

Az.: NC 2 B 25/12
NC 15 L 563/11

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -
- Anschlussbeschwerdegegner -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Technische Universität Dresden
vertreten durch den Rektor
dieser vertreten durch das Justitiariat
Mommsenstraße 13, 01069 Dresden

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -
- Anschlussbeschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

wegen

Medizin 1. FS, WS 2011/2012; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Dr. Henke

am 20. Februar 2013

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 5. Dezember 2011 - NC 15 L 563/11 - wird zurückgewiesen.

Die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 € festgesetzt.

Gründe

1

Der Antragsteller begehrt einen Studienplatz im Fach Medizin nach den Rechtsverhältnissen des Wintersemesters 2011/2012 an der Universität Dresden. Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht angeordnet, den Antragsteller vorläufig zum Studiengang Humanmedizin im 1. Fachsemester nach den Rechtsverhältnissen des Wintersemesters 2011/2012 zuzulassen, wenn er in einem noch durchzuführenden Losverfahren einen Rangplatz 1 bis 11 erzielt. Das Verwaltungsgericht geht davon aus, dass die nach der Belegungsliste für das 1. Fachsemester eingeschriebenen 231 Studenten die vorhandene Kapazität nicht ausschöpfen. Nach dem Festsetzungsvorschlag der Antragsgegnerin betrage die Kapazität 222 Plätze. Kapazitätserschöpfend seien demgegenüber nach der Berechnung durch das Verwaltungsgericht 235 Studienplätze. Von der tatsächlichen Belegung von 231 Plätzen könnten indessen lediglich 224 als kapazitätsdeckend angesehen werden, so dass zusätzlich elf Plätze zu verlosen seien.

2

Gegen den Beschluss hat der Antragsteller, der keinen der ausgelosten Studienplätze erhalten hat, Beschwerde erhoben. Zur Begründung macht er geltend, es seien über die vom Verwaltungsgericht Dresden ermittelte Anzahl hinaus weitere Studienplätze bei der Antragsgegnerin vorhanden. Der von der Antragsgegnerin ermittelte Lehnachfra-

gewert (CAp) von 1,7615 für die Vorklinik sei zu hoch, die Kapazitätsberechnung insgesamt fehlerhaft und unklar. In der Aufstellung fehle das vorklinische Wahlfach, bei der Gesamtaufstellung auch das klinische Wahlfach, was zu einer Überschreitung der angegebenen Curricularanteile bzw. -werte führe und eine anteilige Kürzung der Anteile notwendig mache. Es ergebe sich dann ein bereinigter Lehnachfragewert (CAp) von 1,6916. Ferner sei das Lehrangebot „Einführung in die klinische Medizin“ zur Hälfte der Lehreinheit Klinik zuzurechnen, was den CAp auf 1,6892 vermindere. Auch seien die klinischen Lehranteile bei den integrativen Seminaren der Vorklinik und den Seminaren mit klinischem Bezug zu gering angesetzt; bei korrekter Berücksichtigung reduziere sich der CAp weiter auf 1,5606. Schließlich sei das Lehrangebot der Professoren auf neun SWS zu korrigieren. Insgesamt folge hieraus eine Kapazität von 275 Studenten.

- 3 Die Antragsgegnerin hat Anschlussbeschwerde erhoben und wendet sich gegen die Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts, mit der die Kosten gegeneinander aufgehoben wurden. Der erkennende Senat habe in seinem Beschluss vom 2. September 2010 (NC 2 B 58/09, juris Rn. 48), in dem er von der Kostenverteilung anhand der Loschance zugunsten der Kostenaufhebung abgerückt sei, ausgeführt, eine Kostenentscheidung, die dichter an den tatsächlichen Erfolgsaussichten der jeweiligen Studienbewerber liege, würde dann ermöglicht, wenn die Antragsgegnerin eine „Reserveliste“ erstellen würde, auf der die im Rahmen der kapazitären Vergabe nicht berücksichtigten Bewerber anhand der Vergabekriterien der Zentralstelle zur Vergabe von Studienplätzen in eine Reihenfolge eingeteilt werden. Hiervon ausgehend hätte das Verwaltungsgericht die Möglichkeit gehabt, entweder durch Verwendung einer der ihm von der Antragsgegnerin vorgelegten Reservelisten oder mittels Durchführung der eigenen Verlosung bereits im Zeitpunkt der Entscheidung am 5. Dezember 2011 Obsiegende und Unterliegende individualisierbar von einander zu scheiden und in jedem Verfahren eine entsprechende Kostenentscheidung zu treffen (in 776 Verfahren wären die Kosten den unterliegenden Antragstellern auferlegt worden, nur in den elf Verfahren der aufgrund Losentscheid erfolgreichen Antragsteller hätte die Antragsgegnerin die Kostenlast getragen). Alternativ hierzu führe auch eine Quotelung nach der Zahl der ausgewiesenen Studienplätze im Verhältnis zur Zahl der Antragsteller, also nach der Wertigkeit der Loschance, zu einer angemessenen Kostenverteilung. Die vom Ver-

waltungsgericht vorgenommene Kostenaufhebung erweise sich demgegenüber als ermessensfehlerhaft.

- 4 1. Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg.
- 5 Die vom Antragsteller dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auch in Hochschulzulassungsverfahren grundsätzlich beschränkt ist (vgl. Senatsbeschl. v. 9. September 2009, SächsVBl. 2009, 290, 291), führen nicht zu einer Änderung des angegriffenen Beschlusses.
- 6 Soweit der Antragsteller im Rahmen der Beschwerdebegründung sein Vorbringen vor dem Verwaltungsgericht wiederholt, genügt dies nicht den Anforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO und bedarf keiner Erörterung (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., § 146 Rn. 41 m. w. N.). Gleiches gilt für die pauschale Kritik an der Kapazitätsberechnung der Antragsgegnerin, da es insoweit an einer Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Beschlusses mangelt.
- 7 Allerdings ist der von der Antragsgegnerin mit 1,7615 angegebene und vom Verwaltungsgericht übernommene Curricularanteil im Ergebnis zu kürzen, worauf der Antragsteller zutreffend hinweist. Der Lehraufwand schließt im vorklinischen Studienabschnitt auch das Wahlfach mit ein, bei dem es sich gem. § 12 Abs. 2 Satz 4 Nr. 16 der Studienordnung der Antragsgegnerin für den Studiengang Medizin vom 26. Mai 2010 (im Weiteren: Studienordnung) um eine nachweispflichtige Unterrichtsveranstaltung handelt, die für die Zulassung zum ersten Abschnitt der ärztlichen Prüfung nach § 2 Abs. 8 Satz 1 ÄAppO zu erbringen und deshalb curricular zu berücksichtigen ist (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 31. Juli 2012 - 13 B 589/12 -, juris). Gleiches gilt gem. § 13 Abs. 2 Satz 3 Nr. 22 Studienordnung für den klinischen Studienabschnitt. Die Antragsgegnerin hat indessen in ihrer Kapazitätsberechnung das Wahlfach weder bei der Ermittlung des Curricularanteils (CAp) für den vorklinischen Abschnitt von 2,4187, noch bei der Ermittlung des CAp für den klinischen Abschnitt (5,7837) eingestellt. Die entsprechenden Curricularwerte sind deshalb zu addieren. Das Wahlfach für die Vorklinik hat gem. § 12 Abs. 1 Satz 5 Studienordnung einen Mindestumfang von 14 Unterrichtsstunden pro Semester und wird in einer Gruppengröße von maximal 20 Studierenden durchgeführt. Es ist somit mit einem Curricularwert von 0,05 (14 SWS :

14 Wochen : 20) zu veranschlagen, so dass sich der Curricularanteil von 2,4187 auf 2,4687 erhöht. Das Wahlfach für die Klinik hat gem. § 13 Abs. 1 Satz 6 Studienordnung einen Mindestumfang von 24 Unterrichtsstunden pro Semester und wird ebenfalls in einer Gruppengröße von maximal 20 Studierenden durchgeführt. Es ist demgemäß mit einem Curricularwert von 0,0857 (24 SWS : 14 Wochen : 20) anzusetzen, so dass sich der Curricularanteil von 5,7837 auf 5,8694 erhöht. Der Curricularnormwert (CNW) von vormals 8,2024 erhöht sich damit auf 8,3381 und überschreitet damit deutlich den in der Anlage 2 zu § 13 KapVO für den Studiengang Medizin angegebenen CNW von 8,2. Er ist demgemäß durch anteilige Kürzung auf den geltenden CNW zurückzuführen (Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht Bd. 2, 2013, Rn. 626 m. w. N.). Bei Zugrundelegung eines Stauchungsfaktors von 0,983437 ($8,2 : 8,3381$) ergibt sich anstelle eines CAP von 1,7615 ein CAP von 1,7323.

- 8 Eine weitere Kürzung des CAP - wie sie der Antragsteller für erforderlich hält - ist indessen nicht geboten. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers wird die Veranstaltung „Einführung in die Klinische Medizin“, bestehend aus Vorlesungen und Praktika, zum überwiegenden Teil von den Lehreinheiten Klinisch-Praktische und Klinisch-Theoretische Medizin erbracht (insgesamt 22 Stunden, vgl. Kapazitätsberechnung S. 9), dagegen zum geringeren Teil von der Lehreinheit Vorklinik (insgesamt 12 Stunden, vgl. Kapazitätsberechnung S. 7). Auch das weitere Vorbringen des Antragstellers, es müssten im Rahmen der integrativen Seminare sowie der Seminare mit klinischem Bezug mehr Kliniker am Lehrangebot beteiligt werden, mit der Folge einer weiteren Herabsetzung des CAP der Vorklinik, trifft nicht zu. Es obliegt grundsätzlich der Einschätzung der Antragsgegnerin, durch welche Lehreinheiten sie bestimmte Lehrangebote erbringen lässt; dies gilt jedenfalls, solange nicht erkennbar ist, dass die zugrunde liegende Entscheidung willkürlich oder sachwidrig erfolgt (vgl. VGH BW, Beschl. v. 17. Februar 2011 - NC 9 S 1429/10 -, juris). Für eine solche Annahme mangelt es indes an Anhaltspunkten: Die genannten Seminare werden laut Studienablaufplan (Kapazitätsberechnung S. 7 bis 9) in Höhe von ca. 70 % durch die Lehreinheit Vorklinik, in Höhe von ca. 30 % durch die Lehreinheiten Klinisch-Praktische und Klinisch-Theoretische Medizin erbracht. Von einer sachwidrig geringen Beteiligung der letztgenannten Lehreinheiten kann vor diesem Hintergrund nicht ausgegangen werden.

- 9 Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers war das Lehrdeputat nicht im Hinblick auf die in Sachsen geltende Regellehrverpflichtung von Professoren zu erhöhen. Der Senat sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass die in der Sächsischen Dienstaufgabenverordnung an Hochschulen (DAVOHS) vorgesehene Anzahl von acht SWS gegen Verfassungsrecht verstoßen könnte (vgl. Beschl. v. 22. Januar 2013 - NC 2 B 328/11 -, juris). Nach Art. 70 Abs. 1 GG fällt die Regelung der Lehrverpflichtung des wissenschaftlichen Personals an den Hochschulen in die Kompetenz des jeweiligen Bundeslandes. Der Hinweis des Antragstellers auf die Erhöhung der Lehrdeputate in anderen Bundesländern führt daher nicht weiter (vgl. NdsOVG, Beschl. v. 12. August 2011 - 2 NB 439/10 -, juris). Im Übrigen entspricht die Festsetzung von acht SWS für Professoren der Rechtslage in einer Reihe von Bundesländern, wenngleich diese nicht die Mehrheit darstellen (vgl. Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht Bd. 2 a. a. O., Rn. 209, 306 m. w. N.). Materiellrechtlich berührt die Regelung der Lehrverpflichtung den Schutzbereich des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG einerseits und des Grundrechts auf Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG andererseits. Es überschneiden sich damit zwei grundrechtsrelevante Rechtskreise, nämlich die durch Dienstrecht und Wissenschaftsfreiheit bestimmte Rechtsposition des Lehrpersonals und die durch den verfassungsrechtlichen Zulassungsanspruch der Studienbewerber bestimmte Pflicht zur erschöpfenden Kapazitätsnutzung (vgl. VGH BW, Urt. v. 23. Mai 2006 - 4 S 1957/04 -, juris). In diesem Spannungsverhältnis kommt keiner der beiden Rechtspositionen per se ein Vorrang zu. Es ist vielmehr Sache des Gesetz- oder Verordnungsgebers, im Sinne praktischer Konkordanz einen Ausgleich zu schaffen, der beiden Verfassungsgütern zu möglichst weitreichender Geltung verhilft. Dabei können Art. 5 Abs. 3 GG selbst keine starren Ober- oder Untergrenzen für den Umfang der Lehrverpflichtung entnommen werden. Das Grundrecht gebietet (lediglich), die Lehrverpflichtung nicht so hoch anzusetzen, dass kein ausreichender zeitlicher Freiraum für die Forschung verbleibt (VGH BW, Urt. v. 23. Mai 2006 a. a. O. m. w. N.). Ebenso wenig lässt sich aus Art. 12 Abs. 1 GG eine Beschränkung des Spielraums des Verordnungsgebers solcher Art ableiten, dass nur eine ganz bestimmte Lehrverpflichtung zulässigerweise festgesetzt werden könnte. Für einen Ermessensfehler des Verordnungsgebers bei Erlass der DAVOHS 2003 - wie auch bei deren Novellierung im Jahr 2011 unter Beibehaltung der Regellehrverpflichtung für Professoren von acht SWS - ist vor diesem Hintergrund nichts ersichtlich.

- 10 Es ergibt sich damit unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens folgende Rechnung: Das Angebot an Deputatstunden von 218,5 zzgl. wissenschaftlicher Dienstleistungen von außen von 8,0 ergibt ein unbereinigtes Lehrangebot von 226,5. Abzüglich des errechneten Dienstleistungsbedarfs für die Zahnmedizin in Höhe von 24,7 ergibt sich ein bereinigtes Lehrangebot von 201,8. Nach Multiplikation mit 2 und Division durch den Curricularanteil von 1,7323 erhält man als Berechnungsergebnis 232,9850 Studienplätze vor Schwund. Diese ergeben dividiert durch den vom Verwaltungsgericht angenommenen Schwundquotienten von 0,9756 die Anzahl von 238,8120 Studienplätzen nach Schwund, gerundet 239 Plätze.
- 11 Soweit die Beschwerde damit zu einer Kapazitätserhöhung führt, wird diese indessen durch die im folgenden darzulegenden Korrekturen der Entscheidung des Verwaltungsgerichts, wie sie sich aus der Beschwerdeerwiderung ergeben, vollständig kompensiert:
- 12 Wie die Antragsgegnerin zutreffend ausführt, ist im Rahmen der Kapazitätsberechnung von einem Lehrangebot aus Stellen der Lehrereinheit Vorklinik von 212,5 Lehrveranstaltungsstunden (LVS) auszugehen (anstelle von 210,5 LVS wie ursprünglich in der Berechnung angegeben und anstelle der vom Verwaltungsgericht angenommenen 218,5 LVS). Das Lehrangebot errechnet sich aus der Zahl der verfügbaren Stellen des wissenschaftlichen Lehrpersonals gem. § 8 Abs. 1 und 3 KapVO, das der Lehrereinheit - hier: Vorklinik - zugeordnet ist. Nach den von der Antragsgegnerin vorgelegten Kapazitätsunterlagen zum Stichtag 1. Februar 2011 sind dem Studiengang Medizin - Vorklinik 29,5 Stellen zugeordnet. Dem entspricht der von der Antragsgegnerin vorgelegte, aus dem Haushaltsplan 2011/2012 abgeleitete und vom Dekanat der Medizinischen Fakultät der Antragsgegnerin am 26. September 2011 beschlossene Stellenplan für die Vorklinik, aus dessen Anlage sich die aktuelle Zuordnung der Stellen zu den Struktureinheiten ergibt. Auch das Verwaltungsgericht ist von 29,5 Stellen ausgegangen.
- 13 Maßgeblich für die Berechnung des Lehrangebots ist sodann die für die ermittelte Soll-Stellenzahl geltende Regellehrverpflichtung gemäß § 9 Abs. 1 KapVO. Das Verwaltungsgericht hat die von der Antragsgegnerin festgesetzte Anzahl von Deputatsstunden (210,5 LVS) durch Addition von acht zusätzlichen LVS im Bereich des Insti-

tuts für Physiologische Chemie (sechs LVS bzgl. der Stelle von Herrn H....., zwei bzgl. der Stelle von Frau G....) korrigiert; gerechtfertigt ist indessen lediglich die Addition von zwei zusätzlichen LVS bei der Stelle von Herrn H..... Bei letzterer handelt es sich entsprechend der in seinem Arbeitsvertrag getroffenen Zweckbestimmung um eine zum Zwecke der Weiterqualifikation bestehende Stelle eines befristet beschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiters. Dem entspricht die dienstliche Erklärung des Institutsdirektors der Physiologischen Chemie vom 9. November 2011. Für eine solche Stelle beträgt die Regellehrverpflichtung „höchstens 4 SWS“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 der Sächsischen Dienstaufgabenverordnung an Hochschulen vom 25. Februar 2003 (DAVOHS 2003); ebenso § 7 Abs. 1 Nr. 5 der Sächsischen Dienstaufgabenverordnung an Hochschulen vom 10. November 2011).

- 14 Dieser Ansatz beansprucht entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch dann Geltung, wenn der betreffende Stelleninhaber wie vorliegend während des letzten befristeten Arbeitsverhältnisses bereits promoviert wurde: Nach der hier maßgeblichen Bestimmung des § 7 Abs. 1 Nr. 8 DAVOHS 2003 beträgt die Lehrverpflichtung von wissenschaftlichen Mitarbeitern in befristeten Arbeitsverhältnissen, soweit sie Lehraufgaben wahrnehmen und ihre Beschäftigung auch „ihrer Weiterbildung als wissenschaftlicher oder künstlerischer Nachwuchs oder der beruflichen Aus-, Fort- oder Weiterbildung dient“, höchstens vier LVS. Nach § 71 Abs. 2 Satz 2 SächsHSG in der am 1. Februar 2011 (Berechnungstichtag) geltenden Fassung sind befristet beschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeitern auch Aufgaben zu übertragen, „die die Vorbereitung einer Promotion oder die Erbringung zusätzlicher wissenschaftlicher Leistungen nach § 58 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a und b fördern“; bei den letztgenannten handelt es um zusätzliche wissenschaftliche Leistungen neben einer Promotion. Nach § 71 Abs. 2 Satz 3 SächsHSG i. d. F. vom 1. Februar 2011 ist befristet beschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeitern mindestens ein Drittel der Arbeitszeit zu „eigener wissenschaftlicher Arbeit“ im Rahmen ihrer Dienstaufgaben zu belassen. Aus den genannten Bestimmungen ergibt sich, dass die befristete Beschäftigung wissenschaftlicher Mitarbeiter diesen typischerweise die Erbringung wissenschaftlicher Leistungen ermöglichen soll, die in einer Promotion, einer anderen Qualifikation oder eigener wissenschaftlicher Arbeit an sich bestehen können (ähnlich auch OVG Saarland, Beschl. v. 1. Juli 2011 - 2 B 45/11 NC u. a. -, juris). Eine Beschränkung der genannten Bestimmungen allein auf den Zweck der Promotion mit der Folge, dass die Reduzierung der

Regellehrverpflichtung nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 DAVOHS 2003 nach Abschluss der Promotion entfällt, vermag der Senat deshalb nicht zu erkennen. Für diese Auffassung spricht schließlich, dass in jeder wissenschaftlichen Laufbahn über eine Promotion hinausgehende weitere eigene wissenschaftliche Leistungen, insbesondere Publikationen, gefordert werden (vgl. VGH BW, Beschl. v. 13. August 2010 - NC 9 S 357/10 - und v. 17. Februar 2011 - NC 9 S 1429/10 -, juris). Aufgrund vergleichbarer Erwägungen hat der erkennende Senat bereits mit Beschluss vom 9. September 2009 (- NC 2B 129/09 -, juris Rn. 10) in Bezug auf § 7 Abs. 1 Nr. 8 DAVOHS 2003 entschieden, dass eine Differenzierung zwischen promovierten und nicht promovierten Mitarbeitern in Bezug auf die Lehrverpflichtung nicht geboten ist. An dieser Auffassung hält der Senat fest. Damit war die Stelle von Herrn H....., dessen Dienstvertrag am 31. Mai 2011 auslief, am Berechnungstichtag weiter mit vier LVS zu veranschlagen. Denn zu diesem Zeitpunkt war zwar bekannt, dass Herr H..... ausscheiden würde, jedoch gleichzeitig absehbar, dass die Stelle zukünftig nicht wegfallen, sondern als Weiterqualifikationsstelle erhalten bleiben sollte.

- 15 Die halbe Stelle von Frau G...., bei der es sich gemäß der Zweckbestimmung im Arbeitsvertrag und laut der dienstlichen Erklärung des Institutsdirektors für Physiologische Chemie vom 9. November 2011 ebenfalls um eine dem Zweck der Weiterqualifikation dienende befristete Stelle für wissenschaftliche Mitarbeiter handelt, war mit zwei LVS zu bewerten. Zum Berechnungstichtag am 1. Februar 2011 war davon auszugehen, dass Frau G.... nach Ablauf der Elternzeit am 30. September 2011 zum Beginn des Berechnungszeitraums auf ihre Stelle zurückkehren würde. Zwar war ihr Arbeitsvertrag, der in § 1 auf die Bestimmungen des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG) Bezug nimmt, bis zum 30. September 2011 befristet. Seine Dauer verlängerte sich jedoch gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 WissZeitVG im Einverständnis mit der Mitarbeiterin um die Zeiten einer Inanspruchnahme von Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz. Unabhängig von der Frage, ob seitens Frau G.... ein Einverständnis bereits erklärt worden war, bestand deshalb am Berechnungstichtag keine Vakanz. Damit war die Stelle von Frau G.... mit zwei LVS zu veranschlagen.
- 16 Zutreffend rügt die Antragsgegnerin auch die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Schwundberechnung, soweit diese unter Abänderung der von der Antragsgegnerin vorgelegten Ausgangszahlen erfolgte. Sofern das Verwaltungsgericht die von der An-

tragsgegnerin vorgelegten Zahlen für nicht geeignet gehalten hat, um die von ihm nunmehr bevorzugte Variante der Schwundberechnung einschließlich beurlaubter Studenten vorzunehmen, hätte es der Antragsgegnerin zunächst Gelegenheit geben müssen, eine zu diesem Zweck geeignete Berechnung vorzulegen. Es ist Aufgabe der Antragsgegnerin, die Kapazitätsberechnung zu erstellen, von der die Schwundberechnung einen Teil bildet. Das Verwaltungsgericht kann zwar einzelne Posten der Berechnung wie auch das Ergebnis einer Überprüfung unterziehen. Führt diese indessen - wie hier - zu einer Verwerfung der vorgelegten Berechnung und lässt sich die unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zutreffende Berechnung mangels vorhandener Zahlen nicht zwanglos durch das Gericht selbst durchführen, ist das Gericht gehalten, der Antragsgegnerin die Beibringung der notwendigen Zahlen im Wege der Aufklärungsverfügung aufzugeben. Dass die vom Verwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Zahlen nicht zutreffend sein können, ergibt sich aus folgender Überlegung: Die von der Antragsgegnerin ursprünglich vorgelegte Schwundberechnung berücksichtigte zusätzlich zu den üblichen Abgängen auch Beurlaubte; sie legte damit das kapazitätsfreundlichere Modell zugrunde. Demgegenüber führt das vom Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der überwiegenden Rechtsprechung bevorzugte Modell der Schwundberechnung ohne Herausrechnung der Beurlaubten methodisch zu einem geringeren Schwund, stellt sich also als kapazitätsunfreundlicher dar. Es erscheint deshalb ausgeschlossen, dass die Schwundberechnung durch das Verwaltungsgericht - wie hier geschehen - zu einem höheren Schwund führt (Schwundquotient von 0,9756 gegenüber dem von der Antragsgegnerin ursprünglich ermittelten Wert von 0,9894). Der Senat hält aus diesem Grund die von der Antragsgegnerin in der Beschwerdeerwiderung vorgelegte Schwundberechnung unter Einbeziehung der beurlaubten Studenten für plausibel, die einen Schwundquotienten von 0,9927 ausweist.

- 17 Es ergibt sich damit folgende Rechnung: Das Angebot an Deputatstunden von 212,5 zzgl. wissenschaftlicher Dienstleistungen von außen von 8,0 ergibt ein unbereinigtes Lehrangebot von 220,5. Abzüglich des errechneten Dienstleistungsbedarfs für die Zahnmedizin in Höhe von 24,7 ergibt sich ein bereinigtes Lehrangebot von 195,8. Nach Multiplikation mit 2 und Division durch den Curricularanteil von 1,7323 erhält man als Berechnungsergebnis 226,0578 Studienplätze vor Schwund. Diese ergeben

dividiert durch den Schwundquotienten von 0,9927 die Anzahl von 227,7201 Studienplätzen nach Schwund, gerundet 228 Plätze.

- 18 Die sich hiernach ergebende Anzahl von sechs zusätzlichen Studienplätzen bleibt hinter der vom Verwaltungsgericht festgestellten Anzahl von elf Studienplätzen außerhalb der Kapazität zurück. Unabhängig von der Frage, ob die sieben überbuchten Studienplätze, die vom Verwaltungsgericht nicht als kapazitätsdeckend angesehen wurden, zu berücksichtigen sind, stehen damit über die vom Verwaltungsgericht festgestellten Studienplätze hinaus keine weiteren zur Verfügung.
- 19 2. Die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin bleibt ebenfalls ohne Erfolg.
- 20 Die - nicht fristgebundene (vgl. Senatsbeschl. v. 30. Juni 2008 - NC 2 B 35/08 -; Kopp/Schenke a. a. O., § 146 Rn. 46) - Anschlussbeschwerde ist zwar zulässigerweise erhoben worden. Sie ist aber unbegründet, da die Kostenaufhebung durch das Verwaltungsgericht nicht zu beanstanden ist.
- 21 Der Senat hat hierzu in seinem Beschluss vom 16. Juli 2010 - NC 2 B 42/09 -, juris Rn. 47 ausgeführt:

„Zuzugeben ist der Antragsgegnerin, dass der Senat bislang in seinen Entscheidungen bei Anordnung eines Losverfahrens die Kosten anhand der Loschance verteilt hat. Diese Kostenverteilung wird nicht mehr aufrechterhalten. Gemäß § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen, wenn ein Beteiligter teils obsiegt, teils unterliegt. Ob bei Vorliegen dieser Voraussetzungen das Gericht die Kosten verhältnismäßig verteilt oder gegeneinander aufhebt, steht in seinem Ermessen. Die Entscheidung ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalles zu treffen (Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 155 Rn. 3). Wenn beide Beteiligte anwaltlich vertreten sind, erscheint dem Senat in zulassungsrechtlichen Verfahren, in denen ein Losverfahren angeordnet wird, eine Kostenaufhebung sachgerecht (so nunmehr auch VGH BW, Beschl. v. 12.5.2009 - NC 9 S 289/09 -). Sie trägt einerseits dem Umstand Rechnung, dass die Kapazitätsberechnung der Hochschule fehlerhaft war und weitere Studienplätze (vorläufig) vergeben werden können, berücksichtigt andererseits aber auch, dass dies bei Anordnung eines Losverfahrens nicht jedem Antragsteller zum Erfolg verhilft. Dagegen weist die Kostenverteilung anhand der Loschance den Nachteil auf, dass der damit ausschlaggebende Faktor, wie viele andere Studienplatzbewerber ebenfalls einen Antrag beim Verwaltungsgericht stellen, vom Antragsteller weder beeinflusst noch vorhergesehen werden kann. Die Kostenverteilung wird damit von Zufälligkeiten abhängig, die nicht sachgerecht erscheinen. Eine Kostenentscheidung, die dichter an den tatsächlichen Erfolgsaussichten der jeweiligen Studienbewerber liegt, würde dann ermöglicht, wenn die Antragsgegnerin eine „Reserveliste“ erstellen würde, auf der die im Rahmen der kapazitären Vergabe nichtbe-

rücksichtigten Bewerber anhand der Vergabekriterien der Zentralstelle zur Vergabe von Studienplätzen in eine Reihenfolge eingeteilt werden (vgl. VGH BW, Beschl. v. 12.5.2009 a. a. O.).“

- 22 Mit der Erwähnung der „Reservelisten“ hat der Senat lediglich eine Möglichkeit der Verfahrensgestaltung aufgezeigt, nach der „gefundene“ Studienplätze unter den Antragstellern vergeben werden könnten. Im Falle der nachträglichen Aufdeckung ungenutzter Kapazitäten im Gerichtsverfahren verlangt das aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Kapazitätserschöpfungsgebot lediglich, dass unter den konkurrierenden Studienplatzbewerbern überhaupt eine Auswahl stattfindet, damit die frei gebliebenen Studienplätze besetzt werden können (vgl. BVerwG, Urt. v. 15. Dezember 1989 - 7 C 17.89 -, juris Rn. 17). Eine bestimmte Verfahrensweise, nach welchen Modalitäten die Auswahl durchzuführen ist, ist dagegen weder bundes- noch landesrechtlich vorgegeben. Vom Grundsatz her kommt entweder ein Losverfahren oder eine Auswahl nach den einschlägigen Vergabekriterien für die innerkapazitär vergebenen Studienplätze in Betracht. Auch wenn das letztgenannte Verfahren der gleichmäßigen Verteilung aller freien Studienplätze unter Anwendung einheitlicher Auswahlkriterien besser entspricht, die angesichts der Chancengleichheit der Bewerber verfassungsrechtlich geboten ist, bestehen gegen die Anwendung des Losverfahrens ebenfalls keine rechtlichen Bedenken (vgl. BVerfG, 1. Senat 2. Kammer, Nichtannahmebeschl. v. 29. September 2008 - 1 BvR 1464/07 -, juris Rn. 30). Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 15. Dezember 1989 a. a. O. m. w. N.) ist die Auswahl durch das Los bundesrechtlich ebenso wenig zu beanstanden wie die Orientierung an den Auswahlkriterien, die die Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (heute die Stiftung für Hochschulzulassung) bei der Vergabe der ausgewiesenen Studienplätze anwendet. Vor diesem Hintergrund ist das Verwaltungsgericht innerhalb des ihm im Verfahren nach § 123 VwGO eingeräumten Ermessens fehlerfrei davon ausgegangen, das Losverfahren durchzuführen und nicht auf die von der Antragsgegnerin erstellten Reservelisten abzustellen. Die Entscheidung wird nicht aus dem Grund rechtswidrig, dass damit Kosten für die Antragsgegnerin entstehen.
- 23 3. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 und 3 VwGO. Das Unterliegen der Antragsgegnerin hinsichtlich der Anschlussbeschwerde ist so geringfügig, dass es bei der Kostenentscheidung keine Berücksichtigung finden muss.

- 24 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und § 52 Abs. 1, 2 GKG (vgl. Senatsbeschl. v. 13. Juli 2005, NVwZ-RR 2006, 219).
- 25 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Hahn

Henke

*Ausgefertigt:
Bautzen, den
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*

*Pech
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle*