

Josef Franz Lindner

Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus grundrechtsdogmatischer Sicht*

I. Einleitung

Das Hochschulzulassungsrecht ist ein wichtiges Kapitel aus dem großen Buch der Mangelverwaltung.¹ Insofern teilt das es das Schicksal etwa des Organtransplantationsrechts. Während letzteres in einem rechtsstaatlich und grundrechtlich desaströsen Zustand ist – nach 20 Jahren Transplantationsgesetz ist das Organtransplantationsrecht heute von grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Mindeststandards weit entfernt² – weist das Hochschulzulassungsrecht dank der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)³ und der Verwaltungsgerichte rechtsstaatlich und grundrechtlich annehmbare Konturen auf. Diese hat das BVerfG in seiner jüngsten Entscheidung vom 19.12.2017⁴ weitgehend bestätigt und konsolidiert. Auch wenn die Wissenschaftsministerien der Länder, auf die nun eine Menge Umsetzungsarbeit zukommt, dies anders sehen mögen, so handelt es sich bei der Entscheidung des BVerfG um ein in der Sache doch eher unspektakuläres Urteil. Das Gericht enthält sich sowohl im dogmatischen Grundansatz als auch in den Konsequenzen grundlegender Änderungen seiner bisherigen Rechtsprechung. Das System des Hochschulzulassungsrechts mit zentralen und dezentralen Elementen sowie Vorab- und Hauptquoten bleibt vom BVerfG unangetastet.⁵ Pointierte Optionen zur Lösung des Mangelproblems lässt es beiseite.

Für die Lösung eines Mangelproblems kommen drei Optionen in Betracht:

(1) Man kann erstens das knappe Gut, das es zu verteilen gilt, vermehren. Diese Option steht freilich nicht stets zur Verfügung, wie ein Blick auf das Organtransplantationsrecht zeigt. Im Hochschulzulassungsrecht wäre diese Lösung indes gangbar, denn die Erhöhung der Zahl der Studienplätze, also die Ausweitung der Kapazität, ist weder denklogisch noch rechtlich unmöglich. Gleichwohl – und hier liegt die erste dogmatische Bedeutung des Urteils – lehnt das Bundesverfassungsge-

richt eine Pflicht des Staates zur Kapazitätserhöhung ab. Eine solche folge insbesondere nicht aus dem grundrechtlichen Teilhabeanspruch aus Art. 12 und Art. 3 des Grundgesetzes. In Randnummer 105 der Entscheidung schreibt das Gericht:⁶

„Das Teilhaberecht reicht nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, welcher der jeweiligen Nachfrage gerecht wird. Die Frage der Bemessung der Anzahl verfügbarer Ausbildungsplätze obliegt der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der bei seiner Haushaltswirtschaft neben den Grundrechten der Studienplatzbewerberinnen und -bewerber auch andere Gemeinwohlbelange berücksichtigt. Das Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium besteht damit nur in dem Rahmen, in dem der Staat tatsächlich Ausbildungskapazitäten zur Verfügung stellt.“

(2) Eine zweite Option bestünde darin, zwar nicht die Menge des zu verteilenden Gutes zu erhöhen, wohl aber die Anzahl der Nachfrager zu reduzieren. Dieser Weg bestünde entweder darin, die Zahl der Hochschulzugangsberechtigten zu begrenzen, etwa Bewerber mit einer außerschulischen Hochschulzugangsberechtigung⁷ auszuschließen, oder die materiellen Zugangs- also Qualifizierungsvoraussetzungen zu verschärfen. Dieser Weg wäre in der Tat ein spektakulärer und liefe dem hochschulpolitischen Mainstream, die Zahl der Hochschulzugangsberechtigten immer weiter zu erhöhen, diametral entgegen. Man mag sich den Aufschrei vorstellen, wenn das BVerfG den Weg der Reduzierung der Nachfrage beschränken hätte.

(3) Bleibt schließlich nur noch die dritte, eben unspektakuläre Option zum Umgang mit dem Mangelproblem, nämlich die gleichheitskonforme Verteilung des knappen Gutes. Diesen Weg, den das BVerfG auch schon bisher beschränkt hat, geht es auch im jüngsten Urteil. Dabei wird das im Hochschulrahmengesetz, im Staatsvertrag und in den Hochschulzulassungsgesetzen der

* Schriftliche Fassung des Vortrags auf dem 13. Deutschen Hochschulrechtstag am 15.5.2018 in Erlangen.

1 Grundsätzlich F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010.

2 S. dazu nur W. Höfling, 20 Jahre Transplantations(verhinderungs)gesetz – eine kritische Bilanz ZRP 2017, 233.

3 Beginnend mit dem ersten NC-Urteil aus dem Jahr 1972: BVerfGE, 33, 303; zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG und des Hochschulzulassungsrecht insgesamt s. den Überblick bei J.F. Lindner, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschul-

recht, 3. Aufl. 2017, XI, Rn. 97 ff.

4 BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 und 4/14 – NJW 2018, 361.

5 Umfassender Überblick über den durch die Entscheidung ausgelösten Änderungsbedarf bei R. Brehm/A. Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra, 2018, 1; M. Bode, Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus Clausus III“-Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173.

6 BVerfG, aaO, Rn. 106.

Länder angelegte Hochschulzulassungsrecht im System nicht angetastet. Zwar werden dem Gesetzgeber Änderungen im Detail aufgegeben – insbesondere bei der Wartezeitquote und der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens der Hochschulen, das System aus zentraler und dezentraler Auswahlentscheidung, aus der Bildung von Vorab- und Hauptquoten bleibt ebenso unberührt, wie der gesamte Bereich der Kapazitätsermittlung.

Gleichwohl hat die Entscheidung in der Öffentlichkeit große Resonanz hervorgerufen. Dies mag an der Grundrechtssensibilität des Themas, der Zahl der Betroffenen und vor allem an der Fokussierung auf das in der bildungspolitischen Diskussion beliebte Thema der Unvergleichbarkeit von Abiturabschlüssen liegen. Von daher verdient auch ein in der Sache eher unspektakuläres Urteil der wissenschaftlichen Analyse. Im Folgenden soll zunächst auf die grundrechtsdogmatische Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts eingegangen werden (II.) und sodann ein Blick auf die Eignung als Paradigma gleichheitskonformer Vergabe gerichtet werden (III.). Schließlich sind einige Konsequenzen anzusprechen, die sich aus der Entscheidung ergeben oder ergeben können.

II. Die grundrechtsdogmatische Konstruktion des BVerfG

Zunächst zur grundrechtsdogmatischen Konstruktion, die das BVerfG seiner Entscheidung vom 19.12.2017 zu Grunde legt. Auch diese ist unspektakulär.

1. Das BVerfG legt seiner Entscheidung einen grundrechtlichen Teilhabeanspruch zugrunde, den es aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG ableitet. Diese Konstruktion besteht seit der ersten NC-Entscheidung aus dem Jahr 1972.⁸ Blickt man genauer hin, bleibt der exakte grundrechtsdogmatische Ansatz – wie so häufig, wenn das BVerfG sog. „in Verbindung mit“-Grundrechte etabliert – eher unklar. Handelt es sich nun um einen freiheitsrechtlichen, um einen gleichheitsrechtlichen oder um einen freiheits- und gleichheitsrechtlichen Anspruch oder um einen solchen Anspruch, der zwar ein freiheitsrechtlicher ist, seine Anspruchsqualität aber nur über den Gleichheitssatz erlangt? Kurz: Handelt es sich um einen originären oder um einen derivativen Leistungsanspruch? Diese Frage ist keineswegs belanglos. Denn entnimmt man dem Artikel 12 Abs. 1 GG einen originären Leistungs- oder Teilhabeanspruch, so könnte sich der Staat letztlich zur Rechtfertigung der Vorenthaltung

nicht auf Kapazitätserwägungen berufen. Ebenso wie sich der Staat beim originären Leistungsanspruch auf ein (menschenwürdiges) Existenzminimum⁹ nicht auf Haushaltsknappheit berufen kann, könnte sich der Staat bei Verweigerung eines Studienplatzes auch nicht auf die Begrenzung der zur Verfügung stehenden Studienplätze berufen.

Einem solchen originären Leistungsanspruch, der letztlich auf einen Anspruch auf Kapazitätserweiterung hinausläuft, erteilt das Gericht wie bereits erwähnt eine deutliche Absage: Das Teilhaberecht reiche nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, der der jeweiligen Nachfrage gerecht werde. Das Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium bestehe nur in dem Rahmen, in dem der Staat tatsächlich Ausbildungskapazitäten zur Verfügung stelle. In Rn. 106 betont das BVerfG ausdrücklich: „*Es handelt sich hierbei um ein derivatives Teilhaberecht*“. Die Bedeutung dieser Aussage ist in ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz und Brisanz kaum zu überschätzen. Denn nimmt man die Ausschließlichkeit des derivativen Ansatzes ernst, ließe sich auch gegen einen Abbau von Studienplatzkapazitäten aus verfassungsrechtlicher, zumal grundrechtlicher Sicht, nichts einwenden.

Das Bundesverfassungsgericht scheint es also ausschließlich dem politischen Gestaltungsspielraum des Haushaltsgesetzgebers zu überantworten, in welchem Umfang er Studienplätze zur Verfügung stellt. Nicht ausgeschlossen erschiene es bei einem derivativen Ansatz auch, dass der Staat sich aus der Finanzierung des Medizinstudiums vollständig zurückzieht und die Ausbildung des medizinischen Nachwuchses dem Privatsektor oder Angeboten im Ausland überantwortet.

Insgesamt durchziehen die Entscheidung des Gerichts durchaus Sätze von bemerkenswerter Härte. Zwei davon seien nachfolgend zitiert:

(1) „*Das Teilhaberecht reicht nicht so weit, dass jeder und jede Hochschulzugangsberechtigte beanspruchen könnte, die Zulassung zu dem gewählten Studium tatsächlich eines Tages zu erhalten. In Fächern wie der Humanmedizin, in denen die Anzahl an Bewerbungen das Angebot an Studienplätzen weit übersteigt, kann der Teilhabeanspruch die tatsächliche Studienleistung von vorneherein nicht garantieren. Die verfassungsrechtlich gebotene Chancenoffenheit schließt das Risiko des Fehlschlags einer Bewerbung auf einen Studienplatz ein, da bei der Vergabe knapper unteilbarer Güter jedes Auswahlverfahren – wie im-*

7 Zur grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Hochschulzugang- und dem Hochschulzulassungsrecht s. Lindner (Fn. 3), Rn. 1 ff.; zur Entwicklung des Hochschulzugangsrechts ebenda

Rn. 54 ff.

8 BVerfGE 33, 303.

9 BVerfGE 125, 175; 137, 34.

mer es ausgestaltet ist – nur einem Teil der Bewerberinnen und Bewerber reale Aussichten eröffnen kann, auch tatsächlichen Erfolg zu haben.“¹⁰

(2) Und ein zweites Zitat direkt im Zusammenhang mit den kritischen Ausführungen des Gerichts zur Wartezeit: „Der Gesetzgeber kann im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis vielmehr auch ganz auf die Zulassung einer Wartezeit verzichten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht muss nicht jeder grundsätzlich hochschulreife Bewerber den Anspruch auf Zulassung zu seinem Wunschstudium im Ergebnis tatsächlich realisieren können.“¹¹

Letztlich löst das Bundesverfassungsgericht damit den Hochschulzulassungsanspruch maßgeblich von dessen freiheitsrechtlicher, in Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verankerter Dimension und legt den Schwerpunkt eindeutig auf die gleichheitsrechtliche Dimension. Die zur Verfügung stehenden Plätze müssen gleichheitskonform verteilt werden. Damit erfährt das Hochschulzulassungsrecht insgesamt eine schwächere grundrechtsdogmatische Verankerung, denn der Gleichheitssatz ist aus der Perspektive der Betroffenen ein schwächeres Grundrecht als ein Freiheitsrecht. Dies mag durch die dogmatisch teilweise vorgenommene Annäherung der grundrechtsdogmatischen Prüfung von Freiheitseingriffen und Ungleichbehandlungen auch anders gesehen werden können. Jedoch erscheint eine Ungleichbehandlung stets leichter begründbar als eine Freiheitsbeschränkung.

2. Im Zusammenhang damit steht eine zweite grundrechtsdogmatische Erkenntnis des Urteils. Das Bundesverfassungsgericht geht – von seinem Ansatz her ganz konsequent – von einem teilhaberechtlichen, also letztlich der leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte zuzuordnenden Konstellation aus. Es versucht aber nicht, dieser leistungsrechtlichen Dimension eigene dogmatische Konturen zu erschließen, so dass wir trotz Hundertausenden von Seiten grundrechtsdogmatischer Literatur und hundertvierzig Bänden Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen immer noch keine klare grundrechtsdogmatische Konturierung der leistungsrechtlichen Dimension¹² der Grundrechte haben. Das Verfahren hätte Gelegenheit gegeben, die leistungsrechtliche Dimension dogmatisch näher zu entfalten. Darauf konnte das BVerfG, leider möchte man sagen, verzichten, weil es die teilhaberechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG ausschließlich über den gleichheitsrechtlichen Gehalt, also über Art. 3 Abs. 1 GG konturiert. Aus der leistungsrechtlichen Dimension wird dadurch schlicht eine Gleichheitsprüfung.

Immerhin hätte es schon von der Betroffenheit der Einzelnen, die keinen Studienplatz erhalten, nahe gelegen, die Vorenthaltung einer Leistung einem Grundrechtseingriff gleichzustellen. Denn macht es einen Unterschied, ob man einer Person die Ausübung eines bestimmten Berufes verbietet oder ob man ihr das zur Ausübung des Berufes notwendige Studium bzw. der dafür erforderlichen Studienplatz vorenthalte? Die Vorenthaltung einer Leistung, also die Verwehrung des Studienplatzes, wird hier zum Eingriffsäquivalent.

Es hätte sich daher durchaus angeboten, das vorhandene Regelungsinstrumentarium zur Vergabe von Studienplätzen weniger über Art. 3 Abs. 1 GG als vielmehr über die eingriffsabwehrrechtliche Dimension der Grundrechte zu verarbeiten. Die Vorenthaltung eines Studienplatzes wäre dann ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der sich nach dem üblichen eingriffsabwehrrechtlichen Prüfungsschema rechtfertigen lassen muss, ansonsten er sich als Grundrechtsverletzung erweist.

Ein solcher Ansatz hätte den Vorteil, dass insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein griffigeres Instrumentarium zur Verfügung steht als im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG, es sei denn, man wendet die Verhältnismäßigkeitsdogmatik eins zu eins auch beim Gleichheitsrecht an,¹³ was das BVerfG vorliegend aber nicht getan hat.

Nach einem streng freiheitsrechtlichen Ansatz lassen sich die einzelnen Verteilungsregeln, die Verteilungskriterien, der mittlerweile entstandene Wildwuchs an Vorabquoten und Sonderregelungen sich nicht mehr einfach über Art. 3 Abs. 1 GG oder das Sozialstaatsprinzip rechtfertigen, es müsste vielmehr nach den dahinterstehenden Zwecken und deren Legitimation gefragt werden. Und diese Zwecke müssten ins Verhältnis zum freiheitsrechtlichen Kern des Art. 12 Abs. 1 GG gesetzt werden.

3. In grundrechtsdogmatischer Hinsicht ist drittens zu bemerken, dass das BVerfG den gleichheitsrechtlich fundierten Teilhabeanspruch erneut mit dem Sozialstaatsprinzip verknüpft. Die Bedeutung dessen wird nicht ganz klar.

Sicher dürfte sein, dass das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nicht zur Verstärkung der Anspruchsgrundlage heranzieht, sondern eher zur Ausgestaltung des Hochschulzulassungsrechts insgesamt.

So formuliert das Gericht in Leitsatz 2: „Regeln für die Verteilung knapper Studienplätze haben sich grundsätzlich am Kriterium der Eignung zu orientieren. Daneben

10 BVerfG, aaO, Rn. 106.

11 BVerfG, aaO, Rn. 218.

12 Zu den Grundlagen und Problemen der leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte s. R. Alexy, Theorie der Grundrecht-

te, 2. Aufl. 1994, S. 171 ff., 395 ff.; J.F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 338 ff.

13 Zu dieser Diskussion Lindner (Fn. 12), S. 412 ff.

*berücksichtigt der Gesetzgeber Gemeinwohlbelange und trägt dem Sozialstaatsprinzip Rechnung.*¹⁴

Wirklich näher dogmatisch ausgeformt wird das im weiteren Verlauf des Urteils nicht. Dass das BVerfG das Sozialstaatsprinzip vor allem im Zusammenhang mit der Legitimation der sog. Vorabquoten heranzieht, zeigt, dass es ihm zur Rechtfertigung von Privilegierungen, die über den Bereich der Eignung hinausgehen, dient. Eine Anerkennung von Vorabquoten zur Verfolgung gewichtiger öffentlicher Interessen und aus sozialstaatlichen Erwägungen sei im Blick auf die dadurch bedingte Beschränkung der Zahl der in den Hauptquoten verfügbaren Studienplätze mit den Gleichheitsanforderungen grundsätzlich vereinbar.¹⁵

Gerade im Zusammenhang mit den Vorabquoten macht es sich das BVerfG aber doch ein wenig leicht. Blickt man auf die Vorabquoten und deren privilegierte Destinatäre, so hat man schon den Eindruck, dass insofern durchaus – ähnlich wie im Steuerrecht – starke Interessengruppen am Werk sind. So findet sich etwa im bayerischen Hochschulzulassungsgesetz¹⁶ – freilich im Zusammenhang mit dem örtlichen Auswahlverfahren – eine Vorabquote für Angehörige von Sportkadern.

III. Die „Eignung“ als zentrales Vergabekriterium

Dass der freiheitsrechtliche Eingriffsabwehransatz der dogmatisch geeignetere wäre, zeigt sich auch am Umgang des BVerfG mit dem Kriterium der Eignung. Das Gericht sieht die Eignung als Kernkriterium, gewissermaßen als Paradigma einer gleichheitsgerechten Auswahlentscheidung an.

Die gesamten Ableitungen und Konsequenzen des Gerichts im Hinblick auf die Bedeutung der Abiturbestandenquote und der Vergleichbarkeit der Abiturzeugnisse, der zusätzlich geforderten Qualifizierungsmerkmale, der Einordnung der Wartezeit, etc., beruhen letztlich auf dem Kriterium der Eignung.

In Randnummer 109 formuliert das Gericht: *„Aus dem Gebot der Gleichheitsgerechtigkeit folgt, dass sich die Regeln über die Vergabe von Studienplätzen grundsätzlich an dem Kriterium der Eignung orientieren müssen. Das kann die Ungleichbehandlung rechtfertigen, welche mit der Verteilung einer den Bedarf nicht deckenden Zahl von Studienplätzen zwangsläufig verbunden ist.“*

Nun ist es zweifelsohne sachgerecht, auf die Eignung abzustellen. Allerdings erstaunt das Gericht insoweit nicht nur durch eine blumige Sprache, wenn es von „Gleichheitsgerechtigkeit“ spricht, es lässt vielmehr auch

analytische Klarheit vermissen. Denn was soll Kriterium der Eignung eigentlich bedeuten? Hier hätte es nahegelegen, für die Grundlegung der weiteren Ableitungen zwischen einem Eignungskonzept und den darauf zu beziehenden *Eignungskriterien* zu unterscheiden.

Es wäre also zu unterscheiden zwischen der Frage „Eignung in Bezug auf was“ und „Eignung wodurch“? Kurz: Wofür muss ein Studienplatzbewerber geeignet sein und wie lässt sich eine zuverlässige Prognose darüber bilden, ob diese Eignung gegeben ist? Zwar tauchen an verschiedenen Stellen des Urteils verschiedene Eignungskonzeptionen auf, insbesondere mit den Ausführungen zum Erfordernis weiterer Eignungskriterien. Hier ist dann u.a. von kommunikativen und sozialen Kompetenzen und ähnlichem die Rede.¹⁷

Die Frage ist allerdings, wie sich diese Einzelaspekte zu einem *grundsätzlichen Eignungskonzept* verdichten lassen.

Nun mag man dagegenhalten, dass dies zu formulieren Sache des Gesetzgebers sei. Im Hinblick auf den paradigmatischen Charakter des Begriffs der Eignung hätte man aber schon erwartet, dass das Gericht hier eine stärkere analytische Klarheit walten lässt und auch einige nähere Hinweise zu einem verfassungskonformen Eignungskonzept gibt.

IV. Einige Konsequenzen

Abschließend seien noch einige Konsequenzen wenigstens kurz benannt, die sich aus dem Urteil ergeben.

1. Zunächst gibt das BVerfG dem Gesetzgeber auf, das Hochschulzugangsrecht bis Ende 2019 den Maßgaben des Gerichts anzupassen und grundrechtskonform auszugestalten. Es hat dabei insbesondere den Landesgesetzgeber im Auge, der das Hochschulzulassungsrecht im Staatsvertrag und in den Landeshochschulzulassungsgesetzen regelt. Dementsprechend gelten die lediglich für verfassungswidrig erklärten Vorschriften der Landeshochschulgesetze und des Hochschulrahmengesetzes bis zum 31.12.2019 weiter. Fraglich ist, was passiert, wenn die Länder diese Frist nicht einhalten können, sei es, dass eine Neuregelung erst nach dem genannten Stichtag politisch ins Werk gesetzt werden kann, sei es, dass ein entsprechender Staatsvertrag bereits vorher zustande kommt, jedoch Bedarf für einen Übergangszeitraum besteht, insbesondere zur softwaretechnischen Umsetzung der neuen Regelungen. Da das BVerfG die übergangsweise Weitergeltung der bisherigen Rege-

14 BVerfG, aaO.

15 BVerfG, aaO, Rn. 123 ff.

16 Art. 5 Abs. 3 Satz 2 BayHZG.

17 BVerfG, aaO, Rn. 197 ff.

lungen ausdrücklich auf den 31.12.2019 befristet hat, wäre ein Reißen dieser Frist verheerend. Denn in diesem Fall würden die alten Regelungen nicht mehr oder nur noch im Umfang ihrer Verfassungsmäßigkeit gelten, neue wären indes noch nicht in Kraft oder noch nicht anwendbar oder vollziehbar. Die Länder sollten nicht darauf vertrauen, dass das BVerfG diese Frist irgendwie verlängern würde – in welchem Verfahren auch?¹⁸ Es muss von den Ländern geleistet werden, dass der Staatsvertrag so rechtzeitig in Kraft tritt, dass bereits das Zulassungsverfahren für das Sommersemester 2020 nach verfassungskonformen Regelungen abläuft. Denkbar wäre eine Übergangsphase, soweit diese ihrerseits verfassungskonform ausgestaltet ist.

2. Fraglich ist, ob der Bund etwas regeln darf oder muss. Dürfen tut der Bund freilich. Er hat die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG für das Hochschulzulassungswesen in der gesamten Breite. Er könnte also ein Hochschulzulassungsgesetz erlassen. Von diesem freilich könnten die Länder wiederum im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 GG abweichen.

Fraglich ist, ob der Bund tätig werden *muss*? Diese Frage ist nicht so leicht zu beantworten, wie es den Anschein hat. Natürlich folgt *prima facie* aus einer Gesetzgebungskompetenz noch keine Pflicht, von dieser auch Gebrauch zu machen. Sollte sich jedoch herausstellen, dass die Länder ihrer Pflicht zur Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen wollen oder werden, könnte sich der politische Ermessensspielraum von einer Kompetenz auf eine Pflicht verdichten, um das völlige Lahmlegen der Hochschulzulassung zu verhindern. Auch vor diesem Hintergrund sind die Länder gut beraten, in größtmöglicher Konzentration ihre Umsetzungspflicht zu erfüllen.

3. Ein schwieriges, praktisch wichtiges Spezialproblem stellt sich in Folge der notwendig werdenden Änderungen im Bereich der Wartezeitquote. Zwar hat das BVerfG die Wartezeitquote, die im neuen (noch nicht in Kraft getretenen) Staatsvertrag Bewerbungssemesterquote heißt, nicht für verfassungsrechtlich unzulässig erklärt, jedoch die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Begrenzung der Wartezeitdauer betont.¹⁹ Zudem dürfe der Gesetzgeber auch auf eine Wartezeitquote verzichten.

Würde dies in einem neuen Staatsvertrag umgesetzt und würde die Wartezeitquote ganz abgeschafft oder würden in die Bewerbungssemesterquote dieje-

nigen, die schon länger als sieben Semester warten, nicht mehr einbezogen, stünde die Problematik von Übergangs- und Vertrauensschutzregelungen für solche „Altwarter“ im Raum. Das BVerfG hat zwar vor langer Zeit schon einmal über den Vertrauensschutz von „Altwartern“ bei Änderungen im Wartezeitregime entschieden.²⁰ Diese Entscheidungen sind aber schon deswegen nicht ohne Weiteres auf die hiesige Konstellation übertragbar, weil es damals um Änderungen des Gesetzgebers ging, die nicht auf einer Verfassungswidrigerklärung der einschlägigen Vorschriften durch das BVerfG beruhten.

4. Das BVerfG hat mit deutlicher Klarheit festgestellt, dass die Abiturabschlüsse der Länder nach wie vor miteinander nicht vergleichbar sind. Es hat zwar nicht die Abiturbestenquoten als solche für verfassungswidrig erklärt, jedoch gefordert, die mangelnde Vergleichbarkeit zu kompensieren. Hierbei hat es die im zentralen Vergabeverfahren zu bildenden *Landesquoten* gebilligt, jedoch das Auswahlverfahren der Hochschulen, in dem die Abiturbestenquote ebenfalls eine Rolle spielt, wegen des Fehlens von Kompensationsmechanismen beanstandet.²¹

Zwischen den Zeilen wird deutlich, dass das BVerfG den Bemühungen der Kultusministerkonferenz um eine stärkere Vergleichbarkeit der Abiturnoten *äußerst skeptisch*, um es vorsichtig auszudrücken, gegenübersteht. Gleichwohl lässt sich dem Urteil keine Pflicht der Länder entnehmen, für eine stärkere Vergleichbarkeit der Abiturnoten zu sorgen. Weder aus Art. 12 GG noch aus Art. 3 GG leitet das BVerfG eine Pflicht der Länder zu entsprechenden Bemühungen ab. Das Gericht scheint sich also mit der mangelnden Vergleichbarkeit der Abiturnoten abzufinden und sieht keinen verfassungsrechtlichen Hebel, dies zu ändern. Vielmehr überantwortet es die Frage der Herstellung der Vergleichbarkeit dem politischen Handlungswillen der Länder. Solange diese diesbezüglich nicht oder nur unzureichend tätig werden, verbleibt es eben beim Erfordernis, die mangelnde Vergleichbarkeit im Rahmen der Abiturbestenquoten durch Kompensationsregelungen zu flankieren.

Bildungspolitisch freilich ist das Urteil des BVerfG ein deutlicher Impuls nicht nur für den Hochschulzulassungsgesetzgeber, sondern auch für den Schulgesetzgeber. Nicht von ungefähr, sind die Forderungen nach einem Schul- oder Bildungsstaatsvertrag der Länder gerade auch in der Folge des Urteils des BVerfG lauter geworden.

Wir werden es also in Zukunft nicht nur mit einem neuen Hochschulzulassungsstaatsvertrag zu tun haben,

18 In Betracht käme allenfalls ein Vorgehen über § 35 BVerfGG in direkter oder analoger Anwendung.

19 BVerfG, aaO, Rn. 215 ff.

20 BVerfGE, 43, 291; 59, 1.

21 BVerfG vom 19.12.2017, Rn. 173 ff.

sondern vielleicht auch mit einem Schul- oder Bildungsstaatsvertrag²².

Josef Franz Lindner ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

22 Dazu näher *J.F. Lindner*, Reform des deutschen Bildungsföderalismus, ZRP 2018, 94.