztliches) Attest

###### (1) Pflicht aus der Prüfungsordnung

Gem. § 9 Abs. 1 S. 2 und 3 PO hat der Studierende im Falle einer Erkrankung unverzüglich ein ärztliches Attest, das die für die Beurteilung der Prüfungsunfähigkeit nötigen medizinischen Befundtatsachen enthält, einzuholen und dieses beim Prüfungsamt des Fachbereichs einzureichen.

Diese Anforderungen hat S mit seinem Schreiben vom 4.2.2020 erfüllt.

D ist jedoch der Ansicht, dass S verpflichtet gewesen sei, nicht das Attest eines beliebigen Arztes, sondern das Attest eines Amtsarztes einzureichen.

Gem. § 9 Abs. 1 S. 4 PO besteht die Pflicht zur Einholung eines amtsärztlichen Attests nur im Falle der Wiederholung einer nichtbestanden Prüfung. Eine solche Situation war vorliegend jedoch nicht gegeben, da S die Prüfung bislang noch überhaupt nicht absolviert hatte.

###### (2) Pflicht aus dem Bescheid vom 26.7.2019

Eine Pflicht des S zur Vorlage eines amtsärztlichen Attests könnte sich jedoch aus der Mitteilung der D vom 26.7.2019 ergeben, die eine solche Vorlage als Bedingung für einen weiteren Rücktritt des S wegen Krankheit normierte.

Wie oben gesehen, war der Bescheid der D vom 26.7.2019 rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts führt aber nicht automatisch zu dessen Unwirksamkeit, vgl. § 43 Abs. 3 LVwVfG. Darüber hinaus ist der Bescheid aufgrund der verstrichenen Widerspruchs- bzw. Anfechtungsfristen mit Ablauf des 29.8.2019 bestandskräftig geworden, was es für S ausschließt, sich auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zu berufen.

*Anmerkung:* Gem. § 110 Abs. 2 Nr. 2 JustG besteht eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Entfallen der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens nach § 110 Abs. 1

JustG bei Verwaltungsakten, denen die Bewertung einer Leistung im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung zugrunde liegt. Inwieweit diese Variante einschlägig ist, bedarf vorliegend allerdings keiner Prüfung, da sowohl die Frist nach § 70 Abs. 1 VwGO als auch die Frist nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO verstrichen sind. Insbesondere war der Verwaltungsakt auch mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen, so dass die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO nicht eingreift.

Letztlich kann aber auch die Frage der Bestandskraft dahingestellt bleiben, da im Sachverhalt insoweit keine Rede davon ist, dass S überhaupt einen Rechtsbehelf gegen den Verwaltungsakteingelegt hätte, durch den dessen Wirksamkeit hätte beseitigt werden können.

Eine Bindung an die Regelung des Bescheids vom 26.7.2019 könnte vorliegend damit nur ausgeschlossen sein, wenn er S entweder nie wirksam bekanntgegeben worden wäre, vgl. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG, oder gem. § 44 LVwVfG nichtig wäre, vgl. § 43 Abs. 3 LVwVfG.

##### (a) Bekanntgabe

Gem. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. § 41 LVwVfG regelt die Voraussetzungen der Bekanntgabe nur für einzelne Sonderfälle. Im Übrigen ist der Verwaltungsakt grundsätzlich als eine empfangsbedürftige Willenserklärung zu qualifizieren, so dass die Bekanntgabe sich nach den Regeln über den Zugang von Willenserklärungen richtet.<sup>4</sup> Eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung ist dem Empfänger jedenfalls zugegangen, wenn sie dergestalt in seine Verfügungsgewalt gelangt, dass es nur noch an ihm liegt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen und mit seiner Kenntnisnahme unter normalen Umständen gerechnet werden kann.<sup>5</sup>

Der Verwaltungsakt vom 26.7.2019 ging S in Form eines Schreibens der D am 29.7.2019 zu. Der Verwaltungsakt ist S somit bekanntgegeben worden, wodurch er gem. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG auch wirksam geworden ist.

##### (b) Nichtigkeit?

Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam, § 43 Abs. 3 LVwVfG. Die Voraussetzungen der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ergeben sich aus § 44 LVwVfG.

Ein Nichtigkeitsgrund nach § 44 Abs. 2 LVwVfG ist vorliegend ersichtlich nicht gegeben.

Die Nichtigkeit der Anordnung kann sich vorliegend demnach nur aus der allgemeinen Regel des § 44 Abs. 1 LVwVfG ergeben. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

<sup>3</sup> Vgl. *Pernice-Warnke*, in: v. Coelln/Schemmer (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar HochschulR NRW, Stand: 1.9.2021, HG § 26 Rn. 9.

<sup>4</sup> Ausführlich *Schoch*, Jura 2011, 23.

<sup>5</sup> *Wendtland*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 130 Rn. 9.

*(aa) Nichtigkeit wegen formeller Mängel*

Der Verwaltungsakt war vorliegend formell rechtswidrig, da es an einer vorherigen Anhörung des S fehlte.

Ein Ausschluss der Nichtigkeit nach § 44 Abs. 3 LVwVfG liegt für diesen Punkt nicht vor.

Allerdings ist das Fehlen einer Anhörung grundsätzlich nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG heilbar. Daraus ergibt sich, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz einen entsprechenden Fehler nicht als derart gravierend erachtet, dass er zu einer Nichtigkeit des Verwaltungsakts nach § 44 Abs. 1 LVwVfG führen könnte.

*(bb) Nichtigkeit wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage*

Eine Nichtigkeit des Verwaltungsakts könnte sich jedoch aus dem Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ergeben.

*(a) Schwerwiegender Fehler*

Besonders schwerwiegend ist ein Fehler nach der Rechtsprechung des BVerwG, soweit dieser schlechterdings unerträglich ist, d.h. den Verwaltungsakt als mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar erscheinen lässt.<sup>6</sup>

Dabei leidet der sog. gesetzlose Verwaltungsakt, bei dem unter keinen Umständen eine gesetzliche Ermächtigung vorgelegen hat, nach der Rechtsprechung nicht automatisch unter einem derartigen Fehler. Dies gilt etwa für Verwaltungsakte, die auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhen. Hingegen ist bei Verwaltungsakten, die (bewusst) ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Anforderungen erlassen wurden, grundsätzlich von einem derartigen Fehler auszugehen.<sup>7</sup>

Vorliegend ist der Verwaltungsakt unter keinen Umständen von der Rechtsgrundlage des § 28 Abs. 4 LHG i.V.m. § 9 Abs. 1 PO gedeckt. Dabei fehlt es nicht einfach an den tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern die Regelung beinhaltet schon überhaupt keine Befugnis, die entsprechende Rechtsfolgen für den Einzelfall anzuordnen. D behauptet zwar, die Maßnahme ließe sich auf eine Analogie stützen. Auch sind Analogieschlüsse im öffentlichen Recht nicht vollkommen ausgeschlossen. Allerdings liegt, wie oben dargestellt, die Annahme fern, dass über eine Analogie die Ermächtigung zu einer Bestimmung der Rücktrittsbedingungen für den Einzelfall geschaffen werden könnte. Insofern ist vorliegend von einem besonders schweren Fehler auszugehen.

*(β) Offensichtlichkeit*

Zur Schwere des Fehlers muss hinzukommen, dass die besondere Fehlerhaftigkeit bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Die Offensichtlichkeit bezieht sich sowohl auf die tatsächlichen Umstände, die zu dem Fehler führen, als auch auf die rechtliche Würdigung der gegebenen Sachlage, d.h. es müssen der Fehler

als solcher und sein besonders schweres Gewicht offensichtlich sein.<sup>8</sup> Maßgeblich ist die Parallelwertung in der Laiensphäre, d.h. aus der Sicht eines Beobachters, der weder besondere Rechts- noch Sachkenntnis hat. Diesem Beobachter muss zweifelsfrei klar sein, dass der Verwaltungsakt so fehlerhaft ist, dass er nicht ernsthaft als verbindlich angesehen werden kann.<sup>9</sup>

Vorliegend war leicht erkennbar, dass § 9 PO keine derartige Anordnungsbefugnis enthielt. Die Konstruktion einer derartigen Befugnis mittels Analogiebildung erscheint gleichsam fernliegend, s.o. Insofern ist auch von einer Offensichtlichkeit des Fehlers auszugehen.

*Anmerkung:* Eine andere Ansicht ist in beiden Punkten ohne weiteres vertretbar. So ging auch das VG Greifswald in der Ausgangsentscheidung nicht von einer Nichtigkeit des Verwaltungsakts aus: Es könnten durchaus Zweifel entstehen, ob die Prüfungsunfähigkeit bei wiederholtem Rücktritt allein durch einen Arzt festgestellt werden könne oder – wie im Fall einer Wiederholungsprüfung – nicht vielmehr die amtliche Bescheinigung durch einen Amtsarzt zu fordern sei. Anders als vorliegend beurteilte das VG auch die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage mittels Analogieziehung nicht als schlechthin unvertretbar.

Letztlich sind die Kriterien des § 44 Abs. 1 VwVfG auch nur mittels Rückgriffs auf die dazugehörige Kasuistik halbwegs rechtssicher anwendbar, wenn man von der Tendenz der Rspr. absieht, die Nichtigkeit des Verwaltungsakts im Zweifelsfall eher auszuschließen. Insofern reichte es an dieser Stelle vollkommen aus, wenn Systematik und Maßstäbe des § 44 LVwVfG grundsätzlich zutreffend dargestellt werden und eine nachvollziehbare Subsumtion erfolgte.

In der Konsequenz war S nicht verpflichtet, ein amtsärztliches Attest einzureichen. Vielmehr reichte die Einreichung irgendeines ärztlichen Attests nach § 9 Abs. 1 PO aus.

*2. Materielle Voraussetzungen*

Der Rücktritt muss gem. § 9 Abs. 1 S. 1 PO wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund erfolgen. Eine Erkrankung des S war vorliegend gegeben.

*Anmerkung:* In der Praxis dürften die materiellen Voraussetzungen bei einer gleichzeitigen Normierung über Art und Weise des zu erbringenden Nachweises regelmäßig keine eigenständige Rolle spielen. Allerdings sind durchaus Fälle denkbar, in denen trotz vorhandenen Attests Zweifel an einer tatsächlichen Erkrankung des Kandidaten entstehen.

<sup>6</sup> Schemmer, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2021, § 44 Rn. 12.

<sup>7</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 105 f.

<sup>8</sup> Sachs (Fn. 7), VwVfG § 44 Rn. 122 f.

<sup>9</sup> Goldhammer, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, 1. Lfg., Stand: August 2021, § 44 Rn. 64.

**III. Anspruchsinhalt**

§ 9 Abs. 1 S. 1 PO eröffnet der Dekanin nach dem Wortlaut „wird ... genehmigt“ kein Ermessen und stellt somit eine gebundene Entscheidung dar. Da die Voraussetzungen für die Genehmigung vorliegen, ist D verpflichtet, S die Genehmigung des Rücktritts zu erteilen.

**IV. Ergebnis**

S hat einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung des Rücktritts.