

**Kapazitätsvereinbarung
und
Kapazitätserschöpfungsgebot**

Gutachtliche Stellungnahme

erstattet
auf Ersuchen
der Freien und Hansestadt Hamburg
Behörde für
Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung

von

Professor Dr. Wolfgang Löwer
Institut für Öffentliches Recht
der Universität Bonn

Bonn
im März 2016

A.

Aufgabenstellung

I.

Hamburg will gesetzlich geregelt in den mit seinen Hochschulen abzuschließenden Ziel- und Leistungsvereinbarungen oder in gesonderten Kapazitätsvereinbarungen Verpflichtungen der Hochschulen aufnehmen, bestimmte Mindestzahlen u.a. an Studienplätzen insbesondere für Anfänger bereit zu stellen.

Im Gesetzgebungsverfahren ist von Sachverständigen die Frage nach der Bedeutung solcher Zahlen in einer Ziel- und Leistungsvereinbarung aufgeworfen worden, ob es etwa denkbar sei, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit die Zahlen im numerus-clausus-Verfahren überprüfen werde, ob sich eventuell ein Studienplatzbewerber z.B. im Falle des Unterschreitens der Vereinbarungszahl im auf Studienplatzzuteilung gerichteten Verwaltungsprozess anspruchlich auf die Vereinbarungszahl stützen könnte.

Die Behörde für Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung möchte deshalb für den Gesetzgebungsprozess gutachterlich geklärt wissen:

Kommt ministeriellen Vereinbarungen zwischen Staat und Hochschule über Lehrleistung, Curricularwerte und Studienanfängerzahlen allgemein oder nach dem Gesetzesentwurf des Senats an die Bürgerschaft v. 8. Dezember 2015 Drittwirkung gegenüber Studienbewerbern zu?

Bei der Beantwortung der Frage sind insbesondere die folgenden beiden Fallgruppen zu berücksichtigen:

1. Können ministerielle Vereinbarungen zwischen Staat und Hochschule von der Hochschule zur Rechtfertigung von Zulassungsbeschränkungen gegenüber Studienbewerbern herangezogen werden?

2. Können Studienbewerber sich ggf. auf die Untererfüllung ministerieller Vereinbarungen zwischen Staat und Hochschule oder auf „Abwägungs- und Verfahrensfehler“ bei Abschluss der Vereinbarung berufen?

II.

Zuerst wird zum besseren Verständnis der Regelungsanlass für die gesetzliche Reform dargestellt (B I). Sodann wird der Reformansatz im Zusammenhang des Kapazitätsrechts umrissen (B II) mit der daran geübten Kritik (B III). Auf dieser Basis können die verfassungsrechtlichen Eckdaten benannt werden (C I), die die Antwort auf die gestellten Fragen präjudizieren (C II).

B.

Normativer Hintergrund der Reform

I.

Regelungsanlass

1. Die Reform 2013

Mit der Einführung der Bachelor- und Masterstruktur ist eine enorme Vergrößerung der Zahl der Studiengänge einhergegangen. Anders als im voraus liegenden Diplommodell ist damit ein deutliches Maß an Diversifizierung und Profilierung der Inhalte und Curricula einhergegangen, die sich einer starren Erfassung über bundesweit relativ einheitliche Curricularwerte, die die Ausbildungslast ausdrücken, entziehen. Soweit es bei diesen

Studiengängen nicht um solche mit bundesweitem Bewerberüberhang geht, für die das Gebot der Kapazitätser-schöpfung uneingeschränkt gilt, sondern um lokale Zu-lassungsbeschränkungen, ist das grundrechtliche Kor-sett, das dem Hochschulzulassungsrecht durch das numerus-clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im 33. Band zu Grunde liegt, im Grundsatz nicht so eng ge-schnürt. Hier sind die Länder gesetzgebungsbefugt, wäh-rend es für die „harten NC-Fälle“ bei der Regelung der bundeseinheitlich geltenden Kapazitätsverordnung ver-bleibt.

Hamburg hat deshalb für die lokalen Zulassungsbeschrän-kungen das Zulassungsrecht im Sinne der „Gewährleistung qualitativ hochwertiger Studienbedingungen“, eines „ho-hen Ausbildungsniveaus“ und eines „guten Studiener-folgs“ geändert, um dem dem Bundesverfassungsgericht immer wieder unterstellten sog. „Verbot der Niveaupfle-ge“

- s. Peter Hommelhoff, Für ein neuen Kapazi-tätsrecht, in: Peter Hommelhoff/Wilfried Mül-ler (Hrsg.), Plädoyer für ein neuen Kapazi-tätsrecht (Wissenschaftsrecht Beiheft 18), 2007, S. 1 (7 in Fn. 22 mit Hinw. auf BVerfGE 40, 352 (354); BVerwGE 64, 77, 85; 65, 303, 305) -

zu entkommen.

- s. das Gesetz zur Regelung der Ausbildungska-pazitäten an den staatlichen hamburgischen Hochschulen (Ausbildungskapazitätsgesetz - AKapG -, v. 14. März 2014 (HmbGVBl. S. 99); s. dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Re-gelung der Ausbildungskapazitäten an staatli-chen hamburgischen Hochschulen (Ausbildungs-

kapazitätsgesetz - AKapG), Bürgerschaft Drs.
20/0995 -

Diskutiert worden waren in der Reformdebatte das Modell einer Kapazitätsfestlegung durch Hochschulvereinbarung

- s. dazu Kay Hailbronner, Kapazitätsfestlegungen durch Hochschulvereinbarung, in: Peter Hommelhoff, Wilfried Müller (Hrsg.), a.a.O., S. 99 -

und ein Bandbreitenmodell,

- s. dazu Gerhard Sagerer/Stephan Schnitzler, Das Curricularwert-Bandbreitenmodell in Nordrhein-Westfalen, in: Peter Hommelhoff/ Wilfried Müller (Hrsg.), a.a.O. S. 111 ff. -

die beide mehr Freiraum für die Hochschulzulassung im Sinne der oben genannten Ziele schaffen wollen.

Das HbgAKapG 2014 entschied sich für das Vereinbarungsmodell, dem Kay Hailbronner attestiert hatte, es sei verfassungsmäßig, weil der Autor unterstellt, die Annahmen des Bundesverfassungsgerichts aus dem numerus-clausus-Urteil im 33. Band seien durch die neue Studienstruktur überrollt.

- Hailbronner, a.a.O., S. 102 f.; ich habe in dieser Debatte darauf hingewiesen, dass das Kapazitätserschöpfungsgebot für den absoluten Numerus clausus (dessen Voraussetzungen hier noch dahinstehen können) als solches verfassungsrechtlich indisponibel ist - formal schon wegen der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG und materiell als nachvollziehbare Ableitung aus Art. 12 Abs. 1 GG - was hingegen nicht bedeuten müsse, dass Veränderungen in diesem System völlig ausgeschlossen wären; s. Wolfgang Löwer, Rechts-

fragen der Einführung eines Curricularwertes
(Wissenschaftsrecht, Beiheft 20), 2010 S. 1
(21). -

Nach § 2 HbgAKapG wählte der Gesetzgeber die Vereinbarungslösung. Regelungsort sollte die Ziel- und Leistungsvereinbarung gemäß § 2 Abs. 3 HgbHG sein. Nach dieser Vorschrift sind die Ziel- und Leistungsvereinbarungen verbindlich (§ 2 Abs. 3 S. 1 HgbHG). Gegenstand der Leistungsvereinbarung insoweit sollte die Gesamtlehrleistung sein, aufgegliedert nach Bachelor- und Masterstufe, die Zahl der Studienanfänger und die Bandbreite der Lehrleistung je Studierenden (Curricularwert). Die Vereinbarung sollte für die einzelnen Fakultäten differenziert getroffen werden (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 - 3 und S. 2 HbgAKapG). Es sollte dann Aufgabe des Präsidiums sein, die Lehrleistung und die Aufnahmekapazitäten auf die Studiengänge zu verteilen (§ 3 Abs. 1 S. 1 HbgAKapG).

2. Die Intervention des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts

Das Regelungskonzept des HbgAKapG beruhte auf der Prämisse, dass die Gestaltungsfreiheit für lokale Zulassungsbeschränkungen deutlich größer sei als für bundesweite Mangelfächer. Der Gesetzgeber konnte sich dabei auf das Leiturteil des Bundesverfassungsgerichts stützen,

- BVerfGE 33, 303 (328) -

das die Reichweite seiner Aussagen auf den sog. absoluten numerus clausus beschränkt hatte:

„Lokale und strukturelle Beschränkungen, die nur die Wahl einer bestimmten Universität erschweren, oder Beschränkungen, die lediglich bereits zugelassene

Studierende höherer Semester berühren (können), außer Betracht bleiben.“

Die Konzentration auf diese Aussage im Leiturteil des Bundesverfassungsgerichts konnte nicht als gegeben voraussetzen, was die Judiaktur in diesem Zusammenhang zu den Bachelorbedingungen hochdifferenzierten Studiengängen sagen würde, dass nämlich für bestimmte Studiengänge alle Hochschulen lokale Zulassungsbeschränkungen vorsehen, so dass als normativer Effekt dieselbe Lage wie bei einem harten numerus-clausus-Fach entsteht, wie die nachfolgend behandelte Entscheidung des Hamburger Obergerverwaltungsgerichts aufgezeigt hat.

Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht hatte insoweit über den Zulassungsantrag zum Studium im Fach Stadtplanung zu entscheiden.

- Hbg OVG v. 9. Februar 2015 - 3 Nr 55/14 -

Das Gericht stellt fest, dass der Antrag auf Zulassung zu einem Studiengang gestellt ist, „für den die Zulassung im gesamten Bundesgebiet an öffentliche Hochschulen mit Präsenz beschränkt ist.“

- Hbg OVG, a.a.O., U.A. S. 6 - 8 -

„Die Möglichkeit eines anderenorts zulassungsfreien Zugangs zu einem Studium, das dem hier vorgetragenen gleicht“, konnte nicht schlüssig dargelegt werden.

- Hbg OVG, a.a.O., U.A. S. 7 -

Dem stehe es gleich, wenn der „hier streitige Studiengang derartige Besonderheiten“ aufweise, „dass vergleichbare (Präsenz-)Studiengänge aus anderen staatlichen Hochschulen im Bundesgebiet nicht angeboten werden.“

„Denn in beiden Fällen wird für die Aufnahme des Studiums in dem angestrebten Studiengang nicht nur die Wahl einer bestimmten Hochschule erschwert, sondern es besteht ein absoluter Numerus clausus für Studienanfänger in dieser konkreten Fachrichtung. Für die

Vereinbarkeit der Zulassungsbeschränkung in Hamburg mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ist daher die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum absoluten Numerus clausus (m.Nachw. aus der Rspr. d. BVerfG) heranzuziehen."

- HbgOVG U.A. S. 8; insoweit weniger streng OVG Berlin, v. 19.03.2008 - Az. OVG 5 NC 125.07 -

Es ist für diesen Sachbericht nicht weiter darlegungsbedürftig, dass die Vereinbarungslösung dann den Maßstäben für den strengen numerus clausus nicht standhält:

- Beim strengen numerus clausus setzt die Eingriffsrechtfertigung für Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG voraus, dass die Funktionsfähigkeit der Hochschule die Studienplätze limitiert - nicht Profilierung der Studiengänge und auch nicht autonome Schwerpunktsetzung.
- Unter strengen numerus-clausus-Bedingungen ist eine bloß „angemessene Befriedigung“ der Nachfrage als Abwägungsposten in der Vereinbarung zu wenig; sie ist auch als Eingriffslegitimation sub specie Verhältnismäßigkeit unzureichend.
- Das Kapazitätserschöpfungsgebot als Leitregel ergibt sich aus dem Gesetz nicht.
- Der Modus der Vereinbarung schafft zu wenig normative Steuerung in der Mangellage.
- Der Vereinbarungsmodus ist mit der Wesentlichkeitstheorie, nach der der Gesetzgeber bei Grundrechtseingriffen das Wesentliche selbst regeln

muss, unvereinbar, weil den Vertragspartnern auch keine gesetzlichen Leitbilder vorgegeben sind, an denen sie sich orientieren könnten und müssten. Es fehle an konkreten nachprüfbaren im Gesetz geordneten Kriterien.

- Der Ermächtigungsmangel der Vereinbarung teilt sich auch den niederrangigen Normierungen mit, wie hier der entsprechenden Satzung der Hochschule.

Bei dieser Lage wird die Zulassung nur durch die Funktionsunfähigkeit der Hochschule limitiert.

- OVG Hbg, U.A. S. 10 - 16 -

Der Hamburgische Gesetzgeber hat sich dann durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuordnung des Kapazitätsrechts

- v. 15. Mai 2015, HmbGVBl. S. 97 -

für das Wintersemester 2015/2016 und das Sommersemester 2016 Luft für eine Reform der Reform verschafft, indem er das am Kapazitätäterserschöpfungsgebot orientierte Alt-Recht transitorisch wieder in Geltung gesetzt hat.

II.

Der neuerliche Reformansatz

1. Schlussfolgerungen aus dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts

a) Die eben zitierte gesetzgeberische Reparaturmaßnahme mit ihrer Interimslösung hatte das HbgAKapG nur suspendiert - und nicht außer Kraft gesetzt, weil der Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts nur im einstweiligen Rechtsschutz ergangen war, das die Gültigkeit der Normen notwendig unberührt gelassen hat

und selbst ein Hauptsacheverfahren nur zu einer Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht führen könnte (Art. 100 GG). Deshalb soll das HbgAKapG novelliert werden. Einige Eckpunkte werden geändert bei Kontinuität der Struktur.

b) Ein erster Schritt, der den Gegebenheiten der Profilierung von Studiengängen Rechnung tragen soll, ist die Einführung des sogenannten Bandbreitenmodells.

Ausgangspunkt bleibt die KapVO, so dass das Prinzip der Kapazitätserschöpfung weiter gilt; die KapVO wird aber nicht auf fixe Standard-Curricularwerte bezogen, sondern auf Curricularwerte, die der Größe nach variieren dürfen, allerdings nur innerhalb bestimmter Schranken. Der Curricularwert bestimmt den im Deputatsstunden gemessenen Aufwand der beteiligten Lehreinheiten, der für die ordnungsgemäße Ausbildung eines Studierenden in dem jeweiligen Studiengang erforderlich ist. Für den Curricularwert wird normativ eine Bandbreite festgelegt, die die Leitplanken für die Hochschulen bei der Feststellung des Curricularwertes für einen Studiengang darstellen.

Beispiel: Rechtswissenschaft 1,6 - 2,4; wird der Curricularwert mit 1,6 festgelegt, ist die Zahl der Studierenden höher als bei der Festsetzung mit 2,4; die Fakultäten können so in nicht unerheblichen Ausmaß über die Zahl der Studienplätze disponieren. -

Eine solche Regelung ist weit davon entfernt, kapazitätsunfreundliche „Luxus-Studienbedingungen“ zu ermöglichen, wie dies in der Judikatur der Verwaltungsgerichte nachlesbar ist. Es geht keineswegs darum, im hoch nachgefragten Studienbetrieb zu „notstandskonformen Minimalanforderungen“ zu greifen; das hätte zur

Folge, dass dort, wo die Nachfrage am größten ist, nur die geringsten Qualitätsanforderungen an die Ausbildung gestellt werden dürften. Insoweit hat es schon in einem frühen Stadium der Studienplatzdiskussion geheißen:

„Die übergreifende Leitregel erfordert keine Maximierung der Zulässigkeitszahl auf Kosten der Ausbildungsqualität; sie verbietet lediglich eine Niveau-pflege, die ein *Ausbildungsideal* anstrebt.“

- VGH Baden-Württemberg, v. 28. August 1975 -
IX 450/75 ESVGH 27, 40 Ls. 12; Hervorhebung
nur hier -

Die Kapazität darf also nicht so konturiert werden, dass bei Engpässen optimale Studienbedingungen zugrunde gelegt werden.

In dem Maße, wie Studiengänge gewissermaßen individualisiert werden, ist die Antwort über einen einzigen Zahlenwert eines Curricularwertes sachunangemessen; zwischen den Polen einer „notstandskonformen Minimal-lösung“ und dem „Ausbildungsideal“ gibt es einen Raum der Einschätzung dessen, was ein Studiengang in seiner konkreten Ausformung vernünftigerweise für ein hohes Ausbildungsniveau braucht (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HbgAKapG).

Dieses Breitbandmodell ist auch in anderen Bundesländern etabliert; es ist auch verfassungsmäßig.

- s. Wolfgang Löwer, Rechtsfragen der Einführung eines Curricularwertes (Wissenschaftsrecht, Beiheft 20), 2010 -

c) Der Modus der Kapazitätsvereinbarung (in einer Ziel- und Leistungsvereinbarung) wird aufrechterhalten allerdings nicht ohne erhebliche Modifikationen.

Der Gesetzesentwurf bringt die Modifikation auf die Formel: „Trennung von Binnen- und Außenverhältnis.“

- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung kapazitätsrechtlicher Regelungen, Bürgerschaft
Dr. 21/2519 S. 1 -

Die Vereinbarung über die Kapazität bleibt danach das „Hauptsteuerungsinstrument des Staates“, an dem die Bürgerschaft teilhaben soll.

Sie soll vergleichbar dem Haushalt des Landes reines Binnenrecht der öffentlichen Hand ohne Außenwirkung sein; sie soll also Forderungsrechte für Studienbewerber weder schaffen noch ausschließen.

„Aus diesem Grund haben die Vereinbarungen gegenüber Studienbewerberinnen und Studienbewerber zukünftig keine grundrechtsbegrenzende Funktion mehr. Durch diese Trennung von Binnen- und Außenverhältnis wird ein klares und transparentes System geschaffen.“

- Bürgerschaft Drs. 21/2519 S. 1

Normativ wird der Befund dadurch zur Ausdruck gebracht, dass in § 2 Abs. 4 HbgAKapGE (1) der Adressat der Verpflichtung an der Vereinbarung der Aufnahmekapazität explizit genannt wird: „Die Hochschule ist gegenüber der Freien und Hansestadt Hamburg verpflichtet, ihre personelle und sächliche Ausstattung so zu planen und zu steuern ...“. In § 2 Abs. 4 wird darüber hinaus (2) ausdrücklich jedes Forderungsrecht eines Dritten ausgeschlossen: „Rechte oder Pflichten Dritter werden durch die Vereinbarung weder begründet noch aufgehoben.“

III.

Sachverständige Kritik

Nach den mir vorgelegten Informationen ist an dem Vereinbarungsmechanismus in einer Expertenanhörung vom 16.02.2016 der Einwand erhoben worden, dass so die Rechtsunsicherheit und die Rechtsrisiken vergrößert wurden. Die Gerichte könnten und müssten nachprüfen, ob derartige Vereinbarungen den strengen Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 GG genügten. Etwaige Abwägungsmängel bei Abschluss der Vereinbarungen könnten sodann auf die festgesetzten Zulassungszahlen „durchschlagen“ und deren Rechtswirksamkeit gefährden. Auch müsste wohl der Abwägungsprozess bei Abschluss der Vereinbarung dokumentiert werden.

Die Einwände sind offenbar von der oben referierten Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes abgeleitet; sie werden jetzt auf die Reform transponiert.

Es ist damit die Frage gestellt, ob die Prüffragen des Beschlusses des Obergerichtes aus dem Eilverfahren auch auf die Neuregelung passen oder ob die Reformschritte zu einer solchen Differenz führen, dass sie eigenständig zu beurteilen sind.

C.

Zuerst sind einige verfassungsrechtliche Eckpunkte zu benennen (I) auf deren Grundlage die Fragen zu beantworten sind (II).

I.

Resultanten aus dem Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts in Bindung an die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts

Das Gericht hat drei wichtige verfassungsrechtliche Determinanten benannt, die aus der bindenden Judikatur des Bundesverfassungsgerichts folgen.

(a) Die Studienwahl ist eine Berufswahlentscheidung. Zugangs- und Zulassungshürden sind Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG; daraus folgt die Vorbehaltspflicht für solche Eingriffsregelungen („durch oder aufgrund eines Gesetzes“). Eine Regelung der Kapazität durch Vertrag kommt deshalb im Ansatz nicht in Betracht, wenn die Zulassungszahl statt durch oder aufgrund eines Gesetzes im Verhandlungswege gefunden werden soll. Wenn die Vertragsparteien für den Vertragsschluss durch entsprechende gesetzliche Rahmendaten hochdeterminiert wären („aufgrund eines Gesetzes“), wäre der Vertrag kein vernünftiger Modus, weil dieser seine (relative) Richtigkeitsgewähr aus der (möglichst paritätischen) wechselseitigen Verhandlungsmacht gewinnt. Ist der Vertragsinhalt aber rechtlich intensiv vorgeprägt und besteht auch keine freie Wahl des Vertragspartners, ist der Vertrag als Handlungsform nicht geeignet und auch nicht sinnvoll.

(b) Wenn es um Fächer mit hartem numerus clausus geht, ist das Kapazitätser schöpfungsgebot nicht hintergehb ar, gewiss auch nicht mit dem Mittel des Vertrags.

(c) Was heißt Kapazität?

Mit dem Verfahren der Kapazitätsermittlung hat sich das Bundesverfassungsgericht u.a. in seiner Entscheidung vom 22. Oktober 1991 beschäftigt.

- BVerfGE 85, 36 -

Die kapazitätsermittelnde Vorschrift muss danach normativ die für die Lehre zur Verfügung stehende Zeit ermitteln. In diesem Zusammenhang hatte das Bundesverwaltungsgericht seine Kontrollmaßstäbe weit zurückgenommen

- BVerwG, v. 13. Dezember 1984 - 7 C 3/83 -

BVerwE 70, 318 -

als dies das Bundesverfassungsgericht billigt. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich insbesondere einer Kontrolle der Begründung der Curricularwerte verschlossen.

Dem ist das Bundesverfassungsgericht entschieden entgegengetreten. Die Art der Kapazitätsermittlung gehöre zum Kern des Zulassungswesens. Das Gericht konzidiert, dass die Kapazität weitgehend normativ bestimmt und von Wertungen abhängig ist. Das sei aber nicht mit einem unbeschränkten Freiraum der Wissenschaftsverwaltung zu verwechseln. Es seien vielmehr zur Gewährleistung gleicher Zulassungschancen objektivierte und nachprüfbare Kriterien für die Kapazitätsermittlung in normativer Form zu entwickeln.

- BVerfGE 85, 36 (56 f.) -

Das klingt einigermaßen unerfüllbar und wird deshalb auch sogleich relativiert: Aus dem Gebot der erschöpfenden Kapazitätsauslasten ließen sich „keine konkreten

Berechnungsgrundsätze ableiten, die allein zutreffend gelten könnten."

- BVerfGE 85, 36 (56 f.) -

Das müsse schon deshalb so sein, weil der Kapazitätsberechnung immer auch eine Abwägungsentscheidung zwischen verschiedenen Interessen zugrunde liege, etwa mit der grundrechtlich geschützten Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschullehrer und den Ausbildungsbedürfnissen der bereits zugelassenen Studenten.

Gegenüber den Üblichkeiten der 80er Jahre mit wesentlich homogenen Studiengängen ist zu ergänzen, dass auch der erheblich gewachsene Diversifikation der Studiengänge Rechnung zu tragen ist. Das Gericht konzidiert jedenfalls, dass aus dieser Lage ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum der Verordnungsgeber erwächst. Das gestalterische Ergebnis „muss aber den Bindungen rationaler Abwägung genügen“, damit eine etwaige Kapazitätsminderung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt bleibe, was die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch prüfen müsse.

- BVerfGE 85, 36 (57) -

Deshalb verlangt das Gericht eine Begründungspflicht in Richtung des Nachweises der Ausschöpfung der Kapazität.

- BVerfGE 85, 36 (58) -

Das bedeutet erstens nicht, dass ein Bandbreitenmodell nicht möglich wäre; die Aussagen des Gerichts fußen noch auf der Basis einer relativen Gleichförmigkeit der Curricula (die durch staatliches Recht in den Staatsexamensfächern auch heute noch bis zu einem gewissen Grad vorgegeben ist, nach betroffenen Fach etwas unterschiedlich). Unter dem Blickwinkel bewusster und gewollter Verschiedenheit der Studiengänge wäre der Einheits- und Curricularwert eine gleichheitsrechtlich im-

mer problematische Fiktion, so dass das Bandbreitenmodell zulässig ist, weil es diese Konsequenz erzwingt. Es bleibt aber beachtlich, dass für den gewählten Curricularwert innerhalb der Bandbreite rational muss argumentiert werden können, dass ihm also eine curriculare Rechtfertigung zugrunde liegen muss.

b) Wer entscheidet über Kapazität?

Es ist auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kompatibel, dass der Staat die Bandbreite fixiert und die Fakultäten den Curricularwert innerhalb dieser Grenze festsetzen.

Die Vorgehensweise entspricht grosso modo der vom Bundesverfassungsgericht geprüften Eckdatenverordnung nordrhein-westfälischer Provenienz.

BVerfGE 93, 85 -

Dass der Landesgesetzverordnungsgeber Eckdaten wie Obergrenzen für Studienvolumina, für die Zahl der Prüfungsvorleistungen vorgeben dürfte, war für das Gericht unproblematisch. Eine solche Eckdatenverordnung trage dem Umstand Rechnung, dass die Hochschulen nicht nur der Pflege der Wissenschaft dienen, sondern vor allem auch die Funktion von Ausbildungsstätten für bestimmte Berufe hätten.

- BVerfGE 93, 85 (95) -

Durch die Befugnis des Verordnungsgebers zur Setzung solcher im Wesentlichen quantitativer Eckdaten werde der Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit nicht angetastet.

- BVerfGE 93, 85 (96) -

Das Bundesverfassungsgericht hält gerade kooperative Rechtssetzungsmechanismen in diesem Zusammenhang für besonders geeignet:

„Auch in den neuen Regelungen beschränkt sich der Gesetzgeber auf strukturelle Vorgaben und überlässt die inhaltliche Ausgestaltung den Fakultäten (...). Den Fakultäten verbleibt sonst weiterhin ein ausreichender Spielraum, innerhalb dessen sie der freien Lehre durch eine unterschiedlich inhaltliche Ausgestaltung ihrer Studiengänge ausreichend Rechnung tragen können.“

- so der Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats, v. 7. August 2007 - 1 BvR 2667/05 - NVWZ-RR 2008, S. 33 (34) -

Das lässt sich ohne weiteres auf die hiesige Verantwortungsverteilung übertragen: Der Verordnungsgeber regelt auf gesetzlicher Grundlage Bandbreiten, die die Universitäten kraft autonomen Rechts konkretisierend ebenfalls durch Normerlass ausfüllen.

c) Kapazitätserschöpfung nach Maßgabe eines Globalhaushaltes

Ansonsten habe ich schon darauf hingewiesen, dass die Kapazitätssteuerung im System des Globalhaushaltes ein erhebliches Problem darstellt. Im ursprünglichen System der Haushaltsaufstellung wurden Personal und Sachmittel getrennt zugewiesen, Personalmittel nach einem Stellenplan, der zugleich die Verteilung der Staatshaushaltsmittel dirigierte, weil die Mittel für Personalstellen nicht anderweit deckungsfähig waren.

Solche Bindungen entfallen, wenn die Mittel nur noch global, also mit allseitiger Deckungsfähigkeit als Landeszuschuss gewährt werden.

- s. Wolfgang Löwer, a.a.O., S. 51 - 57 -

Die Hochschulen erhalten hierdurch eine beträchtliche Gestaltungsmacht und können ihre Ressourcen zwischen

„teuren“ und „billigen“ Studiengängen, zwischen Personal- und Sachmitteln sowie zwischen Lehr- und Forschungsausgaben selbst gewichten. Damit können die Hochschulen die Lehrausbeute ihres Budgets steuern.

Der Globalhaushalt schwächt also eine Aufgabe, die zu-
vorderst eine des Landes ist:

Es ist ein gesamtsstaatliches Interesse, das fragmen-
tiert nach Ländern wahrgenommen wird - Studieren ist
ein bundesweiter Sachverhalt! -, allen Studienanfängern
zu einem Studium ihrer Wahl zu verhelfen. Es ist das
Land, das die Verantwortung für die Größe der Studie-
rendenzahl trifft, weil sie eine Ableitung aus der
staatlichen Finanzverantwortung für die Hochschulen
ist. Das Land verfolgt hier ein genuin staatliches
Steuerungsinteresse, das die Hochschulen als gegeben
hinzunehmen haben.

- s. § 6 Abs. 2 Nr. 4 HbgHG; dort werden die
Ermittlung der Ausbildungskapazität und die
Vorschläge für die Festsetzung der Zulas-
sungszahlen ausdrücklich als staatliche Auf-
tragsangelegenheit bezeichnet, also der aka-
demischen Selbstverwaltung entzogen -

Deren Autonomie entfaltet sich in der Ausgestaltung der
Studiengänge, die wiederum influenzierend auf das
staatliche Finanzmanagement reflektiert, weil dem Staat
damit ein Kostensignal über den Finanzaufwand für be-
stimmte Studiengänge gegeben wird.

Wenn man nach dem Ort fragt, der Sitz für die Steue-
rungsinteressen des Landes unter den Bedingungen des
Globalhaushaltes sein kann, drängt sich die Antwort
auf: Die Ziel- und Leistungsvereinbarungen (§ 2 Abs. 3
HbgHG). Aber selbstverständlich sind Verträge auch

außerhalb der Ziel- und Leistungsvereinbarungen möglich.

II.

Beantwortung der Fragen

1. Die Reformlösung als Antwort auf die verfassungsrechtlichen Eckpunkte

Wenn für die Studiengänge an den Hamburger Hochschulen eine Differenzierung in „harte“ und „lokale“ Zugangsbeschränkungen nicht mehr oder nur mit Unsicherheiten möglich ist, müssen sie sämtlich wie harte numerus clausus Studiengänge behandelt werden.

Das hat die Konsequenz, dass das Kapazitätserschöpfungsgebot für sie gilt. Dem trägt der Gesetzgeber Rechnung, in dem er auf die KapVO als anwendbares Recht verweist (§ 3 Abs. 3 HbgAKapGE). Er trifft im Übrigen ergänzende normative Regelungen zur Kapazitätsermittlung in § 3 Abs. 3 Sa. 2 Nr. 1 - 9 HbgAKapG-E. Die Regelungen genügen dem Erfordernis des Gesetzesvorbehalts; deren Verfassungsmäßigkeit im Übrigen ist nicht Gegenstand der hiesigen Prüfung.

2. Bandbreitenlösung

Wie bereits festgestellt ist die Bandbreitenlösung verfassungsmäßig. Sie trägt einem schützenswerten verfassungsmäßigen Belang Rechnung, nämlich die gesetzlich gewollte Profilierung der Studiengänge nach Einführung der Bachelor- und Masterstruktur ein Stück weit abbilden zu können.

Die Legitimation der Umstellung des Studiensystems hat die 2. Kammer des Ersten Senats bereits in ihrer Entscheidung vom 7. August 2007 bejaht. Der Gesetzgeber verfolge mit dem Umbau des Studiensystems „legitime hochschulpolitische Ziele insbesondere im Interesse der Studierenden“, u.a. verfolge er das Ziel, die Studienabschlüsse länderübergreifend kompatibel zu machen und Hochschulwechsel zu erleichtern. „Die gesetzgeberische Zielordnung ist weder willkürlich noch sachwidrig. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber von vertretbaren, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Motiven leiten lassen.“

- BVerfG, 2. Kammer Erster Senat, v. 7. August 2007 - NVwZ-RR 2008, 33 (34) r.Sp. unter bb)

Die Abkehr von einem Einheitscurriculum ist verfassungsrechtlich schon deshalb legitim, weil sie dazu führt, dass die Curricularwerte einen weniger fiktionalen Charakter gewinnen.

3. Steuerungsprobleme

Es liegt auf der Hand, dass der Staat die entstehenssichernden Voraussetzungen für die Verwirklichung beruflicher Entfaltungsfreiheit durch Berufswahl für die akademischen Berufsabschlüsse durch sein eigenes Leistungsangebot resp. durch Genehmigung eines ergänzenden privaten Angebots bei sich monopolisiert hat. Er steht deshalb in der Verantwortung ein den Erfordernissen genügendes hochschulisches Ausbildungssystem zu schaffen. Diese Verantwortung ist zunächst eine Ressourcenverantwortung, also eine Finanzierungsverantwortung, weil die Hochschulen die nötigen Finanzmittel anders nicht generieren können.

Er steht überdies in einer curricularen Mitverantwortung, die er gemeinsam mit den Hochschulen wahrnimmt. Das zeigt sich besonders deutlich in den Staatsexamensfächern, gilt aber darüber hinaus für alle Studiengänge. Der Staat nimmt seine Verantwortung insoweit auch durch die Akkreditierungsverfahren wahr. Die Gesetzgebung sieht daher folgerichtig vor, dass die Curricularwerte im Zusammenwirken von Staat und Hochschule (Kondominium) entstehen.

Wenn das staatliche Recht nun ein Bandbreitenmodell aus den oben genannten Gründen praktizieren will, gerät die Zahl der Studienplätze ein Stück weit ins Ungewisse, wenn z.B. für alle Studiengänge ein hoher Curricularwert festgesetzt wird.

Die „Kalkulationsbasis“ einer Zuschussplanung des Landes für seine Hochschulen ist nicht zuletzt eine vorgestellte Anzahl von Studienplätzen. Wenn das Land in dieser Lage steuernden Einfluss auf die seinem Finanzengagement entsprechenden Größe des Ausbildungssystems behalten will, ist die Zielvereinbarung (Kapazitätsvereinbarung) der der Landesverantwortung Raum gebende Modus.

III.

In diesem Lichte sind die eingangs gestellten Fragen zu beantworten.

1. Generalfrage

Kommen ministerielle Vereinbarungen zwischen Staat und Hochschule über Lehrleistung, Curricularwerte und Studienanfängerzahlen allgemein oder nach dem Gesetzes-

entwurf des HbgAKapG-E Drittwirkung gegenüber Studienbewerbern zu?

a) Allgemein

Die Frage lässt sich „allgemein“ kaum beantworten, weil „Vereinbarungen“ die Verbindlichkeit haben, die sie durch die sie zustande bringenden Willenserklärungen haben sollen. „Allgemein“ ist eine Frage der Auslegung, ob ein Vertrag begünstigende Drittwirkung haben soll.

Immerhin ist rechtlich zu den Ziel- und Kapazitätsvereinbarungen zu sagen: Aus der Vokabel der „Verbindlichkeit“ der Ziel- und Leistungsvereinbarungen ergibt sich, dass die sich deckenden Willenserklärungen auf eine Rechtsfolge gerichtet sind; folglich sind die Ziel- und Leistungsvereinbarungen Verträge.

- vgl. Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 28 -

Der Gegenstand des Vertrages ist die Aufgabenwahrnehmung öffentlich-rechtlicher Rechtssubjekte,

- zur Qualifikation eines Vertrages nach seinem Gegenstand s. Bonk/Neumann, a.a.O., § 54 Rn.

71 -

da die Hochschule ihr Leistungsangebot, das „irgendwie“ Gegenstand des Vertrages ist, hoheitlich erbringt; es handelt sich also um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Er ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art und auch kein Verwaltungsabkommen, weil es nicht um eine Vereinbarung zwischen mehreren Ländern oder Behörden verschiedener Rechtsträger geht.

- Bonk/Neumann, a.a.O., § 54 Rn. 71

Der Vertrag ersetzt keinen Verwaltungsakt (§ 54 Abs. 1 S. 2 VwVfG), so dass der Vertrag als koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag zu qualifizieren ist.

- vgl. Bonk/Neumann, a.a.O., § 54 Rn. 58; speziell für die hamburgische Zielvereinbarung als koordinationsrechtlicher Vertrag s. Anita Winkler-Bondatschuk, in: Mathias Neukirchen u.a. (Hrsg.), Hamburgisches Hochschulgesetz, 2011, § 2 Rn. 11

Auch in Verträgen können subjektive Forderungsrechte für Dritte begründet werden; das ist auch im öffentlichen Recht zulässig (§ 62 i.V.m. § 328 BGB).

- s. Bonk/Neumann, a.a.O., § 54 Rn. 30 -

Es ist also denkbar, dass die Zielvereinbarung so konzipiert wurde, dass die Studienplatzbewerber ein Recht darauf haben könnten, dass die kontraktlich versprochene Anzahl an Studienplätzen auch tatsächlich zugänglich ist.

„Allgemein“ könnte das in Betracht kommen, wie sich aus § 62 VerfG i.V.m. § 328 Abs. 1 BGB ergibt, wenn diese Dritten hinreichend bestimmt sein sollten, wenn auf die gestaltlose Gruppe zukünftige Studienplatzbewerber verwiesen wird. Das mag hier im Ergebnis dahinstehen.

- Zur Bestimmbarkeit des oder der Dritten s. Palandt-Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 328 Rn. 3 -

Ob eine solche Drittbegünstigung gewollt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wenn der Vertrag dazu keine explizite Bestimmung enthält (§ 62 VwVfG i.V.m. § 328 Abs. 2 BGB). Das verweist auf den Gesetzesentwurf weiter.

b) Drittbegünstigung nach dem Gesetzentwurf

Die Zielvereinbarung als Kontrakt über die Aufgabewahrnehmung hoheitlicher Aufgaben ist als Vertragstypus schon nicht auf die Begründung von Forschungsrechten Dritter gerichtet. Sie ist Steuerungsinstrument des Staates zur Kompensation insbesondere der durch die Globalhaushalte verlorengangenen Haushaltssteuerung. Das würde eine Drittbegünstigung, die in einer konkreten Zielvereinbarung durch Auslegung ermittelt wurde, noch nicht a limine ausschließen. Hier entscheidet sich aber der Gesetzgeber dafür, die Frage explizit normativ zu regeln:

§ 2 Abs. 1 S. 3 HbgAKap-E benennt die Aufnahmekapazitäten als Vereinbarungsgegenstand mit den Hochschulen und deren Fakultäten. Um nun jede Diskussion darüber auszuschließen, ob damit auch eine Drittbegünstigung soll einhergehen können, fügt § 2 Abs. 4 S. 2 HbgAKapG-E an die Verpflichtung, die Ausbildungskapazität auch vereinbarungsgemäß bereitzustellen, den Satz an: „Rechte oder Pflichten Dritter werden durch die Vereinbarung weder begründet noch aufgehoben.“

Eine solche gesetzliche Klarstellung etwaigen Drittschutzes ist übrigens nicht völlig ungewöhnlich. Der Bundesgerichtshof war vor vielen Jahren unter Durchbrechung des Satzes, dass Staatsaufsichtsnormen keine drittschützende Wirkung im haftungsrechtlichen Sinne sind, im Fall der Bankeninsolvenz der Herstatt-Bank auf die Idee gekommen, dass die Bankenaufsichtsnormen auch dazu bestimmt und geeignet seien, die Kunden mit ihren Einlagen zu schützen. Daraufhin hat der Gesetzgeber flugs in das damalige Kreditwesenaufsichtsgesetz den Passus eingefügt, dass die Aufsicht nur im öffentlichen

Interesse ausgeübt wird, der Norm also explizit ihre drittschützende Wirkung genommen.

Fazit: Die Kapazitätsvereinbarung wahrt die staatliche Verantwortung für ein zureichendes Studienplatzangebot in der Kooperation zwischen Hochschule und Staat. Sie limitiert im Verhältnis Staat-Hochschule die Risiken, die aus dem praktizierten Bandbreitenmodell für die Zahl der Studienplätze erwachsen könnten. Die Kapazitätsvereinbarung ist für das Land im Sinne einer Selbstverpflichtung zur Finanzierung der vereinbarten Kapazität relevant. Da die Kapazitätsvereinbarung nur im Binnenraum des Landes wirkt, also grundrechtlichen Anspruch unberührt lässt, ist die Sachregelung auch nicht gesetzesvorbehaltspflichtig. Hier liegt eine gewichtige Unterscheidung zu einer reinen Vereinbarung.

Es ist schon nach der Konzeption des Vertrages fernliegend, dass im Vertrag Forderungsrechte auf eine bestimmte Anzahl von Studienplätzen begründet werden sollen. Die explizite Regelung des Ausschlusses eines Forderungsrechts Dritter stellt eindeutig klar, dass die Kapazitätsvereinbarung kein Vertrag zugunsten Dritter ist.

c) Nur ergänzend sei angemerkt: Auch die Frage, ob der Vertrag nicht ggf. ein solcher zu Lasten Dritter sein könnte - er wäre dann schwebend unwirksam,

s. § 58 Abs. 1 VwVfG, die Vorschrift gilt auch für koordinationsrechtliche Verträge, s. Bonk/Neumann, a.a.O., § 58 Rn. 8 -

weil die drittbelasteten Studienplatzbewerber dem Vertrag nicht zugestimmt hätten und auch nicht zustimmen würden -, stellt sich aus den vorgenannten Gründen nicht. Die Rechtswirkungen des Vertrages beschränken

sich auf das Rechtsverhältnis zwischen Land und Hochschule.

2. Einzelfragen

a) Können ministerielle Vereinbarungen zwischen Staat und Hochschule von der Hochschule zur Rechtfertigung von Zulassungsbeschränkungen gegenüber Studienbewerbern herangezogen werden?

Die Frage gewinnt Kontur, wenn man sich überlegt, nach welchen Normen die Zulassungsentscheidung, die ein Studienbewerber beantragt, ergeht. Der Zulassungsbewerber braucht eine Anspruchsnorm, die sich aus dem Zusammenwirken von Hochschulzulassungsgesetz, dem Ausbildungskapazitätsgesetz und autonomem Recht ergibt. In diesem Rahmen gilt das Kapazitätserschöpfungsgebot, das die Kontrollnorm für die Zulassungszahlen abgibt. Der Anspruch auf Zulassung besteht nur in diesem Rahmen, weil Kapazität nur nach der Maßgabe dieses Normenensembles besteht. Wenn hier nach „freier Kapazität“ gesucht wird - „frei“ am Maßstab der normativ ermittelt zur Verfügung gestellten Studienplatzzahl im Abgleich mit dem tatsächlich ermittelten Kapazitäten - müssen die realen Ausbildungsmöglichkeit im Sinne einer Kapazitätserschöpfung geprüft werden. Werden in diesem Verfahren freie Plätze „gefunden“, sind diese nach Maßgabe entsprechender - verwaltungsgerichtlich - eingeübter Praxis zu verteilen.

Keine Rolle kann in diesem Zusammenhang die Kapazitätsvereinbarung spielen, weil sie nur im Binnenraum zwischen Hochschule und Ministerium gilt,

- s. zur Trennung von Binnen- und Außenverhältnis, Bürgerschaft Drs. 21/2519 S. 1 -

die überdies bloße Plan-Sollzahl ist, die über tatsächliche Studienplätze nach Maßgabe der Kapazitätsdetails keine Aussage macht und machen will.

Wenn die nach den Regeln des Kapazitätsrechts ermittelte Ist-Kapazität kleiner ist als die Zahl in der Kapazitätsvereinbarung, diese aber im Außenverhältnis gelten sollte, liefe dies darauf hinaus, dass es neben dem Kapazitätserschöpfungsgebot eine Pflicht zur Schaffung von Kapazität gäbe, die aber als subjektives Forderungsrecht aus der Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1) gerade nicht folgt (sonst wäre der numerus clausus per se verfassungswidrig). Dies war der Grund dafür, dass das Bundesverfassungsgericht den Staat in der Pflicht sieht, den Mangel gleichheitsgerecht zu verwalten und die Konsequenzen eines numerus clausus so gering wie möglich zu halten (Ausschöpfung der vorhandenen Kapazität).

- BVerfGE 33, 303 Ls. 2 und 3 sowie S. 322 f.

Wenn ein Gesetzgeber zu dieser grundrechtlichen Ausgangslage Gegenläufiges gewähren wollte, würde er dies explizit sagen müssen. Hier sagt er das genaue Gegenteil: Forderungsrechte auf eine bestimmte Kapazität sollen gerade nicht begründet werden.

Fazit: Der Zulassungsanspruch richtet sich nach dem staatlichen und autonomen Zulassungsrecht. Die Kapazitätsvereinbarung ist nicht Teil des Zulassungsrechts, so dass eine Hochschule die Kapazitätsvereinbarung auch nicht zur Beschränkung von Zulassungsentscheidungen heranziehen darf.

b) Können Studienbewerber sich ggf. auf die Unterfüllung ministerieller Vereinbarungen zwischen Staat und Hochschule oder auf „Abwägungs- und Verfahrensfehler“ bei Abschluss der Vereinbarung berufen?

Wenn die Anspruchsposition der Studienbewerber sich aus dem Zulassungsrecht ergibt, die Kapazitätsvereinbarung aber nicht zum Zulassungsrecht gehört, liegt einigermaßen auf der Hand, dass ein Bewerber seinen Anspruch nicht auf die Zahlen in der Kapazitätsvereinbarung stützen kann. Sein ehernes Gesetz ist das Kapazitätserschöpfungsgebot. Wenn die Kapazitätsprüfung am Maßstab von KapVO und HbgAKapG keine freie Kapazität ergibt, besteht dies auch dann nicht, wenn die Kapazitätsvereinbarung von einer höheren Studienplatzzahl als hochschulische Verpflichtung ausgeht.

Die Kapazitätsvereinbarung ist, wie bemerkt, Plan-Sollzahl, die über das Kapazitätser schöpfungsgebot nicht zu verfügen vermag. Bei einem positiven Delta zwischen Kapazitätsvereinbarung und dem Ergebnis der Kapazitätser schöpfung würden, wenn das Delta durch Zulassung geschlossen werden müsste, auf dem normativ fixierten Niveau des Curricularwertes fiktive Studienplätze geschaffen. Da niemand fiktiv ausgebildet werden kann, wäre diese Vorgehensweise unzulässig. Entscheidend bleibt, wie schon bemerkt, dass die Vereinbarung eine Soll-Zahl ist, auf die das Land sich mit seinen Hochschulen verständigt. Die Verständigung sagt nichts darüber aus, wie viele Studienplätze tatsächlich vorhanden sind. Bei einem negativen Delta, die Plan-Sollzahl der Vereinbarung ist niedriger als die Zahl, die aus der Kapazitätser schöpfung folgt, besteht also ein Zulassungsanspruch nur auf tatsächlich vorhandene

Studienplätze. Die Kapazitätsvereinbarung bleibt insofern ohne Bedeutung.

Entscheidend ist auch hier wieder die Differenzierung in das Binnen- und das Außenverhältnis: Die Kapazitätsvereinbarung gehört mit darauf bezogener Zwecksetzung in den Binnenraum; es gibt keine Brücke in das Außenverhältnis.

Deshalb ist auch der im Binnenraum vorgenommene „Abwägungsprozess“ für das Außenrechtsverhältnis schlicht irrelevant. Die vom Bundesverfassungsgericht statuierte Begründungslast für die Kapazitätsfestsetzung

- s. oben S. 16 -

gelten im Außenverhältnis als verfahrensmäßige Absicherung des Kapazitätser schöpfungsgebots. Sie erstrecken sich nicht auf die im Binnenraum zwischen Staat und Hochschule wirksamen planerischen Leistungsversprechen.

Bonn, am 16. März 2016



Prof. Dr. Wolfgang Löwer