

Az.: NC 2 B 407/08
NC 2 L 474/08



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Universität Leipzig
vertreten durch den Rektor
Ritterstraße 26, 04109 Leipzig

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Zulassung zum Studium Tiermedizin, 1. FS, WS 2008/09;
Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dehoust und den Richter am Verwaltungsgericht Jenkis

am 31. August 2009

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 17. November 2008 - NC 2 L 474/08 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

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

Gründe

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg.

Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht seinem Antrag, ihn nach den Rechtsverhältnissen des Wintersemesters 2008/2009 vorläufig zum Studium der Tiermedizin im 1. Fachsemester zuzulassen, abgelehnt. Es geht davon aus, dass die für den Studiengang Tiermedizin festgesetzte Zulassungszahl von 147 Studienplätzen kapazitätserschöpfend ist.

Hiergegen wendet der Antragsteller in seiner Beschwerdebegründung ein, soweit das erstinstanzliche Gericht von insgesamt 104 Stellen ausgegangen sei, stimme das zwar mit dem Kapazitätsbericht überein. Es fehle aber ein normativer Stellenplan, der eine Aufschlüsselung der Mitarbeiter nach Instituten oder Einrichtungen vornehme. Hinzu komme, dass auf der Internetpräsentation Mitarbeiter auftauchen, die nicht im Stellenplan erscheinen. Nach der Internetpräsentation gäbe es 86 und nicht wie von dem Antragsgegner angenommen 46 wissenschaftliche Mitarbeiter. Unklar sei, ob es sich um vollschichtige oder Teilzeitstellen handele. Nicht kapazitätsmindernd anerkannt werden könne die Reduzierung der Lehrverpflichtung für die Tätigkeiten im Personalrat von Frau Eine solche Ermäßigung der Lehrverpflichtung sei kapazitätsrechtlich nicht vorgesehen. Eine Freistellung von 100 Prozent sei zudem übermäßig. Folge man den Annahmen des Verwaltungsgerichts Leipzig im Übrigen nicht vollständig, müsse auch das Lehrdeputat um 1,6

Lehrveranstaltungsstunden erhöht oder aufgeklärt werden, ob die Deputatsverminderung von Frau aufgrund ihrer Personalratstätigkeit gerechtfertigt sei. Der 30-prozentige Krankenversorgungsabzug sei mit höherrangigem Recht nicht mehr vereinbar. Der dem Abzug zugrunde liegende Bericht des Niedersächsischen Ministers für Wissenschaft und Kunst aus dem Jahr 1986 sei veraltet. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich inzwischen wesentlich geändert. So habe es nach Erstellung des Berichts eine Fusion der Tiermedizinbereiche der Humboldt-Universität und der Freien Universität gegeben. Die Universität Leipzig sei in die Untersuchung nicht einbezogen worden. In den letzten 22 Jahren habe sich die Ausstattung an den Kliniken erheblich geändert. Solange keine aktuelle Untersuchung vorliege, sei der pauschalierte Krankenversorgungsabzug nicht mehr vorzunehmen oder zu mindern. Auch die Schwundberechnung sei fehlerhaft. So stiegen in den höheren Fachsemestern die Bestandszahlen häufiger, als dass sie fallen. Für diesen Fall sei es Aufgabe des Verwaltungsgerichts, im Einzelnen nachzuforschen, worauf diese Entwicklung beruhe. In einem solchen Fall liege es nämlich nahe, dass Doppelzählungen erfolgt seien. Eine alternative Schwundberechnung, in der die Erhöhung der Bestandszahlen nicht berücksichtigt werde, führe zu einem Schwundfaktor von 0,9322 und zu einer Aufnahmekapazität von 146 Studienplätzen. Auch die Erwägung des Verwaltungsgerichts Leipzig, dass die Erhöhung der Studentenzahl durch den Wechsel von Studierenden, die bislang in verschiedenen osteuropäischen Staaten, Österreich oder Ungarn studiert hätten, bedingt sei, sei zu widersprechen. Gerügt wird darüber hinaus, die Schwundberechnung der Universität Leipzig sei fehlerhaft, weil sie auf einer Fortzählung der Fachsemester und der Studierendenzahl beruhe. Dabei werde verkannt, dass ab dem 5. Fachsemester nur diejenigen Studierenden bei der Schwundberechnung mitgezählt werden dürfen, die die tierärztliche Vorprüfung bestanden hätten.

Die vom Antragsteller dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auch in Hochschulzulassungsverfahren grundsätzlich beschränkt ist (vgl. Beschl. v. 3.7.2002 - NC 2 C 2/02 - juris), führen nicht zu einer Änderung des angegriffenen Beschlusses.

1. Das Verwaltungsgericht ist von einer zutreffenden Stellenzahl ausgegangen.

Normative Grundlage der Stellenausstattung ist der Haushaltsplan. Die Verteilung der im Haushaltsplan ausgebrachten Stellen (vgl. Epl. 12, Kap. 1208, abrufbar unter:

www.finanzen.sachsen.de/download/haushaltsplan_2007_2008_einzelplan_12.pdf) auf die Lehreinheiten obliegt den hierzu nach dem Hochschul- und Haushaltsrecht berufenen Organen. Hiergegen sind rechtliche Einwände nicht zu erheben (vgl. auch OVG NRW, Beschl. v. 8.7.2009 - 13 C 93/09 - juris).

Entgegen der Auffassung des Antragstellers genügt der mit den Kapazitätsunterlagen vorgelegte „Besetzungsvergleich Plan/Ist“ den Anforderungen an einen Stellenplan. Aus ihm ergibt sich, welche Stellen den einzelnen Einrichtungen der Veterinärmedizinischen Fakultät zugeordnet sind, um welche Art von Stellen es sich handelt und welches Deputat die Universität den Stellen zugewiesen hat.

Soweit der Antragsteller auf die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt vom 4.5.2007 - 3 N 56/07 - (juris) sowie Entscheidungen des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts Bezug nimmt, ergibt sich daraus nichts anderes. Diesen Entscheidungen ist zu entnehmen, dass bloße Zielvereinbarungen oder undifferenzierte Übersichten, die die Zuordnung zu einzelnen Lehreinheiten nicht erkennen lassen, den Anforderungen an einen Stellenplan nicht genügen. Die hier vorgelegte Übersicht ist aber hinreichend differenziert und geht über eine bloße Zielvereinbarung hinaus. Zudem betrifft die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts in Magdeburg die Zulässigkeit von Stellenkürzungen, die hier nicht gegeben sind.

Der Senat hat die Zahl von 46 besetzbaren Stellen für wissenschaftliche Mitarbeiter bereits in den Vorjahren anhand des jeweils vorgelegten Besetzungsvergleichs Plan/Ist einer Überprüfung unterzogen (vgl. Beschl. v. 25.6.2007 - NC 2 C 59/06 -). Hinweise darauf, dass nunmehr mehr Stellen vorhanden sind, sind nicht erkennbar. Soweit der Antragsteller auf die Internetpräsentation der Universität Leipzig verweist, ergibt sich daraus keine höhere Stellenzahl. Der Antragsgegner hat mit Schriftsatz vom 29.1.2009 detailliert zu den vom Antragsteller aufgeführten einzelnen Mitarbeitern Stellung genommen. Diese Stellungnahme hat der Antragsteller nicht in Frage gestellt. Aus dem Internetauftritt einer Hochschule oder ihrer einzelnen Organisationseinheiten kann ohnehin kein sicherer Rückschluss auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des für die Aufnahmekapazität maßgeblichen Stellenplanes gezogen werden. Die im Internet enthaltenen, meist in unregelmäßigen Abständen aktualisierten Auflistungen der wissenschaftlichen Bediensteten orientieren sich weder einheitlich an dem kapazitätsrechtlich maßgeblichen Berechnungstichtag noch an dem

geltenden abstrakten Stellenprinzip (vgl. hierzu auch BayVGh, Beschl. v. 1.7.2009 - 7 CE 09.10044 - juris). Zudem lassen die Angaben regelmäßig nicht erkennen, ob der Mitarbeiter eine ganze oder reduzierte Stelle inne hat und ob er lehrverpflichtet ist, was bei einem Drittmittelbediensteten nicht der Fall ist.

2. Die Kapazitätsberechnung der Universität Leipzig erweist sich auch nicht wegen der Minderung des Deputats für die Vorsitzende des Personalrats des Hochschulbereichs als fehlerhaft. Der Senat hat im Beschluss vom 18.6.2001 - NC 2 C 32/00 - (juris) sowie zuletzt im Beschluss vom 25.6.2007 - NC 2 C 1/07 - ausgeführt:

„Im Ergebnis zu Recht hat die Universität Leipzig bei der Kapazitätsberechnung auch eine Ermäßigung der Lehrverpflichtung der unbefristet beschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiterin von 6,4 LVS berücksichtigt.

Die Ermäßigung folgt nicht aus § 9 Abs. 2 KapVO i.V.m. § 7 DAVOHS. Denn hiervon werden nur Verminderungen der Regellehrverpflichtung dienstrechtlicher Art umfasst (vgl. Bahro/Berlin/Hübenthal, Das Hochschulzulassungsrecht, RdNr. 9 zu § 9 KapVO). Hier ergibt sich die Ermäßigung der Lehrverpflichtung jedoch nicht aus dem Dienst-, sondern aus dem Personalvertretungsrecht. Frau wurde mit Wirkung vom 17.3.1999 zur Vorsitzenden des Personalrates im Hochschulbereich gewählt. Mit Schreiben des Rektors der Universität Leipzig vom 6.9.1999 wurde Frau, dem Beschluss des Personalrates vom 7.4.1999 folgend, zur Ausübung der laufenden Geschäftsaufgaben des Personalrates im Umfang von 80 vom Hundert eines entsprechenden Vollbeschäftigten von ihren dienstlichen Verpflichtungen entbunden. Diese Entscheidung stellt keine Ermessensentscheidung des Rektoratskollegiums nach § 7 Abs. 5 DAVOHS dar; Rechtsgrundlage für die Freistellung ist vielmehr § 46 Abs. 3 SächsPersVG. Die vom Personalrat beschlossene Freistellung von Personalratsmitgliedern bedarf lediglich einer Umsetzung durch den Dienststellenleiter. Die Verantwortung hinsichtlich der Auswahl freizustellender Personalratsmitglieder obliegt allein der Personalvertretung. Der Dienstherr darf hiervon nur im Falle des Vorliegens unabweisbarer Gründe abweichen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.5.1984 - 6 P 33.83 -, PersR 1986, 15). Das Fehlen einer Ermessensentscheidung des Rektoratskollegiums steht deshalb entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts der Rechtmäßigkeit der Freistellung nicht entgegen.

Allerdings steht die kapazitätsrechtliche Anerkennung der sich aus dem Personalvertretungsrecht ergebenden Freistellung im Widerspruch zu dem sog. Stellen- oder Sollprinzip (vgl. § 8 KapVO). Dieses Prinzip besagt, dass bei der Ermittlung des Lehrangebots nicht von der tatsächlichen Zahl der Lehrpersonen und ihren jeweiligen individuellen Lehrverpflichtungen auszugehen ist, sondern von der Zahl der der Lehrereinheit zugewiesenen Stellen und den auf diese Stellen entfallenden Regellehrverpflichtungen (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.4.1990 - 7 C 51.87 -, DVBl. 1990, 940 [941]). Die Durchbrechung des Stellenprinzips ist hier jedoch vor dem Kapazitätserschöpfungsgebot hinreichend gerechtfertigt. Das Stellenprinzip beruht auf der Vorstellung des Normgebers, dass die personelle Aufnahmekapazität einer

Lehreinheit weniger durch die tatsächlich erbrachten oder zu erbringenden Lehrleistungen der Lehrpersonen als durch die Zahl der ihr zugewiesenen Stellen des Lehrpersonals bestimmt wird. Denn die Stellen werden der Lehreinheit gerade zu dem Zweck zugewiesen, dass eine dem jeweiligen Stellenbestand entsprechende Aufnahmekapazität der Lehreinheit entsteht. Die Hochschule ist deshalb im Interesse der Studienbewerber gehalten, jede der Lehreinheit zugewiesene und damit besetzbare Stelle auch tatsächlich zu besetzen. Die nachteiligen Folgen einer Stellenvakanz sind deshalb nicht den Studienbewerbern, sondern der Hochschule aufzubürden, weil diese - jedenfalls im allgemeinen - solche Folgen durch die zügige Neubesetzung freiwerdender Stellen vermeiden kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.4.1990, aaO). Diese Erwägungen treffen jedoch auf eine personalvertretungsrechtliche Freistellung nicht zu. Aufgrund des mit dem Kapazitätsrecht gleichrangigen Personalvertretungsrechts, das ebenso wie das Kapazitätserschöpfungsgebot verfassungsrechtlich verankert ist (Art. 26 SächsVerf; vgl. hierzu SächsVerfGH, Urt. v. 15.12.2000 - Vf. 51-II-99 -), kann die der Lehreinheit zugewiesene Stelle nicht zur Erbringung von Lehrleistungen und damit zur Schaffung von Aufnahmekapazitäten genutzt werden. Angesichts des Umstandes, dass die Entscheidung über die Freistellung dem Dienstherrn entzogen ist - die Personalräte werden von den Beschäftigten gewählt; die Auswahl freizustellender Personalratsmitglieder obliegt der Personalvertretung -, kann die Hochschule die Verminderung der personellen Kapazität auch nicht vermeiden.“

Hieran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Antragstellers fest. Insbesondere führt die Tatsache, dass die Freistellung von Frau nunmehr von 80 auf 100 % erhöht worden ist, zu keiner anderen Beurteilung.

Das Verwaltungsgericht konnte auch offen lassen, ob die weitere Reduzierung um 1,6 Lehrveranstaltungsstunden der wissenschaftlichen Mitarbeiterin zu Recht erfolgt ist. Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts, die vom Antragsteller nicht substantiiert angegriffen werden, wirkt sich die Verringerung um 1,6 Lehrveranstaltungsstunden im Ergebnis nicht aus.

3. Ohne Erfolg macht der Antragsteller geltend, der vorgenommene pauschale 30-prozentige Krankenversorgungsabzug gem. § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapVO beruhe auf einer Norm, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sei. Der Senat hat im Beschluss vom 18.6.2001 - NC 2 C 32/00 - ausgeführt:

„Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapVO mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem aus Art. 28 Abs. 1 SächsVerf/Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 SächsVerf/Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 SächsVerf/Art. 20 Abs. 1 GG) folgenden Kapazitätserschöpfungsgebot vereinbar. Der Senat hält insoweit an seiner im Beschluss vom 26.7.1999, aaO, geäu-

ßerten Auffassung fest (vgl. auch Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 12.7.2000 - 10 N 1392/00 u.a. - und OVG Berlin, Beschl. v. 6.9.2000 - 5 NC 5.00 -).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 22.10.1991 - 1 BvR 393, 610/85 -, BVerfGE 85, 36) hat der Verordnungsgeber bei der erforderlichen Abwägung und Konkretisierung der widerstreitenden Grundrechtspositionen, also des Zugangsrechts der Hochschulbewerber, der Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschullehrer (Art. 5 Abs. 3 GG) sowie den Ausbildungsbedürfnissen der bereits zugelassenen Studenten, einen nicht unerheblichen Gestaltungsfreiraum. Die Konkretisierung muss jedoch den Bedingungen rationaler Abwägung genügen. Der Normgeber muss von Annahmen ausgehen, die dem aktuellen Erkenntnis- und Erfahrungsstand entsprechen und eine etwaige Kapazitätsminderung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränken. Die verfassungsrechtlich gebotene verwaltungsgerichtliche Inhaltskontrolle setzt voraus, dass die Annahmen und Wertungen des Normgebers, die seine Abwägung bestimmt haben, im verwaltungsrechtlichen Rechtsstreit offengelegt werden. Ein offensichtlicher Abwägungs- und Ableitungsfehler lässt sich nicht ohne weiteres dadurch rechtfertigen, dass Erwägungen, die bei der Schaffung einer kapazitätsbestimmenden Norm als untauglich bewertet wurden, nachträglich als tragende Gründe angeführt werden. Zur Überprüfung einer kapazitätsbestimmenden Regelung, die Zahlen und Formeln als Tatbestandsmerkmale verwendet, ist ein Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte unerlässlich. Da jede Quantifizierung das Ergebnis einer Ableitung ist, ermöglicht nur die Kenntnis des Ableitungszusammenhangs die Nachprüfung, ob die umstrittene Norm den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen genügt.

Grundlage des in § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapVO normierten pauschalen Krankenversorgungsabzugs von 30 vom Hundert ist der Bericht des Niedersächsischen Ministers für Wissenschaft und Kunst vom 18.6.1986 über den Personalbedarf für Krankenversorgung und diagnostische Untersuchungen in der Lehrereinheit Tiermedizin. Die Norm leidet allerdings unter einem Ableitungsmangel, da bei der Erstellung des Berichts und bei der auf diesem beruhenden Normsetzung hinsichtlich der befristet angestellten wissenschaftlichen Mitarbeiter der Doppelabzug wegen Überschneidung von Krankenversorgung und Fort- und Weiterbildung nicht erkannt wurde. Dieser Ableitungsmangel führt jedoch entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht zur Nichtigkeit der Norm.

Ein Ableitungsmangel führt nicht zwingend zur Verfassungswidrigkeit einer kapazitätsbestimmenden Norm. Zwar lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 22.10.1991, aaO) ein Ableitungsfehler nicht ohne weiteres dadurch rechtfertigen, dass Erwägungen, die bei der Schaffung einer kapazitätsbestimmenden Norm als untauglich bewertet wurden, nachträglich als tragende Gründe angeführt werden. Dies schließt aber eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Ableitungsfehlern nicht schlechthin aus. Eine Rechtfertigung kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn sich der Ableitungsfehler letztlich nicht auf das Ergebnis auswirkt und nichts dafür spricht, dass der Verordnungsgeber im Falle der Kenntnis des Fehlers eine andere Entscheidung getroffen hätte. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Gemäß dem Bericht hat der tatsächliche Aufwand für tierärztliche Krankenversorgungsleistungen und diagnostische Untersuchungen bei den vier untersuchten Hochschulen - bei erheblichen Schwankungen zwischen den einzelnen Hochschulen - im

Durchschnitt deutlich über 40 vom Hundert der Jahresarbeitszeit des wissenschaftlichen Lehrpersonals betragen (bei Stellenabzug mit hochschulspezifischen Werten 43,98 %, bei Stellenabzug mit Durchschnittswerten 43,65 %). Anhaltspunkte dafür, dass sich der im Hinblick auf den Doppelabzug wegen Überschneidung von Krankenversorgung und Fort- und Weiterbildung ergebende Ableitungsfehler im Ergebnis dahingehend auswirkt, dass der Krankenversorgungsabzug niedriger als 30 vom Hundert sein müsste, bestehen aufgrund des ermittelten tatsächlichen Durchschnittswertes von deutlich über 40 vom Hundert nicht. Dies gilt auch dann, wenn die Untersuchung von Überschneidungen der Krankenversorgung mit Forschung und Lehre unzureichend erfolgt sein sollte, was im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens jedoch nicht aufzuklären ist. Die Berücksichtigung der ganz erheblichen Differenz zwischen dem ermittelten tatsächlichen Aufwand für die Krankenversorgung und dem normativ festgesetzten Abzug käme als Rechtfertigung für den Ableitungsfehler deshalb nur dann nicht in Betracht, wenn nach der Entstehungsgeschichte der Norm anzunehmen wäre, dass der Verordnungsgeber die Differenz gewollt hätte und demnach hypothetisch im Falle des Erkennens des Ableitungsfehlers einen niedrigeren Abzugswert als 30 vom Hundert festgesetzt hätte. Letzteres wird von der Antragstellerin zwar behauptet. Die Entstehungsgeschichte der Norm spricht jedoch gegen die Richtigkeit dieser Behauptung. Ursache für die im Jahre 1985 getroffene Entscheidung des Verwaltungsausschusses der ZVS, eine Untersuchung des Personalbedarfs für Krankenversorgung und diagnostische Untersuchungen in Auftrag zu geben, waren Gerichtsentscheidungen, die die Plausibilität des schon damals normierten Krankenversorgungsabzugs von 30 vom Hundert in Frage stellten (vgl. auch Becker/Hauck, NVwZ 1985, 535 [543]). Die Untersuchung diente damit der rechtlichen Absicherung und Bestätigung des bereits festgesetzten Wertes. Dafür, dass der Normgeber an dem bis dahin geltenden Krankenversorgungsabzug von 30 vom Hundert nicht mehr festgehalten hätte, wenn der ermittelte Wert unter 43 vom Hundert, aber deutlich über 30 vom Hundert gelegen hätte, bestehen nicht.

§ 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapVO ist auch nicht deshalb verfassungswidrig, weil die zugrundeliegende Untersuchung bereits 15 Jahre alt ist, die erheblichen mit der Herstellung der deutschen Einheit verbundenen Veränderungen nicht berücksichtigt und tatsächliche Erhebungen hinsichtlich der Universität Leipzig nicht erfolgt sind. Der Bericht ist nicht deshalb für die Universität Leipzig unerheblich, weil diese in die Untersuchung nicht mit einbezogen wurde. Denn der Verordnungsgeber darf seiner Regelung im Interesse bundeseinheitlicher Maßstäbe repräsentative Durchschnittswerte zugrunde legen. Dass die Untersuchung wegen der - historisch bedingten - Nichteinbeziehung der Universität Leipzig nicht repräsentativ ist, ist nicht ersichtlich. Es bestehen im vorliegenden Eilverfahren auch keine Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund des Zeitablaufs und den mit der deutschen Einheit verbundenen Veränderungen der anteilige tatsächliche Aufwand für tierärztliche Krankenversorgungsleistungen bei dem damit befassten wissenschaftlichen Personal im Durchschnitt deutlich zurückgegangen ist. Dabei kann in Ermangelung von Anhaltspunkten, die für einen Rückgang sprechen, dahinstehen, ob der Aufwand aufgrund eines Abbaus von wissenschaftlichem Personal eher gestiegen sein dürfte (so OVG Berlin, Beschl. v. 6.9.2000, aaO) oder ob insoweit ein Ausgleich durch die apparative Ausstattung der Hochschulen erfolgt ist.

Ein geringerer Krankenversorgungsabzug als 30 vom Hundert wäre im Übrigen auch dann nicht vorzunehmen, wenn sich entgegen der Auffassung des Senats aus dem Ab-

leitungsmangel die Verfassungswidrigkeit des § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapVO ergeben sollte. Im Falle der Verfassungswidrigkeit der Norm müsste im Wege richterlicher Notkompetenz ein Ersatzmaßstab festgesetzt werden, der den widerstreitenden Interessen der Studienbewerber einerseits und der Hochschullehrer und der bereits zugelassenen Studenten andererseits Rechnung trägt. Wenn - wie hier - keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Norm im Ergebnis dem Kapazitätserschöpfungsgebot widerspricht, also nichts dafür spricht, dass der tatsächlich für die Krankenversorgung benötigte Zeitanteil unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Krankenversorgung sich teilweise mit Aus- und Fortbildung sowie Forschung und Lehre überschneidet, geringer als 30 vom Hundert ist, kann ein Ersatzmaßstab nicht in der Weise festgesetzt werden, dass von dem normativen Wert von 30 vom Hundert zum Ausgleich für die nicht erkannte Überschneidung ein Abzug gemacht wird. Ein solcher Ersatzmaßstab stünde nicht im Einklang mit der Realität und dem Willen des Verordnungsgebers und würde einseitig den Interessen der Studienbewerber in einer sachlich nicht begründeten Weise gegenüber den Interessen der Hochschullehrer und der bereits zugelassenen Studenten den Vorzug geben. Ein Ersatzmaßstab müsste deshalb in der Weise gebildet werden, dass von dem sich aus dem Bericht ergebenden tatsächlichen Durchschnittswert von 43 vom Hundert zum Ausgleich der erkannten Fehler ein Abzug vorgenommen wird. Dass dieser Abzug in einer Größenordnung vorzunehmen wäre, die ein Ergebnis von unter 30 vom Hundert zur Folge hätte, ist nicht ersichtlich. Etwas anderes ergäbe sich auch dann nicht, wenn die Korrektur durch eine Erhöhung der Lehrverpflichtung der von der Überschneidung der Krankenversorgung mit der Fort- und Weiterbildung betroffenen Stellengruppen um eine oder zwei LVS erfolgen würde.“

Die Beschwerdebegründung kann diese Erwägungen nicht ernsthaft in Zweifel ziehen. Der Senat hält deshalb auch nach einer nochmaligen Prüfung an seiner Rechtsprechung fest.

Angesichts dessen, dass der 1986 festgestellte tatsächliche Aufwand für tierärztliche Krankenversorgungsleistungen und diagnostische Untersuchungen deutlich über 40 % der Jahresarbeitszeit des wissenschaftlichen Lehrpersonals (im Mittel zwischen 43 % und 44 %) lag, enthält der Pauschalwert von 30 % einen erheblichen „Puffer“, durch den nicht nur der Doppelabzug wegen der Überschneidung von Krankenversorgung und Fort- und Weiterbildung abgepuffert wird, sondern auch andere mögliche Ungenauigkeiten und eine mangelnde Aktualität aufgefangen werden (allgemeine Auffassung der Obergerichte, vgl. z. B. zuletzt BayVGH, Beschl. v. 14.5.2009 - 7 CE 09.10087 u. a. - juris, sowie OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1.6.2007 - 5 NC 1.07 - juris). Dies gilt auch für die vom Antragsteller angefügte Fusion der Tiermedizinbereiche in Berlin sowie die Nichteinbeziehung der Universität Leipzig und die Änderung der Klinikausstattung.

4. Auch die Schwundberechnung der Universität erweist sich nicht als fehlerhaft.

Die positiven Übergangsquoten zwischen einzelnen Fachsemestern sind nach der Rechtsprechung des Senates grundsätzlich zu berücksichtigen, solange der Schwundfaktor insgesamt kleiner oder gleich 1 ist (Beschl. v. 25.6.2007 - NC 2 C 1/07 -). Dies wird vom Antragsteller grundsätzlich nicht angegriffen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers lassen die positiven Übergangsquoten hier aber auch nicht den Schluss auf Doppelzählungen oder Fehler zu. Vielmehr ist die Begründung des Verwaltungsgerichts, wonach die Erhöhung der Studierendenzahlen auf die Einbeziehung bislang beurlaubter Studenten und von Hochschulwechslern, insbesondere aus osteuropäischen Staaten, Österreich oder Ungarn, zurückzuführen sei, auch für den Senat plausibel. Wie dem Senat aus Verfahren, die die Zulassung von Tiermedizinstudenten in höheren Semestern betreffen, bekannt ist, wechseln Studenten insbesondere aus Ungarn in höheren Semestern nach Leipzig. Demgegenüber sind die Abgänge im Fach Tiermedizin äußerst gering.

Hinzu kommt, dass sich auch unter Zugrundelegung der Schwundberechnung des Antragstellers, die die positiven Übergangsquoten nicht berücksichtigt, keine über 147 hinausgehende Studienplatzzahl ergibt.

Die Kapazitätsberechnung der Universität Leipzig erweist sich schließlich auch nicht deshalb als rechtswidrig, weil die Schwundberechnung auf einer Fortzählung der Fachsemester und der Studierendenzahl beruht, unabhängig davon, ob im Einzelfall der Studierende die Zulassungsvoraussetzungen zu bestimmten Studienabschnitten durch bestandene studienbegleitende Leistungskontrollen oder Prüfungen nachgewiesen hat.

Gem. § 14 Abs. 3 Nr. 3, § 16 KapVO ist die Studienanfängerzahl zu erhöhen, wenn zu erwarten ist, dass wegen der Aufgabe des Studiums oder Fachwechsels oder Hochschulwechsels die Zahl der Abgänger an Studentinnen und Studenten in höheren Fachsemestern größer ist als die Zahl der Zugänge (Schwundquote). Die Vorschriften knüpfen an die Zahl der formell für das Fachsemester eingeschriebenen Studenten an („Abgänge“/„Zugänge“), ohne dass es darauf ankommt, ob die Betroffenen nach der jeweiligen Studienordnung einen aktuellen Anspruch auf Besuch der für ihr Fachsemester vorgesehenen Lehrveranstaltungen haben oder nicht. Im Rahmen der Schwundberechnung müssen demnach diejenigen, die trotz Fortbestehens der Immatrikulation nachweislich keine

Lehrveranstaltungen mehr besuchen oder besuchen dürfen oder mangels Motivation kein ernsthaftes Studium mehr betreiben, nicht aus den Bestandszahlen herausgerechnet werden. Deshalb hat der Senat bereits in einer Mehrzahl von Verfahren festgestellt, dass nach den geltenden kapazitätsrechtlichen Regelungen keine Verpflichtung besteht, bei den Bestandszahlen in den höheren Fachsemestern nur noch diejenigen Studierenden zu berücksichtigen, die in den während des Studiums abzulegenden Zwischenprüfungen erfolgreich waren und im konkreten Semester tatsächlich Lehre nachfragen (vgl. z. B. SächsOVG, Beschl. v. 25.6.2007 - NC 2 C 56/06 -). Er befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der fast einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. z. B. BVerwG, Urt. v. 13.12.1984 - 7 C 66.83 - juris; Urt. v. 20.11.1987 - 7 C 103.86 u. a. - juris; BayVGH, Beschl. v. 5.5.2009 - 7 CE 09.10086 - juris; OVG Berlin-Brandenburg a. a. O.; OVG Saarland, Beschl. v. 13.6.2007 - 3 B 194/07.NC - juris; a. A. für die nicht bestandene Vorprüfung wohl OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 6.8.1992 - 1 A 10373/91 - juris). Etwas anderes mag für den Studiengang Medizin gelten, für den die Kapazitätsverordnung ausdrücklich eine Trennung von vorklinischem und klinischen Teil und eine getrennte Berechnung nach Lehreinheiten anordnet (vgl. § 7 Abs. 3 KapVO). Diese Sonderregelung für die Humanmedizin lässt nur den Schluss zu, dass in den übrigen Fächern die Berechnung einheitlich für das gesamte Studium und ohne Rücksicht auf das Bestehen der Vorprüfung oder anderer Prüfungen erfolgen soll.

§ 14 Abs. 3 Nr. 3 und § 16 KapVO verstoßen auch nicht gegen höherrangiges Recht. Dem aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 29 SächsVerf ableitbaren Kapazitätserschöpfungsgebot ist ein bestimmtes Modell zur rechnerischen Erfassung des Schwundverhaltens der Studenten im Verlauf des Studiums nicht zu entnehmen. Den kapazitätsbestimmenden Stellen steht es mithin frei, die künftige Entwicklung der Studentenzahl rechnerisch in einem Schwundausgleichsfaktor auszudrücken, der entsprechend dem „Hamburger Modell“ von einem gleichmäßigen Verlauf der Lehnachfrage über alle in die Berechnung einbezogenen Fachsemester ausgeht (BVerwG, Urt. v. 13.12.1984 a. a. O. Rn. 10; Urt. v. 20.11.1987 a. a. O.).

Zwar liegen dieser Schwundberechnung Modellannahmen (Fiktionen) zugrunde. Die Schwundquotenbildung unterstellt, dass ein in Verlauf des Studiums geringer werdender Ausbildungsaufwand mit einem erhöhten Ausbildungsaufwand zu Beginn des Studiums kompensiert wird. Sie beruht also auf der Fiktion der beliebigen Teilbarkeit und

Austauschbarkeit aller im Studienverlauf nachgefragten Lehre. Hinzu kommt, dass unterstellt wird, dass die Studenten das Studium in der Regel studienplangemäß ohne nennenswerte Abweichungen oder Verzögerungen in der Regelstudienzeit durchlaufen. Wie der Antragsteller zutreffend ausführt, bilden diese Annahmen die Wirklichkeit nicht vollständig ab. Dies ist aber auch nicht erforderlich. Dem Verordnungsgeber ist es nicht verwehrt, aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität statt eines Wirklichkeits- ein Wahrscheinlichkeitsmodell zu verwenden und mit Annahmen zu arbeiten. Auch ansonsten ist das Kapazitätsrecht durch typisierende und pauschalierende Regelungen geprägt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.9.1981 - 7 N 1.79 - juris; SächsOVG, Beschl. v. 5.8.2009 - NC 2 B 427/08 -). Der Verordnungsgeber muss nicht das gerechteste und beste Rechenmodell wählen, sondern nur ein sachgerechtes und vertretbares. Ein solches bildet das „Hamburger Modell“. Die Annahmen dieses Modells sind kapazitätsfreundlich. So wird entgegen der in Wirklichkeit bestehenden Spezialisierung der Lehrstühle und der Unterschiede der Lehrinhalte - insbesondere zwischen vorklinischen und klinischen Fächern - zugunsten einer höheren Kapazität von der beliebigen Austauschbarkeit der Lehre ausgegangen. Auch die Zugrundelegung der Regelstudienzeit vernachlässigt die tatsächlich vorhandenen Studenten, die nach der Regelstudienzeit noch Lehre nachfragen und wirkt somit kapazitätserhöhend.

Ein anderes, wirklichkeitsnäheres Modell wäre kaum praktikabel oder seinerseits Einwendungen ausgesetzt. Eine verlässliche Aussage darüber, ob ein immatrikulierter Student wirklich das Studium ordnungsgemäß betreibt, ist in aller Regel - jedenfalls mit vertretbarem Aufwand - nicht möglich. Rechnet man pauschal die Studenten, die die Zwischenprüfung nicht bestanden haben oder zu exmatrikulieren sind, heraus, wie es der Antragsteller vorschlägt, würde dies in Widerspruch zu der Grundannahme des gewählten Modells stehen, dass die Studenten das Studium plangemäß und in der Regelstudienzeit absolvieren. In diesem Fall müssten - um im geänderten System zu bleiben - kapazitätsmindernd Studierende berücksichtigt werden, die nach Ablauf der Regelstudienzeit noch Lehre nachfragen oder nach nicht bestandener Zwischenprüfung Lehrveranstaltungen eines Semesters wiederholen. Ein solches Modell wäre aber jedenfalls nicht eindeutig vorzugswürdig und muss deshalb nicht gewählt werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 1 und § 52 Abs. 1, 2 GKG (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 13.7.2005, NVwZ-RR 2006, 219).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Dehoust

Jenkis