



14.03.2022

Wichtige neue Entscheidung

Hochschulzulassungsrecht: Verfassungsrecht gebietet keine Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen bei der Berechnung des Dienstleistungsexports

§ 3 Abs. 1, § 11 Abs. 2 NdsKapVO

Hochschulzulassung
Kapazitätserschöpfungsgebot
Schwund beim Dienstleistungsexport
Nachfrageentlastung

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 24.11.2021, Az. 6 C 18.19

Leitsätze:

1. Weder in der Ausprägung des Kapazitätserschöpfungsgebots noch des Gebots einheitlicher Kapazitätsermittlung zwingt Bundesrecht die Hochschulen dazu, bei der Berechnung des Dienstleistungsexports nach § 11 Abs. 2 KapVO die Studienanfängerzahlen des nachfragenden Studiengangs einer Schwundbereinigung zu unterziehen.
2. Die Hochschule kann eine Überschreitung des Gesamtcurricularnormwerts im Studiengang Humanmedizin wegen eines überhöhten Ausbildungsaufwands in der Lehrereinheit Klinisch-praktische Medizin den Studienbewerbern in Bezug auf die

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA_Bayern) eingestellt.

Berechnung der dortigen Aufnahmekapazität nicht entgegenhalten. In einem solchen Fall kann sie sich bei der Berechnung der jährlichen Aufnahmekapazität auf eine Kürzung des Curricularanteils beschränken, der die Überschreitung verursacht hat. Zudem ist es ihr unbenommen, die Überschreitung durch eine Änderung des Studienplans der Lehreinheit zu vermeiden.

3. Das Kapazitätserschöpfungsgebot verlangt keine Vermehrung der Teilstudiplätze um die Anzahl der Studierenden, die den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bereits bestanden haben und im ersten Semester auf einen Vollstudienplatz zugelassen sind, wenn eine Nachfrageentlastung nur in Anschauung der Studienwirklichkeit festgestellt werden kann.

Hinweise:

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), ergangen zum niedersächsischen Kapazitätsrecht, ist auch in Hinblick auf die bayerische Rechtslage lesenswert.

1. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) vertritt in ständiger Rechtsprechung (vgl. nur Beschluss vom 10.11.2020, Az. 7 CE 20.10074, juris, Rn. 14 m.w.N.) die Auffassung, dass im Rahmen des Dienstleistungsexports kein Schwundabschlag zu berücksichtigen ist. § 46 Abs. 2 der Verordnung über die Hochschulzulassung an den staatlichen Hochschulen in Bayern (Hochschulzulassungsverordnung – HZV) stellt ausdrücklich auf die Studienanfängerzahlen der nicht zugeordneten Studiengänge ab und verlangt im Unterschied zur Regelung in § 51 HZV keine Korrektur dieser Werte aufgrund einer Prognose über die Bestandszahlen der nachfolgenden Semester.

Das BVerwG hat zu § 11 Abs. 2 der Verordnung über die Kapazitätsermittlung zur Vergabe von Studienplätzen (Kapazitätsverordnung – KapV) des Landes Niedersachsen, der ebenfalls auf die Studienanfängerzahl abstellt, festgestellt, dass dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist.

Verfassungsrecht gebietet keine Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen. Sowohl der Ansatz der Studienanfängerzahlen mit als auch ohne Schwundbereinigung ist in Hinblick auf das verfassungsrechtliche Kapazitätserschöpfungsgebot zulässig. Das Verfassungsrecht überlässt es dem Ordnungsgeber zu entscheiden, ob ein Schwund angesetzt wird. Zwar führt das Abstellen auf die Studienanfängerzahlen ohne Schwundbereinigung kapazitätsungünstig zu einer Verringerung des Lehrangebots in dem der exportierenden Lehrinheit zugeordneten Studiengang, gleichzeitig wirkt es sich aber im nachfragenden Studiengang kapazitätsfreundlich aus.

2. Außerdem bestätigt das BVerwG erneut, dass der Normgeber des Kapazitätsrechts aus unumgänglichen Gründen der Praktikabilität pauschalierende und von den Einzeldaten des Ausbildungsbetriebs abstrahierende Regelungen für die Kapazitätsberechnung treffen muss.

Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen der Kapazitätsberechnung unterstellt wird, der Studierende verhalte sich so, wie es Studienplan und Ausbildungsordnung vorsehen, um zu erreichen, dass abweichende und ohne unverhältnismäßigen Aufwand allenfalls statistisch erfassbare tatsächliche Verhaltensweisen wie die Wiederholung von Kursen oder der Nichtbesuch lehrplanmäßig vorgesehener Veranstaltungen vernachlässigt werden können.

Für die Frage, ob Studienplätze kapazitätswirksam belegt sind, ist es somit nicht von Relevanz, ob und inwieweit die auf ihnen geführten Studierenden tatsächlich Lehrleistungen des betreffenden Semesters in Anspruch nehmen (vgl. BayVGH, Beschluss vom 12.08.2021, Az. 7 CE 21.10043, juris Rn. 15; Beschluss vom 24.06.2021, Az. 7 CE 21.10009 u.a., juris Rn. 11). Dies gilt insbesondere auch für Studierende, die den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bereits im Ausland bestanden haben und im ersten Semester auf einen Vollzeitstudienplatz zugelassen sind.



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 18.19
OVG 2 LC 270/16

Verkündet
am 24. November 2021

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2021:241121U6C18.19.0

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2021
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Möller und Dr. Tegethoff sowie
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gamp und Hellmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Niedersäch-
sischen Oberverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2019 wird
zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger beantragte erfolglos bei der beklagten Universität die Zulassung zum Studium der Humanmedizin im ersten Fachsemester für das Wintersemester 2015/2016. Die Zulassungszahlen-Verordnung des Landes Niedersachsen sah 144 Voll- und 59 Teilstudienplätze vor. Mit seiner Klage hat der Kläger die Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihn für den Studiengang Humanmedizin im ersten Fachsemester nach den Rechtsverhältnissen im Wintersemester 2015/2016 auf einen Vollstudienplatz, hilfsweise einen Teilstudienplatz zuzulassen. Die Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Zulassung sowohl nach dem Hauptantrag als auch nach dem Hilfsantrag abgelehnt.
- 2 Der Kläger könne die Zulassung auf einen Vollstudienplatz nicht beanspruchen, da die Beklagte die Kapazität der zutreffend ermittelten Zahl von Vollstudienplätzen ausgeschöpft und die Prüfung der Belegungsliste keine freien Plätze ergeben habe.

- 3 Ebenso wenig habe der Kläger einen Anspruch auf einen Teilstudienplatz. Die Beklagte habe ordnungsgemäß zur Ermittlung des bereinigten Lehrangebots der Lehreinheit Vorklinische Medizin (Vorklinik) von dem unbereinigten Lehrangebot die Deputatreduktion und den Dienstleistungsexport abgezogen. Die Berechnungen des Dienstleistungsexports seien lediglich hinsichtlich des Studiengangs Zahnmedizin geringfügig und ohne Auswirkungen auf die Zahl der Teilstudienplätze zu reduzieren, im Übrigen aber nicht zu beanstanden. Bei der Berechnung der Höhe des Dienstleistungsexports sei eine Schwundbereinigung nicht vorzunehmen, weil nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 2 KapVO ausdrücklich auf die Studienanfängerzahlen abzustellen sei.
- 4 Die Beklagte sei unter Berücksichtigung der Interessen der Studierenden und der Studienbewerber im Rahmen ihres von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Gestaltungsspielraums berechtigt, den Curricularnormwert im Studiengang Medizin von 8,2 auf die Lehreinheit Vorklinik und die Lehreinheit Klinisch-praktische Medizin (Klinik) aufzuteilen, wenn es - wie für das Wintersemester 2015/2016 - an einer normativen Aufteilung fehle.
- 5 Der von ihr berechnete Curricularanteil der Lehreinheit Vorklinik von 2,4685 begegne keinen Bedenken. Die Berücksichtigung von Praktika in der Mikroskopischen Anatomie, der Biochemie und der Physiologie nach Maßgabe der Studienordnung sowie von Vorlesungen, die keine Pflichtveranstaltungen seien, zur Ermittlung der Lehrnachfrage sei nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit des Curricularanteils seien weder dargetan noch ersichtlich. Dessen Höhe entspreche nahezu dem Wert für den vorklinischen Studienabschnitt im - unverbindlichen - Beispielstudienplan von 2,420, der einen angemessenen Ausbildungsaufwand darstelle, und bewege sich im Rahmen der Werte anderer medizinischer Fakultäten. Eine Überschreitung des Gestaltungsspielraums der Beklagten liege vor diesem Hintergrund fern. Die Beklagte betreibe danach in der Lehreinheit Vorklinik einen kapazitätsrechtlich nicht zu beanstandenden Ausbildungsaufwand, setze ihr dortiges Personal kapazitätser-schöpfend ein und importiere kapazitätsfreundlich in erheblichem Umfang Dienstleistungen.

- 6 Soweit die Beklagte die Aufnahmekapazität der Lehreinheit Klinik anhand der patientenbezogenen Faktoren bestimme und eine Berechnung der personellen Aufnahmekapazität unterlasse, sei diese Vorgehensweise wegen der normativ vorgesehenen Trennung von vorklinischer und klinischer Lehreinheit für die Berechnung des Curricularanteils der Lehreinheit Vorklinik unerheblich. Ebenso wenig sei die Ermittlung der personellen Aufnahmekapazität im Bereich der Lehreinheit Klinik für die Stellenzuordnung im Bereich der Lehreinheit Vorklinik erforderlich, weil die Zuordnung der Stellen normativ vorgegeben sei.
- 7 Der Curricularanteil der Lehreinheit Vorklinik sei nicht proportional zu kürzen oder das Ergebnis der Kapazitätsberechnung um einen Sicherheitszuschlag zu erhöhen, weil die Beklagte den Gesamtcurricularnormwert wegen eines erhöhten Lehraufwands in der Lehreinheit Klinik überschreite. Eine Hochschule, die überobligatorische Lehrleistungen anbiete, verhalte sich nicht rechtswidrig, sondern könne diesen überobligatorischen Aufwand den Studienbewerbern lediglich nicht kapazitätsmindernd entgegenhalten. Stattdessen müsse sie ihre Berechnungen gleichwohl anhand des Curricularnormwerts vornehmen. Werde der Curricularnormwert allein wegen eines überhöhten Ausbildungsaufwands in der Lehreinheit Klinik überschritten, rechtfertige dies keine Verpflichtung der Beklagten zur Besetzung weiterer Teilstudienplätze über die tatsächliche Kapazität hinaus. Dem im Bereich der Medizin generell bestehenden strukturellen Problem, dass die klinische Lehreinheit aufgrund der Aufgaben in der Krankenversorgung eine erheblich überschießende personelle Ausbildungskapazität aufweise, die bei Einhaltung des Curricularnormwerts von 8,2 nicht erschöpfend genutzt werde, könne die Beklagte aus rechtlichen Gründen nicht durch eine Verlagerung von Stellen in die Vorklinik begegnen. Auch ein Dienstleistungsexport in die Vorklinik stoße an Grenzen und sei angesichts seines bereits bestehenden Umfangs nicht mehr steigerungsfähig.
- 8 Im Übrigen könne die Hochschule in Ausübung ihres Gestaltungsspielraums die Folgen einer Überschreitung des Gesamtcurricularnormwerts auf den klinischen Studienabschnitt beschränken und sich für eine faktische "Stauchung" allein des Curricularanteils der Klinik entscheiden.

- 9 Die Studienplatzkapazität bei den Teilstudienplätzen sei schließlich nicht deshalb zu erhöhen, weil gegebenenfalls im ersten Fachsemester des Vollstudiums Studierende zugelassen würden, die den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bereits bestanden hätten. Denn es gebe zahlreiche Konstellationen von nicht zu vernachlässigendem Gewicht, in denen Lehrleistungen von diesen Studierenden gleichwohl in Anspruch genommen würden, also keine Nachfrageentlastung eintrete. Solche Studierenden nähmen Lehrleistungen der Vorklinik in Anspruch, um ihr Wissen aufzufrischen, weil sie die Prüfung im Ausland aufgrund eines fremdsprachigen Studiums bzw. an einer anderen Universität abgelegt hätten oder um die Wartezeit bis zu einer Höherstufung zu überbrücken. Die Beklagte könne zudem die Studierenden mit bestandener Prüfung nicht in allen Fällen ermitteln. Diese Studierenden seien kapazitätsrechtlich als Vollstudierende zu berücksichtigen, solange sie vergaberechtlich im ersten Semester auf einen Vollstudienplatz zugelassen würden und ihre Höherstufung anschließend bei der Universität beantragen müssten.
- 10 Das Berufungsgericht hat die Revision hinsichtlich der hilfsweise begehrten Zulassung auf einen Teilstudienplatz zugelassen. Insoweit hat der Kläger Revision eingelegt und sich gegen die Ablehnung seines außerkapazitären Zulassungsanspruchs gewendet. Das angefochtene Urteil verletze ihn in seinem Teilhabeanspruch, weil es gegen das Kapazitätserschöpfungsgebot und das Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung verstoße. Bei der Berechnung des Dienstleistungsexports sei die um den Schwund in dem nachfragenden Studiengang reduzierte Studienanfängerzahl maßgebend, weil nur dieser Wert der tatsächlichen Nachfrage nach den exportierten Dienstleistungen entspreche. Wegen der Überschreitung des Curricularnormwerts seien die Curricularanteile beider Lehreinheiten proportional zu kürzen. Dies erfordere eine Berechnung der personellen Aufnahmekapazität im Bereich der Lehreinheit Klinik. Ohne diese Berechnung fehle dem Curricularanteil der Lehreinheit Vorklinik der Bezug zum Curricularnormwert. Zudem seien an Stelle der Studierenden, die bereits den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bestanden hätten und auf einen Vollstudienplatz im ersten Semester zugelassen seien, eine entsprechende Zahl an Teilstudienplätzen auszuweisen, da diese Studierenden Kapazitäten der Vorklinik nicht in Anspruch nehmen dürften und auch tatsächlich nicht in Anspruch nähmen.

11 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

II

12 Die zulässige, auf den Hilfsantrag beschränkte Revision ist unbegründet. Das angefochtene Urteil verstößt nicht gegen revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Das Berufungsgericht hat ohne Verletzung des bundesrechtlichen Kapazitätsererschöpfungsgebots und des gleichfalls revisiblen Gebots der einheitlichen Kapazitätsermittlung einen Anspruch des Klägers auf außerkapazitive Zulassung zum Studiengang Humanmedizin nach den Rechtsverhältnissen im Wintersemester 2015/2016 auf einen Teilstudienplatz abgelehnt. Bei der Berechnung des Dienstleistungsexports ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, eine Schwundbereinigung bei den Studienanfängerzahlen des nachfragenden Studiengangs durchzuführen (1.). Verfassungsrecht steht der isolierten Berechnung des Curricularanteils der Lehreinheit Vorklinik nicht entgegen. Es bedarf hierfür keiner Berechnung der personellen Aufnahmekapazität im Bereich der Lehreinheit Klinik. Überschreitet die Hochschule den Curricularnormwert für den Studiengang Humanmedizin wegen eines überhöhten Lehraufwands im Bereich der Lehreinheit Klinik, kann sie den Studienbewerbern diese Überschreitung in Bezug auf die Berechnung der dortigen Aufnahmekapazität nicht entgegenhalten; eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Kürzung des Curricularanteils der vorklinischen Lehreinheit folgt hieraus nicht (2.). Das Kapazitätsererschöpfungsgebot verlangt nicht, die Zahl der Teilstudienplätze um die Zahl derjenigen Studierenden zu erhöhen, die den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bereits bestanden haben und im ersten Semester auf einen Vollstudienplatz zugelassen sind, da das Berufungsgericht in diesen Fällen eine kapazitätsrechtlich relevante Nachfrageentlastung nicht festgestellt hat (3.).

13 1. Die von dem Berufungsgericht gebilligte Ablehnung einer Schwundbereinigung bei der Berechnung des Dienstleistungsexports (a)) ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (b)).

14 a) Nach § 11 Abs. 2 der Niedersächsischen Verordnung über die Kapazitätsermittlung zur Vergabe von Studienplätzen (Kapazitätsverordnung - KapVO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 23. Juni 2003 (Nds. GVBl. S. 222), für das hier

maßgebliche Wintersemester 2015/2016 zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Kapazitätsverordnung vom 25. August 2015 (Nds. GVBl. S. 169), wird der Bedarf an Dienstleistungen nach den bisherigen Studienanfängerzahlen oder den voraussichtlichen Zulassungszahlen für die nicht der Lehreinheit zugeordneten Studiengänge berechnet. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Berechnung des Dienstleistungsexports die Studienanfängerzahlen des nachfragenden Studiengangs zugrunde zu legen sind. Sind die Studienanfängerzahlen um eine Schwundquote erhöht, ist diese Quote für die Berechnung des Dienstleistungsexports nicht herauszurechnen. Eine Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen scheidet im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 KapVO aus, da die Norm sich nach ihrem Wortlaut ausdrücklich auf die Studienanfänger bezieht.

- 15 Der Senat ist an diese Auslegung des irrevisiblen Landesrechts nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO gebunden. Der Kläger kann daher aus revisionsrechtlicher Sicht nicht mit Erfolg geltend machen, dass sich aus den Formeln, den Definitionen sowie den für die Berechnung des Dienstleistungsexports maßgebenden Parametern der Kapazitätsverordnung das Erfordernis einer Schwundbereinigung ergebe und sich einige Oberverwaltungsgerichte gemäß § 11 Abs. 2 der in dem jeweiligen Bundesland geltenden Kapazitätsverordnung für eine Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen ausgesprochen haben.
- 16 b) Verfassungsrecht gebietet keine Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen. Eine solche Vorgabe lässt sich weder dem Kapazitätserschöpfungsgebot (aa)) noch dem Gebot einheitlicher Kapazitätsermittlung (bb)) entnehmen.
- 17 aa) Das System der Kapazitätsverordnung, dem Lehrangebot die Lehrnachfrage gegenüber zu stellen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; es stellt ein geeignetes Mittel zur Kapazitätsermittlung dar (vgl. BVerwG, Urteil vom 7. Juni 1978 - 7 C 63.76 - BVerwGE 56, 31 <42>). Dabei setzt das auf Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG beruhende verfassungsrechtliche Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung sowohl dem Normgeber bei der Rechtsetzung als auch der Hochschule bei der Anwendung von zugangsbeschränkenden Vorschriften Schranken. Der Zugang zu den Hochschulen darf nur beschränkt werden, so-

weit das zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes - Funktionsfähigkeit der Hochschule in Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Forschung und Lehre - unbedingt erforderlich ist. Aus dem Gebot der erschöpfenden Kapazitätsauslastung lassen sich allerdings weder konkrete Berechnungsgrundsätze, die als allein zutreffend gelten könnten (stRspr, vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1991 - 1 BvR 393/85, 1 BvR 610/85 - BVerfGE 85, 36 <56 f.> m.w.N.), noch Vorgaben für die inhaltlich abschließende Ausgestaltung von einzelnen der Kapazitätsermittlung dienenden Parametern ableiten (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. November 1987 - 7 C 103.86 u.a. - Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 35 S. 43 f.). Vielmehr geht es um die Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen. Das Zugangsrecht der Hochschulbewerber muss abgestimmt werden mit der grundrechtlich gewährleisteten Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschullehrer (Art. 5 Abs. 3 GG) und mit den Ausbildungsbedürfnissen der bereits zugelassenen Studenten (Art. 12 Abs. 1 GG). Die dazu erforderliche Konkretisierung ist zwar mit einem nicht unerheblichen Gestaltungsfreiraum des Verordnungsgebers verbunden, sie muss aber 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. Insoweit ist eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle unentbehrlich (stRspr, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 3. Juni 1980 - 1 BvR 967/78 u.a. - BVerfGE 54, 173 <197>, vom 8. Februar 1984 - 1 BvR 580/83 u.a. - BVerfGE 66, 155 <179 f.> und vom 22. Oktober 1991 - 1 BvR 393/85, 1 BvR 610/85 - BVerfGE 85, 36 <57 f.>). Dies gilt auch bei dem für den Dienstleistungsexport maßgebenden Parameter der Studienanfängerzahlen.

- 18 Die Ermittlung der maßgebenden Studienanfängerzahlen bei der Berechnung des Dienstleistungsexports mit oder ohne Schwundbereinigung beruht auf unterschiedlichen Annahmen, die sich in der uneinheitlichen Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte widerspiegeln. Lässt das Landesrecht - wie hier - für eine Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen keinen Raum, liegt diesem Ansatz die Annahme zugrunde, dass die Lehrnachfrage in dem nachfragenden Studiengang in den Anfangssemestern höher ist, der Schwund dort erst im Laufe der höheren Semester eintritt und die dorthin exportierten Dienstleistung-

gen vorwiegend von Studierenden der unteren Fachsemester in Anspruch genommen werden. Hierbei handelt es sich um eine modellhafte, typisierende Ausgestaltung der Berechnung des Dienstleistungsexports, die eine Berücksichtigung der Entwicklung der Studierendenzahlen und der tatsächlichen Inanspruchnahme der exportierten Dienstleistungen in den höheren Semestern nicht vorsieht (vgl. dazu, eine Schwundbereinigung ablehnend: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. März 2009 - OVG 5 NC 89.08 - juris Rn. 60; VGH München, Beschlüsse vom 11. März 2010 - 7 CE 10.10075 - juris Rn. 28, vom 14. Mai 2013 - 7 CE 13.10006 - juris Rn. 15 f., vom 10. November 2020 - 7 CE 20.10074 - juris Rn. 14 und vom 1. Dezember 2020 - 7 CE 19.10126 - juris Rn. 13 m.w.N.; OVG Lüneburg, Beschlüsse vom 22. August 2013 - 2 NB 394/12 - juris Rn. 62 ff., vom 25. Juni 2019 - 2 LC 164/16 - juris Rn. 43 und vom 30. Januar 2020 - 2 NB 485/19 - juris Rn. 33; OVG Magdeburg, Beschluss vom 18. Dezember 2019 - 3 M 144/19 - juris Rn. 10; VGH Mannheim, Beschluss vom 20. November 2013 - NC 9 S 174/13 - juris Rn. 47; OVG Saarlouis, Beschluss vom 17. Mai 2017 - 1 B 338/17.NC u.a. - juris Rn. 22 f.; OVG Bautzen, Beschluss vom 21. März 2017 - 2 A 308/16.NC - SächsVBl. 2017, 228 Rn. 30 f.).

- 19 Demgegenüber beruht die Schwundbereinigung der Studienanfängerzahlen bei der Berechnung des Dienstleistungsexports auf der Annahme, dass die Dienstleistungen der exportierenden Lehreinheit nicht nur in das erste Semester, sondern in alle Semester des nachfragenden Studiengangs importiert werden, und daher das Lehrangebot der exportierenden Lehreinheit nur in dem Maße um Deputatstunden zu reduzieren ist, das der durchschnittlichen Nachfrage entspricht; anzusetzen ist danach diejenige Studierendenzahl, welche die unterschiedlichen Zahlen in den einzelnen Fachsemestern gemittelt abbildet (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 7. Mai 1981 - 13 B 4121/81 - KMK-HSchR 1982, S. 409 <412 f.>; VGH Kassel, Beschluss vom 17. September 1984 - VI TG 246/82 - KMK-HSchR 1985, 259 <268 f.>; OVG Hamburg, Beschluss vom 28. April 1983 - Bf III 26/82 - KMK-HSchR 1984, 380 <383 ff.>).
- 20 Mit Blick auf das verfassungsrechtliche Kapazitätserschöpfungsgebot ist entscheidend, dass die Studienanfängerzahlen mit oder ohne Schwundbereinigung jeweils nur annäherungsweise den tatsächlichen Bedarf an den exportierten

Dienstleistungen in dem nachfragenden Studiengang wiedergeben. Beide Berechnungsansätze tragen in unterschiedlicher Weise dem Umstand Rechnung, dass sich der konkrete Bedarf an den exportierten Dienstleistungen in dem nachfragenden Studiengang mit verhältnismäßigem Verwaltungsaufwand nicht ohne Anschauung der Studienwirklichkeit ermitteln lässt; sie bewegen sich in dem abstrahierenden und pauschalierenden System der Kapazitätsermittlung. Weder das Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung noch die grundrechtlich gewährleistete Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschullehrer oder die Ausbildungsbedürfnisse der bereits zugelassenen Studierenden gebieten eine der beiden Berechnungsweisen. Zwar führt das Abstellen auf die Studienanfängerzahlen ohne Schwundbereinigung zu einem größeren Bedarf an exportierten Dienstleistungen und damit kapazitätsungünstig zu einer Verringerung des Lehrangebots in dem der exportierenden Lehrereinheit zugeordneten Studiengang (hier: Humanmedizin). Gleichzeitig aber hat dies einen erhöhten Curricularfremdanteil bei der dem nachfragenden Studiengang zugeordneten Lehrereinheit zur Folge, was sich im dortigen Studiengang (hier: u.a. Zahnmedizin) kapazitätsfreundlich auswirkt. Umgekehrt führt die Schwundbereinigung aufgrund der damit bewirkten Verringerung des Dienstleistungsexports zwar in dem der Lehrereinheit zugeordneten Studiengang kapazitätsgünstig zu einem höheren Lehrangebot, sie verringert aber damit gleichzeitig kapazitätsungünstig den Curricularfremdanteil in der dem nachfragenden Studiengang zugeordneten Lehrereinheit.

- 21 Aufgrund dieser Ambivalenz ist der Pflicht, eine etwaige Kapazitätsminderung auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken, kein Vorrang für eine der beiden Berechnungsweisen zu entnehmen. Vielmehr überlässt das Verfassungsrecht es dem Ordnungsgeber und im verordnungsrechtlichen Rahmen den Hochschulen in Ausübung der von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Forschungs- und Lehrfreiheit zu entscheiden, ob das geschaffene Lehrangebot stärker von dem einen oder dem anderen Studiengang in Anspruch genommen werden soll. Das gilt jedenfalls, solange in den jeweiligen Studiengängen die Zahl der Bewerber diejenige der Studienplätze übersteigt. Die Art und Weise der Ermittlung der Studienanfängerzahlen bei der Berechnung des Dienstleistungsexports lässt sich angesichts dessen im normativen Rahmen der Kapazitätsverordnung auf die eine oder andere Weise systemgerecht gestalten. Die Studienbewerber des

einen Studiengangs genießen insoweit keinen Vorrang gegenüber den Studienbewerbern des anderen Studiengangs (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1989 - 7 C 15.88 - Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 42 S. 82; VGH Mannheim, Urteil vom 20. November 2013 - NC 9 S 174/13 - juris Rn. 96).

- 22 bb) Aus dem in Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung folgt für die Bestimmung der Studienanfängerzahlen nicht anderes. Ihm lassen sich ebenso wenig wie dem Kapazitätserschöpfungsgebot Vorgaben für die inhaltliche Bestimmung einzelner Parameter entnehmen, wenn dem Ordnungsgeber - wie hier bei der Bestimmung der Parameter für die Berechnung des Dienstleistungsexports - am Maßstab der Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschulen einerseits und dem Hochschulzugangsrecht der Studienbewerber sowie den Ausbildungsbedürfnissen der bereits zugelassenen Studenten andererseits ein Gestaltungsspielraum zuzuerkennen ist. Die einheitliche Kapazitätsermittlung als Mittel zur gleichmäßigen Belastung aller Hochschulen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. September 1981 - 7 N 1.79 - BVerwGE 64, 77 <94>) ist hier nicht berührt. Der Normgeber ist seiner Verantwortung für die Festlegung objektiverer, nachvollziehbarer Kriterien für die Kapazitätsermittlung (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 18. Juli 1972 - 1 BvL 32/70 - BVerfGE 33, 303 <340>) mit den in der Kapazitätsverordnung normierten Vorgaben für die Berechnung des Dienstleistungsexports nachgekommen, ohne dass es insoweit einer konkretisierenden Regelung der Ermittlung der Studienanfängerzahlen bedurfte.
- 23 2. Die Berechnung des Curricularanteils der Lehreinheit Vorklinik begegnet aus revisionsrechtlicher Sicht ebenfalls keinen Bedenken. Die Hochschule ist berechtigt, den Curricularanteil der Lehreinheit Vorklinik isoliert festzusetzen (a)). Die hier zu beurteilende Berechnung dieses Anteils verletzt nicht das Kapazitätserschöpfungsgebot (b)). Eine Korrektur des Curricularanteils der Lehreinheit Vorklinik ist weder wegen der fehlenden Berechnung der personellen Aufnahmekapazität im Bereich der Lehreinheit Klinik (c)) noch aufgrund der Überschreitung des Curricularnormwerts durch den erhöhten Ausbildungsaufwand der Beklagten in der klinischen Lehreinheit geboten (d)).

- 24 a) Aus verfassungsrechtlicher Sicht verlangen weder das Kapazitätserschöpfungsgebot noch das Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung, die Aufteilung des Gesamtcurricularnormwerts für den Studiengang Humanmedizin auf die Lehreinheiten Vorklinik und Klinik oder Einzelheiten für die Aufteilung durch Gesetz oder Rechtsverordnung zu normieren. Sieht der Normgeber hiervon ab, ist die Hochschule ausgehend von dem Curricularnormwert berechtigt, in Ausübung ihres auf der Forschungs- und Lehrfreiheit beruhenden Gestaltungsspielraums unter Berücksichtigung der Interessen der Studienbewerber und der bereits zugelassenen Studierenden die Aufteilung am Maßstab des Ausbildungsrechts mittels der Studienpläne vorzunehmen. Für die Kapazitätsberechnung hat die Hochschule die Curricularanteile der Lehreinheiten Vorklinik und Klinik gesondert zu ermitteln, da sie nach § 7 Abs. 3 Satz 1 KapVO wie zwei Studiengänge zu behandeln sind. Das Ergebnis der Aufteilung kann im Hinblick auf die Unterrichtsmenge und die Veranstaltungsformen bei den einzelnen Hochschulen verschieden ausfallen; das ist Folge der auf Art. 5 Abs. 3 GG beruhenden Gestaltungsfreiheit. Das Kapazitätserschöpfungsgebot und das Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung verlangen lediglich, dass die Summe der Curricularanteile den Curricularnormwert nicht überschreitet (vgl. dazu BVerwG, Beschlüsse vom 18. September 1981 - 7 N 1.79 - BVerwGE 64, 77 <93 ff.> und vom 6. März 2015 - 6 B 41.14 - juris Rn. 47).
- 25 Hiervon ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgegangen. Zutreffend hat es entschieden, dass die Hochschule den Curricularnormwert auf die Lehreinheiten Vorklinik und Klinik mangels normativer Festsetzungen unter Berücksichtigung der Interessen der Studienbewerber und Studierenden aufzuteilen hat. Diesem Rechtssatz hat es für den Senat gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO bindend zugrunde gelegt, dass § 7 Abs. 3 Satz 1 KapVO eine Trennung der beiden Lehreinheiten für Berechnungszwecke vorsieht und die Regelungen in der Kapazitätsverordnung den Gestaltungsspielraum der Hochschulen bei der Aufteilung des Curricularnormwerts nicht einschränken.
- 26 b) Die Hochschule hat sich bei der Festsetzung des Curricularanteils der Lehreinheit Vorklinik an dem Wert zu orientieren, der nach den Berechnungen der Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS) unter Berücksichtigung der Neufassung der Approbationsordnung für Ärzte vom 27. Juni 2002

(BGBl. I S. 2405), - ÄApprO 2002 - einen angemessenen Ausbildungsaufwand in der Lehreinheit Vorklinik darstellt (aa)). Von diesem Wert kann die Hochschule kapazitätsungünstig abweichen, wovon die Vorinstanz rechtsfehlerfrei ausgegangen ist (bb)).

- 27 aa) Vor der Neufassung der am 1. Oktober 2003 in Kraft getretenen Approbationsordnung für Ärzte 2002 unter der Geltung der ÄApprO i.d.F. der Bekanntmachung vom 14. Juli 1987 (BGBl. I S. 1593) und deren Vorgängerfassungen mussten die Hochschulen den der Bestimmung der Aufnahmekapazität zugrunde zu legenden Ausbildungsaufwand der vorklinischen und klinischen Lehreinheiten grundsätzlich an der im ZVS-Beispielstudienplan quantifizierten Unterrichtsmenge als Orientierungsmaßstab ausrichten, um zu einer kapazitätserschöpfenden Zulassungszahl zu gelangen (vgl. BVerwG, Urteile vom 18. Mai 1982 - 7 C 15.80 - BVerwGE 65, 303 <310 ff.> und vom 20. April 1990 - 7 C 51.87 - Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 46 S. 110 f.). Zwar hat die ZVS nach der Neufassung der Approbationsordnung für Ärzte 2002 am Maßstab des geänderten Ausbildungsrechts ihren Beispielplan nicht mehr fortgeführt. Sie hat aber nach wie vor eine Berechnung des angemessenen Ausbildungsaufwands für die Lehreinheiten Vorklinik und Klinik vorgenommen. Die Änderung des Ausbildungsrechts hat danach zu einer Erhöhung des Curricularnormwerts im Studiengang Humanmedizin von 7,5 auf 8,2 geführt. Der für die jährliche Aufnahmekapazität der Lehreinheit Vorklinik maßgebende Curricularanteil beläuft sich seitdem auf 2,4167, also rund 2,420 (s. ZVS, Beschlussvorschlag vom 9. September 2002 zur 127. VA-Sitzung vom 27. September 2002, TOP 10, nebst Anlage). Da in dieser ZVS-Berechnung wie schon zuvor die Curricularanteile in Beziehung zueinander stehen und die Gruppengrößen der verschiedenen Veranstaltungsarten aufeinander abgestimmt sind (vgl. Brehm/Zimmerling, Hochschulkapazitätsrecht, Bd. 2, 2013, § 24 Rn. 573), sind die berechneten neuen Werte der Curricularanteile ebenfalls als Orientierungsmaßstab heranzuziehen.
- 28 bb) Den Hochschulen ist es am Maßstab des Kapazitätserschöpfungsgebots in Ausübung ihres Gestaltungsspielraums nicht verwehrt, kapazitätsungünstig von den durch die ZVS berechneten Curricularanteilen abzuweichen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts waren derartige Abweichungen

vor Inkrafttreten der Approbationsordnung für Ärzte 2002 in Ausübung des durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Gestaltungsspielraums zulässig. Dies setzte voraus, dass die Abweichung durch besondere Gründe, die in den konkreten Verhältnissen der Hochschule (Forschungsschwerpunkte, Eigenheiten der Fächer- und Organisationsstruktur oder ähnlicher besonderer Gegebenheiten) liegen konnten, gerechtfertigt und der Studienplan der Hochschule, aus dem der betreffende Lehrnachfragewert resultierte, auf seine Verwirklichung angelegt sowie mit den vorhandenen Ausbildungsressourcen auch tatsächlich durchführbar war. Die Hochschulen mussten zudem die bei der Ausübung von Beurteilungsermächtigungen bestehenden Grenzen einhalten und sowohl das Verbot kapazitätsverknappender Manipulationen als auch das Verbot einer unzulässigen Niveaupflege beachten (grundlegend: BVerwG, Urteile vom 18. Mai 1982 - 7 C 15.80 - BVerwGE 65, 303 <310 ff.> und vom 20. April 1990 - 7 C 51.87 - Buchholz 421.2 Hochschulzulassungsrecht Nr. 46; zum Verbot unzulässiger Niveaupflege: BVerfG, Beschluss vom 6. November 1975 - 1 BvR 358/75 - BVerfGE 40, 352 <354 f.>; BVerwG, Urteile vom 8. Februar 1980 - 7 C 93.77 - BVerwGE 60, 25 <45> und vom 21. April 1980 - 7 C 104.77 - Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 81, Beschluss vom 4. März 2015 - 6 B 39.14 - Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 184).

- 29 War mithin schon unter den früheren Fassungen der Approbationsordnung für Ärzte anerkannt, dass die Hochschulen kapazitätsungünstig zu Lasten der Studienbewerber von dem ZVS-Wert abweichen können, muss dies erst recht für die ausschließlich auf einer Berechnung anhand der Vorgaben der Approbationsordnung für Ärzte 2002 beruhenden ZVS-Werte der Curricularanteile gelten. Mit deren Neufassung hat der Verordnungsgeber den sich ändernden Anforderungen in der medizinischen Versorgung Rechnung tragen und die Hochschulautonomie durch einen weitgehenden Verzicht auf detaillierte Vorgaben für die Unterrichtsgestaltung und auf Festlegungen von Unterrichtsformen stärken wollen (vgl. BR-Drs. 1040/97 S. 79 ff.). Mit der Stärkung der Hochschulautonomie geht einher, dass den Hochschulen bei der Vermittlung des Lehrstoffes ein weitergehender Gestaltungsspielraum eingeräumt wurde und sie dabei auch die Interessen der Studierenden - etwa bei der Wahl der Unterrichtsform - stärker in den Blick nehmen dürfen. Die Approbationsordnung für Ärzte 2002, hier

anwendbar i.d.F. der Ersten Verordnung zur Änderung der Approbationsordnung für Ärzte vom 17. Juli 2012 (BGBl. I S. 1539), enthält keinen Ausbildungsplan. Sie nennt nur in Anlage 1 zu § 2 Abs. 1 Satz 2 ÄApprO 2002 praktische Übungen, Kurse und Seminare, deren Besuch in einem Umfang von insgesamt mindestens 630 Stunden bei der Meldung zu dem Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung nachzuweisen ist. Darüber hinaus verlangt § 2 Abs. 1 Satz 2 ÄApprO 2002 von der Universität, unter Berücksichtigung der Vorgaben der Anlage 1 neben Vorlesungen insbesondere praktische Übungen und Seminare durchzuführen, damit die Studierenden die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten erwerben können. § 2 Abs. 1 Satz 3 ÄApprO 2002 eröffnet den Universitäten die Möglichkeit, weitere Unterrichtsformen wie z.B. gegenstandsbezogene Studiengruppen vorzusehen. Schließlich müssen die Studierenden bis zu dem Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung ein Wahlfach ableisten, das von den Universitäten anzubieten ist (§ 2 Abs. 8 Satz 1 und 2 ÄApprO 2002). Zur Ausfüllung dieses durch das Ausbildungsrecht gezogenen Rahmens können sich die Hochschulen auf ihren nunmehr weitergehenden Gestaltungs- bzw. Beurteilungsspielraum berufen, wenn es - wie hier - um die Bestimmung der Lehrnachfrage geht (vgl. bereits zur ÄApprO a.F.: BVerwG, Urteil vom 21. April 1980 - 7 C 104.77 - Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 81). Im Ergebnis dürfen demnach die Hochschulen kapazitätsungünstig im Einklang mit dem Kapazitätserschöpfungsgebot von den ZVS-Curricularanteilen abweichen, wenn die Abweichung durch die konkreten Verhältnisse an der Hochschule gerechtfertigt ist, sich die für die Lehrnachfrage nach dem Studienplan maßgebenden Veranstaltungen mit der Ausbildungswirklichkeit decken und die bei der Festlegung des Ausbildungsaufwands zu beachtenden Grenzen eingehalten sind.

- 30 Anhand dieser aus dem Verfassungsrecht hergeleiteten Vorgaben hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler den von der Beklagten festgesetzten Curricularanteil der vorklinischen Lehreinheit von 2,4685 gebilligt. Es hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass die Beklagte den Umfang der nach der Studienordnung anzubietenden Lehrveranstaltungen der Lehreinheit Vorklinik nicht unterschritten hat und die lediglich empfohlenen Veranstaltungen die Pflichtveranstaltungen didaktisch und inhaltlich vorbereiten, so dass sie diese Veranstaltungen entlasten und ergänzen. Auf der Grundlage dieser den Senat mangels

durchgreifender Verfahrensrügen gemäß § 137 Abs. 2 VwGO bindenden Feststellungen hat es die Einbeziehung der in der Studienordnung in der vorklinischen Lehrereinheit vorgesehenen Veranstaltungen in die Ermittlung der Lehrnachfrage unbeanstandet gelassen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Abweichung durch die Gestaltung des Unterrichts bzw. die Wahl der Unterrichtsformen gerechtfertigt und der Studienplan auf Verwirklichung angelegt ist. Die Vorinstanz hat mit ihren Ausführungen zum Ausdruck gebracht, dass die Vorgaben der Studienordnung der Beklagten für die Lehrereinheit Vorklinik sich innerhalb des durch den Curricularnormwert und das Ausbildungsrecht gezogenen Rahmens halten, mithin die Abweichung sich innerhalb des durch Art. 5 Abs. 3 GG eröffneten Gestaltungsspielraums bewegt. Da das Berufungsgericht darüber hinaus bindend festgestellt hat, dass sich die Abweichung im Rahmen dessen bewegt, was andere medizinische Fakultäten in Deutschland an Ausbildungsaufwand betreiben, sind Anhaltspunkte für eine kapazitätsverknappende Manipulation oder eine unzulässige Niveaupflege weder ersichtlich noch von der Revision vorgetragen.

- 31 c) Die Berechnung der personellen Aufnahmekapazität im Bereich der Lehrereinheit Klinik ist zwar nach den Regelungen der Kapazitätsverordnung geboten (aa)). Die fehlende Durchführung erweist sich aber für die Ermittlung der jährlichen Aufnahmekapazität in der Lehrereinheit Vorklinik als nicht entscheidungserheblich (bb)).
- 32 aa) Da der Studiengang Humanmedizin für die Berechnung der jährlichen Aufnahmekapazität gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 KapVO in zwei Lehrereinheiten aufgeteilt wird, sind die nach § 3 Abs. 1 KapVO zur Ermittlung der Aufnahmekapazität vorgesehenen Verfahrensschritte erstens der Berechnung aufgrund der personellen Ausstattung nach den §§ 6 ff. KapVO und zweitens einer Überprüfung des Ergebnisses anhand der weiteren kapazitätsbestimmenden Kriterien der §§ 14 ff. KapVO auch für die Lehrereinheit Klinik durchzuführen. Eine Ausnahme von dem ersten Verfahrensschritt für die Lehrereinheit Klinik lässt sich weder der Regelung in § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KapVO noch anderen Vorschriften der Kapazitätsverordnung ihrem Wortlaut nach entnehmen. Die in den Regelungen angelegte Systematik gebietet danach zunächst die Berechnung der personellen

Aufnahmekapazität, bevor das Ergebnis dieser Kapazitätsberechnung im Bereich der Lehrereinheit Klinik durch eine Anwendung der §§ 14 ff. KapVO, insbesondere einer Anwendung der patientenbezogenen Einflussfaktoren nach Maßgabe des § 17 KapVO, überprüft wird. Ein unmittelbarer Rückgriff auf die patientenbezogenen Einflussfaktoren ist hiernach ausgeschlossen, weil sich deren Anwendungsbereich erst nach der Berechnung der personellen Aufnahmekapazität eröffnet. Die vorrangige Berechnung der personellen Aufnahmekapazität im Bereich der Lehrereinheit Klinik ist auch dann erforderlich, wenn im Ergebnis die jährliche Aufnahmekapazität maßgeblich durch die patientenbezogenen Einflussfaktoren bestimmt wird. Denn ob angesichts sich wandelnder tatsächlicher Verhältnisse unverändert die patientenbezogene und nicht die (höhere) personelle Aufnahmekapazität in die Kapazitätsberechnung einzustellen ist, lässt sich erst dann verlässlich feststellen und gerichtlich überprüfen, wenn die personelle Kapazität der Lehrereinheit Klinik ermittelt worden ist. Zudem widerspricht das Unterlassen einer Berechnung der personellen Aufnahmekapazität deren Sinn und Zweck: Sie soll den Hochschulen die Prüfung ermöglichen, ob sie mit ihrem Studienplan die Grenzen ihres Gestaltungsspielraums bei der Ausbildung in der jeweiligen Lehrereinheit eingehalten haben und bezogen auf den angemessenen Ausbildungsaufwand einerseits ein hinreichendes Lehrangebot zur Verfügung stellen sowie andererseits keinen Ausbildungsaufwand betreiben, der die Grenze zu einer kapazitätsverknappenden Manipulation oder einer unzulässigen Niveaupflege überschreitet. Deshalb dient die Berechnung der personellen Aufnahmekapazität der klinischen Lehrereinheit zugleich der verantwortlichen Ausübung des weiten Organisationsermessens der Hochschulen. Stellt eine Hochschule fest, dass die Zahl der Studienplätze auf Dauer nur einen Teil der personellen Kapazität ausschöpft, könnte ihr dies Anlass geben, zu prüfen, ob sich kapazitätsmäßige Diskrepanzen beispielsweise durch Kooperationsvereinbarungen mit geeigneten außeruniversitären Krankenanstalten abbauen ließen.

- 33 bb) Der Auffassung des Klägers, die Berechnung der personellen Aufnahmekapazität in der klinischen Lehrereinheit sei aus bundesverfassungsrechtlicher Sicht geboten, um die Zuordnung der Stellen des Lehrpersonals auch in der Lehrereinheit Vorklinik überprüfen zu können (ebenso Pastor, NVwZ 2018, 119 <123 f.>), ist das Berufungsgericht auf der Ebene des irrevisiblen Landesrechts entgegengetreten. Danach sei die Zuordnung der Stellen zu den jeweiligen Lehrereinheiten

nach § 8 Abs. 1 KapVO i.V.m. Anlage 2 zu § 8 Abs. 1 Satz 2 KapVO normativ vorgegeben und die Beklagte nicht gehalten, ihr klinisches Personal in der vorklinischen Lehrereinheit einzusetzen. Der Umstand, dass die im klinischen Bereich vorhandene personelle Aufnahmekapazität und damit der Curricularnormwert von 8,2 nicht ausgeschöpft werden könne, beruhe systembedingt auf der begrenzenden Wirkung der patientenbezogenen Einflussfaktoren. Dem könne nicht durch eine Verlagerung von Stellen in die Vorklinik begegnet werden. Hieran ist der Senat gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO ebenso gebunden wie an die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach die Kapazitätsverordnung keinen Anspruch auf Durchführung jedes einzelnen Rechenschrittes vermittelt, wenn sich - wie nach den Ausführungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall - die Zahl der Vollstudienplätze allein nach der patientenbezogenen Kapazität i.S.v. § 17 KapVO bestimmt.

- 34 Ob die letztgenannten Ausführungen des Berufungsgerichts mit Bundesverfassungsrecht vereinbar sind, kann dahinstehen. Denn die von der Revision aufgeworfene Frage nach der Vereinbarkeit der unterlassenen Berechnung der personellen Aufnahmekapazität in der Lehrereinheit Klinik mit den Vorgaben des Bundesverfassungsrechts erweist sich für die hier noch allein streitige Frage der kapazitätserschöpfenden Zahl an Teilstudienplätzen als nicht entscheidungserheblich. Da - wie bereits dargelegt - weder das Kapazitätserschöpfungsgebot noch das Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung einer von der Lehrereinheit Klinik getrennten Ermittlung der vorklinischen Aufnahmekapazität entgegensteht, kann die Berechnung der personellen Aufnahmekapazität in der klinischen Lehrereinheit allenfalls die Zahl der Vollstudienplätze, nicht aber die Höhe der darüber hinaus auszuweisenden Anzahl von Teilstudienplätzen in der vorklinischen Lehrereinheit beeinflussen.
- 35 d) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte in der Lehrereinheit Klinik einen von den Berechnungen der ZVS abweichenden erhöhten Ausbildungsaufwand betreibt, der dafür ursächlich ist, dass der Gesamtcurricularnormwert für den Studiengang Humanmedizin überschritten wird. Eine solche, auf dem Ausbildungsaufwand in der klinischen Lehrereinheit beruhende Überschreitung ist für den Curricularanteil der vorklinischen Lehrereinheit nach dem

berufungsgerichtlichen Verständnis von § 7 Abs. 3 Satz 1 und § 18 KapVO unerheblich, weil danach die beiden Lehreinheiten eigenständig zu betrachten sind. Ist die Aufnahmekapazität der vorklinischen Lehreinheit - wie hier - ordnungsgemäß nach den Vorgaben der Kapazitätsverordnung ermittelt und trägt sie damit dem Kapazitätserschöpfungsgebot Rechnung, fehlt es nach Auffassung des Berufungsgerichts am Maßstab von Art. 5 Abs. 3 GG aus bundesverfassungsrechtlicher Sicht an einer Rechtfertigung, die Hochschule zur Besetzung weiterer Teilstudienplätze über die erschöpfende Kapazität hinaus zu verpflichten.

- 36 Die vorinstanzlichen Ausführungen stehen mit dem Kapazitätserschöpfungsgebot und dem Gebot der einheitlichen Kapazitätsermittlung im Einklang. Wie bereits dargelegt, müssen die Curricularanteile der vorklinischen und klinischen Lehreinheiten in der Summe den in der Kapazitätsverordnung normierten Curricularnormwert einhalten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. September 1981 - 7 N 1.79 - BVerwGE 64, 77 <94 f.>). Hieraus folgt, dass die Hochschule in die Berechnung der jährlichen Aufnahmekapazität für diese Lehreinheiten nur einen den Curricularnormwert beachtenden Ausbildungsaufwand einbeziehen darf. Überschreitet die Hochschule den Curricularnormwert wegen eines erhöhten Ausbildungsaufwands in der Lehreinheit Klinik, darf sie ihren Ausbildungsaufwand den Studienbewerbern bei der Berechnung der dortigen Aufnahmekapazität nicht entgegenhalten. Der Hochschule steht bei der Aufteilung des Curricularnormwerts ein Gestaltungsspielraum zu, den sie innerhalb der Grenzen des Ausbildungsrechts am Maßstab der Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), den Interessen der Studierenden und den Interessen der Studienbewerber auszufüllen hat, wenn die Aufteilung nicht normativ vorgegeben ist. Trägt hiernach die Hochschule die Verantwortung für die Aufteilung des Curricularnormwerts auf die dem Studiengang zugeordneten Lehreinheiten, obliegt ihr dementsprechend die Verantwortung für dessen Einhaltung auch im Falle seiner Überschreitung. Es ist daher der Hochschule überlassen, ob sie in Ausübung ihres Gestaltungsspielraums bei der Berechnung der jährlichen Aufnahmekapazität im Falle einer Überschreitung des Curricularnormwerts nur denjenigen Anteil kürzt, der die Überschreitung verursacht hat (hier: der Curricularanteil der klinischen Lehreinheit); eine proportionale Kürzung beider Curricularanteile kommt demnach in Betracht, wenn beide für die Überschreitung ursächlich sind. Zudem bleibt es der Hochschule unbenommen, durch eine Änderung des Studienplans

der Lehreinheit etwa bei der Veranstaltungsform (Vorlesung statt Seminar) eine Überschreitung des Curricularnormwerts zu vermeiden (in diesem Sinne: OVG Lüneburg, Urteil vom 7. April 2016 - 2 LB 324/15 - juris Rn. 66; OVG Magdeburg, Beschluss vom 28. Mai 2019 - 3 M 11/19 - juris Rn. 14 f.; VGH Mannheim, Urteil vom 20. November 2013 - NC 9 S 174/13 - juris Rn. 64; OVG Münster, Beschluss vom 3. September 2013 - 13 C 52/13 u.a. - juris Rn. 14 ff.; a.A. OVG Bautzen, Beschluss vom 20. Februar 2013 - NC 2 B 25/12 - juris Rn. 7; OVG Koblenz, Beschluss vom 26. April 2013 - 6 B 10145/13 - juris Rn. 9; Pastor, NVwZ 2018, 119 <122 f.> sowie für die Kürzung von Eigen- und Fremdanteil im Falle der Überschreitung des normativ festgesetzten Curricularanteils: OVG Hamburg, Beschluss vom 26. Oktober 2005 - 3 Nc 75/05 - juris Rn. 55 f.). Eine Korrektur des vorklinischen Curricularanteils ist hiernach verfassungsrechtlich nicht geboten.

37 Der Kläger hält dem entgegen, die Gestaltungsfreiheit der Hochschule müsse bei der Erstellung der Kapazitätsberechnung ausgeübt werden. Ihre nachträgliche Ausübung im Wege einer auf die klinische Lehreinheit beschränkten Stauung sei systemwidrig, weil dadurch eine beliebige Überschreitung des Curricularnormwerts möglich und das Problem des Bezugs des Curricularanteils der Vorklinik zum Curricularnormwert nicht gelöst sei (ebenso Pastor, NVwZ 2018, 119 <122 f.>). Dieser Auffassung ist schon deshalb nicht zu folgen, weil sich der Gestaltungsspielraum der Hochschulen auf die Erstellung der Studienpläne und die Aufteilung des Curricularnormwerts und nicht auf die Kapazitätsberechnung bezieht. Ungeachtet dessen hat sich auch im Bereich der klinischen Lehreinheit die Berechnung des Curricularanteils an der ZVS-Berechnung zu orientieren und eine Abweichung von dem ZVS-Curricularanteil ist nur unter den dargestellten Voraussetzungen und innerhalb der bestehenden Grenzen zulässig; dies steht einer beliebigen Überschreitung des Curricularnormwerts entgegen.

38 3. Eine kapazitätsrechtliche Erhöhung der Zahl von Teilstudienplätzen um die Zahl der Studierenden, die den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bereits bestanden haben und im ersten Semester auf einen Vollstudienplatz zugelassen sind, kommt am Maßstab des Kapazitätserschöpfungsgebots aufgrund der den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts

nicht in Betracht, da eine Nachfrageentlastung nur in Anschauung der Studienwirklichkeit festgestellt werden kann.

- 39 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss der Normgeber des Kapazitätsrechts aus unumgänglichen Gründen der Praktikabilität pauschalierende und von den Einzeldaten des Ausbildungsbetriebs abstrahierende Regelungen für die Kapazitätsberechnung treffen. Es ist bundesrechtlich bedenkenfrei, wenn das Modell der normativen Kapazitätsberechnung unterstellt, der Studierende verhalte sich so, wie es Studienplan und Ausbildungsordnung vorsehen, um zu erreichen, dass abweichende und ohne unverhältnismäßigen Aufwand allenfalls statistisch erfassbare tatsächliche Verhaltensweisen wie die Wiederholung von Kursen oder der Nichtbesuch lehrplanmäßig vorgesehener Veranstaltungen vernachlässigt werden können. Aus normativer Sicht sind Nachfrageentlastungen bei zugelassenen Studierenden kapazitätsrechtlich zu berücksichtigen, wenn sie ohne Anschauung der Studienwirklichkeit und ohne unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand abstrahierend bzw. pauschalierend in Ansatz gebracht werden können. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht bei sog. Doppelstudenten bejaht, bei denen abstrakt und pauschalierend davon ausgegangen werden kann, dass sie die für beide Studiengänge vorgeschriebenen Lehrveranstaltungen in dem einen oder dem anderen Studiengang absolvieren und nur einmal in Anspruch nehmen. In diesem Fall muss die Nachfrageentlastung und die damit verbundene Verminderung des Ausbildungsbedarfs zum Zwecke der maximalen Ausschöpfung der Kapazität in die Berechnung der Aufnahmekapazität Eingang finden (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 1982 - 7 C 99.81 - Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 9).
- 40 Anhand dieses bundesrechtlichen Maßstabes, an dem der Senat festhält, scheidet schon nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts eine kapazitätsrechtliche Berücksichtigung der Studierenden aus, die den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bereits bestanden haben und im ersten Semester auf einen Vollstudienplatz zugelassen sind. Denn bei diesen Studierenden ist eine abstrakte und pauschalierende Nachfrageentlastung, die ohne Anschauung der Studienwirklichkeit festgestellt werden kann, nicht gegeben. Nach den berufsgerichtlichen Feststellungen nehmen solche Studierenden die Veranstaltungen der Lehrinheit Vorklinik in beachtlichem Umfang in Anspruch, um ihr

Wissen aufzufrischen, weil sie die Prüfung im Ausland aufgrund eines fremdsprachigen Studiums bzw. an einer anderen Universität abgelegt haben oder um die Wartezeit bis zu einer Höherstufung zu überbrücken. Diese tatsächlichen Feststellungen hat der Kläger nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen angegriffen, so dass sie für den Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO bindend sind. Das klägerische Vorbringen, Studierende mit bestandener Prüfung nähmen das Lehrangebot erfahrungsgemäß nicht in Anspruch und wollten sogleich ihr Studium im ersten Fachsemester des Zweiten Abschnitts der ärztlichen Ausbildung fortsetzen, steht im Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts. Es genügt auch nicht den Anforderungen, die an die Darlegung einer Aufklärungsrüge zu stellen sind (vgl. dazu BVerwG, Urteile vom 31. Mai 2017 - 6 C 42.16 - BVerwGE 159, 64 Rn. 31 und vom 22. Januar 2021 - 6 C 26.19 - NVwZ 2021, 896 Rn. 24, jeweils m.w.N.).

- 41 Nicht zu folgen ist auch der klägerischen Auffassung, die Studierenden mit bestandenem Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung hätten keinen Anspruch auf Teilnahme an den Veranstaltungen und der Prüfung in der vorklinischen Lehreinheit. Nach der den Senat gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO bindenden Auslegung des irrevisiblen Landesrechts durch das Oberverwaltungsgericht ist gemäß den Bestimmungen der Niedersächsischen Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (Vergabeverordnung-Stiftung) vom 21. Mai 2008 (Nds. GVBl. S. 181; damals: Verordnung über die Vergabe von Studiengängen, die in das zentrierte Vergabeverfahren einbezogen sind - ZVS-Vergabeverordnung -), hier anwendbar i.d.F. der Verordnung zur Änderung der ZVS-Vergabeverordnung vom 3. Juli 2010 (Nds. GVBl. S. 261), das Teilstudium gegenüber dem Vollstudium ein aliud. Es muss sich derjenige, der einen Teilstudienplatz erhalten hat, weiter im Wege erneuter Bewerbungen um einen Vollstudienplatz für das erste Semester bemühen. Hat diese Bewerbung Erfolg, werden die bisher ein Teilstudium absolvierenden Studierenden auf einem Vollstudienplatz im ersten Semester zugelassen. Die Hochschule kann diese Studierenden nicht ohne einen entsprechenden Antrag, den Nachweis der fachlichen Voraussetzungen und vorhandene Kapazität höherstufen. Sie ist bis zu einem erfolgreichen Antrag auf Hö-

herstufung an deren vergaberechtliche Zulassung im ersten Fachsemester gebunden, sodass den zugelassenen Studenten die Teilnahme an den Veranstaltungen und der Prüfung der Lehrereinheit Vorklinik grundsätzlich eröffnet ist.

42 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Kraft

Dr. Möller

Dr. Tegethoff

Dr. Gamp

Hellmann

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 2 GKG).

Prof. Dr. Kraft

Dr. Tegethoff

Dr. Gamp