

*Dirk Naumann zu Grünberg**

Die Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung – Eine Analyse der Anforderungen an öffentlich-rechtliche Stiftungen im Bildungswesen

1 Einleitung

Erstmals zum Wintersemester 2010/11 hat nicht mehr die „Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen“ (ZVS) Studienplätze vergeben, sondern mit der „Stiftung für Hochschulzulassung“ (Hochschulstart) eine Stiftung des öffentlichen Rechts. Nachfolgend werden die Anforderungen an die Ausgestaltung einer solchen Stiftung und die Rechtmäßigkeit ihrer Vergabeentscheidungen im Wintersemester 2010/11 unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des OVG NRW¹ hierzu analysiert.

2 Die Entscheidung des OVG NRW vom 21.12.2010

Gegen die Vergabeentscheidungen der Stiftung für Hochschulzulassung im Wintersemester 2010/11 haben mehrere Studienplatzbewerber Klagen in der Hauptsache gegen die ihnen zugesandten Ablehnungsbescheide erhoben sowie verwaltungsgerichtliche Eilverfahren eingeleitet, mit denen sie die vorläufige Zulassung zum Studium im Wintersemester 2010/11 begehrten. Sie rügten die Nichtigkeit der Vergabeentscheidungen des Wintersemesters 2010/11 durch die Stiftung für Hochschulzulassung.

Die Antragsteller machten insbesondere eine Verletzung des Demokratie- und Rechtstaatsprinzips geltend. Der Stiftung für Hochschulzulassung fehlte es zum Wintersemester 2010/11 an einer Stiftungssatzung. Diese wurde erst zum 15.12.2010² und damit weit nach Abschluss des Vergabeverfahrens im Wintersemester 2010/11 erlassen. Die Antragsteller rügten die fehlende demokratische Legitimation von Errichtung und Tätigkeit der Stiftung für Hochschulzulassung im Wintersemester 2010/11. Ferner sei die Rechtslage in den Bundesländern widersprüchlich, da diese in ihren Vergabeverordnungen überwiegend noch der aufgelösten ZVS die Aufgabe der zentralen Studienplatzvergabe zuwiesen.

Das OVG NRW verneinte in seiner Entscheidung vom 21.12.2010³ in der Beschwerdeinstanz der Eilverfahren eine rechtswidrige Ausgestaltung der Stiftung für Hochschulzulassung.

Gegen die Organisationsform der Stiftung für Hochschulzulassung als öffentlich-rechtliche Stiftung bestanden aus Sicht des OVG NRW keine Bedenken:

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Hamburg. Seine Kanzlei ist in den Verfahren unter Anm. 1 auf Antragstellerseite prozessbevollmächtigt.

1 OVG NRW, Beschl. v. 21.12.2010 – 13 B 1557/10 u.a.

2 Ministerialblatt des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen 2010, S. 873.

3 OVG NRW, Beschl. v. 21.12.2010 – 13 B 1557/10 u.a.

„[...] Das Grundgesetz steht der Errichtung länderübergreifender Einrichtungen auf der Grundlage von Staatsverträgen nicht schon grundsätzlich entgegen; aus Art. 130 Abs. 3 GG ergibt sich jedenfalls die Zulässigkeit solcher Körperschaften und Anstalten. Auch Stiftungen gehören zu solchen zulässigen Einrichtungen (vgl. Alscher, Die Stiftung des öffentlichen Rechts, 2006, S. 73 f.; Seifart/von Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 15 Rn. 9; Suerbaum, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (Stand: 1. Oktober 2010), Art. 130 Rn. 18).

Die konstitutive Errichtung der Antragsgegnerin durch das nordrhein-westfälische Errichtungsgesetz auf der Grundlage des StaatsV 2008, der durch sämtliche Landesparlamente bestätigt worden ist, ist nicht zu beanstanden. Das landesrechtliche Erfordernis der gesetzlichen Errichtung nach den §§ 21 und 18 des Gesetzes über die Organisation der Landesverwaltung (LOG NRW) ist eingehalten. Der eigentliche Errichtungsgesetz weist als Parlamentsgesetz, was auch der Antragsteller nicht in Zweifel zieht, fraglos die erforderliche demokratische Legitimität auf.

Es begegnet auch keinen Bedenken, die Antragsgegnerin als Stiftung des öffentlichen Rechts mit der hoheitlichen Aufgabe der Vergabe von Studienplätzen zu betrauen (vgl. Seifart/von Campenhausen, a. a. O., § 19 Rn. 5 und 9 (zur Fähigkeit der öffentlich-rechtlichen Stiftung, hoheitliche Befugnisse auszuüben und zu ihrer Grundrechtsbindung); von Coelln in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Innovation, Wissenschaft, Forschung und Technologie des Landtags Nordrhein-Westfalen am 16. Oktober 2008, Ausschussprotokoll (Apr) 14/744, S. 27). [...]

[...] Dafür, dass sich die Länder durch die Überführung staatlicher Aufgaben auf die Antragsgegnerin ihrer aus Verfassungsrecht folgenden Pflichten begeben wollten, ist nichts ersichtlich [vgl. die Ausführungen des Niedersächsischen OVG im Urteil vom 5. Dezember 2007 – 5LB 344/07 –, juris (Rn. 35 f.), zum Problem überführter staatlicher Aufgaben auf eine nach niedersächsischem Landesrecht errichtete Stiftung des öffentlichen Rechts (Hochschule in Form einer Stiftung). [...]

Die Errichtung der Stiftung für Hochschulzulassung genüge nach Ansicht des OVG NRW auch den Anforderungen des Demokratieprinzips:

„[...] Die Errichtung der Stiftung für Hochschulzulassung in ihrer konkreten Ausgestaltung wird den Anforderungen des Demokratieprinzips des Grundgesetzes gerecht. Art. 20 Abs. 2 GG bestimmt, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und u. a. durch besondere Organe der vollziehenden Gewalt ausgeübt wird. Die Ausübung der Staatsgewalt durch die besonderen Staatsorgane muss hinreichend demokratisch legitimiert sein; das Volk muss einen hinreichend effektiven Einfluss auf diese Ausübung der Staatsgewalt haben. Dieser Einfluss kann an zwei grundsätzliche Bestimmungsfaktoren der Ausübung von Staatsgewalt anknüpfen, nämlich die sachlich-inhaltlichen Vorgaben und die organisatorisch-personellen Vorgaben für die Ausübung der Staatsgewalt. Die sachlich-inhaltliche Legitimation wird vermittelt, wenn das Volk als Träger der Staatsgewalt auf deren Ausübung hinreichenden Einfluss hat. Ein solcher Einfluss ist durch die Arbeit des Parlaments gewährleistet. Dessen Gesetzgebung bestimmt und beschränkt das Verhalten der Verwaltungsorgane. Durch Kontrollrechte ist eine Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane und deren Mitglieder geschaffen. Die personelle demokratische Legitimation ist gegeben, wenn die Bestellung der Person, die Staatsgewalt ausübt, mittels einer ununterbrochenen Legitimationskette auf das Volk als Gesamtheit der Bürger und damit legitimierendes Subjekt zurückgeführt werden kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1995 – 2 BvF 1/92 –, BVerfGE 93, 37 (66 ff.) und Urteil vom 31. Oktober 1990 – 2 BvF 3/89 –, BVerfGE 83, 60 (72 ff.); Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar (Stand: 59. EL, Juli 2010), Art. 20 Abs. 2 Rn. 117 ff. (118); Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Rn. 39 und 41.).

[...]

Die Errichtung der Antragsgegnerin genügt den Anforderungen, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an die demokratische Legitimität stellt. [...]

Die erforderliche, nicht unterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern der Antragsgegnerin ist in ausreichendem Maße sichergestellt.

Die Bestellung des Geschäftsführers und die Bildung des Stiftungsrats als maßgeblich handelnde Organe der Antragsgegnerin (§ 5 Abs. 1 Errichtungsgesetz) genügt diesen Voraussetzungen. Der Stiftungsrat setzt sich nach § 6 Abs. 1 Errichtungsgesetz aus Vertreterinnen und Vertretern der Länder und der Hochschulen zusammen. Die 16 Ländervertreter, die allein über Angelegenheiten des zentralen Vergabeverfahrens als staatlicher Aufgabe beschließen dürfen (§ 6 Abs. 2 Satz 3 Errichtungsgesetz in Umsetzung der Vorgabe aus Art. 3 Satz 2 Nr. 3 des Staatsvertrages 2008), werden nach § 6 Abs. 4 Satz 2 Errichtungsgesetz von den Ländern entsandt, was ausreichende demokratische Legitimität vermittelt. [...]

Weiter unterliegt die Tätigkeit des Geschäftsführers ausreichender Kontrolle durch die sonstigen Stiftungsorgane (weitere Ausführungen dazu sogleich), was eine ausreichende Kompensation eines etwaigen Legitimationsdefizits bewirken würde.

Die beschriebenen Anforderungen an die organisatorisch-personelle Legitimation werden bereits ausreichend durch die Vorgaben des Staatsvertrages 2008 und vor allem des Errichtungsgesetzes erfüllt. Dass es der Schaffung weiterer detaillierter Regelungen bedarf, die sinnvoller Weise durch den Erlass einer Stiftungssatzung vorgesehen sind, steht außer Frage. Zur Erfüllung der verfassungsrechtlich vorgegebenen demokratischen Legitimitätsforderungen in organisatorisch-personeller Hinsicht bedarf es angesichts der normativen Vorprägung einer Satzung nicht.

Auch die Auswahl und Leitung des Personals der Antragsgegnerin genügt den Anforderungen an die demokratische Legitimität. Zuständig ist dafür regelmäßig der Geschäftsführer der Antragsgegnerin als demokratisch legitimiertes Organ oder die Landesregierung des Sitzlandes Nordrhein-Westfalen. § 12 Abs. 1 Errichtungsgesetz bestimmt, dass das bei der ZVS vorhandene beamtete Personal der Antragsgegnerin zugewiesen wird. Nach § 12 Abs. 2 Errichtungsgesetz tritt die Antragsgegnerin in die Rechte und Pflichten der bestehenden Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse mit Personen ein, die bei der ZVS beschäftigt waren (vgl. zur besonderen Situation der dienstrechtlich notwendigen Übernahme des ehemaligen Direktors der ZVS als heutigen Geschäftsführer der Antragsgegnerin VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12. November 2010 – 12 L 1190/10 –, bislang n. v.). [...]“

Auch die Tätigkeit der Stiftung für Hochschulzulassung selbst unterliege trotz rechtlichen Ver-selbständigung ausreichender Kontrolle:

„[...] Die von der Verfassung geforderte rechtmäßige Anwendung dieser normativen, in aller Regel gebundenen Anspruchsvorschriften durch die Antragsgegnerin wird durch eine übergeordnete und eine innerbehördliche Kontrolle gewährleistet. So ist die Antragsgegnerin durch § 11 Errichtungsgesetz der Rechtsaufsicht des zuständigen nordrhein-westfälischen Landesministeriums unterstellt. Dem Ministerium stehen nach § 11 Satz 2 Errichtungsgesetz, der den allgemeinen Bestimmungen der §§ 21, 20 LOG NRW vorgeht, die staatsaufsichtlichen Mittel nach § 76 Abs. 2 bis 4 des Hochschulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (HG) zur Verfügung. Davon sind in erster Linie das Informationsrecht nach § 76 Abs. 4 HG, die Beanstandung nach § 76 Abs. 2 Satz 1 HG, die Aufhebung und Ersatzvornahme nach § 76 Abs. 2 Satz 3 HG sowie die Stellung eines Beaufragten nach § 76 Abs. 3 Satz 2 HG umfasst. Mit diesem klassischen Instrumentarium staatsaufsichtlicher Kontrollrechte ist vor dem Hintergrund der bestehenden normativen Regelungsdichte für die von der Antragsgegnerin vorzunehmende Verwaltungstätigkeit eine hinreichende demokratische Legitimität vermittelt. Dem steht das Entfallen fachaufsichtlicher Befugnisse, was fraglos zu einem Verlust an übergeordneter Kontrolle führt, aber nicht entgegen (vgl. dazu Kingreen, in: Leuze/ Epping, Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen, Kommentar (Stand: 8. EL., Nov. 2009), § 76 Rn. 7). [...]“

Demgegenüber sei das Fehlen einer Stiftungssatzung zum Wintersemester 2010/11 unbeachtlich:

„Der möglicherweise verspätete Erlass einer Stiftungssatzung kann einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip in der Ausformung des Gebots rechtmäßigen Handelns der Verwaltung, wie der Antragsteller meint, nicht begründen. Die wesentlichen Bestimmungen für die Durchführung des zentralen Vergabeverfahrens sind durch das Errichtungsgesetz in einer Art und Weise getroffen worden, die der Behörde ein im Außenverhältnis zum Bürger rechtmäßiges Handeln ermöglicht. Der im unterbliebenen Erlass der Satzung liegende mögliche Verstoß gegen organisationsrechtliche Verpflichtungen mag im aufsichtsrechtlichen Wege aufgegriffen werden, einen Verfassungsverstoß zu Lasten des Antragstellers begründet er nicht.“

Auch eine Verletzung des Rechtstaatsprinzips aufgrund der unterschiedlichen Vergabeverordnungen der Bundesländer sei nicht gegeben:

„[...] Dass die anwendbaren Vergabeverordnungen auf unterschiedlichen Fassungen des Staatsvertrages beruhen, führt nicht zu einer mangelnden Übereinstimmung im Sinne von Art. 15 Abs. 2 StaatsV 2006, dessen Aufgabe es ist, eine materiell übereinstimmende Rechtslage in den Ländern sicherzustellen. Auch die weitere Verwendung der Bezeichnung der aufgelösten ZVS in einigen der Vergabeverordnungen führt nicht zu einer fehlenden materiellen Übereinstimmung der Vergabeverordnung oder zur Rechtswidrigkeit dieser Bestimmungen aus sonstigen Gründen. Die (etwa in § 1 Satz 1 der nordrhein-westfälischen Vergabeverordnung weiter genannte ZVS) ist zwar nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 StaatsV 2008 mit Errichtung der Antragsgegnerin aufgelöst. Die Errichtung der Antragsgegnerin erfolgte zum 14. Mai 2010, da § 1 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung für Hochschulzulassung“ (Errichtungsgesetz) bestimmt, dass die Antragsgegnerin mit Inkrafttreten des Errichtungsgesetzes entsteht und das Errichtungsgesetz nach dessen § 13 Abs. 1 mit der Bekanntgabe über das Inkrafttreten des Staatsvertrages zum 1. Mai 2010 im Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen Nr. 17/2010 vom 14. Mai 2010 in Kraft getreten ist. Jedoch regelt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 StaatsV 2008, dass die Aufgaben, Rechte und Verbindlichkeiten der ZVS auf die Stiftung übergehen. Damit ist die Antragsgegnerin unabhängig von der in einigen Vergabeverordnungen noch verwandten Bezeichnung „ZVS“ berechtigt und verpflichtet, die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Vergaberechts ergebenden Rechte und Pflichten wahrzunehmen. Diese durch Art. 17 Abs. 1 Satz 2 StaatsV 2008 allgemein angeordnete Rechtsnachfolge – vgl. dazu die Begründung des Entwurfs des Errichtungsgesetzes in LT-Drucks. 14/7318, S. 49: Begründung zu Art. 17 des Staatsvertrages (Auflösung der Zentralstelle) – kommt auch in weiteren Rechtsvorschriften zum Ausdruck und wird von der Antragsgegnerin selbst praktiziert. [...]“

Schließlich habe der Antragsteller selbst bei einer rechtswidrigen Ausgestaltung der Stiftung für Hochschulzulassung keinen Zulassungsanspruch, den er gerichtlich durchsetzen könne:

„[...] Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass selbst im Falle der Nichtigkeit der Vorgaben des Staatsvertrages ein Zulassungsanspruch des Antragstellers nicht ersichtlich wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus Art. 12 Abs. 1 GG zwar ein Anspruch des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden Staatsbürgers auf Zulassung zum Studium seiner Wahl (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 –, a. a. O., juris (Rn. 60); Urteil vom 8. Februar 1977 – 1 BvF 1/76 u. a. –, a. a. O., juris (Rn. 67)).

Gleichwohl steht ein solcher Anspruch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat für die mit dem absoluten numerus clausus verbundenen besonders weitreichenden Beeinträchtigungen entschieden, dass eine Einschränkung auf formalgesetzlicher Grundlage erfolgen kann, wenn bei erschöpfender Nutzung der vorhandenen Kapazitäten eine Auswahl und Verteilung nach sachgerechten Kriterien mit einer Zulassungschance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber sichergestellt ist.

Demgegenüber ist der „Vorbehalt des Möglichen“ in der Literatur auch als wesensimmanente, sich aus der Natur der Sache ergebende Schranke angesehen worden (vgl. Hailbronner, Verfassungsrechtliche Fragen des Hochschulzugangs, in: WissR 29 (1996), 1 (18 f. m. w. N.).

Diese Anforderungen hat das Verwaltungsgericht auf Seite 2, 3. Absatz seines Beschlusses in zutreffender Weise zusammengefasst und nicht in Verkennung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die geforderte gestufte Prüfung des Art. 12 GG unterlassen, wie der Antragsteller meint.

An den vom Bundesverfassungsgericht beschriebenen formellen und materiellen Vorgaben ist die Hochschulzulassung auszurichten. Dass ein erkannter Verstoß gegen diese Voraussetzungen – anders als bei der nicht vergleichbaren Situation nicht ausgeschöpfter Kapazitäten – nicht dazu führen kann, einen unbeschränkten Zulassungsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG gleichsam „aufleben“ zu lassen, versteht sich angesichts des Bewerberüberhangs, der vom Bundesverfassungsgericht mit dem „Vorbehalt des Möglichen“ bezeichnet wird, von selbst. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht etwa im zweiten Numerus-Clausus-Urteil im Hinblick auf die angenommene Verfassungswidrigkeit des damaligen Auswahlverfahrens ausgeführt:

„Aus den bisherigen Erwägungen folgt im gegenwärtigen Zeitpunkt noch keine Nichtigkeit des staatsvertraglichen Auswahlsystems, sondern die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, für die harten Numerus-clausus-Fächer beschleunigt ein verbessertes Auswahlverfahren einzuführen.“ (BVerfG, Urteil vom 8. Februar 1977 – 1 BvF 1/76 u. a. –, a. a. O., juris (Rn. 74).

Diese Erwägung ist von der Erkenntnis getragen, dass die Entwicklung brauchbarer Alternativen angesichts der Komplexität der Problematik mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und dass die Anwendung einer regellosen Zulassung (oder einer vom Antragsteller vorgeschlagenen Zulassung im Losverfahren oder allein im Auswahlverfahren der Hochschulen) zu einem unter Verfassungsgesichtspunkten weitgehend unbefriedigenderen Zustand führen würde (vgl. auch zu einer entsprechenden Situation fehlender ausreichender gesetzlicher Ermächtigung bei nicht zu beanstandenden materiellen Kriterien im Notarrecht BVerfG, Beschluss vom 18. Juni 1986 – 1 BvR 787/80 –, BVerfGE 73, 280).

Danach hätte das Gericht auch im Fall der möglichen Nichtigkeit des gegenwärtigen normativen Systems der Studienplatzvergabe jedenfalls die „klassischen“ Auswahlkriterien Durchschnittsnote und Wartezeit hinreichend zu berücksichtigen – gleich ob in weiterer Anwendung der gesetzlichen und Verordnungsregelungen oder im Wege eigener gerichtlicher Kompetenz mittels prognostischer Einschätzung. Dass der Antragsteller dabei zum Zuge kommen würde, ist nicht im erforderlichen Umfang dargetan. [...]“

Die Entscheidungen des OVG NRW in der Beschwerdeinstanz sind rechtskräftig. Die gegen die (Parallel-)Entscheidungen des OVG NRW erhobenen Verfassungsbeschwerden wies das Bundesverfassungsgericht aus Subsidiaritätsgründen angesichts der noch ausstehenden Hauptsacheverfahren zurück. Die Klagen in der Hauptsache sind derzeit noch vor dem VG Gelsenkirchen rechtshängig. Es ist zu erwarten, dass nach Erschöpfung des Rechtsweges in der Hauptsache bei negativen Entscheidungen erneut Verfassungsbeschwerden erhoben werden.

3 Hintergrund der Entscheidung

Im Mittelpunkt dieser Entscheidung stand eine Rechtsform, die bislang in Rechtsprechung und Literatur wenig erörtert wurde: Die Stiftung des öffentlichen Rechts.

3.1 Einbindung der Stiftung für Hochschulzulassung in das zentrale Vergabeverfahren

Die Stiftung wird in einem besonders sensiblen Grundrechtsbereich tätig. Denn die Knappheit an Studienplätzen hat sich seit dem ersten numerus-clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im

Jahr 1974⁴ drastisch erhöht. Im Studiengang Medizin bewarben sich im Wintersemester 2010/11 40.387 Bewerber auf 8.629 Studienplätze; dies entspricht einem Verhältnis vom 4,7 Bewerbern auf einen Studienplatz.⁵ Die Wartezeit auf einen Studienplatz im Studiengang Humanmedizin im ersten Fachsemester betrug im Wintersemester 2010/11 12 Semester (6 Jahre).⁶

Bereits im ersten numerus-clausus-Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht die hohe Bedeutung der Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 I 2 GG für den einzelnen Studienplatzbewerber betont. Es stellte strenge formelle und materielle Anforderungen an ein chancengerechtes Vergabesystem.⁷ Gleichwohl haben sich die Bundesländer 2008 entschlossen, die bewährte ZVS, eine Anstalt des öffentlichen Rechts des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen, durch eine öffentlich-rechtliche Stiftung zu ersetzen.⁸ Ziel war die Abkehr von einer als überkommen empfundenen behördlichen Struktur und die stärkere Einbindung der Hochschulen in das Studienplatzvergabesystem.⁹

Nachdem Mitte April 2010 alle Bundesländer den Staatsvertrag aus dem Jahr 2008 ratifiziert hatten, wurde die ZVS zum 01.05.2010 aufgelöst und durch die Stiftung für Hochschulzulassung ersetzt. Binnen eines kurzen Zeitraums wurde die Stiftung für Hochschulzulassung damit in das bereits laufende Bewerbungsverfahren für das Wintersemester 2010/11 (Ablauf der ersten Bewerbungsfrist: 31.05.2010) eingebunden.

3.2 Ausgestaltung des zentralen Vergabeverfahrens

Die zentrale Vergabe von Studienplätzen in den Studiengängen Medizin, Pharmazie, Tiermedizin und Zahnmedizin vollzieht sich derzeit in zwei Stufen. Auf der ersten Stufe werden 20% der verfügbaren Studienplätze nach Abiturnote vergeben (sog. Abiturbestenquote). Weitere 20% der Studienplätze werden nach der angesammelten Wartezeit vergeben (Wartezeitquote). Die Zuweisung eines Studienplatzes erfolgt auf dieser Stufe unmittelbar durch die Stiftung für Hochschulzulassung.¹⁰

Zulassungs- und Ablehnungsbescheide ergehen im Namen der Stiftung für Hochschulzulassung. Gerichtliche Verfahren (Eilanträge und Klagen) sind auf dieser Stufe daher auch unmittelbar gegen die Stiftung für Hochschulzulassung zu erheben. Hinzu kommen auf dieser Stufe Ermessensentscheidungen, wie z. B. Härtefallentscheidungen, die unmittelbar durch die Stiftung für Hochschulzulassung getroffen werden.¹¹

Auf der nächsten Stufe erfolgt das sog. Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH). Auf dieser Stufe wählen die Hochschulen die bisher nicht zugelassenen Bewerber nach bestimmten Kriterien aus, die sie zuvor durch Satzung festgelegt haben.¹² Überwiegend steht dabei weiterhin die Abi-

4 BVerfGE 33, 303 ff.

5 <http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/WiSe2010/bew-medizin-ws2010.pdf>.

6 <http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/WiSe2010/nc-001-gesamt-ws2010.pdf>.

7 BVerfGE 33, 303 ff.

8 Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 05.06.2008, GV NRW 2008, S. 710.

9 Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 16/1695.

10 Art. 7 ff. des Staatsvertrages über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 05.06.2008, GV NRW 2008, S. 710.

11 Vgl. Art. 15 ff. des Staatsvertrages über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 05.06.2008, GV NRW 2008, S. 710.

12 Vgl. Art. 7 ff. des Staatsvertrages über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom

turnote des Bewerbers im Mittelpunkt, wobei durch eine Berufsausbildung, Praktika, bestimmte Leistungen in Schlüsselfächern wie z. B. Biologie, Mathematik oder Deutsch die Abiturnote verbessert werden kann. An anderen Hochschulen wie der Universität Göttingen oder der Charité-Universitätsmedizin finden komplexe Auswahlverfahren mit Auswahlgesprächen oder Motivationsstests statt.¹³

Auf dieser Stufe ist die Stiftung für Hochschulzulassung lediglich als „Botin“ der Hochschulen in das Vergabeverfahren eingebunden. Klagen gegen den Ablehnungsbescheid im Auswahlverfahren der Hochschulen sind unmittelbar gegen die Universitäten zu richten.

4 Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidungen der Stiftung für Hochschulzulassung im Wintersemester 2010/11

Die Stiftung für Hochschulzulassung wurde sehr kurzfristig in das laufende Vergabeverfahren des Wintersemesters 2010/11 eingebunden. Obwohl die Stiftung noch nicht über eine Satzung verfügte, übernahm sie die Aufgaben der ZVS. Ob die von ihr getroffenen Vergabeentscheidungen, insb. die Ablehnungsentscheidungen, entsprechend der Ansicht des OVG NRW rechtmäßig waren, hängt von den Anforderungen an die Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung ab.

4.1 Der Begriff der Stiftung des öffentlichen Rechts; Wesensmerkmale und Anforderungen

Bei den rechtsfähigen Stiftungen sind die bürgerlich-rechtlichen von den öffentlich-rechtlichen Stiftungen zu unterscheiden. Die rechtsfähige bürgerlich-rechtliche Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB ist eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen vom Stifter bestimmten Zweck mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens auf Dauer fördern soll.¹⁴ Prägend für die Stiftung ist ihre Lösung vom Stifter. Die Stiftung „gehört sich selbst“.¹⁵

Grundlage der Tätigkeit der Stiftung, ihr verbindliches Innenrecht, ist die Satzung, die der Stiftung eine Struktur verleiht.¹⁶ Ohne Satzung kann die Stiftung nicht existieren.¹⁷

Für Stiftungen des öffentlichen Rechts bestehen demgegenüber keine einheitlichen Rechtsregeln. Die Grundgedanken der Stiftung des bürgerlichen Rechts gelten auch für die Stiftung des öffentlichen Rechts, insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an Stiftungszweck, -vermögen und -organisation.¹⁸ Öffentlich-rechtliche Stiftungen verfolgen öffentliche Zwecke und sind mit dem Staat, einer Gemeinde, einem Gemeindeverband oder einer sonstigen Körperschaft organisatorisch verbunden, so dass die Stiftung damit selbst zu einer öffentlichen Einrichtung wird, vgl. beispielsweise Art. 1 II bayStiftG. Grundlage der Errichtung der öffentlich-rechtlichen Stiftung ist der schriftliche Stiftungsakt, mit dem die Stiftung als öffentlich-rechtliche Stiftung errichtet wird

05.06.2008, GV NRW 2008, S. 710.

13 Vgl. die Übersicht unter <http://hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Studienangebot/studang-ws10.pdf>.

14 BayObLG NJW 1981, 249; Meyn/Richter/Koss, Die Stiftung, 2. Aufl. (2009), S. 53.

15 Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2007, S. 31.

16 Hof, in: Seifert/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. (2009), S. 120.

17 Mercker, in: Graf Strachwitz/Mercker, Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, 2005, S. 211 f.; Werner/Saenger, Die Stiftung, 2008, S. 208.

18 Alschier, Die Stiftung des öffentlichen Rechts, 2006, S. 117.

und ihr Name und Zweck (sowie ggf. Vermögen) gegeben wird. Die öffentlich-rechtliche Stiftung wird durch Verwaltungsakt oder Gesetz errichtet.¹⁹

Von dem Stiftungsakt zu unterscheiden ist grundsätzlich die Übertragung von Hoheitsaufgaben auf die Stiftung. Eine öffentliche Stiftung nimmt nicht kraft ihrer Entstehung Hoheitsaufgaben wahr. Diese sind gesondert auf sie durch Gesetz oder Verwaltungsakt zu übertragen.²⁰

Die organisatorische Regelung der Stiftung muss der Stifter treffen oder vorgeben. Wie bei der bürgerlich-rechtlichen Stiftung bedarf auch die öffentlich-rechtliche Stiftung daher einer Satzung; erst das Stiftungsgesetz und die auf ihm beruhende Stiftungssatzung geben der Stiftung ihre individuelle Daseinsordnung.²¹

4.2 Die Stiftung für Hochschulzulassung

Auf dieser Grundlage ist die Ausgestaltung der Stiftung für Hochschulzulassung und ihre Einbindung in das zentrale Vergabeverfahren im Wintersemester 2010/11 auf die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidungen zu prüfen.

4.2.1 *Stifter, Stiftungsakt und Zweck der Stiftung*

Die Bundesländer haben sich im Staatsvertrag vom 05.06.2008 auf die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung als Nachfolgeeinrichtung der ZVS geeinigt. Der Staatsvertrag selbst bzw. seine Ratifikation stellt jedoch noch nicht den Stiftungsakt in dem o. g. Sinne dar. Er zeichnet vielmehr die Grundzüge der Aufgaben der Stiftung auf länderübergreifender Ebene vor. Die Vorschriften für die wesentliche Aufgabenübertragung finden sich in Art. 2 und Art. 5 des Staatsvertrages. Hiernach übernimmt die zu errichtende Stiftung die Aufgaben im zentralen Vergabeverfahren, die früher der ZVS zufielen.

Stiftungsakt der Stiftung für Hochschulzulassung ist im nordrhein-westfälischen Landesrecht das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung für Hochschulzulassung“ vom 18.11.2008.²² Die Wirksamkeit dieses Errichtungsgesetzes knüpfte an die Ratifikation des Staatsvertrages aus dem Jahr 2008 an. Nachdem die Ratifikation des Staatsvertrages erst im April 2010 abgeschlossen werden konnte, entstand die Stiftung für Hochschulzulassung damit zum 01.05.2010.

Das erforderliche „Stiftungsfundament“ liegt damit vor. Mit der Beteiligung im zentralen Vergabesystem nimmt die Stiftung auch öffentliche Aufgaben wahr. Bedenken könnten hinsichtlich des Zwecks der Stiftung bestehen. Soweit die Stiftung ausdrücklich die Verwaltungsaufgaben der ZVS im zentralen Vergabeverfahren übernimmt, könnte sie als rein verwaltende Stiftung eine unzulässige Selbstzweckstiftung im Sinne einer „Stiftung für den Stifter“, d. h. das Land Nordrhein-Westfalen, darstellen.²³ Es wird argumentiert, dass eine Stiftung des öffentlichen Rechts nicht lediglich Verwaltungsaufgaben wahrnehmen darf, die auch der Staat übernehmen könnte oder müsste,

19 V. Campenhausen, in: Seifart/v. Campenhausen (Anm. 16), S. 527.

20 Alischer (Anm. 18), S. 130 ff., S. 145 f.

21 V. Campenhausen, in: Seifart/v. Campenhausen (Anm. 16), S. 524.

22 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung für Hochschulzulassung“ vom 18.11.2008, GV NRW 2008, S. 710.

23 Alischer (Anm. 18), S. 137 f.

da dies dem Wesen einer autonomen Stiftung fremd sei.²⁴ Nach Art. 4 I des Staatsvertrages ist die Stiftung jedoch nicht auf die Aufgaben im zentralen Vergabeverfahren beschränkt. Sie soll darüber hinaus (wie bereits zuvor die ZVS) als Service-Stelle für Hochschulen dienen, die ihr Bewerbungsverfahren einschließlich Bewerbungsportal im Internet über die Stiftung für Hochschulzulassung durchführen können. Von einer unzulässigen Selbstzweckstiftung ist damit nicht auszugehen.

4.2.2 *Stiftungsorganisation; fehlende Stiftungssatzung*

Bedenken bestehen jedoch hinsichtlich der Stiftungsorganisation, jedenfalls soweit die Vergabentscheidungen im Wintersemester 2010/11 betroffen sind.

4.2.2.1 *Grundzüge der Stiftungsorganisation in dem Errichtungsgesetz*

Die Grundzüge der Stiftungsorganisation werden durch das Errichtungsgesetz²⁵ vorgeben.

Name, Rechtsform und Sitz der Stiftung für Hochschulzulassung werden in § 1 des Errichtungsgesetzes geregelt. § 2 des Errichtungsgesetzes bestimmt die Stiftungszwecke, § 3 das Stiftungsvermögen. Die Stiftungsorgane bestimmt § 5 des Errichtungsgesetzes. Stiftungsorgane sind danach der Stiftungsrat, der Geschäftsführer sowie der Aufsichtsrat.

Dem Stiftungsrat gehören 16 Vertreter der Länder, 16 Vertreter der staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen und der Geschäftsführer der Stiftung mit beratender Stimme an. Er beschließt über die wesentlichen Angelegenheiten und die Verwirklichung der Stiftungszwecke und wählt den Geschäftsführer der Stiftung. Insbesondere ist der Stiftungsrat dazu berufen, wie der Verwaltungsausschuss der ZVS Empfehlungen für die von den Bundesländern zu erlassenen Vergabeverordnungen auszusprechen. In Angelegenheiten des Vergabeverfahrens sind allein die Ländervertreter stimmberechtigt, § 6 II 3 des Errichtungsgesetzes.

§ 7 regelt als weiteres Organ den Geschäftsführer. Der Geschäftsführer vertritt die Stiftung nach außen. Dem Aufsichtsrat nach § 8 werden insbesondere beratende und kontrollierende Funktionen zugewiesen.

4.2.2.2 *Fehlende Satzung zum Wintersemester 2010/11*

Das Errichtungsgesetz regelt die Grundzüge der Struktur der Stiftung und ihrer Tätigkeit. In verschiedenen Bestimmungen des Errichtungsgesetzes wird jedoch ausdrücklich auf die Stiftungssatzung verwiesen, die „das Nähere“ regeln soll. Dies gilt für die Tätigkeit des Stiftungsrats und insbesondere seine Einberufung nach § 6 VI des Errichtungsgesetzes, insbesondere aber für die Frage, inwieweit die Aufgaben der laufenden Geschäftsführung auf den Geschäftsführer nach § 7 IV des Errichtungsgesetzes übertragen werden können.

24 Alscher (Anm. 18), S. 137 f.

25 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung für Hochschulzulassung“ vom 18.11.2008, GV NRW 2008, S. 710.

Diese Stiftungssatzung sollte sich die Stiftung nach § 4 des Errichtungsgesetzes selbst geben. Dies ist zulässig.²⁶ Sie sollte vom Stiftungsrat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder beschlossen werden; sie bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrates und der ministeriellen Genehmigung. Zu ihrer Wirksamkeit ist ferner die Veröffentlichung im Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen erforderlich.

Diese Stiftungssatzung war weder zu dem Zeitpunkt des Versandes der Ablehnungsbescheide in der ersten Stufe des zentralen Vergabeverfahrens am 13.08.2010 noch zu dem Zeitpunkt des Versandes der Ablehnungsbescheide im Auswahlverfahren der Hochschulen am 23.09.2010 veröffentlicht.

Die Satzung wurde erst am 15.12.2010 im Ministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen veröffentlicht.²⁷ Sie füllt die Regelungslücken des Errichtungsgesetzes aus. Sie regelt in § 1 die Rechtsstellung und die Aufgaben der Stiftung. In §§ 2, 3 und 4 enthält sie detaillierte Regelungen zu der Wahl, der Tätigkeit und dem Zusammentreten von Stiftungsrat und Aufsichtsrat sowie zu der Rechtsstellung und dem Aufgabenbereich des Geschäftsführers entsprechend den Satzungsvorbehaltungen.

4.2.2.3 Folgen der fehlenden Satzung

Die Stiftung für Hochschulzulassung übte damit zum Wintersemester 2010/11 ohne Stiftungssatzung Hoheitsrechte aus.

Das OVG NRW hielt die fehlende Stiftungssatzung für unbedenklich und die Stiftung für Hochschulzulassung in ihrer Errichtung und Ausgestaltung ausreichend demokratisch durch den Staatsvertrag aus dem Jahr 2008, dessen Transformationsgesetze in den Bundesländern und das Errichtungsgesetz ausreichend demokratisch legitimiert.²⁸

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass das OVG NRW Fragen der demokratischen Legitimation des Vergabesystems an sich mit der Organisation der Stiftung für Hochschulzulassung verwechselt. Das Vergabesystem selbst mit seinen materiellen Regelungen ist durch die Ratifikationsgesetze der Bundesländer demokratisch legitimiert.

Entscheidend ist jedoch, dass die Stiftung für Hochschulzulassung nicht über eine Stiftungssatzung verfügte. Soweit durch das OVG NRW auf das Errichtungsgesetz verwiesen wird, geht diese Argumentation fehl: Das Errichtungsgesetz stellt den Stiftungsakt dar, nicht jedoch die Stiftungssatzung. Diese ist ein hiervon zu trennendes Innenrecht der Stiftung und für die Stiftungsorganisation maßgeblich.²⁹ Der Stiftung fehlte damit für ihre konkrete Tätigkeit eine Grundlage.

Der Hinweis auf die Vertretung der Bundesländer im Stiftungsrat und damit die mittelbare demokratische Legitimation der Stiftung überzeugt nicht. Denn wesentliche Organisationsfragen waren der Regelung in der Satzung vorbehalten geblieben. Inwieweit der Stiftungsrat beispielsweise die Aufgaben im zentralen Vergabeverfahren an den Geschäftsführer übertragen hatte, blieb für einen Außenstehenden jedenfalls im Wintersemester 2010/11 offen. Die Satzung, die insoweit das

26 V. Campenhausen, in: Seifart/v. Campenhausen (Anm. 16), S. 528.

27 Ministerialblatt des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen 2010, S. 873.

28 OVG NRW, Beschl. V. 21.12.2010 – 13 B 1557/10 u.a.

29 S. 4.1.

Nähere regeln sollte, war nicht vorhanden. Es stellten sich beispielsweise folgende Fragen: Wer betreut innerhalb der Stiftung das Antragsverfahren, d. h. prüft und bescheidet die Anträge? Welche Stelle innerhalb der Stiftung legt die Zahl der verfügbaren Studienplätze innerhalb der Quoten fest? Wer trifft z. B. bei Härtefällen die Ermessensentscheidungen?

Das OVG NRW leitete die Unbedenklichkeit der fehlenden Satzung aber auch daraus her, dass das Vergabeverfahren streng durchnormiert sei und kaum Ermessensentscheidungen offen lasse.³⁰ Daneben bestehet eine Rechtsaufsicht über die Stiftung für Hochschulzulassung mit Eingriffsbefugnissen.

Hierbei verkennt das OVG NRW jedoch den Unterschied der Stiftung für Hochschulzulassung und der ZVS. Letztere unterlag als Anstalt des öffentlichen Rechts einer umfassenden Fachaufsicht durch das Bundesland Nordrhein-Westfalen. Die ZVS war in diesem Sinne nach § 6 LOG NRW eine Landesoberbehörde, die einen eigenen Bestand an Personal und sachlichen Mitteln hatte. Die ZVS war damit im vollen Umfang in die Organisationsgewalt des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen eingegliedert, sofern nicht im Staatsvertrag aufgrund der bundesweiten Aufgabe der ZVS Einschränkungen erfolgten. Ihre Tätigkeit war damit demokratisch durch das Landesrecht und die Fachaufsicht legitimiert.

Bei einer Stiftung des öffentlichen Rechts handelt es sich dagegen um eine gegenüber dem Stifter verselbständigte juristische Person. Sie handelt, auch wenn sie einer Rechtsaufsicht unterliegt, autonom.

Voraussetzung für die Geltendmachung parlamentarischer Verantwortlichkeit ist Zurechenbarkeit, die in Organisationen über Zuständigkeit hergestellt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei mehrfach betont, dass der erforderliche Zurechnungszusammenhang vor allem durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt wird.³¹

Das Demokratieprinzip erfordert damit Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten. Demgegenüber ist die Stiftung eine zwingend autonome Person, weshalb sich Stiftungszweck, Bestand, Satzung und Geschäftstätigkeit der Stiftung nach ihrer Anerkennung der Disposition des Stifters grundsätzlich entziehen.

Die nach dem Demokratieprinzip erforderliche Rückkoppelung an das Staatsvolk kann nur gewährleistet werden, wenn die Stiftungsorganisation in dem Errichtungsakt und der Stiftungssatzung entsprechend gestaltet ist.³²

Die erforderliche demokratische Rückkoppelung ihrer Tätigkeit leitet die Stiftung damit aus ihrer Stiftungssatzung und ihrer Organisation ab. Die handelnden Organe sind demokratisch legitimiert, weil die Stiftungssatzung demokratisch legitimiert wurde. Dementsprechend sah das Errichtungsgesetz auch den Erlass der Stiftungssatzung nicht ohne demokratische Rückkoppelung vor: Die Stiftungssatzung bedurfte der ministeriellen Genehmigung und der Veröffentlichung im Ministerialblatt des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen.

30 OVG NRW, Beschl. V. 21.12.2010 – 13 B 1557/10 u.a.

31 BVerfGE 83, S. 60, 72; BVerfGE 93, 37, 66.

32 Fiedler, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, 2004, S. 196 f.

An dieser demokratischen Mitwirkung und Kontrolle fehlte es aber im Wintersemester 2010/11. Die in der Stiftung Handelnden wurden nicht auf der Grundlage einer demokratisch legitimierten Stiftungssatzung, die die Organisation der Stiftung verbindlich regelt, tätig.

Der Entscheidung des OVG NRW ist daher zu widersprechen: Das Demokratieprinzip ist insofern verletzt, als es dem Handeln der Stiftung für Hochschulzulassung im Wintersemester 2010/11 an einer vollständigen demokratischen Grundlage fehlte. Mangels Stiftungssatzung sind die Ablehnungsentscheidungen formell rechtswidrig.

4.2.3 Übertragung von Hoheitsrechten

Daneben tritt die Frage, ob der Stiftung für Hochschulzulassung überhaupt im Wintersemester 2010/11 wirksam Hoheitsrechte in Form der Vergabe von Studienplätzen und den Erlass von Ablehnungsentscheidungen übertragen worden sind.

Im April 2010 war der Ratifikationsvorgang des Staatsvertrages 2008 abgeschlossen. Einige Bundesländer änderten daraufhin schon im Mai 2010 ihre Vergabeverordnungen und benannten in ihnen anstelle der ZVS die Stiftung für Hochschulzulassung als Vergabestelle,³³ andere nahmen die Änderungen erst kurz vor Bewerbungsschluss am 15.07.2010 vor,³⁴ wieder andere wie das Bundesland Nordrhein-Westfalen dagegen verzichteten zum Wintersemester 2010/11 auf eine Neuregelung. In der letztgenannten Gruppe von Bundesländern war damit immer noch die ZVS zur Vergabe von Studienplätzen nach den Vergabeverordnungen berufen.

Das OVG NRW³⁵ verwies darauf, dass die Stiftung für Hochschulzulassung die Rechtsnachfolgerin der ZVS sei. Der ZVS zugewiesene Aufgaben gingen automatisch auf sie über. Es sei daher unbeachtlich, wem die Vergabeverordnungen die Aufgaben im Zentralen Vergabeverfahren zuwiesen.

Allerdings hielt das OVG NRW in seiner Entscheidung³⁶ für das Vergabeverfahren im Wintersemester 2010/11 noch die Regelungen des Staatsvertrages für das Jahr 2006 für anwendbar. Es führte zu diesem nur am Rande behandelten Aspekt aus:

„[...] Der Beginn des Vergabeverfahrens ist in den Vergabeverordnungen nicht geregelt. Dieses beginnt nach seiner sich aus den Vergabeverordnungen ergebenden Natur allerdings nicht erst mit Ablauf der Bewerbungsfrist, was im vorliegenden Fall nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VergabevVO für die sogenannten Altabiturienten mit Ablauf des 31. Mai 2010 der Fall gewesen wäre, sondern jedenfalls bereits mit Versendung des sogenannten „zvs-Infos“ (nunmehr: „hochschulSTART.de“). Denn dieses dient unter anderem dazu, die von der Antragsgegnerin nach § 3 Abs. 6 Satz 1 und 2 VergabevVO zu bestimmende Form des Zulassungsantrags und der beizufügenden Unterlagen zu bestimmen (st. Rspr., vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 11. Februar 2000 – 13 B 203/00 –, 14. Dezember 1994 – 13 B 2874/94 – und vom 11. Februar 1980 – 16 B 1643/79 –, n.v.; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12. Oktober 2010 – 6z L 932/10 –, juris; vgl. auch Preisner, Die rechtlichen Grundlagen der Studienplatzvergabe durch die ZVS in NRW seit dem Wintersemester 2000/2001, in: NWVBl. 2001, 329 (334).“

33 Z. B. Berlin: VergabevVO Stiftung, erlassen zum 18.05.2010, GBl. 2010, 269; Hamburg: Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung vom 25.05.2010, HmbGVBl. 2010, 390.

34 Z. B. Niedersachsen: Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung vom 14.07.2010, Nds. GVBl. 2010, 261.

35 OVG NRW, Beschl. V. 21.12.2010 – 13 B 1557/10 u.a.

36 OVG NRW, Beschl. V. 21.12.2010 – 13 B 1557/10 u.a.

Das für das Wintersemester 2010/11 maßgebliche „zvs-Info“ („hochschulSTART.de“) entspricht nach den auf Seite 4 gemachten Angaben dem Informationsstand vom 19. März 2010, es wurde jedenfalls vor dem Inkrafttreten des StaatsV 2008 am 1. Mai 2010 an interessierte Studienbewerber und Institutionen versandt.

Der danach für das Vergabeverfahren zum Wintersemester 2010/11 (wohl letztmalig) weiter anwendbare StaatsV 2006 stimmt hinsichtlich der materiellen Zulassungskriterien im Wesentlichen mit dem StaatsV 2008 überein; das im StaatsV 2006 geregelte Verteilungsverfahren (Art. 10) ist mit Inkrafttreten des StaatsV 2008 entfallen. [...“

Damit entsteht aber ein offener Widerspruch: Die Stiftung für Hochschulzulassung wurde erst auf der Grundlage des Staatsvertrages 2008 in das Vergabesystem eingebunden. In einem auf dem Staatsvertrag 2006 beruhenden Vergabesystem ist sie nicht vorgesehen; insoweit wurden ihr keine Hoheitsrechte übertragen. Stillschweigend wendet das OVG NRW damit eine Mischung aus beiden Staatsverträgen in formeller und materieller Hinsicht an. Hinzu treten die Vergabeverordnungen der Bundesländer, die teilweise noch dem Staatsvertrag 2006 entsprechen, in anderen Fällen auf den Staatsvertrag 2008 beruhen.

Unabhängig von den materiellen Regelungen erfordert das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III, 28 I GG, dass Normen auch inhaltlich hinreichend klar gefasst sind, um dem Bürger zu gestatten, sich ein eigenes Bild von seiner Rechtslage zu machen.³⁷ Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Auf welcher Grundlage die Stiftung für Hochschulzulassung in das Vergabeverfahren eingebunden wurde und entscheidet, ist nicht klar nachvollziehbar.

Soweit der Stiftung für Hochschulzulassung damit bereits für das Wintersemester 2010/11 Hoheitsrechte übertragen worden sind, wurde das Rechtsstaatsprinzip in Form des Prinzips der Normenklarheit verletzt. Der Entscheidung des OVG NRW ist damit zu widersprechen.

4.2.4 Zusammenfassung

Die Einbindung der Stiftung für Hochschulzulassung in das Vergabeverfahren im Wintersemester 2010/11 war mangels Stiftungssatzung und mangels wirksamer Übertragung von Hoheitsrechten rechtswidrig.

5 Rechtsfolgen

Damit stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Hierbei ist zwischen den Ablehnungsbescheiden vom 13.08.2010, die die Stiftung für Hochschulzulassung in eigenem Namen versandte, und denen vom 23.09.2010, die die Stiftung als „Botin“ der Hochschulen übersandte, zu unterscheiden.

5.1 Rechtswidrigkeit der Ablehnungsbescheide vom 13.08.2010

Das VG Gelsenkirchen³⁸ und das OVG NRW³⁹ lehnen jedenfalls in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hinsichtlich der Ablehnungsbescheide der Stiftung für Hochschulzulassung in der

37 BVerfGE 20, 150, 158 f.; 21, 75, 79; 21, 245, 261; 31, 255, 264.

38 VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 08.10.2010 – Az.: 6 L 1064/10 u.a.

39 OVG NRW, Beschl. v. 21.12.2010 – Az.: 13 B 1557/10 u.a.

ersten Stufe des Vergabeverfahrens einen durchsetzbaren Zulassungsanspruch des Studienplatzbewerbers ab, selbst wenn das Handeln der Stiftung für Hochschulzulassung rechtswidrig wäre.

Begründet wird diese Rechtsansicht mit der Überlegung, dass jedenfalls die materiellen Vergabevorschriften aus dem Staatsvertrag 2006 oder 2008 und den zugehörigen Vergabeverordnungen rechtmäßig seien. Eine Rechtswidrigkeit der Ablehnungsentscheidungen schlage damit materiell nicht durch. Jeder Antragsteller bzw. Kläger hätte darlegen müssen, dass er in den entsprechenden Quoten zuzulassen sei, da das Gericht selbst bei Annahme der Rechtswidrigkeit der Ablehnungsentscheidungen die materiellen Vergabekriterien hätte anwenden müssen. Im Übrigen sei selbst ein rechtswidriges Vergabesystem für eine Übergangszeit zu akzeptieren.

Eine derartige Rechtsprechung wird jedoch den von dem BVerfG vorgegebenen Anforderungen an ein zentrales Vergabeverfahren nicht gerecht. Im Mittelpunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht steht nämlich nicht die Notwendigkeit eines zentralen Vergabeverfahrens, sondern die Bedeutung des Grundrechts der Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 I 2 GG für den Einzelnen. Es ist daher von der Berechtigung eines jeden Hochschulbewerbers auszugehen, das von ihm gewählte Hochschulstudium durchzuführen, wenn er die für dieses Studium erforderliche Qualifikation nachweist und Studienplätze vorhanden sind.⁴⁰ Zulassungsbeschränkungen sind nur unter strengen formellen und materiellen Voraussetzungen zulässig und bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.⁴¹

Von besonderer Relevanz ist in diesem Zusammenhang der vom Bundesverfassungsgericht auch im Bereich der Berufs- und Ausbildungsfreiheit stets betonte Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren: Das Bundesverfassungsgericht hat hervorgehoben, dass Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und dass die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.⁴²

Die strengen formellen Voraussetzungen, die einem Zulassungsanspruch des Studienplatzbewerbers entgegen gehalten werden könnten, sind in dem zentralen Vergabeverfahren des Wintersemesters 2010/11 nicht erfüllt: Über seinen Studienplatzanspruch hat eine nicht wirksam in das zentrale Vergabeverfahren eingebundene Stelle ohne hinreichende demokratische Legitimation entschieden. Mithin kann dem Zulassungsanspruch des Studienplatzbewerbers nicht entgegen gehalten werden, dass er nach materiellen Kriterien – aus dem Staatsvertrag 2006 oder 2008? – weiter auf einen Studienplatz warten müsste. Unter Berücksichtigung dieser formellen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts sowie des Gedankens des Grundrechtsschutzes durch Verfahren verletzt die Argumentation des VG Gelsenkirchen und des OVG NRW das Grundrecht aus Art. 12 I 2 GG.

Dem unmittelbaren Zulassungsanspruch der Studienplatzbewerber, die Klage gegen den Ablehnungsbescheid erhoben haben, kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass zwischenzeitlich die Studienplätze anderweitig vergeben worden seien. Entsprechende Anträge auf Erlass einstweiliger Sicherungsanordnungen zu dem Stopp des zentralen Vergabeverfahrens im Wintersemester 2010/11 hat das VG Gelsenkirchen mit der Argumentation zurückgewiesen, dass im Hochschulzulassungsrecht die Vergabe eines rechtswidrig abgelehnten Studienplatzbewerbers nicht mit der

40 BVerfGE 33, 303, 331 f.

41 BVerfGE 33, 303 ff.; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 08.10.2010 – 6 L 1064/10 m. w. N.

42 BVerfGE 53, 30, 65.

Argumentation versagt werden könne, dieser habe zuvor keine Sicherungsmaßnahmen zur Sicherung eines Studienplatzes unternommen. Es fehlte daher an einem Anordnungsgrund.⁴³ Die Entscheidung wurde in der Beschwerdeinstanz bestätigt.⁴⁴ Damit kann ein Studienplatz in der Hauptsache noch erstritten werden.

Ein Zulassungsanspruch der Studienplatzbewerber des Wintersemesters 2010/11, die den Ablehnungsbescheid vom 13.08.2010 angefochten haben, ist damit zu bejahen. Der Entscheidung des OVG NRW ist zu widersprechen.

5.2 Ablehnungsbescheide vom 23.09.2010

In der zweiten Stufe des Auswahlverfahrens wurde die Stiftung für Hochschulzulassung lediglich als „Botin“ der Universitäten tätig. Allerdings ist zu beachten, dass diejenigen Studienplätze, die nicht in der Abitur- oder Wartezeitquote durch die Stiftung für Hochschulzulassung vergeben worden sind, durch die Hochschulen im Auswahlverfahren vergeben werden, § 10 I 1 Nr. 3 Staatsvertrag 2008.

Die von der Stiftung für Hochschulzulassung getroffenen Zulassungsentscheidungen auf der 1. Stufe waren jedoch rechtswidrig. Dementsprechend wären weitaus mehr Studienplätze im Auswahlverfahren der Hochschulen zu vergeben als durch die Hochschulen erfolgt. Die Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidungen auf der 1. Stufe schlägt damit auf die 2. Stufe durch.

6 Fazit

Aufgrund der fehlenden Stiftungssatzung und der mangelnden normativen Einbindung in das Vergabeverfahren des Wintersemesters 2010/11 sind die Ablehnungsentscheidungen der Stiftung für Hochschulzulassung rechtswidrig. Bei der Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung im Bildungswesen mit Hoheitsrechten sind künftig die Anforderungen an die Ausgestaltung dieser Rechtsform ebenso zu beachten wie eine rechtzeitige und hinreichend konkrete Aufgabenübertragung.

Verf.: Dirk Ulrich Naumann zu Grünberg, Naumann zu Grünberg Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, Schwerpunktkanzlei für Hochschul-, Berufs- und Prüfungsrecht, Rothenbaumchaussee 38, 20148 Hamburg, E-Mail: info@uni-recht.de

43 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11.08.2010 – 6 L 856/10.

44 OVG NRW, Beschl. V. 17.08.2010 – 13 B 1070/10.