

Rechtsanwalt Dr. Robert Brehm und Dr. Wolfgang Zimmerling\*

## Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts seit 2008

Die NVwZ berichtet seit 1984 kontinuierlich über die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts. Allerdings sind die Abstände zwischen den Beiträgen immer länger geworden: Der letzte Bericht in NVwZ 2008, 1303, umfasste zwölf Jahre. Seitdem ist viel passiert, was es wegen des Umfangs auch erforderlich macht, den Beitrag in die NVwZ-Homepage einzustellen.

### I. Einleitung

Die mehr als fünf Jahre seit dem letzten Berichtsaufsatz sind durch erhebliche Änderungen sowohl im Hochschulzulassungsrecht, also dem Vergaberecht, als auch im Hochschulkapazitätsrecht geprägt. Die politische Unzufriedenheit einzelner Parteien bzw. einzelner Bundesländer hat zur Errichtung der „Stiftung für Hochschulzulassung“ (SfH – bekannt unter [hochschulstart.de](http://hochschulstart.de)) durch den Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5.6.2008 – StV 2008 –<sup>1</sup> geführt. Die SfH ist an die Stelle der früheren ZVS getreten. Nach einhelliger Auffassung der Obergerichte<sup>2</sup> leiden die im Staatsvertrag und im Stiftungsgesetz vom 18.11.2008<sup>3</sup> getroffenen Regelungen über die Errichtung und Ausgestaltung der SfH nicht an Rechtsfehlern, die zu ihrer Unwirksamkeit führen.

Die – langjährigen – zeitlichen und organisatorischen Zulassungsprobleme außerhalb der durch die SfH vergebenen Studiengänge (also der medizinischen Studiengänge und der Pharmazie) insbesondere auf Grund der Mehrfachzulassungen will die SfH durch ein so genanntes Dialogorientiertes Serviceverfahren (DoSV)<sup>4</sup> in den Griff bekommen, das – nach langen Verzögerungen<sup>5</sup> – im WS 2012/2013 mit einem „Pilotbetrieb“<sup>6</sup> begann. In den Bewerbungsverfahren zum WS 2013/2014 waren 47 Hochschulen mit 176 Studiengängen beteiligt.<sup>7</sup>

Die bisherigen Vergaberegeln in den medizinischen Studiengängen mit den Quoten 20 % Abiturbeste, 20 % Wartezeit und 60 % Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH)<sup>8</sup> haben auf Grund der Leistungsbezogenheit auch des

\* Der Autor *Brehm* ist Rechtsanwalt in Frankfurt a. M., der Autor *Zimmerling* Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Arbeitsrecht in Saarbrücken. – Der letzte Berichtsaufsatz erschien in NVwZ 2008, 1303 ff. Die Verfasser, Partner der Sozietät *Dres. Brehm und Zimmerling*, Frankfurt und Saarbrücken befassen sich schwerpunktmäßig mit Hochschulzulassungsrecht und Prüfungsrecht. Der Beitrag bezieht die seit dieser Zeit bis zum 31.12.2013 in NVwZ, NVwZ-RR und BeckRS veröffentlichten Entscheidungen und (wenigen) Aufsätze ein. Er ist daher keine Gesamtübersicht, sondern ein „Schwerpunkt“-Beitrag. S. im Übrigen *Babro/ Berlin*, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage 2003; *Karasek*, Hochschulzulassungsrecht in: Beck-PFormB Verwaltungsrecht 3. Auflage 2009, S. 1009 ff.; *Zimmerling/ Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, 1. Teil Kapazitätsprozessrecht 2010, 2. Teil, Materielles Kapazitätsrecht, 2012 (kurz Bd. 1 bzw. Bd. 2); *Brehm/Zimmerling* in *Johlen/Oerder*, Münchner Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 3. Auflage 2012, § 17, S. 782 ff. (kurz AnwHdB); *Schemmer*, Überbuchung und Schaffung weiterer Studienplatzkapazitäten, DVBl. 2011, 1338; *Maier*, Zur überobligatorischen Vergabe von Studienplätzen durch staatliche Hochschulen, DVBl. 2012, 615; *Müller*, Warten auf Godot – Das BVerfG und die Wartezeit, NVwZ 2013, 35. *Selbmann*, Vergabegerechtigkeit im Kapazitätsrechtsstreit, DÖV 2011, 881; *ders.*, „Verwirrende Vielfalt“ oder wie das Recht auf freie Wahl eines Studienplatzes ausgehebelt wird, NVwZ 2012, 1373; *Sturm*, Studienplatzabbau an staatlichen Hochschulen, Diss. Bonn 2011.

1 <http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Gesetze/G02.pdf>

2 OVG Münster, Beschl. v. 3.9.2013 – 13 A 1429/12, BeckRS 2013, 55392; Beschl. v. 21.12.2010 – 13 B 1557/10, BeckRS 2011, 47190; Beschl. v. 21.12.2010 – 13 B 1557/10, BeckRS 2011, 45766, NVwZ-RR 2011, 408; OVG Saarlouis, Urt. v. 18.6.2012 – 2 A 448/11, BeckRS 2012, 52410; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 18.7.2011 – 6z K 4029/10, BeckRS 2011, 54973; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 3.4.2010 – 12 K 2878/10, BeckRS 2012, 50598. Zu den Aufgaben der SfH im Einzelnen *Brehm/Zimmerling*, AnwHdB Rn. 19 ff.

3 GV NRW 2008, 710.

4 Die ausf. rechtliche Regelung des Serviceverfahrens der SfH findet sich in den Hochschulvergabeordnungen bzw. Hochschulzulassungsverordnungen der einzelnen Bundesländer, so in § 7 HVVO-BW, § 27 der VergabeVO-NRW sowie § 5a HVVO Niedersachsen. Sie ist einem Laien kaum verständlich und auch als Fachmann hat man damit seine Schwierigkeiten.

5 Ausf. zur Geschichte des DoSV *Brehm*, <http://www.derabiturient.de/panorama/und-was-studierst-du/artikel/id/das-dialogorientierte-serviceverfahren-teil-i.html>, Teil 1 und <http://www.derabiturient.de/panorama/und-was-studierst-du/artikel/id/das-dialogorientierte-serviceverfahren-teil-ii.html>, Teil 2, Beiträge v. 2.5.2012.

6 Näheres unter <http://www.hochschulstart.de/index.php?id=3613>; aus der Presse kritisch *Bös*, Der Zulassungswirrwarr geht weiter“ in: FAZ Nr. 192/2012, C 4.; im SS 2014 gibt es im DoSV insgesamt 32 Studienangebote.

7 <http://www.hochschulstart.de/index.php?id=3772>

8 Vgl. hierzu zB *Haug*, WissR 2006, 96; *Hauck-Scholz/Braunhardt*, WissR, 2008, 307 ff.; *Koch*, RdJB 2005, 374 ff.; *Selbmann/Kiebs*, DÖV 2006, 816 ff.; *Selbmann*, NVwZ 2012, 1373 ff.

AdH-Verfahrens zu Wartezeiten von 12 bis 13 Semestern geführt.<sup>9</sup> Nachdem das OVG Münster<sup>10</sup> im Beschwerdeverfahren einige vom VG Gelsenkirchen erlassene Einstweilige Anordnungen, durch die einige Studienplätze vorläufig direkt an Antragsteller zugewiesen wurden, aufgehoben hatte, hat das VG Gelsenkirchen<sup>11</sup> im Hauptsacheverfahren in einem ausführlichen Beschluss dem BVerfG das Vergabesystem mittels der genannten Quoten vorgelegt. Nachdem das BVerfG die Vorlagebeschlüsse als unzulässig zurückgewiesen hat,<sup>12</sup> haben das VG Gelsenkirchen<sup>13</sup> und Müller<sup>14</sup> in überzeugender Weise die Argumente des BVerfG widerlegt. Daraufhin hat das VG Gelsenkirchen die derzeitige gesetzliche Regelung erneut dem BVerfG als verfassungswidrig vorgelegt.<sup>15</sup>

Weitgehend erfolglos blieb ein Verfahren nach dem Informationsfreiheitsgesetz NRW, die damalige ZVS zur Herausgabe zahlreicher Protokolle ihrer Gremien zu veranlassen. In dessen Verlauf wurde nach dem OVG Münster<sup>16</sup> auch das BVerfG zweimal<sup>17</sup> angerufen. Inzwischen zeigt sich die SfH noch intransparenter als die frühere ZVS.

Die Einführung des gestuften Systems von Bachelor und Master hat in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein zur Ersetzung von Curricularnormwerten (CNW), mit deren Hilfe die Lehrnachfrage ermittelt wird, durch verordnungsrechtlich ebenfalls in der KapVO geregelte so genannte Bandbreiten geführt.<sup>18</sup> Seit der ersten KapVO 1974 wurde – über alle Studiengänge hinweg – die Kapazität auf der Basis eines so genannten Bilanzierungsmodells<sup>19</sup> errechnet: Danach errechnet sich die Kapazität durch eine Division von Lehrangebot durch Lehrnachfrage und gegebenenfalls korrigiert durch kapazitätserhöhende bzw. kapazitätsmindernde Einflussfaktoren. Nun gibt es seit dem Staatsvertrag (StV) vom 22.6.2006<sup>20</sup> „zwei Welten des Kapazitätsrechts“: Die erste, „die alte“ Welt ist die der zentral verwalteten drei medizinischen Studiengänge und der Pharmazie sowie der Studiengänge mit Curricularnormwerten wie zB Jura und Lebensmittelchemie. Die „Zweite Welt“ besteht aus der Mehrzahl der örtlich beschränkten und verwalteten Studiengänge. Während der StV für die von der SfH verwalteten „harten“ NC-Fächer die Grundsätze der Kapazitätsermittlung in Art. 7 III StV unverändert lässt, haben die Hochschulzulassungsgesetze der Länder die Tür für die Einführung eines Bandbreitenmodell geöffnet, nach dem die Hochschulen den Lehrbedarf für die Ausbildung eines Studierenden, der bisher für jeden Studiengang einzeln durch Rechtsverordnung bestimmt wurde, künftig innerhalb einer gewissen Bandbreite selbst festlegen können.<sup>21</sup>

Ob es erforderlich ist, im Rahmen der Bandbreiten die einzelnen Curricularwerte der Hochschulen durch Satzung festzusetzen, ist hoch streitig.<sup>22</sup> Nordrhein-Westfalen hat als einziges Bundesland neben der Kapazitätsverordnung (KapVO) für die von der SfH verwalteten Studiengänge eine eigene KapVO für die örtlich zulassungsbeschränkten Studiengänge geschaffen.<sup>23</sup> Dort hat das Ministerium auch die Gefahr einer „flächendeckenden Inanspruchnahme der Bandbreitenhöchstwerte durch die Fachbereiche“<sup>24</sup> gesehen.

Streitig sind in vielen Verfahren die so genannten Eignungsprüfungen bzw. Eignungsfeststellungsverfahren<sup>25</sup> sowie die Kriterien für die Zulassung zu den Masterstudiengängen.<sup>26</sup> Das OVG Magdeburg<sup>27</sup> hat sich eingehend mit der Pflicht zur Setzung von normativen Regelungsvorgaben befasst. In Hinblick auf die erforderliche Qualifikation halten die Gerichte satzungsgemäß geregelte qualifikationsbezogene Zu-

gangsvoraussetzungen, insbesondere die Anknüpfung an die Bachelornote allgemein für rechtmäßig;<sup>28</sup> demgegenüber hält das OVG Münster in ständiger Rechtsprechung fachspezifische Studierfähigkeitstests als mit § 49 VII HG-NRW unvereinbar.<sup>29</sup> Nach Auffassung des OVG Lüneburg ist es den Universitäten nach § 18 VIII NHSchH unbenommen, in begründeten Einzelfällen den Zugang zu einem Masterstudengang auch an solche Zugangsvoraussetzungen zu knüpfen, die von Absolventen einer Dualen Hochschule oder einer Berufsakademie typischerweise nicht erfüllt werden können.<sup>30</sup>

- 9 Näheres hierzu unter <http://www.hochschulstart.de/index.php?id=4240>. Im WS 2013/2014 konnten in der Humanmedizin nur Bewerber mit 12 Semestern Wartezeit und einem Abiturnschnitt von 2,2 zugelassen werden. Erst mit 14 Semestern Wartezeit ist eine Zulassung sicher; in der Zahnmedizin und der Tiermedizin sind es ebenfalls 12 bis 13 Semester.
- 10 OVG Münster, Beschl. v. 8.11.2011 – 13 B 1212/11, BeckRS 2011, 55945, 55946, 55948, 55947, 55944 und 55943 gegen Beschlüsse des VG Gelsenkirchen v. 29.9.2011 – 6z L 942/11, BeckRS 2011, 54716, 54737, BeckRS 54811, 54738.
- 11 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 26.4.2012, BeckRS 2012, 49971, 49972, 49973, 52525, 52630, 50604.
- 12 BVerfG (2. Kammer 1.Senat), Beschl. v. 6.9.2012 – 1 BvL 13/12, NVwZ 2013, 61 = BeckRS 2012, 57914; Beschl. v. 18.10.2012 – 1 BvL 14/12 (n.v.); in dieser Entscheidung hat das BVerfG zu Recht gerügt, dass sich das VG Gelsenkirchen nicht zur Zulässigkeit der v. Kläger nach seiner Zulassung umgestellten Klage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage geäußert hat; vgl. die ausf. Besprechung von Müller, Warten auf Godot – Das BVerfG und die Wartezeit, NVwZ 2013, 35 ff.
- 13 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 8.10.2012 – 6z L 1018/12, BeckRS 2012, 58226.
- 14 Müller, NVwZ 2013, 35.
- 15 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 19.3.2013 – 6z K 4171/12, <http://openjur.de/u/634661.html>.
- 16 OVG Münster, Beschl. v. 21.8.2008 – 13a F 11/08, BeckRS 2010, 56464 sowie NVwZ 2008, 1382 = BeckRS 2008, 38455.
- 17 BVerfG, Beschl. v. 31.8.2009 – BVerfG 20 F 10/08 BeckRS 2011, 53775 sowie NVwZ 2010, 194 = BeckRS 2009, 39744.
- 18 Vgl. hierzu Löwer, Rechtsfragen der Einführung eines Curricularwerts, Wissenschaftsrecht Beiheft 20, 2010 mwN; Sagerer/Schnitzler, WissR Beiheft 18, S. 111 ff.
- 19 S. hierzu VGH Mannheim, Beschl. v. 16.3.1979 – IX 910/78, DÖV 1979, 528 = DVBl. 1979, 916.
- 20 [www.hochschulstart.de](http://www.hochschulstart.de) unter download.
- 21 Veröffentlichungen der Hochschuleite: Hailbronner, Kapazitätsfestlegungen durch Hochschulvereinbarungen, WissR 2007, Beiheft Nr. 18, S. 99 ff. sowie Kluth, Verfassungsrechtliche Anforderung an ein modernisiertes Kapazitätsrecht, WissR 2007, Beiheft Nr. 18, S. 60 ff.
- 22 Ablehnend VGH München, Beschl. v. 28.5.2013 – 7 CE 13.10105, NVwZ-RR 2013, 689 (nur Ls.), BeckRS 2013, 689.
- 23 Löwer, Rechtsfragen der Einführung eines Curricularwerts, Wissenschaftsrecht Beiheft 20, 2010 mwN.
- 24 Vgl. hierzu und zu den „Gegenmaßnahmen“ Sagerer/Schnitzler, WissR Beiheft 18, S. 111 ff (117).
- 25 Eine Übersicht findet sich bei Brehm/Zimmerling, Eignungsprüfungen und Master-Zulassungsvoraussetzungen als Studienzulassungshürde, NVwZ 2012, 1376 mwN; aktuell VerfGH Bayern, Urt. v. 12.7.2013 – Vf. 9-VII -12 zur Eignungsprüfung an der Hochschule für Film und Fernsehen in München.
- 26 Vgl. zB OVG Münster, Beschl. v. 18.4.2012 – 13 B 52/12, NVwZ-RR 2012, 519 = BeckRS 2012, 49840; und Beschl. v. 21.12.2011.13 B 1419/11, BeckRS 2012, 45502 sowie 47222; OVG Münster, Beschl. v. 26.1.2011 – 13 B 1640/10, BeckRS 2011, 47553; Beschl. v. 14.1.2010 – 13 B 1632/09, BeckRS 2010, 46081; 46809; OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2012, 235; OVG Bremen, NVwZ-RR 2010, 923; OVG Bautzen, BeckRS 2010, 52255; OVG Magdeburg, Beschl. v. 25.10.2012 – 3 M 52/12, NVwZ-RR 2013, 180; VG Göttingen, Beschl. v. 8.10.2012 – 8 C 701/12, NVwZ-RR 2013, 103; VG Bayreuth, Beschl. v. 12.11.2012 – B 3 E 12.795, BeckRS 2012, 59945; ausf. hierzu und zu Eignungsfeststellungsverfahren Brehm/Zimmerling, NVwZ 2012, 1376 ff. Lindner, NVwZ-Extra 2010, Heft 6.
- 27 OVG Magdeburg, Beschl. v. 25.10.2012 – 3 M 52/12, NVwZ2013, 184.
- 28 Vgl. zB VerfGH Berlin, Urt. v. 19.6.2013 – 150/12, 150 A/12, NVwZ-RR 2013, 804 (nur Ls.), BeckRS 52586; OVG Münster, Beschl. v. 16.5.2013 – 13 B 307/13, NVwZ-RR 2013, 805 = BeckRS 2013, 51181; VGH München, Beschl. v. 2.9.2013 – 7 CE 13.1084; BeckRS 2013, 55750.
- 29 Vgl. zB OVG Münster, Beschl. v. 16.5.2013 – 13 B 307/13, NVwZ-RR 2013, 805 = BeckRS 2013, 51181 unter Bezugnahme auf Beschl. v. 26.1.2011 – 13 B 1640/10, BeckRS 2011, 47553.

Nach den Universitäten Aachen, Bochum (teilweise), Köln und dem Studienort Mannheim der Universität Heidelberg haben auch die Medizinische Hochschule Hannover,<sup>31</sup> die Charité-Universitätsmedizin Berlin<sup>32</sup> und die Universität Hamburg<sup>33</sup> – gestützt auf die so genannte Erprobungsklausel in § 41 der Ärztlichen Approbationsordnung – so genannte Modellstudiengänge<sup>34</sup> eingeführt. Um „Gerichtsfestigkeit“ zu erlangen, hat der Niedersächsische Verordnungsgeber speziell für die Medizinische Hochschule Hannover zweimal die Vorschrift über die Berechnung der – Kapazitätseinschränkenden – patientenbezogenen Ausbildungskapazität (§ 17 II KapVO) geändert.<sup>35</sup> Es wird zu prüfen sein, ob dieser Alleingang mit Bundesrecht (konkret §§ 29 ff. HRG) und dem vom *BVerfG* geforderten Einheitlichkeitsgebot<sup>36</sup> vereinbar ist.<sup>37</sup> Kurz: Das Hochschulzulassungsrecht befindet sich wieder einmal im Umbruch. Gleiches gilt für die Entwicklung, die die „Erprobung“ medizinischer Modellstudiengänge gegenüber dem Regelstudiengang zur Regel macht.<sup>38</sup>

Geklärt ist bei den Gerichten die kapazitive Bedeutung des Hochschulpakts 2020.<sup>39</sup> Die Mittel sind kapazitär wirksam; allerdings sollen die Stellen ebenso wie die Lehrleistungen von Drittmittelstellen nach der KapVO nicht in die Kapazitätsberechnung eingehen. Nach der bisher einhelligen Auffassung der Obergerichte ergeben sich aus dem Hochschulpakt keine Rechtswirkungen für Studienbewerber, weder kapazitätserhöhend, noch anspruchsbegründend.<sup>40</sup>

Aktuelle Entwicklungen im Hochschulzugangsrecht beschreibt Lindner.<sup>41</sup> Kurz: Das Hochschulzulassungsrecht befindet sich wieder einmal im Umbruch.

## II. Allgemeines Studienplatzvergaberecht in zentral verwalteten Studiengängen

### 1. Verfassungswidrigkeit des derzeitigen Vergaberechts in den zentral verwalteten Studiengängen?

Zum allgemeinen Vergaberecht der SfH ist zuletzt der Vorlagebeschluss des *VG Gelsenkirchen* vom 19.3.2013 ergangen.<sup>42</sup> Das *VG* weist darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>43</sup> jeder hochschulreife Bewerber um einen Studienplatz das verfassungskräftige Recht auf eine Auswahlentscheidung nach sachgerechten Kriterien hat, die ihm zumindest die Chance auf Verwirklichung seines Studienwunsches belässt. Wenn jedoch diese Chance für eine große Gruppe von Bewerbern (allein) durch Einräumung einer Wartezeitquote gewährt wird, darf die für eine Zulassung zum Studium erforderliche Wartezeit die Dauer eines normalen Studiums nicht überschreiten; diese Grenze wird hinsichtlich des Medizinstudiums nach den tatsächlichen Feststellungen des *VG Gelsenkirchen* jedenfalls seit dem Sommersemester 2011 regelmäßig überschritten.

Die Zahl der Medizinbewerber ist zwischen 1999/2000 und 2011/2012 von 20.843 auf 44.043, also um 111,31 % angewachsen, während die Zahl der Zulassungen in der Wartezeitquote von 3783 auf 1911, also um 48,48 % zurückging.<sup>44</sup>

Allerdings folgt aus der (zumindest teilweisen) Verfassungswidrigkeit des Auswahlverfahrens kein unmittelbarer Zulassungsanspruch des Bewerbers, sondern eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Korrektur.<sup>45</sup> Jedoch sichern sich Bewerber mit langen Wartezeiten durch entsprechende Verpflichtungsklagen bzw. nach Zulassung der Klageänderung zu Fortsetzungsfeststellungsklagen gegen die SfH eventuelle Schadensersatzansprüche für den Fall, dass sich das bisherige Vergabesystem letztinstanzlich oder doch vor dem *BVerfG* als

verfassungswidrig erweisen und das *BVerfG* die langjährige Untätigkeit der Träger der ZVS und später der SfH als solche deutlich herausstellen sollte. In einem Fall, in dem ein Kläger ohne Wartezeit begehrte, das derzeitige Vergabesystem hinsichtlich der Wartezeitregelung für verfassungswidrig zu erklären, hat das *OVG Münster* die zugelassene Berufung zurückgewiesen.<sup>46</sup>

Trotz dieser Bedenken haben die SfH bzw. deren Beirat bisher keinen Ansatz gesehen, das Vergaberecht durch Veränderung der Quoten zu ändern. Allerdings spricht einiges dafür, dass – wann auch immer – die VergabeVO-Stiftung anstelle der Wartezeitsemester wieder auf Bewerbungssemester abstellen wird. Damit würde ein Ärgernis für die „Langwarter“, ihr Überholen durch Bewerber, die sich lange nach dem Abitur und nach einer Ausbildung oder Berufstätigkeit zum ersten Mal – mit der erforderlichen Wartezeit – bei der SfH bewerben, verhindert. Stimmen in der Literatur haben bereits für ein Losverfahren mit mehrfacher Teilnahme plädiert.<sup>47</sup>

### 2. Keine Chancen für Zweitstudienbewerber und kaum für Härtefälle; Sonderfälle des Vergaberechts

Die Rechtsprechung des *VG Gelsenkirchen* und des *OVG Münster* zur (Nicht-)Zulassung von Zweitstudienbewer-

30

*OVG Lüneburg*, Beschl. v. 17.5.2013 – 2 ME 74/13, NVwZ-RR 2013, 687.

31 Vgl. hierzu ua *VG Hannover*, Beschl. v. 6.1.2009 – 8 C 3704/08, BeckRS 2009, 32097 aufgehoben *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 26.11.2008 – 2 NB 34/08, BeckRS 2009, 30133.

32 Hierzu *OVG Berlin*, Beschl. v. 28.11.2011 – OVG 5 NC 60.11, BeckRS 2011, 56379, Beschl. v. 25.11.2011 – OVG 5 NC 135.11, BeckRS 2011, 56378 sowie Beschl. v. 21.2.2011 – OVG 5 NC 286/11, BeckRS 2012, 48242.

33 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 6.6.2013 – 3 Nc 50/12, Beck BeckRS 2013, 51997; beim *VG Hamburg* läuft eine Klage gegen die Genehmigung des Modellstudiengangs.

34 Zur Ausbildungskapazität im Modellstudiengang Hannibal zuletzt *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 19.7.2012 – 2 NB 102/12, BeckRS 2012, 54194; die Universität Bochum hat die Einführung des Modellstudiengangs auf 2013/2014 „vertagt“.

35 Zuletzt durch die KapVO v. 4.7.2012, Nds. GVBl. 2012, S. 220.

36 *BVerwG*, Beschl. v. 18.9.1981 G, 7 N 79, *BVerwGE* 64, 77 = NVwZ 1982, 104.

37 Das *VG Hannover* hat im Eilverfahren – Beschl. v. 10.12.2012 – 8 C 4615/12 – BeckRS 2012, 60685 keine durchgreifenden Zweifel der §§ 7, 9 und 17 KapVO NS mit höherrangigem Recht angemeldet.

38 Zum WS 2013/2014 bietet auch Bochum nur noch einen integrierten Modellstudiengang an.

39 Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern über den Hochschulpakt v. 14.6.2007, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 171 v. 12.9.2007, S. 7480.

40 *VG München*, Beschl. v. 21.9.2007 – 7 CE 07.10320, juris; Beschl. v. 11.3.2010, 7 CE 10.10075, juris, mwN; *OVG Münster*, Beschl. v. 17.10.2011 – 13 C 66/11, BeckRS 2011, 55212; *OVG Hamburg* BeckRS 2010, 55927; *VG Mannheim*, Beschl. v. 28.6.2010, NC 9 S 1056/10, juris; *VG Osnabrück*, Beschl. v. 26.10.2012 – 1 C 10/12, BeckRS 2012, 59342.

41 NVwZ 2010, 351 – auch zum Unterschied von Zugangsrecht und Zulassungsrecht.

42 *VG Gelsenkirchen*, Beschl. v. 19.3.2013 – 6z K 4171/12, BeckRS 2013, 51889.

43 *BVerfG*, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70; 1 BvL 25/71 E 33, 303 ff.; *BVerfG*, Urt. v. 8.2.1977 – 1 BvF 1/76 ua E 43, 291, 313 f., insb. *BVerfG*, Urt. v. 3.11.1981 – 1 BvR 632/80 E 59, 1 ff. (31) zur „krassen Ungleichbehandlung zwischen zugelassenen und abgewiesenen Bewerbern in der Verteilung von Lebenschancen“.

44 Aktuelle Zahlen für das WS 2012/2013 unter [http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/WiSe2012\\_13/Bew\\_alte\\_WS\\_2012\\_13.pdf](http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/WiSe2012_13/Bew_alte_WS_2012_13.pdf).

45 *VG Gelsenkirchen*, Beschl. v. 19.3.2013 – 6z K 4171/12, <http://openjur.de/u/634661.html> 1020057; Beschl. v. 26.4.2012 – 6 K 3656/11, BeckRS 2012, 49971 im Anschluss *OVG Münster*, Beschl. v. 8.11.2011 – 13 B 1212/11, BeckRS 2011, 55945, 55946.

46 *OVG Münster*, Beschl. v. 11.12.2012 – 13 A 1589/12, nrw.de.

47 *Hampe/Hissbach/Thews/Werner*, Losen statt Warten in: *Forschung & Lehre*, 2012, 480 f.

bern<sup>48</sup> und Härtefällen<sup>49</sup> ist – unverändert – äußerst streng. Voraussetzung für die Anerkennung als „Härtefall“ oder für die Notenverbesserung im Leistungsbereich ist grundsätzlich die Vorlage sämtlicher Schulzeugnisse als auch die Vorlage eines Schulgutachtens sowie eines fachärztlichen Gutachtens.<sup>50</sup>

Wenn ein Bewerber, zB aus familiären Gründen, einer speziellen Hochschule zugewiesen werden will, so muss er grundsätzlich einen Antrag auf Berücksichtigung des ersten Studienortwunschs nach § 21 III VergabeVO-Stiftung stellen. Andernfalls hat er trotz ausreichender Wartezeit keinen Zulassungsanspruch, wenn auf Grund der zahlreichen von anderen Bewerbern gestellten Ortsanträgen für diese Hochschule für ihn kein Platz mehr frei ist.<sup>51</sup> Das OVG Münster<sup>52</sup> hat eine Entscheidung des VG Gelsenkirchen<sup>53</sup> bestätigt, wonach bei der Vergabe von Studienplätzen durch die SfH für Hochschulzulassung eine landesgesetzliche Regelung (konkret: § 7 I 1 Nr. 5 BlnHZG), die eine Vorabquote für Minderjährige vorsieht, unbeachtlich ist.

Kaum aussichtsreich sind auch Verfahren mit dem Ziel mit mehr Wartezeitsemestern in die zentrale Vergabe einbezogen zu werden;<sup>54</sup> dies gilt auch dann, wenn die SfH in früheren Bewerbungsverfahren den Antrag positiv beschieden hat.

### 3. Beschränkungen des Rechts auf freie Wahl des Studienplatzes

Im Auswahlverfahren der Hochschulen können Studienbewerber bis zu 6 Ortswünsche benennen (Art. 8 I 2 StV). Die Auswahl erfolgt nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts.<sup>55</sup> Dies haben die Verwaltungsgerichte bis hin zum BVerwG<sup>56</sup> gebilligt. Selbmann hat zutreffend dargelegt, dass die Einschränkung der Wahl des Studienorts durch immer weitere Ortspräferenzen der Universitäten verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.<sup>57</sup> Allerdings kann dies nicht in einem Rechtsstreit gegen die SfH geltend gemacht werden; diese ist insoweit nicht passiv legitimiert.<sup>58</sup>

### 4. Das dialogorientierte Serviceverfahren (DoSV)

Im DoSV koordiniert die SfH die Hochschulvergabeverfahren in örtlich zulassungsbeschränkten Studiengängen einschließlich der Psychologie und verhindert bei den teilnehmenden Studiengängen Mehrfachzulassungen. In einer gemeinsamen Datenbank der beteiligten Hochschulen werden die Bewerbungen abgeglichen. Wie die Studienplätze vergeben werden, bestimmen allein die Hochschulen. Zulassungsangebote verschiedener Hochschulen werden dem Teilnehmer in seinem Benutzerkonto bereitgestellt. So kann er übersichtlich den Stand der Bewerbungen einsehen und sich für ein Zulassungsangebot entscheiden. Das mehrstufige Verfahren sorgt dafür, dass die Bewerbungen des Teilnehmers an diesem Verfahren an anderen teilnehmenden Hochschulen bei der Annahme eines Zulassungsangebots entfallen - die somit frei werdenden Plätze können schnell an andere Studieninteressierte vergeben werden. Dadurch soll verhindert werden, dass zu Semesterbeginn noch Studienplätze frei sind, obwohl es noch Bewerbungen für diese Plätze gibt. Hierdurch bleiben – so die Vorstellungen der Bundesländer und der SfH – weniger Studienplätze unbesetzt. Probleme gibt es wohl noch, weil die Hochschulen 20 Euro pro vergebenem („vermitteltem“) Studienplatz an die SfH zahlen sollen und weil die Software Lehramtsstudiengänge mit zwei oder mehr Fächern (sog. Zwei-Fach-Bachelor) noch nicht abbilden kann.

Die ausführliche rechtliche Regelung des Serviceverfahrens der SfH findet sich in den Hochschulvergabeverordnungen bzw. Hochschulzulassungsverordnungen der einzelnen Bun-

desländer, so in § 7 HVVO-BW, § 27 der VergabeVO-NRW sowie § 5 a HVVO Niedersachsen. Sie ist einem Laien kaum verständlich und auch als Fachmann hat man damit seine Schwierigkeiten.

## III. Allgemeines Vergaberecht

### 1. Verwaltungsverfahrensrechtliches

a) *Ausschlussfristen.* Alle Bundesländer haben ihre Vergabeverordnungen dahingehend ergänzt, dass – abweichend von § 31 III der VwVfG der Länder die Bewerbungsfrist mit dem 15.7. bzw. 15.1. eines jeden Jahres auch dann endet, wenn dieser Tag auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. Das OVG Münster hat bereits entschieden, dass dies auch für außerkapazitäre Bewerbungen gilt.<sup>59</sup> Im Übrigen haben die Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Hessen dies für außerkapazitäre Anträge in Änderungen der VergabeVO ausdrücklich festgeschrieben.

b) *Zwang zu Online-Bewerbungen und Bescheidung der Anträge.* Wie die SfH verlangen immer mehr Hochschulen eine Online-Bewerbung. Während es mit der Umstellung der Bewerbungsform bei der SfH offensichtlich keine Probleme gab, musste in Hamburg das OVG<sup>60</sup> entscheiden, dass das Verfahren der Online-Bewerbung die Geltendmachung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Zulassung zum Studium aus Art. 12 I GG nicht in unverhältnismäßiger Weise einschränkt. Mit dem satzungsrechtlichen Zwang für eine außerkapazitäre Online-Bewerbung hat sich das VG Sigmaringen befasst.<sup>61</sup>

Eher problematisch ist die Online-Bescheidung der online gestellten Zulassungsanträge. Nach Art. 3 a BayVwVfG ist auch die elektronische Bekanntgabe des Verwaltungsakts zulässig, wenn der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet

48 OVG Münster, Beschl. v. 27.11.2012 – 13 B 1223/12, BeckRS 2012, 60333; 26.11.2012 – 13 B 1208/12, BeckRS 2012, 60776; Beschl. v. 14.6.2012 – 13 A 720/12, NVwZ-RR 2012, 762 = BeckRS 2012, 53190; BeckRS 47075; BeckRS 2011, 45632; BeckRS 2010, 56459; BeckRS 2010, 46808; VG Gelsenkirchen BeckRS 2012, 49034; 48856.

49 ZB VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 27.3.2013 – 6 L 313/13, BeckRS 2013, 49925; Beschl. v. 22.10.2012 – 6 L 1113/12, BeckRS 2012, 60202; Beschl. v. 12.10.2012 – 6z L 1019/12 – BeckRS 2012, 59303; Beschl. v. 8.10.2012, BeckRS 2012, 59096; Gerichtsbescheid v. 27.6.2012 – 6z K 1522/12, BeckRS 2012, 57008; VG Berlin, Beschl. v. 20.4.2012 – VG 3 L 32/12, BeckRS 2012, 52021; VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid v. 13.1.2012 – 6z K 3869/11, BeckRS 2012, 48855; Beschl. v. 14.12.2011 – 6z L 1223/11, BeckRS 2012, 46087; Beschl. v. 1.12.2011 – 6z L 1222/11, BeckRS 2011, 56641; Beschl. v. 30.11.2011 – 6z L 968/11, BeckRS 2011, 56642; Gerichtsbescheid v. 21.12.2010 – 6z K 3957/10, BeckRS 2011, 48341; OVG Münster, Beschl. v. 2.7.2012 – 13 B 656/12, BeckRS 2012, 53191 mwN.

50 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 22.10.2012 – 6 L 1113/12 mwN auf zahlreiche – teils unveröffentlichte Entscheidungen des VG Gelsenkirchen und des OVG Münster.

51 VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid v. 31.8.2012 – 6z K 1144/12, BeckRS 2012, 59666.

52 OVG Münster, Beschl. v. 4.12.2012 – 13 B 1240/12, NVwZ-RR 2013, 261; BeckRS 2012, 60777.

53 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 23.10.2012 – 6z L 1236/12, BeckRS 2012, 59672.

54 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 26.10.2012 – 6 L 1130/12, BeckRS 2012, 60203.

55 Vgl. hierzu im Einzelnen Selbmann, NVwZ 2012, 1373 ff.

56 BVerwG, Urt. v. 23.3.2011 – 6 CN 3.12, NVwZ 2011, 1135 mit Anm. Selbmann, DÖV 2011, 861 ff. sowie Müller, NVwZ 2011, 1113 ff.; Beschl. v. 22.7.2012 – 6 BN 2.13, BeckRS 2013, 54390.

57 Selbmann, NVwZ 2012, 1373 ff.

58 OVG Münster, Beschl. v. 26.7.2013 – 13 B 696/13 (n.v.).

59 So bereits v. OVG Münster entschieden: Beschl. v. 16.3.2010 – 13 C 122/10, NVwZ-RR 2010, 438 Ls. = BeckRS 2010, 47531.

60 OVG Hamburg Beschl. v. 5.2.2010 – 3 Bs 179/09, NVwZ-RR 2010, 722 Ls. = BeckRS 2010, 49588.

61 VG Sigmaringen, Beschl. v. 12.7.2010 – NC 6 K 1445/10, BeckRS 2010, 50895.

62 VG München, Beschl. v. 6.10.2008 – M 4 E 08.3579, BeckRS 2011,

hat und er das Dokument in lesbarer Form öffnen kann.<sup>62</sup> Hat ein Studienplatzbewerber sich elektronisch für den Studienplatz beworben und damit zugleich sein Einverständnis mit der elektronischen Abwicklung des Bewerbungsverfahrens erklärt; hat er den Zugang eröffnet.<sup>63</sup> Damit gibt der Empfänger zugleich zu erkennen, dass die Verwendung dieser Kommunikationsform für die Übermittlung des konkreten VA auch in seinem Interesse liegt. Daraus leitet sich die Rechtfertigung dafür ab, dem Empfänger (Antragsteller) die Obliegenheit zu übertragen, durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen, dass sein Computer einsatzbereit ist, wenn er mit dem Eingang behördlicher Erklärungen zu rechnen hat. Auf Hindernisse aus seinem Bereich kann sich der Empfänger nicht berufen, diesen kann und muss er durch geeignete Vorkehrungen begegnen.<sup>64</sup>

Erspart sich jedoch eine Hochschule einen Abgleich der Online-Daten der Bewerber mit deren Angaben in den nachgereichten Unterlagen bzw. den Einbau von Plausibilitätskontrollen bei der elektronischen Datenverarbeitung zur rechtzeitigen Aufdeckung von Falschangaben, muss sie sich im Zweifelsfall an der Bestandskraft des Zulassungsbescheides festhalten lassen.<sup>65</sup> Die gegenteilige Auffassung vertritt das OVG Hamburg:<sup>66</sup> Die Universität sei nicht verpflichtet, die für die Entgegennahme der Antragsdaten eingesetzte Software so zu optimieren, dass sie Fehleingaben wie ein nicht plausibles Datum der HZB mit einem Warnhinweis quittiert. Ob etwas anders bei besonders krassen Fehleingaben gelte, hat das OVG Hamburg offen gelassen.

## 2. Die landesrechtliche Auswahl der Studienbewerber

a) *Im Rahmen des zentralen Vergabeverfahrens.* Bereits 2006 hat der VGH München<sup>67</sup> entschieden, dass die bayerischen Hochschulen nicht wegen fehlender Vergleichbarkeit der in den verschiedenen Bundesländern erworbenen Hochschulzugangsberechtigungen verpflichtet sind, bei der Studienplatzvergabe im hochschulinternen Auswahlverfahren neben der Durchschnittsnote mindestens ein weiteres Auswahlkriterium festzulegen. Der Zugang zu den medizinischen Studiengängen war nach Ansicht des VGH im Wintersemester 2005/2006 bei bundesweiter Betrachtung (noch) nicht an so enge Notengrenzen und so lange Wartezeiten geknüpft, dass den Bewerbern um einen Studienplatz an einer bayerischen Hochschule durch die Anwendung zusätzlicher Kriterien bei der hochschulinternen Auswahl weitere Zulassungschancen hätten eröffnet werden müssen. Bei der Vergabe in der Abiturbestenquote genügt die Errechnung der Durchschnittsnote auf eine Stelle nach dem Komma und das anschließende Losverfahren den rechtstaatlichen Anforderungen.<sup>68</sup>

aa) *Notenverbesserungen durch Medizinertest (TMS) und andere spezifische Testverfahren.* Seit dem WS 2005/2006 wird das durch die 7. HRG-Novelle<sup>69</sup> und von den Ländern durch Änderungen des Staatsvertrags und der Hochschulzulassungsgesetze modifizierte Vergabeverfahren durchgeführt und in den so genannten „harten“ NC-Fächern die Studienplätze im Verhältnis von 20 % nach der landesspezifischen Abiturbestenquote, zu 20 % nach zentral ermittelter Wartezeit und zu 60 % nach einem Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH) vergeben. Bei diesem kann unter Beachtung landesgesetzlicher Vorgaben jede Hochschule in Grenzen eigene Schwerpunkte hinsichtlich der Vergabekriterien setzen, wenn der Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung maßgebliche Bedeutung beigemessen wird (§ 31 III 5 HRG).

Nachdem zunächst Baden-Württemberg als erstes Bundesland für die Auswahl der Mediziner und Zahnmediziner im Rahmen des AdH eine Notenverbesserung durch einen Medizinertest ermöglicht hat, haben sich in der Zwischenzeit zahlreiche andere Universitäten dem angeschlossen und es kommen ständig weitere hinzu.<sup>70</sup> Die Gewichtung des Tests wird in den jeweiligen Auswahlstatuten der Hochschulen geregelt.<sup>71</sup> Ob die hierbei verwendeten Formeln stets richtig sind, ist zweifelhaft und derzeit Gegenstand von Verfahren gegen die Universität Heidelberg. Eine Berufsausbildung wird unterschiedlich gewichtet und kann die Durchschnittsnote je nach Gewichtung in der Auswahlstatute um bis zum 0,5 verbessern, so in Freiburg im Studiengang Humanmedizin.

Nach Auffassung des OVG Hamburg<sup>72</sup> lassen es die Bestimmungen in Art. 10 I des Staatsvertrags iVm Art. 3 I, III des hamburgischen StV-Zustimmungsgesetzes sowie in § 5 II HZG zu, dass die Universität Hamburg im Auswahlverfahren für den Studiengang Zahnmedizin die Ergebnisse des schriftlichen Studierfähigkeitstests (HAM-Nat) und der manuellen Arbeitsprobe (HAM-Man) dergestalt kombiniert, dass in die Bewertung des HAM-Man nur die unter Berücksichtigung der Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung und des Ergebnisses des Ham-Nat 70 rangbesten Bewerber einbezogen werden. Bei dem Auswahlverfahren der Hochschule nach Art. 10 I Nr. 3 des Staatsvertrags handelt es sich nicht um ein Eignungsfeststellungsverfahren zum Nachweis der Studieneignung als solches (das „Ob“ der Eignung), für das die Bestimmungen in § 37 HmbHG maßgeblich seien.

Spezifische Studierfähigkeitstests werden selten angefochten.<sup>73</sup> Auswahlgespräche sind – anders als objektive Auswahlverfahren<sup>74</sup> dagegen auf Grund ihrer Subjektivität nach wie vor fehleranfällig<sup>75</sup> und werden daher kaum noch verwendet bzw. durch den Test ersetzt.<sup>76</sup> Kritisch zur Einschätzung studienrelevanter insbesondere „interkultureller“ Kompetenzen äußert sich das VG Berlin.<sup>77</sup>

bb) *Verteilung der in der Wartezeitquote ausgewählten Bewerber auf die Studienorte.* Die Verteilung der in der Warte-

47691, unter Bezugnahme auf Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Auflage, § 41 Rn. 9, 16.

63 VG München, Beschl. v. 6.10.2008 – M 4 E 08.3579, BeckRS 2011, 47691, unter Bezugnahme auf Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsgesetz, 7. Auflage, § 41 Rn. 87 ff.

64 Unter Bezugnahme auf Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O., § 41 Rn. 87 ff.; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, § 130 BGB, Rn. 5, 7.

65 So das OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 2.4.2012 – OVG 5 S 25/11, BeckRS 2012, 49259.

66 OVG Hamburg, Beschl. v. 19.12.2012 – 3 Bs 255/12, BeckRS 2013, 46789.

67 VGH München, Beschl. v. 23.3.2006 – 7 CE 06.10164, BeckRS 2009, 33798.

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

69 Siebtes Gesetz zur Änderung des HRG v. 28.7.2004, BGBl. I, 2298.

70 Vgl. [http://tms-info.org/index.php?ID=ueber\\_den\\_tms](http://tms-info.org/index.php?ID=ueber_den_tms); soweit ersichtlich ist der Test als Auswahlkriterium unangefochten, ebenso seine Gewichtung im Einzelfall.

71 Ersichtlich zB unter [http://tms-info.org/index.php?ID=info\\_bochum](http://tms-info.org/index.php?ID=info_bochum)

72 OVG Hamburg, Beschl. v. 10.3.2011 – 3 Bs 242/11, BeckRS 2011, 49457.

73 Vgl. VG Magdeburg, Beschl. v. 24.5.2013 – 7 B 463/12, BeckRS 2013, 53255.

74 Das VG Göttingen hat mehrfach Einwendungen gegen die konkrete Auswahlstatute zurückgewiesen – Urt. v. 28.7.2008 – 8 A 897/07, Urt. v. 13.12.2011 – 8 A 1466/10 (beide n. v.).

75 Vgl. zB VG Berlin: Beschluss v. 24.7.2012 – VG 30 L 332.12, BeckRS 2012, 60084, Beschl. v. 8.5.2013 – VG 30 L 81.13, BeckRS 2013, 52171.

76 So an der Charité Universitätsmedizin Berlin zum WS 2013/2014.

77 VG Berlin, Beschl. v. 16.7.2013 – 12 L 374.13, BeckRS 2013, 53661.

zeitquote ausgewählten Bewerber auf die Studienorte richtet sich nach § 21 VergabeVO, nämlich vorrangig nach den im Zulassungsantrag genannten Studienortwünschen. Können nicht alle Bewerber, die diese Studienortpräferenz an gleicher, hier erster, Stelle, genannt haben, einen Studienplatz an der Charité erhalten, erfolgt die Verteilung nach Sozialkriterien entsprechend der Rangfolge des § 21 I 2 Nrn. 1 bis 5 VergabeVO. Hat der Zulassungsbewerber keinen Antrag auf bevorzugte Berücksichtigung des ersten Studienortwunsches gestellt, kann er auf Grund der Ausschlussfrist des § 3 VII 2 VergabeVO im gerichtlichen Verfahren damit nicht mehr gehört werden.<sup>78</sup> Dies gilt auch dann, wenn die HZB in einem anderen europäischen Land erworben wird und nicht fristgerecht eingereicht werden kann.<sup>79</sup>

### 3. Rechtmäßigkeit der Verpflichtung zur Hochschulstart-Bewerbung als Voraussetzung einer Kapazitätsklage?

Es handelt sich dabei eigentlich um ein Problem des örtlichen Auswahlverfahrens, denn Hochschulstart führt das AdH nur als „Erfüllungsgehilfe der Universitäten“ durch.<sup>80</sup> Da das AdH jedoch Bestandteil der Gesamtvergabe von Studienplätzen des zentralen Vergabeverfahrens ist, wird es an dieser Stelle behandelt.

Nach Auffassung des *VGH Mannheim*<sup>81</sup> und des *OVG Weimar*<sup>82</sup> kann das Landesrecht bestimmen, dass die Vergabe eines Studienplatzes außerhalb der Kapazität nur an solche Bewerber erfolgen darf, die innerhalb einer bestimmten Frist bereits einen – außerkapazitären – Antrag an die Hochschule gestellt haben und die auch ihre Zulassung im zentralen Vergabeverfahren in dem betreffenden Studiengang für den konkreten Studienort beantragt haben. Eine landesrechtliche Bindung der Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität an die Kriterien des für die innerkapazitären Vergabe vorgesehen Auswahlverfahrens verstößt nach Auffassung des *BVerwG* nicht gegen Bundesrecht.<sup>83</sup> Zuletzt hat das *OVG Weimar* durch Urteile auf Grund mündlicher Verhandlung vom 25.9.2012<sup>84</sup> die entsprechenden Normenkontrollanträge zurückgewiesen. Art. 20 S. 2 ThürVerf.,<sup>85</sup> auf den sich klagende Zweitstudienbewerber und ausländische Staatsangehörige, die derzeit nicht in das AdH-Verfahren einbezogen werden, berufen hatten, sei eine Staatszielbestimmung, gewähre aber kein über Art. 12 I GG hinausgehendes Grundrecht auf Studienzulassung.

Das *VG Münster*<sup>86</sup> hat im Eilverfahren im Anschluss an die Entscheidung des *BVerwG*<sup>87</sup> die Regelung in § 29 I 2 VergabeVO-NRW, wonach im außerkapazitären Verfahren nur solche Bewerber antragsberechtigt sind, die sich an der Hochschule für das entsprechende Semester um einen Studienplatz desselben Studiengangs (auch) innerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen beworben haben, keinen Anlass gesehen, die Norm in Zweifel zu ziehen.

Eine entsprechende Regelung in Hessen (§ 23 S. 2 VergabeVO-Hessen 2013) bezieht sich nach Auffassung des *VGH Kassel* im Normenkontroll-Eilverfahren<sup>88</sup> nur auf die Notwendigkeit einer fristgerechten Bewerbung. Der Normgeber hat sein Ziel, eine AdH-Bewerbung für das außerkapazitären Klageverfahren vorzuschreiben, nicht erreicht. In Bremen hat das *Verwaltungsgericht* die Bindung der Berechtigung zur Durchführung eines außerkapazitären Verfahrens an die vorherige innerkapazitären Bewerbung gebilligt.<sup>89</sup>

Demgegenüber haben sowohl das *OVG Magdeburg*<sup>90</sup> als auch das *OVG Saarland*<sup>91</sup> die entsprechenden Regelungen

für nicht vereinbar mit der jeweiligen Landesverfassung erklärt, die insoweit über Art. 12 I GG hinausgeht.

Das *VG Schwerin*<sup>92</sup> hat die entsprechende Norm für Mecklenburg-Vorpommern nur teilweise für anwendbar erachtet. Danach darf zwar die Hochschule bestimmen, nach welchen Kriterien die Studienplätze vergeben werden; sie darf die Verteilung aber nicht von einer AdH-Bewerbung für den Studienort Rostock abhängig machen. Jetzt hat der Ordnungsgeber noch einmal „nachgebessert“ – im Rahmen der negativ beschiedenen Normenkontrollanträge beim *OVG Greifswald*<sup>93</sup> hat der Ordnungsgeber mitgeteilt, er habe nur die Pflicht zu einer SfH-Bewerbung allgemein, nicht aber konkret eine AdH-Bewerbung vorschreiben wollen.

### 4. Örtliche Vergabeverfahren

a) *Wahrung des Gesetzesvorbehalts im Auswahlverfahren.* In einem Rechtsstreit um das Ergebnis eines örtlichen Hochschulauswahlverfahrens hat der *VGH Mannheim*<sup>94</sup> entschieden, dass auch die von Hochschulen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durchgeführten Auswahlverfahren dem Gesetzesvorbehalt unterliegen und hinsichtlich der Auswahlkriterien und deren Gewichtung einer rechtssatzförmigen Normierung bedürfen. Die tatsächliche Vergabe der in der Zulassungszahlenverordnung ausgewiesenen Studienplätze führt nach zutreffender Auffassung des *VGH Mannheim* nicht zum Untergang des – innerkapazitären – Zulassungsanspruchs eines im Auswahlverfahren der Hochschule rechtswidrig übergangenen Bewerbers. Allerdings begründe die Fehlerhaftigkeit des durchgeführten Auswahlverfahrens alleine keinen Anordnungsanspruch auf vorläufige Zulassung zum Studium. Hierfür müsse jedenfalls die hinreichende Möglichkeit glaubhaft gemacht sein, dass der Antragsteller bei fehlerfreier Durchführung den begehrten Platz erhalten hätte.

78 *VG Gelsenkirchen*, Beschl. v. 11.4.2011 – 6z L 252/12, BeckRS 2012, 50494.

79 *OVG Münster* Beschl. v. 12.9.2011 – 13 A 1090/11, BeckRS 2011, 54206 sowie 7.12.2012 – 13 B 1481/10, BeckRS 2010, 56959.

80 *OVG Münster*, Beschl. v. 26.7.2013 – 13 B 696/13 (n.v.).

81 *VGH Mannheim*, Urt. v. 29.10.2009 – 9 S 1611/09, BeckRS 2009, 40434, bestätigt durch *BVerwG* v. 23.3.2011 – 6 CN 3.10, NVwZ 2011, 1135 mit Anm. *Selbmann*, DÖV 2011, 861 ff. sowie *Müller*, NVwZ 2011, 1113 ff.

82 *OVG Weimar*, Urt. v. 25.9.2012 – OVG 1 N 260/12, juris, bestätigt durch *BVerwG*, Beschl. v. 22.7.2013, BeckRS 2013, 54390 sowie *OVG Weimar*, Urt. v. 25.9.2012 – OVG 1 N 469/11, juris.

83 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – 6 CN 3.12, NVwZ 2011, 1135 mit Anm. *Selbmann*, DÖV 2011, 861 ff. sowie *Müller*, NVwZ 2011, 1113 ff.

84 *OVG Weimar*, Urt. v. 25.9.2012 – OVG 1 N 260/12, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch *BVerwG*, Beschl. v. 22.7.2012 – 6 BN 2.13, BeckRS 2013, 54390.

85 Danach ist jedem Menschen der freie und gleiche Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet.

86 *VG Münster*, Beschl. v. 18.10.2013 – 9 Nc 79/13, BeckRS 2013, 58716.

87 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – 6 CN 3.12, NVwZ 2011, 1135.

88 *VGH Kassel*, Beschl. v. 7.8.2013, 10 N 1549/13.N, NVwZ 2013, 922 (nur Ls.), BeckRS 2013, 54875; § 23 S. 2 StpVergabeVO-Hessen begründe nur die Notwendigkeit einer schriftlichen außerkapazitären Bewerbung an der Hochschule bis zum 15.7 bzw. 15.1.; in der Hauptsache ist noch nicht entschieden.

89 *VG Bremen*, Beschl. v. 18.11.2013 – 6 V 937/13, BeckRS 2014, 45364.

90 *OVG Magdeburg*, Urt. v. 19.10.2011 – 3 K 326/11, BeckRS 2011, 55250.

91 *OVG Saarlouis*, Urt. v. 2.2.2012 – 2 C 404/11, BeckRS 2012, 47506.

92 *VG Schwerin*, Beschl. v. 7.9.2012, 3 B 426/11 (n.v.).

93 *OVG Greifswald*, Beschl. v. 26.11.2013 – 4 M 149/13 (n.v.)

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

95 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 23.1.2012 – 3 Bs 224/11, NVwZ-RR 2012, 398 Ls. = BeckRS 2012, 47837.

b) *Keine Hochschulpflicht zur Antragsvorprüfung.* Bei Anträgen auf Zulassung zu einem örtlich zulassungsbeschränkten Studiengang ist nach Ansicht des *OVG Hamburg*<sup>95</sup> die Universität nicht durch § 25 HmbVwVfG verpflichtet, vor Ablauf der Ausschlussfrist eine Vorprüfung auf Vollständigkeit vorzunehmen und die Bewerber ggf. zur Ergänzung aufzufordern.

c) *Organisationsfreiheit hinsichtlich der Vergabeterminen.* Der *VGH München*<sup>96</sup> und das *OVG Hamburg*<sup>97</sup> haben entschieden, dass es in der Gestaltungs- und Organisationsfreiheit jeder Hochschule liegt, ob diese in Bezug auf das Studienjahr die Bewerber nur an einem oder an mehreren Vergabeterminen aufnimmt und somit die jährliche Aufnahmekapazität des Studiengangs auf einzelne Vergabeterminen aufteilt (§ 39 II HZV-Bayern). Nach Auffassung des *VGH München*<sup>98</sup> ist das gegenwärtige gesetzgeberische Konzept des örtlichen Auswahlverfahrens (Art. 5 BayHZG) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil es dem einzelnen Bewerber eine Vielzahl von Zulassungsmöglichkeiten an einzelnen Hochschulen infolge unterschiedlicher hochschulindividueller Auswahlentscheidungen gerade im Hinblick darauf eröffnet, dass infolge eines erheblichen Bewerberüberhangs unzumutbare Anforderungen an die Durchschnittsnote oder die Wartezeit gestellt werden könnten. Ob dieses Verfahren heute noch so entschieden würde, ist angesichts im Vorlagebeschluss des *VG Gelsenkirchen*<sup>99</sup> enthaltenen Daten zweifelhaft.

d) *Maßgeblichkeit der Rangfolge zum Bewerbungsstichtag.* Zum Bewerbungsstichtag bei Masterstudiengängen liegt in der Regel nur eine vorläufige – keine endgültige – Bachelornote oder ECTS-Punktzahl fest. Ändert sich nach Bewerbungsschluss durch endgültige Feststellung die Bachelornote, besteht keine Verpflichtung der Hochschule zur Änderung der Zulassungs-Reihenfolge. Die nachträgliche Notenverbesserung kann daher auch keinen Anspruch auf Zulassung zum Masterstudium begründen, wenn die bessere Note, wäre sie bei Bewerbungsschluss bereits bekannt gewesen, zur Zulassung geführt hätte.<sup>100</sup>

e) *Notwendigkeit der innerkapazitären Bewerbung bei Studiengängen des örtlichen Vergabeverfahrens und des DoSV?* Eine Reihe von Bundesländern (Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen) hat auch bei Studiengängen des örtlichen Auswahlverfahrens und des DoSV die innerkapazitäre Bewerbung zur Voraussetzung eines außerkapazitären Streitverfahrens gemacht. In anderen Ländern, in denen der Verordnungsgeber derartige Regelungen nicht getroffen hat, gehen die Verwaltungsgerichte regelmäßig nicht von einer derartigen Verpflichtung aus.

## IV. Hochschulkapazitätsrecht

### 1. Überblick

Der Versuch einzelner Hochschulvertreter und der Hochschulrektorenkonferenz, die Dogmatik des *BVerfG* zu Art. 12 GG als Teilhaberecht<sup>101</sup> zu verändern<sup>102</sup> und an Stelle des Rechts der hochschulreifen Bewerber sich eine Uni auszusuchen, ein Wahlrecht der Hochschulen zu statuieren, sich selbst die Bewerber auszusuchen, ist weitgehend an der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte gescheitert. Allerdings haben die Hochschulen im Rahmen des AdH und der örtlichen Auswahlverfahren die Möglichkeit, Auswahlkriterien „nach eigenem Geschmack“ zu setzen.

Angesichts der Dauer von Hauptsache-(Klage-)verfahren bis zu einer Terminierung wird nach wie vor in erster Linie im Eilverfahren über die vorhandenen Kapazitäten gestritten.

Inzwischen sind die ersten Verfahren gemäß „Verzögerungsrügesetz“<sup>103</sup> anhängig. So sind an verschiedenen Gerichten noch Humanmedizin-Klagen aus dem Jahr 2011/2012 und in Berlin noch ZM-Klagen aus dem SS 2010 anhängig. Allerdings hat es das *VG Freiburg* geschafft, in insgesamt fünf Terminen die Klageverfahren im Studiengang Humanmedizin von WS 2008/2009 bis WS 2012/2013 abzuarbeiten.<sup>104</sup> Die *30. Kammer* des *VG Berlin* hat die Humanmedizinklagen bis einschließlich WS 2010/2011<sup>105</sup> einer Erledigung durch Vergleiche zugeführt und verhandelt derzeit über das SS 2011. Die Zahl der Kläger ist – mit Ausnahme von Berlin<sup>106</sup> – zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt deutlich geringer als die der Antragsteller und Beschwerdeführer. Dies führt in dem Fall, in dem in der Hauptsache noch Studienplätze „gefunden“ oder die Verfahren verglichen werden, zu deutlich höheren Erfolgchancen als im Eilverfahren, allerdings – wie gezeigt – bei deutlich höherem Zeitaufwand.

Immer mehr Bundesländer schränken die Möglichkeit der Kapazitätsklage dadurch ein, dass sie im örtlichen Vergabeverfahren<sup>107</sup> die außerkapazitären Klagemöglichkeiten an eine vorherige innerkapazitäre Bewerbung am konkreten Studienort binden. Für Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens wird zur Voraussetzung der Teilnahme an außerkapazitären Vergabeverfahren eine Bewerbung im AdH am konkreten Studienort gemacht.<sup>108</sup> Da inzwischen 16 Universitäten eine Bewerbung in erster Präferenz verlangen, bestehen erhebliche Einschränkungen der Klagemöglichkeiten.<sup>109</sup>

In den Eilverfahren geht es zunehmend um die Intensität der Amtsaufklärung (§ 86 VwGO) und die Mitwirkungspflichten der Parteien, insbesondere auch die Darlegungspflicht der Antragstellerseite in I. Instanz.<sup>110</sup> Nochmals hinzuweisen ist auf die Entscheidung des *BVerfG*<sup>111</sup> vom 31.3.2004, das einerseits ausdrücklich die Verwaltungsgerichte beider Instanzen zur Sachaufklärung im Eilverfahren verpflichtet und andererseits diese davor warnt, zu hohe Hürden für die Dar-

96 *VGH München*, Beschl. v. 26.7.2011 – 7 CE 11.10761.

97 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 26.10.2010 – 3 Nc 96/09, BeckRS 2010, 55927.

98 *VGH München*, Beschl. v. 21.9.2011 – 7 CE 11.10660, BeckRS 2012, 45565, unter Bezugnahme auf Beschl. v. 20.3.2006 – 7 CE 06.10175, BeckRS LSK 2006, 270080; NVwZ-RR 2006, 695.

99 Vgl. Fn. 15

100 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 8.6.2012 – NVwZ-RR 2012, 811.

101 Vgl. hierzu die Hinweise von *Brehm/Zimmerling*, AnwHandb Rn. 1 ff.; Bd. 2 Rn. 639.

102 Bezeichnend die Ausführungen von *Steinberg/Müller*, Art. 12 GG, Numerus Clausus und die neue Hochschule, NVwZ 2006, 113 ff. (*Steinberg* war bis 12/08 Präsident der Universität Frankfurt a. M.).

103 Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Verfahren ... v. 24.11.2011, BGBl. 2011, 2302. Aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hierzu aktuell *BVerwG*, Urt. v. 11.7.2013 – 5 C 23.12D und 27.12D, BeckRS 13, 55756, mit denen die Urteile des *OVG Berlin-Brandenburg* v. 27.3.2012 – OVG 3 A 1.12 und des *OVG Sachsen-Anhalt* v. 25.7.2012 – 7 KE 1/11 bestätigt wurden.

104 *VG Freiburg*, Urt. v. 3.5.2012 – NC 6 K 2268/10, BeckRS 2012, 56021; Urt. v. 6.2.2012 – NC 6 K 2436/08, BeckRS 2012, 55889; v. 14.2.2012 – NC 6 K 2025/09, BeckRS 2012, 55778; v. 20.3.2012 – NC 6 K 2155/11, BeckRS 2012, 55888; vgl. hierzu die Berufungsurteile des *VGH Mannheim* v. 11.6.2013 – NC 9 S 574/12 und NC 9 S 685/12, BeckRS 2013, 56254.

105 Dies ist das erste Semester mit Modellstudiengang.

106 Dort gibt es kein Widerspruchsverfahren und die Charite bescheidet die Zulassungsanträge sofort.

107 So in Brandenburg, Bremen, Hessen, NRW ua.

108 So in Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, NRW, Thüringen.

109 *Selbmann*, DÖV 2011, 861 ff.

110 Vgl. hierzu zuletzt *OVG Greifswald*, Beschl. v. 29.7.2013 – 1 M 86/13 ua, juris.

111 *BVerfG*, Beschl. v. 31.3.2004 – 1 BvR 356/04, NVwZ 2004, 1112.

112 *VerfGH Berlin*, Beschl. v. 20.12.2011 – *VerfGH* 28/11, NVwZ 2012, 821 = BeckRS 2012, 46698 mit Anm. in *Hillemann/Naumann*,

legungspflicht der Beschwerdeführer im Rahmen des § 146 III, IV VwGO zu errichten.

In den Bachelor- und Master-Studiengängen haben die Länder – manchmal erst auf gerichtlichen Druck<sup>112</sup> – Curricular-normwerte (CNW) oder Bandbreiten bestimmt. Es ist oft nicht klar, wie diese rechnerisch abgeleitet werden,<sup>113</sup> obwohl die Hochschulen die Darlegungslast für die Ableitung zahlenförmiger Normen haben.<sup>114</sup> Oft werden die CNW für Diplom- Studiengänge nur im Verhältnis zur Studiendauer des Bachelorstudiengangs pauschal um- bzw. heruntergerechnet. Besonders problematisch ist die Berechnung des Dienstleistungsexportes für Bachelor- und Masterstudiengänge.<sup>115</sup>

Das Hochschulkapazitätsrecht erfasst zwischenzeitlich immer mehr Studiengänge. Kapazitätsprozesse werden praktisch in allen zulassungsbeschränkten Studiengängen geführt, zunehmend auch im Bereich der Masterzulassungen.<sup>116</sup>

## 2. Kapazitätsverfahrens- und Kapazitätsprozessrecht

a) *Formen und Fristen*<sup>117</sup>. aa) *Der Zulassungsantrag an die Hochschulen*. Nachdem das *BVerfG* durch mehrere einstweiligen Anordnungen<sup>118</sup> die Verwaltungsgerichte Hamburg und Greifswald verpflichtet hatte, wegen „Verspätung der Antragstellung bei Gericht“ abgewiesene Studienbewerber in die Vergabe freier Studienplätze einzubeziehen, haben eine Reihe von Ländern Fristen für die bei den Hochschulen einzureichenden Anträge auf Zulassung außerhalb der festgesetzten Kapazitäten eingeführt, die sämtlich durch die Rechtsprechung bestätigt wurden.<sup>119</sup>

Die Anwendung der normativen Fristen auf Anträge „außerhalb der festgesetzten Kapazität“ setzen schon nach dem insoweit klaren Wortlaut – „außerhalb der festgesetzten Zulassungszahl“ – voraus, dass jedenfalls vor Fristablauf eine Zulassungszahl für den betreffenden Studiengang in dem Sinne tatsächlich festgesetzt und diese Zulassungszahl auch vor dem Fristablauf bekannt gemacht ist.<sup>120</sup> Erfolgt die Veröffentlichung zu spät, kann der Ablauf der Frist im konkreten Semester den Bewerbern nicht entgegen gehalten werden. Noch nicht abschließend ist entschieden, bis zu welchem Zeitpunkt auch eine vor dem 15.7. erfolgte Veröffentlichung (konkret geht es um den 6.7. bzw. dem 14.7. des jeweiligen Jahres) für die Notwendigkeit einer Bewerbung vor dem 15.7. ausreicht.<sup>121</sup>

Der *VGH Mannheim*<sup>122</sup> hat entschieden, dass das in Baden-Württemberg geltende Recht der Studienplatzvergabe grundsätzlich von einem Gleichlauf der Fristen für inner- und außerkapazitiere Anträge ausgehe. Für eine abweichende Auslegung universitärer Regelungen bedürfe es daher konkreter Anhaltspunkte.

bb) *Innenkapazitiere und außerkapazitiere Antrag/Bewerbung bei Hochschulstart/Anordnungsgrund – gerichtliche Rechtsfindung*. (1) *Innenkapazitiere Bewerbung*

Grundsätzlich ist mit dem innerkapazitiere Zulassungsantrag nicht zugleich auch ein außerkapazitiere Antrag verbunden; es handelt sich um zwei verschiedene und gesondert voneinander zu behandelnde Verfahrens- und Streitgegenstände und damit verschiedene Rechtsverhältnisse iSd § 123 I 2 VwGO.<sup>123</sup> Auch für das Verlangen nach einer Teilzulassung in der Humanmedizin ist ein gesonderter Antrag erforderlich, der auch „hilfsweise“ gestellt werden kann. Dies beruht darauf, dass Teilstudienplätze gegenüber Vollstudienplätzen nach der Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>124</sup> nicht ein „minus“, sondern ein „aliud“ sind<sup>125</sup> und der Antragsteller

daher durch einen darauf gerichteten Antrag das „Teilstudienplatzrisiko“ übernehmen muss.

Das *OVG Hamburg*<sup>126</sup> differenziert grundsätzlich zwischen zentraler und örtlicher Vergabe. Es vertritt die Auffassung, dass – entgegen der Auffassung der anderen Obergerichte – die Anträge auf Zulassung zu örtlich zulassungsbeschränkten Studiengängen an hamburgischen Hochschulen regelmäßig einen einheitlichen, die Zulassung innerhalb und außerhalb der festgesetzten Kapazität umfassenden Verfahrens- und Streitgegenstand darstellen. Daher steht es einem Zulassungsanspruch auch außerhalb der festgesetzten Kapazität hinsichtlich eines örtlich zulassungsbeschränkten Studiengang entgegen, wenn die Bewerber keinen innerkapazitiere Antrag gestellt hat oder wenn die Hochschule einen solchen innerkapazitiere Zulassungsantrag bestandskräftig abgelehnt hat oder wenn der Antragsteller zu Recht aus formalen Gründen vom Zulassungsverfahren ausgeschlossen worden ist.<sup>127</sup>

Anders hat der *VGH München* für einen Eilantrag auf eine außerkapazitiere Zulassung einen Anordnungsgrund auch dann bejaht, wenn sich der Antragsteller zuvor nicht im Zentralen Vergabeverfahren um eine Zulassung beworben hatte.<sup>128</sup> Der *VGH Kassel* hat eine Entscheidung des *VG Darm-*

NVwZ 2012, 801; *OVG Koblenz*, Beschl. v. 14.11.2012 – 6 B 10974/12.OVG.

113 Vgl. hierzu zB *OVG Berlin*, Beschl. v. 7.4.2004 – OVG 5 NC 3.04 – (n. v.); s. hierzu weiterhin *VG Berlin*, Beschl. v. 28.1.2008 – 3 A 662.07, juris, zur Kontrolle *BVerfG*, 22.10.1991 – 1 BvR 393/85.

114 *BVerfG*, 22.10.1991 – 1 BvR 393/85, NVwZ 1992, 361 mit Anm. *Brehm/Zimmerling*, NVwZ 1992, 340.

115 *VGH Kassel*, Beschl. v. 19.6.2012 – 10 B 532/12.MM.W1 (n.v.); *OVG Hamburg*, Beschl. v. 4.4.2012 – 3 Nc 53/11 – juris; *OVG Hamburg*, Beschl. v. 24.8.2012 – 3 Nc 163/11, BeckRS 2012, 56620.

116 S. dazu *Brehm/Zimmerling*, Eignungsprüfungen und Master-Zulassungsvoraussetzungen als Studienzulassungshürde, NVwZ 2012, 1376 mwN.

117 Vgl. im Einzelnen *Brehm/Zimmerling*, AnwHdB Rn. 43 ff., *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, S. 35 ff.

118 *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2003 – 1 BvR 89/03, NVwZ 2003, 857; Beschl. v. 15.4.2003 – 1 BvR 710/03, juris; Beschl. v. 18.3.2005 – 1 BvR 584/05, NVwZ 2005, 681.

119 So wurde in Hessen die Frist durch § 23 VergabeVO 2011 allgemein auf den 1.9. und den 1.3. eines jeden Jahres, in NRW auf den 1.10. bzw. 1.4. festgelegt. *VGH Kassel*, Beschl. v. 8.11.2011 – 10 D 2126/11.MM.W1, BeckRS 2012, 49692, ebenso Beschl. v. 20.12.2011, 10 B 1999/11, juris – hiergegen *Naumann* zu *Grünberg*, LKRZ 2012, 132; *OVG Münster*, Beschl. v. 6.12.2011 – 13 C 69/11, BeckRS 2011, 56551; in Thüringen hat das *OVG Weimar* in einem NK-Urteil v. 25.9.2012 – 1 N 131/12, juris, bestätigt durch *BVerfG*, Beschl. v. 22.7.2013 – 6 BN 2/13, BeckRS 2013, 54390; die Antragsfrist 15.7. bestätigt. In Berlin gilt der 1.10. bzw. 1.4., allerdings können nunmehr die Anträge auch per Fax gestellt werden. Vgl. allgemein zu den Fristen *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, S. 37 ff.

120 So zutr. *OVG Greifswald*, Beschl. v. 16.9.2011 – 1 M 115/11, BeckRS 2011, 55103.

121 Offengelassen in *OVG Greifswald*, Beschl. v. 16.9.2011 – 1 M 109/11, (n.v.); vgl. auch *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1 Rn. 111.

122 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 24.1.2012 – 9 S 32310/11, BeckRS 2012, 47154.

123 Ebenso *OVG Hamburg*, Beschl. v. 5.3.1999 – 3 Nc 139/98, NVwZ-RR 2000, 27; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 23.2.2002 – 9 S 43/02, (n. v.). Ausf. hierzu *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, Seite 35 ff.

124 *BVerfG*, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 802/78 ua *BVerfGE* 59, 172 ff., NVwZ 1982, 303.

125 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 23.2.1999 – NC 9 S 113/98 ua., NVwZ-RR 2000, 23.

126 *OVG Hamburg* Beschl. v. 23.1.2012 – 3 Bs 224/11, NVwZ-RR 2012, 398L = BeckRS 2012, 47837.

127 Damit ist die Rechtslage in Hamburg „qua Gericht“ so, als wäre die Bewerbungsnotwendigkeit normiert.

128 *VGH München*, Beschl. v. 8.5.2013 – 7 CE 13.10048, NVwZ-RR 2013, 717 = BeckRS 2013, 51631; Beschl. v. 30.4.2013 – 7 CE 13.10032, BeckRS 13, 50917 = NVwZ-RR 2013, 719 (nur Ls.), Beschl. v. 3.5.2013, 7 CE 12.10053 ua., BeckRS 13, 50152.

129 Vgl. *VGH München*, Beschl. v. 30.4.2013, 7 CE 13.10032, BeckRS 2013, 50917, Beschl. v. 8.8.2006 – NVwZ-RR 2007, 175.



stadt, das zum Anordnungsgrund eine innerkapazitive Direktbewerbung verlangte, unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 20.2.2003<sup>129</sup> abgeändert und an das VG zurückverwiesen, so dass unabhängig von dieser innerkapazitären Bewerbung alle gerichtlichen Antragsteller, die die auferkapazitive Antragsfrist 1.9.2012 einbehalten hatten<sup>130</sup> an der Verteilung der Studienplätze beteiligt wurden. Der hessische Verordnungsgeber hat darauf hin eine – inhaltlich beschränkte – innerkapazitive Bewerbungsfrist eingeführt.<sup>131</sup>

Während die meisten Gerichte für die Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens – zu den Regelungen in §§ 23, 24 VergabeVO in Baden-Württemberg, Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern oben<sup>132</sup> – davon ausgehen, dass für einen auferkapazitären Antrag in der Regel auch dann das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis/ein Anordnungsgrund besteht, wenn sich der Antragsteller nicht zuvor bei Hochschulstart,<sup>133</sup> bzw. an der konkreten Hochschule um einen Studienplatz beworben hat,<sup>134</sup> differenziert das OVG Magdeburg:<sup>135</sup> Das Fehlen einer innerkapazitären Bewerbung bei der Stiftung führt nicht stets zum Fehlen eines Anordnungsgrundes: Es sei einem Studienplatzbewerber nicht zuzumuten, sich um einen Studienplatz innerhalb der Kapazität zu bewerben, wenn bereits bei Stellung eines solchen Antrags nach keiner Betrachtungsweise eine realistische Chance auf eine Zulassung bestehe. Aber auch in den Fällen einer Bewerbungsnotwendigkeit müsse die AdH-Bewerbung nicht notwendig an den Landesuniversitäten erfolgen.<sup>136</sup>

Demgegenüber haben das OVG Hamburg, vorübergehend<sup>137</sup> das OVG Münster und vor allem das VG Düsseldorf erheblich strengere Anforderungen an den Anordnungsgrund/das Rechtsschutzbedürfnis gestellt.<sup>138</sup> Nach Auffassung des OVG Hamburg<sup>139</sup> kann wegen fehlenden Anordnungsgrundes die vorläufige Zuweisung eines Studienplatzes außerhalb der festgesetzten Kapazität in Studiengängen des zentralen Vergabeverfahrens, im Wege einer einstweiligen Anordnung in der Regel nicht verlangt werden, wenn im Laufe des Verfahrens auf Grund der obligatorischen Teilnahme an weiteren Auswahlverfahren die endgültige Zulassung in dem angestrebten Studiengang an einer anderen Hochschule erfolgt, der Studienplatz aber ausgeschlagen wird, ohne dass besondere Gründe dieses Vorgehen ausnahmsweise rechtfertigen.

Gegen die – übertriebenen – Anforderungen des OVG Hamburg an die Bewerbungsnotwendigkeit in einem Beschluss vom 1.6.2012<sup>140</sup> hat die Bewerberin erfolglos Verfassungsbeschwerden erhoben.<sup>141</sup>

Darüber hinaus verlangt das OVG Hamburg – als einziges Gericht bundesweit – während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens die ständige weitere Bewerbung für den eingeklagten Studiengang in jedem weiteren Termin<sup>142</sup> und zwar auch dann, wenn der Studienort Hamburg – in einem Sommersemester – gar nicht angeboten wird. Ausnahmen werden nur dann akzeptiert, wenn Härtegründe vorliegen, die den Bewerber zwingend an den Studienort binden.<sup>143</sup>

Streitig ist, ob in NRW das Erfordernis der „erforderlichen Unterlagen“ in §§ 23 V und 29 I VergabeVO-NRW hinreichend bestimmt ist<sup>144</sup> und wie „anderweitig“<sup>145</sup> die Qualifikation für den gewünschten Studiengang nachgewiesen werden kann.

(2) Kein Anordnungsgrund bei anderswo fehlender Zulassungsbeschränkung?

Das VG Köln,<sup>146</sup> stets bestätigt durch OVG Münster<sup>147</sup> und – jedenfalls für Rechtswissenschaften – das OVG Ham-

burg<sup>148</sup> jedenfalls für Staatsexamens-Studiengänge – weisen grundsätzlich die Anträge zurück, bei denen die verklagten Hochschulen herausfinden und dem Gericht „petzen“, dass irgendwo im Bundesgebiet der konkrete Studiengang nicht zulassungsbeschränkt ist. Die Gerichte weisen dann die Anträge zurück und verweisen den Antragsteller darauf, dass ein Studienbewerber seinen Anspruch auf Zulassung zum Studium an einer bestimmten Hochschule regelmäßig nicht mehr mit Erfolg geltend machen könne und dementsprechend auch kein Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 123 VwGO bestehe, wenn er einen entsprechenden Studienplatz an einer anderen Hochschule erlangt hat oder einen solchen ohne Zulassungsbeschränkungen erlangen könne. Insoweit verweist das VG Köln auch auf kirchliche Universitäten.<sup>149</sup>

(3) Führt eine anderweitige Zulassung zum Wegfall des Anordnungsgrundes?

Ebenfalls nach Auffassung des OVG Hamburg<sup>150</sup> kann wegen fehlenden Anordnungsgrundes die vorläufige Zuweisung eines Studienplatzes außerhalb der festgesetzten Kapazität in

130

Diese bestätigend VGH Kassel, Beschl. v. 22.10.2010 – 10 B 2026/12.DP. W2.

131 Vgl. hierzu VGH Kassel im NK-Eilverfahren, Beschl. v. 7.8.2013 – 10 B 1549/13.N, juris.

132 Vgl. oben bei Fn. 62 ff.

133 VGH München, Beschl. v. 30.4.2013 – 7 CE 13.10032, BeckRS 2013, 50917, Beschl. v. 8.8.2006 – NVwZ-RR 2007, 175; vgl. auch OVG Saarlouis: Beschl. v. 29.2.2012 – 2 B 440/11.NC ua., BeckRS 2012, 49236 und VGH Kassel, Beschl. v. 22.10.2012 – 10 B 2026/12. DP. W2.

134 Nach der NK-Eilentscheidung des VGH Kassel, Beschl. v. 7.8.2013 – 10 B 1549/13.N ist in Hessen ab dem WS 2013/2014 eine innerkapazitive formlose Bewerbung notwendig, jedoch keine AdH-Bewerbung in den Studiengängen des zentralen Vergabeverfahrens.

135 OVG Magdeburg, Beschl. v. 8.3.2012, BeckRS 2012, 49399.

136 OVG Magdeburg, Beschl. v. 8.3.2012 – 3 M 27/11, BeckRS 2912, 49399.

137 Erst erfolgte eine Rechtsprechungsänderung durch Beschluss des OVG Münster v. 20.3.2013 – 13 C 91/12, BeckRS 2013, 48650 und dann die Normierung der innerkapazitären Bewerbung an der konkreten Hochschule in der 7. ÄnderungsVO der VergabeVO-NRW v. 24.6.2013.

138 OVG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2012 – 3 Nc 53/11, BeckRS 2012, 50083; OVG Münster, Beschl. v. 23.9.2011 – 13 C 58/11, BeckRS 2011, 54658 mwN; VG Düsseldorf zB Beschl. v. 1.9.2010 – 15 Nc 15/10, BeckRS 2010, 55996 sowie Beschl. v. 23.11.2010 – 15 Nc 84/10 (n.v.) für das Eilverfahren im Studiengang Pharmazie; Gerichtsbescheid v. 10.3.2011 – 15 K 8067/09, BeckRS 2012, 55930 für das Hauptsacheverfahren.

139 OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2012 – 3 Nc 145/11, BeckRS 2012, 50865.

140 OVG Hamburg, Beschl. v. 1.6.2012 – 3 Nc 51/11 – NVwZ-RR 2012, 887 = BeckRS 2012, 56131.

141 BVerfG, 1 BvR 1494/12; die Verfassungsbeschwerde wurde ohne Begründung als unzulässig verworfen.

142 OVG Hamburg Beschl. v. 12.10.2012 – 3 Nc 5/12, NVwZ-RR 2013, 100 = BeckRS 2012, 58618.

143 OVG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2012 -3 Nc 38/11, (n.v.).

144 So VG Köln, Beschl. v. 13.3.2013, 6 Ls. 1127/12, juris; Urt. v. 23.5.2013, 6 K 5253/12 (n.v. –Antrag auf Zulassung der Berufung ist eingelegt); OVG Münster, Beschl. v. 21.5.2013 – 13 B 341/13, BeckRS 2013, 51132.

145 OVG Münster, Beschl. v. 21.5.2013 – 13 B 341/13, BeckRS 2013, 51132.

146 VG Köln, Beschl. v. 22.2.2013 – 6 Nc 162/12, BeckRS 2013, 47776 mwN.

147 OVG Münster, Beschl. v. 12.10.2010 – 13 C 268/10, BeckRS 2010, 55848, Beschl. v. 23.9.2011 – 13 C 58/11, BeckRS 2011, 54658 mwN.

148 OVG Hamburg Beschl. v. 15.8.2013 – 3 Nc 16/13, NVwZ-RR 2013, 1000 = BeckRS 2013, 45760 mit Anm. Feldmann in Ordnung der Wissenschaft 2014 S. 29 ff.; das OVG lehnt gegen OVG Münster die Übertragung dieser Rechtsauffassung auf Bachelor- und Masterstudiengänge ab; Beschl. v. 4.4.2012 – 3 Nc 53/11, BeckRS 2012, 50083.

149 VG Köln, Beschl. v. 13.3.2013 – 6 L 1127/12 (n.v.).

150 OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2012 – 3 Nc 145/11, NVwZ-RR 2012, 600.

Studiengängen, die in das zentrale Vergabeverfahren bei der SffH einbezogen sind, im Wege einer einstweiligen Anordnung in der Regel nicht verlangt werden, wenn im Laufe des Verfahrens auf Grund der obligatorischen Teilnahme an weiteren Auswahlverfahren die endgültige Zulassung in dem angestrebten Studiengang an einer anderen Hochschule erfolgt, der Studienplatz aber ausgeschlagen wird, ohne dass besondere Gründe dieses Vorgehen ausnahmsweise rechtfertigen. Wie strikt hier das *OVG Hamburg* ist, zeigt das Beispiel, dass der Bezug von Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz oder die Notwendigkeit der Aufgabe einer gemeinsamen Wohnung mit Eltern, die ihrerseits Leistungen nach dem SGB II beziehen, keine derartigen besonderen Gründe darstellen.

b) *Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern*<sup>151</sup>. Ausländische Studienplatzbewerber, die keine EU-Staatsangehörigen sind, können sich nach bisher einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung nicht darauf berufen, dass die Zulassungszahl unter Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung zu niedrig festgesetzt sei. Dies gilt auch dann, wenn sie „Bildungsinländer sind: Ihnen fehlt die aus dem „Deutschengrundrecht“ des Art. 12 I 1 GG abgeleitete teilhaberechtliche Rechtsposition als verfassungsunmittelbare Grundlage des außerkapazitären Zulassungsanspruchs.<sup>152</sup> Angesichts der ausdrücklichen Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft in Art. 12 I GG auf deutsche Staatsangehörige (und Gleichgestellte) kann in der schwächeren materiellen Rechtsposition von (Nicht-EU-)Ausländern im Hochschulzulassungsrecht nach Auffassung des *VGH München* auch kein Gleichheitsverstoß gesehen werden. Die geforderte vergaberechtliche Gleichstellung umfasst nicht das auf Art. 12 I GG gestützte derivative Recht auf Teilhabe an den staatlichen Ausbildungsressourcen, das von jedem Träger dieses Grundrechts außerhalb der regulären Vergabeverfahren unmittelbar gerichtlich geltend gemacht werden kann.<sup>153</sup> Deutsche Staatsangehörige, die ihre Hochschulzugangsberechtigung im Ausland erworben haben (so genannten Bildungsausländer), können sich nicht am Verfahren der Studienplatzvergabe im Rahmen der Ausländerquote beteiligen.<sup>154</sup> Welche Folgen die Normenkontrollentscheidungen des *OVG Saarlouis* und des *OVG Sachsen-Anhalt* auf Grund der jeweiligen weitergehenden landesverfassungsrechtlichen Verbürgungen auf diesen Zulassungsanspruch haben, ist noch nicht geklärt, da die jeweiligen Verwaltungsgerichte offensichtlich nicht nach der Staatsangehörigkeit der Antragsteller fragen.

c) *Studienplatztausch*<sup>155</sup>. Der Studienplatztausch bedarf der Genehmigung durch die beteiligten Hochschulen, wobei die Genehmigung als gesetzlich geregelte Verwaltungstätigkeit im Ermessen der Hochschulen steht.<sup>156</sup> Grundsätzlich verlangen die Hochschulen als Voraussetzung für diese Genehmigung Semester- und Scheingleichheit. Der *VGH München*<sup>157</sup> hat keine rechtlichen Bedenken, wenn in einer Immatrikulationssatzung festgelegt wird, dass einem Studienplatztausch nur dann zugestimmt wird, wenn die Tauschpartner in demselben Studiengang endgültig für das gesamte Studium zugelassen worden und für dasselbe Semester immatrikuliert sind. So ist ein Teilstudienplatz nicht mit einem Vollstudienplatz tauschbar. Allerdings kann ein Studienplatztausch nicht mit der Begründung verweigert werden, ein Studienplatztausch im ersten Fachsemester werde grundsätzlich nicht zugelassen. Das *OVG des Saarlandes*<sup>158</sup> hat es für fraglich gehalten, ob allein der Verweis auf die Möglichkeit, nach den Bestimmungen der Vergabeverordnung einen Studienplatz in einem höheren Fachsemester zu erhalten, es rechtfertigt, ei-

nen Studienplatztausch als Möglichkeit, der Gewährleistung des Art. 12 I GG, soweit es um die Wahl des Studienortes geht, Rechnung zu tragen, von vornherein auszuschließen.

d) *Kapazitätsprozessrecht*. aa) *Der Antrag bei Gericht – Anordnungsgrund und dessen Wegfall*. Zu welchem Zeitpunkt spätestens die einstweilige Anordnung beim zuständigen Verwaltungsgericht eingereicht werden muss, wird nach wie vor landesspezifisch entschieden.<sup>159</sup> Das *VG Berlin*<sup>160</sup> hat sich der Auffassung des *OVG Münster*<sup>161</sup> angeschlossen, dass für das gerichtliche Eilverfahren ein Anordnungsgrund jedenfalls dann nicht verneint werden könne, wenn der Bewerber im Falle unverzüglicher Stattgabe seiner Antrags noch ordnungsgemäß in den laufenden Studienbetrieb eingegliedert werden könne und seine erfolgreiche Teilnahme an den Lehrveranstaltungen des Bewerbungssemesters gewährleistet sei. Gegenüber einer solchen, durch die Verwaltungsgerichte selbst definierten Zeitgrenze, hat das *BVerfG* in Hinblick auf Art. 19 IV GG deutliche Kritik geübt.<sup>162</sup>

Das *OVG Bautzen*<sup>163</sup> hat entschieden, dass die Durchführung eines Erörterungstermins vor dem Verwaltungsgericht in Verfahren zur vorläufigen Verteilung außerkapazitärer Studienplätze nicht dazu führt, dass danach eingehende Rechtsschutzanträge nicht mehr in eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung einzubeziehen sind. Der nach dem Erörterungstermin, jedoch zeitlich vor gerichtlicher Beschlussfassung eingereichte Antrag musste also noch berücksichtigt werden.

Ein Anordnungsgrund fehlt nach überwiegender Rechtsprechung im Regelfall dann, wenn der Antragsteller bereits im gleichen Studiengang eine Zulassung, sei es von der SffH oder durch gerichtliche einstweilige Anordnung an einer anderen Hochschule erhalten, aber nicht angenommen hat.<sup>164</sup> Der Wunsch des Ortswechsels muss – wenn nicht besondere Umstände vorgetragen werden, die es dem Antragsteller persönlich nicht zumutbar machten, den Studienplatz anzunehmen – grundsätzlich hinter dem Zulassungsbegehren anderer Bewerber zurückstehen. In einer aktuellen Entscheidung hat in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung das *OVG Ham-*

151 Vgl. hierzu, insb. auch zu Ausnahmen *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, Rn. 195 ff.

152 *VGH München*, Beschl. v. 14.8.2008, 7 CE 08.10592, NVwZ-RR 2009, 110 ff.; Beschl. v. 11.5.2010, 7 CE 10.10133, BeckRS 2010, 49573 mwN; *OVG Münster*, Beschl. v. 20.10.2008, 13 A 1735/08, BeckRS 2008, 39996.

153 Vgl. auch *VG München*, Beschl. v. 14.6.2012 – M 3 E 11.5549, BeckRS 2012, 56890; Beschl. v. 14.6.2012 – M 3 E 11.5425, BeckRS 2012, 56914.

154 *VGH München*, Beschl. v. 14.8.2008 – 7 CE 08.10592, NVwZ-RR 2009, 110 = BeckRS 2008, 38830.

155 *Kiefer*, NVwZ 2010, 351.

156 *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 16.10.2008 – 3 B 370/08, BeckRS 2008, 40152.

157 *VGH München*, Beschl. v. 10.7.2003 – 7 CE 03.1561, NVwZ-RR 2004, 35. S. zur Zulässigkeit des Studienplatztausches auch *VG Düsseldorf*, Beschl. v. 20.1.2004 – 15 L 4683/03, juris.

158 *OVG Saarlouis* Beschl. v. 16.10.2008 – 3 B 370/08, Beck RS 2008, 40152.

159 Vgl. die Nachweise bei *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 15.11.2012 – 2 NB 220/12 ua, BeckRS 2012, 59905.

160 *VG Berlin* Beschl. v. 20.4.2012 – VG 3 L 32/12, Beck RS 2012, 52021.

161 *OVG Münster*, NVwZ-RR 2005, 416 und NVwZ 2008, 703.

162 *BVerfG*, Beschl. v. 21.7.2005 – 1 BvR 584/05, BeckRS 2005, 34205; Beschl. v. 15.4.2003 – 1 BvR 710/03, BeckRS 2003, 21889.

163 *OVG Bautzen*, Beschl. v. 16.12.2011 – NC 2 B 315/111, BeckRS 2012, 47616.

164 *AA OVG Hamburg*, Beschl. v. 17.10.2002 – 3 Nc 19/02, NVwZ-RR 2004, 34.

165 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 23.4.2008 – 3 Nc 216/07 – (n.v.).

166 In einem Sommersemester sind die Zulassungsanforderungen nach Leistung in der Regel um 02, bis 0,3 geringer als in einem Wintersemester mit vielen Neuabiturienten.

burg<sup>165</sup> entschieden, dass der Anordnungsgrund nicht entfällt, wenn der Antragsteller, der eine gerichtliche Zulassung erhalten hat, sich im Folgesemester nicht über die SfH bewirbt, auch wenn er im Fall der Bewerbung eine Zulassung erhalten hätte.<sup>166</sup>

bb) *Anordnungsgrund für Ortswechselverfahren.* Nachdem das VG Berlin und das OVG Berlin-Brandenburg<sup>167</sup> in Übereinstimmung mit der überwiegenden Zahl der Obergerichte, vor allem dem OVG Münster, Anordnungsanträge mit der Begründung zurückgewiesen hatten, es fehle am Anordnungsgrund, wenn an einer anderen Hochschule das gleich bezeichnete Studienfach ohne Zulassungsbeschränkung angeboten werde, hat der Berliner Verfassungsgerichtshof<sup>168</sup> einer Verfassungsbeschwerde stattgegeben und hierbei die Auffassung, das OVG, aus dem Wunsch eines Studienbewerbers, die Hochschule bzw. den Studienort frei zu wählen, folge „kein verfassungsrechtlich anzuerkennendes Bedürfnis für eine gerichtliche Überprüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren“ verworfen. Landesverfassungsrechtlich gewähre Art. 17 iVm Art. 20 I 2 Verfassung von Berlin „nicht nur das Recht auf Teilhabe an Ausbildungskapazitäten, sondern (...) auch das Recht auf Wahl der konkreten Ausbildungsstätte, dh gerade auch einer bestimmten Universität, die den angestrebten Studienplatz zur Verfügung stellt“. Im vorläufigen Rechtsschutz werde das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte nicht durch die Möglichkeit der Immatrikulation an einer anderen Hochschule verbraucht. Das OVG Hamburg<sup>169</sup> hat zwischen Bachelor-Studiengängen und dem Studiengang Rechtswissenschaften differenziert: Bei ersteren hat es den Anordnungsgrund bejaht, bei Rechtswissenschaften verneint.

cc) *Anforderungen an die Beschwerdebeurteilung.* (1) Der Antragsteller als Beschwerdeführer

Die Anforderungen an eine Beschwerdebeurteilung<sup>170</sup> sind trotz der dazu ergangenen Entscheidungen des BVerfG<sup>171</sup> hoch, allerdings differenzieren die einzelnen Obergerichte.<sup>172</sup> Es reicht insbesondere nicht aus, die tatsächliche und rechtliche Würdigung der Vorinstanz nur mit pauschalen Angriffen oder formelhaften Einwendungen zu rügen.<sup>173</sup> Insbesondere vom VGH Kassel und vom OVG Münster wird in der Regel eine alternative Kapazitätsberechnung gefordert.<sup>174</sup> Besonders hoch sind die Anforderungen beim OVG Greifswald:<sup>175</sup> Das Darlegungserfordernis verlangt vom Beschwerdeführer, dass die Beschwerdebeurteilung auf die rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen eingeht, auf die das Verwaltungsgericht seine Entscheidung gestützt hat. Erforderlich ist, dass die Beschwerdebeurteilung an die tragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts anknüpft und aufzeigt, weshalb sich diese aus der Sicht des Beschwerdeführers nicht als tragfähig erweisen bzw. aus welchen rechtlichen und tatsächlichen Gründen der Ausgangsbeschluss unrichtig sein soll und geändert werden muss. Dies erfordert eine Prüfung, Sichtung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffes und damit eine sachliche Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Beschlusses. Der Beschwerdeführer muss sich insofern an der Begründungsstruktur der angegriffenen Entscheidung orientieren. Grundsätzlich reicht eine bloße Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens ohne Eingehen auf die jeweils tragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts ebenso wenig aus wie bloße pauschale oder formelhafte Rügen. Stützt das Verwaltungsgericht sein Ergebnis alternativ auf mehrere Begründungen, muss die Beschwerde alle Begründungen aufgreifen, sich mit diesen auseinandersetzen und sie in Zweifel ziehen. Geht die Beschwerdebeurteilung auf nur eine Erwägung nicht ein, die die angefochtene

Entscheidung selbstständig trägt, bzw. lässt sie unangefochten, bleibt der Beschwerde schon aus diesem Grund der Erfolg versagt. Diese Anforderungen an die Beschwerdebeurteilung sind für einen Beschwerdeführer auch zumutbar. Mit Blick auf den Vertretungszwang gem. § 67 IV VwGO sei sichergestellt, dass Beschwerdeführer – in aller Regel durch einen Rechtsanwalt – rechtskundig vertreten sind.<sup>176</sup> Nach Auffassung des OVG Bautzen<sup>177</sup> ist auch dann, wenn die verwaltungsgerichtliche Entscheidung vom Beschwerdeführer nur in einem Punkt substantiiert angegriffen ist, dieser Punkt insgesamt einer Überprüfung zu unterziehen, selbst wenn sich die Angriffe des Beschwerdeführers nur auf einzelne Rechenschritte oder einzelne Variablen oder Konstanten der Berechnung beschränken. Dies entspricht im Wesentlichen auch der Rechtsprechung des OVG Hamburg: Danach ist, wenn eine schlüssige Beschwerdebeurteilung auch nur zu einem Studienplatz mehr (Antragstellerseite) bzw. weniger (Hochschulseite) führt, die gesamt erstinstanzliche Entscheidung von Amts wegen wie ein erstinstanzliches Gericht zu überprüfen.<sup>178</sup>

Lehnt ein Verwaltungsgericht den Antrag auf Zulassung wegen fehlenden Anordnungsgrundes – verspätete Einreichung des Antrags – ab, befasst sich der Beschwerdeführer jedoch allein mit dem Anordnungsanspruch, ist die Beschwerde unzulässig.<sup>179</sup>

## (2) Die Hochschule als Beschwerdeführerin

Eine beschwerdeführende Hochschule wird ihren Darlegungsverpflichtungen im Beschwerdeverfahren nicht gerecht, wenn sie als Beschwerdebeurteilung eine überarbeitete Kapazitätsberechnung vorlegt, ohne sich im Einzelnen mit der erstinstanzlichen Entscheidung auseinanderzusetzen. Der Beschwerdevortrag ist auch dann unzureichend, wenn sich aus ihm nicht ergibt, welche der in der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung verwendeten Zahlen bei der Ermittlung des gewichteten Curricularanteils durch welche anderen Zahlen ersetzt werden sollen und warum dies der Fall sein soll. Die

167 Beschl. v. 24.10.2007 – OVG 5 NC 125.07/VG 3 A 566.07 – beide juris.

168 VerfGH des Landes Berlin, Beschl. v. 16.9.2008 – VerfGH 81/08 – 81 A/08, DVBl. 2008, 212 mit Anm. Trenczek, DVBl. 2008, 1379 f.

169 OVG Hamburg, Beschl. v. 15.8.2013 – 3 Nc 16/13, NVwZ-RR 2013, 1000 = BeckRS 2013, 54760. Gegen OVG Münster, Beschl. v. 21.1.2010 – 13 C 408/09, BeckRS 2010, 46028.

170 Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zulassung der Berufung im Verwaltungsstreitverfahren vgl. Gaier, NVwZ 2011, 385 ff.; Rudisile, NVwZ 2012, 1425; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 23.2.2011, BeckRS 2011, 49213.

171 Vgl. im Einzelnen die Nachweise bei Gaier und Rudisile.

172 Allg.: Guckelberger in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage 2010, § 146 Rn. 71 ff. mwN; speziell für das Kapazitätsrecht Zimmerling/Brehm, Bd. 1, Rn. 211 ff.; vgl. zuletzt OVG Greifswald, Beschl. v. 29.7.2013 – 1 M 86/13 ua, juris.

173 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.4.2012 – OVG 5 NC 2/12, BeckRS 2012, 49604; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.8.2004 – 2 NB 461/04.

174 ZB VGH Kassel, Beschl. v. 27.7.2005 – 8 GM 1993/04 S. 4 (n.v.); Beschl. v. 26.8.2010 – 10 B 931/10 FM.W9; OVG Münster, Beschl. v. 28.5.2004, BeckRS 2004, 23361; dagegen OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.8.2012 – 2 NB 359/11, BeckRS 2012, 55665.

175 Vgl. zB OVG Greifswald, Beschl. v. 29.7.2013 – 1 M 86/13 u.a. (n.v.), Beschl. v. 19.8.2008 – 1 M 44/08, (n.v.); Beschl. v. 7.9.2010 – 1 M 210/09, BeckRS 2011, 48064.

176 Insgesamt st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschl. v. 19.8.2008 – 1 M 44/08 (n.v.).

177 OVG Bautzen, Beschl. v. 5.9.2011 – NC 2 B 300/10, BeckRS 2011, 54991.

178 OVG Hamburg, st. Rspr. seit Beschl. v. 22.12.2004 – 3 Nc 59/04, BeckRS 2005, 30345.

179 OVG Bautzen, Beschl. v. 3.5.2011 – NC 2 B 13/11, BeckRS 2011, 50326.

180 VGH Kassel, Beschl. v. 5.7.2008 – 10 B 735/11.MM.W0, BeckRS 2011, 55136.

Verweisung auf einen der Beschwerdebegründung beigefügten Berechnungsbogen ersetzt eine derartige Darlegung nicht.<sup>180</sup> Allerdings müssen erstinstanzlich nach § 93 VwGO vorgelegte Verwaltungsvorgänge nicht ein zweites Mal mit der Beschwerdebegründung vorgelegt werden.<sup>181</sup>

(3) Antragsänderungen, insbesondere Antragserweiterungen im Beschwerdeverfahren

Antragsänderungen im Beschwerdeverfahren sind nach Ansicht des OVG *Bautzen*<sup>182</sup> unzulässig. § 146 IV 3, 6 VwGO beschränke das Beschwerdegericht auf die Überprüfung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Damit solle eine Entlastung des OVG erreicht und insbesondere verhindert werden, dass sich das OVG mit Sachverhalten befasst, die noch nicht der Prüfung durch das Verwaltungsgericht unterlagen.

(4) Entdeckerprivileg“ im Beschwerdeverfahren?<sup>183</sup>

Immer mehr Obergerichte gehen dazu über, im Rahmen von Antragstellerbeschwerden etwaige freie Studienplätze ausschließlich zwischen den Beschwerdeführern zu verteilen, die die freien Studienplätze „entdeckt“, dh konkret die Probleme angesprochen haben, auf denen im Ergebnis die freien Plätze beruhen, also „den Finger in die Wunde gelegt“ haben.<sup>184</sup> Dies beruht darauf, dass die Überprüfung durch das Beschwerdegericht durch die (fristgerecht erfolgte) Begründung des konkreten Beschwerdeführers begrenzt wird. Das Beschwerdegericht hat nach § 146 IV 6 VwGO grundsätzlich nur die in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe zu prüfen.<sup>185</sup>

(5) Kompensatorische Einwände

Während die Beschwerdeführerseite an die Begründungsfrist gebunden ist und allenfalls noch Vertiefungen bzw. Ergänzungen des fristgemäßen Vortrags anbringen kann, ist die Beschwerdegegenseite zeitlich bis zur Beschwerdeentscheidung nicht beschränkt, dh sie kann bis zum Entscheidungszeitpunkt die Argumentation des Beschwerdeführers in Frage stellen oder (kompensatorisch) vorbringen, warum die erstinstanzliche Entscheidung „aus anderen Gründen zutreffend“ ist.

Bei der Überprüfung der so genannten „kompensatorischen Einwendungen bzw. Einwände“ der Antragsteller bei Hochschulbeschwerden hat das Beschwerdegericht ebenfalls das Entdeckerprinzip zu beachten.

dd) *Abänderungsverfahren*. Auf die Abänderung einer im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO ergangenen Entscheidung sind die Vorschriften in § 80 VII VwGO entsprechend anzuwenden.<sup>186</sup> Dies beruht darauf, dass § 123 VwGO keine Vorschrift für die gerichtliche Abänderung von im einstweiligen Anordnungsverfahren getroffenen Entscheidungen enthält. Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass ein Abänderungsverfahren auch im System der einstweiligen Anordnung angesichts der dringenden praktischen Notwendigkeit statthaft sein muss. Überwiegend wird inzwischen angenommen, dass die Abänderung oder Aufhebung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren allein in analoger Anwendung von § 80 VII VwGO geschieht; eine analoge Anwendung des § ZPO § 927 ZPO kommt angesichts der fehlenden Benennung in der Auflistung des § 123 III VwGO nicht in Betracht.<sup>187</sup> Für diese Abänderung ist gem. § 123 II VwGO das Gericht der Hauptsache zuständig. Ist danach das Gericht des ersten Rechtszugs zuständig, ist dieses auch befugt, eine im einstweiligen Anordnungsverfahren ergangene Entscheidung des Beschwerdegerichts abzuändern. Wird der

Abänderungsantrag bei dem unzuständigen Beschwerdegericht gestellt, ist der Rechtsstreit von Amts wegen an das sachlich und instanzial zuständige Verwaltungsgericht zu verweisen.

ee) *Vergabe freier Studienplätze durch das Gericht*. Nachdem der VGH *Mannheim* erstmals im Beschluss vom 13.6.2008<sup>188</sup> erwogen hatte, dass die Hochschule vor Durchführung der außerkapazitären Zulassungsverfahren anhand der Vergabekriterien des zentralen Vergabeverfahrens eine Rangfolge („sog. Reserverangliste“) erstellt mit dem Ziel, die Erfolgchancen in den Kapazitätsverfahren besser abzuschätzen und Kostenentscheidungen zu vereinfachen, führte dies dann zur Einführung von dem Inhalt des § 23 VergabeVO-BW entsprechenden Normen in Sachsen-Anhalt, dem Saarland, Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern.

Anlässlich einer Verfassungsbeschwerde gegen Kostenentscheidungen des VG *Halle* und des OVG *Magdeburg* hat sich das BVerfG<sup>189</sup> auch mit der Frage der Vergabekriterien bei gerichtlich aufgedeckten Kapazitäten befasst. Es hat es für „nicht frei von verfassungsrechtlichen Bedenken“ erachtet, wenn durch das Losverfahren die Verteilung der erst nachträglich im gerichtlichen Verfahren aufgedeckten Restkapazitäten nach anderen Auswahlkriterien erfolgt als zuvor die Vergabe der von der Hochschule selbst ausgewiesenen Studienplätze.<sup>190</sup> Dies könnte der gleichmäßigen Verteilung aller freien Studienplätze unter Anwendung einheitlicher Auswahlkriterien widersprechen, die angesichts der Chancengleichheit der Bewerber verfassungsrechtlich geboten sei.<sup>191</sup> In diesem Zusammenhang weist das BVerfG ausdrücklich auf die Rechtsprechung des VGH *Mannheim* hin,<sup>192</sup> die den Hochschulen damals Gelegenheit gab, vorab „Reservelisten“ zu erstellen, in denen einer hinreichenden Zahl von Bewerbern, die bei der innerkapazitären Vergabe nicht berücksichtigt wurden, eine Rangfolge nach Maßgabe der einschlägigen Vergabekriterien zugeordnet werden. In diesem Fall erübrige sich ein Losverfahren und damit auch auf seine Durchführung gerichtete Anträge. Solange die Verwaltungsgerichte

181

OVG *Lüneburg*, Beschl. v. 15.8.2012 – 2 NB 359/11, BeckRS 2012, 55665.

182 OVG *Bautzen*, Beschl. v. 10.8.2010 – 2 B 145/10, BeckRS 2010, 53977 unter Bezugnahme auf Beschl. v. 2.10.2009 – 3 B 345/08, BeckRS 2010, 51975.

183 Ausf. Brehm/Zimmerling, AnwHdB Rn. 76, dies., NVwZ 2008, 1303 ff. (1307 mwN).

184 OVG *Münster*, Beschl. v. 28.5.2004 – 13 C 20/04, juris; OVG *Berlin*, Beschl. v. 20.10.2004 – 5 NC 44.04, juris; OVG *Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 20.7.2012, juris stattgebend und Beschl. v. 31.7.2012 – OVG 5 NC 26/12, BeckRS 2012, 54508; VGH *München*, Beschl. v. 13.1.2006 – 7 CE 06.10002, BeckRS 2009, 33789; VGH *München*, Beschl. v. 2.5.2013 – 7 CE 12.10017 ua., juris (negativ), Beschl. v. 3.5.2013 – 7 CE 12.10053 ua, juris (positiv). Grundsätzlich ablehnend zu Gunsten einer Amtsprüfung OVG *Hamburg*, Beschl. v. 17.10.2002 – 3 Nc 19/02, NVwZ-RR 2004, 34.

185 OVG *Saarlouis*, Beschl. v. 28.6.2010 – 2 B 36/10. NC ua, BeckRS 2010, 50301.

186 OVG *Hamburg*, Beschl. v. 24.2.2009 – 3 NC 258/08, NVwZ-RR 2009, 543 = BeckRS 2009, 32793.

187 Vgl. VGH *Mannheim*, Beschl. v. 10.1.2007 – 6 BN 3/06, NJW 2007, 2506 mwN; VGH *München*, Beschl. v. 31.1.2007 – 7 CE 06.10433, BeckRS 2007, 20853; Schoch in *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 24. Erg.-Lfg. 2012, § 123 Rn.176 mwN.

188 VGH *Mannheim*, Beschl. v. 13.6.2008 – NC 9 S 261/08, BeckRS 2008, 36261.

189 BVerfG, Beschl. v. 29.9.2008 – 1 BvR 1464/07, BeckRS 2008, 40028; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 1 BvR 1278/13, BeckRS 56584.

190 Unter Bezugnahme auf BVerfGE 39, 276 (296 f.).

191 Vgl. BVerfGE 33, 303 (357).

192 VGH *Mannheim*, Beschl. v. 13.6.2008 – NC 9 S 261/08, BeckRS 2009, 36261.

jedoch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren um Hochschulkapazitäten den Hochschulen regelmäßig – und auch im vorliegenden Fall – die Durchführung eines Losverfahrens hinsichtlich nicht ausgeschöpfter Ausbildungskapazitäten auferlegten, müsse es den Rechtsschutzsuchenden auch möglich bleiben, einen auf diese gerichtliche Praxis abgestimmten Antrag zu stellen und mit diesem auch vollständig obsiegen zu können – was immer auch das bedeuten mag: Denn damit hätte die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben müssen. Art. 12 I GG hält das *BVerfG* nicht für verletzt, denn es werde dem Studienplatzkläger durch die angegriffene Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte insbesondere nicht unmöglich gemacht, mit den von ihm gestellten Anträgen vollständig zu obsiegen. Es verstoße auch nicht gegen Art. 3 I GG, die Kosten trotz eines so genannten Losantrags dem Antragsteller im Verhältnis der Gesamtzahl der Anträge zur Zahl der vergebenen Studienplätze zu verteilen: Eine fehlerhafte Rechtsanwendung bedeute allein noch keine Missachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Es müsse hinzukommen, dass die Rechtsanwendung eines Fachgerichts unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sei und sich daher der Schluss aufdränge, dass sie auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruhe.<sup>193</sup> In diesem Sinne krasse Fehlentscheidungen<sup>194</sup> ließen sich bei einer entsprechenden Kostenverteilung nicht feststellen.

Das *BVerwG* hat die materiellen Regelungen des § 24 VergabeVO-SfH-BW im Normenkontrollurteil vom 23.3.2011<sup>195</sup> gebilligt, jedoch ausdrücklich auf die Regelungsbefugnis der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren nach § 123 VwGO verwiesen. Dem entsprechend hat auch das *OVG Bautzen*<sup>196</sup> entschieden, dass das Verwaltungsgericht entsprechend dem Entscheidungstenor selbst verlosen dürfe und nicht den von der Universitäten (aus Kostengründen: es ging der Hochschule darum, eine Kostenaufhebung<sup>197</sup> in sämtlichen Verfahren zu vermeiden) vorgelegten „Reservelisten“ den Vorrang geben müsse. Dies gelte umso mehr, wenn die von der Hochschule vorgelegte Liste ebenfalls nur eine Losreihenfolge beinhalte. Auch weitere Obergerichte sind bei der Vergabe von Studienplätzen beim Losverfahren geblieben,<sup>198</sup> wobei in der Regel – soweit vorhanden – auf eine erstinstanzliche Losliste zurückgegriffen wird.

*VG* und *OVG Hamburg*<sup>199</sup> vergeben freie außerkapazitäre Studienplätze in den medizinischen Studiengängen weiter nach Kriterien, die dem zentralen Vergabeverfahren nachempfunden sind. Zwar enthalte das hamburgische Landesrecht für die ggf. von den Verwaltungsgerichten vorzunehmende Verteilung von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität in zulassungsbeschränkten und nicht in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengängen keine Regelungen. Bei einer solchen Verteilung orientierten sich die – hamburgischen – Verwaltungsgerichte im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen an den Kriterien der zentralen Studienplatzvergabe. Verlosungen seien grundsätzlich nicht angebracht.<sup>200</sup> In den Studiengängen des örtlichen Vergabeverfahrens greift das *OVG Hamburg* „im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen“ auf die Verteilungskriterien des hamburgischen Hochschulzulassungsgesetzes zurück.<sup>201</sup>

Das *VG Schwerin*<sup>202</sup> hat gebilligt, dass die Universität Rostock kurzfristig auf ihre Auswahlsetzung zurückgegriffen hat und hat dann sogar für die Universität – die sich hierzu außerstande sah – die Rangliste nach dieser Satzung gebildet.

Kritisch mit der Auswahl nach materiellen Kriterien setzt sich *Müller*<sup>203</sup> auseinander.

ff) *Kosten*,<sup>204</sup> *Kostenerstattung*, *Streitwert* und *Prozesskostenhilfe*. (1) *Kosten*, insbesondere bei Überbuchung

Das *VG Berlin* hat in zahlreichen Fällen, in dem der Kläger in Anbetracht einer bewusst vorgenommenen Überbuchung<sup>205</sup> auf eine gerichtliche Kapazitätsüberprüfung verzichtet und den Rechtsstreit für erledigt erklärt hat, die Kosten der Hochschule auferlegt.<sup>206</sup> Hier muss zwischen Kapazitäts- und Vergaberecht unterschieden werden.<sup>207</sup>

Soweit die um über 10 % erhöhte Zulassungszahl nicht allein auf einer Überbuchung im rechtstechnischen Sinn, sondern auf der Vornahme eines so genannten antizipierten Schwundausgleichs – also auf der Annahme, dass es auch im Modellstudiengang Studienabbrüche uÄ geben wird, die wegen der Besonderheiten dieses Studiengangs nicht durch Ortswechsler oder Quereinsteiger ausgeglichen werden können – beruht, steht dies nach der Auffassung des *VG Berlin*<sup>208</sup> einer kapazitätserschöpfenden Wirkung der in dieser Weise vergebenen Studienplätze nicht entgegen. Die Hochschule sei – anders als in dem der Entscheidung des *BVerwG*<sup>209</sup> zu Grunde liegenden Fall – nicht durch Landesrecht daran gehindert, über die in ihrer Zulassungszahlensatzung festgesetzte Zulassungszahl weitere Studienplätze zu vergeben.<sup>210</sup> Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin nicht verpflichtet war, überhaupt einen Schwundausgleich vorzunehmen, stelle sich die Vergabe von 37 weiteren Studienplätzen als kapazitätsfreundlich dar.<sup>211</sup> Der von der Antragsgegnerin praktizierte antizipierte Schwundausgleich gewährleiste wie die Einstellung eines Schwundfaktors in die Kapazitätsberechnung und die Über-

193 Unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 86, 59 (63).

194 Vgl. hierzu *BVerfGE* 89, 1 (14).

195 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011, 6 CN 3/10, NVwZ 2011, 1135 mit Anm. *Selbmann*, DÖV 2011, 861 ff. sowie *Müller*, NVwZ 2011, 1113 ff.

196 *OVG Bautzen*, Beschl. v. 29.11.2012 – NC 2 B 375/12, juris; vgl. auch bereits *OVG Greifswald*, Beschl. v. 27.12.2004, NVwZ-RR 2005, 822, <http://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/document.phtml?id=2943>.

197 Das *BVerfG* hat in einem Beschluss v. 17.9.2013 – 1 BvR 1278/13, BeckRS 2013, 56584, zur Kostenaufhebung in Beschlüssen des *VG Halle* und des *OVG Magdeburg* ausgeführt: „Die Argumentation, die sowohl die tatsächlich fehlerhafte Kapazitätsberechnung der Hochschule als auch den Nachteil der bislang praktizierten Kostenverteilung anhand der Loschance berücksichtigt, ist nachvollziehbar. Die Entscheidung, deshalb von der Kostenaufhebung Gebrauch zu machen, ist gut vertretbar“.

198 Vgl. dezidiert *VGH München*, Beschl. v. 30.4.2013, 7 CE 13.10032, BeckRS 2013, 50917 = NVwZ-RR 2013, 719 (nur Ls.); Beschl. v. 8.5.2013 – 7 CE 13.10048, NVwZ-RR 2013, 717 = BeckRS 2013, 51631.

199 *OVG Hamburg* NVwR-RR 2012, 398 = BeckRS 2012, 47837.

200 *OVG Hamburg* NVwR-RR 2012, 398 = BeckRS 2012, 47837; Beschl. v. 24.8.2012 – 3 Nc 163/11 ua, BeckRS 2012, 56620.

201 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 8.6.2012 – 3 Nc 43/11, BeckRS 2012, 55852 für den Masterstudiengang Psychologie, Beschl. v. 24.8.2012 – 3 Nc 163/11 ua, BeckRS 2012, 56620 für den Masterstudiengang BWL.

202 *VG Schwerin*, Beschl. v. 7.9.2012, 3 B 426/11 (n.v.).

203 *Alea iacta est?* Über den Kampf gegen das Glücksspiel im Hochschulzulassungsrecht, NVwZ 2010, 1529 in Verbindung mit NVwZ-Sonderheft.

204 Im Einzelnen *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, S. 167, Rn. 336 ff., *diess.*, AnwHdB Rn. 46 ff.

205 Das *OVG Berlin-Brandenburg* hat dies in Beschlüssen v. 29.11.2011 – OVG 5 NC 117/11 ua. und 15.2.2012 – OVG 5 NC 273/11, juris als „antizipierten Schwundausgleich“ kapazitätsrechtlich gebilligt; ebenso Beschl. v. 20.1.2012 – OVG 5 NC 168/12 ua.

206 *VG Berlin*, Beschl. v. 13.3.2012 – VG 30 L 1767/11 (n.v.).

207 Vgl. *BVerwG*, NK-Urteil v. 23.3.2011 – 6 CN 3/10, NVwZ 2011, 1135 mit Anm. *Selbmann*, DÖV 2011, 861 ff. sowie *Müller*, NVwZ 2011, 1113 ff.

208 *VG Berlin*, Beschl. v. 22.3.2012 – VG 30 L 825/11, BeckRS 2012, 50777 und des *OVG Brandenburg*, Beschl. v. 15.2.2012 – 5 NC 273/11: *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 21.2.2012 – OVG 5 NC 286/11; BeckRS 2012, 48242.

209 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – BVerwG 6 C 3/10 – juris.

210 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 25.11.2011 – OVG 5 NC 136/11 – juris.

211 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 15.2.2012 – 5 NC 273/11.

buchung letztlich nur, dass durch die Zugrundlegung einheitlicher und sachgerechter Kriterien eine im Sinne des Gleichheitssatzes möglichst gerechte Auswahl unter den prinzipiell gleichberechtigten Bewerbern vorgenommen wird. Die Rechte von Studienplatzbewerbern, die einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität geltend machen, werden dadurch nicht verletzt.

Das Risiko, im außerkapazitären Rechtsstreit trotz aufgedeckter Fehler bei der Kapazitätsberechnung allein wegen der Anrechnung im Wege der Überbuchung vergebener Studienplätze zu unterliegen, trägt nach Auffassung des OVG *Berlin-Brandenburg*<sup>212</sup> der Studienbewerber, auch wenn die Hochschule den zu erwartenden Umfang der Überbuchung nicht öffentlich bekannt gibt. Denn auch insoweit gelte, dass nur dann, wenn infolge unzureichender Kapazitätsermittlung vorhandene Studienplätze nicht in das Vergabeverfahren einbezogen worden sind, dieser freie Studienplatz an einen gegen die Hochschule klagenden Bewerber zu vergeben ist.<sup>213</sup>

Lösen die Antragsteller eine umfassende gerichtliche Prüfung der Ausbildungskapazität einer Hochschule aus und führt diese Prüfung zur Aufdeckung der Fehlerhaftigkeit der Kapazitätsberechnung und damit zur Ermittlung weiterer Studienplätze, heben immer mehr Gerichte zu Recht die Kosten gegeneinander auf.<sup>214</sup>

#### (2) Kostenerstattung

In einem Hochschulkapazitätsrechtsstreit sind die der Universität durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts entstandenen Kosten grundsätzlich zu erstatten.<sup>215</sup> Sie sind dann nicht erstattungsfähig, wenn die Beschwerdeinlegung für die Universität offensichtlich nutzlos und objektiv nur dazu angetan ist, dem Gegner Kosten zu verursachen. Diese Voraussetzungen lagen nach Auffassung des VGH *Mannheim*<sup>216</sup> in einem Fall vor, in dem der Prozessbevollmächtigte der Universität unmittelbar nach Bekanntgabe des Beschlusstextes ohne sichere Kenntnis der Begründung zeitgleich mit der Durchführung der vom Verwaltungsgericht angeordneten Auslosung der „gefundenen“ Studienplätze Beschwerde eingelegt hatte. Auch das OVG *Greifswald*<sup>217</sup> hat in einem Sonderfall die Ansprüche der Hochschulankwältin nach Rücknahme eines Zulassungsantrags wegen Rechtsmissbräuchlichkeit zurückgewiesen.

Im Kostenfestsetzungsverfahren in Studienplatzverfahren gem. §§ 164, 165 VwGO sind Einwände des Kostenschuldners dahin, der Prozessbevollmächtigte des Kostengläubigers könne von diesem Gebühren und Auslagen nach dem Inhalt des Anwaltsvertrages oder wegen dessen Nichtigkeit nicht beanspruchen, nicht zu berücksichtigen, wenn die behaupteten Umstände streitig und nicht offenkundig sind.<sup>218</sup> Materiell-rechtliche Einwendungen und Einreden gegen den Kostenerstattungsanspruch sind deshalb grundsätzlich – mit Ausnahme unstreitiger oder offenkundiger Einwände – nicht zu berücksichtigen. Dies rechtfertigt sich aus der Erwägung, dass der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nur bei eindeutigen Verhältnissen die ihm sonst nicht zugängliche und verwehrte Prüfung materiell-rechtlicher Einwendungen selbst zuverlässig vornehmen kann.<sup>219</sup>

#### (3) Streitwert<sup>220</sup>

Der Streitwert wird in Studienzulassungsverfahren nach wie vor höchst unterschiedlich festgesetzt. Das OVG *Bautzen*<sup>221</sup> setzt nunmehr sowohl in Klage- als auch in EA-Verfahren unabhängig vom Antrag den Streitwert auf 2500 Euro fest; das OVG des Saarlandes den Streitwert im EA-Verfahren auf 1000 Euro. In Hamburg ist der Streitwert in kapazitätsrecht-

lichen Eilverfahren nach ständiger Rechtsprechung des OVG mit 3750 Euro anzusetzen.<sup>222</sup> Der VGH *Mannheim*<sup>223</sup> hat seine frühere Auffassung, nach der er bei einem sowohl inner- als auch außerkapazitär geltend gemachten Zulassungsanspruch die Streitwerte addierte und von 10.000 Euro ausging, zwischenzeitlich aufgegeben. In Verfahren, in denen die Eignungsfeststellung oder die Erfüllung von Zulassungsvoraussetzungen im Streit steht, wird der Streitwert im Hauptsacheverfahren auch in Sachsen auf 5000 Euro festgesetzt.<sup>224</sup> Während der VGH *Kassel* in den Verfahren auf Zugang in höhere Fachsemester danach differenziert, in welches Fachsemester der Zugang begehrt wird,<sup>225</sup> setzt das OVG *Lüneburg*<sup>226</sup> in den Verfahren, die auf Zulassung auf einen Vollstudienplatz gerichtet sind, unabhängig davon ob die Zulassung in das erste oder in die klinischen Fachsemester beantragt wird, den Auffangwert von 5000 Euro fest.

#### (4) Prozesskostenhilfe und Prozesskostenvorschuss

Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes muss das Gericht auch in Kapazitätsverfahren grundsätzlich keiner Vorabentscheidung über den gleichzeitig mit dem Eilantrag gestellten Prozesskostenhilfeantrag eines anwaltlich vertretenen Antragstellers treffen, sondern kann über den PKH-Antrag zusammen mit der Sachentscheidung befinden.<sup>227</sup> Allerdings trennen manche Gerichte nichts stets zwischen dem Zeitpunkt der Bewilligungsreife der PKH und dem Entscheidungszeitpunkt.<sup>228</sup>

Nach § 166 VwGO iVm § 114 S. 1 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnis-

212 OVG *Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 18.7.2011 – OVG 5 M 5/12, OVG 5 M 5/12, BeckRS 2011, 54148.

213 Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten der Kapazitätsausschöpfung auch *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – BVerwG 6 C 3/10 – juris.

214 VGH *München*, Beschl. v. 24.8.2009 – 7 CE 09.10120 – juris Rn. 34; VGH *Mannheim*, Beschl. v. 12.5.2009 – NC 9 S 240/09 – juris, Rn. 71 ff.; OVG *Bautzen*, Beschl. v. 9.9.2009 – NC 2 B 129/09 – juris; VG *Halle*, Beschl. v. 26.4.2012 – 3 B 187/11 HAL ua.; OVG *Bautzen*, Beschl. v. 16.7.2010 – NC 2 B 42/09, BeckRS 2010, 52963, bestätigt durch OVG *Bautzen*, Beschl. v. 20.2.2013 – NC 2 B 73/12, juris.

215 Vgl. im Einzelnen den Vorbeitrag, NVwZ 2008, 1303 ff. (1307); *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1 Rn. 417 ff.; zu den Anwaltsgebühren bei Vertretung einer Hochschule in zahlreichen – parallelen – Kapazitätsprozessen OVG *Lüneburg*, Beschl. v. 27.9.2006 – A OA 915/06, NJW 2007, 395 ff.

216 VGH *Mannheim*, Beschl. v. 3.12.2008 – NC 9 S 1256/08, BeckRS 2008, 41428.

217 OVG *Greifswald*, Beschl. v. 2.2.2012 – 1 O 39/11, BeckRS 2012, 48066.

218 OVG *Hamburg*, Beschl. v. 7.8.2009 – 3 So 104/09, BeckRS 2009, 38459.

219 *BVerwG*, Beschl. v. 5.12.2007, JurBüro 2008, 142; *BGH*, Beschl. v. 22.11.2006, NJW-RR 2007, 422; OVG *Hamburg*, Beschl. v. 30.5.2006, NVwZ 2006, 1301; OVG *Greifswald*, Beschl. v. 10.4.2008, NordÖR 2008, 265. Der Kostenschuldner wird durch diese Beschränkung nicht rechtsschutzlos gestellt. In Verwaltungsstreitverfahren steht ihm der Weg der Vollstreckungsgegenklage nach Maßgabe von § 167 I VwGO iVm § 767 ZPO zur Verfügung (*BVerwG*, Urt. v. 21.3.2005, NJW 2005, 1962; OVG *Münster*, Beschl. v. 22.2.2008 – 20 B 256/08, juris).

220 Vgl. hierzu im Einzelnen *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, Rn. 355 ff., 361.

221 OVG *Bautzen*, Beschluss v. 13.7.2005 – NC 2 E 86/05, NVwZ-RR 2006, 219; bestätigt durch Beschl. v. 16.3.2011 – NC 2E 19/11.

222 Vgl. zuletzt OVG *Hamburg*, Beschl. v. 11.8.2005 – 3 So 76/05 – NVwZ-RR 2006, 655; Beschl. v. 22.3.2007 – 3 So 199/06.

223 VGH *Mannheim*, NVwZ-RR 2011, 342 = BeckRS 47338.

224 OVG *Bautzen*, BeckRS 2010, 52255.

225 Vgl. hierzu im Einzelnen *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, Rn. 355 ff., 361.

226 OVG *Lüneburg*, Beschl. v. 10.5.2012 – 2 OA 187/12, NVwZ-RR 2012, 912 Ls. = BeckRS 2012, 50761.

227 VG *Leipzig*, Beschl. v. 7.5.2012 – NC 2 L 183/12, BeckRS 2012, 59425 unter Bezugnahme auf *BayVG*, Beschl. v. 28.2.2000 – 10 ZE 00.524, juris; OVG *Hamburg*, Beschl. v. 13.2.1996, DVBl. 1996, 1318; VG *Bad.-Württ.*, Beschl. v. 9.10.1989, NVwZ-RR 1990, 223.

228 VGH *München*, Beschl. v. 4.3.2013 – 7 C 13.10025, BeckRS 2013, 49246.

sen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Für die Erfolgsaussichten ist maßgeblich auf den Zeitpunkt der Entscheidungsreife des PKH-Antrags abzustellen.<sup>229</sup> Dabei dürfen die Anforderungen an die Erfolgsaussichten wegen der Bedeutung der Prozesskostenhilfe für den verfassungsrechtlich gewährleisteten Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz nicht überspannt werden. Es genügt, wenn bei der gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage der Ausgang des Verfahrens als offen erscheint, ein Obsiegen also ebenso in Betracht kommt wie ein Unterliegen.<sup>230</sup> Die Obergerichte haben sich der Auffassung des *BVerwG*<sup>231</sup> angeschlossen, dass die Chancen im Losverfahren bei den Erfolgsaussichten iSd § 114 ZPO nicht zu berücksichtigen sind.

Allerdings gewähren die Gerichte PKH nur in dem notwendigen Umfang. So hat das *OVG Saarlouis*<sup>232</sup> einen – streitwertmäßig geringer (1000 Euro) anzusetzenden – Antrag auf Durchführung eines Vergabeverfahrens (und Zuteilung eines Studienplatzes im Falle der Auswahl des Antragstellers) anstelle eines – streitwertmäßig höher anzusetzenden (5000 Euro) – Antrags auf unmittelbare Zuteilung eines Studienplatzes im Verfahren auf vorläufige Zulassung zum Studium im Wege einstweiliger Anordnung nach § VWGO § 123 VwGO für ausreichend erachtet.

Nach übereinstimmender Rechtsprechung betrifft das zur Erlangung eines Studienplatzes betriebene Rechtsschutzverfahren eine wichtige persönliche Angelegenheit des Kindes, weil es der Verwirklichung des Grundrechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte dient. Das volljährige Kind hat daher grundsätzlich einen unterhaltsrechtlichen Anspruch auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses für den Rechtsstreit.<sup>233</sup> Den – skurrilen – Fall, dass der Sohn einer Anwältin PKH unter Beiordnung seiner Mutter begehrte, hat das *OVG Saarlouis*<sup>234</sup> unter Bezugnahme auf die familiäre Beistandsverpflichtung gelöst: Es hat dem Antragsteller PKH hinsichtlich der Gerichtskosten gewährt und im übrigen den Antrag abgelehnt.

e) *Rechtliches Gehör und Kapazitätsberechnungsunterlagen.* Ein Antragsteller und sein Bevollmächtigter haben grundsätzlich einen Anspruch auf Übersendung der vollständigen Kapazitätsberechnungsunterlagen.<sup>235</sup> Dieser Anspruch kann angesichts der Ortsverschiedenheit von Gericht und Anwaltssitz nicht formal durch die Verweisung auf Akteneinsicht an Gerichtsstelle erfüllt werden.<sup>236</sup> Der Antrag auf Übersendung der Akteneinsicht an die Kanzlei des Anwalts steht gem. § 100 II 3 VwGO im Ermessen des Vorsitzenden. Nach Ansicht des *VGH Kassel*<sup>237</sup> ist nicht zu beanstanden, dass ein Verwaltungsgericht Kapazitätsunterlagen nur an solche Verfahrensbevollmächtigte übersendet, die einen entsprechenden Antrag mit Kostenübernahmezusage gestellt haben.

Entscheidet das VG, ohne dem Antragstellervertreter vorher trotz Anforderung diese Unterlagen übersandt zu haben, verletzt das Gericht das rechtliche Gehör gem. Art. 103 I GG.<sup>238</sup> Dies kann aber regelmäßig im Beschwerdeverfahren dadurch geheilt werden, dass der Beschwerdeführer im Laufe der Beschwerdefrist die Akten anfordert.

f) *Vorrang der Vergabe freier Studienplätze durch die Hochschulen und Überbuchung.* Die normativen Regelungen des Hochschulzulassungsrechts gehen von dem Grundgedanken aus, dass bei pflichtgemäßer Kapazitätsermittlung alle vorhandenen Studienplätze in das zentrale ZVS-Vergabeverfahren

– bzw. hier: In das Vergabeverfahren der Hochschule für höhere Semester – einbezogen werden, um in verfassungskonformer Weise sicherzustellen, dass kein Studienplatz unbesetzt bleibt und dass weiter durch die Zugrundelegung einheitlicher und sachgerechter Auswahlkriterien und die Vergabe von Rangziffern eine im Lichte des Gleichheitssatzes möglichst gerechte Auswahl unter den prinzipiell gleichberechtigten Bewerbern erfolgt. Die somit gegenüber dem gerichtlichen Vergabeverfahren vorrangige Berücksichtigung „berechtigter“ Studienbewerberinnen im Vergabeverfahren der SfH bzw. im hochschuleigenen Vergabeverfahren tritt nur für den Fall zurück, dass infolge unzureichender Kapazitätsermittlung ein vorhandener Studienplatz in das Vergabeverfahren nicht einbezogen wird und bei Einhaltung der normativ vorgegebenen Verteilungsmaßstäbe überhaupt ungenutzt bliebe und unwiederbringlich verloren ginge.<sup>239</sup>

Nur um dieses mit Art. 12 I GG unvereinbare Ergebnis zu vermeiden, sei einem gegen die Hochschule klagenden Studienbewerber ein freier Studienplatz unabhängig von seiner Rangziffer außerhalb des herkömmlichen Vergabeverfahrens zu erteilen.<sup>240</sup> Deshalb halten die Verwaltungsgerichte allgemein Überbuchungen zur rechtmäßig: Es gebe keine „Sperre“ für die Vergabe streitbefangener Studienplätze in Hinblick auf „enttäushtes Vertrauen“; die Regelung sei – falls notwendig – bei Abgabe verfahrensbeendender Erklärungen über die Kostenentscheidung zu lösen.<sup>241</sup>

Daher hat die Rechtsprechung grundsätzlich keine Bedenken gegen eine Überbuchung der festgesetzten Zulassungszahl, zumindest solange nicht die Grenze der Willkür überschritten ist.<sup>242</sup> Nach Auffassung der Rechtsprechung sind derartige Überbuchungen grundsätzlich als „kapazitätsdeckend“ anzuerkennen.<sup>243</sup>

Rechnerische Überbuchungen durch die SfH sowohl im Haupt- als auch im Nachrückverfahren können nach Auffas-

229 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 23.1.2013 – 2 PA 387/12, BeckRS 2013, 46200; zum Meinungsstand. *Schoch/Schneider/Bier* VwGO § 166 Rn. 52 ff.

230 Vgl. *Olbertz* in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Stand Juni 2011, § 166 Rn. 29.

231 *BVerwG*, Beschl. v. 2.5.1985 – 7 C 37/83, DVBl. 1986, 46, dagegen *VGH Kassel*, Beschl. v. 19.1.2007 – 8 MM 2644/06W6, NVwZ-RR 2007, 426 mwN.

232 *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 20.11.2013 – 2 D 439/13, BeckRS 2013, 58888.

233 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 13.9.2011 – OVG 5 M 44/10, NJW 2011, 3385; BeckRS 2011, 54255.

234 *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 20.12.2010 – 2 D 333/10, BeckRS 2010, 57036.

235 Näher *Brehm/Zimmerling*, AnwHdB Rn. 75.

236 *VGH Kassel*, Beschl. v. 22.8.2001 – 8 GM 1694/01.S1, NVwZ-RR 2002, 784.

237 *VGH Kassel*, Beschl. v. 23.5.2005 – 8 GM 4626/03.W3 – (n.v.).

238 *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 29.10.1996 – B 2 S 723/92, NVwZ-RR 1998, 694.

239 *VGH Kassel*, Beschl. v. 18.1.2001 – 8 GM 3131/00.SO.T, NVwZ-RR 2001, 448 zur Überbuchung; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 10.11.1992 – 10 N 0750/92 ua, KMK-HSchR/NF 41C Nr. 8; *OVG Bremen*, Beschl. v. 23.2.2001 – 1 B 46/01, NVwZ-RR 2002, 749; *OVG Berlin*, Beschl. v. 26.7.2001 – 5 NC 13.01, juris.

240 Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 9.4.1975 – 1 BvR 344 bis 355/74 und 1 BvR 344/73, *BVerfGE* 39, 276 (295 ff.); *OVG Münster*, Beschl. v. 29.4.1982 – 16 B 2002/81, NVwZ 1983, 236.

241 *VG Berlin*, Beschl. v. 13.3.2012 – VG 30 L 1767/11 ua., (n.v.).

242 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 17.1.2012 – NC 9 S 2775/10, juris. Krit. zu dieser Rspr. *Zimmerling/Brehm*, Bd. 1, Rn. 219 ff.

243 S. zB *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 14.4.2009 – OVG 5 NC 174/08, juris; ebenso Beschl. v. 18.6.2011 – OVG 5 M 12/11, BeckRS 2011, 54148; *VGH München*, Beschl. v. 24.8.2010 – 7 CE 10.10210, juris; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 17.2.2011 – NC 9 S 1429/10, juris.

244 *VGH Kassel*, Beschl. v. 18.1.2001 – 8 GM 3131/00.SO.T, NVwZ-RR 2001, 448, BeckRS 2005, 26853; zur Überbuchung auch *OVG Bremen*, Beschl. v. 23.2.2001 – 1 B 46/01, NVwZ-RR 2002, 749; *OVG Berlin*, Beschl. v. 26.7.2001 – 5 NC 13.01, juris.

sung des *VGH Kassel*<sup>244</sup> dem Kapazitätskläger entgegengehalten werden. Es spreche sogar einiges dafür, dass sich ein Antragsteller auch eine rechtswidrige Vergabe von Studienplätzen entgegenhalten lassen müsse. Diese Auffassung können wir jedenfalls bei einer willkürlichen Vergabe zur Vermeidung gerichtlicher einstweiliger Anordnungen nicht teilen.

Die Rechtsprechung hat sich auch nicht durch die neuere Rechtsprechung des *BVerwG*<sup>245</sup> irritieren lassen. Dieses hat insoweit ausdrücklich entschieden, dass die Hochschulen im Geltungsbereich der Zulassungszahlenverordnungen aus eigener Kompetenz keine dort nicht ausgewiesene Studienplätze vergeben dürfen. In diesem Zusammenhang betont das *BVerwG* den Vorrang der Beteiligten eines Kapazitätsprozesses, die vor solchen Bewerbern befriedigt werden müssten, die kein Kapazitätsverfahren führen.<sup>246</sup>

In einem Fall, in dem die Charité-Universitätsmedizin Berlin die Zulassungszahl nicht im rechtstechnischen Sinne „überbucht“ hat, sondern in Hinblick auf Studienabbrecher über die auf 300 festgesetzte Zulassungszahl weitere 17 Studienplätze vergeben hat, hat dies das *OVG Berlin-Brandenburg*<sup>247</sup> als „antizipierten Schwundausgleich“ gewertet, aus dem nichts für den geltend gemachten Anspruch auf „außerkapazitätsre“ Zulassung hergeleitet werden könne. Der so vorweggenommene Schwundausgleich erweise sich unter den gegebenen Verhältnissen als sachgerecht und unter dem Gesichtspunkt der Kapazitätserschöpfung als willkürfrei. Nachdem die Charité trotzdem die festgesetzte Zulassungszahl nicht erhöht, aber massiv überbucht hat ohne die Antragsteller darauf hinzuweisen, hat das *VG Berlin* nach einer auf diese massive Überbuchung gestützten Hauptsacheerledigung die Kosten des Verfahrens der Charité auferlegt.<sup>248</sup>

g) *Vergabe- und kapazitätsrechtliche Vorgaben für die Zulassung in ein höheres Fachsemester.* Nach Auffassung des *VG Freiburg*<sup>249</sup> gelten auch für eine außerkapazitätsre Zulassung zu einem höheren Fachsemester die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen des § 19 I HVVO-BW, wonach der Bewerber über die für das angestrebte Fachsemester erforderlichen Studienzeiten und einen entsprechenden Ausbildungsstand verfügen muss. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Uni Freiburg die Entscheidung, welcher Ausbildungsstand vorhanden sein muss, nach ihrer Satzung dahingehend bestimmt, dass für die Zulassung zum 2. Fachsemester im Studiengang Humanmedizin der Nachweis von drei erfolgreich absolvierten Praktika (in Chemie, Physik, Biologie – jeweils für Mediziner) erforderlich ist. Dem steht die Tatbestands- und Bindungswirkung eines Anrechnungsbescheids nach § 12 I, II ÄApprO nicht entgegen, auch wenn die bisherigen an einer anderen Universität im Studiengang Humanmedizin erbrachten Studienleistungen, als ein erstes Fachsemester angerechnet wurden, wenn diese drei Praktika gar nicht oder nur teilweise umfasst werden.

Durch Beschluss vom 31.7.2012 hat das *OVG Münster*<sup>250</sup> erstmals zur Anwendung der Saldierungsvorschrift für die Vergabe von Studienplätzen in höhere Fachsemestern (§ 25 III VergabeVO NRW) im Kapazitätsklageverfahren Stellung genommen. Nach § 25 III VergabeVO NRW verringern sich die Zulassungszahlen für die anderen Fachsemester, und zwar vorrangig für das jeweils höchste Fachsemester, entsprechend, wenn die für ein höheres Fachsemester festgesetzte Zahl der Studienplätze durch die Zahl der Rückmeldungen überschritten wird.

Erkennbares Ziel dieser Norm ist die Saldierung von Studienplatzzahlen unter Beibehaltung des Gesamtlehreangebots,

wenn es entgegen bisheriger Prognosen wider Erwarten zu höheren Rückmeldungen von bereits an der betreffenden Hochschule eingeschriebenen Studierenden kommt. § 25 III VergabeVO soll daher die Schwundberechnung nach dem Zweiten Abschnitt der Kapazitätsverordnung ergänzen, die ein Vorgang zahlenförmiger Prognose für Abgänge und Zugänge von Studenten im Verlauf der vorgeschriebenen Ausbildungssemester eines Studiums ist.<sup>251</sup>

§ 25 III VergabeVO ist bei einer auf Grund des Kapazitätserschöpfungsgebots gebotenen engen Auslegung daher nicht anwendbar, wenn die Überlast in einem höheren Fachsemester nicht durch eine unerwartet hohe Zahl von Rückmeldungen im obigen Sinne eintritt, sondern aus anderen Gründen. Einen solchen von § 25 III VergabeVO nicht erfassten Fall hat das *OVG Münster* dann erkannt, wenn die Überlast auf einem eigenen technischen Fehler der Hochschule im Auswahlverfahren früherer Semester und nicht auf Grund unerwarteter hoher Rückmeldungen von bereits an der betreffenden Hochschule eingeschriebenen Studierenden beruht.

Offen gelassen hat das *OVG*, ob es ein weiteres Argument gegen die Anwendung des § 25 III VergabeVO ist, dass sich die Überlast mit Beendigung des 4. Fachsemesters des SS 2012 erledigt und eine Unterlast im 2. Semester des SS 2012 weiterhin bestehen würde, so dass Ausbildungskapazität ungenutzt bliebe.

### 3. Materielles Kapazitätsrecht

a) *Kapazitätsabbau.* aa) *Hochschulpakt und Studiengebühren.* Der Kapazitätsabbau, über den wir im Vorbeitrag berichtet haben, wurde angesichts der hohen Abiturientenzahlen, der Abitur-Doppeljahrgänge und des Wegfalls der Wehr- und Ersatzdienstpflicht durch Zuweisung von Mitteln und – in der Regel – befristeten Stellen gestoppt und für einen Übergangszeitraum umgekehrt. Nach einhelliger Rechtsprechung kann allerdings aus den Hochschulpakten<sup>252</sup> keine Verpflichtung des Verordnungsgebers und der Universitäten dahin abgeleitet werden, zusätzliche Anfängerplätze in den medizinischen Studiengängen einzurichten. Dem Hochschulpakt komme keine „drittbegünstigende Wirkung“ zu.<sup>253</sup> Ein Anspruch auf Lehrleistungen Drittmittelbediensteter besteht auch dann nicht, wenn Drittmittelgeber bereit sind, zu akzep-

245 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – 6 CN 3/10, NVwZ 2011, 1135 mit Anm. Selbmann, DÖV 2011, 861 ff. sowie Müller, NVwZ 2011, 1113 ff.

246 *BVerwG*, Urt. v. 23.3.2011 – 6 CN 3/10, NVwZ 2011, 1135 Rn. 15 und 39.

247 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 28.11.2011 – OVG 5 NC 60.11 – juris.

248 *VG Berlin*, Beschl. v. 13.3.2012 – VG 30 L 1767/11; die Privilegierung entfällt bei Durchführung des Eilverfahrens – *VG Berlin*, Beschl. v. 22.5.2012 – VG 30 K 1868.11, (n.v.).

249 *VG Freiburg*, Beschl. v. 17.5.2013 – NC 6 K 538/13, BeckRS 2013, 51681.

250 *OVG Münster*, Beschl. v. 31.7.2012 – 13 B 589/12, BeckRS 2012, 55480.

251 Vgl. etwa *OVG Münster*, Beschl. v. 21.6.2012 – 13 D. 21/12 ua, juris; Beschl. v. 31.7.2012 – 13 B 589/12, BeckRS 2012, 55480.

252 Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern über den Hochschulpakt 2020 v. 20.8.2007 – Bundesanzeiger Nr. 171 v. 12.09.2007, S. 7480.

253 *OVG Saarlouis*, Urt. v. 17.12.2009 – 2 C 432/09, BeckRS 2010, 45392; *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 17.7.2012 – 2 B 56/12.NC ua, BeckRS 2012, 53754; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 17.4.2012 – 5 NC 49.12 ua., juris Rn. 21.

254 *OVG Münster*, Beschl. v. 21.6.2012 – 13 C 21-16/12, BeckRS 2012, 53049, 53050, 53051; *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 17.7.2012 – 2 B 56/12.NC ua, BeckRS 2012, 53754.

255 Dafür *OVG Saarland*, Beschl. v. 17.7.2012 – 2 B 56/12.NC ua, BeckRS 2012, 53754; *OVG Koblenz*, Beschl. v. 11.11.2004 – 6 D 11327/04, OVG – (n.v.); das *OVG Münster* würde solche Lehrleistungen mit Stellenvakanzen verrechnen, st. Rspr. seit Urt. v. 22. 1.1988 – 13 A 848/87 ua – und Beschl. v. 21.4.1987 – 13 B 4064/88 ua.



tieren, dass die Inhaber von Drittmittelstellen (auch) Lehrleistungen erbringen.<sup>254</sup> Streitig ist, ob Lehrleistungen von Drittmittelbediensteten, die tatsächlich in der Pflichtlehre erbracht werden, zu berücksichtigen sind.<sup>255</sup> Grundsätzlich ablehnend steht die Rechtsprechung auch einer die Lehreinheit übergreifende Kapazitätsnutzung – konkret einer Verpflichtung, die nicht ausgeschöpfte Lehrverpflichtung in einer anderen Lehreinheit zu erbringen – gegenüber.<sup>256</sup> Die in Hinblick auf die doppelten Abiturjahrgänge in Bayern, Baden-Württemberg und NRW aufgelegten Sonderprogramme Medizin führen jeweils zu einer Erhöhung der früher festgesetzten Aufnahmezahl, werden im Rahmen der Kapazitätsermittlung jedoch nach KapVO gehandhabt.

Eine aus Studiengebühren finanzierte Stelle bzw. die durch zur Kompensation bisheriger Einnahmen geleisteten, zusätzlichen durch staatliche Mittel finanzierten Verbesserungen der personellen und sachlichen Ausstattung sind nach den einschlägigen Normen der KapVO bzw. der Hochschulgesetze dann nicht bei der Feststellung der Ausbildungskapazität zu berücksichtigen, wenn hierdurch eine Verbesserung der personellen und sachlichen Ausstattung der Hochschule bzw. eine Verbesserung der Studienbedingungen eingetreten ist.<sup>257</sup>

bb) *Modellstudiengänge*. An der Medizinischen Hochschule Hannover wurde durch die Einführung eines Modellstudiengangs die Trennung zwischen Vorklinik und Klinik beseitigt und die Kapazität nur patientenbezogen berechnet.<sup>258</sup> Das OVG Lüneburg<sup>259</sup> hat entschieden, dass die dem Niedersächsischen Verordnungsgeber für die normative Festsetzung der Berechnungsmethode eingeräumte Übergangsfrist im WS 2011/2012 noch nicht aufgelaufen sei. Für das VG 2012/2013 haben das VG Hannover und das OVG Lüneburg<sup>260</sup> die Änderung der KapVO speziell für diese Hochschule als mit höherrangigem Recht vereinbar erklärt.

Auch an der Charité-Universitätsmedizin Berlin haben die zuständigen Verwaltungsgerichte den Modellstudiengang gebilligt,<sup>261</sup> ebenso die Niedersächsischen Gerichte<sup>262</sup> den an der Universität Oldenburg zum WS 2012/2013 eingerichteten Modellstudiengang EMS, wobei das VG allerdings darauf hingewiesen hat, dass sich die Kapazitätsberechnung trotz legislativer Festsetzung der Zulassungszahl nach der KapVO richtet. In Köln und Aachen wird trotz der Modellstudiengänge die Kapazität auf der Basis des – fiktiven – Regelstudiengangs berechnet, was zu zahlreichen Kapazitätsproblemen führt.<sup>263</sup> Eine gegen die Genehmigung des Modellstudiengangs Humanmedizin an der Universität Hamburg gerichtete Klage wurde durch Urteil des VG Hamburg vom 10.1.2014<sup>264</sup> als unzulässig zurückgewiesen.

cc) *Stellenverlagerungen und Stellenstreichungen*. Zu Stellenverlagerungen und Stellenstreichungen haben wir an anderer Stelle sowie im Vorbeitrag<sup>265</sup> ausführlich Stellung genommen. Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle des Streichens von Stellen im Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf (UKE) nach dem Maßstab des Abwägungsgebots sind nach OVG Hamburg<sup>266</sup> die Entscheidungen der Gremien des UKE über die Mittelverwendung, nicht dagegen auch die Mittelbereitstellung im Haushaltsplan der Freien und Hansestadt Hamburg und die Zuweisung der Mittel in Ziel- und Leistungsvereinbarungen zwischen der Behörde für Wissenschaft und Forschung und dem UKE. Dabei muss der zu einer Stellenstreichung führende Abwägungsprozess nicht zwingend schon mit seinem Abschluss dokumentiert sein; dessen Darstellung kann noch im verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit erfolgen. Könnte die Streichung einer Stelle des wissenschaftlichen Lehrpersonals (§ 8 I KapVO)<sup>267</sup> in der

Lehreinheit Zahnmedizin (nur) durch Einsparungen beim Lehrpersonal im Bereich der Humanmedizin vermieden werden, haben die zuständigen Gremien des UKE einen weiten Bewertungsspielraum, in welchem Umfang sie in welcher Lehreinheit die notwendigen Einsparungen vornehmen.

b) *Berechnungsstichtag und Aktualisierungsgebot* (§ 5 KapVO)<sup>268</sup>. § 5 II KapVO ist nur anzuwenden, wenn die Daten sich noch vor Beginn des Berechnungszeitraums wesentlich ändern; während des Berechnungszeitraums eintretende Änderungen können nur ausnahmsweise in den Fällen § 21 I KapVO berücksichtigt werden.<sup>269</sup> Liegen die Voraussetzungen des § 5 III KapVO vor, so verschiebt sich der Berechnungsstichtag auf den Zeitpunkt der wesentlichen Änderung der Daten. In solchen Fällen sind zu diesem neuen Stichtag sämtliche Daten neu zu erheben.<sup>270</sup> Berichtigungen, die sich auf den genannten Stichtag oder die Zeit vor Beginn des Berechnungszeitraums zurückbeziehen, dürfen auch noch im späteren Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden, wenn die Unrichtigkeit am Stichtag oder in der Zeit vor Beginn des Berechnungszeitraums erkennbar war.<sup>271</sup>

Das VG Freiburg<sup>272</sup> hat kapazitätsrechtlich keine Bedenken gegen die Berücksichtigung der rückwirkenden Normierung von Betreuungsrelationen in Studienordnungen, die Lehre bei der Humanmedizin nachfragen. § 5 IV KapVO VII ist gem. Art. 2 der Verordnung des Wissenschaftsministeriums zur Änderung der Kapazitätsverordnung vom 4.1.2011 (GBl. 2011, 23) erstmals für die Festsetzung der Zulassungszahlen für das WS 2011/2012 und damit nicht für den hier maßgeblichen Berechnungszeitraum anzuwenden. Ob § 5 IV KapVO VII für das Kapazitätsrecht Einschränkungen für die möglichen Rückwirkungen nachgeholter Normierungen ent-

256 OVG Münster, Beschl. v. 13.2.2007 – 13 C 1/07 – juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.9.2010 – 2 NB 294/09 – juris; VGH Kassel, Beschl. v. 26.6.2007 – 8 MM 2697/06 – juris; VGH München, Beschl. v. 10.1.2012 – 7 ZB 11.783 – juris; OVG Saarland, Beschl. v. 17.7.2012 – 2 B 56/12.NC ua. BeckRS 2012, 53754.

257 VG Hamburg, BeckRS 2011, 50245; OVG Hamburg, BeckRS 2011, 55155.

258 Dies führte zum Wegfall zahlreicher vorklinischer Teilstudienplätze.

259 OVG Lüneburg, BeckRS 2012, 54194.

260 VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2012 – 8 C 4615/12, BeckRS 2012,60685, bestätigt durch OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.8.2013 – 2 NB 394/12, BeckRS 2013, 55005; Keine durchgreifenden Zweifel an der Vereinbarkeit der §§ 7, 9 und 17 der Kapazitätsverordnung (idF v. 4.7.2012, Nds. GVBl. S. 220).

261 VG Berlin, Beschl. v. 22.3.2012 – VG 30 L 825/11, BeckRS 2012, 50777; Beschl. v. 24.7.2012 – VG 30 L 332/12, BeckRS 2012, 60084 mwN, Beschl. v. 16.7.2012 – 30 L 22/12, BeckRS 2012, 60030, Beschl. v. 30.7.2013 – VG 30 L 155/13, BeckRS 2013, 55835; Urt. v. 21.8.2013 – VG 30 K 36/11, BeckRS 2013, 58498; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2012 – OVG 5 Nc 53/12, BeckRS 2013, 55954; Beschl. v. 14.12.2012 – OVG 5 Nc 60/12, BeckRS 2013, 55953; Beschluss v. 21.2.2012 – OVG 5 NC 286/11, BeckRS 2012, 48242.

262 VG Oldenburg, Beschl. v. 4.12.2012 – 12 C 4164/12, BeckRS 2013, 45974, bestätigt durch OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.2.2013 – 2 NB 20/13, BeckRS 2013, 47273.

263 OVG Münster, Beschl. v. 12.3.2013 – 13 C 3/13, BeckRS 49487 für Aachen; Beschl. v. 2.10.2013 – 13 B 867/13, BeckRS 2013, 57041 für Köln.

264 VG Hamburg, Urt. v. 10.1.2014 – 21 K 3086/12, (n.v.).

265 Brehm/Zimmerling, AnwHdB Rn. 97 ff.; NVwZ 2008, 1303.

266 OVG Hamburg, Beschl. v. 27.8.2008 – 3 Nc 141/07, BeckRS 2008, 40480.

267 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, S. 154 ff.

268 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, S. 129 ff.

269 OVG Hamburg, Beschl. v. 7.5.2012 – 3 NC 145/11, BeckRS 2012, 50865; VGH Kassel, Urt. v. 5.7.2011 – 10 B 735/11.MM.W0, BeckRS 2011, 55136.

270 OVG Hamburg, Beschl. v. 27.9.2011 – 3 Nc 27/10, BeckRS 2011, 56114.

271 VGH Kassel, Urt. v. 5.7.2011 – 10 B 735/11.MM.W0, BeckRS 2011, 55136.

272 VG Freiburg, Urt. v. 3.05.2012 – NC 6 K 2268/10, BeckRS 2012, 56021.

hält, kann somit offen bleiben. Einer speziellen Ermächtigungsgrundlage für den rückwirkenden Erlass einer Norm bedarf es jedoch nicht.<sup>273</sup> Bedenken gegen die Berücksichtigung der Änderung der Studienordnung im Hinblick auf § 5 I bis III KapVO VII bestehen nicht, da die Änderungssatzung zum 1.1.2008 in Kraft getreten ist. Die zulässige Rückwirkung führt dazu, dass die Regelung der Betreuungsrelation als zum Berechnungstichtag (1.1.2010) existent gilt.<sup>274</sup> Hiergegen ist die – zugelassene – Berufung beim *VGH Mannheim* anhängig. Gleiches gilt für die vom *VG Freiburg* vorgenommene Anwendung dieser Änderungen auf zurückliegende – abgeschlossene – Zeiträume.<sup>275</sup> Einer Satzung Rückwirkung beizumessen, bedürfe keiner gesonderten rechtlichen Ermächtigungsgrundlage; § 5 IV KapVO VII – Baden-Württemberg stelle deshalb lediglich eine rechtstechnische Klarstellung dar. Im Übrigen widerspreche der rückwirkende Erlass einer quantifizierten Studienordnung unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes nicht dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 III GG) und sei auch kapazitätsrechtlich beanstandungsfrei, wenn damit ohne Änderung der Größe der kapazitätsbestimmenden Parameter ein bereits faktisch im selben Umfang stattfindender Export von Lehre aus der Vorklinik in einen nicht zugeordneten Studiengang lediglich nachträglich rechtlich festgeschrieben und gebilligt werde.

c) *Lehrverpflichtungen*<sup>276</sup>. aa) *Professoren*. In den letzten Jahren haben mehrere Bundesländer, so Baden-Württemberg,<sup>277</sup> Niedersachsen,<sup>278</sup> Nordrhein-Westfalen,<sup>279</sup> Rheinland-Pfalz<sup>280</sup> Berlin<sup>281</sup> und Bremen<sup>282</sup> die jeweiligen normierten Lehrverpflichtungen für einzelne Stellengruppen erhöht. Die Erhöhung der Lehrverpflichtungen für Professoren von 8 SWS auf 9 SWS verstößt nach Auffassung des *VGH Mannheim* nicht gegen Art. 5 III 1 GG.<sup>283</sup> Soweit andere Länder – wie Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen – von einer Erhöhung Abstand genommen haben, sind diese nach der obergerichtlichen Rechtsprechung dieser Bundesländer auch nicht zur Anpassung an die höheren Lehrverpflichtungen der genannten Bundesländer verpflichtet.<sup>284</sup> Damit herrscht aber im Kapazitätsrecht auf Grund erheblicher unterschiedlicher Durchschnittsdeputate keine Einheitlichkeit und „Gleichmäßigkeit“ mehr, die das *BVerfG* gefordert hat.

bb) *Akademische Oberräte auf Zeit*. Das *OVG Saarlouis* und das *OVG Münster* halten für Akademische Oberräte auf Zeit den Ansatz einer Lehrverpflichtung von 7 DS für gerechtfertigt.<sup>285</sup> Hierzu hat das *OVG Münster*<sup>286</sup> darauf hingewiesen, dass die KapVO auf der Lehrangebotsseite geprägt ist vom so genannten Stellenprinzip (§ 8 I KapVO). Dieses beruht auf der Vorstellung des Normgebers, dass die personelle Aufnahmekapazität einer Lehrereinheit weniger durch die tatsächlich erbrachten oder zu erbringenden Lehrleistungen der Lehrpersonen als durch die Zahl der ihr zugewiesenen Stellen bestimmt wird.<sup>287</sup> Danach ist in die Kapazitätsberechnung die der Stelle der jeweiligen Stellengruppe aus ihrem Amtsinhalt abgeleitete Regellehrverpflichtung unabhängig von ihrer Besetzung oder der Qualifikation ihres Stelleninhabers und seinem tatsächlichen Lehraufwand einzubringen. Auf die konkrete Besetzung oder die konkrete Qualifikation oder den Stand der Qualifikation der Stelleninhaber kommt es nicht an. Deshalb ist auch eine arbeitsrechtliche Betrachtung nicht geboten. In Bezug auf wissenschaftliche Mitarbeiter gilt zudem, dass diese Stellen der Lehrereinheit anders als bei den übrigen Stellen des hauptberuflichen Lehrpersonals nicht zur Erhöhung des Angebots an ausbildungstragender selbstständiger Lehre zustehen, sondern lediglich zu dem Zweck, die selbstständige Lehre im erforderlichen Umfang um selbst-

ständige Lehre zu ergänzen. Nur dann kann nach der Rechtsprechung des Senats von dem Regellehrdeputat abgewichen werden, wenn die Hochschule die Stelle bewusst dauerhaft mit einer Lehrperson besetzt, die individuell eine höhere Lehrverpflichtung als die der Stelle hat, und dadurch der Stelle faktisch einen anderen, dauerhaften, deputatsmäßigen höherwertigen Amtsinhalt vermittelt.<sup>288</sup>

cc) *Lehrverpflichtung Wissenschaftlicher Mitarbeiter*. Die Weiterqualifikation befristeter beschäftigter wissenschaftlicher Mitarbeiter über die Promotion hinaus rechtfertigt nach Auffassung des *VGH Mannheim*<sup>289</sup> die Reduzierung der Lehrverpflichtung auf vier Semesterwochenstunden, ohne dass konkrete Ziele der Weiterqualifikation im Einzelnen dargelegt werden müssten.

Nach Auffassung des *OVG Hamburg*<sup>290</sup> gebietet das Kapazitätserschöpfungsgebot die Berücksichtigung des gem. § 14 II LVVO zulässigen Höchstdeputats von 5 Lehrveranstaltungsstunden bei wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, wenn sich aus den individuellen Arbeitsverträgen und/oder Funktionsbeschreibungen der Stelle nichts anderes ergibt. Ein Dekanatsbeschluss, der auf die künftige Festsetzung einer die Lehrverpflichtung derartiger Mitarbeiter von generell 4,5 Semesterwochenstunden gerichtet ist, aber weder konkrete Funktionsbeschreibungen der Stellen noch eine zeitliche Perspektive für seine Umsetzung erkennen lässt, stellt keine erkennbare wesentliche Änderung der im Rahmen der Kapazitätsberechnung zu berücksichtigenden Daten dar und

273

Vgl. *Schneider*, Gesetzgebung, 2. Auflage 1991, S. 298, Rd. 530 ff., insb. Rn. 542.

274 *Schneider* (o. Fn. 273), Rn. 533.

275 *VG Freiburg*, Urt. v. 20.3.2012 – NC 6 K 2155/11, BeckRS 2012, 44888.

276 Eingehend *Zimmerling/Brehm*, Bd. 2, S. 148 ff.; *Brehm/Zimmerling*, AnwHdB Rn. 92 ff.

277 ÄnderungsVO zur LVVO v. 4.8.2003, GBL S. 401.

278 VO zur Änderung der Lehrverpflichtungsverordnung v. 2.8.2011, GVBl. 2011, 276, allerdings nur für die Zeit v. 1.10.2011 bis zum 30.9.2015.

279 Erste Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Lehrverpflichtung an Universitäten und Fachhochschulen –LVV v. 21.4.2004, GVBl. 2004, 120.

280 Landesverordnung über die Lehrverpflichtung an Hochschulen v. 13.8.2012, GVBl. 2012, 283 ff.

281 Vierte VO zur Änderung der Lehrverpflichtungsverordnung v. 3.7.2004, GVBl. 2004, 282.

282 Verordnung über den Umfang und den Nachweis der Erfüllung der Lehrverpflichtung an staatlichen Hochschulen v. 14.5.2004, GBL. 2004, 441.

283 *VGH Mannheim*, Normenkontrollurteil v. 23.5.2006 – 4 S 1957/04; VBLBW 2006, 464.

284 *VGH Kassel*, Beschl. v. 8.4.2013 – 10 B 465/13.GM.W2 ua – gegen diese Entscheidung ist Verfassungsbeschwerde erhoben – 1 BvR 1666/13; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 20.6.2013 – NC 2 B 246/12, juris; Beschl. v. 20.2.2013 – 2 B 38/12, juris; *OVG Magdeburg*, zuletzt Beschl. v. 23.7.2013 – 3 M 311/12 ua, BeckRS 2013, 55689; *OVG Greifswald*, Beschl. v. 29.7.2013 – 1 M 86/13 ua., (n.v.); Beschl. v. 9.9.2009 – 1 M 38/09 ua BeckRS 2010, 40507.

285 *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 16.7.2012 – 2 B 56/12.NC ua., BeckRS 2012, 53703; BeckRS 2012, 53754.

286 *OVG Münster*, Beschl. v. 17.10.2011 – 13 C 66/11, BeckRS 2011, 55212.

287 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 20.4.1990 – 7 C 74/87 – juris, und v. 23.7.1987 – 7 C 10/86, NVwZ 1989, 360; *OVG Münster*, Beschl. v. 28.3.2011 – 13 C 11/11 ua – juris.

288 Vgl. *OVG Münster*, Beschl. v. 25.5.2007 – 13 C 115/07 und 3.3.2009 – 13 C 264/08 ua., – 13 C 273/08 ua., v. 2.3.2010 – 13 C 11/10 ua – und 25.5.2011 – 13 C 33/11 ua, jeweils juris; vgl. auch *BayVerfGH*, Beschl. v. 24.7.2009 – 7 CE 09.10068 ua, juris.

289 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 13.8.2010 – NC 9 S 357/10, BeckRS 2010, 52429.

290 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 4.4.2012 – 3 Nc 53/11, BeckRS 2012, 50083.

war jedenfalls bereits aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen.

Das OVG Magdeburg hat entschieden, dass eine Erhöhung des unbereinigten Lehrdeputats dann in Betracht kommen kann, wenn die Hochschule die gesetzlichen Einschränkungen der Befristung systematisch und rechtsmissbräuchlich verletzen würde.<sup>291</sup>

dd) *Lehrverpflichtungsermächtigungen*<sup>292</sup>. Die Möglichkeiten einer Deputatsverminderung für die Wahrnehmung von Leitungsfunktionen an den Hochschulen sind in den LVVO höchst unterschiedlich geregelt. So enthält beispielsweise § 8 HLehrVO Rheinland-Pfalz einen umfangreichen Katalog besonderer Aufgaben, bei deren Wahrnehmung der Dienstvorsetzte die Regellehrverpflichtung für bestimmte Fallgruppen oder auf Antrag im Einzelfall ermäßigen kann (wie zB Vizepräsidenten, Dekane, Zentrale Frauenbeauftragte etc), geringer ist der Katalog in § 7 I LVVO Niedersachsen. Während im Land Rheinland-Pfalz es sich bei der Deputatsverminderung gem. § 8 I HLehrVO um eine Kann-Bestimmung handelt, ist gem. § 7 I LVVO Niedersachsen lediglich ein Antrag des Funktionsträgers (Vizepräsidenten, Dekane, Studiendekane und Gleichstellungsbeauftragte) erforderlich.

Streitig waren im Berichtszeitraum die Ermäßigung für vier Studiendekane,<sup>293</sup> die unterschiedlichen Regelungen für die Verminderung der Lehrverpflichtung von schwerbehinderten Lehrpersonen. Weiter haben das VG Göttingen sowie das OVG Lüneburg Deputatsverminderungen für die Wahrnehmung von Forschungsaufgaben im Umfang von insgesamt 24 SWS (in der vorklinischen Lehrereinheit) nicht beanstandet.<sup>294</sup> Das OVG Münster<sup>295</sup> hat eine Lehrverpflichtungsermächtigung in Höhe von 4 DS nach § 5 II LVV-NRW anlässlich der Berufung des Hochschullehrers in die Wissenschaftliche Kommission des Wissenschaftsrats gebilligt.

d) *Laufaufträge und gleichgestellte Lehrleistungen*. Streitig ist, ob Lehrleistungen von Drittmittelbediensteten, die tatsächlich in der Pflichtlehre erbracht werden, zu berücksichtigen sind.<sup>296</sup>

e) *Der Dienstleistungsexport (§ 11 KapVO)*<sup>297</sup>. aa) *Grundsätzliches*. Ein kapazitätsmindernder Dienstleistungsbedarf kann nach Auffassung des OVG Hamburg nur vorliegen, soweit es sich zum einen überhaupt um Lehre für (identifizierbare) Studiengänge handelt und soweit zum anderen diese Studiengänge einer anderen (und nicht der eigenen) Lehrereinheit zugeordnet sind. Nicht identifizierbare Dienstleistungen in den freien Wahlbereich sind daher auf der Grundlage des geltenden Kapazitätsrechts nicht berücksichtigungsfähig.<sup>298</sup>

bb) *Aufteilung auf die beteiligten Lehrereinheiten (§ 7 KapVO)*<sup>299</sup>. Nach einhelliger Rechtsprechung setzt die Berücksichtigung eines Dienstleistungsbedarfs nach § 11 KapVO für einen der Lehrereinheit nicht zugeordneten Bachelor- oder Masterstudiengang dessen Akkreditierung nicht voraus.<sup>300</sup> Inhaltlich setzt die Berechnung des Dienstleistungsbedarfs nach dem Berechnungssystem der Kapazitätsverordnung die Aufteilung des Curricularnormwerts auf die am Lehrangebot beteiligten Lehrereinheiten nach § 13 IV KapVO voraus. Im Übergangsstadium der Neustrukturierung der Studiengänge nach dem Bachelor-Master-System ist es nach Auffassung des OVG Hamburg<sup>301</sup> rechtlich nicht ausgeschlossen, auch ohne Vorliegen sämtlicher Bestimmungsgrößen Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für den anderen Studiengang nach dessen absehbar verbindlichem Ausbildungsinhalt zwingend erforderlich sind und tatsächlich erbracht werden, soweit eine curriculare Bemessung in Lehrveranstaltungsstunden ab-

schätzbar ist. Die Berücksichtigung eines Dienstleistungsbedarfs oder dessen substitutive gerichtliche Abschätzung im Kapazitätsprozess begegnet Bedenken, solange für den der Lehrereinheit nicht zugeordneten neuen (Bachelor-)Studiengang kein Curricularnormwert festgesetzt ist und die auf die beteiligten Lehrereinheiten entfallenden Curricularanteile nicht gebildet sind.<sup>302</sup>

cc) *Unzulässige Niveaupflege*. Die immer weitere Verbreitung medizinischer – theoretischer – Studiengänge wie Molekulare Medizin, Biomedizin, Humanbiologie u. a., die ihre Ausbildung zu einem erheblichen Teil aus der Lehrereinheit vorklinische Medizin beziehen und damit deren Kapazität herabsetzen, haben die Frage nach der „unzulässigen Niveaupflege“, also eine vom Ausbildungsziel her nicht zwingend gebotene qualitative Verbesserung mit optimalen Studienbedingungen<sup>303</sup> in derartigen Studiengängen zu Lasten der humanmedizinischen Ausbildungskapazität aufgeworfen.<sup>304</sup> Diese Frage wurde u. a. für den Studiengang Molekulare Medizin an der Universität Göttingen gestellt – und im Eilverfahren vom OVG Lüneburg verneint.<sup>305</sup>

dd) *Dienstleistungen für Internationale und Interdisziplinäre Masterstudiengänge*. Streitig ist in Hannover, ob ein Hochschullehrer für die Fort- und Weiterbildung von niedergelassenen Kieferorthopäden eine Deputatsverringerung verlangen kann.<sup>306</sup> Hier gelten nach unserer Auffassung die gleichen Grundsätze, die das OVG Hamburg<sup>307</sup> für Dienstleistungen zugunsten internationaler und interdisziplinärer Masterstudiengänge entwickelt hat: Ein Dienstleistungsbedarf kann nicht anerkannt werden, wenn ein CNW weder festgesetzt noch festsetzbar ist.

291 OVG Magdeburg, Beschl. v. 8.3.2012 – 3 M 75/11, BeckRS 2012, 48400.

292 Hierzu im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, Rn. 350 ff.

293 Das VG Sigmaringen, Beschl. v. 12.12.2011 – NC 6 K 2468/11 – (n.v.) hat Zweifel an einer Deputatsverminderung von 4 SWS, wenn in einer Fakultät gleichzeitig drei Studiendekane bestellt werden.

294 VG Göttingen, Beschl. v. 4.10.2010 – 8 C 1420/10 ua – (n.v.) sowie OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.8.2011 – 2 NB 439/10 ua., juris.

295 OVG Münster, Beschl. v. 15.2.2012 – 13 C 73/11 – juris.

296 Dafür OVG Saarland, Beschl. v. 17.7.2012 – 2 B 56/12.NC ua, BeckRS 2012, 53754; OVG Koblenz, Beschl. v. 11.11.2004 – 6 D 11327/04. OVG – (n.v.); das OVG Münster verrechnet solche Lehrleistungen mit Stellenvakanzen verrechnen, st. Rspr. seit Urte. v. 22.1.1988 – 13 A 848/87 ua – und Beschl. v. 21.4.1987 – 13 B 4064/88 ua –; ebenso VGH Mannheim, Urte. v. 11.06.2013 – NC 9 S 685/12, BeckRS 2013, 56252 unter Bezugnahme auf Urte. v. 22.3.1991 – NC 9 S 81/90, juris.

297 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, S. 242 ff.

298 OVG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2012 – 3 Nc 53/11, BeckRS 2012/50083 und 24.8.2012, 3 Nc 163/11; Beck 2012, 56620.

299 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, S. 136 ff.

300 OVG Hamburg, Beschl. v. 19.10.2009 – 3 Nc 82/08, NVwZ 2010, 437, BeckRS 2010, 46483.

301 OVG Hamburg, Beschl. v. 19.10.2009 – 3 Nc 82/08, NVwZ 2010, 437, BeckRS 2010, 46483.

302 OVG Hamburg, Beschl. v. 14.10.2008 – 3 Nc 90/07, BeckRS 2009, 31100.

303 Bahro, Berlin 4. Auflage Art. 7 StV Rn. 22, S. 97.

304 Vgl. hierzu u. BVerfGE 40, 352 (354); BVerwG, Beschl. v. 18.9.1981 – 7 N 1/79, BVerwGE 64, 77 = NVwZ 1982, 104.

305 OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.2.2009 – 2 NB 154/08, BeckRS 2009, 32909; Beschl. v. 28.4.2010 – 2 NB 159/09 – juris, BeckRS 2010, 49300; Beschl. v. 15.8.2012, BeckRS 2012, 55665; Beschl. v. 15.11.2012 – 2 NB 220/12, BeckRS 2012, 95905.

306 OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.8.2012 – 2 NB 37/12, BeckRS 2012, 56001.

307 OVG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2012 – 3 Nc 74/11, juris, BeckRS 2012, 50083.

308 OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.8.2012 – 2 NB 37/12, BeckRS 2012, 56001.

309 OVG Münster, Beschl. v. 4.2.2009 – 13 C 4/09, bestätigt durch Beschl. v. 28.3.2011, 13 C 11/11; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 2.5.2011 – 6 B 10262/11; BayVerfGH, Beschl. v. 28.4.2011 – 7 CE 10.10402 ua, juris;

f) *Krankenversorgungsabzug*. Das OVG Lüneburg hat<sup>308</sup> seine ständige Rechtsprechung zur Höhe des ambulanten Krankenversorgungsabzugs im Studiengang Zahnmedizin geändert und sich den anderen Obergerichten<sup>309</sup> in der Weise angepasst, dass dieser ab sofort nicht mehr mit (nur 28 %), sondern – in Übereinstimmung mit § 9 V Nr. 2 mit 30 % anzusetzen ist.

g) *Lehrnachfrage (§§ 6, 13 KapVO)*<sup>310</sup>. aa) *Curricularnormwerte (CNW) und Bandbreiten und ihre Einhaltung*. Im Studiengang Humanmedizin ist eine normative Aufteilung des CNW von 8,2 auf Vorklinik und Klinik nur in einigen Bundesländern – so in Bayern und Nordrhein-Westfalen mit 2,42 für die Vorklinik – vorgesehen. Wird dieser überschritten, erfolgt eine proportionale Kürzung auf den CNW.<sup>311</sup>

bb) *Nachvollziehbarkeit des jeweiligen CNW*. Liegen der Festsetzung eines CNW für einen Studiengang durch Rechtsverordnung keine hinreichend nachvollziehbaren Abwägungen zu Grunde, ist nach Auffassung des OVG Hamburg<sup>312</sup> die Substituierung des CNW kraft richterlicher Notkompetenz jedenfalls dann nicht geboten, wenn eine von der Universität nachträglich vorgelegte, plausible Ausfüllrechnung keinen geringeren als den festgesetzten CNW ergibt.

cc) *Überprüfung der Beteiligung anderer Lehrinhalte*. Zwar fällt die curriculare Beteiligung der klinischen Lehrinhalte<sup>313</sup> an der vorklinischen Ausbildung, insbesondere an den neu eingeführten Seminaren, in den Organisationsspielraum der Hochschulen,<sup>314</sup> sie ist jedoch – wenn nicht bereits im Eilverfahren möglich – jedenfalls im Hauptsacheverfahren eingehend zu überprüfen.

dd) *Gleichartigkeit und Vergleichbarkeit bei identischer Bezeichnung universitärer Studiengänge*. Nach Auffassung des VGH Mannheim bedeutet die identische Bezeichnung universitärer Studiengänge – hier: Molekulare Medizin – nicht zwingend deren „Gleichartigkeit“ oder auch nur „Vergleichbarkeit“ iSv § 5 IV 4 HZG und § 34 I 6 Nr. 3 LHG. Von maßgebender Bedeutung für eine solche Charakterisierung sind vielmehr die jeweiligen Lehrinhalte und Prüfungsanforderungen, die im jeweils festgesetzten Curricularnormwert ihren Niederschlag finden. Der VGH hatte hierbei keine Bedenken, dass die CNW für diesen Studiengang zwischen 3,0167 und 7,0106 lagen. In den Hauptsacheverfahren wird zu prüfen sein, ob insoweit eine „unzulässige Niveaupflege“ vorliegt.

ee) *Fehlender CNW und fehlende Bandbreite*<sup>315</sup>. Mit einem fehlenden CNW bzw. einer fehlenden Bandbreite in Psychologie hatte sich der VerfGH Berlin<sup>316</sup> zu befassen. Er hat entschieden, dass die Verwaltungsgerichte in NC-Verfahren nicht befugt sind, bei der Kapazitätsüberprüfung und -ermittlung an Stelle des Ordnungsgebers zu handeln und einen CNW<sup>317</sup> selbst zu schöpfen.

Ist ein Curricularnormwert auf Vorschlag der Hochschule durch Verordnung festgesetzt worden, so genügt dies nicht dem vom BVerfG geforderten Gebot rationaler Abwägung, wenn der Ordnungsgeber weder eine eigene Modellrechnung vorgenommen, noch sich die der Hochschule zu Eigen gemacht hat.<sup>318</sup>

Das OVG Koblenz<sup>319</sup> hat bei einem fehlenden CNW (ebenefalls in Psychologie) einen Sicherheitszuschlag von 15 % vorgenommen und alle Beschwerdeführer zugelassen.

(1) Erfordernis der normativen – verordnungsrechtlichen – Festlegung eines CNW

Die Ermittlung der Aufnahmekapazität einer Hochschule ist nach zutreffender Auffassung des VGH Mannheim<sup>320</sup> fehlerhaft, wenn sie auf einem Curricularnormwert beruht, der entgegen §§ 5 IV 3, 11 IV 2 Nr. 1 HZG nicht durch Rechtsverordnung des Wissenschaftsministeriums festgelegt wurde.

(2) Erfordernis der normativen – verordnungsrechtlichen – Festlegung einer Bandbreite

Offensichtlich gehen alle Bundesländer, die bisher eine Bandbreitenregelung eingeführt haben (soweit ersichtlich Bayern, Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Berlin, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein) davon aus, dass in der KapVO die Bandbreiten festgelegt werden müssen, innerhalb der der CW liegen muss. Weitestgehend wird diese Regelung im Eilverfahren als ausreichend angesehen. Die den Universitäten vom Ordnungsgeber vorgegebenen Bandbreiten bei der Festsetzung der Curricularwerte beruhen auf den jeweiligen Verordnungsermächtigungen für die KapVO.<sup>321</sup> Sie sind nach Auffassung der damit bisher befassten Gerichte verfassungsrechtlich unbedenklich. So hat der VGH München<sup>322</sup> mehrfach ausgeführt, dass der den Universitäten damit eröffnete „Spielraum“ bei der Festsetzung des Curricularwerts eine notwendige Folge der in den letzten Jahren vollzogenen grundlegenden Umstrukturierung des Hochschulsystems (insbesondere Umstellung auf Bachelor- und Masterabschlüsse) ist, in deren Verlauf den einzelnen Hochschulen und Fakultäten eine größere Autonomie bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Studiengänge und damit auch bei der Bestimmung der jeweiligen Betreuungsintensität eingeräumt wurde. Die festgelegten Bandbreiten für Curricularwerte ändern jedoch nichts an der

OVG Sachsen, Beschl. v. 2.9.2010 – NC 2 B 58/09 – juris; OVG Hamburg, Beschl. v. 27.8.2008 – 3 Nc 141/07, juris).

310 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, S. 280 ff.

311 VGH Mannheim, Beschl. v. 23.8.2006 – NC 9 S 38/06 – (n.v.); VGH München, Beschl. v. 27.8.2010 – 7 CE 10.10278, juris, Beschl. v. 29.6.2011 – 7 CE 11.10338 ua, juris; VGH Kassel, Beschl. v. 23.2.2004 – 8 DP 2214/03.S (3) – (n.v.), ebenso bereits Beschl. v. 16.2.1993 – X/1 Wsk 21 G 2510/92 T – (n.v.); OVG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2005 – 3 Nc 75/05, NVwZ-RR 2006, 797; OVG Münster, Beschl. v. 31.7.2012, 13 B 389/12, BeckRS 2012, 55480.

312 OVG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2012 – 3 Nc 5/12, NVwZ-RR 2013, 100 = BeckRS 2012, 58618.

313 Zum Begriff der Lehrinheit vgl. zB BVerwG, Urt. v. 13.12.1984 – 7 C 16/84, NVwZ 1985, 573 ff.; Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 15/88, NVwZ 1990, 349 ff.; VGH Mannheim, Urt. v. 15.2.2000 – NC 9 S 39/99, KMK-HSchR/NF Nr. 27.

314 Vgl. zB VGH Mannheim, Beschl. v. 23.11.2004 – NC 9 S 334/04 – (n.v.); OVG Koblenz, Beschl. v. 25.2.2004 – 6 D 12057/03.OVG – (n.v.), Beschl. v. 11.11.2004 – 6 D 11287.04.OVG – (n.v.); OVG Magdeburg, Beschl. v. 3.5.2004 – 2 N 826/03 – (n.v.); OVG Hamburg, Beschl. v. 22.12.2004 – 3 Nc 337/04 – (n.v.); OVG Münster, Beschl. v. 31.7.2012 – 13 B 589/12, BeckRS 2012, 55480.

315 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2 S. 314 ff.

316 VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.12.2011 – VerfGH 28/11 ua, BeckRS 2012, 46698.

317 Konkret ging es um den Bachelorstudiengang Psychologie, für den bis zum Zeitpunkt der Entscheidung noch kein CNW festgesetzt war.

318 VG Hamburg, Beschl. v. 15.11.2010 – 19 ZE 606/10 ua, BeckRS 2011, 50245.

319 OVG Koblenz, Beschl. v. 14.11.2012, (n.v.).

320 Beschl. v. 12.5.2009 – NC 9 S 240/09, BeckRS 2009, 34201.

321 In Bayern Art. 8 II iVm Art. 4 I 4 des Gesetzes über die Hochschulzulassung in Bayern (Bayerisches Hochschulzulassungsgesetz – BayHZG) v. 9.5.2007 (GVBl. S. 320, BayRS 2210-8-2-WFK), zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.7.2009 (GVBl. S. 256); in NRW § 6 I 2, II 1 iVm § 1 S. 2 des Hochschulzulassungsgesetzes (HZG) v. 18.11.2008 sowie iVm § 6 KapVO-NRW 2010.

322 VGH München, Beschl. v. 7.7.2010 – 7 CE 10.10146 ua., (n.v.); VGH München, Beschl. v. 21.9.2010 – 7 CE 11,11.0660, BeckRS 2012, 45565.

323 Vgl. zB BVerfGE 85, 36 (56) = NVwZ 1992, 361.

324 OVG Münster, Beschl. v. 13.3.2012 – 13 B 55/12, BeckRS 2012, 48662 sowie 13 B 55/12, BeckRS 2012, 48660.

generellen – verfassungsrechtlich geforderten<sup>323</sup> – Verpflichtung der Hochschulen, eine erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazität zu erreichen.

Das OVG *Münster*<sup>324</sup> hat im Eilverfahren die Auffassung vertreten, dass die Entscheidung des *VerfGH Berlin*,<sup>325</sup> der Ausbildungsaufwand sei aus verfassungsrechtlichen Gründen durch studiengangspezifische Normwerte (sog. Curricularnormwerte) normativ festzusetzen und daher die Schaffung von Curricularwerten durch die Hochschulen im Rahmen von in der KapVO-NRW 2010 normativ festgesetzten Bandbreiten rechtswidrig sei, da der Gesetzgeber selbst den Ausbildungsaufwand materiell festzulegen habe, nicht gelten lassen: Diese Frage, die in rechtlicher Hinsicht schwierige Probleme aufwerfe, bedürfe umfassender Erwägungen, die im Rahmen eines EA-Verfahrens nicht angezeigt seien. Sie stellten außerdem vordergründig auf einen Totalvorbehalt und die umfassende Festlegung des Ausbildungsaufwands durch den Normgeber ab. Hingegen dürften die in § 6 KapVO 2010 angesprochenen Curricularwerte den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die das *BVerfG* näher bestimmt hat, entsprechen. Danach gehöre die Art und Weise der Kapazitätsermittlung zum Kern des Zulassungswesens. Die Festlegung objektiver, nachvollziehbarer Kriterien für die Kapazitätsermittlung falle zwar an sich in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers. Eine Übertragung an den Verwaltungs- und/oder Satzungsgeber könne jedoch verfassungskonform erfolgen, wenn im Vorhinein festgelegt sei, wer in welcher Art von Verfahren zu entscheiden habe und wenn das so formalisierte Verfahren einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht werde.

(3) Erfordernis der normativen – satzungsrechtlichen – Festlegung eines CW

Ob es darüber hinaus erforderlich ist, dass im Rahmen der normierten Bandbreiten die einzelnen Hochschulen die Curricularwerte durch Satzung festsetzen, ist noch streitig. Der Curricularwert bestimmt den in Deputatstunden gemessenen Aufwand aller beteiligten Lehreinheiten, der für die ordnungsgemäße Ausbildung eines Studierenden in dem jeweiligen Studiengang erforderlich ist und wird von der Hochschule auf der Grundlage des Studienplans berechnet und festgesetzt. Bei der Festsetzung der Curricularwerte für Bachelorstudiengänge darf die jeweils in der Anlage zur KapVO<sup>326</sup> festgelegte Bandbreite für die Studienfelder weder über- noch unterschritten werden (§ 59 S. 2, 3 HZV). So hat der *VGH München*<sup>327</sup> die „Festsetzung der Curricularwerte“ jedoch nicht als normative Verpflichtung gesehen.<sup>328</sup> Auch das OVG *Greifswald* hat trotz fehlender Curricularwerte Dienstleistungen zu Lasten der Lehreinheit Vorklinische Medizin akzeptiert<sup>329</sup>

Nach Auffassung des *VGH München*<sup>330</sup> ist es auf Grund der bayerischen Rechtslage ausreichend, dass der Ordnungsgeber in Art. 4 I BayHZG spezifische Bandbreiten normiert und es den einzelnen Hochschulen überlässt, wie sie sich innerhalb dieser Bandbreite positionierten. Es sei nicht erforderlich, dass der Ordnungsgeber die für den Gesamtausbildungsaufwand in den nachfragenden Studiengängen angesetzten Curricularwerte selbst im Einzelnen festlegt, noch müssten diese von den Hochschulen ausdrücklich durch eine gesonderte Satzung normiert werden.<sup>331</sup> Art. 7 III 6 des Staatsvertrags über die Vergabe von Studienplätzen vom 22.6.2006 gelte allein für die in das zentrale Vergabeverfahren der ZVS einbezogenen Studiengänge. Soweit Art. 4 I 4 des Gesetzes über die Hochschulzulassung in Bayern<sup>332</sup> vorsehe, dass der Ausbildungsaufwand von der Hochschule

„durch studiengangspezifische Normwerte festgesetzt“ wird, ergebe sich aus dem Begriff „Normwert“ nicht, dass es sich um einen in Form eines Rechtssatzes festgelegten Wert handeln müsste. Der an die Stelle der früheren kapazitätsrechtlichen Bezeichnung „Richtwert“ getretene Terminus „Normwert“ begründe keine Normierungsverpflichtung, sondern solle lediglich die Wertungsabhängigkeit und Verbindlichkeit der festgesetzten Werte verdeutlichen. Die Hochschule müsse den zuvor von ihr selbst bestimmten Curricularwert, mit dem der typische (Lehr-)Aufwand für die Ausbildung eines Studierenden im jeweiligen Studiengang zahlenmäßig abgebildet wird, der nachfolgenden Kapazitätsberechnung zu Grunde legen. Diese rechtliche Selbstbindung setze aber weder voraus, noch habe sie logisch zur Folge, dass die Curricularwertfestsetzung in der Form einer eigenständigen Rechtsnorm geschehen müsse. Es genüge vielmehr, dass die Hochschule den für zutreffend erachteten Curricularwert ihrer Kapazitätsberechnung erkennbar zu Grunde lege und die jeweilige Zulassungszahlsatzung darauf stütze.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem in Art. 4 I 4 BayHZG sowie in § 59 S. 2 HZV verwendeten Wort „festsetzen“. Dieses bekräftige nur die Verbindlichkeit der errechneten Curricularwerte, stelle aber diesen Zwischenschritt der Kapazitätsermittlung nicht unter einen förmlichen Satzungs-vorbehalt. Gegen ein solches Formerfordernis spreche vor allem der Umstand, dass der Gesetzgeber diejenigen Fälle, in denen die Hochschule kapazitätsrelevante Festlegungen in Gestalt einer Satzung treffen kann oder muss, ausdrücklich bezeichnet habe.<sup>333</sup> Ein umfassendes Normierungserfordernis ergebe sich auch nicht aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen.<sup>334</sup>

(4) Gerichtliche Kontrolle von Curricularwerten

Eine intensive gerichtliche Kontrolle von CW ist bisher – soweit ersichtlich – nicht erfolgt. So hat der *VGH München* – jedenfalls 2010 – noch akzeptiert, dass die Bayerischen Universitäten ihrer Kapazitätsberechnung für den Bachelorstudiengang Psychologie – trotz seiner verkürzten Studiendauer – denselben Curricularwert zu Grunde gelegt haben, wie er bisher beim Diplomstudiengang Psychologie normativ festgesetzt war (4,0).

Hinzuweisen ist jedoch auf die Festlegungen der KMK zu den Bandbreiten, die erfolgt ist, nachdem die HRK in einer Entscheidung im Rahmen des 204. Plenums Empfehlungen gegeben hatte.<sup>335</sup> Nach der Vorstellung der Kultusministerkon-

325 Beschl. v. 20.12.2011 – *VerfGH 28/11 ua*, BeckRS 2012, 46698.

326 In Bayern in der Anl. 8 zu § 59 HZV.

327 *VGH München*, Beschl. v. 21.9.2011 – 7 CE 11.660, BeckRS 2012,45565.

328 *VGH München*, Beschl. v. 20.10.2009 – 7 CE 09.10565 – (n.v.); ebenso *VG Augsburg*, Beschl. v. 14.11.2011 – Au 11.10007, BeckRS 2012, 50183.

329 OVG *Greifswald*, Beschl. v. 7.9.2010 – 1 M 210/09, BeckRS 2011, 48064.

330 *VGH München*, Beschl. v. 20.10.2009 – 7 CE 09.10565 – (n.v.).

331 Anders in Schleswig-Holstein; dort sieht die KapVO die Normierung der Curricularwerte in Curricularwertsatzungen ausdrücklich vor, vgl. § 14 HZVO v. 21.3.2011.

332 Bayerisches Hochschulzulassungsgesetz – BayHZG – v. 9.5.2007, GVBl. S. 320, zuletzt geändert durch G. v. 7.7.2009, GVBl. S. 256.

333 Ausf. hierzu Rn. 447 ff.

334 *VGH München*, Beschl. v. 20.10.2009 – 7 CE 09.10565 – (n.v.) sowie Beschl. v. 26.8.2011 – 7 CE 11.10712 ua., juris.

335 <http://www.hrk.de/positionen/beschluesse-nach-thema/convention/empfehlung-zur-sicherung-der-qualitaet-von-studium-und-lehre-in-bachelor-und-masterstudiengaengen/>; vgl. hierzu auch *VG Sigmaringen*, Beschl. v. 6.11.2008 – NC 6 K 1500/08, BeckRS 2009, 30388.

336 KMK, Weiterentwicklung des Kapazitätsrechtes – Ausgestaltung der Kapazitätsermittlung und -festsetzung durch die Länder – Bericht des Ausschusses für Hochschule, Forschung und Weiterbildung an der Kul-

ferenz (KMK) bestimmt das Bandbreitenmodell eine Ober- und Untergrenze, innerhalb derer sich die jeweilige Hochschule durch konkrete Kapazitätsfestsetzung bewegen kann. Die KMK hat für die Festlegung der Bandbreiten Folgendes vorgesehen:<sup>336</sup>

- Der untere Wert der Bandbreite (höchste Zulassungszahl) stellt die erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazität in einem Studiengang unter Normalbedingungen dar. Er markiert zugleich die Grenze, die nicht unterschritten werden darf, um mit der vorhandenen sächlichen und personellen Ausstattung eine qualitativ noch akzeptable Ausbildung zu gewährleisten.
- Curricularwerte oberhalb der unteren Bandbreite bedeuten erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazitäten unter Berücksichtigung besonderer im Einzelnen nachzuweisender bildungs- oder forschungspolitischer Ziele.
- Der obere Wert der Bandbreite (niedrigste Zulassungszahl) markiert die Ausbildungs-Kapazität, die von einer Lehrereinheit auch unter Berücksichtigung besonderer bildungs- oder forschungspolitischer Ziele mindestens erreicht werden muss.

Bei der Festlegung der Bandbreiten für die Curricularwerte in den Bachelor- bzw. Masterstudiengängen könnten sich die Länder als Ausgangspunkt an den Curricularnormwerten vergleichbarer Diplom- und Magisterstudiengänge orientieren. Dabei sollten Studien- und Prüfungsordnungen bereits eingerichteter Bachelor- und Masterstudiengänge herangezogen werden.

In NRW hat das zuständige Ministerien den Hochschulen in Anmerkung 1. zur Anlage 1 KapVO NRW 2010 die Möglichkeit eingeräumt, den Curricularwert aus dem ursprünglichen Curricularnormwert für den Diplomstudiengang Psychologie 4,0 gemäß Anlage 2 Nr. 32 KapVO vom 25.8.1994 abzuleiten, indem sie für den Bachelorstudiengang 80 % des Curricularnormwertes des jeweiligen Diplom-Studiengangs und jeweils 40 % für den Masterstudiengang in Ansatz bringen können. Dies haben die Gerichte in NRW<sup>337</sup> bisher nicht beanstandet; allerdings war hiergegen offensichtlich auch noch nicht argumentiert worden.

Allerdings hat das VG Düsseldorf<sup>338</sup> zu Recht gerügt, dass der von der Universität Düsseldorf selbst abgeleitete CW-Wert für den Bachelorstudiengang Psychologie mit 3,4 nicht nur am oberen Ende der durch die Anlage 1 zur KapVO 2010 für den Bachelorstudiengang Psychologie bestimmten CW-Bandbreite (2,2 bis 3,4) liegt, sondern auch, weil insoweit einen höheren Ausbildungsaufwand ausweisend, kapazitätsunfreundlich um 0,2 über dem CW-Wert, der bei einem vormalig für den Diplomstudiengang Psychologie geltenden CW-Wert von 4,0 (vgl. Nr. 32 der Anlage zu § 13 I KapVO 1994) in Anwendung der nach Anmerkung 1 zu der Anlage 1 der KapVO 2010 alternativ möglichen pauschalierenden Berechnungsmethode nur (80 % von 4,0 =) 3,2 beträgt. Es kam in diesem Fall jedoch nicht darauf an.

h) *Bildung von Anteilquoten – Umrechnung frei gebliebener Studienplätze.* Zunehmend werden einer Lehrereinheit mehrere Studiengänge zugeordnet. Dies geschieht einerseits bei der Medizin, der zB die Humanbiologie oder die Molekulare Medizin zugeordnet wird wie auch bei Bachelor- und nachfolgenden Masterstudiengängen häufig – so zB in der Psychologie.

Dabei muss eine Quote gebildet werden, zu welchem Anteil die vorhandene Kapazität auf die beteiligten Studiengänge verteilt werden soll (§ 12 KapVO). Das OVG Lüneburg geht

in einem Beschluss vom 9.8.2012<sup>339</sup> sehr grundsätzlich auf das Verhältnis Bachelor/Master ein: Berufslenkende Einschränkungen lassen sich aber von vornherein nur rechtfertigen, wenn der Beruf, zu welchem der Studienbewerber „abgedrängt“ wird, in der Lebenswirklichkeit reale Chancen eröffnet. Anders als bei einer (unzulässigen) Bedürfnisprüfung bestimmt sich der Studienplatzbedarf aus der Sicht des Bewerbers nach realistischen Perspektiven für seine eigene Person. Sind Aussichten, (nur) mit Bachelorabschluss überhaupt einen Beruf ergreifen zu können, entgegen der Bologna-Erwartung gering bis nicht existent – dies hatte die Universität Osnabrück im Verfahren substantiiert dargelegt, muss sich nach Auffassung des OVG Lüneburg der Bewerber für einen Masterstudiengang die Möglichkeit, es bei einem Bachelorabschluss zu belassen, nicht ohne Weiteres entgegenhalten lassen. Soweit sie eine reale Nachfrage bedient, unterliege die – vom Gericht zu respektierende – „Widmungsbefugnis“ der Hochschulen hiernach – auch unter Berücksichtigung des Bologna-Prozesses – allenfalls insoweit Beschränkungen, als sie die Funktionsfähigkeit des „gestuften“ Systems in Frage stellen könnte. Das ist nicht ohne Weiteres schon dann der Fall, wenn in einem bestimmten Jahrgang die Anteilquote des Masterstudiengangs über derjenigen des Bachelorstudiengangs liegt.

bleiben in einem der zugeordneten Studiengänge (zB der Humanbiologie oder der Molekularen Medizin) Plätze frei, müssen diese in Studienplätze des anderen – zugeordneten – Studiengangs umgerechnet werden. Die hierfür verwendeten Formeln<sup>340</sup> führen alle zum gleichen Ergebnis.

i) *Zulassung und Berechnung der Zahl der Studienplätze im höheren Fachsemester.* aa) *In der Regel kein Zugang in den Modellstudiengang.* Bei Reformstudiengängen scheidet eine Zulassung in das höhere Fachsemester im Regelstudiengang schon daran, dass die jeweilige Universität – konkret die Charité-Universitätsmedizin Berlin – den Regelstudiengang seit der Einführung des Modellstudiengangs zum Wintersemester 2010/11 nicht mehr anbietet.<sup>341</sup> Aber auch der Zugang im höheren Fachsemester in den Modellstudiengang ist dadurch versperrt, dass von der Charité jeweils konkrete Vorleistungen gefordert werden, die kaum ein Bewerber vorzuweisen hat.<sup>342</sup>

bb) *Auffüllungsverpflichtung.* In Niedersachsen ist streitig geworden, ob sich die Zulassungszahl, bis zu der durch die Aufnahme von Bewerbern in höhere Fachsemester „aufgefüllt“ werden muss, nach der ZZVO für das konkrete Semester oder auf die in einer früheren ZZVO konkret bemessenen Zahl bestimmt. Dieser Streit beruht darauf, dass in einer ZZVO für das Folgejahr die ZZVO des Vorjahres nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt wird. Das OVG Lüneburg

tusministerkonferenz, von der KMK am 17.11.2005 zustimmend zur Kenntnis genommen, [www.kmk.org/dokumentation.html](http://www.kmk.org/dokumentation.html).

337 Vgl. zB OVG Münster, Beschl. v. 13.3.2012 – 13 B 55/12, BeckRS 2012, 48662; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 6.3.2012 – 4 Nc 214/11, BeckRS 2012, 49513; VG Münster, Beschl. v. 21.12.2011 – 9 Nc 204/11 mwN, BeckRS 2012, 45061.

338 VG Düsseldorf, Beschl. v. 14.11.2012 – 15 Nc 30/12, BeckRS 2012, 60039.

339 OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.8.2012 – 2 NB 326/11, BeckRS 2012, 55248.

340 VGH Mannheim, Beschl. v. 2.5.2007 – NC 9 S 105/06, BeckRS 2007, 24760, Beschl. v. 12.5.2009 – NC 9 S 240/09, BeckRS 2009, 34201; OVG Hamburg, Beschl. v. 24.8.2012 – 3 Nc 163/11, BeckRS 2012, 56620.

341 VG Berlin, Beschl. v. 28.3.2012 – VG 30 L 1417/11, BeckRS 2012, 50776.

342 VG Berlin, Beschl. v. 30.7.2013 – VG 30 L 155/13, BeckRS 2013, 55835.

hat entschieden, dass die Regelung in § 2 II ZZVO, wonach sich die Zahl der Studienplätze für höhere als das 1. FS – sofern nichts anderes bestimmt ist, aus der Differenz der Zulassungszahl für Studienanfänger und der Zahl der Studierenden nach Ablauf der Rückmeldefrist für das entsprechende höhere Fachsemester bemisst.<sup>343</sup>

Das OVG Lüneburg<sup>344</sup> hält die in fast allen Bundesländern geltende Regelung, nach der sich die Zahl der Studienplätze für jedes höhere als das 1. Fachsemester – sofern nichts anderes bestimmt ist – aus der Differenz zwischen der Zulassungszahl für Studienanfänger und der Zahl der Studierenden nach Ablauf der Rückmeldefrist für das entsprechende höhere Fachsemester ergibt, für mit höherrangigem Recht vereinbar.

j) *Der Schwund*<sup>345</sup>. Bei der Schwundberechnung nach dem so genannten Hamburger Modell kommt es nach Auffassung des OVG Hamburg<sup>346</sup> für die jeweiligen Erstsemesterzahlen auf die Zahl der Studierenden an, die ihr Studium in diesem Semester tatsächlich begonnen haben, nicht darauf, ob deren Zulassung kapazitätsrechtlich nach den Rechtsverhältnissen dieses oder eines anderen Semesters erfolgt ist. Demgegenüber steht die von zahlreichen Gerichten angewandte Kohortenrechtsprechung mit der Zurechnung des Zugangs nach den jeweiligen Rechtsverhältnissen des konkreten Verfahrens, auch wenn die Zulassung erst einige Semester später erfolgt.<sup>347</sup>

Es ist nicht – in Abweichung von dem „Hamburger Modell“ – geboten, bei der Schwundberechnung für den Studiengang Zahnmedizin in den Kohorten ab dem 6. Fachsemester allein noch die Studierenden zu berücksichtigen, die bereits die zahnärztliche Vorprüfung bestanden haben.<sup>348</sup>

k) *Engpässe – 3. Abschnitt der KapVO*. Nach § 19 KapVO begrenzen die klinischen Behandlungseinheiten (BE) in der Zahnerhaltungs- und Zahnersatzkunde über einen konkreten Parameter die Kapazität, wenn die so ermittelte ausstattungsbezogene Kapazität weniger Zulassungen ermöglicht, als die personalbezogene Kapazität hergibt. Daher ist die Zahl der BE von erheblicher Bedeutung. Klinische Behandlungseinheiten für die Zahnerhaltungs- und Zahnersatzkunde sind nach der Rechtsprechung<sup>349</sup> solche, die für die Zahnbehandlung oder -erhaltung objektiv geeignet sind und nach der Organisation diesen Zwecken dienen. Da es sich um eine pauschale Berechnung handelt, sind die Stühle ohne Rücksicht auf ihre konkrete Verwendung und Brauchbarkeit für die Ausbildung zu berücksichtigen. Auch Behandlungseinheiten für Kinder (streitig), hochinfektiöse Patienten und Mitarbeiter der Vorambulanz sind einzubeziehen.

Tritt – wie bei der ausstattungsbezogenen Kapazität – ein ausstattungsbedingter Engpass erst in einem höheren Semester ein, ist der bis zum Eintritt der Kapazitätsgrenze eintretende Schwund zu berücksichtigen, da sonst ungenutzte Kapazitätsreste verblieben.<sup>350</sup>

343

OVG Lüneburg, Beschl. v. 8.8.2012 – 2 NB 318/11, BeckRS 2012, 55014.

344 OVG Lüneburg, zuletzt Beschl. v. 22.8.2013 – 2 NB 394/12, BeckRS 2013, 55005; Beschl. v. 8.8.2012 – 2 NB 318/11, BeckRS 2012, 55014.

345 Vgl. im Einzelnen Zimmerling/Brehm, Bd. 2, Rn. 689 ff., S. 359 ff.

346 OVG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2010 – 3 Nc 40/09, BeckRS 2010, 55926.

347 Zur Kohortenrechtsprechung Zimmerling/Brehm, Bd. 2 Rn. 704 ff.

348 OVG Hamburg, BeckRS 2008, 40480; Dem entspricht die Rechtsprechung anderer Obergerichte aus jüngerer Zeit (vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 13.6.2007 – 3 B 194/07.NC, BeckRS 2007, 24521 sowie Beschl. v. V. 3.8.2012 – 2 B 207/12.NC, BeckRS 2012, 55153; VGH München, Beschl. v. 29.8.2006 – 7 CE 06.10430; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.1.2007 – 5 NC 128.06; VGH Mannheim, Beschl. v. 31.3.2006 – NC 9 S 3/06; alle in juris).

349 OVG Bautzen, Beschl. v. 16.7.2010 – NC 2 B 42/09, BeckRS 2010, 52963; Beschl. v. 2.9.2010 – NC 2 B 58/09, BeckRS 2010, 54072.

350 OVG Bautzen, BeckRS 2010, 52963; 2010, 52965; BayVGH, Beschl. v. v. v. 10.8.2006 – 7 CE 06.10016 ua, juris; VGH BW, Beschl. v. 24.9.2008 – NC 9 S 2079/08, BeckRS 2008, 39692, juris.