Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* Bochum – *Dr. Josef Christ,* Richter am BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke*, Münster – *Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff*, Vors. Richter am VG a. D., Berlin – *Dr. Stefan Paetow*, Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Prof. Dr. Rudolf Streinz*, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

24 2010
Seite 1–12
29. Jahrgang
6. Dezember 2010

Richter am VG Jörg Müller, Sigmaringen*

Alea iacta est? Über den Kampf gegen das Glücksspiel im Hochschulzulassungsrecht

Der VGH Mannheim hat jüngst eine Diskussion über die „richtigen" Kriterien zur Vergabe von (hauptsächlich: medizinischen) Studienplätzen im Hochschulkapazitätsrecht angestoßen und damit Teile einer jahrzehntelangen Tradition in diesem – von der juristischen Fachliteratur zuletzt stiefmütterlich behandelten – Rechtsgebiet in Frage gestellt. Das baden-württembergische Wissenschaftsministerium hat den Ball in bemerkenswerter Schnelligkeit aufgenommen und versucht, dem Anliegen einer Bewerberauswahl nach qualifikationsorientierten Kriterien durch verordnungsrechtliche Neuregelung zum Durchbruch zu verhelfen; Losverfahren zur Vergabe von Studienplätzen sollen in Baden-Württemberg (und andernorts) nunmehr der Vergangenheit angehören. Derzeit hat sich auch das BVerwG in einem anhängigen Revisionsverfahren mit den bundesrechtlichen Aspekten der Problematik zu beschäftigen. Der nachfolgende Beitrag will – nach einer zum ansatzweisen Verständnis der komplexen Materie erforderlichen kurzen Einführung in die Absurdität des Rechtsgebiets – einige ausgewählte Facetten des Streits über die anzuwendenden Auswahlkriterien bei der Vergabe von „Restkapazität" beleuchten.

I. Einleitung

Wir Juristen nehmen vielfach für uns in Anspruch, zu Generalisten ausgebildet worden zu sein. Als solche werden wir oftmals mit exotischen Rechtsgebieten konfrontiert, deren Eigenheiten mit den in der Ausbildung erworbenen Fähigkeiten selbstredend problemlos zu bewältigen sein sollten. Unerklärliche Fügungen des Schicksals entscheiden dann im Laufe eines Juristenlebens darüber, ob aus jungen Rechtsassessoren „gewöhnliche" Strafverteidiger oder eben Fachanwälte für Weltraumrecht, Experten mit Interessenschwerpunkt Fleischhygiene- und/oder Luftsicherheitsgebühren oder Sachverständige des Fremdrentenrechts werden. Die unendlichen Weiten der Juristerei bieten uns vielfältige Nischen, in denen wir uns – sei es gezielt, sei es notgedrungen – zu vorgeblichen Spezialisten erklären können (und mitunter müssen). Manche dieser Nischen sind von herausragendem akademischen Interesse, andere hingegen sind finanziell lukrativ; einige sind beides oder auch wiederum keines von beidem. All diesen Exoten ist jedenfalls gemein, dass sie von den übrigen Vertretern unserer Zunft kaum wahrgenommen werden und ihre artenschutzwürdige Existenz zumeist nur durch den dezenten Verweis auf eine einschlägige Fachzeitschrift (mit einer Auflage von in der Regel weniger als 100 Exemplaren) glaubhaft gemacht werden kann.

Ein extremes Beispiel für dieses rechtssoziologische Phänomen ist das Hochschulkapazitätsrecht, das – anders als viele sonstige Exotenfächer und trotz seines unmittelbaren Hochschulbezugs – nicht im akademischen Elfenbeinturm, sondern von der Praxis geschaffen wurde[1]. Obwohl (oder auch gerade weil) diesem Rechtsgebiet die universitäre (rechtswissenschaftliche) Verankerung und literarische Aufbereitung weitgehend fehlt, ist es von kuriosen Absurditäten gekennzeichnet, die selbst solchen Juristen, die sich ihres gesunden Menschenverstands während ihres Berufslebens schon entledigt haben, kaum zu vermitteln sind. Von der Lebenswirklichkeit vollkommen entkoppelt, hat sich eine blasenartige juristische Parallelwelt entwickelt, die eine (verwunderlicherweise recht überschaubare) Schar von Rechtsanwälten (überaus) gut nährt und zugleich den Verwaltungsgerichten einen beträchtlichen Teil ihrer – nach anderen, aber ebenso fragwürdigen Kriterien und Vorgaben berechneten – Kapazität raubt.

* Der Autor ist Berichterstatter in einer Kammer für Numerus-clausus-Streitigkeiten und verfügt als Lehrbeauftragter an einer juristischen Fakultät über zumindest rudimentäre Einblicke in die Hochschulwirklichkeit; soweit in diesem Beitrag überhaupt – über reine Zustandsbeschreibungen hinaus gehende – Auffassungen vertreten werden, kommt darin ausschließlich die persönliche Meinung des Autors zum Ausdruck. Er bittet um Verständnis sowohl für die zum Zwecke der besseren Lesbarkeit erfolgte Beschränkung auf maskuline Personen- und Funktionsbezeichnungen als auch für diese nicht geschlechtergerechte „Generalklausel" selbst (zu Letzterem vgl. das vom baden-württembergischen Sozialministerium herausgegebene Gender-Mainstreaming-Merkblatt zur Verwendung einer geschlechtergerechten Sprache v. 13. 10. 2009).

1 *BVerfGE* 33, 303 = NJW 1972, 1561; 39, 276 = NJW 1975, 1501; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. nur *Bode/Weber*, in: *Flämig u. a.*, Hdb. d. WissenschaftsR I, S. 678 ff.; *Bahro/Berlin*, Das HochschulzulassungsR in der BRep. Dtld., 4. Aufl. (2003), S. 1 ff.

1. Worum geht es?

Die Absurdität des Kapazitätsstreits beginnt bereits mit dem Gegenstand desselben. Seine Beteiligten streiten um etwas, was es nach der einfachgesetzlichen Konzeption dieses Rechtsgebiets eigentlich nicht geben dürfte: Studienplätze „außerhalb der festgesetzten Kapazität". Die legislative Idealvorstellung, die Zahl der in einem zulassungsbeschränkten Studiengang zu vergebenden Studienplätze alljährlich durch „Rechtsnormen zahlenförmigen Inhalts"[2] festzusetzen, scheitert in steter Regelmäßigkeit daran, dass die Teilhaberechte „junger Menschen"[3] aus Art. 12 GG einen Anspruch auf Ausschöpfung der „vorhandenen" Ausbildungskapazität und damit bereits die „richtige" bzw. rechtmäßige Zulassungszahl vorsehen, auf deren möglichst zielgenaue Abbildung sich der zuständige Verordnungs- oder Satzungsgeber[4] an sich zu beschränken hat. Zwangsläufig kommt es folglich permanent zu „normativem Unrecht" in Gestalt unrichtiger Zulassungszahlenfestsetzungen, was man der rechtsetzenden Wissenschaftsverwaltung aber noch nicht einmal vorwerfen kann. Bereits ein flüchtiger Blick in die Anhänge der Zulassungszahlenverordnungen für ein Studienjahr offenbart die Untauglichkeit des Versuchs, kapazitätserschöpfende und zugleich die Qualität der Ausbildung bewahrende Zulassungszahlen festzusetzen. Dem insoweit zu bedauernden baden-württembergischen Wissenschaftsministerium kam beispielsweise für das Studienjahr 2008/2009 die verdienstvolle Aufgabe zu, Zulassungszahlen für 828 Studiengänge festzusetzen[5]. Man wird der mit zahlreichen anderen (Exzellenz-)Aufgaben des Hochschulwesens betrauten Ministerialverwaltung ein gewisses Verständnis dafür entgegenbringen können, dass sie nicht ihrerseits ihre volle Kapazität für diese Herausforderung bereit hält. Eine inhaltliche Kontrolle aller von den Hochschulen zur Festsetzung der Zulassungszahl vorgelegten komplexen Kapazitätsberechnungen[6] – gar noch im Sinne des vom BVerfG geforderten „kritischen Zusammenwirkens"[7] – ist schlechterdings illusorisch, zumal die jeweilige Zulassungszahl vor Beginn des dazugehörigen Vergabeverfahrens bzw. vor Ablauf der Bewerbungsfrist[8] im entsprechenden Bekanntmachungsblatt verkündet sein sollte. Auch die Hochschulverwaltungen trifft in der Regel kein Verschulden an der Fehleranfälligkeit der von ihnen erstellten und von der Ministerialverwaltung zumeist ungeprüft übernommenen Kapazitätsberichte; kapazitätsrelevante Informationen finden ihren Weg von den Fakultäten zur verantwortlichen Zulassungsabteilung oftmals gar nicht, verspätet, bruchstückhaft oder eben nur auf Anforderung (die natürlich eine entsprechende Vermutung relevanter Vorgänge voraussetzt).

In den zulassungsbeschränkten medizinischen Studiengängen macht sich eine Massenbewegung teilhabewilliger „junger Menschen" die beschriebene verlässliche Regelmäßigkeit fehlerhafter Zulassungszahlenfestsetzungen zunutze und versucht, den jeweils heiß begehrten und von der Wissenschaftsverwaltung „unterschlagenen" Medizin- oder Zahnmedizinstudienplatz gerichtlich zu erstreiten. Auch wenn von einer „Massenbewegung" eigentlich keine Rede sein kann, da die studierwilligen Massen weder zusammenhängend organisiert oder (außer vielleicht durch denselben Prozessbevollmächtigten) innerlich verknüpft noch von gemeinsamen Interessen getragen sind (jeder „Streitgenosse" ist schließlich ein Konkurrent bei der Studienplatzvergabe)[9], verbinden doch typischerweise[10] zumindest zwei Merkmale die sog. außerkapazitären Studienbewerber zu einer insoweit recht homogenen Gruppe: Zum einen macht ihr schulischer Erfolg eine Bewerbung über die vormalige ZVS bzw. nunmehr die „Stiftung für Hochschulzulassung"[11] auf unabsehbare (Warte-)Zeit überflüssig und zum anderen verfügen sie in der Regel über ein (studiertes) Elternhaus, das den Studienwunsch nicht nur nachdrücklich unterstützt oder gar noch sehnlicher hegt als der zu Schulzeiten meist allseits verkannte Abkömmling, sondern auch über die finanziellen Mittel verfügt, um diesen (und andere) Lebensträume zu verwirklichen.

2. Wie funktioniert das?

Die Studierwilligen der beschriebenen Art können als frisch hochschulreife Gymnasialabsolventen bereits bei einem flüchtigen Blick in das alljährlich erscheinende „ZVS-Info"-Heft ersehen, dass das dort beschriebene Vergabeverfahren für sie und ihre Qualifikation nicht geschaffen ist[12]. Einer wohl nicht ganz zufälligen Fügung des Schicksals ist es aber zu verdanken, dass sich das „ZVS-Info" dem äußeren Anschein nach ausschließlich durch Annoncen von auf das Hochschulzulassungsrecht – mehr oder weniger – spezialisierten Rechtsanwaltskanzleien finanziert, so dass der – begrenzte – Leserkreis des „ZVS-Info" sofort erkennen kann, wie (und mit wessen Hilfe) er gleichwohl sein ihm suggeriertes „Recht auf einen Studienplatz"[13] verwirklichen kann: mit der sog. „Stu-

2 Grdl. zum Verständnis: *VGH Mannheim*, Beschl. v. 16. 3. 1979 – IX 910/89, DÖV 1979, 528, auch zu den dogmatischen Fragen, welche Normen ihrerseits den Erlass dieser Normen regeln (sog. Norm hinter der Norm).

3 Art. 11 BadWürttVerf.

4 Zulassungszahlen werden i. d. R. durch Rechtsverordnung oder (universitäre) Satzung festgesetzt (§ 3 BadWürttHZG).

5 Vgl. die jeweiligen Anlagen zur Zulassungszahlenverordnung für ZVS-Studiengänge (BadWürttGBl 2008, S. 208: 13 Studiengänge), für Studiengänge im Vergabeverfahren der Universitäten (BadWürttGBl 2008, S. 265: 392 Studiengänge), für Fachhochschulstudiengänge (BadWürttGBl 2008, S. 218: 386 Studiengänge) und für Studiengänge an den Pädagogischen Hochschulen (BadWürttGBl 2008, S. 211: 37 Studiengänge); über die exakte Zählweise kann man streiten, über die Größenordnung nicht. Daneben betraut das BadWürttHZG in §§ 5 IV 6, 11 IV Nr. 1 das Wissenschaftsministerium mit der nicht weniger anspruchsvollen Aufgabe der Festsetzung von Curricularnormwerten für alle zulassungsbeschränkten Studiengänge; die damit einhergehende Überforderung, die zur außerkapazitären Zulassung zahlreicher Studienbewerber geführt hat (*VGH Mannheim*, BeckRS 2009, 34644), scheint aber zwischenzeitlich erkannt worden zu sein (die Neufassung von § 5 IV 6 BadWürttHZG sieht seit 23. 6. 2010 nicht mehr zwingend eine Festsetzung durch Rechtsverordnung vor, vgl. die dazugehörige Begründung des Gesetzentwurfs, abrufbar unter http://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/pdf/gesetze/Hochschulreform/Gesetzentwurf_HZG130110.pdf).

6 Praktische Beispiele solcher Kapazitätsberechnungen sind etwa unter http://justiz.hamburg.de/zulassungssachen/ zugänglich. Die Kapazitätsberichte müssen nach § 4 KapVO dem Wissenschaftsministerium vorgelegt werden. Ein illustratives Beispiel für den festzustellenden Kontrollausfall bietet *VG Sigmaringen*, BeckRS 2009, 41856.

7 *BVerfGE* 39, 258 (266) = NJW 1975, 1504.

8 Schafft es der Verordnungsgeber nicht, die Zulassungszahl vor Ablauf der in einigen Bundesländern geltenden (Ausschluss-)Frist für eine (gesonderte) Bewerbung um einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität (oftmals: 15. Januar bzw. 15. Juli) zu verkünden, so kann eine Fristversäumnis dem Studienbewerber später nicht mehr entgegengehalten werden; eine nur potenziell zu niedrige – künftige – Zulassungszahlenfestsetzung bereits ohne deren Kenntnis quasi ins Blaue hinein rügen und zum Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens machen zu müssen, mutet die Rechtsprechung „jungen Menschen" (Art. 11 BadWürttVerf) so kurz nach dem Abitur nicht zu (vgl. *VGH Mannheim*, Beschl. v. 22. 2. 2006 – NC 9 S 15/05).

9 Das wirft die Frage auf, ob mehrere dieser Konkurrenten trotz des damit verbundenen Interessenkonflikts eigentlich von demselben Rechtsanwalt vertreten werden dürfen, insbesondere wenn zudem noch um die Frage gestritten wird, nach welchen Kriterien Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität vergeben werden sollen.

10 Fairerweise muss gesagt werden, dass auch einige (wenige) Studienbewerber die Widrigkeiten des Kapazitätsstreits auf sich nehmen, auf die die nachfolgende Merkmalsbeschreibung nicht zutrifft.

11 Vgl. Art. 1 III des Staatsvertrags über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung v. 5. 6. 2008 (BadWürttGBl 2009, S. 663).

12 Bereits der Begriff „Abiturbestenquote" dürfte Abschreckung genug sein (die jeweils aktuellen Auswahlgrenzen und Wartezeiten können unter http://www.hochschulstart.de/ abgerufen werden).

dienplatzklage“, die aber eigentlich keine Klage, sondern in der Regel ein Eilverfahren ist[14].

Je nach finanzieller Ausstattung und Leidensdruck beauftragen die studierwilligen Jungmediziner in spe den Anwalt ihres Vertrauens mit dem großen oder eben nur dem kleinen „Rundumschlag“, d. h. sie „verklagen“ eine kleinere oder größere Zahl von (in der Regel bis zu 15) Universitäten, nicht etwa beseelt von der Hoffnung, unter diesen den Ortswunsch erster Präferenz heraussuchen zu können, sondern schlicht in der Absicht auf Chancenmaximierung. Jedem Antragsteller bei Gericht ist die fortbestehende – wenn auch im Vergleich zum ZVS-Vergabeverfahren zahlenmäßig geringere – Bewerberkonkurrenz im gerichtlichen Verfahren (bestehend aus den übrigen Leidensgenossen mit nur mäßiger Hochschulzugangsberechtigung) bewusst. Die Verwaltungsgerichte „finden“ im Rahmen der rechtlichen Überprüfung der Kapazitätsberechnung in der Regel nur wenige – mitunter selbstredend auch gar keine – Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität, vergeben diese jedoch zumindest überwiegend (noch) im Wege eines (willkürfreien, aber eben unkalkulierbaren) Losverfahrens, was den Bewerberüberhang eines Semesters aber jeweils nur unmerklich schrumpfen lässt. Durch die – allerdings kostenaufwändige[15] – Akkumulation statistischer Wahrscheinlichkeiten aus mehreren Gerichtsverfahren trauen sich Rechtsanwälte mitunter zu, ihren bereits überzeugten oder noch zu gewinnenden Mandanten innerhalb etwa eines Jahres – oder eines sonst im Vergleich zur ZVS-Wartezeit[16] überschaubaren Zeitraums – einen „sicheren“ Studienplatz (wo auch immer) zu „garantieren“.

Dieser steinige Weg der Verwirklichung von Teilhaberechten nach Art. 12 GG führt zu einer – womöglich nicht rechtlich, aber zumindest sozialpolitisch – bedenklichen faktischen Beschränkung der dazugehörigen Grundrechtsträgereigenschaft: Einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität zugewiesen zu bekommen, ist ohne ein betuchtes Elternhaus oder beachtlichen Mut zu vollkommener Überschuldung noch vor Aufnahme der Berufsausbildung praktisch kaum möglich (sog. Reichengrundrecht), denn ein Bewerber um einen dieser exotischen, aber vollwertigen[17] Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität muss nicht nur einkalkulieren, dass er zahlreiche der von ihm einzuleitenden Eil- und Klageverfahren mit der entsprechenden Kostenfolge des § 154 I VwGO verliert; er muss sich auch vergegenwärtigen, dass er selbst im Erfolgsfall regelmäßig mit den Kosten des Verfahrens belastet wird, was in Juristenkreisen außerhalb der Parallelwelt des Kapazitätsrechts dogmatisch schlechterdings nicht zu vermitteln ist[18]. Die (bislang) weit verbreitete Praxis der Verwaltungsgerichte, im gerichtlichen Verfahren „gefundene“ Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität im Wege eines von der Hochschule durchzuführenden Losverfahrens zu vergeben und die Kostenentscheidung in Anlehnung an § 155 I VwGO am Verhältnis zusätzlicher Studienplätze zur Gesamtzahl der Bewerber auszurichten, so dass die Kostenquote der Loschance jedes einzelnen Bewerbers entspricht[19], belastet kostenrechtlich in der Praxis faktisch allein den Studienbewerber.

Auch das Rechtsinstitut der Prozesskostenhilfegewährung, das den hehren Anspruch erhebt, Bemittelte und Unbemittelte bei der Verwirklichung von Rechtsschutz weitgehend gleichzustellen, versagt in diesem Bereich. Zahlreiche Universitäten lassen sich in Hochschulzulassungsstreitigkeiten – sowohl in Eil- als auch in Klageverfahren – durch generalbevollmächtigte Rechtsanwälte vertreten, und die außergerichtlichen Kosten der Universität bleiben am typischerweise (wenn nicht zwangsläufig) – zumindest nach der Kostenentscheidung – unterlegenen Studienbewerber hängen (§ 166 VwGO i. V. mit § 123 ZPO)[20]. Dieser Befund führt in der Praxis zu einer zweifachen Selektion: Im zentralen Vergabeverfahren kommen nur diejenigen zum Zuge, die entweder nach Qualifikation (in der Abiturbestenquote oder im Auswahlverfahren der Hochschule) oder nach ihrer Wartezeit vorzugswürdig erscheinen[21]; die sog. „Restkapazität“ außerhalb des ZVS-Verfahrens wird von den Verwaltungsgerichten (willkürfrei) an Bewerber vergeben, die überwiegend über eine beträchtliche finanzielle Leistungsfähigkeit verfügen[22]. Trotz allen Missbehagens lässt sich der Umstand, dass die hier in Rede stehenden zusätzlichen Studienplätze faktisch nur an – auch sonst bereits hinreichend bevorzugte – Söhne und Töchter höherer Gesellschaftsschichten verteilt werden, nicht als völlig untragbar bezeichnen; denn immerhin bekommen derartige Bewerber nur solche Studienplätze zugewiesen, die ansonsten überhaupt ungenutzt geblieben wären, was zu einem unwiederbringlichen und mit Art. 12 I GG unvereinbaren Verlust an Kapazität und damit zu einer Vergrößerung des Mangels an Studienplätzen geführt hätte[23]. Letztlich „erkaufen“ sich außerkapazitäre Bewerber über die gerichtliche Studienplatzvergabe in der Sache nur eine – allerdings beträchtliche – Verkürzung ihrer Wartezeit, was auch anderen (späteren) Bewerbern in der Wartezeitquote wieder mittelbar zugutekommt,

13 Nach herkömmlichem Verständnis gewährt Art. 12 GG nur ein Teilhaberecht, was aber – in seiner tatsächlichen Komplexität – nur schlecht in einen Werbeslogan zu verpacken ist.

14 In aller Regel werden Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität in Eilverfahren nach § 123 VwGO „verteilt“, was von 19 der 25 im „ZVS-Info“ zum Wintersemester 2009/2010 (z. T. mehrfach) abgedruckten Kanzleiannoncen zum Zwecke der Vereinfachung und des prägnanten Schlagworts wegen verschwiegen wird.

15 Vgl. dazu nur *Brehm*, NVwZ 2006, 640.

16 Für den Studiengang Humanmedizin im Wintersemester 2009/2010: 12 Semester (!), ein Zeitraum, der die Frage aufwirft, ob die Bewerber danach noch „junge Menschen“ i. S. von Art. 11 I BadWürttVerf sind.

17 Besorgte Eltern von Studienplatzbewerbern werden in der anwaltlichen Beratung für gewöhnlich mit dem Verweis darauf beruhigt, es gebe „nichts seriöseres als einen Studienplatz von einem deutschen Gericht“. Auch auf der Grundlage einer lediglich vorläufigen Zulassung zum Studium erworbene Prüfungsleistungen bleiben dem Studierenden erhalten, wenn die Zulassung später aufgehoben und der Studierende wieder exmatrikuliert wird.

18 Die anwaltliche Beratungs- und Vermittlungskunst versagt hier insbesondere dann, wenn Kindern von Rechtsanwälten oder Richtern der Traum vom Medizinstudium erfüllt werden soll und deren Eltern die negative Kostenentscheidung trotz inhaltlicher Übereinstimmung von Antrag und Tenor näher gebracht werden muss.

19 Vgl. nur *VGH Mannheim*, Beschl. v. 18. 2. 2003 – NC 9 S 1/03; *Brehm*, NVwZ 2006, 640; ausführlich auch *Zimmerling/Brehm*, DÖV 2009, 239 (244 ff.); die oftmals vollumfängliche Kostentragungspflicht für die Antragstellerseite folgt aus § 155 I 3 VwGO. Das *BVerfG* (BeckRS 2008, 40028) hält das alles zumindest für „nicht unvertretbar“.

20 Das lässt bei unbemittelten und anwaltlich entsprechend beratenen Bewerbern, gerade wenn ihnen Prozesskostenhilfe bewilligt ist, die (absurde) Frage aufkommen, ob das Stellen eines Eilantrags gegen eine anwaltlich vertretene Universität bereits strafrechtlich einen Eingehungsbetrug darstellen kann, weil der Studienbewerber sichere Kenntnis darüber haben müsste bzw. zumindest billigend in Kauf nimmt, dass er – selbst im „Erfolgsfall“ – die außergerichtlichen (Rechtsanwalts-)Kosten der Universität zu tragen hat, für diese aber wegen seiner fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit nicht aufkommen kann.

21 Bereits daran wird im Einzelnen vor dem Hintergrund der (zweifelhaften) Vergleichbarkeit von Abiturnoten z. T. Kritik geübt, vgl. Fußn. 59, 83; auch zur Wartezeit vgl. *BVerfGE* 43, 291 (316, 318 f.) = NJW 1977, 569.

22 Eine altruistische Vergabe „aufgedeckter“ Studienplätze an Bewerber, denen diese nach den Ranglisten des zentralen Vergabeverfahrens (hypothetisch) bei rechtmäßiger Zulassungszahlenfestsetzung zugestanden hätten, die sich jedoch ihrerseits nicht um Rechtsschutz bemüht haben, sieht das Verwaltungsprozessrecht nicht vor, vgl. bei Fußn. 57.

23 Vgl. dazu nur *BVerfGE* 39, 276 (295 ff.) = NJW 1975, 1501, und *BVerfGE* 39, 258 (273) = NJW 1975, 1504; *VG Sigmaringen*, BeckRS 2006, 24642 m. w. Nachw.

da sie dort „nur noch“ mit den real wartenden Bewerbern konkurrieren müssen, die sich die gerichtliche Überholspur nicht leisten konnten. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Existenzberechtigung des Kapazitätsprozesses – unabhängig von seiner Ausgestaltung – als ein Mittel der Mangelverwaltung von Studienplätzen nicht in Zweifel ziehen. Ebenso wenig darf übersehen werden, dass die mit den Kapazitätsverfahren einhergehende alljährliche gerichtliche Überprüfung und Korrektur der Aufnahmekapazität der Hochschulen in den (medizinischen) Studiengängen mit Bewerberüberhang auch einen schleichenden Kapazitätsabbau im innerkapazitären Vergabeverfahren verhindert[24], was dem Begehren nach Restkapazität im Individualrechtsschutz wiederum als Reflex eine gewisse altruistische und sozialstaatlich durchaus nicht unbedeutsame Komponente verleiht.

II. Was kann man dagegen tun?

Nicht nur die Hochschulen, sondern auch nahezu jeder mit diesem Rechtsgebiet – über welche der eingangs erwähnten unerklärlichen Fügungen des Schicksals auch immer – erstmals konfrontierte und noch über seinen Menschenverstand oder sein herkömmliches rechtswissenschaftliches Rüstzeug verfügende Jurist fragt sich, wie man den aufgezeigten Auswüchsen beikommen kann. Um sich von den „Fesseln des Kapazitätsrechts“ zu befreien, wird von interessierter Seite insbesondere versucht, unter Verweis auf die seit der verfassungsgerichtlichen Begründung der Kapazitätskontrolle grundlegend „veränderten Rahmenbedingungen“ und die allgegenwärtige Notwendigkeit weitgehender „Flexibilisierung“ gänzlich andere Parameter der Kapazitätsberechnung zu etablieren, und zwar unverhohlen möglichst auch und gerade zum Zwecke der Beschneidung diesbezüglichen gerichtlichen Individualrechtsschutzes[25]. Die (Landes-)Verordnungsgeber haben bislang den Eindruck erweckt, vor der Realität kapituliert zu haben. Von der Möglichkeit eines Systemwechsels etwa zur Berechnung der jährlichen Aufnahmekapazität nach Kostennormwerten[26] wurde bislang kein Gebrauch gemacht; ebenso wenig gab es bislang materielle Regelungsversuche zur Vergabe von Studienplätzen außerhalb der Kapazität, was unmittelbar einleuchtet, wenn man bedenkt, dass sich der Verordnungsgeber widersprüchlich verhalten würde, wenn er Regelungen über die Vergabe von Studienplätzen treffen wollte, die es nach der – gleichfalls als Rechtsnorm ergehenden – jeweiligen Zulassungszahlenverordnung gar nicht geben dürfte. Angesichts der Grundrechtsrelevanz der Zuteilung von „Lebenschancen“ über die Vergabe von Studienplätzen wären normative Vorgaben zur Verfahrensweise bei fehlerhafter Zulassungszahlenfestsetzung zwar an sich wünschenswert[27]; sie begegnen aber sogleich gewissen dogmatischen Bedenken vor dem Hintergrund der – von Ausnahmefällen abgesehen – fehlenden behördlichen Normverwerfungskompetenz, die eine Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität außerhalb eines gerichtlich angeordneten Vergabeverfahrens ohne Änderung der durch Rechtsnorm festgesetzten Zulassungszahl ausscheiden lässt[28]. Konsequenterweise hat der Verordnungsgeber zwar bislang die Fehleranfälligkeit der Zulassungszahlenfestsetzung nicht von vorneherein geleugnet, vielmehr die Existenz außerkapazitärer Studienplätze anerkannt, sich aber auf die Regelung von Formvorschriften (etwa über Antragsfristen[29]) beschränkt.

Im Jahr 2008 haben obiter dicta des *VGH Mannheim*[30] und – dem folgend – des BVerfG[31] dem Bestreben nach einer Bändigung der Auswüchse des NC-Unwesens neuen Auftrieb verschafft. In der – äußerst unbefriedigenden und ernüchternden – Erkenntnis, dass das bislang praktizierte Vergabesystem auch bei flexibelstem Umgang mit den Vorgaben der VwGO im Massenverfahren des Hochschulkapazitätsrechts keine „gerechte“ Kostenentscheidung ermöglicht, wird die Notwendigkeit eines Paradigmenwechsels bei den Vergabekriterien bemüht und so eine Diskussion wieder aufgegriffen, die vor 20 Jahren bereits abgeschlossen schien[32]. Der neu bzw. wieder entdeckte Königsweg soll darin bestehen, vorab eine „Reserveliste“ zu erstellen bzw. erstellen zu lassen, bei der die im Rahmen der innerkapazitären Vergabe nicht berücksichtigten Bewerber von der Hochschule anhand der ZVS-Vergabekriterien in eine Rangfolge eingeteilt werden[33]. Damit soll das auf die verwaltungsgerichtlichen Eilentscheidungen hin bislang erforderliche Losverfahren entbehrlich und auch eine Kostenentscheidung ermöglicht werden, die dichter an den tatsächlichen Erfolgsaussichten der jeweiligen Studienbewerber liegen soll; die dadurch herbeigeführte „Spruchreife“ auch hinsichtlich der konkreten Auswahl der Bewerber vereinfacht die Kostenentscheidung ungemein: Wer nach dem Sachausspruch des Gerichts einen Studienplatz (vorläufig) zugesprochen erhält, obsiegt auch bei der Kostenentscheidung, wer umgekehrt „leer ausgeht“, muss als Unterlegener auch die Verfahrenskosten tragen (§ 154 I VwGO)[34]. Ein derartiges Vorgehen hält der *VGH Mannheim* auch schon deshalb für angezeigt, weil das Auseinanderfallen der Auswahlkriterien für die Vergabe der innerhalb der festgesetzten Kapazität vergebenen Studienplätze und der nach-

24 Maßnahmen der Hochschule mit negativen Auswirkungen auf die Aufnahmekapazität (z. B. ein – womöglich kapazitätsrechtlich unbeachtlicher – Abbau von Stellen und Lehrdeputat) mindern die jeweils jährlich neu festgesetzte Zulassungszahl dauerhaft, wenn sie nicht beanstandet und ggf. gerichtlich korrigiert werden, so dass im zentralen Vergabeverfahren Studienplätze verloren gehen, die – jedes Jahr erneut – an „berechtigte“ Bewerber vergeben werden könnten; oftmals sichern sich Hochschulen gegen eine gerichtliche Zuweisung von Studienbewerbern mit aus ihrer Sicht eher zweifelhafter Qualifikation zudem durch Zuschläge bei der Zulassungszahlenfestsetzung als Puffer oberhalb der eigentlich errechneten Aufnahmekapazität ab (sog. freiwillige Überlast), was wiederum ggf. dem zentralen Vergabeverfahren und der dortigen Mangelbewältigung zugutekommen kann.

25 Vgl. dazu nur WissR, Beih. 18: „Plädoyer für ein neues Kapazitätsrecht“ – Vorträge und Thesen der Heidelberger Symposien zum Kapazitätsrecht am 25./26. 11. 2005 und 14./15. 7. 2006, passim, sowie die dort (S. 135 ff.) wiedergegebenen Eckpunkte der Hochschulrektorenkonferenz für ein neues Kapazitätsrecht in einem auszubauenden Hochschulsystem – Empfehlungen des 102. Senats vom 10. 10. 2006 (auch direkt bei der „Stimme der Hochschulen“ abrufbar unter www.hrk.de).

26 Vgl. etwa § 5 V BadWürttHZG.

27 *VGH Mannheim*, BeckRS 2009, 40434.

28 Der *VGH Mannheim* geht in seinem in Fußn. 27 zitierten Normenkontrollurteil auf diese Problematik nicht unmittelbar ein, sondern verweist im Wesentlichen lediglich darauf, dass es nichts ungewöhnliches sei, wenn eine Rechtsvorschrift Vorkehrungen und Vorgaben für die „Reparatur“ fehlerhafter Entscheidungen vorsehe, wie etwa die Regelung in § 48 VwVfG exemplarisch verdeutliche; hier aber geht es um die „Reparatur“ fehlerhafter Rechtsetzung.

29 Vgl. dazu *VGH Mannheim*, Urt. v. 13. 10. 1987 – NC 9 S 247/87, DVBl 1988, 406; BeckRS 2006, 22141.

30 BeckRS 2008, 36796; BeckRS 2008, 39691.

31 BeckRS 2008, 40028.

32 *BVerwG*, NVwZ-RR 1990, 348 L; *BVerwGE* 60, 25 = NJW 1980, 2766; *VGH Mannheim*, NJW 1980, 2773 (teilweise abgedruckt).

33 Vorsorglich erstellte Reservelisten hielt der *VGH Mannheim* jedoch bislang nicht für bindend (Beschl. v. 6. 12. 1979 – NC IX 1214/79, und dazu *Stumpe*, VBlBW 1981, 65 [72]; *VG Sigmaringen*, BeckRS 2006, 20500), er nimmt aber keine Beanstandungen vor, wenn sie erstinstanzlich Verwendung finden (Beschl. v. 17. 8. 1999 – NC 9 S 38/99).

34 Unklar bleibt allerdings, ob – und ggf. inwieweit – eine unterlegenen Antragstellern zugesprochene (mitunter nicht unrealistische) Nachrückberechtigung auch in der Kostenentscheidung ihren Niederschlag finden kann oder ggf. muss. Das *VG Freiburg* (Beschl. v. 21. 1. 2010 – NC 6 K 1470/09 u. a.) scheint mit der Aufgabe der „Losrechtsprechung“ allerdings auch auf das Zusprechen einer solchen Nachrückberechtigung im Sachausspruch nunmehr völlig zu verzichten, was aber womöglich auch dem späten Entscheidungszeitpunkt kurz vor Ablauf des streitigen Semesters geschuldet sein mag.

träglich im gerichtlichen Verfahren aufgedeckten Restkapazitäten der vom BVerfG geforderten Verteilung aller freien Studienplätze unter Anwendung einheitlicher Auswahlkriterien[35] nicht entspreche und dazu führe, dass die nachträglich festgestellten Studienplätze solchen Bewerbern zufielen, denen sie bei ordnungsgemäßer Kapazitätsfeststellung nicht zugestanden hätten[36]. Das BVerfG[37] formuliert aktuell etwas zurückhaltender – und um so kryptischer –, dass es „nicht frei von verfassungsrechtlichen Bedenken sein mag", wenn durch ein Losverfahren die Verteilung der erst nachträglich aufgedeckten Restkapazitäten nach anderen Kriterien erfolge als zuvor die Vergabe der von der Hochschule selbst ausgewiesenen Studienplätze.

Als der *VGH Mannheim* – ohne dass ihm eine Reserveliste im beschriebenen Sinn vorgelegen hatte – ein Jahr später Gelegenheit hatte, auf Beschwerden der Studienbewerberseite hin selbst die Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität anzuordnen, ergriff er dieselbe und verpflichtete die Hochschule in einem bemerkenswerterweise alternativ gefassten Tenor, zum Zwecke der Auswahl der Studienbewerber „eine an den Vergabekriterien der ZVS orientierte Rangliste aufzustellen oder (!) ein Losverfahren durchzuführen"[38]. In Ermangelung bereits vorliegender Listen sah sich der *VGH Mannheim* weiter veranlasst, zugleich seine Kostenrechtsprechung zu ändern und in diesem Fall die Kosten gegeneinander aufzuheben, was einerseits dem Umstand Rechnung trägt, dass die Kapazitätsberechnung der Hochschule fehlerhaft war, andererseits aber auch berücksichtigt, dass dies nicht jedem Studienbewerber zum Erfolg verhilft. Auch damit war und ist das Endziel der „gerechten" Kostenentscheidung aus der Sicht des *VGH Mannheim* jedoch noch nicht erreicht, so dass er einen abermaligen Hinweis auf die von ihm (primär) präferierten „Reservelisten" für erforderlich ansah.

1. Die (überflüssige) Rezeption obergerichtlicher Anregungen in der rechtsetzenden Wissenschaftsverwaltung

Der baden-württembergische Verordnungsgeber hat sich – obwohl zugleich mit der alljährlichen Festsetzung von Zulassungszahlen (und Curricularnormwerten) eigentlich hinreichend beschäftigt – die Zeit genommen, die neuen obergerichtlichen Anregungen sofort in Verordnungsform zu gießen. Er hat das – zu der beschriebenen Absurdität des Rechtsgebiets passende – Kunststück vollbracht, in ein und demselben Gesetzblatt[39] auf den ersten Blick nicht miteinander zu vereinbarende Rechtsvorschriften zu verkünden: Während die Zulassungszahlenverordnung für die Studiengänge im zentralen Vergabeverfahren den Hochschulen zunächst (normativ und verbindlich) vorschreibt, wie viele Studienanfänger jeweils allenfalls zugelassen werden dürfen, wird im neu gefassten § 24 S. 3 der Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung[40] geregelt, nach welchen Kriterien – die an sich nicht vorhandenen – Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität vergeben werden sollen:

> „Sind Zulassungen außerhalb der festgesetzten Kapazität auszusprechen, hat sich die Vergabe an den Vergabekriterien im zentralen Vergabeverfahren zu orientieren, wenn die Hochschule für die Bewerber um diese Zulassungen entsprechende Ranglisten erstellt".

Der im Kapazitätsrecht tätige Rechtsanwender fragt sich bei unbefangener Lektüre zunächst, an wen sich die passivisch formulierte Regelung eigentlich richten soll. Die Hochschulen selbst sprechen – bislang – keine Zulassungen außerhalb der festgesetzten Kapazität aus, weil sie an die Zulassungszahl, eine Rechtsnorm zahlenförmigen Inhalts, gebunden sind und ihnen – von Ausnahmen[41] abgesehen – keine Normverwerfungskompetenz zukommt. Auch die Verwaltungsgerichte sprechen keine Zulassungen aus, sondern verpflichten allenfalls die Hochschulen dazu; zudem dürften die Verwaltungsgerichte als Adressat der Norm bereits deshalb ausscheiden, weil der Landesverordnungsgeber schon kompetenzrechtlich (Art. 74 I Nr. 1 GG) nicht dazu ermächtigt sein dürfte, Vorschriften über die Herstellung der Spruchreife eines gerichtlichen Verfahrens zu erlassen[42]. Vor diesem Hintergrund begegnet die Vorschrift in ihrem unklaren Verhältnis zur Zulassungszahl schon gewissen Bedenken im Hinblick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz der Normenklarheit und -wahrheit[43].

Die Vorschrift stellt – soweit ersichtlich – ein Novum in der Rechtssetzung dar, da sie erstmals auch materiell-rechtlich etwas regelt, was es nach dem vom Verordnungsgeber selbst als rechtswirksam erachteten Recht nicht geben darf: Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität. Bei genauerer (und ehrlicher) Analyse der Vorschrift und ihrer Entstehungsgeschichte zeigt sich allerdings, dass die Vorschrift etwas regeln will, was sie nicht wollen – und daher auch nicht sagen – darf, sondern (ins Passiv gesetzt) anscheinend verschleiern muss: Der Verordnungsgeber bezweckt mit der Vorschrift offenkundig eine Änderung der Vergabepraxis der Verwaltungsgerichte, um den diesbezüglichen obergerichtlichen Anregungen auch in der erstinstanzlichen Praxis zum Durchbruch zu verhelfen und die Verfahrensweise der Gerichte zu lenken bzw. einzuschränken[44].

35 *BVerfGE* 33, 303 (357) = NJW 1972, 1561.
36 *BVerfGE* 39, 276 (296) = NJW 1975, 1501.
37 BeckRS 2008, 40028.
38 *VGH Mannheim,* BeckRS 2009, 34644. Im sich anschließenden Vollstreckungsverfahren hielt der *VGH Mannheim* (NVwZ-RR 2009, 884) eine Vergabe der Studienplätze nach sog. Zulassungsnähequotienten unter maßgeblicher Orientierung an der Abiturdurchschnittsnote für hinreichend am zentralen Vergabeverfahren „orientiert".
39 BadWürttGBl 2009, S. 307 ff. und S. 309 ff.; Mecklenburg-Vorpommern hat mit Änderungsverordnung v. 20. 5. 2010 (MVGVOBl, S. 263) in § 23 der dortigen ZVS-VergabeVO eine nahezu gleichlautende Bestimmung erlassen.
40 Neu betitelt durch Änderungsverordnung v. 24. 6. 2010 (BadWürttGBl, S. 493), nachfolgend: VergabeVO Stiftung; vormals: Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die zentrale Vergabe von Studienplätzen v. 23. 6. 2006 – ZVS-VergabeVO (BadWürttGBl, S. 114).
41 Theoretisch denkbar – aber in der Praxis nicht beobachtbar – wäre eine „behördliche Normverwerfungskompetenz" (*BVerwGE* 121, 373 = NVwZ 2001, 1035), falls eine Hochschule mit semesterweiser Zulassung selbst Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität in einem Sommersemester vergeben wollte, nachdem bereits ein VG für das vorausgehende Wintersemester im Rahmen der Inzidentkontrolle die Zulassungszahl verworfen hat. Dass der Verordnungsgeber diese Konstellation im Auge gehabt haben könnte, scheint jedoch ausgeschlossen, weil damit wohl der bislang üblichen Praxis, im Wintersemester festgestellte („unstreitige") Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität im Sommersemester ins innerkapazitäre Vergabeverfahren mit einzubeziehen, die Grundlage entzogen wäre und die Studienplätze weniger vorqualifizierten Bewerbern zufallen würden.
42 Der Rechtsprechung des *VGH Mannheim* (Urt. v. 9. 4. 1981 – NC 9 S 712/80, DVBl 1981, 1011) zufolge gehört die Bestimmung einer Rangfolge durch Anwendung der Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens – anders als die Durchführung eines Losverfahrens – als Erkenntnisakt zur Feststellung von Entscheidungsgrundlagen und damit zur Spruchreifmachung.
43 Vgl. dazu *BVerfGE* 108, 52 = NJW 2003, 2733; *BVerfG*, NVwZ 2008, 1229; *OVG Münster*, BeckRS 2009, 34708. Darauf und auf zahlreiche weitere von den Neuregelungen in § 24 VergabeVO Stiftung aufgeworfene Rechtsprobleme kann hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.
44 Der insoweit im Normenkontrollurteil des *VGH Mannheim* (BeckRS 2009, 40434) zitierte Prozessbevollmächtigte mehrerer baden-württembergischer Universitäten scheint in einer Stellungnahme zum Verordnungsentwurf einen solchen Ansatz ausdrücklich verfolgt zu haben.

Der *VGH Mannheim* hat die Norm grundsätzlich für wirksam erachtet[45], was ihm jedoch offenbar nur möglich war, nachdem er sie zuvor im Wege verfassungskonformer Auslegung ihres eigentlichen Sinnes entkleidet hatte. Er ist der Auffassung, die Bestimmung knüpfe „ersichtlich" an den von ihm kurz zuvor verkündeten (Alternativ-)Tenor aus seinen Beschlüssen vom 12. 5. 2009[46] an, mit dem den Hochschulen die Wahl überlassen worden sei, ob sie sich zur Vergabe außerkapazitärer Studienplätze an den Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens orientieren oder ein Losverfahren durchführen. Die Vorschrift beschränkt sich nach diesem Verständnis darauf, lediglich das der Hochschule vom Gericht danach überlassene Ermessen zu konturieren und zu lenken. Dem *VGH Mannheim* zufolge findet die Norm somit überhaupt nur Anwendung, wenn zuvor ein entsprechender gerichtlicher (Alternativ-)Tenor erlassen wurde[47]. Folglich läuft die Vorschrift bereits leer, wenn ein VG der betroffenen Hochschule kein Auswahlermessen bezüglich der anzuwendenden Vergabekriterien einräumt, sondern bereits ein (mehr oder weniger) Konkretes vorschreibt (und sei es das Los). Und selbst wenn der Hochschule im Tenor eine Auswahl überlassen wird, „konturiert und lenkt" die Vorschrift das dazugehörige Ermessen nur dann, „wenn die Hochschule… entsprechende Ranglisten erstellt" (§ 24 S. 3 VergabeVO Stiftung), sie sich selbst also lenken lassen und der Norm unterwerfen will. Welchen Sinn § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung in dieser Auslegung noch haben soll, erschließt sich nicht. Auch das Wissenschaftsministerium als Verordnungsgeber hatte offenkundig keine weitergehenden diesbezüglichen Erkenntnisse; es zog vielmehr bereits die Zulässigkeit der Normenkontrollanträge insoweit mit dem Argument in Zweifel, die Vorschrift regele ja nichts Neues – eigentlich regelt sie als ein Akt überflüssiger Rechtsetzung gar nichts –, weshalb sich auch die Rechtsposition der Studienbewerber gar nicht verschlechtert habe.

Bemerkenswert an dieser Auslegung des – danach zumindest sehr eingeschränkten – Bedeutungsgehalts von § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung ist das darin zum Ausdruck kommende Verständnis des Bedeutungsgehalts obergerichtlicher „Vorgaben". Der Umstand, dass der *VGH Mannheim* einer Hochschule neben dem Los auch die Wahl eingeräumt hat, 23 weitere Studienplätze unter einer doch vergleichsweise überschaubaren Zahl von 73 Beschwerdeführern in Orientierung an den Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens zu vergeben[48], soll offenbar – gleichsam selbstverständlich – dazu führen, dass sich auch die erstinstanzliche Vergabepraxis aller baden-württembergischen Verwaltungsgerichte unter Aufgabe der jahrzehntelang praktizierten Losverfahren allein danach ausrichtet[49].

Wenn die Regelung in § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung aber an einen gerichtlichen Tenor anknüpfen soll, der der Hochschule ein Auswahlermessen überlässt, so zeigt der Verordnungsgeber damit, dass er das mit den Vergabekriterien eng verknüpfte und – auch im Interesse der Hochschulen[50] – zu lösende Kostenproblem nicht in seiner vollen Tragweite wahrgenommen hat. Die Etablierung einer Praxis alternativer Tenorierungen und deren Verfestigung durch verordnungsrechtliche Anerkennung läuft nämlich dem eigentlichen Lösungsansatz des *VGH Mannheim* zuwider, wonach „Reservelisten" vor Abfassung des Tenors dem Gericht vorgelegt werden sollen, um das Auswahlermessen bereits auf einer der gerichtlichen Entscheidung vorgelagerten Ebene auf eine Spruchreife hin zu „konturieren und zu lenken".

2. Welche (auch mittelbaren) Auswirkungen können einer überflüssigen Rechtsetzung für die gerichtliche Praxis zukommen?

Reduziert man den Anwendungsbereich des § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung wie der *VGH Mannheim* – für das Revisionsgericht bindend – auf eine Richtlinie für die Hochschulverwaltung zur Frage, wie gerichtliche einstweilige Anordnungen eines (un)bestimmten Inhalts konkret zu befolgen sind, so schließt sich die Frage an, ob daraus zumindest gewisse Rückwirkungen auf die Tenorierungspraxis der Verwaltungsgerichte abgeleitet werden können und ob auf diese Weise womöglich das eigentliche Anliegen des Verordnungsgebers – die Lospraxis der Gerichte zu beenden – unterstützt werden könnte. Das BVerfG und der *VGH Mannheim* haben in ihren obiter dicta schließlich bereits zum Ausdruck gebracht, dass eine gleichmäßige Verteilung aller freien Studienplätze unter Anwendung einheitlicher Auswahlkriterien anzustreben sein soll, so dass auch die Verteilung aufgedeckter Restkapazität nicht nach anderen Auswahlkriterien erfolgen soll. Würde nun der Verordnungsgeber inhaltlich die eigenständige behördliche Vergabe außerkapazitärer Studienplätze regeln[51], so läge es nahe, eine solche Regelung auch für die – dann: parallele – gerichtliche Vergabepraxis zu übernehmen[52]. Indes hat der Verordnungsgeber (in der Auslegung des *VGH Mannheim*) eine solche Regelung gerade nicht getroffen. Er hat – im Gegenteil – vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass die Vergabe nach qualifikationsabhängigen Kriterien nicht zwingend sein soll, sondern unter dem Vorbehalt steht, dass die betroffene Hochschule entsprechende

45 BeckRS 2009, 40434; lediglich die Geltung der Norm bereits für das Wintersemester 2009/2010 hielt der *VGH* wegen eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot für unwirksam. Das *BVerwG* hat – anders als der *VGH* – die Revision zugelassen (BeckRS 2010, 52477) und die Regelungen in § 24 S. 2 und 3 VergabeVO Stiftung für das WS 2010/2011 außer Vollzug gesetzt (BeckRS 2010, 52479).

46 BeckRS 2009, 34644 u. a.; vgl. o. Fußn. 38.

47 Etwas unverständlich bleibt der Hinweis des *VGH Mannheim* auf die Vergabe von Studienplätzen nach Abschluss eines gerichtlichen Hauptsacheverfahrens als ein weiterer Anwendungsfall. Wenn überhaupt einmal ein Hauptsacheverfahren im Kapazitätsstreit streitig entschieden wird, richtet sich die Vergabe weiterer Studienplätze grundsätzlich nach der Rangfolge (bislang: der Losliste) aus den zugehörigen Eilverfahren (vgl. dazu unter Bezugnahme auf das „Beharrungsinteresse" an der einmal geschaffenen Sachlage und mit pragmatischen Erwägungen *BVerwGE* 57, 148 = NJW 1979, 1421; *BVerwG*, NVwZ 1983, 97; NVwZ 1984, 589; *VGH Mannheim*, Urt. v. 13. 12. 1977 – IX 2186/77; *VG Sigmaringen*, BeckRS 2005, 26976). Dass die Vergabekriterien in Eil- und Hauptsacheverfahren sollen auseinanderfallen können, erscheint nicht vorstellbar.

48 BeckRS 2009, 34644 u. a.

49 Vgl. dazu auch die sehr pointierte Pressemitteilung des *VGH Mannheim* v. 29. 10. 2009 zu seinem Normenkontrollurteil (abrufbar unter www.vghmannheim.de): „‚Außerkapazitäre' Reststudienplätze… werden in Baden-Württemberg künftig nicht mehr im Wege des Losverfahrens vergeben", womöglich beflügelt von einem Ausspruch des *BVerwG* in *BVerwGE* 60, 25 = NJW 1980, 2766: „Denn der *VGH* kann nicht gehindert sein, in seinem Zuständigkeitsbereich seine Vorstellung von dem richtigen Auswahlkriterium durchzusetzen". Die Pressemitteilung des *BVerwG* v. 21. 5. 2010 zur Zulassung der Revision und zur Außervollzugsetzung der Änderungsverordnung (abrufbar unter www.bverwg.de) liest sich ungleich zurückhaltender.

50 Die vom *VGH Mannheim* (zugleich) vollzogene Rechtsprechungsänderung hin zu einer Kostenaufhebung (BeckRS 2009, 34644 u. a.), sofern die Kapazitätsberechnung als fehlerhaft beanstandet wird (so zuvor bereits etwa *VG Leipzig*, Beschl. v. 18. 11. 2008 – NC 2 L 253/08), birgt für die Hochschulen ein immenses Kostenrisiko, da sie ggf. in hunderten Verfahren die hälftigen Gerichtskosten und ihre eigenen Anwaltskosten (berechnet aus einem Gegenstandswert von 5000 Euro) zu tragen hat.

51 Unabhängig von der bereits angerissenen Frage, ob er das wirksam tun kann.

52 Ähnlich im Bereich der Marktzulassung für ein durch Vergaberichtlinien vorstrukturiertes behördliches Ermessen *OVG Lüneburg*, BeckRS 2009, 41672.

Ranglisten erstellt hat. Damit hat der Verordnungsgeber offenkundig sogar ausdrücklich anerkannt, dass eine Studienplatzvergabe auch – wie bislang – durch Losentscheid durchgeführt werden kann. Jedenfalls können auch aus der in der Neufassung der Vorschrift gleichwohl zum Ausdruck kommenden offenkundigen Präferenz des Verordnungsgebers für eine Berücksichtigung von Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens keine zwingenden Folgen für die gerichtliche Tenorierungspraxis abgeleitet werden, die (kompetenzrechtlich) gerade nicht geregelt werden darf und allenfalls mittelbar (faktisch) beeinflusst werden soll. Eine normative Vorgabe zur Frage der anzuwendenden Vergabekriterien für das VG stellt § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung nicht dar[53].

Ohnehin betrifft die Vorschrift allein die Vergabe von Studienplätzen im ersten Fachsemester der Studiengänge Human-, Zahn- und Tiermedizin sowie Pharmazie[54]. Für höhere Fachsemester dieser Studiengänge sowie für sämtliche übrigen zulassungsbeschränkten Studiengänge findet die Hochschulvergabeverordnung[55] Anwendung, die jedoch nicht um eine § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung vergleichbare Bestimmung erweitert wurde. Wenn sich aber der Verordnungsgeber nunmehr zu den Vergabekriterien für das erste Fachsemester einiger weniger – wenn auch bedeutsamer – Studiengänge explizit geäußert hat, stellt sich die Frage, ob aus dem Unterlassen einer Parallelregelung in der HVVO zu schlussfolgern sein soll, dass dort eine an den Kriterien des innerkapazitären Vergabeverfahrens orientierte Vergabepraxis für Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität ausgeschlossen sein soll. Soweit der Verordnungsgeber den bereits zitierten obergerichtlichen und höchstrichterlichen Anregungen nachkommen wollte, „der gleichmäßigen Verteilung aller freien Studienplätze unter Anwendung einheitlicher Auswahlkriterien.., die angesichts der Chancengleichheit der Bewerber verfassungsrechtlich geboten“ sein soll, zum Durchbruch zu verhelfen, ist er wohl auf halbem Wege stehen geblieben. Man mag damit einhergehende Wertungswidersprüche vor dem Hintergrund der allein für die Studienanfängersemester der medizinischen Studiengänge vorhandenen praktischen und zahlenmäßigen Bedeutsamkeit der Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität für hinnehmbar halten. Für eine Übertragung der stückwerkhaften Vorgaben in die – notwendigerweise konsistente und einheitliche – gerichtliche Vergabepraxis taugt die Regelung jedoch nicht.

3. Bleibt also alles beim Alten?

Hilft demnach § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung bei der Suche nach den „richtigen“ und „gerechten“ Vergabekriterien nicht unmittelbar weiter, so müssen die Kriterien autonom und in Auseinandersetzung mit den jeweiligen Sachargumenten sowie unter Berücksichtigung der rechtlichen Ausgestaltung des Vergabesystems bestimmt werden. Auf den ersten Blick erscheint das hehre Anliegen des BVerfG, des *VGH Mannheim* und des baden-württembergischen Verordnungsgebers unmittelbar einleuchtend[56]. Es war Außenstehenden schon immer kaum zu vermitteln, weshalb die Verwaltungsgerichte wertvolle Medizinstudienplätze im Ergebnis Bewerbern zugesprochen haben (und weiter zusprechen), denen sie eigentlich nicht – bzw. erst nach jahrelanger Wartezeit – zustehen dürften. Andererseits vermag keine gerichtliche Vergabepraxis das Ergebnis herzustellen, das bei von vorneherein ordnungsgemäßer Kapazitätsermittlung eingetreten wäre; die im gerichtlichen Verfahren nachträglich entdeckten weiteren Studienplätze wären hypothetisch nämlich solchen Bewerbern zugefallen, die nicht um gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht haben und das auch nicht müssen, weil sie – auf Grund ihrer „zulassungsnahen“ Qualifikation – die berechtigte Hoffnung hegen, auch ohne die Mühen und Kosten eines Kapazitätsprozesses womöglich schon im nächsten Semester innerkapazitär zum Zuge zu kommen. Eine altruistische Klage, gerichtet auf die Zulassung bevorrechtigter Dritter, kennt die auf Individualrechtsschutz ausgerichtete VwGO – jedenfalls im hier interessierenden Zusammenhang – nicht[57]; es dürfte auch schwer fallen, dafür Kläger zu finden.

Die Hochschulen müssen sich folglich ohnehin damit abfinden, dass sie im Kapazitätsstreit gewissermaßen (Noch-) Nichtberechtigte zuzulassen haben, wobei sogleich in Erinnerung zu rufen ist, dass hier der Sache nach eine Auswahl aus einem Kreis prinzipiell gleichberechtigter hochschulreifer Anwärter zu treffen ist, die immer – auch und gerade im zentralen Vergabeverfahren – mit einer Ungleichbehandlung an sich Gleichberechtigter verbunden ist[58]. Die Hochschulzugangsberechtigung vermittelt grundsätzlich unabhängig von der Note die Teilhabe an den staatlich vorgehaltenen universitären Bildungseinrichtungen; sie begründet die (widerlegliche) Vermutung, dass ihr Inhaber zur Aufnahme und Bewältigung eines Hochschulstudiums geeignet ist, wobei keinesfalls ohne Weiteres unterstellt werden kann, dass Studienbewerbern mit vergleichsweise schlechten Abiturzeugnissen der Studienerfolg versagt bliebe oder sie sich nicht zu guten Ärzten entwickeln könnten[59].

Die – nunmehr wieder angestoßene – sachliche Diskussion um die „richtigen“ Vergabekriterien ist vor mehr als 30 Jahren schon einmal (inhaltsgleich) geführt worden. Bemerkenswerterweise hat sich der *VGH Mannheim* bei der gerichtlichen Bewerberauswahl schon früher zunächst an den – jetzt für diese Zwecke reaktivierten – Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens orientiert[60], diese Praxis aber ausdrücklich aufgegeben[61], nachdem das BVerwG aus bundesrechtlicher Sicht sowohl die Vergabe durch Losverfahren als auch die

53 Wohl in eine andere Richtung tendierend: *VG Freiburg*, Beschl. v. 21. 1. 2010 – NC 6 K 1470/09.

54 § 1 i. V. mit Anlage 1 VergabeVO Stiftung.

55 Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durch die Hochschulen v. 13. 1. 2003 – HVVO (BadWürttGBl 2003, S. 63).

56 Auch das *OVG Hamburg* vergibt außerkapazitäre Studienplätze nach den Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens, vgl. nur BeckRS 2009, 3110.

57 *BVerfGE* 39, 276 (296) = NJW 1975, 1501; *39*, 258 (271) = NJW 1975, 1504.

58 *BVerfGE* 33, 303 (345) = NJW 1972, 1561; auch in der jüngeren Rechtsprechung des *VGH Mannheim* sind Beispiele dafür zu finden, dass nicht immer auf eine besondere Eignung der Bewerber abzustellen ist (NVwZ-RR 2010, 106, zur „allgemeinen gleichförmigen Eignung aller mit einer Gymnasialempfehlung versehenen Bewerber“ um die Aufnahme in eine weiterführende Schule; vgl. dazu auch *OVG Münster*, BeckRS 2010, 46487).

59 Aktuell vertritt auch Bundesgesundheitsminister *Rösler* die Auffassung, der Notendurchschnitt allein sage nichts darüber aus, ob jemand ein guter Arzt werde (FASZ v. 4. 4. 2010); aus der nahezu unüberschaubaren – und z. T. kontroversen – Literatur zur Frage der Validität von Schulnoten als Prädiktor für späteren Studienerfolg vgl. nur *Trapmann/Hell/Weigand/Schuler*, Zeitschrift für pädagogische Psychologie 2007, 11 ff.; *Hampe u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 821 ff.; vgl. dazu auch bereits *BVerfGE* 33, 303 (349) = NJW 1972, 1561; 43, 291 (320) = NJW 1977, 569; ein weites Feld für Diskussionen bietet in diesem Zusammenhang auch die Frage der Vergleichbarkeit von Abiturnoten, dazu: *Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke*, Zeitschrift für Erziehungswissenschaft 2009, 691 ff.; *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 2009, 418; *VGH München*, NVwZ-RR 2006, 695; *VG München*, BeckRS 2006, 20232.

60 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 5. 3. 1970 – IV 64/70, DVBl 1970, 933; Urt. v. 6. 9. 1977 – IX 1726/77, KMK-HSchR 1978, 147; Beschl. v. 7. 3. 1978 – IX 2932/77, KMK-HSchR 1978, 147.

61 *VGH Mannheim*, NJW 1980, 2773 (teilweise abgedruckt); vgl. dazu *Stumpe*, VBlBW 1981, 65 (71 f.); der *VGH Mannheim* hat das Losverfahren in der Folge zunächst selbst durchgeführt, seit seinem Urt. v. 9. 4. 1981 – NC 9 S 712/80, DVBl 1981, 1011, jedoch die Universitäten dazu verpflichtet.

Vergabe nach den Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens für zulässig erachtet hat[62]. Bei seiner Entscheidung für die Rückkehr zum Losverfahren ließ sich der *VGH Mannheim* nicht nur von der bei einer Auswahl nach dem Zufallsprinzip gewährleisteten prinzipiellen Gleichrangigkeit aller hochschulreifen Studienbewerber leiten, sondern auch von dem Umstand, dass eine Vergabe nach den Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens praktisch nur durchführbar (und damit „sogar mit rechtlichen Nachteilen behaftet") ist, wenn sich alle außerkapazitär Rechtsschutzsuchenden auch dort beworben und eine Rangziffer zugewiesen bekommen haben, was aber dem BVerwG zufolge – als Obliegenheit – „nicht unbedenklich" sein soll[63]. Eine vollständige Analogie zum zentralen Vergabeverfahren hat der *VGH Mannheim* ohnehin nie praktiziert oder gefordert[64], sie wäre auch schlechterdings nicht durchführbar und würde zu sinnwidrigen Ergebnissen führen[65]. Vor diesem Hintergrund präferiert der *VGH Mannheim* neuerdings – wie bereits in den 1970er Jahren – wieder eine Vergabe nach dem sog. Zulassungsnähequotient, der im Landesquotensystem der Abiturbestenquote über das Verhältnis des jeweiligen Rangplatzes eines Bewerbers zum sog. Grenzrang (des letzten in der Landesquote ausgewählten Bewerbers) eine Vergleichbarkeit der unterschiedlichem Hochschulzugangsberechtigungen ermöglichen will und ausdrückt, wie weit ein Bewerber von der Zulassung im zentralen Vergabeverfahren „entfernt" war[66]. Damit übernimmt er nicht die Auswahlkriterien des zentralen Vergabeverfahrens, sondern kreiert selbst – in Orientierung an denselben – eine gerichtliche Variante eines vorgefundenen Auswahlsystems und wendet sich stillschweigend von seiner 1980 geäußerten Auffassung, seine Rechtsschutzfunktion sei „nicht als Aufgabe zu rechtsschöpferischer Entwicklung eines ‚Auswahlmodells des Senats' unter Kombination sinnvoll erscheinender – auch normierter – materieller Auswahlkriterien"[67] zu verstehen, ab. Eine feinsinnige Nuance erfährt das aktuelle Vergabemodell lediglich dadurch, dass die Hochschule selbst soll entscheiden dürfen, nach welchen Kriterien sie außerkapazitäre Studienplätze nach entsprechender gerichtlicher Verpflichtung vergibt. Offenbar schreckte der *VGH Mannheim* in Anbetracht der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten vor einer gerichtlichen Herstellung vollständiger „Spruchreife"[68] nach Qualifikationskriterien zurück und wollte auch der Hochschule für den Fall fehlender praktischer Realisierbarkeit das Losverfahren als Hintertür offen lassen.

Orientiert man sich jedoch – dem *VGH Mannheim* im Ansatz folgend – konsequent am zentralen Vergabeverfahren, führt dies überhaupt nicht zur Vergabe nach wie auch immer im Einzelnen abgeleiteten Qualifikationskriterien. Systematisch betrachtet handelt es sich bei der Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität um eine Sonderform des Nachrückverfahrens[69]. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass im außerkapazitären Verfahren nur solche Studienplätze vergeben werden dürfen, die nach Abschluss des zentralen Vergabeverfahrens gewissermaßen „verfügbar" geblieben sind. Das zentrale Vergabeverfahren darf durch externe Zulassungen nicht gestört werden, weshalb das VG vor einer Entscheidung den kapazitätsdeckenden Belegungsstand (einschließlich etwaiger Überbuchungen) nach Abschluss des letzten Nachrückverfahrens abzufragen und zu berücksichtigen hat[70]. Mit der Vergabe von unbesetzt gebliebener „Restkapazität" wird also in der Sache nichts anderes als ein weiteres Nachrückverfahren durchgeführt. Das innerkapazitäre Vergabeverfahren wird indes bemerkenswerterweise gerade durch ein Losverfahren abgeschlossen: § 10 XII 1 VergabeVO Stiftung bestimmt, dass nach Abschluss der (herkömmlichen) Nachrückverfahren (immer) noch verfügbare Studienplätze durch das Los an Bewerber vergeben werden, die einen diesbezüglichen gesonderten Antrag bei der Hochschule gestellt haben[71]. Wenn aber eben dieses innerkapazitäre universitäre Losverfahren der außerkapazitären Vergabe unmittelbar vorgeschaltet ist, erschließt sich nicht, inwieweit hier das vielfach bemühte Auseinanderfallen von Auswahlmaßstäben zu beklagen sein soll. Vielmehr erscheint es gerade in Orientierung am zentralen Vergabeverfahren konsequent, die – typischerweise geringe – Restkapazität in einem (weiteren) Losverfahren zu vergeben[72].

Dafür spricht im Übrigen auch der vermutlich hinter § 10 XII VergabeVO Stiftung stehende Normzweck: Mit der Anordnung eines – von Qualifikationsanforderungen abgekoppelten – Losverfahrens wollte der Verordnungsgeber offenbar dem unzureichenden Annahmeverhalten der Bewerber in den beiden vorangegangenen Nachrückverfahren(§ 10 X und XI VergabeVO Stiftung) ein Ende setzen und dem Anliegen der zeitnahen und vollständigen Besetzung der Studierendenkohorte den Vorrang vor dem innerkapazitär angestrebten Qualifikationsprofil einräumen[73]. Das Annahmeverhalten

62 *BVerwGE* 60, 25 = NJW 1980, 2766; fortgeführt in *BVerwG*, NVwZ-RR 1990, 348 L.

63 Das *BVerwG* begründet seine Bedenken nicht näher; vermutlich liegen sie in der Sinnlosigkeit einer solchen Bewerbung für Studienbewerber, die in sachgerechter Einschätzung ihrer Erfolgsaussichten der ZVS Verwaltungsaufwand ersparen wollen; vgl. dazu *Riedl*, NJW 1978, 2050; *OVG Münster*, Beschl. v. 20. 5. 1976 – XV B 330/76, DVBl 1976, 881; der baden-württembergische Verordnungsgeber hat eine derartige Obliegenheit nunmehr in § 24 S. 2 VergabeVO Stiftung neu eingeführt, ersichtlich um die Ranglistenerstellung nach § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung in der Praxis zu ermöglichen. Weitergehend wird dort sogar eine Bewerbung gerade für denjenigen Studiengang und -ort verlangt, der Gegenstand des nachfolgenden Kapazitätsstreits sein soll.

64 Auch nicht in BeckRS 2009, 40434 (keine „exakte Gleichführung").

65 Neben die ohnehin schon beträchtlichen Schwierigkeiten, zusätzliche Studienplätze (und Nachrückberechtigungen) nach den Quoten des § 6 III–V VergabeVO Stiftung (20% Abiturbeste, 60% Auswahlverfahren, Rest: Wartezeit) und nach den dazu jeweils zu erstellenden Ranglisten zu vergeben, würde das Problem treten, dass dann zuvor auch die Vorabquoten des § 6 I und II VergabeVO Stiftung zu befriedigen wären (u. a. Ausländer, Dienstleistende, Härtefälle und Zweitstudienbewerber), obwohl z. B. gerade (nicht privilegierte) Ausländer nach überwiegender Rechtsprechung vom außerkapazitären Rechtsstreit mangels erforderlicher Grundrechtsträgereigenschaft (Art. 12 I GG) ausgeschlossen sein sollen, vgl. dazu nur *OVG Münster*, BeckRS 2009, 41755; *VGH München*, BeckRS 2008, 38034; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 11. 9. 1980 – NC 9 S 464/80, KMK-HSchR 1980, 231; Beschl. v. 21. 12. 1984 – NC 9 S 17335/84, KMK-HSchR 1986, 1225; vgl. allerdings auch *BVerwG*, NJW 1990, 2899.

66 *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2009, 884. Zulassungsnähequotienten lassen sich auch für die Quote im Auswahlverfahren der Hochschulen oder für die Wartezeit ermitteln.

67 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 4. 8. 1980 – NC 9 S 1170/80, insoweit nicht abgedruckt in NJW 1980, 2773.

68 Dazu *VGH Mannheim*, Urt. v. 9. 4. 1981 – NC 9 S 712/80, DVBl 1981, 1011.

69 So auch *VGH Mannheim*, BeckRS 2009, 40434.

70 Vgl. nur *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2003, 500.

71 Jeweils auf § 63 II BadWürttHG und § 10 XII 2 VergabeVO Stiftung gestützte Satzungen aller baden-württembergischen Universitäten sehen insoweit eine gesonderte Antragstellung binnen kurzer Fristen vor. Die Bewerbung steht jedermann offen, selbst wenn eine Bewerbung im zentralen Vergabeverfahren nicht oder nicht für diese Hochschule erfolgt ist (insoweit unklar: *VGH Mannheim* [BeckRS 2009, 40434], soweit dort anklingt, die im zentralen Vergabeverfahren getroffene Ortswahlentscheidung sei auch in diesem Zusammenhang maßgeblich; aus § 19 II 2 VergabeVO Stiftung ergibt sich die klare Trennung von Auswahl- und Losverfahren).

72 So (zum damaligen zentralen Vergabeverfahren) bereits *OVG Münster*, Beschl. v. 20. 5. 1976 – XV B 330/76, DVBl 1976, 881; *OVG Lüneburg*, NJW 1978, 1340; *OVG Berlin*, Urt. v. 3. 2. 1977 – V B 106/76, DVBl 1977, 647.

73 Der Ausbau der Quote für Zulassungen im Auswahlverfahren der Hochschulen (§§ 6 IV, 10 VergabeVO Stiftung) hat zu einer Zunahme von Mehrfachbewerbungen und -zulassungen und damit zu einer drastischen Verschlechterung des Annahmeverhaltens der Studienbewerber geführt; selbst beträchtliche Überbuchungen auch in den Nachrückver-

schlechter qualifizierter Bewerber, die auf Mehrfachzulassungen und eine damit verbundene Wahl des Studienorts nicht – wohl aber auf Losglück – hoffen können, ist nämlich typischerweise ungleich besser. Eine vergleichbare Interessenlage besteht auch im Bereich außerkapazitärer Zulassungen. Sofern das VG den Anspruch noch nicht aufgegeben hat, die bei ihm anhängigen Eilverfahren in vertretbarem zeitlichem Zusammenhang zum Semesterbeginn zu entscheiden, um eine Integration vorläufig Zugelassener in das laufende Semester zu ermöglichen[74], ist eine schnelle Zulassung durch eine entsprechend verlässliche Annahmeerwartung von Bedeutung. Diese ist durch das Los am ehesten gewährleistet. Im Übrigen ist auch sonst in der Sache nicht nachvollziehbar, weshalb man für die Vergabe einiger weniger zusätzlicher Studienplätze über die festgesetzte Kapazität hinaus wieder ein kompliziertes und aufwändiges Ranking nach Qualifikation vornehmen soll, wenn der Verordnungsgeber selbst dessen Abschluss in § 10 XII VergabeVO Stiftung angeordnet und insoweit bereits „kapituliert" hat[75].

Die vom *VGH Mannheim* in seinem Normenkontrollurteil in diesem Zusammenhang angedeuteten grundsätzlichen Zweifel an der Vereinbarkeit der (innerkapazitären) Vergabe durch Los nach § 10 XII VergabeVO Stiftung mit Art. 13 I Nr. 3 und IV des Staatsvertrags über die Vergabe von Studienplätzen vom 22. 6. 2006[76] teilt die Praxis der Landesverordnungsgeber zurecht nicht. Sämtliche Bundesländer[77] haben im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmungen in ihre Vergabeverordnungen für das zentrale Vergabeverfahren aufgenommen, die sich auf Art. 15 I Nr. 6 StV 2006 bzw. Art. 12 I Nr. 4 StV 2008 stützen können. Die darin enthaltene Verordnungsermächtigung sieht nähere Regelungen zum Ablauf des Vergabeverfahrens sowie auch zur Vergabe von Restkapazität an Bewerber vor, die Fristen versäumt haben. Schon die mögliche Einbeziehung von nicht am Auswahlverfahren beteiligten Bewerbern zeigt, dass die von den staatsvertraglichen Bestimmungen vorgesehene Heranziehung der Rangliste des hochschuleigenen Auswahlverfahrens für die Vergabe außerhalb der übrigen Quoten keinen abschließenden Charakter haben und damit auch der Vergabe durch Los nach § 10 XII VergabeVO Stiftung nicht entgegenstehen kann. Im Übrigen belegt das bundeseinheitlich abgestimmte Vorgehen der Bundesländer, dass sie als Unterzeichner und Autoren des Staatsvertrags ein Nachrücklosverfahren nicht für unzulässig erklären wollten, sondern für erforderlich erachtet haben.

4. Ein Lob dem Los …

Unabhängig von der Frage, welche allgemeinen Rechtsgedanken man aus dem innerkapazitären in das außerkapazitäre Vergabeverfahren übertragen will, ist die Vergabe durch Los im erstinstanzlichen Verfahren aber auch sonst jedem eigenständig ersonnenen Vergabesystem vorzuziehen. Das Losverfahren wird der Problematik, dass jede Auswahl eine Ungleichbehandlung prinzipiell gleichberechtigter Bewerber ist, in Orientierung am Gedanken formaler Gleichheit dadurch gerecht, dass es nicht durch Aufstellung bestimmter Kriterien einen Teil der Bewerber von vorneherein bevorzugt bzw. benachteiligt, sondern jedem eine gleiche Chance einräumt[78]. Während das Losverfahren also alle Bewerber wenn schon nicht durch Zulassung, so doch wenigstens bei der Auswahl gleich zu behandeln sucht, verfolgt die Zulassung nach „Auswahlkriterien" durch bewusste und gezielte Bevorzugung eines Teils der Bewerber das genaue Gegenteil. Daraus folgt zwangsläufig, dass nicht die Auswahl durch Los, sondern vielmehr die Etablierung eigener materieller Vergabekriterien der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, weshalb das BVerfG die Auswahlkriterien des zentralen Vergabeverfahrens nicht als geboten angesehen, sondern lediglich als zulässig anerkannt hat, weil sie sich verfassungsrechtlich legitimieren lassen[79]. Zwingende rechtliche Vorgaben zu der Frage, nach welchen Kriterien Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität durch das Gericht vergeben werden sollen, lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG auch sonst nicht entnehmen[80]. Das BVerfG hielt 1977 eine Auswahlentscheidung nach dem („leistungsgesteuerten") Los nicht für vorneherein unzulässig[81] und hat auch in seinem Beschluss vom 29. 9. 2008 (1 BvR 1464/07) trotz der darin vorsichtig angedeuteten verfassungsrechtlichen Bedenken die Lospraxis der Verwaltungsgerichte gleichwohl hingenommen und insoweit lediglich verlangt, dass es den Rechtsschutzsuchenden möglich sein muss, einen auf diese Praxis abgestimmten Antrag zu stellen und mit diesem auch kostenrechtlich obsiegen zu können[82].

Während also die Kriterien des zentralen Vergabeverfahrens – und erst recht die Variation dieser Kriterien – einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen, die nicht ohne Weiteres auf der Hand liegt und z. T. immer mehr in Frage gestellt werden kann[83], ist das Los aus sich heraus willkürfrei und gerecht-

fahren können eine vollständige Belegung der Studienanfängersemester zum Semesterbeginn nicht sicherstellen; vgl. zum Normzweck auch *Bahro/Berlin* (o. Fußn. 1), § 27 ZVS-VergabeVO Rdnrn. 3 f.

74 Dafür ist dem Gericht nur ein kurzes Zeitfenster eröffnet, wenn es die Studienbewerber nicht auf das insoweit unbefriedigende Institut des sog. prozessualen Bestandsschutzes verweisen will: Vor Abschluss des letzten Nachrück(los)verfahrens darf das Gericht nicht entscheiden, nach Ablauf von 15 oder 20% der Vorlesungszeit können die vorläufig Zugelassenen nach den einschlägigen Studienordnungen sämtlicher medizinischen Fakultäten in Baden-Württemberg regelmäßig keine Scheine mehr erwerben. Hinzu kommt, dass einige Universitäten die außerkapazitären Zulassungsanträge – ohne Not – frühzeitig bescheiden, was dem Gericht u. U. eine „rechtzeitige" Entscheidung abverlangt, damit nicht die gesamte Bewerberkonkurrenz in ein kostenaufwändiges Klageverfahren gezwungen wird, sondern lediglich diejenigen Bewerber, die nach der danach zu erstellenden Rangfolge aussichtsreich positioniert sind; zum Zeitdruck bei der Entscheidung von NC-Verfahren und zu dem Bestreben, ein Auseinanderfallen von kapazitätsrechtlicher und ausbildungsrechtlicher Kohortenzuordnung zu vermeiden, vgl. etwa *VG Sigmaringen*, BeckRS 2008, 35194.

75 Dass sich § 10 XII und § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung insoweit widersprechen, sei nur am Rande bemerkt. Der Thüringer Verordnungsgeber hat sich vor diesem Hintergrund in § 10 VII ThürVergabeVO (ThürGVBl 2009, S. 485) dazu entschieden, bereits nach einem Nachrückverfahren zum Losverfahren überzugehen, wenn nicht mehr als 5% der zur festgesetzten Studienplatzzahl wieder verfügbar sind.

76 Jetzt: Art. 10 I Nr. 3 und IV des Staatsvertrags über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung (o. Fußn. 11).

77 Mit Ausnahme von Bremen, wo ZVS-Studiengänge nicht angeboten werden und daher auch kein Regelungsbedürfnis besteht; auch die Vergabeordnungen für lediglich örtlich zulassungsbeschränkte Studiengänge treffen entsprechende Regelungen. Das *OVG Münster* (BeckRS 2010, 49094 m. w. Nachw.) sieht aktuell keine „verfassungsrechtlichen oder einfachrechtlichen Bedenken" gegen diese Regelungen.

78 *VG Gelsenkirchen*, Urt. v. 6. 2. 1973 – 4 L 437/72, DÖV 1973, 679.

79 Dazu *Lüthje*, DÖV 1973, 680, in Auseinandersetzung mit *BVerfGE* 33, 303 = NJW 1972, 1561; anders demgegenüber *Haas*, DVBl 1978, 238. Aktuell scheint der *EuGH* (NVwZ 2010, 1141, in der Rs. *Bressol und Chaverot*, Tz. 81) die (innerkapazitäre) Vergabe von Studienplätzen durch Los allerdings für rechtfertigungsbedürftig zu halten, zumindest wenn die Vergabe mit – zu rechtfertigenden – Diskriminierungen verbunden ist. Leider begründet der *EuGH* diese (durch die Vorlagefragen nicht veranlasste) Auffassung nicht.

80 *BVerfGE* 33, 303 (357) = NJW 1972, 1561; 39, 276 (296) = NJW 1975, 1501, und 39, 258 (270 ff.) = NJW 1975, 1504.

81 *BVerfGE* 43, 291 (324 f.) = NJW 1977, 569; vgl. dazu auch *BayVerfGH*, BayVBl 2008, 266, und Der Spiegel, Nr. 23/1977, S. 99.

82 Was mit der nunmehr praktizierten Kostenaufhebung bei Vergabe außerkapazitärer Studienplätze allerdings immer noch nicht möglich ist, jedoch in der Praxis von der Studienbewerberseite überwiegend akzeptiert wird.

83 Bereits das *BVerfG* (*BVerfGE* 33, 303 [349] = NJW 1972, 1561) hat bei einer – grundsätzlich sachgemäßen – Anknüpfung an den Grad der

fertigt, mithin auch gerade keine „Bankrotterklärung" des Rechts[84]. Zudem erlebt der Losentscheid aktuell – entgegen den im hier betrachteten Sachgebiet vorgegebenen obergerichtlichen Trends – eine bemerkenswerte Renaissance. Losentscheide waren der Rechtsordnung schon bislang nicht fremd[85]; nunmehr aber beginnt man, sie nicht mehr nur als verhasste ultima ratio in Pattsituationen oder in der Mangelverwaltung, sondern als gewollte allein gleichheitsorientierte Auswahlentscheidung schätzen zu lernen[86] und gewissermaßen als egalitäre „affirmative action" zur Beseitigung anderer Diskriminierungen einzusetzen. Das Land Berlin hat jüngst etwa im Schulrecht für die (innerkapazitäre) Aufnahme von Schülern in die Sekundarstufe I bei Bewerberüberhang eine Quote von 30% der Schulplätze ausdrücklich der Vergabe durch eignungsunabhängiges Los vorbehalten[87]. Dahinter steht die Absicht, die verbreitet festzustellende Abhängigkeit des Bildungserfolgs von der sozialen Herkunft bereits auf einer frühen Stufe der Ausbildung zu verringern und Chancengleichheit herzustellen[88]. Damit erfährt der Losentscheid als positives Auswahlkriterium – und nicht lediglich als neutrales und willkürfreies Ersatzinstrument – auch eine eigenständige materielle Rechtfertigungsoption und vermag im materialen Wertgefüge jedenfalls für Teilbereiche einen durchaus legitimen Rang einzunehmen[89]. Derartige Wertungen könnten de lege ferenda im Wege von Quoten auch auf die (innerkapazitäre) Studienplatzvergabe übertragen werden[90], wenn der nicht nur leistungs-, sondern eben auch herkunftsbedingten Privilegierung von Bewerbern aus bildungsnahen und ohnehin auch sonst schon bevorzugten Gesellschaftsschichten etwas entgegengesetzt werden soll. Für die hier diskutierte Vergabe außerkapazitärer Studienplätze ist allerdings einzuräumen, dass ein derart motiviertes Bemühen dort nahezu perverse Züge annehmen würde, wenn man die – eingangs dargelegte – recht homogene Zusammensetzung der Bewerberkonkurrenz um solche Studienplätze berücksichtigt, die sich typischerweise und überwiegend aus finanziell leistungsstarken Gesellschaftsschichten rekrutiert, deren Sprösslinge sich aber bislang nicht eben durch (schulische) Leistungsstärke besonders hervorgetan hätten. Andererseits führt auch die Anwendung von qualifikationsorientierten Auswahlkriterien bei der Vergabe außerkapazitärer Studienplätze zu einer sozialstaatlich nicht unbedenklichen Verschärfung der dort zu beobachtenden Selektion: Reststudienplätze erhalten dann nicht mehr nur noch diejenigen, die sich das außerkapazitäre Verfahren finanziell leisten können, sondern unter diesen zudem nur noch die „Besten". In jedem Fall aber zeigt das Beispiel aus Berlin, dass derzeit zumindest kein gesellschaftlicher Konsens besteht, das Losverfahren als eigenständigen Auswahlmaßstab völlig abzulehnen[91].

5. Die Bedürfnisse der (gerichtlichen) Praxis

Das einfach durchzuführende Losverfahren entspricht vielmehr den nicht völlig außer Acht zu lassenden Bedürfnissen der erstinstanzlichen Praxis. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass ein gerichtliches (Massen-)Vergabeverfahren, in das bisweilen mehrere 100 Antragsteller einzubeziehen sind, praktikabel sein muss. Das Gericht steht unter einem immensen Zeitdruck, wenn es nach Abschluss des letzten Nachrückverfahrens noch zu Semesterbeginn Entscheidungen zu allen anhängigen Studiengängen der im Zuständigkeitsbereich des Gerichts gelegenen Universitäten treffen will. Dabei stößt das Gericht – in eine eigene Mangelverwaltung hineingezwungen – selbst an seine Kapazitätsgrenzen, wenn es sich nicht nur mit der materiellen Kapazitätsprüfung und der Zusammenstellung der berücksichtigungsfähigen Bewerberkonkurrenz, sondern zudem noch mit Überprüfung oder gar der eigenen Erstellung von Ranglisten zu beschäftigen hat[92]. Die Komplexität des Verfahrens steht auch einer „Wiederholung" des zentralen Vergabeverfahrens für die gerichtlich zu vergebenden Studienplätze mit gesonderten Listen nach Abiturbesten-, Auswahlverfahrens- und Wartezeitquote entgegen[93]; sind mehrere Listen für die Vergabe maßgeblich, ist eine komplizierte Tenorierung der einstweiligen Anordnungen unter Einschluss von Regelungen über die Reihenfolge der Zulassungen und der dazugehörigen Nachrückberechtigungen erforderlich, die weitere (Vollstreckungs-)Streitigkeiten hervorruft und einer zügigen Besetzung der ggf. vorläufig zugesprochenen Studienplätze entgegensteht.

Das angestrebte „Mehr" an vorgeblicher Gerechtigkeit muss also immer mit einem Mehraufwand erkauft werden, der im Kapazitätsstreit zwangsläufig zu Einbußen bei der – ohnehin nur summarisch möglichen – materiellen Kapazitätskontrolle und der dazu erforderlichen Sachverhaltsaufklärung führt[94].

Eignung Bedenken geäußert, etwa wenn dieser „stets nach dem Abiturzeugnis bestimmt wird"; vgl. auch Fußn. 59.

84 Wie *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 3 Rdnr. 231, meint.

85 Die VergabeVO Stiftung sieht – neben dem Losverfahren nach § 10 XII – auch sonst (zumeist bei Ranggleichheit) zahlreiche Losentscheide vor (vgl. §§ 13 II, 18 II 2, 19 IV, 20 S. 4, 21 S. 2, 22 II). Daneben kennt die Rechtsordnung Losentscheide etwa im Bereich der Marktzulassung oder sonst bei Konzessionen, im Wahlrecht oder etwa im Namensrecht; allgemein zu Losentscheiden: *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 141 ff.; *Depenheuer*, JZ 1993, 171; *Sendler*, DRiZ 1991, 158; *Baumann*, Justitia ludens, SJZ 2003, 621; zum Losentscheid in der Politik und im Gesetzgebungsverfahren: *Zuck*, NJW 1996, 570, und *Jutzi*, ZRP 1996, 380; allgemein zur Konkurrentensituation bei Kapazitätsfragen *Rennert*, DVBl 2009, 1333.

86 Ein – allerdings krasses – Beispiel hierfür stellt die Verlosung ambulanter Behandlungsplätze in US-amerikanischen Freeclinics für nicht Krankenversicherte ohne Rücksicht auf die Schwere der Erkrankung dar, „die tageszeitung" v. 25. 2. 2010, S. 5.

87 § 56 VI Nr. 3 BerlSchulG i. d. F. des ÄndG v. 25. 1. 2010 (BerlGVBl, S. 14 u. 22); zum Los nach vorheriger Rechtslage *VG Berlin*, Beschl. v. 5. 7. 2007 – VG 9 A 86/07.

88 Zur z. T. hitzigen Diskussion darüber vgl. nur die Aussprache im Berliner Abgeordnetenhaus am 11. 6. 2009, Plen.-Prot. 16/49, S. 4525–4541, insbes. die Äußerungen des Bildungssenators und vormaligen KMK-Präsidenten Prof. *Dr. Zöllner* (S. 4541) sowie dessen Interview mit Spiegel online v. 22. 6. 2009; zur sozialen Selektion im Hochschulwesen vgl. aktuell nur BMBF, Die wirtschaftliche und soziale Lage der Studierenden in der BRep. Dtld. 2009, 19. Sozialerhebung des DSW, http://www.sozialerhebung.de/soz_19.html.

89 So bereits *Berg*, Der Staat 1976, 1 (23), zu „Restauslosungen" von Studienplätzen, die ohne übermäßigen Aufwand möglich seien und die Chance ließen, „versteckte Begabungen zu fördern und die absolute Hoffnungslosigkeit innerhalb bestimmter Abiturientengruppen zu mildern".

90 Auch die Wartezeitquote im zentralen Vergabeverfahren nimmt schließlich ähnliche Funktionen wahr. In den Niederlanden werden (auch Medizin-)Studienplätze bei Bewerberüberhang bereits innerkapazitär zu bestimmten Anteilen nach Los vergeben (sog. Numerus-Fixus-Verfahren), ebenso z. T. in Belgien (vgl. zu letzterem *EuGH*, NVwZ 2010, 1141, Rs. *Bressol und Chaverot*).

91 Vor diesem Hintergrund sind auch die z. T. glossenhaften Vergleiche zu Lotterien und sonstigem Glücksspiel (vgl. *Czermak*, NJW 1978, 1342) unangebracht, zumal im Bereich der Studienplatzvergabe durch Los zumindest das – unionsrechtlich fragwürdige – staatliche Glücksspielmonopol (vgl. dazu *EuGH*, BeckRS 2010, 91035 u. a., *Stoß*) nicht gefährdet ist. Der Rechtsprechung zufolge nehmen rechtschutzsuchende Studienbewerber nicht an einem Glücksspiel oder einer Lotterie teil (*OLG Celle*, BeckRS 2007, 06734, im Zusammenhang mit dem Ausschluss von aleatorischen Spiel- und Wettverträgen bei Rechtsschutzversicherungen).

92 Die in der Praxis erstellten und den Gerichten vorgelegten Listen sind naturgemäß in einem Massenverfahren fehleranfällig; vgl. dazu nur etwa *VG Freiburg*, Beschl. v. 21. 1. 2010 – NC 6 K 1470/09 u. a.; *VG Sigmaringen*, BeckRS 2006, 20500.

93 Der *VGH Mannheim* favorisiert in BeckRS 2009, 40434 – schlüssig – eine Vergabe allein nach der ohnehin schon existierenden Liste des Auswahlverfahrens der Hochschulen; § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung hat aber auf diese Liste – entgegen der Auffassung des *VGH* – sicher nicht „ersichtlich Bezug genommen", was sich bereits daraus ergibt, dass die Vorschrift es den Hochschulen ausdrücklich frei stellt, Listen zu erstellen.

Die Frage nach den „richtigen" gerichtlichen Vergabekriterien ist damit immer auch mit einer abwägenden Wertung verbunden, ob und in welchem Umfang das Gericht bereit ist, womöglich noch vorhandene Kapazitäten unerkannt ungenutzt zu lassen, um zumindest bei der Auswahl der – entsprechend geringeren Zahl von – Zuzulassenden mehr „Gerechtigkeit" walten zu lassen. Auch dafür gibt jedoch das BVerfG Determinanten vor: Es hat ausdrücklich betont, dass vorrangig ein mit Art. 12 GG unvereinbares Ergebnis – nämlich das Freibleiben eines Studienplatzes und damit eine Vergrößerung des Mangels an Studienplätzen ohne vernünftige Rechtfertigung – zu verhindern und die innerkapazitäre Rangziffer der Bewerber demgegenüber nachrangig ist[95].

„Demgemäß hat das *BVerfG* von Anfang an in der Schaffung und vermehrten Nutzung der Ausbildungskapazitäten den eigentlichen Schwerpunkt der Zulassungsproblematik gesehen und diesen als verfassungsrechtlich vorrangig vor Auswahlregelungen gewertet" und sich damit abgefunden, dass „jedes Auswahlsystem unbefriedigend ist und dass selbst aufwändige Verbesserungen eines solchen Systems an diesem Dilemma nichts Prinzipielles ändern, sondern sich letztlich im Auswechseln von jeweils begünstigten Bewerbergruppen und bestenfalls in der Verminderung schädlicher Nebenwirkungen erschöpfen"[96].

Diesen Vorgaben folgend sollte es erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten nicht verwehrt sein, sich auf ihre primäre Aufgabe, die effektive materielle Kapazitätskontrolle, zu konzentrieren.

Es mag selbstredend Gerichte geben, die sowohl die Kontrolle der Kapazität als auch deren Vergabe nach qualifikationsorientierten Kriterien zu bewältigen vermögen; das ist insbesondere vorstellbar bei überschaubarer Bewerberkonkurrenz, etwa in kleineren Studiengängen oder in Beschwerdeverfahren[97]. Obergerichtliche Vorgaben für die „Front" in erster Instanz sind in diesem Bereich jedoch untunlich, solange mehrere verfassungsrechtlich zulässige Vergabearten existieren. Wenn sich ein VG bei der Bewältigung von Massen (eil)verfahren unter beträchtlichem Zeitdruck nicht für die Bildung von Zulassungsnähequotienten auch für Bewerber mit Hilfsanträgen für niedere Fachsemester, für Zweitstudienbewerber oder solche mit ausländischen Bildungsabschlüssen – um nur wenige Beispiele zu nennen – zu entscheiden vermag, sollte man die Funktion eines Obergerichts zur Rechtsprechungsvereinheitlichung ausnahmsweise zurückstellen können[98]. Gleiches gilt, falls ein Gericht sich gehalten sieht, im Detail andere als die obergerichtlich präferierten Auswahlkriterien vorzuschreiben[99]. Eine gewisse Toleranz gegenüber unterschiedlichen Maßstäben bei der Auswahl lässt kein „Bild völliger Zersplitterung"[100], sondern eine akzeptable Vielfalt entstehen, sofern die angewandten Maßstäbe jeweils transparent und berechenbar sind. Für einen Studienbewerber muss vor Antragstellung bei Gericht klar sein, nach welchen Kriterien Studienplätze ggf. vergeben werden und welche Erfolgsaussichten vor diesem Hintergrund individuell bestehen.

Die danach erforderliche Transparenz und Berechenbarkeit fehlt indes sowohl dem von § 24 S. 3 VergabeVO Stiftung neuerdings vorgesehenen Modell als auch der vom *VGH Mannheim* kreierten Alternativtenorierung, die der Hochschule die Wahl der Vergabekriterien überlässt. Beiden ist gemein, dass die Erstellung bzw. Vorlage von Ranglisten zeitlich ins gerichtliche Verfahren oder sogar in die Phase nach Bekanntgabe des Tenors der gerichtlichen Entscheidung verlagert wird. In der Praxis wurden entsprechende Listen von den Hochschulen bislang jeweils erst nach Semesterbeginn und kurz vor der Entscheidungsfindung übergeben; wird der Hochschule im Tenor die Wahl des Vergabekriteriums überlassen, so hat sie diese selbst nach der Bekanntgabe des Tenors noch. Beides ist für einen Studienbewerber, der um Rechtsschutz gegen eine fehlerhafte Zulassungszahlenfestsetzung nachsucht, unzumutbar. Ein faires Verfahren erfordert, dass er seine Erfolgsaussichten vor der Antragstellung bei Gericht einigermaßen verlässlich einschätzen können muss[101], um nicht Gefahr zu laufen, während des gerichtlichen Verfahrens – oder sogar nach Erhalt eines (vermeintlich) positiven Tenors – mit einer Änderung der Vergabekriterien konfrontiert zu werden. Es dürfte mit rechtstaatlichen Grundsätzen schwerlich vereinbar sein, hunderte Antragsteller in kostenpflichtige Gerichtsverfahren hineinlaufen zu lassen, um ihnen erst danach zu eröffnen, nach welchen Kriterien ggf. eine Auswahl unter ihnen stattfindet[102]. Im Übrigen dürfte es auch sicherlich nicht den Vorstellungen der Autoren von § 24 VergabeVO Stiftung entsprechen, der Hochschule nach § 161 II VwGO die Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn der Studienbewerber den Rechtsstreit nach Vorlage einer – seinem Qualifikationsprofil nicht entsprechenden – Liste für erledigt erklärt[103].

---

94 Zu den strengen Anforderungen an die Prüfungsdichte bereits im Eilverfahren vgl. nur *BVerfG*, NVwZ 2004, 1112, unter Hinweis auf die Pflicht, dem Studienbewerber eine reelle Chance auf eine möglichst zeitnahe Zuteilung eines Studienplatzes zu eröffnen; die allgemeinen (auch im komplexen Kapazitätsrecht zu beobachtenden) Tendenzen zu eher einfach strukturierter, in der Regel „staatstragender" Rechtsprechung beschreibt kritisch *Millgramm*, DVBl 2008, 821. Die Qualität der kapazitätsrechtlichen Entscheidungen in erster Instanz leidet typischerweise unter dem beschriebenen Zeitdruck; obergerichtliche Entscheidung beschränken sich – prozessual bedingt – oftmals auf einzelne, im Beschwerdeverfahren thematisierte Probleme, was dem Beschwerdegericht den Überblick über das gesamte Rechtsgebiet erschwert; die Richter beider Instanzen verbindet zudem in der Regel die Hoffnung, das Rechtsgebiet nicht allzu lang bearbeiten zu müssen, so dass sich ein vertieftes Einarbeiten nicht unmittelbar aufdrängt..

95 *BVerfGE* 39, 276 (295 ff.) = NJW 1975, 1501, und *BVerfGE* 39, 258 (273) = NJW 1975, 1504.

96 Zitate aus *BVerfGE* 43, 291 (325) = NJW 1977, 569. Ähnlich argumentiert auch der *VGH Mannheim* in BeckRS 2009, 40434, wenn er dem Verordnungsgeber nahelegt, zuvörderst eine zutreffende Berechnung der Ausbildungskapazitäten sicherzustellen, um Kostenbeteiligungen im Kapazitätsprozess zu vermeiden.

97 Andererseits birgt die Anwendung qualifikationsorientierter Vergabekriterien – noch dazu in Kombination mit den Beschränkungen in § 24 VergabeVO Stiftung n. F. – in typischerweise kleineren Bewerberkonkurrenzen (mancherorts womöglich bereits für den Studiengang Zahnmedizin) die Gefahr in sich, dass eine Kapazitätsüberprüfung künftig unterbleibt, weil schlechter vorqualifizierte Bewerber nicht um gerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen und chancenreiche Kandidaten auf das innerkapazitäre Nachrück- oder das nächste Vergabeverfahren hoffen (diese Gefahr sieht auch der *VGH Mannheim*, BeckRS 2009, 40434; die dahinter stehenden Rechtsprobleme haben das *BVerwG*, BeckRS 2010, 52477, zur Zulassung der Revision veranlasst). An einer effektiven – auch gerichtlichen – Überprüfung der Kapazitätsberechnung besteht aber ein objektiv-sozialstaatlich motiviertes Allgemeininteresse (*BVerfGE* 33, 303 [333] = NJW 1972, 1561; 39, 258 [269] = NJW 1975, 1504).

98 In der Vergangenheit hat der *VGH Mannheim* – auch nach seiner Auffassung rechtswidrig erstellte – Ranglisten aus dem erstinstanzlichen Eilverfahren akzeptiert, vgl. BeckRS 2002, 20451 u. a.; anders noch Beschl. v. 16. 6. 1977 – IX 1322/77. Zum weiten Gestaltungsspielraum des erstinstanzlichen Gerichts im Verfahren nach § 123 VwGO in diesem Zusammenhang vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2006, 328.

99 Dass sich das *VG Freiburg* (Beschl. v. 21. 1. 2010 – NC 6 K 1470/09 u. a.) ersatzweise vorläufig allein an der Abiturdurchschnittsnote orientiert, mag man inhaltlich kritisieren können; beanstanden sollte man es nicht, zumal die beteiligte Universität ausweislich der Beschlussgründe offenkundig selbst nicht in der Lage war, eine näher am zentralen Vergabeverfahren liegende (fehlerfreie) Liste zu erstellen.

100 *Haas*, DVBl 1978, 238 (242).

101 Die Neuregelung in § 24 S. 2 VergabeVO Stiftung spitzt – soweit anwendbar – die Lage für die Studienbewerber noch weiter zu, indem sie diesen zumutet, bereits zum Zeitpunkt der ihnen auferlegten Bewerbung im zentralen Vergabeverfahren – noch vor Verkündung der jeweiligen Zulassungszahlen – zu beurteilen, welche Hochschulen sie später außerkapazitär verklagen wollen.

102 Vgl. dazu nur *OVG Lüneburg*, BeckRS 2009, 41672.

103 Das erscheint von vorneherein nicht abwegig, zumal die Hochschule

Die Anwendung qualifikationsorientierter Kriterien bedeutet darüber hinaus faktisch das Ende des Massenvergleichs im NC-Verfahren. Bislang war es möglich und z. T. weit verbreitet, zum Zwecke der gütlichen Beilegung aller ein Fachsemester betreffenden Zulassungsverfahren im Wege des Vergleichs unter allen bei Gericht beteiligten Bewerbern eine bestimmte – zuvor vereinbarte – Zahl von (endgültigen) Studienplätzen auslosen zu lassen. Verlässt man aber die Ebene der formalen Gleichberechtigung aller Bewerber im außerkapazitären Verfahren und knüpft im Falle einer streitigen Entscheidung an qualifikationsorientierte Kriterien an, so finden sich nachvollziehbarerweise auf Antragstellerseite die „besser" Qualifizierten zur Annahme eines solchen Vergleichs nicht mehr bereit, da sie sich für den Fall einer streitigen Entscheidung weit bessere Zulassungschancen ausrechnen. Man mag das als unbeachtlichen Reflex einer Rechtsprechungsänderung abtun und dem Wegfall einer Methode zur unstreitigen Verfahrenserledigung mit einiger Berechtigung die rechtliche Relevanz für die Diskussion um die richtigen Vergabekriterien absprechen. Dabei sollte aber nicht übersehen werden, dass die praktische Verfahrensgestaltung bei Gericht zumindest mittelbar auch Auswirkungen auf den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung und die Prüfungstiefe hat. Auch wenn ein Anstieg der streitig zu entscheidenden Studiengänge gerichtsorganisatorisch unter erschöpfender Nutzung der dort vorhandenen Kapazitäten aufzufangen sein mag, darf nicht verschwiegen werden, dass jedenfalls (weitere) Zeitverzögerungen und Qualitätsverluste bei der gerichtlichen Entscheidungsfindung drohen[104]. Unabhängig von alledem darf auch und gerade im NC-Massenverfahren die Befriedungsfunktion eines Vergleichs mit der kompletten Bewerberkonkurrenz eines Semesters nicht unterschätzt werden: Die Hochschulen erhalten frühzeitig Gewissheit über die endgültige Größe der betroffenen Studierendenkohorte und können die Zugelassenen ordentlich in ihr Semester immatrikulieren und integrieren; die Studienbewerberseite erhält – wenn auch in geringerer Zahl als erhofft – endgültige Studienplätze und erspart sich die Risiken und Kosten eventueller Beschwerdeverfahren. Betrachtet man den Abstraktionsgrad und die Wirklichkeitsferne der Kapazitätsberechnung und der Zulassungszahlenfestsetzung, kann man sich auch ohne Weiteres damit arrangieren, dass eine durch Vergleich festgelegte – etwas höhere – Aufnahmekapazität wesensimmanent immer eigentlich gesetzesinkongruente Zustände schafft und die „richtige" Zulassungszahl auch nicht abzubilden vermag[105].

III. Fazit

An der Feststellung, dass keine zwingenden rechtlichen Vorgaben zur Bestimmung der „richtigen" Auswahlkriterien für die Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität existieren, hat sich weder durch die diskutierten obergerichtlichen Anregungen noch durch die Aktivitäten des Verordnungsgebers in Baden-Württemberg etwas geändert. Es bleibt weiter den zuständigen Verwaltungsgerichten jeweils überlassen, selbst über die von ihnen vorzugebenden Kriterien zu entscheiden. Die aufgezeigten Nachteile einer Vergabe nach qualifikationsorientierten Kriterien legen es zumindest für mit Massenverfahren befasste Gerichte nahe, am – gleichwertigen und systemgerechten – Losverfahren festzuhalten. Entscheidet sich ein Gericht in Abwägung aller zu berücksichtigenden Gesichtspunkte dafür, bei der Vergabe einiger weniger zusätzlicher Studienplätze Fragen der Auswahlgerechtigkeit etwa zu Gunsten einer – bereits im Eilverfahren – tieferen, aber zeitnahen Kapazitätskontrolle zurückzustellen, sollte eine solche Entscheidung respektiert werden. Den beschriebenen Auswüchsen des NC-Verfahrens sollte nicht auf der Ebene von Auswahlfragen, sondern primär mit dem Bestreben nach einer zutreffenden und damit gerichtsfesten Kapazitätsberechnung begegnet werden. ■

durch die Entscheidung für eine bestimmte Liste das „erledigende Ereignis" ja herbeiführt. Im Wintersemester 2009/2010 ist es bereits vorgekommen, dass eine Hochschule im Abstand von drei (!) Tagen unmittelbar vor dem beabsichtigten Entscheidungstermin des Gerichts unterschiedliche Listen (zunächst nach reiner Abiturdurchschnittsnote sowie sodann nach Zulassungsnähequotienten gerankt) vorgelegt hat. Das Gericht hat den Umstand der Vorlage der Listen und die jeweiligen Rangplätze der Antragstellerseite mitzuteilen und Gelegenheit zu verfahrensbeendenden Erklärungen zu geben. Wie sich ein Antragsteller fühlt, der auf die erstmalige Listenvorlage für erledigt erklärt, auf der nachgereichten Liste aber (wieder) aussichtsreich positioniert wäre, bedarf ebenso wenig einer Erläuterung wie seine Gefühlslage bei negativer Kostenentscheidung nach § 161 II VwGO.

104 Insoweit darf man jedoch keinesfalls dem Irrtum unterliegen, der Abschluss eines (Massen-)Vergleichs im NC-Verfahren erspare dem Gericht die mühsame Arbeit der Kapazitätsüberprüfung völlig (so aber unter Bezugnahme auf Vergleiche mit der Universität Tübingen: *VGH Mannheim*, BeckRS 2009, 40434); das Gegenteil ist der Fall: Eine Universität findet sich regelmäßig nur dann zu einem Vergleichsabschluss bereit, wenn ihr zuvor „wunde Punkte" der Kapazitätsberechnung und entsprechende Prozessrisiken aufgezeigt worden sind, was eine inhaltliche Auseinandersetzung erfordert.

105 Zum mit dem „Privileg gesteigerter Unempfindlichkeit gegenüber Gesetzesverletzungen" ausgestatteten Vergleichsvertrag und zu seinem Verhältnis zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vgl. nur *BVerwG*, NJW 1976, 686.