

Markus Pein

Übergangsrecht bei unzureichenden Prüfungsnormen – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

Übersicht

I. Einleitung

II. Der Weg zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

III. Inhalt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

IV. Bewertung der Entscheidung

1. Rechtstechnische Grundlagen
2. Kriterien, die Übergangsrecht erforderlich machen
3. Personeller Maßstab zur Beurteilung der Notwendigkeit des Übergangsrechts?
4. Entbehrlichkeit einer Fristregelung
5. Rückwirkung

V. Rechtstechnische Konsequenzen für die Hochschule

VI. Fazit

I. Einleitung

Prüfungsordnungen an Hochschulen – auf diese beschränkt sich dieser Beitrag – können unter verschiedenen Defiziten leiden:

So wäre es etwa möglich, dass eine Ordnung nicht in der Form erlassen wurde, der es bedurft hätte. Bis in die 70iger Jahre des letzten Jahrhunderts war es häufige Praxis, Prüfungsordnungen als Verwaltungsvorschriften zu erlassen.¹ Erst nach und nach setzte sich die Erkenntnis

durch, dass derartige Verwaltungsvorschriften dem Vorbehalt des Gesetzes nicht genügen.²

Auch sind Fehler beim Erlass einer an sich zureichenden Normierungsart denkbar. Das wäre z.B. bei Fehlern der Bekanntmachung der Fall.³

Schließlich können Normen materiell-rechtliche Defizite aufweisen. Das könnte etwa bei einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage⁴ oder bei einer unzureichenden Bestimmtheit der Norm, etwa einer fehlenden Angabe der Anzahl von Prüfern⁵, der Fall sein.

Die Frage ist, wie mit solchen „Fehlern“ richtig umzugehen ist. Bei Normen führt die Rechtswidrigkeit gewöhnlich zur Nichtigkeit. Das könnte aber schwerwiegende Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebs oder die Grundrechte der Prüflinge haben. Diesbezüglich ist insbesondere wichtig, dass Art. 12 I GG auch das Interesse auf zeitnahe Ablegung der vorgesehenen Prüfungen schützt.⁶ Es gilt daher, die mit der Nichtigkeit einhergehenden verfassungsfernen Zustände möglichst zu vermeiden.⁷

II. Der Weg zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

Die Frage, bei welcher Art von Normierungsdefiziten eine Aufrechterhaltung der Norm möglich ist oder mit welchen rechtlichen Konstruktionen vorzugehen ist, fand bislang unterschiedliche Antworten:

1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.3.1977 – BVerwG II C 14.75 – BVerwGE 52, 193, 196 f.; mittelbar auch: OVG NRW, Urt. v. 8.9.1966 – V A 1639/64 – NJW 1967, 949, 951.

2 Siehe *Ossenbühl*, Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, in *Bachof/Heigl/Redeker* (Hg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 440: „... seit Jahren sich vollziehenden Wende“. Vgl. zum Wechsel der Anforderungen auch *Birnbaum*, *Mein Recht bei Prüfungen*, 2007, S. 21 f.

3 Etwa BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327, 327 f.

4 So etwa Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655; ebenso Nds. OVG, Beschl. v. 31.3.2011 – 2 LA 343/10 – Juris, Rn. 12.

5 Vgl. die aktuelle Entscheidung: BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 8 und 14. Man darf sich dabei nicht davon irritieren lassen, dass die Prüferzahl auf eine Verfahrensfrage hindeutet. Denn formell ist dieser Aspekt nur im Verwaltungsverfahren. Auf der Ebene der Normierung geht es jedoch um etwas Inhaltliches.

6 Siehe BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695 f., Rn. 24 a.E.

7 So generell etwa BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695, Rn. 23, m.w.N.

Zunächst wurden prüfungsrechtliche Normen, die unter formellen Defiziten litten, als Verwaltungsvorschriften angewandt.⁸ Dem lag die auch vom Bundesverfassungsgericht akzeptierte Auffassung zugrunde, bei einer gewandelten Rechtsauffassung übergangsweise eine verfassungsrechtlich bedenklich gewordene Handhabung zu akzeptieren.⁹ Bei materiellen Fehlern wurde dies jedoch – schon wegen der Verstöße gegen höherrangiges Recht – nicht so gehandhabt.¹⁰ Rechtstechnisch ist dieser Differenzierung schon wegen dem Vorrang des Gesetzes zunächst nicht zu widersprechen.

Allerdings ergaben sich in der Folge sowohl in der dogmatischen Begründung als auch in der praktischen Umsetzung Probleme, die letztlich zu verschiedenen Lösungen führten:

„Schulmäßig“ wird man grundsätzlich sagen müssen, dass die Anwendung einer Vorschrift als Verwaltungsvorschrift zunächst eine Organisationsgewalt voraussetzt¹¹, die nicht beim Gericht liegt. So finden sich oft vage Formulierungen, welche zwar von einer Fiktion der Gültigkeit der betreffenden Norm ausgehen, aber die Rechtsquellenart dahingestellt lassen.¹²

Diesbezüglich wurde teilweise kritisiert, dass Gültigkeitsfiktionen möglicherweise zu jahrzehntelangen Übergangszeiten führen könnten und gerade dann ausscheiden, wenn eine Norm unter materiell-rechtlichen

Defiziten leide. Mithin seien gerichtliche „Kontrollmaßstäbe“ zu entwickeln, indem vom vorhandenen Normenmaterial auf den mutmaßlichen Willen des Normgebers rückgeschlossen werden müsse.¹³ Unabhängig davon, ob eine Norm aus formellen oder inhaltlichen Gründen nichtig ist, kann dies in beiden Fällen sowohl die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes als auch die Grundrechte der Prüflinge in gleicher Weise beeinflussen. Mit einer gerichtlichen Entwicklung eines Maßstabes konnte so auch materiell-rechtlichen Problemen entsprochen werden.

Tendenziell schien das Bundesverwaltungsgericht dahin zu tendieren, eigene Regelungen zu „schaffen“. So wurde betont, dass bei Fehlen einer normativen Bestimmung die Lücken durch die (Prüfungsbehörden und) Gerichte geschlossen werden müssen.¹⁴ Wenn man es auf den Punkt bringen will, dann versuchte das Bundesverwaltungsgericht selbst eine *sachgerechte* Regelung zu finden.¹⁵ Ergänzend dazu stellte das Bundesverwaltungsgericht klar, dass eine verfassungsferne Regelungslücke durch eine gerichtlich zu schaffende Übergangsregelung – die sich an der Verwaltungspraxis orientiert – zu vermeiden ist.¹⁶

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht bereits mit Normdefiziten der Ausbildung zum Notfallsanitäter. Dabei stell-

8 Etwa BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327, 327 f.; so auch *Stolpmann/Teufer*, Prüfungsrecht für Auszubildende und ihre Prüfer, 2009, S. 56 f.

Der Fall der Anwendung „als Verwaltungsvorschrift“ ist nur theoretisch von dem Fall zu unterscheiden, dass eine Norm von Anfang an – unzureichend – nur als Verwaltungsvorschrift erlassen wurde. Auch dort stellt sich das gleiche Problem des Normdefizits, so dass auch in dieser Situation die Verwaltungsvorschrift übergangsweise weiter angewendet werden konnte, siehe etwa BVerwG, Urt. v. 13.1.1982 – BVerwG 7 C 95.80 – BVerwGE 64, 308, 317.

9 Ausdrücklich etwa BVerfG, Beschl. v. 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51, 268, 288, siehe dazu unten Fn. 45 mit zugehörigem Haupttext.

10 Hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit bei inhaltlichen Mängeln, siehe *Stolpmann/Teufer*, Prüfungsrecht für Auszubildende und ihre Prüfer, 2009, S. 57. Diese Differenzierung zwischen den Fehlerarten findet sich auch heute noch, vgl. etwa *Dietrich* in *Fischer/Jeremias/Dietrich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 56 ff. m.w.N. *Dietrich* greift bei inhaltlichen Mängeln teilweise jedoch – ausnahmsweise – auf eine gerichtliche Übergangsregelung zurück (Rn. 62).

11 Siehe Fn. 72.

12 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 2.8.1988 – BVerwG 7 B 90.88 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 254, S. 63 – „... um der Funktionsfähigkeit der Verwaltung willen für eine Übergangszeit eine dem Rechtssatzerfordernis nicht entsprechende Regelung als gültig hin-

genommen werden muss. ...“, wobei auf der vorangehenden Seite jedoch Verwaltungsvorschriften thematisiert werden. In ähnlicher Weise wird auch ohne dogmatische Verortung die Anwendbarkeit der Prüfungsordnung einfach mit einem aus rechtsstaatlichen Gründen sonst nicht erträglichen Zustand begründet, siehe BVerwG, Beschl. v. 8.5.1989 – BVerwG 7 B 58.89 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 262 S. 99 f.; sich anschließend: VG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2004 – 15 K 7888/02 – Juris, Rn. 20. – Auch wird eine „Notkompetenz“ angenommen, um eine sonst eintretende Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, die der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige Zustand, etwa VG Dresden, Urt. v. 20.12.2016 – 5 K 3498/14 – Juris, Rn. 45; wohl auch eine Notkompetenz favorisierend: *Dietrich* in *Fischer/Jeremias/Dietrich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 58.

13 Siehe Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655; sich i.E. anschließend Nds. OVG, Beschl. v. 31.3.2011 – 2 LA 343/10 – Juris, Rn. 12.

14 So BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 7/02 – NJW 2003, 1063, 1063, m.w.N.; vgl. weiter BVerwG, Urt. v. 19.12.2001 – 6 C 14/01 – NVwZ 2002, 1375, 1376.

15 Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 696, Rn. 29.

16 Etwa BVerwG, Urt. v. 28.10.2020 – 6 C 8.19 – BVerwGE 170, 1, 9 f., Rn. 24, m.w.N.; auch: BVerwG, Urt. v. 10.4.2019 – 6 C 19/18 – NJW 2019, 2871, 2873, Rn. 20.

te es fest, dass die Anzahl der Fachprüfer nicht hinreichend bestimmt wäre. Es schuf zu diesem Komplex richterliches Übergangsrecht, wobei es formulierte:

„Vielmehr ist das Bundesverwaltungsgericht zur Vermeidung einer verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit gehalten, [...] eine unerlässliche Übergangsregelung zu treffen [...] Dabei hat sich die Übergangsregelung sachgerechter Weise an der Praxis der Beklagten zu orientieren...“¹⁷

Als sich das OVG NRW ebenfalls mit der Normierung der Ausbildung zum Notfallsanitäter und der Anzahl der Fachprüfer befassen musste, stellte es fest, dass

„...ungeachtet der Frage, auf welcher Rechtsgrundlage das Bundesverwaltungsgericht die rechtsgestaltende Übergangsregelung getroffen hat...“ kein „rückwirkendes Inkrafttreten der vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Übergangsregelung bereits im Zeitpunkt der vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochtenen Prüfung...“ gegeben sei.¹⁸

Um es deutlich zu formulieren: Das OVG NRW verstand die vorhergehende Übergangsregel des Bundesverwaltungsgerichts als inter omnes, die erst nach Verkündung der Entscheidung wirken könne.¹⁹

Der Fall des OVG NRW wurde nachfolgend ebenfalls vom Bundesverwaltungsgericht, nämlich in der aktuellen Entscheidung, behandelt.

III. Inhalt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

In der aktuellen Entscheidung befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit verschiedenen Rechtsproblemen, etwa der Klageart. Für die hier behandelte Thematik sollen jedoch nur die Ausführungen zur Übergangsregelung betrachtet werden. Zunächst stellte das Bundesverwaltungsgericht inzident die Nichtigkeit der Regelung der Prüferzahl fest.²⁰ Denn die Prüferzahl sei

„...wegen des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 GG und mit Blick auf den das Prüfungsrecht prägenden Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) vom Normgeber exakt festzulegen.“²¹

Hinsichtlich des Übergangsrechts schließt sich das Bundesverwaltungsgericht im Ausgangspunkt dem Berufungsgericht darin an, es müsse

„... zur Vermeidung einer verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit Übergangsweise bis zur Herstellung verfassungsgemäßer Zustände durch den Ordnungsgeber eine Übergangsregelung getroffen werden, damit den aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierenden Gewährleistungen für die Prüflinge Rechnung getragen werde. Diese Übergangsregelung habe sich an der ständigen Verwaltungspraxis der jeweiligen Prüfungsbehörde zu orientieren.“²²

Im Anschluss führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass seine o.g. Entscheidung vom 28.10.2020 hinsichtlich einer inter omnes Wirkung der Übergangsregel und der zeitlichen Vorgaben von der Vorinstanz falsch interpretiert worden sei.²³ Nunmehr hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass jedes Verwaltungsgericht – egal welcher Instanz – bei der Nichtigkeit einer Prüfungsordnungsvorschrift eine inter partes Übergangsregelung zu treffen hat. Denn wenn eine Norm des Prüfungsrechts nichtig wäre, würde ein Stillstand der Prüfungstätigkeit eintreten – was in Hinblick auf Art. 12 I GG bedenklich ist. Zugleich gilt es zu verhindern, dass sich der um Rechtsschutz nachsuchende Prüfling mit Blick auf die Chancengleichheit den sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil einer erneuten Prüfungschance verschafft. Daher ist es wichtig, dass die Übergangsregelung nicht nur zukunftsgerichtet, sondern für den betreffenden Fall wirkt.²⁴ Auch wenn es das Bundesverwaltungsgericht nicht so deutlich formuliert, lässt sich sagen, dass das gefundene Übergangsrecht – inter partes – rückwirkend²⁵ auch auf den aktuell zu entscheidenden Fall angewendet werden soll.

Rechtstechnisch ist erwähnenswert, dass das Bundesverwaltungsgericht auch klarstellt, dass es keine prozessrechtliche Anleihe an § 35 BVerfGG vornehme, sondern sich für eine richterrechtliche Überbrückung an der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum materiellen Verfassungsrecht orientiere, wonach verfassungsferne Regelungslücken zu vermeiden seien.²⁶ Die Aus-

17 So BVerwG, Urt. v. 28.10.2020 – 6 C 8.19 – BVerwGE 170, 1, 9, Rn. 24.

18 So OVG NRW in dem Beschl. v. 21.6.2022 – 14 A 2410/21 – Juris, Rn. 27; in der Entscheidung befinden sich die beiden Zitate in umgekehrter Reihenfolge.

19 Sinngemäß OVG NRW, Beschl. v. 21.6.2022 – 14 A 2410/21 – Juris, Rn. 23 ff.

20 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

21 So BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

22 So wörtlich (sich diesbezüglich der Vorinstanz anschließend): BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 17.

23 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 18.

24 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 19 und 23.

25 Zur Anwendung des Übergangsrecht schon für den aktuell zu entscheidenden Fall, siehe auch Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt D: „Auswirkungen für die Praxis“.

26 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 20.

richtung an der Verwaltungspraxis resultiere aus der Chancengleichheit – was wegen des Vorrangs des Gesetzes natürlich erfordert, dass die Verwaltungspraxis selbst rechtmäßig wäre.²⁷ Um die Verwaltungspraxis bei der Bildung von Übergangsrecht direkt als „*legitimen Anknüpfungspunkt*“ heranzuziehen, darf diese selber nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.²⁸

Im Grunde genommen führt das oben Dargestellte dazu, dass im Falle der Unwirksamkeit einer untergesetzlichen Norm des Prüfungsrechts immer ein richterrechtlicher Lückenschluss durch Fortschreibung der geübten Verwaltungspraxis erfolgen muss – sofern diese selber normierungsfähig wäre.²⁹

Erwähnenswert ist schließlich auch, dass keine Ausführungen zur unterschiedlichen Behandlung von formellen und inhaltlichen Mängeln vorgenommen werden.³⁰ Die Anwendung des Übergangsrechts hängt also nicht davon ab, welche Defizite vorliegen.

IV. Bewertung der neuen Entscheidung

Die oben genannte Formulierung des OVG NRW –

„...ungeachtet der Frage, auf welcher Rechtsgrundlage das Bundesverwaltungsgericht die rechtsgestaltende Übergangsregelung getroffen hat...“

– lässt an sich schon die Unsicherheit im Umgang mit der Problematik des Übergangsrechts erkennen. Hinzu kommt, dass auch ansonsten die oben unter II. dargestellten Auffassungen keinesfalls als fest abgrenzbare Entwicklungsschritte verstanden werden dürfen. Vielmehr überlappen sie sich.

Offenbar wollte das Bundesverwaltungsgericht mit der aktuellen Entscheidung etwas Struktur schaffen. Mittlerweile sind auch zwei richterliche Entscheidungsanmerkungen erfolgt.³¹ In diesen Anmerkungen wird be-

tont, dass nun Klarheit hinsichtlich der richterrechtlichen Übergangsregelungen bei Mängeln der Prüfungsordnung bestehe.³²

Viele Aspekte des Übergangsrechts werden jedoch nur angedeutet. Andere wurden – mangels Entscheidungserheblichkeit – gar nicht aufgegriffen. Nachfolgend soll der Versuch einer Konkretisierung und Ergänzung unternommen werden.

1. Rechtstechnische Grundlagen

Das Bundesverwaltungsgericht stellt inzident die Nichtigkeit der Norm fest, weil den Anforderungen des „...Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 GG und [dem] ... Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)...“

nicht genügt wurde.³³ Man könnte hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts terminologisch etwas differenzieren und ergänzen, dass die Entscheidung streng genommen sowohl den Vorbehalt des Gesetzes aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte³⁴ betrifft, wobei auch der – hier einschlägige – Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG zumindest der Sache nach zu Letzteren zu zählen ist³⁵. Da das Wesentlichkeitskriterium allerdings nicht nur bei dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, sondern auch bei Ausübung des Regelungsvorbehalts des Art. 12 I 2 GG zu beachten ist³⁶, ergeben sich aus der Differenzierung hier keine Unterschiede.

Mit der oben genannten Vermeidung einer Anleihe an § 35 BVerfGG und dem Rückgriff auf das materielle Verfassungsrecht umgeht das Bundesverwaltungsgericht geschickt ein Defizit der VwGO: § 35 BVerfGG wird vom Bundesverfassungsgericht für Übergangsvorschriften herangezogen.³⁷ Ob § 35 BVerfGG die bisherige Praxis der Schaffung von Übergangsregeln deckt, wird zwar kritisch diskutiert³⁸, aber in der VwGO findet sich keine

27 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 22.

28 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 22.

29 Siehe Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt C: „Kontext der Entscheidung“.

30 So stellt das BVerwG fest, dass die Zahl der Prüfer ein materieller Aspekt sei, vgl. BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 8 und 14, siehe auch Fn. 5.

31 Siehe Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394 ff. sowie Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4.

32 Siehe Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt E: „Bewertung“; Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt C: „Kontext der Entscheidung“, wo für die verwaltungsrichterliche Entscheidungsfindung ein Drei-Stufen-Programm zusammengefasst wird, siehe dazu

Fn. 50 mit zugehörigem Haupttext.

33 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

34 Im Sinne einer deutlichen Differenzierung etwa *Sachs/von Coelln* in *Sachs*, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 20 GG, Rn. 113; *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 162.

35 So *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 2024, Art. 12 GG, Rn. 33.

36 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86 – BVerfGE 82, 209, 224. – Auch bei Art. 12 I 2 GG ist eine Abstufung bis hin zu Satzungsregelungen möglich, dazu etwa: BVerwG, Beschl. v. 7.9.1992 – 7 NB 2/92 – NJW 1993, 411, 412.

37 Vgl. *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 35, Rn. 15; *Hömig* in *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 63. EL Juni 2023, § 95, Rn. 40.

38 Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 473 f.

Vorschrift, welche dem § 35 BVerfGG entspricht. Damit konform wird auch ansonsten bei Anfechtungssituationen üblicherweise ein Absehen von der inzidenten Feststellung der Nichtigkeit der Satzung nicht für möglich gehalten.³⁹ Tatsächlich trifft das Bundesverwaltungsgericht in der aktuellen Entscheidung sogar eine entsprechende Feststellung.⁴⁰ Indessen ist es damit nicht an der Schaffung von Übergangsrecht gehindert. Denn mit seiner materiellen Konstruktion reagiert das Bundesverwaltungsgericht auf das prozessuale Defizit der VwGO.⁴¹

Der Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum materiellen Verfassungsrecht ist allerdings noch immer etwas abstrakt.

Die in Rn. 20 vom Bundesverwaltungsgericht in Bezug genommene Judikatur des Bundesverfassungsgerichts führt aus, dass auch wenn unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes eine Lücke besteht, dieser Mangel für eine beschränkte Zeit hingenommen werden könne.⁴² Zunächst betonte das Bundesverfassungsgericht dabei besonders die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen.⁴³ Die Befugnisse der Behörden beschränkten sich nach der in Bezug genommenen Judikatur zunächst zwar auf das für die Funktionsfähigkeit Unerlässliche, allerdings sei dieses Kriterium allgemein und nicht nur am zu entscheidenden Fall zu beurteilen.⁴⁴ Nachfolgend führte das Bundesverfassungsgericht allerdings aus, dass die Vermeidung der Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen „insbesondere“ ein Aspekt sei, dessentwegen eine unzureichende gesetzliche Grundlage innerhalb einer Übergangsfrist akzeptiert werden könne.⁴⁵ Durch die Inbezugnahmen des Bundesverwaltungsgerichts ist klar, dass es eine entsprechende Rechtsprechung gibt. Die rechtstechnische Überlegung wird indessen nicht ganz deutlich.

Vom Ausgangspunkt her muss man sich klarmachen, dass bei dem Übergangsrecht eine an sich unzureichende normative Grundlage akzeptiert wird.⁴⁶ Es wird ein „Minus“ an Normierung hingenommen. Damit dürfte aber kein Abweichen von der Wesentlichkeitstheorie gemeint sein. Vielmehr werden andere verfassungsrechtliche Erwägungen entgegengesetzt.

Rechtstechnisch lässt sich dieses Vorgehen der Gegenüberstellung von Verfassungsgütern mit der praktischen Konkordanz stützen. Danach sind widerstreitende verfassungsrechtlich geschützte Güter möglichst so einzugrenzen, dass beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.⁴⁷ An verfassungsrechtlich geschützten Gütern wird bei Normierungsdefiziten der Prüfungsordnung der in Art. 12 I GG enthaltene Anspruch auf Prüfungsablegung und die Chancengleichheit berührt⁴⁸, die ja auch in der aktuellen Entscheidung angesprochen wurden (s.o.). Grundrechtliche Aspekte lassen sich durchaus dem Vorbehalt des Gesetzes entgegenstellen. Dass das Bundesverwaltungsgericht hier besonders auf die Grundrechte abstellt, ist bei der Abwägung gegenüber dem Vorbehalt des Gesetzes auch aus einem anderen Aspekt heraus besonders wichtig. Denn wenn man sich vergegenwärtigt, dass „wesentlich“ im Sinne der Wesentlichkeitstheorie etwa „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ bedeutet⁴⁹, sieht man, dass ein zu maßgebender Vorbehalt des Gesetzes hier paradoxerweise im Ergebnis sogar gegen die Grundrechtsverwirklichung wirken würde.

Als Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass prüfungsrechtliche Normierungsdefizite insbesondere unter grundrechtlichen Aspekten aufgefangen werden können.

Indessen bleibt das Arbeiten mit Verfassungsgütern immer etwas abstrakt. Dass für die Handhabung in der

39 Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 26.1.1995 – 8 B 193/94 – NVwZ-RR 1996, 54, 55. Das Bundesverwaltungsgericht befusste sich mit einer kommunalen Gebührensatzung, wobei es die §§ 31 II, 79 I BVerfGG diskutiert; sich anschließend: BVerwG, Beschl. v. 10.2.2000 – 11 B 54/99 – NVwZ-RR 2000, 457, 457; ebenso zu einer Prüfungsordnung, jedoch das Übergangsrecht im Prüfungsrecht als Ausnahme handhabend OVG NRW, Urt. v. 30.1.2015 – 14 A 2307/13 – NVwZ-RR 2015, 576, 577.

40 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

41 Vgl. Anm. *Gamp* zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt E: „Bewertung“.

42 Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 – BVerfGE 45, 400, 420.

43 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 – BVerfGE 41, 251, 267.

44 Siehe BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978 – 1 BvL 24/76 – BVerfGE 48, 29, 37 ff.; für die Funktionsfähigkeitsbetrachtung nicht nur auf die besonderen Umstände des Falles abstellend: BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 – BVerfGE 58, 257, 282.

45 Siehe: BVerfG, Beschl. v. 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51,

268, 287 f. – In dem Beschl. v. 13.12.1988 (2 BvL 1/84 – BVerfGE 79, 245, 250 f.) spricht das Gericht davon, dass die Notwendigkeit einer Fortgeltung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor allem dann anerkannt worden sei, wenn es galt, Rechtsunsicherheit oder die Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden. Mithin war die Funktionsunfähigkeit kein Alleinstellungsmerkmal.

46 Deutlich etwa BVerfG, Beschl. v. 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51, 268, 287 f.

47 Sinngemäß *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 Neudruck 1999, Rn. 72.

48 So etwa BVerwG, Beschl. v. 27.1.2015 – 6 B 43/14 – NVwZ-RR 2015, 416, 417, Rn. 16 und 18; auch BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 696, Rn. 24 f. – Das BVerwG weist hier darauf hin, dass aus Gründen der Chancengleichheit auch ein Nichtbestehen möglich sein muss.

49 Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218, 251 sowie BVerfG, Urt. v. 22.11.2023 – 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15 – NJW 2024, 424, 429, Rn. 69, m.w.N.

Praxis etwas Konkretes erforderlich ist, haben auch die Richter gesehen, welche deswegen in den Entscheidungsmerkungen für die verwaltungsrichterliche Entscheidungsfindung ein Drei-Stufen-Programm zusammengefasst haben: „*Prüfung der Wirksamkeit der untergesetzlichen Norm am Maßstab des höherrangigen Rechts, im Falle der Nichtigkeit richterrechtlicher Lückenschluss durch Fortschreibung der geübten Verwaltungspraxis und Kontrolle der Normierungsfähigkeit der gefundenen Übergangslösung*“⁵⁰

Dem ist zuzustimmen. Wünschenswert wäre nur, dieses Vorgehen dogmatisch über die abstrakten Grundrechtsartikel hinausgehend zu stützen. Diesbezüglich könnte sich der Rückgriff auf Prüfungsrechtsgrundsätze anbieten. Denn bei diesen tritt sozusagen eine Verdichtung der allgemeinen rechtlichen Überlegungen in dem Sinne ein, dass eine Rechtsgrundlage entsteht.

Hinsichtlich der Funktionsweise lässt sich feststellen, dass Rechtsgrundsätze eine subsidiäre Auffangfunktion wahrnehmen.⁵¹ Sie ermöglichen eine Lückenfüllung.⁵² Wenn die bisherige Normierung nichtig ist – und auch die gerichtliche Entscheidung nur inter partes wirkt – dann besteht eine Lücke. Entsprechende Rechtsbindungen werden im Prüfungsrecht dahingehend erläutert, dass

„...das Prüfungsrecht durch konkrete verfassungsrechtliche Grundsätze beherrscht wird, die im Laufe der Zeit unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet worden sind und durch ihre konkreten Aussagen entsprechende Rechtsbindungen erzeugen.“⁵³

Das Bundesverwaltungsgericht hatte im Zusammenhang mit formellen Defiziten schon in der Vergangenheit von einem „Rechtsgrundsatz“ der übergangsweisen Anwendung gesprochen.⁵⁴ Angesichts der neuen Entscheidung ist es jetzt gerechtfertigt, die vom Bundesverwaltungsgericht gefundene Lösung auch als Prüfungs-

rechtsgrundsatz zu begreifen. Eine entsprechende Formulierung soll am Ende des nächsten Abschnittes, nach Festlegung der Kriterien, die Übergangsrecht erforderlich machen, versucht werden.

Eine Differenzierung zwischen formellen und materiellen Defiziten ist nicht mehr angezeigt. Egal, ob eine Norm vorhanden, aber formell ungenügend ist, ob sich eine Verwaltungspraxis etabliert hat, die zwar normierungsfähig wäre, aber eben nicht normiert ist – oder ob eine Norm vorhanden ist, aber – wie im aktuellen Fall – unter materiellen Defiziten leidet: In jedem Fall stellt sich das Problem mit dem Umgang des Normierungsdefizits.

2. Kriterien, die Übergangsrecht erforderlich machen

Ferner ist zu untersuchen, was genau Übergangsrecht erforderlich machen kann.

Zunächst fällt auf, dass der Aspekt der Funktionsfähigkeit in der neuen Entscheidung wörtlich nur an einer Stelle auftaucht, nämlich im Zusammenhang der historischen Nachzeichnung der Rechtsprechungsentwicklung.⁵⁵ Fraglich ist, wann dieses Kriterium als erfüllt anzusehen ist – und ob es überhaupt zwingend erforderlich ist.

Bereits in der Vergangenheit wurde von dem Kriterium der Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes abgewichen.⁵⁶ Da Art. 12 I GG auch das Interesse auf Ablegung der vorgesehenen Prüfungen schützt⁵⁷, ist es folgerichtig, wenn das Bundesverwaltungsgericht grundlegende Aspekte bereits ausreichen lässt, um die Notwendigkeit des Übergangsrechts zu erkennen.

Auch wird die Funktionsfähigkeit im Bereich des Prüfungsrechts dann als nicht gegeben angesehen, wenn die Chancengleichheit nicht gewahrt wird.⁵⁸

Es lässt sich formulieren, dass die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes jedenfalls dann beeinträchtigt ist, wenn die Grundrechte aus den Artt. 3 oder 12 GG nicht

50 Zitat aus Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt C: „Kontext der Entscheidung“; ähnlich: Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt D: „Auswirkungen für die Praxis“.

51 Vgl. Barczak, Rechtsgrundsätze – Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung, JuS 2021, 1, 3; speziell zu den Prüfungsrechtsgrundsätzen: Pein, Einführung in das Prüfungsrecht, WissR 2015, 362, 370.

52 Vgl. Barczak, a.a.O.

53 Nds. OVG, Beschl. v. 31.3.2011 – 2 LA 343/10 – Juris, Rn. 11.

54 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.1.2015 – 6 B 43/14 – NVwZ-RR 2015, 416, 417, Rn. 11.

55 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 21.

56 Siehe etwa den ausdrücklichen Verzicht auf das Funktionsfähigkeitskriterium, wenn der Normsetzungswille betätigt wurde:

BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327, 328 f.; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695, Rn. 23: Die Funktionsfähigkeit wird dort nur alternativ genannt; zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, siehe Fn. 45.

57 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.1.2015 – 6 B 43/14 – NVwZ-RR 2015, 416, 417, Rn. 16. - Dieser Anspruch ist auch zeitnah zu gewähren: BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695 f., Rn. 24 a.E.

58 Vgl. dazu schon BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327 ff., wo auf S. 327 unten das Kriterium der Funktionsfähigkeit genannt wurde, dann aber auf S. 328 oben am Ende des ersten Absatzes festgestellt wird, dass es jedenfalls nicht hinnehmbar sei, dass unmittelbare Auswirkungen auf die Chancengleichheit eintreten.

mehr gewährleistet sind – wobei die grundrechtlichen Aspekte aber bereits für sich genommen ein Übergangsrecht rechtfertigen können.

Wenn man es in aller Deutlichkeit auf den Punkt bringen will, so könnte man zusammenfassen, dass die Funktionsunfähigkeit ein hinreichendes, aber kein notwendiges Kriterium für Übergangsrecht ist.

Wie eben erwähnt, können die vorgenannten Aspekte sowohl bei formellen wie bei materiellen Fehlern der Prüfungsordnung auftreten. Daher ist dem Bundesverwaltungsgericht zuzustimmen, wenn es nicht mehr zwischen den Fehlerarten differenziert. Denn selbstverständlich sind die Prüfungsansprüche und die Chancengleichheit gleichermaßen gefährdet, unabhängig davon, ob die Nichtigkeit nun auf formellen oder inhaltlichen Mängeln beruht. Während früher Übergangsrecht bei materiellen Fehlern oft nicht für möglich gehalten wurde⁵⁹, ist es sachgerechter, den Aspekt eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht bei der Prüfung der Frage heranzuziehen, ob die Verwaltungspraxis selbst ein legitimer Anknüpfungspunkt für das Übergangsrecht sein kann. Notfalls kann sich das Verwaltungsgericht eben nur insoweit an der Verwaltungspraxis orientieren, wie diese mit höherrangigen Recht vereinbar war.

Dementsprechend lässt sich als Grundsatz formulieren:

Eine wegen Mängeln der bisherigen Prüfungsordnung aufgetretene Normierungslücke, welche die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes, Art. 12 GG oder die Chancengleichheit beeinträchtigt, kann bis zum Erlass einer neuen Normierung in der Weise geschlossen werden, dass die bisherige Normierung/Verwaltungspraxis so fortgesetzt wird, dass derjenige Rechtsverstoß vermieden wird, der die bisherige Nichtigkeit ausgelöst hat.

Ein Beispiel für die Auslösung des Erfordernisses von Übergangsrecht:

Wenn eine Täuschungsvorschrift für besonders schwere Täuschungen nichtig ist, dann besteht unter zwei Aspekten das Erfordernis von Übergangsrecht:

Zum einen wird die Abgrenzung zwischen der normalen Täuschung und der besonders schweren Täuschung am Ausmaß der Beeinträchtigung der Chancen-

gleichheit vorgenommen⁶⁰, was unter dem Gesichtspunkt der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit ein Erfordernis von Übergangsrecht auslöst. Zum anderen bewirkt die nicht gegebene Chancengleichheit auch eine Störung der Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes.

3. Personeller Maßstab zur Beurteilung der Notwendigkeit des Übergangsrechts?

Wenn eine Vorschrift nichtig ist, stellt sich die Frage, ob zur Beurteilung der Notwendigkeit von Übergangsrecht auf den konkreten Fall oder auf die allgemeinen Auswirkungen der Nichtigkeit abzustellen ist.

Das Bundesverwaltungsgericht beschränkt das Übergangsrecht auf eine inter partes Wirkung. Diese Reichweite des entstandenen Übergangsrechts darf nicht zu der Annahme verleiten, auch bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Übergangsrechts nur auf den konkreten Fall abzustellen.

Das Bundesverwaltungsgericht spricht in der aktuellen Entscheidung die Thematik nicht ausdrücklich an⁶¹, allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht in den vom Bundesverwaltungsgericht zitierten Entscheidungen festgestellt, dass es auf die allgemeinen Auswirkungen abstellt⁶².

Eine solche Betrachtungsweise erscheint richtig und angezeigt. Denn auch wenn die rechtstechnische Befugnis der Verwaltungsgerichte über eine inter partes Wirkung nicht hinausgeht, so ist das Problem einer nichtigen Norm niemals auf den aktuellen Kläger beschränkt. Das wird auch weiter unten deutlich, wenn die Konsequenzen für die Hochschule hinsichtlich des Umgangs mit weiteren Fällen diskutiert werden.

4. Entbehrlichkeit einer Fristregelung

In der aktuellen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird – abgesehen von der Passage der Zusammenfassung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶³ – eine konkrete Frist oder ein Zeitrahmen nicht thematisiert. In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung dagegen mehrfach darauf hingewiesen, dass ein richterrechtlich gewährtes Übergangsrecht in überschaubarer Zeit durch eine Normierung abzulösen ist.⁶⁴ Hier jedoch erfolgte weder eine Fristsetzung noch sonst

59 Siehe oben Fn. 10 mit zugehörigem Haupttext.

60 Siehe BVerwG, Beschl. v. 7.12.1976 – BVerwG VII B 157/76 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 78 (S. 60); VG Karlsruhe, Urt. v. 17.6.2010 – 7 K 3246/09 – Juris, Rn. 34; vgl. zum endgültigen Nichtbestehen bei schweren Täuschungsfällen aufgrund richterlichen Übergangsrechtes etwa: Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655, in dieser Entscheidung wurde das Übergangsrecht nach Feststellung eines materiellen Defizits gebildet.

61 Bestenfalls lässt sich aus Aspekten wie der Vermeidung eines Stillstandes der Prüfungstätigkeit (etwa BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 17) mittelbar eine allgemeine Betrachtungsweise ablesen.

62 Siehe Fn. 44.

63 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 20.

64 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 1.3.2023 – 9 S 1798/22 – Juris, Rn. 32, m.w.N.

eine Eingrenzung des zeitlichen Rahmens. Die aktuelle Nichtthematisierung ist logisch, wenn hinsichtlich der Wirkung des Übergangsrechts ganz klar nur auf den konkreten Fall *inter partes* abgestellt wird. Der zeitliche Aspekt dürfte in zukünftigen Entscheidungen wohl nicht mehr auftauchen. Der Erlass der einschlägigen Normen lag in der aktuellen Entscheidung zudem bereits Jahre zurück – was von dem Bundesverwaltungsgericht (folgerichtig) nicht thematisiert wurde.

5. Rückwirkung

Wie unter IV. 1. bei den rechtstechnischen Grundlagen dargelegt, vermeidet das Bundesverwaltungsgericht mit seiner materiellen Konstruktion des Übergangsrechts, dass durch die inzidente Nichtigkeitsfeststellung Übergangsrecht scheitert.

Die Rückwirkung dieses Übergangsrecht stabilisiert dieses ebenfalls. Da aus Chancengleichheitsgründen eine Rückwirkung so angezeigt ist, dass *inter partes* der aktuell zu entscheidende Fall vom Übergangsrecht erfasst wird, kann schon logisch eine Nichtigkeitsfeststellung nicht mehr entscheidungserheblich sein.

An dem Vorgehen des Bundesverwaltungsgerichts einer Nichtigkeitsfeststellung verbunden mit der Schaffung von rückwirkendem Übergangsrecht ist auch erkennbar, dass etwas Neues entstehen muss. Bisherige Konstruktionen, die mit einer Gültigkeitsfiktion gearbeitet haben, dürften damit hinfällig sein.

V. Rechtstechnische Konsequenzen für die Hochschule

Da die Verwaltungsgerichte eine *inter partes* Regelung treffen, fragt sich, wie die Hochschulen bis zum Erlass einer neuen Norm mit denjenigen Verwaltungsverfahren umgehen sollen, die außerhalb des jeweiligen Gerichtsverfahrens liegen, aber von der gleichen fehlerbehafteten Norm betroffen sind.

Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts, das nur den konkreten Fall zu entscheiden hatte, konnte diese Frage offenbleiben.

Nachfolgend soll versucht werden, für die Hochschulen entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen. Die bisherigen Empfehlungen differenzierten nach der Art

des Fehlers. Wie oben bereits erwähnt, wurde bei formellen Fehlern die Anwendbarkeit der nichtigen Normierung als Verwaltungsvorschrift nicht in Frage gestellt. Dagegen sollte dies bei inhaltlichen Mängeln regelmäßig schon aufgrund der Verstöße gegen höherrangiges Recht scheitern, weswegen die Prüfungsordnung zu ändern und der Prüfling dann nach Maßgabe der nunmehr fehlerfreien Prüfungsordnung erneut zu prüfen wäre.⁶⁵

In dieser Hinsicht sind sowohl rechtstechnisch als auch faktisch einige Ergänzungen vorzunehmen.

Nachdem auch bei materiellen Fehlern Übergangsrecht entstehen kann, entfällt für die Hochschule das Erfordernis der rechtlichen Differenzierung zwischen den Fehlerarten.

Zudem muss man sich faktisch in zeitlicher Hinsicht klarmachen, dass Ordnungen für Hochschulprüfungen eine Vielzahl von Gremien durchlaufen müssen. Im Rahmen der Selbstverwaltung kann nicht von einem Präsidenten oder Vizepräsidenten vorgegeben werden, was genau die demokratisch legitimierten Gremien zu beschließen haben. Oft bestehen auch innerhalb eines Gremiums unterschiedliche Auffassungen über die „richtige“ Fassung, so dass zur Abstimmung mehrere Durchläufe erfolgen müssen. Die nachfolgende Ebene der Genehmigung ist damit noch nicht einmal berührt. Mithin kann eine Umsetzung einige Zeit in Anspruch nehmen.⁶⁶ Es bedarf aber einer Rechtsgrundlage, die sofort anwendbar ist – und zwar für alle auftretenden Fehlerarten.

So elegant die Lösung des Bundesverwaltungsgerichts war, keine prozessrechtliche Anleihe an § 35 BVerfGG vorzunehmen, so müssen die Hochschulen mit der begrenzten Wirkung leben. Vom Bundesverfassungsgericht geschaffenes Übergangsrecht würde gemäß § 31 BVerfGG eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung für alle Behörden und Gerichte entfalten.⁶⁷ Genau das ist aber ausgeschlossen.

Es bleibt natürlich die Anwendung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung als reine Erkenntnisquelle des materiellen Rechts. Allerdings muss man sich klarmachen, dass Richterrecht außerhalb der Rechtskraft der Entscheidung nur Rechtsfortbildung ohne Gesetzescharakter ist, dessen Geltungsanspruch über den Einzelfall

65 Sinngemäß *Dietrich* in Fischer/Jeremias/Dietrich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 62; hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit bei inhaltlichen Mängeln, siehe *Stolpmann/Teufer*, Prüfungsrecht für Auszubildende und ihre Prüfer, 2009, S. 57.

66 Als sehr pessimistische Einschätzung betont der Hess. VGH das Risiko einer Jahrzehnte dauernden Übergangszeit (im dortigen

Fall jedoch hinsichtlich einer parlamentarischen Grundsatzentscheidung): Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655.

67 BVerwG, Urt. v. 25.1.2023 – BVerwG 6 C 6.21 – BVerwGE 177, 318, 321 f., Rn. 18 f., m.w.N.

hinaus auf der Überzeugungskraft der Gründe sowie der Autorität und Kompetenz der Gerichte beruht.⁶⁸ Mithin lässt sich formulieren, dass auch das gerichtlich geschaffene Übergangsrecht nicht allgemeinverbindlich wirkt.⁶⁹ Das Bundesverwaltungsgericht selbst kann auch nur von einer Wirkung *inter partes* sprechen.⁷⁰

Mithin steht den Prüfungsbehörden die Entscheidung selbst als Rechtsgrundlage für die anderen Fälle nicht zur Verfügung.

Realistisch betrachtet möchte sich die Hochschule aber möglichst eng nach der Entscheidung des Gerichts richten. Auch wenn in einem neuen Gerichtsverfahren anders entschieden werden könnte, kann sie so das Risiko minimieren, dass ihre eigenen Entscheidungen aufgehoben werden.

Indessen kann sie sich auch an der Entscheidung des Gerichtes orientieren. Denn wenn die Prüfungsbehörden ebenfalls materielles Verfassungsrecht heranziehen, werden sie ähnliche Abwägungen wie das Verwaltungsgericht vornehmen, ggf. auch mit allgemeinen Grundsätzen des Prüfungsrechts.

Mithin hat die Exekutive in gleicher Weise wie das Verwaltungsgericht die Möglichkeit, eine als nichtig erkannte Vorschrift⁷¹ durch Übergangsrecht aufzufangen. Darüber hinaus wäre übergangsweise an Verwaltungsvorschriften zu denken.⁷² Ob man angesichts der neuen Entscheidung ihrer noch bedarf (zumal die diesbezügliche Rechtsprechung noch mit der Beschränkung auf formelle Fehler ergangen ist), mag dahingestellt sein, jedenfalls bietet sich der Verwaltung so ein weiteres Handlungsinstrument.

VI. Fazit

Wenn Normen an formellen oder materiellen Defiziten leiden, sind sie üblicherweise nichtig. Im Prüfungsrecht kann dies etwa die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes oder die Chancengleichheit beeinträchtigen. Seit langem wird von den Gerichten mit verschiedenen Kon-

struktionen versucht, diese Folgen zu vermeiden. So wurden nichtige Normen als Verwaltungsvorschriften angewandt oder es wurde ausdrücklich neues Übergangsrecht geschaffen. Oft war dieses Vorgehen jedoch auf formelle Mängel beschränkt, wohingegen bei materiellen Mängeln die Nichtigkeit dann hingenommen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ging dazu über, in seinen Entscheidungen nach sachgerechten Übergangsregelungen zu suchen, die sich möglichst an der Verwaltungspraxis orientierten. Es blieb bislang jedoch unklar, worauf sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Schaffung von Übergangsrecht stützt, ab wann so gefundenes Übergangsrecht anwendbar ist und welche Mängel einer Übergangsregelung zugänglich sind. Das Bundesverwaltungsgericht stellte nun klar, dass jedes Verwaltungsgericht bei einer nichtigen Prüfungsnorm eine *inter partes* wirkende Übergangsregelung zu treffen hat, die auch für den zu entscheidenden Fall bereits anzuwenden ist. Es stützt sich dabei auf das materielle Verfassungsrecht. Da die Nichtigkeit der Prüfungsnorm im zu entscheidenden Fall durch einen materiellen Mangel ausgelöst wurde, ist somit auch klar, dass das Übergangsrecht nicht nur auf formelle Defizite beschränkt ist.

Man wird das Bundesverwaltungsgericht so verstehen können, dass Übergangsrecht dann zur Anwendung kommen kann, wenn entweder Beeinträchtigungen der Grundrechte aus Artt. 3 bzw. 12 GG oder der Funktionsfähigkeit des Prüfungswesens vorliegen.

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich nicht mit der Frage, wie die Hochschulen mit den anderen Fällen umgehen sollen, die außerhalb des Gerichtsverfahrens liegen, aber ebenfalls von der nichtigen Norm betroffen sind. Indessen können auch sie auf das materielle Verfassungsrecht zurückgreifen, was ihnen dann ermöglicht, sich zumindest an der gerichtlichen Entscheidung zu orientieren.

Dr. Markus Pein ist Justiziar an der Technischen Universität Braunschweig und AG-Leiter der Fernuniversität Hagen im Bereich Verwaltungsrecht.

68 *Storr/Schröder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 106, m.w.N.

69 Siehe auch: Anm. *Steiner* zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt B: „Inhalt und Gegenstand der Entscheidung“.

70 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 19.

71 Bei untergesetzlichen Normen soll, wenn ein Gericht die Nichtigkeit im Einzelfall festgestellt hat, auch die einfache Nichtanwendung der Norm möglich sein, siehe *Ehlers/Pünder* in: *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 2 „Rechtsquellen und Normen der Verwaltung“, Rn. 128, m.w.N. Dennoch sollte eine Anzeige an die Stelle gehen, welche die Ordnung genehmigt hat.

72 Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ist der

Exekutive durch die Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt inhärent, siehe BVerwG, Urt. v. 9.6.1983 – BVerwG 2 C 34.80 – BVerwGE 67, 222, 229, m.w.N.; zudem ist es auch anerkannt, dass ein Normenvakuum, welches die Funktionsfähigkeit der Verwaltung bedroht, eine Notkompetenz der Verwaltung für administratives Ergänzungsrecht in Form von Verwaltungsvorschriften auslöst, siehe *Ossenbühl* in *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl. 2007, § 101 „Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes“, Rn. 74; *Ossenbühl*, Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, in *Bachof/Heigl/Redeker* (Hg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 440; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 – BVerfGE 33, 303, 347.

