

14 B 1362/21
15 L 1372/21 Düsseldorf

Beglaubigte Abschrift

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Frau [REDACTED]

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigter: Prof. Dr. Birnbaum RA-GmbH, Markt 10, 53721 Siegburg, Az.: 145/20 CB11 CB,

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Bezirksregierung Düsseldorf - Landesprüfungsamt für Medizin, Psychotherapie und Pharmazie, Am Bonnhof 35, 40474 Düsseldorf, Az.: 24.16.01 - P-00254/2012,

Antragsgegner,

wegen Nichtbestehens der Pharmazeutischen Prüfung
hier: Beschwerde gegen die Versagung einstweiligen Rechtsschutzes

hat der 14. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 25. November 2021

durch

die Vorsitzende Richterin am Obergerverwaltungsgericht [REDACTED]

die Richterin am Obergerverwaltungsgericht [REDACTED]

den Richter am Obergerverwaltungsgericht [REDACTED]

auf die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 5. August 2021

beschlossen:

- 2 -

Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, die Antragstellerin vorläufig zu einer weiteren Wiederholungsprüfung des Dritten Abschnitts der Pharmazeutischen Prüfung zuzulassen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Rechtszüge.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 7.500 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Der Antrag,

dem Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung aufzugeben, die Antragstellerin vorläufig zu einer weiteren Wiederholungsprüfung des Dritten Abschnitts der Pharmazeutischen Prüfung zuzulassen,

hat im Beschwerdeverfahren Erfolg. Dem Antrag ist wegen der im Beschwerdeverfahren dargelegten, vom Senat alleine zu prüfenden Gründe (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) stattzugeben. Ein im Hauptsacheverfahren zu verfolgender und hier zu sichernder oder zu regelnder Anordnungsanspruch auf vorläufige Zulassung zu einer weiteren Wiederholungsprüfung des Dritten Abschnitts der Pharmazeutischen Prüfung und ein Anordnungsgrund sind glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung – ZPO -).

Die Erfolgsaussichten des im Hauptsacheverfahren verfolgten Anspruchs auf einen weiteren Prüfungsversuch lassen sich zwar derzeit nicht sicher abschätzen. Es bestehen jedoch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung hinreichende Anhaltspunkte für Verfahrensfehler der Prüfungsversuche vom 23.3.2020 und vom 19.6.2020, deren Ergebnis der Antragstellerin mit Bescheiden vom 30.3.2020 und

- 3 -

29.6.2020 mitgeteilt worden ist. Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass die hiergegen erhobene Klage zulässig ist. Der Widerspruch vom 2.12.2020 ist wahrscheinlich rechtzeitig erhoben worden, so dass sich der Antragsgegner in seinem Widerspruchsbescheid vom 22.3.2021 zu Unrecht auf die Bestandskraft der vorgenannten Bescheide berufen haben dürfte.

Gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind vor Erhebung der Anfechtungsklage Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Zwar bedarf es in Nordrhein-Westfalen nach § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i. V. m. § 110 Abs. 1 Satz 1 des Justizgesetzes Nordrhein-Westfalen (JustG NRW) eines solchen Vorverfahrens grundsätzlich nicht. Davon macht aber § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 JustG NRW eine Ausnahme für Verwaltungsakte, denen die Bewertung einer Leistung im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung zugrunde liegt. Das ist bei den Bescheiden vom 30.3.2020 und 29.6.2020, in denen der Antragstellerin mitgeteilt wird, dass sie den Dritten Abschnitt der Pharmazeutischen Prüfung nicht bestanden habe, der Fall.

Das mithin erforderliche Vorverfahren muss gemäß § 69 VwGO durch Widerspruch eingeleitet werden, der nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerden bekanntgegeben ist, zu erheben ist. Diese Frist hat die Antragstellerin voraussichtlich auch hinsichtlich der Bescheide vom 30.3.2020 und 29.6.2020 eingehalten, denn es dürfte die Jahresfrist der §§ 58, 70 Abs. 2 VwGO gegolten haben. Danach beginnt die Monatsfrist für einen Widerspruch nicht zu laufen, wenn die erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt ist. Die erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung ist in den angefochtenen Bescheiden nicht richtig erteilt worden. Darin heißt es auszugsweise: "Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Widerspruch erhoben werden."

Nach § 58 Abs. 1 VwGO ist über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde, bei der der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist zu belehren. Eine Rechtsmittelbelehrung ist vor diesem Hintergrund im Sinne von § 58 Abs. 2 VwGO fehlerhaft, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend erforderlichen Anga-

- 4 -

ben nicht enthält, diese unrichtig wiedergibt oder wenn sie geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen.

BVerwG, Beschluss vom 31.8.2015 - 2 B 61.14 -, juris, Rn. 8; Urteil vom 21.3.2002 - 4 C 2.01 -, juris, Rn. 12, jeweils m. w. N.

Dies ist vorliegend der Fall. Zwar ist es unschädlich, dass die Rechtsbehelfsbelehrung in den Bescheiden des Antragsgegners auf den Zeitpunkt der Zustellung und nicht - wie § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO - auf die Bekanntgabe abstellt. Wenn ein Bescheid zugestellt wird (hier kraft behördlicher Anordnung gemäß § 1 Abs. 2 des Verwaltungszustellungsgesetzes für das Land Nordrhein - Westfalen - LZG NRW -), ist die Bezeichnung der Zustellung als des fristauslösenden Umstands richtig.

Dem steht nicht entgegen, dass sich der Antragsgegner wohl keiner der in § 4 Abs. 1 LZG NRW vorgesehenen Zustellungsarten (Einschreiben durch Übergabe oder mit Rückschein) bedient, sondern offenbar das einfache (Einwurf-)Einschreiben gewählt hat. Die Auswahl einer unzulässigen Zustellungsform begründet allenfalls einen Zustellungsmangel, ändert aber nichts daran, dass eine Zustellung angeordnet war und ordnungsgemäß bewirkt werden sollte. Folglich war auch in der Rechtsbehelfsbelehrung auf die beabsichtigte Zustellung des Bescheides abzustellen.

Die Rechtsbehelfsbelehrung ist jedoch insofern fehlerhaft, als sie formuliert, dass der Widerspruch "gegen diesen Bescheid" zu erheben ist. Damit ist das jeweilige mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehene Schreiben des Antragsgegners in Bezug genommen, während der Widerspruch richtigerweise gegen die bereits mündlich bekannt gegebenen Prüfungsentscheidungen vom 23.3.2020 und vom 19.6.2020 zu erheben war. Denn bereits diese sind als - mündlich bekannt gegebene - Verwaltungsakte zu qualifizieren, die von den anschließend erlassenen "Bescheiden" des Antragsgegners lediglich schriftlich bestätigt wurden,

vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 25.4.2008 - 7 ZB 07.2331 -, juris, Rn. 9; OVG NRW, Urteil vom 25.2.2000 - 14 A 4921/99 -, juris, Rn. 23,

- 5 -

sodass eine Rechtsbehelfsbelehrung mit diesem Inhalt geeignet ist, einen Irrtum über den genauen Gegenstand eines Widerspruchs hervorzurufen.

Mit Blick auf den innerhalb der Jahresfrist erhobenen Widerspruch der Antragstellerin vom 2.12.2020 sind die vorgenannten Prüfungsentscheidungen voraussichtlich nicht in Bestandskraft erwachsen.

Sie sind auch voraussichtlich verfahrensfehlerhaft ergangen, denn es dürfte ein Verstoß gegen § 15 Abs. 6 AAppO vorliegen. Nach Satz 1 der vorgenannten Vorschrift entscheidet die Prüfungskommission sogleich, ob und wie lange der Prüfling erneut an einer Ausbildung nach § 4 AAppO teilzunehmen hat, wenn eine Fachprüfung des Dritten Abschnitts der Pharmazeutischen Prüfung nicht bestanden ist. Das Landesprüfungsamt teilt dem Prüfling die Entscheidung schriftlich mit (§ 15 Abs. 6 Satz 3 AAppO).

Bei der Entscheidung, ob und wie lange der Prüfling im Falle des Nichtbestehens des Dritten Abschnitts der Pharmazeutischen Prüfung erneut an einer Ausbildung nach § 4 AAppO teilzunehmen hat, handelt es sich um eine selbständige Regelung, die ebenso wie die Entscheidung über das Nichtbestehen der Prüfung einen Verwaltungsakt darstellt.

Vgl. zur VA-Qualität der entsprechenden Regelung im Rahmen der Ärztlichen Prüfung: OVG NRW, Beschluss vom 9.10.2012 - 14 B 1091/12 -, juris, Rn. 7; BVerwG, Beschluss vom 22.10.1992 - 6 B 46.92 -, juris, Leitsatz und Rn. 3.

Die Entscheidung, dass keine weitere Ausbildung zu absolvieren ist, stellt dabei einen begünstigenden Verwaltungsakt dar, der gegebenenfalls mit der Verpflichtungsklage zu erstreiten ist, da nur im Falle seines Erlasses ein Anspruch auf Wiederholung des nicht bestandenen Prüfungsteils besteht.

Vgl. OVG NRW, a.a.O., Rn. 6.

Eine solche Regelung ist entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts nicht getroffen worden. Aus dem Umstand, dass in den jeweiligen Prüfungsniederschriften

- 6 -

nach den Vorgaben des Antragsgegners eine Anordnung einer erneuten Ausbildungsteilnahme gegebenenfalls hätte vermerkt werden sollen und dies nicht erfolgt ist, lässt sich nicht ohne Weiteres entnehmen, dass sich die Prüfungskommission ausdrücklich gegen eine solche Anordnung entschieden hat. Vielmehr hätte dann nach § 15 Abs. 6 AAppO dokumentiert werden müssen, dass keine weitere Ausbildung angeordnet wird.

Der Antragstellerin kann voraussichtlich auch nicht als unzulässige Rechtsausübung entgegen gehalten werden, dass sie der Ladung des Antragsgegners zu den Wiederholungsprüfungen Folge geleistet hat, ohne die fehlende Regelung zu einer weiteren Ausbildungsteilnahme zu beanstanden. Eine Mitwirkung kann vom Prüfling nur im Rahmen des ihm Zumutbaren verlangt werden. Unterlässt er eine ihm zumutbare Rüge eines Verfahrensfehlers, ist ihm die spätere Berufung auf die Beachtlichkeit dieses Fehlers verwehrt. Dies setzt jedoch voraus, dass er den Mangel erkannt und seine Bedeutung für die anstehende Leistungskontrolle erfasst hat.

Vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 214, 217.

Hiervon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Es oblag der Prüfungskommission, unmittelbar nach Feststellung des Nichtbestehens der Prüfung eine Entscheidung über eine erneute Ausbildung zu treffen und diese Entscheidung der Antragstellerin bekannt zu geben. Das ist hier nicht passiert. Auch in Kenntnis der Regelung des § 15 Abs. 6 AAppO musste es sich der Antragstellerin nicht aufdrängen, dass eine entsprechende Entscheidung unterblieben oder - wie der Antragsgegner meint - diese trotz fehlender Protokollierung negativ ausgefallen ist und sie - wie der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren vorträgt - eine weitere Ausbildung auch freiwillig hätte antreten können, um so etwaige Ausbildungsmängel zu beheben.

Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich dieser Verfahrensmangel auf das Ergebnis der jeweils folgenden Wiederholungsprüfung ausgewirkt hat. Denn auch wenn die Anordnung einer weiteren Ausbildung rechtlich nicht als begünstigender, sondern als belastender Verwaltungsakt zu qualifizieren sein sollte,

vgl. BVerwG, a.a.O., Leitsatz,

- 7 -

so bezweckt sie doch, Ausbildungsmängel zu beheben und das Bestehen der Wiederholungsprüfung zu ermöglichen.

Einen Anordnungsgrund hat die Antragstellerin glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Da sie bereits alle Prüfungsversuche ausgeschöpft hat, müsste sie bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens mit der Prüfung abwarten und solange ihr Wissen präsent halten. Mit Blick auf die zu erwartende Dauer des Hauptsacheverfahrens ist mit einem Verlust des bislang erworbenen Prüfungswissens und einem Hinausschieben einer etwaigen späteren Berufstätigkeit auf unabsehbare Zeit zu rechnen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 9.5.2012 - 14 B 402/12 -, juris, Rn. 3, vom 23.12.2011 - 14 B 1344/11 -, juris, Rn. 3, vom 22.1.2008 - 14 B 1888/07 -, juris, Rn. 6.

Einer Darlegung, in welchem Umfang Prüfungswissen im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch vorhanden ist, bedarf es insoweit nicht.

Die vorgenannten Nachteile hält der Senat unter Abwägung des im Hauptsacheverfahren zu klärenden Verfahrensfehlers mit dem für den Antragsgegner geringen Arbeitsaufwand einer weiteren Prüfung für unzumutbar.

Der Gesichtspunkt der Vorwegnahme der Hauptsache steht der Entscheidung nicht entgegen. Unwiederbringlich vorweggenommen wird allein die Prüfungskapazität des Antragsgegners.

Vor diesem Hintergrund macht der Senat von seinem nach § 123 Abs. 3 VwGO, § 938 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessen dergestalt Gebrauch, dass er dem Antragsgegner aufgibt, die Antragstellerin vorläufig zu einem weiteren Prüfungsversuch des Dritten Abschnitts der Pharmazeutischen Prüfung zuzulassen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.



Beglaubigt
Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle des
Oberverwaltungsgerichts
für das Land Nordrhein-Westfalen