



Der Bescheid vom 26. Juli 2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. Januar 2014 wird aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass dem Kläger mindestens drei Prüfungsversuche für die Hausarbeit im Lehrprojekt „Entrepreneurship I“ zustehen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Berufung wird zugelassen.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder durch ein mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenes und elektronisch übermitteltes Dokument (§ 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – i.V.m. der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in Hamburg vom 28. Januar 2008 in der jeweils geltenden Fassung) einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) gestellten Antrag von dem Vorsitzenden des Senats verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren und im Verfahren der Streitwertfestsetzung, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht 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.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

## Tatbestand

Der Kläger wendet sich gegen das endgültige Nichtbestehen des Studiums im Masterstudiengang Entrepreneurship bei der Beklagten und begehrt die Feststellung, dass ihm weitere Prüfungsversuche zustehen.

Der Kläger nahm zum 1. Oktober 2007 das Studium im Masterstudiengang Entrepreneurship bei der Beklagten auf.

Im Wintersemester 2007/08 nahm er erstmals an dem Kurs „Lehrprojekt Entrepreneurship I“ teil, in dem eine Hausarbeit zu schreiben war. Bis zum vorgesehenen Abgabetermin am 14. April 2008 gab der Kläger keine Hausarbeit ab. Nachdem der Abgabetermin für die zweite Hausarbeit auf Antrag des Klägers auf den 29. Oktober 2008 verschoben worden war, gab er die Hausarbeit am 26. Oktober 2008 ab. Die Hausarbeit wurde mit „nicht bestanden“ bewertet. Die dritte Hausarbeit reichte der Kläger am 16. Juni 2009 ein.

Mit Bescheid vom 26. Juli 2010 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er die Hausarbeit im Lehrprojekt „Entrepreneurship I“ gemäß § 12 Abs. 3 der Prüfungsordnung endgültig nicht bestanden habe, und darauf hingewiesen, dass gemäß § 40 Abs. 2 der Prüfungsordnung die Masterprüfung nicht mehr bestanden werden könne. Auf dem in der Sachakte der Beklagten befindlichen Bescheid befindet sich ein handschriftlicher Vermerk folgenden Inhalts: „Heute 26.7.10 mit bewerteter Arbeit persönlich übergeben!“

Hiergegen erhob der Kläger mit Schreiben vom gleichen Tag Widerspruch, den er damit begründete, dass ihm ein weiterer Prüfungsversuch zustehe. Bei der ersten Hausarbeit mit Abgabetermin am 14. April 2008 sei er für eine andere Prüfung krankgeschrieben gewesen und beantrage, seine Krankschreibung auch auf die (erste) Hausarbeit zu beziehen. Hilfsweise begehre er die Neubewertung der zuletzt geschriebenen Hausarbeit. Wegen der durch den Kläger insofern geltend gemachten Bewertungsfehler wird auf die Widerspruchsbegründung verwiesen.

Am 18. Oktober 2010 nahm die Erstprüferin Frau Prof. Dr. Bischoff zu den durch den Kläger erhobenen Bewertungsrügen Stellung, wobei sie an der Bewertung mit „nicht bestanden“ festhielt. Am 17. November 2010 teilte die Zweitprüferin Karcher mit, dass sie sich den Ausführungen der Erstprüferin anschließe.

Auf der Sitzung am 17. November 2010 beschloss der Prüfungsausschuss, dem Widerspruch des Klägers nicht abzuweichen. Dies wurde dem Kläger mit Schreiben vom 19. November 2010, das mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war, mitgeteilt.

Am 22. November 2010 erhob der Kläger „Widerspruch“ gegen die Nichtabhilfemitteilung und fügte ein auf den 3. Februar 2008 datiertes Schreiben bei, wonach er sich von der ersten Hausarbeit abmelde, sowie eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von Herrn Dr. med. Bernhardt vom 18. März 2008 für den Zeitraum vom 18. März 2008 bis 13. April 2008. Er teilte mit, dass er das Attest in der ersten Juniwoche 2008 postalisch an die Beklagte versandt habe.

Am 21. Dezember 2010 ging ein Antrag des Klägers auf Neubewertung der im Sommersemester 2008 geschriebenen Hausarbeit bei der Beklagten ein.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 1. November 2011 trug der Kläger zur Begründung seines Widerspruchs weiter vor: Der erste Prüfungsversuch könne nicht gewertet werden, da er, der Kläger, „abgemeldet“ und krank geschrieben gewesen sei; es sei unerklärlich, warum die Abmeldung und die Atteste erst 2010 eingegangen seien. Die Entscheidung über den Prüfungsrücktritt stünde aus. Aus der Nichtabgabe der Hausarbeit innerhalb der festgelegten Bearbeitungszeit könne nicht gefolgert werden, dass die Bewertung der Hausarbeit mit „nicht bestanden“ ihm bekannt gegeben worden sei. Der zweite Versuch könne ebenfalls nicht gewertet werden, da sich die Hausarbeit, gegen deren Bewertung er Widerspruch erhoben habe, nicht in der Sachakte befinde. Im Hinblick auf den dritten Versuch befinde sich nur noch die Kopie der Hausarbeit in der Sachakte; das Gutachten, das sich auf der Rückseite der Hausarbeit befunden habe, sei nicht (mehr) vorhanden. Da die Unauffindbarkeit des Originals zulasten der Beklagten gehe, sei ihm auch insofern ein Wiederholungsversuch zuzugestehen. Die Prüfungsversuche könnten zudem deshalb nicht gewertet werden, da die Prüferinnen entgegen § 7 Abs. 1 Satz 1 der Prüfungsordnung nicht ordnungsgemäß bestellt worden seien. Zudem ergebe sich erst aus § 35 Abs. 5 der Prüfungsordnung i.V.m. III.3 §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 der Studienordnung, dass eine Hausarbeit im Lehrprojekt geschrieben werden müsse. Die Prüfungsordnung enthalte zudem keine Regelungen zur Bearbeitungszeit. Dies verstoße gegen § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG, wonach Zahl, Art, Dauer und Bewertung von Prüfungsleistungen in Hochschulprüfungsordnungen geregelt werden müssten und nicht in der Studienordnung.

Nachdem Vergleichsverhandlungen zwischen den Beteiligten gescheitert waren, wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers mit Widerspruchsbescheid vom 30. Januar 2014 zurück. Die Bewertungen der ersten beiden Hausarbeiten seien bestandskräftig geworden. Ein nachträglicher Prüfungsrücktritt komme nicht in Betracht. Im Hinblick auf den dritten Prüfungsversuch seien Bewertungsfehler, für die der Kläger die Beweislast trage, nicht erkennbar. Die Prüferinnen seien ordnungsgemäß bestellt worden.

Der Kläger hat am 27. Februar 2014 Klage erhoben. Zu deren Begründung wiederholt und vertieft er seinen Vortrag aus dem Vorverfahren und trägt ergänzend insbesondere vor, dass die von der Beklagten als Ermächtigungsgrundlage für den angefochtenen Bescheid herangezogene Vorschrift des § 12 Abs. 3 der Prüfungsordnung nichtig und unanwendbar sei, da die darin vorgesehene Kombination der anzahlmäßigen Begrenzung der Wiederholungsmöglichkeiten und der Prüfungsfristenregelung nicht mit § 65 HmbHG in der bei Erlass der Prüfungsordnung gültigen Fassung von 2001 vereinbar sei.

Nachdem der Kläger zunächst angekündigt hatte, neben der Aufhebung des Bescheids vom 26. Juli 2014 und des Widerspruchsbescheids vom 30. Januar 2014 auch die Aufhebung der Nichtabhilfemitteilung vom 19. November 2010 zu beantragen, hat er den Antrag in der mündlichen Verhandlung vom 5. November 2015 klargestellt.

Der Kläger beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 26. Juli 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. Januar 2014 aufzuheben und festzustellen, dass ihm mindestens drei Prüfungsversuche für die Hausarbeit im Lehrprojekt „Entrepreneurship I“ zustehen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verpflichten, über die Bewertung der von ihm am 26. Oktober 2008 und 16. Juni 2009 abgegebenen Hausarbeiten (erneut) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihre Ausführungen aus dem Vorverfahren und führt ergänzend aus, dass die Prüfungsordnung im Hinblick auf die zu erbringenden Prüfungsleistungen mit § 60 Abs. 2 HmbHG vereinbar sei. In § 11 der Prüfungsordnung würden die Bestimmungen zur Bewertung der Prüfungsleistungen genannt. In § 35 Abs. 1 der Prüfungsordnung fänden sich die Regelungen zu Zahl, Art und Dauer der im Rahmen der Masterstudiengänge zu erbringenden Prüfungsleistungen. Der in § 35 Abs. 5 der Prüfungsordnung enthaltene Verweis auf die Studienordnung, die nähere Vorgaben zu der im Lehrprojekt zu erbringenden Hausarbeit enthalte, sei von § 60 Abs. 2 Nr. 1 HmbHG gedeckt, der erlaube, dass Inhalt und Aufbau des Studiums auch in Studienordnungen geregelt werden könnten.

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit des § 12 Abs. 3 der Prüfungsordnung mit § 60 HmbHG hat die Beklagtenvertreterin in der mündlichen Verhandlung vom 5. November 2015 mitgeteilt, dass von der Fristenregelung nach § 12 Abs. 3 Satz 2 der Prüfungsordnung in der Praxis der Beklagten kein Gebrauch gemacht werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Sachakte der Beklagten, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden ist, sowie auf den Inhalt der Gerichtsakte verwiesen.

### Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist bereits im Hauptantrag zulässig (hierzu unter 1.) und begründet (hierzu unter 2.).

1. Die Klage ist zulässig.

Soweit sie auf die Aufhebung des Bescheids vom 26. Juli 2010 und des Widerspruchsbescheids vom 30. Januar 2014 gerichtet ist, ist sie als Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Soweit sie auf die Feststellung der dem Kläger zustehenden Prüfungsversuche gerichtet ist, ist sie als Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft und sind auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben.

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO liegt im Hinblick auf die Anzahl der dem Kläger im Rahmen seines Masterstudiums konkret noch zustehenden Prüfungsversuche vor.

Das berechtigte Interesse an der Feststellung ergibt sich daraus, dass nach der Rechtsauffassung der Beklagten das Bestehen der Hausarbeit Voraussetzung für den erfolgreichen Abschluss des Studiums im Masterstudiengang Entrepreneurship ist. Denn in dem Bescheid vom 26. Juli 2010 hat sie den Kläger darauf hingewiesen, dass er nach der Prüfungsordnung wegen des endgültigen Nichtbestehens dieser Prüfungsleistung sein Studium nicht mehr erfolgreich beenden könne.

Der Feststellungsklage steht auch § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht entgegen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der die Kammer folgt, entfällt die dort angeordnete Subsidiarität jedenfalls dann, wenn eine Umgehung der insbesondere für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Sonderregeln nicht in Betracht kommt (vgl. BVerwG, Urt. v. 2.7.1976, VII C 71.75, BVerwGE 51, 69, juris Rn. 21 m.w.N.). Dies ist hier der Fall, da die Zulassung des Klägers zu weiteren Prüfungsversuchen im Rahmen der Hausarbeit weder mit der Anfechtungs- noch mit der Verpflichtungsklage, sondern mit der allgemeinen Leistungsklage zu erstreben wäre, die wie die Feststellungsklage weder die vorherige Durchführung eines behördlichen Vorverfahrens voraussetzt noch fristgebunden ist (vgl. Pietzcker, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 28. EL 2015, § 43 Rn. 43).

Dass vorliegend weder Anfechtungs- noch Verpflichtungsklage statthaft wären, beruht darauf, dass im Hinblick auf die streitgegenständliche Hausarbeit keine gesonderte Zulassung durch Verwaltungsakt erfolgt. Ob die Zulassung zu einer Prüfung Verwaltungsaktqualität hat oder nicht, beurteilt sich – vergleichbar mit der Frage, ob der Bewertung einer Prüfungsentscheidung Verwaltungsaktqualität zukommt (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 23.5.2012, 6 C 8/11, juris Rn. 14; Beschl. v. 25.3.2003, 6 B 8/03, juris Rn. 3) – nach der konkreten Ausgestaltung des Prüfungs- bzw. Zulassungsverfahrens durch die jeweilige Prüfungsordnung.

Maßgeblich für das Studium des Klägers, das dieser zum 1. Oktober 2007 aufgenommen hat, ist die „Ordnung für die Bachelorprüfung im Interdisziplinären Bachelorstudiengang Sozialökonomie und die Masterprüfung in den konsekutiven Masterstudiengängen Europastudien, International Business Administration, Entrepreneurship, Human Resource

Management – Personalpolitik und Ökonomische und Soziologische Studien“ (v. 12.6.2003, Amtl. Anz. S. 4473, zuletzt geändert am 15.6.2005, Amtl. Anz. S. 1568 - PO) und nicht die „Neufassung der Ordnung für die Bachelorprüfung im Interdisziplinären Bachelorstudiengang Sozialökonomie und die Masterprüfung in den konsekutiven Masterstudiengängen Europastudien, International Business Administration, Entrepreneurship, Human Resource Management – Personalpolitik und Ökonomische und Soziologische Studien“ (vom 2.7.2008 und 9.7.2008, Hochschulanzeiger Nr. 18 v. 12.8.2008), die gemäß ihrem § 45 nur für Studierende gilt, die ab dem Wintersemester 2008/2009 ihr Studium begonnen haben.

Gemäß § 31 Abs. 1 PO ist zwar für die Teilnahme an den Prüfungen des Masterstudiums eine vorherige Zulassung zum Masterstudium erforderlich und dürfte es sich bei dieser Zulassungsentscheidung auch um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Satz 1 HmbVwVfG handeln. Nach dieser „Grundzulassung“ zum Masterstudium und zu den Prüfungen des Masterstudiums nach § 31 Abs. 1 PO ergehen jedoch für die im Einzelnen abzulegenden Prüfungen keine weiteren Zulassungsentscheidungen mehr. Der Vorschrift des § 7a Abs. 1 PO lässt sich vielmehr entnehmen, dass für die im Bachelor- und im Masterstudiengang zu erbringenden Klausuren nur noch eine „Anmeldung“ der Studierenden (und nicht etwa ein Antrag auf Zulassung) erforderlich ist. Auch für Hausarbeiten finden sich weder in der Prüfungsordnung noch in der für den Kläger maßgeblichen „Studienordnung für den Interdisziplinären Bachelorstudiengang Sozialökonomie und die konsekutiven Masterstudiengänge Europastudien, International Business Administration, Entrepreneurship, Human Ressource Management – Personalpolitik, Daten- und Informationsmanagement, Gender und Arbeit und Ökonomische und soziologische Studien“ (v. 12.6.2003, Amtl. Anz. S. 4484, mit Änderungen zuletzt v. 15.6.2005, Amtl. Anz. S. 1570 - StudO) gesonderte Zulassungsbestimmungen. Soweit ersichtlich hat die Beklagte auch in der Vergangenheit über die Teilnahme des Klägers an der streitgegenständlichen Hausarbeit nicht durch förmlichen Bescheid oder eine sonstige Mitteilung entschieden, die nach den auch im öffentlichen Recht geltenden Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB als Verwaltungsakt angesehen werden könnte.

2. Die Klage ist auch begründet. Der Kläger kann sowohl die Aufhebung des angefochtenen Bescheids (hierzu unter a.) als auch die Feststellung beanspruchen, dass ihm mindestens drei Prüfungsversuche zustehen (hierzu unter b.).

a. Der Bescheid vom 26. Juli 2010, mit dem das endgültige Nichtbestehen der Hausarbeit im Lehrprojekt „Entrepreneurship I“ festgestellt und dem Kläger mitgeteilt worden ist, dass er sein Studium nicht mehr erfolgreich beenden könne, in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. Januar 2014 ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufzuheben, da er rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

Dabei kann an dieser Stelle offenbleiben, ob die Beklagte die Feststellung des Nichtbestehens der Hausarbeit im Lehrprojekt, bei der es sich um eine Prüfungsleistung des Masterstudiengangs Entrepreneurship i.S.d. § 35 Abs. 5 PO handelt, auf § 12 Abs. 3 Satz 1 PO stützen konnte oder ob diese Bestimmung wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig und unanwendbar ist (vgl. hierzu jedoch unten unter b.aa.).

Denn auch wenn der Nichtbestehensbescheid deshalb auf § 65 Abs. 1 Satz 1 des Hamburgischen Hochschulgesetzes in der bei Erlass des Widerspruchsbescheids am 30. Januar 2014 gültigen Fassung (v. 19.7.2001, HmbGVBl. 171. - HmbHG 2001) zu stützen wäre, wonach Zwischen- und Abschlussprüfungen zweimal und andere Prüfungen bis zu zweimal wiederholt werden können, ist Voraussetzung für eine solche Feststellung, dass die drei fraglichen Prüfungsversuche auf Grundlage einer rechtsgültigen Prüfungsordnung abgenommen worden sind.

Soweit die Prüfungsordnung wegen formeller oder inhaltlicher Mängel rechtsungültig ist, führt dies regelmäßig dazu, dass der beanstandeten Prüfungsentscheidung die erforderliche rechtliche Grundlage fehlt und sie rechtswidrig und aufzuheben ist (vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 62). Dies hat zur Konsequenz, dass die Prüfung – nach Erlass einer rechtsgültigen Prüfungsordnung – als Erstprüfung erneut abgehalten werden muss (vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, a.a.O., Rn. 58, 62; BVerwG, Urt. v. 29.5.2013, 6 C 18/12, juris Rn. 50).

An einer wirksamen Grundlage in der Prüfungsordnung fehlt es für die streitgegenständliche Prüfungsleistung jedoch.

Dabei kann dahinstehen, ob die Bewertungen des ersten und zweiten Prüfungsversuchs des Klägers mit „nicht bestanden“, wie die Beklagte meint, bestandskräftig geworden sind bzw. ob diese Bewertungen überhaupt der Bestandskraft fähig sind, was voraussetzen würde, dass es sich bei den Bewertungen von Modulprüfungen um Verwaltungsakte i.S.d.

§ 35 Satz 1 HmbVwVfG handelt (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 23.5.2012, 6 C 8/11, juris Rn. 14).

Denn jedenfalls die Bewertung des dritten Prüfungsversuchs, die dem Kläger am 26. Juli 2010 mit der Übergabe des Nichtbestehensbescheids bekannt gegeben worden ist, ist durch die fristgerechte Erhebung von Widerspruch und Klage gemäß § 80 Abs. 1 VwGO mit aufschiebender Wirkung angefochten worden. Dieser Prüfungsversuch ist nicht auf Grundlage einer rechtsgültigen Prüfungsordnung abgenommen worden. Denn die für den Kläger maßgebliche Prüfungsordnung genügt im Hinblick auf die streitgegenständliche Hausarbeit den Anforderungen von § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG nicht.

Die Vorschrift des § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG ist, abgesehen von der mit dem Gesetz zur Verbesserung des Hochschulzugangs für beruflich Qualifizierte und des Bachelor-Master-Studiensystems (v. 6.7.2010, HmbGVBl. S. 473) zum 15. Juli 2010 bewirkten Ersetzung der Textstelle „Zwischen- und Abschlussprüfungen“ durch die Textstelle „Prüfungen in modularisierten Studiengängen, Zwischen- und Abschlussprüfungen“, mit der klargestellt werden sollte, dass die inhaltlichen Vorgaben für die Hochschulprüfungsordnungen auch für Prüfungsordnungen in modularisierten Studiengängen gelten (Bü.-Drs. 19/6214, S. 13), seit ihrem Erlass (Gesetz zur Neuordnung des Hochschulrechts v. 19.7.2001, HmbGVBl. 171) unverändert geblieben und galt damit sowohl im fraglichen Prüfungszeitraum als auch bei Erlass des Widerspruchsbescheids. Nach dieser Vorschrift sind in Hochschulprüfungsordnungen, die Prüfungen in modularisierten Studiengängen, Zwischen- und Abschlussprüfungen oder Abschlussprüfungen betreffen, insbesondere Bestimmungen aufzunehmen über Zahl, Art, Dauer und Bewertung von Prüfungsleistungen.

§ 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG erfordert es, dass diese Bestimmungen konkret in der Prüfungsordnung selbst geregelt werden (vgl. Delfs, in Neukirchen, Reußow/Schomburg, Hamburgisches Hochschulgesetz, 2011, § 60 Rn. 4). Diese gesetzliche Vorgabe ist, da die Regelung von Prüfungsanforderungen und Prüfungsverfahren in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit eingreift, Ausfluss der Wesentlichkeitstheorie (vgl. Delfs, a.a.O., § 60 Rn. 2). Dabei betreffen die Bestimmungen gemäß § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG die Prüfungsanforderungen und damit „zentrale Elemente der Hochschulprüfungsordnung“ (Delfs, a.a.O., § 60 Rn. 8). Hieraus folgt, dass ein strenger Maßstab anzulegen ist: Zahl, Art, Dauer und Bewertung von Prüfungsleistungen sind – hinreichend konkret – in der Prüfungsordnung selbst zu regeln, eine Regelung in einem anderen Dokument – auch in

einer Studienordnung – ist nicht zulässig. Für die Anlegung dieses strengen Maßstabs und gegen eine großzügige Öffnung zugunsten von Studienordnungen spricht auch, dass, während in § 60 Abs. 2 Nr. 1 HmbHG ausdrücklich geregelt ist, dass „Inhalt und Aufbau des Studiums (...) auch in gesonderten Ordnungen (Studienordnungen) geregelt werden“ können, eine solche Bestimmung in § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG fehlt. Zudem müssen Studienordnungen anders als Prüfungsordnungen nicht durch das Präsidium genehmigt (vgl. § 108 Abs. 1 Satz 3 HmbHG) und nicht im Amtlichen Anzeiger veröffentlicht werden (vgl. § 108 Abs. 5 Satz 1 HmbHG). Auch dass sich an die Feststellung des endgültigen Nichtbestehens einer *nach der Prüfungsordnung vorgesehenen* Prüfung nach § 44 HmbHG erhebliche Rechtsfolgen für die Studierenden knüpfen – sie können das Studium an einer Hamburger Hochschule nicht in dem gleichen Studiengang fortsetzen und können, wenn die Prüfungsgegenstände der endgültig nicht bestandenen Prüfung auch in diesem Studiengang durch die Prüfungsordnung verbindlich vorgeschrieben sind, das Studium auch in einem anderen Studiengang nicht fortsetzen – spricht dagegen, die Regelungen über die Prüfungsanforderungen in einem anderen Dokument als der Prüfungsordnung selbst zuzulassen.

Entgegen der Bestimmung des § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG ergibt sich im vorliegenden Fall jedoch erst aus der Studienordnung und nicht bereits aus der Prüfungsordnung, dass im Lehrprojekt I eine Hausarbeit zu erbringen ist, welchen Umfang sie haben soll und wie sie zu bewerten ist.

Dabei kann offen bleiben, ob sich die Bestimmungen in § 35 Abs. 1 PO, wie die Beklagte meint, auch auf die im Masterstudium zu erbringenden Fachprüfungsleistungen nach § 35 Abs. 5 PO beziehen oder nur die Prüfungsleistungen aus dem Bereich „Allgemeine Studien“ betreffen. Gemäß § 35 Abs. 1 PO sind Fachkurse, Projekte, betreute Projektgruppen, Lernwerkstätten und Kurse aus dem Bereich „Allgemeine Studien“ mit jeweils einer Prüfungsleistung abzuschließen; die Art der Leistungsnachweise – die in § 35 Abs. 5 Satz 2 PO bezogen auf eine zweistündige Lehrveranstaltung regelhaft aufgezählt sind und u.a. in Hausarbeiten in einem Umfang von 10 bis 12 Seiten bestehen können – werden durch die Kursleiterinnen bzw. Kursleiter mit Zustimmung der zuständigen Masterausschüsse bestimmt. Denn die Vorschrift genügt den Anforderungen des § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG nicht, da sie jedenfalls die Art der Prüfungsleistung nicht selbst konkret regelt, sondern ihre Bestimmung den Kursleitern überlässt. Auch der Bestimmung des § 35 Abs. 5 PO lässt sich eine Regelung von Zahl, Art, Dauer und Bewertung der Prüfungsleistung nicht

entnehmen, wenn es dort heißt: „Im Masterprogramm ‚Entrepreneurship‘ sind weitere Fachprüfungsleistungen im Umfang von 84 Kreditpunkten zu erbringen, davon Prüfungsleistungen im Umfang von 45 Kreditpunkten in Projekten. Das Nähere regelt die Studienordnung.“ § 11 PO lässt sich zwar entnehmen, wie die Prüfungsleistungen im Einzelnen zu bewerten sind. Eine konkrete Bestimmung der für die einzelnen Prüfungsleistungen zu vergebenden Kreditpunkte, die für die Berechnung der Gesamtnote der Masterarbeit gemäß § 40 Abs. 2 PO erforderlich ist und damit ebenfalls eine notwendige Bestimmung zur Bewertung der Prüfungsleistung i.S.d. § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG darstellt (vgl. Delfs, a.a.O., § 60 Rn. 8), enthält die Prüfungsordnung hingegen nicht. In § 34 Abs. 2 PO wird insofern lediglich bestimmt, dass für bestandene Prüfungen mindestens drei Kreditpunkte und im Falle „von Lehrveranstaltungen, die ein höheres Maß an studentischer Eigenarbeit voraussetzen (...) oder für die eine Große Hausarbeit als Prüfungsleistung erbracht wird, (...) eine dem Anteil der Eigenarbeit entsprechend höhere Anzahl von Kreditpunkten zu vergeben“ sind.

Erst aus Abschnitt III.3, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 StudO ergibt sich, dass im ersten Semester im Rahmen des sog. Lehrprojekts eine Hausarbeit im Umfang von 25 Seiten geschrieben werden soll, für die 9 Kreditpunkte vergeben werden.

Anders als die Beklagte meint, betreffen diese Regelungen auch nicht lediglich Inhalt und Aufbau des Studiums, sondern die Zahl (eine Prüfungsleistung), die Art (Hausarbeit, Seitenanzahl) und die Bewertung (konkrete Anzahl der Kreditpunkte) der Prüfungsleistung. Die Dauer der Prüfungsleistung, d.h. die den Prüflingen einzuräumende Bearbeitungszeit für die Hausarbeit, lässt sich dabei weder der Prüfungsordnung noch der Studienordnung entnehmen.

Dass die Prüfungsordnung im Hinblick auf diese Bestimmungen auf die Studienordnung verweist, ändert nach dem oben beschriebenen strengen Maßstab nichts an dem Verstoß gegen § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG.

b. Auch im Hinblick auf die vom Kläger begehrte Feststellung, dass ihm mindestens drei Prüfungsversuche für die Hausarbeit im Lehrprojekt „Entrepreneurship I“ zustehen, ist die Klage begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf Teilnahme an der streitgegenständlichen Prüfung (hierzu unter aa.), der weder durch Fristen noch die Anzahl der Prüfungsversuche beschränkt ist (hierzu unter bb.).

aa. Der (grundsätzliche) Anspruch des Klägers auf Teilnahme an der Prüfung ergibt sich als Teilhaberecht nach der staatlichen Errichtung der Beklagten als beruflicher Ausbildungseinrichtung und der Zulassung des Klägers zum Masterstudium gemäß § 31 Abs. 1 PO aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerwG, Urteil vom 7.9.1973, VII C 2.70, NJW 1974, 573, juris Rn. 9; OVG Münster, Urt. v. 30.1.2015, 14 A 2307/13, juris Rn 29 m.w.N.).

Dem Anspruch auf Prüfungsteilnahme steht dabei nicht entgegen, dass die Bestimmungen in der Prüfungsordnung den Anforderungen des § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG auch gegenwärtig nicht entsprechen. Denn der Mangel der Prüfungsordnung führt zwar dazu, dass der auf diesen Bestimmungen beruhende, den Kläger belastende Bescheid über das endgültige Nichtbestehen aufzuheben ist (vgl. oben unter a.). Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem Kläger die Teilnahme an der Prüfung solange versagt werden könnte, bis die Prüfungsordnung unter Berücksichtigung der Anforderungen höherrangigen Rechts geändert worden ist. Denn die Teilnahme an einer Prüfung setzt grundsätzlich nicht voraus, dass an ihr Nichtbestehen rechtlich wirksame nachteilige Folgen für den Studierenden geknüpft sind. Zudem geht es bei der Teilnahme an der Prüfung nicht um die Abwehr eines Eingriffs, sondern um die Erweiterung des Rechtskreises des Klägers in Form der Geltendmachung eines Prüfungsanspruchs, so dass die (übergangsweise) Anwendung der rechtsungültigen Vorschriften insoweit unbedenklich ist (vgl. OVG Münster, Urt. v. 30.1.2015, a.a.O., juris Rn. 29).

bb. Der Anspruch auf Prüfungsteilnahme ist nach aktueller Rechtslage weder durch Fristen noch in der Anzahl begrenzt, so dass dem Kläger – unabhängig von der Anzahl der (wirksamen) Prüfungsversuche in der Vergangenheit – mindestens drei Prüfungsversuche zustehen.

Dabei ergibt sich der Anspruch auf zumindest einen weiteren Prüfungsversuch bereits daraus, dass jedenfalls der letzte (nicht bestandskräftige) Prüfungsversuch mangels ausreichender Grundlage in der Prüfungsordnung rechtlich „ins Leere gegangen“ ist, so dass er erneut abzunehmen ist (vgl. oben unter a.).

Ob dies auch im Hinblick auf die ersten beiden Prüfungsversuche der Fall ist oder ob deren Bewertungen mit „nicht bestanden“ bestandskräftig geworden sind, kann dahinstehen.

Denn aus der Prüfungsordnung ergibt sich derzeit keine rechtsgültige Beschränkung der Prüfungsversuche (hierzu unter (1)). Auch höherrangigem Recht lässt sich eine Höchstgrenze nicht (mehr) entnehmen, sondern vielmehr ein Anspruch auf mindestens drei Prüfungsversuche (hierzu unter (2)).

(1) Eine rechtsgültige Begrenzung der Prüfungsversuche für die streitgegenständliche Hausarbeit auf insgesamt drei Prüfungsversuche ergibt sich nicht aus § 12 Abs. 3 Satz 1 PO. Denn die Bestimmung des § 12 Abs. 3 PO ist wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig und unanwendbar.

Gemäß § 12 Abs. 3 PO können Bachelor- und Masterprüfungsleistungen – mit Ausnahme der Abschlussarbeit gemäß § 12 Abs. 1 PO – zweimal wiederholt werden, wenn sie schlechter als 4,0 bewertet worden sind. Für die Wiederholungsprüfung kann der Dozent bzw. die Dozentin eine abweichende, gleichwertige Prüfungsart festlegen. Die Prüfungen müssen im Bachelorstudium einschließlich sämtlicher Wiederholungen im ersten Studienjahr gemäß § 22 PO innerhalb einer Frist von vier Semestern, beginnend mit dem Semester der Zulassung zum ersten Studienjahr, im zweiten und dritten Studienjahr gemäß § 23 PO innerhalb von einer Frist von acht Semestern, beginnend mit dem Semester der Zulassung zum zweiten Studienjahr, erbracht werden, im Masterstudium innerhalb einer Frist von sechs Semestern beginnend mit dem Semester der Zulassung zu den Masterprüfungen. Für Teilzeitstudierende verlängert sich die Frist um jeweils 50 %. Der Prüfungsausschuss kann diese Frist bei begründetem Antrag verlängern. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 PO gilt die entsprechende Prüfung, wenn die Fristen nicht eingehalten werden, als nicht bestanden und wird mit „nicht ausreichend“ (5,0) bewertet.

Diese in § 12 Abs. 3 PO enthaltene Kombination der Beschränkung der Anzahl der Wiederholungsversuche auf zwei (§ 12 Abs. 3 Satz 1 PO) mit der Beschränkung der Wiederholungsmöglichkeiten durch Prüfungsfristen (§ 12 Abs. 3 Satz 2 PO) verstößt gegen § 65 des Hamburgischen Hochschulgesetzes in der vom 19. Juli 2001 (HmbGVBl. 171) bis 30. Juni 2014 (sodann geändert durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts v. 8.7.2014, HmbGVBl. 269) gültigen Fassung (HmbHG 2001).

An dieser Fassung (§ 65 HmbHG 2001) und nicht an der aktuellen Fassung (§ 65 HmbHG) der Norm muss sich § 12 Abs. 3 PO deshalb messen lassen, weil die für den Kläger maßgebliche Prüfungsordnung bereits am 12. Juni 2003 erlassen und letztmalig am 15. Juni 2005 geändert worden ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der

Rechtsgültigkeit von Rechtsnormen ist derjenige ihres Erlasses; die spätere Änderung höherrangigen Rechts kann den Gültigkeitsmangel der untergesetzlichen Vorschrift nicht nachträglich beseitigen.

Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Vereinbarkeit von untergesetzlichen Rechtsnormen mit höherrangigem Recht hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschl. v. 15.11.1967, 2 BvL 7/64, 2 BvL 20/64, 2 BvL 22/64, juris Ls. 1 und Rn. 65) wie folgt ausgeführt:

„Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, daß der Gesetzgeber die staatlicher Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Exekutive überläßt (vergleiche BVerfG 1958-07-10 1 BvF 1/58 = BVerfGE 8, 71, 76).

Es fordert, daß die Exekutive als Verordnungsgeber in den Rechtskreis des einzelnen Bürgers durch Erlaß von Rechtsvorschriften nur eingreifen darf, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt ist und wenn diese Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß so hinreichend bestimmt und begrenzt ist, daß die möglichen Eingriffe für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden (vergleiche BVerfG 1958-07-10 1 BvF 1/58 = BVerfGE 9, 137, 147 unter Hinweis auf BVerfG 1958-11-12 2 BvL 4/56 = BVerfGE 8, 274, 325; BVerfG 1958-11-12 2 BvL 26/56 = BVerfGE 8, 274, 325; BVerfG 1958-11-12 2 BvL 40/56 = BVerfGE 8, 274, 325; BVerfG 1958-11-12 2 BvL 1/57 = BVerfGE 8, 274, 325; BVerfG 1958-11-12 2 BvL 7/57 = BVerfGE 8, 274, 325). An der Voraussehbarkeit des Inhaltes von Rechtsverordnungen würde es jedoch fehlen, wenn eine Rechtsverordnung zunächst ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen würde und der Gesetzgeber eine derartige Rechtsverordnung mit rückwirkender Kraft nachträglich genehmigen könnte.“

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. v. 27.3.2014, 4 CN 3/13, BVerwGE 149, 229-244, juris Rn. 27) sind Rechtsnormen, die unter Verletzung (zwingenden) höherrangigen Rechts, das in dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt zu beachten war, zustande gekommen sind, von Anfang an nichtig:

„Rechtsnormen, die unter Verletzung (zwingenden) höherrangigen Rechts, das in dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt zu beachten war, zustande gekommen sind, sind im Grundsatz von Anfang an (ex tunc) und ohne Weiteres (ipso iure) unwirksam (vgl. z.B. Gerhardt/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, vor § 47 Rn. 6 und Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 47 Rn. 112 und 120), soweit sich nicht aufgrund gesetzlicher Sonderregelungen anderes ergibt (vgl. Beschluss vom 7. März 2002 - BVerwG 4 BN 60.01 - Buchholz 406.13 § 5 ROG Nr. 3 S. 10).“

Diese Grundsätze gelten auch für das Zustandekommen anderer untergesetzlicher Rechtsnormen wie Prüfungsordnungen. Eine Vorschrift im Hamburgischen Hochschulgesetz, wonach es für ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht nicht auf den Zeitpunkt ihres Erlasses ankäme, ist nicht ersichtlich, und eine solche Annahme lässt sich auch nicht aus anderen Bestimmungen oder Erwägungen herleiten. Ein Verstoß der Prüfungsordnung gegen zum Zeitpunkt ihres Erlasses geltende höherrangige gesetzliche Bestimmungen führt daher zu ihrer Nichtigkeit ex tunc. Eine spätere Änderung der höherrangigen gesetzlichen Bestimmungen kann wegen des Rechtsstaatsprinzips nicht zur Heilung der Prüfungsordnung führen, da es sonst an der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der auf ihrer Grundlage möglichen Eingriffe für die Studierenden fehlen würde.

Die Vorschrift des § 65 HmbHG 2001 lautet wie folgt:

#### § 65 Wiederholbarkeit

(1) <sup>1</sup> Zwischen- und Abschlussprüfungen können zweimal, andere Prüfungen bis zu zweimal wiederholt werden. <sup>2</sup> Die Abschlussarbeit kann einmal, nur in begründeten Ausnahmefällen ein zweites Mal wiederholt werden.

(2) Die Wiederholung findet in der Regel nur für die Prüfungsleistungen statt, die nicht bestanden worden sind.

(3) <sup>1</sup> Für studienbegleitende Prüfungen kann anstelle der Wiederholbarkeit bestimmt werden, dass Prüfungsleistungen innerhalb in der Prüfungsordnung festzulegender Fristen zu erbringen sind. <sup>2</sup> Durch die Studienorganisation ist sicherzustellen, dass drei Prüfungsversuche innerhalb der Frist möglich sind.

Die Auslegung dieser Norm ergibt, dass zwischen einer anzahlmäßigen Begrenzung der Prüfungsversuche gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HmbHG 2001 und einer durch Fristen begrenzten Limitierung der Prüfungsversuche gemäß § 65 Abs. 3 Satz 1 HmbHG 2001 in einer Prüfungsordnung ein Alternativerhältnis bestehen soll.

Für dieses Normverständnis spricht zunächst und vor allem der Wortlaut der Bestimmung: Durch die Formulierung „*anstelle* der Wiederholbarkeit“ in § 65 Abs. 3 Satz 1 HmbHG 2001 hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass eine Kombination der beiden Beschränkungsmöglichkeiten (nach § 65 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 HmbHG) nicht zulässig sein soll, sondern durch den Satzungsgeber entweder das eine oder das andere Instrument zur Begrenzung der Wiederholungsversuche gewählt werden soll.

Dass es dabei im Normtext positiv „Wiederholbarkeit“ und nicht negativ etwa „Beschränkung der Wiederholungsversuche“ heißt, führt nicht zu einem anderen Normverständnis.

Vielmehr dürfte es sich hierbei nur um eine sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers handeln. Zwar enthält § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HmbHG auch eine gesetzliche Gewährleistung für die Studierenden dahingehend, dass Zwischen- und Abschlussprüfungen zweimal wiederholt werden können („Wiederholbarkeit“). Zugleich enthält die Vorschrift jedoch sowohl im Hinblick auf Zwischen- und Abschlussprüfungen i.S.d. § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HmbHG als auch im Hinblick auf die anderen Prüfungen i.S.d. § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HmbHG eine gesetzliche Obergrenze für Prüfungsversuche (vgl. Nünke, in Neukirchen/Reußow/Schomburg, Hamburgisches Hochschulgesetz, 1. Aufl. 2011, § 65 Rn. 5; Bü-Drs. 20/10491, S. 63), d.h. eine Beschränkung der Wiederholungsversuche. Da auch § 65 Abs. 3 Satz 1 HmbHG 2001 mit der Beschränkbarkeit der Prüfungsversuche durch Prüfungsfristen für die Universität eine Regelungsbefugnis zulasten der Studierenden bereithält – erst § 65 Abs. 3 Satz 2 HmbHG 2001 enthält eine positive Gewährleistung für die Studierenden –, dürfte der Gesetzgeber mit dem durch das Wort „anstelle“ zum Ausdruck gebrachten Alternativverhältnis bezweckt haben, die Regelung gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG 2001 und die Regelungsmöglichkeit gemäß § 65 Abs. 3 Satz 1 HmbHG 2001 so zu begrenzen, dass sie nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung der Studierenden führen. Dieses Bemühen zeigt auch der nachfolgende Satz gemäß § 65 Abs. 3 Satz 2 HmbHG, wonach durch die Studienorganisation sicherzustellen ist, dass drei Prüfungsversuche innerhalb der Frist möglich sind.

Dass die Beschränkungsmöglichkeiten von § 65 Abs. 1 und 3 HmbHG 2001 in einem Alternativverhältnis zueinander stehen sollten, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung zum Entwurf des Hochschulrechtsänderungsgesetzes (v. 22.5.1978, HmbGVBl. S. 109), mit dem die Regelung des § 65 Abs. 3 HmbHG 2001 – damals als § 60 Abs. 5 – eingeführt worden ist und zu der er heißt, dass es „in bestimmten Studiengängen (...) zweckmäßiger sein (kann), wenn bei studienbegleitenden Prüfungen *statt* der Wiederholbarkeit eine Frist für die Ablegung von Prüfungen festgelegt wird“ (Bü-Drs. 13/5337, S. 35).

Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen für dieses Normverständnis. Denn mit der Begrenzung von Prüfungsversuchen, die im Ergebnis dazu führen kann, dass die Studierenden das aufgenommene Studium nicht erfolgreich beenden, gemäß § 44 Satz 1 HmbHG das Studium an einer Hamburger Hochschule nicht in dem gleichen Studiengang und unter den Voraussetzungen des § 44 Satz 2 HmbHG auch in einem anderen Studiengang nicht fortsetzen können, geht für die betroffenen Studierenden ein erheblicher

Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG einher, der sich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen muss. Der Eingriff wiegt umso schwerer, wenn die Begrenzung nicht nur durch die Anzahl der Prüfungsversuche oder durch Prüfungsfristen erfolgt, sondern durch eine Kombination von beiden Begrenzungsinstrumenten. Dies gilt selbst dann, wenn gemäß § 65 Abs. 3 Satz 2 HmbHG 2001 sichergestellt ist, dass innerhalb der Prüfungsfrist eine Mindestzahl von Prüfungsversuchen zur Verfügung steht. Denn die Kombination der Begrenzungsinstrumente erhöht die Wahrscheinlichkeit des endgültigen Nichtbestehens einer Prüfungsleistung auch dann, wenn sichergestellt ist, dass innerhalb der Prüfungsfristen drei Prüfungsversuche möglich sind.

Aus alledem folgt, dass, wenn die Universitäten von der Regelung gemäß § 65 Abs. 3 HmbHG 2001 – vorschriftsmäßig – Gebrauch machen, die Studierenden „die – insoweit unbegrenzte – Möglichkeit“ haben müssen, studienbegleitende Prüfungen innerhalb einer bestimmten Frist abzulegen und „eine Prüfung (...) innerhalb der jeweiligen Frist so lange wiederholt werden (kann), bis sie bestanden ist“ (vgl. Nünke, a.a.O., § 65 Rn. 9).

Dieses durch § 65 HmbHG 2001 vorgeschriebene Alternativverhältnis findet sich in § 12 Abs. 3 PO nicht wieder. Vielmehr enthält § 12 Abs. 3 Satz 1 PO eine – anzahlmäßige – Begrenzung der Prüfungsversuche auf drei und § 12 Abs. 3 Satz 2 PO zugleich eine Beschränkung der Prüfungsversuche durch Prüfungsfristen. Beide Bestimmungen können unabhängig voneinander zum endgültigen Nichtbestehen der Prüfungsleistung führen. Dabei kann § 12 Abs. 3 Satz 1 PO auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass es sich hierbei um die Konkretisierung der Gewährleistung des § 65 Abs. 3 Satz 2 HmbHG 2001 und nicht um eine Beschränkung der Prüfungsversuche i.S.d. § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG 2001 handelt. Denn, abgesehen davon, dass § 12 Abs. 3 Satz 1 HmbHG keine Maßgabe im Hinblick auf die Studienorganisation enthält, wird keine Mindestbestimmung („mindestens zweimal“), sondern eine feste Anzahl von Prüfungsversuchen und damit eine Obergrenze normiert. Auch systematische Gründe sprechen dafür, § 12 Abs. 3 Satz 1 PO im Sinne einer Beschränkung und nicht im Sinne einer Mindestgewährleistung zu verstehen. Denn im Gegensatz zu § 12 Abs. 3 PO regelt § 12 Abs. 4 PO ausdrücklich, dass „nicht bestandene Leistungen nach § 22 Absätze 2 und 3 (...) innerhalb der Frist nach Absatz 3 Satz 2 beliebig oft wiederholt werden“ können.

Diese Unvereinbarkeit der Gesamtbestimmung des § 12 Abs. 3 PO mit § 65 Abs. 1 und 3 HmbHG 2001 kann auch nicht zugunsten der Beklagten dahingehend aufgelöst werden, dass nur die anzahlmäßige Begrenzung der Prüfungsversuche gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 PO oder nur die Begrenzung der Prüfungsversuche durch Prüfungsfristen gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 PO bestehen bliebe. Denn das Gericht kann sich nicht an die Stelle des allein zuständigen Satzungsgebers setzen und entscheiden, welche der beiden Begrenzungen für sich genommen bestehen bleiben soll. Dies wäre mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung unvereinbar.

Unerheblich ist auch, ob die Behauptung der Beklagtenvertreterin zutrifft, dass von der Regelung des § 12 Abs. 3 Satz 2 PO praktisch kein Gebrauch gemacht werde. Denn für die Vereinbarkeit einer Prüfungsordnung mit höherrangigem Recht kommt es allein auf ihren Regelungsinhalt und nicht auf ihre Anwendung in der Praxis an.

(2) Auch höherrangigem Recht lässt sich eine Begrenzung der Prüfungsversuche für die hier in Streit stehende Modulprüfung nicht (mehr) entnehmen, sondern – im Gegenteil – eine Mindestanzahl von Prüfungsversuchen.

Maßgeblich für die Frage der dem Kläger gegenwärtig noch zustehenden Prüfungsversuche ist nicht die Vorschrift des § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG 2001, die eine gesetzliche Höchstgrenze für Prüfungsversuche bei Zwischen- und Abschlussprüfungen und anderen Prüfungen statuierte, sondern § 65 Abs. 1 des Hamburgischen Hochschulgesetzes in der aktuell gültigen Fassung (v. 8.7.2014, HmbGVBl. S. 269 - HmbHG), die eine gesetzliche Obergrenze für Prüfungsversuche bei studienbegleitenden Prüfungen nicht mehr vorsieht. Denn maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die begehrte Feststellung ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, da es dem Kläger nicht um die Feststellung der ihm in der Vergangenheit zustehenden Prüfungsversuche, sondern um die Feststellung der ihm gegenwärtig zustehenden Prüfungsversuche geht. Zwar ist zu berücksichtigen, dass sich der Kläger seiner Prüfung bereits unter der Geltung des § 65 HmbHG 2001 gestellt hat. Da der Kläger jedoch jedenfalls seinen letzten Prüfungsversuch wirksam angefochten hat, ist sein Prüfungsverfahren noch nicht abgeschlossen (vgl. zu dieser Voraussetzung: OVG Bautzen, Urt. v. 23.4.2013, 2 A 525/11, juris Rn. 25). Eine Übergangsvorschrift ist in dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts (v. 8.7.2014, HmbGVBl. S. 269), mit dem die gesetzliche Höchstgrenze für Prüfungsversuche nach § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG mit Wirkung zum 1. Juli 2014 aufgehoben worden

ist, für diese Gesetzesänderung nicht vorgesehen. Auch aus sonstigen Erwägungen spricht nichts dafür, die Bestimmung des § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG 2001 – zu Lasten – des Klägers weiterhin anzuwenden.

Gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HmbHG stehen dem Kläger für die streitgegenständliche Hausarbeit mindestens drei Prüfungsversuche zu. Nach dieser Vorschrift können studienbegleitende Prüfungen nunmehr mindestens zweimal wiederholt werden. Eine Begrenzung der Prüfungsversuche für studienbegleitende Prüfungen sieht § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG nicht mehr vor, sondern nur die Gewährleistung einer Mindestanzahl von Prüfungsversuchen (vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts, Bü-Drs. 20/10491, S. 63).

Bei der streitgegenständlichen Hausarbeit handelt es sich um eine studienbegleitende Prüfung i.S.d. § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HmbHG. Ob es sich bei ihr zugleich auch um den Teil einer Abschlussprüfung i.S.d. § 65 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HmbHG, d.h. einer das Studium beendenden Prüfung (vgl. BVerwG, Beschl. v. 3.11.1986, B 108/86, juris Rn. 8) handelt, da sie gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 1 PO Teil der Masterprüfung ist, kann dahinstehen. Denn auch wenn die Hausarbeit zugleich als Teil einer Abschlussprüfung anzusehen sein sollte, handelt es sich jedenfalls um den *studienbegleitenden* Teil einer solchen Prüfung. Studienbegleitende Prüfungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie thematisch dem Studienfortschritt angepasst sind (vgl. Reich, Hochschulrahmengesetz, 11. Aufl. 2012, § 15 Rn. 2). So liegt es im Falle von Modulprüfungen (vgl. auch Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 812, der die Begriffe „studienbegleitende Prüfung“ und „Modulprüfung“ synonym verwendet), mit denen nicht kursübergreifender Prüfungsstoff eines Studienabschnitts oder des gesamten Studiums abgeprüft wird, sondern nur der in dem jeweiligen Modul vermittelte Prüfungsstoff. Dass nach § 65 Abs. 1 Satz 1 HmbHG dem Prüfling bei studienbegleitenden Prüfungen grundsätzlich mehr Prüfungsversuche zustehen als bei nicht studienbegleitend abgenommenen Zwischen- und Abschlussprüfungen, erscheint vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 1 GG auch sachgerecht. Denn da bei einer studienbegleitenden Prüfung, deren Nichtbestehen ebenso wie das Nichtbestehen einer nicht studienbegleitend abgenommenen Zwischen- oder Abschlussprüfung zu einem Nichtbestehen des Studiums führen kann, ein kleinerer Ausschnitt aus dem für den Studienabschluss insgesamt erforderlichen Prüfungsstoff abgeprüft wird, bestehen hier weniger Möglichkeiten, Schlechtleistungen durch gute Leistungen in einem anderen Prü-

fungsgebiet auszugleichen, so dass der Ausspruch des endgültigen Nichtbestehens bei diesen Prüfungsleistungen schwerer wiegt.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 709 Satz 1 und 2 ZPO. Die Berufung war gemäß § 124a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen, da keine obergerichtliche Rechtsprechung zu der Frage existiert, ob § 60 Abs. 2 Nr. 4 HmbHG es erfordert, Zahl, Art, Dauer und Bewertung von Prüfungsleistungen konkret in der Prüfungsordnung selbst zu regeln, und welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen die Vorschrift nach sich zieht.

Ruhrmann

Steinweg

Kossak



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, den 24.11.2015

Tillner  
als Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt –  
ohne Unterschrift gültig.