

# Matthias Bode

## Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“-Entscheidung des BVerfG

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Rahmenbedingungen

1. Reichweite der Entscheidung
2. Rechtsprechung und Kritik der Literatur
3. Bisherige Ausgestaltung des Verfahrens
4. Statistik: Zunahme der Hochschulzugangsberechtigten und Auswahlgrenzen
5. Ausgangsverfahren

#### III. Vom „Abitur“ zum „Aditur“: Anerkennung veränderter Realitäten und Ausdifferenzierung der Auswahlverfahren

1. Ausgangspunkt der gerichtlichen Erwägungen
2. Eignungsorientierung des Auswahlverfahrens
3. Gleichmäßige Gewichtung der Auswahlkriterien
4. Wesentlichkeitstheorie und Ausgestaltungsbefugnis der Hochschulen
5. Abkehr von der Wartezeit
6. Ablehnung der Drohung mit dem originären Teilhaberecht

#### IV. Utopie der Gleichheit: Erfordernis einer Bereinigung der Hochschulzugangsberechtigungen

1. Kernaussage
2. Die „drei Säulen“ der Unvergleichbarkeit
3. Analyse der fehlenden Vergleichbarkeit in der Erziehungswissenschaft
4. Die „Bereinigung“ von Noten der Hochschulzugangsberechtigung
5. Zwischenfazit: Utopie der Normalverteilung des Bildungspotenzials

#### V. Mittelbare Folgen

1. Auswirkung auf Studiengänge mit örtlicher Zulassungsbeschränkung
2. Ausstrahlungswirkung in sonstige Rechtsgebiete, insbesondere auf Art. 33 Abs. 2 GG
3. *Obiter dictum*: Zulassungsrecht und Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen vor dem Hintergrund der Diskussion über die Einführung einer Landarztquote
4. Tätigwerden von Bund oder Ländern?
5. Aushandlung neuer Verfahrensgrundsätze

#### VI. Fazit oder das Dilemma der Verteilung

### I. Einleitung

Das BVerfG hat seine seit 1972 entstandene und kunstvoll über die Jahre fortentwickelte Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Hochschulzulassung um eine maßgebende Entscheidung erweitert.<sup>1</sup> Angesichts veränderter Rahmenbedingungen, etwa eines deutlich gestiegenen Anteils von Hochschulzugangsberechtigten pro Jahrgang, sieht das BVerfG nicht mehr allein den Erwerb des Abiturs als konstitutiv für den Zulassungsanspruch an, sondern fordert den Gesetzgeber auf, zusätzlich auf Kriterien der Eignung zurückzugreifen; dabei wird insbesondere auch die Rolle der Hochschulen im Rahmen der Hochschulzulassung anerkannt und gestärkt. Damit nimmt das Gericht eine Argumentationslinie auf, die zunehmend auch in Rechts- und Bildungswissenschaften vertreten wird. Indem das Gericht zudem – soweit noch auf die Note der Hochschulzugangsberechtigung abgestellt wird – eine „Bereinigung“ von länderspezifischen Vergleichbarkeitsdefiziten fordert, wirft es allerdings mehr Fragen auf als es Antworten gibt; dieser Ansatz dürfte den Gleichheitssatz überfordern und ist in der Sache eher Ausdruck einer – durchaus zeittypischen<sup>2</sup> – Utopie. Dieser Artikel kontextualisiert die Entscheidung vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung und ordnet ihre Bedeutung für das Hochschulzulassungsrecht ein.

Die Frage, wer berechtigt sein soll, ein Hochschulstudium aufzunehmen, ist seit jeher von entscheidender gesellschaftlicher Bedeutung. Über den Hochschulzugang konstituieren sich Experteneliten, es prägen sich institutionelle Milieus; die Übergangsquote von der Schule zur Hochschule hat schließlich Auswirkungen auf die ökonomische Entwicklung.<sup>3</sup> Überdies kommt der Berechtigung zum Hochschulbesuch auch weitreichende Steuerungswirkung für künftige Entwicklungen zu; die Öffnung der Hochschule lockt – oder verschreckt – Studieninteressierte und entscheidet über Bildungswege. Das BVerfG hatte diese Bedeutung auch vor Augen, als es

1 Urt. v. 19.12.2017, Az.: 1 BvL 3/14; vgl. NVwZ 2018, 233 m. Anm. M. Wiemers; NJW 2018, 361 m. Anm. C. von Coelln; JuS 2018, 305 m. Anm. F. Hufen; JA 2018, 233 m. Anm. S. Muckel; R. Brehm/A. Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra 2018, 1 (1 ff.).

2 Vgl. S. Mau, Das metrische Wir, Über die Quantifizierung des Sozialen, 2017.

3 Vgl. H.-U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 1700–1815, 4. Aufl. 2006, S. 479; A. Wolter, Von der Elitenbildung zur Bildungsexpansion, 1989, S. 3 ff.; ders., Das Abitur, 1987; R. Bölling, Kleine Geschichte des Abiturs, 2010; M. Bode, Hochschulzulassungsrecht im Spannungsfeld von gesamtstaatlicher Planung und lokaler Gerechtigkeit, WissR 2013, 348 (349 ff.).

1972 erstmals mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Numerus clausus konfrontiert war. So führte es aus, dass „Zulassungsbeschränkungen der in Rede stehenden Art Verteilung von Lebenschancen bedeuten können“.<sup>4</sup>

Mit dem ersten Numerus clausus-Urteil vom 18. Juli 1972 verkündete das BVerfG schon einmal eine Entscheidung mit geradezu utopischem Gehalt. Dieser lag weniger in der Aussage, dass aus der an sich als Abwehrrecht gegen den Staat konzipierten Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG auch ein Leistungsrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Zulassung zum begehrten Studienfach im Rahmen der verfügbaren Plätze folge; das war nämlich weder dogmatisch überraschend noch unter praktischen Gesichtspunkten von größerer Bedeutung.<sup>5</sup> Entscheidend war vielmehr, dass das Gericht den Wert des Abiturs als vermeintlich unmittelbare Zugangsberechtigung hervorhob und den Eindruck erweckte, es könnte grundsätzlich jeder „prinzipiell gleichberechtigte hochschulreife Anwärter“ das Studium seiner Wahl aufnehmen. So wurde die Zulassung zur bloßen Ressourcenfrage. Folgerichtig warf das Gericht die Frage auf, „ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen“ folge. Auch wenn es dies im Ergebnis offen ließ, versuchte das Gericht, den „Vorbehalt des Möglichen“ zu modifizieren, also das Recht „gegen die Eigenlogik der Wirklichkeit“ zu behaupten – und ergriff damit Partei für die Forderung nach einem Ausbau der Studienplätze.<sup>6</sup> Wie sich *Gunnar Folke Schuppert*, damals wissenschaftlicher Hilfsarbeiter am Ersten Senat des BVerfG, erinnert, verwandelte das Urteil den Numerus clausus in eine „rechtfertigungsbedürftige Technik“ und erzeugte „normativen Druck in Richtung auf eine Verbesserung in den Problembereichen Kapazitätsnutzung und Zulassungsverfahren“.<sup>7</sup>

Diese „Politik aus Karlsruhe“<sup>8</sup> hatte unter anderem die im Wesentlichen ländereinheitliche Ausgestaltung des Zulassungsrechts zur Folge und kann daher in pragmatisch-politischer Hinsicht mit *Häberle* als „eine kluge Strategie“ beurteilt werden.<sup>9</sup>

Zugleich verlieh das BVerfG mit seinem Urteil der Vorstellung Ausdruck, dass die Bewirtschaftungsrahmen der Nachkriegszeit überholt seien und an ihre Stelle eine vorausschauende Planung treten müsste.<sup>10</sup> Dies entsprach dem seit den 1960er Jahren vielerorts vorherrschenden Glauben, dass durch Steuerungsmaßnahmen eine Regulierung des Bildungswesens zum allgemeinen Vorteil möglich und nötig sei.<sup>11</sup> Es war aber auch die Absage an einen rigiden planwirtschaftlichen Dirigismus, wie er seitens der „Zentralstelle für die Studienbewerbungen“ in Magdeburg – bereits sechs Jahre vor Gründung der ZVS 1974 – vom beargwöhnten „Bruderstaat“ in Osten betrieben wurde.<sup>12</sup>

In der Utopie reflektierte sich die *Dahrendorfsche* Forderung nach dem „Bürgerrecht auf Bildung“,<sup>13</sup> und sie war der Siegeszug des subjektiven Rechts. Das Gericht vollzog die „kopernikanische Wende“ des Perspektivwechsels von einem Recht der Hochschule zum Grundrecht der Bewerber. Das Urteil kann daher zugleich als Markstein einer ordnungspolitischen Durchdringung des Hochschulwesens angesehen werden. Sie symbolisiert das „kleine Glück der größten Zahl“.<sup>14</sup>

Das Scheitern der Utopie folgte in den Niederungen der Praxis – und auf Raten. In Folge des ersten Numerus clausus-Urteils kollidierten von nun an – sich stets ausdifferenzierende – rechtliche Vorgaben mit den Zielen der Bildungsplanung.<sup>15</sup> Letztlich war es der in dieser Form nicht vorhergesehene Bildungsboom, der das Ende der Utopie markierte. Die Auswahlgrenzen signalisieren dies; die zur Realisierung der Utopie in die Pflicht genommenen Bildungsverwaltungen taten über die Jahre viel, um Härte abzumildern; beispielsweise wurde ein sog. besonderes Auswahlverfahren konzipiert, das – an

4 BVerfGE 33, 303 (338).

5 Vgl. *T. Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 393; *W. Kalisch*, Beschränkungen in der Zulassung zum Studium in verfassungsrechtlicher Hinsicht, in: DVBl. 1967, 134 (134 f.).

6 BVerfGE 33, 303 (333); *O. Depenheuer*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdBStR, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 269 Rn. 9, 48.

7 *G. F. Schuppert*, Der Zugang zu den Universitäten, in: H. J. Vogel, FS M. Hirsch, 1981, S. 567 (574 ff.).

8 *W. Hassemer*, Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, 1 (5 f.).

9 *P. Häberle*, Das BVerfG im Leistungsstaat, in: DÖV 1972, 729 (732). Anders dagegen *Rupp*, der kritisierte, dass das Urteil „das eigentliche Problem grundrechtlicher Freiheitserfüllung überhaupt“ nicht getroffen habe, da es allein auf den Zulassungsanspruch des Einzelnen abstelle und ökonomische Faktoren oder die individuelle Eignung für den Beruf unberücksichtigt ließe. *H. H. Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101, 161 (181 f.); kritisch auch *Kimminich*,

der es als „rührendes Dokument der Hilflosigkeit“ bezeichnete, *O. Kimminich*, Anmerkung, in: JZ 1972, 696 (699).

10 Vgl. *H. Bahrol/W. Becker/J. Hitpass*, Abschied vom Abitur?, 1974, S. 8 ff.

11 Vgl. *M. Ruck*, Ein kurzer Sommer der konkreten Utopie, in: A. Schildt, Dynamische Zeiten, 2000, S. 362 (362 ff.).

12 Vgl. *M. Bode*, in: L. Knopp/F.-J. Peine/H. Topel, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl. 2018, BbgHZG, Vorbemerkung Rn. 50.

13 Vgl. *R. Dahrendorf*, Bildung ist Bürgerrecht, 1965, S. 14 ff.

14 *M.-E. Geis*, Die Rechtsprechung des BVerfG zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972–1977, in: WissR, Beiheft 18, 2007, 9 (10 f.).

15 Anschaulich: *D. Hewig*, Steuerungsprobleme im Hochschulbereich, in: BayVBl. 1978, 68 (70 ff.).

sich systemwidrig – im Falle starken Bewerberüberhangs nun wieder Fragen der Eignung in die Zulassung einbrachte. Die Hochschulen hatten mit ihren Interessen in dieser Zeit häufig das Nachsehen.<sup>16</sup>

Der Beitrag untersucht, wie sich das BVerfG zu den Grundsätzen seiner bisherigen Rechtsprechung positioniert. Dabei wird zunächst auf die Rahmenbedingungen der Hochschulzulassung eingegangen (II.) und sodann auf die im Mittelpunkt der Entscheidung stehende Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Auswahlkriterien und die organisatorischen Anforderungen; hierbei wird argumentiert werden, dass das Gericht einen Teil seiner Grundsätze den veränderten Gegebenheiten angepasst hat, was etwa in der Stärkung der Auswahl nach Eignung zum Ausdruck kommt (III.). Anschließend werden die weitreichenden Aussagen zum Erfordernis der „Bereinigung“ von schulischen Abschlusszeugnissen im Bildungsföderalismus analysiert. Hier ist zu zeigen, dass das Gericht ein weitreichendes Postulat in Hinblick auf die Gleichbehandlung aufstellt (IV.). Schließlich wird die Ausstrahlungswirkung der Entscheidung auf weitere Bereiche dargestellt (V.).

## II. Rahmenbedingungen

### 1. Reichweite der Entscheidung

Es ist sinnvoll, zwischen den Begriffen Hochschulzugang und -zulassung zu differenzieren: Das Hochschulzugangsrecht (sog. Qualifikationsrecht) regelt, welche Qualifikation eine Person aufweisen muss, um das Studium aufnehmen zu dürfen. Das Hochschulzulassungsrecht (sog. Verteilungsrecht) bestimmt, welche zugangsberechtigten Bewerber sich immatrikulieren dürfen.<sup>17</sup> Das Urteil betrifft im Wesentlichen Fragen des Zulassungsrechts. Indem nun aber auch im Rahmen der Verteilung Aspekte der Eignung eine Rolle spielen sollen (siehe III.), verschwimmt die Grenze zum Zugangsrecht. Entscheidend ist, dass das Qualifikationsrecht nach wie vor die Bedingungen festlegt, unter denen die *generelle Eignung* zum Studium im Sinne der Hochschulzugangsberechtigung ausgestellt wird, während das Verteilungsrecht an der Eignung für ein *spezifisches Studienfach*

anknüpft. Weiterhin bezieht sich die Entscheidung lediglich auf das sog. innerkapazitäre Hochschulzulassungsrecht, also die Verteilung der Studienplätze im Rahmen der ausgewiesenen Kapazitäten. Sie betrifft nicht das Kapazitätsrecht und dessen Überprüfung im Rahmen sog. außerkapazitärer Klageverfahren.<sup>18</sup>

### 2. Rechtsprechung und Kritik der Literatur

Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf eine Zulassungsbeschränkung nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter Erschöpfung der Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden. Die Auswahl muss auf Grundlage sachgerechter Kriterien erfolgen und jedem an sich hochschulreifen Bewerber zumindest eine Zulassungschance eröffnen. Dabei sind starre Grenzziehungen zu vermeiden.<sup>19</sup>

Diese Rechtsprechung wurde bislang überwiegend von Gerichten und Literatur so interpretiert, dass im Wesentlichen das Abitur über den Hochschulzugang entscheidet und dass sogar eine spezifische Eignung des Bewerbers diese Bindung an die Note nicht – bzw. im Auswahlverfahren der Hochschulen nur sehr eingeschränkt – überspielen kann. Die seit den 1970er Jahren eingetretenen Umfeldveränderungen des Hochschulzulassungsrechts, insbesondere der hochschulpolitischen Rahmenbedingungen, und die Ausweitung des Kreises der Hochschulzugangsberechtigten (siehe II.4.), haben allerdings vor allem in der rechtswissenschaftlichen Literatur Zweifel an der bisherigen Konzeption wachsen lassen:<sup>20</sup>

Dies betrifft zum einen die Frage, ob der Hochschulzugangsberechtigung, regelmäßig dem Abitur, eine „Türöffner-Funktion“ für die Hochschule zukommen muss. Hier wurden vermehrt Stimmen laut, die für eine neben dem Abitur stehende Studieneignungsfeststellung durch die Hochschulen plädieren,<sup>21</sup> teilweise auch als „neues Hochschulzulassungsrecht“ bezeichnet.<sup>22</sup> Es wurde argumentiert, dass die Vergleichbarkeit der Hochschulzugangsberechtigungen schon aufgrund der Vielgestaltigkeit der Bildungswege, die den Hochschulzugang eröffnen, nicht vorliege. Die notwendige „Wissenschaftlichkeit der Hochschulbildung“ erfordere, dass Hochschulen

16 Bode (Fn. 3), 349 ff.

17 Vgl. J. F. Lindner, in: M. Hartmer/H. Detmer, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, 11 Rn. 1 ff.; A. Pautsch/A. Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, B Rn. 80 ff.

18 R. Brehm/W. Zimmerling, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts seit 2008, NVwZ-Extra 2014, 1 (1 ff.).

19 BVerfGE 33, 303 (337 ff.); 40, 352 (354 ff.); 42, 291 (317, 323, 345, 364); 59, 172 (205 ff.).

20 M.w.N. M. Bode, in: M.-E. Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1, 2017, HRG, § 32 Rn. 13 ff., 45 ff.

21 K. Hailbronner, Kompetenzen des Bundes zur Regelung des Hoch-

schulzugangs, WissR 1994, 1 (11 ff.); ders., Hochschulzugang, zentrale Studienplatzvergabe und Hochschulauswahlverfahren, WissR 2002, 209 (215 ff.); R. Steinberg/H. Müller, Art. 12 GG, Numerus Clausus und die neue Hochschule, NVwZ 2006, 1113 (1113 f.); H. Datzler, Diversifizierung beim Hochschulzugang, in: M. Fehling/J. A. Kämmerer/K. Schmidt, Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, 2005, S. 99 (100 ff.). Vgl. W. Löwer, Aktuelle Probleme einer Neuregelung des Hochschulzugangs, in: M. Winkler, FS E.-J. Meusel, 1997, S. 175 (191 ff.); T. Mann, in: M. Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 176.

22 P. Hauck-Scholz/B. Brauhardt, Verfassungsrechtliche Aspekte der neuen Studienplatzvergabe, WissR 2008, 307 (322).

geeignete Bewerber für ihre Studiengänge (mit-)aussuchen.<sup>23</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass eine punktuelle Aufnahmeprüfung die Eignung eines Bewerbers kaum repräsentativ widerspiegeln könne. Art. 12 Abs. 1 GG schütze gerade die Freiheit des grundsätzlich Zugangsberechtigten von der Schule zur Ausbildungsstelle.<sup>24</sup> Auch die Kultusministerkonferenz (KMK) hielt am „Konzept der allgemeinen Hochschulreife als schulischer Abschlussqualifikation zur Zugangsberechtigung für alle Studiengänge“ fest.<sup>25</sup>

### 3. Bisherige Ausgestaltung des Verfahrens

Die Verteilung der Studienplätze im sog. Zentralen Verfahren beruht auf den §§ 31 ff. HRG und dem von allen Bundesländern umgesetzten Staatsvertrag. Zunächst bildet die Stiftung für Hochschulzulassung sog. Vorabquoten, etwa für Bewerber, die aufgrund besonderer individueller Härte sofort studieren müssen oder für Sanitäts-offiziersanwärter der Bundeswehr. Die verbleibenden Studienplätze werden zu 20 Prozent an die sog. Abiturbesten vergeben.<sup>26</sup> Der Mehrheit der Bewerber sollte das Auswahlverfahren der Hochschulen im Umfang von 60 Prozent eine Zulassungschance eröffnen, in dem die Hochschulen eigene Kriterien aus einem vorgegebenen Katalog auswählen konnten; hierbei musste die Note der Hochschulzugangsberechtigung allerdings „maßgeblichen Einfluss“ – je nach landesrechtlicher Umsetzung also das absolut oder relativ stärkste Gewicht – zukommen. 20 Prozent der Plätze erhalten diejenigen, die die längste Wartezeit aufweisen.<sup>27</sup>

Soweit das bisherige Zulassungssystem als Zulassungskriterium auf die Note der Hochschulzugangsberechtigung zurückgreift, wendet es zwei unterschiedliche Methoden an: Im Auswahlverfahren der Hochschulen gilt die „nominale“, also ausgewiesene Note, die – je nach Ausgestaltung – mit weiteren Kriterien seitens der Hochschule verrechnet wird und in der Bildung einer Rangliste aller Bewerber mündet. In der Abiturbestenquote wird die Note zwar ebenfalls „nominal“ berück-

sichtigt; durch einen Kunstgriff wird jedoch sichergestellt, dass nur Bewerber eines Bundeslandes miteinander in Konkurrenz treten. Hierzu werden sog. Landesquoten gebildet. Auf der Landesquote stehen nur Bewerber, die in dem jeweiligen Bundesland ihre Hochschulzugangsberechtigung erworben haben. Diesen Bewerbern steht freilich nur ein gewisser Anteil aller Plätze zur Verfügung, der jedoch über alle Länder und alle Hochschulstandorte verteilt wird. Diese Verteilung ist „von außen“ kaum erkennbar und beruht auf einer komplizierten Berechnung.<sup>28</sup>

### 4. Statistik: Zunahme der Hochschulzugangsberechtigten und Auswahlgrenzen

War Anfang der 1970er Jahre in den Gremien der KMK noch davon ausgegangen worden, dass die Zahl der Studierenden nur leicht ansteigen würde, nahm die Zahl derjenigen, die mit Abitur und Fachoberschulreife ein Studium antraten, in den folgenden Jahrzehnten stark zu.<sup>29</sup> Zudem vergrößerte sich auch der Anteil der Hochschulzugangsberechtigten stetig: Während 2008 rund 43 Prozent der 25- bis 30-jährigen eine allgemeine oder fachgebundene Hochschulzugangsberechtigung aufwiesen, betrug der entsprechende Anteil unter den 60- bis 65-jährigen nur 19 Prozent.<sup>30</sup> Rund 25 Prozent aller Abiturienten erwarben im Schuljahr 2009/2010 ihre Hochschulreife nicht mehr an einem allgemeinbildenden Gymnasium, sondern etwa an beruflichen Gymnasien oder integrierten Gesamtschulen.<sup>31</sup>

Zum Wintersemester 2016/2017 konnten in der Humanmedizin über die Abiturbestenquote nur noch Bewerber einen Studienplatz erhalten, die – je nach Bundesland, in dem sie ihre Hochschulzugangsberechtigung erworben hatten – Noten zwischen 1,0 und 1,2 aufwiesen. Im Auswahlverfahren der Hochschulen verlief die tatsächliche Auswahlgrenze allerdings an acht von den 35 Medizin-führenden Hochschulen bei 2,0 oder schwächer, wobei die niedrigsten Auswahlgrenzen bei 2,4, 2,5 und 2,8 lagen. Diese Bewerber hatten neben der Hoch-

23 K. Hailbronner, Verfassungsrechtliche Fragen des Hochschulzugangs, *WissR* 1996, 1 (23 ff.); vgl. P. Dallinger Neuordnung des Hochschulzugangs, *WissR* 1998, 127 (138 f.).

24 Löwer (Fn. 21), S. 197; I. Richter, Ausbildung und Arbeit, in: *JZ* 1981, 176 (180).

25 KMK-Beschl. v. 30.11./1.12.1995.

26 Dies war vom Gesetzgeber weniger als Zulassungsoption für das Gros der Bewerber konzipiert worden, sondern als Art Privileg für die nach Abiturnote leistungsstärksten Bewerber.

27 Bemessen wird die Wartezeit nach den Halbjahren, die seit Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung vergangen sind. In dieser Zeit darf allerdings nicht an deutschen Hochschulen studiert werden. Sog. Parkstudienreglung, vgl. BVerfGE 43, 291 (378 ff.).

28 Der Anteil eines Landes an den Studienplätzen bemisst sich nach

einem landesspezifischen Quotienten. Dieser richtet sich gem. Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StV 2008 zu einem Drittel nach dem Anteil des Landes an der Gesamtzahl der Bewerber für den betreffenden Studiengang (Bewerberanteil) und zu zwei Dritteln nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Achtzehn- bis unter Einundzwanzigjährigen (Bevölkerungsanteil); für die Länder Berlin, Bremen und Hamburg werden die sich danach ergebenden Quoten um drei Zehntel erhöht.

29 Bahro/Becker/Hitpass (Fn. 10), S. 20 ff.

30 O. Köller, Abitur und Studierfähigkeit, in: J. Asdonk/S. U. Kuhnen/P. Bornkessel, Von der Schule zur Hochschule, 2013, S. 25 (25 f.).

31 Köller (Fn. 30), S. 26; ders., Wege zur Hochschulreife und Sicherung von Standards, in: D. Bosse, Standardisierung in der gymnasialen Oberstufe, 2013, S. 15 (16).

schulzugangsberechtigung noch weitere der von den Hochschulen erwünschten Kriterien nachgewiesen. In der Wartezeitquote lag die Zulassungsgrenze bei 14 Halbjahren,<sup>32</sup> also sieben Jahren Wartezeit. Dafür hatten die Bewerber faktisch die Garantie auf eine Zulassung.

Das Urteil des BVerfG nennt lediglich die Auswahlgrenzen in der Abiturbesten- und der Wartezeitquote, die moderateren Grenzen des Auswahlverfahrens der Hochschulen ließ es bemerkenswerterweise unerwähnt; infolgedessen konzentrierte sich auch die mediale Berichterstattung nur auf diese Auswahlgrenzen – die durchaus bewerberfreundlicheren Auswahlverfahren der Hochschulen und die Zulassungsgarantie spielten keine Rolle.

### 5. Ausgangsverfahren

Die beiden Kläger des Ausgangsverfahrens konnten mit den Noten der Hochschulzugangsberechtigung von 2,0 und 2,6 sowie jeweils einer Berufsausbildung erst nach sieben Jahren den erwünschten Studienplatz erhalten.<sup>33</sup> Während dieser Wartezeit erhoben sie Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht. Nachdem das OVG NRW eine Änderung des Verfahrens im Eilrechtsschutz abgelehnt hatte, strengte das VG Gelsenkirchen eine konkrete Normkontrolle nach Art. 100 GG an, über die das BVerfG am 19. Dezember 2017 entschieden hat.<sup>34</sup>

## III. Vom „Abitur“ zum „Aditur“: Anerkennung veränderter Realitäten und Ausdifferenzierung der Auswahlverfahren

### 1. Ausgangspunkt der gerichtlichen Erwägungen

Das bisherige Zulassungsverfahren ist vor dem Hintergrund der tatsächlichen Entwicklungen „aus den Fugen geraten“: die Abiturbestenquote erfüllte ihren Zweck nur bedingt – denn in fast allen Bundesländern lag die Zahl der Bewerber mit 1,0 höher als die Zahl der zur Verfügung stehenden Plätze, so dass im Ergebnis die nachrangigen Kriterien entschieden, wer zugelassen wurde.<sup>35</sup> Im Auswahlverfahren der Hochschulen war durch die landesrechtlich unterschiedlich interpretierte Maßgabe des „maßgeblichen Einflusses“ der Abiturnote ein Teil der Bewerber im Ergebnis recht stark an die Abiturnote

gebunden,<sup>36</sup> soweit nicht wenige Hochschulen sogar gänzlich auf die Heranziehung eines weiteren Auswahlkriteriums verzichteten. In der Wartezeitquote schließlich vertrauten einige Bewerber auf ihre Zulassungsgarantie – nur bewarb sich stets auch eine unvorhersehbar große Anzahl von Konkurrenten, so dass manch ein Bewerber der Auswahlgrenze „hinterherwartete“. Vor allem aber stand der gestiegenen Zahl an Bewerbern eine gleichbleibende Menge an Studienplätzen gegenüber.

Vor diesem Hintergrund fordert das BVerfG eine Korrektur der Hochschulzulassung. Ein solcher Fingerzeig war im Ergebnis wohl auch nur durch das Gericht selbst möglich, da sich die Staatsverwaltung der schulischen Hochschulzugangsberechtigung traditionell einen hohen Stellenwert beimaß,<sup>37</sup> dessen Preisgabe rechtlich risikoreich und politisch wohl unerwünscht gewesen wäre.

### 2. Eignungsorientierung des Auswahlverfahrens

Das Gericht stellt klar, dass die Vergabe der Studienplätze „im Falle der Knappheit nach Regeln erfolgen“ müsse, „die sich grundsätzlich an dem Kriterium der Eignung orientieren.“ Damit etabliert das Gericht Eignung als neues Richtmaß des Zulassungsrechts. „Die für die Verteilung relevante Eignung bemisst sich [...] an den Erfordernissen des konkreten Studienfachs und den sich typischerweise anschließenden beruflichen Tätigkeiten.“ Eine danach „differenzierende Kriterienbildung“ sei „verfassungsrechtlich geboten, wenn sich nur so das konkret erforderliche Eignungsprofil hinreichend abbilden“ lasse. Dies nimmt das Gericht für die Medizin offenbar an, denn es fährt fort: „Dafür müssen auch praktische und sozial-kommunikative Fähigkeiten sowie bereits in medizinischen Berufen erworbene Qualifikationen eine Rolle spielen.“ Hier stellt sich – so wünschenswert ein sozial-kommunikativer Arzt sein mag – die Frage, mit welcher Berechtigung das Gericht hier in das Ausbildungsziel der Humanmedizin eingreift.<sup>38</sup> Sollten so also über Jahrzehnte die falschen Ärzte ausgebildet worden sein?

Die bisher im Auswahlverfahren angewandten Auswahlkriterien (Gesamtnote der Hochschulzugangsbere-

32 Als nachrangiges Kriterium war mindestens eine Note von 2,9 erforderlich; mit der Note 3,0 hätte die Wartezeit also bei 15 Halbjahren gelegen.

33 Eine Person bewarb sich nicht mehr weiter.

34 Vgl. M. Bode, Vorlagepflicht nach Art. 100 GG und vorläufiger Rechtsschutz, VerwArchiv 2016, 206 (206 ff.).

35 Vgl. „Abi mit 0,7 - aber keinen Studienplatz“, Süddeutsche Zeitung, 25.1.2011.

36 M.w.N. Bode (Fn. 20), § 32 Rn. 201.

37 Vgl. Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Reform des Hochschulzugangs, Drs. 5920/04, 30.1.2004, 39.

38 Gem. der insofern maßgeblichen Approbationsordnung ist das Ziel der ärztlichen Ausbildung „der wissenschaftlich und praktisch in der Medizin ausgebildete Arzt, der zur eigenverantwortlichen und selbständigen ärztlichen Berufsausübung, zur Weiterbildung und zu ständiger Fortbildung befähigt ist“. Immerhin nachgeordnet soll die Ausbildung „auch Gesichtspunkte ärztlicher Gesprächsführung“ umfassen, vgl. § 1 Abs. 1 ÄApprO.

rechtigung, gewichtete Einzelnoten, fachspezifische Studierfähigkeitstests, fachnahe Ausbildungen und Auswahlgespräche) sind aus Sicht des Gerichts „je für sich als Indikatoren für eine an der Eignung orientierte Auswahl von Verfassungen wegen vom Grundsatz her nicht zu beanstanden“. Dies gilt insbesondere auch für die Gesamtnote der Hochschulzugangsberechtigung, die als valider Prädiktor des Studienerfolges anerkannt wird,<sup>39</sup> allerdings „bereinigt“ werden muss (siehe III.). Im Bereich der medizinischen Studiengänge besteht bereits eine Reihe von eignungsdiagnostischen Verfahren. So werden Tests angeboten, in denen neben praktischen Fähigkeiten auch berufsbezogene Kenntnisse abgefragt werden.<sup>40</sup> Dem Umstand, dass hier – insbesondere auch in Bezug auf andere örtlich zulassungsbeschränkte Studiengänge – noch einiges unerforscht ist, trägt das Gericht Rechnung, und erlegt dem Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht auf.

Indem das Gericht die Orientierung an der Eignung betont, verabschiedet es sich impliziert von der Wertung, dass allein die Hochschulzugangsberechtigung selbst einen unmittelbaren Anspruch auf Aufnahme des Studiums begründe. Ein solcher Anspruch unterliegt bei vorliegender Zulassungsbeschränkung nur noch der Eignung, die ihrerseits zwar die Hochschulzugangsberechtigung voraussetzt, aber eben mehr erfordern kann als diese. Über die Aufnahme des Studiums entscheidet weniger die „abgebende Stelle“ im Rahmen des „Abiturs“ als vielmehr die aufnehmende Hochschule; es wird also eine Art „Aditur“ erteilt.

### 3. Gleichmäßige Gewichtung der Auswahlkriterien

Die „Öffnung des Auswahlverfahrens“ für die Einbeziehung weiterer Kriterien liegt nach Ansicht des BVerfG „nicht allein in der freien Entscheidung des Gesetzgebers, sondern ist zur Gewährleistung einer gleichheitsgerechten Zulassung zum Studium in gewissem Umfang auch verfassungsrechtlich geboten.“ Hier nimmt das Gericht die zentrale Aussage der zweiten Numerus clausus-Entscheidung wieder auf, nach welcher der Grundsatz der Chancengleichheit gebietet, „den prinzipiellen Ausschluss ganzer Gruppen geeigneter Bewerber durch starre Grenzziehungen zu vermeiden sowie für angemessene Ausweich-

möglichkeiten Sorge zu tragen“. Die Note allein darf nicht das Gros der hochschulzugangsberechtigten Bewerber vom Studium ausschließen.

Ein Kriterium, das „keine hinreichend tragfähigen Vorhersagen zulässt oder das nur Teilaspekte der in einem Studienfach relevanten Anforderungen abbildet“, dürfe „nicht als einziges Auswahlkriterium“ vorgesehen werden, „weil es sonst diese Schwächen bei der Auswahl verabsolutierte“. Schwächen eines Kriteriums kann der Gesetzgeber dadurch ausgleichen, dass er zusätzlich ein anderes Kriterium heranzieht, das ebenfalls auf die Eignung hinweist.“ Die herangezogenen Kriterien „müssen aber in ihrer Gesamtheit Gewähr für eine hinreichende Vorhersagekraft bieten.“

Zwar habe der Gesetzgeber bei der Bestimmung der für die Auswahl maßgeblichen Kriterien „einen sehr weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum“. In Bezug auf die Gewichtung der Auswahlkriterien sei aber sicherzustellen, dass „die Gesamtsicht der Eignungskriterien hinreichend breit angelegt ist“: Um der begrenzten Aussagekraft der jeweiligen Auswahlkriterien zu begegnen, muss also eine Vielfalt von Kriterien angewandt werden. Diese dürfen weder ausschließlich noch größtenteils schulnotenbasiert sein. Es sei dem Gesetzgeber selbst überlassen, ob er das Verfahren – wie gegenwärtig – in zentrale und dezentrale Teile aufgliedert und in welchen Quoten er welche Kombinationen vorsieht. Die Feinjustierung, etwa die Auswahl der konkreten Kriterien aus dem vorzugebenden Katalog, obliegt – „auch in Anknüpfung an von ihnen verantwortete Profilbildungen des Studiums (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG)“ – den Hochschulen.

Eine Beschränkung auf sechs Wünsche im Auswahlverfahren der Hochschulen sei verfassungsrechtlich hinzunehmen, da „sie durch die Dezentralität im derzeitigen System bezweckte Mehrgleisigkeit [...] die Hochschulen vor erhebliche Herausforderungen“ stelle.<sup>41</sup> Allerdings sei es „verfassungsrechtlich geboten [...], dass bei Gesamtsicht nur ein hinreichend begrenzter Anteil der Studienplätze jeder Hochschule von einem hohen Grad der Ortspräferenz abhängt.“ Auch bei aufwendigen Auswahlmechanismen darf der Grad der Ortspräferenz nur auf einen Teil der jeweils zu vergebenden Studienplätze angewandt werden.

39 Vgl. hierzu G. Kadmon/F. Resch/R. Duelli/M. Kadmon, Der Vorhersagewert der Abiturdurchschnittsnote und die Prognose der unterschiedlichen Zulassungsquoten für Studienleistung und -kontinuität im Studiengang Humanmedizin, GMS Zeitschrift für Medizinische Ausbildung 2014, 1 (1 ff.); Köller (Fn. 30), S. 44

m.w.N.; S. Gentsch, Richtig ausgewählt? 2009, S. 75 ff.

40 Zu nennen sind etwa der TMS, der HAM Nat und der Studierfähigkeitstest der Uni Münster.

41 Unzulässig sei die Beschränkung allerdings in der Abiturbesten- und in der Wartezeitquote.

#### 4. Wesentlichkeitstheorie und Ausgestaltungsbefugnis der Hochschulen

Mit der Entscheidung schrieb das Gericht auch die von ihm maßgeblich geprägte Wesentlichkeitstheorie fort,<sup>42</sup> nach der wesentliche, grundrechtsrelevante Fragen nur vom parlamentarischen Gesetzgeber in Gesetzesform getroffen werden dürfen.<sup>43</sup>

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts verlange, „gesetzliche Sicherungen dafür, dass die Hochschulen Eignungsprüfungen in standardisierten und strukturierten Verfahren“ durchführen. Dabei genüge es, „wenn der Gesetzgeber die Hochschulen zu einer transparenten eigenen Standardisierung und Strukturierung verpflichtet, auch um der Gefahr diskriminierender Anwendung vorzubeugen“.

Neu ist, dass das Gericht ausdrücklich anerkennt, dass der Gesetzgeber den Hochschulen „gewisse Spielräume für die Konkretisierung der gesetzlich der Art nach festgelegten Kriterien“ zur Beurteilung der Eignung einräumen dürfe.<sup>44</sup> „Den Hochschulen steht nach Art. 5 Abs. 3 GG das Recht zu, ihren Studiengang nach eigenen wissenschaftlichen Kriterien zu prägen und dabei eigene Schwerpunkte zu setzen.“ Diese Konkretisierungsbefugnis schlage sich in den Ausgestaltungsmöglichkeiten hochschuleigener Eignungsprüfungen nieder. Die Eignung sei allerdings „auch im Lichte der fachlichen Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung unter Einbeziehung hochschulspezifischer Profilbildungen“ zu beurteilen.

#### 5. Abkehr von der Wartezeit

Die Bildung einer Wartezeitquote ist nach dem BVerfG „an sich verfassungsrechtlich zulässig“, jedoch nicht „verfassungsrechtlich geboten“. Sie sei geeignet, Schwächen der in anderen Quoten verwendeten Eignungskriterien abzumildern. Da sich die Quote aber negativ auf die Zulassungschancen „besser qualifizierter Bewerber in den anderen Quoten“ auswirke, sei sie höchstens bis zum Anteil von 20 Prozent der Plätze in den Hauptquoten verfassungsgemäß.

In ihrer derzeitigen Ausgestaltung genüge die Wartezeit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Sie könne ihre Funktion nur erfüllen, wenn sie „nicht übermäßig lange“ dauert und sei auf maximal 7 Halbjahre zu begrenzen. Entsprechende Limitierungen existieren etwa in Bremen, Schleswig-Holstein und Hamburg.<sup>45</sup> Diese Regelungen führen freilich nicht zu einer Verkürzung der Wartezeit, da die Kapazität, also die Zahl der Plätze, konstant bleibt; vielmehr verlagern sie die Auswahlentscheidung auf die nachrangigen Kriterien. Dies bewirkt lediglich, dass zwischen Personen, die die Kappungsgrenze überschritten haben, nicht mehr entscheidet, wer die längere Wartezeit aufweist, sondern dass nachrangig auf die Qualifikation, dann auf Dienst und Los abgestellt wird.<sup>46</sup> Dies wirft die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Quote auf, die je nach Ausgestaltung entweder dauerhaft ausschließend wirken oder sich als eine Art qualifizierte Losquote entpuppen könnte.

Bislang hatten Bewerber faktisch eine Zulassungsgarantie. Zwar begründete das BVerfG nie ausdrücklich das Erfordernis einer solchen Gewähr; vielmehr hatte es bereits früh darauf hingewiesen, dass Teilhaberechte „unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen“ stehen, „was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann,“ und betonte in der zweiten Numerus clausus-Entscheidung 1977, „schon begrifflich“ schließe „die Einräumung von Chancen das Risiko des Fehlschlages ein“.<sup>47</sup> Dennoch wies das Verfahren in der Praxis keine endgültige Ausschlussmöglichkeit auf, so dass spätestens über die Wartezeit eine Zulassung erfolgen konnte.<sup>48</sup> Eine Regelung des besonderen Auswahlverfahrens, die einen entsprechenden Ausschluss zur Folge gehabt hätte, wurde abgeschafft, bevor sie erstmals hätte angewandt werden müssen.

In Bezug auf die Möglichkeit eines Verfahrensausschlusses wird das BVerfG nun deutlicher: Das Teilhaberecht reiche „nicht so weit, dass jeder und jede Hochschulzugangsberechtigte – unabhängig vom Ergebnis der schulischen Leistungen und der sonstigen fachspezifischen Qualifikation – beanspruchen könn-

42 Vgl. statt vieler BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (248 f.); 134, 141 (184); 141, 143 (170).

43 Bereits in der ersten Numerus clausus-Entscheidung hatte das BVerfG ausgeführt, dass es „wegen der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung“ Aufgabe des Gesetzgebers sei, „die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festzulegen.“ BVerfGE 33, 303 (345). *F. Ossenbühl*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 14 ff.

44 Dies rechtfertige sich „durch den direkten Erfahrungsbezug der Hochschulen und die grundrechtlich geschützte Freiheit

von Forschung und Lehre, was die eigene Schwerpunktsetzung einschließt und damit auch eine Profilbildung ermöglicht“.

45 Maximal acht Semester Wartezeit: § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BremHZG; § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HZG S-H. Bis zu zehn Halbjahre: § 10 Abs. 5 Universitäts-Zulassungssatzung Uni HH.

46 Bode (Fn. 12), § 11 Rn. 16.

47 BVerfGE 33, 303 (333); *Depenheuer* (Fn. 6), § 269 Rn. 9, 48.

48 Eine Ausnahme kann in Bezug auf die Angehörigen bestimmter Vorabquoten gelten, etwa die Zweitstudienbewerber, für deren Zulassung die Wartezeit keine Rolle spielt. Vgl. Bode (Fn. 20), § 32 Rn. 133 ff., 187 ff.

te, die Zulassung zu dem gewählten Studium tatsächlich eines Tages zu erhalten“. In Fächern, „in denen die Anzahl an Bewerbungen das Angebot an Studienplätzen weit übersteigt, kann der Teilhabeanspruch die tatsächliche Studienzulassung von vornherein nicht garantieren“. Bei der Vergabe knapper unteilbarer Güter könne „jedes Auswahlssystem – wie immer es ausgestaltet ist – nur einem Teil der Bewerberinnen und Bewerber reale Aussichten eröffnen“.

„Nicht jeder grundsätzlich hochschulreife Bewerber“ müsse „den Anspruch auf Zulassung zu seinem Wunschstudium im Ergebnis tatsächlich realisieren können.“ Die Kehrseite der Aufhebung der Zulassungsgarantie ist freilich, dass das Verfahren „harte Kanten“ aufweist und einen Teil der Bewerber endgültig oder zumindest dauerhaft vom gewünschten Studium ausschließen wird. Das „Risiko des Fehlschlags“ wirft damit die nicht ganz so einfach zu beantwortende Frage auf, wer und wann unter welchen Bedingungen darüber entscheiden darf, dass ein Bewerber dauerhaft von seinem Wunschstudium ausgeschlossen sein soll.<sup>49</sup>

#### 6. Ablehnung der Drohung mit dem originären Teilhaberecht

Auch in anderen Punkten schafft das Gericht beachtliche Klarheit – und distanziert sich mit feinem Florett von bisherigen Ansätzen. Dies betrifft zum einen die Klassifizierung der Teilhaberechte. Noch 1972 hatte das BVerfG entschieden, dass das Freiheitsrecht „ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos“ wäre.<sup>50</sup> Neben der abwehrrechtlichen Komponente kommt der Berufsfreiheit also auch eine leistungsrechtliche Funktion zu. Soweit sich dieser Anspruch auf bereits bestehende Studienplatzkontingente bezieht, entwickelten sich diese Ausführungen des Gerichts zum Schulbeispiel für ein derivatives Teilhaberecht und für einen Eingriff durch die Verletzung von Leistungspflichten.<sup>51</sup>

Deutlich mehr Brisanz lag in der Andeutung des Gerichts, ob neben dem derivativen Recht auf Teilhabe an den bestehenden Kapazitäten sogar ein Anspruch auf Schaffung weiterer Kapazitäten, also ein originäres oder absolutes Teilhaberecht, folgen könne. Es „ließe sich fragen, ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen

und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen folgt.“ Dieser käme jedoch erst „bei evidenter Verletzung jenes Verfassungsauftrages in Betracht“ und sei damals nicht feststellbar gewesen.<sup>52</sup>

Die Diskussion über originäre oder absolute Leistungsrechte war in den 1970er Jahren – nicht zuletzt in Wechselwirkung mit den gesellschaftlichen Begleitumständen – en vogue.<sup>53</sup> In grundrechtsdogmatischer Hinsicht begegnet diese Rechtsfigur zumindest im Bereich des Art. 12 GG jedoch schwerwiegenden Bedenken und wurde in der Literatur mehrheitlich abgelehnt. Die Aufgabe der Ausgestaltung der sozialen und wirtschaftlichen Fürsorge obliegt primär dem legitimierten Gesetzgeber.<sup>54</sup>

Von der Idee des originären Leistungsrechts distanziert sich das BVerfG nun deutlich und führt aus, das Teilhaberecht reiche „nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, welcher der jeweiligen Nachfrage gerecht wird.“ Die Bemessung der Ausbildungskapazitäten obliege der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.

### IV. Utopie der Gleichheit: Erfordernis einer Bereinigung der Hochschulzugangsberechtigungen

#### 1. Kernaussage

Überraschender und von ihrer Bedeutung her tiefgreifender als die übrigen Aussagen der Entscheidung sind die Passagen zum Erfordernis der Umrechnung der Abiturnoten, soweit diese im Rahmen der Auswahl oder der Vorauswahl, herangezogen werden: „Mit dem Recht auf gleiche Teilhabe“ sei es „nicht vereinbar“, dass der Gesetzgeber „im Auswahlverfahren der Hochschulen eine Berücksichtigung von Abiturnoten vorsieht, ohne zumindest deren annähernde länderübergreifende Vergleichbarkeit – gegebenenfalls durch Ausgleichsmechanismen – sicherzustellen.“ Anders als in der Abiturbestenquote sind im Auswahlverfahren der Hochschulen keine Länderquoten vorgesehen, berücksichtigt wird allein die von der Schule ausgestellt nominelle Note (siehe II.3). Durch diese Gleichbehandlung der Noten

49 Vgl. hierzu grds. *H. Bethge*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 203.

50 BVerfGE 33, 303 (330 f.).

51 Vgl. *F. Hufen*, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 14. Die Besonderheit des derivativen Teilhabeanspruchs ist vor allem darin zu sehen, dass der Zulassungsanspruch unabhängig von der relativen Stellung des Klägers im Vergleich zu anderen Bewerbern durchsetzbar ist. BVerfGE 39, 258 (270).

52 BVerfGE 33, 303 (333).

53 1971 hatte sich auch die Staatsrechtslehrertagung mit der Frage befasst. *D. Schimanke*, BVerfG und numerus clausus, JR 1973, 45 (46); *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 173 f.

54 M.w.N. *Heinig* (Fn. 53), S. 374 ff.; *H. Dreier*, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung 2003, 105 (115 f.); *R. Breuer*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 106.

werden aus Sicht des BVerfG „erhebliche Ungleichheiten hingenommen“. Denn „nach dem derzeitigen Stand der Entwicklung der Abiturnoten können die Hochschulzugangsberechtigungen der Länder nicht als aus sich selbst heraus hinreichend vergleichbar angesehen werden.“

Diese Aussage knüpft an eine traditionsreiche, auch identitätspolitisch aufgeladene Diskussion über „Gleichheit im Bundesstaat“ an.<sup>55</sup> In bildungspolitischer Hinsicht steht dahinter die Frage, in welchem Umfang die Abiturnote überhaupt als Prädiktor für Studienerfolg nutzbar ist (siehe II.). Zudem geht es um Leistungsunterschiede zwischen unterschiedlichen Bundesländern ebenso wie zwischen verschiedenen Schulformen, etwa schulischen und beruflichen Gymnasien. In rechtsdogmatischer Hinsicht ist fraglich, in welchem Umfang die unitarisierende Wirkung von Bundesgrundrechten in die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern hineinwirken darf. Besteht außerhalb des ausstellenden Bundeslandes eine Verpflichtung zur Umrechnung bzw. Anpassung von Noten, so hat dies faktisch deutliche Auswirkungen auf die Bildungshoheit der Länder.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu untersuchen, womit das BVerfG einen Gleichheitsverstoß begründet (2.). Sodann ist auf den Stand der empirischen Bildungswissenschaft einzugehen (3.) und die Forderung auf „Bereinigung“ der Schulnoten näher zu analysieren (4.).

## 2. Die „drei Säulen“ der Unvergleichbarkeit

Worauf stützt das Gericht diese in ihrer Aussage gewichtige These der Unvergleichbarkeit? Die erste „Säule“ sind Bewertungen Dritter, etwa des Gesetzgebers selbst sowie des Wissenschaftsrates. So folge aus der ununterbrochenen Anwendung der 1976 als Übergangslösung konzipierten Abiturbestenquote, dass der Gesetzgeber selbst bislang nicht davon ausgehe, „die Noten der Hochschulzugangsberechtigung seien vergleichbar“. Dem widerspricht jedoch bereits der Vortrag der Länder im Verfahren, vor allem aber auch der explizite Verzicht auf Landesquoten im Auswahlverfahren der Hochschulen.

In diesem Zusammenhang zitiert das Gericht unter anderem<sup>56</sup> die Empfehlungen des Wissenschaftsrates aus

dem Jahr 2004, die ohne weitere Nachweise feststellen: „Über diese engere Abstimmung von Schulausbildung und allgemeinen Anforderungen des Hochschulstudiums hinaus müssen Vergleichbarkeit und Transparenz der Durchschnittsnoten erheblich verbessert werden.“ Hierzu forderte der Wissenschaftsrat die „Standardisierung der schulfachlichen Angebotsstruktur“, eine klare Gewichtung der nachzuweisenden Wissensbestände sowie die Einführung von ländereinheitlichen Zentralabitur-Prüfungen.<sup>57</sup>

Das Gericht geht allerdings nicht darauf ein, dass die Kultusminister dieser Forderung bereits weitgehend nachgekommen sind. So haben sie in den vergangenen Jahren Maßnahmen veranlasst, um die Vergleichbarkeit der in der gymnasialen Oberstufe erworbenen Zeugnisse der Allgemeinen Hochschulreife zu sichern und auf die Vereinheitlichung der Prüfungsmaßstäbe hinzuwirken.<sup>58</sup> Die KMK novellierte im Dezember 2016 die Vereinbarung über die Abiturprüfung der gymnasialen Oberstufe und sieht darin unter anderem Normierungen für die Bearbeitungszeit der Aufgaben in der schriftlichen und der mündlichen Abiturprüfung vor.<sup>59</sup> Überdies wurde auf der Basis der Bildungsstandards für die Allgemeine Hochschulreife, die für die zentralen Fächer Deutsch, Mathematik und die fortgeführte Fremdsprache (Englisch/Französisch) vorliegen, ein gemeinsamer Abituraufgabenpool entwickelt. Dieser stand den Ländern erstmals in der Abiturprüfung 2017 zur Verfügung; spätestens für Schüler, die 2019 in die Qualifikationsphase eintreten, haben sich die Länder zu dessen Umsetzung verpflichtet.<sup>60</sup> Alle Länder haben diesem Pool Aufgaben entnommen. Die Aufgaben sollen sich normierend auf die Abituraufgaben in den übrigen Fächern wie auch auf die Klausuren in der Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe auswirken.<sup>61</sup>

Als zweite „Säule“ stützt sich das Gericht auf einen Vergleich der durchschnittlichen Länderabiturdurchschnitte. „Der Ländervergleich der Abiturergebnisse zeigte zuletzt eine Spanne des Notenmittels zwischen 2,16 und 2,59 und damit von 0,43 Notenstufen zwischen dem besten und dem schwächsten Landesschnitt“. Bei der Notenverteilung, die das Gericht unter Berufung auf

55 Vgl. m.w.N. S. *Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, 2005.

56 Weiterhin wird ein Protokoll des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technologiefolgenabschätzung aus dem Jahr 2004 zitiert. Hier taucht in der Tat im Vortrag einer Fraktion die Aussage auf, dass die Schulabschlussnoten „nur begrenzt vergleichbar“ seien. Eine valide Begründung fehlt allerdings. BT-Drs. 15/3475, 5, 11.

57 Wissenschaftsrat (Fn. 37), S. 40 f.

58 Vgl. O. Köller, Standardsetzung im Bildungssystem, in: H. Reinders, Empirische Bildungsforschung, Strukturen, 2. Aufl. 2015, S. 197 (198).

59 KMK-Beschl. v. 13.12.1973 i.d.F. v. 8.12.2016, verfügbar unter: [www.kmk.org](http://www.kmk.org).

60 Vgl. KMK-Beschl. v. 7.7.1972 i.d.F. v. 8.12.2016, verfügbar unter: [www.kmk.org](http://www.kmk.org). Vgl. auch M. Neumann/G. Nagy/U. Trautwein/O. Lüdtke, Vergleichbarkeit von Abiturleistungen, ZfE 2009, 691 (697).

61 Auch die Abschaffung des Kurssystems in bislang 11 Bundesländern und die Vorgabe konkreter Fächer anstatt der Wahlmöglichkeit von Kursen aus Fächergruppen sollen der besseren Vergleichbarkeit dienen. D. Bosse, Die gymnasiale Oberstufe unter Standardisierungsdruck, in: dies. (Fn. 31), S. 69 (75).

die Werte der KMK ausschließlich für den deutschen Bildungsraum untersucht, stellt es ebenfalls „erhebliche Unterschiede“ fest. „Die Anteile der Abiturnoten im Bereich zwischen 1,0 und 1,9 bewegten sich zwischen 38,8 % in Thüringen und 17,2 % in Niedersachsen [...]“. <sup>62</sup> Diese Unterschiede sind tatsächlich über die Jahre relativ konstant; sie besagen aber lediglich, dass Notenunterschiede bestehen, lassen jedoch keinen Rückschluss auf Leistungs- oder Bewertungsunterschiede zu.

So bleibt unklar, warum der Landesdurchschnitt der Hochschulzugangsberechtigungen bundesweit nahezu gleich sein sollte: Abweichende Werte deuten nicht zwangsläufig auf unterschiedliche Benotungspraktiken hin, sondern können auch aus verschiedenen schulpolitischen Grundentscheidungen resultieren, etwa der Durchlässigkeitsquote zum Abitur. Ein Blick auf die Bundesländer verdeutlicht hier tatsächlich Unterschiede. Während in Hamburg der Anteil der Absolventen von allgemeinbildenden und beruflichen Schulen, die eine allgemeine Hochschulreife erwarben, 2015 bei 57,7 Prozent lag, machte er in Bayern nur 31,6 Prozent aus. Der bundesweite Mittelwert lag bei 41,2 der Gesamtbevölkerung. <sup>63</sup> Es erscheint naheliegend, dass Personen, die mit spezieller Förderung zum Abitur begleitet werden und dieses unter Umständen knapp erreichen, den Schnitt des Landes eher absenken als wenn bereits auf dem Weg zum Abitur strengere Bewertungsmaßstäbe angelegt werden. <sup>64</sup>

Die „empirische[n] Studien“, die das Gericht – als dritte „Säule“ – heranzieht, beschränken sich auf einen Aufsatz aus dem Jahr 2009, der am Beispiel der Mathematik- und Englischleistungen Unterschiede in der Bewertung zwischen Abiturienten aus Hamburg und Baden-Württemberg untersucht hat. Er kommt zum Ergebnis, dass in Mathematik die Hamburger Abiturienten „bei vergleichbaren Leistungen [...] bessere Fachnoten“ erhielten, was auf eine unterschiedliche Beurteilung hinweist; im Fach Englisch ließen sich dagegen „keine Unterschiede in der Bewertungsstrenge“ feststellen. Zugleich zeigte die Studie auf, dass hinter den unterschiedlichen Noten – im Fach Mathematik – zwischen Hamburger und Baden-Württemberger Schülern derartig große Leistungsunterschiede lagen, dass eine „leistungsbezogene Vergleichbarkeit“ zulasten der Hamburger Schüler „kaum noch gegeben“ sei. <sup>65</sup> Mit anderen Wor-

ten: Soweit in Mathematik die wahren Leistungen gemessen würden, hätten Hamburger Schüler 2009 zu recht wesentlich schlechtere Karten bei der Hochschulzulassung gehabt als die Konkurrenten aus Baden-Württemberg, bei den Englischnoten allein wären die Chancen aufgrund etwa gleichwertiger Leistungen zu recht ungefähr gleich gewesen.

Zu ergänzen ist, dass diese Kritik auch mit der verstärkt in Breitenmedien aufgegriffenen Klage über vermeintliche Ungerechtigkeiten des Föderalismus einhergeht. So hatte Der Spiegel die Thematik Ende April 2017 in einem Leitartikel unter dem Titel „Glücksspiel Abitur, Deutschlands ungerechte Schulen“ aufgegriffen und war zu dem Ergebnis gekommen, das Abitur sei aufgrund seiner longitudinalen Ausrichtung „das beste Mittel“ zur Prognose der Studieneignung, „das wir haben“. Aufgrund seiner „undurchsichtigen Abiturpraxis“ aber eben „nicht gut genug“. Unter anderem hatte hier ein pensionierter Mathematiklehrer anhand des fiktiven Schülers „Paul“, der extrem positive Leistungen in Mathe und Deutsch, im Übrigen aber über mangelhafte Noten verfügte, nachzuweisen versucht, dass mit derselben Leistung in manchen Ländern nicht einmal eine Zulassung zum Abitur möglich war, in anderen ein Abitur mit Note „1“ vergeben wurde. <sup>66</sup> Diese hypothetische Überlegung übersieht allerdings sowohl die Beurteilungsspielräume der Lehrer als auch das Adaptionsvermögen der Schüler an die Regelungen, denen sie ausgesetzt sind.

Nach wie vor ist also offen, was konkret die Unvergleichbarkeit der Noten ausmacht. Zwar ist das BVerfG keine Tatsacheninstanz – diese Aufgabe fällt den Fachgerichten zu –, doch darf es gem. § 26 Abs. 1 BVerfGG den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis erheben. Angesichts der Tragweite seiner Entscheidungen ist es aber doch bedenklich, dass die Untersuchung der tatsächlichen Umstände, wie in der Literatur kritisiert wird, häufig „halbherzig und in kaum überzeugender Weise“ erfolgt. <sup>67</sup> Dies ist deshalb von Bedeutung, weil sich allein hieraus ergibt, wovon der Gesetzgeber künftig die Noten bereinigen soll.

### 3. Analyse der fehlenden Vergleichbarkeit in der Erziehungswissenschaft

Es stellt sich die Frage, ob sich aus den – seit der Entstehung des zitierten Aufsatzes – fortgeschrittenen Erkennt-

62 Vgl. KMK, Abiturnoten 2015 (Schuljahr 2014/2015), 9.12.2016, verfügbar unter: [www.kmk.org](http://www.kmk.org).

63 Statistische Veröffentlichungen der KMK, Dokumentation Nr. 211, Dez. 2016, S. 362, Tabelle C.III 1.3.2a.

64 Vgl. zur Heterogenität allein der Schülerschaft im Vergleich zwischen Hamburg und Baden-Württemberg U. Trautwein/O. Köller/R. Lehmann/O. Lüdtke, Öffnung von Bildungswegen,

erreichtes Leistungsniveau und Vergleichbarkeit von Abschlüssen, in: dies., Schulleistungen von Abiturienten, 2007, S. 11 (14 f.).

65 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 691, 707.

66 „Die Lotterie des Lebens“, Der Spiegel Nr. 18, 29.4.2017, S. 20 ff.

67 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate, in: H. Rensen/demselb., Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 1, 2009, S. 1 (26).

nissen der Erziehungswissenschaft Weiteres ergibt. Terminologisch sollte dabei zwischen Leistungs-, Noten- und Bewertungsunterschieden differenziert werden. Während Leistungsunterschiede „tatsächlich vorhandene und mit standardisierten Leistungstests erhobene Unterschiede in den Kompetenzen“ von Schülern bezeichnen, beziehen sich Notenunterschiede lediglich auf die Notenverteilung, ohne dass Leistungsunterschiede berücksichtigt werden. Demgegenüber beziehen sich Bewertungsunterschiede auf die unterschiedlichen Beurteilungen identischer Leistungen.<sup>68</sup> Die vom Gericht im Rahmen der ersten „Säule“ herangezogenen Quellen stellen pauschal auf eine nicht näher unterscheidbare Unvergleichbarkeit ab; mit dem zweiten Argumentationsstrang werden bloße Notenunterschiede nachgewiesen.

Aus Sicht der Erziehungswissenschaft lässt sich zunächst festhalten, dass für das Abitur bis zur Jahrtausendwende – dem Zeitpunkt der Etablierung Empirischer Bildungswissenschaft als eigene Disziplin<sup>69</sup> – kaum Untersuchungen existierten, „die verlässliche Schlüsse über länderübergreifende Leistungs- und Bewertungsunterschiede am Ende der gymnasialen Oberstufe“ gestatten.<sup>70</sup> Die – auch international – vergleichende Schulleistungsforschung bildet „den Ankerpunkt“ des neuen Zweiges der Bildungswissenschaft.<sup>71</sup> Für einzelne Fächer und einzelne Bundesländer liegen inzwischen Erkenntnisse aus Einzelstudien vor:

Tatsächlich zeigen die vorliegenden stichpunktartigen, auf wenige Länder und einzelne Studienfächer bezogenen Untersuchungen, dass „in unterschiedlichen Ländern und unterschiedlichen Schulformen mit substantiellen Leistungsdifferenzen zu rechnen“ sei. Bereits im Vorfeld der Gymnasialen Oberstufe, in der Sekundarstufe I, sind – auch länderübergreifend – erhebliche Unterschiede im Leistungsvermögen der Schüler erkennbar.<sup>72</sup> Während sich für die Fächer Mathematik und Physik auf Grundkursniveau „keine Unterschiede der Bewertungsstränge in Abhängigkeit von der Gebietszugehörigkeit“ feststellen ließen, fanden sich auf Leistungskursniveau „deutliche Hinweise auf unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe“, vor allem zwischen östlichen und

westlichen Bundesländern. Auch *innerhalb* der Länder ließen sich zwischen unterschiedlichen Oberstufenformen Leistungs- und – dies ist kritisch – auch Bewertungsunterschiede erkennen.<sup>73</sup> „Große Leistungsunterschiede“, die zu „auffallenden“ Bewertungsunterschieden führten, zeigten sich auch beim Vergleich der Mathematikleistungen zwischen Schülern an Oberstufen von Gesamtschulen und Gymnasien in Nordrhein-Westfalen. Ähnliche Befunde liegen für berufliche und allgemeinbildende Gymnasien vor.<sup>74</sup>

Während sich in Bezug auf die Leistungsfähigkeit der Schüler unterschiedlicher Bundesländer – mit aller gebotenen Vorsicht – sagen lässt, dass unterschiedliche Leistungsniveaus vorliegen, die zumindest teilweise mit unterschiedlichen Benotungen korrespondieren, ist eine Aussage zu unterschiedlichen Beurteilungen kaum möglich. Dies mag daran liegen, dass Schulnoten neben der Diagnosefunktion auch eine Anreiz- bzw. Motivationsfunktion zukommt; sie sollen neben der reinen Leistung auch „unterrichtsstützende Aspekte“, etwa die Anstrengungsbereitschaft, erfassen. Nicht zuletzt müssen sie sich auch nach der Vergleichskohorte richten.<sup>75</sup> Die hierbei heranzuziehenden Schüler sind regelmäßig die Mitschüler, nicht eine Art abstrakter bundesdurchschnittlicher „Musterschüler“. So ist etwa nachgewiesen, dass die gleiche Leistung eines Schülers in leistungsschwächeren Lerngruppen besser bewertet wird als in leistungsstarken Gemeinschaften.<sup>76</sup>

Ein „Patentrezept“ gegen diese Unterschiede hat die Wissenschaft bislang nicht. Stark vereinheitlichte Anforderungen – etwa im Sinne eines bundesweiten Zentralabiturs – können keine Einheitlichkeit der Maßstäbe gewährleisten. Zu berücksichtigen ist hier die Vielfalt der Bildungswege, die zum Abitur führen. So unterscheiden sich derzeit die Abituranforderungen für allgemein bildende und für berufliche Gymnasien, um der berufsfeldbezogenen Ausprägung der beruflichen Gymnasien Rechnung zu tragen.<sup>77</sup>

Aufgrund dieser Befunde war im wissenschaftlichen Fachdiskurs bereits früh die Forderung erhoben worden,

68 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 694.

69 „Das Verhältnis zwischen Empirischer Bildungsforschung und Bildungspolitik war bis Mitte der 1990er Jahre durch ein Auftragsverhältnis geprägt.“ E. Aljets, *Der Aufstieg der Empirischen Bildungsforschung*, 2015, S. 310.

70 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 696 f. Zur „empirischen Wende“, die seit den 1990er Jahren in der Erziehungswissenschaft einsetzt, vgl. Köller (Fn. 30), S. 27 ff, 32.

71 Aljets (Fn. 69), S. 311.

72 Vgl. Köller (Fn. 30), S. 26 f., 30.

73 R. Watermann/G. Nagy/O. Köller, *Mathematikleistungen in allgemein bildenden und beruflichen Gymnasien*, in: O. Köller/

R. Watermann/U. Trautwein/O. Lüdtke, *Wege zur Hochschulreife in Baden-Württemberg*, 2004, S. 205 (277).

74 O. Köller/J. Baumert/K. U. Schnabel, *Wege zur Hochschulreife*, ZfE 1999, 385 (415); Köller (Fn. 30), S. 39.

75 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), S. 693.

76 U. Trautwein/F. Baeriswyl, *Wenn leistungsstarke Klassenkameraden ein Nachteil sind*, Zeitschrift für Pädagogische Psychologie 2007, 119 (128).

77 Vgl. O. Köller/R. Watermann/U. Trautwein, *Transformation des Sekundarschulsystems in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Köller/Watermann/Trautwein/Lüdtke (Fn. 73), S. 13 (21).

dass neben der Note „auch die Eignung und Motivation“ des Bewerbers für den gewählten Studiengang zum Auswahlkriterium erhoben werden sollte, nachzuweisen etwa über einen fachspezifischen Studierfähigkeitstest.<sup>78</sup> So wird die bundesweite Vergleichbarkeit von einem globalen in ein lokales Problem transformiert. Zu bedenken ist freilich, dass dann die Vergleichbarkeit der verschiedenen Eignungstests zu gewährleisten ist.

Auch die vielfach angeführte und inzwischen landesweit etablierte Zentralprüfung ist nicht durchweg vorteilhaft. Zentrale Abiturprüfungen können zu unerwünschten Nebeneffekten führen, indem etwa gezielt auf das abgeprüfte Wissen „hingelernt“ wird und – pädagogisch wie auch inhaltlich wichtige – Nebengebiete oder aktuelle Bezüge außer Acht gelassen werden, sog. „Teaching-to-the-Test-Effekt“.<sup>79</sup> Weiterhin ist zu beachten, dass Tendenzen zur Vereinheitlichung ihrerseits bestimmte Schülergruppen benachteiligen, etwa solche, die sich besonders gut auf das Kurssystem einstellen können, das mit seiner wechselnden personellen Zusammensetzung die Flexibilität der Schüler förderte und gewissermaßen einen Vorgriff auf die Lernwelt der Hochschule bot.<sup>80</sup> Schüler, die bereits früh besondere Talente oder Neigungen in Fächern außerhalb des Kerncurriculums (Deutsch, Mathematik, Fremdsprache) entwickeln, werden in stark zentralisierten Systemen gegenüber der von 1972 bis 2012 gängigen gymnasialen Oberstufe mit Kurssystem benachteiligt.<sup>81</sup> So mögen Leistungen unter Umständen vergleichbarer werden, während die Aussagekraft in Bezug auf die Studieneignung jedoch abnimmt.

Letztlich erweist sich auch die Kompetenzorientierung des deutschen Bildungssystems als schwer zu kalkulierender Faktor. Bildungsstandards werden hier als sog. „Can-do-Statements“ bezeichnet und zielen darauf ab, Kompetenzen<sup>82</sup> zu vermitteln, etwa die Aussagen einfacher literarischer Texte verstehen oder in klar geschriebenen argumentativen Texten zu vertrauten Themen die wesentlichen Schlussfolgerungen erkennen. Dies setzt in aller Regel kommunikative sowie interkulturelle Fertigkeiten voraus. Die Messung dieser Kompe-

tenzen ist allerdings kompliziert: sie erfordert pro Teilkompetenz die Bildung einer Vielzahl psychometrisch hochwertiger Items sowie die Formulierung von Kompetenzstufen.<sup>83</sup> Vor allem aber sind Kompetenzen vielfältig und situativ, was ihre Vergleichbarkeit erschwert.<sup>84</sup>

Ein Grund für unterschiedliche Leistungsniveaus dürfte sich jedenfalls daraus ergeben, dass die seit den 1970er Jahren auch international vor dem Hintergrund des Übergangs von der Produktions- zur Dienstleistungsgesellschaft beförderte Öffnung der Bildungswege dazu führt, dass Bildungszertifikate, etwa das Abitur, durch Schulformen verliehen werden, die nicht dem traditionellen Gymnasium entsprechen können. Schulabschlüsse und Schulformen werden entkoppelt (sog. vertikale Öffnung des Schulsystems).<sup>85</sup> Es ist unrealistisch, in einem beruflichen Gymnasium<sup>86</sup> dieselben Bewertungsmaßstäbe anzulegen wie an einem schulischen, an einer Gesamtschule dieselben wie an einem Wirtschaftsgymnasium – und wäre für einen Teil der Schüler, die mit ihren Fähigkeiten unberücksichtigt bleiben, zudem seinerseits ungerecht.

Aus dem Forschungsstand der empirischen Erziehungswissenschaft ergibt sich also keine „einfache Lösung“, wie die Vergleichbarkeit von Noten, Leistungen und Bewertungen hergestellt werden könnte – oder auch nur, welche Form von Unterschied (Leistung, Note oder Beurteilung) auszugleichen wäre. Vielmehr wird ein Spannungsfeld deutlich: Der höhere Grad an Offenheit und Durchlässigkeit, welcher neben der traditionellen Gymnasiasten-Kohorte auch anderen, etwa beruflich qualifizierten Bewerbern, den Zugang zum Gymnasium eröffnet, führt im Umkehrschluss zu einer stärkeren Heterogenität an Leistungen und Bewertungsmaßstäben. Eine Einhegung in gleiche Standards würde – wenn diese sich am traditionellen Abitur orientieren – zu Lasten der Öffnung wirken.

#### 4. Die „Bereinigung“ von Noten der Hochschulzugangsberechtigung

Es ist also nach wie vor offen, welches die aus Sicht des Gerichts auszugleichenden Unterschiede sind. Vielleicht

78 *Watermann/Nagy/Köller* (Fn. 73), S. 277; vgl. *Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke* (Fn. 60), 708; *Köller* (Fn. 30), S. 24; *Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke* (Fn. 64), S. 26.

79 Vgl. *B. Oerke/K. M. Merki/E. Maué/D. J. Jäger*, Zentralabitur und Themenvarianz im Unterricht, in: *Bosse* (Fn. 31), S. 27 (28).

80 Vgl. *Bosse* (Fn. 64), S. 72 f.; *L. Huber*, Zur Studierfähigkeit gehört auch Interesse, in: *Asdonk/Kuhnen/Bornkessel* (Fn. 30), S. 147 (148, 156).

81 Vgl. *L. Huber*, Welche Wahl haben Schülerinnen und Schüler der gymnasialen Oberstufe?, in: *Bosse* (Fn. 31), S. 81 (100 f.).

82 Als Kompetenz ist „die bei Individuen verfügbaren oder durch sie erlernbaren kognitiven Fähigkeiten und Fertigkeiten, um bestimmte Probleme zu lösen, sowie die damit verbundenen motivationalen, volitionalen und sozialen Bereitschaften und Fähigkeiten, um die Problem-

lösungen in variablen Situationen erfolgreich und verantwortungsvoll nutzen zu können“. Vgl. *F. E. Weinert*, Vergleichende Leistungsmessung in Schulen – eine umstrittene Selbstverständlichkeit, in: *ders.*, *Leistungsmessungen in Schulen*, 2001, S. 17 (27 f.).

83 *Köller* (Fn. 58), S. 198 ff.

84 Vgl. *B. Gniewosz*, Kompetenzentwicklung, in: *H. Reinders*, *Empirische Bildungsforschung*, Gegenstandsbereiche, 2. Aufl. 2015, S. 69 (69 f.).

85 Vgl. *Köller/Baumert/Schnabel* (Fn. 74), 386 ff.; vgl. *Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke* (Fn. 64), S. 12 f.

86 Die Mehrheit der Schüler an beruflichen Gymnasien besteht aus leistungsstarken Realschulabsolventen, vgl. *Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke* (Fn. 64), S. 14.

– so die Hoffnung – hilft ein Blick in die Argumentation des Gerichts zur fehlenden Rechtfertigung der derzeitigen Regelung weiter. Das Außerachtlassen dieser Unterschiede lasse sich nicht dadurch rechtfertigen, dass „eine Vergleichbarkeit von Abiturnoten von vornherein strukturelle Grenzen“ begegne. Während es sich bei Faktoren wie Klassengröße, Niveauunterschied und sozialem Umfeld um bloße „Unschärfen“ handle, die nur begrenzt verallgemeinerbar erfasst und ausgeglichen werden können, seien „länderübergreifende Vergleichbarkeitsdefizit der Abiturnoten“ dagegen systembedingte Unterschiede, die „in den länderspezifisch unterschiedlichen Bildungs- und insbesondere auch Bewertungssystemen angelegt“ seien.

Auf die verfassungsrechtlich garantierte Bundesstaatlichkeit und die Kompetenzordnung des Grundgesetzes dürfe ein Verzicht auf einen Ausgleichmechanismus der Noten nicht gestützt werden. Es bleibe den Ländern nämlich unbenommen, eigene gegebenenfalls voneinander abweichende Regelungen zu erlassen. Für die Hochschulzulassung verlange der durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch auf gleiche Teilhabe allerdings, dass „die Eignung für das Studium gleichheitsgerecht beurteilt wird und nicht die Hochschulzugangsberechtigung aus bestimmten Ländern entscheidet“. Mit anderen Worten dürfte es bei einer unterstellten gleichheitswidrigen Bewertung *innerhalb* der Bundesländer bleiben, ein „falsches“ Zeugnis sei für sich genommen eben hinzunehmen. Wenn dieses aber für die Studienplatzbewerbung genutzt werden soll, muss die Note „bereinigt“ werden. Es drängt sich die Frage auf, was dann noch der Nutzen einer Hochschulzugangsberechtigung sein soll – und ob nicht eine entsprechende „Bereinigung“ gleichermaßen auch für die Bewerbung um Ausbildungsplätze, Stipendien etc. vorgenommen werden muss.

Hieraus wird immerhin deutlich, dass nur „strukturelle“ Unterschiede auszugleichen seien. Weitere Hinweise ergeben sich aus der vergleichsweise ausführlichen Auseinandersetzung des Gerichts mit den sog. Landesquoten (siehe II.3.). In Bezug auf die Heranziehung dieses Instruments im Rahmen der Abiturbestenquote betont das Gericht, es sei „nicht ersichtlich, dass diese Regelung verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen würde“. Gleichzeitig erkennt es an, dass die Übertragung des für die zentrale Studienplatzvergabe

derzeit vorgesehenen Landesquoten-Prinzips für das Auswahlverfahren der Hochschulen „an Grenzen“ stoße. Es sei nun Aufgabe des Gesetzgebers, „eine Regelung zu finden, die eine annähernde Vergleichbarkeit der Noten praktikabel ermöglicht, etwa durch eine Relationierung der Noten auf Zentralebene, auf die die Hochschulen dann zurückgreifen können“, wobei „eine annähernde Vergleichbarkeit der Abiturnoten über die Ländergrenzen hinweg“ ausreiche.

Im Ergebnis beruht die Bildung von Landesquoten auf einer Reihe von Annahmen, die ihrerseits begründungsbedürftig sind. In der Literatur wurden die Landesquoten von vornherein als Behelfslösung mit „Übergangscharakter“<sup>87</sup> – *Hailbronner* bezeichnet sie als „Krücke“<sup>88</sup> – und nicht als Ideal angesehen.<sup>89</sup> Tatsächlich sind die Landesquoten, die im Ergebnis zu einer Konkurrenz nur eigener „Landeskinder“ untereinander führen, ein probates Mittel, um jegliche bildungspolitische Unterschiede zwischen Ländern auszugleichen.

Der Hinweis auf verschiedene Durchschnittsnoten der Länder ruft noch einen anderen zwischenzeitlich verfolgten und inzwischen wieder aufgegebenen Ansatz in Erinnerung: Den Bonus bzw. Malus für Abiturienten bestimmter Bundesländer. Zunächst verwundert es, dass sich das Gericht nicht mit der Rechtsprechung des eigenen Gerichts hierzu auseinandersetzt, obwohl dies durchaus nahegelegen hätte. So hatte das BVerfG bereits Anfang April 1974 zu entscheiden, ob die damals vorliegende Praxis eines arithmetischen Ausgleichs von unterschiedlichen Landesdurchschnittsnoten verfassungskonform sei.<sup>90</sup> Dies führte im Wintersemester 1973/1974 dazu, dass Bewerber mit einer in Bayern erworbenen Hochschulzugangsberechtigung einen Malus von 0,3 erhielten, während etwa Bewerbern mit Reifezeugnis aus Nordrhein-Westfalen oder Hamburg pauschal ein Bonus von 0,2 gutgeschrieben bekamen, also etwa statt mit 2,0 mit 1,8 am Verfahren teilnahmen. Diese Regelung, die einen „Versuch“ darstelle, „die mit der Auswahl nach Durchschnittsnoten verbundene Unzutraglichkeiten zu mildern“, hielt sich nach Ansicht des BVerfG „noch“ im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, da angesichts der unklaren Ursachen für das Notengefälle der Ermessensspielraum des Gesetzgebers nicht überschritten sei und eine Untätigkeit des Gesetzgebers „noch weniger tragbar“ gewesen wäre. Gleichwohl gab das BVerfG

87 *Reich*, HRG, § 32 Rn. 15a. So auch der Gesetzgeber selbst: BT-Drs. 7/3279, S. 10.; vgl. *H. Bahro/H. Berlin*, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 2003, S. 165.

88 *Hailbronner* (Fn. 23), S. 10.

89 Vgl. *Bode* (Fn. 20), § 27 Rn. 183. Zurückhaltend positiv („noch nicht abschließend beurteilen“) BVerfGE 43, 291 (313 ff.).

90 Damals hatte Art. 11 Abs. 8 StV 1973 vorgesehen, dass „für jedes

Land [...] jährlich die Durchschnittsnoten aller Reifezeugnisse festgestellt“ wurden. „Aus dem Ergebnis der einzelnen Länder wird eine Gesamtdurchschnittsnote für alle Länder ermittelt. Unterschreitet die Durchschnittsnote eines Landes die Gesamtdurchschnittsnote, so werden für das Vergabeverfahren die Noten der Reifezeugnisse dieses Landes um die Differenz heraufgesetzt, im umgekehrten Fall entsprechend herabgesetzt.“

den Beschwerdeführen darin recht, dass „das grobe Mittel eines pauschalen Notenausgleichs [...] wenig befriedigt“, da unklar bleibe, ob die Berechnung „auch in jedem Einzelfall wirklich durch sachliche Gründe gerechtfertigt“ sei.<sup>91</sup>

Der BayVerfGH entschied Anfang August 1975, dass der pauschale Notenausgleich als kein taugliches Mittel zur Erfüllung des staatsvertraglichen Ziels anzusehen sei. Maßstab der Zulassung sei nämlich nicht mehr die im Zeugnis des Bewerbers ausgewiesene Note, „sondern ein Durchschnittswert, den der einzelne Bewerber nicht beeinflussen kann“, wodurch das System „von der individuellen Leistungsbewertung“ wegführe. Die Bestnote von 1,0 sei für Angehörige bestimmter Länder, die einem Malus unterlägen, faktisch ausgeschlossen. Auch gingen in die Bildung des arithmetischen Referenzwertes unterschiedliche Arten von Zugangsberechtigungen ein, was seine Validität als Berechnungsgrundlage verringere. Auch widerspreche das Vorgehen der KMK-Vereinbarung zur Anerkennung der Leistungsnachweise. Damit erklärte der BayVerfGH den Zustimmungsbeschluss zum Staatsvertrag für nichtig, soweit dieser für Inhaber einer bayerischen Hochschulzugangsberechtigung zu einer Verrechnung der nominalen Note führe.<sup>92</sup>

Die Klage Bayerns gegen die übrigen Länder, das Verfahren also ohne die entsprechende Regelung durchzuführen, wies das BVerwG Anfang Juli 1976 übrigens ab. Ohne in der Sache den bayerischen Argumenten entgegenzutreten, stellte es klar, dass in einem entsprechenden Streitfall die Bundesländer verpflichtet seien, eine Klärung durch ein für alle Länder bindendes Gericht herbeizuführen; im Übrigen führe auch der Umstand, dass sich die „Annahme der Länder, das Notengefälle bei den Landesdurchschnittsnoten beruhe auf länderspezifischen Bewertungsunterschieden“, bislang nicht habe beweisen lassen, nicht zur Rechtswidrigkeit der Bonus-Malus-Regelung. Vielmehr gelte die Entscheidung des BVerfGH zu ihrer Verfassungsmäßigkeit fort.<sup>93</sup> Die Entscheidung des BVerwG konnte höchstens formal überzeugen – der Bund setzte sich im Sinne der Rechtsvereinheitlichung durch.<sup>94</sup> Auf die vom BayVerfGH kritisierte pauschale Bewertung durch den Malus ging sie nicht einmal ein. Politische Folge dieses rechtlichen

„Tauziehens“ war übrigens die Einführung von Landesquoten, ein Weg, den das BVerfGH in seiner Entscheidung bereits angedeutet hatte.<sup>95</sup> Die Bedenken, die damals gegen einen pauschalen Bonus bzw. Malus sprachen, dürften wohl auch heute noch gelten: Die Bandbreite der Hochschulzugangsberechtigungen hat sich – auch im Hinblick auf den Europäischen Hochschulraum – eher verbreitert als reduziert.

##### 5. Zwischenfazit: Utopie der Normalverteilung des Bildungspotenzials

Das Ziel eines höheren Maßes an Vergleichbarkeit ist also auf zwei Wegen erreichbar: Entweder durch eine Vereinheitlichung aller Prüfungen und Standards. Dieser Weg scheint allerdings angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen des Abiturs als kaum gangbar – eine umfassende und ausnahmslose Regelung wäre wohl praktisch unmöglich und würde vor allem ihrerseits bestimmte Bewerbergruppen (etwa an beruflichen Gymnasien) benachteiligen. Der andere Weg führt in die Aufsplitterung von Ressourcen und die Verteilung in landesspezifischen Kontingenten. Dieses Vorgehen bedarf wohl vor allem einer klaren methodischen Vorgabe; er bietet den Vorteil, dass die Länder separat betrachtet werden können – eine Anerkennung der „Bildungssouveränität der einzelnen Länder“.<sup>96</sup> Hierin liegt allerdings auch eine gewisse Dialektik, macht die „Gleichrechnung“ doch das fehlende Vertrauen der Länder in die Vergleichbarkeit offenkundig. Freilich bietet der Ansatz auch Nachteile, indem er Wettbewerb und Veränderung verhindert – selbst wenn ein Land mit größten Aufwänden die Bildung fördern würde, würden seine Schüler im Gesamtsystem stets wieder relativiert und mit den Absolventen schwächerer Länder gleichgestellt werden. Veränderungen im Bildungsniveau würden stets nivelliert werden.

Ob dieses Modell praktikabel ist, wird sich zeigen; auf dem Gebiet der europäischen Zeugnisse und der Bachelor-Zeugnisse hat sich die KMK jedenfalls vom Modell einer Prozentrangtransformation, die die Noten ins Verhältnis der Häufigkeit ihrer Vergabe setzen sollte, schrittweise verabschiedet.<sup>97</sup> Angesichts der erheblich deutlicheren Leistungs- und Benotungsunterschiede

91 BVerfGE 37, 104 (108 f., 116 ff.).

92 BayVerfGH, Beschl. v. 1.8.1975, NJW 1975, 1733 (1738 f.).

93 BVerwGE 50, 137 (137 ff.).

94 A. Dittmann, Das Bildungswesen im föderalistischen Kompetenzgefüge, RdJB 1978, 168 (177).

95 BVerfGE 37, 104 (120).

96 Vgl. Dittmann (Fn. 94), 176.

97 Die mit der sog. modifizierten Bayerischen Formel errechneten Noten-

werte von Sekundarschulabschlüssen aus EU- und EWR-Staaten sowie der Schweiz sollten nach den Planungen der KMK einer sog. Prozentrangtransformation unterzogen werden. Diese Transformation sollte die Häufigkeit der Notenvergabe mit einbeziehen und damit der teilweise sehr unterschiedlichen Notenvergabe (vor allem sehr guter Noten) entgegenwirken. Das Vorhaben wird wohl derzeit nicht weiter verfolgt, jedenfalls findet es in den aktuellen Beschlüssen keine Erwähnung mehr. Vgl. KMK-Beschl. v. 15.3.1991 idF v. 19.7.2012; Bode (Fn. 12), § 3 Rn. 35.

zwischen den europäischen Staaten wird abzuwarten sein, ob und wie hier eine „Bereinigung“ vorgenommen werden kann.

Im Ergebnis scheint das Gericht diesen Weg zu meinen, wenn es von „Bereinigung“ schreibt. Was die These des BVerfG tatsächlich auf den ersten Blick sympathisch erscheinen lässt, ist der allerdings eher verfassungspolitische – Anspruch, dass eine Art bundesweite „Normalverteilung“ der im Abitur zum Ausdruck kommenden Leistungs- und Eignungsgesichtspunkte für den Studierfolg vorliegen müsse.

Was wiederum erwiesen ist, bei der Betrachtung des BVerfG jedoch keine Beachtung gefunden hat bzw. im Verfahren auch in prozessrechtlicher Hinsicht keine Berücksichtigung finden durfte, ist, dass neben den schulischen Kompetenzen und Zertifikaten vor allem auch die soziale Herkunft über den weiteren Bildungsweg entscheidet: „Bei gleichen Leistungen besitzen Schülerinnen und Schüler aus statushöheren Familien eine im Mittel höhere Erfolgserwartung im Vergleich zu Schülerinnen und Schülern aus statusniedrigeren Familien.“<sup>98</sup> Die Determinanten schulischer Leistungen stellen sich als sehr vielschichtig dar und umfassen individuelle Dispositionen, Unterrichtsfaktoren aber auch elterliches Unterstützungsverhalten.<sup>99</sup> So erscheint es fragwürdig, wo eigentlich mit dem Ausgleich der Unterschiede anzusetzen wäre – und ob der Preis nicht im Umkehrschluss ein geradezu unheimliches, alles erfassendes Staatswesen wäre.<sup>100</sup>

## V. Mittelbare Folgen

### 1. Auswirkung auf Studiengänge mit örtlicher Zulassungsbeschränkung

Die Entscheidung, insbesondere die Aussagen in Bezug auf die heranzuziehenden Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung sowie das Erfordernis der „Bereinigung“ der Noten, betrifft alle Rechtsgebiete, auf die der teilhaberechtliche Aspekt der Kombination von Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip Anwendung findet. Zwar gilt die Entscheidung ihrem Wortlaut nach unmittelbar zunächst für die Humanmedizin. Ihre tragenden Gründe erwachen jedoch in Gesetzeskraft und binden Verwaltung und Gerichte auch über die Anwendung der HRG-Normen hinaus, etwa bei der Anwendung der Landeshochschul- und Zulassungsge-

setze. Auch in den übrigen bundesweit zulassungsbeschränkten Fächern (Zahn- und Tiermedizin sowie Pharmazie) und in Fächern mit örtlicher Zulassungsbeschränkung und entsprechendem Bewerberüberhang, etwa der Psychologie und der Sozialen Arbeit, dürfte eine Anpassung der entsprechenden landesrechtlichen Regelungen erforderlich werden. Auch Masterzugang und –zulassung sollten auf die Vereinbarkeit mit der Entscheidung überprüft werden.

### 2. Ausstrahlungswirkung in sonstige Rechtsgebiete, insbesondere auf Art. 33 Abs. 2 GG

Auch auf weitere Rechtsgebiete, die vom teilhaberechtlichen Aspekt der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG betroffen sind, dürfte die Rechtsprechung Auswirkungen haben. Zu nennen ist hier etwa die Vergabe von Plätzen für öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnisse, etwa das juristische und das Lehramtsreferendariat.<sup>101</sup>

Ohnehin dürfte zu untersuchen sein, ob nicht – auch ohne den genannten Bezug zur Ausbildungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG – die „Bereinigungsverpflichtung“ auf Art. 33 Abs. 2 GG ausstrahlt – also unmittelbar die Definition der „Eignung“ betrifft. Auch hierfür spricht der Gedanke des *a maiore ad minus*: Wenn schon die Ausbildungsfreiheit strukturelle föderalistische Unterschiede auszugleichen hat, dann dürfen diese erst recht beim Zugang zum öffentlichen Dienst keine Rolle spielen. Auch in praktischer Sicht steht wenig dagegen: die Absolventenkohorten der juristischen Ausbildung sind vom Umfang her deutlich geringer als die Gruppe der Hochschulzugangsberechtigten und werden ohnehin statistisch erfasst. Demgegenüber ist der Bereich des Privatrechts aufgrund der dort nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte von entsprechenden „Bereinigungen“ ausgenommen.

### 3. Obiter dictum: Zulassungsrecht und Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen vor dem Hintergrund der Diskussion über die Einführung einer Landarztquote

Bei der Verteilung knapper Studienplätze darf der Gesetzgeber auch „Gemeinwohlbelange“ berücksichtigen „wie etwa die Patientenversorgung“. Hiermit antizipiert das Gericht eine Rechtsfrage, die derzeit Gegenstand von Kontroversen ist, nämlich die Zulässigkeit – oder gar Gebotenheit – der Einführung einer sog.

98 R. Watermann/K. Maaz, Studierneigung bei Absolventen allgemein bildender und beruflicher Gymnasien, in: Köller/Watermann/Trautwein/Lüdtke (Fn. 73), S. 402 (412); vgl. R. Becker, Wie können „bildungsferne“ Gruppen für ein Hochschulstudium gewonnen werden?, KZfSS 2009, 563 (563 ff.).

99 Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke (Fn. 64), S. 17 ff.; V. Müller-

Benedict, Wodurch kann die soziale Ungleichheit des Schulerfolgs am stärksten verringert werden?, KZfSS 2007, 615 (615 ff.).

100 Vgl. zur Kritik am planenden Sozialstaat, F. v. Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2, 1981, S. 96 ff.

101 Vgl. S. Sieweke, Das Zulassungsverfahren zum Referendariat, LKV 2009, 305 (306 f.).

Landarztquote, also einer Quote für Bewerber, die sich verpflichten, nach Abschluss des Studiums eine gewisse Zeit in medizinisch unterversorgten Gebieten in Deutschland beruflich tätig zu werden.

Dass Belange des Gemeinwohls – die übrigens bislang in den maßgeblichen Entscheidungen des BVerfG keine Erwähnung fanden – bei der Bemessung der Zahl der Studienplätze zu beachten sind, erscheint zwingend. Dies gilt etwa für die Berücksichtigung der Sanitätsoffiziere, deren Ausbildung für die Bundeswehr von existentieller Bedeutung ist. Ob auch die Steuerung der Versorgungsdichte in unterversorgten Gebieten über das Zulassungsrecht vorgenommen werden darf, wird unterschiedlich beurteilt. Eine Ansicht, unter anderem vertreten vom *Martini* und *Ziekow*, befürworteten dies.<sup>102</sup> Andere Stimmen vor allem aus dem Umfeld der Hochschulen sahen dies kritisch; die Verteilung der Ärzte sei nicht Aufgabe des Zulassungsrechts. Anders als bei den über Vorabquoten erfassten Sanitätsoffizieren handle es sich beim „Landarzt“ – wie auch immer er zu definieren sei – nicht um eine spezielle berufliche Ausrichtung mit besonderen Anforderungen, sondern um einen Mediziner, der sich von anderen nur dadurch unterscheidet, dass er in einem unterversorgten Gebiet praktiziert. Hinzu kommen praktische Bedenken, etwa die Zulässigkeit einer Verpflichtung über einen so maßgeblichen Zeitraum in einem zum Verpflichtungszeitpunkt mutmaßlich unbekanntem Fachgebiet an einem vorher nicht bestimmbar Ort zu praktizieren sowie die Frage der Sanktionsmöglichkeiten.

#### 4. Tätigwerden von Bund oder Ländern?

Bestimmte Passagen des HRG und des Staatsvertrages verlieren zum 1.1.2020 ihre Rechtskraft. Fraglich ist, wer nun als Normgeber tätig werden wird. Seit der Föderalismusreform verfügt der Bund über eine sog. Vollkompetenz, könnte also gesetzliche Regelungen schaffen, ohne – wie zuvor – nur einen Rahmen setzen zu dürfen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 i.V.m. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 GG. Alternativ könnten auch die Länder kraft ihrer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz tätig werden oder sie

könnten nachträglich von einem Bundesgesetz abweichen oder landesspezifisch modifizieren.<sup>103</sup> Der 2016 unterzeichnete und bereits in zehn Bundesländern ratifizierte Staatsvertrag über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung<sup>104</sup> ist jedenfalls nach der Entscheidung nicht mehr von Relevanz.<sup>105</sup>

#### 5. Aushandlung neuer Verfahrensgrundsätze

Erforderlich werden dürfte die Aushandlung neuer Verfahrensgrundsätze. Dies betrifft die Frage, welche Auswahlkriterien mit welcher Gewichtung Anwendung finden sollen, aber auch den Umgang mit der Forderung der „Bereinigung“ von Schulnoten. Einige Fachgesellschaften haben hier bereits vorgearbeitet und entsprechende Impulse gegeben. So regen die Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland e.V. (bvmd) und des Medizinischen Fakultätentages e.V. (MFT) in ihrem gemeinsam erarbeiteten „Vorschlag für ein neues Modell der Studierendenauswahl in der Medizin“ an, künftig auf die Wartezeit als Zulassungskriterium zu verzichten und eine einzige Hauptquote vorzusehen.<sup>106</sup>

#### VI. Fazit oder das Dilemma der Verteilung

Der Anspruch auf Zulassung soll sich künftig weit überwiegend nach der Eignung richten, die ihrerseits zwar das Vorliegen der Hochschulzugangsberechtigung voraussetzt, aber eben mehr erfordern kann als diese. Stellte das Abitur seit 1788 eine Art „deutschen Sonderweg“<sup>107</sup> in Bezug auf die Frage dar, wer eine höhere Bildungsanstalt besuchen darf, indem die abgebende, nicht die aufnehmende Institution die Berechtigung hierzu ausstellte, weist das BVerfG nunmehr wieder auf den Hauptpfad zurück, den die weit überwiegende Anzahl von Staaten beschreitet. Hier wird deutlich: Das Abitur ist kein Wert von Verfassungsrang.

Die Utopie, der Weg zum Wunschstudienplatz sei mit dem Abitur prinzipiell geebnet, hat das BVerfG nun selbst – wer hätte es sonst auch tun können? – *ad acta* gelegt. Die Anerkennung der statistischen Realitäten, die Abkehr vom unmittelbaren Anspruch auf den Studienplatz

102 Vgl. *M. Martini/J. Ziekow*, Die Landarztquote, 2017.

103 Vgl. *C. Degenhart*, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, NVwZ 2006, 1209 (1212); *Bode* (Fn. 20), § 32 Rn. 113.

104 Dies sind Bayern, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein. Vgl. GV NRW, 2017, 239.

105 Das Gericht ließ Kritik an der darin vorgesehenen Regelung der Bewerbungssemester durchblicken: So seien „keine Gründe ersichtlich, die es gebieten könnten, zwischen [...] Bewerbern, die auf eine Studienbewerbung etwa zugunsten einer einschlägigen beruflichen Ausbildung oder Tätigkeit verzichtet haben, und

solchen zu differenzieren, die sich während der Wartezeit immer wieder um einen Studienplatz beworben haben.“

106 Der Platz eines Bewerbers bestimmt sich nach einem Punktwert, in den max. 40 Punkte aus der Note der Hochschulzugangsberechtigung, bis zu 40 Punkte nach einem Studierfähigkeits-test, max. 10 Punkte für berufspraktische Erfahrung in einem medizinischen Bereich oder einen Freiwilligendienst und bis zu 10 Punkte für das Ergebnis eines Situational Judgement Test (SJT) eingehen. Verfügbar unter: [www.mft-online.de](http://www.mft-online.de); vgl. auch Deutsches Ärzteblatt, 23.9.2016, A 1636; *H. Grosse*, Wie geeignete Medizinstudierende finden?, Berliner Ärzte 4/2018, 14 (14 ff.).

durch Erwerb des Abiturs sowie der Abschied von der Drohung mit dem originären Leistungsrecht markieren diesen Weg. Es liegt auf dieser Argumentationslinie, der Wartezeitquote, der ja keine Aussage über die Eignung des Bewerbers zukommt, keine größere Bedeutung mehr beizumessen. Das mutet angesichts des Umstandes, dass es gerade Bewerber der Wartezeitquote waren, die die Verfahren angestrengt haben, geradezu paradox an.

Verwunderlich ist allerdings, dass das Gericht – die gerade aufgegeben Utopie durch eine neue ersetzt, nämlich die der Messbarkeit und Korrigierbarkeit des Bildungssystems. Vereinfacht ausgedrückt: Bekommt schon nicht jeder Bewerber einen Platz, so soll es doch gerecht zugehen, *fiat iustitia et pereas mundus*. Dabei sind die Erkenntnisse, die die noch junge Disziplin der Empirischen Bildungswissenschaft hervorbringt, eine wichtige Diskussionsgrundlage,<sup>108</sup> aber bieten doch allem Anschein nach noch kein greifbares Verbesserungskonzept der Verteilungsgerechtigkeit – abgesehen von der Stärkung lokaler Akteure, etwa Hochschulen. Begreift man Utopien auch als Alternativen zur herrschenden Gesellschaftsordnung, also gewissermaßen als konfrontative Gegenwelt, so lässt sich aus der Entscheidung auch ein „Stachel“ gegen die Bildungsverwaltung, konkret die KMK, herauslesen.

Doch auch hier wirft die – durchaus sympathische – Utopie den Schatten ihres Scheiterns voraus: Die Offenheit bei der Begründung, worin genau die Ungleichbehandlung liegen soll, lässt es erahnen: Welche Mechanismen sind vorzusehen, um Verteilungsgerechtigkeit (wieder-)herzustellen? Genauer gesagt: Liegt nicht das Unmögliche darin, vermessen zu wollen und zu vereinheitlichen zu wollen, was seiner Heterogenität nach nicht zu vereinheitlichen geeignet ist? Handelt es sich bei der Vorstellung, Abiturnoten vergleichen zu können, womöglich um eine „Fiktion“?<sup>109</sup> Das Abitur war längst über die Funktion hinausgewachsen, ein Ausweis kon-

kreten Wissens zu sein. Vielmehr spiegelte es bestimmte Kompetenzen wider, die mit verschiedenen Bildungshintergründen in diversen Bildungseinrichtungen erworben werden konnten. Im Prinzip erkennt ja auch das Gericht diesen Umstand an, indem es neben dem Abitur den Nachweis von fachspezifischer Eignung einfordert. Auch wenn in einem meritokratischen Bildungssystem Verletzungen der Verteilungsgerechtigkeit unerwünscht sind, wird wohl eine „perfekte Vergleichbarkeit von Beurteilungsmaßstäben“ in der Praxis „weder erreichbar noch unbedingt erstrebenswert“ sein.<sup>110</sup>

Wie auch immer die Verteilung der Studienplätze ab dem Jahr 2020 erfolgen wird – ein Umstand bleibt voraussehbar: Die Zahl der zu verteilenden Studienplätze wird aller Voraussicht nach kaum ansteigen. Angesichts der beträchtlichen Kosten<sup>111</sup> ist die Humanmedizin der mit Abstand kostenintensivste Studiengang in Deutschland. Gleichzeitig dürfte die Zahl der Studienberechtigten weiter zunehmen. Wer die Aufgabe des Zulassungssystems – wie generell des Rechtssystems – darin sieht, Hoffnungen und Erwartungen zu lenken und damit die Zukunft „beherrschbar“ zu machen, der wird davon ausgehen müssen, dass Bewerber sich auf neue Verfahren der Eignungsdiagnostik einstellen müssen, die dann ein Feedback geben, ob die Zulassung sofort erfolgen kann, in reichbare Nähe rückt oder vielleicht dauerhaft ausgeschlossen ist. Ein belastbarer Anspruch dürfte aller Voraussicht nach entfallen. Mehr glückliche zugelassene Bewerber wird die Entscheidung freilich also nicht hervorbringen – nur andere.

Dr. Matthias Bode M.A. ist Abteilungsleiter und Justitiar der Stiftung für Hochschulzulassung (SfH) in Dortmund. Der Artikel gibt seine persönliche Auffassung wieder.

107 Vgl. Bracher, K. D. (Hrsg.), *Deutscher Sonderweg – Mythos oder Realität?* 1982.

108 „International vergleichende Schulleistungsforschung wird sowohl für die wissenschaftlichen als auch für die politischen Akteure ein Mittel zum Zwecke reflexiver Interessen.“ *Aljets* (Fn. 69), S. 311.

109 E. Maué, Vergleichbarkeit von Abiturnoten – eine Fiktion?, in: Asdonk/Kuhnen/Bornkessel (Fn. 30), S. 114 (125 f.).

110 Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke (Fn. 64), S. 25.

111 Die Gesamtkosten der Ausbildung im Studiengang Humanmedizin betragen im Jahr 2011 ca. 192.900 € je Studienplatz (laufende Grundmittel). Es handelt sich um die kostenaufwändigsten Studienplätze. Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.3.2, 2011, S. 187.349 sowie Nachweise bei Höfling/Engels in Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34 Fn. 76, 115.

