

Drs. 7252-18
Köln 21.09.2018

Rechtsgutachten über Fragen einer Neuregelung der Kapazitätsberechnung bei bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen

Anlage zu den
Empfehlungen der
Expertenkommission zum
Masterplan
Medizinstudium 2020

Rechtsgutachten

**über Fragen einer Neuregelung der
Kapazitätsberechnung bei bundesweit
zulassungsbeschränkten Studiengängen**

erstattet im Auftrag des Wissenschaftsrates

von

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis

Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht

Ordinarius für Deutsches und Bayerisches Staats- und

Verwaltungsrecht

an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Erlangen/Bamberg, den 10. September 2018

A. Gutachtauftrag:

Der Wissenschaftsrat hat den Unterzeichneten mit einem Gutachten beauftragt, das folgende Rechtsfragen klären soll:

1. Ist es rechtlich zulässig, in den Kapazitätsverordnungen der Länder anstatt eines bundeseinheitlichen Modells mehr als eine Möglichkeit der Kapazitätsberechnung in der Humanmedizin vorzusehen und dabei
 - a. den Ländern freizustellen, welches Verfahren der Kapazitätsberechnung die öffentlichen Hochschulen in ihrem Hoheitsgebiet anzuwenden haben (föderales Modell) oder
 - b. den Ländern freizustellen, mit den einzelnen Standorten zwischen den Möglichkeiten eine den Standortspezifika angemessene Wahl zu treffen (standortspezifisches Modell)?

Die in der KapVO zu benennenden Möglichkeiten, die den Ländern zur Wahl stünden, könnten dabei (1) das aktuell geltende Verfahren und (2) eine ausschließlich patientenbezogene Kapazitätsberechnung bei gleichzeitiger Beibehaltung der Lehreinheiten umfassen.

2. Ist es rechtlich zulässig, in der Humanmedizin anstelle eines bundeseinheitlichen CNW eine CNW-Bandbreite {z.B. 8,0 - 8,6} oder Bandbreiten für Teil-CNW (z.B. vorklinischer Teil-CNW: 2,2 - 2,6; klinischer Teil-CNW: 5,7 - 6,0) festzulegen, wie in anderen Studiengängen üblich?
3. Ist es rechtlich zulässig, die erwünschte Freiheit der Curriculumsgestaltung in der Weise abzusichern, dass die Entscheidung über die Fixierung des CNW bzw. Teil-CNW innerhalb einer Bandbreite sowie die Aufteilung dieser Werte auf die Lehreinheiten in das „freie“

Ermessen der Hochschulen gegebenenfalls in Abstimmung mit dem zuständigen Ministerium gestellt wird und individuelle Anspruchspositionen in diesem Kontext ausdrücklich ausgeschlossen werden? (z.B. „Die Bestimmung des Curricularwertes innerhalb der Bandbreite sowie die Aufteilung des Wertes auf die beteiligten Lehreinheiten liegt im freien Ermessen der Hochschule; die Ausübung des Ermessens erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse“).

(„Hinweis: Das Verwaltungsrecht kennt auch in anderen Bereichen Ermessensregelungen, die keinen Drittschutz vermitteln [z.B. im Rahmen der Krankenhausplanung: § 40 LKHG Baden-Württemberg]).

4. Die rechtliche Zulässigkeit der folgenden Maßnahmen ist zu prüfen:

Die Kommission hat einen Vorschlag zur Umsetzung eines vertikal integrierten Curriculums erarbeitet, das vorklinische und klinische Inhalte miteinander verschränkt. Kapazitätsrechtlich soll diese Integration mithilfe von reziprokem Lehrimport und -export aus den/in die Lehreinheiten Vorklinische Medizin und Klinisch-praktische Medizin abgebildet werden. Die Kommission anerkennt jedoch, dass die Ausbildungskapazitäten im klinischen Bereich maßgeblich durch die Patientenressourcen beeinflusst sind. Das bedeutet zwangsläufig, dass bei zunehmender vertikaler Integration der patientenbezogene Engpass bereits im vorklinischen Ausbildungsabschnitt eine Rolle spielen wird. Auch angesichts des politischen Wunsches, Teilstudienplätze in Zukunft möglichst zu vermeiden, schlägt die U-AG folgende Maßnahmen vor:

- a) Da durch die vertikale Integration über den gesamten Studienverlauf sowohl eine angemessene personelle Ausstattung in den jeweiligen Lehreinheiten als auch die ausreichende Patientenverfügbarkeit gesichert sein müssen, ist eine wechselseitige

Engpassregelung in §§ 17 und 18 KapVO zu verankern, nach der die jeweils engere Kapazitätsberechnung (personalbezogen oder patientenbezogen) für die Zulassungszahl maßgeblich ist.

b) Das freiwillige Bemühen der Universitäten um einen Ausbau der klinischen Kapazität durch Einbindung externer Lehrkrankenhäuser sollte gefördert werden. Die U-AG hält im Kontext dieser Maßnahme folgende rechtliche Regelungen - sinngemäß - für sinnvoll, um kapazitätsrechtliche Streitigkeiten zu minimieren:

„Die Entscheidung über die Einbindung außeruniversitärer Lehrkrankenhäuser in die Lehre trifft die Hochschule unter Berücksichtigung ihrer organisatorischen und didaktischen Möglichkeiten unter Berücksichtigung der Ziele der ÄApprO im öffentlichen Interesse. Die Qualität des universitären Ausbildungsniveaus mit Einheit von Lehre und Forschung ist sicherzustellen. Ein Anspruch auf Einbindung besteht nicht.“

c) Falls Teilstudienplätze nicht durch die wechselseitige Engpassregelung (siehe zuvor Maßnahme a) zu beseitigen wären, sollte den Hochschulen die Möglichkeit eingeräumt werden, freiwillig auf die Ausweisung von Teilstudienplätzen zu Gunsten von Vollstudienplätzen zu verzichten. Die U-AG hält im Kontext dieser Maßnahme folgende rechtliche Regelung - sinngemäß - für sinnvoll, um kapazitätsrechtliche Streitigkeiten zu minimieren:

„Auf die Ausweisung von Teilstudienplätzen kann im öffentlichen Interesse verzichtet werden. Ein Anspruch auf einen solchen Verzicht besteht nicht.“

Hintergrund aller Fragestellungen ist das Ziel, den Universitäten sachgerechte und gesicherte Freiheiten in der Curriculumsgestaltung einzuräumen und dabei individuelle Anspruchspositionen mit Blick auf zu treffenden Ermessensentscheidungen streitfrei auszuschließen.

B. Rechtsausführungen:

Frage 1:

Ist es rechtlich zulässig, in den Kapazitätsverordnungen der Länder anstatt eines bundeseinheitlichen Modells mehr als eine Möglichkeit der Kapazitätsberechnung in der Humanmedizin vorzusehen und dabei

a) den Ländern freizustellen, welches Verfahren der Kapazitätsberechnung die öffentlichen Hochschulen in ihrem Hoheitsgebiet anzuwenden haben

(föderales Modell) oder

b) den Ländern freizustellen, mit den einzelnen Standorten zwischen den Möglichkeiten eine den Standortspezifika angemessene Wahl zu treffen (standortspezifisches Modell).

Zu a) Zulässigkeit eines „föderalen Modells“

(1) Der Grundsatz eines verbindlichen bundeseinheitlichen Modells der Kapazitätsberechnung

Der **Grundsatz eines verbindlichen bundeseinheitlichen Modells** der Kapazitätsberechnung geht im Kern auf das 1. Numerus-Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1972 zurück. Die dort einschlägige Passage lautet wörtlich:

„Die Art und Weise der Kapazitätsermittlung gehört zum Kern des Zulassungswesens. Daher fällt auch die Festlegung objektiverer, nachvollziehbarer Kriterien für die Kapazitätsermittlung an sich in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers. Damit steht in Einklang, daß der Bundesrat anlässlich der Beratungen des Hochschulrahmengesetzes die Bundesregierung um die Prüfung ersucht hat, ob nicht Maßstäbe für die Berechnung von Ausbildungskapazitäten bundeseinheitlich festgelegt werden könnten (BR-Drucks. 689/3/70 - neu - und S. 28 des Berichtes über die 361. Sitzung vom 29. Januar 1971). Das Bedürfnis nach einer solchen Festlegung wird dadurch verstärkt, daß bei generellen Zulassungsbeschränkungen davon die Gleichmäßigkeit der Belastung der Universitäten abhängt und die Entwicklung brauchbarer Kapazitätskriterien ohnehin für die Planung des Hochschulausbaus erforderlich ist.“

BVerfGE 33, 303/340; die alte Rechtschreibung wurde beibehalten!

Der Urteilstext formuliert notabene die Notwendigkeit eines bundeseinheitlichen Maßstabs nicht wirklich stringent, sondern eher als Desiderat, für das ein Bedürfnis bestehe. Auch wird „der Gesetzgeber“ nicht näher konkretisiert.

In der Folge haben Schrifttum und Rechtsprechung daraus ganz einhellig drei Grundforderungen für das Kapazitätsrecht abgeleitet:

- **den Grundsatz der erschöpfenden Kapazitätsauslastung**
- **den Grundsatz der bundeseinheitlich gleichmäßigen Auslastung der Hochschulen**
- **den Grundsatz der Normierung objektiver, nachvollziehbarer Kriterien zur Kapazitätsberechnung**

Peter Becker, in: Denninger (Hrsg.), Hochschulrahmengesetz, 1984, §§ 29, 30 Rdn. 12 f; *Matthias Bode*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, § 29 Rdn. 53, ebenso schon die Voraufgabe bei *Großkreutz*, § 29 Rdn. 25; Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 3 Rdn. 21. Aus der Rspr. vgl. nur BVerwGE 64, 77 (94 ff.), U.v. 18.9.1981; BVerwG, U.v. 17.12.1982 Buchholz 423.21; OVG Nordrhein-Westfalen, B.v.18.10.2011 – 13 C 67/11, juris; VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1979, 916.

Diese drei Grundsätze liegen sowohl den Regelungen der §§ 29 ff. HRG zugrunde als auch dem Artikel 7 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 5 des Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen vom 22. Juni 2006 (FSt. z.B. GVBl Bbg. I/06, Nr. 17, 175) bzw. in dem ihm nachfolgenden Art. 6 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 5 des Staatsvertrags über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5. Juni 2008 (FSt. z.B. BayRS 02-24-WK) i.d.F. v. 17.-21.März 2016. Diese Rechtslage wurde „klassischerweise“ so interpretiert, dass eine gleichmäßige Belastung aller Universitäten auch ein bundeseinheitliches Kapazitätsermittlungsmodell erfordere, das gemäß den Vorgaben des 1. NC-Urteils des Bundesverfassungsgerichts direkt aus Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folge.

Vgl. etwa BVerwGE 64, 77 (94); OVG Niedersachsen, B.v.30.07.1996 10 N 7771/95 = NdsRpfl 1996, 297 ff. = juris, Rdn. 16 f. = BeckRS 2016, 112282.

Dementsprechend bestimmt § 29 Abs. 1 HRG für bundesweit zulassungsbeschränkte Studiengänge unverändert die Entwicklung einheitlicher Kapazitätsgrundsätze, die durch das bis heute geltende CNW-Verfahren bestimmt werden. Daraus wird ein Gebot der kooperativen Festsetzung abgeleitet, das seinen Niederschlag in Art. 12 Abs. 2 StV gefunden hat, der übereinstimmende Rechtsverordnungen der Länder verlangt. Schon der Staatsvertrag von 1992 enthielt zwar eine Abweichungsklausel für Modellstudiengänge, bei Neuordnungen von Studiengängen und Fachbereichen und beim Aus- oder Aufbau von Hochschulen (Art. 7 Abs. 2 Satz 3), die in den nachfolgenden Staatsverträgen, zuletzt 2016, fortgeschrieben wurde. Gleichwohl wird in der bundesweiten Einheitlichkeit eine Garantie der gerechten Lastenverteilung unter den Bundesländern gesehen; diese findet ihre Grundlage ihrerseits im Grundsatz der Bundestreue (Art. 29 GG), der nach allgemeiner Meinung auch eine Solidaritätsverpflichtung der Bundesländer untereinander enthält.

BVerfGE 43, 291(448); grdl. *Hartmut Bauer*, Die Bundestreue, 1992, passim; *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage 2008, Bd. VI, § 126 Rdn. 163.

Die Bedingungen, die das Bundesverfassungsgericht seinerzeit aufstellte, wurden vier Jahre später im 1976 vom Bundesgesetzgeber erlassenen Hochschulrahmengesetz (HRG) abgebildet, das als Rahmengesetz nach Art. 75 Abs. 1 GG konstruiert war; den einschlägigen §§ 29 ff. HRG kam dabei der Charakter von unmittelbar geltendem Recht zu, das gleichwohl durch die entsprechenden Hochschulzulassungsgesetze der Länder inhaltlich gleichlautend weiter zu konkretisieren war. Allerdings hatte schon eine relativ frühe Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts darauf hingewiesen, dass das verfassungsrechtliche Gebot einheitlicher Kapazitätsermittlung im Einzelfall mit dem Bundesstaatsprinzip kollidieren könnte. Dort heißt es:

„Dies kann aber unter bundesstaatlichen Gesichtspunkten auch für den Fall gelten, daß einheitliches Landesrecht mangels Übereinstimmung der Länder nicht zu erreichen ist. Wenn es – wie oben gezeigt – sachliche Gründe dafür gibt, auf Gegebenheiten im Einzelfall Rücksicht zu nehmen, dann kann das bundesverfassungsrechtliche Gebot der Einheitlichkeit der Kapazitätsermittlung die im Grundgesetz ebenfalls garantierte Selbständigkeit der Länder in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht überwinden. Die Einheitlichkeit ist trotz Widerspruchs einzelner Länder nur dort zu verwirklichen, wo sie zwingend geboten ist.“

BVerwGE 64, 77 (97), B. v. 18.09.1981 – 7 N 1/79 = NVwZ 1982, 104 (107).

Ursprünglich galt die Verpflichtung zu bundeseinheitlichen Maßstäben der Kapazitätsberechnung nach Art. 7 Abs. 6 StV a.F. für *alle* Studiengänge.

Mit dessen Streichung im Jahre 2006 im Umfeld der Föderalismusreform unterliegen örtlich vergebene Studienplätze seitdem nicht mehr den vereinheitlichenden Vereinbarungen des Staatsvertrags. Der Unterschied besteht darin, dass die Berechnung der Kapazitätsauslastung e contrario nunmehr unterschiedlichen Modellen bzw. Parametern folgen kann. Dies zeigt freilich auch, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass eine gerechte Lastenverteilung unter den Bundesländern, die ja auch für örtliche vergebene, aber bundesweit angebotene Studiengänge im Prinzip anwendbar ist, auch im Nebeneinander verschiedener Berechnungsmodelle erreicht werden kann.

(2) Die Neuausrichtung des Zulassungsrechts durch die Föderalismusreform 2006

Fraglich bleibt indes, ob nach dem Wegfall des Art. 7 Abs. 6 StV a.F. die Doktrin bundeseinheitlicher Kapazitätsmaßstäbe bei bundeseinheitlich vergebenen Studienplätzen weiter uneingeschränkte Gültigkeit behält. Für die Beantwortung dieser Frage ist die Neuregelung der Hochschulschulzulassungskompetenz durch die **Föderalismusreform I** vom 31.8.2006 (BGBl. I, 2034) von zentraler Bedeutung.

Im Zuge der umfangreichen Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen wurde das Rahmenrecht nach Art. 75 GG, auf dessen Basis das Hochschulrahmengesetz

1976 erlassen worden war, abgeschafft. Das Hochschulrahmengesetz gilt seitdem nach Art. 125b Abs. 1 GG als (konkurrierendes) Bundesrecht fort. Ein Versuch, es gänzlich aufzuheben, scheiterte allerdings 2007, da ein entsprechender Gesetzesentwurf vom 23.07.2007 (BT-Drs. 16/6122 v. 23.07.2007) 2009 der Diskontinuität nach § 125 Satz 1 GO-BT anheimfiel und nicht wieder eingebracht wurde. Im Gegenzug erhielt der Bund zwar die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Hochschulzulassung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG, die Länder allerdings im Gegenzug die neugeschaffene Kompetenz zur „Abweichungsgesetzgebung“ in diesem Gebiet (Art. 72 Abs. 3 Zf. 6 GG). Diese gilt nicht nur für neue Regelungen des Bundes auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Zf. 33 GG, sondern auch einschlägige Altregelungen.

Schmidt-Jortzig, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. 1 (2012), § 20 Rdn. 13.

Dies betrifft grundsätzlich auch die Fälle einer bundeseinheitlichen Vergabe von Studienplätzen, da das Grundgesetz selbst insoweit keine inhaltlichen Einschränkungen macht. Die „Schutzfrist“ zugunsten des Bundes des Art. 125b Abs. 1 Satz 3 a.E. GG ist seit zehn Jahren abgelaufen.

Diese „Kopernikanische Wende“ im Zulassungsrecht ist inzwischen auch in der Rechtsprechung wahrgenommen worden. So führt das OVG Hamburg in einem Beschluss vom 14.06.2016 hinsichtlich der Kapazitätsermittlung im Bachelorfach Psychologie aus:

„Von einem Verstoß gegen das Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung (vgl. OVG Lüneburg, Beschl.v.30.7.1996, 10 N 7771/95, NdsRPfl 1996, 297, juris Rdn. 16) kann seit dem Wegfall der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für das Hochschulwesen und mit Blick darauf, dass Art. 6 des Staatsvertrages über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung (siehe hierzu das Gesetz zum Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 17. Februar 2009, HmbGVBl. S. 36) eine dem Art. 7 Abs. 5 bzw. Abs. 6 StV a.F. (vgl. etwa das Gesetz zum Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen vom 28. Juni 2000 [HmbGVBl. S. 115]) vergleichbare Vorschrift nicht mehr enthält, keine Rede sein.“

OVG Hamburg, B.v. 14.06.2016 - 3 Nc 127/15 = BeckRS 2016, 112282.

Allerdings hat im Hochschulzulassungsrecht – da ja der Staatsvertrag ohne Einschränkungen weiterbesteht – bislang noch kein Bundesland von seiner Abweichungsgesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Danach gelten *de lege lata* nach wie vor die Regelungen der §§ 29 ff HRG, also das Gebot einheitlicher Kapazitätsmaßstäbe und das Erfordernis einer zentralen Vergabe nach § 31 Abs. 1 Satz 2 HRG, in dem es heißt:

„In das Verfahren der Zentralstelle ist ein Studiengang zum frühestmöglichen Zeitpunkt einzubeziehen, wenn für ihn nach der der Feststellung der Zentralstelle Zulassungszahlen **für alle staatlichen Hochschulen** festgesetzt sind und zu erwarten ist, dass die Zahl der Bewerber die Gesamtzahl der zur Verfügung stehenden Plätze übersteigt, soweit nicht wegen der Art der Zugangsvoraussetzungen oder der Auswahlmaßstäbe den Hochschulen die Entscheidung vorbehalten wird.“ (Hervorhebung d. Verf.)

Dies betrifft seit dem Wintersemester 2009/2010 nur noch die Studiengänge Humanmedizin, Zahnmedizin, Tiermedizin und Pharmazie.

Vgl. M. Bode, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, Stand 11/2017, § 31 HRG Rdn. 91.

(3) Szenarien einer möglichen Neuordnung

Für eine Änderung der Rechtslage im Sinne der Fragestellung ergeben sich zwei Szenarien:

- Zum einen kann der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG selbst Gebrauch machen; er kann etwa die §§ 29 ff. HRG neu regeln. In diesem Fall ist jedoch kaum zu erwarten, dass sich der Bund dann für eine „föderale Lösung“ entscheiden würde, ist es doch gerade der Sinn dieser neu geschaffenen Bundeskompetenz, „insbesondere bei bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen Vorgaben für die Ermittlung und vollständige Ausschöpfung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten der

Hochschulen sowie für die Vergabe der Studienplätze und Auswahlverfahren einheitlich zu regeln.“

GesE (BT-Drs. 16/831, S. 14, r.Sp.)

Generell dürfte die Wahrscheinlichkeit, dass der Bund von seiner Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG überhaupt Gebrauch macht, eher gering sein, lohnt es sich doch kaum, mit erheblichem Aufwand eine bundeseinheitliche Hochschulzulassung zu normieren, die ohne jede Mühe umgehend durch jedes Land unterlaufen werden kann.

- Statt dessen haben auch die Länder – bzw. jedes einzelne Land für sich – kompetenzrechtlich die Möglichkeit, das Hochschulzulassungsrecht (wozu auch die Art und Weise der Kapazitätsberechnung gehört)

Windhorst, in: Gröpl/Windhorst/von Coelln (Hrsg.), Grundgesetz, Studienkommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 74 Rdn. 86; *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 24 Rdn. 648.

im Wege der Abweichungsgesetzgebung (Art. 72 Abs. 3 Zf. 6 GG) in einem landeseigenen Hochschulzulassungsgesetz zu regeln und so eine „föderale Lösung“ in Anspruch zu nehmen. Dies würde dem Sinn und Zweck der Reform unmittelbar entsprechen, denn es war gerade der Sinn der eingeführten Abweichungsgesetzgebung, den Ländern in den aufgeführten Politikfeldern „eigene Konzeptionen“ im Sinne eines Wettbewerbsföderalismus zu ermöglichen und auf unterschiedliche strukturelle Voraussetzungen und Bedingungen zu reagieren.

GesE (BT-Drs. 16/813, S. 11). Zur Konzeption des Wettbewerbsföderalismus *Kirste*, in: Härtel (Hrsg.) Handbuch Föderalismus, Bd. 2012, § 8 Rdn. 36; aus politologischer Sicht *Sturm/Zimmermann-Steinhart*, Föderalismus, 2005, S. 18.

Ob das Land von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, steht grundsätzlich und vollumfänglich in seinem Ermessen; sog. „abweichungsfeste Kerne“, die den

Ländern eine Regelung vorbehalten, sind in Art. 72 Abs. 3 Zf. 6 GG nicht vorgesehen.

GesE (BT-Drs. 16/813, S. 11); *Haratsch*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Rdn. 24.

In der Literatur wird allerdings immer noch bezweifelt, ob eine inhaltliche Abweichung von §§ 29 ff. HRG überhaupt möglich ist, weil die Norm im Wesentlichen die Vorgaben des Verfassungsrechts in der Interpretation des BVerfG wiedergebe (als quasi „geronnenes“ Verfassungsrecht), namentlich hinsichtlich des Kapazitätserschöpfungsgebots und der kooperativen Festsetzung der Zulassungszahlen.

Vgl. dazu *M. Bode*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, Stand 11/17, § 29 Rdn. 26 m.w.Nachw.

Dagegen ist freilich anzuführen, dass die Option zur Abweichungsgesetzgebung selbst verfassungsrechtlichen Rang genießt. Mit der Regelung in Art. 72 Abs. 3 Zf. 6 GG hat der Verfassungsgesetzgeber gerade deutlich gemacht, dass er es ermöglichen will, neben der bisherigen Regelung, deren Sinn und Zweck von der Begründung zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG (s.o.) getragen wird, auch andere Modelle zuzulassen. Hätte der Verfassungsgesetzgeber gewollt, dass die Ausführungen des BVerfG zur Einheitlichkeit der Kriterien mit Wirkung für die Länder unabänderlich sein sollten, hätte er – wie in den parallelen Ziffern des Art. 72 Abs. 3 GG – diese als abweichungsfeste Kerne festlegen können, und zwar im Hinblick auf bundesweit angebotener und vergebener Studienplätze. Er hat dies jedoch gerade nicht getan, obwohl angesichts der Historie und der Begründung an der Offensichtlichkeit der Grundrechtsrelevanz hinsichtlich Art. 12 GG seit den siebziger Jahren keinerlei Zweifel besteht.

Diese Konstruktion zeigt, dass der Verfassungsgesetzgeber davon ausging, dass es, um verteilungsgerechte Lösungen zu erzeugen, auch andere Wege geben muss als ein einheitliches Berechnungssystem. Anderenfalls wäre die ohne Einschränkungen eingeräumte Abweichungskompetenz letztlich sinnlos, denn es

wäre ein Widerspruch, separate Länderregelungen aus föderalistischer Perspektive zu forcieren, wenn dies aus anderen dogmatischen Gründen nicht möglich wäre. Tatsächlich umfasst der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zwar das Gebot der Kapazitätsausschöpfung, nicht jedoch die konkrete Art der Berechnung. Insbesondere genießt der Curricularnormwert und das CNW-Verfahren keinen verfassungsrechtlichen Bestandsschutz.

Löwer, Rechtsfragen der Einführung eines Curricularwertes, Wissenschaftsrecht Beiheft 20 (2010), S. 58 sub (8).

Vielmehr müsse – so *Löwer a.a.O.* – die Auslegung des Kapazitätserschöpfungsgebots an die neue Lage der Verfasstheit der Hochschulen angepasst werden. Es sei rechtlich unproblematisch, wenn der Staat zukünftig seine gesamtstaatliche Verantwortung dadurch wahrnimmt, dass er den curricularen Spielraum zugunsten der Autonomie in der Studiengestaltung durch ein Bandbreitenmodell begrenzt.

Löwer, a.a.O., S. 58/59 sub (10).

Dabei ist immer im Blick zu behalten, dass „der Staat“ in der vorstehenden Aussage realiter mit den sechzehn (bzw. im Bereich der Medizin mit den vierzehn medizinführenden) Bundesländern gleichzusetzen ist. Infolgedessen unterliegt die Ausfüllung eines Gesetzesvorbehaltes durchaus föderalen Gestaltungsmöglichkeiten, so dass auch landesspezifische, also inhaltlich differierende Schrankenregelungen legitim sind. Ein vergleichbares Beispiel ist das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG): Hier hat die Föderalismusreform sogar die konkurrierende Kompetenz ganz gestrichen, das „alte“ Versammlungsgesetz des Bundes gilt nach Maßgabe von 125a Abs. 1 GG fort, kann aber durch Landesrecht ersetzt werden. Dementsprechend existieren mittlerweile eigene Landesversammlungsgesetze. Anderes gilt nur, wenn das Grundgesetz die Ausfüllung eines Gesetzesvorbehalts auf Bundesgesetze beschränkt hat (wie z.B. in Art. 21 Abs. 3 GG). Dies ist aber im Hochschulzulassungsrecht nicht der Fall. Für eine ungeschriebene Bundeskompetenz „kraft Natur der Sache“ bestehen keinerlei

Anhaltspunkte. Wenn der Verfassungsgesetzgeber also keine Einschränkungen der Abweichungsgesetzgebung vorgesehen hat, kann dies nur dahingehend gedeutet werden, dass den Landesgesetzgebern insofern inhaltliche Freiheit gelassen wird.

Dazu kommt schließlich: Art. 12 Abs. 2 StV 2008 regelt zwar – im Sinne der „alten Doktrin“ –, dass die Rechtsverordnungen der Länder übereinstimmen müssten, soweit dies für eine zentrale Vergabe der Studienplätze *notwendig* sei. Das Erfordernis der Notwendigkeit ist jedoch in den zurückliegenden Jahren deutlich aufgeweicht worden. *Zimmerling/Brehm* führen hierzu folgende (nicht abschließende) Liste an:

- So bräuchten nach § 21 KapVO wegfallende Stellen in der Kapazitätsfeststellung nicht berücksichtigt werden, was einen deutlichen Spielraum eröffnet.
- Die Einheitlichkeit des Lehrdeputats in den Ländern sei durch abweichende und individuell vereinbarte Lehrverpflichtungen nicht mehr durchgehend und verbindlich vorhanden.
- Mit Drittmittelerfolgen (insb. bei erfolgreicher Einwerbung größerer Vorhaben wie SFB, Exzellenzclustern und ähnlichen kompetitiv ausgestalteten Großförderungen, Anm. d. Verf.) sei häufig eine individuelle Deputatsverringerung verbunden (die nicht immer kapazitätsneutral sei, Anm. d. Verf) so dass Erfolge in der Forschung paradoxerweise zu einer Verminderung der Ausbildungskapazität führen könnten)

Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 3 Rdn. 24-32; vgl. auch OVG B.v.12.08.2011, 2 NB 439/10 juris.

Auch die Existenz von verhandelbaren „Bandbreiten“ oder „in der Regel-Formulierungen“ in den Lehrdeputatsverordnungen einzelner Bundesländern weichen die Eindeutigkeit der Schlüsselparameter auf.

Vgl. exemplarisch § 10 LVVO HH; § 2 LVVO BW.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass eine „punktgenaue“ und bundesweit identische Kapazitätsauslastung, die das Gesamtlehrdeputat einer Lehreinheit anhand haushaltsrechtlich fixer Personalstellen berechnet (§ 9 Abs. 1 KapVO), mit der Einführung von Globalhaushalten in etlichen Bundesländern deutlich an Schlüssigkeit verloren hat.

Löwer, a.a.O. S. 59 sub (15).

Damit ist ein „föderales Modell“ grundsätzlich nicht nur möglich, sondern dürfte sogar im Lichte der Föderalismusreform am ehesten der Intention des Verfassungsgesetzgebers entsprechen.

Allerdings heißt das nicht, dass die Länder quasi „isolationistisch“ für sich selbst günstige Konzeptionen entwickeln können, die die Studierendenlasten letztlich auf andere Bundesländer abdrängen. Insofern umfasst der bereits erwähnte Grundsatz der Bundestreue (bzw. treffender „Bündnistreue“) auch ein Gebot gegenseitiger „Ländertreue“, die diese verpflichtet, in gemeinsamen Angelegenheiten aufeinander Rücksicht zu nehmen, namentlich auch in Feldern, die in die Gesetzgebungs- und/oder Verwaltungskompetenz der Länder fallen.

BVerfGE 12, 205 (254); *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 10 Rdn. 52; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.) GG, Art. 20 IV Rdn. 119; *Wittreck*, Die Bundestreue, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, 2012, § 18 Rdn. 51.

Dies erfordert ein Mindestmaß an Koordination, die entweder durch informelle Absprachen oder – förmlich – durch Staatsverträge oder Verwaltungsabkommen erreicht wird. Da es sich vorliegend um eine Materie handelt, die – wie bereits ausgeführt – in hohem Maße grundrechtsrelevant ist, erfordert die Wesentlichkeitstheorie im Grundsatz formalgesetzliche Regelungen in den Ländern, die als Hülle – wie bisher – einer länderstaatsvertragliche Regelung bedürfen.

Dabei ist zu beachten, dass die Länder derzeit noch durch den bestehenden Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für

Hochschulzulassung gebunden sind, dessen Geltung von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der geänderten Kompetenzsituation nicht tangiert wird. Das intendierte „föderale Modell“ bedarf daher einer Änderung dieses Staatsvertrags; in dem die Länder dann vereinbaren können, für ihren Bereich aus verschiedenen, im Staatsvertrag aufgeführten Kapazitätsberechnungsmodellen auswählen zu dürfen. Außerdem sollte vertraglich ein Mechanismus vorgesehen werden, der im Wege eines Monitoring und/oder einer Evaluation turnusgemäß überprüft, ob eine solche Ausdifferenzierung mittel- oder langfristig zu einer unzumutbaren „Schieflage“ zwischen den Bundesländern führt. Ob dies politisch und einvernehmlich so durchsetzbar ist, obliegt dann der Flexibilität und dem Gestaltungswillen der Länder.

Eine weitere Frage ist, ob angesichts der derzeit gesundheitspolitischen „Großwetterlage“ (Landarztmangel, Konkurrenz durch Franchising-Modelle etc.) ein Land bereit und in der Lage wäre, aus der bestehenden Solidaritätsgemeinschaft durch einen signifikanten Kapazitätsabbau auszuscheren. Gleichwohl erscheinen die genannten Instrumente sinnvoll, um die Solidarität auch verfahrensmäßig abzusichern.

b) Zulässigkeit eines „standortspezifischen Modells“

Dagegen stößt eine „standortspezifische Lösung“, in der es den Ländern freigestellt würde mit den einzelnen Standorten zwischen den Möglichkeiten einer der Standortspezifika angemessenen Kapazitätsberechnungsmethode auszuwählen, auf erhebliche Probleme, da damit der aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 GG abgeleitete Grundsatz der Bildung einheitlicher Maßstäbe (§ 29 HRG) für die Kapazitätsberechnung konterkariert wäre. Wie unter Frage a) ausgeführt, legitimiert zwar das Bundesstaatsprinzip zu länderspezifischen Lösungen; hat sich ein Land jedoch für ein Modell entschieden, muss dieses landesweit einheitlich gelten. Ein sachlicher Grund für unterschiedliche Berechnungssysteme innerhalb eines Bundeslandes ist nicht ersichtlich. Durch ein Nebeneinander verschiedener Systeme auf Landesebene (etwa eine Bandbreitenlösung mit einer

Landesuniversität, ein Kostennormwert-verfahren mit einer anderen, eine Beibehaltung der herkömmlichen CNW-Berechnung mit der dritten) wäre nicht nur die Einheitlichkeit der Maßstäbe unterlaufen, sie wären auch nicht mehr vergleichbar. Das Gebot einheitlicher Auslastung, das nach wie vor gilt, wäre ohne einheitliche Maßstäbe dann nicht mehr valide erfüllbar. Damit ist eine „standortspezifische Lösung“ mit Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit eines (einheitlichen) Bandbreitenwerts eine zumindest auch standortspezifischen Wirkung hat; darauf wird in Frage 2. zurückzukommen sein.

2. Ist es rechtlich zulässig, in der Humanmedizin anstelle eines bundeseinheitlichen CNW eine CNW-Bandbreite (z.B. 8,0 - 8,6) oder Bandbreiten für Teil-CNWs (z.B. vorklinischer Teil-CNW: 2,2 - 2,6; klinischer Teil-CNW: 5,7 - 6,0) festzulegen, wie in anderen Studiengängen üblich?

a) Mit der im Zuge der Bologna-Reform erfolgten Umstellung der meisten Studiengänge, namentlich der vormaligen Diplomstudiengänge, auf das konsekutive, zweistufige Bachelor-Master-System wurde neben der europäischen Vergleichbarkeit vor allem eine stärkere inhaltliche Qualitätsorientierung sowie eine Diversifizierung der jeweiligen Studieninhalte intendiert. Die Forcierung des Prinzips Wettbewerb sowohl auf föderaler als auch auf Hochschulebene erfordert die Möglichkeit einer spezifischen Profilierung in den einzelnen Fächern, die ihrerseits unterschiedliche, standortspezifische Curricula und Prüfungsanforderungen verlangt und vor allem eine Flexibilisierung der Betreuungsrelationen ermöglichen sollte.

Kluth, Nachfrageorientierte Steuerung der Studienangebote.
Rechtsgutachten für das CHE Centrum für Hochschulforschung,
2001, S. 68 ff.

Daher wuchs bei der Umsetzung der Bologna-Reform die Ansicht, dass das „alte“ Kapazitätsberechnungsmodell, das für weitgehend „gleichförmige“ Studiengänge entwickelt worden war, durch neuere, flexiblere Modelle abgelöst werden sollte.

Grundlegend hierzu die Beiträge in: *Hommelhoff/Müller (Hrsg.), Plädoyer für ein neues Kapazitätsrecht, Wissenschaftsrecht, Beiheft 18 (2007)*.

Als Alternativen zum geltenden Curricularnormwert (CNW)-Verfahren haben sich namentlich das (Ziel-)vereinbarungsmodell, das auf Kostennormwerten basierende Vorgabemodell sowie das Bandbreitenmodell herausgebildet; letzteres bestimmt eine Spanne für den jetzt so genannten Curricularwert, innerhalb derer die Hochschule den konkreten Kapazitätswert zur flexiblen Gestaltung flexibler Module in Bachelor- und Masterstudiengängen selbst festlegen kann.

Ausf. *Kluth*, a.a.O., S. 60 (79 ff.), speziell zum Zielvereinbarungsmodell S. 94 ff; *Sagerer*, Das Curricularwert-Bandbreitenmodell in Nordrhein-Westfalen, *Wissenschaftsrecht Beiheft 2007*, S. 111-119.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer individuellen, hochschulbezogenen Festlegung der Kapazität wurde schon in dem bereits zitierten Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts für den Fall einer hochschulbezogenen Gestaltung der Aufteilung des Curricularrichtwerts auf Teilrichtwerte für die Vorklinik und die Klinik unter Hinweis auf die Relevanz der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) thematisiert.

BVerwGE 64, 77 (97) = NVwZ 1982, 104 (106); bestätigt in BVerwG, B. v. 13.12.1984 - 7 C 16/8 – juris, Rdn. 8: „Das im Spannungsfeld zwischen Einheitlichkeit der Kapazitätsermittlung und wissenschaftlicher Gestaltungsfreiheit an einer ihren Vorstellungen entsprechende Organisation der Lehre darf bei landesrechtlicher Anwendung von § 7 Abs. 2 Satz 2 KapVO nicht außer Acht gelassen werden“.

In Fortführung dieser Judikatur wird nunmehr auch die Zulässigkeit von Bandbreitenmodellen von der Rechtsprechung grundsätzlich gebilligt.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U.v.11.06.2013 – NC 9 S 675/12 – juris, Rdn. 81 ff.

Damit wird anerkannt, dass die Anstrengungen und Konzepte der Hochschulen, mit der durch die Hochschulreformen der Jahrtausendwende angestrebte Flexibilisierung der Studiengänge eine schärfere lokale Profilierung und damit eine bessere nationale und internationale Wettbewerbsfähigkeit am „Hochschulmarkt“ zu erzielen, von der Lehrfreiheit und dem Selbstverwaltungsrecht des Art. 5 Abs. 3 GG geschützt sind.

Zur Profilbildung als institutionenökonomischer Grundbedingung eines hochschulischen Wettbewerbs *Geis*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2009), S. 364 (370 ff, 377) m. zahlr. Nachw.

Gleichwohl werden im geltenden Recht bislang Bandbreitenmodelle nur für nicht bundesweit verteilte Studiengänge vorgesehen; bei Studiengängen mit bundesweiter Verteilung und/oder mit Staatsexamensabschlüssen sind zum großen Teil immer noch einheitliche CNW vorgesehen. Das lässt sich im Grunde nur durch das Verharren in historischen Strukturen erklären.

Obgleich auch die Bandbreitenmodelle das in Art. 12 Abs. 1 GG gründende Gebot der Kapazitätserschöpfung zu beachten haben, werden sie im Lichte der Flexibilität als verfassungskonform anerkannt. Daher ist kaum einsichtig, wieso bei einer Flexibilisierung und individuelle Profilierung namentlich in den angestrebten vertikalen Modellen des Medizinstudiums ein Bandbreitenmodell nicht zulässig sein sollte. Diese Ansicht wird dadurch unterstützt, dass spätestens seit der 3. Fassung der KapVO vom 25.08.1994 die Kapazitätsermittlung nicht mehr oder jedenfalls nur scheinbar auf einer empirisch ermittelten realen „Obergrenze“ der Aufnahmefähigkeit einer Lehrereinheit beruht, sondern vielmehr im Kern auf einer normativen, ja dezisionistischen Festlegung des Normgebers resp. der Ministerialverwaltung beruht. Dieser hat es in der Hand, durch eine Änderung bestimmter „Stellschrauben“, die mit der eigentlichen Nachfrage nichts zu tun hat (Paradebeispiel: eine direkte oder indirekte Erhöhung des

Lehrdeputats aus letztlich fiskalischen Gründen), eine bestimmte Kapazitätsermittlung festzulegen.

Vgl. dazu schon *Chr. Bode*, in: Dallinger (Hrsg.), Hochschulrahmengesetz. Kommentar, 1978, § 29 Rdn. 4, 10; jüngst ausführlich *Müller*, VBIBW 2016, 45 (46).

Das Gebot der Kapazitätsausschöpfung ist daher im Grunde (auch) eine Entscheidung des zuständigen Ministeriums über die dienstliche Belastbarkeit der lehrenden Wissenschaftler, die eine Entscheidung über die Verteilung von Ressourcen zwischen Forschung, Lehre und Verwaltungsaufgaben auch unter finanziellen Aspekten bedeutet. Der Ordnungsgeber habe hierbei einen erheblichen Gestaltungsspielraum, der ebenfalls Bandbreiten festlegen kann.

Vgl. dazu VGH Baden-Württemberg, U.v.23.05.2006 – 4 S 1957/04 = BeckRS 2006, 25139.

Kann aber über die Deputatsfestsetzung die Aufnahmekapazität einer Lehreinheit in einem erheblichem Rahmen gesteuert werden und erweist sich damit die Kapazitätsfestsetzung als primär politisch-dezisionistische Rechengröße, die rein rechnerisch eine erhebliche Bandbreite der Kapazität ermöglicht,

Müller, VBIBW 2016, 45 (46, passim).

ist nicht ersichtlich, warum nicht auch eine CW-Bandbreite prinzipiell möglich sein sollte.

Des Weiteren verlangt der Parlamentsvorbehalt, dass der Gesetzgeber die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Bedingungen für den Hochschulzugang selbst festlegt.

Kluth, Nachfrageorientierte Steuerung (s. o.), S. 75 m.weit.Nachw.; ebenso jetzt BVerfG, U.v.19.12.2007 – 1 BvL 3/14, 4/14; Urteilsumdruck Ls. 3, Rdn. 118 f.

Zu den wesentlichen Bedingungen für den Hochschulzugang zählen auch die Eckwerte allfälliger CW-Bandbreiten, also die Festlegung eines Mindest- und eines Maximalwerts. Eine Unter- bzw. Überschreitung würden dabei ohne weiteres zu einem Verstoß gegen das Gebot der Kapazitätsauslastung und damit einer Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG führen. Aber auch innerhalb der Bandbreiten dürfen sich die Hochschulen nicht nach freiem Belieben bewegen: Vielmehr muss die Festlegung der Hochschule auf einen konkreten Wert innerhalb der Bandbreite transparent und nachvollziehbar anhand von Kriterien begründet werden. Grundsätzlich fällt hierunter wegen seiner unmittelbaren Grundrechtsrelevanz auch die Festlegung objektiverter, nachvollziehbarer Kriterien für die Kapazitätsermittlung. Eine Übertragung der Kriterienfestlegung ist jedoch als verfassungskonform anzusehen, wenn im Vorhinein festgelegt ist, wer in welcher Art von Verfahren zu entscheiden hat, und wenn das so formalisierte Verfahren einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 24 Rdn. 648.

Diese Voraussetzungen sind für die Kapazitätsverordnungen der Länder (KapVO) erfüllt: Sie werden von den Ressortministerien erlassen und müssen analog Art. 80 Abs. 1 GG (oder entsprechender Vorschriften in den Landesverfassungen) hinsichtlich Inhalt, Zweck und Ausmaß vom Zulassungsgesetz vorgegeben sein. Als untergesetzliche Rechtsnormen nach Landesrecht sind sie schließlich nach § 47 Abs. 1 Zf. 2 VwGO einer konkreten Normenkontrolle vor dem Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof zugänglich.

Dies gilt nicht für Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen. In diesen Ländern besteht aber die Möglichkeit eine Kontrolle durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, was für den Rechtsschutz ausreicht. Denkbar wäre auch die Kontrolle durch eine allgemeine Feststellungsklage als „Auffangklage“; vgl. dazu BVerwGE 111, 276 ff; NVwZ 2004, 382; *Geis*, Die Feststellungsklage als Normenkontrolle zwischen suchender Dialektik und dogmatischer Konsistenz, in: Baumeister/Roth/Ruthig, Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 709 ff.

Als Beispiele für mögliche inhaltliche Kriterien einer Erhöhung des CNW hat *Hailbronner* in einem Gutachten von 2004 folgende Aspekte aufgezählt:

- Besondere internationale Anforderungen des Studiengangs;
- Beschlüsse der Hochschule, im jeweiligen Fachgebiet einen besonderen Exzellenzschwerpunkt zu bilden und deshalb die Betreuung zu intensivieren;
- Intensiver Forschungsbezug eines Studienganges z.B. im Rahmen definierter Forschungsk Kooperationen
- Unterschiedliche Studienstrukturen mit mehr kleingruppenorientierten Lehrveranstaltungen zur Erreichung des berufsspezifischen Abschlusses in kürzerer Zeit.

Hailbronner, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Festlegung von Studienkapazitäten auf Grund eines Vereinbarungs- oder Vorgabemodells, (unveröffentlichtes) Rechtsgutachten, Okt. 2004, S. 74.

Die Liste ist als solche freilich nicht abschließend, sondern kann um weitere prägnante Fallgestaltungen ergänzt werden, die den Genannten an Profilierungsmehrgewinn gleichkommen; denkbar wäre etwa eine Fallgruppe kleingruppenorientierter Ausbildung, die in besonderem Maße der Interaktion zwischen den Studierenden bedarf, die effektiv nur in einer limitierten Gruppengröße erfolgen kann, etwa in künstlerisch-gestalterischen Fächern. Die Zulässigkeit solcher Bandbreitenmodelle sind in mehreren Gutachten und Beiträgen ausgiebig diskutiert und im Sinne der angestrebten Flexibilisierung grundsätzlich für zulässig erachtet worden.

Vgl. *Hailbronner*, a.a.O., passim; *Löwer*, Rechtsfragen der Einführung eines Curricularwertes, *Wissenschaftsrecht*, Beiheft 20 (2010), S. 48 ff. (50); *Zimmerling/Brehm*, *Hochschulkapazitätsrecht*, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 6 Rdn. 108; teilw. kritisch *Müller*, Bandbreiten als Breitseiten auf die „Fesseln“ des Kapazitätsrechts – von der Flexibilisierung normativer Eingabegrößen hin zur Erosion eines Berechnungssystems, *VBIBW* 2016, 45 ff., 94 ff.

Dieser Auffassung schließt sich der Unterzeichnete an. Zur Vermeidung von Redundanzen soll daher auf die o.a. Literaturstellen verwiesen werden.

b) Die derzeit herrschende Meinung geht dabei davon aus, dass das Bandbreitenmodell jedenfalls dann rechtlich zulässig und auch sinnvoll ist, wenn es kein einheitliches (Muster-)curriculum gibt. Dies ist typischerweise in den Bologna-Studiengängen mit örtlicher Zulassung der Fall. Im Gegenzug soll es bei Studiengängen mit einheitlichem Curriculum und bundesweiter Zulassung bei den einheitlichen CNW-Festsetzungen verbleiben. Das Gleiche wird für alle medizinischen Fächer angenommen, die mit dem Staatsexamen abschließen; hier werden die einheitlichen Curricula regelmäßig durch den Gesetzgeber vorgegeben bzw. vorstrukturiert, in der Medizin durch die ÄApprO. In diesen Fächern hat letztlich noch die Doktrin der 70er Jahre überlebt, dass bei bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen aus Gleichheitsgründen nur eine bundeseinheitliche Kapazitätsberechnungsmethode verfassungsrechtlich zulässig sei.

Vgl. zum Erfordernis einer Neubestimmung des Kapazitätsbedarfs auch *Löwer*, *Wissenschaftsrecht* 2008, 102 ff.

Eine gewisse Parallele existierte in den Rechtswissenschaften aufgrund der Anforderungen des Deutschen Richtergesetzes, dessen verbindliche Vorgaben in Bezug auf den zu vermittelnden Stoff und Fächerkanon von den Juristenausbildungsgesetzen und –verordnungen der Landesebene nach wie vor nahezu 1:1 übernommen werden müssen. Gleichwohl wurde das juristische Studium mit dem Abschluss Staatsexamen aus dem bundesweiten Zuteilungsverfahren herausgenommen und unterliegt nur noch örtliche Zugangsbeschränkungen.

Tatsächlich ist es letztlich nur noch die historische Tradition (und möglicherweise die Scheu vor neuen Klagewellen), die eine Einführung von Bandbreitenmodellen in den medizinischen Fächern bislang verhindert hat. Mit der Erkenntnis, dass ein fixer CNW zu einem nicht unwesentlichen Teil auf politischen Entscheidungen beruht,

ist auch die Rechtfertigung für einen „starren“, bundesweiten Einheitswert entfallen.

Sind demgemäß Bandbreitenmodelle schon als solche auch in der Medizin möglich, können im Prinzip auch unterschiedliche Bandbreiten für den vorklinischen und den klinischen Ausbildungsabschnitt ausgewiesen werden. Allerdings gilt dies nicht bei Einführung eines „Vertikalen Modells“, das vorklinische und klinische Ausbildung miteinander verschränkt; hierauf wird im Rahmen der Frage 4a eingegangen.

3. Ist es rechtlich zulässig, die erwünschte Freiheit der Curriculumsgestaltung in der Weise abzusichern, dass die Entscheidung über die Fixierung des CNW bzw. Teil-CNW innerhalb einer Bandbreite sowie die Aufteilung dieser Werte auf die Lehreinheiten in das „freie“ Ermessen der Hochschulen gegebenenfalls in Abstimmung mit dem zuständigen Ministerium gestellt wird und individuelle Anspruchspositionen in diesem Kontext ausdrücklich ausgeschlossen werden? (z.B. "Die Bestimmung des Curricularwertes innerhalb der Bandbreite sowie die Aufteilung des Wertes auf die beteiligten Lehreinheiten liegt im freien Ermessen der Hochschule; die Ausübung des Ermessens erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse").

a) „Freies Ermessen“ der Hochschulen

aa) In seinem Urteil vom 19.12. 2017 (1 BvL 3/14; 1 BvL 4/14) hat sich das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Auswahlverfahren grundsätzlich zur Reichweite der von der Hochschule autonom zu treffenden Entscheidung und den notwendigen Festlegungen durch den Gesetzgeber geäußert:

„Der Gesetzgeber muss die für die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen wesentlichen Fragen selbst regeln.

(1) In Anbetracht der vorentscheidenden Bedeutung der Auswahlgrundlagen für die Verwirklichung der Studienwahl-

entscheidung und deren Auswirkungen auf die Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit müssen die Auswahlkriterien ihrer Art nach durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst bestimmt werden (vgl. bereits BVerfGE 33, 303 <345>).

(2) Grundsätzlich ist es verfassungsrechtlich unzulässig, den Hochschulen ein eigenes Kriterienerfindungsrecht zu überlassen. Untergesetzlichen Normgebern darf von Verfassungen wegen nicht die Kompetenz eingeräumt werden, den parlamentsgesetzlichen Katalog durch selbst entwickelte Auswahlkriterien zu ergänzen oder zu erweitern. Der zur Regelung dieser für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Frage zuständige Normgeber darf seine Regelungsverantwortung nicht auf Dritte delegieren, sondern muss die Art der Auswahlgrundlagen abschließend regeln. Deswegen muss sich die Satzungsbefugnis der Hochschulen für deren Auswahlverfahren darauf beschränken, Kriterien aus einem durch formelles Gesetz festgelegten Katalog auszuwählen, der diese der Art nach bereits hinreichend bestimmt. Dies gilt jedenfalls für grundständige Massenstudiengänge, die wie das Studium der Humanmedizin über den Zugang zu einem weit gesteckten Berufsfeld entscheiden.“

BVerfG, a.a.O., Urteilsdruck, Rdn. 117 ff.

bb) Diese Rechtsprechung ist auf die hier vorliegende Problematik entsprechend übertragbar:

Die Entscheidung über die Festlegung eines CNW oder eines Bandbreiten-CW ist – wie die Auswahlentscheidung selbst und dieser zeitlich vorgelagert – von unmittelbarer Relevanz für die Ausübung des Grundrechts auf Berufsausbildung (Art. 12 GG). Dogmatisch ist sie ebenfalls als Eingriff in dessen Schutzbereich zu sehen, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Andererseits ist die Entscheidung über einen CNW oder einen Bandbreiten-CW ein universitärer Rechtssetzungsakt, der hinsichtlich des zu realisierenden Lehrkonzepts in den Schutzbereich der akademischen Selbstverwaltung fällt, die ihrerseits durch das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG geschützt ist.

Dazu *Geis*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. IV (2004), § 100 Rdn. 30.

Sowohl der Entscheidung über einen CNW als auch einen Bandbreiten-CW liegt daher eine Grundrechtskollision zu Grunde, die im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz aufzulösen ist.

Grundlegend hierzu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999, Rdn. 72, 308; weitergeführt u.a. von *Hoffmann-Riem*. AÖR 128 (2003) S. 191; *Hufen*, Staatsrecht II (Grundrechte), 6. Aufl. 2017, § 9 Rdn. 31 ff. m.w.Nachw. In der Rechtsprechung (notabene unter Hesses Einfluss) übernommen in BVerfGE 89, 214 (232), 93, 1 (21); 97, 169 (176); 116, 1 (21).

Die grundlegenden Entscheidungen über die Kriterien innerhalb der Bandbreite muss daher der Gesetzgeber in einem abschließenden Katalog vorgeben; die Autonomie der Hochschule manifestiert sich dann darin, die Entscheidung für einen (regelmäßig erhöhten) Wert innerhalb der Bandbreite zu fixieren und hierfür die entscheidenden Beweggründe transparent zu machen. Dass dies vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit Bestand haben muss, mag im Einzelfall zu mühsamen Begründungen führen, ist aber im Sinne der Transparenz und eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) unvermeidlich. Auch ist die konkrete Festlegung von den Verwaltungsgerichten angesichts der hohen Grundrechtsrelevanz in vollem Umfang nachprüfbar.

Ein „freies Ermessen“ der Hochschule, wie in der Fragestellung aufgeworfen und als nicht an limitierende gesetzliche Kriterien gebundene Entscheidung verstanden, ist damit schon vom erforderlichen Legitimationsniveau nicht möglich. Jedes Ermessen – sei es Verwaltungsermessen i.S. § 40 VwVfG, sei es Normgebungsermessen – ist letztlich durch höhere Normen rechtlich gebundenes Ermessen.

Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2018, § 7 Rdn. 17.

cc) Diese Abhängigkeit von gesetzgeberischen Vorgaben ist auch nicht durch eine ministerielle Zustimmung, Genehmigung o.ä. substituierbar. Letztere wäre nur eine aufsichtliche Kontrollerlaubnis, die aber die Erfordernisse eines

Parlamentarvorbehalts, mithin die Einbeziehung der ersten Gewalt, nicht ersetzen kann. Andererseits ist im Falle einer Orientierung an einem gesetzgeberischen Katalog eine ministerielle Kontrolle zwar zulässig, aber nicht zwingend. Die verfassungsrechtliche zulässige Rückkopplung an die ministerielle Aufsicht reicht von einer Genehmigungs- oder Anzeigepflicht (Präventivkontrolle) bis zu einer nachträglichen, anlassbezogenen Kontrolle.

dd) Bei der konkreten Festsetzung des Curricularwerts ist nicht von einem „Mittelwert“ auszugehen, von dem Abweichungen nach oben und nach unten individuell vorgenommen werden können.

Löwer, Rechtsfragen der Einführung eines Curricularwertes, in: Wissenschaftsrecht, Beiheft 20 (2010), S. 64; ebenso Müller, Bandbreiten als Breitseiten auf die Fesseln des Kapazitätsrechts – Von der Flexibilisierung normativer Eingabegrößen hin zur Erosion eines Berechnungssystems (Teil 2), VBIBW 2016, 94 (100); a.A. Witte/von Stuckrad, Kapazitätsplanung in gestuften Studienstrukturen, CHE Arbeitspapier Nr. 89 (2007), S. 4, 9.

Tatsächlich entspricht der Fall eines „durchschnittlichen“ Studiengangs ohne erhöhten Betreuungsaufwand im Fall einer Bandbreite dem **unteren Grenzwert**. Diese ergibt sich schon aus der Erwägung, dass eine freiwillige Absenkung der Betreuungsintensität unter einen arithmetischen Mittelwert zu einer Erhöhung der Aufnahmekapazität führt, was keine Hochschule ernsthaft beabsichtigen wird. Die Bandbreite würde dann realiter nur in der oberen Hälfte „bespielt“, was ihrem Wesen widersprechen würde. Zudem würde die gerade errungene Flexibilität durch ein fiktives Durchschnittscurriculum konterkariert.

Löwer, a.a.O., S. 64.

Allerdings müsste in diesem Fall der bisherige CNW als Untergrenze übernommen werden oder sogar – angesichts der strukturell-flächendeckend durch eine höhere Betreuungsintensität gekennzeichneten Studienreform – sogar maßvoll erhöht werden. Darüber hinaus kann eine Abweichung nach oben in einzelnen Stufen vorgesehen werden, je mehr normative festgelegte Kriterien erfüllt sind, diese sind vom zuständigen Wissenschaftsministerium zu

genehmigen oder auch in einer Zielvereinbarung konkretisiert werden. Auch eine Anzeige kommt in Betracht, solange die Aufsichtsbehörde effektiv die Möglichkeit hat, einer möglichen „Inflation“ gegenzusteuern.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass die Landesgesetzgeber im „föderalen Modell“ auf der Grundlage eines neuen Staatsvertrags für die medizinischen Studiengänge einen Breitband-Curricularwert einführen können. Dabei sind die Kriterien, die für die Entscheidung der Hochschule über den letztlich angesetzten Wert ausschlaggebend sind, normativ vorgegeben. Die Hochschule muss dann ihre Festsetzung anhand dieser Kriterien jeweils nachvollziehbar begründen. Ein eigenes Kriterienerfindungsrecht haben die Hochschulen nicht.

b) Zur Frage des Ausschlusses individueller Anspruchspositionen in diesem Kontext (z.B. "die Ausübung des Ermessens erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse")

Fraglich ist, ob eine gesetzliche Formulierung „Die Ausübung des Ermessens erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse“ geeignet ist, subjektive Anspruchspositionen auszuschließen.

Vorab ist festzustellen, dass es sich terminologisch nicht um sogenanntes Verwaltungsermessen i.S. § 40 VwVfG handelt. Es geht nicht um subjektive, individuelle Anspruchspositionen in Verwaltungsentscheidungen in Form eines Verwaltungsaktes i.S. § 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG).

Zum Ermessen als Handlungskategorie der Verwaltung
Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage
 2018, § 7 Rdn. 7 ff. Umfassend demnächst auch *Geis*, in:
 Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz.
 Großkommentar, § 40, passim (im Erscheinen).

Damit ist auch die zu § 40 VwVfG sog. Ermessensfehlerlehre nicht einschlägig, die beurteilt, ob eine Verwaltungsentscheidung angesichts eines vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessensspielraums nicht sachbezogen bzw. anhand sachfremden Erwägungen ausgeübt wird.

Zur sog. Ermessensfehlerlehre *Maurer/Waldhoff*, a.a.O., 3 7 Rdn 19 ff.; *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), NK-VwGO, § 114 Rdn. 106 ff.

Bei der gutachtlich aufgeworfenen Frage geht es dagegen um die Festsetzung von normativen Größen, die regelmäßig im Satzungswege erfolgt. Es handelt sich also um sog. Normgebungsermessen, was ein Synonym für den Gestaltungsspielraum des (hier untergesetzlichen) Normgebers darstellt.

Vgl. *Hill/Martini*, Untergesetzliche Rechtssätze, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 34 Rdn. 22, 34, *Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl. 2013, § 40 Rdn. 2.

Gleichwohl kann auch eine untergesetzliche Norm subjektive Rechte verletzen (vgl. die Formulierung von § 47 Abs. 2 VwGO). Ein subjektives Recht ergibt sich dabei entweder aus dem Wortlaut eines Gesetzes oder durch Auslegung der Norm. Im letzteren Fall ist darauf abzustellen, ob eine Norm dazu bestimmt ist, nur der Allgemeinheit oder dem Schutz spezieller Rechte Dritter zu dienen (sog. Schutznormtheorie).

Zur Schutznormtheorie vgl. statt vieler *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Aufl. 2016, §14 Rdn. 72 ff.; *Sodan*, in: *ders./Ziekow* (Hrsg.), NK-VwGO, 4. Aufl. 2014, § 42 Rdn. 386 ff., jew. m.w.Nachw.

Im vorliegenden Fall würde durch die normative Formulierung, dass die Entscheidung ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgt, ein schutzwürdiges Individualrecht verneint. Dies ist zwar im Grundsatz möglich. Im vorliegenden Fall erscheint allerdings eine Beschränkung des Schutzzwecks allein auf das öffentliche Interesse zweifelhaft. Man muss sich vergegenwärtigen, dass der gesamte Rechtsbereich des Kapazitätsrechts ausschließlich zu dem Zweck entwickelt worden ist, um das Recht auf Ausbildungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG durch eine nachvollziehbare Organisations- und Verfahrensgestaltung abzusichern. Das ganze Kapazitätsrecht ist damit „drittschützend“ und kann diesen Charakter aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verankerung auch nicht durch eine entgegenstehende einfachgesetzliche Formulierung verlieren.

Zum verwaltungsrechtlichen Drittschutz aus Grundrechten *Sodan*, in: ders./Ziekow Hrsg.), NK-VwGO, 4. Aufl. 2014, Rdn. 393 ff.

Damit ist eine Regelung, die bei der Festlegung eines konkreten Werts innerhalb der vorgesehenen Bandbreite versucht, die Anfechtbarkeit durch die Versagung eines drittschützenden Rechts (und damit letztlich die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 oder § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO auszuschalten) verfassungsrechtlich angreifbar. Zwar bedarf es bei Kapazitätsklagen auch insofern der Erschöpfung des Rechtswegs vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde oder einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG, inhaltlich ist jedoch die Wahrscheinlichkeit, dass eine Norm, die ausschließlich auf das öffentliche Interesse abstellen würde, mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar ist, sehr groß. Dazu kommt noch die Problematik, dass eine solche Norm als Umgehung der Rechtsschutzgarantie mit großer Wahrscheinlichkeit nach Art. 19 Abs. 4 GG verfassungswidrig wäre.

4. Die rechtliche Zulässigkeit der folgenden Maßnahmen ist zu prüfen:

Die Kommission hat einen Vorschlag zur Umsetzung eines vertikal integrierten Curriculums erarbeitet, das vorklinische und klinische Inhalte miteinander verschränkt. Kapazitätsrechtlich soll diese Integration mithilfe von reziprokem Lehrimport und -export aus den/in die Lehreinheiten Vorklinische Medizin und Klinisch-praktische Medizin abgebildet werden. Die Kommission anerkennt jedoch, dass die Ausbildungskapazitäten im klinischen Bereich maßgeblich durch die Patientenressourcen beeinflusst sind. Das bedeutet zwangsläufig, dass bei zunehmender vertikaler Integration der patientenbezogene Engpass bereits im vorklinischen Ausbildungsabschnitt eine Rolle spielen wird. Auch angesichts des politischen Wunsches, Teilstudienplätze in Zukunft möglichst zu vermeiden, schlägt die U-AG folgende Maßnahmen vor:

a) Da durch die vertikale Integration über den gesamten Studienverlauf sowohl eine angemessene personelle Ausstattung in den jeweiligen Lehreinheiten als auch die ausreichende Patientenverfügbarkeit gesichert sein müssen, ist eine wechselseitige Engpassregelung in §§ 17 und 18 KapVO zu verankern, nach der die jeweils engere Kapazitätsberechnung (personalbezogen oder patientenbezogen) für die Zulassungszahl maßgeblich ist.

(1) Nach derzeitiger Rechtslage bezieht sich die Engpasslösung nach § 18 KapVO auf den „klassischen Fall“ einer Abweichung der personalbezogenen Kapazität im vorklinischen Abschnitt von der patientenbezogenen Kapazität im klinischen Abschnitt. Ist dabei die Kapazität im vorklinischen Teil – was freilich nicht häufig der Fall sein dürfte – höher als der im klinischen Teil, sind die Kapazitäten im klinischen Teil maßgeblich (Abs. 3). Im umgekehrten Fall ist eine Abweichung von der niedrigeren Kapazität des klinischen Abschnitt nur dann zulässig, wenn der klinische Teil auch an einer anderen Hochschule gewährleistet werden kann (§ 18 Abs. 1 KapVO).

Die derzeit geltende Regelung der § 17, 18 KapVO entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluss vom 21.10.1981 zu den sog. Teilstudienplätzen.

BVerfGE 59, 172 ff. – 1 BvR 802/78 = NVwZ 1982, 303 ff.

Danach wird das durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Zulassungsrecht von Studienbewerbern verletzt, wenn ihre Anträge auf Zuteilung eines vorhandenen Studienplatzes für den vorklinischen Abschnitt des Medizinstudiums deshalb abgewiesen wird, weil die Möglichkeit eines Weiterstudiums bis zum berufsqualifizierenden Abschluss ungewiss ist, wenn zumindest eine Chance besteht, dass der klinische Teil anschließend „irgendwo“ abgeleistet werden kann und den Studierenden durch entsprechende Information das Risiko bewusst ist, möglicherweise doch „leer“ auszugehen. Nur wenn mit Sicherheit feststeht, dass das in späteren Ausbildungsabschnitten alle

Ausbildungskapazitäten zweifelsfrei erschöpfend genutzt werden, kann die Zulassung zu einem Teilstudienplatz versagt werden.

Dies ist durch eine Gesamtprognose aller möglichen Entwicklungen zu beurteilen. Aufgrund von Fluktuation, Studienabbrechern, der Zahl endgültiger Nichtbestehender, der Fortführung des Studiums im Ausland bei Vollzeitstudierenden und ähnlichen Unwägbarkeiten besteht im Grund immer eine gewisse Chance, einen Anschlussstudienplatz im Klinikum zugeteilt zu bekommen. In der Praxis ist daher eine Versagung von Teilstudienplätzen praktisch nicht begründbar.

BVerfG NVwZ 1982, 303 (305).

(2) Die Existenz von Teilstudienplätzen setzt aber denotwendig voraus, dass Vorklinikum und Klinikum zwei voneinander getrennte, konsekutive Ausbildungsabschnitte darstellen, die unabhängig vom Studienort abgeleistet werden können. In einem vertikalen Modell, in dem vorklinische und klinische Anteile verschränkt sind, müssen sich vorklinische und klinische Kapazität entsprechen, was im Regelfall bedeutet, dass die aufgrund der regelmäßig geringere patientenbezogene Kapazität auch in den vorklinischen Fächern anwendbar sein muss. Eine Zulassung zu Teilstudienplätzen stieße dagegen auf unlösbare Widersprüche. So müssten Studierende, die nur eine Teilzeitzulassung haben, während der klinischen Anteile „pausieren“; sie könnten etwa nicht an „bedside-teaching“-Veranstaltungen oder an begleitenden Laborkursen resp. Kursen für medizinische Geräte teilnehmen. Diese Lücken wären auch nicht in sinnvoller Weise nachträglich zu schließen, weil der Sinn und Zweck der angestrebten Ausbildungsreform gerade in der parallelen oder zeitnahen Verbindung von Theorie und Praxis besteht. Auch für die Synergieeffekte gemeinsamer Gruppenerfahrungen wäre dies dysfunktional. Die (irreale) Annahme von Teilzeitstudienplätzen würde bei den Studierenden zu einer irrationalen Zerfledderung des Studienplans führen, die persönliche Studienplanung mit lernpsychologisch unsinnigen Zwangspausen und Zeitverzögerungen belasten, und so die angestrebte Qualitätsverbesserung ad

absurdum führen. Im Gegenzug wäre auch die vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzte Chance auf eine nachträgliche Zulassung im klinischen Teil bei einer integrierten Lösung gegenstandslos. Außerdem stellt sich die Frage, ob eine „Nachholung“ der klinischen Anteile überhaupt realistisch ist, da ja auch die anderen Hochschulen integrative Studienpläne entwickeln, die dann wegen der angestrebten Profilschärfung der Standorte untereinander nicht oder nur partiell kompatibel sind.

Daher muss letztlich zwingend von der jeweils geringeren Kapazität ausgegangen werden. Dabei ist allerdings trotz der inhaltlichen Verschränkung der vorklinischen und der klinischen Anteile rechnerisch an einer Trennung der Lehreinheiten Vorklinik und Klinik festzuhalten, rechtlich schon deshalb, weil die Kapazitätsparameter in beiden Bereichen ganz unterschiedlicher Art sind. So ist der vorklinische Teil durch seine beamten- und hochschulrechtliche Verankerung, namentlich dem Lehrdeputat als zentralem Faktor geprägt, der im klinischen Teil eine wesentlich geringere Rolle spielt; dagegen muss die patientenbezogene Kapazität bei Kliniken der Supramaximalversorgung (wozu die Universitätskliniken regelmäßig zählen) berücksichtigen, dass die Zahl geeigneter Patienten für die Ausbildung aufgrund des hohen Spezialisierungsgrades, nicht immer garantiert werden kann.

Vgl. OVG Niedersachsen, B.v. 21.10.2013 – 2 NB 47/13 – juris.; *M. Bode*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, Stand 11/2017, § 29 HRG, Rdn. 160.

Eine Zusammenführung des gesamten Lehrpersonals würde hingegen vermutlich ein auf dem Papier riesiges Lehrangebot erzeugen, das die Fiktion beliebiger Einsetzbarkeit des gesamten Lehrpersonals suggeriert, was in der Realität nicht ansatzweise gewährleistet werden kann.

Der Vorschlag einer wechselseitigen Engpassregelung in den neu zu fassenden §§ 17, 18 KapVO, nach der die jeweils engere Kapazitätsberechnung (personalbezogen oder patientenbezogen, i.d.R. freilich letzteres) für die

Zulassungszahl maßgeblich ist, ist daher im Rahmen der Verwirklichung des vertikalen Modells nicht nur sinnvoll, sondern letztlich alternativlos.

Der Entscheidung für ein vertikales Modell steht dabei auch eine mögliche Nichtausschöpfung von Kapazitäten im vorklinischen oder (seltener) im klinischen Teil nicht entgegen, eine Frage, die im Rahmen des geltenden § 18 Abs. 3 KapVO diskutiert wird.

Bahro/Berlin, Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl. 2003, § 18 KapVO, Rdn. 6, halten die Norm daher für verfassungswidrig; wohl auch *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, 768 aE; Bedenken auch bei VG Magdeburg, B.v.16.03.2011 – 7 B 372/10 MD, und B.v. 27.01.2012 – 7 B 338/11 MD u.a. (n.v.).

Allerdings ist auch hier darauf hinzuweisen, dass die zitierten Stellen auf der Grundlage getrennter Ausbildungsabschnitte beruhen. Im „Vertikalen Modell“ ist die klare Abgrenzbarkeit wegen der Verschränkung jedoch nicht mehr gegeben. Dies ist indes kein Argument gegen das „Vertikale Modell“: Da dieses zum erklärten Ziel hat, die Qualität der medizinischen Lehre an Universitäten verbessernd fortzuentwickeln, ist seine Einführung von der Lehrfreiheit nach (Art. 5 Abs. 3 GG) in ihrer objektiven Grundrechtsfunktion abgedeckt. Die angestrebte Reform kann also nicht durch ein Festhalten an letztlich starren und überholten Kapazitätsvorstellungen ausgebremst werden. Vielmehr ist der Normgeber im Rahmen seines Normgebungsermessens gehalten, aber auch berechtigt, die (partiell, keinesfalls diametral) kollidierenden Rechtsgüter in den Zustand praktischer Konkordanz zu bringen. Die Gewichtigkeit der verfolgten Anliegen stellt einen sachlichen Grund dar, der Modifikationen im System der Kapazitätsermittlung auch dann rechtfertigt, wenn damit ein gewisser Kapazitätsverlust in der Vorklinik verbunden ist.

Zum „Paradigmenwechsel/Systemwechsel“ zur Sicherung und Verbesserung der Leistungs-fähigkeit des Hochschulwesens als sachlichem Grund vgl. insb. *Kluth*, Nachfrageorientierte Steuerung der Studienangebote, 2001, S. 70 ff., passim; *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, Rdn. 55 ff., 100 ff. m.w.Nachw.

Dazu kommt: Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 StV vom 5. Juni 2008 wurde geregelt, dass bei der Erprobung neuer Studiengänge und –methoden (sog. Modellstudiengänge), bei der **Neuordnung von Studiengängen** (Hervorhebung d. Verf.) und Fachbereichen und beim Aus- oder Aufbau der Hochschulen Zulassungszahlen abweichend von Satz 1 festgelegt werden können. In der KapVO ist bisher mangels Neuordnung nur die Variante der Modellstudiengänge in § 20 geregelt. Seit 2000 haben eine Reihe medizinführender Hochschulen solche Modellstudiengänge angeboten (Charité UM Berlin, TU Dresden, MHH, Bochum, Oldenburg, RWTH Aachen, Hamburg, Köln, Heidelberg/Mannheim) mit jeweils unterschiedlichen Verschränkungen von Vorklinik und Klinik, auf denen die Empfehlungen des Wissenschaftsrats von 2014 beruhen.

Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Medizinstudiums in Deutschland auf Grundlage einer Bestandsaufnahme der humanmedizinischen Modellstudiengänge vom 11.07.2014 (Drs. 4017-14). Hierzu ausf. M. Bode, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, Stand 11/2017, § 29 HRG, Rdn. 143 ff. m. zahlr. Nachw.

Diese Studiengänge sind von der üblichen Kapazitätsberechnung befreit. Dabei wird den Hochschulen von den Verwaltungsgerichten eine Erprobungsfrist zwischen 6 bis 12 Jahren zugestanden, um nach Erzielung ausreichender Erkenntnisse und Evaluationsergebnisse über die Validität des Modells zu einer herkömmlichen Ermittlung der Kapazität zurückzukehren.

Nachw. bei *Zimmerling/Brehm*, a.a.O. Rdn. 789.

Dabei deckt der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 StV auch den Fall ab, dass aufgrund der Erfahrungen der Modellstudiengänge eine Neuordnung der medizinischen Studiengänge erfolgt. Genau dies haben indes die Vorschläge der U-AG zum Ziel. Damit ermächtigt der Staatsvertrag in seiner geltenden Fassung die Länder auch zu Modifikationen bei der geltenden Kapazitätsermittlung. Dass das Gebot einheitlicher Kapazitätsermittlung dem nicht prinzipiell entgegensteht, wurde unter Punkt 1. ausgeführt. Allerdings müssen diese Modifikationen – wie

oben ausgeführt – aufgrund des Parlamentsvorbehalts von den Ländern in ihren Hochschulzulassungsgesetzen und den zugehörigen Kapazitätsverordnungen normativ umgesetzt werden.

4 b) Das freiwillige Bemühen der Universitäten um einen Ausbau der klinischen Kapazität durch Einbindung externer Lehrkrankenhäuser sollte gefördert werden. Die U-AG hält im Kontext dieser Maßnahme folgende rechtliche Regelungen – sinngemäß – für sinnvoll, um kapazitätsrechtliche Streitigkeiten zu minimieren:

„Die Entscheidung über die Einbindung außeruniversitärer Lehrkrankenhäuser in die Lehre trifft die Hochschule unter Berücksichtigung der Ziele der ihrer organisatorischen und didaktischen Möglichkeiten unter Berücksichtigung der Ziele der ÄApprO im öffentlichen Interesse. Die Qualität des universitären Ausbildungsniveaus mit Einheit von Forschung und Lehre ist sicherzustellen. Ein Anspruch auf Einbindung besteht nicht.“

aa) Die Einbindung von externen (kommunalen, kirchlichen oder privaten) Krankenhäusern als akademisches Lehrkrankenhaus richtet sich de lege lata nach § 3 Abs. 2 ÄApprO: Danach kann das Praktische Jahr nach § 3 Abs. 1 ÄApprO in einem externen Krankenhaus abgeleistet werden. Die inhaltlichen Voraussetzungen, die ein Lehrkrankenhaus erfüllen muss, richten sich nach § 4 ÄApprO:

- In der Ausbildungsabteilung muss eine ausreichende Anzahl von Ärzten sowohl für die ärztliche Versorgung als auch für die Lehre zur Verfügung stehen.
- Regelmäßige pathologisch-anatomische Demonstrationen durch einen Facharzt für Pathologie und klinische Konferenzen müssen gewährleistet sein.
- Im Bereich der Inneren Medizin und der Chirurgie müssen die Abteilungen/Einheiten mindestens 60 Behandlungsplätze mit unterrichtsgerechten Patienten aufweisen.

- Eine konsiliarische Betreuung durch nicht vertretene Fachärzte muss sichergestellt sein.
- Nach Abs. 2 müssen dem Lehrkrankenhaus entsprechende Einrichtungen zur Verfügung stehen, insb. eine leistungsfähige Röntgenabteilung, ein leistungsfähiges medizinisches Laboratorium, ein medizinische Bibliothek, ein Sektionsraum und ausreichende Räumlichkeiten für Aufenthalt und Unterricht.
- Nach § 3 Abs. 7 fällt auch das Praktische Jahr an einem Lehrkrankenhaus unter die Evaluationspflicht.

bb) Wird nach Maßgabe der Empfehlungen des Masterplans Medizinstudium 2020 die vorklinische und die klinische Ausbildung vertikal miteinander verschränkt, so kann eine Kooperation von Universitäten mit außeruniversitären Lehrkrankenhäusern die patientenbezogene Kapazität in der vorgezogenen „klinischen Ausbildungsanteilen“ erhöhen, mit dem Ziel, eine Kapazitätsübereinstimmung in vorklinischen und klinischen Anteilen herzustellen. Umstritten ist, (1) ob dazu eine Pflicht besteht und (2) ob eine solche Pflicht insb. im Kapazitätsprozess drittschützend wäre.

Vgl. zur Problematik *Zimmerling/Brehm*, a.a.O., Rdn. 762 ff.

(1) Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und etlicher Verwaltungsgerichte lehnt eine solche Pflicht ganz überwiegend ab.

So OVG Niedersachsen, B. v. 21.12.2006 – 2 NB 347/04. juris (offengelassen noch in B.v. 10.05.2004 – 2 NB 856/04, NdsRpfl. 2004, 195); OVG Nordrhein-Westfalen, B.v. 22.02.2008 – 13 C 59/08, juris; OVG Sachsen, B. v. 29.05. 2008 – NC 2 B 9/098, juris; OVG Hamburg, B.v.06.04.1988 – Bs III 686/87; OVG Berlin-Brandenburg, B.v. 14.04.2009 -5 C NC 174.08. Auf der Ebene der Verwaltungsgerichte VG Hamburg, B.v.26.07.2010 – 11 E 1045/10; VG Berlin, B.v.27.04.2010 – VG 30 L 2175/09 juris; B.v.21.07.2011 -30 L 327/11 = BeckRS 2011, 53553.

(2) Diese Auffassung ist auch überzeugend. Zum einen spricht dafür schon der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen über die Kooperation mit Akademischen Lehrkrankenhäusern, die durchweg von einem „können“ - aber eben nicht „müssen“ - sprechen.

Vgl. exemplarisch Art. 34 Abs. 3 Satz 1 BayHSchG; § 63a Abs. 3 NdsHG.

Eine Pflicht zur Zusammenarbeit mit Kliniken ist zum anderen unter dem Gesichtspunkt der Freiheit der Lehre kaum begründbar. Nach völlig gefestigter Meinung umfasst die Garantie der Lehrfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG die selbständige Vermittlung von eigenen Forschungsergebnissen sowie von Forschungsergebnissen Dritter, die auf Grund eigener Forschung wissenschaftlich kompetent beurteilt werden können. Darunter fällt insbesondere der (organisatorisch) gewählte Weg zur Erkenntnisvermittlung.

Von Coelln, in: Friauf/Höfling(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand XI/2014, Teil C, Art. 5 Abs. 3, (3. Teil), Rdn. 39, 53.

Auf dieses Grundrecht können sich nach gefestigter Ansicht nicht nur die einzelnen Wissenschaftler berufen; Träger des Grundrechts gegenüber regelnden Eingriffen des Staates sind auch die Universitäten als Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie die medizinischen Fakultäten (Fachbereiche) als teilrechtsfähige Körperschaften.

BVerfGE 15, 256 (262); 68, 193 (207); 75, 192 (196); 111, 333 (352), 122, 89 (107), zuletzt U.v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 und r4/14; *Geis*, Autonomie der Universitäten, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Bd. IV (2011), § 100 Rdn. 13; *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 370 ff., 377 ff.; *von Coelln*, a.a.O., Rdn. 103 f., alle m.w.Nachw.

Unter die Lehrfreiheit fällt namentlich die Freiheit der Methode, die Wahl der Didaktik, die Stoffauswahl, die Darbietungsart, die Entscheidung über die Frage, welche Hilfsmittel, insbesondere auch welche Medien eingesetzt werden sollen.

BVerfGE 35, 79 (113 f.); *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rdn. 119; *Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2009, § 166 Rdn. 14; *Geis*, in: ders. (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, Kap. 2 I (Lehre und Studium), Rdn. 5.

Dementsprechend fällt im Bereich der Medizin auch die Frage, ob sich die Hochschule zur Vermittlung der klinischen Inhalte externer Partner bedient oder hierzu ausschließlich die Dienstleistungen des „eigenen“ Klinikums in Anspruch nimmt, zur Ausbildung und damit in den Schutzbereich der Lehrfreiheit.

Vgl. *Kingreen*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 7 (Hochschulmedizin), Rdn. 5.

Das umfasst auch die freie Entscheidung der Universität über eine wissenschaftliche Kooperation mit einem externen Klinikum. Die Einbeziehung außeruniversitärer Krankenhäuser bedarf durchweg einer vertraglichen Regelung.

Vgl. stellv. Art. 34 Abs. 3 Satz 1; § 63a Abs. Satz 2 NdsHG.

Ob es sich dabei um einen zivilrechtlichen Vertrag nach §§ 145 ff BGB oder einen (koordinationsrechtlichen) öffentlich-rechtlichen Vertrag nach §§ 43 VwVfG handelt, ist davon abhängig, ob das außeruniversitäre Krankenhaus privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich verfasst ist, was aber für die vorliegende Problematik inhaltlich keine Rolle spielt. Auch wenn ein externes Krankenhaus die Mindestvoraussetzungen in § 4 Abs. 1, 2 ÄApprO erfüllen sollte, hat es keinen Anspruch auf Abschluss einer entsprechenden Kooperationsvereinbarung. Der Universität verbleibt mithin sowohl kraft ihrer Lehrfreiheit als auch ihrer Vertragsfreiheit die alleinige Entscheidung über das Eingehen einer Kooperation;

So auch OVG Nordrhein-Westfalen, B.v. 22.02.2008 – 13 C 59/08, juris = dejure.org 2011, 57715, Rdn. 8.

die Vertragsfreiheit ist in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG einbezogen.

Die übliche Verankerung der Vertragsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG kommt bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht in Betracht; vgl. BVerfGE 61, 82 (103); NVwZ 2007, 1176 (1. Kammer).

cc) Die Kooperation zwischen einer Universität und einem Lehrkrankenhaus hat zum Ziel, das eigene Fächerspektrum zu ergänzen, qualifizierte Einrichtungen in der Region an die Universität zu binden und Synergieeffekte zu nutzen.

Sandberger, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, 9. Kapitel (Das Recht der Hochschulmedizin), Rdn. 352.

Vor allem soll eine umfassende Vermittlung aller ausbildungsrelevanten Fachrichtungen in quantitativ und qualitativ hinreichendem Umfang gesichert werden, was auch in den Qualitätsanforderungen des § 4 Abs. 1, 2 ÄApprO hinreichend deutlich wird.

Stefan Becker, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 49; *Simon*, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, 2016, § 63a Rdn. 19.

Die landesrechtlichen Regelungen über die mögliche Einbeziehung stehen daher ausschließlich im öffentlichen Interesse. Sie eröffnen keine Rechte Dritter auf den Abschluss von Kooperationsvereinbarungen. Insbesondere begründen sie keine subjektiven Ansprüche etwa von Kapazitätsklägern, die durch Kooperation mit Lehrkrankenhäusern eine Erhöhung der patientenbezogenen Kapazität erzwingen wollen. Zum einen würde ein solches Ansinnen auf eine Erhöhung der vorhandenen Kapazitäten abzielen, was inhaltlich auf eine Variante eines grundrechtlich originären Teilhabeanspruchs hinausläufe; Rechtsprechung und Literatur sind sich indes einig, dass originäre Teilhabeansprüche dogmatisch in keinem Fall begründet werden können.

So das Bundesverfassungsgericht schon im 1. NC-Urteil (E 33, 303 ff., und zuletzt eindrucksvoll im 3. NC-Urteil vom 19.12.2017 – 3 BvL 2014, 4 BvL 2014, Urteilsdruck, Rdn. 106. Allg. statt vieler auch *Rüfner*, Leistungsrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 40 Rdn. 59; *Hufen*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, § 35 Rdn. 42, 49.

Auch ein Anspruch auf Ausübung fehlerfreien Ermessens ist ausgeschlossen. Dieser würde sich nicht auf das „klassische“ Verwaltungsermessen i.S. von § 40

VwVfG beziehen, sondern darauf, ob und inwieweit die Universität von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch macht oder nicht. Wenn aber schon ein externes Krankenhaus keinen Anspruch auf eine Kooperationsvereinbarung hat, kann erst recht kein Außenstehender Dritter einen Anspruch darauf haben, dass zwei andere juristische Personen einen Vertrag, der sich zu seinen Gunsten auswirkt, schließen müssen – ein solcher „ferngesteuerter Kontrahierungszwang“ wäre vertragsdogmatisch widersinnig.

Als Ausnahmen von der Vertragsfreiheit lässt die Dogmatik Fälle eines gesetzlichen Kontrahierungszwanges nur in ganz engen Umfang zu, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge (§ 17 Abs. 1 EnWG, § 10 AEG, § 22 PBefG), von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen (§ 3 PostDLV, § 84 TKG) oder im Recht auf Eröffnung eines Girokontos (§ 31 ZKG), stets aber nur mit Wirkung inter partes. Als punktuelle Fälle sind sie für andere Fallgestaltungen auch nicht analogiefähig.

Auch ein subjektives Recht auf Prüfung einer Kooperation mit „irgendeinem“ Krankenhaus, das die Voraussetzungen der ÄApprO erfüllt, ist zu verneinen. Der Universität muss die Möglichkeit offen stehen, bei der Frage bei einer Kooperation angesichts der Unterschiedlichkeit externer Partner (auch bei Vorliegen der erforderlichen Qualitätskriterien) eine individuelle Auswahl zu treffen. Eine Verdichtung zu einer auch nur rudimentären Pflicht wäre – als verkappter – originärer Teilhabeanspruch nicht von Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt, aber ebenfalls ein Eingriff in die vorbehaltlos gewährte Lehrfreiheit und in die Vertragsfreiheit.

dd) Nach dem vorstehenden Ergebnis erscheint der Vorschlag der U-AG zielführend. Inhaltlich entsprechen die Formulierungen weitgehend schon heute dem Rechtsstand de lege lata.

(1) Dass die Ziele der ÄApprO und die organisatorischen und didaktischen Möglichkeiten zu berücksichtigen sind, ist unmittelbar einsichtig. Allerdings wird im Sinne einer noch stärkeren Stringenz vorgeschlagen, den Begriff der „Berücksichtigung“ durch den der „Beachtung“ zu ersetzen. In der Diktion des

Verwaltungsrechts intendiert „Berücksichtigung“ das Einfließenlassen einzelner Belange in einen Abwägungsprozess, der durch entgegenstehende, ebenso wichtige oder wichtigere Belange überwunden werden kann.

So insbesondere im Bau- und Raumplanungsrecht (vgl. § 1 Abs. 6 BauGB und § 4 Abs. 1, 3 ROG) sowie im Planfeststellungsrecht (§ 16 Abs. 2 Satz 1, § 17 Satz 1 FStrG, § 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BNatSchG, § 13 Abs 1 Satz 2 BWaStrG).

Dies dürfte aber nicht Inhalt der vorgeschlagenen Regelung sein; vielmehr ist eine verbindliche Wirkung vorgesehen. Dafür ist der Begriff der „Beachtung“ bzw. eine Formulierung „ist zu beachten“ zu wählen. Damit wird zugleich eine einheitliche Verwendung der Terminologie gefördert; so sind im Planungsrecht „Ziele“ zu beachten, „Grundsätze“ dagegen (nur) zu berücksichtigen.

Vgl. § 3 Abs. 1 Zf. 2, 3 ROG.

(2) Sprachlich wird empfohlen, eine doppelte Verwendung des Wortes „Berücksichtigung“ wie auch einer „Beachtung“ im gleichen Satz zu vermeiden.

(3) Die Qualitätssicherungsklausel ist zwar allgemeiner als die aktuelle Formulierung in § 4 ÄApprO formuliert, geht inhaltlich jedoch über diesen hinaus; dies ist bei einem vertikalen Modell sehr sinnvoll. Außerdem geht von einer solchen Formulierung auch mittelbar eine Signalwirkung auf andere Kooperationsformen, insb. die Franchising-Modelle, aus.

(4) Obwohl nach den vorstehenden Ausführungen bereits geltende Rechtslage, ist eine positive Erwähnung des ausschließlich öffentlichen Interesses und des Nichtbestehens eines Anspruchs (subjektives Recht) aus Gründen der Rechtsklarheit im jeweiligen Landesgesetz auch aus prozessualer Sicht sinnvoll: Während eine Nichterwähnung zu unterschiedlichen Auslegungen durch die Verwaltungsgerichte in Kapazitätsprozessen führen können, bei denen diesen die Möglichkeit einer aus ihrer Sicht verfassungskonformen Entscheidung eingeräumt ist - was in der Vergangenheit durchaus zu beobachten war-, können diese bei verfassungsmäßigen Zweifeln gegen landesgesetzliche Regelungen

nicht selbst entscheiden, sondern müssen eine konkrete Normenkontrolle zum Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG beantragen. Dadurch werden allfällige Entscheidungen gebündelt.

4 c) Falls Teilstudienplätze nicht durch die wechselseitige Engpassregelung (siehe zuvor Maßnahme a) zu beseitigen wären, sollte den Hochschulen die Möglichkeit eingeräumt werden, freiwillig auf die Ausweisung von Teilstudienplätzen zu Gunsten von Vollstudienplätzen zu verzichten. Die U-AG hält im Kontext dieser Maßnahme folgende rechtliche Regelung - sinngemäß - für sinnvoll, um kapazitätsrechtliche Streitigkeiten zu minimieren:

Auf die Ausweisung von Teilstudienplätzen kann im öffentlichen Interesse verzichtet werden. Ein Anspruch auf einen solchen Verzicht besteht nicht.

Nach der unter zu 4a) vertretenen Auffassung entfällt im vertikalen Modell die argumentative und rechtliche Grundlage für die Ausweisung von Teilstudienplätzen im Rahmen der neu zu schaffenden wechselseitigen Engpassregelung in §§ 17/18 KapVO. Die Frage nach einem freiwilligen Verzicht hat sich damit erledigt.

Nur höchst hilfsweise ist allerdings darauf hinzuweisen, dass ein Verzicht auf Teilzeitstudien im (rein) öffentlichen Interesse nicht möglich wäre. Die gesamte Rechtsfigur eines Teilzeitstudienplatzes resultiert nach der oben zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus der möglichst weitgehenden Verwirklichung des Rechts auf einen Studienplatz aus Art. 12 Abs. 3 GG. Damit ist der Teilstudienplatz von seiner subjektiven Grundlage nicht zu trennen. Ebenso wenig, wie die Schaffung von Teilstudienplätzen mit dem subjektiven Recht des Studienbewerbers/der Bewerberin untrennbar zusammenhängt, wäre ein Verzicht auf Teilstudienplätze, um Vollstudienplätze zu schaffen (die dann konsequenterweise weniger wären), vor einer kapazitätsrechtlichen Überprüfung im Wege einer gerichtlichen Normenkontrolle (je nach Regelungsart nach § 47 VwGO oder nach Art. 100 GG) ausgenommen und würde mit großer Sicherheit

für verfassungswidrig erklärt. Insofern ist die Problematik die Gleiche wie unter Frage 3.

Es ist aber noch einmal zu betonen, dass dies ein theoretisches Problem ist und nach den vorstehenden Ergebnissen eine solche Regelung verzichtbar ist.

C. Zusammenfassung

Frage 1:

- a) Ein föderales Modell der Kapazitätsberechnung ist zulässig.
- b) Ein standortspezifisches Modell der Kapazitätsberechnung ist nicht zulässig.

Frage 2:

Die Einführung eines Bandbreitenmodells in der Humanmedizin ist zulässig. Im Prinzip sind auch Bandbreiten für Teil-CW (vorklinisch/klinisch) zulässig; im Zusammenhang mit einem vertikalen Modell sind sie jedoch sinnlos.

Frage 3:

Die Entscheidung über die Fixierung des CW bzw. Teil-CW innerhalb einer Bandbreite sowie die Aufteilung dieser Werte auf die Lehreinheiten tangiert die Frage der Grundrechtsverwirklichung der Studienplatzbewerber grundsätzlich und kann daher nicht in das „freie“ Ermessen der Hochschulen gestellt werden. Die inhaltlichen Kriterien muss der Gesetzgeber selbst vorgeben, gegebenenfalls durch Delegation auf den Verordnungsgeber. Eine „bloße“ Abstimmung mit dem zuständigen Ministerium reicht dagegen nicht aus.

Individuelle Anspruchspositionen können auch mit entsprechenden gesetzlichen Formulierungen nicht ausgeschlossen werden, da Sinn des gesamten Kapazitätsrechts die Verwirklichung subjektiver Grundrechtspositionen aus Art. 12 GG ist.

Frage 4:

- a) Bei Einführung eines „vertikalen Modells“ ist eine wechselseitige Engpassregelung in §§ 17, 18 KapVO verfassungsrechtlich zulässig und inhaltlich die einzig sinnvolle Ausgestaltung.
- b) Die vorgeschlagene rechtliche Regelung zur Einbeziehung von Akademischen Lehrkrankenhäusern ist inhaltlich zulässig. Individuelle Anspruchspositionen auf entsprechende Kooperationen bestehen nicht, können aber zusätzlich verbalisiert werden. Im Sinne der Rechtsklarheit wird auf die ausgeführten Formulierungsvorschläge hingewiesen.
- c) Als Konsequenz der gutachtlichen Erörterungen sind in einem vertikalen Modell Teilstudienplätze nicht mehr angebracht, sondern wären für das „verschränkte“ Curriculum eindeutig kontraproduktiv. Die gestellte Frage ist daher gegenstandslos. Nur hilfsweise wird darauf hingewiesen, dass auch bei Teilstudienplätzen eine Verdrängung subjektiver Anspruchspositionen nicht möglich wäre, weil der Teilstudienplatz als Rechtsfigur nur vor dem Hintergrund des subjektiven Rechts auf Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 GG verständlich ist.

Erlangen/Bamberg, den 10. September 2018

gez.

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis