

## Leitsatz:

1. Für einen Eilantrag auf außerkapazitäre Zulassung zum Hochschulstudium besteht – neben dem Anordnungsanspruch – ein Rechtsschutzbedürfnis auch dann, wenn sich der Antragsteller nicht zuvor im regulären Verfahren um Zulassung beworben hat.
2. Ob die Vergabe zusätzlicher freier Studienplätze im Hinblick auf die Chancengleichheit der Bewerber unter Beachtung des „Leistungsprinzips“ möglich oder sogar geboten ist, bedarf nochmaliger gerichtlicher Überprüfung.

### Hinweis:

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof bestätigt in dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, nach der der außerkapazitäre Weg zur Studienzulassung, der auf dem grundrechtlich begründeten Anspruch auf Hochschulzugang beruht, selbstständig neben den gesetzlich normierten regulären Verfahren steht und daher allen hochschulzugangsberechtigten Bewerbern unabhängig von einer Rangziffer und unabhängig von der vorherigen Beteiligung an einem Vergabeverfahren offensteht (vgl. BayVGh, B.v.8.8.2006 – 7 CE 06.10020 u.a. – juris Rn. 7 m.w.N.).

Hinsichtlich der Vergabe zusätzlicher freier Studienplätze erachtet es der Senat wie bisher für zweckmäßig, alle Antragsteller im Rahmen einer Verlosung gleich zu behandeln. Ob alternativ auch ohne normative Vorgaben die Heranziehung der Auswahlkriterien des zentralen Vergabeverfahrens für die Verteilung der im gerichtlichen Verfahren aufgedeckten Restkapazitäten möglich oder sogar geboten ist, hat das Gericht nicht entschieden. Diese Frage war im Beschwerdeverfahren nicht angesprochen worden und wurde daher vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof offen gelassen.

=====

7 CE 13.10032  
M 3 E Z 12.10527

*Großes Staats-  
wappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt \*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Antragsgegner -

wegen

Zulassung zum Studium der Zahnmedizin an der Ludwig-Maximilians-Universität München für das Wintersemester 2012/2013 (Antrag nach § 123 VwGO);

hier: Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 23. Januar 2013,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 7. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Häring,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Borgmann,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Schmeichel

ohne mündliche Verhandlung am **30. April 2013**  
folgenden

## **Beschluss:**

- I. Der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 23. Januar 2013 wird insoweit abgeändert, als die Vergabe des im gerichtlichen Verfahren ermittelten zusätzlichen Studienplatzes zugunsten der Antragstellerin nicht von der Vorlage eines Ablehnungsbescheids der Stiftung für Hochschulzulassung abhängig gemacht werden darf.
- II. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

## **Gründe:**

### **I.**

- 1 Die Antragstellerin, die im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Zulassung zum Studium der Zahnmedizin im ersten Fachsemester an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) für das Wintersemester 2012/2013 begehrt, wendet sich gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 23. Januar 2013, der (unter anderem) regelt, dass der im gerichtlichen Eilverfahren „entdeckte“ zusätzliche („außerkapazitäre“) Studienplatz nur an einen Antragsteller vergeben werden darf, der sich zuvor erfolglos bei der Stiftung für Hochschulzulassung um die Vergabe eines („innerkapazitären“) Studienplatzes beworben hat.
- 2 Die Antragstellerin macht im Beschwerdeverfahren geltend, die vom Verwaltungsgericht erhobene Forderung einer (vorherigen erfolglosen) Bewerbung bei der Stiftung für Hochschulzulassung um einen („innerkapazitären“) Studienplatz, sei rechtlich unbegründet. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz des Bevollmächtigten der Antragstellerin vom 11. Februar 2013 Bezug genommen.
- 3 Der Senat hat mit Beschluss vom 19. Februar 2013 die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts einstweilen ausgesetzt.

- 4 Der Antragsgegner schließt sich der (bisherigen) Rechtsprechung des Senats an. Auf den Schriftsatz der Landesrechtsanwaltschaft Bayern vom 5. März 2013 und die Stellungnahme der LMU vom 28. Februar 2013 wird verwiesen.
- 5 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten verwiesen.

## II.

- 6 Die Beschwerde hat Erfolg.
- 7 1. Die Antragstellerin beanstandet zu Recht die Auffassung des Verwaltungsgerichts, für die Vergabe des gerichtlich ermittelten zusätzlichen freien Studienplatzes kämen nur solche Studienbewerber in Betracht, die sich vorher im regulären (innerkapazitären) Vergabeverfahren erfolglos beworben hätten.
- 8 a) Die Auffassung des Verwaltungsgerichts weicht von der Rechtsprechung des Senats ab. Danach besteht für einen Eilantrag auf außerkapazitive Zulassung zum Hochschulstudium neben dem Anordnungsanspruch ein Rechtsschutzbedürfnis auch dann, wenn sich der Antragsteller nicht zuvor im regulären Verfahren um Zulassung beworben hat. Denn der außerkapazitive Weg zur Studienzulassung, der auf dem grundrechtlich begründeten Anspruch auf Hochschulzugang beruht, steht selbstständig neben dem gesetzlich normierten regulären Verfahren. Er steht daher allen hochschulzugangsberechtigten Bewerbern unabhängig von einer Rangziffer und unabhängig von der vorherigen Beteiligung an einem Vergabeverfahren offen. Wer einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Zulassungszahl beansprucht, kann demzufolge nicht darauf verwiesen werden, sich vorher um einen freien Platz innerhalb der festgesetzten Kapazität zu bewerben (vgl. BayVGH, B.v. 8.8.2006 – 7 CE 06.10020 u.a. – juris Rn. 7 m.w.N.).
- 9 b) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung aus folgenden Gründen fest: Der Anspruch auf Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen („außerkapazitär“) ist eigenständig und - vorbehaltlich einer anderslautenden gesetzlichen Regelung – unabhängig von einem innerhalb des regulären Vergabeverfahrens („innerkapazitär“) gestellten Zulassungsantrag zu beurteilen. Einem Studienbe-

werber obliegt es auch nicht aus sonstigen Gründen, vor der Geltendmachung eines Anspruches auf außerkapazitäre Zulassung ein reguläres Vergabeverfahren (erfolglos) zu durchlaufen.

- 10 aa) Die Eigenständigkeit des vorliegend streitgegenständlichen Anspruchs auf Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen beruht auf dem Umstand, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium folgt und absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung nur dann verfassungsgemäß sind, wenn sie in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden und wenn ferner die Auswahl und Verteilung der Bewerber nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgt (vgl. BVerfG, E.v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 – BVerfGE 33, 303 ff.; B.v. 9.4.1975 – 1 BvR 344/73 – BVerfGE 39, 258 ff). Ein Studienbewerber kann deshalb im gerichtlichen Verfahren geltend machen, die Hochschule habe ihre vorhandenen Ausbildungskapazitäten tatsächlich nicht erschöpfend genutzt mit der Folge, dass - über die festgesetzten Zulassungszahlen hinausgehend - weitere zusätzliche Studienplätze zu vergeben sind.
- 11 bb) Der Anspruch auf außerkapazitäre Zulassung ist unabhängig von einem innerhalb des regulären Vergabeverfahrens („innerkapazitär“) gestellten Zulassungsantrag zu beurteilen. Zwar verfolgen sowohl der Anspruch auf außerkapazitäre Zulassung als auch der Anspruch auf innerkapazitäre Zulassung dasselbe Ziel: die Zulassung des Studienbewerbers zum Hochschulstudium. Die Begründungen für beide Ansprüche sind jedoch gänzlich unterschiedlich und stehen in keinem inneren sachlichen Zusammenhang. Während der Studienbewerber mit einem Anspruch auf außerkapazitäre Zulassung geltend macht, die Hochschule habe ihre vorhandenen Ausbildungskapazitäten tatsächlich nicht erschöpfend genutzt, so dass die festgesetzten Zulassungszahlen unzutreffend (zu niedrig) seien, kann der Teilnehmer am regulären Vergabeverfahren geltend machen, die jeweils zuständige Zulassungsbehörde habe über seinen Zulassungsanspruch fehlerhaft entschieden und er müsse im Rahmen des regulären Vergabeverfahrens (nach Maßgabe der festgesetzten Zulassungszah-

len und der vorgegebenen Auswahlkriterien) zum Hochschulstudium zugelassen werden.

- 12 cc) Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar entschieden, dass eine landesrechtliche Bindung der Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität an die Kriterien des für die innerkapazitäre Vergabe vorgesehenen Auswahlverfahrens der Hochschulen nicht gegen Bundesrecht verstößt und der Landesgesetzgeber dementsprechend auch die verbindliche Teilnahme am regulären Vergabeverfahren als Voraussetzung für die Geltendmachung eines Anspruches auf außerkapazitäre Zulassung regeln kann (BVerwG, U.v. 23.3.2011 – 6 CN 3/10 – BVerwGE 139, 210 ff.). Der Landesgesetzgeber hat im Freistaat Bayern eine derartige Regelung jedoch nicht getroffen. Den einschlägigen gesetzlichen Regelungen lässt sich auch nicht entnehmen, dass die Studienplatzvergabe „vorrangig“ im Rahmen der festgesetzten Kapazität erfolgen soll und Zulassungsanträgen außerhalb der Kapazität nur eine „nachrangige“ Bedeutung zukommt (a.A. OVG NW, B.v. 12.10.2010 – 13 C 268/10 – juris Rn. 10 ff.). Die Bestimmungen haben vielmehr (lediglich) im Blick, die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Hochschulzulassung einfachgesetzlich umzusetzen. So verfolgen die staatlichen Hochschulen im Freistaat Bayern das gesetzliche Ziel der erschöpfenden Nutzung ihrer Ausbildungskapazitäten (Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Hochschulzulassung in Bayern [Bayerisches Hochschulzulassungsgesetz – BayHZG] vom 9.5.2007 [GVBl S. 320, BayRS 2210-8-2-WFK], zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.4.2013 [GVBl S. 174]). Die Hochschulen setzen durch Satzung Zulassungszahlen fest, wenn zu erwarten ist, dass die Zahl der Bewerber die Zahl der zur Verfügung stehenden Studienplätze übersteigt (Art. 3 Abs. 1 und 2 BayHZG). Die Zulassungszahlen sind dabei so festzusetzen, dass nach Maßgabe der haushaltsrechtlichen Vorgaben und unter Berücksichtigung der räumlichen und fachspezifischen Gegebenheiten eine erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazität erreicht wird. Die Zulassungszahl ist somit die Zahl der von der einzelnen Hochschule höchstens aufzunehmenden Bewerber in einem Studiengang (vgl. Art. 3 Abs. 3 BayHZG). Für die in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengänge (wie beim Studiengang Zahnmedizin, vgl. Anlage 1 zu § 1 Satz 2 der Verordnung über die Hochschulzulassung an den staatlichen Hochschulen in Bayern [Hochschulzulassungsverordnung – HZV] vom 18.6.2007 [GVBl S. 401, BayRS 2210-8-2-1-1-WFK], zuletzt geändert durch Verordnung vom 15.11.2012 [GVBl S. 590]) vergibt die Stiftung für Hochschulzulassung die Studienplätze des ersten Fachsemesters, soweit sie nicht von den Hochschulen vergeben werden (§ 1 Satz 1

HZV; Art. 1, 2, 5 ff. des Staatsvertrags über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5.5.2009 [GVBl S. 186, BayRS 2210-8-1-2-WFK]). Die Situation, dass Studienbewerber einen Anspruch auf die Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität geltend machen, weil die Hochschulen ihre Ausbildungskapazität – abweichend von den gesetzlichen Vorgaben – tatsächlich nicht erschöpfend nutzen, hat der Landesgesetzgeber nicht geregelt.

- 13 dd) Einem Studienbewerber obliegt es auch nicht aus sonstigen Gründen, vor der Geltendmachung eines Anspruchs auf außerkapazitive Zulassung ein reguläres Vergabeverfahren (erfolglos) zu durchlaufen. Das Verwaltungsgericht kann einem Studienbewerber Rechtsschutz in Bezug auf den Anspruch auf außerkapazitive Zulassung insbesondere nicht deshalb verweigern, weil dem Studienbewerber ein Zulassungsantrag innerhalb des regulären Vergabeverfahrens möglich und zumutbar wäre (a.A. OVG Hamburg, B.v. 23.4.2008 – 3 Nc 216/07 – juris). Denn das reguläre Vergabeverfahren ist grundsätzlich weder ein schnellerer noch ein einfacherer Weg, auf den der Studienbewerber verwiesen werden könnte, um die begehrte Zulassung zum Hochschulstudium zu erreichen. Dies ist offensichtlich, wenn das Verwaltungsgericht – wie vorliegend – gerade die erfolglose Teilnahme am regulären Vergabeverfahren als Voraussetzung für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch auf außerkapazitive Zulassung sieht.
- 14 ee) Der Antragstellerin kann nach alledem bei der Vergabe des gerichtlich ermittelten zusätzlichen freien („außerkapazitären“) Studienplatzes nicht entgegengehalten werden, sie habe sich bei der Stiftung für Hochschulzulassung nicht um einen Studienplatz („innerkapazitär“) beworben.
- 15 2. Das vom Antragsgegner bereits begonnene und fortgeschrittene Verfahren zur Vergabe des zusätzlichen freien Studienplatzes kann nach den weiteren Maßgaben des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses fortgeführt werden, weil eine hiervon abweichende einstweilige Anordnung des Senats rechtlich nicht geboten und vorliegend zudem auch nicht zweckmäßig ist.
- 16 aa) Das Verwaltungsgericht hat bei der Vergabe des zusätzlichen freien Studienplatzes das „Leistungsprinzip“ angewandt und die Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung als „billiges und gerechtes Auswahlkriterium“ angesehen. Dem-

gegenüber erachtet es der Senat unverändert für zweckmäßiger, alle Antragsteller, die den zusätzlichen freien Studienplatz „entdeckt“ und gerichtlich geltend gemacht haben, bei der Vergabe dieses Studienplatzes (im Rahmen einer Verlosung) gleichberechtigt zu behandeln. Der Senat sieht sich hieran auch nicht durch den Grundsatz der Chancengleichheit der Bewerber gehindert (offen gelassen in BVerfG, B.v. 29.9.2008 – 1 BvR 1464/07 – juris Rn. 30; BVerwG, U.v. 23.3.2011 – 6 CN 3/10 – juris Rn. 32 f.). Denn das Gericht ist „in einer anderen Situation als die Zulassungsbehörde, die an die normativen Höchstzahlbegrenzungen gebunden und mit den Anträgen sämtlicher Bewerber befasst ist“ (vgl. BVerfG, B.v. 9.4.1975 – 1 BvR 344/73 – juris Rn. 41). Es darf berücksichtigen, dass bei hochschulreifen Studienbewerbern eine Auswahl zwischen „prinzipiell Gleichberechtigten“ (vgl. BVerfG, B.v. 9.4.1975 – 1 BvR 344/73 – juris Rn. 37) vorzunehmen ist und die Verhältnisse der Studienbewerber, die einen Anspruch auf außerkapazitären Zulassung mit Erfolg gerichtlich geltend machen, im Wesentlichen gleich sind und sich von denen der Studienbewerber unterscheiden, die sich lediglich dem regulären Vergabeverfahren unterziehen.

- 17 bb) Das Bundesverwaltungsgericht hat indes wiederholt klargestellt, dass eine Auswahl durch das Los bundesrechtlich ebenso wenig zu beanstanden ist wie die Orientierung an den Auswahlkriterien des innerkapazitären Vergabeverfahrens. Die Auswahlmodalitäten sind demnach dem Landesrecht zuzurechnen (vgl. BVerwG, U.v. 23.3.2011 – 6 CN 3/10 – BVerwGE 139, 210 Rn. 33). Weil der bayerische Landesgesetzgeber keine Regelung im Hinblick auf die Vergabe außerkapazitärer Studienplätze getroffen hat und „jedes Auswahlverfahren eine Ungleichbehandlung prinzipiell Gleichberechtigter unter Anwendung problematischer Kriterien“ darstellt (vgl. BVerfG, B.v. 9.4.1975 – 1 BvR 344/73 – juris Rn. 39), sind die Beschwerdeführer anderer (paralleler) Beschwerdeverfahren durch das vom Verwaltungsgericht angeordnete Auswahlverfahren nicht in ihren Rechten verletzt.
- 18 cc) Der Senat erachtet es für zweckmäßig, im gerichtlichen Verfahren entdeckte außerkapazitären Studienplätze (einheitlich) im Rahmen eines Losverfahrens zu vergeben. Er sieht im Hinblick auf den fortgeschrittenen Stand des vom Verwaltungsgericht angeordneten Auswahlverfahrens, der zur Studienplatzvergabe an die Antragstellerin führen wird und unter Berücksichtigung des Umstands, dass in den parallel laufenden weiteren Beschwerdeverfahren gleichwohl noch ein weiterer zusätzlicher freier Studienplatz im Wege des Losverfahrens an die (anderen) Beschwerdeführer



vergeben werden kann, davon ab, seine Erwägungen zur Zweckmäßigkeit des Vergabeverfahrens im vorliegenden Fall durchzusetzen.

- 19 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327).
- 20 4. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Häring

Dr. Borgmann

Schmeichel