

Entscheidungsanmerkung

Anspruch auf Zulassung zum Studium bei unzumutbar langer Wartezeit

1. Ob angesichts einer Wartezeit von (wahrscheinlich) 14 Semestern ein Zuwarten für den Studierwilligen auf den Beginn des Medizinstudiums den verfassungsrechtlichen Anspruch auf freie Wahl der Ausbildungsstätte unzumutbar beeinträchtigt, ist unsicher.

2. Auch wenn eine Bewerberin sich aufgrund ihrer Wartezeit in der Situation befindet, bereits länger als die Dauer des Regelstudiums auf die Zulassung zum Studium der Humanmedizin zu warten, folgt hieraus nicht, gerade in dem in Rede stehenden Semester (hier Wintersemester 2011/2012) zugelassen zu werden. Dies dürfte sich aus den Grundrechten nicht herleiten lassen. Eine Benachteiligung wäre erst dann als Grundrechtsverletzung zu beurteilen, wenn sich diese Benachteiligung nicht mehr ausgleichen ließe und der Studienplatzbewerber endgültig keinen Studienplatz erhalte.

3. Auch bei einer unzumutbar langen Wartezeit des Studienbewerbers besteht kein unmittelbarer Anspruch auf Zulassung zum gewünschten Studium. (Orientierungssatz)

GG Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1
HRG § 10 Abs. 2

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.10.2011 – 13 B 1217/11¹

I. Einleitung

Die gerichtliche Durchsetzung einer Zulassung zum Hochschulstudium insbesondere im Bereich der Humanmedizin ist ein Thema, das die Gerichte in zunehmenden Maße beschäftigt: Allein beim Verwaltungsgericht Frankfurt gingen im Jahr 2010 insgesamt 1060 Studienplatzklagen ein, im Jahr 2009 waren es noch 410 Klagen. Dies erklärt sich vor allem aus der weiter wachsenden Übernachfrage der Bewerber: Bei der Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS), mittlerweile umgewandelt in die Stiftung für Hochschulzulassung (StH), gingen im Wintersemester 2010/11 mehr als 40.000 Bewerbungen für das Medizinstudium ein – bei bundesweit lediglich 8.629 verfügbaren Studienplätzen.² Die Studienplatzbewerber mussten demgemäß im Wintersemester 2011/12 eine Durchschnittsabiturnote von – je nach Bundesland – zwischen 1,0 und 1,1, in Hamburg und Schleswig-Holstein von 1,2 aufweisen, um über die Abiturbestenquote

¹ Abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2011/13_B_12_17_11beschluss20111006.html

(zuletzt abgerufen am 29.11.2011)

² Süddeutsche Zeitung vom 10.1.2011, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/karriere/medizinstudenten-kampf-vor-gericht-fuer-einen-studienplatz-1.1044182> (zuletzt abgerufen am 23.11.2011).

eine Zulassung zu erhalten.³ Um über die Wartezeitquote berücksichtigt zu werden, musste der Bewerber im Wintersemester 2011/12 ganze 12 Semester (bei einer Abiturnote von 2,7 oder besser), ansonsten mindestens 13 Semester gewartet haben.⁴

Diesem Faktum steht die hergebrachte (und insoweit zunächst etwas widersprüchlich anmutende) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵ gegenüber, wonach jedem Bewerber mit Hochschulreife grundsätzlich ein Recht auf Zulassung zum gewünschten Hochschulstudium als Ausfluss des derivativen Teilhaberechts aus Art. 12 Abs. 1 GG (Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte) i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) zukommt.⁶

Der vorliegende Beschluss soll exemplarisch dazu dienen, Hintergrund und Umfang des derivativen Teilhaberechts zu besprechen, soll darüber hinaus aber auch einige Fragen aufwerfen, namentlich, ob an dem Teilhaberecht in seiner gegenwärtigen Dogmatik angesichts der „normativen Kraft des Faktischen“, der Bewerbungswellen bei „harten“ NCFächern wie der Humanmedizin noch festgehalten werden kann oder ob nicht das Teilhaberecht vielmehr einer Stärkung in Umfang und Rechtsfolgen bedarf, um nicht, unter Rekurs auf den Gestaltungsspielraum des Normgebers, mittels beinahe ausschließlich leistungsbezogener Auslesekriterien gleichsam ausgehöhlt zu werden.

II. Die Entscheidung

1. Sachverhalt

Die Antragsgegnerin, die Stiftung für Hochschulzulassung, beantragte beim OVG Nordrhein-Westfalen gem. § 173 VwGO i.V.m. § 570 Abs. 3 ZPO die einstweilige Aussetzung der Vollziehung des vorhergehenden Beschlusses des VG Gelsenkirchen. Das VG hatte der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) aufgegeben, den Antragsteller zum Wintersemester 2011/12 vorläufig zum Studium der Humanmedizin zuzulassen. Der Antragsteller wartet nunmehr (voraussichtlich) 14 Semester auf eine Zulassung zum Medizinstudium und damit länger als die in der Approbationsordnung für Ärzte normierte Regelstudienzeit von sechs Jahren und drei Monaten.

Die Vollziehung des Beschlusses des VG hat das OVG nach summarischer Prüfung bis zur Entscheidung über die Beschwerde ausgesetzt, was dazu führt, dass der Antragsteller jedenfalls zum Wintersemester 2011/12 keine Zulassung zum Medizinstudium erhält.

³ Laut Statistik der StH, abrufbar unter: <http://hochschulstart.de/index.php?id=3213> (zuletzt abgerufen am 23.11.2011).

⁴ Laut StH, siehe <http://hochschulstart.de/index.php?id=3208> (zuletzt abgerufen am 23.11.2011).

⁵ Insbesondere BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) und BVerfGE 43, 291 (numerus clausus II).

⁶ Dazu sogleich unter III.

2. Entscheidungsgründe

Die Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses des VG (§ 123 Abs. 4 VwGO) gem. § 173 VwGO, § 570 Abs. 3 ZPO, steht im Ermessen des OVG als Beschwerdegericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (§ 146 Abs. 4 VwGO). Sie kommt nur in Betracht, wenn sich der angegriffene Beschluss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als fehlerhaft erweist oder unter Berücksichtigung aller für und gegen die Aussetzung sprechenden Umstände zu erkennen ist, dass ihre Vollziehung den unterlegenen Beteiligten unzumutbar belastet. Hier hält es das OVG bei der im Zwischenverfahren nur möglichen summarischen Prüfung entgegen der Wertung des VG für nicht zutreffend, dass der Antragsteller einen Anspruch auf Zulassung zum Medizinstudium habe. Dagegen sprächen namentlich drei Gründe:

Zum einen sei derzeit nicht ersichtlich, dass der Antragsteller endgültig keinen Studienplatz erhalten werde. Vor diesem Hintergrund habe die Nichtzulassung zum Wintersemester 2011/12 noch nicht den Charakter einer Grundrechtsverletzung, da zu erwarten sei, dass der Antragsteller im Wintersemester 2012/13 zugelassen werde und die verfassungsrechtlich abgesicherte „Chance auf eine Zulassung“ somit noch gegeben sei.

Zum anderen könne – selbst bei unterstellter Grundrechtsverletzung – ein grundsätzlicher Vorrang auch des möglicherweise überlang wartenden Bewerbers nicht ohne weiteres bejaht werden; die Vollziehung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung würde andere Bewerber im Auswahlverfahren der Hochschulen verdrängen. Ob eine diesbezügliche geschützte Rechtsposition des Antragstellers bestehe, könne jedenfalls im vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht beurteilt werden.

Drittens treffe den Gesetzgeber bezüglich des einschlägigen Vergabeverfahrens ohnehin bloß eine Beobachtungs- und (gegebenenfalls) Nachbesserungspflicht. Selbst dann, wenn das derzeitige Vergaberegime die Entstehung von unzumutbaren Wartezeiten zulasse, seien die einschlägigen Vergabebestimmungen nicht nichtig; vielmehr könne dies allenfalls ein Anlass sein, „entsprechenden Handlungsbedarf [des Normgebers] zu bejahen“⁷.

Anknüpfend an den zweiten Entscheidungsgrund (kein Vorrang des wartenden Bewerbers) hegt der Senat ferner Zweifel daran, ob das hochschulrechtliche Zulassungsverfahren angesichts grundsätzlich gleichrangiger Rechtsgüter der Bewerber vor dem Hintergrund des Beurteilungsspielraums des Normgebers überhaupt einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen kann.

Schließlich bestehe in jedem Fall, selbst bei Bejahung einer unzumutbar langen Wartezeit eines Bewerbers, kein unmittelbarer Anspruch auf Zulassung zum gewünschten Studium.

III. Bewertung

1. Allgemeine Herleitung und Entwicklung des subjektiven Zulassungsrechts durch das BVerfG

Art. 12 Abs. 1 GG beinhaltet das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte. Da auch die Hochschule als Ausbildungsstätte in diesem Sinne gilt, ergibt sich für jeden Studienbewerber mit Hochschulreife ganz allgemein ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium.

Dieses Recht auf Zulassung unterliegt jedoch dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG; Zulassungsbeschränkungen stellen einen auf diesem Gesetzesvorbehalt beruhenden Eingriff in dieses Recht dar. Nach der numerus-clausus-Dogmatik des BVerfG⁸ unterliegt ein solcher Eingriff aber engen Rechtfertigungserfordernissen: Aufgrund des allgemeinen Parlamentsvorbehalts muss der Gesetzgeber zunächst die wesentlichen Entscheidungen, also insbesondere die Verteilung der Kapazitäten durch die Bestimmung der Auswahlkriterien, selbst treffen. Zulassungsbeschränkungen sind ferner – als objektive Berufswahlzugangsbeschränkung im Sinne der Drei-Stufen-Theorie zu Art. 12 GG⁹ – nur gerechtfertigt zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts, hier insbesondere zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Hochschule bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Forschung und Lehre (Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG in Form der Organisationsfreiheit). Sie dürfen insoweit „die Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der Ausbildungskapazitäten“ nicht überschreiten (Kapazitätserschöpfungsgebot; insoweit besteht ein subjektiver Anspruch auf erschöpfende Kapazitätsnutzung¹⁰). Im Rahmen der Verteilung dieser Kapazitäten muss die Bewerberauswahl „nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglicher Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsorts“ erfolgen.¹¹ Dieser Grundsatz stellt dem das Vergabeverfahren regelnde Normgeber „in Numerus-clausus-Fächern mit hohem Bewerberüberhang die Aufgabe, den Realisierungsgrad der Chance durch objektiv sachgerechte und individuell zumutbare Kriterien zu bestimmen“ und „den prinzipiellen Ausschluss ganzer Gruppen geeigneter Bewerber durch starre Grenzziehungen zu vermeiden“.¹² Bei der Festsetzung und Änderung der Auswahlkriterien kommt dem Normgeber allerdings ein Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum zu.¹³ Nach alledem ist das Teilhaberecht des Studienbewerbers im verfassungsgerichtlichen Verständnis also insbesondere auch ein unmittelbarer Ausfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG und Ausdruck des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG.

⁸ Insbesondere BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I) und BVerfGE 43, 291 (numerus clausus II).

⁹ BVerfGE 7, 377 (404 ff.) – Apotheken-Urteil.

¹⁰ Ein subjektives Recht oder gar ein Anspruch auf Kapazitätsausbau besteht dagegen nicht; hieraus ergibt sich der derivative Charakter des Zulassungsrechts.

¹¹ BVerfGE 33, 303 (338) – numerus clausus I.

¹² BVerfGE 43, 291 – numerus clausus II.

¹³ Siehe BVerfGE 59, 1 (23); hierauf wird noch näher einzugehen sein.

⁷ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.10.2011 – 13 B 1217/11, Rn. 24 (juris).

3. Die einfachgesetzlichen Auswahlkriterien/Leistungsprinzip vs. Sozialstaatsprinzip und Chancengleichheit

Die im Hochschulrahmengesetz (§ 32) und nunmehr (für das zentrale Vergabeverfahren) im Hochschulzulassungs-Einrichtungs-Errichtungs-Staatsvertrag¹⁴ (Art. 8 ff.) normierten und durch die jeweiligen Landesvergabeordnungen konkretisierten Auswahlkriterien sind einfachgesetzliche Festsetzungen der Zulassungsbeschränkungen und mithin Grundlage für Eingriffe in das Zulassungsrecht des abgelehnten Studienbewerbers. Diese Auswahlkriterien sind vom Gesetzgeber gegenwärtig vorrangig nach dem Leistungsprinzip ausgestaltet.¹⁵ Zwar besteht das geltende Vergaberecht aus einer Kumulierung von Vorabquoten, insbesondere zum Ausgleich von Härtefällen, sowie Hauptquoten, die sich ihrerseits aus Abiturbestenquote, Wartezeitquote und einer „Hochschulquote“ (einem Auswahlverfahren der Hochschulen) zusammensetzen. Die derzeitige Wartezeitquote liegt nunmehr¹⁶ lediglich bei 20 %; darüber hinaus schreibt § 32 Abs. 3 S. 1 HRG sowie Art. 10 Abs. 1 S. 2 HZulEinrErrStV auch den Hochschulen vor, dass im Rahmen des universitären Auswahlverfahrens „dem Grad der Qualifikation ein maßgeblicher Einfluss“ zu geben ist.

Demgegenüber würde nach dem BVerfG jedenfalls „eine ausnahmslose Anwendung des Leistungsprinzips [...] bei Erschöpfung der Gesamtkapazität chancenausschließend wirken“. Ferner dürfe sich eine „am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Regelung nicht damit begnügen, die Entscheidung über Zulassung oder Ablehnung im Rahmen des Leistungsprinzips undifferenziert von der Gesamtdurchschnittsnote der Reifeprüfung abhängig zu machen“. Insbesondere im Medizinstudium sei „eine Korrelation zwischen guten Schulergebnissen und Studienerfolg nicht hinreichend nachweisbar“¹⁷. Auch die kumulative Anwendung von Leistungsprinzip und Wartezeitprinzip sei nicht unproblematisch, eine verfassungsrechtliche Billigung aber jedenfalls solange vertretbar, wie durch ebendiese Kumulation die Auswirkungen verschiedener Auswahlkriterien einigermaßen ausgeglichen werden; in diesem Rahmen finde dann gerade kein Chancenausschluss statt, sondern vielmehr eine Chancenerhöhung bezüglich der nach dem Leistungsprinzip sofort Zugelassenen – die Abgewiesenen behielten immerhin über die Wartezeitquote ihre Zulassungschance.¹⁸ Grundsätzliche Bedingung sei aber, dass die Anforderungen an Durchschnittsnote und Wartezeit ein

erträgliches Maß nicht überschreiten;¹⁹ bei höheren Grenzwerten müsse zumindest eine Tendenz zum Abbau von Zulassungsbeschränkungen bestehen.²⁰

Hiernach kann schon jetzt festgestellt werden: Dem schwerpunktmäßig am Sozialstaatsprinzip und dem Prinzip der Chancengleichheit anknüpfenden Ansatz des verfassungsgerichtlichen N.C.-Dogmatik steht eine schwerpunktmäßig dem Leistungsprinzip folgende einfachgesetzliche Ausgestaltung des Gesetzgebers gegenüber.²¹

Dieses Spannungsfeld wird gerade im vorliegenden Fall des „überlang“ wartenden Studierenden deutlich. Seine Auflösung scheint kaum denkbar. So bewegt sich auch das OVG zusehends auf unsicherem Terrain, wenn es die Antwort auf die Frage, ob die geltenden Auswahlgrenzen, die sich im Wintersemester 2011/12 für das Medizinstudium ergeben haben, zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Minimierung der Zulassungschance führen, zunächst für „ungewiss“ hält, kurz darauf aber jedenfalls eine Grundrechtsverletzung des möglicherweise unzumutbar lange wartenden Antragstellers verneint.²² Denn: Was kann eine verfassungswidrige „Minimierung der Zulassungschance“ – also eine verfassungswidrige Verkürzung des Teilhaberechts des Antragstellers – bei konsequenter Anwendung der N.C.-Dogmatik des BVerfG anderes zur Folge haben als einen ungerechtfertigten Eingriff in eben dieses Teilhaberecht? Demgemäß wäre aber die Frage, ob der Antragsteller vorliegend durch die verminderte Zulassungschance in seinem Teilhaberecht verletzt wird, zumindest gleichermaßen ungewiss, da die Verfassungswidrigkeit der Chancenminimierung laut *Senat* ja gerade nicht ausgeschlossen werden kann. An dieser Stelle mag den Leser die Vermutung beschleichen, dass der *Senat* möglicherweise selbst nicht genau weiß, „wie Ernst“ er noch mit der N.C.-Rechtsprechung des BVerfG machen soll, bzw. wann eine Verletzung des Teilhaberechts tatsächlich vorliegt – wie also das oben umrissene Spannungsfeld aufzulösen ist.²³ Dies mag angesichts der summarischen Prüfungsdichte im einstweiligen Rechtsschutzverfahren verständlich sein, bleibt aber doch in der Sache unbefriedigend.

¹⁴ Abgedruckt z.B. in: GVBl. NRW 2008, 710 oder Bay-GVBl. 2009, 186.

¹⁵ Vgl. hierzu *Brehm*, NVwZ 2008, 1303, der davon spricht, dass die Abiturbestenquote faktisch fast 80 % betrage.

¹⁶ Die Wartezeitquote von vormals 40 % wurde mit den Jahren immer weiter reduziert.

¹⁷ BVerfGE 33, 303 (349) – numerus clausus I.

¹⁸ Allerdings hat das BVerfG hier darauf hingewiesen, dass „sozial schwächere Bewerber [...] nicht die gleichen Möglichkeiten wie die wohlhabenderen [haben], längere Wartezeiten zu überbrücken“, BVerfGE 33, 303 (328) – numerus clausus I.

¹⁹ *Brehm*, NVwZ 2008, 1303 hält dies vor dem Hintergrund weiter steigender Wartezeiten für zweifelhaft.

²⁰ BVerfGE 43, 291 (318).

²¹ *Steinberg/Müller* sprechen insoweit von einer „unerträglichen Diskrepanz“ und verlangen unter Reduzierung des teilhaberechtlichen Charakters von Art. 12 Abs. 1 GG die Aufgabe der bisherigen N.C.-Dogmatik zugunsten einer dogmatischen Neukonzeption, die „die Qualitäts- und Nutzeroausrichtung des neuen Hochschulwesens berücksichtigt“ und „gewährleistet, dass sich die Qualifikationsprofile der ausgewählten Studienfächer mit dem Anforderungsprofil des betreffenden Studienfachs so weit wie möglich deckt“, vgl. *Steinberg/Müller*, NVwZ 2006, 1113 (1117 ff.).

²² OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.10.2011 – 13 B 1217/11, Rn. 14 (juris).

²³ So gebe es laut *Senat* keine eindeutige Antwort darauf, „was ggf. bei einer Unzumutbarkeit zu gelten hat“, OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.10.2011 – 13 B 1217/11, Rn. 10 (juris).

2. Rechtsfolgen einer unzumutbaren Wartezeit

a) Unzumutbare Wartezeit als Grundrechtsverletzung

Wie bereits dargelegt, leitet das BVerfG aus Art. 12 GG zunächst für jeden Bewerber mit Hochschulreife ein verfassungsrangiges, gegenüber den übrigen Bewerbern gleiches Recht auf Zulassung zum gewünschten Studium ab. Dieses Recht vermag sich aber aufgrund des Auswahlsystems – naturgemäß – innerhalb der Kapazitäten für gewisse Bewerber nicht zu realisieren, weil sie die gesetzlichen oder hochschulinternen Auswahlkriterien schlicht nicht erfüllen können. Nach obigen Ausführungen dürfte klar sein, dass es sich nach dem jetzigen Vergaberegime überwiegend um Bewerber handeln wird, die dem Leistungsprinzip nicht entsprechen. Solange sich die Auswahlkriterien im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen halten und die Kapazität erschöpft wurde, sind dem unterlegenen Bewerber rechtlich die Hände gebunden, da der Eingriff in dessen Teilhaberecht auf Grundlage verfassungskonformer Zulassungsbeschränkungen gerechtfertigt ist. Darüber hinausgehend betont das OVG jedoch, gestützt auf Entscheidungen des BVerfG, dass selbst bei Vorliegen einer unzumutbar langen Wartezeit weder ein unmittelbarer Anspruch auf Zulassung bestehe noch hieraus die Nichtigkeit des staatsvertraglichen Auswahlsystems folge.²⁴ Nichtsdestoweniger befasst sich der *Senat* mit der Frage, wann eine verfassungswidrige Unzumutbarkeit gegeben sein könnte und bezieht sich hierbei erneut auf das erste N.C.-Urteil, in dem von unzumutbar langen Wartezeiten gesprochen wird, wenn der Bewerber „bis zu sieben Jahre auf eine Zulassung zum Studium seiner Wahl warten muss“. Hieraus könne sich, und insoweit stimmt der *Senat* mit dem VG überein, als entscheidender Maßstab die Überschreitung der Regelstudienzeit ergeben. Sobald diese Grenze überschritten ist – und vorliegend ist dies, legt man den Maßstab des BVerfG zugrunde, angesichts der 14 Wartesemester des Antragstellers geschehen –, muss konsequenterweise von einem ungerechtfertigten Eingriff in das Teilhaberecht des Antragstellers ausgegangen werden, auch wenn das Teilhaberecht eine bloße Zulassungschance gewährleistet und das Risiko des Fehlschlags enthält.²⁵ Diese Grundrechtsverletzung ist auch nicht dadurch „heilbar“, dass der Bewerber innerhalb der nächsten Semester eine Zulassung erhält, wie das OVG meint.²⁶ Der *Senat* übernimmt insoweit die in der

„Altwarter“-Entscheidung²⁷ entwickelte Argumentation des BVerfG: Hier waren infolge einer Änderung der gesetzlichen Auswahlkriterien Altwarter, die nach altem Vergaberecht einen Studienplatz erhalten hätten, innerhalb des neuen Vergaberechts unzulässigerweise nicht mehr berücksichtigt worden. Das BVerfG vertrat die Auffassung, dass eine Grundrechtsverletzung noch nicht eingetreten sei und ferner auch in Zukunft noch abgewendet werden könne, z.B. dadurch, dass im neuen Vergaberecht eine Altwarterquote eingeführt wird, wonach die bisherigen Altwarter in den nächsten drei Semestern bevorzugt zum Zuge kommen. Der verfassungsgerichtlichen Argumentation kann indes nicht zugestimmt werden. Wird ein Bewerber in verfassungswidriger Weise durch das Vergaberegime benachteiligt, so ist er auch in seinem Teilhaberecht verletzt, ungeachtet der Möglichkeit, dass diese bereits eingetretene Verletzung in der Zukunft möglicherweise beendet (nicht: geheilt!) wird.

b) Nichtigkeit der Vergabebestimmungen?

Zu der Frage nach den Rechtsfolgen ist damit noch nichts gesagt. Geht man davon aus, dass das Teilhaberecht des Bewerbers ab einer Wartezeit, die (erheblich) über der entsprechenden Regelstudienzeit liegt, mangels Rechtfertigung verletzt ist²⁸ – auch vor dem Hintergrund, dass ein Abbau von Zulassungsbeschränkungen gegenwärtig gerade nicht stattfindet, eher im Gegenteil –, so führt dies zu der eigenartig anmutenden Situation, dass eine Grundrechtsverletzung lediglich die schwache Rechtsfolge der „Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers“ auszulösen vermag. An dieser Stelle wähnt sich der *Senat* indes voll auf Kurs der verfassungsgerichtlichen N.C.-Dogmatik: Im ersten N.C.-Urteil hat das BVerfG entschieden: „Die Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Norm mit dem Grundgesetz hat regelmäßig zur Folge, dass diese Norm für nichtig zu erklären ist. Da aber die geltende Zulassungsordnung unter Berücksichtigung dieser Entscheidung verfassungskonform angewendet werden kann, besteht keine Notwendigkeit, der gegenwärtigen Ordnung des Zulassungswesens sofort die Grundlage zu entziehen; dadurch würde vielmehr ein Zustand geschaffen (Notkompetenz der Universität ohne gesetzliche Grundlage), der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der jetzige. Es erscheint deshalb geboten und ausreichend, dem Gesetzgeber innerhalb einer angemessenen Frist die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes zu ermöglichen.“ In der ersten N.C.-Entscheidung war also – trotz festgestellter Defizienz und Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden Kapazitätsverteilungs- und Auswahlvorschriften – eine verfassungskonforme Handhabung und Anwendung des Zulassungssystems nach Maßgabe der Entscheidung des BVerfG möglich. Damit ließ sich eine Grundrechtsverletzung der Rechtsschutzsuchenden gerade abwenden und konnte sich das BVerfG damit begnügen, den Gesetzgeber für die Zukunft

²⁴ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.10.2011 – 13 B 1217/11, Rn. 14 (juris).

²⁵ So auch die Vorinstanz VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 29.9.2011 – 6z L 929/11, Rn. 52 (juris); unter Rekurs auf die „weiteren Zulassungschancen“ durch die örtlichen Auswahlverfahren der Hochschulen wohl a.A. BayVG, Beschl. v. 21.9.2011 – 7 CE 11.10660, Rn. 14 ff. Die Frage, ob bereits eine Grundrechtsverletzung eingetreten ist, ist im Übrigen möglicherweise auch mit Blick auf etwaige staatshaftungsrechtliche Konsequenzen beachtlich; legislatives Unrecht, hier in Gestalt der einschlägigen Vergabebestimmungen führt jedoch in der Regel zu keinem subjektiven Ausgleichsanspruch.

²⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.10.2011 – 13 B 1217/11, Rn. 14 a.E (juris).

²⁷ BVerfGE 59, 1.

²⁸ Auch wenn, wie noch zu zeigen sein wird, ein Anspruch, in einem bestimmten Semester zugelassen zu werden, richtigerweise nicht besteht; dies schließt sich insoweit jedoch nicht aus.

auf eine Nachbesserung zu verpflichten. Eben dies hat das OVG im von ihm entschiedenen Fall jedoch anders gesehen; es hat gerade keinen Versuch einer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung der Regelungen unternommen, sah sich vielmehr zu einer Korrektur des Defekts des gesetzlichen Regimes (namentlich der Überbetonung des Leistungsprinzips zu Lasten der auf der Warteliste Stehenden) gerade nicht imstande. Daher passt die Bezugnahme und Berufung auf jene Aussagen des BVerfG zur Rechtsfolge der (möglichen) Verfassungswidrigkeit nicht recht.

Auch in der o.g. „Altwarter“-Entscheidung verordnete das BVerfG dem Normgeber eine (bloße) Nachbesserungspflicht. Doch auch hier war die Situation eine andere: Da das Gericht schon die Grundrechtsverletzung verneinte, war auch eine Nichtigkeitserklärung konsequenterweise nicht notwendig; nur im Hinblick auf die Vermeidung von *zukünftigen* Grundrechtsverletzungen bestand eine Nachbesserungspflicht. Im vorliegenden Fall ist dagegen – wie oben gezeigt, aber entgegen der Ansicht des *Senats* – eine Grundrechtsverletzung des Antragstellers bereits eingetreten. Daher ist auch in Bezug auf die Rechtsfolgen die Berufung des *Senats* auf diese Entscheidung zumindest problematisch.

Das bedeutet nun allerdings nicht, dass die Annahme einer bloßen Nachbesserungspflicht hier unmöglich wäre: Nach der Rspr. des BVerfG kommt die sog. Unvereinbarkeitserklärung als verfassungsgerichtlicher Entscheidungsausspruch (anstelle der Nichtigkeitsfeststellung) und auf ihrer Grundlage die Formulierung einer (bloßen) Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers gerade dann in Betracht, wenn durch das Fehlen der verfassungswidrigen Norm ein Zustand entstehen würde, „welcher der verfassungsgemäßen Ordnung noch weniger entsprechen würde“²⁹. Das wäre vorliegend aber wohl der Fall, da die Alternative: Notkompetenz der Universitäten einen verfassungsgemäßen Ausgleich der Zulassungsrechte der Bewerber sicherlich noch weniger leisten könnte als das jetzige Vergaberegime.

Hieran anknüpfend stellt sich schließlich die Frage, ob das OVG – das als Instanzgericht naturgemäß selbst nicht in der Lage ist, das Vergabesystem für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären und dem Gesetzgeber die Nachbesserungspflicht aufzuerlegen – möglicherweise auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ein Vorlageverfahren vor dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG anstrengen muss, wenn die Verfassungswidrigkeit des Vergaberegimes im Raum steht. Ob im vorläufigen Rechtsschutzverfahren eine Vorlagepflicht besteht, ist umstritten;³⁰ das BVerfG verneint eine solche Pflicht, jedenfalls soweit dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsache dadurch nicht vorweggenommen wird.³¹ Die Vorlage wäre aber ohnehin nur zuläs-

sig, wenn die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der den Vergaberahmen konstituierenden Parlamentsgesetze entscheidungserheblich für das Begehren des Antragstellers, das hier auf die Feststellung eines unmittelbaren Zulassungsanspruchs gerichtet war, wäre. Das Normenkontrollverfahren muss für die abschließende Beurteilung des konkreten Sachverhalts unerlässlich sein.³² An dieser für das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG erforderlichen Entscheidungserheblichkeit würde es hier jedoch fehlen: Auch bei Verfassungswidrigkeit des Vergaberegimes erlangte der Antragsteller – aber gerade keinen unmittelbaren Zulassungsanspruch – darauf wird so gleich noch näher einzugehen sein. Einerseits schon deshalb, weil die Normen aufgrund der verfassungsgerichtlich angenommenen Rechtsfolge einer bloßen Nachbesserungspflicht wohl zunächst weitergelten würden, andererseits, weil selbst bei Annahme der Nichtigkeit des Vergaberegimes nach Auffassung des BVerfG eine Notkompetenz der Universitäten hinsichtlich der Bewerberauswahl ausgelöst würde,³³ das dem unmittelbarer Zulassungsanspruch des Antragstellers im Wege stünde. So wird der *Senat* auch im Hauptverfahren (wenn es denn dazu kommt) nicht nach Art. 100 Abs. 1 vorlegen müssen.

c) Kein Anspruch auf Zulassung in einem bestimmten Semester

Ferner bleibt zu konstatieren, dass neben das Spannungsfeld „verfassungsrechtliche Dogmatik vs. einfachgesetzliche Ausgestaltung“ ein zweites Spannungsfeld tritt, nämlich die unterschiedliche Justiziabilität des subjektiven Zulassungsrechts, je nachdem, ob sich der Bewerber innerhalb oder außerhalb des Auswahlverfahrens befindet. Denn die vom BVerfG entwickelte Dogmatik zum Teilhaberecht vermag sich *außerhalb* der Kapazitätsauswahl mitunter auch für Bewerber, die innerhalb des Auswahlverfahrens keine Chance hatten, unmittelbar positiv auszuwirken, namentlich dann, wenn es diesen Bewerbern (mit anwaltlicher Hilfe) gelingt, den Hochschulen nicht vollständig ausgelastete Kapazitäten nachzuweisen. Die Verletzung des Kapazitätserschöpfungsgebots führt, anders als innerhalb der Bewerberauswahl, nach der verfassungsgerichtlichen N.C.-Dogmatik nämlich zu einem unmittelbaren, sich direkt aus dem Teilhaberecht ergebenden Anspruch auf Zulassung des Bewerbers, und zwar unabhängig von Abiturdurchschnittsnote oder Wartezeit, also auch unabhängig von dem Leistungsprinzip;³⁴ dem Anspruch steht bei mehreren Klägern allenfalls noch ein Losverfahren im Wege.

Diese beiden aufgezeigten Spannungsfelder hat möglicherweise auch das VG gesehen, als es dem wartenden Antrag-

²⁹ BVerfG NJW 2010, 505 (517); jüngst BVerfGE 109, 190, (235 f.) – nachträgliche Sicherungsverwahrung, beachte hierzu aber das diesbezüglich abweichende Sondervotum (244 ff.).

³⁰ Vgl. *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 1.10.2011, Art. 100 Rn. 18.

³¹ BVerfGE 86, 382 (389).

³² Überwiegende Ansicht, vgl. *Sieckmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 100 Abs. 1 Rn. 36 m.w.N.

³³ Vgl. oben; anders als mit einer solchen Notkompetenz könnte man der Flut der Bewerber, nun, da sämtliche Zulassungsbeschränkungen weggefallen wären, wohl auch nicht begegnen.

³⁴ Zur Justiziabilität des Kapazitätserschöpfungsgebots eingehend *Breuer*, in: Isensee/Kirchhoff, HStR, Bd. 8, § 170 Rn. 113 ff.

steller in der Absicht, das (abstrakte) Teilhaberecht des Antragstellers zu einer konkreten, durchsetzbaren Rechtsposition zu verstärken, kurzerhand einen unmittelbaren Zulassungsanspruch zuerkannte, obwohl es sich ja gerade um einen Fall *innerhalb* der Kapazitätsauswahl handelt: „Wenn die Eingriffe sich als verfassungsrechtlich unhaltbar erweisen, [muss] dem Grundrecht zur Wirksamkeit verholfen werden, der Anspruch ‚auf Aufnahme in die Ausbildungseinrichtung‘ also zum Tragen kommen. Anderenfalls liefe das Recht auf Teilhabe an den vorhandenen Kapazitäten als subjektives Recht leer.“³⁵

So nachvollziehbar die Argumentation des VG prima facie auch ist – das VG erkennt damit den grundlegenden Unterschied der beiden Konstellationen: Die Bejahung eines Zulassungsanspruchs innerhalb der Kapazitätsauswahl wirkt sich nämlich zwingend zulasten eines solchen Bewerbers aus, der bei üblicher Anwendung der Auswahlkriterien (wenn auch möglicherweise: gerade noch) berücksichtigt worden wäre. Mithin liegt in der Vollziehung der Zulassung des wartenden, ursprünglich nicht ausgewählten Bewerbers regelmäßig ein Eingriff in das Zulassungsrecht des vormals ausgewählten Bewerbers; beide Bewerber sind (nach der N.C.-Dogmatik) aber als gleichrangig zu betrachten. Damit übereinstimmend merkt der *Senat* an, dass ein grundsätzlicher Vorrang des möglicherweise überlang wartenden Bewerbers – und damit eine mögliche Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht des vormals ausgewählten Bewerbers – nicht ohne weiteres vorliegt. Sofern dagegen Kapazitäten nicht ausgeschöpft sind, geht die Zulassung des klagenden Bewerbers, der sich außerhalb der Kapazitätsauswahl befindet, grundsätzlich gerade nicht zulasten eines anderen Bewerbers (sofern nicht mehrere Bewerber vor Gericht Erfolg haben und das Los entscheiden muss), weshalb ihm hier unproblematisch ein Zulassungsanspruch zugestanden werden kann.

Insofern kann sich auch deshalb – neben den unter III. 2. b) genannten Gründen – in der ersten Konstellation (ausgeschöpfte Kapazitäten), wie der *Senat* zutreffend erkennt, selbst bei Vorliegen einer Grundrechtsverletzung infolge verfassungswidrig langer Wartezeit kein Zulassungsanspruch ergeben. Ob diese Divergenz ihrerseits im Hinblick auf die Kosten einer gerichtlich durchgesetzten Zulassung – hier können unter Umständen bis zu 20.000 Euro anfallen,³⁶ weshalb dieser Weg überwiegend den wohlhabenderen Bewerbern offenstehen dürfte – mit dem Prinzip der Chancengleichheit und des Sozialstaatsprinzips vereinbar ist, ist eine andere Frage. Denn der abgelehnte, überlang wartende Kläger, der keine Kapazitätsunterauslastung nachweisen oder sich eine solche Klage schlicht nicht leisten kann, wird es kaum für gerecht halten, dass vor ihm der klagende Konkurrent eine Zulassung (außerhalb des Auswahlverfahrens) erstreiten kann, obwohl er u.U. weder einen besseren Abiturno-

tendurchschnitt vorweisen kann noch eine längere Zeit gewartet hat. Vielmehr wird er es als gerecht empfinden, wenn die ungenutzten Kapazitäten zunächst durch diejenigen Bewerber ausgefüllt werden, die dem Auswahlverfahren eher entsprechen. Richtiger Anknüpfungspunkt für diese (Gerechtigkeits-)Frage wäre indes die Überprüfung der Konstruktion und insbesondere der Rechtsfolge des Kapazitätsausschöpfungsanspruchs, denn auch hier kann die Konsequenz keinesfalls die Konstruktion eines (weiteren) Zulassungsanspruches zugunsten der überlang Wartenden „am Vergaberegime vorbei“ sein.

Stud. iur. Martin Mengen, Mainz

³⁵ VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 29.9.2011 – 6z L 929/11, Rn. 59 (juris).

³⁶ Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 10.1.2011, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/karriere/medizinstudenten-kampf-vor-gericht-fuer-einen-studienplatz-1.1044182> (zuletzt abgerufen am 23.11.2011).