

## AUFSÄTZE

Christian Ernst/Jörn Axel Kämmerer

# Berufsfreiheit im Bologna-Prozess. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Zugang zu Bachelor und Master

## 1 Bildung alla bolognese: Die Umstellung auf Bachelor- und Masterstudiengänge

Die 1999 von einer Vielzahl europäischer Wissenschaftsminister unterzeichnete Bologna-Erklärung gab den Startschuss für einen Umbau der deutschen Hochschulausbildung, der ebenso tiefreichend wie umstritten und bis heute nicht abgeschlossen ist. Das Ziel dieser als Bologna-Prozess bekannten Strukturreform ist nicht nur politisch begrüßenswert, sondern fügt sich (obwohl es sich nicht um eine genuin supranationale Initiative handelt) auch in die Finalität des europäischen Binnenmarktes: Vergleichbarkeit von Ausbildungsstandards soll die grenzüberschreitende Mobilität von Arbeitnehmern und Dienstleistungserbringern fördern. „Bologna“, das vor allem darauf abzielt, die Bewertungsmaßstäbe für Ausbildungsleistungen europaweit kompatibel zu gestalten, wird flankiert durch Rechtsakte der EG bzw. nunmehr EU, die mit Blick auf bestimmte Ausbildungsgänge eine Standardisierung der Anforderungen für den Berufszugang zwischen den Mitgliedstaaten festlegen, allen voran die für so genannte „reglementierte Berufe“ geltende Berufskategorienrichtlinie (BQRL) aus dem Jahre 2005. Der Bologna-Prozess zielt auf Verständlichkeit und Vergleichbarkeit der Abschlüsse, die Strukturierung der Studiengänge in zwei Hauptzyklen (Bachelor und Master) und ein Leistungspunktesystem (European Credit Transfer System) ab, das gleichsam zur Herstellung von „Studienkonten“ mit international übertragbarem Depot führt.<sup>1</sup>

Wie so oft, liegt die Tücke eines eigentlich gut gemeinten Systems im Detail. Das akademische „Streamlining“ fördert zwar Durchlässigkeit, beseitigt aber weitgehend den europaweiten Wettbewerb zwischen unterschiedlichen akademischen Standards (man denke an den Wegfall des hoch renommierten deutschen Diplomingenieurs). Wo sich Studiengänge der Standardisierung entziehen oder widersetzen, ist oft schwer zu beurteilen, welcher Ausbildungsabschluss – Bachelor, Master oder womöglich Staatsexamen – für welchen Berufszugang oder soziale Förderung der maßgebliche ist. Studierende berichten nicht selten von Schwierigkeiten, ihre im Ausland oder selbst an anderen deutschen Hochschulen erbrachten Leistungen in ihrem Master- (oder auch Bachelor-)Studiengang in Ansatz zu bringen. Dabei mag es sich zum Teil um Startprobleme handeln, wie jeder Systemwandel sie mit sich bringt. Intrikater ist die Frage, wie sich das Bachelor-Master-System mit der damit einhergehenden Stufung beruflicher Qualifikation und den für Deutschland an Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Zulassungsanforderungen verträgt, vor allem dann, wenn sich der kapazitäre Flaschenhals nach oben hin – also bei der Aufnahme eines Masterstudiums – verengt. Dies wirft die Frage auf, ob die überkommenen Zulassungsmaßstäbe auf dieses europäisch

1 Vgl. Wex, Bachelor und Master, Berlin 2005, S. 51.

geprägte Ausbildungssystem überhaupt passen und ob, wenn dies der Fall ist, seine Umsetzung in Deutschland den verfassungsrechtlichen Anforderungen überall in vollem Umfang gerecht wird.

Der rechtliche Klärungsbedarf ist nicht nur akademischer Art, sondern hat handfeste praktische Hintergründe: Nach der Umstellung auf „Bologna“ stehen nun die ersten Studenten vor der Zugangshürde, die dem Masterstudium vorgelagert ist, und beschreiten gegen eine Ablehnung vermehrt den Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten. Die Zahl der Fälle dürfte mit den Bewerberzahlen, vor allem infolge „doppelter“ Abiturjahrgänge, noch steigen. Diese Betrachtung darf nicht außer Acht lassen, dass sich differente Typen von Masterstudiengängen entwickelt haben; dementsprechend muss auch die verfassungsrechtliche Betrachtung differenzierend ausfallen. Der Bologna-Prozess hat drei Formen hervorgebracht:<sup>2</sup> Konsekutive Masterstudiengänge, der in der Praxis wichtigste Typ, basieren auf einem ganz bestimmten Bachelorstudiengang und bilden mit ihm ein inhaltliches Kontinuum. Die Inhalte des Bachelorstudienganges werden im Masterstudium fortgeführt und vertieft. Das Absolvieren just dieses Bachelors ist in der Regel Voraussetzung für den Zugang zum Master, wobei diese noten- oder quotenbezogen beschränkt sein kann.<sup>3</sup> Bei nicht-konsekutiven Masterstudiengängen ist nicht entscheidend, welcher Art der vorhergehende Hochschulabschluss gewesen ist. Beide Subtypen können auch als weiterbildende Masterstudiengänge ausgestaltet werden, die meist in zeitlichem Abstand vom Erwerb vorgängiger Qualifikationen absolviert werden. Neben diesen ist hier regelmäßig Zugangsvoraussetzung, dass Studierende einschlägige praktische Berufserfahrung von mindestens einem Jahr vorweisen können.

## 2 Aufnahme des Bachelor- und Masterstudiums: Der normative Rahmen in Deutschland

Die Aufnahme eines Studiums erfolgt in einem Verfahren, das sich nach herrschender und auch vom Gesetzeswortlaut weithin gestützter Ansicht in zwei logischen Schritten vollzieht: dem Zugang und der Zulassung.<sup>4</sup> Beide Schritte sind von dem – im weiteren Sinne so bezeichneten – Zulassungsverfahren umschlossen. Auch die hier vorgenommene Betrachtung des Bachelor-Master-Systems ist an diesem terminologischen Grundverständnis ausgerichtet und lehnt sich, wie man sehen wird, in ihrer praktischen Ausgestaltung auch daran an. Zugang zu einem Studium besteht nur bei Nachweis der Grundqualifikation, der (allgemeinen) Eignung. Das Bundesrecht verlangt dafür in § 27 HRG lediglich die Hochschulreife.<sup>5</sup>

Diese Vorschrift ist ein Relikt der Rahmengesetzgebung, wonach dem Bund gestattet war, allgemeine Grundsätze über das Hochschulwesen festzulegen, Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG. Sie gilt nach Art. 125b Abs. 1 S. 1, 74 Abs. 1 Nr. 33 GG weiter. Im Zuge der Föderalismusreform wurde 2006 dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die „Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse“ durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG zugesprochen. Was vom Tatbestands-

2 Hierzu *Kluckert*, DÖV 2008, 905 (905 f.).

3 Vgl. Beschl. der Kultusministerkonferenz vom 10.10.2003, Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen, S. 5.

4 Vgl. dazu OVG Münster, Beschl. v. 26.1.2011, Az. 13 B 1640/10, Rn. 4 (Juris); VG Münster, Beschl. v. 15.11.2010, Az. 9 L 529/10, Rn. 5 (Juris); VG Hamburg, Beschl. v. 2.11.2009, Az. 20 E 2406/09, Rn. 8 (Juris); *Lindner*, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Kap. XI, Rn. 2 f.; *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, 3. Aufl., Köln 2004, Rn. 802 f. Vgl. auch die Begriffsbestimmung in Art. 1 der Lissabon-Konvention, BGBl. II 2007, S. 712. Begrifflich abweichend *Hailbronner*, *WissR* 29 (1996), 1 (1); vgl. auch § 27 Abs. 7 HSG LSA.

5 Vgl. *Reich*, HRG, 10. Aufl., Bad Honnef 2007, § 27, Rn. 1.

merkmal „Hochschulzulassung“ umfasst ist, wird nicht einhellig beurteilt.<sup>6</sup> Manche grenzen Zulassung im Sinne dieser Vorschrift streng vom Zugang ab,<sup>7</sup> andere wollen „Hochschulzulassung“ dagegen als Oberbegriff verstehen und so das gesamte Zulassungsverfahren im weiteren Sinne einschließlich des Zugangs als erfasst ansehen.<sup>8</sup> Nach einer vermittelnden Position schließlich wird dem Bund zwar grundsätzlich auch die Kompetenz zur Regelung des Zugangs zugebilligt, jedoch dann nicht, wenn sie schulische Anforderungen des Zugangs betrifft.<sup>9</sup> Da der Begriff „Zulassung“ sowohl in einem weiten als auch einem engen Sinne verstanden werden kann, gibt der Wortlaut der Vorschrift wenig Orientierung. Laut Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers sollen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG weder die Regelung von Studiengebühren noch „Regelungen bezüglich des Hochschulzugangs [erfasst sein], die aufgrund ihres engen Bezugs zum Schulwesen zur Zuständigkeit der Länder gehören“.<sup>10</sup> Doch auch diese Aussage zum Hochschulzugang kann in verschiedener Weise interpretiert werden.<sup>11</sup> Es könnte sich einerseits um eine Begründung für einen generellen und weitreichenden Ausschluss der diesbezüglichen Gesetzgebungs-kompetenz des Bundes handeln, andererseits aber auch lediglich eine inhaltliche Einschränkung einer ansonsten bestehenden Gesetzgebungskompetenz darstellen. Unstreitig befähigt der Kompetenztitel den Bund zu Vorgaben für die Ermittlung und vollständige Ausschöpfung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten der Hochschulen sowie zu einheitlichen Regeln für die Vergabe der Studienplätze und Auswahlverfahren.<sup>12</sup> Wollte man jedoch dem Bund verwehren, gleichzeitig auch Vorgaben für den Zugang aufzustellen, könnten die Länder über ihre Ausgestaltung des Zugangs den Zufluss der Studienbewerber schon derart regulieren, dass ein späteres Zulassungsverfahren im engeren Sinne Makulatur würde. Diese Überlegung zeigt, dass der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG verwendete Begriff der „Hochschulzulassung“ weit verstanden werden muss und auch den Zugang umfasst.

Die Landeshochschulgesetze halten sich mit konkreten Anforderungen an den Zugang ebenfalls zurück. Sie geben den Zugang zu einem Masterstudiengang bereits unter der Voraussetzung eines Hochschul- oder gleichwertigen Abschlusses frei.<sup>13</sup> In einem System gestufter Studienabschlüsse ergibt sich diese Voraussetzung aus der Natur der Sache. Darüber hinaus wird die Aufstellung weiterer verbindlicher Zugangsvoraussetzungen grundsätzlich den Hochschulen im Rahmen ihrer Satzungsautonomie überlassen.<sup>14</sup>

6 Vgl. umfassend *Achelpöhler*, Die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Zugangs zum Masterstudium, Gutachten, abrufbar unter <http://www.gew.de/Binaries/77310/Gutachten.pdf> (eingesehen am 27.6.2011).

7 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 74, Rn. 84; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 129; Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010, Art. 74, Rn. 196; ders., in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, 2007, Rn. 56; Hansalek, NVwZ 2006, 668 (669).

8 Rux, in: Bonner Kommentar, GG, 136. Lfg 2008, Art. 74, Rn. 68 ff.; Nolte, DVBl. 2010, 84 (89); Gieseke, WissR 40 (2007), 180 (181); Achelpöhler (Fn. 6), S. 32.

9 Ennuschat/Ulrich, VBIBW 2007, 121 (123).

10 BT-Drs. 16/813, S. 14.

11 Achelpöhler (Fn. 6), S. 18 ff.

12 Vgl. BT-Drs. 16/813, S. 14.

13 § 29 Abs. 2 S. 5 LHG BW; Art. 43 Abs. 5 S. 1 BayHSchG; § 10 Abs. 5 S. 2 BerlHG; § 8 Abs. 6 S. 1 BbgHG; § 33 Abs. 6 S. 1 BremHSchulG; § 39 Abs. 1 S. 1 HmbHG; § 18 Abs. 8 S. 1 NHG; § 49 Abs. 7 S. 1 HG NRW; § 19 Abs. 2 S. 1 RhPfHochSchG; § 69 Abs. 5 S. 2 SaarUG; § 17 Abs. 6 S. 1 SächsHSG; § 27 Abs. 7 S. 1 HSG LSA; § 49 Abs. 4 S. 2 SchlHolHSG; §§ 44 Abs. 3 S. 2, 60 Abs. 1 Nr. 4 ThürHG.

14 § 29 Abs. 2 S. 6 LHG BW; Art. 43 Abs. 5 S. 2 BayHSchG; § 10 Abs. 5 S. 1 BerlHG; § 8 Abs. 6 S. 2 BbgHG; § 33 Abs. 6 S. 2 BremHSchulG; § 39 Abs. 1 S. 3 HmbHG; § 20 Abs. 2 Nr. 14 HessHG; § 38 Abs. 10 S. 2 LHG M-V; § 18 Abs. 8 S. 4 NHG; § 49 Abs. 7 S. 3 HG NRW; § 69 Abs. 5 S. 2, Abs. 9 SaarUG; § 17 Abs. 6 S. 3 SächsHSG; § 27 Abs. 7 S. 2 HSG LSA; § 49 Abs. 5 S. 1 SchlHolHSG; § 44 Abs. 3 S. 2 ThürHG.

Das eigentliche Zulassungsverfahren bildet den zweiten Schritt und wird aktiviert, wenn die Zahl der Bewerber, welche die Zugangsvoraussetzungen erfüllen, höher ist als die Zahl der verfügbaren Studienplätze. Die Auswahl unter den Bewerbern wird dann auf der Basis eines Rankings durchgeführt. Die für die Zulassung geltenden Vorgaben der §§ 29 ff. HRG werden von den Bestimmungen der Staatsverträge der Länder<sup>15</sup> und den sie ergänzenden Vorschriften ihrer Hochschulzulassungsgesetze<sup>16</sup> praktisch überlagert.

„Bologna“ hat in dieses gestufte Verfahren Bewegung gebracht. Vor allem sind die materiellen Hürden, die der Aufnahme des Studiums vorgelagert sind, von der Zulassung zum Zugang hin verschoben worden. Dies stellt keine bloße Formalität dar, sondern lässt sich durchaus programmatic begründen. Vor „Bologna“ war als Zugangsvoraussetzung lediglich die Hochschulzugangsberechtigung, also namentlich das Abitur, gefordert. Die individuelle Qualifikation des Studienbewerbers war einer unter mehreren im Zulassungsverfahren berücksichtigten Aspekten. Dieses Zulassungsverfahren hatte lediglich eine Allokationsfunktion: Wo die Nachfrage an Studienplätzen die bereitstehende Kapazität überstieg, mussten rationale Kriterien – unter ihnen die Abiturnote – gefunden werden, um eine als gerecht empfundene Zuteilung zu erreichen. Ein hoher Numerus clausus, wie er z. B. lange Zeit für das Fach Humanmedizin bestand, wurzelte also nicht so sehr in der Überzeugung, dass nur die allerbesten Abiturienten für tauglich erachtet wurden, den Arztberuf zu ergreifen, sondern es handelte sich im Kern um ein Steuerungselement. Für die Aufnahme eines Masterstudiums ist nunmehr verbreitet die Erfüllung von Kriterien zur Voraussetzung gemacht, die sich von jenen der einstigen Zulassung nur wenig unterscheiden. Nach den Landeshochschulgesetzen dürfen Hochschulen den Zugang zu einem Masterstudiengang von der besonderen (fachlichen) Eignung der Bewerber abhängig machen.<sup>17</sup> Solche Regeln steuern jedoch nicht die Zulassung, sondern den Zugang, und erfüllen insoweit, jedenfalls im Ansatz, einen anderen Zweck: nicht Zuteilung von Studienplätzen, sondern Filterung der Bewerber. Nicht der Gesetzgeber setzt überdies diese Maßstäbe fest, sondern es sind die Hochschulen – denen allerdings auch schon zuvor verbreitet das Recht eingeräumt worden war, hochschuleigene Numeri clausi zu schaffen. Ob sich dieser funktionale Bedeutungswandel von Zugang und Zulassung bei der Aufnahme von Masterstudiengängen auch praktisch niederschlägt, ist eine andere Frage, die anhand der vom Bundesverfassungsgericht für die Berufswahl gemäß Art. 12 Abs. 1 GG formulierten Maßstäbe erfolgen muss. Das ehrgeizige Ziel, einige der europäischen und insbesondere deutschen Hochschulen zu „Leuchttürmen“ der Forschung und Lehre mit weltweiter Strahlkraft zu entwickeln, könnte durch die Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG insoweit zumindest teilweise durchkreuzt werden – mit der Folge, dass zwischen der einstigen Zulassung und dem heutigen Zugang im Ergebnis möglicherweise doch nur graduelle Unterschiede bestehen.

15 Vgl. zur Entwicklung dieses Rechtsgebiets *Bahro/Berlin*, Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl., Köln 2003, S. 8 ff.; *Lindner*, in: Hartmer/Detmer (Fn. 4), Kap. XI, Rn. 99, 115 ff.

16 Hochschulzulassungsgesetz Baden-Württemberg i. d. F. vom 15.9.2005, GBl. S. 629; Bayerisches Hochschulzulassungsgesetz vom 9.5.2007, GVBl. S. 320; Berliner Hochschulzulassungsgesetz i. d. F. vom 18.6.2005, GVBl. S. 393; §§ 8–12 BbgHG; Bremisches Hochschulzulassungsgesetz i. d. F. vom 9.11.2010, GBl. S. 545; Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Hamburg vom 28.12.2004, GVBl. S. 515; Hessisches Gesetz zum Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung i. d. F. vom 15.12.2009, GVBl. I S. 705; Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Mecklenburg-Vorpommern vom 14.8.2007, GVOBl. S. 286; Niedersächsisches Hochschulzulassungsgesetz vom 29.1.1998, GVBl. S. 51; Nordrhein-Westfälisches Hochschulzulassungsgesetz vom 18.11.2008, GV S. 710; Sächsisches Hochschulzulassungsgesetz vom 7.6.1993, GVBl. S. 462; Hochschulzulassungsgesetz Sachsen-Anhalt vom 12.5.1993, GVBl. S. 244; Schleswig-Holsteinisches Hochschulzulassungsgesetz vom 19.6.2009, GVOBl. S. 331; Thüringer Hochschulzulassungsgesetz vom 16.12.2008, GVBl. S. 535.

17 So z. B. die Formulierungen in § 18 Abs. 8 NHG; vgl. auch Art. 43 Abs. 5 S. 2 BayHSchG.

### 3 Masterzulassung und Berufsfreiheit

Die Gliederung der beruflichen Ausbildung in Bachelor und Master, die formal auf jeweils eigenen Studiengängen beruhen, legt die Frage nahe, welcher der beiden Abschlüsse der eigentlich berufsqualifizierende ist, über welchen der Zugang zu einem Beruf gesteuert und der damit zum Schlüssel für die Berufswahl im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG wird. Sie bedarf jedenfalls dann der Klärung, wenn – wie häufig – nicht alle Bachelor-Absolventen auch zum Master zugelassen werden. Während vor „Bologna“ an der Fortsetzung des Studiums nur gehindert werden konnte, wer studienbegleitende oder Zwischenprüfungen nicht bestanden hatte, werden nunmehr auch Absolventen mit erfolgreichem Abschluss vom Master im gleichen Studienfach ausgeschlossen. Ob diese Praxis – oder jedenfalls die Regelungen, auf denen sie beruht – den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG durchgängig standzuhalten vermag, bedarf jedenfalls der Prüfung.

Mit der Freiheit der Berufswahl<sup>18</sup> geht schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes auch das Recht einher, die Ausbildungsstätte und bei akademischen Berufen damit auch die Hochschule frei zu wählen.<sup>19</sup> Das Bundesverfassungsgericht behandelt Einschränkungen beim freien Zugang zu einer Ausbildung, die für die Ausübung zu einem bestimmten Beruf erforderlich ist, konsequenter Weise nicht minder streng als Zulassungsvoraussetzungen zu diesem Beruf selbst.<sup>20</sup> Jedenfalls dann, wenn ein Master für das Ergreifen eines bestimmten Berufs erforderlich ist (und der Bachelor nicht ausreicht), bildet das Zulassungserfordernis eine Berufszugangsschranke. Dies könnte aber auch in anderen Fällen anzunehmen sein; denn es ist unwahrscheinlich, dass jemand sich, wo rechtlich betrachtet der Bachelor für den Berufzugang ausreicht, ohne Erwartung eines Mehrwerts für die berufliche Laufbahn für ein (häufig kostenpflichtiges) Masterstudium bewerben wird.

Auch in der Rechtsprechung ist erkannt worden, dass der Bachelorabschluss, obgleich er formal berufsqualifizierenden Charakter hat, aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht immer schon den Zugang zu einem bestimmten Beruf eröffnet.<sup>21</sup> Offenkundig ist dies, wo – wie in der Rechtswissenschaft – ein Bachelor nur eine unselbständige Zusatzqualifikation zum eigentlich über den Berufzugang entscheidenden (Staats-)Examen darstellt. Doch auch bei Studienfächern, die nach Bologna-Muster gegliedert worden sind, finden sich qualitative Stufungen. Bei Lehramtsstudiengängen ist beispielsweise ein Masterabschluss Voraussetzung für den Eintritt ins Referendariat.<sup>22</sup> Nicht selten wird der Master aber lediglich als Zusatzqualifikation innerhalb eines Berufsfelds erworben, etwa wenn ein bestimmter Schwerpunkt einer beruflichen Tätigkeit durch einen Masterstudiengang vertieft wird.

Während im erstgenannten Fall die Freiheit der Berufswahl ohne Weiteres tangiert erscheint, könnte man bezweifeln, dass ein bloß „dekorativer“ Master, selbst wo die Zulassung zu ihm beschränkt ist, überhaupt die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG betrifft. Doch auch wenn der Master keine förmliche Voraussetzung für die Ausübung eines Berufs ist, kann die berufliche Praxis ihn häufig fordern – nicht anders als die Promotion in bestimmten naturwissenschaftlichen Fächern (Chemie, Biologie).<sup>23</sup> Wie die faktischen Zusammenhänge zwischen Masterabschlüssen und

18 Zum Begriff des Berufs BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362); 105, 252 (265); 111, 10 (28); BVerfGE 22, 286 (287); 97, 12 (22); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 47. Aufl. 2006, Art. 12, Rn. 29; *Mann*, in: Sachs (Fn. 7), Art. 12, Rn. 45; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 7), Art. 12, Rn. 5.

19 BVerfGE 33, 303 (329); 59, 172 (205); BVerwG NJW 1960, 1122 (1122 f.).

20 BVerfGE 33, 303 (330).

21 VG Hamburg, Beschl. v. 2.11.2009, Az. 20 E 2406/09, Rn. 17 f. (Juris).

22 Vgl. *Hailbronner*, WissR 41 (2008), 106 (106 f.).

23 Vgl. *Kluth*, in: Dörr/Fink/Hillgruber u. a. (Hrsg.), FS Schiedermaier, Heidelberg 2001, S. 569 (583 f.).

Chancen auf dem Arbeitsmarkt beschaffen sind und in welchen Bereichen der Masterabschluss als de facto unumgänglich für eine erfolgreiche berufliche Laufbahn anzusehen ist oder zumindest einen wesentlichen Vorteil einbringt, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschließend bewerten, da es an den hierfür erforderlichen Statistiken und Umfragen mangelt. Vorstellbar ist, dass bei Berufen, deren Vertreter traditionell großen Wert auf einen erreichten Ausbildungsstand legen (wie z. B. Ingenieurberufe) solche faktischen Zugangserfordernisse ausgeprägter sind als in anderen Berufsfeldern. Selbst wo solche faktischen Berufswahlschranken nicht bestehen, berührt die begrenzte Zulassung zum Master doch immerhin die von Art. 12 Abs. 1 GG ebenso geschützte freie Wahl des Ausbildungsortes.<sup>24</sup>

Das Verweigern eines Ausbildungs- oder Studienplatzes, der zumindest faktisch staatlich monopolisiert ist, muss nach alledem stets als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff eingegordnet werden.<sup>25</sup> Dies gilt ungeachtet dessen, dass „Bologna“ insgesamt zu einer Europäisierung der Berufsbilder führt: Die Umstellung auf Bachelor- und Masterstudiengänge erweitert das berufliche Einsatzspektrum in Europa, weil Studienleistungen formell und materiell vergleichbar und kompatibel werden. Wessen individuelle Zulassung verweigert wird, der hat nicht nur zu diesem europäischen, sondern auch zum nationalen Berufsmarkt keinen ungehinderten Zugang mehr: Ein subsidiärer Rekurs auf rein deutsche Abschlüsse, die es nicht mehr gibt, ist ausgeschlossen. Überdies scheint die Europäisierung keineswegs reibungslos zu verlaufen, weil die Koordination von Studieninhalten, die Anerkennung von Leistungsbescheinigungen und die Kompatibilisierung von Leistungsmodulen auf Schwierigkeiten stoßen<sup>26</sup> – was die grenzüberschreitende Mobilität in der Praxis mindert. Nur die Perspektiven, welche die Europäisierung der Hochschulstruktur zu bieten scheint, scheinen geeignet, die Gesamtbilanz mittelfristig noch auf die Haben-Seite zu ziehen.

## 4 Rechtfertigung von Zulassungsbeschränkungen

### 4.1 Allgemeine Rechtfertigungsanforderungen

Das Bundesverfassungsgericht hat sich von der im „Apothekenurteil“ entwickelten Stufenlehre in den letzten Jahren ein Stück entfernt und auf eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung hin bewegt.<sup>27</sup> Am Grundsatz, dass Eingriffe in die Berufswahl – einschließlich Restriktionen bei einer für den Berufzugang erforderlichen Ausbildung<sup>28</sup> – weitaus strenger beurteilt werden müssen als bloße Ausführungsregelungen, hält es aber weiterhin fest. Knüpft die Zulassung zum Masterstudiengang, wie üblich, an Eigenschaften der Bewerber an – vor allem an die im Bachelorstudium oder in der bisherigen beruflichen Praxis erwiesene fachliche Qualifikation –, so scheint es sich nach überkommenem Maßstab um subjektive Zulassungsvoraussetzungen zu handeln.<sup>29</sup>

24 Vgl. *Kluth*, in: Dörr/Fink/Hillgruber u. a. (Fn. 23), S. 569 (584).

25 *Mann*, in: Sachs (Fn. 7), Art. 12, Rn. 99, 168; *Pitschas*, Berufsfreiheit und Berufslenkung, Berlin 1983, S. 335.

26 Vgl. exemplarisch VG Dresden, Urt. v. 24.8.2009, Az. 5 K 1579/08, Rn. 47 (Juris); VG Düsseldorf, Beschl. v. 1.12.2010, Az. 15 L 1642/10, Rn. 32 (Juris).

27 Vgl. BVerfGE 95, 193 (214); 102, 197 (213); 115, 276 (304 f.).

28 BVerfGE 33, 303 (330).

29 OVG Lüneburg, WissR 2010, 408 (412); OVG Münster, Beschl. v. 14.1.2010, Az. 13 B 1632/09, Rn. 8 (Juris); Beschl. v. 26.1.2011, Az. 13 B 1640/10, Rn. 13 (Juris); Beschl. v. 17.2.2010, Az. 13 C 411/09, Rn. 5 (Juris); OVG Bremen, Beschl. v. 6.8.2010, Az. 2 B 133/10, Rn. 20 f. (Juris); VG Hamburg, Beschl. v. 2.11.2009, Az. 20 E 2406/09, Rn. 22 (Juris); VG Bremen, Beschl. v. 5.5.2010, Az. 6 V 293/10, Rn. 23 (Juris); VG Düsseldorf, Beschl. v. 1.12.2010, Az. 15 L 1642/10, Rn. 15 (Juris); VG Leipzig, Beschl. v. 15.12.2010, Az. NC 2 L 1353/10, Rn. 53 (Juris); VG Münster, Beschl. v. 15.11.2010, Az. 9 L 529/10, Rn. 36 (Juris); *Hailbronner*, WissR 41 (2008), 106 (109).

Dieser Befund aber könnte ein voreiliger sein. Eine Zulassungsschranke ist nur dort anzunehmen, wo die Maßnahme den Zugang zu einem Beruf nach Maßgabe eines sozialen oder gesetzlich fixierten Berufsbildes betrifft.<sup>30</sup> Eine Besonderheit des Bologna-Systems aber besteht darin, dass der Bachelor-Abschluss im Grundsatz bereits berufsqualifizierend wirken soll und sich in diesem Punkte vom Master nur dort unterscheidet, wo der Gesetzgeber seinen Erwerb für eine bestimmte berufliche Betätigung verbindlich vorschreibt. Wo der Masterstudiengang der Ausbildung nur ein besonders „Finish“ verleiht, das faktisch, nicht aber rechtlich bedeutsam ist, ist zweifelhaft, ob jene strengen Maßstäbe angelegt werden sollten, die sonst für Berufszugangsschranken gelten. Um eine bloße Regelung der Berufsausübung handelt es sich bei Masterstudiengängen, die berufsbegleitend ausgelegt sind. Wird die Zulassung zu diesen versagt, so liegt die Maßnahme meist auf einer ähnlichen Ebene wie die Versagung eines Fachanwaltstitels.<sup>31</sup>

Die Schwierigkeit, „Bologna“ den überkommenen Maßstäben von Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen zuzuordnen, bestätigt nur die erkannten Schwächen der pauschalisierenden Stufenlehre und die Notwendigkeit, die Schwere des Eingriffs stärker zu betonen als ihren Anknüpfungspunkt. Ein Gemeingut ist zur Rechtfertigung der Berufsregelungen in jedem Fall erforderlich; wie „übergagend“ seine Bedeutung zu sein hat und wie streng die Verhältnismäßigkeit zu beurteilen ist<sup>32</sup>, muss sich nach den Konsequenzen einer Versagung der Zulassung bei jedem einzelnen Studiengang richten. Die Zweitstudien-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liefert kaum Anhaltspunkte, wo Bachelor und Master konsekutiv ausgestaltet sind. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, wonach der berufsfreiheitliche Teilhabeanspruch für ein Zweitstudium nicht durch erfolgreichen Abschluss des Erststudiums aufgebraucht ist,<sup>33</sup> lässt sich auf diesen Fall nicht unmittelbar übertragen – ebenso wenig wie die Akzeptanz höherer Numerus-Clausus-Anforderungen beim Zweitstudium<sup>34</sup>, wenn es in der juristischen und sozialen Wirklichkeit auf den Master und nicht den Bachelor ankommt. Selbst wo diese Maßstäbe nicht vom Staat selbst gesetzt werden, darf dieser die Bedeutung des Masters in der beruflichen Praxis dennoch nicht außer Acht lassen. Es liegt auf der Hand, dass Fächer, bei denen der Master rechtliche Zugangsvoraussetzung für einen Beruf ist, insoweit anders bewertet werden als solche, bei denen bereits der Bachelor förmlich oder vielleicht auch faktisch für das Ergreifen eines Berufs ausreichend ist.

#### 4.2 Rechtfertigungsgründe für Zugangsbeschränkungen

Die Rechtfertigung der diagnostizierten Berufswahlschranken ist der Ort, an dem die unterschiedliche Rationalität der Zulassung „vor Bologna“ und des Zugangs „seit Bologna“ in die Betrachtung einfließen können. „Vor Bologna“ war der Hochschulzugang, aber letztlich auch die Zulassung zum Studiengang, egalitär ausgestaltet. Die Rangnummer der Bewerber war nicht konstitutiver Bestandteil des Zulassungsanspruchs,<sup>35</sup> welcher an sich schon aus der sich im gewährten Zugang manifestierenden Studieneignung resultierte. Zwar konnte Ergebnis des Zulassungsverfahrens sein, dass ein Bewerber ein Studium nicht ergreifen konnte. Diese Ablehnung war jedoch nicht als Absage an die grundsätzliche persönliche Qualifikation des Bewerbers für ein Studium oder den spezifischen Studiengang zu begreifen. Daher war es nur logisch, dass ihm eine Chance er-

30 Vgl. Kluth, Steuerung von Ausbildungskapazitäten an Hochschulen durch Vereinbarungen, Halle 2010, S. 31 f.

31 Vgl. BVerfG NJW 2007, 1945; BGH NJW 1990, 1719 (1720); Bürkle, ZRP 2003, 49 (50).

32 BVerfGE 69, 209 (218); 103, 172 (183).

33 BVerfGE 43, 291 (363); vgl. auch BVerfGE 62, 117 (146).

34 OVG Münster NVwZ 2009, 682 (682); NWVBl. 2010, 434 (435).

35 BVerfGE 39, 258 (272).

öffnet werden durfte, später an der Allokation teilzuhaben, sei es als Nachrücker oder im Wege einer späteren erneuten Bewerbung in einer günstigeren Kapazitätssituation.

Alles dies ist unter „Bologna“ keine Selbstverständlichkeit mehr, da die persönliche Eignung vom Zuteilungs- zum Auslesekriterium wird. Wenn man der Kultusministerkonferenz und den Gerichten Glauben schenken will, sollen solche materiellen Zugangsvoraussetzungen eine besonders qualifizierte Ausbildung in den Masterstudiengängen gewährleisten und somit die hohe internationale Akzeptanz und Reputation des Abschlusses auf dem Arbeitsmarkt sichern.<sup>36</sup> Diese Erwagung leuchtet ein, wenn die Plätze – womöglich mit dem expliziten Ziel, einem Studiengang „Elitecharakter“ zu verleihen – begrenzt werden und die Zahl der Bewerber die freien Plätze um ein Vielfaches übersteigt.<sup>37</sup> Denn das Korrektiv der Zulassung als Allokationsakt (der mit Blick auf zunächst abgelehnte Bewerber auch mehrstufig ausgestaltet sein kann) ist diesem Gedanken nicht immanent. Diese „Bestenauslese“ entspricht durchaus dem konsekutiven Charakter von Bachelor und Master: Während in einer Vielzahl von Studienfächern alle Bewerber mit Abitur für den vorgelagerten Bachelor-Studiengang angenommen werden, soll trotz formal erfolgreichen Abschlusses nur ein Teil der Absolventen den konsekutiven Masterstudiengang durchlaufen. Für welchen Prozentsatz aller Masterstudiengänge solche Vorgaben bereits bestehen, ist statistisch leider bisher nicht erfasst.

Das Ergebnis jedenfalls ist auch rechtspolitisch durchaus erwünscht: Die „Mehrzahl der Studierenden“ soll mit dem Bachelorabschluss in das Berufsleben eintreten. Im Masterstudiengang soll um der internationalen Akzeptanz und Reputation der Abschlüsse willen ein hohes fachliches und wissenschaftliches Niveau gewährleistet sein. Laut Kultusministerkonferenz sollen zur „Qualitätssicherung“ oder aus „Kapazitätsgründen“ weitere Voraussetzungen für den Zugang zu Masterstudiengängen bestimmt werden können.<sup>38</sup> Zwar hat dieser Beschluss mangels gesetzlicher Ermächtigung lediglich empfehlenden Charakter,<sup>39</sup> doch lässt sich an ihm eine mögliche Rechtfertigungsline nachzeichnen.

Die Umsetzbarkeit des qualitätszentrierten Zugangskonzepts hängt davon ab, ob die Maßgaben, die das Bundesverfassungsgericht für die Vergabe von Studienplätzen (Zulassung auf der Basis eines Numerus clausus) auf den Zugang beim Master übertragen werden können und nach den Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG womöglich auch müssen. Das Gericht hat die Zulassung zu Studiengängen insbesondere am Gebot der erschöpfenden Auslegung bestehender Ausbildungskapazitäten gemessen und dieses Erfordernis aus der derivativen Teilhabekomponente des Art. 12 I GG i. V. m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet.<sup>40</sup> Auf den ersten Blick scheint

36 OVG Bremen NVwZ-RR 2010, 923 (924); OVG Münster, Beschl. v. 14.1.2010, Az. 13 B 1632/09, Rn. 12 (Juris); Beschl. v. 17.2.2010, Az. 13 C 411/09, Rn. 5 (Juris); VGH München, Beschl. v. 11.1.2010, Az. 7 CE 09.2804, Rn. 17 (Juris); VG Frankfurt, Beschl. v. 10.6.2009, Az. 12 L 856/09.F, Rn. 11 (Juris); VG Düsseldorf, Beschl. v. 1.12.2010, Az. 15 L 1642/10, Rn. 15, 26 (Juris); VG Dresden, Urt. v. 24.8.2009, Az. 5 K 1579/08, Rn. 46 (Juris); VG München, Beschl. v. 25.11.2010, Az. M 3 E 10.4612, Rn. 21 (Juris).

37 Teilweise erhalten aber auch alle Bewerber, die die Eignungsvoraussetzungen erfüllen, einen Studienplatz, vgl. VG Bayreuth, Beschl. v. 18.5.2010, Az. B 3 E 10.324, Rn. 11 (Juris). Dies kann aber auch daran liegen, dass die Eignungsvoraussetzungen derart streng festgelegt sind, dass nicht mehr Bewerber diese Hürde nehmen, als ohne Plätze vorhanden wäre. Auch in diesem Punkt zeigt sich erneut, dass die Schritte der Eignung und Auswahl in vielfältiger Weise miteinander verknüpft sind und ineinander übergehen.

38 Beschluss der Kultusministerkonferenz (Fn. 2), Nr. 2.1.

39 VGH München, Beschl. v. 11.1.2010, Az. 7 CE 09.2804, Rn. 17 (Juris); VG Dresden, Urt. v. 24.8.2009, Az. 5 K 1579/08, Rn. 46 (Juris).

40 Vgl. BVerfGE 33, 303 (331), 43, 291 (313 f.); 85, 36 (53 f.); BVerfGE 102, 142 (147); OVG Münster, Beschl. v. 26.1.2011, Az. 13 B 1640/10, Rn. 13 (Juris); VG Hamburg, Beschl. v. 2.11.2009, Az. 20 E 2406/09, Rn. 21 (Juris); Sieweke, JA 2010, 611 (613); eingehend von Mutius, VerwArch 64 (1973), 183 ff.; zur Kritik an der Dogmatik des BVerfG

dieses Gebot auf Masterstudiengänge keine Anwendung beanspruchen zu können, weil hier gar kein Zuteilungsakt im Sinne der Herstellung eines Ausgleichs zwischen Angebot (also Kapazität) und Nachfrage vorgesehen ist. Dieser Schluss würde jedoch zu kurz greifen: Denn bei Bachelor und Master handelt es sich nur formal um differente Studiengänge, materialiter aber in einer Vielzahl von Fällen um Teilabschnitte einer gestreckten fachlichen Ausbildung. Wird der freie Zugang zum Bachelor gewährt, werden vom Zugang zum Master aber Bewerber ausgeschlossen, sind die Konsequenzen für den Berufszugang oft nicht weniger gravierend als bei der früheren Zulassung auf Numerus-clausus-Basis. Dass Bewerber, die sonst gänzlich abgelehnt worden wäre, „wenigstens“ der Bachelor zugänglich gemacht wird, ist dann nur ein schwacher Trost. Insofern fragt sich, ob der Zugangsmechanismus beim Master überhaupt verfassungskonform ist oder nicht möglicherweise durch ein Auswahlverfahren alten Typs ersetzt werden muss, mit der Folge, dass Kapazitätsauslastung und nicht Qualitätssicherung im Mittelpunkt stünde – oder in welcher Weise andernfalls die Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG in die Gestaltung eines qualitätsorientierten Zugangssystems einzufließen haben. Dies weist vor allem auf die Bemessung der Kapazitäten, welche für die Möglichkeit, ein Masterstudium zu ergreifen, bestimmt sind.

#### 4.2.1 Kriterium der „Qualitätssicherung“

Die Kulturministerkonferenz hält es um der Qualitätssicherung willen für legitim, nicht jedem Bachelor einen Masterstudiengang zu gewähren. Dies scheint, wie angedeutet, in der Logik des Bachelor-Master-Systems zu liegen; gleichwohl muss gefragt werden, worin sich die zu sichernde „Qualität“ überhaupt manifestiert.

„Qualität“ ist jedenfalls nicht gleichzusetzen mit Qualifikation. Wer den Bachelor erfolgreich abgeschlossen hat, soll aber in der Regel hinreichend qualifiziert sein, um zumindest einen Teil der Berufe auszuüben, auf den auch der Master vorbereitet. Wäre die zu sichernde Qualität, gemessen an der Brillanz der Absolventen, diejenige des später ausgeübten Berufs, würde dies den Inhaber eines Bachelor-Abschlusses als minder befähigten Berufsangehörigen desavouieren. Ebenso wenig kann „Qualität“ verstanden werden als Nachweis des fachspezifischen Grundwissens. Die Zulassung Fachfremder kann das Ausbildungsziel eines Masterstudiengangs durchaus gefährden; daher ist sie bei nicht-konsekutiven Studiengängen ohnehin nicht zugelassen. Was mit dem notenbedingten Ausschluss vom Master letztlich gesichert werden soll, ist die in der kumulierten Exzellenz der Studierenden verkörperte Exzellenz eines Studiengangs.

Dass zwischen der mitgebrachten Qualifikation der Studenten, zumal bei bestehenden fachlichen Bezügen, und dem Niveau eines Studiums ein Zusammenhang besteht, liegt auf der Hand. Je strikter die notenbezogene Auslese ist, desto höher werden die durchschnittlichen Ergebnisse beim Studienabschluss ausfallen – wobei keineswegs gesichert sein muss, dass das durch die Auslese erzeugte Studienklima, was die Leistungen betrifft, einen „Surplus“ generiert, der nicht in der Auswahlentscheidung selbst angelegt ist. Studienqualität darf sich demnach nicht in der Auswahl weniger Guter erschöpfen, also Elite um ihrer selbst willen sein. Darüber hinaus muss eine Art von Qualität gesichert werden, die im Bachelor nicht bzw. nur bei Beschränkung des Zugangs zutage zu treten vermag. Dies gilt umso mehr, als Restriktionen beim Master Unterschiede beim Ausbildungsstandard (trotz ähnlichen beruflichen Einsatzspektrums) letztlich verabsolutieren und damit u. U. zur Rechtfertigung ihrer selbst werden lassen. Dies aber stützt die qualitäts-

aus gegenwärtiger Perspektive, vgl. Hailbronner, WissR 35 (2002), 209 (215); Steinberg/Müller, NVwZ 2006, 1113 (1116 ff.).

zentrierten Rechtfertigungserwägungen eher, als dass es ihnen entgegensteht: Es erscheint nicht illegitim, den Master als Reservat einem Teil der Bewerber vorzubehalten – vorausgesetzt, dass der Unterschied beim Ausbildungsstand auch einem Bedürfnis der beruflichen Praxis entspricht, Bachelor- und Master-Absolventen in unterschiedlicher Weise einzusetzen.

Festgehalten werden kann nach alledem, dass Sicherung der Qualität eines Studiengangs grundsätzlich die notenbezogene Zugangsbeschränkung beim Master legitimieren kann. Qualität ist, da es nicht um Elitenbildung geht, relativ zu verstehen; sie ergibt sich aus dem Vergleich mit konkurrierenden Masterstudiengängen anderer Universitäten in Ansehung des Niveaus der akzeptierten Bewerber. Erweist sich nach Jahren, dass die fragliche Hochschule deren relativen Leistungsstandard trotz strengerer Auslese weniger steigern kann als solche, die weniger strenge Zugangsstandards aufstellen, kann dies zu einer Revision der Zugangskriterien zwingen. Eine hiermit im Zusammenhang stehende, aber gesondert zu behandelnde Frage ist die nach den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an die Bemessung der Kapazität, also die Größe des Studienganges. Sie hängt nicht nur davon ab, ob eine Beschränkung ex ante und auch ex post geeignet ist, die Erwartungen an die Qualität eines Studiengangs zu erfüllen, sondern auch, ob die enge Pforte, welche ein Bewerber mit dem Zugang zum Master zu durchschreiten hat, nicht eine vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG als Garantie individueller Lebensziele inakzeptable Beschränkung herbeiführt – von den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes ganz zu schweigen.

Ein Sonderfall besteht, wenn rechtlich erst der erfolgreiche Abschluss eines Masterstudiums Zugang zu einem bestimmten Beruf gewährt, zum Beispiel beim Lehramt. Um in dieser Situation den Zugang zu beschränken, ist der Verweis auf die Qualitätssicherung untauglich, weil dieses Ziel in keinem Verhältnis zu den Härten für die Bewerber stünde. Die Versagung eines Masterstudienplatzes käme einem Ausschluss aus dem Studium gleich und für die Fortführung des Studiums würden strengere Anforderungen gelten als die Aufnahme des Studiums.<sup>41</sup> Der Verweis auf die auch in anderen Studiengängen üblichen Zwischenprüfungen oder ähnliche Prüfungen, die für eine Fortsetzung des Studiums erforderlich sind,<sup>42</sup> überzeugt insoweit nicht, als das Bestehen solcher Prüfungen stets für die Fortsetzung des Studiums genügt, der bestandene Bachelor aber nicht immer für die Aufnahme eines Masterstudiums. Die Überlegung, dass mit dem Bachelorabschluss, beispielsweise bei dem Ziel „Lehrer“, andere Berufe im Bildungssektor ergriffen werden könnten,<sup>43</sup> erscheint mitunter realitätsfern. Ein Verweis auf private Bildungseinrichtungen und Schulen oder Schulbuchverlage dürfte entsprechende Bachelorabgänger (zu Recht) kaum befriedigen, zumal sie auch in diesen Berufen kaum als konkurrenzlose Bewerber auf dem Berufsmarkt auftreten werden. Auf dieser Grundlage ist eine Beschränkung des Zugangs zum Masterstudium bei erfolgreich abgeschlossenem Bachelorstudiengang aufgrund der Bedeutung des Masterabschlusses in der Regel unverhältnismäßig, wenn erst der Master berufsqualifizierend ist.

#### *4.2.2 Qualitätssicherung und Kapazitätsbemessung*

Eine Beschränkung zur Qualitätssicherung suggeriert, der Staat sei bei der Bestimmung der Kapazitäten frei, weil er diese einfach an den ins Auge gefassten Qualitätsstandards ausrichten könne.<sup>44</sup> Bereits vor „Bologna“ formulierte das Bundesverfassungsgericht hohe Anforderungen für die Be-

41 Vgl. *Hailbronner*, WissR 41 (2008), 106 (114 f.).

42 *Hailbronner*, WissR 41 (2008), 106 (114 f., 117).

43 Vgl. *Hailbronner*, WissR 41 (2008), 106 (116).

44 Vgl. *Hailbronner*, WissR 29 (1996), 1 (15).

messung von Kapazitäten (auf welche die Zulassung zu einem Studiengang bezogen war): Sie mussten den „Bedingungen rationaler Abwägung“ genügen;<sup>45</sup> die Gerichte waren berechtigt, die Kapazitätsbereitstellung auf Abwägungs- oder Ableitungsfehler zu überprüfen, mussten dabei aber den Erkenntnisvorsprung der zuständigen Normsetzungssorgane bzw. Behörden und auch der Hochschulen, die funktionsfähig bleiben mussten (Art. 5 Abs. 3 GG), anerkennen.<sup>46</sup> Die wettbewerbsbezogene Qualitätssicherung der Zugangsbeschränkungsregeln beim Master könnte diesen Maßstab verändern; denn sie würde bedeuten, dass nicht das, was die Hochschule noch zu leisten vermag, sondern was sie im internationalen Vergleich darzustellen erstrebt, zum Auswahlkriterium wird.

Die Reputation eines Hochschulabschlusses verlagert die Paradigmata des eigentlich bewerberbezogenen Ausbildungszugangs und nähert ihn einer objektiven Berufszugangsschranke an, die extrem strengen Maßstäben (übergreifend wichtige Gemeinschaftsgründe) unterliegt. Unverhältnismäßig wäre jedenfalls eine künstliche Verknappung des Bildungsangebots, die den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes an Absolventen nicht entspricht und damit Interessenten ihrer real existierenden Berufsperspektiven beraubt. Berücksichtigung muss allerdings finden, dass die Beschränkung nur von der einzelnen Hochschule ausgeht und dem Bewerber u. U. anders als bei landesweiten Zulassungsbeschränkungen die Möglichkeit offen stehen kann, seine beruflichen Vorstellungen über einen Masterstudiengang an einer anderen Hochschule, die niedrigere Zugangshürden aufstellt, zu verwirklichen. Ist dies nicht oder nicht in zumutbarer Weise gewährleistet, muss notfalls der Gesetzgeber die Befugnisse der Hochschulen, Zugangsbeschränkungen zu statuieren, beschrneiden. Inwieweit diese Beschränkungen überhaupt durch Satzungsregelungen begründet werden dürfen, soll sogleich noch untersucht werden.

Nicht näher eingegangen werden kann im Rahmen dieses Beitrags auf die Bemessungsgrundlagen einer zu bestimmenden Kapazität.<sup>47</sup> Im Schriftum wird die Orientierung an überkommenen Berechnungsmodi zum Teil kritisiert mit dem Hinweis, dass der Arbeitsaufwand in Bachelor- und Masterstudiengängen auf das gesamte Studienjahr und nicht allein auf Semesterwochenstunden in der Vorlesungszeit bezogen ist.<sup>48</sup> Bei der insoweit notwendigen Anpassung des Berechnungsmodus wird auch zu berücksichtigen sein, dass Lehrkräfte in aller Regel sowohl für Veranstaltungen im Bachelor als auch Master eingesetzt werden können und deren Einsatzfähigkeit genau zu spezifizieren ist. Auch ist unklar, ob sich ein Bewerber, dem der Zugang aus „Kapazitätsgründen“ verweigert wurde, zum nächsten Studiumsbeginn bei anderen Kapazitätsbedingungen erneut bewerben kann, auch wenn ihm im Jahr zuvor die grundsätzliche Fähigkeit zum Masterstudium abgesprochen wurde.

#### 4.2.3 Situation bei Bewerbermangel

Zugangsbeschränkungen können in einigen Fällen dazu führen, dass nicht alle vorhandenen Plätze des Masterstudienganges vergeben werden können, weil weniger Bewerber die (in diesem Fall absoluten) qualitativen Anforderungen erfüllen, als Studienplätze zur Verfügung stehen. Dann fragt

45 BVerfGE 85, 36 (57); *Sachs*, JuS 1992, 1000.

46 BVerfGE 39, 258 (275 ff.); 54, 173 (193); 66, 155 (179 f.); 85, 36 (57 f.); BVerwGE 70, 318 (332); krit. *Becker/Hauck*, NVwZ 1985, 535 (536); besonders restriktiv VGH Mannheim NVwZ 1983, 369 (Kontrolle der äußersten Grenzen); a.A. OVG Hamburg, NVwZ 1983, 361 (weitreichende Kontrolle).

47 Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 22.2.2011, Az. 3 L 265.10, Rn. 4 ff. (Juris).

48 *Wex* (Fn. 1), S. 100 f.

man sich, ob die Hochschule es stets dabei bewenden lassen darf oder unter den abgelehnten Bewerbern eine Nachauslese nach dem Muster des früheren Zulassungsverfahrens durchführen muss.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist bei Zulassungsbeschränkungen überkommenen Typs das Kapazitätser schöpfungsgebot zu beachten. Zulässig sind sie nur, wenn sie zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts und in Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden.<sup>49</sup> Wird Bewerbern hingegen der Zugang zum Masterstudium unter Hinweis auf mangelnde Eignung (zu niedriger Notendurchschnitt) abgesprochen, kann dies hingegen – wie gezeigt – mit dem Ziel der Qualitätssicherung legitimiert werden, welcher eine Auslastung vorhandener Kapazitäten um jeden Preis fremd ist. Hinzu kommt, dass die einschlägige Verfassungsrechtsprechung zu „absoluten“ Numeri clausi ergangen ist, bei denen die Zulassung zu einem Studiengang mit bundesweiter Wirkung erfolgt. Der Numerus clausus eines Masterstudienganges ist dagegen ein relativer, der von der jeweiligen Hochschule festgelegt wird.<sup>50</sup> Hält sie trotz noch bestehender Kapazitäten und Interesses seitens der Bewerber Plätze frei, besteht für die nicht berücksichtigten Bewerber theoretisch die Chance, ihren Master an einer anderen Hochschule im Bundesgebiet – oder einem anderen europäischen Land – zu erwerben, wo keine oder weniger strenge Zugangsbeschränkungen bestehen. Verlässliches Zahlenmaterial über Zugangsbeschränkungen ist leider nicht vorhanden.<sup>51</sup>

Voraussetzung für die Tragfähigkeit der Verweisung auf andere Hochschulen ist die Vergleichbarkeit von Masterstudiengängen, die mangels einheitlicher Vorgaben nicht gesichert ist. Hochschulen neigen dazu, Masterstudiengänge gerade zur Schärfung ihres Profils und ihrer fachlichen Schwerpunkte zu nutzen und zu individualisieren. Solange die inhaltliche Vergleichbarkeit von Masterstudiengängen nicht feststeht, besteht kein Anlass, an einen relativen Numerus clausus andere Maßstäbe als an einen absoluten anzulegen. Auch müssen die Hochschulen Rücksicht auf Härtefälle nehmen, in denen Bewerber aus persönlichen (gesundheitlichen oder familiären oder auch beruflichen) Gründen ein Wechsel des Studienortes – der ja zum Zeitpunkt der Bewerbung bereits besteht – nicht zuzumuten ist.<sup>52</sup>

Ob bei noch vorhandenen Kapazitäten Qualitätssicherung beim Master als Grund für die Ablehnung von Bewerbern angeführt werden kann, muss letztlich am Einzelfall beurteilt werden. Hintergrund ist auch hier der Bedarf an qualifizierten Absolventen, den die Hochschule bei ihrer qualitätsorientierten Kapazitätsfestlegung nicht ausblenden darf. Insofern ist mangelnde Kapazitätsauslastung bei gleichzeitiger hoher Ablehnungsquote ein Indiz für übermäßige Strenge des Zugangsmaßstabs. Die Hochschule kann diesem Problem entgehen, wenn sie unter Beibehaltung des internen Numerus clausus eine rangbezogene und nicht am absoluten Leistungsstandard orientierte Auswahl durchführt. Andernfalls muss ggf. für eine zweite Auswahlrunde Sorge getragen werden. Die fachliche Qualität eines Studienganges, die durch die Zugangsbeschränkungen sichergestellt werden soll, richtet sich auch nach den persönlichen Leistungen der Teilnehmer.<sup>53</sup> Sie kann durch Prüfungen gesichert werden, die jeder Teilnehmer zu absolvieren hat. Schon die allgemeine Teilnahmebeschränkung dürfte sich auf das Niveau eines Studienganges stets positiv

49 BVerfGE 33, 303 (338 ff.); 43, 291 (325 ff.); 54, 173 (191); 66, 155 (179).

50 Zu diesem Unterschied Haug, in: ders. (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl., Heidelberg 2009, Rn. 1155 f.

51 Vgl. die Ausführungen von Himpele, Hochschulzugang nach Bologna – Daten und Fakten, Vortrag, abzurufen unter <http://gew.de/Binaries/Binary77829/Vortrag+Himpele+14+April+2011.pdf> (eingesehen am 27.6.2011).

52 Zur Bedeutung des Studienortes vgl. Kluth (Fn. 30), S. 31 f.

53 Hailbronner, WissR 41 (2008), 106 (113).

auswirken. Insoweit ist Qualitätssicherung in aller Regel kein angemessener Grund, um freibleibene Kapazitäten unbesetzt zu lassen.

## 5 Die Zugangskriterien im Einzelnen

Die Festlegung der Kriterien für den Zugang zum Master überlässt der Gesetzgeber in weitem Umfang den Hochschulen, denen im Lichte der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) eine Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative zugestanden werden muss.<sup>54</sup> In diesen Grenzen besteht Raum für eine Überprüfung der Kriterien, die auch nicht in allen Fällen verfassungsrechtlichen Standards genügen.

### 5.1 Vorhergehende Abschlüsse (Bachelor)

Der Master ist seiner Natur nach konsekutiv. Damit ist ein Zugangskriterium umrissen, das zumindest dem Grunde nach nicht in das Ermessen der Hochschulen gestellt ist; denn bereits die gesetzlichen Vorgaben setzen für das Belegen eines Masterstudienganges einen Hochschul- oder gleichwertigen Abschluss voraus.<sup>55</sup> Zu Kontroversen kommt es, wo die Hochschulen es bei der Basisvorgabe, wonach der Bachelor mit einer besonderen (absoluten oder rangbezogenen) Qualifikation absolviert sein muss, nicht bewenden lassen, sondern weitere qualifizierte Anforderungen oder zusätzliche Maßgaben statuieren.

Diese Praxis muss dort ihre Grenze finden, wo durch solche Restriktionen der aus Art. 12 Abs. 1 GG fließende Teilhabeanspruch in unverhältnismäßiger Weise unterlaufen wird. Für unzulässig erklärte das VG Aachen z. B. eine Anforderung an Bewerber für einen (konsekutiven) Masterstudiengang, die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung „Logopäde“ durch ein deutsches Gesundheitsamt nachzuweisen<sup>56</sup> – eine Berufsbezeichnung, die nur nach einer zusätzlichen dreijährigen Ausbildung erworben werden kann. Diese Vorgabe widerspricht nicht nur dem Gesetz, das „einen“ berufsqualifizierenden Abschluss fordert und insoweit über den Bachelor hinaus keinen Raum dafür bietet, einen weiteren Bildungsabschluss zur Voraussetzung für den Zugang zum Master zu erheben. Sie schränkt auch, wie das Gericht zu Recht betonte, den verfassungsrechtlichen Teilhabeanspruch in unerträglicher Weise ein. Tatsächlich ist kein Masterstudiengang ersichtlich, dessen fachlicher Standard nur gesichert werden kann, wenn über den Bachelor hinaus ein weiterer berufsqualifizierender Abschluss zur Voraussetzung gemacht wird.

Anders gelagert sind Fälle, in denen bestimmte Elemente des Bachelorstudiums angezweifelt oder zu Lasten des Bewerbers gewertet werden. So sprach eine Hochschule einer Bewerberin die Zugangsqualifikation ab, weil ihre Diplomarbeit nicht den Nachweis der Fähigkeit erbracht habe, fachliche Themen unter Anleitung nach wissenschaftlichen Methoden bearbeiten zu können. Das VG Berlin erklärte dies für rechtswidrig.<sup>57</sup> Diese Fähigkeit sei ihr schon durch die Benotung der Diplomarbeit und die erreichte Mindestnote attestiert. Das VG wies darauf hin, dass das Landeshochschulgesetz lediglich die Berücksichtigung von über den Nachweis eines berufsqualifizierenden Hochschulabschlusses „hinausgehenden“ Eignungs- und Qualifikationsvoraus-

54 OVG Bremen NVwZ-RR 2010, 923 (924).

55 Vgl. oben II.

56 VG Aachen, Beschl. v. 22.12.2010, Az. 9 L 482/10, Rn. 11 (Juris).

57 VG Berlin, Beschl. v. 22.2.2011, Az. 3 L 265.10, Rn. 57 ff. (Juris).

setzungen gestatte. Damit sind Umstände, die dem berufsqualifizierenden Hochschulabschluss als solchem zugrunde liegen, von der erneuten und isolierten Bewertung ausgeschlossen; andernfalls würde der Bachelor als berufsqualifizierender Abschluss entwertet. Die Ergebnisse eines staatlich anerkannten und akkreditierten Studiengangs müssen somit als verbindlich betrachtet und können nicht nachträglich in Frage gestellt werden.

Unklarheit besteht auch darüber, ob der an einer Fachhochschule erworbene Bachelor gleich wie ein entsprechender Universitätsabschluss behandelt werden muss. Die Landeshochschulgesetze jedenfalls unterscheiden insoweit – getreu den Vorstellungen der Kultusministerkonferenz<sup>58</sup> – nicht. Die Skepsis gegenüber dem Fachhochschul-Bachelor hat dies nicht ausräumen können.<sup>59</sup> Das VG Ansbach erklärte eine Zugangsregelung für statthaft, die fachverwandte Abschlüsse grundsätzlich nur dann akzeptierte, wenn sie an einer Universität erzielt wurden.<sup>60</sup> Verfassungsrechtlich lässt sich eine solche Differenzierung nur legitimieren, wo der Fachhochschulabschluss gleichsam wesensverschieden vom Universitätsabschluss in der gleichen Materie ist und eine fachliche Verwandtschaft zwischen beiden kaum noch besteht – was sich für die weitaus meisten Fächer nicht begründen lassen wird. Selbst dann aber lässt sich eine Exemption von Fachhochschulabschlüssen nicht mit den Landeshochschulgesetzen in Einklang bringen, deren Wortlaut und Systematik, ganz zu schweigen vom gesetzgeberischen Willen, der hinter den einschlägigen Regelungen steht, eine Gleichbehandlung gebietet. Dies schließt nicht aus, in Grenzfällen eine individuelle Prüfung anzusetzen, die aber nur auf die Feststellung gerichtet sein kann, ob ein Bewerber die fachspezifischen Voraussetzungen für das erstrebte Masterstudium mitbringt.<sup>61</sup>

Was für das Verhältnis zwischen Universitäts- und Fachhochschul-Bachelor gilt, lässt sich *cum grano salis* auch mit Blick auf Abschlüsse aus dem Ausland formulieren, wo die Hochschullandschaft eine strukturelle Differenzierung wie in Deutschland oft nicht kennt. Es erschiene auch rechtspolitisch fragwürdig, wenn Absolventen einer renommierten deutschen Fachhochschule die Zulassung zum Master verweigert werden dürfte, nicht aber solchen einer zweitklassigen „university“ aus dem europäischen Ausland. Die „Beweislastverteilung“ ist für ausländische Hochschulabschlüsse<sup>62</sup> in Art. VI. 1 der Lissabon-Konvention geregelt.<sup>63</sup> Nach diesem völkerrechtlichen Vertrag über die Anerkennung von Hochschulqualifikationen, den unter anderem die Mitglieder des Europarates und die UNESCO unterzeichnet haben, erkennt jede Vertragspartei die in einem anderen Vertragsstaat verliehene Hochschulqualifikation an, sofern nicht ein wesentlicher Unterschied zu der entsprechenden Qualifikation, deren Anerkennung angestrebt wird, nachgewiesen wird – ein Ansatz, dem für den Zugang zur beruflichen Praxis mit Blick auf reglementierte Berufe übrigens auch die Berufsqualifikationsrichtlinie von 2005<sup>64</sup> huldigt.

### 5.1.1 Mindestnoten

Die Landeshochschulgesetze verleihen den Hochschulen die Befugnis, den Zugang von Bewerbern zu einem Masterstudiengang von der besonderen (fachlichen) Eignung abhängig zu machen.

58 Beschluss der Kultusministerkonferenz (Fn. 2), Nr. 1.1, 2.3.

59 Vgl. Spiegel-Online, <http://www.spiegel.de/unispiegel/studium/0,1518,725413,00.html> (eingesehen am 27.6.2011).

60 VG Ansbach, Beschl. v. 27.10.2010, Az. AN 2 E 10.10315, Rn. 14 (Juris).

61 Vgl. in diesem Sinne § 49 Abs. 5 S. 2 SchfHolHSg.

62 Vgl. Hierzu VG Düsseldorf, Beschl. v. 1.12.2010, Az. 15 L 1642/10, Rn. 34 ff. (Juris); VG Dresden, Urt. v. 24.8.2009, Az. 5 K 1579/08, Rn. 47 ff. (Juris).

63 BGBI. II 2007, S. 712.

64 RL 2005/36/EG v. 7.9.2005, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 23 ff.

Soweit ersichtlich, wird dies in der Praxis in aller Regel in der Weise umgesetzt, dass die Hochschulen für die fraglichen Studiengänge absolute Mindestnoten festsetzen. Ob auch relative Qualitätsstandards (mit denen die Kapazität stets ausgeschöpft werden könnte) bestehen – welche den gesetzlichen Vorgaben ebenfalls entsprechen würden –, kann nicht sicher bestimmt werden. Die Anforderungen sollen Ausdruck des besonderen fachlichen und wissenschaftlichen Niveaus eines Masterstudienganges sein,<sup>65</sup> das nach den oben getroffenen Feststellungen Zugangsschranken legitimieren kann. Im Folgenden sollen daher nur noch Einzelaspekte herausgegriffen werden.

Einer unter ihnen ist das relative Gewicht, das dem früheren Abschluss neben anderen Kriterien zukommen soll. Nach einem Teil der Verwaltungsgerichtsbarkeit soll der Note des Bachelor-abschlusses aufgrund der zweistufigen Studienstruktur im Verhältnis zu weiteren Kriterien das stärkste Gewicht zukommen.<sup>66</sup> Gerade wenn Bachelorstudiengänge Unterschiede aufweisen und ihre Vergleichbarkeit darunter leidet, bietet sich die Abschlussnote am ehesten noch als Tertium comparationis an. Dabei können auch erzielte Leistungspunkte (Credits)<sup>67</sup> oder die ECTS-Note<sup>68</sup> Berücksichtigung finden. Das VG Leipzig ließ eine Regelung, die der Durchschnittsnote der ersten vier Semester des Bachelorstudienganges maßgeblichen Wert beimisst, unbeanstanden.<sup>69</sup> Auf eine so gebildete „Teilnote“ muss u. a. abgestellt werden bei Bewerbungen, die vor Abschluss des Bachelorstudienganges schon vorliegen. Die Gefahr, dass die Dignität des Bachelor-abschlusses beeinträchtigt wird, wenn es auf ihn nicht mehr entscheidend ankommt, ist aber nicht von der Hand zu weisen.

Üblicherweise wird für die Zulassung zum Master eine Mindestnote fixiert. Wer die allgemeine Qualität eines Studiengangs als Grund für die Auslese heranzieht, verweist gern darauf, dass für die Studienqualität die Summe der individuellen Fähigkeiten der Studenten eine maßgebliche Rolle spielt.<sup>70</sup> Die Mindestnote darf aber nicht so streng bemessen sein, dass der Zugang zum Masterstudiengang für Bachelor-Absolventen eines Studienfaches oder verwandter Fächer zur Ausnahme wird.<sup>71</sup> Ihre Festlegung obliegt der Einschätzungsprärogative der Hochschule. Orientiert sie sich nicht nur am Bachelorabschluss insgesamt, sondern misst Einzelnoten einen besonderen Stellenwert zu, muss sie allerdings schlüssig belegen, warum gerade diese Ergebnisse für die Auswahl ausschlaggebend sein sollen. Die Mindestnote darf nicht jährlich den Absolventenzahlen beim Bachelorstudium angepasst werden, um Konstanz bei den Zulassungszahlen herzustellen; auch wenn die Praxis den Verdacht schürt, dass solches mancherorts geschieht, würde in einem solchen Fall ein sachfremdes Kriterium zugrunde gelegt.

### 5.1.2 Hochschulreife

In einzelnen Fällen haben Hochschulen den Zugang zum Masterstudium auch von der Note der Hochschulreife (Abitur) abhängig gemacht. Dieses Kriterium ist für den Zugang zum Ma-

65 VG Düsseldorf, Beschl. v. 1.12.2010, Az. 15 L 1642/10, Rn. 12 (Juris).

66 OVG Münster, Beschl. v. 16.1.2011, Az. 13 B 1640/10, Rn. 23 ff. (Juris); zuvor VG Münster, Beschl. v. 15.11.2010, Az. 9 L 529/10, Rn. 43 (Juris). Vgl. zu der ähnlichen Anforderung der „studiengangspezifischen Eignung“ VG Bayreuth, Beschl. v. 18.5.2010, Az. B 3 E 10.324, Rn. 23 (Juris).

67 Vgl. VG Regensburg, Beschl. v. 3.9.2009, Az. RO 1 E 09.1279, Rn. 34 (Juris).

68 OVG Koblenz, Beschl. v. 21.7.2010, Az. 10 D 10792/10, Rn. 15 ff. (Juris).

69 VG Leipzig, Beschl. v. 15.12.2010, Az. NC 2 L 1353/10, Rn. 45 ff. (Juris).

70 *Hailbronner*, WissR 29 (1996), 1 (24).

71 OVG Bremen NVwZ-RR 2010, 923 (925); OVG Lüneburg WissR 2010, 408 (412); VG Regensburg, Beschl. v. 3.9.2009, Az. RO 1 E 09.1279, Rn. 24, 40 ff. (Juris); VG Frankfurt, Beschl. v. 10.6.2009, Az. 12 L 856/09.F, Rn. 12 (Juris).

sterstudium nicht tauglich.<sup>72</sup> Erstens liegt die Erlangung der Hochschulreife zu lange zurück, um Rückschlüsse für die Masterqualifikation zu gestatten. Zweitens hat, wer ein Bachelorstudium mit überdurchschnittlichem Erfolg durchlaufen hat, damit allfällige Tauglichkeitszweifel, die von der Abiturnote herrühren könnten, widerlegt. Ihre Bedeutung erschöpft sich somit darin, überhaupt Zugang zur Hochschule zu eröffnen. Für die Qualifikation für fachliche und wissenschaftliche Vertiefung, die im Masterstudium gefordert wird, lässt sich aus ihr nichts ablesen.

### 5.1.3 Eigenständige Prüfungssituationen

Einige Hochschulsitzungen schalten dem Zugang zum Masterstudium „Assessment“-Elemente vor, wie die Vorlage von Motivationsschreiben und Bewerbungsgespräche.<sup>73</sup> Der praktische Nutzen solcher Instrumente ist beschränkt, da erwartete Inhalte nicht selten im Internet in Gestalt von Formschreiben oder Erfahrungsberichten kursieren.<sup>74</sup> Wenn die Zulassung zum Masterstudium von einer Mindestnote abhängt, welche der Bewerber auch erfüllt, kann im Bewerbungsgespräch jedenfalls nicht die fachliche Qualifikation festgestellt werden, sondern allenfalls Mängel an der persönlich-sozialen Eignung aufgedeckt werden. Eigenständige Bedeutung kann das Gespräch erlangen, wo die Zahl der Bewerber mit Mindestnote die vorhandenen Kapazitäten nicht ausschöpft, da in solchen Fällen, wie dargelegt, andere Parameter als die Mindestnote an Bedeutung gewinnen.

## 6 Regelung durch Satzung

Nicht nur die materiellen Anforderungen an Zugang bzw. Zulassung zum Bachelor, sondern auch ihre formalrechtliche Verankerung muss den Vorgaben des Grundgesetzes genügen. In der Praxis sind Zugangsbeschränkungen in Satzungen niedergelegt, die von der Hochschule erlassen werden. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erlaubt eine Regelung der Berufsfreiheit durch oder auf Grund eines Gesetzes. Ausreichend ist es demnach, wenn sich der Eingriff, sei er auch durch einen Einzelakt erfolgt, auf ein Parlamentsgesetz zurückführen lässt<sup>75</sup> – was der Fall ist, wenn die Landeshochschulgesetze die Voraussetzungen für Auswahl und Zulassung hinreichend festlegen. Die Hochschulsitzungen müssen sich ihrerseits innerhalb des Rahmens halten, der ihnen durch das Landeshochschulgesetz vorgegeben wird. Dieser Rahmen ist grundsätzlich relativ weit, wie z. B. Hinweise auf die Festlegung „weitere[r] besondere[r] Zulässigkeitsvoraussetzungen“ zeigen. Konkretere Vorgaben statuiert beispielsweise § 69 Abs. 5 S. 2 SaarUG, wonach der Zugang zu konsekutiven Masterstudiengängen neben dem Bachelorabschluss oder einem äquivalenten Abschluss insbesondere von einer Eignungsprüfung, einem qualifizierten Notendurchschnitt oder anderen geeigneten Verfahren abhängig zu machen ist. § 49 Abs. 7 S. 3 HG NRW hingegen beschränkt die Regelungsbefugnis der Hochschulen auf den Nachweis eines vorangegangenen qualifizierten Abschlusses. Ganz andere Vorgaben wiederum macht § 38 Abs. 10 S. 3 LHG M-V, der bestimmt, dass bei der näheren Regelung durch die Prüfungsordnungen nicht ausschließlich auf die Abschlussnote abgestellt werden darf. Grundsätzlich aber ist die Einschätzungsprärogative der Hochschu-

72 VG Münster, Beschl. v. 15.11.2010, Az. 9 L 529/10, Rn. 30 (Juris).

73 VG München, Beschl. v. 25.11.2010, Az. M 3 E 10.4612, Rn. 25 (Juris).

74 VG Münster, Beschl. v. 15.11.2010, Az. 9 L 529/10, Rn. 44 (Juris).

75 Jarass, in: ders./Pieroth (Fn. 7), Vorb. vor Art. 1, Rn. 42.

len<sup>76</sup> der Sache angemessen. Welche Voraussetzungen für einen bestimmten Masterstudiengang mitzubringen sind, kann sie am scheinächsten beurteilen.<sup>77</sup>

Insbesondere bei denjenigen Landeshochschulgesetzen, die als Vorgabe für die Hochschulsatuzungen lediglich auf „weitere besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen“ oder ähnliche Formulierungen abstehen, stellt sich die Frage, ob ihre Regelungsdichte der Wesentlichkeitslehre gerecht wird, wonach der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss.<sup>78</sup> Das VG Hamburg hat dies für § 39 Abs. 1 S. 3 HmbHG verneint. Nach dieser Vorschrift regeln die Hochschulen weitere Zugangsvoraussetzungen zu Masterstudiengängen entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Studiengangs durch Satzung. Diese Regelung des parlamentarischen Gesetzgebers habe wenigstens Grundzüge der Kriterien sowie Merkmale der generellen Zugangsvoraussetzungen und der Auswahlentscheidung beim Zugang zum Masterstudium festzulegen, da die Versagung eines Platzes in einem Masterstudiengang die Berufschancen erheblich schmälere. Der weit überwiegende Teil der Verwaltungsgerichte<sup>79</sup> hält die Ermächtigungen in den Landeshochschulgesetzen – wenngleich Unterschiede in den Einzelheiten der Formulierung bestehen – dagegen im Einklang mit dem Schriftum für ausreichend. Die Freiheit der Lehre und akademische Selbstverwaltung der Hochschulen aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG weise „bereits die Festlegung von Zugangsvoraussetzungen für ein Studium“ dem „Kernbereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten der Hochschulen“ zu.<sup>80</sup> Entscheidend für die Annahme einer wesentlichen Frage ist aber weniger das Verhältnis der Staatsfunktionen zueinander als die Auswirkung auf bürgerliche Grundrechte. Der Gesetzgeber muss also dann Entscheidungen selbst treffen, wenn sie sich intensiv auf den Gebrauch eines Grundrechts auswirken und hierfür erhebliche Bedeutung besitzen.<sup>81</sup> Der Zugang zu einem Hochschulstudium entfaltet – von rein „dekorativen“ Masterstudiengängen einmal abgesehen – erhebliche Bedeutung für die Berufsfreiheit. Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht schon frühzeitig für die Zulassung zu einem Hochschulstudium anerkannt, dass es dem Gesetzgeber obliegt, auch wenn er seine Regelungsbefugnis delegiert, dass er zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festlegt.<sup>82</sup> Wenn aber schon die Zulassung zu einem Studium diesen Regeln unterfällt, dann muss erst recht der vorgelagerte Zugang zur Hochschule, der erst den späteren Zulassungsanspruch begründet,<sup>83</sup> diesen Anforderungen entsprechen. Ansonsten müsste die systemwidrige Konsequenz eintreten, dass zwar die Zulassungskriterien und ihre Gewichtung vom Gesetzgeber aufgestellt werden, die Zugangsanforderungen aber, die erst darüber entscheiden, ob jemand am nachgelagerten Zulassungsverfahren im engeren Sinne teilnehmen

76 OVG Lüneburg, WissR 2010, 408 (411); OVG Koblenz, Beschl. v. 21.7.2010, Az. 10 D 10792/10, Rn. 11 (Juris).

77 OVG Koblenz, Beschl. v. 21.7.2010, Az. 10 D 10792/10, Rn. 11 (Juris).

78 BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 84, 212 (226); 101, 1 (34); Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 113.

79 OVG Lüneburg, WissR 2010, 408 (411 f.); OVG Koblenz, Beschl. v. 21.7.2010, Az. 10 D 10792/10, Rn. 10 (Juris); OVG Münster, Beschl. v. 17.2.2010, Az. 13 C 411/09, Rn. 10, 16 (Juris); VG Bremen, Beschl. v. 5.5.2010, Az. 6 V 293/10, Rn. 12 ff. (Juris); VG Bayreuth, Beschl. v. 18.5.2010, Az. B 3 E 10.324, Rn. 23 (Juris).

80 Kluckert, DÖV 2008, 905 (908).

81 BVerfGE 49, 89 (127); 83, 130 (142); 95, 267 (308); 98, 218 (252).

82 BVerfG 33, 303 (345 f.). Vgl. auch VGH München, Beschl. v. 9.5.2007, Az. 7 CE 07.551, Rn. 17 (Juris); Beschl. v. 11.1.2010, Az. 7 CE 09.2804, Rn. 12, 18 (Juris); VG München, Beschl. v. 23.10.2009, Az. M 3 E 09.4670, Rn. 35 (Juris); Beschl. v. 25.11.2010, Az. M 3 E 10.4612, Rn. 27 (Juris); VG Regensburg, Beschl. v. 3.9.2009, Az. RO 1 E 09.1279, Rn. 33, 53 ff. (Juris), die es jedoch für ausreichend erachten, wenn diese Vorgaben für das Zulassungsverfahren in einer Satzung der Hochschule enthalten sind.

83 Vgl. BVerfGE 85, 36 (53 f.).

kann, von der Hochschule bestimmt werden.<sup>84</sup> Diese könnten die Kriterien, die der Gesetzgeber festlegt, durch ihre vorgelagerte Bestimmung der Zugangskriterien ad absurdum führen.

Diesem Ergebnis lässt sich auch nicht mit dem Einwand begegnen – der von manchen Verwaltungsgerichten erhoben wurde –, dass Regelungen höherer Dichte nicht praktikabel wären.<sup>85</sup> Denn nicht individuelle und konkrete Zugangsbestimmungen für jeden einzelnen Masterstudiengang sind gefordert, sondern nur abstrakte Vorgaben über die Bedeutung und Gewichtung von Faktoren wie individuelle Qualifikation, Auswahlgespräche oder eventuelle praktische Tätigkeiten. Festzuhalten ist somit, dass der Gesetzgeber berufen, aber auch verpflichtet ist, die Kriterien für den Zugang zu einem Hochschulstudium und ihr Verhältnis zueinander zu bestimmen.<sup>86</sup> Eine Blankoermächtigung darf den Hochschulen nicht erteilt werden. Dieser Befund wird desto pointierter, je stärker sich der Schutzgehalt der Berufsfreiheit im Durchlaufen des Masterstudiums realisiert, weil nur dieses, rechtlich oder auch faktisch, zum Ergreifen wichtiger Berufe befähigt. Dies steht einer qualifikationsbetonten Auswahlentscheidung beim Masterzugang nicht per se entgegen, die dann nur an die Stelle des vormaligen bundesweiten Numerus clausus für die Aufnahme z. B. von Diplomstudiengängen rücken würde, aber auch genau den hierfür geltenden Voraussetzungen zu genügen hätte. Die Satzungsmacht der Hochschulen muss in solchen Fällen eng begrenzt werden.

Wenn die Regelungen über die Zulassung eine konkrete Aufzählung und Gewichtung verschiedener Kriterien vornehmen,<sup>87</sup> dann werden zwar Vorgaben gemacht, zu denen das Verfassungsrecht den Gesetzgeber gar nicht zwingt. Dies ist aber unschädlich, weil es ihm nicht verwehrt ist, auch in nicht wesentlichen Fragen selbst eine Entscheidung zu treffen.<sup>88</sup>

## 7 Fazit

Die hier vorgetragenen Befunde geben nur eine Zwischenbilanz wieder. Noch ist die Erprobungsphase für das Bachelor-Master-System nicht abgeschlossen, und auch flächendeckend ist es, jedenfalls in Deutschland, noch nicht eingeführt worden. Einzelne Studienfächer, insbesondere Rechtswissenschaft, entziehen sich weiterhin der vom Bologna-Prozess verordneten Schematisierung.<sup>89</sup> Doch auch wo diese volle Wirkung zeitigt, herrscht keineswegs eine Monokultur, deren Gewächse sich rechtlich über einen Kamm scheren ließen: Nicht nur bei den Studieninhalten, sondern auch bei der funktionalen Anknüpfung beweisen gerade die Master-Studiengänge eine

<sup>84</sup> Vgl. aber *Hailbronner*, WissR 29 (1996), 1 (26), der erst aus diesem Grund die Kriterien dem Zugangsverfahren zuordnet: „Die zusätzlichen Prüfungen, die nach derzeitiger Rechtslage bei bestimmten Studiengängen zu absolvieren sind, müssen als Teil der Studieneignung angesehen werden, da sie ansonsten unweigerlich mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an den Teilhabeanspruch jedes hochschulreifen Bewerbers in Konflikt geraten müssten.“

<sup>85</sup> So OVG Lüneburg, WissR 2010, 408 (411); OVG Münster, Beschl. v. 17.2.2010, Az. 13 C 411/09, Rn. 10, 16 (Juris).

<sup>86</sup> In diese Richtung auch *Hailbronner*, WissR 29 (1996), 1 (22 f., 27).

<sup>87</sup> Vgl. §§ 9, 5 Abs. 2 HmbHZG; § 7 NHZG.

<sup>88</sup> Im Hinblick auf die konkrete Regelung des Hamburger Landesrechts hätte sich auch eine andere Auslegung vertreten und dogmatisch begründen lassen, als die vom Verwaltungsgericht gewählte. Der Verweis im HmbHZG ordnet nur eine entsprechende Geltung an und bei den vorhandenen Kriterien für die Zulassung handelt es sich um Kriterien, die auf die gleichen Ziele gerichtet sind wie Kriterien des Zugangs, so dass der vom Gesetzgeber statuierte Vergleich als ausreichend hätte bewertet werden können.

<sup>89</sup> Vgl. dazu die Beschlüsse der 82. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister in Halle (Saale) vom 28./19.5.2011, TOP I.1, [http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek\\_Politik\\_und\\_Verwaltung/Bibliothek\\_MJ/jumiko/I\\_1\\_Juristenausbildung.pdf](http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_MJ/jumiko/I_1_Juristenausbildung.pdf) (eingesehen am 27.6.2011).

außerordentliche Vielgestaltigkeit, und es darf unterstellt werden, dass dies auch für die entsprechenden Zugangsvoraussetzungen gilt.

Während der Bachelor tendenziell „Bildung für alle“ verspricht, soll sich vornhemlich beim Master der Wettbewerb unter den europäischen Hochschulen verwirklichen – was die rechtliche Möglichkeit voraussetzt, ihn besonders qualifizierten Studierenden vorzubehalten. Mit der Verwirklichung des Qualitätskonzepts intrinsisch verbunden sind die Aufladung des bisher nur an die Hochschulreife geknüpften Zugangs zum Hochschulstudium mit materiellen Kriterien und die Abkehr von einem als Allokationsprozess zu verstehenden Zulassungsverfahren. Zugleich werden die Entscheidungsprozesse noch weiter in die Hochschulen verlagert. Der Qualitätswettbewerb, dem das Verfassungsrecht nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber steht, hat insoweit Grenzen, als durch Nichtzulassung zum einem Masterstudiengang nicht auf breiter Front Berufschancen verbaut werden dürfen, insbesondere dann nicht, wenn die Praxis Bedarf an solchen Absolventen hätte. Wo also der Master zur condicio sine qua non für das Ergreifen eines Berufs wird, gelten die vom Bundesverfassungsgericht für den Berufszugang aufgestellten Vorgaben weiter, wenn auch mit Modifikationen, über deren Tragweite die Judikatur noch wird befinden müssen. Insbesondere für die Bereitstellung von Kapazitäten, und das heißt: die Aufteilung der Kapazitäten einer Fakultät zwischen den beiden Studiengängen Bachelor und Master, wollen Maßstäbe entwickelt sein, um arbiträren Entwicklungen und intransparenten Entscheidungen vorzubauen. Not tut insbesondere eine Konkretisierung der gesetzlichen Maßstäbe für die Ausgestaltung der Hochschulsatzungen in puncto Master-Zulassung. Die Zahl der bislang anhängigen Verfahren lässt erahnen, dass der vor allem in den 1970er und 1980er Jahren geführten juristischen Hochschulzugangsdebatte ein gewisses Revival bevorstehen könnte.

*Verf.: Dr. Christian Ernst, Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, E-Mail: christian.ernst@law-school.de*

*Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, E-Mail: axel.kaemmerer@law-school.de*