

Nachfrageorientierte Steuerung der Studienangebote

Rechtsgutachten

IMPRESSUM

- Herausgeber: CHE Centrum für Hochschulentwicklung,
Gütersloh
- Verfasser: Professor Dr. Winfried Kluth
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
- Kontaktadresse: Dr. Christian Berthold
CHE Centrum für Hochschulentwicklung
Carl-Bertelsmann-Str. 256
33311 Gütersloh
Fon 05241/976151
Fax 05241/976140
E-mail: christian.berthold@che.de
- Druck: Druck und Beschriftung Setter,
Rietberg

Gütersloh, Oktober 2001

Gliederung und Inhaltsverzeichnis

Gliederung und Inhaltsverzeichnis	2
Einleitung	6
I. Fragestellung des Gutachtens	9
II. Gang der Untersuchung	10
1. Kapitel: Die gegenwärtige Rechtslage bei der Studienplatzvergabe	12
I. Verfassungsrechtliche Determinanten der Bereitstellung und Vergabe von Studienplätzen	12
A) Die Bereitstellung von Studienplätzen als staatliche Aufgabe	12
B) Vergabe von Studienplätzen nach der Numerus-Clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	14
1. Die zentralen Aussagen der Numerus-Clausus-Entscheidung	14
2. Umsetzung der Vorgaben durch Bund und Länder	16
II. Grundsätze des Kapazitätsrechts	18
A) Grundsätze der Kapazitätsermittlung	18
1. Die Berechnung der personellen Kapazität (§§ 6 ff. KapVO)	19
2. Berücksichtigung des Ausbildungsaufwandes - Curricularnormwerte	20
3. Überprüfungstatbestände	21
B) Das Gebot der Kapazitätserschöpfung	22
C) Möglichkeiten und Methoden des Kapazitätsabbaus	24
1. Die Methode der Stellenverlagerung und des Stellenabbaus	26
2. Die Änderung des Ausbildungsrechts	27
3. Änderung des Kapazitätsrechts	27
4. Umwidmung vorhandener Kapazitäten	28
5. Schließung von Studiengängen	28
a) Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG , Art. 12 GG	29
b) Rechtmäßigkeit der staatlichen Umstrukturierungsmaßnahmen	30
6. Neuere Methoden des Kapazitätsabbaus	31
7. Zusammenfassung	32

III. Auswirkungen des Kapazitätsrechts auf die Gestaltungsfreiheit und die Wettbewerbstauglichkeit der staatlichen Hochschulen	33
A) Auswirkungen auf die Lehrfreiheit	34
B) Auswirkungen auf die Forschungsfreiheit	35
C) Auswirkungen auf das universitäre Selbstverwaltungsrecht	36
2. Kapitel: Struktureller Wandel und Einführung von Wettbewerb im Hochschulbereich	37
I. Hochschulreform als gesetzgeberische Aufgabe und hochschulpolitisches Anliegen	37
II. Die Forderung nach einer stärkeren Leistungs- und Wettbewerbsorientierung der Hochschulen – Voraussetzungen ihrer Realisierung	38
3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für ein wettbewerbs-taugliches Alternativkonzept zur KapVO	43
I. Rekonstruktion der verfassungsrechtlichen Grundlagen einer staatlichen Pflicht zur (ausreichenden) Bereitstellung von Studienplätzen	43
A) Bedeutung der verfassungsrechtlichen Zuordnung der Bereitstellungspflicht	43
B) Die einzelnen Begründungsvarianten	44
1. Art. 12 Abs. 1 GG	45
a) Garantie der Ausbildungsfreiheit und Studienzulassung	45
b) Grundrechtsdogmatische Anforderungen an die Ableitung von Leistungsrechten aus Freiheitsgrundrechten	47
c) Grundrechtsausübung ermöglichende Leistungen oberhalb des Mindeststandards	54
d) Die planungsrechtliche Ausgestaltung grundrechtsrelevanter staatlicher Leistungen und ihre Einbettung in die Grundrechtsdogmatik	55
2. Art. 12 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Sozialstaatsprinzip	58
C) Konsequenzen für Inhalt, Ausgestaltung und Grenzen des Individualanspruchs auf Bereitstellung eines Studienplatzes	59
II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen System- und Strukturwechsel im Recht der Studienplatzvergabe	60
A) Absehbare Auswirkungen eines Systemwechsels	60
B) Beispiele für verfassungsrechtliche Anforderungen an Systemwechsel aus anderen Bereichen	61
C) Ableitung von Kriterien für einen Systemwechsel im Kapazitätsrecht	64
1. Übertragbarkeit der Kriterien	64
2. Qualifizierung der betroffenen Rechtspositionen	64
3. Das Gebot einer bundeseinheitlichen Kapazitätsausnutzung als verfassungsrechtliches Hindernis für einen Systemwechsel	65

4. Anforderungen an die neu zu schaffende Rechtslage	66
4. Kapitel: Anforderungen an Inhalt und Struktur eines alternativen Regelungsmodells	68
I. Gründe für einen Systemwechsel	68
A) Sicherung der Leistungs- und internationalen Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Hochschulwesens	68
B) Berücksichtigung besonderer Ausbildungsinteressen	68
C) Berücksichtigung besonderer Forschungsinteressen	69
D) Interesse der Steuerzahler an einem effizienten und effektiven Einsatz öffentlicher Mittel	69
II. Schaffung von Gestaltungsspielräumen durch Übergang von einer Erfüllungszu einer Gewährleistungsverantwortung	69
A) Erfüllungs-, Gewährleistungs- und Rahmenverantwortung als alternative Formen staatlicher Aufgabenwahrnehmung unter dem Grundgesetz	69
B) Besonderheiten der Einführung einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Kapazitätsbestimmung	71
III. Reichweite des Parlamentsvorbehalts	72
A) Determinanten der Lehre vom Parlamentsvorbehalt	72
B) Anwendung der Grundsätze auf die Neuregelung des Kapazitätsrechts	74
1. Grundrechtsrelevanz der Maßnahme	75
2. Demokratische Legitimation der Hochschulen	75
3. Sachverstand und funktionsgerechte Struktur der Hochschulen	76
4. Wettbewerb als Verfahren der Gemeinwohlkonkretisierung	76
5. Folgerungen	78
5. Kapitel: Gegenstand und Reichweite notwendiger gesetzlicher Regelungen	80
I. Notwendiger Gegenstand der materiellen gesetzlichen Regelungen	80
A) Festlegung der berücksichtigungsfähigen Belange	80
1. Funktion der Belange und ihrer Festlegung	80
2. Zuweisung der Regelungszuständigkeit	80
3. Inhaltliche Bestimmung der zu berücksichtigenden Belange	81
B) Festlegung der normativen Steuerung der planerischen Abwägung	83
1. Planungsrechtliche Kategorien der Steuerung des Abwägungs- und Entscheidungsvorgangs	83

2. Umsetzung für den Bereich der Planung von Studienplatzangebot und Betreuungsrelationen	84
a) Argumentationsansatz	84
b) Strikte normative Vorgaben	84
c) Optimierungsgebote	85
d) Planungsleitlinien	85
e) Ergänzende Vorgaben durch Landesrecht	86
II. Gesetzliche Festlegung des einzuhaltenden Verfahrens	86
III. Zuständigkeitsverteilung zwischen Land und Hochschulen	86
6. Kapitel: Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Planung von Studien- platzangebot und Betreuungsrelationen	89
I. Das Verfahren der bundesweit-föderalen Koordination zwischen den Ländern	89
II. Das Verfahren der landesinternen Koordination und der Einsatz von Zielvereinbarungen	90
A) Beteiligte der landesinternen Koordination	91
B) Der Einsatz von Zielvereinbarungen	91
1. Die Zielvereinbarung als hochschulrechtliches Handlungsinstrument	91
2. Vorgaben für Zielvereinbarungen zur Festlegung der Zulassungszahlen	95
a) Eignung von Zielvereinbarungen zur Festlegung von Zulassungszahlen	95
b) Verfahren zum Abschluss einer Zielvereinbarung zu Zulassungszahlen	95
c) Materielle Anforderungen an Zielvereinbarungen zu Zulassungszahlen	96
d) Laufzeit, Veröffentlichung und ex-post-Kontrolle einer abgeschlossenen Zielvereinbarung	97
e) Verfahren bei Einigungsschwierigkeiten	98
Zusammenfassung der Ergebnisse	99

Einleitung

Das deutsche Hochschulsystem sieht sich in den letzten Jahren zunehmend neuen Herausforderungen und Kritiken ausgesetzt:

- Durch die europäische¹ und weltweite Öffnung des Bildungs- und Forschungsmarktes entsteht schrittweise ein internationaler Wettbewerb zwischen Hochschulen, der auch ein Wettbewerb um (die besten) Studenten ist.
- Im Zuge der allgemeinen Diskussion um eine Steigerung der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung (New Public Management, Neues Steuerungsmodell)² und die gleichzeitigen Bemühungen um Konsolidierung bzw. Kürzung der öffentlichen Haushalte sind auch die Hochschulen der Forderung nach einer Reform ihrer Steuerungsmechanismen ausgesetzt. Die Einführung von Globalhaushalten, Budgetierung³, Zielvereinbarungen⁴, leistungsbezogener Mittelzuteilung, der Übergang von der Rektorats- zu einer Präsidial- und Beiratsverfassung zur stärkeren Einbindung externen Sachverständigen in das Hochschulmanagement sowie die Forderung nach mehr Flexibilität bei der

¹ Unter anderem als Folge der gegenseitigen Anerkennung von Hochschul- und anderen Ausbildungsabschlüssen, wodurch vor allem kürzere oder qualifiziertere Ausbildungen an anderen europäischen Hochschulen eine Alternative zum Hochschulstudium in Deutschland darstellen. Zu den europarechtlichen Grundsatzfragen vgl. Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EUV und EGV, 1999, Art. 52 Rdnr. 7 ff. Zu einem konkreten Beispiel vgl. Fischer, Die Kollision von nationalem Berufsrecht mit der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 61 ff.

² Dazu Übersichten bei Hill, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 65 ff.; König, DÖV 1995, 367 ff.; Schedler/Proeller, New Public Management, 2000.

³ Zu beiden Modellen: Rüter, DÖV 1997, 908 ff.; Pitschas, DÖV 1998, 907 ff.; Schmid, ThürVBl. 1998, 52 ff. und 178 ff.

⁴ Dazu Wallerath, DÖV 1997, 57 ff.; Trute, WissR 2000, 134 ff.

Studentenauswahl⁵ und Professorenbesoldung⁶ sind Beispiele für diese Entwicklung.⁷ Teilweise haben sich diese Forderungen bereits in definitiven oder experimentellen Regelungen der Landeshochschulgesetze niedergeschlagen.⁸

Im Zentrum der meisten dieser Forderungen und Konzeptionen steht der Gedanke, dass die Hochschulen stärker als bisher leistungs- und wettbewerbsorientiert agieren sollen. Davon erhofft man sich eine bessere Nutzung des finanziellen Input, verbunden mit der Möglichkeit seiner mittel- oder langfristigen Kürzung, aber in einem unterfinanzierten Hochschulsystem mit dem Ziel der Steigerung des qualitativen und quantitativen Output in Forschung und Lehre.

Fixiert man die Aufmerksamkeit auf die Forderung nach Wettbewerb und Leistungsorientierung, so wird damit auf ein marktwirtschaftliches Modell rekuriert, das an eine Reihe von spezifischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen geknüpft ist. Eine zentrale Voraussetzung ist dabei die Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer zur Gestaltung ihrer Produkte und Produktionsbedingungen, denn in diesen Bereichen werden in der Regel die Grundlagen für Leistungswettbewerb geschaffen. Bei privatautonom agierenden Marktteilnehmern ist diese Gestaltungsfreiheit in einer freiheitlichen Verfassungsordnung, wie denen des Grundgesetzes und der Europäischen Union, allenfalls durch punktuelle gesetzliche Rahmenvorgaben beschränkt. Grundsätzlich können sie frei agieren. Dies ist indes bei den Hochschulen anders, da ihr Verhalten in zentralen Bereichen durch gesetzliche bzw. faktische Vorgaben des Bundes und der Länder

⁵ Dazu Überblick und weitere Nachweise bei Meyer/Müller-Böling (Hrsg.), Hochschulzugang in Deutschland – Status quo und Perspektiven, 1996.

⁶ Übersicht zu den diskutierten Modelle bei Battis, ZBR 2000, 253 ff.; Hartmer, ZBR 1999, 217 ff.; allgemein zur Modernisierung der Besoldungstechniken Summer, ZBR 2000, 298 ff.

⁷ Im weiteren Sinne gehört auch die Diskussion um Studiengebühren zu dieser Thematik.

fremdbestimmt ist. Dies gilt nicht nur für die Zuweisung finanzieller Mittel außerhalb der Drittmittel, sondern weitgehend auch für die Gestaltung der Studienangebote und die Zuweisung von Studierenden. Vor allem im Bereich der zulassungsbeschränkten Studiengänge ist den einzelnen Hochschulen genau vorgegeben, wie viele Studierende sie aufzunehmen haben. Durch das sogenannte Kapazitätsrecht ist den Hochschulen in einem wesentlichen Bereich der Gestaltung von Studienangeboten, nämlich bei den sogenannten Betreuungsrelationen, jegliche Gestaltungsfreiheit genommen. Da im internationalen Vergleich und auch im Vergleich zu den inzwischen zahlreicher auftretenden privaten Hochschulen in diesem Punkt ein zentraler Wettbewerbsfaktor zu erblicken ist, stellt sich die Frage nach Alternativen zur geltenden Rechtslage, in deren Zentrum die Kapazitätsverordnung steht.

Die Suche nach Alternativen zur Kapazitätsverordnung steht indes unter einem wichtigen Vorbehalt: der verfassungsrechtlichen Disponibilität der in ihr getroffenen Regelung. Diese ist fraglich angesichts des Umstandes, dass das geltende Kapazitätsrecht in wesentlichen Teilen Vorgaben umsetzt, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Numerus-Clausus-Urteil vom 18. Juli 1972⁹ entwickelt und in weiteren Entscheidungen ausgebaut hat. Daraus folgt, dass einer Neuorientierung in diesem Bereich eine Vergewisserung über die verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielräume vorausgehen muss.

⁸ Siehe dazu die Übersicht im 2. Kapitel unter I.

⁹ BVerfGE 33, 303 ff. Eingehende Darstellung im Lichte des vorliegenden Kontextes bei Bahro/Berlin/Hübenthal, Das Hochschulzulassungsrecht, 3. Aufl. 1994, S. 8 ff.

I. Fragestellung des Gutachtens

Vor dem Hintergrund der geschilderten Situation hat das Centrum für Hochschulentwicklung (CHE) das vorliegende Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, dessen Aufgabe es vor allem ist, die verfassungsrechtliche Möglichkeit einer Abkehr von der Kapazitätsverordnung sowie die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einer Neuregelung zu untersuchen, die den Hochschulen größere Gestaltungsspielräume eröffnet und damit einen Wettbewerb auch in diesem Bereich ermöglicht.

Im Einzelnen soll das Gutachten folgende Fragen behandeln:

- a) Lassen die bekannten Verfassungsgerichtsurteile mit ihren vier Doktrinen mehr Spielraum im Sinne des Ziels der Ermöglichung von Wettbewerb, als es die gegenwärtige Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Ansprüche durch die Kapazitätsverordnung zur Zeit gewährt? Wenn dies der Fall sein sollte, wäre die Anschlußfrage zu prüfen, wo die Grenzen einer „liberaleren“ Regelung liegen.
- b) Wie müssten, falls diese Urteile den gewünschten Spielraum nicht eröffnen, entsprechende Verfahren ausgestaltet sein, damit sie verfassungskonform bleiben, selbst wenn man eine neue Interpretation der einschlägigen Verfassungsvorgaben durch das Gericht als möglich unterstellt? Anders formuliert: wo liegen die vom Grundgesetz vorgezeichneten Grenzen, unabhängig von den geltenden Urteilen?

II. Gang der Untersuchung

Entsprechend der Aufgabenstellung nimmt die Untersuchung folgenden Gang:

Im 1. Kapitel wird zum Zweck der Vergewisserung über die verfassungs- und einfachrechtliche Ausgangslage die gegenwärtige Rechtslage bei der Studienplatzvergabe dargestellt, wobei dem Gesichtspunkt der Festlegung der Betreuungsrelationen besondere Aufmerksamkeit gilt. Zudem werden die Auswirkungen des geltenden Kapazitätsrechts auf die Gestaltungsfreiheit und die Wettbewerbstauglichkeit der Hochschulen untersucht.

Kapitel 2 geht sodann auf den strukturellen Wandel im Hochschulbereich ein, der seit einiger Zeit durch den zunehmenden tatsächlichen Wettbewerb wie auch die Einführung des Wettbewerbsgedankens als leistungssteigerndes Strukturprinzip des Hochschulwesens ausgelöst worden ist.

Das 3. Kapitel ist den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für ein wettbewerbstaugliches Alternativkonzept zur Kapazitätsverordnung gewidmet. Die Grundlage der Überlegungen bildet der Versuch einer Rekonstruktion der verfassungsrechtlichen Grundlagen der staatlichen Pflicht zur Bereitstellung von Studienplätzen vor dem Hintergrund der neueren Erkenntnisse und Entwicklungen im Bereich der Grundrechtsdogmatik. Im Mittelpunkt steht dabei die Einbeziehung planungsrechtlicher Abwägungsmodelle, die ihrerseits Folgen für die Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen der „Bewirtschaftung“ von Studienplätzen bzw. der vorhandenen personellen und sachlichen Mittel zeitigen. Als zweiter verfassungsrechtlicher Aspekt werden anschließend die allgemeinen Anforderungen an einen System- und Strukturwechsel in einem Rechtsbereich sowie ihre besonderen Auswirkungen auf den Bereich der Festlegung der Betreuungsrelationen erörtert. Es werden die Anforderungen an die neu zu schaffende Rechtslage abstrakt festgestellt und formuliert.

An dieses Ergebnis anknüpfend werden im 4. Kapitel die Anforderungen an Inhalt und Struktur eines alternativen Regelungsmodells im Einzelnen untersucht bzw. entwickelt. Dabei wird zunächst nach den Gründen für den Systemwechsel und ihrer verfassungsrechtlichen Valenz gefragt. Anschließend wird als organisationsrechtlicher Rahmen für den Systemwechsel das Konzept der Gewährleistungsverantwortung vorgestellt sowie die Reichweite des Parlamentsvorbehalts untersucht, woraus sich der Gestaltungsspielraum der Exekutive ergibt. In diesem Zusammenhang werden dann die genauen Rahmenbedingungen für die Zuständigkeitsverteilung zwischen (Bundes- oder Landes-) Gesetzgeber, Landesverwaltung (Ministerium) und Hochschule ermittelt.

Auf der Grundlage der damit getroffenen materiell-rechtlichen und kompetenziellen Feststellungen wird im 5. Kapitel auf die verfahrensrechtlichen Aspekte eingegangen.

Eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse beschließt die Untersuchung.

1. Kapitel: Die gegenwärtige Rechtslage bei der Studienplatzvergabe

I. Verfassungsrechtliche Determinanten der Bereitstellung und Vergabe von Studienplätzen

A) *Die Bereitstellung von Studienplätzen als staatliche Aufgabe*

Das Hochschulwesen ist in Deutschland traditionell durch die staatlichen Hochschulen geprägt und beherrscht. Von den 315 in Deutschland bestehenden Hochschulen befinden sich 41 in kirchlicher und 35 in privater Trägerschaft.¹⁰ Dabei hat die Gründung privater Hochschulen erst in den letzten Jahren etwas zugenommen, wobei es sich im Regelfall jedoch nicht um Volluniversitäten im herkömmlichen Sinne, sondern um Anbieter spezialisierter Einzelstudiengänge handelt.¹¹ Dieser Befund wird dadurch verdeutlicht, dass an den privaten Hochschulen nur 2% der Studierenden eingeschrieben sind. Zu beobachten sind in jüngerer Zeit zudem privatrechtliche Neugründungen, die von staatlichen Hochschulen, teilweise in Kooperation mit anderen staatlichen oder privaten Einrichtungen initiiert werden.¹² Auch sie richten sich mit stark spezialisierten Studienangeboten an eine relativ kleine Klientel.

Der auch historisch bis in die Gründungszeiten hinein¹³ eindeutige Befund, dass sich Hochschulen in Deutschland trotz einiger Ansätze zu alternativen Entwicklungen vorwiegend¹⁴ in staatlicher Trägerschaft

¹⁰ Zahlen nach dem Hochschulkompass der HRK, abrufbar unter <http://www.hochschulkompass.hrk.de>.

¹¹ Insbesondere in den Bereichen Wirtschaft, Management und neue Medien.

¹² Dazu findet sich eine Übersicht bei Hans-Uwe Erichsen, Zulässigkeit, Grenzen und Folgen der Hochschulprivatisierung, Gutachten im Auftrag des CHE, 2000, S. 41 ff.

¹³ Anders als etwa in Italien waren die Universitäten in Deutschland durchweg Gründungen der Landesherrn und der Städte. Vgl. Roellecke, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 3 ff. sowie Erichsen, (Fn. 13), S. 71 ff.

¹⁴ Erichsen, (Fn. 13), S. 70 unter Verweis auf BVerfGE 35, 79 (115) spricht von einem faktischen Monopol.

befinden, wird durch entsprechende Normen des Grundgesetzes sowie eine daran anknüpfende Gesetzgebung und Staatspraxis normativ unterfangen. Exemplarisch kann insoweit auf folgende Regelungen verwiesen werden:¹⁵

- Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG qualifiziert den Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken als Gemeinschaftsaufgabe von Bund und Ländern.
- Art. 91a Abs. 2 GG ergänzt diese Regelung durch die Grundsatzgesetzgebungsbefugnis des Bundes für diesen Bereich.
- Nach Art. 91b GG können Bund und Länder zudem auf Grund von Vereinbarungen bei der Bildungsplanung und bei der Förderung von Einrichtungen und Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung von überregionaler Bedeutung zusammenwirken.¹⁶
- Ebenfalls an den faktischen Befund anknüpfend heißt es in § 58 Abs. 1 HRG, dass die Hochschulen „Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen“ sind und ihnen das „Recht der Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze“ zusteht.
- Die damit angesprochene Selbstverwaltungsgarantie als genuin staatsorganisationsrechtliche Kategorie¹⁷ findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage in den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen¹⁸.

¹⁵ Detaillierte Darstellung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen im Hochschulbereich bei Krüger, Hochschule in der bundesstaatlichen Verfassungsordnung, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, Bd. 1, S. 160 ff.

¹⁶ Die Regelung hat jedoch für die Hochschulen nur eine geringe praktische Bedeutung.

¹⁷ Dazu näher Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 12 ff.

¹⁸ Überblick bei Kluth, (Fn. 18), S. 517. Teilweise wird das Selbstverwaltungsrecht auch aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitet, siehe dazu Kluth, (Fn. 18), S. 512 f.

- Hinzuweisen ist schließlich auf die Besonderheit, dass nicht nur die Institution Hochschule in staatlicher Trägerschaft steht, sondern die damit verbundene Ausübung von Forschung und Lehre jedenfalls in den staatlichen Hochschulen durch staatliche Amtswalter wahrzunehmen ist. Das hat zur Folge, dass es hier ausnahmsweise eines Grundrechtsschutzes für staatliche Aufgabenwahrnehmung bedarf, wenn das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG nicht weitgehend leerlaufen soll. Aus diesem Grunde wird Art. 5 Abs. 3 GG auch als „Funktionsgrundrecht“ bezeichnet.¹⁹ Dies hat wiederum zur Folge, dass ausnahmsweise auch im staatlichen Bereich grundrechtlich getragene Freiheit und „Spontaneität“ als mögliche Grundlage für Wettbewerb angetroffen werden kann.

Angesichts dieser Dominanz der staatlichen Hochschulen kommt neben der Schaffung auch der ebenfalls staatlich dominierten Vergabe vorhandener Studienplätze eine herausragende Bedeutung für die Grundrechtsverwirklichung in diesem Bereich zu.

B) Vergabe von Studienplätzen nach der Numerus-Clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

1. Die zentralen Aussagen der Numerus-Clausus-Entscheidung

In seiner für die Bereitstellung und Vergabe von Studienplätzen grundlegenden Numerus-Clausus-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Vergabe von (vorhandenen) Studienplätzen den in folgenden Leitsätzen knapp zusammengefaßten verfassungsrechtlichen Bindungen unterworfen²⁰:

- „Aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt ein Recht auf Zulassung zum

¹⁹ Einzelheiten und Kritik der dogmatischen Konstruktion bei Kluth, (Fn. 18), S. 418 ff.

²⁰ BVerfGE 33, 303 Leitsätze 2 bis 4.

Hochschulstudium. Dieses Recht ist durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbar.

- Absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung sind nur verfassungsgemäß,
 - a) wenn sie in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden und
 - b) wenn Auswahl und Verteilung der Bewerber nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber unter möglicher Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen.

- Die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen für die Anordnung absoluter Zulassungsbeschränkungen und über die anzuwendenden Auswahlkriterien hat der Gesetzgeber selbst zu treffen. Die Hochschulen können zur Regelung der weiteren Einzelheiten innerhalb bestimmter Grenzen ermächtigt werden.“

Die Anwendung dieser Grundsätze soll nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts trotz der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder bundeseinheitlich erfolgen. Dazu heißt es in der Entscheidung:

- „Geht es ... bei einer in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers fallenden Materie um einen Lebenssachverhalt, der seiner Natur nach über die Ländergrenzen hinausgreift und eine für alle Staatsbürger der Bundesrepublik in allen Bundesländern gleichermaßen gewährleistete Rechtsposition berührt, dann können einseitige Begünstigungen der Einwohner eines Landes eine Ungleichbehandlung anderer Staatsbürger bewirken. ... Bei derartigen übergreifenden Lebenssachverhalten hat der Landesgesetzgeber sorgsam zu prüfen, ob sich eine Bevorzugung der Einwohner seines Landes im Rahmen der Wertentscheidungen

des Grundgesetzes hält und ob sie nicht zur Entwertung von Grundrechten führen würde, wenn andere Länder ebenso verfahren.“²¹

Als weitere bedeutsame Vorgabe wurde aus dem Verfassungsrecht unter Hinweis auf die bundesweite Geltung des Art. 12 GG, die auch eine bundesweite Chancengleichheit beim Grundrechtsgebrauch bedingt, das Gebot der bundeseinheitlichen Kapazitätsausschöpfung abgeleitet²², das bundesweit gleiche Betreuungsrelationen zur Folge hat.

2. Umsetzung der Vorgaben durch Bund und Länder

Zur Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben haben die Länder innerhalb des durch § 29 ff. HRG vorgegebenen Rahmens das Recht der Studienplatzvergabe einschließlich der Kapazitätsermittlung bundesweit einheitlich geregelt. Dazu musste ein besonderer Weg der föderal koordinierten Gesetzgebung beschritten werden.

Die Rechtsgrundlage für die Festsetzung der einzelnen Kapazitäten, d.h. derjenigen Zahl an Studenten, die eine Hochschule pro Semester aufnehmen muss, ist die sog. Kapazitätsverordnung (KapVO). Die KapVO wird gemäß dem aus der Verfassung abzuleitenden Gebot der bundeseinheitlichen Regelung des Kapazitätsrechts²³ als Landesrechtsverordnung nach eingehender Beratung aller Bundesländer einheitlich beschlossen und erlassen. Sie ist demnach eine Verordnung, die eine gesetzliche Grundlage benötigt.

Rahmenrechtliche Vorgaben des Bundes für die KapVO finden sich in den §§ 29 ff. HRG. Die eigentliche Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung stellt indes Art. 16 des Staatsvertrages über die

²¹ BVerfGE 33, 303 (352 f.).

²² Siehe dazu auch BVerfGE 33, 303 (357); Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 2. Aufl. 1986, Rdnr. 555; Bode/Weber, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 673 (691).

²³ BVerfGE 33, S. 303 (340).

Vergabe von Studienplätzen (StV)²⁴ dar²⁵. Hinzu kommt, dass die Länder beim Erlass der KapVO entsprechend dem von ihnen unterzeichneten Staatsvertrag (StV) angehalten sind, den inhaltlichen Vorschlägen des Verwaltungsausschusses der ZVS zu folgen (Art. 4 StV), welchem in Sachen Kapazitätsermittlungsrecht ein ausschließliches Vorschlagsrecht zukommt. Das ergibt sich aus Art.1 I Nr.3 StV i.V.m. Art.4 II Nr.1 StV , wonach die ZVS für einheitliche Maßstäbe zur Festsetzung von Zulassungszahlen zu sorgen hat. Daher könnte man annehmen, dass der sich aus je einem Vertreter der für das Hochschulwesen zuständigen Ministerien zusammensetzende Ausschuss die eigentliche "Rechtsetzungskompetenz" besitzt²⁶. Allerdings fehlt es dem Ausschuss mangels Staatsqualität der ZVS bzw. Übertragung entsprechender Hoheitsrechte an einer solchen Kompetenz. Daher wäre es verfassungsrechtlich genauer, das Recht des Verwaltungsausschusses der ZVS im Hinblick auf das Zustandekommen einer bundeseinheitlichen KapVO als ein Initiativrecht zu bezeichnen. Die auf diesem Wege entstehende KapVO verarbeitet die aktuellen Ergebnisse des von den hochschulpolitischen Vertretern der Länder gefundenen Kompromisses, sowie die sachkundigen Hinweise der den Verwaltungsausschuss beratenden Unterausschüsse²⁷. Die KapVO ist ihrem Wesen nach eine Art Richtlinie für die später festzulegende Norm "Zulassungszahl". Das wird insbesondere durch die in eckige Klammern gesetzten Regelungen der KapVO deutlich, welche die landesrechtlich unterschiedlichen Zuständigkeiten berücksichtigen und es den zuständigen Stellen der

²⁴ GVBl. LSA 1993, S. 247 f.; die Zustimmungsgesetze zum StV finden sich in den Gesetz- und Verordnungsblättern, beispielsweise für das Land Sachsen-Anhalt im GVBl. LSA 1993, S. 244f. Weitere Nachweise bei Bahro/Berlin/Hübenthal, (Fn. 10), S. 45 f.

²⁵ Bode/Weber in Hdb. d. WissR, S. 684.

²⁶ Thieme, (Fn. 23), Rdnr. 555.

²⁷ BVerwG NVwZ 1987, S. 682 (683). Bevor der Ausschuss die KapVO beschließt, ist der sog. Beirat zu diesen Kapazitätsangelegenheiten zu hören (Art.5 Abs. 2 StV). Dem Beirat gehört je ein Hochschulvertreter aus den Ländern an.

Länder außerdem ermöglichen, die jeweiligen Zulassungszahlen materiell-rechtlich abweichend festzusetzen²⁸. Folglich bildet die KapVO wiederum eine Grundlage für die Verordnung über die Festsetzung von Zulassungszahlen und wendet sich an die Stellen, welche die Verordnungen erlassen (d.h. die einzelnen Ministerien, Senatsbehörden und in einzelnen Fällen auch die Hochschulen selbst).

Daher ist die KapVO den einzelnen Zulassungsverordnungen überzuordnen, zumal sie vom gemeinsamen Rechtsetzungswillen der Länder im Hinblick auf das Verfassungsgebot getragen ist²⁹. Allerdings darf hier nicht außer Acht gelassen werden, dass die KapVO trotz dieser Überordnung formell kein höherrangiges Recht darstellt als die auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen.

II. Grundsätze des Kapazitätsrechts

A) Grundsätze der Kapazitätsermittlung

Die Ermittlung der Kapazität erfolgt aufgrund einer komplizierten und für den Laien nur schwer nachvollziehbaren Berechnung³⁰. Allerdings gibt das Gesetz einige Auflagen, die bei der Berechnung beachtet werden müssen - die sog. Grundsätze der Kapazitätsermittlung.

Die Grundsätze der Kapazitätsermittlung ergeben sich sowohl aus Art. 7 StV als auch aus den §§ 29, 30 HRG, welche den Landesverordnungsgeber in seiner Gestaltungsfreiheit begrenzen. Dabei handelt es sich nicht um feste Normen, so dass auf ein komplexes System zurückgegriffen werden muss. Die sich aus diesen Vorschriften ergebenden wichtigsten kapazitätsbestimmenden Kriterien sind die personelle Aufnahmekapazität und der Ausbildungsaufwand

²⁸ Beispiel für einen solchen den Landesbehörden überlassenen Gestaltungsspielraum finden sich in den § 9 Abs. 7 und § 13 Abs. 5 KapVO.

²⁹ BVerwGE 51, 31 (39).

³⁰ DVBl.1992, 145; DVBl.1982, 730; DVBl.1987, 765; Dörr, JuS 1988, 96 (98).

nach dem Curricularnormwert (CNW)³¹. Ergänzt werden diese beiden Kriterien durch weitere zu beachtende Werte gem. Art. 7 Abs. 3 S. 7 StV - die personellen, räumlichen, sachlichen und fachspezifischen Gegebenheiten, das Lehrangebot, der Ausbildungsaufwand sowie die bisherigen Entwicklungen der Zahl der Studierenden, die Besetzung der einzelnen Fachbereiche mit nichtwissenschaftlichen Mitarbeitern und der jährliche Schwund von Studierenden im jeweiligen Studiengang (sog. Überprüfungstatbestände). Des Weiteren wird der Berechnung die fachspezifische Regelstudienzeit (§10 Abs. 2 S. 1 HRG) zugrunde gelegt.

Diese Kriterien bedürfen einer näheren Erläuterung.

1. Die Berechnung der personellen Kapazität (§§ 6 ff. KapVO)³²

Der Berechnung der personellen Kapazität werden gem. § 7 KapVO sog. Lehreinheiten zugrunde gelegt. Eine solche Lehreinheit ist gem. § 7 Abs. 2 S. 1 KapVO eine abgegrenzte fachliche Einheit, die ein Lehrangebot bereitstellt. Die Ermittlung des Lehrangebotes ergibt sich wiederum aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 KapVO, wonach die vorhandenen Lehrstellen der Hochschule offengelegt werden müssen. Jeder Stelle ist dann gem. § 9 KapVO ein Lehrdeputat (Definition in § 9 Abs. 1 KapVO) zuzuordnen. Besonderheiten zur Berechnung der personellen Kapazität ergeben sich für medizinische Studiengänge.

Insgesamt ist zu beachten, dass die Berechnung nicht nach den tatsächlich besetzten Stellen erfolgt, sondern nach den Stellen, die generell zur Verfügung stehen, auch wenn diese nicht vollständig besetzt wurden - dem sog. abstrakten Stellenprinzip³³. Dadurch soll

³¹ Bode/Weber, (Fn. 23), S. 673 (687 f.); Großkreutz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), HRG Kommentar, § 29, Rdnr. 12.

³² Beispiel zur Berechnung siehe Bahro/Berlin/Hübenthal, (Fn. 10), S. 368 f.

³³ Bode/Weber in Hdb. d. WissR, S. 685; Denninger, §§ 29,30, Rdnr. 18; Hailbronner/Geis, Großkreutz, § 29, Rdnr. 14.

Druck auf die Hochschulen ausgeübt werden, auch die nicht besetzten Stellen so bald wie möglich an das Lehrpersonal zu vergeben.

2. Berücksichtigung des Ausbildungsaufwandes - Curricularnormwerte

Der CNW, ein Ergebnis von Erhebungen, Auswertungen und Sachverständigengutachten, legt den Ausbildungsaufwand pro Student in den jeweiligen NC-Studiengängen fest. Das bedeutet, dass der Ausbildungsaufwand für jeden Studiengang durch eine Zahl ausgedrückt wird. (z.B.: 6.5 für den Studiengang Medizin)³⁴.

Kennt man sowohl die personelle Kapazität als auch den Ausbildungsaufwand des jeweiligen Fachs, so wird die studentische Nachfrage in Form von CNW's zu der errechneten personellen Kapazität in Beziehung gesetzt. Erst danach werden die folgenden, sogenannten Überprüfungstatbestände in die Berechnung einbezogen.

Die Ermittlung und Festlegung der CNW's erfolgte Mitte der siebziger Jahre und wurde – soweit ersichtlich – zuletzt Mitte der achtziger Jahren fortgeschrieben und blieb seitdem weitgehend unverändert, da man vor dem Prozeß der Neubewertung und den damit verbundenen weitreichenden Folgen für die Mittelverteilung zurückschreckte. Mit guten Gründen wird jedenfalls für einige Fächer heute die Verfassungswidrigkeit dieser Festlegungen geltend gemacht.³⁵ Zur Begründung wird auf die seit der Festlegung eingetretene Änderung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe sowie die Fragwürdigkeit des Ermittlungsverfahrens verwiesen.³⁶

³⁴ Dörr in JuS 1988, S. 96 (98); Die Auflistung der einzelnen Curricularnormwerte findet sich in Bahro/Berlin/Hübenthal, S. 370/371.

³⁵ Für die juristischen Fakultäten vertreten von Würtenberger/Fehling, JZ 2000, 173 ff. Siehe zu weiteren Aspekten in diesem Zusammenhang auch Lechner, BayVBl. 1999, 523 ff.; Schöbel, JA 1999, 805 ff.

³⁶ Würtenberger/Fehling, JZ 2000, 173 (175 f.) unter Hinweis auf die Neuorientierung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in BVerfGE 85, 36 (57), wo das Bundesverfassungsgericht die stärkere Berücksichtigung der

3. Überprüfungstatbestände³⁷

a) Räumliche Gegebenheiten, § 15 KapVO

An dieser Stelle werden die Auslastungen der Hörsäle und der Laborräume berücksichtigt, um die Studentenzahlen an die örtlichen Gegebenheiten der Hochschule anzupassen und auf diesem Wege einen allgemeinen und fachspezifischen Raummangel zu vermeiden³⁸.

b) Sachliche Gegebenheiten

Sie umfassen die gesamte Ausstattung der Hochschule, angefangen bei den Materialien der Fachbereiche, d.h. ihrer Verbrauchsgüter und Einrichtungsgegenstände bis hin zur jeweiligen Finanzausstattung.

c) Fachspezifische Gegebenheiten

Die fachspezifischen Gegebenheiten werden gleichgesetzt mit der „Üblichkeit im Fach“ und nur berücksichtigt, sofern sie in den vorherigen Kriterien noch nicht enthalten sind (Bsp.: Exkursionsmittel). Insbesondere zählt auch das Verbleibeverhalten der Studierenden (= Schwund) zu den fachspezifischen Gegebenheiten (§ 16 KapVO)³⁹.

Weiterhin wird zwar die Erprobung neuer Studiengänge und Studienmethoden als durchaus legitim erachtet. Allerdings bleibt für die Anwendung kapazitätsbelastender Reformmodelle kein Raum, da solche Modelle nicht mehr der „Üblichkeit im Fach“ entsprechen und somit auch nicht der Berechnung zugrunde gelegt werden dürfen.

d) Berücksichtigung von Forschung, Lehre und Studium

grundrechtlich geschützten Interessen von Studierenden und Lehrenden fordert.

³⁷ Dazu insgesamt § 14 KapVO, im besonderen §§ 15 ff. KapVO.

³⁸ Großkreutz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), HRG Kommentar, § 29, Rdnr. 20.

³⁹ Großkreutz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), HRG Kommentar § 29, Rdnr. 22.

Das ist der wichtigste Punkt für die Ausgestaltung der Wissenschaftsfreiheit an den deutschen Hochschulen. Danach darf die Zahl der zugelassenen Studenten auf keinen Fall die Forschung an der Hochschule sowie ein ordentliches Studium behindern oder ganz und gar unmöglich machen.

e) Die Regelstudienzeit

Die Beachtung der Regelstudienzeit zieht nach sich, dass man von einem studienplankonformen Verhalten der Studenten ausgehen muss und damit eine längere Verweildauer der Studierenden außer Betracht bleibt. Der Grund für ein solches Vorgehen soll darin liegen, dass Studenten, welche die Regelstudienzeit überschritten haben, die Hochschule nicht mehr in dem Maße belasten, wie es Studenten in der Regelstudienzeit tun⁴⁰. Im Ergebnis müssen durch eine solche Regelung nicht zu viele wartende Studienbewerber abgewiesen werden, bloß weil bereits Studierende die Studienzeit unangemessen überziehen⁴¹.

Abschließend ist zu bemerken, dass die eben erläuterten Grundsätze der Kapazitätsermittlung gem. dem Wortlaut des § 29 Abs. 2 S.1 HRG nicht obligatorisch auf Studiengänge ohne Zulassungsbeschränkung anzuwenden sind⁴². Sie sind lediglich bei der Ermittlung der Kapazitäten von NC-Fächern unbedingt anzuwenden.

B) *Das Gebot der Kapazitätserschöpfung*

Wird die Zulassung zu einem Studiengang durch den Numerus Clausus (NC) beschränkt, so darf das nur unter erschöpfender Nutzung der mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten geschehen⁴³. Darin besteht auch der Zweck der KapVO, der die schwierige Aufgabe

⁴⁰ Thieme, WissR 1976, 193 (206).

⁴¹ Großkreutz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), HRG Kommentar, § 29, Rdnr.7.

⁴² Reich, HRG Kommentar, § 29, Rdnr. 2.

zukommt, die Kriterien für die Kapazitätsermittlung so festzulegen, dass eine erschöpfende Nutzung erreicht wird. Dieses Ziel wird besonders deutlich in Art.7 Abs. 2 StV, § 29 Abs. 2 HRG und in § 1 Abs. 1 KapVO hervorgehoben. Die Rechtsgrundlage soll unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG hergeleitet werden⁴⁴. Allerdings ist der Begriff „erschöpfende Nutzung der Kapazitäten“ nicht hinreichend definiert worden. Zwar ist in § 29 Abs. 2 S. 1 HRG eine Art Definition dieses Begriffs zu finden, doch wird die Formulierung des Gesetzgebers nur als ein Versuch in die richtige Richtung bezeichnet, da unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden⁴⁵. Besser erscheint daher die ausdrückliche Formulierung des Art. 7 Abs. 2 S. 1 StV, wonach die Studentenzahl nur so groß sein darf, dass die „Qualität in Forschung und Lehre, die geordnete Wahrnehmung der Aufgaben der Hochschule insbesondere in Forschung, Lehre und Studium sowie die Krankenversorgung“ erhalten bleibt. Das entspricht ebenfalls der Auffassung in der Rechtsprechung, nach der die „Funktionsfähigkeit der Hochschule als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“⁴⁶ die Grenze der Belastbarkeit des jeweiligen Faches bildet.

Zusammenfassend muss demnach im Rahmen der Kapazitätsermittlung festgelegt werden, welche Anzahl an Studenten höchstens an einer Hochschule in einer bestimmten Lehreinheit studieren kann, ohne dass die Hochschule überlastet ist, d.h. die geordnete Wahrnehmung ihrer Aufgaben beeinträchtigt wird⁴⁷. Anders formuliert ist die erschöpfende Nutzung der Hochschulkapazität dann erreicht, wenn die mit bestimmten Mitteln (Ressourcen) unter bestimmten Bedingungen (Quantität und Qualität) aufzunehmende Zahl

⁴³ Becker, NVwZ 1987, 653 (665).

⁴⁴ Becker, NVwZ 1987, 653 (665).

⁴⁵ Bode/Weber, /Fn. 23), S. 682; Dörr, JuS 1988, 96 (98).

⁴⁶ BVerfGE 33, 303 (338).

⁴⁷ Bode/Weber, (Fn. 23), S. 682.

von Studenten in einer Lehreinheit pro Jahr an der absoluten Höchstgrenze der Belastbarkeit (s.o.) liegt. Dabei ist es jedoch nicht möglich, einzelne Parameter der Kapazitätsberechnung allein, getrennt von anderen Parametern am Kapazitätserschöpfungsgebot zu messen, da sie in einem wertungsbedingten Zusammenhang stehen und folglich nicht gesondert behandelt werden dürfen⁴⁸.

Daher bedeutet Handeln nach dem Grundsatz der Kapazitätserschöpfung, dass alle zur Verfügung stehenden Ressourcen in der effektivst möglichen Weise in die Berechnung eingegangen sind⁴⁹.

Die Einhaltung des Gebots erfordert daher die Abwägung folgender widerstreitender Rechtspositionen:

- das Zugangsrecht der Hochschulbewerber
- die grundrechtlich gewährleistete Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschullehrer (Art. 5 Abs. 3 GG)
- die Ausbildungsinteressen der bereits zugelassenen Studierenden⁵⁰.

Diese Rechtspositionen stellen allerdings noch keine konkreten Berechnungskriterien dar. Sie müssen vielmehr unter Beachtung der allgemeinen Anforderungen an die Bedingungen einer rationalen Abwägung konkretisiert werden. Der Normgeber muss dabei insbesondere von Annahmen ausgehen, die dem aktuellen Erkenntnis- und Erfahrungsstand entsprechen und eine eventuelle Kapazitätsminderung auf das erforderliche Maß beschränken⁵¹.

⁴⁸ BVerwG NVwZ 1987, 682 (683); wohl auch Rottmann/Breinersdorfer, NVwZ 1987, 666 (668).

⁴⁹ Großkreutz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), HRG Kommentar § 29, Rdnr. 26; Becker, in: Denninger (Hrsg.), HRG Kommentar, §§ 29, 30, Rdnr. 40.

⁵⁰ BVerfGE 85, 36 (57).

⁵¹ BVerfGE 54, 173 (197); BVerfGE 66, 155 (180).

C) *Möglichkeiten und Methoden des Kapazitätsabbaus*

Häufig wird befürchtet, eine Abschaffung der KapVO würde die Möglichkeiten stärken, eine Politik des Studienplatzabbaus zu betreiben. Es stellt sich aber die Frage, welche Möglichkeiten bereits im derzeitigen System bestehen, Kapazitäten zu reduzieren. Im Ergebnis zeigt sich: Die Pflicht zur erschöpfenden Kapazitätsausnutzung bedeutet nicht gleichzeitig die Pflicht des Staates, diese einmal vorhanden gewesenen Kapazitäten bei zurückgehendem Bedarf aufrechtzuerhalten. Die KapVO leistet also keinen Schutz vorhandener Kapazitäten, sondern gewährleistet nur die volle Ausschöpfung derselben, solange sie bestehen.

Die Haushaltskürzungen, die Überlastung der Teilarbeitsmärkte und ein Rückgang der Studentenzahlen seit den 80er Jahren hat bewirkt, dass Einsparungen in verschiedenen Studiengängen vorgenommen werden müssen, welche sich durch den Abbau von Studienplätzen in den Fachbereichen, die Einstellung von Studiengängen oder sogar die Schließung ganzer Fachbereiche äußern. Dabei gibt es verschiedene Möglichkeiten, durch die der Abbau von Studienplatzkapazitäten realisiert wird. Besonders in den medizinischen Studiengänge sind verschiedene Vorgehensweisen zum Abbau von Kapazitäten zu erkennen. Der Kapazitätsabbau erfolgt in diesem Bereich durch Stellenabbau, Stellenverlagerungen, Änderungen des Ausbildungsrechts, Änderungen des Kapazitätsrechts und letztendlich auch durch die Schließung von Studiengängen⁵². Dabei wurden beispielsweise in Berlin durch das UniMedG die entsprechenden Bereiche an den Hochschulen neu organisiert, was zur Folge hatte, dass weniger Studenten aufgenommen werden konnten. Hinzu kam die durch Gesetz festgelegte Fusion der Fachbereiche Veterinärmedizin, Lebensmittel-

⁵² Beispielsweise: Neuordnungsgesetz Zahnmedizin -NOGZ-, abgedruckt in GVBl. Berlin 1993, S.657f.; Gesetz über die Neuordnung der Hochschulmedizin in Berlin (UniMedG), abgedruckt in GVBl. Berlin 1995, S. 1f.

technologie und Agrarwissenschaften (FusG)⁵³ und das Haushaltsstrukturgesetz von 1996⁵⁴ - beide bewirkten einen weiteren Rückgang der Studentenzahlen.

1. Die Methode der Stellenverlagerung und des Stellenabbaus

Grundsätzlich hat die Wissenschaftsverwaltung (das jeweils zuständige Ministerium) neben dem ihr ohnehin zustehenden Stellendispositionsermessen den Entwurf der Kultusministerkonferenz, dem sog. Expertengremium insbesondere in Fragen der nötigen Lehrverpflichtungen an den Hochschulen, zu beachten, bevor die Zulassungszahlen in Form von ministeriellen Verwaltungsvorschriften festgesetzt werden⁵⁵. Weiterhin müssen für kapazitätsreduzierende Stellenverlagerungen und Stellenreduzierungen (Stellenabbau) sachliche Gründe dargelegt werden, und zudem muss eine sorgfältige Planung nachgewiesen werden, bei der zum einen die Aufgaben der Hochschule in Forschung, Lehre und Studium und zum anderen die Rechte der Studienbewerber Berücksichtigung finden müssen⁵⁶. Werden sachliche Gründe bzw. die sorgfältige Planung sichtbar außer Acht gelassen, so ist es möglich, dass das Gebot der erschöpfenden Kapazitätsausnutzung verletzt wurde⁵⁷. Die Rechtsprechung hat bisher noch keine festen Vorgaben entwickelt, unter denen Stellenverlagerungen und Stellenstreichungen möglich sind⁵⁸. Vielmehr ist es der Verwaltung vorbehalten, wie sie die entscheidungserheblichen Belange gewichtet und gegeneinander abwägt. Folglich unterliegen die planerischen, haushaltsspezifischen und wissenschaftlichen Wertungen und Abwägungen dem Stellendis-

⁵³ GVBl.Berlin 1992, S. 201 f.

⁵⁴ GVBl.Berlin 1996, S. 126 f; in der Folge: BVerfG DVBl. 1999, 1577 .

⁵⁵ BVerwG DVBl. 1988, 393 (394/398)

⁵⁶ VGH Kassel WissR 1999, 88 (89).

⁵⁷ OVG Berlin NVwZ 1996, 1239, VGH Mannheim NVwZ 1987, 716.

positionsermessen der Personalverwaltung des Kultusministeriums des jeweiligen Bundeslandes sowie der Universitäten. Die Gerichte beschränken ihre Überprüfung jedoch darauf, dass die planerischen Erwägungen der Verwaltung willkürfrei und auf der Grundlage eines vollständig ermittelten Sachverhalts getroffen wurden und dass die Belange der Studienbewerber auch nicht zum Nachteil von Hochschule, Lehrpersonal und Studierenden abgewogen wurden⁵⁹. Soweit die Ermessensentscheidung der Wissenschaftsverwaltung diesen Anforderungen entspricht, geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Fehlerfreiheit des Entscheidungsergebnisses gewährleistet ist.

2. Die Änderung des Ausbildungsrechts

Beispielhaft für einen Kapazitätsabbau im Rahmen einer Änderung des Ausbildungsrechts ist die 7. Änderungsverordnung zur Approbationsordnung für Ärzte, durch die im Studiengang Medizin 3 Pflichtseminare eingeführt wurden, die lediglich mit jeweils 20 Studierenden besetzt werden durften, was wiederum zur Senkung der Ausbildungskapazität um rund 22 % führte. Dazu genügte das Argument des Verordnungsgebers, dass durch die Veränderung eine unbedingt notwendige Verstärkung des praktischen Unterrichts am Patienten erreicht werden soll. Das zeigt deutlich, dass Änderungen des Ausbildungsrechts ein sehr effektives Mittel zum Abbau von Kapazitäten sind, da diese Maßnahmen bisher kaum gerichtlich nachgeprüft wurden, bzw. bereits einfache Begründungen für die durchgeführten Änderungen von den prüfenden Gerichten akzeptiert wurden⁶⁰. Es genügte insofern, dass die Entstehungsgeschichte der Norm rekonstruierbar ist⁶¹.

⁵⁸ BVerwG DVBl. 1988, 392 (393).

⁵⁹ BVerwG DVBl. 1988, 392 (393).

⁶⁰ Brehm/Zimmerling, WissR 2000, 22 (30/31).

⁶¹ BVerfG NVwZ 1992, 361 (362).

3. Änderung des Kapazitätsrechts

Hingegen unterliegen Änderungen kapazitätsrechtlicher Normen (ohne Änderung des Ausbildungsrecht), die zu einer Kapazitätsverminderung führen, der genauen Kontrolle der zuständigen Gerichte (insbesondere im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG)⁶².

4. Umwidmung vorhandener Kapazitäten

Umwidmung bedeutet, dass für bestimmte Studienbereiche eine höhere Kapazität festgelegt wird, wobei überschüssige Kapazitäten aus weniger nachgefragten Studiengängen in eben diese Bereiche umgelagert werden. Eine solche Umlagerung ist daher immer dann unbedenklich, wenn sie Studiengängen zugute kommt, in denen der Tendenz nach eine höhere oder annähernd gleich hohe Bewerbernachfrage besteht bzw. zu erwarten ist⁶³. Auf diesem Weg werden vorhandene Kapazitäten nicht vollständig abgebaut, sondern lediglich mit Blick auf einen veränderten Bedarf umgeschichtet. So wurde in Nordrhein-Westfalen durch § 7 Abs. 9 Satz 1c des Nachtrags-haushaltsgesetzes i.d.F. des Art. IV des Gesetzes über Änderungen im Hochschulbereich⁶⁴ der Minister für Wissenschaft und Forschung ermächtigt, mit Einwilligung des Finanzministers Stellen für wissenschaftliches Personal umzuwandeln und einem neuen Fachbereich zuzuordnen.

5. Schließung von Studiengängen

Bei der Schließung ganzer Studiengänge und Fachbereiche werden besondere rechtliche Fragen aufgeworfen. Zum einen muss geklärt werden, ob die durch solche Maßnahmen verfolgte Steuerung in einem überfüllten Arbeitsmarktsegment nicht eine Ausbildungslenkung darstellt, die gegen das Wissenschafts- und Berufsgrundrecht gem. Art.

⁶² Besonders deutlich: BVerfGE 85, 36 (57).

⁶³ Karpen, Abbau von Hochschulkapazitäten, 1987, S. 17.

⁶⁴ GVBl. NW 1988, S. 144.

5 Abs. 3 GG, Art. 12 GG verstößt. Zum anderen stellt sich die Frage, welcher Rechtsform entsprechende Organisationsmaßnahmen bedürfen und schließlich, unter welchen Voraussetzungen Lehrkräfte an andere Hochschulen (infolge von Schließungen an der Hochschule, an der sie bisher tätig waren) versetzt werden können.

a) Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG , Art. 12 GG

Grundsätzlich ist die Schließung von Fachbereichen im Rahmen der Kapazitätsplanung keine verfassungsrechtlich unzulässige Bedarfslenkung⁶⁵. Das gilt gerade dann, wenn man an die im Rahmen des Art. 12 GG entwickelte Stufentheorie anknüpft, wonach die Bedarfsplanung ein oftmals wichtiges Mittel ist, um ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gegen eine Verletzung zu schützen. So kann es beispielsweise sinnvoll sein, den Zugang zum Medizinstudium zu beschränken, da zu viele Ärzte eine Übertherapie verursachen können. Dass zu viele Rechtsanwälte zur Entwicklung von Winkeladvokaten führen können⁶⁶, würde ähnliche steuernde Eingriffe im Jurastudium rechtfertigen können. Allerdings darf die Bedarfsermittlung nicht als ausschließliches Kriterium verwendet werden.

Die Gewährleistung der Freiheit von Forschung und Lehre gem. Art. 5 Abs. 3 GG ist eine institutionelle Garantie für den Bestandszusammenhang der Wissenschaftspflege, insbesondere für deren Institution Universität. Dabei ist jedoch das „Ob“ und das „Wo“ zu einem bestimmten Beruf ausgebildet werden soll keine Frage des Art. 5 Abs. 3 GG, sondern ein durch Art. 12 GG geprägter organisatorischer Aspekt⁶⁷. Gleiches gilt für die finanziellen Forderungen der Hochschulen und für die ihnen anvertraute Forschung und Lehre⁶⁸. Folglich ist das Grundrecht der Universitäten aus Art. 5 Abs. 3 GG im Hinblick auf die

⁶⁵ BadWürtt StGH, DÖV 1981, 963 (Leitsatz 6).

⁶⁶ Karpen, (Fn. 64), S. 17.

⁶⁷ BVerfG DVBl. 1999, 1577 (1578), Karpen, (Fn. 64), S. 24.

(Teil-) Schließung von Studiengängen nicht betroffen, sofern die sie den Kernbereich, d.h. den Typus (wissenschaftliche Betätigung) und die konkret-traditionelle Ausformung der betroffenen Hochschule wahren.

b) Rechtmäßigkeit der staatlichen Umstrukturierungsmaßnahmen

Studiengänge sollten, da sie das durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte individuelle Freiheitsrecht der Hochschullehrer und das Recht der Hochschule auf akademische Selbstverwaltung betreffen, nur durch Parlamentsentscheidungen und nicht allein durch Maßnahmen der Exekutive geregelt werden⁶⁹. Trotzdem gibt es Länder, in denen der zuständige Minister der Wissenschaftsverwaltung die Hochschule aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen auffordern kann, bestimmte Studiengänge aufzuheben⁷⁰. In Nordrhein-Westfalen wurden entscheidende Vorschriften des HSG⁷¹ durch eine „Ausnahmeregelung“⁷² außer Kraft gesetzt, so dass dem Minister das einseitige Recht eingeräumt wurde, hochschulstrukturelle Maßnahmen zu treffen. Das hatte zur Folge, dass an der RWTH Aachen Studiengänge durch Verordnung auf der Grundlage des Nachtragshaushaltsgesetzes vom 19. Oktober 1982⁷³ aufgehoben wurden. Schließlich ist der in Nordrhein-Westfalen als Ausnahmeregelung geltende § 1 Abs. 3 Nachtragshaushaltsgesetz eine Abstimmungs- und Verfahrensmodalität für den Einzelfall und somit in den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften fest verankert⁷⁴.

⁶⁸ BVerfG DVBl. 1999, 1577 (1578).

⁶⁹ BVerfGE 49, 89 (126).

⁷⁰ § 18 Abs. 4 HSG Rheinland-Pfalz; § 15 HSG Schleswig-Holstein.

⁷¹ § 108 WissHG NW.

⁷² Nachtragshaushaltsgesetz vom 19. Oktober 1982 in GVBl. NW 1982, S.628 f.

⁷³ GVBl.NW 1982, S. 628 f.

⁷⁴ Siehe auch Art. 61 Abs. 4 BayHSG.

Generell sind Aufhebungen rechtmäßig, soweit die ihr zugrundeliegende Ermächtigungsgrundlage rechtmäßig war. Eine dahingehende Überprüfung wird nach den allgemein geltenden Grundsätzen durchgeführt⁷⁵. Danach muss das Gesetz nicht nur formell sondern auch materiell rechtmäßig sein. Insbesondere darf der Normgeber nicht gegen den Grundsatz des universitätsfreundlichen Verhaltens verstoßen haben und er darf ebenfalls kein verfassungswidriges Maßnahmegesetz (Art. 19 Abs. 1 GG) oder aber ein Gesetz ohne vorherige Anhörung der Betroffenen erlassen haben. Zudem wird verlangt, dass eine genaue Abwägung zwischen der Hochschulselbstverwaltung und dem aus Sozialstaats- und Gleichheitsgrundsatz abgeleiteten Gemeinwohl vorgenommen wird, wobei wiederum darauf verwiesen wird, dass die Selbstverwaltungsgarantie der Hochschulen gem. Art. 5 Abs. 3 GG keine Bestandsgarantie für die einzelne Hochschule darstellt, sondern höchstens einen Bestandsschutz der Hochschulen überhaupt und damit der Funktionsfähigkeit der wissenschaftlichen Betätigung an sich⁷⁶. Ist das Ermächtigungsgesetz rechtmäßig, muss weiterhin überprüft werden, ob die Verordnung materiell und formell, in bezug auf das Verfahren, rechtmäßig ist und ob der Grundsatz universitätsfreundlichen Verhaltens gewahrt wurde. Zu beachten ist daher der Art. 80 GG i.V.m. dem einschlägigen Artikel der jeweiligen Landesverfassung, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der entsprechenden Regelung erkennbar sein müssen.

6. Neuere Methoden des Kapazitätsabbaus

In letzter Zeit hat sich der Unterausschuss der ZVS wiederum auf sein Vorschlagsrecht besonnen und eine Änderung des Art. 7 StV angeregt,

⁷⁵ Karpen, (Fn. 64), S. 25 f.

⁷⁶ BVerfGE 51, S. 369 (379); BadWürtt StGH DÖV 1981, S. 963 (964).

durch welche die Ausbildungskapazitäten in Zukunft vorrangig nach haushaltsrechtlichen Vorgaben berechnet werden sollen⁷⁷.

Dazu unterbreitete der Unterausschuss „Vergabeverordnung“ der ZVS folgenden Änderungsvorschlag für Art. 7 StV:

Art. 7 Abs. 2 StV: „Die Zulassungszahlen sind so festzusetzen, dass nach Maßgabe der haushaltsrechtlichen Vorgaben und unter Berücksichtigung der räumlichen und fachspezifischen Gegebenheiten eine erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazität erreicht wird...“. Art. 7 Abs. 4 StV (neuer Absatz): „Die Ermittlung der jährlichen Aufnahmekapazität kann auch in der Weise erfolgen, dass einem ausgewiesenen Budget für die Lehre und den Bedarf der Forschung ein Kostennormwert, der die Kosten für die ordnungsgemäße Ausbildung eines Studenten in dem jeweiligen Studiengang festlegt, gegenübergestellt wird; im übrigen gilt Abs. 3.“

Des Weiteren haben einzelne Bundesländer versucht eigene Regelungen auf diesem Gebiet zu treffen. So legte Berlin im Wege der Abbauplanung die Kapazitäten (d.h. die Zulassungszahlen) durch Gesetz fest, was vom zuständigen Verwaltungsgericht für zulässig erklärt wurde⁷⁸. Hessen hingegen hat den Hochschulen die Möglichkeit eingeräumt, selbst über die Umsetzung von Einsparungen zu entscheiden. Ebenfalls haushaltsrechtliche Kürzungen wurden in den Ländern Niedersachsen und Hamburg vorgenommen. Jedoch korrigierten die Gerichte in den drei letztgenannten Ländern die Umsetzung der Einsparungen⁷⁹.

⁷⁷ Brehm/Zimmerling, WissR 2000, S.22 (26).

⁷⁸ OVG Berlin, Beschluß v. 12.12.1995 - OVG 7 NC 98.95, sowie v. 26.8.1999 - OVG 5 NC 394.99.

⁷⁹ Hess VGH WissR 1999, 88 f.; OVG Hamburg, Beschluß v. 26.3.1999- 3 Nc 96/98 u.a.; OVG Lüneburg, Beschluß v. 15.7.1997 - 10 N 7074/96.

7. Zusammenfassung

Es ist im Rahmen des Kapazitätsrechts generell möglich, unter Beachtung der widerstreitenden Belange und Hinzuziehung der rechtsstaatlichen Grundsätze Hochschulkapazitäten abzubauen⁸⁰. Kontrovers ist hingegen, in welchem Ausmaß der Abbau stattfinden soll und auf welche Art und Weise und in welchem Umfang eine gerichtliche Kontrolle stattfinden muss. Generell gelten für den Abbau der Kapazitäten die gleichen Grundsätze wie bei anderen gesetzgeberischen Entscheidungen, die auf eine grundrechtlich geschützte Position beschränkend wirken⁸¹. Das bedeutet im einzelnen, dass zu Beginn die betroffenen Institutionen anzuhören sind, also den Hochschulen (nicht jedoch den Studienbewerbern) rechtzeitig und ausführlich Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Es folgt die Ermittlung der widerstreitenden Belange, welche dann unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) sachgerecht abzuwägen sind. Im Fall der Kapazitätsermittlung wird das Grundrecht der Studienbewerber auf freie Berufswahl und freie Wahl des Ausbildungsplatzes mit der Aufrechterhaltung der eigenständigen Struktur und Funktionsfähigkeit der Hochschulen ins Verhältnis gesetzt. Zusätzlich können bildungspolitische Grundsätze im Sinne einer Orientierung der Ausgabenpolitik am gesellschaftlichen Bedarf bei der Abwägung Beachtung finden. Somit ist insbesondere der zukünftige Bedarf z.B. an Ärzten ein durchaus zulässiges Abwägungskriterium und stellt keine mit Art.12 Abs. 1 GG unvereinbare und damit unzulässige Bedürfnisprüfung und Bedarfslenkung dar, wohingegen allein der Hinweis, dass der Haushalt dringend ausgeglichen werden müsse, als sachliches Abwägungskriterium nicht ausreicht⁸². Mithin hat der Gesetzgeber einen durchaus weiten Gestaltungsspielraum, solange er nicht den

⁸⁰ OVG Berlin NVwZ 1996, 1239 (1242); BadWürttStGH DÖV 1981, 963 f.

⁸¹ Brehm/Zimmerling, WissR 2000, 22 (42).

Kernbereich der Funktionsfähigkeit der Hochschulen angreift. Die Kapazitätsverordnung ist keine starke Restriktion gegen staatliche Entscheidungen, Studienplätze abzubauen.

III. Auswirkungen des Kapazitätsrechts auf die Gestaltungsfreiheit und die Wettbewerbstauglichkeit der staatlichen Hochschulen

Die Kombination der Einzelfaktoren: bundeseinheitliche Kapazitätsberechnung, Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes, gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Kapazitätsausschöpfung auf Antrag von Studienbewerbern hat zur Folge, dass der einzelnen Hochschule im Bereich der Betreuungsrelationen bei bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen, wenn überhaupt, so nur sehr geringe Handlungs- und Gestaltungsspielräume verbleiben.

Die Festlegung der Betreuungsrelationen tangiert sowohl die grundrechtlich durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit von Forschung und Lehre als auch das universitäre Selbstverwaltungsrecht, das durch die Landesverfassungen garantiert und durch § 58 Abs. 1 S. 2 HRG sowie die korrespondierenden Regelungen der Landeshochschulgesetze gewährleistet ist. Das folgt aus folgenden Überlegungen:

A) Auswirkungen auf die Lehrfreiheit

Die Lehrfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG umfasst die wissenschaftlich fundierte Weitergabe eigener und fremder Forschungsergebnisse.⁸² Die Wissenschaftlichkeit schlägt sich dabei auch in der Art und Weise der Wissensvermittlung, z.B. in der Didaktik und der sonstigen Wahl bestimmter Vermittlungsformen, nieder. Zwar wird bereits bei der

⁸² OVG Berlin NVwZ 1996, 1239 (1242).

⁸³ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 328.

Festlegung der CNW in allgemeiner Weise auf die für das jeweilige Fach spezifischen Vermittlungsformen Rücksicht genommen⁸⁴, doch geschieht dies nur unter Berücksichtigung allgemeiner und mehrheitlicher Anschauungen und Praktiken im jeweiligen Fachgebiet. Die dem einzelnen Hochschullehrer durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Gestaltungsfreiheit, abweichend vom bislang Üblichen eine Stoffvermittlung in kleineren Gruppen den Massenlehrveranstaltungen vorzuziehen und so überhaupt neue Formen der Lehre zu entwickeln, zu erproben und zu praktizieren, wird damit empfindlich eingeschränkt. Gleiches gilt mit Blick auf sogenannte virtuelle Lehrveranstaltungen, bei denen schließlich der Zusatzaufwand weiterer Teilnehmer minimal ist und daher sehr große Teilnehmerzahlen ohne Qualitätseinbußen realisierbar sind. Der Entwicklungs- und Investitionsaufwand ist demgegenüber anfangs enorm und unter den Bedingungen der qua KapVO eingefrorenen Betreuungsrelationen in reglementierten Studiengängen kaum zu realisieren.

Das Gebot der Kapazitätserschöpfung verpflichtet zudem die Hochschulen, an der Grenze ihrer Belastbarkeit zu operieren und schreibt damit einen vorübergehenden Krisenzustand als Dauerzustand fest.

Solange die deutschen Hochschulen mit ihren Studienangeboten „unter sich“ waren, wirkte sich diese Beschränkung grundrechtlich nur zu Lasten des einzelnen Hochschullehrers, faktisch aber natürlich auch zu Lasten der Ausbildungsqualität der zum Studium zugelassenen Personen aus. Mit der Zunahme der Studentenmobilität sowie der vereinfachten gegenseitigen Anerkennung von Studienabschlüssen ist jedoch ein europaweiter – in einigen Fächern sogar weltweiter – Ausbildungsmarkt entstanden, der zudem innerstaatlich durch die Gründung von privaten Hochschulen gerade im Bereich von

⁸⁴ Siehe Würtenberger/Fehling, JZ 2000, 173 (174 ff.).

Massenstudiengängen wie Rechts- und Wirtschaftswissenschaft ergänzt und bereichert wird. Damit hat die Festlegung der Hochschulen und der Hochschullehrer auf feste Betreuungsrelationen auch als Faktor beim Wettbewerb um die besten Studenten Bedeutung erlangt.⁸⁵ Für diese sind Lehrangebote im Ausland mit besseren Betreuungsrelationen eine reale Alternative geworden. Hochschulen sind gefordert, auch in der Lehre „Profile“ auszubilden. Die Möglichkeiten dazu sind stark eingeschränkt, wenn Regulierungsinstrumente Organisation und Ablauf der Ausbildung normieren.

B) Auswirkungen auf die Forschungsfreiheit

Neben der Lehrfreiheit ist durch die verbindliche Festschreibung der Betreuungsrelationen auch die durch Art. 5 Abs. 3 GG ebenfalls garantierte Forschungsfreiheit betroffen und zwar in zweierlei Hinsicht.

Zunächst ist zu beachten, dass Forschung jedenfalls im Bereich der Geisteswissenschaften, aber auch darüber hinaus, nicht nur im stillen Kämmerlein, sondern auch diskursiv stattfindet. Als Diskursteilnehmer kommen dabei nicht nur die anerkannten Mitglieder der scientific community, also vor allem die anderen Wissenschaftler und Hochschullehrer in Betracht, sondern auch die Studierenden selbst, soweit sie bereits einen entsprechenden Ausbildungsstand erreicht haben. So kann etwa die Diskussion eigener, neuer Thesen mit den Studierenden ein wichtiges Element der Vergewisserung im Rahmen von Forschungsprozessen sein. Auch können im Rahmen von geeigneten Lehrveranstaltungen Studierende in den Forschungsprozess auch im Bereich der Material- und Quellensuche und -analyse einbezogen werden.⁸⁶ Selbstverständlich spielt bei dieser Art von Vorgehensweise die Betreuungsrelation wiederum eine wichtige Rolle.

⁸⁵ Dazu auch Müller-Böling, in: Meyer/Müller-Böling, (Fn. 5), S. 29 (33 ff.).

C) *Auswirkungen auf das universitäre Selbstverwaltungsrecht*

Schließlich stellt eine bundesweit einheitliche Festschreibung der Betreuungsrelationen auch einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen dar, das sich grundsätzlich auch auf die Gestaltung der Studienbedingungen, die Art der Ausbildung und Wissensvermittlung und damit auch die Betreuungsrelationen erstreckt. Vor dem Hintergrund des grenzüberschreitenden Wettbewerbs zwischen den Hochschulen und ihren Studienangeboten liegt zudem ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber privaten und ausländischen Hochschulen vor.

⁸⁶ Dass diese Mitarbeit entsprechend § 24 HRG später kenntlich zu machen ist, darauf sei hier nur aus Gründen der Vollständigkeit hingewiesen.

2. Kapitel: Struktureller Wandel und Einführung von Wettbewerb im Hochschulbereich

I. Hochschulreform als gesetzgeberische Aufgabe und hochschulpolitisches Anliegen

In die Hochschulgesetze der Bundesländer wurden bereits Vorschriften in Bezug auf die Studienreform aufgenommen⁸⁷. Diese ermöglichen es den Hochschulen im Zusammenwirken mit den zuständigen staatlichen Stellen (die für die Hochschulen des Landes zuständigen Ministerien) Studieninhalte, Studienformen, Studiengänge und Hochschulprüfungsordnungen den Entwicklungen in Wissenschaft, Kunst und vor allem den Veränderungen in der Berufswelt anzupassen. In einigen Hochschulgesetzen wird dies weiterhin ausdrücklich erwähnt, dass besonders neuere didaktische und methodische Erkenntnisse Berücksichtigung finden sollen⁸⁸. Weiterhin wird den Hochschulen in einzelnen Ländern das Recht eingeräumt, die zur Erprobung von Reformmodellen notwendigen besonderen Studien- und Prüfungsordnungen (die neben die bestehenden Ordnungen treten) unter Berücksichtigung der staatlichen haushaltsrechtlichen Vorschriften zu erlassen⁸⁹. Bedingung für die Erprobung von Reformmodellen ist, dass die Modelle nach einer gewissen Frist begutachtet werden. In Rheinland-Pfalz sind laut § 17 Universitätsgesetz zudem sog. Fachausschüsse für Studium und Lehre einzurichten, welche die Aufgabe haben, den Fachbereichsorganen auch in Fragen der Studienreform beratend zur Seite zu stehen.

⁸⁷ Art. 76 BayHSG; § 6 Abs. 2 HSG Meckl.-Vorp.; § 6 Abs. 2 BbgHG; § 17 HessHSG; § 16 UG RhPfl.; § 8 SächsHG; § 7 HSG LSA; § 10 ThürHG; § 8 BerlHG; §§ 66 f. HmbHG; § 83 UG Saarl.; § 6 UG NW.

⁸⁸ Art. 76 Abs. 1 Nr. 2 BayHSG; § 17 Abs. 1 Nr. 4 HessHSG; § 16 Abs. 1 Nr. 2 UG RhPfl.; § 8 Abs. 1 Nr. 3 SächsHG; § 7 Abs. 1 Nr. 2 HSG LSA; § 10 Abs. 1 Nr. 2 ThürHG; § 8 Abs. 1 Nr. 3 BerlHG; § 67 Nr. 2 HmbHG; § 68 Abs. 1 Nr. 2 UG Saarl.; § 6 Abs. 1 Nr. 2 UG NW.

⁸⁹ Art. 76 Abs. 2 BayHSG; § 6 Abs. 3 HSG Meckl.-Vorp.; ähnlich § 26 Abs. 4 HessHSG; § 16 Abs. 2 UG RhPfl.; § 8 Abs. 2 SächsHG; § 7 Abs. 2 HSG LSA; § 10 Abs. 2 ThürHG; § 8 Abs. 2 BerlHG; § 68 Abs. 3 HmbHG; § 83 Abs. 2 UG Saarl.; § 6 Abs. 2, Abs. 3 UG NW.

Eine andere Vorschrift findet sich beispielsweise im sächsischen Hochschulgesetz unter der Überschrift „Fortentwicklung der Hochschulhaushalte“⁹⁰. Durch diese Regelung soll im Rahmen der Erprobung eines Wettbewerbs- und Budgetierungsmodells die Autonomie der Hochschule gestärkt und zusätzlich der Wettbewerb zwischen den Hochschulen belebt werden. Ziel ist es, eine leistungs- und ergebnisorientierte Mittelzuweisung zu gewährleisten.

Das Ziel der Stärkung der Selbstverwaltung findet ebenfalls in §123 HSG LSA und in § 7a BerlHG, der sog. Erprobungsklausel, Ausdruck. Durch diese Klausel soll es den Hochschulen ermöglicht werden, mit Zustimmung des Ministeriums (bzw. der Senatsverwaltung) vom Gesetz abweichende Regelungen zu treffen. Diese abweichenden Regelungen ermöglichen neue Organisationsformen, die wiederum Entscheidungsprozesse vereinfachen und zugleich die Selbstverwaltung der Hochschulen und deren Wirtschaftlichkeit (Verbesserung der Erzielung eigener Einnahmen der Hochschule - § 7a BerlHG) stärken. Ein ähnliches Ziel verfolgt die „Experimentierklausel“ in Art. 52 i BayHSG. Danach wird das zuständige Staatsministerium im Interesse der Weiterentwicklung der Struktur von Kliniken und sonstigen klinischen Einrichtungen (Klinika) und der Verbesserung der Wirtschaftlichkeit ermächtigt, abweichende organisations- und haushaltsrechtliche Regelungen durch Rechtsverordnung zu treffen, um auf diese Weise neue Modelle der betrieblichen Steuerung und des Haushalts- und Rechnungswesens zu erproben.

II. Die Forderung nach einer stärkeren Leistungs- und Wettbewerbsorientierung der Hochschulen – Voraussetzungen ihrer Realisierung

Im Zentrum der vielfältigen Bemühungen um eine Modernisierung der Hochschulen steht die ebenso einfache wie anziehende Gedankenkette, dass angesichts bürokratischer Verkrustungen und mangelnder systemimmanenter Anreize die Leistungsfähigkeit der

⁹⁰ § 99 SächsHG.

deutschen Hochschulen sowohl isoliert, bezogen auf die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen, als auch im internationalen Vergleich zu wünschen übrig läßt. Neben den Versuchen, Leistungsanreize im Statusrecht der Hochschullehrer zu verankern, wird als Therapievorschlagn vor allem die Einführung von Wettbewerb zwischen den Hochschulen diskutiert. Damit wird ein im Rahmen des New Public Management bzw. des sogenannten Neuen Steuerungsmodells bereits seit Jahren in anderen Bereichen der Staats- und Kommunalverwaltung diskutiertes und praktiziertes Konzept in die hochschulpolitische Diskussion importiert.

Die Forderung nach Wettbewerb in und zwischen Hochschulen umschließt als Pauschalaussage folgende Einzelkritiken und Lösungskonzepte:

- Wettbewerb als Optimierungsanreiz :
Durch die Einführung eines Leistungswettbewerbs zwischen den einzelnen Hochschullehren bzw. Fakultäten / Universitäten soll eine bessere Ausnutzung vorhandener Ressourcen bzw. eine Qualitätssteigerung erreicht werden. Der Forderung nach Wettbewerb liegt insoweit die implizite Annahme zugrunde, dass die vom bisherigen Systemverständnis unterstellte Optimierung durch eine interne Steuerung über das Hochschullehrer-Ethos in Kombination mit staatlicher Regulierung nicht oder nur unzureichend wirkt⁹¹ und deshalb zu einer externen Steuerung durch Wettbewerb und deshalb zu einem externen Leistungsvergleich, gekoppelt mit entsprechenden wirksamen Anreizen (Belohnung von guter, Bestrafung von schlechter Leistung), übergegangen werden muss.
- Wettbewerb als Entdeckungsverfahren:
Geht es bei der Heranziehung des Wettbewerbsgedanken als Optimierungsanreiz zunächst einmal um die Leistungssteigerung im

⁹¹ Ob dies zutrifft und anhand welcher Kriterien dies festgestellt werden kann, ist eine schwer zu beantwortende und hier offen zu lassende Frage.

Rahmen vorgegebener Aufgaben und Strukturen, so geht es bei der zweiten Funktion darüber hinaus um die Suche nach neuen Konzepten und Modellen für die Erfüllung von Hochschulaufgaben. Insoweit wird auf die ebenso einfache wie empirisch gesicherte Annahme zurückgegriffen, dass durch die Einführung von Marktmechanismen, die konkurrierende Angebote an den gleichen Adressaten- oder Kundenkreis voraussetzen, ein wichtiger Anreiz für die Entwicklung und zugleich wirksame Erprobung neuer und besserer Güter und Dienstleistungen geschaffen wird und dass bei dezentraler Koordination die Passgenauigkeit von Studienangeboten und Studieninteresse erhöht wird.

Ein funktionierender Wettbewerb setzt die Existenz einer bestimmten Mindestanforderungen unterliegenden Marktstruktur (Rahmenordnung) voraus. Als wichtigste Elemente können genannt werden:

- es muss eine ausreichende Produktgestaltungsfreiheit der (aller) Anbieter bestehen;
- die Konsumenten müssen eine echte Wahlmöglichkeit besitzen, die ihrerseits, um effektiv zu sein, eine ausreichende Informationsmöglichkeit voraussetzt;
- die angebotenen konkurrierenden Produkte müssen vergleichbar sein und zwar im Sinne eines Kosten- und Qualitätsvergleichs;
- für alle Marktteilnehmer sind die relevanten Information verfügbar (Markttransparenz);
- es müssen Anreiz- und Sanktionsmechanismen vorhanden sein, die eine Koordination der Einzelpläne herbeiführen (Preissystem).

Für den Hochschulbereich würde dies im Idealfall bedeuten, dass folgende Voraussetzungen vorliegen:

Aufseiten der Hochschulen:

- Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der angebotenen Studiengänge;
- Gestaltungsmöglichkeiten bei den Lehrformen einschließlich der Betreuungsrelationen;
- Verfügung über die nötigen finanziellen Handlungsspielräume, um die angesprochenen Gestaltungsmöglichkeiten auch nutzen zu können;
- Existenz aufgaben- und leistungsbezogener Finanzierungsmechanismen.

Aufseiten der Studierenden / Studierwilligen:

- Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Studiengängen und – orten;
- ausreichende Informationen und Vergleichsmöglichkeiten über die konkurrierenden Angebote.

Von diesen Anforderungen sind im derzeit geltenden Recht folgende Bedingungen erfüllt:

- Die inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Hochschulen bei den Studiengängen gehen unterschiedlich weit, je nachdem ob diese staatlich geregelt werden oder nicht. Bei gesetzlich weitgehend vorgeschriebenen Ausbildungszielen und -inhalten, wie z.B. bei den durch Staatsexamen abzuschließenden Studiengängen der Medizin, Rechtswissenschaften und den Lehramtsstudiengängen, bestehen nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten.
- Im Bereich der Lehr- und Unterrichtsformen besteht normativ in den meisten Bereichen ein großer Gestaltungsspielraum. Das gilt auch für Studiengänge, deren Inhalte weitgehend gesetzlich determiniert sind.

- Begrenzt wird die Freiheit aber in den zulassungsbeschränkten Studiengängen durch das Gebot der Kapazitätserschöpfung, das die Betreuungsrelationen festschreibt und damit auch den Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Lehrformen faktisch erheblich einschränkt. Wie gezeigt wurde⁹², besitzen die Hochschulen in diesem Bereich gewisse Einflussnahmemöglichkeiten, die jedoch nur von geringer Reichweite sind.

Wie die Erfahrungen im Bereich der staatlichen und kommunalen Verwaltung zeigen, ist es aber auch möglich, in einem weitgehend gesetzlich determinierten und deshalb weniger flexiblen Rahmen zumindest wettbewerbsorientierte Optimierungsinstrumente (Kosten- und Qualitätsvergleich für gesetzlich determinierte Produkte wie z.B. Baugenehmigungen) zum Einsatz zu bringen.⁹³ Das spricht dafür, dass auch im Hochschulbereich, der durch seine grundrechtliche Prägung vergleichsweise flexibel gestaltet ist, an Stelle der starren Vorschriften der Kapazitätsverordnung wettbewerbsorientierte Modelle zum Einsatz gebracht werden können.

⁹² Siehe 1. Kapitel, C).

⁹³ Adamaschek, Interkommunaler Leistungsvergleich. Leistung und Innovation durch Wettbewerb, 2. Aufl. 1997.

3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für ein wettbewerbstaugliches Alternativkonzept zur KapVO

I. **Rekonstruktion der verfassungsrechtlichen Grundlagen einer staatlichen Pflicht zur (ausreichenden) Bereitstellung von Studienplätzen**

A) *Bedeutung der verfassungsrechtlichen Zuordnung der Bereitstellungspflicht*

Dass der Staat zur Bereitstellung von Studienplätzen und damit zur Unterhaltung von Universitäten nicht nur politisch angehalten, sondern auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist, wird allgemein anerkannt. Vor dem Hintergrund der bildungspolitischen Prioritäten der letzten Jahrzehnte handelt es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit. Ein weitgehender Konsens besteht darüber hinaus insoweit, als wohl keine ernst zu nehmende Stimme in der rechtswissenschaftlichen Literatur davon ausgeht, dass der Staat jedem Studienbewerber einen Ausbildungsplatz zur Verfügung stellen muss. Insoweit ist anerkannt, dass die begrenzten finanziellen Möglichkeiten der Länder und die allgegenwärtige Knappheit der öffentlichen Kassen gewisse Beschränkungen erlauben, die Bereitstellung von Studienplätzen also unter dem Vorbehalt des finanziell Möglichen steht.⁹⁴ Damit kommt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verteilung der knappen Studienplätze an die Überzahl von Bewerbern die entscheidende Funktion und Aufmerksamkeit zu. Dieser Befund spiegelt sich in der wissenschaftlichen Literatur sowie der einschlägigen Rechtsprechung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichte deutlich wieder. Die Frage nach der genauen verfassungsrechtlichen bzw. dogmatischen Ableitung des Anspruchs des einzelnen Bewerbers auf Zuweisung eines Studienplatzes bzw. chancengerechte Teilnahme am Zuteilungsverfahren wird regelmäßig offengelassen bzw. die

⁹⁴ Siehe bereits BVerfGE 33, 303 (333).

verschiedenen Ableitungsmöglichkeiten werden ohne Entscheidung nebeneinandergestellt.

Dabei wird jedoch übersehen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Zuteilungsvorgang in vielfältiger Hinsicht von der rechtlichen Konstruktion und der damit verbundenen verfassungsrechtlichen Zuordnung des Zugangs- und Bereitstellungsanspruchs abhängen. Im Folgenden soll deshalb nach einer kurzen zusammenfassenden Darstellung der verschiedenen Ableitungsmöglichkeiten auf ihre Unterschiede eingegangen und sodann eine Auswahlentscheidung getroffen werden.

B) Die einzelnen Begründungsvarianten

Die staatliche Pflicht zur Bereitstellung von Studienplätzen wird einerseits aus Grundrechten, andererseits aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet. Zudem werden die landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungs- und Einrichtungsgarantien zugunsten der Hochschulen herangezogen.

Keine dieser Begründungen ist selbstverständlich oder unproblematisch. Die Ableitung eines Leistungsrechts, als das sich der Bereitstellungsanspruch darstellt, aus Grundrechten ist ein engen Grenzen unterliegender Ausnahmefall, dessen tatbestandliche Voraussetzungen nur in groben Umrissen geklärt und in den Einzelheiten nach wie vor umstritten sind. Die Ableitung eines Bereitstellungsanspruchs aus dem Sozialstaatsprinzip wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der in diesem Bereich anerkanntermaßen weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu konkreten Handlungspflichten und – soweit diese anerkannt werden – zu damit korrespondierenden subjektiven Rechten erstarkt. Ähnliche Fragen wirft die Ableitung konkreter Handlungspflichten aus den landesverfassungsrechtlichen Einrichtungs-garantien zugunsten der Universitäten auf.

1. Art. 12 Abs. 1 GG

a) Garantie der Ausbildungsfreiheit und Studienzulassung

In Art. 12 Abs. 1 GG wird dem Einzelnen⁹⁵ die freie Wahl und Ausübung des Berufs, die freie Wahl der Ausbildungsstätte sowie die freie Wahl des Arbeitsplatzes garantiert. Bereits in seinen ersten grundlegenden Entscheidungen zu diesem Grundrecht hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur die enge Wechselwirkung zwischen Wahl und Ausübung eines Berufs betont, sondern auch zwischen Berufsausbildung und Berufswahl bzw. Zulassung eine enge Beziehung erkannt.⁹⁶ Im Numerus-Clausus-Urteil heißt es daran anknüpfend:

„Darüber hinaus nötigt dieser enge Zusammenhang zu der weiteren Folgerung, dass zumindest dann, wenn die Aufnahme eines Berufs – wie bei Ärzten – eine bestimmte Ausbildung voraussetzt, Beschränkungen im freien Zugang zu der vorgeschriebenen Ausbildung ähnlich streng zu beurteilen sind wie Zulassungsvoraussetzungen für den Beruf selbst.“⁹⁷

Ist somit der Zugang zu einer universitären Ausbildung, soweit diese ihrerseits Voraussetzung für eine Berufszulassung ist, dem sachlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen und deshalb die Zulassung zu existenten Studiengängen an diesem Grundrecht zu messen, so stellt sich weiter die Frage, inwieweit auch die Bereitstellung der Studienplätze selbst und damit die Unterhaltung der dafür erforderlichen universitären Einrichtungen mitsamt ihrer sächlichen und personellen Ausstattung, grundrechtlich geboten bzw.

⁹⁵ Nach ihrem Wortlaut gilt die Verbürgung nur für Deutsche. Sie steht wegen des europarechtlichen Grundsatzes der Inländergleichbehandlung aber auch Unionsbürgern zu. Konstruktiv kann dies durch einen Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG bei gleichzeitiger Angleichung der Schranken (Übernahme der 3-Stufen-Lehre) oder eine erweiternde, europarechtskonforme Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG erreicht werden. Siehe dazu *Wernsmann*, Jura 2000, 657 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁹⁶ BVerfGE 7, 377 (401, 406); darauf verweist BVerfGE 33, 303 (330).

⁹⁷ BVerfGE 33, 303 (330).

abgesichert ist. Damit ist die leistungsrechtliche Komponente des Grundrechts angesprochen. Zu ihr äußert sich das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich positiv, beschränkt aber ihre Reichweite:

„Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen. Diese Entwicklung zeigt sich besonders deutlich im Bereich des Bildungswesens, das sich insoweit trotz des im Übrigen bestehenden engen Zusammenhangs mit der Berufswahl von dieser unverkennbar abhebt: Die Berufsfreiheit verwirklicht sich gegenwärtig ... vorwiegend im Bereich der privaten Berufs- und Arbeitsordnung und ist hier vornehmlich darauf gerichtet, die eigenpersönliche, selbstbestimmte Lebensgestaltung abzuschirmen, also Freiheit von Zwängen oder Verboten im Zusammenhang mit Wahl und Ausübung des Berufs zu gewährleisten. Demgegenüber zielt die freie Wahl der Ausbildungsstätte ihrer Natur nach auf freien Zugang zu Einrichtungen; das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos.“⁹⁸

Im weiteren Fortgang der Argumentation läßt es das Bundesverfassungsgericht dann dahingestellt, „ob „Teilhaberrechte“ in gewissem Umfang bereits daraus hergeleitet werden könnten, dass der soziale Rechtsstaat eine Garantenstellung für die Umsetzung des grundgesetzlichen Wertsystems in die Verfassungswirklichkeit einnimmt“⁹⁹ und beschäftigt sich dann auf der Grundlage der Hypothese,

„dass es auch im modernen Sozialstaat der nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibt, ob und wieweit

⁹⁸ BVerfGE 33, 303 (330 f.).

⁹⁹ BVerfGE 33, 303 (331) unter Verweis auf BVerwGE 27, 360 zur Privatschulfinanzierung. Zu dieser siehe auch Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 7 Abs. 4 Rdnr. 175, 188. Sie wird heute als eine der Fälle der Garantie von grundrechtlichen Leistungsrechten angesehen.

er im Rahmen der darreichenden Verwaltung Teilhaberechte gewähren will“¹⁰⁰,

nur noch mit der Frage der Teilhabe an vorhandenen Ausbildungskapazitäten. Darauf wird sogleich näher eingegangen. Zuvor soll jedoch die vom Bundesverfassungsgericht offen gelassene Frage näher untersucht werden. Dazu bedarf es zunächst der Vergewisserung der dogmatischen Struktur und Voraussetzungen grundrechtlicher Leistungsrechte.

b) Grundrechtsdogmatische Anforderungen an die Ableitung von Leistungsrechten aus Freiheitsgrundrechten

Terminologisch ist in diesem Zusammenhang zunächst eine Klarstellung erforderlich: Unter Leistungsrechten (im engeren Sinne) werden im folgenden „leistungsrechtliche Handlungsansprüche“ verstanden und damit die in der Literatur ebenfalls den Leistungsrechten – durchaus zutreffend – zugeordnete Nebenaspekte des abwehrrechtlichen Gehalts, wie etwa der Folgenbeseitigungsanspruch, ausgeklammert.¹⁰¹ Noch genauer geht es um Ansprüche auf leistungsverwaltungsrechtliches Tätigwerden des Staates zur Ermöglichung der Grundrechtsbetätigung des Bürgers. Derartige Leistungsrechte lassen sich nach ihrem Wortlaut und ihrer Struktur nur aus ganz wenigen Grundrechten ableiten, nämlich aus Art. 6 Abs. 4 GG für „Mütter“ und aus Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG für Privatschulbetreiber.¹⁰²

Als Beispiele dafür, dass aus Freiheitsgrundrechten mit den „herkömmlichen Auslegungsmethoden eine Leistungsverpflichtung (im weiteren Sinne) als Norminhalt“ naheliegt, wird neben Art. 6 Abs. 1, Art. 17, Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2, Art. 34 Satz 1, Art. 101 Abs. 1 S. 2

¹⁰⁰ BVerfGE 33, 303 (331).

¹⁰¹ Sachs, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 67 II 1 a) (S. 698).

¹⁰² Sachs, (Fn. 101), § 67 II 2 a) (S. 706).

GG auch Art. 12 Abs. 1 S. 1 3. Alt. GG, also das hier in Rede stehende Grundrecht auf freie Wahl des Ausbildungsplatzes, genannt.¹⁰³

Die tatbestandlichen Voraussetzungen von grundrechtlich verankerten Leistungsrechten werden durch folgende Kriterien bestimmt:

- die betreffende Leistung muss unerlässlich für den Grundrechtsgebrauch sein
- der Staat muss über die betreffende Leistung verfügen bzw. diese monopolisiert haben.

Unschärf sind diese Voraussetzungen im vorliegenden Zusammenhang insoweit, als die zweite Bedingung davon ausgeht, dass der Staat bereits über die Leistung verfügt. Es wird insoweit also nicht auf die Schaffung einer bislang nicht vorhandenen Leistung, sondern vielmehr auf die Teilhabe an bereits bestehenden Leistungsangeboten abgestellt. Man wird im vorliegenden Fragezusammenhang die zweite Bedingung deshalb genauer dahingehend formulieren müssen und darauf abstellen, dass der einzelne bzw. die Gesellschaft nicht in der Lage sind, eine bestimmte Leistung bereitzustellen, weil dafür ein Volumen erforderlich ist, das nur auf der Grundlage einer solidarischen Finanzierung aus Steuermitteln aufgebracht werden kann.

Diese Voraussetzungen liegen bei Universitäten vor. Dass es dem einzelnen Studierwilligen nicht möglich ist, sich eine entsprechende Bildungseinrichtung erst zu schaffen, liegt auf der Hand. Auch im Zusammenwirken ist eine größere Zahl von Studierwilligen dazu nicht in der Lage. Das zeigt auch der Vergleich mit den in vieler Hinsicht weniger kostspieligen Privatschulen, bei denen eine private Gründung nur wegen des regelmäßig über 90% liegenden Kostenzuschusses seitens der Länder realisierbar ist, sieht man von den durch Schulbeiträge finanzierten elitären Privatschulen einmal ab, zu denen faktisch kein allgemeiner Zugang besteht. Ohne Inanspruchnahme von

¹⁰³ Sachs, (Fn. 101), § 67 II 2. a) (S. 707).

Steuergeldern ist deshalb in Deutschland Aufbau und Betrieb einer Universität nicht ohne weiteres möglich. Die wenigen, meist auf kostengünstige¹⁰⁴ Prestigestudiengänge beschränkten Ausnahmen bestätigen dies für das Gros der Studiengänge.¹⁰⁵ Auch der internationale Vergleich steht dem nicht entgegen, da selbst in Ländern mit einem ausgebauten privaten Universitätssystem staatlichen Finanzzuweisungen eine große Bedeutung zukommt.¹⁰⁶

Fraglich ist, ob ein solcher Befund ausreicht, um einen grundrechtlich fundierten Leistungsanspruch zu begründen¹⁰⁷, oder ob in derartigen Fällen der Gesetzgeber auf Grund des Sozialstaatsprinzips verpflichtet ist, die tatsächlichen Voraussetzungen für den Grundrechtsgebrauch bereitzustellen bzw. zu schaffen.¹⁰⁸

Da ein grundrechtlich verankerter Leistungsanspruch die weitergehende Rechtsposition darstellt, ist zunächst zu prüfen, ob seine Voraussetzungen vorliegen. Dies ist mit Hilfe der anerkannten Kriterien zur Identifizierung von subjektiven öffentlichen Rechten, der Schutznormlehre, zu bewerkstelligen.¹⁰⁹

Erste Voraussetzung ist demnach ein Individualbegünstigungszweck. Er folgt im vorliegenden Fall aus dem engen Zusammenhang eines

¹⁰⁴ Vor allem handelt es sich um wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Studiengänge, die statistisch zu den kostengünstigsten Ausbildungsgängen zählen. Daneben gibt es inzwischen auch Studiengänge, die einen spezifischen Bedarf der Industrie decken sollen und von dieser aus wirtschaftlichem Eigeninteresse finanziert werden.

¹⁰⁵ So im Ergebnis auch die Einschätzung bei Erichsen, (Fn. 13), S. 81.

¹⁰⁶ Erichsen, (Fn. 13), S. 80.

¹⁰⁷ In diese Richtung tendiert offenbar Sachs, (Fn. 101), § 67 II.

¹⁰⁸ In diesem Sinne Erichsen, (Fn. 13), S. 83. Diese Position überwiegt auch bei der allgemeinen Erörterung der Thematik. Vgl. etwa H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1996, Vorbemerkung vor Art. 1 GG, Rdnr. 51 m.w.N.

¹⁰⁹ So auch Sachs, (Fn. 101), § 67 II 3 c) und d) (S. 714 f.). Zu den Anforderungen der Schutznormlehre im einzelnen vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 127 ff.

möglichen Leistungsrechts mit dem abwehrrechtlichen Gehalt der freien Wahl der Ausbildungsstätte und liegt bei Personen mit Hochschulreife vor, die einen von der Allgemeinheit klar abgegrenzten Personenkreis darstellen. Dies gilt um so mehr, wenn man auf unterschiedliche Fachrichtungen abstellt, worauf es ja auch im praktischen Fall ankommt.

Zweite Voraussetzung ist die Zuweisung materieller Rechtsmacht an die Begünstigten. Diese könnte mittelbar aus der vorangehenden Zuerkennung der Hochschulreife durch den Staat abgeleitet werden mit der Begründung, dass ohne eine faktische Möglichkeit der Studienaufnahme diese Zuerkennung leerlaufen würde. Problematisch ist dabei jedoch zweierlei: Erkennt man ein vollwertiges Recht auf Umsetzung der Hochschulreife in die Zuweisung eines Studienplatzes an, so hätte dies einen tiefgreifenden Eingriff in die staatliche Planungs- und Finanzhoheit zur Folge, die weder praktisch wegen der damit verbundenen Außensteuerung des Hochschulwesens noch verfassungsrechtlich im Hinblick auf die Planungs- und Finanzhoheit von Parlamenten und Hochschulen hinnehmbar ist.¹¹⁰ Berücksichtigt man dies und gewährt nur ein Teilhaberecht nach Maßgabe des organisatorisch und finanziell möglichen, so löst das den Einwand aus, es handle sich um ein *lex imperfecta*, bei der man von Rechtsmacht und einem subjektiven Recht nicht sprechen könne.¹¹¹

Wie Sachs überzeugend dargelegt hat, ist der Hinweis auf die finanziellen Kosten von Leistungsgrundrechten als solcher kein zwingender Hinderungsgrund für die Anerkennung von Leistungsrechten, da auch die Erfüllung von Abwehrrechten und Schutzpflichten mit einem erheblichen finanziellen Aufwand verbunden

¹¹⁰ In diesem Sinne Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 16. Aufl. 2000, Rdnr. 100; Manssen, Staatsrecht I, Grundrechtsdogmatik, 1995, Rdnr. 64; Dreier, (Fn. 108), Rdnr. 51.

¹¹¹ Martens, VVDStRL 30 (1972) S. 7 (30 f.); Manssen, (Fn. 110); Rdnr. 65.

ist.¹¹² So sollen etwa bei der Durchführung von Demonstrationen die Kosten für den Polizeischutz vor etwaigen Gegendemonstranten bei der Abwägung, ob die Demonstration aus Gründen der öffentlichen Sicherheit verboten werden kann, keine Berücksichtigung finden. Das gleiche gilt für grundrechtliche Schutzpflichten. Die finanziellen Auswirkungen von Leistungsrechten stehen deshalb ihrer Anerkennung als subjektive Rechte nicht entgegen. Vielmehr ist der Vorbehalt des finanziell Möglichen auf der Schrankenebene zu berücksichtigen und dort auch ohne weiteres berücksichtigungsfähig.

Gewichtiger erscheint demgegenüber der zweite Einwand, die fehlende inhaltliche Bestimmtheit des geltend zu machenden Anspruchs. Während bei einem Abwehranspruch durch das abzuwehrende staatliche Handeln – jedenfalls *prima facie*¹¹³ – der Inhalt der eingeforderten staatlichen Maßnahme bereits feststeht, bestehen bei Leistungsrechten in der Regel viele verschiedene Möglichkeiten der Erfüllung. Bereits ein Blick in das BGB zeigt indes, dass dies ein durchaus normales Phänomen ist, das nicht gegen die Anerkennung von Leistungsrechten spricht. So wird in § 262 BGB ein Wahlrecht als Lösungsmöglichkeit vorgesehen. Auch bei den grundrechtlichen Schutzpflichten, die den Leistungsrechten sehr nahe kommen, steht dem Staat ein weitgehender Gestaltungsspielraum zu, ohne dass deshalb der Schutzanspruch in Frage gestellt wird. Warum deshalb bei sonstigen Leistungsrechten die inhaltliche Unbestimmtheit bzw. Vielgestaltigkeit des Anspruch ihrer Anerkennung entgegenstehen soll, ist nicht einzusehen. Vielmehr liegt es vor dem Hintergrund des aktuellen Entwicklungsstandes der Grundrechtsdogmatik näher, die für den Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelten Kriterien auch bei den sonstigen Leistungsrechten zu übernehmen. Es erscheint

¹¹² Sachs, (Fn. 101), § 67 III 2 (S. 717 f.).

¹¹³ Auch hier können sich im Bereich des neben der Unterlassung als Inhalt des Abwehrrechts anerkannten Beseitigungsanspruchs durchaus mehrere Möglichkeiten der Erfüllung anbieten.

deshalb sinnvoll, die für diesen Bereich entwickelten Kriterien genauer in den Blick zu nehmen.

Grundrechtliche Schutzpflichten sind auf die Abwehr von sogenannten privaten Eingriffen in einen grundrechtlichen Schutzbereich gerichtet und sollen das staatsgerichtete Abwehrrecht ergänzen. Sie folgen der Erkenntnis, dass grundrechtlich geschützte Freiheit oder Rechtsgüter nicht nur durch staatliche Maßnahmen, sondern auch durch Private bedroht werden können. Da es dem einzelnen aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols nur beschränkt möglich ist, selbst wirksame Schutzmaßnahmen zu ergreifen, kann der Staat zu entsprechenden Schutzmaßnahmen verpflichtet sein. Klassischer Anwendungsfall der grundrechtlichen Schutzpflicht ist deshalb der polizeiliche Schutz des einzelnen Bürgers vor Übergriffen Dritter.

Fraglich ist aber, ob sich aus den Grundrechten neben der Schutzpflicht auch ein subjektiver Schutzanspruch ableiten lässt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage in seinen ersten einschlägigen Entscheidungen zu grundrechtlichen Schutzpflichten offengelassen¹¹⁴, weil es prozessual darauf nicht ankam, da es sich jeweils um Normenkontrollverfahren handelte. In späteren Verfahren ist es dann stillschweigend von einem Schutzanspruch ausgegangen, ohne dies ausdrücklich herzuleiten oder zu begründen.¹¹⁵ In der Literatur wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass aus der Schutzpflicht auch ein Schutzanspruch folgt.¹¹⁶ Die besseren Gründe sprechen für diese Ansicht, da es bei der grundrechtlichen Schutzpflicht um eine die Abwehrfunktion der Grundrechte ergänzende und verstärkende Wirkung geht.

Das Bundesverfassungsgericht hält es in Fortsetzung dieses Ansatzes

¹¹⁴ BVerfGE 39, 1 (42).

¹¹⁵ BVerfGE 77, 170 (214) - C-Waffen; 79, 174, (201 f.) - Verkehrslärm.

¹¹⁶ siehe Erichsen, Jura 1997, 85 (89 m.w.N.)

in mehreren Fällen für möglich, dass im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen vorgegangen und damit ein Anspruch auf Gesetzgebung und staatliches Handeln – das in der Regel Kosten verursacht – geltend gemacht wird¹¹⁷:

- a) Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist zunächst dann möglich, wenn ein ausdrücklicher Auftrag des Grundgesetzes besteht, eine bestimmte gesetzliche Regelung zu erlassen. Ein solcher verfassungsrechtlicher Gesetzgebungsauftrag besteht z.B. in Art. 6 Abs. 5 GG.
- b) Ein gesetzgeberisches Unterlassen ist auch dann verfassungsrechtlich justitiabel, wenn der Gesetzgeber es trotz bestehender grundrechtlicher Handlungs- und Schutzpflichten gänzlich unterlassen hat, gesetzliche Vorschriften zu erlassen.
- c) Ein gesetzgeberisches Unterlassen ist schließlich auch dann justitiabel, wenn der Gesetzgeber durch seine Untätigkeit eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Nachbesserung einer ursprünglich als verfassungskonform angesehenen Regelung verletzt hat.

In diesen Fällen bleibt dem Gesetzgeber abgesehen von seiner Pflicht, bestimmte Schutzmaßnahmen gesetzlich anzuordnen, ein weiter Gestaltungsspielraum, so dass von einem inhaltlich eindeutig bestimmten Anspruch nicht ausgegangen werden kann.

Eine ähnliche rechtliche Konstruktion wird in der Literatur im Hinblick auf die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG vertreten. Auch hier wird von einer Pflicht des Gesetzgebers ausgegangen, dem Bürger zur Gewährleistung der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich einen Mindeststandard privatnützig zugeordneter Vermögensrechte nach

¹¹⁷ BVerfGE 56, 54 (71 f.); 88, 203 (310).

Maßgabe des Untermaßverbotes bereitzustellen¹¹⁸, wobei dies allerdings dem Staat keine Kosten verursacht.

¹¹⁸ Ehlers, VVDStRL 51 (1992), 211 (216); Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 14 Rdnr. 92.

Festzuhalten ist damit Folgendes:

Die fehlende Eindeutigkeit eines grundrechtlichen Anspruchs führt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu, dass der Anspruch als solcher nicht anerkannt und das Grundrecht zu einer *lex imperfecta* wird, sondern dass ein parlaments- bzw. gesetzesmediatisierter Konkretisierungsprozess eingeschoben wird, auf dessen fehlerfreie Durchführung ein Anspruch besteht.

Insbesondere die Kategorie der grundrechtlichen Schutzpflichten beweist, dass es der Anerkennung eines grundrechtlichen Anspruchs auch nicht entgegen steht, wenn dessen „Erfüllung“ finanzielle Lasten verursacht.

Als wichtigste Erkenntnis bleibt jedoch zu konstatieren, dass das Verfassungsrecht in beiden Fällen die Gewährleistung strikt auf einen **Mindeststandards** beschränkt, so dass es keinen *allgemeinen* Anspruch auf gesetzgeberisches Tätigwerden, Planen oder Finanzieren gibt.¹¹⁹

c) Grundrechtsausübung ermöglichende Leistungen oberhalb des Mindeststandards

Wird der Staat bzw. Gesetzgeber tätig, um dem Bürger durch die Bereitstellung von Einrichtungen oder sonstigen eigenen Leistungen den Grundrechtsgebrauch zu ermöglichen und geht er dabei über den verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard hinaus, so ist auch diese Leistungserbringung grundrechtsgebunden. Dies gilt zunächst für die distributive Grundentscheidung, also die Entscheidung, zu wessen Gunsten die knappen staatlichen Finanzmittel eingesetzt werden.

Des Weiteren muss die Chancengerechtigkeit beim Zugang zur Leistung gewahrt sein. Insoweit ist Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab heranzuziehen.

¹¹⁹ Siehe auch Hoppe, HStR III, § 71 Rdnr. 86 ff.

Beide verfassungsrechtlichen Maßgaben eröffnen Gestaltungsspielräume, so dass die Bejahung der Grundrechtsbindung als solche in unserem Falle keine klaren Direktiven über Art und Ausmaß der bereitzustellenden Studienplätze enthält. Insoweit ist zu klären, ob und welche Vorgaben bei der Ausübung der Gestaltungsbefugnis einzuhalten sind.

- d) Die planungsrechtliche Ausgestaltung grundrechtsrelevanter staatlicher Leistungen und ihre Einbettung in die Grundrechtsdogmatik

Die Grundrechtsdogmatik ist durch die abwehrrechtliche Grundfunktion und diese im Zusammenhang mit dem Übermaßverbot durch eine lineare Abwägung als Normalfall geprägt. Bei der Herstellung praktischer Konkordanz bzw. der Suche nach dem verhältnismäßigen Ausgleich zwischen kollidierenden Rechtswerten – seien diese von Verfassungsrang oder nicht -, stehen sich in den meisten Fällen zwei Interessen gegenüber. Rechtsprechung und Lehre haben für diesen Abwägungsvorgang verschiedene Kriterien bzw. Regeln herausgearbeitet. Diese wirken sich als positive (steuernde/orientierende) oder negative (begrenzende) Maßgaben für den Abwägungsvorgang aus. Als positive Maßgabe kann etwa das Postulat angesehen werden, dass bei der Abwägung ein verhältnismäßiger Ausgleich in der Weise angestrebt werden soll, dass jede der betroffenen Positionen so weit wie möglich erhalten bleibt bzw. zur Entfaltung kommt (praktische Konkordanz). Als negative Maßgabe können z.B. die für einige Grundrechte anerkannten Planungs- und Bewirtschaftungsverbote sowie modal ausgerichtete Gesetzesvorbehalte – wie etwa Art. 5 Abs. 2 GG – angeführt werden.

Daneben sind im grundrechtlichen Bereich aber auch multipolare Abwägungslagen anzutreffen, zu deren Bewältigung auch außerhalb des klassischen Bau- und Fachplanungsrechts planungsrechtliche

Instrumentarien herangezogen werden.¹²⁰ Die in diesem Bereich entwickelten Überlegungen können auch im vorliegenden Zusammenhang fruchtbar gemacht werden.

Ein Beispiel für eine solche multipolare Abwägungslage sind die Regelungen im Bundeswaldgesetz sowie die dementsprechenden ausführenden Landesgesetze, die der Koordination unterschiedlicher Nutzungsinteressen von Waldeigentümern, erholungssuchenden Fußgängern und Reitern dienen. Während das Bundesverwaltungsgericht die betreffenden Regelungen in klassischer Manier als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt qualifiziert und insoweit für nicht hinreichend bestimmt gehalten hat, wählte das Bundesverfassungsgericht einen planungsrechtlichen Interpretationsansatz und führt aus:

„Die Entscheidung, welche Waldwege aufgrund einer Ordnung des gesamten Erholungsverkehrs im Wald schließlich im Einzelnen als Reitwege zur Verfügung stehen sollen, erweist sich ... letztlich als Akt staatlicher (Wege-) Planung. ... Derartige Planungsakte können nicht im Wege eines Konditionalprogramms normativ vorherbestimmt werden. Jedoch bietet insoweit das planerische Abwägungsgebot einen sachgerechten Maßstab, der es erlaubt, die sich aus den konkreten Verhältnissen ergebenden öffentlichen Interessen und die privaten Belange der betroffenen Eigentümer in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Regelmäßig werden zumindest das Interesse der Reiter an einem möglichst umfassenden Reitwegenetz und das entgegengesetzte Interesse der Wanderer, daneben aber auch das Interesse der Grundstückseigentümer an der Erhaltung und der ungestörten eigenen Nutzung seines Weges berührt und gegeneinander abzuwägen sein. Das sachliche Gewicht jedes einzelnen dieser Belange kann sich von Fall zu Fall unterschiedlich darstellen.

Eine sachgerechte Bewältigung dieser Konflikte entzieht sich einer detaillierten Regelung durch das Gesetz. Eine solche kann auch unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes von Verfassungen wegen nicht verlangt werden. Denn dieser Grundsatz darf nicht dazu führen, daß der Gesetzgeber auf eine Regelung,

¹²⁰ Siehe dazu auch die Vorschläge von Kloepfer, DVBl. 1995, 441 ff. der allgemein die Übernahme der planungsrechtlichen Abwägungsdogmatik in die Gesetzgebungslehre vorschlägt.

die er zur Erreichung eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels für geboten hält (und halten darf), verzichten müsste (vgl. auch BVerfGE 58, 300 [346])¹²¹

Diese Ausführungen enthalten mehrere wichtige Aussagen, die im vorliegenden Zusammenhang Beachtung verdienen. Zunächst ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Vergleichbarkeit gegeben ist. Auch beim „Reiten im Walde“ geht es um die Ermöglichung der Grundrechtsausübung, allerdings nicht durch eine unmittelbare staatliche Leistung, sondern durch die Inanspruchnahme privaten Eigentums im Rahmen der Sozialbindung. Dabei gilt es, eine Mehrzahl von grundrechtlich geschützten sowie öffentlichen Interessen situationsbezogen in einen ausgewogenen Ausgleich zu bringen.

Im Falle der Gewährung von den Grundrechtsgebrauch ermöglichenden staatlichen Leistungen verhält es sich ähnlich. Hier treffen auf verfassungsrechtlicher Ebene das auf einen Mindestgewährleistungsanspruch reduzierte subjektive Leistungsrecht und der haushaltsrechtliche Parlamentsvorbehalt, der zugleich einen Abwägungsvorbehalt zwischen konkurrierenden finanzwirksamen Gemeinwohl-belangen¹²² darstellt, aufeinander.

Dem Parlamentsgesetz kommt hier sowohl eine Konstituierungs- als auch eine Vorbehalts- bzw. Beschränkungsfunktion zu. Zugleich mit dem Inhalt werden auch die Schranken des Leistungsrechts und damit des staatlich ermöglichten Freiheitsgebrauchs bestimmt.

Die Annahme einer Konstituierungsfunktion des Parlamentsgesetzes im Bereich eines Grundrechts stellt eine geläufige Rechtskonstruktion dar. So werden im Rahmen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nur durch Gesetz ausgeformte Eigentumsrechte in ihrem Bestand geschützt. Insoweit kommt dem Gesetz auch für den

¹²¹ BVerfGE 80, 137 (162 f.).

¹²² Darunter befinden sich auch weitere grundrechtliche Leistungsrechte, Schutzansprüche etc.

Grundrechtsschutz eine Konstituierungsfunktion zu. Unvermittelt lassen sich aus dem Grundrechte gesetzgeberische Pflichten nur unter Anknüpfung an die Funktion des Grundrechts als Institutsgarantie ableiten, wobei ähnlich wie bei den Leistungsrechten von einer Mindestgarantie ausgegangen wird.

Die für die Eigentumsgarantie typische Konstellation, dass der Grundrechtsschutz an die gesetzgeberisch ausgestalteten konkreten Eigentumsrechte anknüpft, ist auch bei den Leistungsrechten anzutreffen. Bei ihnen ist es Aufgabe des Gesetzgebers zu bestimmen, in welchem Umfang Leistungen bereitgestellt werden. Deshalb kann auch in diesem Bereich von einem gesetzesvermittelten Grundrechtsschutz ausgegangen werden.

2. Art. 12 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Sozialstaatsprinzip

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Lehre lehnt indes bei der Begründung von Leistungs- und Teilhaberechten eine unmittelbare Bezugnahme auf die Grundrechte ab und stützt sich statt dessen auf das Sozialstaatsprinzip. Ihm wird das an den Staat adressierte und sehr weit gefasste Gebot entnommen, die für den tatsächlichen Freiheits- bzw. Grundrechtsgebrauch erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen, solange und soweit dies in privater Eigenregie nicht möglich oder zu erwarten ist.¹²³ Abgestellt wird dabei zum einen auf Art. 12 Abs. 1 GG, soweit es um die Berufsausbildung geht¹²⁴, zum anderen auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, soweit es um die Persönlichkeitsentfaltung durch Wissens- und Bildungserwerb geht.¹²⁵

¹²³ Erichsen, (Fn. 13), S. 81 ff. m.w.N.

¹²⁴ Erichsen, (Fn. 13), S. 77 ff.

¹²⁵ Erichsen, (Fn. 13), S. 90 ff. unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum schulischen Bereich. Vgl. dazu BVerfGE 45, 400 (417); 58, 257 (272).

Aus der Verbindung von grundrechtlicher Gewährleistung und sozialstaatlichem Förderauftrag wird eine staatliche Handlungspflicht abgeleitet, eine ausreichende Versorgung mit Studienplätzen sicherzustellen, solange dies auf privatwirtschaftlicher Grundlage nicht gewährleistet ist.¹²⁶ Diese Pflicht steht – so die weitere Argumentation – jedoch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann, so dass ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anzuerkennen ist.¹²⁷ Die somit begründete verfassungsrechtliche Handlungsauftrag des Staates wird dann folgendermaßen umschrieben:

„Zum einen wird durch ihn das grundsätzliche Ziel der Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung mit Studienplätzen der gesetzgeberischen Disposition entzogen. Zum anderen sind auch dann, wenn eine Frage politischen Charakter hat und im Wege wertender Abwägung durch den Gesetzgeber zu entscheiden ist, jedenfalls grobe Fehlgewichtungen von Belangen, willkürliche Einschätzungen und evident unzureichende Maßnahmen verfassungswidrig.“¹²⁸

Auch die an das Sozialstaatsprinzip anknüpfende Ableitung einer staatlichen Pflicht zur Bereitsstellung von Studienplätzen zum Zwecke der Ermöglichung der Grundrechtsausübung mündet demnach in eine planerische, an der Abwägung von konkurrierenden Belangen orientierte Entscheidung und kommt damit dem zuvor entwickelten Modell sehr nahe. Beide Begründungsmuster kommen damit zum selben Ergebnis.

¹²⁶ Erichsen, (Fn. 13), S. 82 und 93 f..

¹²⁷ Erichsen, (Fn. 13), S. 82 f. u.a. unter Verweis auf BVerfGE 33, 330 (333).

¹²⁸ Erichsen, (Fn.), S. 83 – die dort angeführten Nachweise wurden hier weggelassen.

C) *Konsequenzen für Inhalt, Ausgestaltung und Grenzen des Individualanspruchs auf Bereitstellung eines Studienplatzes*

Die vorstehenden Überlegungen haben Bedeutung für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Inhalt, die Ausgestaltung und Grenzen eines möglichen Individualanspruchs auf Bereitstellung eines Studienplatzes und die Zulassung zum Studium:

Auszugehen ist von der Konstituierungsfunktion des Gesetzes für die Bestimmung und Begründung des allein grundrechtlich oder in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten Individualanspruchs auf Zuweisung eines Studienplatzes.

Die Konstituierung des Anspruchs erfolgt im Rahmen einer vom Gesetzgeber jedenfalls im Kernbereich selbst vorzunehmenden¹²⁹ planerischen Abwägung, bei der im Rahmen der Zuweisung von Finanzmitteln für Hochschulen insbesondere die Grundrechte der Studierwilligen und die ebenfalls zu finanzierenden sonstigen Gemeinwohlbelange gegeneinander abzuwägen sind.

Entscheidend ist bei dieser planungsrechtlichen Argumentation: Im Rahmen der Vorgaben der Lehre vom Parlamentsvorbehalt kann die planerische Abwägung auf mehreren Ebenen erfolgen, muss also nicht abschließend durch den Gesetzgeber vorgenommen werden. Damit ist es grundsätzlich auch für den Bereich der Festlegung der Betreuungsrelationen denkbar, den Hochschulen innerhalb eines Gesamtabwägungsvorgangs Mitgestaltungsrechte zuzuweisen und beim Gesetzgeber die Aufgabe der Setzung bestimmter Rahmenregelungen zu belassen. Damit wäre die rechtliche Grundlage dafür gegeben, bei der Bestimmung von Studienplatzzahlen autonome Entscheidungen der Hochschulen zuzulassen.

Bevor dies im Einzelnen untersucht werden kann, muss jedoch zunächst geprüft werden, inwieweit ein Systemwechsel in diesem

¹²⁹ Dazu im einzelnen später im Text.

Bereich nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßgaben überhaupt zulässig ist.

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen System- und Strukturwechsel im Recht der Studienplatzvergabe

A) Absehbare Auswirkungen eines Systemwechsels

Die möglichen Wirkungen eines Systemwechsels sind vielfältig: Es können Effizienzsteigerungen eintreten, die Betreuungsrelationen beeinflussen; Hochschulen könnten über Virtualisierung der Lehre zu ganz neuen didaktischen Konzeptionen gelangen; möglicherweise werden Studienplatzzahlen stärker an Nachfragebedingungen angepasst. Das aktuelle System der Studienplatzvergabe in bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen zielt in erster Linie auf die Bereitstellung von möglichst vielen Studienplätzen im Rahmen der zur Verfügung stehenden Mittel und Einrichtungen ab. Eine Wirkung kann aber auch in einem Verlust von angebotenen Studienplätzen in den bundesweit zulassungsbeschränkten Fächern bestehen. Dies ist der verfassungsrechtlich problematische und daher genau zu prüfende Fall.

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein mit derartigen Folgen verknüpfter Systemwechsel verfassungsrechtlich zulässig ist. Um dies zu klären, soll zunächst ein Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Systemwechsel geworfen werden, in denen diese Problematik bereits ausführlicher diskutiert bzw. durch die Verfassungsrechtsprechung geklärt worden ist.

B) Beispiele für verfassungsrechtliche Anforderungen an Systemwechsel aus anderen Bereichen

Ein erstes und gewichtiges Beispiel liefert die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Eigentumsgrundrecht am Beispiel der Neugestaltung des Bergrechts.¹³⁰ Dabei mußte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob im Falle einer Neuordnung in Zukunft nicht mehr bestehende

¹³⁰ BVerfGE 83, 201 (212 f.); siehe auch BVerwGE 94, 1 (5).

Eigentumsrechte¹³¹ nur im Wege der Enteignung entzogen werden können, oder ob dies im Falle einer grundsätzlichen Neuordnung unter erleichterten Bedingungen möglich ist. Diese Problematik ist insoweit von besonderem Interesse, als es um den Zugriff auf eigentumsrechtlich geschützte Rechtspositionen geht.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit folgenden Erwägungen einen Entzug bislang bestehender Rechtspositionen im Falle einer Neuordnung von Rechtsgebieten für zulässig gehalten:

„Art. 14 Abs. 3 GG ist jedoch dann nicht unmittelbar anwendbar, wenn der Gesetzgeber im Zuge der generellen Neugestaltung eines Rechtsgebiets bestehende abschafft, für die es im neuen Recht keine Entsprechung gibt.

Der Gesetzgeber darf nicht nur nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Eigentumsrechten einen neuen Inhalt geben. Ebenso wie er neue Rechte einführen darf, kann er auch das Entstehen von Rechten, die nach bisherigem Recht möglich waren, für die Zukunft ausschließen. Es ist ihm auch nicht ausnahmslos verwehrt, die nach altem Recht begründeten Rechte der Neuregelung anzugleichen, selbst wenn dabei die bisher mit dem Recht verbundenen Befugnisse eingeschränkt werden; die Eigentumsgarantie gebietet insoweit nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen ... Selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein (vgl. BVerfGE 78, 58 [75])“¹³²

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen zum gesetzgeberischen (Neu-) Gestaltungsspielraum äußert sich das Bundesverfassungsgericht auch zu den Anforderungen, die an den Vorgang der Neugestaltung bzw. des Systemwechsels zu stellen sind:

„Voraussetzung der Zulässigkeit eines Eingriffs in bestehende Rechtspositionen durch eine gesetzliche Neuregelung ist zunächst, dass die Neuregelung als solche, unabhängig von der Frage der Beseitigung oder Einschränkung bestehender

¹³¹ Im konkreten Fall ging es um Vorkaufsrechte.

¹³² BVerfGE 83, 201 (211 f.).

Rechtspositionen verfassungsmäßig ist (vgl. BVerfGE 31, 275 [285]; 58, 3000 [338] m.w.N.).

Der Eingriff in die nach früherem Recht entstandenen Rechte muß darüber hinaus durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein (vgl. BVerfGE 31, 275 [290]; 70, 191 [201 f.] m.w.N.).¹³³

In eine ähnliche Richtung weisen weitere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu umweltrechtlichen Nutzungsbeschränkungen und –verboten¹³⁴ sowie die über den Bereich des Eigentumsschutzes hinaus geltenden Grundsätze der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Rückwirkungsverbot.

Auch beim Rückwirkungsverbot geht es um die Veränderung eines status quo für die Zukunft, mithin um Fragen eines Systemwechsels. Rechtsprechung und Lehre unterscheiden in diesem Bereich zwischen echter und unechter Rückwirkung bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen und tatbestandlicher Rückanknüpfung.¹³⁵ Während im Fall der echten Rückwirkung ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Unzulässigkeit einer rückwirkenden Rechtsänderung angenommen wird, ist im Fall der unechten Rückwirkung von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Neuregelungen auszugehen, die nur durch besondere Vertrauensschutztatbestände begrenzt wird. Die Handlungsspielräume des Gesetzgebers unterscheiden sich in beiden Fallkonstellationen mithin erheblich.

In seiner Entscheidung zu Schiffsbausubventionen hat das Bundesverfassungsgericht zudem anerkannt, dass eine Rückwirkung auch bei Vorliegen von Vertrauensschutz aus überwiegenden Gründen

¹³³ BVerfGE 83, 201 (212).

¹³⁴ BVerwGE 84, 361 (367 f.); 94, 1 (4 f.). Siehe auch Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 14 Rdn. 211 f.

des Allgemeinwohls und nicht nur in eng umrissenen Sondertatbeständen verfassungsrechtlich zulässig ist.¹³⁶

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Verfassungsrecht im Falle eines durch Gründe des Allgemeinwohls begründeten Systemwechsels auch im grundrechtlichen Bereich Eingriffe in bestehende Rechte und Rechtspositionen sowie geschütztes Vertrauen zulässt. Voraussetzung ist insoweit, dass gewichtige Gründe für den Systemwechsel sprechen. Zudem ist – soweit dies nicht zur Zweckvereitelung führt – auf die Einhaltung von ausreichenden Übergangsfristen bzw. Härtefallregelungen zu achten.

C) Ableitung von Kriterien für einen Systemwechsel im Kapazitätsrecht

1. Übertragbarkeit der Kriterien

Die vorgestellten verfassungsrechtlichen Kriterien für einen in bestehende Rechtspositionen eingreifenden Systemwechsel liefern wichtige Orientierungspunkte für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Systemwechsels im Kapazitätsrecht. Ohne weiteres übernommen werden können die Maßgaben, dass die neu zu schaffende Regelung für sich betrachtet verfassungsmäßig sein muss und dass jedenfalls ein bestehende Rechtspositionen beeinträchtigender Systemwechsel einer ausreichenden Rechtfertigung bedarf. Im einzelnen klärungsbedürftig ist dabei, welcher der angeführten Fallgruppen ein Systemwechsel im Bereich der Studienplatzzuweisung wertungsmäßig vergleichbar ist. Erst durch diese Zuordnung ist es möglich, die materiellen Anforderungen an eine Veränderung bzw. Neugestaltung der Rechtslage zu entwickeln.

¹³⁵ Siehe dazu etwa BVerfGE 97, 67 (78 f.); Maurer, Staatsrecht, 1999, § 17 Rdnr. 105 ff.

¹³⁶ BVerfGE 97, 67 (81 f.); Maurer, (Fn. 130), § 17 Rdnr. 119.

2. Qualifizierung der betroffenen Rechtspositionen

Wie die Folgenabschätzung unter A) ergeben hat, könnte sich ein Systemwechsel möglicherweise im Sinne einer zukünftigen Kürzung der derzeit faktisch bestehenden Zulassungschancen auswirken. Es kommt damit entscheidend darauf an, wie diese Rechtsposition zu qualifizieren ist. Dabei ist auf die Überlegungen zur rechtlichen Verankerung der staatlichen Pflicht zur Bereitstellung von Studienplätzen zurückzugreifen. Diese hatten ergeben, dass kein Anspruch auf ein bestimmtes Planungs- oder Abwägungsergebnis besteht, sondern vielmehr nur die Einhaltung eines Mindestangebots an Studienplätzen, das durch die grundsätzlich Chance jedes Inhabers einer Hochschulzulassung auf Durchführung eines Studiums gekennzeichnet ist, verlangt werden kann. Da der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht auf ein bestimmtes Abwägungsergebnis festgelegt ist, solange der Mindeststandard gewahrt bleibt, kann er oberhalb dieses Standards seine Gewichtungen und Abwägungsergebnisse durchaus verändern. Die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Studierwilligen stehen demnach einem Systemwechsel nicht entgegen. Solange das Mindestangebot gewährleistet ist, steht auch dem Wechsel zu einem System nichts entgegen, bei der die genaue Höhe des Angebots an Studienplätzen dezentral und wettbewerblich bestimmt wird.

3. Das Gebot einer bundeseinheitlichen Kapazitätsausnutzung als verfassungsrechtliches Hindernis für einen Systemwechsel

Die Abkehr vom geltenden Kapazitätsrecht und die Einführung eines neuen, wettbewerbsorientierten Regelungssystems wäre indes ausgeschlossen, wenn das für das geltende Kapazitätsrecht zentrale Postulat der bundeseinheitlichen Kapazitätsausnutzung verfassungsrechtlich verankert und deshalb jede Abweichung der Hochschulen „nach unten“ von der zu einem bestimmten Zeitpunkt möglichen Maximalauslastung untersagt wäre.

Die Beantwortung dieser Frage verlangt zunächst eine genauere Einordnung des Postulats der bundeseinheitlichen

Kapazitätsausnutzung. Es beruht zum einen auf der Systementscheidung des Bundes und der Länder, so viele Studienplätze wie möglich zur Verfügung zu stellen. Dies entsprach den Prämissen der damaligen Bildungspolitik und den durch sie erzeugten Erwartungen der studierwilligen Inhaber einer allgemeinen Hochschulzugangsberechtigung. Zum anderen geht es in den Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts in erster Linie darum, der Bevorzugung von Landeskindern bzw. im Einzugsbereich von Universitäten lebenden Studierwilligen entgegenzutreten und bundesweit einen gleichen Standard für die Chancen des Hochschulzugangs sicherzustellen, wie es der grundrechtlichen Gewährleistung durch das Grundgesetz entspricht.

Die Entscheidung für ein wettbewerbsorientiertes Modell der Festlegung der Betreuungsrelationen beruht auf einer neuen, vom bisherigen Modell abweichenden Gewichtung einzelner Belange innerhalb der Gesamtabwägung. Soweit diese Gesamtabwägung sich in einer bundesweit gültigen Rahmenordnung niederschlägt und keine Bevorzugung bestimmter Gruppen von Studierwilligen zu befürchten ist, steht der das bislang geltende Postulat der bundeseinheitlichen Kapazitätsausschöpfung tragende verfassungsrechtliche Gedanke dem nicht entgegen. Zu beachten ist demnach lediglich, dass durch das neue Modell keine landesspezifischen Privilegien erzeugt werden. Dies spricht dafür, dass die Rahmenbedingungen des neuen Modells bundeseinheitlich, also im HRG, geregelt werden. Etwas anderes mag für experimentelle Vorhaben gelten. Ist ein neues Modell so gestaltet, dass es zu funktionsfähigem Wettbewerb führt, sind beide Ziele des Postulats der Kapazitätsausnutzung (Kapazitätsausschöpfung, Chancengerechtigkeit) mindestens genauso gut erreichbar wie mit der KapVO: Der Wettbewerb (z.B. durch Finanzausweisungen pro Studierendem) liefert die Anreize für die Hochschulen, mit den gegebenen Ressourcen eine maximale Zahl an Studienplätzen in den nachgefragten Fächern bereitzustellen.

4. Anforderungen an die neu zu schaffende Rechtslage

Das alternative Regelungsmodell muss – wie auch die aktuelle Regelung – vor allem zwei verfassungsrechtliche Anforderungen beachten. Zunächst muss der grundrechtlich erforderte Mindeststandard an Studienplätzen zur Verfügung stehen. Zur Konkretisierung dieser Größe ist auf den Gedanken zurück zu greifen, dass grundsätzlich jedem Inhaber einer Hochschulzulassung eine realistische Chance auf Aufnahme eines Studiums offen stehen muss. Das erfordert nicht, dass jeder Studierwillige innerhalb einer bestimmten Frist ein Studium seiner Wahl aufnehmen kann. Insoweit kann nach heutigem Erkenntnisstand die Qualifikationsanforderungen für den betreffenden Studiengang sowie der Bedarf an Absolventen der betreffenden Ausbildungsrichtung durchaus Berücksichtigung finden.

Des Weiteren muss bezüglich der zur Verfügung stehenden Studienplätze ein chancengerechter Zugang sichergestellt sein. Daraus ergeben sich besondere Anforderungen an das Auswahlverfahren, die in anderem Zusammenhang bereits ausführlich auch unter dem Gesichtspunkt der stärkeren Mitwirkung der Hochschulen untersucht wurden.¹³⁷

¹³⁷ Meyer/Müller-Böling (Hrsg.), Hochschulzugang in Deutschland – Status quo und Perspektiven, 1996.

4. Kapitel: Anforderungen an Inhalt und Struktur eines alternativen Regelungsmodells

I. Gründe für einen Systemwechsel

Die Einführung eines alternativen Regelungsmodells zur Steuerung des Studienangebots im Zusammenhang mit der Studienplatzvergabe muss zunächst durch entsprechende Gründe, d.h. Gemeinwohlbelange, gerechtfertigt sein. Es geht insoweit darum, die im Verlaufe der Untersuchung bereits mehrfach angeführten Motive für einen Systemwechsel auf ihre verfassungsrechtliche Valenz und Tragfähigkeit zur Begründung eines Systemwechsels hin zu überprüfen. Im wesentlichen können vier Gründe für den Systemwechsel angeführt werden.

A) Sicherung der Leistungs- und internationalen Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Hochschulwesens

Als erster, übergeordneter Grund kann das Ziel der Sicherung und gegebenenfalls auch Verbesserung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Hochschulwesens angeführt werden. Dabei geht es nicht nur um das Renommee der deutschen Hochschulen, sondern auch um die Unterhaltung international anerkannter und leistungsfähiger Forschungs- und Lehreinrichtungen. Dabei sind sowohl die Ausbildungs- als auch die Forschungsinteressen zu berücksichtigen (dazu nachfolgend unter B und C). Schließlich besteht auch ein Interesse von Staat und Wirtschaft daran, dass die Ergebnisse von Forschung und Lehre der Hochschulen für andere Lebensbereiche nützlich sind.

B) Berücksichtigung besonderer Ausbildungsinteressen

Das gegenwärtige System dient der Verwirklichung des Rechtes auf einen Studienplatz, ohne die Qualität der erhaltenen Ausbildung und die reale Chance auf einen erfolgreichen Studienabschluss in den Blick zu nehmen. Durch ein wettbewerbliches Modell werden Anreize für die Hochschulen geschaffen, ihre Angebote stärker an Studierendeninteressen auszurichten und auf deren individuelle Bedürfnisse einzugehen. Durch die Flexibilisierung der

Betreuungsrelationen kann stärker als bisher besonderen Ausbildungsinteressen Rechnung getragen werden. Das geltende System ist durch seine Orientierung an der maximalen Auslastung rein quantitativ orientiert und lässt so gut wie keinen Raum für die Erprobung neuer Lehrformen, die Virtualisierung oder die gezielte Förderung besonders begabter Studierender. Deren grundrechtlich geschützte Interessen werden durch ein wettbewerbsorientiertes Modell aufgewertet.

C) Berücksichtigung besonderer Forschungsinteressen

Auch aus dem Blickwinkel der (gemeinsamen) Forschungsinteressen der Hochschullehrer und Studierenden wirkt sich ein wettbewerbsorientiertes Modell förderlich aus, da in diesem Bereich eine intensivere Ausbildung und Praxis ermöglicht wird.

D) Interesse der Steuerzahler an einem effizienten und effektiven Einsatz öffentlicher Mittel

Das gegenwärtige System ist einseitig angebotsorientiert. Darüber hinaus bietet es durch seine hohe Regeldichte eine Fülle von Anreizen zu manipulativem Verhalten der Hochschulen, das auf der Ebene des Gesamtsystems zu Fehlsteuerungen führt. Ein wettbewerbsorientiertes System könnte durch mehr Transparenz und Einfachheit Effizienz und Effektivität des Mitteleinsatzes erhöhen. Die öffentlichen Mittel fließen in diejenigen Hochschulen, nach denen eine Nachfrage besteht.

II. Schaffung von Gestaltungsspielräumen durch Übergang von einer Erfüllungs- zu einer Gewährleistungsverantwortung

A) Erfüllungs-, Gewährleistungs- und Rahmenverantwortung als alternative Formen staatlicher Aufgabenwahrnehmung unter dem Grundgesetz

Es gehört zu den zentralen Einsichten bzw. Entwicklungen der staatsrechtlichen Diskussion der letzten zwanzig Jahre, dass die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben nicht vor dem Hintergrund einer Alles-oder-Nichts-Alternative erfolgt, bei der zwischen staatlicher und

privater Aufgabenwahrnehmung zu wählen ist, sondern dass dem Staat eine vielfach gestufte Steuerungsordnung zur Verfügung steht. Im Zuge dieser Entwicklung sind vielfältige Differenzierungen, wie die zwischen formeller, funktionaler und materieller Privatisierung entwickelt worden.¹³⁸ Die verschiedenen Formen mittelbarer Verhaltenssteuerung wurden ebenso entdeckt wie der sogenannte Instrumentenmix.

Aus der verfassungsrechtlichen Perspektive kann der Prozess der Reduzierung staatlicher Ingerenz zugunsten der Nutzung und Förderung gesellschaftlichen Engagements, Sachverstands und Kapitals bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben nicht nur instrumental, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Verantwortung in den Blick genommen werden. Das ist jedenfalls insoweit möglich und auch sinnvoll, als die Verfassung für bestimmte Tätigkeitsbereiche staatliche Maßnahmen erfordert, wie dies im Bereich der Bereitstellung von Studienplätzen nach dem Gesagten aus verschiedenen Gründen der Fall ist. Für die Differenzierung nach dem Grad der staatlichen Verantwortungsübernahme werden inzwischen folgende Begriffe bzw. Kategorien verwendet:

- Übernimmt der Staat die Verantwortung für die Erbringung bestimmter Leistungen voll und unmittelbar, so spricht man von Erfüllungsverantwortung. Sie ist auch gegeben, wenn private Unternehmen nach detaillierten staatlichen Vorgaben in die Leistungserbringung eingeschaltet werden, wie z.B. im Bereich der Abfallentsorgung, des ÖPVN oder des BSHG.
- Übernimmt der Staat dagegen nur die Verantwortung dafür, dass ein Mindeststandard an Versorgung gewahrt wird, so spricht man im ersten Fall von einer Gewährleistungsverantwortung. Die Gewährleistungsverantwortung hat durch die neuen Regelungen in Art. 87e Abs. und Art. 87f Abs. GG ihre verfassungsrechtliche Weihe

¹³⁸ Dazu ausführlich Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999.

erfahren¹³⁹, die für den Bereich der Telekommunikation in den §§ 17 ff. TKG ihren einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden haben.

- Ordnet der Staat schließlich nur das konkurrierende Agieren Privater in Bereichen der Leistungserbringung, in denen auch aus Gemeinwohlperspektive ein Interesse an einer Funktionstüchtigkeit besteht bzw. ein staatliches ordnendes Eingreifen zur Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten erforderlich ist, so spricht man von staatlicher Rahmenverantwortung.¹⁴⁰ Beispiele einer staatlichen Rahmenverantwortung sind etwa die Regeln zur Ordnung des Wettbewerbs in UWG und GWB.

Insgesamt ist ein Wandel der Anschauungen über die Rahmenbedingungen für die effektive und wirtschaftliche Erbringung staatlicher Leistungen zu konstatieren. Auch die Anschauungen über den insoweit vertretbaren staatlichen Aufwand sind angesichts zunehmender Engpässe in den öffentlichen Kassen heute anders, als es in den 70er Jahren zur Zeit des großzügigen Hochschulausbaus der Fall war. All dies trägt und rechtfertigt einen Systemwandel auch in organisationsrechtlicher Hinsicht.

B) Besonderheiten der Einführung einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Kapazitätsbestimmung

Der Verzicht auf eine vollständige normative Determinierung der Kapazitätsausschöpfung zugunsten von begrenzten Gestaltungsspielräumen der einzelnen Hochschulen bei der Bestimmung der Betreuungsrelationen ist mit den angeführten Beispielen eines Übergangs von der staatlichen Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung zwar in Tendenz und Grundansatz, nicht aber in den Einzelheiten identisch. Zwar soll auch hier durch die Eröffnung von dezentralen Handlungs- und Gestaltungsspielräumen vorhandenes

¹³⁹ Siehe dazu ausführlicher Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1997, S. 337 ff. sowie die Kommentierung der angeführten Vorschriften in den gängigen Grundgesetzkommentaren.

¹⁴⁰ Dazu knapp Hermes, (Fn. 139), S. 338.

innovatives Potential genutzt und die Inanspruchnahme zentraler staatlicher Steuerungsmechanismen reduziert werden. Doch erfolgt die damit verbundene Verlagerung von Gestaltungsmacht nicht vom staatlichen in den privaten Bereich sondern innerhalb der staatlichen Sphäre, jedenfalls wenn man diese unter Einbeziehung der Träger funktionaler Selbstverwaltung weit versteht. Das bedeutet vor allem, dass Gemeinwohlorientierung und Grundrechtsbindung als zentrale Merkmale staatlichen Handelns im Gegensatz zu privatautonomer Aktion erhalten bleiben. Es handelt sich demnach bei genauer Betrachtung um einen innerstaatlichen Dezentralisierungsvorgang, auf den der Begriff der Gewährleistungsverantwortung nur in einem modifizierten Sinne anzuwenden ist.

Wenn hier dennoch auf das Modell der Gewährleistungsverantwortung Bezug genommen wird, so hängt das mit dem in dieser Konzeption stärker zum Ausdruck kommenden Gedanken der Verantwortungsteilung sowie der Ermöglichung und Nutzung von Wettbewerbsmechanismen als Verfahren der Gemeinwohlverwirklichung zusammen. Diese Besonderheiten sind im Folgenden bei der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Übertragung eines Teils der Gestaltungskompetenz von den Ländern auf die Hochschulen zu berücksichtigen.

III. Reichweite des Parlamentsvorbehalts

A) Determinanten der Lehre vom Parlamentsvorbehalt

Für die innerstaatliche Zuständigkeitsverlagerung vom Gesetzgeber auf die Exekutive kann sich insbesondere der Parlamentsvorbehalt als Delegations- bzw. Verlagerungsverbot auswirken. Dieser aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz besagt in seiner durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägten Form, dass vor allem im grundrechtsrelevanten Bereich die für den Grundrechtsgebrauch wesentlichen Fragen durch den

parlamentarischen Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen.¹⁴¹ Eine derartige Grundrechtsrelevanz ist nicht nur im Falle von Eingriffen in Freiheitsrechte gegeben, sondern liegt auch dann vor, wenn es um die Lösung von Grundrechtskollisionen geht.¹⁴² Dabei ist nicht nur an die kollidierende Grundrechtsausübung durch Private, sondern auch an Grundrechtskollisionen im Bereich gewährenden staatlichen Handelns zu denken. Hier unterfällt insbesondere die distributive Grundentscheidung¹⁴³, d.h. die Festlegung der Kriterien zur Zuteilung von den die Grundrechtsausübung ermöglichenden staatlichen Leistungen dem Wesentlichkeitskriterium.

Die Anwendung der Lehre vom Parlamentsvorbehalt verlangt aber mehr als die Feststellung der Grundrechtsrelevanz einer staatlichen Maßnahme. Die Zuweisung von Regelungs- und Gestaltungsbefugnis an die Exekutive einschließlich der Träger funktionaler Selbstverwaltung wird vielmehr an eine Reihe weiterer Kriterien geknüpft, die von Beginn an elementarer Bestandteil dieses Grundsatzes waren.¹⁴⁴ Dazu gehört vor allem das Niveau demokratischer Legitimation der als Ziel der Aufgabendelegation gewählten Stelle bzw. Organisation der Exekutive.¹⁴⁵ Im Falle der Hochschulen als Träger funktionaler Selbstverwaltung kommt als weiteres Kriterium die Frage hinzu, ob es sich um die Regelung von Angelegenheit der Mitglieder (im Sinne der Betroffenen-Selbstverwaltung) oder die Angelegenheiten Externer handelt, denen gegenüber die spezifische Selbstverwaltungslegitimation nicht

¹⁴¹ Grundlegend für den vorliegenden Zusammenhang BVerfGE 33, 125 (158 f.). Siehe zu Einzelheiten Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsverbot, 1986; Busch, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992; Kluth, (Fn. 18), S. 489 ff.

¹⁴² Staupe, (Fn. 141), S. 243; Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, 1988, S. 107 ff.; Kluth, (Fn. 18), S. 491.

¹⁴³ Erichsen, DVBl. 1983, 289 (294).

¹⁴⁴ Siehe dazu näher Kluth, (Fn. 18), S.449 f.

¹⁴⁵ Kluth, (Fn. 18), S. 494 ff.

besteht.¹⁴⁶ Weiter können der geringe Sachverstand des parlamentarischen Gesetzgebers einerseits und der besondere Sachverstand der zur Entscheidung berufenen Stelle andererseits im Lichte des vom Bundesverfassungsgericht in anderem Zusammenhang geprägten Grundsatzes der primären Entscheidungszuständigkeit der aufgaben- und funktionsgerecht verfaßten Organe¹⁴⁷ eine Rolle spielen.¹⁴⁸

Als besonderer Aspekt des vorliegenden Falles kann schließlich angeführt werden, dass durch die Übertragung von Gestaltungsbefugnissen auf die Hochschulen von der Möglichkeit der „Gemeinwohlkonkretisierung durch Wettbewerb“ als besonderer Form einer dezentralen Gestaltungskompetenz Gebrauch gemacht werden soll. Eine solche Vorgehensweise kann auf parlamentarischer bzw. ministerieller Ebene nicht durch andere Vorgehensweisen substituiert werden. Gerade in diesem Zusammenhang ist schließlich auch der Gedanke des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zum Reiten im Walde aufzugreifen, nach dem der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (hier in seiner Verdichtung als Parlamentsvorbehalt) nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber auf Regelungen, die er zur Erreichung eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels zu Recht für geboten hält, verzichten müßte.¹⁴⁹

B) Anwendung der Grundsätze auf die Neuregelung des Kapazitätsrechts

Überträgt man diese Grundsätze auf die intendierte Mitwirkung der Hochschulen bei der Festlegung der Betreuungsrelationen und Zulassungszahlen, so führt dies zu folgenden Feststellungen:

¹⁴⁶ Kluth, (Fn. 18), S. 504 f.

¹⁴⁷ BVerfGE 68, 1 (86).

¹⁴⁸ Staupe, (Fn. 141), S. 276.

¹⁴⁹ BVerfGE 80, 137 (163).

1. Grundrechtsrelevanz der Maßnahme

Die Grundrechtsrelevanz einer Mitentscheidung der Hochschulen über die Zahl der zur Verfügung stehenden Studienplätze und damit mittelbar auch über die Betreuungsrelationen ergibt sich daraus, dass sich eine solche Entscheidung jedenfalls für einige Studienbewerber unmittelbar auf ihren Zugang zu einer für ihren Grundrechtsgebrauch unverzichtbaren staatlichen Leistung auswirkt. Durch die damit eintretende Verschiebung der Zugangschancen hat die Maßnahme auch einen kollisionsrechtlichen Aspekt.

2. Demokratische Legitimation der Hochschulen

Als Träger funktionaler Selbstverwaltung verfügen die Hochschulen jedenfalls im Bereich der Erledigung eigener Angelegenheiten über ein vergleichsweise hohes Niveau demokratischer Legitimation.¹⁵⁰ Da es sich bei der Festlegung der Zulassungszahlen aber um eine Maßnahme handelt, die sich jedenfalls auch auf Externe auswirkt, sind von diesem Befund Abstriche zu machen. Jedenfalls kann sich die Hochschule in diesem Fall nicht auf die besondere legitimatorische Qualität der Betroffenen-Selbstverwaltung berufen.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang jedoch die landesverfassungsrechtliche Garantie der Hochschulselbstverwaltung, die sich ebenfalls legitimationsverstärkend auswirkt. Die Verfassungsent-scheidung für die Hochschulselbstverwaltung vermittelt den Hochschulen eine sogenannte institutionelle demokratische Legitimation¹⁵¹ im Rahmen ihres Aufgabenbereichs. Da die Bestimmung der Zulassungszahlen zu den wesentlichen Aspekten von Forschung und Lehre als dem Kernbereich universitärer Aufgabe und Selbstverwaltung gehört, ist davon auszugehen, dass sich diese Legitimation auf den gesamten Regelungskomplex und damit auch in

¹⁵⁰ Kluth, (Fn. 18), S. 369 ff.

¹⁵¹ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2. Auf. 1995, § 22 Rdn. 15.

ihren Auswirkungen auf Externe erstreckt. Im Ergebnis verfügt die Hochschule damit über ein für Verwaltungsträger vergleichsweise hohes Legitimationsniveau.

3. Sachverstand und funktionsgerechte Struktur der Hochschulen

In Fragen der Lehre, die für die Festlegung der Betreuungsrelationen von erstrangiger Bedeutung sind, wird man den Hochschulen mehr als jeder anderen Institution einen besonderen Sachverstand zubilligen. Jedenfalls wird man weder dem Parlament noch der Ministerialverwaltung ein höheres Maß an Sachverstand zugestehen können. Grundlage für das Neue Steuerungsmodell ist die Tatsache, dass dezentrale Entscheidungsträger in den Hochschulen näher an den Nachfragern und Problemen sind und über Informationsvorteile verfügen.

Allerdings muss zugleich bedacht werden, dass bei der Entscheidung über die Betreuungsrelationen das Wissen um die besten Bedingungen für die Lehre nur einer von mehreren zu berücksichtigenden Faktoren ist, da zugleich die Interessen der Studierwilligen mit berücksichtigt werden müssen. Gefragt ist deshalb nicht eine Entwicklung von optimalen, sondern von optimierend-ausgleichenden Lösungsmodellen. Für diese Art der Entscheidungsfindung fehlt bei den Organen der Hochschulen indes ein ausgleichendes Moment, das die Interessen der Studierwilligen hinreichend verlässlich repräsentiert. Von den in den Hochschulorganen repräsentierten Studierenden als „Insidern“ ist nämlich eine Vertretung der Interessen der Außenstehenden nicht ohne weiteres zu erwarten. Hinzu kommt, dass ihre Mitwirkungsrechte nicht so weit reichen wie die der Hochschullehrer, bei denen das Interesse an optimalen Betreuungsverhältnissen aus verständlichen Gründen überwiegen dürfte. Daher muss beim Übergang zu einem wettbewerblichen System der Staat Anreize für die Hochschulen schaffen, die dieser Tendenz entgegenwirken und es attraktiv machen, viele Studierende aufzunehmen.

4. Wettbewerb als Verfahren der Gemeinwohlkonkretisierung

Eine besondere und in herkömmlichen Kategorien schwer zu erfassende Rolle spielt bei der Beurteilung der Übertragbarkeit von Mitgestaltungsbefugnissen bei den Zulassungszahlen die Begründung dieses Vorgangs mit der Nutzung des Wettbewerbs als Verfahren der Gemeinwohlkonkretisierung.

Die staatliche Entscheidung, die Erbringung bestimmter Leistungen Markt und Wettbewerb zu überlassen, ist in der Regel mit der Entscheidung für die materielle Privatisierung des betreffenden Bereichs verbunden. Anschauliches Beispiel ist etwa die Privatisierung der Post und damit der Dienstleistungen im Bereich der Post- und Telekommunikationsleistungen. Der Staat hat sich hier aus der Erfüllungsverantwortung verabschiedet und in die Gewährleistungsverantwortung zurückgezogen. Damit ist die Erwartung an höhere Innovations-potentiale und Leistungsfähigkeit verbunden.

Dass im Hochschulbereich ausnahmsweise auch durch eine innerstaatliche Aufgabenverlagerung Wettbewerb ermöglicht und dieser damit als Verfahren der Gemeinwohlkonkretisierung wirksam werden kann, hängt damit zusammen, dass es sich bei den von den Hochschulen angebotenen Leistungen um einen der wenigen Bereiche handelt, wo staatliche Leistungsdarbietungen auf einen Markt treffen und damit Konkurrenz und Wettbewerb möglich sind. Hinzu kommt als weitere Besonderheit, dass die Hochschulen bzw. die dort tätigen Hochschullehrer nicht nur als Funktionsträger und Amtswalter, sondern zugleich in Ausübung grundrechtlicher Freiheit tätig werden¹⁵² und damit auch rechtlich und faktisch über jene Freiräume und Spontaneität verfügen, die für jeden Wettbewerb eine unerlässliche Bedingung ist.

Damit kann die Entscheidung, den Hochschulen mehr Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung der Zulassungszahlen zu

¹⁵² Kluth, (Fn. 18), S. 420 ff.

gewähren, auch vor dem Hintergrund der Anforderungen des Parlamentsvorbehalts durch Verweis auf die Heranziehung des Wettbewerbs als Verfahren der Gemeinwohlkonkretisierung legitimiert werden. Es ist insoweit erneut auf den Gedanken des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zum Reiten im Walde zu verweisen.

Wettbewerbsmechanismen sind zudem geeignet, die Interessen der einzelnen Studierwilligen zum Tragen zu bringen. Existieren beispielsweise Finanzierungsmechanismen, die zur Realisierung des Prinzips „Geld folgt Studierenden“ führen, werden Anreize für die Hochschulen geschaffen, ihr Studienangebot auf die Bedürfnisse der Studierenden auszurichten.

5. Folgerungen

Eine Zusammenschau der einzelnen Gesichtspunkte lässt folgende Schlüsse zu:

- Die Begründung von Mitgestaltungsrechten der Hochschulen im Bereich der Festlegung der Zulassungszahlen bei bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen stellt eine grundrechtsrelevante Maßnahme dar, so dass der Parlamentsvorbehalt zu beachten ist.
- Da es sich bei der Entscheidung über Zulassungszahlen jedenfalls auch um eine gegenüber Externen wirkende grundrechtsrelevante Maßnahme handelt, greift der Gedanke der Betroffenen-Selbstverwaltung und die damit verbundene besondere Qualität der demokratischen Legitimation nicht durch. Die Zuweisung einer alleinigen Regelungs- und Gestaltungskompetenz an die Hochschulen scheidet von daher aus.
- Die Hochschulen können aber eine besondere Legitimation für diese Art von Maßnahmen aus den Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen ableiten, so dass ihnen zumindest weitreichende Mitgestaltungsbefugnisse eingeräumt werden können.

- Für die Zuweisung einer Mitgestaltungsbefugnis an die Hochschulen spricht die Konzeption der Gemeinwohlkonkretisierung durch Wettbewerb.
- Unter dem Gesichtspunkt der Sachkompetenz ist zwar eine besondere Sachkunde der Hochschulen in Fragen der Lehre und damit der Betreuungsrelationen zu konstatieren, doch muss insoweit zugleich beachtet werden, dass es bei dieser Entscheidung in erster Linie um einen optimierenden Interessenausgleich geht. Insoweit fehlt es hochschulintern an einer effektiven Vertretung der Interessen der Studierwilligen. Dieser Mangel muss durch wettbewerbliche Mechanismen ausgeglichen werden. Dafür sind das Land bzw. eine institutionelle Vorkehrung innerhalb des Planungsprozesses verantwortlich zu machen.

Eine Abwägung bzw. Zusammenschau dieser Einzelaspekte führt zu dem Ergebnis, dass eine Gestaltungsbefugnis der Hochschulen bezüglich der Zulassungszahlen nur in Betracht kommt, wenn die Entscheidung durch gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der distributiven Grundentscheidung gesetzlich vorgeprägt ist und zugleich eine ausreichende Berücksichtigung der Interessen der Studierwilligen gewährleistet ist.

5. Kapitel: Gegenstand und Reichweite notwendiger gesetzlicher Regelungen

I. **Notwendiger Gegenstand der materiellen gesetzlichen Regelungen**

Aufgrund ihrer Grundrechtsrelevanz müssen die wesentlichen Kriterien der Entscheidung über die Zulassungszahlen als Teil der Feststellung der Kapazität eines zulassungsbeschränkten Studiengangs durch den Gesetzgeber festgelegt werden. Da es sich um eine planerische Maßnahme handelt¹⁵³, kann die distributive Grundentscheidung durch den Gesetzgeber dadurch getroffen werden, dass er einerseits die berücksichtigungsfähigen Belange abschließend regelt und andererseits normative Vorgaben für die Durchführung des Abwägungsvorgangs macht.

A) *Festlegung der berücksichtigungsfähigen Belange*

1. Funktion der Belange und ihrer Festlegung

Die berücksichtigungsfähigen Belange prägen die sachliche Orientierung¹⁵⁴ der zu treffenden Abwägungsentscheidung. Sie bestimmen, welche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind und welche nicht, haben also eine Inklusions- und Exklusionsfunktion. Zudem muss zu jedem Belang der zugehörige Sachverhalt ermittelt und in die Abwägung eingestellt werden. Dadurch wird die Sachgerechtigkeit der Entscheidung erhöht.

2. Zuweisung der Regelungszuständigkeit

Eine Festlegung der berücksichtigungsfähigen Belange kann bundesweit im HRG oder durch das jeweilige Landesrecht erfolgen,

¹⁵³ Zur Struktur einer planerischen Entscheidung vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2000, § 62 Rdnr. 34 ff. und 139 ff. Siehe auch Hoppe, Zur Struktur von planerischen Normen, in: ders., Grundfragen des Planungsrechts, 1998, S. 114 ff.; J. Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 55 ff., 95 ff.

¹⁵⁴ Soweit hinter den Belangen die Interessen bestimmter Personen und Personengruppen stehen, haben sie natürlich auch eine personale Dimension.

wobei im letzteren Fall wiederum die Möglichkeit einer Koordination der Länder im Wege des kooperativen Föderalismus, etwa durch Musterregelung oder Staatsvertrag, möglich ist.

Die Entscheidung des Grundgesetzes in Art. 75 Nr. 1a, dem Bund für den Bereich des Hochschulrechts eine Rahmengesetzgebungskompetenz zuzuweisen, spricht für eine Regelung im HRG. Sinn und Zweck der Rahmengesetzgebung ist es unter anderem, in diesem Bereich, der für Bildung und Zukunftschancen junger Menschen von großer Bedeutung ist, eine gewisse bundesweite Einheitlichkeit der Lebensbedingungen bzw. der Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung zu schaffen. Besonders im Zusammenhang mit einer tendenziell Pluralität fördernden Neuregelung erscheint es sinnvoll, wenn nicht gar geboten, die allgemeinen Rahmenvorgaben bundeseinheitlich zu regeln. Auch ist ein bundesweiter Wettbewerb auf möglichst gleiche rechtliche Rahmenbedingungen angewiesen. Eine entsprechende Regelung könnte in einem neuen § 29 HRG getroffen werden.

3. Inhaltliche Bestimmung der zu berücksichtigenden Belange

Die inhaltliche Bestimmung und Auswahl der zu berücksichtigenden Belange steht nicht im Belieben des Gesetzgebers, sondern ist maßgeblich durch die tatsächlich durch die Entscheidung betroffenen Interessen, insbesondere soweit sie grundrechtlich geschützt sind, determiniert. Hinzu kommen die gestalterischen und konzeptionellen Belange, die als Orientierungspunkte für die Hochschulentwicklung vorgegeben werden können.¹⁵⁵

Aufgrund ihrer tatsächlichen Betroffenheit und ihres grundrechtlichen Schutzes sind zwingend folgende Belange zu berücksichtigen:

¹⁵⁵ Siehe dazu auch Deutsch, in: FS Hoppe, 2000, S. (831 f.)

- das Interesse der studierwilligen Hochschulzugangsberechtigten auf Zuweisung eines Studienplatzes der Fachrichtung und am Ort bzw. der Hochschule ihrer Wahl;
- das Interesse der zugelassenen Studierenden an einer qualitativ hochwertigen Ausbildung und an einer realistischen Chance auf einen Abschluss
- das Interesse der Hochschullehrer und Hochschulen an qualitativ hochwertigen Rahmenbedingungen für Lehre und Forschung sowie an der Möglichkeit der Erprobung neuer Formen der Forschung und Lehre.

Als gestalterische und konzeptionelle Belange können unter anderem berücksichtigt werden:

- das Interesse der Länder und der Wirtschaft an einem im internationalen Vergleich wettbewerbsfähigen Ausbildungs- und Forschungsniveau;
- das Interesse an der Förderung der Leistungsfähigkeit der Hochschulen durch Wettbewerb;
- das Interesse der einzelnen Hochschulen und der dort tätigen Hochschullehrer an der Herausbildung eines eigenständigen Profils in Forschung und Lehre;
- das Interesse der Steuerzahler an der Orientierung des Studienangebotes und der dafür eingesetzten knappen öffentlichen finanziellen Ressourcen am gesamtgesellschaftlichen Bedarf und der Nachfrageentwicklung.

Die angeführten Belange stehen in vielfältiger Art und Weise in Ergänzungs- und Konfliktbeziehungen zueinander, so dass es einer Abwägung bedarf. Da die einzelnen Belange aber aufgrund der Unterschiede bei ihrer rechtlichen Verankerung und im Hinblick auf ihr tatsächliches Gewicht nicht als gleichwertige Faktoren in die Abwägung einbezogen werden dürfen, bedarf es einer entsprechenden Steuerung des Abwägungsvorgangs. Auch dieser Vorgang bedarf der gesetzlichen Regelung.

B) *Festlegung der normativen Steuerung der planerischen Abwägung*

1. Planungsrechtliche Kategorien der Steuerung des Abwägungs- und Entscheidungsvorgangs

Im Raum- und Fachplanungsrecht wird heute überwiegend zwischen drei Kategorien von Normen unterschieden, die den Prozess der planerischen Abwägung steuern¹⁵⁶:

- An erster Stelle stehen die zwingenden oder strikten Normen, die in jedem Fall zu beachten sind und die dogmatisch als Regeln qualifiziert werden.¹⁵⁷
- An zweiter Stelle folgen die Normen, die einen Gewichtungsvorrang eines Belangs gegenüber anderen Belangen zum Ausdruck bringen. Sie werden als Grundsätze oder Optimierungsgebote bezeichnet und dogmatisch als Prinzipien qualifiziert. Optimierungsgebote sind ebenfalls zu beachten, können aber im Abwägungsvorgang zugunsten kollidierender Belange überwunden bzw. weggewogen werden.¹⁵⁸
- Als dritte Kategorie mit der geringsten Steuerungswirkung werden die Planungsleitlinien angesehen. Hierbei handelt es sich um Regelungen, die einzelne Belange ausdrücklich als potentiell abwägungserheblich ausweisen, ohne jedoch Gewichtungsvorgaben zu treffen.¹⁵⁹

Die gestufte Wirkung oder Beachtlichkeit der verschiedenen planungsrechtlichen Normtypen wirkt sich auf die planerische Gestaltungsfreiheit aus, die umgekehrt proportional zur Steuerungsdichte der Normen zunimmt. Darin kommt zugleich eine

¹⁵⁶ Dazu Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 148.

¹⁵⁷ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 147 f.

¹⁵⁸ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 153.

¹⁵⁹ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 152.

Verantwortungsteilung zwischen Gesetzgeber und Exekutive zum Ausdruck.

2. Umsetzung für den Bereich der Planung von Studienplatzangebot und Betreuungsrelationen

a) Argumentationsansatz

Im Planungsrecht geht es meist um die Frage der Zuordnung bestehender Normen zu einer der vorgenannten Normtypen. Vorliegend ist aber die vorgelagerte Frage zu beantworten, welchen Anforderungen der Gesetzgeber genügen muss, will er die Bestimmung von Studienplatzangebot und Betreuungsrelationen als Planungsvorgang im Rahmen einer gestuften Planungsverantwortung ausgestalten. Es geht dabei um die Frage, auf welche Aspekte sich die vom Gesetzgeber zu treffende distributive Grundentscheidung bezieht. Sie muss in strikte normative Vorgaben gegossen werden. Im Übrigen müssen verfassungsrechtlich unterschiedlich bedeutsame Interessen durch Planungsleitbegriffe einander zugeordnet werden.

b) Strikte normative Vorgaben

Der Parlamentsvorbehalt verlangt, dass auch im Rahmen einer Gewährleistungsverantwortung die Einhaltung bestimmter Mindestanforderungen durch das Ergebnis der Planung gesichert wird. Insofern bedarf es strikter normativer Vorgaben.

In erster Linie muss die Einhaltung des grundrechtlich und sozialstaatlich gebotenen Mindestangebots an Studienplätzen gewährleistet sein. Da es nicht möglich ist, diese Vorgabe in der gesetzlichen Regelung für die verschiedenen Studiengänge zu beziffern, kann eine gesetzliche Regelung nur bezüglich des Verfahrens sowie der Zuständigkeit bei Unterschreitung des jeweiligen Mindestangebotes getroffen werden. Damit wird deutlich, dass nicht ein neues staatliches Regulierungsverfahren die KapVO ersetzen soll, indem für alle Studiengänge verbindliche Mindestangebote geplant und berechnet werden. Die Sicherstellung des Mindestangebots kann über Verfahrensvorgaben erfolgen, beispielsweise über

Mittelverteilungsmodelle oder Zielvereinbarungsprozesse (sofern deren geeignete Ausgestaltung gelingt). Der Staat muss dann lediglich in dem Fall nachsteuern, dass das Mindestangebot in einem Bereich erkennbar Gefahr läuft, unterschritten zu werden.

Materielles Kriterium sollte die Sicherung der grundsätzlichen Chance jedes Hochschulzugangsberechtigten auf einen Studienplatz seiner Wahl sein. Dementsprechend ist das Verhältnis von Angebot und Nachfrage in den jeweiligen Studiengängen als Orientierungspunkt heranzuziehen. Da die Chance auf einen Studienplatz auch von der Ausgestaltung des Auswahlmodus abhängt, sollte in der Regelung – wie derzeit in § 32 HRG – auch eine Aussage zur Berücksichtigung sozialer Kriterien sowie des Zeitfaktors (Wartezeiten) getroffen werden. Auch sollten Mechanismen vorgesehen werden, die über Finanzierungsanreize dafür sorgen, dass sich das Angebot an der Nachfrage ausrichtet („Nachfragesteuerung“).

c) Optimierungsgebote

Als Optimierungsgebote sollten wegen ihrer erheblichen Grundrechtsrelevanz die möglichst weitgehende Berücksichtigung der Wahlfreiheit der Studierwilligen sowie die Gewährleistung der Ausbildungsqualität der zugelassenen Studenten in der gesetzlichen Regelung verankert werden.

d) Planungsleitlinien

Als abwägungserhebliche Planungsleitlinien sollten schließlich folgende Belange eingestuft werden:

- die Orientierung am gesellschaftlichen Bedarf;
- die Wahrung der internationale Wettbewerbsfähigkeit;
- die Möglichkeit einer Profilbildung der Hochschulen;
- die Möglichkeit der Förderung besonders begabter Studierender;

- die Umsetzung einer Leistungsorientierung im Rahmen eines Wettbewerbsmodells.

e) Ergänzende Vorgaben durch Landesrecht

Den Bundesländern sollte die Möglichkeit eröffnet werden, im Bereich der Planungsleitlinien „Aufwertungen“ vornehmen zu können, indem einzelne Planungsleitlinien zu Optimierungsgeboten aufgewertet werden. So könnten die Länder besondere Akzente in der Hochschulpolitik setzen, ohne dass der bundeseinheitliche Rahmen verlassen würde. Es käme zu einem beschränkten föderativen Systemwettbewerb. Entsprechende Aufwertungen könnten auch *ad experimentum* für bestimmte überschaubare Zeiträume angeordnet werden.

II Gesetzliche Festlegung des einzuhaltenden Verfahrens

Es erscheint weiter erforderlich, dass Rahmenvorgaben für das Planungsverfahren gesetzlich vorgegeben werden. Dies muss nicht bundeseinheitlich geschehen, sondern kann den Landesgesetzgebern überlassen bleiben. Die entsprechenden Vorschriften sollten vor allem folgende Aspekte regeln:

- die Beteiligten des Planungsprozesses;
- den zeitlichen Rahmen der Planung und
- die Form der planerischen Entscheidung oder hier zumindest Optionen bereitstellen, insbesondere für den Fall der Ermöglichung einer Planung durch Zielvereinbarungen oder einer dezentralen Planung von Akteuren, die im Wettbewerb agieren.

III. Zuständigkeitsverteilung zwischen Land und Hochschulen

Von großer Bedeutung und insoweit ebenfalls wesentlich im Sinne der Lehre vom Parlamentsvorbehalt ist im Rahmen der Konzeption der Gewährleistungsverantwortung die genaue Bestimmung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Land und Hochschulen. Auch sie bedarf einer gesetzlichen Regelung. Auszugehen ist dabei von folgenden Orientierungspunkten:

Den Ländern fällt zunächst die bundesweite föderale Koordinationskompetenz zu. In ihrem Rahmen ist vor allem die bundesweite Sicherstellung des Mindestangebotes über die Festlegung von Verfahrensweisen zu gewährleisten.

Dem Land obliegt weiter die Gesamt- und Koordinationsverantwortung innerhalb des Landes bzw. zwischen den einzelnen Hochschulen des Landes. Hier dürfte der Schwerpunkt der Gestaltungsmöglichkeiten liegen. Auf die Einzelheiten wird im 6. Kapitel näher eingegangen. Hervorzuheben ist an dieser Stelle nur, dass dem Land insbesondere die Aufgabe zufällt, die Interessen der Studierwilligen in den Planungs- und Abwägungsprozess einzubringen.

Den Hochschulen fällt die planerische Konzeptions- und Konkretisierungskompetenz zu. Sie befinden sich, fachplanungsrechtlich gesprochen, in der Rolle des Vorhabenträgers, dessen Aufgabe die Vorlage eines vollzugsfähigen und abgewogenen Plans ist.¹⁶⁰ Die Voraussetzungen dafür sind in den meisten Hochschulgesetzen bereits gegeben, die den Hochschulen die Erstellung eines Struktur- und Entwicklungsplans als Aufgabe zuweisen. Da die Länder aber unter den Bedingungen der Gewährleistungsverantwortung allein noch für die Sicherstellung der Rahmenbedingungen verantwortlich sind, unter denen sich die Gemeinwohlkonkretisierung vollzieht, würde auch das bestehende

¹⁶⁰ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 43, 58 ff.

Berichtswesen über die Einschreibungen genügen. Im gegebenen Fall kann ein einzelnes Land dann immer noch angemessen reagieren, wenn es in einem Studienbereich zu starkem Abbau der Studienangebote kommt.

Besondere Aufmerksamkeit verdient die genaue Ausgestaltung der hochschulinternen Zuständigkeitsverteilung. Aufgrund der Wechselwirkungen zwischen Ausstattung und Lehre müssen hier die Belange der jeweiligen Fakultät und der gesamten Universität koordiniert und zum Ausgleich gebracht werden. Wegen der unterschiedlichen und zudem im Wandel befindlichen Strukturen lässt sich dazu keine allgemeine Aussage formulieren.

6. Kapitel: Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Planung von Studienplatzangebot und Betreuungsrelationen

I. Das Verfahren der bundesweit-föderalen Koordination zwischen den Ländern

Im Rahmen der bundeseinheitlichen gesetzlichen Vorgaben gibt es in mehreren Bereichen einen bundesweiten Regelungs- und Abstimmungsbedarf, der Aufgabe der Ländern ist. Dies gilt vor allem für die Verfahren zur Gewährleistung des einzuhaltenden Mindestangebotes an Studienplätzen. Zudem erscheint es sinnvoll, gewisse verfahrensrechtliche Rahmenvorgaben zu erlassen, nicht zuletzt, um einen einheitlichen institutionellen Rahmen für den Wettbewerb in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu schaffen.

Da Wettbewerb zwischen den Hochschulen immer nur in Bezug auf einzelne Studiengänge bestehen kann, die entweder identisch sind oder miteinander in Konkurrenz stehen, muss auch zwischen der allgemeinen Ausgestaltung des verfahrensrechtlichen Instrumentariums, die für alle Bereiche einheitlich erfolgen kann, und der materiellen Planung, die nur studiengangbezogen erfolgen kann, unterschieden werden.

Die Festlegung der verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen sollte – wie bisher – im Rahmen eines Staatsvertrages erfolgen, der seinerseits durchaus Optionen enthalten kann, von denen für einzelne Studiengänge in unterschiedlicher Art und Weise Gebrauch gemacht werden kann.

Denkbar sind insoweit verschiedene Modelle. Die föderale Koordination der bundesweit zu beachtenden Mindestangebote kann

1. durch die zuständigen Kultus- oder Wissenschaftsministerien erfolgen;

2. oder etwa auf ein von den Hochschulen getragenes Gremium, z.B. einen Fakultätentag¹⁶¹ oder eine Expertenkommission (Landeshochschulrat o.ä.), delegiert werden;
3. oder – im Wege einer Zwischenlösung – aufgrund eines Vorschlagsrechts der Hochschulen bzw. einer intermediären Instanz einer Letztentscheidung durch die Ministerien unterliegen.

Diese Planungen sollten über einen mehrjährigen Zeitraum erfolgen, um Planungs- und Entwicklungssicherheit zu gewährleisten.

Innerhalb des so vorgegebenen Rahmens besteht dann die Möglichkeit, dass landesintern neue Steuerungsinstrumente wie Indikatorsteuerung, Zielvereinbarungen und Berichtswesen genutzt werden.

II. Das Verfahren der landesinternen Koordination und der Einsatz von Zielvereinbarungen

Man könnte nun folgendermaßen argumentieren: Zur Erfüllung seiner Gewährleistungsverantwortung benutzt das Land wettbewerbliche Verfahren. D.h., es wird ein Formel- oder Gutscheinsystem staatlicher Finanzierung geschaffen, das für das Wirken des Prinzips „Geld folgt Studierenden“ sorgt, wodurch über Anreizmechanismen sichergestellt wird, dass das Studienangebot sich an den Bedürfnissen der Nachfrager ausrichtet und damit das Mindestangebot als Marktergebnis gewährleistet wird. Berichtspflichten der Hochschulen sorgen für die notwendige Transparenz. Zielvereinbarungen zwischen Land und Hochschule bzw. innerhalb von Hochschulen kommen möglicherweise als ergänzende Instrumente hinzu, um bestimmte Fälle des „Marktversagens“ zu korrigieren.

¹⁶¹ Es müsste sich dabei jedoch um eine dauerhaft installierte Einrichtung handeln, an der alle Hochschulen bzw. Fachbereiche vertreten sind. Eine entsprechende Rahmenvorgabe könnte im HRG geregelt werden.

Damit dieses Idealmodell jedoch funktioniert, sind genauere Verfahrensfestlegungen erforderlich. Dies soll am Beispiel der Zielvereinbarungen illustriert werden.

A) *Beteiligte der landesinternen Koordination*

Die Koordination innerhalb der Bundesländern und zwischen den dort ansässigen Hochschulen hat als notwendige Beteiligte das zuständige Ministerium und die einzelnen Hochschulen des Landes.

Denkbar und sinnvoll erscheint es, dass darüber hinaus über die Einbeziehung einer sachverständigen, neutralen, beratenden Einrichtung nachgedacht wird, die den Prozess der Aushandlung von Zielvereinbarungen beratend und ggf. begutachtend begleitet. Unter Umständen kann eine solche Einrichtung auch neu geschaffen werden. Sie sollte neben Repräsentanten von Land und Hochschulen auch unabhängige Sachverständige umfassen.

Auf der Seite der Hochschulen erscheint es sinnvoll, dass die jeweils betroffene Fakultät an den Verhandlungen teilnimmt, zumindest aber maßgeblich einbezogen wird, wenn die zentralen Organe der Hochschule beteiligt werden sollen.

B) *Der Einsatz von Zielvereinbarungen*

1. Die Zielvereinbarung als hochschulrechtliches Handlungsinstrument

Zielvereinbarungen zwischen Staat und Hochschulen sind ganz allgemein formuliert Instrumente eines im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG durchaus grundrechtsfreundlichen Verhältnisses von Hochschule und Staat, die im Ergebnis den Hochschulen eine größere Autonomie gegenüber der finanziellen Steuerung durch den Staat ermöglichen als es derzeit der Fall ist. Abgeleitet wird diese Form des Zusammenwirkens zwischen Staat und Hochschule aus dem sog. „Neuen Steuerungsmodell“, dem Modell zur Umsetzung der Verwaltungsreform

und der damit verbundenen Abkehr von der hierarchischen Steuerung der Verwaltungseinheiten¹⁶².

Da an den Hochschulen die unterschiedlichsten wissenschaftlichen Schwerpunkte gesetzt werden, eine große Zahl unterschiedlicher Fachbereiche und Fakultäten „unter einem Dach“ arbeiten und damit die verschiedensten Handlungspraxen verbunden sind, ist es gerade hier schwierig, eine solche „Einrichtung“ ihren Anforderungen und Zielen entsprechend zu organisieren. Allerdings kann das Steuerungsmodell der Verwaltung nicht ohne einige Veränderungen für die Organisation der Hochschulen übernommen werden.

Vielmehr muss, damit die für die Autonomie der Hochschulen wichtigen selbstverantwortlichen und effektiven Entscheidungsstrukturen erreicht werden, auch ein Vertrag zwischen Hochschule und Staat zur Umsetzung der Zielvereinbarungen in Erwägung gezogen werden. Genannt wird im Zusammenhang mit den Zielvereinbarungen der Begriff des Kontraktmanagements¹⁶³. Dieser Begriff aus dem Wirtschaftsleben umschreibt grob vereinfacht das Zusammenwirken zweier Institutionen, wobei beide Seiten sich über gewisse Vorhaben verständigen und eine Institution daraufhin die entsprechenden Investitionen tätigt. Im Verhältnis Staat – Hochschule würde das bedeuten, dass sich diese zwei Institutionen gemeinsam über bestimmte Vorhaben (z.B. Profilbildung, Forschungsschwerpunkte etc.) und die damit verbundenen, an den Hochschulen zu erbringenden Leistungen verständigen, der Staat den Hochschulen die finanziellen Mittel für eben diese Vorhaben zur Verfügung stellt und die übrige Organisation den Hochschulen obliegt. Auf diese Weise wird es möglich, die bisher fehlende interne Zielbildungs- und -verfolgungsfähigkeit an den Universitäten zu beseitigen und deren Verantwortung und Autonomie zu stärken und damit gleichzeitig der kreativen

¹⁶² Trute, WissR 2000, 134 (135/136).

¹⁶³ Trute, WissR 2000, 134 (139).

Aufgabenerfüllung in Forschung und Lehre zu dienen¹⁶⁴. Zudem könnte eine an strukturelle Maßnahmen, Formulierung von Forschungsschwerpunkten, Profilen und Qualitätssicherungsmechanismen geknüpfte Verteilung von Mitteln finanzielle Anreize für die Hochschulen setzen. Das bedeutet, dass Zielvereinbarungen eine die interne Leitungs- und Entscheidungsstruktur der Hochschulen (Autonomie) fördernde Verbindung von Fremd- und Selbststeuerung ist¹⁶⁵.

Zu klären bleibt, welcher rechtlichen Grundlage die Zielvereinbarungen bedürfen. Die Organisationsgestaltung kann grundsätzlich nur im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 GG erfolgen. Die Definition von Zielvereinbarungen zwischen Staat und Hochschule ist im Gegensatz zu den Zielvereinbarungen im Kommunalrecht nicht einheitlich¹⁶⁶. Vielmehr muss hier eine Unterscheidung vorgenommen werden.

a) Zum einen spricht man von Zielvereinbarungen beim Zusammenwirken zwischen Staat und Hochschule. Diese werden meist auf der Grundlage von Finanzierungssicherungs- oder Konsolidierungsverträgen geschlossen, welche überwiegend dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Verträge zugeordnet werden (§§ 54 ff. VwVfG)¹⁶⁷. Die Zielvereinbarungen selbst sind ebenfalls öffentlich-rechtliche Verträge¹⁶⁸. Das hat zur Folge, dass der Vertrag Festlegungen für den Einzelfall trifft, und die Vertragspartner im Rahmen seiner inhaltlichen Aussagen bindet¹⁶⁹. Zugleich ermöglicht diese Einordnung die Anwendung des § 60 VwVfG, so dass die Vertragspartner zwar vorrangig an die vertraglichen Vereinbarungen

¹⁶⁴ Trute, WissR 2000, 134 (138/139).

¹⁶⁵ Trute, WissR 2000, 134 (140).

¹⁶⁶ Zum Begriff der Zielvereinbarung im Kommunalrecht: Plünder, DÖV 1998, 63 (68).

¹⁶⁷ Uerpmann, JZ 1999, 644 (649).

¹⁶⁸ Uerpmann, JZ 1999, 644 (649).

¹⁶⁹ Trute, WissR 2000, 134 (155).

gebunden sind, in denen auch Anpassungsklauseln vorgesehen werden können, jedoch ermöglicht der § 60 VwVfG ebenfalls eine Anpassung der Vereinbarungen aufgrund der oftmals schwankenden Haushaltslage. Grundsätzlich sollte der Vertrag jedoch gerade im Hinblick auf Auslegungstreitigkeiten der Vertragsklauseln hinreichend präzise formuliert werden.

Bisher enthielten Zielvereinbarungen zwischen beiden Institutionen detaillierte Aufgaben zu den Ressourcen, Investitionsplanungen und –mitteln, Bestimmungen über die gegenseitige Deckungsfähigkeit von Haushaltstiteln und weitere rechtlich bedeutsame Pflichten, was eine Justiziabilität ebenfalls nicht ausschließt¹⁷⁰. Eine Ausnahme ist allerdings dann gegeben, wenn ein Bindungswille ausdrücklich ausgeschlossen wurde, da in einem solchen Fall die Vereinbarungen lediglich informelles Verwaltungshandeln darstellen.

b) Zum anderen sind die sog. innerorganisatorischen (hochschulinternen) Zielvereinbarungen zu nennen. Das können beispielsweise Vereinbarungen zwischen Hochschule und Fakultäten sein, welche die Organisationssteuerung durch Entscheidungen und Beschlüsse der Hochschulorgane übernehmen. Selbst wenn man diese hochschulinternen Vereinbarungen als informell betrachtet, bedürfen sie doch eines rechtlichen Rahmens und damit zumindest einer gesetzlichen Grundlage¹⁷¹.

Daher ist es für die Entwicklung der teilweise staatlichen und teilweise hochschulinternen Zielvereinbarungen angemessen, ein Gegenstromverfahren anzuwenden, welches die Belange der Gesamtkörperschaft und ihrer einzelnen Einrichtungen inhaltlich aufeinander abstimmt¹⁷².

¹⁷⁰ Trute in WissR 2000, 134 (149).

¹⁷¹ Z.B. § 99 SächsHG.

¹⁷² Z.B. § 95 Abs. 2 Nr.5 SächsHG; § 97 Abs. 4 S.1 Nr.4 SächsHG.

Schließlich ist es für das Funktionieren dieses Modells von Bedeutung, die Zielerreichung zu kontrollieren - und zwar sowohl in Form einer laufenden Kontrolle als auch in der Form der Ergebniskontrolle - und davon die Anpassung der Finanzmittel abhängig zu machen.

2. Vorgaben für Zielvereinbarungen zur Festlegung der Zulassungszahlen

a) Eignung von Zielvereinbarungen zur Festlegung von Zulassungszahlen

Die Festlegung von Zulassungszahlen bedarf einer auch im Außenverhältnis rechtsverbindlichen, Bindungswirkung erzeugenden Handlungsform. Da unter Zielvereinbarungen durchaus auch nicht rechtsförmliche Absprachen verstanden werden, die diesem Erfordernis nicht genügen, kommt nur eine Zielvereinbarung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag in Betracht.

b) Verfahren zum Abschluss einer Zielvereinbarung zu Zulassungszahlen

Bei planerisch geprägten Entscheidungen kommt der Verfahrensgestaltung eine besonders große Bedeutung zu.¹⁷³ Teilweise wird sogar von einer (partiellen) Richtigkeitsgewähr durch Verfahrensgestaltung gesprochen. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach darauf hingewiesen, dass auch im grundrechtsrelevanten Bereich der Verfahrensausgestaltung besondere Bedeutung zukommt, wenn es an materiellen Maßstäben fehlt bzw. diese sehr unbestimmt sind.¹⁷⁴

Von großer Bedeutung ist zunächst die richtige Auswahl der am Verfahren Beteiligten sowie die Festlegung der Aufgabenverteilung. Im vorliegenden Zusammenhang kommt weiter der Bestimmung des Verfahrens- bzw. Entscheidungsgegenstandes Bedeutung zu. Da

¹⁷³ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 3 ff., 52 ff.

¹⁷⁴ Siehe etwa die Entscheidung zum Verfahren der Festlegung Rundfunkgebühren, BVerfGE 90, 60 (96) und dazu Kluth, JA 1994, 279 ff.

Entscheidungen über Studienplatzzahlen und Betreuungsrelationen sinnvoll nur zusammen mit Fragen der Ausstattung und Finanzierung getroffen werden können, erscheint es als naheliegend wenn nicht gar erforderlich, dass diese Themen ebenfalls in den Abschluss der Zielvereinbarungen einbezogen werden.

Soweit dies im Hinblick auf die Zahl der beteiligten Hochschulen organisatorisch möglich ist, sollte das Land (in Gestalt des zuständigen Ministeriums) die vorgelegten Konzepte selbst oder unter Einbeziehung einer sachverständigen Stelle vergleichend beurteilen und zugleich als geborener Interessenvertreter der Studierwilligen darauf achten, dass die Mindeststandards für die Bereitstellung von Studienplätzen eingehalten werden.

Sowohl bei der Entwicklung des Konzepts durch die Hochschulen als auch im Rahmen der Verhandlungen und beim Abschluss der Zielvereinbarungen sind die materiellen Vorgaben des Bundes- und Landesrechts zu beachten.

c) Materielle Anforderungen an Zielvereinbarungen zu Zulassungszahlen

Träger der planerischen Gestaltungsfreiheit ist im vorliegenden Zusammenhang die Hochschule. Sie ist gewissermaßen der Vorhabenträger.¹⁷⁵ Im „Normalfall“ nimmt das Land die Planungen – die Ergebnis eines wettbewerblichen Anreizmechanismus sind – zur Kenntnis; eine darauf aufsetzende Zielvereinbarung ist nicht erforderlich. Dem Land steht jedoch eine Befugnis zu eigener planerischer Abwägung zu, wenn und soweit der vorgelegte Plan fehlerhaft ist und soweit es um den Ausgleich zwischen den vorgelegten Plänen der einzelnen Hochschulen und der Einhaltung des Mindeststandards geht. Da im Unterschied zum normalen Planfeststellungsverfahren die Hochschulen nur zusammen und unter Einbeziehung des Landes eine wirksame Planung vornehmen können,

¹⁷⁵ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 43.

ist der gesamte Prozess, der zum Abschluss der Zielvereinbarungen führt, als Planungsakt zu qualifizieren. Das Land nimmt also nicht die Position einer Planfeststellungsbehörde ein, sondern nimmt selbst am Planungsvorgang teil. Zielvereinbarungen sind bei diesem Ansatz sektoral; sie beziehen sich auf einzelne Veränderungen und nicht umfassend auf Studienangebote.

Der Abschluss einer Zielvereinbarung zu Zulassungszahlen setzt als planerischer Gestaltungs- und Entscheidungsprozess folgendes voraus¹⁷⁶:

- eine fallbezogene Ermittlung und Einstellung aller relevanten Belange nach Maßgabe der Vorgaben des HRG;
- die Gewichtung der einzelnen Belange unter Beachtung der Steuerungsnormen des HRG und etwaiger ergänzender Regelungen der Landeshochschulgesetze;
- eine abschließende Ausgleichsentscheidung unter Einbeziehung bzw. Formulierung der im konkreten Fall zugrunde gelegten Konzeptionen für Forschung und Lehre und ihrer Anforderungen an die Betreuungsrelationen.

Da das Land nicht nur mit den einzelnen Schulen eine Zielvereinbarung abschließt, sondern dabei zugleich auch eine Auswahl zwischen den verschiedenen vorgelegten Konzepten (Plänen) zu treffen hat, die naturgemäß einige – sachlich gerechtfertigt – bevorzugt und andere benachteiligt, bedarf diese Auswahlentscheidung einer besonderen Begründung. Diese wird nicht durch den Abschluss der einzelnen Zielvereinbarungen entbehrlich.

¹⁷⁶ Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 153), § 62 Rdnr. 155 ff.

d) Laufzeit, Veröffentlichung und ex-post-Kontrolle einer abgeschlossenen Zielvereinbarung

Die Laufzeit von Zielvereinbarungen ist ein in mehrfacher Hinsicht wichtiger Gesichtspunkt. Zu kurze Laufzeiten behindern mittel- und langfristige Planungen und Projekte und gewähren zu wenig Planungssicherheit. Andererseits dürfen die Zeiträume nicht zu lang sein, damit eine zeitnahe Kontrolle möglich ist und die Anreizfunktion des Wettbewerbs greift. Eine Laufzeit zwischen einem und vier Jahren mit laufenden Berichten und Kontrollen erscheint von daher sinnvoll.

Denkbar ist es aber auch, Zielvereinbarungen mehrschichtig zu gestalten. So können bestimmte Rahmendaten langfristig vereinbart und Einzelfestlegungen für kürzere Zeiträume festgelegt und dann – nach entsprechender Evaluation – neu verhandelt werden. Eine solche Lösung bietet sich etwa im Falle des Aufbaus neuer Studiengänge an, bei denen die Aufstockung von Mitteln vom Erfolg in den näher festzulegenden Entwicklungsphasen abhängig gemacht werden kann.

Da zu einem wirksamen Wettbewerb auch Transparenz gehört, sollten die mit den einzelnen Hochschulen abgeschlossenen Zielvereinbarungen den anderen Hochschulen bekannt gegeben werden. Davon kann eine Anreizfunktion ausgehen.

e) Verfahren bei Einigungsschwierigkeiten

Zu bedenken ist auch der Fall, dass es zu Einigungsschwierigkeiten kommt. Da ein rechtsförmlicher Einigungszwang der Philosophie von Zielvereinbarungen entgegensteht, andererseits aber verbindliche Rahmenbedingungen für das Handeln von Land und Hochschulen geschaffen werden müssen, bedarf es einer Regelung, die zumindest eine Interimslösung ermöglicht. Wie diese ausgestaltet sein kann, hängt sehr stark davon ab, welche Gegenstände in einer Zielvereinbarung geregelt werden, so dass eine allgemeine Aussage dazu nicht sinnvoll getroffen werden kann.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die gegenwärtige Rechtslage bei der Studienplatzvergabe in bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen ist durch den Grundsatz der Pflicht zur bundeseinheitlichen Kapazitätserschöpfung geprägt.
2. Dieser durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (mit-) geprägte Grundsatz hat unter anderem zur Folge, dass zwischen den staatlichen Hochschulen – soweit sie der Zulassungsbeschränkung unterliegen – kein Wettbewerb um Studierende und keine Differenzierung im Bereich der Betreuungsrelationen möglich ist.
3. Vor dem Hintergrund einer europa- und weltweiten Öffnung von Studien- und Ausbildungsmärkten sowie der zunehmenden Zahl privater Hochschulen, aber auch unter dem Gesichtspunkt der Steigerung der Ausbildungsqualität erscheint es sinnvoll, dieses starre System durch ein wettbewerbstaugliches System abzulösen, das den Hochschulen mehr Gestaltungsmöglichkeiten einräumt.
4. Auch die KapVO kann einen Abbau von Studienplätzen nicht verhindern. Hier besteht kein systematischer Vorteil zu alternativen Regelungssystemen.
5. Ein Systemwechsel ist nach allgemein anerkannten Grundsätzen zulässig, wenn ausreichend gewichtige Gründe eine Abkehr vom bisherigen System rechtfertigen, die Neuregelung für sich betrachtet verfassungskonform ist und die Folgen des Systemwechsels verhältnismäßig sind.
6. Die Stärkung der Leistungsfähigkeit der Hochschulen durch die Einführung einer Wettbewerbsorientierung sowie die damit verbundene stärkere Berücksichtigung unterschiedlicher Ausbildungs- und Forschungsinteressen stellen ausreichend gewichtige Gründe für einen Systemwechsel dar.

7. Die Einführung eines planerisch geprägten Gestaltungsspielraums der Hochschulen ist im Rahmen eines Übergangs von der bisherigen Erfüllungs- zu einer Gewährleistungsverantwortung verfassungsrechtlich unbedenklich, solange in diesem Modell bestimmte verfassungsrechtliche Mindestanforderungen beachtet werden.
8. Diese Mindestanforderungen beziehen sich auf das Mindeststudienplatzangebot, die Chancengerechtigkeit beim Hochschulzugang, die berücksichtigungsfähigen Belange und die Steuerung des Abwägungsvorgangs. Sie bedürfen einer parlamentsgesetzlichen Regelung, möglichst auf Bundesebene.
9. Innerhalb dieser bundesrechtlichen Rahmenvorgaben ist es Aufgabe der Länder, einen verfahrensrechtlichen Rahmen zu schaffen, innerhalb dessen den Hochschulen konzeptionelle Gestaltungsspielräume auch für den Bereich der Festlegung von Betreuungsrelationen zugewiesen werden können.
10. Der Planungsvorgang ist mehrstufig anzulegen. Zu unterscheiden sind die bundesweit-föderale Koordination und die Koordination und Planung innerhalb eines Landes und den dort ansässigen Hochschulen.
11. Der landesinterne Planungsvorgang, an dem das Land und die Hochschulen zu beteiligen sind, kann mit Hilfe von aufgaben- und leistungsbezogenen Finanzierungsmechanismen („Geld folgt Studierenden“), rechtlich verbindlichen Zielvereinbarungen und Berichtspflichten der Hochschulen durchgeführt werden. Dabei sind die verfahrensrechtlichen und materiellen Vorgaben des Bundes- und Landesrechts zu beachten und es ist ein funktionsfähiges Gesamtsystem zu entwerfen, in dem der Einsatz und die Rollen der genannten potenziellen Instrumente geklärt sind.