

Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts in den Jahren 1996 bis 2000

Stand: 26.03.2001

Rechtsanwälte Dr. Robert Brehm, Frankfurt a.M. und
Dr. Wolfgang Zimmerling, Saarbrücken

I. Die Lage

Der vierte Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen ist am 24.06.1999 von den Ministerpräsidenten der Länder unterschrieben und zwischenzeitlich ratifiziert worden¹.

Die Rechtsprechung zu Stellenstreichungen und Stellensperrungen aus Haushaltsgründen, zur Ausgliederung von Instituten sowie die Aufhebung ganzer Studiengänge und die damit zusammenhängenden Probleme, die die Rechtsprechung der letzten Jahre geprägt haben, ist derzeit „eingefroren“, da es zu diesem Komplex zu keinen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gekommen ist. Zu einer Revisionsentscheidung gegen das Urteil des VGH Mannheim zur Frage der Ausgliederung von Fächern, der Bildung von Lehreinheiten ohne zugeordneten Studiengang und der Aufteilung des CNW in der Humanmedizin² ist es nach der Erledigung der Hauptsache nicht mehr gekommen. Das BVerwG³ hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegen die Nichtzulassung der Revision der Universität Heidelberg auferlegt, weil von den beiden selbständigen Begründungen, auf die das Berufungsurteil gestützt worden war, nur eine mit der Revision angegriffen wurde. Die bei den Verwaltungsgerichten anhängigen Klageverfahren erledigen sich meist durch endgültige Zulassungen, sei es durch Vergleich oder Zulassung im zentralen Vergabeverfahren; daher ist derzeit – soweit ersichtlich – kein einziges Berufungsverfahren anhängig.

Durch nicht begründete Kammerentscheidung vom 16.10.2000⁴ hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen des OVG Berlin im Studiengang Tiermedizin, die zur Exmatrikulation der vom VG vorläufig zugelassenen Bewerber führten⁵ zurückgewiesen. Diese Studenten haben allerdings dann in den Verfahren des WS 2000/2001 im dritten Fachsemester gegen die Tierärztliche Hochschule Hannover und die Universität Leipzig endgültige Studienplätze erhalten.

Die Entscheidung des OVG Berlin besprechen wir im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum Krankenversorgungsabzug im Studiengang Tiermedizin.

Im Studiengang Zahnmedizin ist die Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 22.10.1991⁶ durch eine Änderung der Regelung über den Krankenversorgungsabzug in der

¹ Vgl. Bekanntmachung des Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen vom 28.12.1999 aufgrund Beschl. des Bayerischen Landtags vom 10.12.1999, BayGVBl 2000, 11.

² VGH Mannheim, Urt. v. 15.02.2000 - NC 9 S 39/99, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 27.

³ BVerwG, Beschl. v. 15.12.2000 – 6 B 25.00 -.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.10.2000 – 1 BvR 1829/00 -.

⁵ OVG Berlin, Beschl. v. 06.09.2000 – OVG 5 NC 8.00 u.a.-.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.10.1991 – 1 BvR 393 und 610/85, BVerfGE 85, 3600 = NVwZ 1992, 361 m. Anm. Brehm/Zimmerling, NVwZ 1992, 340; vgl. hierzu auch Brehm/Zimmerling/Becker NVwZ 1996, 1173 ff. [1177] bei FN 69.

Kapazitätsverordnung (KapVO) an der Rechtsprechung gescheitert⁷, da die entscheidende strukturelle Schwäche der früheren Regelung, die Überschneidung von Weiterbildung und Krankenversorgung (sog. Doppelabzug), bei der Erarbeitung eines neuen Parameters ausdrücklich ausgeblendet werden sollte. Demgegenüber haben die Gerichte bei der – weitgehend parallelen - Rechtsfrage nach der Höhe des Krankenversorgungsabzugs oder Erhöhung der Lehrverpflichtung der wissenschaftlichen Mitarbeiter im Studiengang Tiermedizin die Auffassung vertreten, daß eine Korrektur des prozentualen Abzuges nicht gerechtfertigt ist.⁸. Das OVG Münster hat allerdings einen ausführlichen Fragenkatalog an das dortige Wissenschaftsministerium gerichtet, um den Hintergrund der Festsetzung der Lehrverpflichtung der wissenschaftlichen Assistenten und wissenschaftlichen Mitarbeiter auf 4 SWS zu erfahren, insbesondere Kenntnis darüber zu erhalten, ob und inwieweit die Tätigkeit in der Krankenversorgung bei der Bemessung der Lehrverpflichtung eine Rolle gespielt hat. Eine Antwort liegt zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht vor.

Die Einführung des hochschulinternen Auswahlverfahrens durch den 4. Staatsvertrag ab Wintersemester 2000/2001 hat zunächst zu einer Senkung der Bewerbungen in den medizinischen Studiengängen geführt. Demgegenüber hat sich in der Architektur die Bewerberzahl innerhalb weniger Jahre halbiert. Ungebremst ist die Nachfrage im Studiengang Psychologie; in den Fachhochschulstudiengängen hat sich die Bewerberzahl stabilisiert, dies gilt allerdings nicht für die Informatik und die Medienstudiengänge, für die ein erheblicher Anstieg festzustellen ist.

Im Studiengang Rechtswissenschaften wird nach wie vor im Rahmen der geplanten Reform der Juristenausbildung über eine Anhebung des CNW von 1,7 auf 3,0⁹ bzw. 4,1¹⁰ diskutiert. Damit würde sich selbst bei Ansatz des niedrigeren Werts die Zahl der Studienanfänger bei gleichbleibender Personalausstattung nahezu halbieren. Parallel zu dieser Planung haben sich im SS 2000 und im WS 2000/2001 weniger Bewerber gemeldet als Plätze vorhanden waren.

Die Kapazitätsklageverfahren waren trotz erheblich gesteigener Klägerzahl in den medizinischen Studiengängen in den Wintersemestern sehr erfolgreich. Im WS 1999/2000 wurden in den Studiengängen Humanmedizin, Zahnmedizin, Psychologie und Architektur Studienbewerber, sofern sie sich nicht auf einzelne Hochschulen bei der Einklagung beschränkt hatten, nach im Durchschnitt einem Semester Verfahrensdauer zugelassen. Ein entsprechendes Ergebnis zeichnet sich auch für das WS 2000/2001 ab, in dem noch nicht hinsichtlich aller Universitäten entschieden ist. Diese positive Aussage gilt allerdings nicht für den Studiengang Tiermedizin.

Durch die Einrichtung einer web-site mit dem Titel www.studienplatz-recht.de hat der frühere Vorsitzende Richter am VG Gießen und jetzige Rechtsanwalt Hartmut Riehn die Möglichkeit geschaffen, über das Internet u.a. auf die Normen des Hochschulzulassungsrechts und zahlreiche aktuelle Gerichtsentscheidungen zuzugreifen und diese herunterzuladen. Auch wir geben Ihnen die Möglichkeit, auf Berichte die Entwicklungen des Hochschulzulassungsrechts und des Prüfungsrechts über unsere homepages www.ra-brehm.de und www.zimmerling.de zuzugreifen.

⁷ Beschluß des Verwaltungsausschusses (VA) der ZVS, umgesetzt z.B. in Niedersachsen durch die 3. Änderungs-VO zur KapVO vom 11.07.1996, Nds. GVBl, 341, erstmals geltend ab WS 1996/97.

⁸ Vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 06.09.2000 – OVG 5 NC 10.00 u.a. - gegen Beschl. des VG Berlin – VG 3 A 756.99 u.a. – vom 17.01.2000; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.07.2000 – 10 N 1392.00 u.a.; VGH München, Beschl. v. 10.10.2000 – 7 ZE 00.10046 -.

⁹ Goll, ZRP 2000, 38, 43.

¹⁰ Lechner, BayVBl. 1999, 523, 527; vgl. hierzu im einzelnen auch Würtenberger/Fehling, in: JZ 2000, 173.

II. Die Entwicklung der Bewerber- und Zulassungszahlen

Angesichts der Tatsache, daß das Vergabeverfahren für das Wintersemester 2000/2001 geändert und erneut hochschulinterne Auswahlverfahren eingeführt wurden, haben die Aussagen zu Bewerberzahlen und Auswahlgrenzen nur einen begrenzten Wert für die Zukunft. Die erwartete Erhöhung der Wartezeit, beruhend darauf, daß ab dem Wintersemester 2000/2001 statt 40 % nur noch 25 % der Studienplätze nach Wartezeit vergeben werden, ist zunächst ausgeblieben, allerdings rechnet die ZVS – gleichbleibende Bewerberzahlen vorausgesetzt – mit langfristig steigenden Grenzwerten bei der Wartezeitzulassung.

Nun aber zu den Verfahrensergebnissen des konkreten Semesters:

Wir vergleichen in den nachstehenden Tabellen immer nur die Wintersemesterzahlen, da sowohl von der Zahl der zu verteilenden Studienplätze als auch von der Bewerberzahl immer nur Sommersemester mit Sommersemester und Wintersemester mit Wintersemester sinnvoll verglichen werden kann.

Tabelle 1: Humanmedizin

Entwicklung der Zahl der Bewerbungen und Studienplätze im Studiengang Humanmedizin vom SS 1992 bis einschl. SS 2001

	Bewerberzahl:	Zulassungszahl:	Verhältnis : Plätze/Bewerber
SS 1992	14.259	3.104	1 : 4,59
SS 1993	13.609	3.067	1 : 4,44
SS 1994	11.300	2.972	1 : 3,80
SS 1995	9.911	2.913	1 : 3,40
SS 1996	9.364	2.933	1 : 3,19
SS 1997	9.913	2.923	1 : 3,39
SS 1998	12.039	3.154	1 : 3,85
SS 1999	11.692	3.148	1 : 3,71
SS 2000	10.906	2.960	1 : 3,68
SS 2001	9.591	wird nachgereicht	

In der Zahnmedizin haben sich die Verhältnisse wie aus der nachstehenden Tabelle ersichtlich entwickelt.

Tabelle 2: Zahnmedizin

Entwicklung der Zahl der Bewerbungen und Studienplätze im Studiengang Zahnmedizin vom SS 1992 bis einschl. SS 2001

	Bewerberzahl:	Zulassungszahl:	Verhältnis: Plätze/Bewerber
SS 1992	2.607	792	1 : 3,29
SS 1993	2.441	795	1 : 3,07
SS 1994	1.760	771	1 : 2,28
SS 1995	1.472	734	1 : 1,91
SS 1996	1.623	721	1 : 2,25
SS 1997	1.665	694	1 : 2,40
SS 1998	1.980	694	1 : 2,89
SS 1999	2.264	698	1 : 3,24
SS 2000	1.940	717	1 : 2,71
SS 2001	1.744	wird nachgereicht	

In der Pharmazie ist die Wartezeit seit dem SS 1999 auf drei Semester angestiegen, wobei mit dieser Wartezeit nur Bewerber mit 3,1 ohne Dienst zugelassen werden konnten, Bewerber mit 3,2 und schlechter also auf das Nachrückverfahren warten müssen. Bewerber mit nur zwei Wartezeitsemestern haben wohl in diesem Vergabeverfahren keine Chance.

Eine Sonderentwicklung besteht nach wie vor im Studiengang Psychologie, für den die Studienneigung über viele Jahre erheblich zugenommen und erstmals seit SS 1998 leicht abgenommen hat. Während sich im WS 1984/85 "nur" 6.432 Bewerber um einen Psychologieplatz beworben haben, waren dies im WS 1997/98 13.027. Im Sommersemester, das wir in der nachstehenden Aufstellung gegenüberstellen, ist die Zahl der Bewerber vom SS 1992 von 3.207 zunächst auf 4.350 im SS 1997 angestiegen und ist jetzt auf 3.634 Bewerber gefallen. Hier bieten nur noch vier Universitäten im Sommersemester Studienplätze an. Dies macht sich in den Anforderungen nach Wartezeit und Leistung, zu denen wir im nächsten Teil kommen, erheblich bemerkbar.

Tabelle 3: Psychologie

Entwicklung der Zahl der Bewerbungen und Studienplätze im Studiengang Psychologie vom WS 1991/92 bis einschl. SS 2001

	Bewerberzahl:	Zulassungszahl:	Verhältnis : Plätze/Bewerber
WS 91/92	8.955	2.920	1 : 3,07
SS 1992	3.205	378	1 : 8,48
WS 92/93	10.264	2.986	1 : 3,43
SS 1993	3.807	378	1 : 10,07
WS 93/94	11.800	3.488	1 : 3,38
SS 1994	3.885	338	1 : 11,49
SS 1995	3.812	378	1 : 10,08
SS 1996	4.297	405	1 : 10,60
SS 1997	4.350	290	1 : 15,00
SS 1998	4.010	277	1 : 14,50
SS 1999	3.643	314	1 : 11,60
SS 2000	3.802	270	1 : 14,10
SS 200	3.634	wird nachgereicht	

Die extrem hohen Wartezeiten in Psychologie im Sommersemester erklären sich zum einen daraus, daß viele Bewerber erst im fortgeschrittenen Alter sich für den Studiengang Psycho-

logie interessieren, dementsprechend die Zahl der Erstbewerber unter den Bewerbungszahlen relativ gering ist und deshalb bereits relativ hohe Wartezeiten durch Berufsausbildung und Berufstätigkeit angesammelt wurden, die sich im Vergleich zu anderen Bewerbern wartezeitsteigernd bemerkbar machen. Zum anderen beruht die Wartezeit auf der niedrigen Zahl der Studienplätze, da nur 4 Unis diesen Studiengang im Sommersemester anbieten.

Vgl. hierzu auch Brehm/Zimmerling „Der Abbau von Hochschulkapazitäten in WissR 2000, 22 ff.

Die Zulassungsgrenzen nach Wartezeit

Die von der ZVS mitgeteilten Wartezeitgrenzen von 5 Semestern in der Humanmedizin (SS 2000: 4 Semester) und 5 Semester in Zahnmedizin (SS 2000: 3 Semester) sind deshalb irreführend, weil dadurch der Anschein erweckt wird, daß jeder Bewerber, der eine entsprechende Wartezeit aufweisen konnte, auch einen Studienplatz erhielt.

Maßgeblich für die Zulassung bei Erreichung der entsprechenden Wartezeit ist stets noch, ob die nachrangigen Kriterien "Dienst" und "Los" erfüllt sind. Die Zulassung bei gleicher Wartezeit erfolgt vorrangig nach der Durchschnittsnote und – sollten diese beiden Kriterien gleich sein - danach, ob ein Bewerber Dienst geleistet hat und schließlich nach der Losziffer, die im unteren Teil der rechten Seite des ZVS-Bescheides als erste 8stellige Ziffer ausgedruckt ist. Hierzu hat unsere Nachfrage bei der ZVS folgendes ergeben:

Im Studiengang Humanmedizin konnten alle Bewerber mit fünf Wartezeitsemestern und einer Durchschnittsnote von 2,8 mit Dienst bis zur Losnummer 1568... zugelassen werden, während alle Bewerber ohne Dienst mit gleicher Note und Wartezeit im Hauptverfahren keine Chance hatten und auf das Nachrückverfahren warten müssen. Wie sich dort die Grenzen verändern, ist gegenwärtig allerdings noch nicht abzusehen. Wahrscheinlich werden noch viele Bewerber mit 4 Semestern Wartezeit zugelassen werden.

In der Zahnmedizin wurden im Hauptverfahren alle Bewerber mit 5 Semestern bis zu einer Notenstufe von 3,4 zugelassen und zwar auch ohne Dienst bis zur Losziffer 6115..... Bewerber ohne Dienst und mit einer schlechteren Durchschnittsnote wurden auf das Nachrückverfahren verwiesen; auch hier rechnen wir noch mit zahlreichen Zulassungen.

In der Psychologie war bei 14 (SS 2000: 13) Semestern Wartezeit und 2,3 der Dienst nicht entscheidend, allerdings konnten nur Bewerber mit diesen Kriterien bis zur Losziffer 0697.... zugelassen werden.

Vergabe nach Leistung

60 % der Studienplätze an den Hochschulen ohne eigenes Auswahlverfahren bzw. 75 % bei Universitäten ohne eigenes hochschulinternes Auswahlverfahren wurden in diesem SS nach Leistung vergeben. Hierbei wird jeder Bewerber einer Landesquote zugeteilt und zwar dem Land, in dem er die Hochschulzugangsberechtigung erworben hat. Je nach Anzahl der Bewerber aus dem konkreten Bundesland sind somit die Auswahlkriterien unterschiedlich. Wir führen diese für alle Bundesländer nachstehend auf, wobei die Zahl in Klammern hinter der Durchschnittsnote bedeutet, daß der Bewerber mit dieser Durchschnittsnote auch gegebenenfalls noch Wartezeit aufweisen mußte. So bedeutet z.B. die Angabe „2,3 (3)“ in Brandenburg, daß alle Bewerber mit 2,2 zugelassen werden konnten, während Bewerber mit 2,3 dann nicht zugelassen werden konnten, wenn sie weniger als drei Semester Wartezeit aufzuweisen hatten.

Nun aber die Leistungskriterien der einzelnen Bundesländer:

Humanmedizin (im Vergleich die Kriterien des SS 2000 in der letzten Spalte)

Baden-Württemberg	2,1 (3)	2,0 (3)
Bayern	2,0 (1)	2,1 (3)
Berlin	2,6 (2)	2,5 (3)
Brandenburg	2,3 (3)	2,1 (3)
Bremen	2,3 (7)	2,2 (3)
Hamburg	2,4 (1)	2,2 (0)
Hessen	2,2 (3)	2,0 (3)
Mecklenburg-Vorpommern	2,5 (1)	2,4 (3)
Niedersachsen	2,4 (1)	2,3 (1)
Nordrhein-Westfalen	2,2 (0)	2,1 (1)
Rheinland-Pfalz	2,2 (1)	2,3 (2)
Saarland	2,3 (5)	2,2 (0)
Sachsen	2,5 (1)	2,2 (1)
Sachsen-Anhalt	2,5 (1)	2,1 (1)
Schleswig-Holstein	2,5 (2)	2,3 (1)
Thüringen	2,3 (1)	2,0 (3)

Zahnmedizin (im Vergleich die Kriterien des SS 2000 in der letzten Spalte)

Hier sind folgende Leistungskriterien für eine unmittelbare Zulassung notwendig:

Baden-Württemberg	2,4 (1)	2,3 (3)
Bayern	2,5 (1)	2,3 (1)
Berlin	3,1 (5)	2,9 (1)
Brandenburg	2,4 (0)	2,0 (1)
Bremen	3,1 (2)	2,5 (3)
Hamburg	2,8 (1)	2,6 (1)
Hessen	2,5 (1)	2,3 (1)
Mecklenburg-Vorpommern	alle zugelassen	2,6 (1)
Niedersachsen	2,7 (0)	2,7 (6)
Nordrhein-Westfalen	2,7 (3)	2,6 (4)
Rheinland-Pfalz	2,5 (0)	2,5 (1)
Saarland	2,6 (1)	2,4 (0)
Sachsen	2,8 (1)	2,5 (1)
Sachsen-Anhalt	2,6 (0)	2,6 (3)
Schleswig-Holstein	3,0 (3)	2,6 (1)
Thüringen	2,3 (1)	2,2 (3)

Dies bedeutet, daß ein Bewerber aus Sachsen für eine Zulassung bei einer Durchschnittsnote von 2,8 ein Wartesemester aufweisen mußte, während Bewerber mit 2,7 sämtlich zugelassen werden konnten und Bewerber mit 2,9 keine Zulassungschance hatten.

Zulassungsgrenzen in den nicht-medizinischen Studiengängen:

Biologie

Hier sind Bewerber aus den Bundesländern Bremen, Sachsen und Thüringen alle zugelassen worden, in den anderen Bundesländern waren Leistungen zwischen 2,5 (Brandenburg) und 3,3 (Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen) ausreichend. Bewerber mit 2,8 und schlechter und einem Semester Wartezeit konnten über die Wartezeitquote zugelassen werden.

Pharmazie

Hier liegt - wie bereits berichtet - die Wartezeit bei drei Semestern. Für eine Zulassung unmittelbar über die Leistungsquote sind Durchschnittsnoten zwischen 2,5 (Bayern) und 3,2 (Berlin) je nach Bundesland erforderlich.

Psychologie: (im Vergleich die Kriterien des SS 2000 in der letzten Spalte

In der Psychologie ist die Wartezeit von 13 auf 14 Semester angestiegen. Folgende Abiturnoten bzw. nachrangige Auswahlkriterien sind in den einzelnen Bundesländern erforderlich:

Baden-Württemberg	1,7 (3)	1,7 (7)
Bayern	1,7 (5)	1,7 (0)
Berlin	1,8 (0)	2,0 (0)
Brandenburg	1,7 (14)	1,7 (16)
Bremen	1,4 (1)	1,8 (2)
Hamburg	1,6 (0)	1,6 (1)
Hessen	1,5 (2)	1,6 (0)
Mecklenburg-Vorpommern	1,8 (1)	1,8 (8)
Niedersachsen	2,1 (4)	1,9 (0)
Nordrhein-Westfalen	1,8 (0)	1,9 (1)
Rheinland-Pfalz	2,1 (3)	1,9 (1)
Saarland	1,8 (0)	1,9 (1)
Sachsen	1,8 (0)	1,8 (5)
Sachsen-Anhalt	1,6 (2)	1,6 (1)
Schleswig-Holstein	1,8 (0)	1,8 (2)
Thüringen	1,8 (0)	1,6 (0)

Zusammenfassung:

Danach ist zusammenfassend festzustellen: Das Interesse am Studium der Humanmedizin und der Zahnmedizin wie auch der Pharmazie ist nach wie vor hoch, allerdings rückläufig. Ungebrochen hoch ist auch das Interesse für den Studiengang Psychologie. Das Interesse an Jura nimmt erheblich ab; demgegenüber ist die Zahl der Bewerber für BWL wieder enorm angestiegen. Viele frühere NC-Studiengänge existieren nicht mehr, da das Angebot die Nachfrage mehr als abdeckt.

Die Entwicklung in Berlin:

Über die Entwicklung in Berlin haben wir in der Vergangenheit ausführlich berichtet. Mit Ausnahme des Studienganges Tiermedizin gibt es hier keine weiterführenden Entwicklungen der Rechtsprechung.

III. Die Weiterentwicklung des Hochschulrahmengesetzes (HRG) und des Zentralen Vergabe-Verfahrens der ZVS sowie Ausblick auf die Entwicklung des Kapazitäts-

rechts:

1. HRG

Die 4. Novelle des HRG¹¹ sieht in den §§ 32 und 33 die Mitwirkung der Hochschulen bei der Auswahl von Studienbewerbern in Studiengängen, die dem allgemeinen Auswahlverfahren der ZVS zugeordnet sind, vor (sogenannte Hochschulquote). Allerdings werden mehr als 75 % der Studienplätze zunächst durch die ZVS nach Qualifikation und Wartezeit vergeben, bevor die Auswahlverfahren der Hochschulen für die restlichen 25 % der Plätze zum Zuge kommen. Damit ist nach Ansicht der HRK den Hochschulen die Mitwirkung bei der Auswahl der nach den Abiturergebnissen leistungsstärksten Bewerberinnen und Bewerbern versagt. Dies hat zu einer weitgehenden Verweigerung der Durchführung von Auswahlgesprächen geführt. So werden in der Humanmedizin lediglich an 13¹² und in der Zahnmedizin lediglich an 11¹³ Universitäten Auswahlgespräche¹⁴ durchgeführt. Nach § 32 Abs. 3 Ziff. 2 b HRG können die Hochschulen die Studienplätze

- a) nach dem Grad der Qualifikation und
- b) aufgrund eines Auswahlgesprächs sowie
- c) nach der Art einer Berufsausbildung oder
- d) aufgrund einer Kombination dieser Kriterien vergeben.

2. Staatsvertrag

Der am 24.06.1999 von den Ministerpräsidenten der Länder abgeschlossene Vierte Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen hat den Staatsvertrag vom 12.03.1992¹⁵ abgelöst. Er wurde rechtzeitig vor Beginn des WS 2000/2001 in allen Bundesländern ratifiziert. Folgende wesentlichen Änderungen sind für das Kapazitätsrecht von Bedeutung:

¹¹ Viertes Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 20.08.1999, BGBl, S. 2190, Neubekanntmachung BGBl 1999, S.19.

¹² FU Berlin, HU Berlin, TU Dresden, Erlangen, Essen, Gießen, Mainz, LMU München, Münster, Rostock, Saarbrücken, Tübingen und Ulm.

¹³ FU Berlin, HU Berlin, TU Dresden, Erlangen, Gießen, Mainz, LMU München, Münster, Saarbrücken, Tübingen und Ulm.

¹⁴ Zum Auswahlgespräch vgl. „Handreichungen zur Durchführung von Auswahlgesprächen an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen (nach § 32 Abs. 3 Ziff. 2 lit.b HRG) – von der HRK zur Weiterleitung an die Hochschulen empfohlen – www.hrk.de/vbsmodule/texte/...hiv/entschliessungen/plen188_3.htm; Breinersdorfer/Brehm/Zimmerling/Atzinger, Auswahlgespräche für Studenten, 4. Aufl. 1993, Arbeitsgruppe Studienberatung c/o FU Berlin, Erfolg im Auswahlgespräch, 2000.

¹⁵ Vgl. hierzu Bahro/Berlin, Das Hochschulzlassungsrecht, 3. Aufl. Vorbemerkungen vor Art. 1 StV.

Der neue Art. 7 Abs. 4 sieht – im Vorgriff auf eine neue Kapazitätsverordnung – folgendes vor:

„Die Ermittlung der jährlichen Aufnahmekapazität kann auch in der Weise erfolgen, daß einem ausgewiesenen Budget für die Lehre und den Grundbedarf der Forschung ein Kostennormwert, der die Kosten für die ordnungsgemäße Ausbildung einer oder eines Studierenden in dem jeweiligen Studiengang festlegt, gegenübergestellt wird“.

Begründung hierfür ist, daß die zunehmende Einführung von Globalhaushalten und Wirtschaftsplänen im Kapazitätsrecht die Umstellung von der Eingabegröße „Stelle“ zu der globaleren Maßeinheit „Geld“ erforderlich mache. Daher werde durch die Ergänzung des Art. 7 die Voraussetzung für die erforderliche Form des Kapazitätsrechts geschaffen. In Art. 7 Abs. 2 Satz 1 wird ein Hinweis auf die Bedeutung des haushaltsrechtlichen Vorgaben für die Kapazitätsberechnung aufgenommen. Soweit dies für die Plausibilität der Festsetzung von Zulassungszahlen nach Kostennormwerten erforderlich ist, werden – mit dem nach Abs. 4 zu entwickelnden neuen Modell kompatible – Komponenten des Abs. 3 in das neue Modell übernommen¹⁶

Wann mit der Einführung eines derartigen Kapazitätsberechnungsmodells zu rechnen ist, ist offen, zumal das zunächst für Ende 2000 erwartete Rechtsgutachten des Rechtsanwalt Prof. Dr. Zuck im Auftrag der ZVS zu einzelnen verfassungsrechtlichen Fragestellungen wohl noch aussteht.

3. Die Entwicklung der Vergabeverordnung

Die ZVS hat bekannt gegeben, daß in den ZVS-Studiengängen ab dem WS 2001 anstelle von bisher 5 % der Studienplätze künftig 8 % für ausländische Studenten reserviert sind und somit mehr ausländische Studenten in Deutschland ein Studium aufnehmen können. Diese Ausweitung diene der Stärkung internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Studienortes Deutschland. Außerdem bekommen die ausländischen Bewerber mehr Zeit, sich einzuschreiben und zwar bis Mitte Oktober eines jeden Jahres. Im WS 1999/2000 lag der Anteil der im ZVS-Verfahren zugelassenen und eingeschriebenen Bildungsinländer und EU/EWR-Ausländer an der Gesamtzahl der Studienplätze und der Anteil der von den Hochschulen zugelassenen und eingeschriebenen „reinen“ (also nicht Bildungsinländer bzw. EU/EWR-Ausländer) bei 4,2 %.

4. Entwicklungsperspektiven der Kapazitätsverordnung

Aufgrund der Ermächtigungsgrundlage in Art. 7 Abs. 4 StV arbeiten zahlreiche bei der ZVS installierte Ausschüsse, Unterausschüsse und Arbeitsgruppen an neuen Maßstäben für die Kapazitätsermittlung, insbesondere im Bereich der Medizin mit dem Ziel, tatsächlich und rechtlich „feste“ Maßstäbe für die Kapazitätsberechnung nach Kostennormwerten zu finden. Aufgrund der Schwierigkeit dieser Aufgabe ist wohl nicht vor dem WS 2001/2002 mit einer entsprechenden Änderung der KapVO zu rechnen. So sollen derzeit Gutachten zum einen HIS GmbH zur „Validierung der vorgeschlagenen Kostennormwerte (KNW) für Human – und Zahnmedizin im Bereich der Kosten für zentrale Einrichtungen der Kliniken bzw. medizinischen Fakultäten“ und das bereits erwähnte Gutachten Zuck u.a. zu den mit der Umstellung auf Normwerte verbundenen prozessualen Risiken eingeholt werden¹⁷.

¹⁶ Offizielle Begründung zum Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen vom 24.06.1999 S. 3 / 4 zu beziehen über die ZVS.

¹⁷ Vgl. hierzu die Niederschrift der 92. Sitzung des Unterausschusses „KapVO“ der ZVS vom 27.01.2000.

5. ZVS-Vergabeverordnung

Die ZVS hat bekannt gegeben, daß in den ZVS-Studiengängen ab dem WS 2001 anstelle von bisher 5 % der Studienplätze künftig 8 % für ausländische Studenten reserviert sind und somit mehr ausländische Studenten in Deutschland ein Studium aufnehmen können. Diese Ausweitung diene der Stärkung internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Studienortes Deutschland. Außerdem bekommen die ausländischen Bewerber mehr Zeit, sich einzuschreiben und zwar bis Mitte Oktober eines jeden Jahres. Im WS 1999/2000 lag der Anteil der im ZVS-Verfahren zugelassenen und eingeschriebenen Bildungsinländer und EU/EWR-Ausländer an der Gesamtzahl der Studienplätze und der Anteil der von den Hochschulen zugelassenen und eingeschriebenen „reinen“ (also nicht Bildungsinländer bzw. EU/EWR-Ausländer) bei 4,2 %.

Aktuelle neuere Rechtsprechung zur Vergabeverordnung (ZVS) durch das VG Gelsenkirchen und das OVG Münster gibt es nicht. Hinzuweisen ist jedoch auf eine kleine Sammlung von Urteilen und Beschlüssen der genannten Gerichte, die die ZVS jährlich herausgibt und dort angefordert werden kann.

IV. Kapazitätsrecht

1. Anforderungen an Stellenverlagerungen und Stellenreduzierungen / Kapazitätsabbau¹⁸ /Ausgliederung von Betriebseinheiten / Veränderung der Sachausstattung

Zu den Kammerbeschlüssen des **BVerfG vom 10.03.1999 und 22.07.1999**¹⁹ haben wir ja in der Vergangenheit bereits kritisch Stellung bezogen und auf die gegenüber diesen Beschlüssen kritische und zutreffende Rechtsprechung des OVG Hamburg verwiesen.²⁰ Weitere Entscheidungen zu diesem Problemkomplex sind nicht ergangen.

a) Anforderungen an Stellenverlagerungen, die nicht dem planmäßigen Abbau von Kapazitäten dienen

Hinsichtlich der Anforderungen an (einfache) Stellenverlagerungen und Stellenkürzungen mit kapazitätsreduzierender Wirkung hält die Rechtsprechung an den bisher entwickelten Kriterien fest²¹. Die Wissenschaftsverwaltung muß für kapazitätsreduzierende Stellenverlagerungen und -reduzierungen sachliche Gründe darlegen und eine sorgfältige Planung mit einer auf die einzelne Stelle bezogenen Abwägung der Aufgaben der Hochschule in Forschung, Lehre und Studium einerseits sowie der Rechte der Studienbewerber andererseits nachweisen. Ist die Stellenverlagerung bzw. -reduzierung nicht von vornherein mit einer Begründung versehen, die die maßgeblichen Gesichtspunkte deutlich macht, so können diese Begründungslü-

¹⁸ Zusammenfassend hierzu Brehm/Zimmerling, Der Abbau von Hochschulkapazitäten, WissR 2000, 22.

¹⁹ BVerfG -1 BvL 27/97 v. 10.03.1999, NVwZ-RR 1999, 481 und 1 BvR 709/97 v. 22.07.1999; NVwZ-RR 2000, 22 = DVBl. 1999, 1577.

²⁰ Brehm/Zimmerling, WissR 2000, 22.

²¹ Vgl. z.B. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.09.1996 - OVG Bs III 84/96 - (Psychologie SS 1996); OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.07.1996 - 10 N 352/96 - (Architektur Hannover WS 1995/96) sowie Beschl. v. 30.07.1996 - 10 N 771/95 - (Architektur Braunschweig WS 1995/96); OVG Berlin - OVG 7 NC 17.96 - (Tiermedizin WS 1995/96); VG Hannover, Beschl. v. 09.12.1996 - 6 C 5576/96 u.a. - (Tiermedizin WS 1996/97).

cken oder -fehler den Schluß nahelegen, daß das Gebot der erschöpfenden Kapazitätsauslastung verletzt wurde²².

Soweit wir darauf hingewiesen und kritisiert haben, daß sich in diesem Zusammenhang einige Gerichte auf eine bloße Willkürkontrolle beschränken²³ und die Grenzen des Stellendispositionsermessens der Verwaltung (lediglich) so gezogen sehen, daß die Verwaltung von einer planerischen Abwägung „nicht absehen darf“, daß willkürfrei auf der Grundlage eines vollständigen Sachverhalts abzuwägen ist, und daß die Belange der Studienbewerber nicht in einer Weise gewichtet werden dürfen, die den erforderlichen Interessenausgleich zum Nachteil der Studienbewerber verfehlt²⁴, hat sich an dieser Rechtsprechung nichts geändert. Auf die besondere Bedeutung des ZVS-Beispielstudienplans hat in diesem Zusammenhang allerdings nochmals der VGH Mannheim²⁵ zu Recht hingewiesen.

b) Gezielter Abbau von Ausbildungskapazitäten

Zu diesem Thema haben wir in der Zeitschrift Wissenschaftsrecht einen Beitrag mit dem Titel „Abbau von Hochschulkapazitäten unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG“ veröffentlicht²⁶. Auf diesen Aufsatz, den Sie auch direkt über www.zimmerling.de/Veroeffentlichungen/aktuell ansteuern können, verweisen wir an dieser Stelle.

c) Ausgliederung von Instituten bzw. Betriebseinheiten

Das VG Karlsruhe²⁷ und der VGH Mannheim²⁸ haben die Ausgliederung des biochemischen Instituts aus der Vorklinik und die Bildung einer sogenannten „kleinen Lehreinheit“ an der Universität Heidelberg kapazitätsrechtlich nicht anerkannt. Die Bildung der Lehreinheiten gehört zu den in der KapVO nicht abschließend geregelten und von den kapazitätsbestimmenden Stellen je nach den örtlichen Gegebenheiten in eigener Entscheidungszuständigkeit zu beantwortenden Fragen. Im Studiengang Medizin sei das Ministerium und nicht die Hochschule selbst die zuständige kapazitätsbestimmende Stelle sowohl für die Aufteilung des CNW nach § 13 Abs. 4 KapVO als auch für die Abgrenzung der medizinischen Lehreinheiten nach § 7 Abs. 2 und 3 KapVO. Allenfalls diese seien daher in ihrer Entscheidung frei, soweit sie nicht durch die Vorgaben der KapVO, insbesondere § 7, 8 Abs. 1 i.V.m. Anl. 3 zur KapVO und durch höherrangiges Recht, insbesondere das Kapazitätserschöpfungsgebot gebunden sind²⁹. Trifft eine Hochschule eine organisatorische Maßnahme, so unterliegt sie dem Gebot einer gerechten Abwägung der hieran beteiligten rechtlich geschützten Interessen. Hat die Maßnahme kapazitätsrechtliche Auswirkungen, so werden die Rechte der Studienplatzbewerber berührt. Deren Belange müssen daher nicht nur aus kapazitätsrechtlichen, sondern schon aus hochschulrechtlichen Gründen in die Abwägung eingestellt werden.

²² Vgl. für die Rekonstruktion der Normwerte BVerfG, NVwZ 1992, 361 [362].

²³ VGH München, Beschl. v. 19.02.1999 – 7 ZE 98.10059; bestätigt durch Beschl. v. 22.12.2000 – 7 CE 00.10065 u.a.-.

²⁴ Unter Bezugnahme auf BVerwG NVwZ-RR 1990, 349 = DVBl. 1990, 526; VGH Mannheim, NVwZ 1987, 716; OVG Berlin NVwZ 1996, 1239, ebenso im Ergebnis VGH Mannheim Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 22 = NVwZ-RR 2000, 23.

²⁵ VGH Mannheim, Urt.v. 15.02.2000– NC 9 S 39/99, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 27.

²⁶ Brehm/Zimmerling, WissR 2000, 22.

²⁷ VG Karlsruhe, Urt. v. 19.05.1999 – NC 7 K 3563/98 -, ebenso Beschl. v. 17.06.1999 – NC 7 K 1017/99 -.

²⁸ VGH Mannheim, Urt. v. 15.02.2000 – NC 9 S 39/99, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 27.

²⁹ Unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 15.12.1989, Buchholz 421.21 Nr. 41.

Dieses Abwägungsgebot wie auch die Zuständigkeit für die Aufteilung des CNW und die Abgrenzung der medizinischen Lehreinheiten hatte die Universität Heidelberg bei der Verlagerung der Stellen der beiden biochemischen Institute und damit der Bildung der kleinen Lehrereinheit nicht hinreichend beachtet. Das „Biochemiezentrum Heidelberg“ (BZH) lasse sich kapazitätsrechtlich nur als Lehreinheit erfassen. Die Bildung von Lehreinheiten ohne zugeordneten Studiengang, die ausschließlich Dienstleistungen erbringt ist grundsätzlich unzulässig. Faßt die Hochschule vergleichbare Fächer verschiedener Mutterfakultäten (im konkreten Fall Medizin, Chemie, Pharmazie) zu einer zentralen wissenschaftlichen Einrichtung zusammen, der selbst kein Studiengang zugeordnet ist, so ist das Lehrangebot dieser Einrichtung auf die Lehreinheiten der Mutterfakultäten aufzuteilen, wenn und soweit dies nach Sachgesichtspunkten möglich ist. Auf die Erledigung der von der Universität Heidelberg eingelegten Nichtzulassungsbeschwerde und die hierzu ergangene Kostenentscheidung des BVerwG³⁰ haben wir ja bereits hingewiesen.

d) Sachausstattung

Der VGH Mannheim³¹ bezweifelt, ob die Abwägungs-Rechtsprechung zum Stellenabbau bzw. zur Stellenverlagerung ohne weiteres auf den Fall einer Verminderung der ausstattungsbezogenen Kapazität in Folge von Baumaßnahmen übertragen werden kann, weil hierzu zusätzliche Gesichtspunkte etwa baurechtlicher, umweltrechtlicher oder sonst sicherheitsrechtlicher und –politischer Art hereinspielen. Jedenfalls muß auch bei einer Baumaßnahme, die zur Verminderung der Ausbildungskapazität führt, eine Abwägung auf der Grundlage eines vollständigen Sachverhalts erfolgen, in die die Belange der Studienplatzbewerber neben den anderen Belangen der Hochschule, der Lehrpersonen oder Studenten eingestellt und in ihrem Gewicht jedenfalls nicht verkannt worden sind³². Hieran ändert es nichts, daß die Entscheidung über die Baumaßnahme regelmäßig nicht bei der Hochschule selbst, sondern bei der Staatlichen Bauverwaltung liegt. Weitere Entscheidungen sind hierzu nicht ergangen; dies beruht darauf, daß durch die Kapazitätssenkungen der letzten Jahre im Regelfall die Sachausstattung, insbesondere im Studiengang Zahnmedizin mit klinischen Behandlungseinheiten der Zahnerhaltungs- und Zahnersatzkunde in den meisten Fällen wesentlich bei der personalbezogenen Ausbildungskapazität liegt.

³⁰ BVerwG, Beschl. v. 15.12.2000 – BVerwG 6 B 25.00 -.

³¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 22 = NVwZ-RR 2000, 23 (Universität Tübingen – Zahnmedizin).

³² Unter Bezugnahme auf BVerwG, Buchholz 421.21 Nr. 17.

2. Lehrangebot³³

a) Normierungen der Lehrverpflichtungen und Berücksichtigung von Planstellen

In letzter Zeit haben weitere Bundesländer³⁴, so Nordrhein-Westfalen³⁵, Hessen³⁶, Berlin³⁷ und Niedersachsen³⁸ die Lehrverpflichtung durch Verordnung (neu) geregelt oder die bisherigen Regelungen aktualisiert.

Nach Auffassung des HessVGH³⁹ ist § 8 Abs. 3 KapVO, wonach Stellen, die im Berechnungszeitraum aus haushaltsrechtlichen Gründen nicht besetzt werden können, auch auf **Teile** von Stellen anzuwenden, die nicht wiederbesetzbar sind.

b) Lehrverpflichtung der Assistenten an Fachhochschulen

Streitig ist nach wie vor die im Regelfall durch Verwaltungsvorschrift geregelte Lehrverpflichtung und deren Höhe bei Assistenten, technischen Assistenten und technischen Mitarbeitern an Fachhochschulen, auch wenn zu dieser Frage wegen des Rückgangs der Bewerberzahl im FH-Studiengang Architektur keine neuen Entscheidungen in der Hauptsache ergangen sind. Allerdings hat der VGH Mannheim⁴⁰ in einer neueren Entscheidung im Eilverfahren aus tatsächlichen Gründen – die Ausübung von Lehrtätigkeit sei nicht glaubhaft gemacht - die von uns nach Zulassung eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Weiterhin besteht jedoch die vom BVerfG durch Beschluß vom 05.08.1997 den Verwaltungsgerichten erteilte Aufgabe, im Streitfall weitere Aufklärung in tatsächlicher Hinsicht zu betreiben.

c) Lehrverpflichtung von Hochschuldozenten auf Zeit

Nach wie vor nicht einheitlich entschieden ist die Höhe der Lehrverpflichtung der Dozenten auf Zeit. So hat sich in einer Reihe von Entscheidungen der VGH Mannheim wie folgt geäußert. § 1 Nr. 5 LVVOBW stellt für Hochschuldozenten auf Zeit einen Rahmen von 6 bis 8 LVS zur Verfügung. Insoweit ist auch ein Kapazitätserlaß des zuständigen Ministeriums zu berücksichtigen⁴¹ in denen den Universitäten aufgegeben ist, die Lehrverpflichtung der Hochschuldozenten auf Zeit mit 8 SWS, also ohne Ausnutzung des in der LVVO eröffneten Spielraums anzusetzen⁴². Der VGH hat daher den Hochschulen die Darlegung auferlegt, aus wel-

³³ Vgl. allgemein zur Lehrverpflichtung von Professoren Zimmerling/Brehm, RiA 1998, 135 auch zu der Frage, wie und wo die Lehrverpflichtung erbracht werden kann.

³⁴ NVwZ 1996, 1173 bei FN. 32.

³⁵ Verordnung über die Lehrverpflichtung an Universitäten und Fachhochschulen (Lehrverpflichtungsverordnung – LVV) vom 30.08.1999, GVBI 1999, 518.

³⁶ Lehrverpflichtungsverordnung vom 21.12.1999, GVBI 2000, 35; diese löst die LehrverpflichtungsVOen vom 18.12.1975 und 29.09.1976 ab.

³⁷ LVVO vom 19.01.1999, GVBI S. 59.

³⁸ Verordnung über die Lehrverpflichtung an Hochschulen, LVVO vom 11.02.2000, GVBI 2000 vom 25.02.2000.

³⁹ HessVGH, Beschl. v. 30.11.1999 – 8 NC 2748/98, auch bei www.Studienplatz-Recht.de ist § 8 Abs. 3 KapVO, wonach Stellen, die im Berechnungszeitraum als haushaltsrechtlichen Gründen nicht besetzt werden können, nicht in die Berechnung einbezogen werden, auch auf **Teile** von Stellen anzuwenden, die nicht wiederbesetzbar sind.

⁴⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 04.10.2000 – Nc 9 S 32/00 - (n.v.).

⁴¹ Kapazitätserlaß des MWF Baden-Württemberg vom 17.01.1996, Az. II - 635.31/339 SV -.

⁴² VGH Mannheim, Beschl. v. 28.07.1997 - NC 9 S 19/97- Medizin Tübingen, Beschl. v. 02.07.1997 - NC 9 S 13/97- Zahnmedizin Tübingen.

chem Grund sie nur eine Lehrverpflichtung von 6 LVS für angängig hält⁴³. Dies führe allerdings nicht dazu, daß bei Hochschuldozenten eine Regellehrverpflichtung von 8 LVS die Regel wäre. Das Gegenteil sei der Fall. Wenn Hochschuldozenten nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 LVVO eine über 6 LVS hinausgehende Lehrverpflichtung auferlegt bekommen können, so ergebe sich aus den Materialien zum Hochschulrahmengesetz und zum baden-württembergischen Universitätsgesetz, daß dies nur für solche Hochschuldozenten in Betracht zu ziehen sei, die nach ihrer Habilitation schon einige Jahre lang hauptberuflich in der wissenschaftlichen Lehre tätig sind, sei es durchgängig als Hochschuldozent, sei es zunächst als Oberassistent⁴⁴. Sind Dozentenstellen mit Hochschuldozenten besetzt, die schon seit rund zehn Jahren habilitiert sind und die fraglichen Stellen seit neun Jahren innehaben, handele es sich nicht um Anfänger in der Lehre, so daß diesen Stellen eine Lehrverpflichtung von 8 SWS zugeordnet werden können⁴⁵. Ab welchem zeitlichen Rahmen die Erhöhung von 6 SWS auf 8 SWS eintritt, ist bisher noch nicht präzisiert. Wir sehen diese Rechtsprechung kritisch, da habilitierte Hochschuldozenten aufgrund der zuvor in anderer dienstlicher Stellung erworbenen Lehrerfahrungen nicht als „Anfänger“ in der Lehre angesehen werden können.

In Baden-Württemberg gilt für die Stellen unbefristeter wissenschaftlicher Mitarbeiter - auch ohne Erwähnung in der LVVO ebenfalls eine Lehrverpflichtung von 8 SWS⁴⁶.

In Sachsen-Anhalt ist demgegenüber das OVG Magdeburg⁴⁷ davon ausgegangen, daß die landesrechtliche Regelung nicht gegen höherrangiges Recht verstoße.

d) Deputatsverminderungen

Tritt eine LVVO anstelle eines Kapazitätserlasses, so ändert sich an den bisher anerkannten Ermäßigungen der Lehrverpflichtungen nichts, da sich die materiellen Kriterien für deren Anerkennung nicht maßgeblich geändert haben. Auch eine Änderung der Zuständigkeit für die Bewilligung von Lehrverpflichtungsreduzierungen (in Niedersachsen seit dem 01.04.1996 nicht mehr das Ministerium für Wissenschaft und Kultur, sondern die Leitung der Hochschule) setzt früher gewährte Ermäßigungen nicht ohne weiteres außer Kraft⁴⁸.

Hinsichtlich der Frage, ob wegen gleicher Funktion (konkret: Strahlenschutzbeauftragter) bei mehreren Bediensteten Verminderungen der Lehrverpflichtung vorgenommen werden können, hat der VGH München⁴⁹ auf die notwendige Klärung im Hauptsacheverfahren verwiesen, die Kürzung von insgesamt 8 SWS wegen der besonderen Bedeutung dieser Aufgabe im vorläufigen Rechtsschutz jedoch hingenommen.

⁴³ VGH Mannheim, Beschl. v. 02.07.1997, NC 9 S 13/97 u.a., ebenso Beschl. v. 13.10.1998, NVwZ-RR 1999, 171.

⁴⁴ VGH Mannheim, NVwZ-RR 1999, 171 f. (172).

⁴⁵ VGH Mannheim, Beschl. v. 22.03.1999 – NC 9 S 124/98 -.

⁴⁶ Vgl. im einzelnen VGH Mannheim, Beschl. v. 02.07.1997 – NC 9 S 13/97, unter Bezugnahme auf den Kapazitätserlaß vom 17.01.1996 - 2 635.31/339 SV -.

⁴⁷ OVG Magdeburg, Beschl. v. 23.03.1999 – B 2 S 430/98 und Beschl. v. 14.02.2000 – B 2 S 641/99 -.

⁴⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.09.1996 - 10 N 3239/96 - (Humanmedizin Göttingen SS 1996).

⁴⁹ VGH München, Beschl. v. 22.12.2000 – 7 CE 00.10065 -.

e) Lehraufträge und Titellehre

In die Kapazitätsberechnungen sind gemäß § 10 KapVO auch diejenigen Lehrauftragsstunden einzubeziehen, die für den Ausbildungsaufwand im Sinne von § 13 Abs. 1 KapVO zur Verfügung gestanden haben. Hierzu gehören Veranstaltungen des Pflicht- und Wahlpflichtbereichs; für die Abgrenzung zum Wahlbereich (fakultative Veranstaltungen) sind die Studien- und Prüfungsordnungen maßgeblich.

Zu den kapazitätsrechtlich zu berücksichtigenden Lehraufträgen gehören auch unentgeltliche Lehraufträge⁵⁰.

Streitig ist, ob und inwieweit Lehraufträge mit Stellenvakanzen zu verrechnen sind (§ 10 Satz 2 KapVO).⁵¹ Wir meinen mit dem OVG Bremen, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Lehrauftrag und der unbesetzten Stelle gegeben sein muß, d.h., daß sich die Lehraufträge gerade auf die Lehrveranstaltungen beziehen müssen, die von der unbesetzten Stelle zu erbringen gewesen wären. Demgegenüber vertritt das OVG Berlin⁵² die Auffassung, daß eine derartige Finanzierung haushaltsrechtlich nicht möglich ist und es daher genügt, wenn ein Lehrauftrag allein zu dem Zweck vergeben wurde, um eine unbesetzte Stelle auszugleichen, unabhängig davon, ob der Lehrauftrag aus den Mitteln dieser Stelle vergütet wird oder aus allgemeinen Haushaltsmitteln. Jedoch muß – auch nach der Entscheidung des OVG Berlin – ein sachlicher Zusammenhang (nicht notwendig eine fachliche Entsprechung) des Lehrauftrags mit der vakanten Stelle gegeben sein.

In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des BVerwG⁵³ hinzuweisen, der sich mit der Vereinbarkeit der Verpflichtung von Privatdozenten zu unentgeltlicher Titellehre mit Art. 12 Abs. 1 GG befasst und diese für verhältnismäßig erachtet, soweit die Verpflichtung eine SWS nicht überschreitet und andere vergleichbare Lehrtätigkeiten auf sie angerechnet werden.

f.) Drittmittelbedienstete

Zu diesem Punkt gibt es wenig neue Rechtsprechung. Der VGH München⁵⁴ hat die Nichtberücksichtigung von Drittmittelbediensteten bei der Berechnung des Lehrangebots damit begründet, daß diese ausschließlich im Rahmen eines bestimmten Forschungsvorhabens tätig sind, ausschließlich hierfür vom Drittmittelgeber bezahlt werden und keine Lehrverpflichtung haben. Sie seien daher in keinem Fall eigenverantwortlich für die Dauer eines Semesters mit einer Lehraufgabe betraut; dies würde auch den Bedingungen und Auflagen der Zuschußgeber widersprechen.

Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß Drittmittelbedienstete außerhalb der mit Drittmitteln bezahlten Tätigkeit Lehraufgaben wahrnehmen; in diesem Falle sind sie selbstverständlich im Rahmen der Kapazitätsberechnung zu berücksichtigen, gleich, ob dies in Form eines Lehrauftrages oder in anderer Weise erfolgt⁵⁵.

⁵⁰ OVG Koblenz, KMK-HSchR 1985, 169 m.w.N.; VGH Mannheim, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 18 S. 3 m.w.N.; Bahro/Hübenthal, § 10 KapVO Rz. 6.

⁵¹ Vgl. hierzu OVG Bremen, Beschl. v. 28.04.1992 – 1 B 16/92, juris.

⁵² OVG Berlin, Beschl. v. 10.03.1998 – 7 S 386.87, KMK-HSchR 1988, 816.

⁵³ BVerwG, Urt.v. 22.06.1994 – 6 C 40/92, BVerwGE 96, 136 = NVwZ 1995, 489 = DVBl. 1994, 1359.

⁵⁴ BayVGH, Beschl. v. 19.11.1984 – 7 B 84 B. 1453, KMK-HSchR 85, 539, 542; VGH Mannheim, Beschl. v. 14.05.1984 – NC 9 S 1015/83 u.a.-.

⁵⁵ So auch BayVGH, Beschl. v. 19.11.1984 – 7 B 84 B. 1453, KMK-HSchR1985, 538 (542 unten), KMK-HSchR1985, 538 (542 unten).

3. Krankenversorgungsabzug

a) Zahnmedizin

Wie bekannt, hatte das BVerfG im Jahre 1991 die Regelung des Krankenversorgungsabzuges im Studiengang Zahnmedizin (§ 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 c KapVO a.F.) deshalb beanstandet⁵⁶, weil bei der Entwicklung der streitigen Parameter die unmittelbare Krankenversorgung durch das wissenschaftliche Personal in vollem Umfang als kapazitätsmindernd bewertet worden war, obwohl ein Teil des Zeitaufwandes der Fort- und Weiterbildung dient. Die Geschichte der dann folgenden Normierung ist bekannt. Der Bericht der beauftragten Projektgruppe führte zur Neuregelung des Krankenversorgungsabzuges im Studiengang Zahnmedizin im § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 c KapVO⁵⁷. Nunmehr wird – und das Bruttolehrdeputat pauschal um 36 v. H. vermindert (gegen Bedenken des Vertreters des Landes Hessen im Unterausschuß KapVO der ZVS⁵⁸). Bislang haben alle Oberverwaltungsgerichte, die diese Frage entschieden haben diese verfassungsrechtlichen Bedenken geteilt⁵⁹. Der VGH Mannheim hat zwar die Neuregelung vorbehaltlich einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren nicht beanstandet, jedoch festgestellt, daß die Neufassung nicht mehr mit der Festsetzung der Lehrverpflichtung der befristet angestellten wissenschaftlichen Mitarbeiter zusammenstimmt. Er setzt deshalb für die befristeten WM eine Lehrverpflichtung von 5 SWS an⁶⁰.

Differenzierte Auffassungen gibt es allerdings darüber, welche Konsequenzen aus der Verfassungswidrigkeit des § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 c KapVO n.F. zu ziehen sind. Das VG Hamburg substituiert den für verfassungswidrig erklärten Parameter von 36 v. H. durch einen selbst errechneten Parameter von 28 v. H.⁶¹, ebenso OVG Koblenz und das OVG Lüneburg⁶². Das VG Berlin und der 5. Senat des OVG Berlin gehen von 30 % aus⁶³. Der BayVGH wendete zunächst die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erachtete frühere Fassung des § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 c KapVO an, weil sie zu einer für die Studienbewerber günstigeren Regelung führe. Diese Prognose hat sich allerdings für zahlreiche Universitäten – voran die bayerischen – nicht bestätigt, weil – möglicherweise durch andere Abgrenzungen oder infolge der Gesundheitsstrukturreform⁶⁴ – die Zahl der poliklinischen Neuzugänge erheblich gestiegen ist. Nunmehr hat sich der BayVGH⁶⁵ der Auffassung des VGH Mannheim⁶⁶ und

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.10.1991 – 1 BvR 393, 610/85, BVerfGE 85, 36 = NVwZ 1992, 361. m. Anm. Brehm/Zimmerling, NVwZ 1992, 340.

⁵⁷ In Berlin z. B. durch die Zweite Verordnung zur Kapazitätsverordnung vom 23. April 1996, GVBl S. 171.

⁵⁸ Niederschrift der 86. Sitzung des Unterausschusses KapVO der ZVS; Schreiben des Hess. Ministeriums für Wissenschaft und Kunst vom 01.03.1996 an die ZVS; Korrekturvorschlag der ZVS vom 19.03.1996.

⁵⁹ OVG Koblenz, Beschl. v. 10.12.1997 - 1 D 12216/97.OVG; OVG Berlin Beschl. v. 17.03.1998 - OVG 7 NC 116.97; Beschl. v.11.05.1999 - OVG 5 NC 218.99 u.a.; VGH München, Beschl. v. 15.10.1998 - 7 CE 98.10016. Dieser Entscheidung hat sich das zuständige bayerische Ministerium angeschlossen und mit den Hochschulen vereinbart, entsprechend der "Altregelung" auf der Basis der poliklinischen Neuzugänge die Kapazität zu berechnen, wenn dies zu einem höheren Berechnungsergebnis führt als die Anwendung der 36 % Regelung; OVG Lüneburg, Beschl.v.10.12.1998- 10 N 3473/98 -.

⁶⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.1999 - NC 9 S 110/98; ebenso Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98, abgedruckt in KMK-HSchR/NF 41C Nr. 21 u. 22 = NVwZ-RR 2000, 23.

⁶¹ VG Hamburg, Beschl. v. 11.11.1997 - 12 VG Z 924/97 -.

⁶² OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.12.1997- 1 D 11378/97.OVG -.

⁶³ OVG Berlin, Beschl. v. 11.05.1999 – OVG 5 NC 215.99; VG Berlin, Beschl. v. 23.10.1998 – VG 12 A 991.98 u.a. -.

⁶⁴ Die Hochschulen vermuten, daß die Universitäts-Zahnkliniken unter Kostengesichtspunkten für eine zunehmende Zahl an Patienten deutlich attraktiver als die niedergelassenen Zahnärzte sind.

⁶⁵ BayVGH, Beschlüsse vom 04.07.2000 - 7 CE 00.10028 u.a. - (LMU München) und

des HessVGH sowie Verwaltungsgerichte Regensburg, München und Köln angeschlossen und die Lehrverpflichtung der befristet tätigen Wissenschaftlichen Mitarbeiter, Angestellten und Assistenten um eine SWS erhöht⁶⁷. Der BayVGH hat insoweit im Anschluß an die Entscheidung des VGH Kassel, des VG Regensburg und des VG Köln zutreffend ausgeführt, daß die Tätigkeit der genannten Stellengruppen nach bayerischem Hochschullehrrecht in Hinblick auf ihre Tätigkeit in der Krankenversorgung vom Aufgabenbereich her im wesentlichen vergleichbar sei⁶⁸.

Besonders kritisieren die Gerichte, daß es der Verordnungsgeber unterlassen hat, eine angemessene Reduzierung des für die befristet beschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiter ermittelten Prozentsatzes der Krankenversorgungstätigkeiten vorzunehmen. Ein Teil dieser Krankenversorgungstätigkeiten dient nämlich der Fort- und Weiterbildung der wissenschaftlichen Mitarbeiter und ist deshalb dem Anteil ihrer Arbeitszeit zuzurechnen, der ihnen für die Anfertigung einer Promotion oder sonstige wissenschaftliche oder berufliche Weiterbildung zur Verfügung steht (vgl. § 53 Abs. 2 Satz 3, § 57 b Abs. 2 Nr. 1 HRG). In einigen Bundesländern, so z. B. in Berlin) ist normiert, daß diese dem wissenschaftlichen Mitarbeiter zur Verfügung stehende Zeit mindestens ein Drittel der Arbeitszeit beträgt (§ 110 Abs. 5 Satz 1 BerlHG). Diese "Freistellung" ist mit ursächlich für die (von der Kultusministerkonferenz vorgenommene Bestimmung des Regellehrdeputates auf nur 4 SWS. An sich hat ein wissenschaftlicher Mitarbeiter eine Regellehrverpflichtung von 8 SWS zu erfüllen. Nur dann, wenn er sich während seiner Arbeitszeit fort- und weiterbilden kann, kann diese Lehrverpflichtung auf 4 SWS reduziert werden. Dann aber darf diese Krankenversorgungstätigkeit, die der Fort- und Weiterbildung der wissenschaftlichen Mitarbeiter dient, nicht erneut beim Krankenversorgungsabzug berücksichtigt werden. Dieser unzulässige Doppelabzug ist entweder durch Herabsetzung des Krankenversorgungsabzuges oder durch Erhöhung der Lehrverpflichtung der Wissenschaftlichen Mitarbeiter zu kompensieren.

Das Hessische Ministerium für Wissenschaft und Kunst hat die Hessischen Universität angewiesen, die wissenschaftlichen Mitarbeiter und Assistenten jeweils mit 5 SWS in die Kapazitätsberechnung im Studiengang Zahnmedizin einzubeziehen und hat damit der Rechtsprechung des HessVGH Rechnung getragen. Auch das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst hat die Hochschulen für das Studienjahr 2000/2001 alsbald nach den erwähnten Entscheidungen des VGH München angewiesen, eine entsprechende Zahl von Studienplätzen der ZVS nachzumelden.

b) Tiermedizin

Unsere Rechtsauffassung, daß damit ist auch die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Krankenversorgungsabzuges im Studiengang Tiermedizin gemäß § 9 Abs. 3 Ziff. 2 (30 % Regelung) wieder offen sei, da sich auch im Studiengang Tiermedizin das Problem der Über-

03.07.2000 – 7 CE 99.10086 - (Universität Regensburg), beide abrufbar bei www.studienplatz-recht.de, juris.

⁶⁶ VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 110/98, KMK-HSchR/NF 41C Nr. 21 (Universität Ulm) sowie Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98, KMK-HSchR/NF 41C Nr. 22 = NVwZ-RR 2000, 23 sowie neuestens VGH Mannheim, Beschl. v. 02.08.2000 – NC 9 S 29/00 - (Universität Tübingen) mit ausführlicher Begründung unter Berücksichtigung der von en Universitäten gegen die Korrektur erhobenen Bedenken.

⁶⁷ HessVGH, Beschl. v. 26.11.1999 – 8 NC 2748/98, HessVGRspr 2000, 49 und VG Regensburg, Beschl. v. 12.11.1999 – RO 7 E 99.10032, beide abrufbar bei www.studienplatz-recht.de; VG Köln, Beschl. v. 17.04.2000 – 6 Nc 200/99; VG München, Beschl. v. 11.01.2000 – M 3 E Z 99.20220 -.

⁶⁸ BayVGH, Beschlüsse vom 04.07.2000 - 7 CE 00.10028 u.a. - (LMU München) und 03.07.2000 – 7 CE 99.1000867 - (Universität Regensburg).

schneidung von Krankenversorgungsaufgaben und Weiterbildung bei den klinisch tätigen Mitarbeitern stellt, haben die Gerichte nicht geteilt. Zunächst hat das OVG Bautzen⁶⁹ die Auffassung vertreten, daß die Rechtsprechung zur Pauschalregelung des Krankenversorgungsabzuges im Studiengang Zahnmedizin hieran deshalb nichts ändere, da der Regelungsgehalt von § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 c KapVO nicht ohne weiteres mit dem Regelungsgehalt des § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapVO vergleichbar sei und zum anderen die Projektgruppe des Landes Niedersachsen im Bericht vom 21.11.1995 festgestellt habe, daß der gewichtete zeitliche Aufwand für die ambulante Krankenversorgung in der Zahnmedizin 37,42 % betrug, während der tatsächliche Aufwand für tierärztliche Krankenversorgungs- und diagnostische Leistungen über 40 % gelegen habe. Dem haben sich die anderen Gerichte jedenfalls im Ergebnis angeschlossen. Das VG München⁷⁰ geht zwar von einem unzulässigen Doppelabzug wegen der Überschneidung von Weiterbildung und Krankenversorgung aus, vertritt jedoch auf der Basis einer Proberechnung die Auffassung, daß angesichts der Tatsache, daß „rechnerisch“ in München der Krankenversorgungsabzug am höchsten war, sich bei Ansatz des rechnerischen Krankenversorgungsabzuges von 40,1 % (allerdings nicht des durch Verordnung festgelegten KVA von 30 %) keine zusätzlichen Plätze ergeben hätten. In gleicher Weise hat das OVG Lüneburg⁷¹ argumentiert, daß – auch wenn einzuräumen sei, daß der Untersuchungsbericht vom 18.06.1986 das Problem der Überschneidung nicht anspreche - daraus nicht die Notwendigkeit einer Korrektur des normierten Krankenversorgungsabzuges von 30 % folge. In Hinblick auf den in dem Bericht ermittelten Umfang der Dienstleistungen für die stationäre, poliklinische sowie ambulante Krankenversorgung und die diagnostischen Leistungen sei gerade für die Tierärztliche Hochschule Hannover aufgrund der ermittelten Werte eine Korrektur im Wege der richterlichen Notkompetenz nicht angezeigt. Dabei hat das OVG Lüneburg nicht verkannt, daß die dem Bericht zugrunde liegenden Werte nicht mehr aktuell sind und dadurch an Aussagekraft verloren haben. Andererseits ergebe sich in Hinblick auf die nahezu 50 %ige Überschreitung des Stellenabzuges gegenüber dem normierten Krankenversorgungsabzug ein erheblicher „Puffer“ durch den Ungenauigkeiten oder mangelnde Aktualität des Berichts aufgefangen werden.

Der VGH Kassel hat den Antrag auf Zulassung der Beschwerde deshalb zurückweisen können, weil es angesichts der erheblichen Überbuchung auf diese Frage nicht ankam⁷².

Diesen Argumentationen können wir uns nach wie vor nicht anschließen: hat der Verordnungsgeber – möglicherweise zulassungsfreundlich – den KVA auf 30 % festgelegt, sind damit fiktive Rechnungen auf der Basis von Einzelwerten, die zwar in den Zahlenwert eingeflossen sind, diesem jedoch nicht entsprechen, nicht zulässig. Darüber hinaus stammt der Bericht, auf dem der KVA beruht, aus dem Jahr 1985. Würtenberger/Fehling⁷³ vertreten - allerdings bezogen auf den Studiengang Jura mit dem Ziel einer Kapazitätsverringerung - die Auffassung, daß auch den Verordnungsgeber eine Überprüfungspflicht hinsichtlich der von ihm erlassenen Normen treffe, die jedenfalls in einem Abstand von ca. fünf Jahren vorzunehmen sei. Teilt man diese Rechtsauffassung, so ist bei Beurteilung der entsprechenden Norm zu berücksichtigen, daß zum einen der „Bericht“ nunmehr 15 Jahre alt ist, deshalb auch nur die vier West-Unis umfassen konnte, während durch das Hinzukommen von Leipzig, zunächst der HU Berlin und schließlich der Zusammenlegung der Fachbereiche von HU und FU eine erhebliche Veränderung der Hochschullandschaft und auch der Verteilung auf vorklinische und klinische Stellen eingetreten ist. Weiter ist durch die geänderte Ausstattung auch im Stu-

⁶⁹ OVG Bautzen, Beschl. v. 26.07.1999 – NC 2 S 55/99 - WS 1997/98 sowie - NC 2 S 61/99 - WS 1998/99.

⁷⁰ VGMünchen, Beschl. v. 15.05.2000 – M 3 E C 99.20234; gegen diese Entscheidung wurde die Zulassung der Beschwerde beantragt.

⁷¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.07.2000 – 10 N 1392/00 u.a. -.

⁷² VGH Kassel, Beschl. v. 31.03.2000 – 8 Gc 140/00.w9 -.

⁷³ Zur Verfassungswidrigkeit des Curricularnormwerts für das Fach Rechtswissenschaft, JZ 2000, 173.

diengang Tiermedizin hinsichtlich der Untersuchungen und Proben eine erhebliche Verlagerung von „Manpower“ zur Apparatedizin eingetreten.

In den letzten zehn Jahren hat kein einziges Hauptverfahren im Studiengang Tiermedizin stattgefunden. Daher war es bisher nicht möglich, in einem derartigen Hauptsacheverfahren die Rechtmäßigkeit des Krankenversorgungsabzuges zu überprüfen. Allerdings bezog sich der vom OVG Bautzen⁷⁴ nicht berücksichtigte Vortrag, der zum Erlaß der einstweiligen Anordnung durch das BVerfG⁷⁵ führte, zwar nicht auf den verfassungswidrigen Doppelabzug im Rahmen der Krankenversorgung im Studiengang Tiermedizin. Jedoch ist auch insoweit im Verfassungsbeschwerdeverfahren der Doppelabzug gerügt worden.

4. Dienstleistungen

Nach § 11 Abs. 1 KapVO können Dienstleistungen für nicht zugeordnete Studiengänge, gerechnet in SWS, vom Lehrangebot abgesetzt werden, verringern also die Kapazität. Maßgeblich sind die Lehrveranstaltungsstunden, die nach der jeweiligen Studien- oder Prüfungsordnung des nicht-zugeordneten Studienganges für den erfolgreichen Abschluß des Studiums erforderlich sind⁷⁶. Dieser Auffassung hat sich nun auch der VGH München angeschlossen.⁷⁷ Fraglich kann aber sein, zu welchem Stichtag die maßgeblichen Dienstleistungen zu ermitteln sind. Der BayVGH⁷⁸ hat nicht beanstandet, daß auf einen Zeitraum von einem Jahr vor dem Vergabezeitpunkt abgestellt wurde: Da die Zulassungszahlen mehrere Monate vor dem Beginn des jeweiligen WS festzusetzen seien, erfordere deren Berechnung eine Prognose über die künftige Entwicklung der Studentenzahlen in den importierenden Studiengängen. Falls gravierende Änderungen nicht zu erwarten seien, sei es dabei sachgerecht auf den Ist-Stand der Erstsemester im laufenden Wintersemester abzustellen. Der HessVGH⁷⁹ legt demgegenüber im Rahmen der Kapazitätskontrolle die aktuellen Zahlen des zu überprüfenden Semesters zugrunde.

Mit der Frage der Inanspruchnahme der Kapazität eines zulassungsbeschränkten Studiengangs durch die Dienstleistungsnachfrage eines neu geschaffenen Studiengangs hat sich das OVG Bremen⁸⁰ befasst und die Hochschulen verpflichtet, für diese „Umlenkung der Lehrkapazität“ eine eingehende Abwägung ihrer Auswirkungen vorzunehmen und hierbei alle Möglichkeiten sorgfältig zu prüfen und auszuschöpfen, für das aus dem Studiengang mit absolutem NC abgezweigte Lehrangebot einen (rechnerischen) Ausgleich zu schaffen.

Streitig ist nach wie vor, ob bei der Berechnung des Dienstleistungsexportes ein Schwund, der in der nachfragenden Lehreinheit auftritt und der bei der Festsetzung der Studienanfängerzahlen dieser Lehreinheit erhöhend berücksichtigt worden ist, durch Multiplikation des Ergebnisses mit dem Schwundfaktor einzurechnen ist⁸¹.

Umstritten ist die Behandlung von Überbuchungen durch die ZVS gemäß § 7 Abs. 4 Vergabe-

⁷⁴ OVG Bautzen, Beschl. v. 26.07.1999 – NC 2 S 61/99; www.Studienplatz-Recht.de.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 18.10.1999 – 1 BvR 1788/99; www.Studienplatz-Recht.de.

⁷⁶ VGH Kassel, Beschl. v. 04.02.1993 – Ge 22 G 5802/92 T; Beschl. v. 10.03.1994 – 3 Ga 23024/93 NC, KMK-HSchR NF 41 C. Nr. 9, 11 und 12 .

⁷⁷ VGH München, Beschl. v. 22.12.2000 – 7 CE 00.10065 -.

⁷⁸ BayVGH, Beschl. v. 08.05.1996 - 7 CE 96.10003 - (Architektur TU München WS 1995/96)-.

⁷⁹ HessVGH, Beschl. v. 17.05.1999 – 8 Ga 28525/98.T -.

⁸⁰ OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.1997 – 1 B 7/97, juris.

⁸¹ Der BayVGH bleibt bei seiner Auffassung, daß die Studienanfängerzahlen nicht um einen Schwundfaktor zu berichtigen sind: Beschl. v. 08.05.1996 - 7 CE 96.10003 - (Architektur TU München WS 1995/96).

VO-ZVS beim Dienstleistungsabzug⁸²: Als Alternativen kommen in Betracht, einerseits die Berücksichtigung der Zahl der aufgenommenen Studenten anstelle der festgesetzten Zulassungszahl und andererseits die Bildung eines Durchschnitts der Aufnahmezahlen der letzten drei Jahre. Die letzte Lösung scheidet kapazitätsrechtlich dann aus, wenn die Zahl der nachfragenden Studenten in den letzten drei Jahren stets gesunken ist.

Dienstleistungen können nur dann berücksichtigt werden, wenn sie auch tatsächlich erbracht werden; die Anrechnung lediglich vorgesehener Dienstleistungen, die wegen fehlenden Vertragsabschlusses zwischen zwei Hochschulen nicht „zu erbringen sind“, scheidet aus.

5. Lehrnachfrage

In diesem Zusammenhang gibt es nicht viel Neues: So hat das OVG Berlin⁸³ den von der HU zugrunde gelegten Curriculareigenanteil der Lehreinheit vorklinische Medizin (2,1151) korrigiert, weil die HU nicht nur die Lehrveranstaltung im Fach Chemie (0,1333) von einer anderen Lehreinheit erbringen läßt, sondern – abweichend vom ZVS-Beispielstudienplan – auch die Fächer medizinische Soziologie (0,0777), medizinische Terminologie (0,0166) und Berufsfelderkundung (0,0444). Dies führte unter Berücksichtigung von anderen Lehrveranstaltungen zu einer Curriculareigenanteil von (lediglich) 1,9329.

Im Rahmen der bei der Ausgliederung von Fächern schon besprochenen Entscheidung des VGH Mannheim⁸⁴ hat dieser die Integration des Fachs „Biologie für Mediziner“ in die Lehreinheit vorklinische Medizin sowohl aus formellen Gründen – fehlende Zuständigkeit der Hochschule für die Aufteilung des CNW und Abgrenzung der medizinischen Lehreinheit als auch aus sachlichen Gründen beanstandet: Zum einen sei eine Hochschule nicht befugt, durch ihre Studienordnung einer erwarteten, aber noch nicht erfolgten Änderung der Approbationsordnung für Ärzte, die zur Verminderung der Aufnahmekapazität führt, vorzugreifen. Zum anderen muß in dem Fall, in dem eine Hochschule kapazitätsungünstig vom ZVS-Beispielstudienplan⁸⁵ abweicht, in der Studienordnung auch die vorgesehene Gruppengröße ausdrücklich normiert werden, wenn die Abweichung gerade auf der vorgesehenen Gruppengröße beruht. Dies hatte die Uni Heidelberg in ihrer Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen, jedoch für das Studienjahr 2000/2001 den Versuch der Nachbesserung unternommen.

6. Überprüfungstatbestände:

a) Schwund:

Zutreffend hat das OVG Lüneburg entschieden, daß für die Berechnung der Schwundquote ein Berechnungszeitraum einzubeziehen ist, der die Regelstudienzeit umfaßt, mindestens aber vier Berechnungszeiträume⁸⁶. Davorliegende Berechnungszeiträume sollen nicht mehr

⁸² VGH Kassel, Beschl. v. 18.01.2000 – 8 GM 3131/00; SO.T.; Beschl. v. 19.01.2001 – 8 GM 3955/00.WO -.

⁸³ OVG Berlin, Beschl. v. 03.11.1999 – OVG 5 NC 319/99 u.a.- WS 1998/99 und Beschl. v. 14.12.1999 – OVG 5 NC 451.99 -.

⁸⁴ VGH Mannheim, Ur. v. 13.02.2000 – NC 9 S 39/99, KMK-HSchR/NF 41 C Nr. 27.

⁸⁵ Zur Funktion des ZVS-Beispielstudienplans als Orientierungsmaßstab BVerwG, Ur. v. 18.05.1982 – 7 C 15.80, BVerwGE 65, 303 = Buchholz 421.21 Nr. 5; BVerwG, Ur. v. 23.07.1987 – 7 C 10.86, NVwZ 1989, 360 = Buchholz 421.21 Nr. 34, Ur. v. 20.04.1990 – 7 C 51.87, DVBl. 1990, 940 = KMK-HSchR-NF 41 C Nr. 1 = Buchholz 421.21 Nr. 46.

⁸⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.02.1996 - 10 N 7287/95 - TM Hannover WS 1995/96

berücksichtigt werden um die Aktualität der Schwundprognose zu erhöhen. Atypische Entwicklungen, die sich künftig aller Voraussicht nach nicht wiederholen werden, haben außer Betracht zu bleiben, da sie die Schwundprognose verfälschen⁸⁷. Das OVG Koblenz geht in ständiger Rechtsprechung⁸⁸ davon aus, daß die Schwundquote regelmäßig durch einen Vergleich der Besetzung von 6 Semestergruppen beim Übergang in das nächsthöhere Semester zu ermitteln ist.

Die Bestandszahlen der höheren Fachsemester liegen oft über den Eingangszahlen des ersten Fachsemesters. Nach der zutreffenden Auffassung des OVG Lüneburg spricht die in den ZVVO enthaltene Regelung, daß die Zulassungszahlen in den höheren Fachsemestern denjenigen des ersten Fachsemesters entsprechen dafür, daß rechnerisch die Zulassungszahlen der Eingangssemester in höheren Fachsemestern nicht überschritten werden dürfen⁸⁹. Dementsprechend kann auch der Umstand, daß es – etwa als Folge von Beurlaubungen – auch vorkommen kann, daß die Besetzungszahlen wegen Doppelzählung beim Übergang zu einem nächsthöheren Semester ansteigen, nicht berücksichtigt werden. Nach der Rechtsprechung des OVG Koblenz⁹⁰ können die Übergänge von einem zum nächsthöheren Semester mit maximal 100 % angesetzt werden.

Das OVG Berlin⁹¹ hat angesichts der zurückgehenden Zulassungszahlen im Studiengang Tiermedizin an der FU Berlin den vom VG als „zulassungsfreundlich und deshalb in zulässiger Weise“ Ansatz einer Schwundquote verworfen und die Auffassung vertreten, daß dieser von der Hochschule selbst begangene Kapazitätsberechnungsfehler zugunsten der FU hätte korrigiert werden müssen⁹². Da angesichts des massiven und nachhaltigen – und im Studiengang Tiermedizin noch nicht abgeschlossenen – Stellenabbaus nur noch ein Lehrangebot vorhanden sei, das erheblich gegenüber dem zurückbleibe, was in der Vergangenheit (mit der Folge hoher Zulassungszahlen) zurückbleibe und damit zu rechnen sei, daß die deshalb auch in höheren Semestern niedrigere Kapazität nicht ungenutzt bleibe sei ein Schwundausgleich nicht vorzunehmen. Es fehle an den Voraussetzungen für den Ansatz einer Schwundquote, weil es kein ungenutztes Lehrangebot gebe, dessen „Aktivierung“ das Kapazitätser schöpfungsgebot verlange.

b) Ausstattungsbezogene Kapazität im Studiengang Zahnmedizin (§ 19 KapVO)

Der VGH Mannheim hat im Eilverfahren⁹³ dem Grenzwert von 0,67 Behandlungseinheiten/Student im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 KapVO unter Bezugnahme auf frühere Rechtsprechung⁹⁴ gebilligt. Aus sei kein Grund glaubhaft gemacht, daß diese Rechtsprechung ge-

unter Bezugnahme auf OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.03.1985 - 10 OVG B 8524/84, KMK-HSchR 1985, 1113.

⁸⁷ Beschl. v. 12.08.1999 – 10 N 2252/99 TM Hannover WS 1998/99; Beschl. v. 12.02.1996 - 10 N 7287/95 - TM Hannover WS 1995/96; ebenso bereits Beschl. v. 30.10.1986 - 10 OVG B 3125/85 - ZM Hannover WS 1985/86.

⁸⁸ OVG Koblenz, Urt. v. 16.08.1989 – 6 C 171/87; ebenso VG Trier, Beschl. v. 10.12.1999 – 6 M 1271/99.TR -.

⁸⁹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.08.1999 – 10 N 2252/99 - TM Hannover WS 1998/99; Beschl. v.12.02.1996 - 10 N 7287/95 - TM Hannover WS 1995/96; unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen gegenteiligen Rechtsprechung im Beschl. v. 30.10.1986 - 10 OVG B 3125/85 - ZM Hannover WS 1985/86.

⁹⁰ OVG Koblenz, Beschl. v. 07.08.1995 – 1 D 10455/95.OVG, ebenso VG Trier, Beschl. v. 10.12.1999 – 6 M 1271/99.TR -.

⁹¹ OVG Berlin, Beschl. v. 06.09.2000 – OVG 5 NC 10.00 -.

⁹² Unter Bezugnahme auf OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.02.1996 – 10 N 7287/95 -.

⁹³ VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98; NVwZ-RR 2000, 23 ebenso bei www.studienplatz-recht.de insoweit in KMK-HSchR/NF 41C Nr. 22 nicht abgedruckt.

⁹⁴ VGH Mannheim, Urt. v. 01.09.1982 – NC 9 S 1696/81, NVwZ 1983, 369 = KMK-HSchR

ändert werden müßte; dies ergebe sich insbesondere auch nicht aus der pauschalen Behauptung, die dem Grenzwert zugrundeliegenden Annahmen der Marburger Analyse I seien veraltet. Das VG Regensburg⁹⁵ hat einen ausstattungsbezogenen Engpaß nach § 14 KapVO auch für den Fall einer ganztägigen und ganzjährigen Verfügbarkeit der Laborplätze (§ 15 Abs. 2 KapVO) angesichts eines „unüblich hohen Schwundes“ bejaht; der VGH München⁹⁶ hat trotz der Streichung des Limitierungsfaktors „vorklinische Arbeitsplätze“ in § 19 KapVO darauf abgestellt, daß dieser nach wie vor ausdrücklich und eindeutig (auch) auf § 14 Abs. 2 Nr. 5 KapVO verweist⁹⁷. Demgemäß sei die nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts der KapVO berechnete jährliche Aufnahmekapazität sowohl nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 5, 7, Abs. 3 Nr. 1 bis 3 KapVO als nach § 19 Abs. 1 KapVO zu überprüfen. Dementsprechend sei § 19 Abs. 2 KapVO der niedrigste Wert zugrunde zu legen.

c) Teilzulassung

Das OVG Berlin⁹⁸ hat die Entscheidung des VG Berlin⁹⁹ bestätigt, daß aufgrund der durch das Medizin-Neuordnungsgesetz erklärten Verpflichtung, die Bewerber mit abgeschlossener Ärztlicher Vorprüfung gleichmäßig auf die HU und die FU zu verteilen und angesichts der sehr großen Kapazität der HU eine Beschränkung der Zulassung auf die Vorklinik nicht in Betracht komme¹⁰⁰.

Eine Teilzulassung im Studiengang Zahnmedizin ist nach Auffassung des VGH Mannheim dann möglich, wenn die personelle Kapazität in einem ersten Studienabschnitt größer ist als die ausstattungsbezogene Kapazität in einem späteren Studienabschnitt, der Studienbewerber einen dahingehenden ausdrücklichen Antrag stellt und damit das Risiko einer Fortsetzung des Studiums übernimmt und schließlich die Vergabe solcher Teilstudienplätze nicht auf Kosten von Vollstudienplätzen des Studiengangs Humanmedizin geht¹⁰¹.

Unter dieser Voraussetzung hat das OVG Koblenz¹⁰² ausgesprochen, daß in dem Fall, in dem nicht besetzte Vollstudienplätze festgestellt werden, deren Vergabe nicht daran scheitert, daß bereits in einem höheren Maße als geboten auf den vorklinischen Studienabschnitt beschränkte Teilstudienplätze vergeben worden sind. Dies beruht darauf, daß Teilstudienplätze nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁰³ in rechtlicher Hinsicht gegenüber Vollstudienplätzen nicht ein Minus sondern ein Aliud darstellen.

7. Ausnahmetatbestände

83, 911; BVerwG, Buchholz 421.21 Nr. 19.

⁹⁵ VG Regensburg, Beschl. v. 23.10.2000 – RO 7 E 00.10052 -.

⁹⁶ VGH München, Beschl. v. 30.01.2001 – 7 CE 00.10091 -.

⁹⁷ Entgegen Bahro/Berlin/Hübenthal § 14 KapVO Rz. 7.

⁹⁸ OVG Berlin, Beschl. v. 11.06.1997 - OVG 7 NC 61/97 - Humanmedizin FU Berlin SS 1997.

⁹⁹ VG Berlin, Beschl. v. 21.04.1997 - VG 12 A 211.97 -.

¹⁰⁰ Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98, NVwZ-RR 2000, 23 ebenso

www.studienplatz-recht.de = KMK-HSchR/NF 41C Nr. 22 unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Beschl. v. 19.10.1984 – NC 9 S 3416/84; Beschl. v. 13.12.1989 – NC 9 S 68/89. Ebenso BVerwG, Beschl. v. 21.01.1986 – 7 B 1-11.82, Buchholz 421.21 Nr. 27 = DVBl. 1986, 621; OVG Koblenz, Beschl. v. 22.03.1986 – 1 D 12218/95; Berlin, in: Bahro Art. 15 StV, Rz. 12.

¹⁰¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.1999 – NC 9 S 113/98, NVwZ-RR 2000, 23 ebenso www.studienplatz-recht.de, KMK-HSchR/NF 41C Nr. 22.

¹⁰² OVG Koblenz, Beschl. v. 25.10.2000 – 1 D 11671/00, NVwZ-RR 2001, 165.

¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 802/78 u.a., BVerfGE 59, 172, 211 f. = NVwZ 1982, 303; ebenso im Anschluß VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.1999, NVwZ-RR 2000, 23 m.w.N.

a) Nichtberücksichtigung entfallender Stellen nach § 21 KapVO

Angesichts der Stellenstreichungen hat der Verwaltungsausschuss (VA) der ZVS durch Beschluß vom 3.3.1994 den Ländern freigestellt, durch einen neuen § 21 KapVO zu regeln, daß zugeordnete Stellen, die im Berechnungszeitraum oder in dem dem Berechnungszeitraum folgenden Jahr entfallen, bei der Feststellung der Ausbildungskapazität unberücksichtigt bleiben. Stellen, die später wegfallen, bleiben dann unberücksichtigt, „wenn sie für die für die ordnungsgemäße Ausbildung einer höheren Studentenzahl aufgrund früherer höherer Zulassungszahlen erforderlich sind.“ Soweit die Länder Hamburg, Niedersachsen und Berlin haben hiervon, anders als z.B. Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein, hiervon Gebrauch gemacht haben¹⁰⁴, hat dies die Rechtsprechung wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der einheitlichen Kapazitätsermittlung nicht gebilligt.¹⁰⁵

b) Aufbauklausel (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Staatsvertrag (alt) §§ 1 Abs. 2, 20 KapVO)

Unter dem Aspekt der deutschen Einigung wurde Art. 7 Abs. 2 Satz 2 StV 1992 um einen weiteren Ausnahmetatbestand erweitert; in Hinblick auf die mit der Anpassung (Neuordnung) des Hochschulwesens in den neuen Ländern sollen Zulassungszahlen auch im Fall der Neuordnung von Studiengängen und Fachbereichen abweichend vom Gebot der erschöpfenden Nutzung festgesetzt werden können¹⁰⁶. Das OVG Weimar hat diese Regelung¹⁰⁷ angewendet und die betreffende Universität von dem Erfordernis freigestellt, die jährliche Aufnahmekapazität nach den in Art. 7 Abs. 2 Satz 3 (alt) näher konkretisierten Kriterien exakt zu errechnen¹⁰⁸.

8. Aufteilung freier Kapazitäten auf beide Semester des Berechnungszeitraums

Es entspricht der Rechtsprechung zahlreicher Verwaltungsgerichte, innerhalb eines Berechnungszeitraums von einem Jahr freie Studienplätze vollständig auszukehren, d.h., unter Berücksichtigung der Jahreskapazität spätestens im Sommersemester diese unter Berücksichtigung bereits bisher zentral und gerichtlich vergebener Plätze vollständig auszufüllen¹⁰⁹. Dies bedeutete auch, daß z.B. dann, wenn im WS zuviele Plätze gerichtlich vergeben wurden, dies Einfluß auf die gerichtliche Vergabe von Studienplätzen in dem im Studienjahr zugeordneten folgenden Sommersemester hatte, z.B. in der Weise, daß dann keine weiteren Plätze vergeben werden konnten¹¹⁰. Der VGH Mannheim¹¹¹ ist demgegenüber der Auffassung, daß

¹⁰⁴ Vgl. die bei OVG Hamburg, Beschl. v. 26.09.1996 - OVG Bs III 84/96 S. 6 zitierte Auskunft der ZVS.

¹⁰⁵ OVG Hamburg, aaO; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.07.1996 - 10 N 352/96 - (Architektur Hannover WS 1995/96) sowie Beschl. v. 30.07.1996 - 10 N 771/95 - (Architektur Braunschweig WS 1995/96, OVG Berlin, Beschl. v. 31.03.1999 – OVG 5 NC 173.99 - Psychologie FU Berlin SS 1998 bei www.studienplatz-recht.de.

¹⁰⁶ Vgl. zur Geschichte dieser Regelung und kritisch zum Inhalt Berlin in Bahro u.a. Rz. 30 zu Art. 7 StV S. 75.

¹⁰⁷ OVG Weimar, Beschl. v. 17.06.1998 – 1 NC O 339/98, KMK-HSchR 41C Nr. 20 = DÖV 1998, S. 934.

¹⁰⁸ Demgegenüber hat das OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.07.1996 – 10 N 7771/95 - einen Widerspruch zwischen Art. 7 Abs.2 Satz 2 und Abs. 3 StV angenommen.

¹⁰⁹ Zuletzt z.B. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.03.1999 – 3 Nc 96/98 u.a. -.

¹¹⁰ So z.B. VG München, Beschl. v. 28.06.1999 – M 3 E L 99.20046 u.a. - Humanmedizin SS 1999; VG Berlin, Beschl. v. 03.06.1999 – VG 30 A 414.99 - HU Berlin SS 1999.

in Baden-Württemberg aufgrund der getrennten Festsetzung der Zulassungszahlen das Prinzip der semestralen Festsetzung gelte¹¹². Dies gelte nicht nur für die festgesetzten Zulassungszahlen, sondern auch für die Zulassung weiterer Studienbewerber außerhalb der festgesetzten Kapazität. Diese – nach unserer Auffassung unrichtige – Rechtsprechung kann dazu führen (und führte im konkreten Fall auch dazu) daß 6 Studienplätze aus dem WS 1998/99 in Humanmedizin an der Universität Heidelberg frei blieben, während mehr als 6 Bewerber im SS 1999 wegen Kapazitätserschöpfung zurückgewiesen wurden und die freien Plätze des WS 1998/99 im gerichtlichen Verfahren voraussichtlich nie mehr vergeben werden können.

Das OVG Hamburg¹¹³ hat in den Verfahren des SS 1999 11 Studienplätze, die im WS 1998/99 mangels Bewerbern freigeblieben sind, abweichend von seiner bisherigen Praxis¹¹⁴ nicht der Kohorte des SS 1999 zugeschlagen, da es sich bei dem von ihm errechneten Studienplätzen um „fingierte Kapazität“ handelte; letztlich sei aber der Gesichtspunkt entscheidend, daß eine Überlastung der vorklinischen Lehrereinheit durch die gleichzeitige Entscheidung des Senats über zwei Semester und eine – möglicherweise hinzukommende Entscheidung des VG zum WS 1999/2000 drohe. Insoweit sei im Rahmen einer Interessenabwägung das Interesse der Antragsgegnerin an einem geordneten Ausbildungsbetrieb – der im übrigen auch im Interesse der Bewerber liege – in der Weise zu berücksichtigen, daß die 11 freien Plätze nicht auf das SS 1999 übertragen würden. In den Verfahren des SS 2000 hat das OVG Hamburg¹¹⁵ ausdrücklich seine bisherige Rechtsauffassung zur Aufteilung der jährlichen Aufnahmekapazität aufrecht erhalten und auf die gegenüber Baden-Württemberg andere Behandlung des Schwundausgleichs (Schwund statt Auffüllprinzip¹¹⁶) Bezug genommen. Dementsprechend seien freie Kapazitäten grundsätzlich auf der Basis der festgestellten Jahreskapazität zu verteilen. Etwas anderes gelte allerdings dann, soweit die gerichtliche Zulassung nicht auf festgestellter realer, sondern auf – aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes – fingierter Kapazität beruhe, wie es im konkreten Fall angesichts der Fingierung von 38 SWS wegen rechtswidrig gestrichener Planstellen der Fall sei¹¹⁷.

VI. Keine Kapazitätsüberprüfung bei kirchlichen Hochschulen

Bereits in unserem Berichtsaufsatz aus dem Jahr 1996¹¹⁸ haben wir darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Studienwilligen aus Art. 12 Abs. 1 GG gegen die Träger privater, insbesondere kirchlicher Hochschulen grundsätzlich verneint¹¹⁹. Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch das VG Osnabrück¹²⁰ angeschlossen.

¹¹¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 16.08.1999 – NC 9 S 31/99, KMKHSchR/NF 41C N. 26.

¹¹² Unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Urte. v. 03.12.1984 – NC 9 S 1586/83, KMK-HSchR 1985, 688.

¹¹³ OVG Hamburg, Beschl. v. 18.10.1999 – 3 Nc 56/99 - Humanmedizin Hamburg SS 1999 S. 34., WissR 2000, 78.

¹¹⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 29.03.1984 – OVG Bs III 675/83 S. 50; Beschl. v. 30.03.1984, KMK-HSchR 1985, 189, 209; Beschl. v. 28.03.1985 – OVG Bs III 623/84, Umdruck S. 59 m.w.N.

¹¹⁵ OVG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2000 – 3 Nc 128/00 u.a. -.

¹¹⁶ VGH Mannheim, Beschl. v. 16.08.1999 – NC 9 S 31/99 -.

¹¹⁷ Bei dieser Entscheidung war dem OVG – aufgrund unterlassener Aufklärung durch den Fachbereich Medizin und den Planungsstab der Universität Hamburg allerdings nicht bekannt, daß ein erheblicher Teil dieses als fingiert angesehenen Lehrangebots bereits durch Zurbilligung von Stellen zu realem Lehrangebot geworden war; vgl. hierzu die Ausführungen zu „Erörterungstermine“.

¹¹⁸ Brehm/Zimmerling/Becker NVwZ 1996, 1173 (1179).

¹¹⁹ BayVG, Beschl. v. 07.04.1992 – 7 CE 92.10001, NVwZ 1992, 1225; OVG Saarlouis,

Insoweit hat das VG darauf hingewiesen, daß nach Art .19 des Dritten Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen vom 12.03.1992¹²¹ den Ländern die Möglichkeit eröffnet hat, staatlich anerkannte Hochschulen mit Zustimmung des Trägers in das Verfahren der ZVS einzubeziehen. Hierbei gelten öffentliche nicht staatliche Fachhochschulen als staatlich anerkannte Hochschulen im Sinne des Staatsvertrages.

Das VG begründet dies damit, daß das aus Art. 12 Abs.1 Satz 1 GG abgeleitete Recht auf Teilhabe an staatlichen Leistungen keinen inhaltsgleichen Anspruch auf Leistung einer Religionsgemeinschaft vermittele, deren an der kirchlichen Lehre ausgerichtete Bildungsarbeit den Schutz des Art. 140 genießt. Das VG schließt sich insoweit jedoch der Auffassung des OVG Münster¹²² an, wonach das Handeln der kirchlichen Einrichtung in Bezug auf die Ausschöpfung des Ausbildungsangebots nur dem Maßstab des verfassungsrechtlichen Willkürverbots unterliege. Dieser beziehe sich zwar auf die Zulassungsrichtlinien, nicht jedoch auf die für staatliche Hochschulen geltenden, das Gebot der Kapazitätserschöpfung konkretisierenden Bestimmungen, die bei kirchlichen Hochschulen als rechtlicher Prüfungsmaßstab nicht zur Verfügung stünden¹²³. Besondere Zugangsvoraussetzungen – z.B. bestimmte Konfessionszugehörigkeit bei Hochschulen mit kirchlicher Trägerschaft – können wie auch sonst berücksichtigt werden.

VI. Doppelstudium Kurszulassung und Quereinstieg

1. Doppelstudium

Die Hochschulgesetze sehen im Regelfall vor, daß eine gleichzeitige Zulassung in einem anderen Studiengang u.a. dann nicht möglich ist, wenn dadurch andere Bewerber an der Aufnahme ihres Studiums gehindert würden¹²⁴. Diese Regelung hat das OVG Hamburg¹²⁵ im Falle eines angestrebten Doppelstudiums Humanmedizin/Zahnmedizin wegen der beabsichtigten Berufsausbildung zum Arzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie angenommen. Es sei verfassungsrechtlich hinzunehmen, wenn der in Ermangelung staatsvertraglicher Regelung insoweit berufene Landesgesetzgeber in zulassungsbeschränkten Studiengängen ein Parallelstudium versagt und der Bewerber auf das (nachfolgende) Zweitstudium zugunsten derjenigen, die keinen berufsqualifizierenden Abschluß haben, verwiesen wird¹²⁶.

2. Kurszulassung

Beschl. v. 18.09.1995 – 1 W 6/95, NVwZ 1996, 1237; OVG Münster, WissR 1983, Beiheft 8, 154; VGH Mannheim, WissR 1983, Beiheft 8, 149 = DÖV 1981, 65.

¹²⁰ VG Osnabrück, Beschl. v. 24.09.1999 – 3 B 41/99, NVwZ 2000, 961 für eine als Stiftung des Öffentlichen Rechts betriebene katholische Fachhochschule.

¹²¹ Ebenso Art. 19 des (Vierten) Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen vom 24.06.1999.

¹²² OVG Münster, WissR 1983, Beiheft 8, 154.

¹²³ Schwere Bedenken gegen diese Beschränkung der Kapazitätsüberprüfung äußern Bahro/Berlin/Hübenthal, Hochschulzulassungsrecht, 3. Aufl. 1994, 8.19 StV Rz. 2 u. 3, S. 161 jedenfalls für den Fall, wenn diese Hochschulen im wesentlichen mit staatlichen Zuwendungen erhalten werden. Es gilt dann – so zu Recht – daß mit öffentlichen Mitteln erbrachte Aufwendungen grundsätzlich auch allen Hochschulzugangsberechtigten verfügbar gemacht werden müssen.

¹²⁴ So im entschiedenen Fall § 30 Abs. 2 Satz 2 HmbHG.

¹²⁵ OVG Hamburg, Beschl. v. 15.05.1995 – OVG Bs III 322/94, KMK-HSchR 11 C Nr. 9.

¹²⁶ OVG Hamburg aaO unter Bezugnahme auf OVG Koblenz, Beschl. v. 23.03.1987, KMK-HSchR 1987, 682 ff. (684).

In zunehmenden Maße versuchen Hochschulen der (behaupteten) Überlastung in einzelnen Kursen durch Einführung eines inneren NC bzw. Verschärfung von Kurszulassungsanforderungen zu begegnen¹²⁷. Die Nichtzulassung zu Ausbildungsmöglichkeiten stellt einen Eingriff in Art. 12 GG dar, die auch bei einer gesetzlichen Möglichkeit der Einschränkung der freien Wahl von Lehrveranstaltungen durch Studien- und Prüfungsordnungen nur in unabdingbarem Umfang beschränkt werden darf¹²⁸. Eine Regelung, die den Zugang zum Phantomkurs I der Zahnersatzkunde vom Bestehen der Naturwissenschaftlichen Vorprüfung abhängig macht, ist damit rechtswidrig, wenn auf diese Weise Praktikumsplätze frei bleiben und die Nichtbesetzung vorhandener freier Plätze die Kapazität im Folgesemester zusätzlich durch eine größere Anzahl sich um Praktikumsplätze bewerbender Studienbewerber beschränkt.¹²⁹

¹²⁷ Vgl. zum inneren NC Becker/Hauck, NVwZ 1984, 81 ff. [84] m.w.N.

¹²⁸ OVG Saarlouis, Beschl. v. 11.11.1991 – 8 W 80/81; VG Frankfurt, Beschl. v. 29.10.1998 – 12 G 3414/98 (V) -.

¹²⁹ VG Frankfurt, Beschl. v. 29.10.1998 – 12 G 3414/98 (V) -.

3. Quereinstieg und Zulassung in höhere Fachsemester

Nach einer grundsätzlichen Entscheidung des OVG Hamburg¹³⁰ muß ein Bewerber für ein höheres Fachsemester bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist (bzw. innerhalb eines weiteren Monats) nachweisen, daß er die Merkmale dieses Bewerberkreises erfüllt.

Im Studiengang Psychologie ist dafür der Nachweis des Bestehens der Diplom-Vorprüfung notwendig.

In diesem Fall lag das Zeugnis der Diplomvorprüfung bei Ablauf der regulären Bewerbungsfrist am 15.07.1998 noch nicht vor; es war erst am 25.08.1998 erteilt worden. Damit war die Frist versäumt. Auch die neu eingeführte Nachfrist, wonach Bewerber für die Studienplätze des Hauptstudiums den Grundstudiennachweis für das Sommersemester bis zum 15.02. und für das Wintersemester bis zum 15.08. nachreichen können führte nicht zu einem günstigeren Ergebnis, da das Zeugnis über die Diplom-Vorprüfung erst zehn Tage später ausgestellt worden sei.

Härten im Einzelfall, die mit jeder Stichtagsregelung verbunden seien, stellten deren Gültigkeit nicht in Frage. Im vorliegenden Fall hatte allerdings die Bewerberin einen Antrag auf Zulassung außerhalb der Kapazität erst verspätet, nämlich nach den in Hamburg von dem OVG für richtig gehaltene Fristen (dazu gleich) gestellt, so daß auch keine Zulassung „außerhalb der Kapazität“ in Frage kam.

VII. Prozessuales

1. Form und Frist für Anträge außerhalb der festgesetzten Kapazität

a) Bewerbungsanträge bei den Hochschulen

Durch die bayerische Vergabeverordnung in der Fassung der Verordnung zur Änderung dieser Verordnung vom 22.04.1996¹³¹ wurde für Fachhochschulen eine Frist für Anträge außerhalb der festgesetzten Kapazitäten auf den 15.06. eines jeden Jahres vorgesehen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof¹³² hat gegen die Rechtmäßigkeit dieser Frist ebenso Zweifel wie die Verwaltungsgerichte Ansbach, Regensburg und München¹³³:

Im Beschluß vom 12.02.1997¹³⁴ hat der BayVGH dann die entsprechende Frist - jedenfalls für das Studienjahr 1996/97 - für verfassungswidrig erklärt.

Das OVG Lüneburg¹³⁵ hat klargestellt, daß die dort normierte Ausschlußfrist (15.10.) gemäß § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 31 Abs. 3 VwVfG mit Ablauf des 16.10. endet, wenn der 15.10. auf einen Sonntag fällt, und somit die Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktages endet.

Die durch §§ 3, 4 HHVO Sachsen-Anhalt¹³⁶ normierte Frist (15.07) und Form (es müssen

¹³⁰ OVG Hamburg, Beschl. v. 05.03.1999 – 3 NC 139/98 -.

¹³¹ GVBI S. 171.

¹³² BayVGH, Beschl. v. 10.01.1997 - 7 CE 96.10035 -.

¹³³ VG Regensburg, Beschl. v. 14.10.1996 - RO 7 E 96.10021; VG Ansbach Beschl. v. 12.11.1996 - AN 16 E 96.10021 u.a.; VG München, Beschl. v. 15.11.1996 - M 3 E 96.20062 -.

¹³⁴ Beschl. v. 12.02.1997 - 7 CE 96.10046, BayVGH, Beschl. v. 12.02.1997 - 7 CE 96.10046 -.

¹³⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.11.2000 – 10 N 3904/00 -.

¹³⁶ LSA-GVBI 1993, 299, zuletzt geändert durch VO vom 16.12.1998, GVBI 1998,

zusätzliche Erklärungen auch bei außerkapazitären Anträgen abgegeben werden) hat das OVG Magdeburg¹³⁷ gebilligt. Die Regelung, wonach Zulassungsanträge nicht wirksam per Telefax gestellt werden können¹³⁸ hält das VG Magdeburg¹³⁹ nicht mehr für verfassungsmäßig, da die Regelung entfernter wohnende Antragsteller benachteiligt und angesichts der Verbreitung und Gebräuchlichkeit von Telefaxgeräten im Jahr 1998 es keine Anhaltspunkte für technische Schwierigkeiten gibt.

In Berlin hat der 7. Senat des OVG¹⁴⁰ die Frist des § 3 Abs. 3 Satz 3 der Hochschulzulassungsverordnung¹⁴¹, wonach Anträge für das WS bis 01.10., für das SS bis zum 30.03. bei der Hochschule eingegangen sein müssen, für außerkapazitäre Bewerbungen in Studiengängen, die in das zentrale Vergabeverfahren einbezogen sind mit der Begründung verneint, daß derartige außerkapazitäre Studienanfängerplätze durch die Vergabeverordnung nicht erfaßt werden, so daß eine analoge Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 3 auf außerkapazitäre Studienplätze von ZVS-Studiengängen angesichts des Charakters der Frist als Ausschlußfrist nicht in Betracht komme¹⁴². Diese Rechtsprechung gilt allerdings nicht für Studiengänge, die nicht von der ZVS verwaltet werden und nicht für Bewerbungen um außerkapazitäre Studienplätze im höheren Fachsemester¹⁴³.

Hinzuweisen ist auf die Entscheidung des OVG Hamburg¹⁴⁴ auf die für Bewerbungen innerhalb der Kapazität zu beachtenden Fristen.

Das OVG Lüneburg¹⁴⁵ hat entschieden, daß innerhalb der Ausschlußfrist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2b Hochschulvergabe-VO Niedersachsen auch für ZVS-Studiengänge erforderlich sei, daß die Hochschulzugangsberechtigung innerhalb der Ausschlußfrist vorgelegt werde; dies folge aus einer Zusammenschau von § 1 Abs. 2, wonach die Verordnung nicht gilt, soweit die ZVS zuständig ist und § 2 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 Hochschulvergabe-VO, die Frist und Form eines Zulassungsantrags außerhalb des Zulassungsverfahrens und der festgesetzten Zulassungszahl regelt. Der zuletzt genannten Regelung hätte es nicht bedurft, wenn die Hochschulvergabe-VO nur Geltung für die von der Hochschule verwalteten Studiengänge hätte.

501.

¹³⁷ OVG Magdeburg, Beschl.v.22.03.1999, B 2 S 432/98 u.a. -.

¹³⁸ § 3 Abs. 4 Satz 6 HVVO LSA, ebenso § 3 Abs. 1 HVVO Berlin.

¹³⁹ VG Magdeburg, Beschl.v.23.10.1998 - B 5 K 681/98 u.a.; Beschl. v. 13.10.2000 - 5 C 556/00 u.a.; .A.A. Bahro § 3 VergabeVO Rz. 8 a.E.

¹⁴⁰ OVG Berlin, Beschl. v. 02.04.1996 – OVG 7 NC 159.95 -.

¹⁴¹ Hochschulzulassungsverordnung vom 21.12.1993 GVBl 1994, S. 21.

¹⁴² Unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 22.10.1993, DVBl. 1994, 5170; OVG Berlin, Beschl. v. 27.01.1994 – OVG 7 S 48.93 -.

¹⁴³ OVG Berlin, Beschl. v. 09.06.1998 – 7 NC 62.98 -.

¹⁴⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 05.03.1999 – 3 NC 139/98 -.

¹⁴⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.11.2000 – 10 N 3904/00 -

b) Anordnungsanträge bei den Gerichten

Nach ständiger Rechtsprechung des OVG Bautzen¹⁴⁶ muß der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung dem Verwaltungsgericht am ersten Vorlesungstag des Bewerbungssemesters vorliegen. Dem hat sich das VG Leipzig für das Studienjahr 2000/2001 nicht mehr angeschlossen und hat auch Anträge, die nach diesem Zeitpunkt gestellt wurden, in einen im Rahmen eines Erörterungstermins abgeschlossenen Vergleich einbezogen. Das OVG Greifswald¹⁴⁷ hat entschieden, daß ein Anordnungsgrund erst dann verneint werden kann, wenn der vorläufige Rechtsschutz erst nach dem ersten Vorlesungstag in Anspruch genommen wird¹⁴⁸.

c) Bewerbung bei der ZVS als Voraussetzung für die Bejahung eines Anordnungsanspruchs ?

Zahlreiche Verwaltungsgerichte in den neuen Ländern lehnten in der Vergangenheit Anträge auf Erlaß einstweiliger Anordnungen wegen Fehlens eines Anordnungsgrundes dann ab, wenn der jeweilige Antragsteller entweder nicht oder jedenfalls nicht fristgemäß bei der Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen einen Antrag auf Zulassung zum Studium der Humanmedizin gestellt hat. Das Sächsische Obergericht¹⁴⁹ hat nunmehr § 27 SächsStudPIVgabeVO in Ermangelung einer Verordnungsermächtigung für nichtig erklärt¹⁵⁰. Eine dem Art. 75 Abs. 1 Satz 1 und 2 SächsVerfG genügende Verordnungsermächtigung zur Regelung des Verwaltungsverfahrens hinsichtlich der Geltendmachung eines Zulassungsanspruchs außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen habe der sächsische Gesetzgeber dem sächsischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst nicht erteilt. § 12 Satz 2 Nr. 5 und Nr. 10 SächsHZG bzw. § 1 SächsHZG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Nr. 6 des Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen sei hinsichtlich des Begriffs der „freigebliebenen Plätze“ mehrdeutig. In einer Analyse der Vorschriften kommt das OVG dazu, daß die Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen vom Regelungsinhalt und Regelungszweck des Staatsvertrages nicht umfaßt werden.

Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Inanspruchnahme der Gerichte zur Erlangung eines außerkapazitären Studienplatzes fehle es allerdings dann, wenn der Bewerber im Falle einer fristgerechten Antragstellung bei der Zentralstelle durch diese einen Studienplatz erhalten hätte, denn dann hätte das mit dem Antrag verfolgte Ziel einfacher und ohne die Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes erreicht werden können¹⁵¹.

¹⁴⁶ OVG Bautzen, Beschl. v. 13.01.1997 - NC 2 S 23/94;-bestätigt durch Beschl. v. 10.05.1999 – NC 2 S 2/99 -.

¹⁴⁷ OVG Greifswald, Beschl. v. 18.12.1998 - 2 N 1/98; NVwZ-RR 1999, 542.

¹⁴⁸ Ebenso OVG Hamburg NVwZ-RR 1992, 22.

¹⁴⁹ OVG Bautzen, Beschl. v. 18.11.1999 – NC 2 S 73/99, www.Studienplatz-Recht.de.

¹⁵⁰ Diese Rechtsfrage hatte das OVG Bautzen noch im Beschluß vom 18.05.1999 – NC 2 S 30/98 offengelassen, soweit es um die Vergabe von Studienplätzen in höheren Semestern und um nicht in das Verfahren der ZVS einbezogenen Studienplätze ging.

¹⁵¹ Dies hat das OVG z.B. bejaht in einem Beschluß vom 22.11.1999 – NC 2 S 76/99 unter Berechnung der Wartezeit seit der Erlangung der HZB.

2. Anordnungsgrund

Nach Ansicht des OVG Münster¹⁵² fehlt ein Grund für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes regelmäßig, wenn einem Studienbewerber die Aufnahme des angestrebten Studiums an einer anderen Hochschule im Bundesgebiet als der seiner Wahl möglich ist, weil dort Zulassungsbeschränkungen nicht bestehen. Etwas anderes gilt - wie bei der Ortswechselklage - ausnahmsweise nur dann, wenn gewichtige Gründe, namentlich familiäre und soziale Gründe in der Person des Studienbewerbers oder etwa die spezielle Ausrichtung des Studiengangs an der Hochschule der Wahl, ein Studium an einem anderen Ort unzumutbar erscheinen ließen. Noch keine gesicherte Rechtsprechung liegt zu der Frage vor, ob das Rechtsschutzbedürfnis auch dann fehlt, wenn ein Studienbewerber an anderen Hochschulen, an denen keine Zulassungsbeschränkung besteht, eine Eignungsprüfung bestehen muß. Hierzu hat das OVG Bremen¹⁵³ entschieden, daß eine derartige Prüfung keine objektive Zulassungsschranke, sondern eine an die individuelle Qualifikation anknüpfende subjektive Zulassungsschranke darstelle, so daß es einem Antragsteller grundsätzlich zuzumuten sei, sich einer solchen Prüfung zu unterziehen und es solange, solange nicht feststehe, ob er diese Prüfung bestanden oder nicht bestanden habe, es an einem Anordnungsgrund fehle. Diese Rechtsauffassung teilen wir nicht.

Das OVG Hamburg¹⁵⁴ verneint das Regelungsbedürfnis in einem Fall, in dem sich ein Bewerber nicht bei der ZVS für den betreffenden Studiengang beworben hat, im Fall einer Bewerbung jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Studienplatz erhalten hätte¹⁵⁵.

Das OVG Hamburg¹⁵⁶ und das OVG Bautzen¹⁵⁷ vertreten die Auffassung, daß es im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens nicht geboten ist, aufzuklären, ob die Hochschule die Kapazität der Lehreinheit Kinisch-Praktische Medizin zutreffend berechnet hat. Dies sei nicht notwendig, um wesentliche Nachteile von den Antragstellern anzuwenden, denn diese könnten aufgrund der einstweiligen Anordnung bei dem Studium der Humanmedizin beginnen; die Frage, ob sie ihr Studium nach Bestehen der Ärztlichen Vorprüfung fortsetzen können, stelle sich gegenwärtig und auch in naher Zukunft nicht. Sollten sie zum Zeitpunkt der bestandenen Ärztlichen Vorprüfung noch keine Zulassung haben, bleibe ihnen schließlich die Möglichkeit, sich mit einem weiteren Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung, dem dann ein fehlender Antragsgrund nicht entgegenstehen würde, um die Zuweisung eines vorläufigen klinischen Studienplatzes zu bemühen¹⁵⁸.

3. Kapazitätsdeckende Belegung und Überbuchung

Für die Frage der kapazitätsdeckenden Belegung sind in früheren Kapazitätsverfahren vergebene Studienplätze auf das Semester zu beziehen, nach dessen Sach- und Rechtslage die ungenutzte Kapazität festgestellt worden war. Ihre „Verrechnung“ mit freien Studienplätzen des nachfolgenden Berechnungszeitraums mit dem Argument, die betreffenden Studienbewerber hätten ein „entsprechendes Angebot zur Aufnahme des Studiums in dem dem Bezugsemester folgenden Wintersemester erhalten und angenommen“ würde dazu führen, daß die Korrektur kapazitätsrechtlicher Fehler in einem früheren Berechnungszeitraum zu Lasten von Studienbewerbern für ein späteres Semester ginge; die Unzulässigkeit einer solchen Ver-

¹⁵² OVG Münster, Beschl. v. 03.06.1996 - 13 C 40/96 -.

¹⁵³ OVG Bremen, Beschl. v. 03.11.1993 - 1 B 148/93 -.

¹⁵⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 16.12.1996 - OVG Bs III 144/96 -.

¹⁵⁵ Unter Bezugnahme auf OVG Hamburg, Beschl. v. 24.06.1994, NVwZ-RR 1992, S. 22.

¹⁵⁶ OVG Hamburg, Beschl. v. 07.10.1999 - 3 Nc 10/99; a.A. noch OVG Hamburg, Beschl. v. 05.08.1996 - OVG Bs III 530/94 -.

¹⁵⁷ OVG Bautzen, Beschl. v. 21.02.2000 - NC 2 C 3/99 -.

¹⁵⁸ Unter Bezugnahme auf OVG Hamburg, Beschl. v. 02.12.1997 - OVG Bs III 161/97-.

rechnung, die die Effektivität verwaltungsgerichtlicher Kontrolle der Kapazitätsfestsetzung grundsätzlich in Frage stellen würde liegt nach Ansicht des OVG Berlin zu Recht auf der Hand¹⁵⁹.

Kommt es infolge einer gerichtlichen Vergabe von Studienplätzen zu einer Überbuchung der festgelegten Zulassungszahl, muß sich dies ein dem Losverfahren nicht zum Zuge gekommener Bewerber um einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität in gerichtlichen Verfahren grundsätzlich entgegenhalten lassen¹⁶⁰.

4. Verrechnung von besetzten Studienplätzen bei Kapazitätsänderung im Berechnungszeitraum

Tritt in einem Berechnungszeitraum zwischen WS und SS eine Veränderung der Kapazität ein, z.B. durch kapazitätssenkende Umwandlung oder den Wegfall von Stellen, so kann angesichts der verschiedenen Kapazitäten in beiden Bezugssemestern die kapazitätsdeckende Besetzung nicht in der Weise ermittelt werden, daß die gerichtlich errechnete Kapazität des „kleineren“ Semesters verdoppelt und die Zulassungen aus beiden Semestern hierauf verrechnet werden¹⁶¹. Vielmehr ist die jeweils gerichtlich festgestellte Kapazität beider Semester zu addieren und die jeweiligen Besetzungen hierauf zu verrechnen¹⁶².

5. Gerichtliche Vergabe und „freiwillige Zuteilung von Studienplätzen durch die Hochschulen“

Die Gerichte haben festgestellte freie Kapazitäten unter den Klägern auszukehren, sobald diese Kapazitäten festgestellt worden sind. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Auch steht es der Hochschule frei, ein sogenanntes „Vorlosverfahren“ durchzuführen mit dem Ziel, daß im Falle der gerichtlichen Feststellung freier Kapazitäten diese unter vom VG unter den Klägern nach der in diesem Vorlosverfahren erzielten Rangziffer vergeben werden¹⁶³.

Allerdings haben Hochschulen die Möglichkeit, einstweiligen Anordnungen dadurch zu vermeiden, daß sie die nach Feststellung des Gerichte in vorhergehenden Vergabeverfahren festgestellten freien Kapazitäten in künftigen Semestern in einem willkürfreien Verfahren unter den gerichtlichen Antragstellern vergeben.

Die Besetzung von Studienplätzen jenseits der festgesetzten Kapazität ist auch dann nicht zu beanstanden, wenn die Hochschule diese Plätze nicht an die jeweiligen Antragsteller, sondern durch die ZVS im Nachrückverfahren vergibt¹⁶⁴.

6. Antrag auf Zulassung der Beschwerde

Aktuell sind insoweit zwei Entscheidungen des BVerfG¹⁶⁵ zu beachten, die sich mit der Frage

¹⁵⁹ OVG Berlin, Beschl. v. 02.04.1996 - OVG 7 NC 188.95 - (Architektur TU Berlin WS 1995/96), ebenso der 5. Senat, ZM.

¹⁶⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 02.10.1995 – NC 9 S 19/95, KMK-HSchR/NF 41C Nr. 18.

¹⁶¹ So aber VG Frankfurt, Beschl. v. 25.07.1997 - 5 Fa 17013/97 u.a. -.

¹⁶² Die Beschwerde hat der VGH Kassel zugelassen, ohne jedoch den Zulassungsgrund zu nennen; die Beschwerde wird aus anderen Gründen – Korrektur des Schwundes – Erfolg haben.

¹⁶³ VG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.1999 – NC 7 K 1073/99; insoweit bestätigt durch VGH Mannheim, Beschl. v. 17.08.1999 – NC 9 S 38/99 -.

¹⁶⁴ HessVGH, Beschl. v. 19.05.1993 – Ga 31 G 6292/93 T, VG Gießen, Beschl. v. 28.05.1999 – 3 Ma 19090/99 (2) Humanmedizin Marburg SS 1999.

¹⁶⁵ BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, DVBl. 2000, 407; Beschl. v.

beschäftigen, welche Anforderungen an die Darlegung von Gründen zu stellen sind, auf die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Antrag auf Zulassung der Berufung gestützt werden kann. Danach verbietet es die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes durch Art. 4 GG, wenn prozeßrechtliche Vorschriften Rechtsbehelfe vorsehen, den Gerichten eine Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren. Das gleiche gilt, wenn das Prozeßrecht wie §§ 124, 124 a VwGO den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit gibt, die Zulassung eines Rechtsmittels zu erstreiten. „Deshalb dürfen insbesondere die Anforderungen an die Darlegung der Zulassungsgründe nicht derart erschwert werden, daß sie auch von einem durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten Rechtsanwalt mit zumutbarem Aufwand nicht mehr erfüllt werden können“¹⁶⁶.

Das BVerfG hat keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Regelung des § 124 Abs. 2 VwGO und gegen die Darlegungspflicht nach § 124 a Abs. 1 Satz 4 VwGO. Die Gerichte könnten bei Auslegung und Anwendung solcher Regelungen ein Mindestmaß an Substantiierung verlangen. Weiter heißt es wörtlich: „Doch dürfen die Anforderungen an die Substantiierung schon deshalb nicht überspannt werden, weil § 124 a Abs. 1 VwGO dem Antragsteller nur einen Monat nach der Zustellung Zeit läßt, die Zulassungsgründe herauszuarbeiten.“ Das Zulassungsverfahren hat nicht die Aufgabe, das Berufungsverfahren vorwegzunehmen. An die Begründung des Zulassungsantrags dürfen daher nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie an die spätere Berufungsbegründung nach § 124 a Abs. 3 VwGO, für die zusätzliche Zeit zur Verfügung steht.

Diese Erwägungen müssen natürlich auch für die Anforderung der Darlegung von Zulassungsgründen im Rahmen der Beschwerde gelten, für die ja nur zwei Wochen zur Verfügung stehen.

a) Verfahrensfehler

Stellt ein Gericht jedenfalls nach Anforderung den Verfahrensbeteiligten nicht alle Kapazitätsunterlagen zur Verfügung, ist von einem Verfahrensfehler gemäß § 124 Abs.2 Nr. 5 VwGO auszugehen, der zur Zulassung der Beschwerde führt¹⁶⁷, ggfls. zur Zurückverweisung an die I. Instanz¹⁶⁸.

Das VG hat in jedem Fall die Stellungnahme zu den übermittelten Unterlagen abzuwarten, bevor es über den Eilantrag entscheidet. Möglichen Verfahrensverzögerungen kann es durch Fristsetzungen nach § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bzw. § 87 b Abs. 1 Satz 1 VwGO vorgreifen¹⁶⁹. Streitig ist zu diesem Komplex alleine noch, ob das VG dem Antragsteller bzw. dessen Prozeßbevollmächtigten die Kapazitätsunterlagen auch ohne vorherige ausdrückliche Anforderung übersenden muß¹⁷⁰.

23.06.2000 – 1 BvR 830/00, NVwZ 2000, 1163.

¹⁶⁶ Unter Bezugnahme auf die Entscheidung BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, BayVBl. 1995, 178 zum Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung.

¹⁶⁷ So z.B. VGH Kassel, Beschl. v. 27.11.1997 - 8 Ga 27274/97.NC; sowie BayVGH, Beschl. v. 04.02.1998 - 7 ZE 98.10005; OVG Lüneburg, Beschl.v. 12.03.1998 - 10 N 5546/97-.

¹⁶⁸ So z.B. OVG Magdeburg, Beschl.v. 29.10.1997 - B 2 S 723/97 sowie VGH Mannheim, Beschl. v. 21.08.1998 - NC 9 S 11/98 - .

¹⁶⁹ BayVGH, Beschl. v. 17.11.1998 – 7 CE 98.10022 u.a. -

¹⁷⁰ So OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.03.1998 – 10 N 5546/97; a.A. BayVGH, Beschl. v. 17.11.1998 – 7 CE 98.10022 u.a. - .

b) Besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten

Das BVerfG¹⁷¹ verwirft die Anforderung, daß dargelegt werden müsse, daß die Komplexität der Sache meßbar über das in verwaltungsgerichtlichen Verfahren der jeweiligen Eigenart Übliche hinausgeht¹⁷². Solche Erkenntnisse kann sich ein nicht gerade auf das jeweilige Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt mit zumutbarem Aufwand nicht beschaffen, während sie dem angerufenen Gericht ohne weiteres zugänglich sind. Zu Recht weist das BVerfG darauf hin, daß Fachsenate in der Gefahr stehen, die Schwierigkeiten desto weniger wahrzunehmen, je mehr sie spezialisiert sind. Diesem Blickwinkel könne auch der informierte Rechtsanwalt nicht entsprechen. Er genügt seiner Darlegungspflicht regelmäßig mit erläuternden Hinweisen auf die einschlägigen Passagen des Urteils. Nur soweit er die Schwierigkeiten des Falles darin erblickt, daß das Gericht auf bestimmte tatsächliche Aspekte nicht eingegangen ist oder notwendige Rechtsfragen nicht oder unzutreffend beantwortet hat, kann gefordert werden, daß er diese Gesichtspunkte in nachvollziehbarer Weise darstellt und ihren Schwierigkeitsgrad plausibel macht.

In Zulassungsstreitverfahren haben die Obergerichte nicht in der geschilderten Weise „überzogen“, sondern regelmäßig bei hinreichender Darlegung die Beschwerde zugelassen.

So hat der VGH Mannheim¹⁷³ diesen Zulassungsgrund für den Fall der Überprüfung des Krankenversorgungsabzuges nach § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3c KapVO bejaht, da sich die Frage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erheblich von dem Spektrum der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu entscheidenden Streitigkeiten unterscheidet und keineswegs „auf den ersten Blick“ zu beurteilen ist. In einer weiteren Entscheidung¹⁷⁴ hat der VGH Mannheim diese Auffassung hinsichtlich der Ermittlung der Curricularanteile der nichtzugeordneten Studiengänge im Studiengang Humanmedizin bestätigt. Im Studiengang Tiermedizin haben sowohl das OVG Lüneburg¹⁷⁵ als auch das OVG Berlin¹⁷⁶ die Beschwerde zugelassen, weil die Rechtssache in Hinblick auf die gerügte Verfassungswidrigkeit des Krankenversorgungsabzuges besondere rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten aufweise.

¹⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 -.

¹⁷² So im Ausgangsverfahren VGH Mannheim, Beschl. v. 28.03.2000 – 6 S 1718/98 -.

¹⁷³ VGH Mannheim, Beschl. v. 10.07.1998 – NC 9 S 5/98 -.

¹⁷⁴ Beschl. v. 22.06.1999 – NC 9 S 19/99, NVwZ 2000, 88.

¹⁷⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.04.2000 – 10 N 4942/99 -.

¹⁷⁶ OVG Berlin, Beschl. v. 27.03.2000 – OVG 5 NC 11.00 -.

c) Grundsätzliche Bedeutung

Das OVG Berlin läßt auch im Eilverfahren die Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zu¹⁷⁷ da in Hochschulzulassungsstreitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Ablehnung von Studienbewerbern für außerkapazitäre Studienplätze in NC-Fächern in aller Regel nur im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden wird und zwar regelmäßig über die Anträge einer Vielzahl von Bewerbern. Die von den Verwaltungsgerichten getroffenen Entscheidungen bilden zum einen stets die Grundlage für gerichtliche Entscheidungen über die Zulassung in den darauffolgenden Semestern. Die Hochschulen machen zum anderen häufig die Rechtsausführungen der Verwaltungsgerichte in einstweiligen Anordnungsverfahren zur Grundlage ihrer Zulassungsberechnung in den folgenden Semestern. Da es nur selten zu Entscheidungen in der Hauptsache kommt, beruht die häufig schwierige Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Kapazitätsrechts durch die Obergerichte in aller Regel auf Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes, so daß gerade in diesen Verfahren Fragen von grundsätzlicher Bedeutung entschieden werden.¹⁷⁸

Entsprechend entscheidet der 9. Senat des VGH Mannheim, daß eine Zulassung der Grundsatzbeschwerde (nur) mit Blick auf solche Fragen in Betracht kommt, die einer Klärung im angestrebten Beschwerdeverfahren zugänglich sind¹⁷⁹. Wenn der Gesetzgeber in § 146 Abs. 4 VwGO ausdrücklich die „entsprechende Anwendung“ von § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO vorschreibe, so verbiete sich eine Auslegung, die eine Klärungserwartung mit der Richtigkeitsgewähr voraussetzt, die nur ein Hauptsacheverfahren bieten kann, da dies eine direkt und keine entsprechende Anwendung wäre und dazu führte, daß die Bezugnahme auf § 124 Abs. 2 Nr. 3 in § 146 Abs. 4 VwGO praktisch leer liefe. Bei entsprechender Anwendung könnte sich das Maß der vorauszusetzenden Richtigkeitsgewähr vielmehr von vornherein nur auf die Erkenntnismöglichkeiten beziehen, die im gerichtlichen Eilverfahren zur Verfügung stehen. Es müsse daher genügen, daß die klärungsbedürftige Frage im Beschwerdeverfahren einer Klärung nähergebracht oder einer vorläufigen Klärung zugeführt werde¹⁸⁰. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz komme hinzu, daß Rechtsfragen in aller Regel nicht offenbleiben können. Hänge die Entscheidung über einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung von der Beantwortung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukomme, so ist die Grundsatzbeschwerde auf entsprechenden Antrag hin in aller Regel zuzulassen; die gegenüber dem Hauptsacheverfahren möglicherweise nur eingeschränkte Richtigkeitsgewähr des gerichtlichen Eilverfahrens steht dem nicht entgegen¹⁸¹.

d) Ernstliche Zweifel

Mit den – zum Teil übersteigerten – Anforderungen der Rechtsprechung an die Darlegung ernstlicher Zweifel insbesondere bei der Zulassung der Berufung beschäftigt sich Happ in

¹⁷⁷ OVG Berlin, Beschl. v. 27.08.1998 – OVG 7 NC 235.98, unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 758.

¹⁷⁸ Die Oberverwaltungsgerichte berufen sich häufig auf § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, wonach der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache nur dann gegeben ist, wenn die Rechtsfrage in dem angestrebten Beschwerdeverfahren abschließend zu klären ist, was für die Klärung materiell-rechtlicher Fragen in der Regel verneint wird, so z. B. VGH Mannheim, VBIBW 1997, 373; OVG Münster, NVwZ 1998, 306; OVG Bautzen, NVwZ 1998, 308 = DÖV 1998, 165; OVG Weimar, DÖV 1998, 476; a. A. OVG Lüneburg, NVwZ 1998, 205.

¹⁷⁹ VGH Mannheim, Beschl. v. 16.08.1999 – NC 9 S 31/99, KMKHSchR/NF 41C N. 26.

¹⁸⁰ VGH Mannheim, aaO unter Bezugnahme auf HessVGH, Beschl. v. 30.01.1998 – 14 CZ 2416/97, NVwZ 1998, 755.

¹⁸¹ Unter Bezugnahme auf OVG Lüneburg, Beschl. v. 03.09.1997 – 12 M 3916/97, DVBl. 1997, 1336; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 18.11.1997 – 2 M 138/97, NordÖR 1998, 151; Johlen, NWVBl 1999, 41 [43].

BayVBl 99, 577 ff. Dessen Ausführungen sind nunmehr vom BVerfG¹⁸² bestätigt worden. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte Entlastungseffekt des Darlegungserfordernisses werde in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu vereinbarenden Weise überdehnt, wenn es damit dem Betroffenen abverlangen will, dem Gericht einen vollständigen Begründungskontext zu liefern, den es im Fall der Stattgabe selbst zu entwickeln hätte. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer Gerichtsentscheidung sind danach immer schon dann begründet, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden.

e) Divergenz

In Studienzulassungssachen kann nach Auffassung des VGH Mannheim¹⁸³ im Eilverfahren die Zulassung der Beschwerde auch wegen Divergenz erfolgen; dem Zulassungsgrund der Divergenz sei eigentümlich, daß die Vorinstanz eine Tat- oder Rechtsfrage gerade – und zwar divergierend – entschieden *hat*. Damit habe sie das Entscheidungsprogramm bestimmt und dahinter könne auch das Rechtsmittelgericht nicht mehr zurückbleiben. Dies gelte nicht nur für Klageverfahren, sondern auch für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

f) Zurückverweisung:

Die Verwaltungsgerichte und die Verwaltungsgerichtshöfe greifen zunehmend zur Beschleunigung zur Möglichkeit der „Durchentscheidung“, d.h. zur gleichzeitigen Entscheidung über die Zulassung der Beschwerde und Beschwerde in Kombination mit dem Mittel der Zurückverweisung. So hat z.B. das OVG Bautzen¹⁸⁴ in Hinblick auf einen bevorstehenden Erörterungstermin beim VG Dresden mit der Zulassung der Beschwerde auch zugleich in der Sache selbst entschieden, da dies durch die Eilbedürftigkeit geboten sei¹⁸⁵. Das OVG Greifswald¹⁸⁶ hat die Auffassung vertreten, daß in Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung das VG – mit der Folge der Zulässigkeit einer Zurückverweisung – auch dann nicht „in der Sache selbst“ gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 1 VwGO entschieden habe, wenn es zum Anordnungsgrund deshalb nicht vorgedrungen ist, weil es den Anordnungsgrund verneint hat¹⁸⁷. Auch der VGH Mannheim macht vom Mittel der Zurückverweisung in Studienzulassungssachen insbesondere bei Feststellung von Aufklärungsdefiziten in der I. Instanz Gebrauch¹⁸⁸.

In einem solchen Fall stellt sich dann stets die Frage der Bindungswirkung. Diese erstreckt sich auf die für die Aufhebung des Beschlusses und die Zurückverweisung ursächlicher rechtlicher Beurteilung¹⁸⁹. Erfolgte die Zurückverweisung, weil die Kammer über den Eilantrag entschieden hatte, ohne der Antragstellerin zuvor die Unterlagen zur Kapazitätsberechnung mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zur Kenntnis gegeben, ist das Verwaltungsgericht nicht gehindert, nach Überlassung der Kapazitätsberechnungsunterlagen den Antrag wegen

¹⁸² BVerfG, Beschl. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 -.

¹⁸³ VGH Mannheim, Beschl. v. 22.06.1999 – NC 9 S 19/99, NVwZ 2000, 88.

¹⁸⁴ OVG Bautzen, Beschl. v. 18.11.1999 – NC 2 S 73/99, www.Studienplatz-Recht.de.

¹⁸⁵ Unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Beschl. v. 12.02.1997 – 7 S 430/97, NVwZ 1997, 405; Meyer-Ladewig in: Schoch/Schmidt/Aßmann/Pietzner, VwGO § 146 Rz. 13r.

¹⁸⁶ OVG Greifswald, Beschl. v. 18.12.1998 – 2 N 1/98, NVwZ-RR 1999, 542.

¹⁸⁷ Die Entscheidung selbst beschäftigt sich mit der Frage der Rechtzeitigkeit eines Antrags bei Gericht. Der Anordnungsgrund könne erst dann verneint werden, wenn der vorläufige Rechtsschutz erst **nach** dem ersten Vorlesungstag in Anspruch genommen wird.

¹⁸⁸ VGH Mannheim, Beschl. v. 21.08.1998 – NC 9 S 11/98 -.

¹⁸⁹ Eyermann/Happ VwGO § 130 Rz. 16; VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.12.1998 – NC 7 K 2757/98 - .

fehlender Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches zurückzuweisen.

7. Erörterungstermine

Wir haben oben bereits auf die – regelmäßig jährlich – bei den Verwaltungsgerichten Leipzig und Dresden durchgeführten Erörterungstermine hingewiesen, in deren Rahmen es möglich war, die offenen tatsächlichen Fragen zu erörtern und die sich daran anknüpfenden Rechtsfragen zu diskutieren. In diesen Fällen konnten jeweils Zulassungsvergleiche abgeschlossen werden, durch die sich die TU Dresden und die Universität Leipzig verpflichteten, in den medizinischen Fächern eine vereinbarte Zahl von Studienplätzen zu verlosen, diese endgültig zu vergeben und die Aufgabe übernahmen, die Ausbildung der zugelassenen Studenten nachzuholen.

Erörterungstermine dienen jedoch nicht nur dem Abschluß von Vergleichen sondern fördern auch – gezwungenermaßen – die Wahrheitsliebe von Hochschulen. In diesem Zusammenhang ist auf einen Erörterungstermin vor dem VG Hamburg am 26.02.2001 im Studiengang Humanmedizin WS 2000/2001 hinzuweisen.

Zentraler Punkt dieses Erörterungstermins war die Frage, wie die in der Vergangenheit vom OVG Hamburg über die Kapazität hinaus zugelassenen zahlreichen Studenten ausgebildet wurden. Hierzu erklärte der frühere Studiendekan folgendes:

Zum einen werde - ohne daß die sich konkret darstellen lasse – mit höheren Betreuungsrelationen ausgebildet, so z.B. in Anatomie. Dort betreue ein Professor vorübergehend auch einmal zwei Tische (mit 30 Studenten), dann jedoch wieder nur einen Tisch; die erhöhten Studentenzahlen würden also durch flexible Organisation aufgefangen. Darüber hinaus werde nunmehr ein Teil der eigentlich den Professoren zur Verfügung stehenden Forschungsanteile für die Lehre verwendet, ebenso falle die Vor- und Nachbereitungszeit teilweise weg und damit werde natürlich auch die Betreuung der Studenten in der Zeit vor und nach dem Praktikum weniger intensiv.

Zusammenfassend wurde also die Tatsache, daß – ohne inneren NC – erheblich mehr Studenten ausgebildet werden, zum einen mit der flexibleren Organisation, zum anderen mit der Verwendung von eigentlich für andere Dinge vorgesehenen Arbeitsanteile für die unmittelbare Lehre begründet.

Dann aber platzte die Bombe: Der Studiendekan teilte nämlich mit, was weder dem Gericht noch uns bekannt war und auch weder im Kapazitätsbericht, noch in den Beschwerdeverfahren des SS 2000 noch in den Schriftsätzen zum SS 2001 mitgeteilt worden war:

Spätestens seit August 2000 standen der Lehrereinheit Vorklinik der Universität Hamburg 6 weitere Stellen für wissenschaftliche Angestellte zur Verfügung, die die Universität nie erwähnt hat. Eine Motivation, warum diese Stellen bisher nicht angegeben worden seien, wurde allerdings von Seiten des medizinischen Fachbereichs – weder vom Planer noch vom ehemaligen Studiendekan – gegeben. Es handele sich hierbei um Stellen, die wie folgt entstanden seien:

In Hamburg plane man bereits seit längerer Zeit einen Modellstudiengang unter dem Stichwort „problemorientiertes Lernen – POL“. Die Professoren der Vorklinik hätten jedoch nach einiger Zeit ihre Mitwirkung deshalb verweigert, weil sie durch die Ausbildung der zusätzlichen Studenten „über Gebühr“ belastet seien. Dies habe ihn, Professor Schulte, veranlaßt, mit der Wissenschaftssenatorin und ihrer Staatssekretärin Gespräche zu führen. Diese hätten dazu geführt, daß zusätzliche Mittel, teilweise aus dem Landeshaushalt, teilweise vom Ministerium für Wissenschaft und Forschung zugesagt worden seien. Es handele sich hierbei um einen „Finanzierungskorridor“, wonach Gelder nur dann fließen, wenn durch Vertrag gewisse Ziel- und Leistungsvereinbarungen geschlossen würden. Man habe für drei Jahre Gelder bekommen um 6 Stellen wissenschaftlicher Angestellten zu schaffen, auch in der Hoffnung, daß die Finanzierung nach Ablauf der drei Jahre fortgesetzt würde, wenn man an dem Modellstudiengang weiter arbeite. Die Finanzierungsmittel seien seit Frühjahr 2000 beim Dekan angesiedelt, es handele sich danach um POL-Stellen, obwohl das Projekt noch gar nicht laufe. Seit August 2000 seien 5 von 6 Stellen besetzt, die sechste werde demnächst besetzt. Man gehe davon aus, daß diese 6 Stellen jeweils mit einer Lehrverpflichtung von vier Semesterwochenstunden (SWS) versehen seien und dementsprechend mit 24 SWS in die Kapazitätsberechnung eingehen.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, wie dringend Erörterungstermine sind und sollte die Verwaltungsgerichte, die zum Teil seit Jahren weder solche Erörterungstermine anberaumt noch Hauptsacheverfahren entschieden haben, angesichts der besonderen Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG nunmehr veranlassen, unserer oft – vergeblich – gegebenen Anregung nachzukommen.

8. Prozeßkostenhilfe, Erledigung, Kosten

a) Prozeßkostenhilfe

Aufgrund von mehreren Entscheidungen zur Ablehnung von PKH bei Zulassungsverfahren¹⁹⁰ einer lebhaften Diskussion auf der Tagung der Richterakademie in Wustrau zum Hochschulzulassungsrecht am 03.02.2000 ist es notwendig, auf die – schon etwas ältere Rechtsprechung des BVerwG¹⁹¹ hinzuweisen. Das BVerwG hat ausgesprochen, daß die Rechtsauffassung, Prozeßkostenhilfe sei mangelnder Erfolgsaussichten nicht zu gewähren, falls – wie es in den sogenannten harten NC-Fächern die Regel sei – die Zahl der Studienplatzkläger die Zahlen möglicher freier Studienplätze um ein Vielfaches übersteigt, nicht zutrifft. Das BVerwG differenziert zwischen Rechtsverfolgung einerseits – der Feststellung freier Studienplätze – und der Verwaltungstätigkeit – der Verlosung oder sonstigen Vergabe andererseits, auf die es in diesem Zusammenhang nicht ankommt. Es ist Anspruchsvoraussetzung der Gewährung von PKH nach § 114 ZPO, daß die beabsichtigte Rechtsverfolgung der kostenhilfebedürftigen Partei hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Die Verlosung von Studienplätzen, auch soweit das Verwaltungsgericht – letztlich aus verfahrenstechnischen Gründen – anstelle der Hochschule selbst vornimmt, ist dieser Rechtsverfolgung nicht zuzurechnen. Sie dient zur Realisierung des Zulassungsanspruchs, gehört aber als ein der Sache nach als Verwaltungstätig-

¹⁹⁰ VG Dresden, Beschl. v. 22.11.1999 – NC 5 K 412/99; VG Gera, Beschl. v. 20.01.2000 – 2 NC 1439/99 GE -.

¹⁹¹ BVerwG, Beschl. v. 02.05.1985, BVerwG – 7 C 37.83, DVBl. 1986, 46.

keit zu qualifizierendes Auswahlverfahren, nicht zum Bereich der Rechtsverfolgung vor den Gerichten. Dementsprechend wird der Zulassungsanspruch als prozessualer Anspruch auch nicht von den Modalitäten der Studienplatzvergabe erfaßt und geprägt¹⁹². In die Prozeßkostenhilfeprüfung gehen folglich nur die rechtlichen Erfolgsaussichten und nicht die vom Gesetz der Wahrscheinlichkeit bestimmten Gewinnaussichten einer Studienplatzverlosung ein. Besteht hinreichende Aussicht, daß die festgesetzte Zulassungszahl das Studienplatzpotential der Hochschule nicht erschöpft und stehen dem Prozeßkostenhilfeantrag auch sonst keine Ablehnungsgründe entgegen, so ist PKH ohne Ansehung der Chancen zu gewähren, die der Antragsteller im Rahmen eines Losverfahrens hätte. Der prozeßkostenhilferechtliche Maßstab des § 114 ZPO gibt demnach für die allein zu treffende Entscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO nichts her¹⁹³.

Zwar liegen Entscheidungen über die beantragte Beschwerdezulassung gegen die Entscheidungen des VG Dresden¹⁹⁴ und des VG Gera¹⁹⁵ noch nicht vor, jedoch hat das OVG Lüneburg¹⁹⁶ unter Aufhebung einer Entscheidung des VG Hannover Prozeßkostenhilfe bewilligt; das OVG Hamburg¹⁹⁷ hat in Abänderung einer Entscheidung des VG Hamburg die ohne Beiordnung eines Anwalts erfolgte PKH-Bewilligung auf die Beiordnung der Verfasser erstreckt.

Der HessVGH¹⁹⁸ hat eine Entscheidung des VG Gießen bestätigt, wonach auch bei einer Verlosung einer Reihe von Studienplätzen nur eine „entfernte“ Chance bestehe, die die Bewilligung von PKH nicht rechtfertigt und ist auch auf zwei nacheinander folgende Gegenvorstellungen zur Vorbereitung einer Verfassungsbeschwerde hiervon nicht abgerückt. Das BVerfG¹⁹⁹ hat jedoch die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, da sie keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung habe.

Aufgrund der Nachrangigkeit der PKH gegenüber dem Prozeßkostenvorschuss – PKV²⁰⁰ – setzt die Bewilligung von PKH angesichts der Tatsache, daß es sich um eine wichtige persönliche Angelegenheit handelt, für die grundsätzlich ein Anspruch auf PKV besteht weiter voraus, daß die Eltern des Antragstellers nicht leistungsfähig sind oder diese keine Unterhaltspflicht mehr trifft.

¹⁹² Unter Bezugnahme auf BVerwG, 60, 25 (37).

¹⁹³ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Problematik der Bewilligung bzw. Ablehnung von Prozeßkostenhilfe zuletzt BVerfG, Beschl. 07.04.2000 - 1 BvR 81/00 m.w.N.

¹⁹⁴ VG Dresden, Beschl. v. 22.11.1999 – NC 5 K 412/99 -.

¹⁹⁵ VG Gera, Beschl. v. 20.01.2000 – 2 NC 1439/99 -.

¹⁹⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.04.2000 – 10 O 30/00 -.

¹⁹⁷ OVG Hamburg, Beschl. v. 10.05.2000 – 3 So 19/00, NVwZ-RR 2001, 68; anders für die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren OVG Hamburg Beschl. v. 08.06.1999 – 3 So 91/98, KMKHSchR/NF 41C N. 25.

¹⁹⁸ HessVGH, Beschl. v. 16.05.2000 – 8 MA 822/00 – W9 – mit weiteren Beschlüssen auf Gegenvorstellung vom 05.06.2000 und 13.06.2000.

¹⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.07.2000, 1 BvR 1126/00.

²⁰⁰ So für einen Prüfungsprozeß ausdrücklich OVG Münster, Beschl. v. 26.11.1998 – 19 E 612/98, FamRZ 2000, 21 (nur LS) sowie OVG Bautzen, Beschl. v. 10.10.2000 – NC 2 C 77/99 für einen Kapazitätsprozeß.

b) Keine Erstattungsfähigkeit von Kopierkosten der Kapazitätsberichte zugunsten der Universitäten

In einem Kostenfestsetzungsverfahren hat die Urkundsbeamtin des VG Magdeburg²⁰¹ entschieden, daß die Universität keine Kostenerstattung für die Anfertigung von Kopien der Kapazitätsunterlagen verlangen kann. Die Verpflichtung zur Vorlage der Kapazitätsberechnungsunterlagen ergebe sich aus § 99 VwGO, der letztlich eine Ausprägung des Amtshilfeprinzips gemäß § 14 BRAGO darstellt, wonach die Behörden im Verwaltungsrechtsstreit zur Vorlage von Urkunden oder Akten und zu Auskünften verpflichtet sind. Das Gericht und auch der Antragsteller können nur anhand dieser Kapazitätsberechnungsunterlagen prüfen, ob die Nichtzulassung eines oder häufiger mehrerer Studienbewerber zu einem bestimmten Studiengang rechtmäßig war oder nicht. Die Kapazitätsunterlagen sind daher als Verwaltungsvorgang zu werten, anhand dessen im Verwaltungsrechtsstreit das Verwaltungshandeln der Behörde überprüft wird. Da die Vorlage eines solchen Vorgangs zur allgemeinen Prozeßförderungsspflicht gehört, ist der damit verbundene Aufwand den Generalunkosten einer Behörde zuzurechnen, die nicht erstattungsfähig sind²⁰²

c) OVG Berlin bejaht Erstattungsfähigkeit der Kosten der Berliner Uni-Anwälte

In zahlreichen Verfahren gegen die FU und die HU Berlin haben sich Studienbewerber und ihre Anwälte gegen die Kostenfestsetzung zugunsten des eingeschalteten Berliner Anwaltsbüros zur Wehr gesetzt. Nachdem nach ausführlicher Aufklärung die zuständige Kostenkammer des VG Berlin²⁰³ den Erinnerungen stattgegeben und die Kostenfestsetzungsbeschlüsse aufgehoben hat, hat nunmehr das OVG Berlin (Beschl. v. 07.02.2001 – OVG 3 K 17.00) in einem Musterverfahren die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und die Kostenfestsetzung zugunsten des Uni-Anwalts für berechtigt erklärt: Nach § 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts stets erstattungsfähig. Dessen Hilfe kann sich gemäß § 3 Abs. 3 BRAGO, § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht jeder Beteiligte, also eine Behörde bzw. eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts, in jeder Lage des Verfahrens bedienen. Der Feststellung, daß die entstandenen Kosten notwendig im Sinne von § 162 Abs. 1 VwGO waren, bedarf es bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt grundsätzlich nicht.

Zwar hat auch das OVG Berlin zutreffend festgestellt, daß der Grundsatz der Erstattungsfähigkeit anwaltlicher Kosten nicht uneingeschränkt gilt und Fallkonstellationen denkbar sind, in denen ausnahmsweise keine Erstattung stattfindet. Umschrieben werden solche Fälle überwiegend mit der Formel, daß die anwaltliche Vertretung offensichtlich nutzlos und objektiv nur dazu angetan sein müsse, den Prozeßgegner Kosten zu verursachen²⁰⁴. Diese Ansicht beruht auf dem Vorwurf eines rechtsmißbräuchlichen Verhaltens, eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Nur ausnahmsweise bedürfe es zur Verneinung eines Erstattungsanspruchs eines solchen Vorwurfs nicht. Als Anknüpfungspunkt genüge vielmehr der das gesamte Kostenrechnung

²⁰¹ VG Magdeburg, Kostenfestsetzungsbeschuß vom 02.02.2001 - 5 C 594/00 MD -.

²⁰² Unter Bezugnahme auf Raedecker/von Oertzen § 162 Anm. 9 m.w.N.; VG Magdeburg, Beschl. v. 08.04.1999 – 5 A 210/98; VGH Kassel Beschl. v. 10.02.1992 – 8DJ 2179/91, KostRsp BRAGO § 27 Nr. 79; VG Dessau, Beschl. v. 02.12.1997 – 2 A 4/95.

²⁰³ VG Berlin, Beschl. v. 12.08.2000 im Verfahren VG 35 A 47.00 ERK.

²⁰⁴ Unter Bezugnahme auf VGH Mannheim, Beschl. v. 29.08.1989, VBIBW 1990, 136, sowie Beschl. v. 28.02.1991, NVwZ 1992, 388; VGH München, Beschl. v. 28.05.1982, NJW 1982, 2394; OVG Lüneburg, Beschl. v. 06.04.1993 – 10 O 504.92 u.a.; Beschl. v. 22.09.1998 – 10 O 4442/97; Eyermann § 162 Rz. 8; Kopp/Schenke, VwGO § 162 Rz. 10.

beherrschende Grundsatz, die Kosten so niedrig wie möglich zu halten. Dieser dogmatisch aus § 162 Abs. 1 VwGO herzuleitende Gesichtspunkt bedeute, daß der Aspekt der Notwendigkeit an dieser Stelle in die Auslegung von § 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO einfließe. Er könne aber wegen der grundsätzlich uneingeschränkt geltenden Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten nur ganz restriktiv Anwendung finden. Der Verstoß gegen die Kostenminderungspflicht müsse offensichtlich sein, er müsse sich aus der Sicht eines verständigen Beteiligten geradezu aufdrängen. Diese Voraussetzungen seien im Fall der anwaltlichen Vertretung der Berliner Universitäten nicht gegeben.

Die Erhebung der Klage (es ging um eine fristwahrende Klage parallel zu einem laufenden EA-Verfahren) sei im Zeitpunkt ihrer Erhebung weder unzulässig noch aus sonstigen Gründen offensichtlich aussichtslos gewesen. In einem solchen Fall habe die Erinnerungsgegnerin ohne Verstoß gegen die Kostenminderungspflicht mit anwaltlicher Hilfe auf die Klage reagieren dürfen. Der Hochschule könne auch nicht vorgeworfen werden, daß sie über den Zulassungsantrag entschieden hat, denn dazu sei sie gesetzlich befugt. Durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe würden keine hoheitlichen Aufgaben ausgelagert. Die Gründe für die Übertragung der Vertretung im Prozeß auf Rechtsanwälte habe das Gericht grundsätzlich nicht zu erforschen. Der vom Verwaltungsgericht angenommene Abschreckungseffekt, der – wenn er das alleinige Motiv für die Einschaltung von Rechtsanwälten gewesen wäre – nach den oben genannten Kriterien dem Erstattungsanspruch entgegenstehen könnte, liege weder offen zutage noch sei er nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Hochschule eingetreten. Anders hat das OVG Berlin²⁰⁵ allerdings in einem Fall entschieden, in dem eine Klage ohne Vorliegen eines Ablehnungsbescheides der Hochschule offensichtlich zur Fristwahrung der Klagefrist gegen den Ablehnungsbescheid der ZVS beim VG Berlin erhoben und die Klage auf richterlichen Hinweis alsbald wieder zurückgenommen worden war. Dort hat das OVG einen offensichtlichen Verstoß gegen die Kostenminderungspflicht bejaht.

Zwischenzeitlich hat sich Kostenkammer des VG Berlin aus Gründen der Rechtssicherheit dem OVG angeschlossen, jedoch in Hinblick auf § 32 BRAGO sowohl im Hauptsache- als auch im EA-Verfahren) den Erinnerungen teilweise stattgegeben und den Anwälten der FU Berlin lediglich eine 5/10 Gebühr zugesprochen²⁰⁶.

Stand: 29.03.2001 br/ne bbz/Vortberlneu.doc

²⁰⁵ OVG Berlin, Beschl. v. 04.01.2001 – OVG 3 K 9.00 -.

²⁰⁶ VG Berlin, Beschl. v. 21.02.2001- VG 35 A 75.99 ERK im Klage- und durch Beschl. v. 06.03.2001 - VG 35 A 10.01 ERK im EA-Verfahren; Beschwerde ist jeweils eingelegt.