

Rechtsanwalt Dr. Robert Brehm und Rechtsanwältin Alexandra Brehm-Kaiser*

Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG

Das BVerfG fordert mit dem Dritten Numerus-Clausus-Urteil weitgehende Regelungen des Gesetzgebers zumindest für das zentrale Studienplatzvergaberecht, da das derzeitige – in erheblichen Teilen verfassungswidrige Recht unzulässig tief in den Wesensgehalt des Universitäts- und damit des Berufszugangsrechts eingreift. Angesichts der knappen Frist, die das BVerfG für die Neugestaltung des Vergaberechts einschließlich der Schaffung von Ausgleichsfaktoren für die Abiturnoten aus verschiedenen Bundesländern gesetzt hat, erscheint es unwahrscheinlich, dass es die Länder schaffen, einen den Anforderungen des BVerfG entsprechenden Staatsvertrag zu schaffen. Das kann allein dem Bundesgesetzgeber gelingen, dem hierfür auch nach der Föderalismusreform die Gesetzeskompetenz nach Art. 74 I Nr. 33 GG zukommt. Der nachstehende Aufsatz geht nicht nur im Einzelnen auf die verfassungsrechtlichen Rügen ein, sondern versucht auch, in der Form von begründeten Thesen erste „Marken“ für die Gestaltung eines verfassungsgemäßen Vergaberechts aufzuzeigen.

I. Einleitung und Grundlagen des aktuellen Vergabesystems

Das BVerfG hat nach mündlicher Verhandlung vom 4.10.2017 am 19.12.2017 aufgrund von Vorlagebeschlüssen des VG Gelsenkirchen¹ sein drittes großes NC-Urteil verkündet.² Dies erfolgte etwas mehr als 45 Jahre nach dem ersten Numerus-Clausus-Urteil vom 18.7.1972³ und 40 Jahre nach dem zweiten Numerus-Clausus-Urteil vom 8.2.1977.⁴ Das Urteil baut in den Grundlagen⁵ auf den Urteilen von 1972 und 1977 und veranlasst für die Zeit ab dem WS 2019/2020 weitreichende Änderungen des derzeitigen Vergabesystems nicht nur für den Studiengang Humanmedizin, zu dem das Urteil ergangen ist, sondern für fast alle zulassungsbeschränkten Studiengänge.⁶

Der Bund hat die Möglichkeit, durch Änderung und/oder Ergänzung des Hochschulrahmengesetzes (HRG) von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch zu machen oder gar ein eigens (Bundes-)Hochschulzulassungs-

gesetz zu erlassen.⁷ Für die Bundesländer wird es notwendig, den noch nicht in allen Ländern ratifizierten StV über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung vom 21.3.2016⁸ grundlegend zu überarbeiten. Dies muss spätestens bis zum 31.12.2019⁹ erfolgen. Daher ist bereits zum WS 2019/2020 mit einem neuen Vergabesystem – jedenfalls aber – so unsere Auffassung – mit einem kurzen Übergangsverfahren – für alle medizinischen Studiengänge und nicht nur

* Die Verf. sind Partner der überörtlichen Sozietät *Dr. Brehm & Dr. Zimmerling*, Frankfurt a.M. und Saarbrücken. Der Autor *Dr. Brehm* ist seit 1975 auf dem Gebiet des Hochschulzulassungs- und Hochschulkapazitätsrechts tätig. Beide haben als Zuhörer an der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG am 4.10.2017 teilgenommen und bringen ihre Erkenntnisse daraus mit ein.

1 Vorlagebeschlüsse des VG Gelsenkirchen v. 19.3.2013 – 6 K 4171/12 ua, BeckRS 2013, 51889, und v. 18.3.2014 – 6 z K 4455/13 ua, BeckRS 2014, 51256.

2 BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 und 4/14, auszugsweise in NJW 2018, 361 ff. mit Anm. v. *Cölln*, NJW 2018, 380, und NVwZ 2018, 233 mit Anm. *Wiemers*, NVwZ 2018, 252, vollständiger Abdruck in BeckRS 2017, 135673, im Folgenden nur zitiert nach Rn.

3 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 sowie 1 BvL 25/71, BVerfGE 33, 303 = NJW 1972, 1561 = BeckRS 1972, 104425 = BeckRS 9998, 108212; vgl. dazu *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, Band 2 Rn. 6 ff. mwN und insgesamt zur Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Rn. 8–20.

4 BVerfG, Urt. v. 8.2.1977 – 1 BvR 1/76 ua, BVerfGE 43, 291 = NJW 1977, 569 = BeckRS 9998, 106042; hierzu kritisch vor allem *Becker*, NVwZ 1982, 204.

5 Rn. 103 ff., 114 ff.

6 Zu früheren Vergaberegungen vgl. *Babro/Berlin*, Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl. 2003, 1 ff. mit einer Aufstellung der maßgeblichen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen auf S. 15; *Becker/Hauck*, NVwZ 1983, 204; *Becker*, NVwZ 1987, 653 (658 ff.); *ders.* NVwZ 1989, 315 (316 ff.) und *Becker/Brehm*, NVwZ 1994, 750; *Lindner in Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, Kapitel XI, 548 ff.; zur Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Kapazitätsrecht und auch zur Vergabe *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht II, 2013, 1 ff.

7 Zu dem äußerst komplizierten Ineinandergreifen der Kompetenzen Rn. 230 ff.; vgl. dazu auch *Lindner*, NVwZ-Extra 6/2010 bei Rn. 18 mwN.

8 ZB <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/StVHZulEinrErrStV2016>true>.

9 Bildungsminister halten diese Frist für zu kurz, Fachjournalisten teilweise sogar für „lebensfremd“, vgl. *Schmoll* in FAZ v. 5.1.2018, 2.

für die Humanmedizin, auf die allein sich die Verpflichtung bezieht, zu rechnen. Bis dahin wird sich wohl im Vergabesystem (noch) nichts ändern.¹⁰

Das Urteil ist – insbesondere wegen des Ineinandergreifens von Bundesrecht, dem HRG, dem aktuellen Staatsvertrag 2008 (StV 2008), 14 Landeshochschulzulassungsgesetzen¹¹ und den einzelnen Vergabeverordnungen der Länder – trockene Kost. Wir wollen nachstehend versuchen, sie „genießbar“ zu machen und Wege für eine Änderung des Vergabesystems aufzuzeigen.

Bereits im Ersten NC-Urteil von 1972 rechnete das *BVerfG* die Regelungen über die Auswahl der Bewerber zum „Kern des Zulassungswesens“.¹² Im Zweiten NC-Urteil vom 8.2.1977¹³ hielt es das *BVerfG* – damals noch auf der Grundlage eines anders gestalteten Vergabesystems (im Wesentlichen: 60 % nach Leistung, 40 % nach Wartezeit und einer Wartezeit von sechs Jahren) – für unzumutbar, dass auf der damals maßgeblichen

„Schnittstelle zwischen 1,7 und 1,8 darüber entschieden werden soll, wer sofort studieren kann oder aber bis zu sieben Jahre auf eine Zulassung zum Studium ... warten muss“.

Überlange Wartezeiten, die sogar die Zeit eines normalen Studiums erreichten oder überstiegen, würden die chancenausgleichende Funktion dieses Korrektivs infrage stellen. Seither ging man – wie es auch das *VG Gelsenkirchen* ausführlich dargestellt hat – davon aus, dass eine die Dauer von sechs bis sieben Jahren überschreitende Wartezeit verfassungswidrig sei.

Zum Wintersemester 2005/06 wurde das zentrale Vergabeverfahren zur Vergabe von Studienplätzen (erneut) grundlegend geändert.¹⁴ In den in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengängen Medizin, Pharmazie, Tiermedizin und Zahnmedizin werden seitdem nach Abzug von Vorabquoten 20 % der Studienplätze nach der Abiturbestenquote, 20 % der Studienplätze nach Wartezeit und 60 % der Studienplätze im so genannten Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH) vergeben. Die Bewerbung in diesen Studiengängen erfolgt über die Stiftung für Hochschulzulassung, für das AdH dabei im Auftrag der Hochschulen. Das AdH wurde eingeführt, um das Wahlrecht der Hochschulen zu stärken und den bestqualifizierten Studienbewerbern zu ermöglichen, ihre Wunschuniversität auszuwählen. Grundlage bildet eine Empfehlung des Wissenschaftsrates aus dem Jahr 2004. Dazu wurde zunächst das Hochschulrahmengesetz geändert; ab dem Wintersemester 2008/09 erfolgte eine Regelung durch den StV über die Vergabe von Studienplätzen vom 22.6.2006 (StV 2006). Dieser wurde durch den StV über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5.6.2008 (StV 2008) ersetzt, der am 1.5.2010 in Kraft trat.

Das HRG, der StV 2008 und seine Umsetzung durch Landeshochschulzulassungsgesetze, Vergabeordnungen und Vergabesatzungen sind Gegenstand des zu besprechenden Urteils.

Wir stellen nachfolgend die maßgeblichen Punkte des Dritten grundsätzlichen NC-Urteils unter Berücksichtigung der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 4.10.2017 zusammenfassend dar und stellen für das künftige Vergaberecht begründete Thesen auf. Vorab: Es gibt keine Verpflichtung des Staates, für jeden Bewerber einen Studienplatz zu schaffen, daher ist ein dem Grundgesetz genügendes Verteilungssystem von größter Bedeutung. Es gehört seit dem Ersten NC-Urteil zum „Kern des Zulassungswesens“.

Die Entscheidung ist in der Presse auf ein großes Echo gestoßen,¹⁵ während sich die maßgeblichen Institutionen wie Kultusministerkonferenz und Stiftung für Hochschulzulassung nur äußerst knapp äußerten.¹⁶ *Schmoll*¹⁷ meinte, dass die Tatsache „dass noch kein Aufschrei durch die Republik gegangen“ sei, sich allenfalls mit der Weihnachtszeit erklären lasse.

Vorab noch ein wichtiger Hinweis, der dabei etwas untergegangen ist:

„Das Verfassungsgericht hat sich nicht mit der ausreichenden Zahl der Studienplätze, sondern mit dem gerechten Zugang dazu befasst. Der Medizinstudienplatz bleibt auch künftig ein knappes Gut“.¹⁸

II. Bisher kaum Angriffe auf das System – mit Ausnahme der Wartezeit

Mit Ausnahme von Verfahren gegen die Wartezeitregelung in Art. 10 I Nr. 2 StV 2008 und §§ 6 V, 14 VergabeVO für das zentrale Vergabeverfahren¹⁹ gab es nur vereinzelte Angriffe gegen „das System“ der Vergabe von Studienplätzen in den medizinischen Studiengängen. Nach dem Erkenntnisstand von 2005 sprach nach Auffassung des *OVG Saarlouis*²⁰ alles dafür, dass Humanmedizin-Studienplätze im Rahmen der AdH-Quote rechtsfehlerfrei allein nach dem Grad der Qualifikation vergeben werden durften. Der *VGH Mannheim*²¹ entschied 2011, dass auch die von Hochschulen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durchgeführten Auswahlverfahren dem Gesetzesvorbehalt unterliegen und hinsichtlich der Auswahlkriterien und deren Gewichtung einer rechtssatzförmigen Normierung bedürfen. Diese Erfordernisse sah der *VGH* für die zur Prüfung gestellte Auswahlsetzung als erfüllt an. In einer weiteren Entscheidung befasste sich der *VGH Mannheim* mit der im baden-württembergischen Landesrecht vorgesehenen Möglichkeit der Bildung von zwei Ranglisten. Die Formulierung in Art. 10 I 1 Nr. 3 S. 1 StV 2008, dass die restlichen Studienplätze „von den Hochschulen nach dem Ergebnis eines Auswahlverfahrens“ zu vergeben sind, habe ihren Schwerpunkt auf der Anordnung eines Auswahlverfahrens (überhaupt), nicht jedoch in der Festlegung nur „eines“ einheitlichen Verfahrens. Gegen die Übertragung der Auswahl der Kriterien aus dem Reigen der möglichen Maßstäbe auf die Hochschulen hatte

10 Vgl. hierzu die Stellungnahme der SfH auf deren Internet-Auftritt: „In jedem Fall bleibt das Verfahren in seiner bisherigen Form bis zum Wintersemester 2019/20 (einschließlich) in Kraft“ <https://zv.hochschulstart.de/index.php?id=2334>.

11 Ohne Bremen und Brandenburg, vgl. Rn. 90 ff.

12 *BVerfGE* 33, 303 ff. (345) = NJW 1972, 1941 Ls.

13 *BVerfG*, Urt. v. 8.2.1977 – 1 BvR 1/76 ua, *BVerfGE* 43, 291 = NJW 1977, 569 = BeckRS 9998, 106042.

14 Ausführlich *Haug*, *WissR* 2006, 96; *Koch*, *RdJB* 2005, 374; *Selbmann/Kiebs*, *DÖV* 2006, 816; kritisch zum Auswahlverfahren der Hochschulen unter der Überschrift „Verwirrende Vielfalt“ *Selbmann*, *NVwZ* 2012, 1373; berichtet *Brehm/Zimmerling*, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts seit 2008, *NVwZ* 2014, 558; sowie vollständig unter www.nvwz.de/NVwZ-Extra-Aufsätze-Online.

15 *Süddeutsche Zeitung*, 19.12.2017, „Nicht alle können...“, *Wolfgang Janisch*; *Die Welt*, 19.12.2017, „Ein vernichtendes Urteil...“, *Thomas Vitzthum*; *FAZ.net*, 19.12.2017, „Kommentar zum Numerus Clausus: Humanes Studium“, *Andreas Mihm*; *FAZ*, 20.12.2017, 2, „Nicht nur der Klassenprimus“, *Heike Schmoll*; *FAZ*, 20.12.2017, 11, „Das Warten hat ein Ende“, *Thomas Thiel*; *FAZ*, 20.12.2017, 17, „Ärzte verlangen mehr Studienplätze...“; *FAZ*, 5.1.2018, 1, „Das Ende des Abi-Monopols“, *Heike Schmoll*.

16 <https://zv.hochschulstart.de/index.php?id=2334>.

17 Das Ende des Abi-Monopols, *FAZ* 5.1.2018, 1.

18 So zu Recht *Mihm*, *Humanes Studium*, *FAZ*, 19.12.2017.

19 Dazu zuletzt *VG G.*, Urt. v. 30.5.2017 – 6z K 3595/15, BeckRS 2017, 116246; Urt. v. 27.9.2016 – 6z K 1430/16, BeckRS 2016, 53989.

20 Erledigungsbeschluss. v. 29.11.2005 – 3 W 19/05.

21 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 24.5.2011 – 9 S 599/11, *NVwZ-RR* 2011, 764 = BeckRS 2011, 51709.

der *VGH Mannheim* keine Bedenken. Für die so genannten außerkapazitären Studienplätze entschied das *BVerwG*²² im Jahr 2011, dass der Verordnungsgeber für die Zulässigkeit von außerkapazitären Gerichtsverfahren an das Vorhandensein einer innerkapazitären Bewerbung anknüpfen konnte. Dem baden-württembergischen Beispiel sind inzwischen zahlreiche andere Bundesländer gefolgt.

In den Verfahren um das Vergabesystem ging es meist um spezielle Einzelfragen zB Nichtberücksichtigung des Faches „Technik“ in der Auswahlsetzung der TU Dresden,²³ die (verweigerte) Einsichtnahme in Testunterlagen an der LMU München,²⁴ Anspruch auf Teilnahme am Auswahlgespräch an der Universität Lübeck und die Zulassungskriterien hierzu,²⁵ zur Gewichtung des Ham-Nat-Tests an der Uni Hamburg,²⁶ zum Anspruch auf Zulassung zum Auswahlgespräch an der Charité-Berlin als Teilnehmerin des ohnehin überrepräsentierten Geschlechts,²⁷ bzw. um Kritik am Auswahlgespräch als maßgeblichem Auswahlkriterium,²⁸ schließlich um die Auswahl nach Losentscheid bei gleicher Durchschnittsnote statt Berechnung auf drei Stellen²⁹ und schließlich um die Frage, ob bei der Vergabe nach Wartezeit die höhere Ortspräferenz die längere Wartezeit „schlägt“.³⁰ Bedeutsam waren noch Entscheidungen des *VGH Mannheim*³¹ und des *OVG Bautzen*,³² wonach die tatsächliche Vergabe der in der Zulassungszahlenverordnung ausgewiesenen Studienplätze nicht zum Untergang des – innerkapazitären – Zulassungsanspruchs eines im Auswahlverfahren der Hochschule rechtswidrig übergangenen Bewerbers führt, hierfür aber der Antragsteller die hinreichende Möglichkeit glaubhaft machen muss, dass er bei fehlerfreier Durchführung dieses Verfahrens den Platz erhalten hätte.

III. Zur Geschichte des Dritten Numerus-Clausus-Urteils – Die Vorlagebeschlüsse des VG Gelsenkirchen

Das *VG Gelsenkirchen* (künftig *VG G.*) begründete erstmals im Vorlagebeschluss vom 26.4.2012,³³ warum das geltende System der Studienplatzvergabe zulasten langjährig Wartender gegen Verfassungsrecht verstößt. Jedoch erhob das *BVerfG* mit Beschl. vom 6.9.2012³⁴ eine Reihe von Einwänden und erklärte diesen für unzulässig.³⁵

Mit den Vorlagebeschlüssen von 2013 und 2014³⁶ hat das *VG G.* erneut die Verfassungswidrigkeit der überlangen Wartezeit in der Medizin begründet und sich hierbei mit den Einwänden des *BVerfG* intensiv auseinandergesetzt. Für die diese Verfassungswidrigkeit rügenden Antragsteller und Kläger vor dem *VG* blieb diese Rechtsauffassung jedoch ohne Folgen, weil das *OVG Münster* die Auffassung vertrat, dass aus der – unterstellten – Verfassungswidrigkeit der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften kein unmittelbarer Zulassungsanspruch des langjährig wartenden Bewerbers, sondern (nur) eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Korrektur resultiere.³⁷ Auf die Vorlagefrage von 2013 und die drei Leitsätze des *VG G.* nehmen wir Bezug.³⁸

Die vom *BVerfG* wiedergegebenen³⁹ Untersuchungen des *VG* ergaben, dass die 2013/2014 im AdH für eine Zulassung erforderliche HZB-Note, bei den Universitäten besonders hoch war, an denen auch für das AdH ausschließlich nach Note ausgewählt wurde, andererseits aber auch dort, wo mehrere Kriterien herangezogen wurden, mindestens eine 2,1 erforderlich war, aber wohl die Zulassungsquote mit jeder Verbesserung um 0,1 anstieg. Hinzu kam, dass sich jeder Bewerber maximal an sechs Hochschulen im AdH bewerben darf und eine Vielzahl von Wahlkombinationen schon dadurch ausgeschlossen ist, dass im WS 13/14 knapp

zwei Drittel der Hochschulen nur Bewerber an ihrem Auswahlverfahren beteiligten, die die betreffende Hochschule mit der Ortspräferenz 1–3 benannt hatten.

Im WS 2017/2018 verlangen 22 Universitäten in der Humanmedizin die erste bis dritte Ortspräferenz, das sind 63 % der 35 Fakultäten. Davon verlangen 14 Hochschulen die erste Präferenz, davon drei kombiniert mit einer Mindestnote. In der Zahnmedizin verlangen neun Fakultäten die 1. Präferenz, vier Universitäten die 2. und vier Hochschulen die 1. bis 3. Ortspräferenz. Besonders problematisch ist es in der Tiermedizin. Dort wird das Studium lediglich an fünf Studienorten angeboten; drei davon verlangen ihre Angabe in 1. Präferenz, so dass die Bewerber faktisch nur drei Bewerbungsmöglichkeiten haben.⁴⁰

Die durchschnittliche HZB-Note lag in den Jahren 2005–2012 stets je nach Bundesland zwischen etwa 2,25 (Thüringen) und etwa 2,65 (Niedersachsen). Das *VG G.*⁴¹ legte dar, dass das aus den durch Untersuchungen aufgezeigten Benotungsunterschieden resultierende Defizit an Verteilungsgerechtigkeit bei der an die HZB-Note anknüpfenden Studienplatzvergabe zur Verfassungswidrigkeit des AdH führe, die es im Verfahren der Abiturbestenquote wegen der Landesquoten nicht gebe. Hierzu nimmt das *BVerfG* ausführlich Stellung.

Einen weiteren Verfassungsverstoß sah das *VG G.* in der Gleichbehandlung von langjährig Wartenden und Gelegenheitsbewerbern in der Wartezeitquote.⁴² Seit vielen Jahren war für die Wartezeit, die seit dem Erwerb der Qualifikation für den gewählten Studiengang verstrichene Zeit, maßgeblich, ohne dass danach differenziert wurde, ob der Bewerber während dieser Zeit auf die Aufnahme eines Medizinstudi-

22 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – 6 CN 3/12, NVwZ 2011, 1135 = BeckRS 2011, 50352, mit Anm. *Selbmann*, DÖV 2011, 861, und *Müller*, NVwZ 2011, 1113.

23 *OVG Bautzen*, Beschl. v. 29.3.2017 – 2 B 292/16.NC, BeckRS 2017, 106211.

24 *VG München*, Beschl. v. 21.2.2017 – M 3 E 16.4981, BeckRS 2017, 103518. Im Beschwerdeverfahren wurden nach wechselseitiger Erledigungserklärung die Kosten gegeneinander aufgehoben.

25 *VG Schleswig*, Beschl. v. 22.8.2017 – 9 B 27/17 (n.v.).

26 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 10.3.2011 – 3 Bs 242/10, BeckRS 2011, 49457.

27 *VG Berlin*, Beschl. v. 14.2.2017 – VG 30 L 27/17, bestätigt durch *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 15.2.2017 – OVG 5 S 5/17, beide n.v.; das *BVerfG* erklärte den in den Entscheidungen maßgeblichen § 8 a BlnHZG für verfassungswidrig.

28 *OVG Greifswald*, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107; gegen *VG Greifswald*, Beschl. v. 16.3.2016 – 2 B 864/15, BeckRS 2016, 127108.

29 *VGH München*, Beschl. v. 19.8.2013 – 7 CE 13.10110, BeckRS 2013, 55328.

30 *VG Gelsenkirchen*, Beschl. v. 19.6.2017 – 6 z L 2443/16, BeckRS 2017, 120981, bestätigt durch *OVG Münster*, Beschl. v. 18.12.2017 – 13 824/17 (n.v.).

31 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 24.5.2011 – 9 S 599/11, NVwZ-RR 2011, 764 = BeckRS 2011, 51709.

32 *OVG Bautzen*, Beschl. v. 17.11.2014 – 2 B 264/14, <https://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/14B264.pdf>.

33 *VG G.*, Beschl. v. 26.4.2012 – 6 K 3659/11, BeckRS 2012, 49972.

34 *BVerfG*, Beschl. v. 6.9.2012 – 1 BvR 13/12, NVwZ 2013, 61 = BeckRS 2012, 57914.

35 Kritisch hierzu *Müller*, Warten auf Godot, NVwZ 2013, 35.

36 *VG G.*, Beschl. v. 19.3.2013 – 6 K 4171/12 ua, BeckRS 2013, 51889, und v. 18.3.2014 – 6 z K 4455/13 ua, Rn. 606 ff., BeckRS 2014, 51256.

37 Vgl. *OVG Münster*, Beschl. v. 8.11.2011 – 13 B 1212/11 ua, NJW 2012, 1096.

38 *VG G.*, Beschl. v. 18.3.2014 – 6 z K 4455/13, BeckRS 2014, 51256.

39 Rn. 292.

40 Kritisch dazu bereits *Selbmann*, NVwZ 2012, 1373.

41 Vgl. Rn. 402 ff.

42 *VG G.*, Beschl. v. 18.3.2014 – 6 z K 4455/13, BeckRS 2014, 51256 Rn. 413 ff.; anders *BVerfG* Rn. 222.

ums „hingelegt“, also im eigentlichen Sinne auf einen Studienplatz „gewartet“ hat, oder ob ihm erst kurz vor der Bewerbung um einen Medizinstudienplatz der Gedanke an die Aufnahme eines solchen Studiums gekommen ist. Hier würden zwei Gruppen – „Altwarter“ und Gelegenheitsbewerber – gleichbehandelt, deren Bewerbung einen sehr unterschiedlichen Hintergrund habe. Obwohl das VG Gelsenkirchen bereits 2013 eine solche Änderung für geboten hielt, wurde sie erst in den, noch nicht in allen Ländern ratifizierten StV 2016 aufgenommen, der zum WS 2018/2019 in Kraft treten sollte. Darauf kommen wir unten noch ausführlich zurück.

Zusammenfassend stellte das VG G. fest,⁴³

„dass rund drei Viertel der erfolgreichen Abiturienten nach den Vergabeergebnissen des Wintersemesters 2013/14 selbst mit Zusatzkriterien einzelner Auswahlverfahren nur eine äußerst eingeschränkte Zulassungschance im AdH und – erst recht – in der Abiturbestenquote hatten; rund die Hälfte der Abiturienten hatte in diesen beiden Hauptquoten praktisch gar keine Chance. Die überragende Bedeutung, welche der HZB-Note bei der Auswahl zukommt, ist jedenfalls nicht zu übersehen. Das Auswahlverfahren lässt sich überspitzt dahingehend beschreiben, dass „die HZB-Notenquote faktisch fast 80 % beträgt“.

IV. Überblick über das Dritte NC-Urteil

Das BVerfG lässt in seiner Entscheidung nur noch den Quoten-Rahmen der Studienplatzvergabe stehen: Dies sind die Vorabquoten⁴⁴ sowie – mit Einschränkungen hinsichtlich der Wartezeit – die drei Quoten von jeweils 20 % für Abiturbeste und die Wartezeitbewerber sowie die 60 %-Quote im Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH).

Allerdings muss sich in den einzelnen Quoten bis zum 31.12.2019 Grundlegendes ändern. (Nur) bis dahin hat das BVerfG den Gesetzgebern von Bund und Ländern Zeit gegeben, seine Vorgaben umzusetzen.

Problematisch ist das Urteil für die Studierenden, die – jedenfalls seit dem WS 2017/2018 auf einen Studienplatz warten und ihn vor dem WS 2019/2020 nicht bekommen: Die Bildung der Wartezeitquote sei verfassungsrechtlich nicht unzulässig, dürfe aber nicht über den Anteil von 20 % hinaus erhöht werden.⁴⁵ Verfassungswidrig sei, dass der Gesetzgeber die Dauer der Wartezeit nicht angemessen begrenzt habe. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass viele Bewerber am Ende keinen Studienplatz über die Wartezeitquote erhalten können. Hiermit setzen wir uns unten im „Ausblick“ auseinander.

Ferner sei für die Wartezeitquote – ebenso wie für die Abiturbestenquote – eine verfahrensökonomische Notwendigkeit, die eine zahlenmäßige Beschränkung der Ortswahlangaben erfordern könnte, nicht ersichtlich: Dem Grad der Ortspräferenz komme eine verfassungsrechtlich nicht gebotene Bedeutung zu.

Am unproblematischsten war für das BVerfG die Abiturbestenquote. Deren Höhe (20 %) stand nicht infrage.⁴⁶ Nur deren Einzelregelung wurde hinsichtlich der Beschränkung auf sechs Ortswünschen und die vorrangige Berücksichtigung der Ortswünsche vorrangig vor der HZB-Note für verfassungswidrig erklärt.

Die meisten Änderungen muss es in einem künftigen Vergabesystem in der 60 % AdH-Quote geben. Es ist – wie bereits das VG G. ausgeführt hat – verfassungsrechtlich unzulässig, auch diese Plätze allein nach der HZB-Note zu vergeben und auf diese Weise die Abiturbestenquote auf 80 % aufzustocken. Nach wie vor tun dies derzeit noch einige Universitäten. Da es im AdH keine Landesquoten gibt, muss der Gesetzgeber einen Ausgleichsmechanismus zur Herstellung

einer hinreichenden Vergleichbarkeit der HZB-Noten über die Landesgrenzen hinweg schaffen. Weiter muss er vorschreiben, dass die Hochschulen neben der HZB-Note mindestens ein „ergänzendes, nicht schulnotenbasiertes Auswahlkriterium“ zur Bestimmung der Eignung verwenden.

Für den Fall, dass die Hochschulen Eignungsprüfungsverfahren durchführen oder – Berufsausbildungen oder -tätigkeiten berücksichtigen wollen, muss der Gesetzgeber genügend Vorgaben für die Standardisierung und Strukturierung machen. Er muss dabei auch festlegen, dass in den hochschul-eigenen Studierfähigkeitstests und Auswahlgesprächen ausschließlich die Eignung geprüft wird. Die den Hochschulen eingeräumte Konkretisierungsbefugnis darf sich ausschließlich auf die fachliche Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung unter Einbeziehung auch hochschulspezifischer Profilbildungen beziehen.

V. Befähigung, Eignung und Auswahl

1. Grundlagen in der mündlichen Verhandlung vom 6.10.2017

Ausgangspunkt in der mündlichen Verhandlung vom 4.10.2017 war die Frage, welche Befähigung für das Studium nötig ist und ob sich bereits bei der Zulassung zum Studium die Eignung zum Arzt herausfinden lässt und um welches Arztbild es eigentlich geht. Die Antwort: Vom Landarzt bis zum Laborarzt – ein einheitliches Berufsbild gibt es nicht. Daran schloss sich die Frage an, ob für die Zulassung zu einem derart breiten Berufsbild die HZB-Note für 80 % der Studienplätze – 20 % Abiturbestenquote und 60 % über das AdH nach HZB-Note – das allein ausschlaggebende Kriterium sein könne. Hierbei waren sich der Prozessvertreter der (meisten) Länder und der SfH mit dem BVerfG einig: Eine Zulassung allein im AdH nach HZB-Note ist unzulässig. Dementsprechend verlangt nunmehr das BVerfG von den Gesetzgebern, dass neben der HZB-Note zwingend jedenfalls ein weiteres Auswahlkriterium herangezogen werden muss. Auch müssen die Gesetzgeber den Universitäten für deren Auswahlsetzungen viel genauer als bisher vorgeben, wie ausgewählt werden soll, denn bei den Studienbewerbern geht es um „Außenstehende“, die noch nicht Angehörige der Universität sind, also nicht ohne Weiteres der Satzungsautonomie unterliegen.⁴⁷

Das BVerfG interessierte sich in der mündlichen Verhandlung sehr für die Durchführung spezifischer Tests, wie den TMS und die Auswahlgesprächsverfahren und den Ham-Nat in Hamburg: So gibt es am Hamburger Universitätsklinikum Eppendorf bereits gute Erfahrungen mit – aus Kanada übernommenen – so genannten „multiplen Mini-Interviews“. Deren Methode zielt darauf ab, neben den Fähigkeiten zum Wissenserwerb auch die Eigenschaften der Bewerber im Umgang mit Menschen möglichst objektiv einzuschätzen

Das BVerfG stellte auch die Frage, ob die – mit so genannter Satzungsautonomie ausgestatteten Universitäten „ohne eingehende, gesetzlich vorgegebene Kriterien nach eigenem Ermessen“ die Bewerber auswählen dürften. Immerhin gehe es

43 VG G., Beschl. v. 18.3.2014 – 6z K 4455/13, BeckRS 2014, 51256 Rn. 439.

44 Rn. 124 f.

45 Eine Senkung schließt das BVerfG aber jedenfalls konkludent nicht aus.

46 Kritisch zur Abiturbestenquote bereits die beiden ersten NC-Urteile, BVerfGE 33, 303 (349) = NJW 1972, 1561, und BVerfGE 43, 291 (328) = NJW 1972, 569; allgemein dazu Becker, NVwZ 2013, 204 (205).

47 So bereits BVerfG im Ersten NC-Urteil in Rn. 86 ff., 94 f.

nicht um Hochschulangehörige, sondern um außenstehende Dritte, die erst Studenten werden wollten.

2. Entscheidungsspielräume/Satzungsbefugnis der Hochschulen im AdH

Bereits im Ersten NC-Urteil hatte das *BVerfG*⁴⁸ auf die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen der Satzungsautonomie der Hochschulen gegenüber Studienbewerbern als „Außenstehenden“ hingewiesen. Dies spielt im Urteil in zwei Beziehungen eine Rolle. Zum einen postuliert das *BVerfG* die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit eines „Kriterienerfindungsrechts“ der Hochschulen. Bedeutsamer sind die Hinweise zur Ausgestaltung der strukturierten Auswahlverfahren durch die Universitäten.⁴⁹

a) *Kein Kriterienerfindungsrecht der Hochschulen.* So sei es verfassungsrechtlich unzulässig, dass der Gesetzgeber den Hochschulen ein eigenes Kriterienerfindungsrecht einräume, also die Kompetenz, den parlamentsgesetzlichen Katalog durch selbst entwickelte Auswahlkriterien zu ergänzen oder zu erweitern. Der zur Regelung dieser für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Frage allein demokratisch legitimierte Gesetzgeber müsse die Auswahlgrundlagen selbst abschließend regeln. Deswegen müsse sich die Satzungsautonomie der Hochschulen im AdH darauf beschränken, Kriterien aus einem durch formelles Gesetz hinreichend bestimmt festgelegten Katalog auszuwählen. Dies gelte jedenfalls für grundständige Massenstudiengänge, die wie das Studium der Humanmedizin über den Zugang zu einem weit gesteckten Berufsfeld entscheiden. Für spezialisierte Studiengänge im Rahmen eines spezifischen Lehr- und Forschungsprofils hielt das *BVerfG* andere Auswahlkriterien für möglich.⁵⁰

b) *Spielräume der Hochschulen im Bereich der Eignungsbeurteilung – und nur dieser.* Der Gesetzgeber dürfe den Hochschulen allerdings gewisse Spielräume für die Konkretisierung der gesetzlich der Art nach festgelegten Eignungskriterien lassen: diese rechtfertigten sich durch den direkten Erfahrungsbezug der Hochschulen und die grundrechtlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre. Diese schließe die eigene Schwerpunktsetzung ein und ermögliche damit auch eine Profilbildung.⁵¹

Den Hochschulen stehe nach Art. 5 III GG das Recht zu, ihren Studiengang nach eigenen wissenschaftlichen Kriterien zu prägen und dabei eigene Schwerpunkte zu setzen. Diese Konkretisierungsbefugnis schlage sich insbesondere in den Ausgestaltungsmöglichkeiten hochschuleigener Eignungsprüfungen nieder, die nach geltendem Recht im Rahmen der AdH durchgeführt werden dürften (fachspezifische Studierfähigkeitstests und Auswahlgespräche). Hierfür seien aber gesetzliche Sicherungen dafür erforderlich, dass die Hochschulen diese Prüfungen in standardisierten und strukturierten Verfahren durchführen.⁵² Dabei genüge es, wenn der Gesetzgeber die Hochschulen zu einer transparenten eigenen Standardisierung und Strukturierung verpflichtet, auch um der Gefahr diskriminierender Anwendung vorzubeugen.⁵³

Der Gesetzgeber muss dabei sicherstellen, dass in den hochschuleigenen Studierfähigkeitstests und Auswahlgesprächen nur die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber geprüft wird. Auch die den Hochschulen eingeräumte Konkretisierungsbefugnis dürfe sich ausschließlich auf die – auch im Lichte der fachlichen Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung unter Einbeziehung hochschulspezifischer Profilbildungen zu beurteilende – Eignung beziehen.

VI. BVerfG und Wartezeit – Problematik der Begrenzung der Bewerbungsmöglichkeiten und Gelegenheitsbewerber

Das vorliegende VG G. hielt Wartezeiten, die die Regelstudienzeit überschreiten, für verfassungswidrig. Im Termin meinte der Prozessvertreter der SfH und der meisten Bundesländer (nicht vertreten ließen sich Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Mecklenburg-Vorpommern), ein System, das Optimierungsbedarf habe, sei nicht automatisch verfassungswidrig, man könne es auch im Wege einer verfassungskonformen Auslegung anpassen. Der Senatsvorsitzende reagierte darauf sarkastisch: „Sie können doch nicht warten, bis alle potenzielle Medizinstudenten graue Bärte haben“.

Bereits 2014 wurde in der Zeitschrift der Gesellschaft für Medizinische Ausbildung eine Längsschnittanalyse zum Vorhersagewert der Abiturdurchschnittsnote und Prognose der unterschiedlichen Zulassungsquoten für Studienleistung und -kontinuität veröffentlicht.⁵⁴

Eingehend befasst sich das *BVerfG* in den Rn. 216–226 mit der Wartezeitquote:

1. Wartezeitquote nur mit Einschränkungen verfassungsrechtlich zulässig

Die Bildung einer Wartezeitquote sei in Hinblick auf den Anspruch auf gleichheitgerechte Zulassung zum Studium⁵⁵ „an sich“ verfassungsrechtlich zulässig, jedoch nicht als „Kompensationsquote“ geboten.⁵⁶ Jedenfalls fehle es (insbesondere) an einer Begrenzung der Wartezeit auf einen angemessenen Zeitraum.

Zwar sei – für sich genommen – das Verstreichen einer Wartezeit kein sachgerechtes Zulassungskriterium, sie gebe nicht ohne Weiteres über die Eignung Auskunft. Aus verfassungsrechtlicher Sicht müsse nicht jeder grundsätzlich hochschulreife Bewerber den Anspruch auf Zulassung zu seinem Wunschstudium im Ergebnis tatsächlich realisieren können. Der grundrechtliche Teilhabeanspruch erfordere bei der Bewerberauswahl allein die zwingende Berücksichtigung der Eignung für das Studium und – soweit prognostizierbar – den Beruf. Zu deren möglichst vollständiger Erfassung müssten die für die Auswahlentscheidung herangezogenen Kriterien geeignet sein.⁵⁷

Gleichwohl sei der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsermessens befugt, die Studienzulassung nach Wartezeit vorzusehen, um die Schwächen der in den anderen Hauptquoten verwendeten Eignungskriterien abzumildern. Sie könne insbesondere Bewerbern in den Grenzbereichen der anderen Quoten, die ebenfalls gut für Studium und Beruf geeignet sind, eine Zulassungschance bieten. Im Übrigen sei sie – in Grenzen – auch sachgerecht, weil sich aus der Wartebereitschaft eine hohe Motivation für das Wunschstudium ablesen lasse.⁵⁸

48 In Rn. 86 ff., 94 f.

49 Rn. 119, 120.

50 Rn. 119.

51 Rn. 120 unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 35, 79 (112 ff.) = NJW 1973, 1176; *BVerfGE* 93, 85 (95) = NVwZ 1996, 709; *BVerfGE* 111, 333 (354 f.), weiter Rn. 154 u. 209.

52 Dazu Rn. 120, 152 ff.

53 Rn. 120 mit Hinweis auf Art. 3 III GG.

54 Im Internet unter <https://www.egms.de/static/de/journals/zma/2014-31/zma000913.shtml> abrufbar.

55 Art. 12 I 1 iVm Art. 3 I GG.

56 Rn. 216, 217.

57 Rn. 218.

58 Rn. 219.

Allerdings sei die Zulassung zum Studium der Humanmedizin für einen Teil der Studienplätze nach dem Kriterium der Wartezeit nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Art. 12 I 1 iVm Art. 3 I GG vereinbar. Diesen genüge die gegenwärtige Rechtslage nicht.⁵⁹

a) *Begrenzung der Wartezeitquote auf (höchstens) 20 %*. Da sich die Wartezeitquote negativ auf die Zulassungschancen in den anderen Hauptquoten auswirke und zulasten besser qualifizierter Bewerber in den anderen Quoten gehe, die vorrangig auf die Eignung der Bewerber abstellen, wie derzeit die Abiturbestenquote und das AdH, dürfe der Gesetzgeber die Wartezeit nur für einen begrenzten Anteil der Studienplätze als maßgebliches Vergabekriterium vorsehen. Die jetzige Bemessung der Quote sei noch verfassungsgemäß, dürfe jedoch nicht über den Anteil von 20 % hinausgehen.⁶⁰

b) *Begrenzung der Wartezeitdauer*. Als verfassungswidrig erweise sich die fehlende angemessene zeitliche Begrenzung der Wartezeit durch den Gesetzgeber. Insoweit seien § 32 III 1 Nr. 2 HRG und die landesrechtlichen Umsetzungsvorschriften zu Art. 10 I 1 Nr. 2 StV 2008 mit dem grundrechtlichen Teilhabeanspruch der Studienbewerber aus Art. 12 I 1 iVm Art. 3 I GG nicht vereinbar.⁶¹

Ihre Ergänzungsfunktion⁶² könne die Wartezeitquote nur erfüllen, wenn die Wartezeit nicht übermäßig lange dauere: Eine zu lange Wartezeit – konkret: von vier Jahren und mehr – wirke dysfunktional.⁶³ Insoweit bezieht sich das BVerfG auf Auskünfte in der mündlichen Verhandlung und auf das Ergebnis wissenschaftlicher Untersuchungen,⁶⁴ dass Studierende aus der Wartezeitquote durchschnittlich einen geringeren Studienerfolg aufwiesen und ihr Studium häufiger abbrachen.⁶⁵

Ein zu langes Warten beeinträchtigt demnach erheblich die Erfolgchancen im Studium und damit die Möglichkeiten zur Verwirklichung der Berufswahl. Zugleich führe die Inanspruchnahme knapper Studienplatzressourcen über die Wartezeitquote dazu, dass diese Studienplätze für Bewerber mit größeren Erfolgsaussichten nicht zur Verfügung stünden.

Daher sei der Gesetzgeber gehalten, die Wartezeitdauer von vornherein auf ein mit Blick auf ihre negativen Folgen noch angemessenes Maß zu begrenzen. Seine Aufgabe sei die Bestimmung einer angemessenen Wartezeitgrenze; die Angemessenheit hänge auch von der näheren Ausgestaltung der Wartezeitquote, etwa von der Verbindung mit Eignungselementen ab.⁶⁶

c) *Kein Ausschluss von Gelegenheitsbewerbern*. aa) *Empirischer Befund*. In der mündlichen Verhandlung lieferte der Geschäftsführer der SfH einige Zahlen zu den Gelegenheitsbewerbern, die sich allerdings im Urteil nicht finden: So wurden im WS 2017/2018 insgesamt 1988 Plätze nach Wartezeit vergeben. Von diesen gingen 392 Plätze an Bewerber mit 20 und mehr Semestern Wartezeit (Berufsumsteiger bzw. Gelegenheitsbewerber). Für die insgesamt 1576 Bewerber mit 14 Semestern Wartezeit blieben nur noch 301 Plätze übrig, so dass 1275 Bewerber mit der Wartezeit von 14 Semestern ohne Platz blieben und sich für das SS 2018 – nunmehr mit 15 Semestern Wartezeit – erneut bewerben mussten.

bb) *Die Erwägungen des BVerfG*. Die Anknüpfung der Wartezeitberechnung an den Zeitpunkt des Erwerbs der HZB sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁶⁷ Sie halte sich innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums und führe nicht zu einer sachlich ungerechtfertigten Belastung so

genannter Langzeitbewerber im Verhältnis zu so genannten Gelegenheitsbewerbern, die sich erst längere Zeit nach dem Erwerb ihrer HZB zu einem Studium entschlossen. Da dies kein herausragender Gesichtspunkt im Urteil ist, verweisen wir auch angesichts unserer unten erfolgenden Kritik auf die Entscheidungsgründe, in denen das BVerfG⁶⁸ insoweit der Auffassung der Länder und der HRK⁶⁹ folgt.

cc) *Kritik*. Soweit das BVerfG meint, es seien keine Gründe ersichtlich, die es gebieten könnten, zwischen Bewerberinnen und Bewerbern, die auf eine Studienbewerbung etwa zu Gunsten einer einschlägigen beruflichen Ausbildung oder Tätigkeit verzichtet haben und solchen zu differenzieren, die sich während der Wartezeit immer wieder um einen Studienplatz beworben haben, übersieht es den Gesichtspunkt der Motivation. Soweit das BVerfG darauf hinweist, dass das Hochschulzulassungsrecht im AdH gerade Berufserfahrung als Eignungskriterium vorsehe,⁷⁰ betrifft dies nur die in den einschlägigen Berufen tätigen wie zB Rettungssanitäter, nicht jedoch zB diejenigen, die zB nach dem Abitur einen Beruf in der Wirtschaft gewählt haben.⁷¹

Gerade im Rahmen einer – verfassungsgerichtlich notwendigen – Übergangsregelung für „besonders schutzwürdige Altwarter“ erscheint uns die Einbeziehung der Gelegenheitsbewerber auch angesichts der Abgrenzungen im Altwarter-Beschl. des BVerfG⁷² verfassungsrechtlich bedenklich, wie wir später noch darlegen werden.

VII. BVerfG und Ortswahl – verfassungswidrige Begrenzung der Bewerbungsmöglichkeiten in der Abiturbestenquote und – weitgehend – im AdH

1. Vorauswahlverfahren

Bei der Bewerbung für die Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens müssen alle Bewerber gegenüber der SfH angeben, an welchen Orten sie am liebsten studieren würden: Sie müssen ihre Ortswünsche in eine Reihung bringen. Hierbei ist die Ortspräferenz sowohl in der Abiturbestenquote als auch im AdH auf sechs Hochschulen begrenzt. Auch das war ein Kritikpunkt des VG *Gelsenkirchen*: Wer bei seinen Ortswünschen die Reihenfolge falsch gewählt hatte, ging leer aus, obwohl er eigentlich alle Bedingungen für eine Zulassung erfüllte. Woher denn die Begrenzung auf sechs Städte komme, hinterfragte das BVerfG in der mündlichen Verhandlung: Der Geschäftsführer der SfH wies darauf hin, dass das – derzeitige – EDV-System nicht mehr hergebe und sich dies angesichts der Alters der Software auch nicht mehr ändern lasse.

59 Rn. 220.

60 Vgl. Rn. 221; eine geringere Quote hält das BVerfG also für verfassungsmäßig.

61 Rn. 224 ff.

62 Rn. 219.

63 Rn. 225.

64 Rn. 224.

65 Bezugnahme auf *Kadmon/Resch/Duelli/Kadmon*, GMS Zeitschrift für Medizinische Ausbildung 31 (2014), Heft 2, 1 (5, 11) und eine Stellungnahme der Universität Heidelberg v. 10.12.2014, 3 f.

66 Rn. 225.

67 Vgl. allerdings zu der im StV 2016 vereinbarten Neuregelung in Art. 10 I 1 Nr. 2.

68 Rn. 222 gegen VG *Gelsenkirchen* Rn. 52.

69 Rn. 59, 65, 73.

70 § 32 III 1 Nr. 3 S. 2 Buchst. d HRG; Art. 10 I 1 Nr. 3 S. 2 Buchst. d StV 2008.

71 Vgl. zur Vergabe nach Dringlichkeit der Ortswahl nochmals OVG *Münster*, Beschl. v. 18.12.2017 – 13 824/17 (n.v.).

72 BVerfG, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvR 1249/80, BVerfGE 59, 1 = NVwZ 1982, 97 = BeckRS 1981, 106189.

Zur dem tatsächlichen Befund, dass im Rahmen der Vorauswahl für das AdH ca. 25 Universitäten die erste Ortspräferenz forderten, stellte der Geschäftsführer der SfH in der mündlichen Verhandlung klar, dass dies nur für Universitäten gerechtfertigt sei, die eingehende Bewerberüberprüfungen zB durch hochschuleigene Tests und Auswahlgespräche durchführten. Vergebe eine Hochschule die Plätze nach AdH nur in einem „maschinengeeigneten Verfahren“ wie Abitur oder Abitur/TMS-Quote sei die erste Präferenz weder erforderlich noch sachgerecht. Dies hat das *BVerfG* übernommen und das Vorauswahlverfahren zum AdH für verfassungswidrig erklärt, als die Hochschulen neben eignungsbezogenen gesetzlichen Kriterien auch uneingeschränkt auf das Kriterium eines frei zu bestimmenden Ranges der Ortspräferenz zugreifen dürften.⁷³

Zwar sei es verfassungsgemäß, wenn zunächst in einem ersten Schritt nach automatisierbaren Kriterien eine Vorauswahl getroffen werde, damit dann in einem zweiten Schritt ein in größerem Maße individualisiertes Auswahlverfahren durchgeführt werden könne. Maßgeblich sei allein, dass beide Verfahrensstufen gleichheitsgerecht ausgestaltet seien.⁷⁴

Damit sei mit der Verfassung nicht vereinbar, dass der Gesetzgeber den Hochschulen die Möglichkeit einräume, der Vorauswahl schlicht den Grad der angegebenen Ortspräferenz zugrunde zu legen.⁷⁵ Dieser könne nur als Vorfilter zur Durchführung individuell aufwendiger Auswahlprozesse der Hochschulen in begrenztem Umfang gerechtfertigt sein.⁷⁶ Vergeben aber – wie bisher häufig – die Hochschulen ihre Studienplätze im AdH aber nach Kriterien, die in automatisierter Form angewendet werden könnten, könne auf den Grad der Ortspräferenz nicht zurückgegriffen werden.

Beim diesem handele es sich um ein Kriterium, das nicht an die Eignung für Studium und Beruf anknüpfe und dessen Verwendung sich erheblich chancenverringend auswirken könne. Es verschärfe die gesetzliche Beschränkung der Bewerbungen auf sechs Ortswünsche noch einmal deutlich und erlaube es Hochschulen, nur Bewerber zu berücksichtigen, die für die Hochschule die höchste Präferenz angeben. Dies schließt viele Bewerbungsmöglichkeiten aus. Im Übrigen müssten die Bewerber die Ortspräferenzangaben auf unsicherer Tatsachengrundlage treffen und die Zulassungschancen hingen von Zufälligkeiten – wie dem im Vorhinein kaum valide abschätzbaren Bewerbungsverhalten anderer Studieninteressenten – ab. In Anbetracht dieser Unsicherheiten schränkt eine Vorauswahl nach dem Grad der Ortspräferenz das Teilhaberecht der Studienbewerber als allgemeines Kriterium der Vorauswahl im Rahmen des Hochschulauswahlverfahrens unangemessen ein.⁷⁷

Die Hochschulen dürften – wie bereits kurz erwähnt – das Kriterium des Grades der Ortspräferenz nur dann zugrunde legen,

- wenn es um Studienplätze geht, die tatsächlich im Rahmen eines aufwendigen individualisierten Auswahlverfahrens vergeben werden,
- und hiervon auch nur ein hinreichend beschränkter Anteil der insgesamt zu vergebenden Plätze betroffen ist.

Die Durchführung von anspruchsvollen individualisierten Auswahlverfahren sei ein wichtiger Bestandteil im Gesamtsystem der Studienplatzvergabe. Dies könne aber nur dann funktionieren, wenn dieser Aufwand auf solche Bewerber beschränkt wird, die mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit einen ihnen zugewiesenen Studienplatz auch annehmen. Die Ortspräferenzangabe gewährleiste eine hohe Annahmewahrscheinlichkeit. Daher rechtfertige – ausnahmsweise –

das Ziel der Ermöglichung komplexer, eignungsorientierter Auswahlverfahren, in diesen Fällen das Ortspräferenzkriterium trotz seines fehlenden Eignungsbezugs und seiner chancenverkürzenden Wirkung bei der Vorauswahl anzuwenden. Dies gelte jedoch nur, wenn die Hochschulen anschließend auch entsprechend aufwendige Auswahlverfahren durchführen, wie vor allem bei qualifizierten Gesprächen. Nur in solchen Fällen – nicht jedoch in denen, in denen die Studienplatzvergabe im Wesentlichen automatisiert erfolgen könne – sei die Beschränkung durch Ortswahlpräferenzen für die Durchführbarkeit der Auswahlverfahren erforderlich, im Übrigen erweise sich das Vorauswahlkriterium des Grades der Ortspräferenz als nicht sachgerecht. Daher dürfe nur ein hinreichend begrenzter Anteil der Studienplätze jeder Hochschule von einem hohen Grad der Ortspräferenz abhängen.⁷⁸

2. Keine Vergleichbarkeit der HZB-Noten

These: Mangels Vergleichbarkeit der Noten in den einzelnen Bundesländern wird es – jedenfalls vorübergehend – wieder zu einem Bonus-Malus-System kommen. (*BVerfG*: Relationierung auf Zentralebene)

a) *Vom Bonus-Malus-System zur Landesquotenregelung in der Abiturbestenquote.* Zum wiederholten Mal rügt das *BVerfG* das Fehlen von Mechanismen für die nur eingeschränkte landesübergreifende Vergleichbarkeit von HZB-Noten für das AdH.⁷⁹ Ein Blick in die „Bonus-Malus“ Entscheidung des *BVerfG* von 1974⁸⁰ zeigt, dass das Problem bereits damals virulent war und es im damaligen StV in Art. 11 VIII sogar eine Verpflichtung gab, für die Bewertung der Reifezeugnisse und der Zeugnisse der Fachhochschulreife einheitliche Maßstäbe zu entwickeln, um im gesamten Geltungsbereich des StV eine gerechte Zulassung nach dem Grad der Qualifikation zu gewährleisten.

Auf eine Landesverfassungsbeschwerde hin erklärte der *BayVerfGH* mit Urteil vom 1.8.1975⁸¹ den Zustimmungsbeschluss des Bayerischen Landtags zum StV vom 21.2.1973 für verfassungswidrig. Dies wollten jedoch einige andere Bundesländer nicht hinnehmen und klagten beim *BVerfG* auf Feststellung der Verletzung des Verfassungsrechtssatzes über die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten. Das *BVerfG* erklärte sich allerdings mit Beschluss vom 7.4.1976⁸² für nicht zuständig, weil es sich beim StV nicht um einen verfassungsrechtlichen, sondern um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handele.

Nachdem das *BVerfG* bereits eine Landesquotenregelung im Rahmen der Abiturbestenquote⁸³ vorgezeichnet hatte, hat der Gesetzgeber mit dem HRG vom 26.1.1976 – konkret

73 Leitsatz 5, 3. Spiegelstrich, Rn. 167 ff.

74 Rn. 166.

75 Vgl. § 32 III 4 HRG, Art. 10 I 4 StV 2008.

76 Hierzu sogleich in Rn. 169.

77 Rn. 168.

78 Rn. 170 f.

79 Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, Rn. 173–192.

80 *BVerfG*, Beschl. v. 3.4.1974 – 1 BvR 282, 305/73, *BVerfGE* 37, 104 = NJW 1974, 1127 = BeckRS 9998, 107141.

81 *BayVerfGH*, Urt. v. 1.8.1975 – Vf 11-VII-73, NJW 1975, 1733 = BeckRS 1975, 01426.

82 *BVerfG*, Beschl. v. 7.4.1976 – 2 BvH 1/75, *BVerfGE* 42, 103 = NJW 1976, 1084 mit Anm. *Pestalozza*; BeckRS 9998, 106153.

83 *BVerfG*, Beschl. v. 3.4.1975 – 1 BvR 282, 305/73, NJW 1974, 1127, unter 3 b S. 1129 rechte Spalte, letzter Absatz, BeckRS 1973, 104818.

§ 32 III Nr. 1 S. 5 HRG 1976 – das Bonus-Malus-System durch das – in der Abiturbestenquote bis heute geltende und auch vom *BVerfG* aktuell nicht angetastete Landesquotensystem ersetzt. Die Quote eines Landes in dieser Quote bemisst sich – unverändert – zu einem Drittel nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Bewerberinnen und Bewerber für den betreffenden Studiengang (Bewerberanteil) und zu zwei Dritteln nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Achtzehn- bis unter Einundzwanzigjährigen (Bevölkerungsanteil); für die Länder Berlin, Bremen und Hamburg werden die sich danach ergebenden Quoten um drei Zehntel erhöht. Bei der Berechnung des Bewerberanteils werden nur Personen berücksichtigt, die eine HZB besitzen, die von allen Ländern gegenseitig anerkannt ist.⁸⁴

b) *Fehlender Ausgleichsmechanismus in der AdH-Quote.* Das *BVerfG* erklärt die gesetzlichen Vorschriften zum Auswahlverfahren der Hochschulen für verfassungswidrig, als die Abiturnoten berücksichtigt werden können, ohne einen Ausgleichsmechanismus für deren nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit vorzusehen.⁸⁵ Die erheblichen Unterschiede der Aussagekraft der Abiturnoten in den Ländern seien zu gewichtig, als dass sie unter Rückgriff auf eine generalisierende Betrachtung übergangen werden könnten. Daher vermögen auch die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers und die praktischen Schwierigkeiten der Hochschulen den Verzicht auf einen Ausgleichsmechanismus für die Defizite in der länderübergreifenden Vergleichbarkeit der Abiturnoten nicht zu rechtfertigen.⁸⁶

c) *Keine Hilfe durch das BVerfG.* Vorschläge vom *BVerfG* gibt es dazu nicht: Zwar könne es sein, dass die Übertragung des für die Abiturbestenquote vorgesehene Landesquoten-Prinzips für das Auswahlverfahren der Hochschulen an Grenzen stoße; ein bestimmter Mechanismus ist aber von Verfassungswegen nicht vorgegeben. Es sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, eine Regelung zu finden, die eine annähernde Vergleichbarkeit der Noten praktikabel ermöglicht, etwa durch eine Relationierung der Noten auf Zentralebene, auf die die Hochschulen dann zurückgreifen können. Der Gesetzgeber hat dabei einen weiten Gestaltungsspielraum. Es reiche, zumindest eine annähernde Vergleichbarkeit der Abiturnoten über die Ländergrenzen hinweg herzustellen.⁸⁷ Damit wird wohl – wenn nichts Besseres einfällt – das Bonus-Malus-System fröhliche Wiederkehr feiern.

3. Geschlecht und Verteilung der Studienplätze

Diese Frage spielte in der mündlichen Verhandlung nur am Rande und in der Entscheidung keine Rolle. In der mündlichen Verhandlung teilte der Studiendekan der Medizinischen Universität Lübeck mit, dass bei dem dort praktizierten Auswahlgespräch für Bewerber mit der Ortspräferenz 1 und Vorauswahl nach Note ca. 70 % der Plätze auf weibliche Bewerber entfallen seien.

Leider haben wir die von der SfH lange vor dem Termin am 4.10.2017 angeforderten Auswertungen über die Aufteilung der Studienplätze in den beiden letzten Studienjahren nach Geschlechtern erst nach dem Termin erhalten und sodann dem *BVerfG* geleitet:

Daraus ergibt sich, dass in Humanmedizin von 25.785 Studienplätzen nur 9120 auf männliche Personen entfielen somit 16.665 auf weibliche Personen, entsprechend 64,63 %;

in der Tiermedizin war das Verhältnis 406 zu 2683, somit entfielen 86,68 % der Studienplätze auf Bewerberinnen, in

der ZM schließlich war das Verhältnis 1762 zu 3671, somit erhielten weibliche Bewerber 67,75 Prozent der Studienplätze

Es ist davon auszugehen, dass die Änderung des Vergabesystems hier zu einer jedenfalls graduellen Änderung führen wird.

4. Kollisionen und übergangsweise Weitergeltung des bisherigen Rechts

a) *Kollisionen.* Aufgrund dieser großen Richtungsvorgaben musste das *BVerfG* die Kollisionen von Landesrecht mit verfassungsgemäßigem Bundesrahmenrecht entschieden:

So ist die den Hochschulen im bayerischen und im hamburgischen Landesrecht gegebene Möglichkeit, weitere Auswahlkriterien festzulegen, die sich nicht im gesetzlichen Kriterienkatalog finden – „Kriterienerfindungsrecht“ – verfassungswidrig.⁸⁸

Gleiches gilt für die Regelung in § 8 a S. 2 BlnHZG, Auswahl bei Rangleichheit nach dem unterrepräsentierten Geschlecht, deren Nichtigkeit gem. Art. 31 GG wegen Abweichung von den Regelungen des HRG das *BVerfG* festgestellt hat.⁸⁹ In Berlin erweitert die Regelung in § 8 a BlnHZG den Kriterienkatalog des § 32 IV HRG auch im Hinblick auf die Abiturbestenquote und die Wartezeitquote um ein weiteres Kriterium und verstößt insoweit gegen Bundesrahmenrecht.⁹⁰ Dies ergibt sich aus der umfassenden Verweisung in § 8 a BlnHZG auf § 8 BlnHZG, der neben dem örtlichen Auswahlverfahren auch die Studierendenauswahl in der Abiturbestenquote und in der Wartezeitquote im zentralen Vergabeverfahren der SfH regelt.⁹¹

Wegen Gebrauchs von der Abweichungsbefugnis nach Art. 72 III 1 Nr. 6, Art. 125 b I 3 GG⁹² erwiesen sich die landesrechtlichen Regelungen in Berlin und Niedersachsen sowie Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern⁹³ als mit der Verfassung vereinbar: Nicht beanstandet hat das *BVerfG* dagegen die Regelung des Landes Mecklenburg-Vorpommern in § 4 III 4 MVHZG, die ausdrücklich nur für das AdH eine vorrangige Auswahl desjenigen, der minderjährige Kinder erzieht, vorsieht.⁹⁴

b) *Übergangsweise Weitergeltung.* Das *BVerfG* hat es bei der bloßen Feststellung der Unvereinbarkeit der genannten Vorschriften mit dem Grundgesetz belassen und deren begrenzte Fortgeltung angeordnet und den zuständigen Landesgesetzgebern die Neuregelung aufgegeben.⁹⁵

Angesichts der bisherigen Rechtsprechung zur „Unvereinbarkeitserklärung einer verfassungswidrigen Norm“⁹⁶ und

84 Rn. 3, Abiturbestenquote ohne Erwähnung der Landesquoten gebilligt in Rn. 127 ff.

85 Leitsatz 5, 4. Spiegelstrich, Rn. 173 ff.

86 Rn. 186 f.

87 Rn. 188.

88 Rn. 119, 144.

89 Rn. 238, 244 f.

90 Rn. 238.

91 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs, AH-Drs. 15/3766, 16 – zu § 6 – und S. 19 – zu § 8 a.

92 Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Abweichung vgl. Leitsatz 7 und Rn. 233 ff.

93 Rn. 241–244.

94 Rn. 245.

95 Rn. 251 ff.

96 Vgl. *BVerfGE* 99, 280 (298) = NJW 1999, 1457 = NVwZ 1999, 637 Ls.; *BVerfGE* 105, 73 (133) = NJW 2002, 1103 = NVwZ 2002, 1233 Ls.; *BVerfGE* 107, 27 (57) = NJW 2003, 2079; *BVerfGE* 117, 1 (69) = NJW 2007, 573 = NVwZ 2007, 801 Ls.; *BVerfGE* 122, 210 (245) = NJW 2009, 48; *BVerfGE* 126, 400 (431) = NJW 2010, 2783; *BVerfGE* 138, 136 (249 Rn. 286) = NJW 2015, 303; stRSpr.

dem Verzicht auf eine Nichtigerklärung,⁹⁷ wenn durch eine solche ein Zustand geschaffen würde, der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als die verfassungswidrige Regelung, was der Fall ist, wenn die Nachteile des sofortigen Außerkrafttretens gegenüber den Nachteilen, die mit der vorläufigen Weitergeltung verbunden wären, überwiegen,⁹⁸ war für das *BVerfG* zu Recht die Beschränkung auf eine Unvereinbarkeitserklärung geboten.

Denn die Nichtigerklärung der genannten Vorschriften zur Studienplatzvergabe in Numerus clausus-Fächern hätte einen regelungslosen Zustand zur Folge, der zu erheblichen, die Belange der Studienplatzbewerber noch stärker belastenden Folgewirkungen führen würde. Im Übrigen verfügt der Gesetzgeber über Gestaltungsspielräume bei der Entscheidung, wie er den gegenwärtigen verfassungswidrigen Zustand beseitigt.

Auch angesichts der Komplexität des Hochschulzulassungswesens ist ihm im Hinblick darauf ein angemessener Übergangszeitraum bis zu der erforderlichen Neuregelung einzuräumen.⁹⁹ Das *BVerfG* hielt insoweit eine Fortgeltung der mit dem Grundgesetz unvereinbaren Vorschriften bis zu einer gesetzlichen Neuregelung für geboten, für die es einen Übergangszeitraum bis zum 31.12.2019 als angemessen erachtet.

Die Länder sind verpflichtet, bis spätestens dahin Neuregelungen zu schaffen, welche die verfassungsrechtlichen Beanstandungen beseitigen, wenn und soweit der Bund bis dahin nicht von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit¹⁰⁰ Gebrauch gemacht hat.

VIII. Die verfassungsrechtlichen Beanstandungen des Auswahlverfahrens der Hochschulen (AdH)

1. Kritik am bisherigen schulnotenbasierten AdH-Auswahlverfahren

Deutlich fällt die Kritik am bisherigen, schulnotenbasierten, AdH-Vergabeverfahren aus.¹⁰¹ Es sei verfassungswidrig, dass der Gesetzgeber für die Auswahl der Bewerber im AdH keine hinreichend breit angelegten Eignungskriterien vorgebe. Für eine gleichheitsgerechte Zulassungsregelung müsse die HZB-Note „in hinreichend gewichtigem Umfang“ durch andere Auswahlkriterien ergänzt werden.¹⁰² Diese sei ein zu enger Filter um Eignung und Befähigung nicht nur zum Studium, sondern vor allem auch für die sich hieran anschließenden Betätigungsfelder abzudecken, die sehr verschiedene Begabungen voraussetzten (Rn. 203). Besonders verweist das *BVerfG* auf verschiedene Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens und auf den Beschlusstext des „Masterplan Medizinstudium 2020“: Um das Medizinstudium stärker auf Fähigkeiten auszurichten, die im Arztberuf wichtig sind, sei vereinbart, im AdH künftig die Anwendung von mindestens zwei weiteren Kriterien neben der HZB-Note vorzuschreiben.¹⁰³

2. Abgrenzung von Aufgaben des Gesetzgebers und Satzungsautonomie der Hochschulen

In der mündlichen Verhandlung am 4.10.2017 haben die Schilderung positiver Erfahrungen mit Auswahlgesprächen durch den Studiendekan der Universität Lübeck und einen Hochschullehrer der Universität Hamburg das *BVerfG* offensichtlich beeindruckt. Das *BVerfG* sieht Auswahlgespräche – auch – als geeignete Möglichkeit der Eignungsfeststellung an, korrigiert allerdings unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts die bisherigen Regelungen dazu und setzt den Universitäten – trotz Art. 5 III GG – jedoch enge Grenzen.¹⁰⁴

Der Gesetzgeber dürfe den Hochschulen gewisse Spielräume für die Konkretisierung der gesetzlich der Art nach festgelegten Kriterien lassen, anhand derer die Eignung von Studienbewerberinnen und -bewerbern beurteilt werden soll. Diese Spielräume rechtfertigten sich durch den direkten Erfahrungsbezug der Hochschulen und die grundrechtlich (Art. 5 III GG) geschützte Freiheit von Forschung und Lehre, was die eigene Schwerpunktsetzung einschließe und damit auch eine Profilbildung ermögliche.¹⁰⁵ Das Recht, eigene Schwerpunkte zu setzen, schlage sich insbesondere in den Ausgestaltungsmöglichkeiten hochschuleigener Eignungsprüfungen nieder, die im Rahmen der Auswahlverfahren der Hochschule in Form von fachspezifischen Studierfähigkeits-tests und Auswahlgesprächen durchgeführt werden dürften.

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts verlange insoweit gesetzliche Sicherungen dafür, dass die Hochschulen die Eignungsprüfungen in standardisierten und strukturierten Verfahren durchführten. Dabei genüge es, wenn der Gesetzgeber die Hochschulen zu einer transparenten eigenen Standardisierung und Strukturierung verpflichtete, auch um der Gefahr diskriminierender Anwendung vorzubeugen. Der Gesetzgeber müsse dabei sicherstellen, dass in den hochschuleigenen Studierfähigkeitstests und Auswahlgesprächen ausschließlich die Eignung geprüft werde. Nur hierauf dürfe sich die Konkretisierungsbefugnis der Hochschule beziehen: Die – auch im Lichte der fachlichen Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung unter Einbeziehung hochschulspezifischer Profilbildungen zu beurteilende – Eignung.

Zu weiteren Anforderungen hinsichtlich standardisierter und strukturierter Durchführung der Eignungsprüfungsverfahren, aber auch der – sonst kaum erwähnten – Berücksichtigung von Berufsausbildungen oder Berufstätigkeiten nimmt das *BVerfG* Stellung.¹⁰⁶

Für alle gelte, dass die Zulassung (1.) gleichheitsgerecht (2.) nach je einheitlichen Maßgaben (3.) grundsätzlich ausschließlich anhand der Eignung erfolgen dürfe.

Hierzu genüge es, wenn, nachdem der Gesetzgeber eine verpflichtende Regelung durch Durchführung solcher Verfahren zur ausschließlichen Prüfung der Eignung der Bewerber getroffen habe, die Hochschulen selbst die Standardisierung und Strukturierung ihrer Tests oder Auswahlgespräche transparent vornähmen. Die den Hochschulen eingeräumte Konkretisierungsbefugnis darf sich dabei ausschließlich auf die fachliche Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung unter Einbeziehung auch hochschulspezifischer Profilbildungen beziehen.¹⁰⁷

97 § 82 I iVm § 78 S. 1 BVerfGG.

98 Vgl. *BVerfGE* 33, 303 (347 f.) = NJW 1972, 1561; *BVerfGE* 61, 319 (356) = NJW 1983, 271; *BVerfGE* 83, 130 (154) = NJW 1991, 1471 = NSZ 1991, 188 = NVwZ 1991, 663 Ls.; *BVerfGE* 85, 386 (401) = NJW 1992, 1875 = NVwZ 1992, 765 Ls.; *BVerfGE* 87, 153 (177 f.) = NVwZ 1993, 55 Ls.; *BVerfGE* 100, 313 (402) = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 Ls.; *BVerfGE* 128, 282 (321 f.) = NJW 2011, 2113 = NZS 2011, 500 Ls.; stRspr.

99 Vgl. insoweit bereits das Zweite NC-Urteil.

100 Vgl. Art. 72 III 1 Nr. 6 GG.

101 Rn. 197 ff.

102 Rn. 197.

103 Rn. 204 am Ende.

104 Vgl. Rn. 120, 153 ff. und 195 ff.

105 Unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 35, 79 (112 ff.) = NJW 1973, 1176; *BVerfGE* 93, 85 (95) = NVwZ 1996, 709; *BVerfGE* 111, 333 (354 f.) = NVwZ 2005, 315.

106 In den Rn. 153 ff. und – teilweise wiederholend – in Rn. 195 ff.

107 Zu den bisherigen Regelungen, die ohne zureichende gesetzliche Grundlage zu weitreichende Spielräume gewährten, nimmt das *BVerfG* dann in Rn. 155 kritisch Stellung.

3. Anforderungen Auswahlgespräche und Studierfähigkeitstests als Eignungs- und Begabungsmesser

Bei Studierfähigkeitstests und qualifizierten Auswahlgesprächen hänge deren Aussagefähigkeit maßgeblich von ihrer Ausgestaltung ab. Insbesondere Auswahlgespräche würden das Risiko tragen, durch unreflektierte subjektive Eindrücke überlagert zu werden und dann nicht die Gewähr einer hinreichenden Sachgerechtigkeit und Vergleichbarkeit ihrer Ergebnisse bieten. Deshalb müsse sichergestellt werden, dass sie hinreichend strukturiert sind, auf die Ermittlung der Eignungszielen und einer diskriminierenden Anwendung vorgebeugt werde.

IX. Ausblick und rechtsstaatliche Anforderungen an das neue Vergabeverfahren – Die Diskussion muss sofort beginnen

These: Die Diskussion über die Ausgestaltung des neuen Vergabeverfahrens muss sofort beginnen. Falls aus zeitlichen Gründen erforderlich, muss ein zeitlich befristetes Übergangsverfahren – auch zur Erfahrungssammlung „vorgeschaltet“ werden.

Die nachstehenden Ausführungen sind – auch aufgrund der gebotenen Kürze der Zeit zwischen der Veröffentlichung des Urteils am 19.12.2017 und dem Erscheinen dieses Beitrags nicht vollständig. Die dem jeweiligen Teil zur Wartezeit-zulassung, zum Test und zum Auswahlgespräch vorangestellten Thesen, die durch die jeweils nachstehenden Ausführungen begründet werden, können und sollen aber als erste Diskussionsgrundlage dienen. Diese Diskussion duldet angesichts auch der geringen Zeit zwischen der Veröffentlichung des Urteils und des Ablaufs der Übergangsfrist keinen Aufschub.

1. Kürze der „Auslaufrist“ für das alte Recht

Die vom *BVerfG* gesetzte Frist zur Neuregelung bis zum 31.12.2019 ist angesichts der Kompliziertheit der Materie, der Einigungspflicht der Länder auf einen neuen StV und dessen Ratifizierung in den Länderparlamenten äußerst knapp bemessen. Daher erscheint es angebracht, zunächst statt einer sofort greifenden Neuregelung dieser ein „Vorschaltgesetz“ im Sinne eines Übergangsverfahrens vorzuschalten, wie es ein solches bereits aufgrund des HRG 1976 und des SV 1978 bis einschließlich SS 1986 gegeben hat, bevor dann zum WS 1986/1987 das Besondere Auswahlverfahren galt.¹⁰⁸ Auch damals gab es nur eine kurze Zeitspanne zwischen dem Zweiten NC-Urteil vom 8.2.1977 und der Einführung des Übergangsverfahrens zum Besonderen Auswahlverfahren.

Allerdings gibt es einen Unterschied: Das *BVerfG* hat im Zweiten NC-Urteil das damalige System als zwar beschleunigt abzulösen, aber noch nicht verfassungswidrig“ angesehen. Damals existierte jedoch bereits ein neues – künftiges – Auswahlverfahren, das vom *BVerfG* „als solches nicht von vornherein als verfassungsrechtlich bedenklich“ angesehen wurde. Etwas derartiges existiert derzeit nicht.

Es spricht daher nach unserer Auffassung nichts dagegen, in einem Übergangsverfahren jedenfalls Erfahrungen hinsichtlich der Wartezeitbegrenzung zu sammeln.

2. Anwendbarkeit der Rechtsprechung des *BVerfG* auf die anderen Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens (SfH-Studiengänge) und auf Studiengänge der direkten Hochschulvergabe – Ortsbewerbung oder Dialogorientiertes Serviceverfahren (DoSV)

These 2: Das neue Vergabeverfahren muss sämtliche Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens (SfH-Studiengänge) und die Studiengänge der direkten Hochschulvergabe – Ortsbewerbung oder Dialogorientiertes Serviceverfahren (DoSV) umfassen. Ausnahmen sind gesetzlich oder staatsvertraglich vorzugeben.

Angesichts der speziell auf die Humanmedizin bezogenen Entscheidung steht natürlich die Anwendung auf andere – zuvorderst die medizinischen – Studiengänge im Raum.¹⁰⁹ Dies beruht darauf, dass die Auswahlgrenzen in den beiden anderen medizinischen Studiengängen fast ebenso hoch sind wie in der Medizin,¹¹⁰ aber auch in anderen Studiengängen wie Psychologie und Soziale Arbeit nicht wesentlich darunter liegen. Derzeit sind mehr als 40 % aller Studiengänge zulassungsbeschränkt.

Auch betrifft die Forderung des *BVerfG* nach einem „Ausgleichsmechanismus für die nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit der HZB-Noten“¹¹¹ ja alle Studiengänge mit Zulassungsbeschränkungen, zB auch die „großen“ Studiengänge wie BWL, Jura, die Lehramtsstudiengänge und die Psychologie.

Ausnahmen kann es nach *BVerfG*¹¹² nur für ganz spezielle Fächer geben. Hierzu hat die Rechtsprechung bereits zu den so genannten Eignungsfeststellungsprüfungen – obligatorisch oder freiwillig – bereits zahlreiche Erkenntnisse geliefert.¹¹³

Der Gesetzgeber muss hierzu konkrete Vorgaben machen, wie sie zB in Art. 44 IV 1 BayHochschG mit den „besonderen qualitativen Anforderungen“¹¹⁴ enthalten sind. Diese sind jeweils zu begründen: Der Studiengang muss besondere Anforderungen stellen, bezüglich deren die HZB nur eingeschränkte Aussagekraft hat. Die besonderen Qualifikationsvoraussetzungen müssen „objektiv zwingend aus der Eigenart des jeweiligen Studiengangs abgeleitet werden können.

108 Ausführlich zum Übergangsverfahren *Bahro*, Hochschulzulassungsrecht, 1. Aufl. 1972, Art. 16 StV, 106 ff.; kritisch *Becker*, NVwZ 1983, 204 (208).

109 Dies gilt bereits aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit der Abiturzeugnisse.

110 Im WS 2017/2018 war in der ZM in der Regel eine HZB-Note zwischen 1,0 und 1,4 erforderlich und eine Wartezeit von 12 Semestern bei 2,5, andernfalls 13 Semester; in der Tiermedizin waren es Noten zwischen 1,1 und 1,4 und 10 Wartesemester bis 2,3, andernfalls 11 Semester.

111 Hierzu Rn. 173, 182, 186, 191, 246 f.

112 Rn. 120.

113 Vgl. die Rechtsprechungsdarstellung bei *Brehm/Zimmerling*, Eignungsprüfungen und Master-Zulassungsvoraussetzungen als Studienzulassungshürde, NVwZ 2012, 1376; auch zu den Grenzen rechtmäßiger Eignungsfeststellungsverfahren sowie *Lindner*, Aktuelle Entwicklungen im Hochschulzugangrecht, NVwZ-Extra Nr. 6, 1 ff. bei Fn. 8 ff.

114 Dazu *VG Augsburg*, Beschl. v. 21.10.2008 – Au 3 E 08.1186, BeckRS 2008, 44719; *VG München*, Beschl. v. 1.10.2008 – M 4 E 08.4233, BeckRS 2011, 47695; *VG München*, Beschl. v. 22.12.2009 – 7 CE 09.2466, *BayVGHE* 62, 160 = NVwZ-RR 2010, 355; *VG Bremen*, Beschl. v. 28.10.2011 – V 1100/11, BeckRS 2011, 55373: „Das Eignungsfeststellungsverfahren darf nicht als ‚verkapptes‘ Instrument der Auswahl im Rahmen der Zulassung mißbraucht werden“.

Dahinter steht immer der Gedanke: Durch Eignungsfeststellungsverfahren soll den Hochschulen die Möglichkeit gegeben werden, nicht mehr jeden (Fach-)Abiturienten „nehmen zu müssen“.¹¹⁵

3. Anforderungen an das Auswahlverfahren der Hochschulen – allgemein

Bereits im Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, rügt das *BVerfG* das AdH als verfassungswidrig, da für einen hinreichenden Teil der Studienplätze neben der Abiturnote keine weiteren Auswahlkriterien mit erheblichem Gewicht Berücksichtigung finden.

Die Verwendung des Plural geschieht in doppelter Hinsicht: Zum einen macht das *BVerfG* damit deutlich, dass der Gesetzgeber verschiedene weitere Auswahlkriterien normieren kann. Wir meinen jedoch, dass sich aus den – zustimmend zitierten – Ausführungen zum „Masterplan Medizinstudium 2020“ ergibt, dass jedenfalls zwei weitere Auswahlkriterien neben der HZB-Note herangezogen werden müssen.

These: Der Gesetzgeber muss vorsehen, dass die Hochschulen im AdH jedenfalls zwei weitere Auswahlkriterien neben der HZB-Note heranziehen.

4. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Regelung des Testverfahrens

These: Die Gewichtung eines Studienfähigkeitstests gegenüber den anderen Auswahlkriterien, insbesondere der Note der HZB bedarf einer gesetzlichen/staatsvertraglichen Regelung.

These: Der Gesetzgeber eines Bundeshochschulzulassungsgesetzes/der zu ratifizierende StV 2019 müssen zwingend die jedenfalls einmalige Wiederholbarkeit des Tests für die medizinischen Studiengänge und anderer Testverfahren wie Ham-Nat als prüfungsähnlicher Verfahren vorsehen und – ähnlich den ärztlichen Prüfungen – verfahrensmäßige Vorkehrungen treffen, jedenfalls diesen Prüfungsverfahren entsprechende gesetzliche Vorbestimmungen schaffen. Eine Satzungsregelung – wie bisher die – für alle Teilnehmer am TMS geltende Satzung der Universität Heidelberg Universität Heidelberg für die Zulassungen zu den Studiengängen Medizin und Zahnmedizin (hochschuleigenes Auswahlverfahren) reicht nicht aus.

These: Die Zulassung zu einem Studierfähigkeitstest kann zahlenmäßig begrenzt werden. Eine Zulassung nach HZB-Note ist verfassungswidrig.

These: Ein formelles rechtsstaatliches Verfahren ist auch für die Anfechtung des Testergebnisses vorzusehen. Es muss diskutiert werden, ob die Anfechtung des Testergebnisses von der abschließenden Auswahlentscheidung im AdH „entkoppelt“ werden sollte.

wird festgestellt, inwieweit der Bearbeiter komplexe Informationen, welche in längeren Texten, Tabellen oder Graphiken dargeboten werden, zu erfassen und richtig zu interpretieren vermag, ferner, wie gut er mit Größen, Einheiten und Formeln umgehen kann. Des Weiteren prüft der TMS die Merkfähigkeit, die Genauigkeit der visuellen Wahrnehmung, das räumliche Vorstellungsvermögen und die Fähigkeit zu konzentriertem und sorgfältigem Arbeiten. Nicht geprüft werden fachspezifische Kenntnisse, die Gegenstand der Abitur- oder einer anderen Prüfung sind, die die Hochschulreife vermittelt.

Lizenzgeber des Tests ist eine Schweizer Firma. Bei der Aufstellung der Prüfungsaufgaben wird festgelegt, welche Antworten als zutreffend anerkannt werden. Zum Zweck ihrer Erprobung können in den Test Aufgaben aufgenommen werden, die nicht in die Wertung eingehen. Die Dauer des Tests beträgt ca. fünf Stunden. Der Test bzw. die Untertests sind jeweils innerhalb einer festgesetzten Zeit zu bearbeiten.

Das Testergebnis wird von der ITB Consulting GmbH, Bonn, ermittelt und den Testteilnehmerinnen und -teilnehmern mitgeteilt. Die Ermittlung und Darstellung des Testergebnisses ergibt sich aus der Anlage 1 zur genannten Satzung.

Die am TMS beteiligten Hochschulen beauftragen die zentrale TMS-Koordinationsstelle, die an der Medizinischen Fakultät Heidelberg angesiedelt ist, mit der Organisation und Koordination des TMS. Details und Regelungen des TMS sind in der Satzung der Universität Heidelberg¹¹⁶ für die Zulassungen zu den Studiengängen Medizin und Zahnmedizin (hochschuleigenes Auswahlverfahren) festgelegt.

bb) *Gewichtung des Tests durch gesetzliche Regelung erforderlich.* Die Gewichtung des Tests ist bisher gesetzlich nicht vorgeschrieben, sondern erfolgt in den jeweiligen Auswahlsatzungen.

So sehen zB die Auswahlsatzungen der Universitäten Frankfurt a. M., Halle, Köln und Mainz für HM und ZM jeweils eine Gewichtung von Note der HZB und Test im Verhältnis von 51 % zu 49 % vor, ebenso die Uni Bochum für HM. Bei der Uni Leipzig wird 60 % zu 40 % gewichtet. Andere Universitäten sehen – je nach Testergebnis – eine Verbesserung der HZB-Note um bis zu 0,8 für die 10 % Testbesten vor, so die Uni Erlangen und die LMU. Als maximale Verbesserung sehen die Unis Göttingen, Freiburg und Kiel jeweils 0,5 % bei den 10 % Testbesten an. Bei der Medizinischen Universität Lübeck führt ein Prozentwert von 50 oder höher – nicht weiterdifferenziert – zur Verbesserung der HZB-Note um 0,4.

Die besondere Bedeutung des Tests gerade auch für Medizinbewerber mit mittleren Durchschnittsnoten zeigt das Ergebnis einer Arbeitsgruppe, die untersucht hat, ob die Gewichtung des TMS, die darauf abzielt, die Zulassung potenziell leistungsschwacher Abiturbesten zu reduzieren und stattdessen die Zulassung potenziell leistungsstarker Bewerber zu fördern, die mittelmäßige Schulabgangsnoten mitbringen, gerechtfertigt ist.¹¹⁷

a) *Einige Fakten zum Test.* aa) *Geschichtliches und Organisatorisches.* Der Test für Medizinische Studiengänge (TMS) wurde erstmals 1986 eingeführt und ist ein spezifischer Studierfähigkeitstest, der das Verständnis für naturwissenschaftliche und medizinische Problemstellungen prüft. Mit Hilfe des Tests, der aus verschiedenen Untertests besteht,

¹¹⁵ So zu Recht *Lindner*, NVwZ-Extra, 6/2010 bei Fn. 8 ff.

¹¹⁶ Satzung der Universität Heidelberg für die Zulassungen zu den Studiengängen Medizin (Fakultät Heidelberg), Medizin (Fakultät Mannheim) sowie Zahnmedizin jeweils mit Abschluss Staatsexamen nach dem hochschuleigenen Auswahlverfahren (AdH) v. 17.12.2012 und 11.2.2015, <http://www.tms-info.org/fileadmin/pdf/auszugsatzungtmsbereich.pdf>.

¹¹⁷ *Kadmon/Kadmon*, GMS 2016, 15 ff.

Hierbei wurde der prognostische Beitrag der Abiturnote zur Studienleistung und zur Studienkontinuität im vorklinischen Abschnitt des Medizinstudiums an zwei Studierendengruppen untersucht:

- Abiturbeste (Abiturnote 1,0, Abiturnote 823–900) und
- mittelmäßige Abiturienten (Abiturnoten 2,0–2,3, Abiturnote 689–660).

Sodann wurden beide Gruppen im Verhältnis zu ihren TMS-Ergebnissen verglichen.

In beiden Gruppen sagte der TMS die Studienleistung und die Studienkontinuität besser vorher als die Abiturnote. Die Studienverlängerungs- und -abbruchrate war am stärksten mit der Nichtteilnahme am TMS assoziiert.

Studierende mit mittelmäßigen Abiturnoten und TMS-Ergebnissen (standardisiertem Testwert) ≥ 125 erzielten ähnlich gute Studienleistungen wie die Abiturbesten. Mittelmäßige Schulabgänger mit TMS-Ergebnissen zwischen 110–124 erbrachten im Schnitt weniger gute aber noch ausreichende Studienleistungen.

Abiturbeste mit mittelmäßigen TMS-Ergebnissen und 30 % der Abiturbesten, die nicht am TMS teilgenommen hatten, erreichten nicht das Studienleistungsniveau der meisten Studierenden mit mittelmäßigen Abiturnoten und sehr guten TMS-Leistungen.

Daraus gewann die Arbeitsgruppe die Erkenntnis, dass der TMS geeignet ist, zwischen potenziell erfolgreichen und weniger erfolgreichen Studierenden beider Abiturnotenbereiche zu differenzieren. Mittelmäßige Abiturienten mit besonders hohen TMS-Ergebnissen erreichten bessere Studienergebnisse im vorklinischen Studienabschnitt als die Abiturbesten, die im TMS nur mittelmäßigen Erfolg hatten. Diese Beobachtungen rechtfertigen die Anwendung des TMS, um die Chancen von Studienbewerbern mit mittelmäßigen Abiturnoten am Wettbewerb um die Studienplätze zu erhöhen.

Unter Berücksichtigung des Ausführungen der *BVerfG* zum Gesetzesvorbehalt erweist es sich daher als unumgänglich, dass angesichts der Bedeutung des Tests für eine chancengerechte Auswahl die Gewichtung im Verhältnis zur HZB-Note gesetzlich oder staatsvertraglich normiert wird.

cc) *Inhaltliches*. Die im TMS verlangten Leistungen entsprechen im Wesentlichen solchen Anforderungen, die in verschiedenen Intelligenz, Konzentrations- und Eignungstests gestellt werden. Im Einzelnen geht es um Aspekte wie Merkfähigkeit, räumliches Vorstellungsvermögen, Konzentrationsfähigkeit, visuelle Wahrnehmungsfähigkeit, mathematisches und naturwissenschaftliches Verständnis. Bei diesen Fähigkeiten handelt es sich nicht nur um schicksalhaft ererbte Größen, sondern sie entwickeln sich in Abhängigkeit von bestimmten Umweltbedingungen mehr oder weniger gut.

Zwar behaupten die Testersteller immer wieder, dass der Test nicht *trainierbar* sei oder durch Übung bzw. Training jedenfalls keine so signifikante Steigerung der Ergebnisse erzielt werde, dass sich ein solches Testtraining rechnen oder rentiere. Warum aber sollten sie dann nur eine einmalige Teilnahme am Test zulassen?

Wir sind jedoch aufgrund der Erfahrungen unserer zahlreichen Mandanten anderer Auffassung. In verschiedenen Trainings- und Förderungsprogrammen, sei es beim TMS in der Bundesrepublik Deutschland, sei es bei den Testen in der Schweiz und in Österreich, haben die Teilnehmer durch den Einsatz gezielter Anstrengungen stets eine Leistungssteigerung erzielt.¹¹⁸

Alle im TMS verwendeten Aufgaben werden vor ihrer Verwendung erprobt. Zu diesem Zweck erhalten manche Aufgabengruppen jeweils neben 18–20 gewerteten Aufgaben einige Probeaufgaben.¹¹⁹

b) *Rechtsstaatliche Grundsätze erfordern jedenfalls eine einmalige Testwiederholung – Die Zulassung zum Ham-Nat an der Charité und der Universität Hamburg darf hinsichtlich der Ortspräferenz begrenzt, nicht aber von der HZB-Note oder einer Verfahrensnote abhängig gemacht werden.*

aa) *Zur Wiederholbarkeit des Tests*. Das bisherige Vergaberecht – konkret die TMS-Satzung in § 5 Buchst. e sieht eine Wiederholung des TMS – anders als beim HAM-Nat – nicht vor. Entsprechende Regelungen gibt es weder im HRG noch im Staatsvertrag 2008 noch in den Landes-Hochschulzulassungsgesetzen. Demgegenüber schließen die Charité und die Universität Hamburg eine Wiederholbarkeit des Ham-Nat nicht aus.

Für den Ausschluss der Wiederholbarkeit müsste der Gesetzgeber eine Regelung treffen: Soweit geht nach dem Dritten NC-Urteil die Satzungsautonomie der Hochschulen nicht. Insbesondere spricht alles gegen eine Rechtmäßigkeit der oben genannten TMS-Satzung. Mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage ist die Nicht-Wiederholbarkeit verfassungswidrig.

Noch 1986 hatte das OVG Münster¹²⁰ gegen die Nichtwiederholbarkeit des Tests – damals gab es noch kein AdH – generell erhebliche Bedenken angemeldet und eine Wiederholbarkeit jedenfalls für den ersten Testtermin, den 19.2.1986, vorgeschrieben. In einem sehr eingehenden und differenzierenden Beschluss zum nächsten Studienjahr vom 9.10.1987¹²¹ hielt dann das OVG Münster die Beschränkung der Wiederholbarkeit – situationsabhängig – für gerechtfertigt. Die damalige Begründung trifft allerdings – sieht man sich die für eine Wiederholung des TMS sprechenden durchaus gewichtigen Argumente an – auf heutige Verhältnisse nicht mehr zu: Empfindlichkeit des Testinstruments beim Einsatz in einem Massenverfahren, die graduelle Abhängigkeit des Testergebnisses von der „Tagesform“ und die sonstigen individuell-subjektiven Einflüsse auf das Leistungsvermögen, die unvermeidlichen Unterschiede in den äußeren Durchführungsbedingungen und die Möglichkeit einer Verbesserung der Zuverlässigkeit durch eine Mittelwertbildung bei einer Mehrfach-Messung sprechen für eine – jedenfalls – einmalige Testwiederholung.

Die Gesichtspunkte, die damals nach Auffassung des OVG Münster die Gründe für eine Wiederholbarkeit des TMS aufgewogen haben, waren jedoch zeit- und situationsabhängig: Gegenüber dem Beschluss vom 10.12.1986 hätten sich zunehmend günstigere Verfahrensergebnisse herausgestellt, die die Folgen der Nichtwiederholbarkeit für die Bewerber in einem anderen Licht erscheinen ließen. Damals war es nämlich – anders als gegenwärtig – möglich, die notwendige Wartezeit über die verschiedenen Möglichkeiten, in kurzer Zeitfolge einen Bonus von sieben oder gar acht Bewerbungen

118 Näher dazu *Brehm/Zimmerling/Brehm-Kaiser/Zimmerling*, Erfolgreich zum Wunschstudienplatz, 2. Aufl. 2015, 65 ff.

119 Im Test 2016 waren es 4–6 Probeaufgaben, die bei der Ermittlung der Testergebnisse nicht berücksichtigt werden. Insgesamt wurden von 204 Fragen nur 178 bewertet, Mitteilung der Testergebnisse. 22.6.2016 über den Test vom 30.4.2016, S. 3, vorgelegt im Verfahren *VG München*, Beschl. v. 21.2.2017 – M 3 E 16.4981, BeckRS 2017, 103518. Auch seien Fragen annulliert worden; Näheres sogleich.

120 OVG Münster, Beschl. v. 10.12.1986 – 11 B 2628/86, NJW 1987, 1505 = NVwZ 1987, 622 Ls. = BeckRS 9998, 99201.

121 OVG Münster, Beschl. v. 9.10.1987 – 11 B 1951/87, NVwZ-RR 1989, 189 = BeckRS 9998, 81967.

semestern zu erlangen (zB Ableistung eines Dienstes und anschließende Lehre) zu erreichen.

Dass zum Wintersemester 1987/88 für eine Zulassung im Studiengang Medizin sechs bzw. sieben Bewerbungssemester, im Studiengang Zahnmedizin neun bzw. zehn Bewerbungssemester ausreichten, war für das *OVG Münster* „ganz erheblich“, da – aus der Sicht des WS 1987/88 im Studiengang Medizin – praktisch die Garantie bestand, dass alle Bewerber, wenn sie sich zweckentsprechend verhalten und einen Bonus von vier Bewerbungssemestern erwerben, sei es über die Ableistung eines Dienstes, sei es durch den Abschluss einer Lehre, nach einer realen Wartezeit von nur zwei Jahren zugelassen werden könnten, im Studiengang Zahnmedizin nach höchstens drei Jahren. Daneben gab es noch die Möglichkeit, über das Auswahlgespräch zugelassen zu werden.

Bei einer sinnvoll zu überbrückenden realen Wartezeit von zwei oder drei Jahren spielte nach Auffassung des *OVG Münster* die Auswahl im Rahmen der vom Testergebnis abhängigen Quoten nicht mehr die Rolle einer Selektionsentscheidung. Es könne nicht (mehr) von einer überlangen Wartezeit die Rede sein, die für die nicht sofort Zugelassenen ihre chancenausgleichende Wirkung verloren habe. Damit wiederum entscheiden die testabhängigen Kriterien nur noch über die Frage einer Bevorzugung durch sofortige Zulassung zum Studium.

Im Übrigen sind heute für die Entscheidung über die Wiederholbarkeit des Tests als AdH-spezifisches Mit-Auswahlkriterium die Gerichte des in erster Präferenz gewählten Studienorts zuständig.¹²² Dies gilt im Übrigen auch für die Anfechtung der Durchführung oder des Ergebnisses des Auswahlgesprächs als Zulassungskriterium im AdH.

bb) *Vorauswahl zum Test*. Für den TMS findet eine Vorauswahl – mit der Ausnahme, dass der Bewerber nicht bereits einmal teilgenommen hat – nicht statt. Demgegenüber begrenzen sowohl die Charité als auch die Universität Hamburg die Auswahl der Teilnehmer strikt:

Nach § 8 der Satzung über das Auswahlverfahren der Charité-Universitätsmedizin Berlin für die Studiengänge Medizin und Zahnmedizin¹²³ ist die Teilnahme am Studierfähigkeits-test auf 850 Personen für den Studiengang Medizin und 150 Personen für den Studiengang Zahnmedizin begrenzt. Die Teilnahmeplätze werden jeweils nach Ranglisten vergeben, die aus den Durchschnittsnoten der Hochschulzugangsberechtigungen gebildet werden.

In Hamburg können 1500 Bewerber mit 1. Ortspräferenz am Auswahlverfahren teilnehmen, die nach HZB-Note ausgewählt werden. Davon erhalten 100 einen Platz nach Abi/Ham-Nat und die weiteren Studienplätze werden nach einer Kombination von Abi/Ham-Nat/Auswahlgespräch vergeben. Da wiederum für den Ham-Nat nach HZB-Note ausgewählt wird, ergibt sich auch in Hamburg annähernd eine 80 %ige Abiturbestenquote.

c) *Der TMS als prüfungsähnliches Verfahren und die Rechtsfolgen der Qualifizierung*. Der TMS ist ein prüfungsähnliches Verfahren. Sein Ergebnis entscheidet zwar nicht allein, aber wesentlich auch über den Studien- und Berufszugang der Teilnehmer am AdH. Daher muss auch die Überprüfbarkeit seiner Durchführung und Bewertung rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere Art. 12 I GG genügen.¹²⁴ Entgegen der Auffassung des *VGH München*¹²⁵ können daher die Testaufgaben als Prüfungsaufgaben grundsätzlich nicht als ihrem Wesen nach geheimhaltungsbedürftig angesehen

werden. Für sie gilt das Gleiche wie für die Aufgabenhefte des IMPP bei medizinischen Prüfungen. Daher erweisen sich auch Entscheidungen des *VG München*¹²⁶ zum TMS und des *VG Köln*¹²⁷ zum TM-Wiso-Test bereits von den Grundlagen her als falsch:

Im Münchener Fall war der Bewerber/Antragsteller in der Abi/Testkombination knapp gescheitert; hätte er einen um einen Prozentpunkt besseren Test gemacht – er hatte 79 % erreicht – wäre er aufgrund der dann höheren Notenverbesserung von 0,6 mit hoher Wahrscheinlichkeit an der LMU München zum WS 2016/2017 zugelassen worden. Er erhob Klage und wandte sich – parallel – an die TMS-Koordinierungsstelle an der Universität Heidelberg mit der Bitte, ihm seinen TMS und dessen Auswertung zukommen zu lassen oder zugänglich zu machen. Die Koordinierungsstelle lehnte den Antrag mit der Begründung ab, mit der jährlichen Testerstellung und -auswertung sei die *ITB Consulting GmbH* in Bonn beauftragt; der Antragsteller möge sich mit dieser in Verbindung setzen, die sein Testergebnis im Einzelnen mit ihm durchgehen und alle seine Fragen zur Testauswertung beantworten werde.

Die ITB lehnte den Antrag, ihm seinen TMS und dessen Auswertung zugänglich zu machen, mit der Begründung ab, dass das Testergebnis des Antragstellers nochmals überprüft worden sei, die Angaben des Testberichts seien bestätigt worden. Gegenüber der ITB bestehe kein Anspruch auf Einsicht in die Testhefte. Die ITB sei nicht „beliehen“; stehe jedoch für weitere Auskünfte zum Testergebnis zur Verfügung. Der Test sei geheimhaltungsbedürftig: Auch die Universitäten hätten keinen Zugriff auf die Tests.

Einen dann gestellten EA-Antrag lehnte das *VG München*¹²⁸ ab. Die Begründung ist rechtsfehlerhaft.¹²⁹ Es ist – auch unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren – nicht rechtmäßig, dass Universitäten über die TMS-Koordinierungsstelle eine private Schweizer Firma mit der Erstellung und Be- bzw. Auswertung des Tests beauftragen und dann der Teilnehmer in dem Verfahren gegen die auswählende Universität keine fachlichen Einwendungen erheben kann. Der Gesetzgeber muss das Testverfahren auf rechtsstaatlich tragende Füße stellen. Die Argumentation der LMU in jenem Verfahren, dass weder die Koordinierungsstelle noch die ITB den Weisungen oder der Fachaufsicht derjenigen Universitäten unterstünden, die das Ergebnis des TMS berücksichtigen, zeigt ein absolutes Defizit des Grund-

122 Vgl. *VG Gelsenkirchen*, Beschl. v. 29.9.2014 – 6 a L 1244/14 Rn. 7 ff.; Beschl. v. 2.10.2015 – 6 z L 1804/15, BeckRS 2015, 54197, und Gerichtsbescheid v. 5.3.2015 – 6 z K 3908/15, n. v., *Brehml/Maier*, DVBl 2016, 1166 (1173 unter 7).

123 https://www.charite.de/fileadmin/user_upload/portal/studium/bewerbung/Auswahlsatzung_Medizin_und_Zahnmedizin.pdf.

124 Vgl. hierzu *BVerwG*, Urt. v. 9.12.1992 – 6 C 3/92, *BVerwGE* 91, 262, 265 = NVwZ 1993, 677 = NJW 1993, 2546 Ls. = BeckRS 9998, 170298; aA *Babro/Berlin*, Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl., Art. 14 StV Rn. 40 mit einer situationsbezogenen, heute nicht mehr zutreffenden Begründung.

125 *VGH München*, Beschl. v. 13.5.1985 – 7 C 85 A. 634, NVwZ 1985, 599 = BeckRS 9998, 90729.

126 *VG München*, Beschl. v. 21.2.2017 – M 3 E 16.4981, BeckRS 2017, 103518; die gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde erledigte sich durch anderweitige Zulassung im Vergabeverfahren des SS 2017, zudem der Bewerber eine Zulassung an der Universität Köln erhielt. Der *VGH München* hob die Kosten des erledigten Verfahrens mit der Begründung gegeneinander auf, dass das Erledigungsverfahren nicht dazu da sei, schwierige Rechtsfragen zu klären.

127 *VG Köln*, Beschl. v. 14.9.2016 – 6 L 891/16, BeckRS 2016, 111623.

128 *VG München*, Beschl. v. 21.2.2017 – M 3 E 16.4981, BeckRS 2017, 103518.

129 Grundlegende Erkenntnisse verdanken wir dem Kollegen *Rudolf Riechwald* in München, der dieses Verfahren geführt hat.

rechtsschutzes durch Verfahren auf: So fordert das *BVerfG* im Urteil¹³⁰ erneut im Bereich grundrechtlicher Teilhabeanprüche – gerade in Konkurrenzsituationen – eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung, denn diese kann Einfluss auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung haben. Einer chancenoffenen Gestaltung bedürften somit nicht nur die materiellen Auswahlmaßstäbe, sondern auch das Zulassungsverfahren selbst. Dazu gehört aber auch eine hinreichende Verfahrenstransparenz.

Im Kölner Fall meinte das *VG*, dass der Testentwickler, nicht im Auftrag der Universität tätig werde, die den fachspezifischen Studierfähigkeitstest nicht vorschreibe. Er sei auch dadurch, dass sich die Uni zur Durchführung des Testes seiner Hilfe bediene, nicht als „Beliehene“ tätig, dafür fehle ein konstituierender Rechtsakt. Vielmehr melde sich der Studienbewerber für die Teilnahme am Test an, um die Chancen seiner Bewerbung zu verbessern. Somit nehme der Testentwickler (nur) eine vorbereitende Unterstützungshandlung wahr.¹³¹

Wie man das Testergebnis nach Art. 10 I Nr. 3 c StV 2008 verfahrensrechtlich und materiell-rechtlich verortet, ist bisher noch nicht rechtlich untersucht. So könnte man erwägen, in einem gegen die konkrete Wunschhochschule gerichteten Rechtsstreit um die Zulassung im AdH eine Beiladung des Trägers des Testes zu erwirken. Dies gilt vor allem, wenn man eine verselbstständigte Rechtsträgerschaft und Binnenverantwortung der TMS-Koordinierungsstelle annimmt.

Diese als Träger des Tests müssten dann ihr Ergebnis im konkreten Fall verteidigen. Problematisch ist jedoch, wie der Bewerber dabei prozessual – gerade in einem Eilverfahren – vorgehen kann. Wie kann man den Teilnehmer in den Stand setzen, etwas Sinntragendes gegen den Test allgemein und sein Testergebnis im Besonderen vorzubringen?

Eine Notenverbesserung der HZB bekommt man auch nicht im Eilverfahren, erst recht nicht in einem Eilverfahren gegen die Hochschule in AdH-Streitsachen. Vielleicht kann man auch eine Brücke schlagen zu der Frage, inwieweit der Ast. das Ergebnis des Auswahlgesprächs nach Art 10 I Nr. 3 e StV in einem Eilverfahren AdH überprüft bekommt. Hier besteht jedenfalls eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Ergebnis des Tests. Auf jeden Fall würde man durch die einmalige Wiederholung mancher „Baustelle“ vorbeugen.

aa) *Einstufigkeit oder Zweistufigkeit der gerichtlichen Überprüfung des Testergebnisses*. Ein großes Problem bei der Überprüfung und Beanstandung des Testergebnisses ist, dass derzeit das Testergebnis nur indirekt mit einer Klage gegen den Ablehnungsbescheid der Hochschule im AdH-Verfahren angefochten werden kann (Einstufiges Verfahren). Nach unserer Auffassung wäre allerdings eine zweistufige Lösung, die das Testergebnis, das ja ohnehin nur zusammen mit der HZB-Note gewichtet wird, vom Ablehnungsbescheid zu entkoppeln, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen und gesondert anfechtbar zu machen, kontraproduktiv, da es zur Notwendigkeit zweier gerichtlicher Verfahrensstränge führt: Einerseits gegen das Ergebnis des Tests am *VG Heidelberg* und andererseits ein Klageverfahren am Studienort erster Präferenz – und dies möglicherweise jeweils noch mit einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren. Dies ist in der Regel für einen Studienbewerber nur schwer finanzierbar.

Andererseits: Es gibt Parameter, die im AdH-Verfahren quasi „vor der Klammer“ stehen wie zB die DN der eingereichten HZB. Ob die HZB beanstandungsfrei ist oder gegebenenfalls später in einem gegen die Schule geführten prüfungs-

rechtlichen Verfahren evtl. verbessert wird, ist für das AdH-Verfahren erst bei einer nachgehenden Änderung der Note von Bedeutung. Eine Testwiederholung gibt es jedoch derzeit nicht. Hier schlagen wir „eine Brücke“ zu der – später zu beantworteten – Frage, inwieweit ein Bewerber das Ergebnis des Auswahlgesprächs nach Art. 10 I Nr. 3 e StV 2008 in einem Eilverfahren gegen die Nichtzulassung im AdH überprüfen lassen kann, da hier jedenfalls eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Ergebnis des Tests besteht.¹³²

bb) *Anordnungsgrund setzt beim einstufigen Verfahren die Chance der Zulassung bei Ergebniskorrektur voraus*. Prozessual aber muss für den Teilnehmer bei Anfechtung des Testergebnisses eine Chance bestehen, im Falle der Verbesserung auch unmittelbar eine Zulassung zu erhalten, wie es in dem oben geschilderten Fall des *VG München*¹³³ möglich war: Insoweit halten wir die Relevanzrechtsprechung des *VGH Mannheim* und des *OVG Bautzen* bei Fehlern im Auswahlverfahren¹³⁴ für anwendbar: Die Testaufgaben sind vorzulegen, wenn eine konkrete Chance besteht, dass der Antragsteller zuzulassen gewesen wäre. Auch bei der Anfechtung von medizinischen Prüfungen denkt ja niemand daran, die Vorlage der Aufgabehefte zu verweigern.¹³⁵

cc) *Weitere Probleme*. Richtiger Antragsgegner ist beim einstufigen Verfahren auch aufgrund der Einheitlichkeit der Rechtsmittelbelehrung die Hochschule kein Problem. Verfassungswidrig ist daher zB § 3 II der Satzung der den TMS im AdH berücksichtigenden Universität Leipzig idF der 4. Änderungssatzung vom 11.11.2009, wonach durch die Teilnahme am TMS ein Rechtsverhältnis zur Universität Leipzig nicht begründet wird.

Beim zweistufigen Verfahren ist wohl die Testbehörde der richtige Antragsgegner, da ja – wie bei der Bewertungsanfechtung der HZB-Note die beiden Vorgänge verwaltungsmäßig „entkoppelt“ sind.

Die Probleme, die dadurch entstehen, dass die Lizenzrechte am TMS bei einer Gesellschaft liegen, die in der Schweiz ihren Sitz hat, hat der Gesetzgeber/die Bundesländer zu beseitigen.

5. Die Problematik „strukturierter Auswahlgespräche“

These: Die Strukturierung der Auswahlgespräche, ihre Dauer, sowie Grundlagen der Bewertung und Auswahlentscheidung sind gesetzlich/staatsvertraglich gebunden.

These: Der Zugang zum Auswahlgespräch kann zwar durch die Wahl der Ortspräferenz, er darf jedoch nicht (allein) durch die HZB-Note begrenzt werden. Darüber hinaus muss die einmalige Wiederholbarkeit gesetzlich gewährleistet werden.

130 Rn. 114.

131 *VG Köln*, Beschl. v. 14.9.2016 – 6 L 891/16, BeckRS 2016, 111623 Rn. 35 ff.; vgl. für die Überprüfung besonderer Sachkunde nach § 36 GewO *BVerwG*, Beschl. v. 28.5.2014 – 8 B 61/13, DS 2014, 315 = BeckRS 2014, 54396, auch zu „prüfungähnlichen Verfahren“.

132 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 24.5.2011 – 9 S 599/11, NVwZ-RR 2011, 764; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 17.11.2014 – 2 B 264/14, <https://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/14B264.pdf>.

133 *VG München*, Beschl. v. 21.2.2017 – M 3 E 16.4981, BeckRS 2017, 103518.

134 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 24.5.2011 – 9 S 599/11, NVwZ-RR 2011, 764.

135 Aktuell zum Datenschutzrechtlichen Anspruch auf den Zugang zu eigener Prüfungsarbeit *EuGH*, Beschl. v. 20.12.2017 – C-434/16, BeckRS 2017, 136145.

These: Zum Auswahlgespräch muss mindestens die dreifache Bewerberzahl der in diesem Verfahren zu vergebenen Plätze zugelassen werden.

a) *Auswahlgespräche als Kriterium der Bewerberauswahl.*
 aa) „Vorauswahl“ nach *Qualifikation verfassungswidrig.* Im Rahmen des AdH können die Hochschulen auch strukturierte Auswahlgespräche durchführen. Von den insgesamt 33 Universitäten, die Studenten in *Humanmedizin* ausbilden – in der Zahnmedizin sind es einige weniger, in Tiermedizin gerade mal fünf Universitäten – sahen im WS 17/18 nur wenige¹³⁶ Hochschulen die Auswahl der Studenten im Rahmen des AdH auch in Kombination mit dieser nach einem Auswahlgespräch vor. Die Medizinische Universität Lübeck vergibt 100 % ihrer AdH-Plätze nach dem Ergebnis des Auswahlgesprächs. Sie hat der Zulassung zum Gespräch eine Vorauswahl nach 1. Ortspräferenz vorgeschaltet und lässt allein nach einer – gegebenenfalls verbesserten – Verfahrensnote nur eine beschränkte Anzahl¹³⁷ von Bewerbern zu. Im wesentlichen Gleiches gilt für die Uni Hamburg: Dort wird ebenfalls nach 1. Präferenz und HZB-Note vorausgewählt. Im Verfahren werden – nach Vorab-Auswahl einer HZB/Ham-Nat-Quote von 100 Plätzen alle weiteren Plätze nach der Kombination HZB/Ham-Nat/Auswahlgespräch ausgewählt. Damit kommt die Auswahl sowohl in Hamburg als auch in Lübeck einer – verkappten – Vergabe von annähernd 80 % der Plätze nach der Abiturbestenquote gleich. Diese Auswahl ist nach dem Dritten NC-Urteil verfassungswidrig. Dies hatte im Übrigen auch das *VG Mainz* bereits 2006¹³⁸ entschieden: Sinn und Zweck des Kriteriums „Auswahlgespräch“ verbieten es, bei der Frage, wer einzuladen sei, wiederum auf die Qualifikation abzustellen, denn über das Kriterium „Auswahlgespräch“ solle auch gerade den Bewerbern eine Chance eingeräumt werden, die über weniger gute Durchschnittsnoten verfügen.

bb) *Auswahlgespräche im Fokus der Jahre 1986 ff.* Auswahlgespräche waren erstmals aufgrund des Besonderen Auswahlverfahrens im WS 1986/1987 eines der Auswahlkriterien. *Becker*¹³⁹ hat bereits nach zwei Auswahlgesprächsterminen WS 1986/87 und SS 1987 positiv über die damals vorliegenden Erfahrungen berichtet. Diese besagten, dass die an den Auswahlgesprächen beteiligten Hochschullehrer diese als „wichtige Erfahrung“ bejahten. Die Mitglieder der Auswahlkommissionen seien in der Mehrzahl der Fälle auch unabhängig voneinander zu übereinstimmenden Entscheidungen gekommen. Als ausgesprochen problematisch wurde die Phase der endgültigen Entscheidung angesehen, die der Rektor oder Präsident auf der Grundlage der Reihungsvorschläge der Auswahlkommissionen zu treffen habe. Diese Kommissionen müssten ja zunächst die Teilnehmer der von ihnen durchgeführten Auswahlgespräche und sodann die Bewerbergruppen der jeweiligen Auswahlkommissionen in ein Verhältnis bringen. Die Zuspitzung ergab sich damals insbesondere dann, wenn eine Auswahlkommission der Auffassung war, mehr als ein Drittel der von ihr befragten Bewerber sei motiviert und geeignet.

Bei den Bewerbern bejahten nach den Erfahrungen der mit Zulassungsverfahren befassten Anwälte natürlich zunächst die Erfolgreichen die Auswahlgespräche. Die Nicht-Ausgewählten wollen in erster Linie die Gründe für ihre Ablehnung erfahren, weil diese aus dem Verlauf des Auswahlgesprächs regelmäßig nicht deutlich würden. Daher standen damals – wie heute – die „Verlierer“ häufig fassungslos vor der Dürftigkeit der Begründungen für die Kommissionsent-

scheidungen. Daran hat sich leider bis heute nicht viel geändert.¹⁴⁰

*Lindner*¹⁴¹ meint noch aktuell, dass Auswahlgespräche angesichts ihrer Punctualität, Zufallsbedingtheit und Willküranfälligkeit nur als ergänzendes, flankierendes Kriterium herangezogen und/oder ein bislang gezeigtes und im Reifezeugnis belegtes Begabungskriterium nicht infrage stellen dürften.

Dies dürfte jedoch mit dem Dritten NC-Urteil nicht (mehr) in Einklang zu bringen sein, wonach die „strukturierten Auswahlverfahren“ mehr oder weniger „gleichberechtigt“ neben der HZB-Note stehen,¹⁴² die allerdings das Übergewicht haben muss, was auch bereits bei 51 % HZB-Note zu 49 % Auswahlgespräch der Fall ist. So wird ja die Gewichtung des Test häufig von den Hochschulen geregelt.

b) *Rechtsprobleme der Auswahlgespräche.* aa) *Rechtstat-sächliches.* 1986/1987 wurden aufgrund der „Kinderkrankheiten“ des neuen Verfahrens eine Reihe von Auswahlgesprächen angefochten.¹⁴³ Heute gibt es nur ganz vereinzelt Entscheidungen zum Auswahlgespräch.¹⁴⁴ Dies kann aber auch daran liegen, dass zwischenzeitlich immer weniger Universitäten das Auswahlgespräch als eines der Zulassungskriterien verwendet haben.¹⁴⁵

Früher wie heute stimmt keine Richtlinie oder Satzung einer Universität über das AdH und damit das inkorporierte Auswahlgespräch mit der einer anderen oder den 1999 vorgelegten »Handreichungen« der Hochschulrektorenkonferenz¹⁴⁶ in allen Einzelheiten überein.

Insbesondere dürfen Auswahlgespräche nicht ohne gesetzliche Grundlage durch die Anforderung so genannter Motivations schreiben vorbereitet werden.¹⁴⁷

bb) *Auswahlgespräche als prüfungsähnliche Verfahren im AdH.* (1) *Grundsätzliches, Teilnahmebegrenzung und Wiederholbarkeit.* Da ja das *BVerfG* die vieldiskutierte Frage, ob die Hochschulen im Rahmen der AdH-Quote auch wei-

136 Dresden, Essen, Gießen, Göttingen, Greifswald, Mainz, Tübingen und Ulm.

137 In Lübeck waren dies im WS 2017/2018 240 Bewerber bis zur Verfahrensnote 1,0, wobei nicht einmal alle Bewerber mit dieser Verfahrensnote zugelassen werden konnten, sondern gelost wurde.

138 *VG Mainz*, Urt. v. 4.9.2006 – 6 K 875/04.MZ – (n. v.). Auf die Berufung der Universität hin wurde das Urteil aus formalen Gründen abgeändert und die Klage abgewiesen: *OVG Koblenz*, Urt. v. 14.3.2007 – 6 A 11619/06 (n. v.)

139 *Becker*, NVwZ 1987, 653 (659 f.).

140 Dazu auch *OVG Greifswald*, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107.

141 In *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, Kapitel XI, 544 Rn. 86.

142 Rn. 193 ff.

143 Vgl. die Nachw. bei *Becker*, NVwZ 1989, 315 (317), in Fn. 23 ff.; *Becker/Brehm*, NVwZ 1994, 750 (753) mit der resignativen Feststellung, dass (damals) die grundlegenden Urteile des *BVerfG* zum Prüfungsrecht das Auswahlgespräch noch nicht erreicht hätten; vgl. ferner *Breinersdorfer/Rottmann*, NVwZ 1988, 879; vgl. auch *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl., 687 ff. Rn. 1378 ff.

144 *OVG Greifswald*, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107.

145 Charite (Ham-Nat), TU Dresden, Duisburg-Essen, Hamburg (Ham-Nat), Medizinische Hochschule Hannover, Greifswald, Lübeck, Münster und Oldenburg; an der Universität Rostock wurden die Auswahlgespräche zum WS 2017/2018 abgeschafft.

146 Handreichungen zur Durchführung von Auswahlgesprächen v. 5.7.1999, <https://www.hrk.de/positionen/beschluss/detail/handreichungen-fuer-die-hochschulauswahlgespraeche-im-zvs-verfahren-nach-32-abs-3-ziff-2-lit-b-h/>.

147 Kritisch dazu *Lindner* in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl., Kapitel XI, 544 Rn. 86; *VG Münster*, Beschl. v. 13.12.2016 – 9 L 1299/16, BeckRS 2016, 55903; das Abschreiben gängiger Muster kann dazu führen, dass die Bewerbung als Plagiat abgelehnt wird, so 2013 an der HTW Berlin.

terhin allein aufgrund der Abiturnote die Studienplätze vergeben können,¹⁴⁸ klar verneint hat, scheidet u. E. die Auswahl zum Gespräch aufgrund der Abitur- oder der Verfahrensnote aus. Damit halten wir die derzeitigen Auswahlsetzungen der Charité und der Medizinische Universität Lübeck – unabhängig von der fehlenden gesetzlichen Rechtsgrundlage auch inhaltlich gegen Verstoßes wegen Art. 12 I iVm Art. 3 I GG für verfassungswidrig.

Die Rechtsprechung hat früher die Frage offengelassen, ob eine Begrenzung der Anzahl der Einzuladenden zum Auswahlgespräch sachgerecht ist.¹⁴⁹ Aktuell haben sowohl das VG *Schleswig* als auch das VG *Berlin* diese Frage bejaht. Auch das BVerfG geht für das Vorauswahlverfahren für Auswahlgespräche von der Zulässigkeit einer Ortspräferenz¹⁵⁰ und für das Auswahlverfahren von einer Teilnehmerbegrenzung aus.¹⁵¹ So begrenzt die Uni Lübeck die Teilnehmerzahl auf das Doppelte der zur Verfügung stehenden Plätze.

In Art. 14 IV 5 StV 1999 war die Teilnahme am Auswahlgespräch auf die einmalige Durchführung pro Studiengang begrenzt; damit sollten Teilnahmekancen am Auswahlgespräch für möglichst viele Bewerber eröffnet werden.¹⁵² Dies ist in den Zusammenhang zu stellen, dass die Auswahl zum Auswahlgespräch durch Los erfolgen sollte – Art. 14 IV 3 StV. Derzeit machen weder der StV 2008 noch der StV 2016 in Art. 10 I Nr. 3 lit. e) Vorgaben, sondern überlassen alles dem Landesrecht.¹⁵³

Keine der Hochschulen, die derzeit ein Auswahlgespräch vorsehen – haben – soweit ersichtlich die Wiederholbarkeit des Gesprächs ausgeschlossen. Allein die Universität Greifswald sieht in § 10 III der Auswahlsetzung der Universität Greifswald¹⁵⁴ vor, dass Bewerber, die bereits zweimal an einem Auswahlgespräch teilgenommen haben, keine weitere Einladung zu einem Auswahlgespräch erhalten.

Die Auswahl für das Gespräch ohne Vorrang der HZB- oder Verfahrensnote lässt auch zu, dass Bewerber ausgewählt werden, die sonst keine Chance hätten, eine Zulassung zum Auswahlgespräch zu erhalten, während bei der derzeitigen Regelung an der Charité und in Lübeck die mehrfache Zulassung sehr guter Abiturienten, die es nur in der Abiturbestenquote nicht geschafft haben, zu erwarten lässt.

(2) *Die Bewertung des Gesprächs und die Auswahlentscheidung.* Die Bewertung des Auswahlgesprächs und die Reihung der konkurrierenden Kandidaten ist kompliziert. Die *endgültige Reihenfolge* wird früher wie heute in einem *gestuften Verfahren* festgelegt.

So verständigen sich zunächst die jeweils zwei Mitglieder der konkreten Auswahlkommission über eine vorläufige Bewertung. Einige Auswahlsetzungen schreiben vor, dass Teilbewertungen zu einzelnen Gesprächsinhalten vergeben werden. In diesem Fall muss zB gesondert bewertet werden, ob die Gründe für die Wahl des Studiums überzeugt haben, ob die Vorbereitung auf das Wunschstudium mehr oder weniger optimal verlaufen ist und ob die Eignung und Befähigung des Kandidaten für das Studium und den angestrebten Beruf nach Auffassung der Mitglieder der Kommission besonders ausgeprägt oder eher schwach entwickelt ist. Teilweise werden besondere Teile des Gesprächs sogar gegenüber anderen stärker gewichtet. An den meisten Hochschulen vergeben die Kommissionen jedoch eine einheitliche Note mit einer Punkteskala, die mehr oder weniger differenziert ist. Abweichungen zwischen den beiden Mitgliedern der Kommission bei der Bewertung der Eignung und Befähigung eines Studienbewerbers sind eine seltene Ausnahme. Die Kommissionen

verständigen sich nahezu in allen Fällen kollegial auf eine übereinstimmende Bewertung, so dass Differenzen gar nicht erst entstehen.

Nachdem alle Kommissionen die ihnen zugewiesenen Studienbewerber vorläufig begutachtet haben, tritt in der Regel eine „*Gesamtkonferenz*“ zusammen, an der auch der Rektor oder Präsident der Universität oder der durch die Grundordnung der Hochschule bzw. das entsprechende Universitätsgesetz zu seiner Vertretung bestimmte Vizepräsident/Prorektor im Regelfall teilnehmen muss, weil dieser die »Endentscheidung« als Vertreter der Universität die »Endentscheidung« zu treffen hat. In dieser Konferenz erstellen die Kommissionen gemeinsam eine Liste, auf der die Bewerber nach Rangplätzen aufgeführt werden. Da – vorausgesetzt es nehmen alle ausgewählten Bewerber am Auswahlgespräch teil – 1/3 aller Kandidaten zugelassen wird, während 2/3 einen Ablehnungsbescheid erhalten, konzentriert sich das Interesse der Kommission naturgemäß auf die so genannten „Grenzfälle“.

Soweit einzelne Hochschulen bei gleicher Punktzahl das Los entscheiden lassen, ist dies rechtswidrig.¹⁵⁵ In einem solchen Fall müssen sich vielmehr die Kommissionen, die die »gleichrangigen« Bewerber beurteilt haben, versuchen, intern über den bzw. diejenigen Kandidaten zu verständigen, die den bzw. die noch freien Plätze beanspruchen dürfen. Auch bei einer berufsöffnenden Prüfung wird ja nicht durch Los über das Bestehen oder Nichtbestehen entschieden, sondern es wird eine materielle Leistungsbewertung bewertet.

Für die Bewertung gelten ebenfalls weitgehend die Grundlagen des allgemeinen Prüfungsrechts.¹⁵⁶ Das aus Art. 12 I und Art. 19 IV GG herzuleitende Informationsrecht des Auswahlgesprächsteilnehmers richtet sich grundsätzlich auch auf eine angemessene Begründung der Auswahlentscheidung, bei der im Übrigen auch Art. 3 GG zu beachten ist. Hinsichtlich der Bewertung bzw. der Punktevergabe durch die Gesprächskommission muss hinreichend deutlich und nachvollziehbar sein, aus welchen wesentlichen Gründen die Punktevergabe erfolgte.¹⁵⁷ Ebenso wie im Prüfungsrecht müssen sich aus dem Protokoll des Auswahlgesprächs selbst oder aber aus der Begründung der Punktevergabe nicht nur die Themen, sondern auch kurz die Angaben des Teilnehmers und die maßgeblichen Gründe für die konkrete Bewertung ergeben. Es reicht also nicht aus, wenn eine Satzung kein Begründungserfordernis – jedenfalls auf Anforderung

148 Bejahend VG *München*, Beschl. v. 20.3.2006 – 7 CE 06.10175, BayVGHE 59, 33 = NVwZ-RR 2006, 695; VG *Köln*, Beschl. v. 7.2.2006 – 6 L 1744/05 (n. v.); verneinend VG *Sigmaringen*, Beschl. v. 20.2.2006 – NC 6 K 440/05 (n. v.).

149 VG *Gelsenkirchen*, Beschl. v. 22.12.2005 – 4 L 1655/05.

150 Rn. 169.

151 Rn. 170.

152 *Babro/Berlin*, Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl., Art. 14 StV Rn. 56.

153 Wortlaut der Norm: „e) nach dem Ergebnis eines von der Hochschule durchzuführenden Gesprächs mit den Bewerberinnen und Bewerbern, das Aufschluss über die Motivation der Bewerberin oder des Bewerbers und über die Identifikation mit dem gewählten Studium und dem angestrebten Beruf geben sowie zur Vermeidung von Fehlvorstellungen über die Anforderungen des Studiums dienen soll.“

154 https://www.adh.medizin.uni-greifswald.de/index.php?eID=tx_nawsecured1&cu=0&g=0&t=1516020255&hash=1c2c6bb264fe9955471dd3-10173a8ebb39c2755d&file=fileadmin/content/adh/dokumente/satzungen/Auswahlsetzung_SFH_Lesefassung_Stand_10082016.pdf.

155 VG *Sigmaringen*, Beschl. v. 19.2.2003 – NC 6 K 919/02 (n. v.).

156 OVG *Greifswald*, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107, unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 9.12.1992 – 6 C 3/92, BVerwGE 91, 262 = NVwZ 1993, 677 = NJW 1993, 2546 Ls. = BeckRS 9998, 56260 Ls.

157 OVG *Greifswald*, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107, unter Bezugnahme auf *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl., Rn. 1401.

des Prüflings – regelt, sondern lediglich bestimmt, dass über den Verlauf des Auswahlgesprächs eine Niederschrift zu fertigen ist.

cc) *Umfang der Kontrollmöglichkeit und Gründe für die Rechtswidrigkeit des Auswahlgesprächs.* Im Rahmen der Einführung der Auswahlgespräche Mitte der 80er Jahre wurden Ablehnungsbescheide im Auswahlgespräch relativ häufig angegriffen – zunächst auch mit beachtlichem Erfolg, weil die Rechtsvorschriften der Universitäten für die Durchführung der Auswahlgespräche in manchen Fällen Unklarheiten zu Lasten der Bewerber enthielten oder dass Formfehler gemacht wurden, indem zB Assistenten statt Hochschullehrern die Auswahlgespräche führten, obwohl es sich nach dem HRG ausdrücklich um „*Professorengespräche*“ handeln sollte und zwar der Hochschullehrer des konkreten Fachbereichs.¹⁵⁸

Aufgrund der hohen Akzeptanz der jeweiligen Entscheidung über das Auswahlgespräch bei den Teilnehmern wurden seit der Wiedereinführung des Auswahlgesprächs im WS 2000/2001 nur selten Prozesse geführt.

Beim Auswahlgespräch gilt, ebenso wie bei mündlichen Prüfungen – der Grundsatz, dass den Bewerbern/Prüfern ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht, innerhalb dessen ein Richter die Auswahlentscheidung nicht korrigieren kann.¹⁵⁹ Zunächst ist der Bewertungsspielraum umso weiter, je weniger konkretisiert – je substanzloser – die Anforderungen für die Bewertung bzw. Einordnung in den Satzungen sind. Beim Auswahlgespräch gibt es nur wenige inhaltliche Vorgaben, so dass hier der Beurteilungsspielraum der Gesprächspartner auf Universitätsseite besonders weit ist. Diese sollen ja nach der Konzeption des Auswahlgesprächs die ganz individuelle und persönliche Eignung des Bewerbers für das angestrebte Studium gerade aus dem mehr oder weniger spontanen Gespräch heraus feststellen. Da diese Situation im Gerichtssaal nicht nachzuvollziehen ist, haben jene der abgelehnten Bewerberinnen und Bewerber schlechte Prozesschancen, die sich ungerecht bewertet fühlen und glauben, motivierter und geeigneter zu sein als andere Kandidaten, die im Auswahlgespräch einen Studienplatz erhalten haben.

Die gerichtliche Kontrolle des einzelnen Auswahlgesprächs ist umso schwieriger, als die Endentscheidung durch den Rektor bzw. Präsidenten der Hochschulen nach den Vorschlägen der Auswahlkommissionen und der Berücksichtigung aller Gespräche in allen Auswahlkommissionen gefällt wird. Die abschließende Entscheidung betrifft also nicht nur das mit den Einzelnen geführte Interview, sondern bezieht auch den Vergleich mit den anderen Auswahlgesprächen mit ein. In solchen Fällen kann die Universität in der Regel vortragen, dass die erfolgreichen Bewerber noch besser und zutreffender die Fragen beantwortet haben, noch höher motiviert waren und ihre Eignung noch besser unter Beweis gestellt haben als der klagende Kandidat.

Allerdings setzt der Zweck des Auswahlgesprächs, die Feststellung von Motivation und Eignung für den gewählten Studiengang und den angestrebten Beruf, dem Umfang der Fragen auch Grenzen: Diese müssen in einem weiten Sinne studien- und berufsbezogen sein. Hiermit ist es nicht vereinbar, wenn sich das Auswahlgespräch ausschließlich oder doch vorwiegend um allgemein literarische, politische, musische oder geschichtliche Themen dreht. Fragen, die sich mit der Geschichte der konkreten Universitätsstadt befassen sind ebenso unzulässig wie Fragen, die in die Intimsphäre eingreifen. Zum Zeitpunkt der Einführung von Auswahlgesprächen durch Art. 14 StV 1985 – Besonders Auswahlverfahren – stellte

sich in Ausnahmefällen dieses Problem bei Bewerberinnen, die auch nach einem Schwangerschaftsabbruch und nach psychotherapeutischer Behandlung gefragt wurden. In einigen Fällen kam es auch vor, dass von den Studienbewerbern Auskunft über die Gründe ihrer Kriegsdienstverweigerung verlangt wurde. Auch solche¹⁶⁰ Fragen sind unzulässig: Die Auswahlkommission ist kein Ausschuss zur Gewissensprüfung.

Formale Anfechtungsgründe betreffen zum einen den äußeren Ablauf der Gespräche, zum anderen aber auch das Verfahren der Auswahlkommissionen bei der Reihung der Auswahlgesprächsteilnehmer und die Funktion des Rektors bzw. Präsidenten der Universität bei der ihm zukommenden Endentscheidung.

Nur gelegentlich ist es in der jüngeren Vergangenheit zu einem rechtlich relevanten Verfahrensfehler gekommen.¹⁶¹ Die Befangenheit eines Gesprächspartners auf Universitätsseite spielte entgegen den Befürchtungen, dass eine sehr subjektive Beurteilung der Bewerber nach Motivation und Eignung der Begünstigung von Kollegenkindern Tür und Tor öffne, keine Rolle.

Die wenigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, die nach Wiedereinführung der Auswahlgespräche im WS 2000/2001 zugunsten von Teilnehmern an Auswahlgesprächen ergangen sind, beruhen in der Regel auf Verfahrensverstößen bzw. ungenügender Handhabung der vorgegebenen Richtlinien bei der Reihung der Bewerber und bei der Mitwirkung des Rektors/Präsidenten bei der Feststellung des Auswahlgesprächs.

d) *Rechtsfolgen formeller oder materieller Fehler beim Auswahlgespräch.* In der Regel kann der Bewerber nicht nachweisen, dass er bei einer ordnungsgemäßen Durchführung des Auswahlgesprächs – zumal in der Zusammenschau mit den anderen Auswahlkriterien – auch tatsächlich ausgewählt worden wäre. Daher haben die Gerichte in der Regel nur eine erneute – gegebenenfalls vorrangige bzw. bevorrechtigte Zulassung zu einem weiteren Auswahlgespräch im Rahmen des nächsten Vergabeverfahrens, also bei Jahresanis erst nach einem Jahr¹⁶² bzw. im Hauptverfahren eine Verpflichtung zur Neubescheidung ausgesprochen.¹⁶³ Sinn und Zweck des Auswahlkriteriums „Auswahlgespräch“ verbietet es, bei der Frage, wer hierzu einzuladen ist, wiederum auf die Qualifikation abzustellen, denn über das Kriterium „Auswahlgespräch“ solle auch gerade denjenigen Bewerbern eine Chance eingeräumt werden, die über weniger gute Durchschnittsnoten verfügten.

Zur „Gesamtkonferenz“ hat sich das VG Sigmaringen¹⁶⁴ dahingehend positiv geäußert, als diese gewährleiste, dass stark voneinander abweichende Maßstäbe der einzelnen Auswahlkommissionen zurecht gerückt werden könnten.

158 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.6.1988 – 9 S 1366/88, NVwZ 1988, 958 = NJW 1988, 3282 Ls.: Die Bestellung eines Hochschullehrers der Biologie in die Auswahlkommission Humanmedizin ist fehlerhaft.

159 ZB OVG Greifswald, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107 Rn. 8.

160 Zum Bewertungsspielraum des Prüfers allgemein Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl., Rn. 875 ff.; Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, Rn. 62 ff.

161 Vgl. hierzu ausführlich Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl., Rn. 1384 ff. mwN auf unveröffentlichte Gerichtsentscheidungen.

162 OVG Greifswald, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107 Rn. 8; VG Leipzig, Beschl. v. 9.1.2004 – NC 4 K 6526/04 (n. v.).

163 VG Mainz, Urt. v. 4.9.2006 – 6 K 875/04.MZ – (n. v.). Auf die Berufung der Universität hin wurde das Urteil aus formalen Gründen abgeändert und die Klage abgewiesen: OVG Koblenz, Urt. v. 14.3.2007 – 6 A 11619/06 (n. v.).

164 VG Sigmaringen, Beschl. v. 19.2.2003 – NC 6 K 919/02 (n. v.).

Dem gegenüber haben es das VG *Gelsenkirchen* und das OVG *Münster* nicht beanstandet, das im WS 2003/2004 an der Universität Duisburg-Essen keine „Abschlusskonferenz“ gebildet worden ist.¹⁶⁵

Die Rechtswidrigkeit wegen unzureichender Mitwirkung des Präsidenten spielte in den früheren Verfahren eine erhebliche Rolle: Das VG *Saarlouis*¹⁶⁶ hat sehr genaue Voraussetzungen für die Mitwirkung des Rektors/Präsidenten bei der endgültigen Feststellung der Entscheidung über die Auswahl aufgestellt. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung anderer Verwaltungsgerichte¹⁶⁷ hat es entschieden, dass der Präsident nicht befugt ist, die materielle Auswahl der Bewerber allein und eigenverantwortlich der Auswahlkommission zu überlassen und sich auf die förmliche Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zu beschränken.

Das VG *Mainz*¹⁶⁸ und das OVG *Greifswald*¹⁶⁹ haben zu Recht die Auffassung vertreten, dass angesichts der Bedeutung des Art. 12 I GG, 3 I GG der von der Auswahlkommission getroffenen Entscheidung nachvollziehbar zu entnehmen sein muss, inwieweit die Bewertung auf dem Inhalt des Auswahlgesprächs beruht. Dies erfordert wie im Prüfungsrecht, dass die Entscheidung der Kommission zumindest die für die Entscheidung maßgeblichen Gründe in den für das Ergebnis den Ausschlag gebenden Punkten nachvollziehbar erkennen lässt.

6. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Verringerung der Wartezeitquote und den Wegfall der Wartezeitregelung nach Wartesemestern

These: Die wesentlichen Grundlagen, wie eine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Wartezeitregelung unter Berücksichtigung von Vertrauensschutz Gesichtspunkten aussehen könnte, ergeben sich bereits aus dem Beschluss des *BVerfG* zu den „Altwartern“ vom 3.11.1981.

a) *Geschichte und Grundsätzliches.* Mit dieser These greifen wir den Beschluss des *BVerfG* zu den „Altwartern“¹⁷⁰ – im folgenden Altwarterbeschluss – und den diesem zugrunde liegenden Beschluss des OVG *Münster* auf.¹⁷¹

Aufgrund der Forderung des *BVerfG* im Zweiten NC-Urteil vom 8.2.1977, dass das bis dahin geltende Verfahren der Vergabe freier Studienplätze – allein nach Durchschnittsnoten und Wartezeit – „beschleunigt“ durch ein anderes Auswahlverfahren zu ersetzen sei, war durch den StV 1978 die 40%ige Wartezeitquote ersatzlos gestrichen worden. Das *BVerfG* hatte ausgeführt, dass eine Verpflichtung, anlässlich der Umstellung des allgemeinen auf das besondere Auswahlverfahren besondere Übergangsregelungen zu treffen, keinesfalls so weit gehen könne, für alle Altwarter weiterhin eine Zulassung nach Wartezeit vorzusehen, weil eine Übergangsmaßnahme dieses Umfangs die wirksame Umstellung auf ein besonderes Auswahlverfahren um Jahre verzögern würde.

Für Altwarter gab es lediglich eine besondere Übergangsregelung¹⁷² im Rahmen des „Übergangsverfahrens zum Besonderen Auswahlverfahren“. Die Anwendbarkeit dieser Übergangsregelung war – mit degressiven Quoten – auf drei Jahre ab Wintersemester 1980/81 beschränkt und wurde später um ein Jahr verlängert. Damals hätte ihre Anwendung für zahlreiche Betroffene, die schon lange auf ihre Studienzulassung warteten, dazu geführt, dass die möglicherweise

ihnen zustehenden Studienplätze unwiederbringlich an andere Bewerber vergeben würden.

Die Regelungen für die „besonders schutzwürdigen Altwarter“ hat das *BVerfG* im Anschluss an das OVG *Münster* in Hinblick auf deren Vertrauensschutz als unzureichend und gleichheitswidrig beanstandet und zwar unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur „unechten Rückwirkung“, die grundsätzlich zulässig sei.¹⁷³

Es spreche vieles dafür, dass diejenigen Studienbewerber, die vor dem Inkrafttreten des HRG die HZB erworben und sich bereits damals erkennbar darauf eingestellt hätten, nach einer mehrjährigen Wartezeit irgendwann einmal mit dem Wunschstudium beginnen zu können, sich zu Recht auf einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand berufen könnten. Diese Studienbewerber wiesen mit Beginn des Übergangsverfahrens bereits in der Regel eine Wartezeit von mindestens zehn Halbjahren auf. Auch habe das *BVerfG* bereits im Zweiten NC-Urteil angedeutet, dass „besonders schutzwürdige Altwarter“ möglicherweise auch über die Härteklausele Studienplätze erhalten könnten.¹⁷⁴

Anstelle des wartezeitgesteuerten Losverfahrens wäre auch eine Auswahl nach Wartezeit in Betracht gekommen mit der Folge, dass die Altwarter mit den jeweils längsten Wartezeiten auch sämtlich jeweils sogleich einen Studienplatz erhalten hätten. Eine solche Regelung sei aber nicht offensichtlich zwingend geboten gewesen: Der Gesetzgeber habe sein gesetzgeberisches Ermessen mit der Entscheidung nicht offenkundig verletzt.

Verfassungsrechtliche Bedenken, die dann das *BVerfG* aufgegriffen hat, hatte das OVG *Münster* hinsichtlich der Festlegung des Kreises der so genannten Altwarter in § 28 I VergabeVO/Art. 15 V 1 StV 1978. Es sei verfassungswidrig, Studienbewerber mit einer HZB aus 1978 in gleicher Weise als Altwarter zu bezeichnen wie Studienbewerber mit einer HZB aus 1972. Bei der in § 28 VergabeVO umschriebenen „Auswahl von Altwartern“ handelt es sich daher in Wirklichkeit um eine Auswahl von „Altberechtigten“, nämlich solchen Studienbewerbern, die vor einem bestimmten Zeitpunkt (30.9.1978) die HZB erworben haben und bisher nach Wartezeit nicht zugelassen werden konnten.¹⁷⁵

165 VG *Gelsenkirchen*, Beschl. v. 5.1.2004 – 4 L 3120/03 (n. v.); OVG *Münster*, Beschl. v. 15.1.2004 – 13 B 102/04 (n. v.).

166 VG *Saarlouis*, Urte. v. 26.1.2001 – 1 K 132/00, WissR 2001, 215.

167 Vgl. zB OVG *Münster*, Beschl. v. 31.8.1987 – 11 B 2134/87, DVBl.1987, 1227; vgl. auch VGH *München*, Beschl. v. 11.12.1987 – 7 CE 87/01052, NVwZ 1988, 952 = NJW 1988, 3282 Ls. = BeckRS 9998, 91158.

168 VG *Mainz*, Beschl. v. 3.5.2005 – 7 L 115/05, BeckRS 2005, 26453.

169 OVG *Greifswald*, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 M 123/16, BeckRS 2016, 127107 Rn. 8.

170 *BVerfG*, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvR 1249/80, *BVerfGE* 59, 1 = NVwZ 1982, 97; BeckRS 1981, 106189.

171 OVG *Münster*, Beschl. v. 18.2.1981 – 16 B 1818/80, KMK-HSchR 1981, 646 ff., unter Bezugnahme auf Beschl. v. 11.8.1980 – 16 B 1165/80, NJW 1981, 643 = JZ 1980, 808 = BeckRS 9998, 104105.

172 Art. 16 I 1 iVm Art. 15 des StV 1972, Art. 15 IV des StV 1978 sowie § 27 IV Nr. 1 Buchst. a, § 28 der damals geltenden Vergabeverordnung; vgl. die Darstellung bei *Bahro/Berlin*, Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl., 16 f.; ausführlicher, 2. Aufl., 14 ff.

173 *BVerfG*, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvR 1249/80, *BVerfGE* 59, 1 = NVwZ 1982, 97 = BeckRS 1981, 106189, unter Bezugnahme auf das Zweite NC-Urteil, *BVerfG*, Urte. v. 8.2.1977 – 1 BvR 1/76 ua, *BVerfGE* 43, 291 = NJW 1977, 569 = BeckRS 9998, 106042.

174 Kritisch zu diesem Gedanken, der auch im Beschluss des *BVerfG* vom 6.9.2012 – 1 BvR 13/12, NVwZ 2013, 61, wieder aufgetaucht ist, sehr kritisch dazu VG G., Beschl. v. 18.3.2014 – 6 z K 4455/13 ua, BeckRS 2014, 51256 Rn. 553 ff., 555 ff.

175 Auf die Einzelheiten des seinerzeit in § 28 II und III VergabeVO vorgesehenen wartezeitgesteuerten Losverfahrens brauchen wir nicht einzugehen. Das *BVerfG* hat im dritten NC-Urteil ein Losverfahren im Zusammenhang mit der Wartezeitquote nicht erwähnt.

Mit der Frage von chancenverbessernden Übergangsmaßnahmen bei Umstellung auf ein besonderes Auswahlverfahren hatte sich das *BVerfG* ebenfalls bereits im Zweiten Numerus-clausus-Urteil befasst.¹⁷⁶ Es hat „zur Vermeidung unerfüllbarer Hoffnungen“ schon damals klargestellt, dass Übergangsmaßnahmen nicht so weit gingen, dass für alle damaligen Alt-Parker (Wartezeitbewerber, die ihr Ausweichstudium schon vor dem ersten HRG-Gesetzesbeschluss, also spätestens im Wintersemester 1974/75 begonnen hatten) weiterhin eine Zulassung nach Wartezeit vorgesehen werden müsse. *Es gebe keine „zur Zulassungsgarantie erstarkte Anwartschaft“*. Nach der ständigen Rechtsprechung des *BVerfG* gewährt das verfassungsrechtlich geschützte Zulassungsrecht keine Zulassungsgarantie, sondern schließt in überfüllten Studiengängen das Risiko eines Fehlschlags ein.¹⁷⁷

Damals wie heute gilt: Angesichts der großen Zahl der Wartenden in den harten Numerus-clausus-Fächern würde eine derartige Übergangsmaßnahme die wirksame Umstellung auf ein verfassungsgemäßes Vergabeverfahren um Jahre verzögern.

b) *Abgrenzung der besonders schutzwürdigen Gruppe der Altwarter*.

These: Zur Gruppe der besonders schutzwürdigen Gruppe der Altwarter gehören nur diejenigen, die sich spätestens zum Wintersemester 2017/2018 also vor dem Dritten NC-Urteil – erstmals und sodann kontinuierlich im Wunschstudienfach beworben haben. „Gelegenheitsbewerber“ gehören hierzu nicht.

aa) *Stichtagsproblematik*. Danach kommt unter dem Gesichtspunkt der unechten Rückwirkung ein Vertrauensschutz nur für solche Altwarter in Betracht, die ihre Hochschulreife erworben und sich in ihren Dispositionen auf ein medizinisches Studium eingestellt haben, bevor sich aus dem Dritten NC-Urteil ergab, dass viele mit einer Wartezeitzulassung im Rahmen der bisherigen Wartezeiten nicht mehr rechnen. Für die Abgrenzung dieses Kreises ist dies der früheste Zeitpunkt, da der StV 2016 nach wie vor eine – unbegrenzte – Wartezeitzulassung vorsieht und daher sein Abschluss als Anknüpfungspunkt nicht taugt.¹⁷⁸

Das *BVerfG* erkannte 1981 als „fraglich“, ob nicht erst das Zweite Numerus-clausus-Urteil vom 8.2.1977 für die Betroffenen hinreichende Klarheit gebracht habe, stelle im Ergebnis jedoch darauf nicht ab. Dies ist – wie dargelegt – heute anders. Bereits das Hinausschieben der Umgestaltung des Auswahlsystems habe sich als Anpassungsfrist ausgewirkt und für viele der am längsten wartenden Bewerber noch eine Zulassung nach der Warteliste ermöglicht.

Geht man von den bisherigen Wartezeiten aus, haben die Bewerber, die ihre HZB bis 2012 erworben haben, noch bis zum neuen Vergabeverfahren im WS 2019/2010 eine Zulassungserwartung. Dann hängt alles vom neuen Verfahren bzw. einem Übergangsverfahren ab. Ob und inwieweit Altwarter nach den dann für alle Bewerber geltenden AdH-Auswahlkriterien zugelassen werden können, ist nicht vorhersehbar und hängt auch davon ab, ob der Gesetzgeber/Staatsvertrag Boni für Wartesemester im AdH-Verfahren vorsieht.

Kritischer als in der Humanmedizin war 1981 die Situation im Bereich der Zahnmedizin,¹⁷⁹ für deren Bewerber das *BVerfG* die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen der

Schutzwürdigkeit des erlangten Besitzstandes und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit sah. Das *BVerfG* sprach in diesem Zusammenhang drastisch von einer „Selbstzerstörung des früheren Auswahlsystems“.

bb) *Abgrenzung der schutzwürdigen Gruppen/Begünstigten*. Zwar durfte – bereits nach damaliger und auch heutiger Auffassung des *BVerfG* – der Normgeber die reine Wartezeitzulassung abschaffen und davon ausgehen, dass die – seinerzeit – von ihm getroffenen Übergangsmaßnahmen zugunsten schutzwürdiger Altwarter grundsätzlich ausreichen. Allerdings billigte das *BVerfG* im Altwarterbeschluss¹⁸⁰ die Übergangsmaßnahmen zugunsten schutzwürdiger Altwarter, beanstandete jedoch verfassungsrechtlich die nähere inhaltliche Ausgestaltung dieser Übergangsmaßnahmen.

Die Frage, ob die damals vorgesehene Degression der Sonderquote von zunächst knapp 20 % auf zuletzt etwa 5 % der Studienplätze angesichts der beträchtlichen Länge der Warteschlange angemessen war, haben das *BVerfG*, ebenso das *OVG Münster*, offengelassen. Jedenfalls hat das *BVerfG* eine Degression der Wartezeitquote nicht untersagt.

Die 1981 vom *BVerfG* getroffene Abgrenzung ist auch für die Neuregelung ab WS 2019/2020 für das Verhältnis der Begünstigten untereinander von Bedeutung: Das *BVerfG* hat immer wieder mit Nachdruck auf die krasse Ungleichbehandlung zwischen zugelassenen und abgewiesenen Bewerbern in der Verteilung von Lebenschancen hingewiesen. Für definitive Auswahlentscheidungen, die dem einen alles und dem anderen nichts geben, müsse der Realisierungsgrad der Zulassungschance durch objektiv sachgerechte und individuell zumutbare Kriterien bestimmt werden.¹⁸¹ Dies gelte auch für eine „härtemildernde Sonderquote“. Reiche diese nicht zur Zulassung aller Berechtigten aus, führe eine sachwidrige Abgrenzung zwangsläufig zur ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, obwohl gerade in ihrem Interesse die Sonderquote geschaffen wurde und obwohl gerade sie bevorzugt schutzwürdig sind.

Die Sachwidrigkeit der Abgrenzung erblickt das *BVerfG* wie das *OVG Münster* darin, dass über die strittige Sonderquote sogar solche Studienbewerber ihre Zulassung als Altwarter erreichen konnten, die ursprünglich überhaupt kein medizinisches Studium angestrebt und sich demgemäß auch nicht auf eine Wartezeit eingestellt hatten, sondern lediglich die für sie günstige Gelegenheit einer Beteiligung sowohl an dem für alle eröffneten leistungsgesteuerten Losverfahren als auch an dem für Altwarter bestimmten wartezeitgesteuerten Losverfahren ausprobieren („Gelegenheitsbewerber“).¹⁸²

Zu den bevorzugt schutzwürdigen Altwartern gehörten zunächst die „echten Altwarter“, die ihre HZB bereits vor Inkrafttreten des HRG erworben und sich im Vertrauen auf

176 *BVerfG* im Ersten und Zweiten NC-Urteil, *BVerfG*, Urt. v. 8.2.1977 – 1 BvR 1/76 ua, *BVerfGE* 43, 291 = NJW 1977, 569 = BeckRS 9998, 106042.

177 So jetzt auch Rn. 106, *BVerfG*, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 sowie 1 BvL 25/71, *BVerfGE* 33, 303 = NJW 1972, 1561 = BeckRS 1972, 104425 = BeckRS 9998, 108212.

178 Zum Stichtag im Altwarterbeschluss – konkret: das am 27.1.1976 in Kraft getretene HRG – gibt es aktuell keine Parallele.

179 Damals gab es den Spruch: „Den Zahnartzkittel anzuziehen, verleiht die Berechtigung, Geld zu drucken.“

180 Im Anschluss an *OVG Münster*, Beschl. v. 18.2.1981 – 16 B 1992/80 ua, KMK-HSchR 1981, 646.

181 So bereits das *BVerfG* im Ersten und im Zweiten NC-Urteil, *BVerfG*, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 sowie 1 BvL 25/71, *BVerfGE* 33, 303 = NJW 1972, 1561 = BeckRS 1972, 104425 = BeckRS 9998, 108212.

182 Die damals noch strittige Behandlung des Parkstudiums lassen wir unbeachtet.

das damals geltende Recht auf eine Wartezeitzulassung für das angestrebte Wunschstudium eingestellt hatten, ohne in der Zwischenzeit ein wartezeitschädliches Parkstudium betrieben oder auch eine Zulassung in einem anderen medizinischen Studiengang erhalten zu haben. Heute ist nach unserer Auffassung – auch angesichts der vom *BVerfG* mehrfach betonten „Vertrauensverlustwirkung“ seiner Entscheidungen diese schutzwürdige Gruppe der Altwarter auf diejenigen begrenzt, die sich (1) vor dem Dritten NC-Urteil vom 19.12.2017 bereits mindestens einmal – also spätestens zum WS 2017/2018 mit dem Bewerbungstermin 31.5./15.7.2017 – und (2) sodann kontinuierlich auf einen Studienplatz im konkreten Studienfach beworben haben.

Mit dieser Gruppe überschneidet sich nach der Altwarter-Entscheidung teilweise eine weitere Gruppe, die von der Neuregelung zumindest ebenso hart betroffen ist und der – so die Auffassung des *BVerfG* im Jahr 1981 – unter den Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes und des Gleichheitssatzes erst recht Vorrang vor anderen Angehörigen des durch die Sonderquote begünstigten Personenkreises gebühre: Diejenigen Altwarter, die sich bildungspolitisch erwünscht verhalten und die Wartezeit unter Verzicht auf ein Parkstudium durch berufsbezogene Ausbildungen und Tätigkeiten überbrückt hätten: Seinerzeit habe der Normgeber zwar die Abschaffung der Wartezeitzulassung angekündigt, zugleich aber den Eindruck erweckt, beim Übergang auf ein besonderes Auswahlverfahren könnten sich berufsbezogene, mit Leistungsnachweisen verbundene praktische Tätigkeiten chancenerhöhend auswirken.¹⁸³

Die mit deren Anerkennung verbundenen Probleme sah bereits damals das *BVerfG*. Sie bestehen heute angesichts des Bedarfs in den medizinischen Hilfsberufen noch stärker: Gegen eine Mit-Berücksichtigung studienfachbezogener praktischer Ausbildungen oder Tätigkeiten sprechen die *Schwierigkeiten/Befürchtungen*, dass für ein dem Medizinstudium vorgeschaltetes besonderes strukturiertes Praktikum nicht die erforderlichen Praktikantenplätze in ausreichender Zahl bereitgestellt werden könnten, was zu einem NC vor dem Praktikum führe.¹⁸⁴ Die Gefahr einer Überwälzung des Numerus clausus auf medizinische Hilfsberufe hatte das *BVerfG* bereits im Zweiten Numerus-clausus-Urteil gesehen.

Dies rechtfertigte es nach Auffassung des *BVerfG*, als besonders schutzwürdig nur diejenigen Altwarter im Rahmen der Sonderquote bevorzugt zu behandeln, die schon vor der Verkündung des Zweiten NC-Urteils am 8.2.1977 mit berufspraktischen Ausbildungen und Tätigkeiten begonnen hatten. Dies ist heute nicht anders: Bevorzugt müssen die Bewerber werden, die bereits vor dem 19.12.2017 mit berufspraktischen Ausbildungen und Tätigkeiten begonnen haben.

Als „Heilmittel“ empfahl das *BVerfG*, die Vergabeverordnung so zu ändern, dass die bislang Benachteiligten in den nächsten drei Semestern bevorzugt über die Altwarterquote zum Zuge kommen könnten. Sofern die Benachteiligten im Rahmen der degressiven Sonderquote nicht mehr ausgeglichen werden könnten, könne der Normgeber die ohnehin starke Degression – zunächst knapp 20 % auf zuletzt etwa 5 % der Studienplätze – abmildern oder rückgängig machen.

cc) *Empfehlung: Sammlung von Erfahrungen durch ein (erneutes) Übergangsverfahren*

These: Es empfiehlt sich, zur Vermeidung verfassungswidriger Regelungen insbesondere zulasten der Altwarter in

einem neuen Vergabeverfahren Erfahrungen durch ein (erneutes) Übergangsverfahren zu machen.

Das *BVerfG* hat sowohl im Zweiten NC-Urteil als auch im Altwarterbeschluss darauf hingewiesen, dass die Neuregelung eines Auswahlverfahrens ein typischer Anwendungsfall dafür sei, dass dem Gesetzgeber bei komplexen, in der Entwicklung begriffenen Sachverhalten eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen gebühre und dass Mängel einer Regelung erst dann Anlass zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen geben könnten, wenn der Gesetzgeber eine Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechtere Lösung unterlasse.¹⁸⁵ Diese Grundsätze finden sich in der Rechtsprechung zur Beobachtungspflicht des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers wieder.¹⁸⁶

7. Berücksichtigung fachnaher Berufsausbildungen oder Berufstätigkeiten

These: Der Beginn fachnaher Berufsausbildungen führt neben der Erstbewerbung vor dem Wintersemester 2017/2018 und – kumulativ – der kontinuierlichen Bewerbung zur Einstufung in die Gruppe der besonders schutzwürdigen Bewerber. Der Gesetzgeber/der Staatsvertrag kann für diese Bewerber im AdH eine „Sondergruppe“, entsprechend der derzeitigen Regelung z. B. an der Universität Gießen vorsehen.

These: Der Gesetzgeber/der Staatsvertrag kann für diese Bewerber auch Aufbesserungen der HZB-Note für das AdH und der Wartezeit vorsehen.

Der Gesetzgeber hat – ohne Beanstandung durch das *BVerfG* – auch das Kriterium der Berücksichtigung fachnaher Berufsausbildungen oder Berufstätigkeiten für die Auswahl eröffnet.¹⁸⁷ Auch damit lassen sich nach dem *BVerfG* Anhaltspunkte für die Eignung zum Studium der Humanmedizin erfassen.

Angesichts seiner Offenheit muss die Konkretisierung dieses Kriteriums jedoch in transparente Regeln eingebunden werden, wie sie bisher sowohl im StV 2008 als auch im Landesrecht fehlen. Die erforderlichen Regelungen müssen das Satzungsrecht der Hochschulen determinieren.

Die Kataloge der fachnahen Berufsausbildungen lassen sich aus zahlreichen Auswahlstatuten entnehmen.¹⁸⁸ ■

183 Damals § 33 III HochSchRG; vgl. ferner Art. 16 I Nr. 3 StV iVm Art. 15 StV 1972, Art. 15 II StV 1978.

184 Im Übrigen wäre eine im ganzen Bundesgebiet einheitliche Durchführung und Bewertung eines solchen Praktikums bereits damals kaum möglich gewesen und ist es heute erst recht nicht.

185 *BVerfG*, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvR 1249/80, *BVerfGE* 59, 1 = NVwZ 1982, 97 = BeckRS 1981, 106189; unter Bezugnahme auf das Zweite NC-Urteil, *BVerfG*, Ur. v. 8.2.1977 – 1 BvR 1/76 ua, *BVerfGE* 43, 291 = NJW 1977, 569 = BeckRS 9998, 106042.

186 Vgl. dazu im Kapazitätsrecht *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht II, 96 ff. Rn. 185 ff.; konkret zur Beobachtungspflicht des Verordnungsgebers beim Krankenversorgungsabzug Tiermedizin *Berl-VerfGH*, Beschl. v. 15.1.2014 – VerfGH 109/13, BeckRS 2014, 47537 mit Anm. *Zimmerling/Brehm*, DVBl 2014, 377.

187 Rn. 152 f., insbes. 195.

188 ZB die Satzung der Justus-Liebig-Universität Gießen für das Hochschulwahlverfahren in zulassungsbeschränkten Studiengängen (Auswahlstatut) v. 27.4.2016, zuletzt geändert durch Beschluss v. 8.2.2017.