

Prof. Dr. Eibe Riedel, LL.B.(London), A.K.C.

Universität Mannheim / Visiting Professor, Academy of International
Humanitarian Law and Human Rights, Genf

**Zur rechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Einführung selektiver
Studiengebühren in Baden-Württemberg**

Gutachten erstattet dem Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst
des Landes Baden-Württemberg

Mannheim/Genf, im Dezember 2013

Inhaltsverzeichnis

A. Definition der zu untersuchenden Fragestellung.....	2
B. Vereinbarkeit selektiver Studiengebühren mit universellem Völkerrecht.....	11
I. Allgemeines Völkerrecht	11
II. Völkervertragsrecht.....	14
1. Multilaterale Menschenrechtsverträge.....	15
2. Bilaterale zwischenstaatliche Abkommen.....	28
III. Völkergewohnheitsrecht und Allgemeine Völkerrechtsprinzipien	29
IV. Zwischenergebnis	29
C. Vereinbarkeit selektiver Studiengebühren mit europäischem Recht.....	30
I. Recht der Europäischen Union (EU).....	30
II. Europarat	31
III. Zwischenergebnis	37
D. Vereinbarkeit selektiver Studiengebühren mit innerstaatlichem Recht.....	38
I. Grundgesetz	38
II. Einfaches Bundesrecht.....	46
III. Landesrecht Baden-Württemberg	48
IV. Zwischenergebnis	51
E. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	52
F. Quellenverzeichnis.....	56
G. Anhänge I und II.....	60

A. Definition der zu untersuchenden Fragestellung

Das vorliegende Gutachten geht der Frage nach, ob und inwieweit die Zulassung von ausländischen Staatsangehörigen, die nicht Staatsangehörige eines Staates der Europäischen Union (EU) bzw. des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) sind und keinen gefestigten Aufenthaltsstatus in der Bundesrepublik haben, zu einem Hochschulstudium in Baden-Württemberg von der Zahlung einer Studiengebühr abhängig gemacht werden darf. Unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen, europarechtlichen, verfassungsrechtlichen, bundes- und landesrechtlichen Ebene wird die Zulässigkeit der Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung im baden-württembergischen Hochschulrecht einer eingehenden Prüfung unterzogen.

Innerhalb des einschlägigen Personenkreises kann zunächst zwischen zwei Gruppen unterschieden werden: Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige, die sich bereits im Bundesgebiet bzw. im Gebiet der EU aufhalten und Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige, die von außerhalb die Zulassung für ein Studium anstreben.

Studierende mit bestehendem Aufenthalt im Inland bzw. in der Europäischen Union (EU)

Bezüglich der ersten Gruppe stellt sich die Frage, ob eine Differenzierung anhand der verschiedenen Aufenthaltstitel erforderlich ist. Das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) unterscheidet in erster Linie zwischen Aufenthalts- und Niederlassungserlaubnis.¹ Die dem Gutachten zugrunde liegende Fragestellung impliziert, dass Drittstaatsangehörige mit festem Aufenthaltsstatus im Bundesgebiet nicht unter die Gebührenregelung fallen sollen. Von entscheidender Bedeutung ist also, bei welchem Aufenthaltstitel bzw. in welchen Fällen von einem festen Status gesprochen werden kann. Bei der stets unbefristet zu erteilenden Niederlassungserlaubnis gemäß § 9 AufenthG ist dies unproblematisch, denn sie steht gewissermaßen sinnbildlich für den Grund, weshalb bestimmte Gruppen von in Deutschland ansässigen Drittstaatsangehörigen aus dem Adressatenkreis einer Gebührenerhebung auszuschließen sind.² Im Kern geht es um den Gedanken der

¹ Respektive geregelt in § 7 und § 9 Aufenthaltsgesetz

² Näheres zur Niederlassungserlaubnis u a bei G Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. München 2011, § 9. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 9 AufenthG erläutert die Niederlassungserlaubnis wie folgt: „Die Niederlassungserlaubnis gilt unbefristet, berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit und darf nur in den durch das Aufenthaltsgesetz geregelten Fällen mit einer Nebenbestimmung versehen werden...Die Niederlassungserlaubnis verleiht immer ein vollumfängliches Aufenthaltsrecht, losgelöst von einer ursprünglichen Zweckbindung.“

innerstaatlichen Solidargemeinschaft und der sozialen Verankerung. Bei Personen, die infolge längeren und gefestigten Aufenthalts für eine Niederlassungserlaubnis in Frage kommen, ist davon auszugehen, dass sie selbst oder ihre nächsten Angehörigen einen nicht unerheblichen Beitrag zur Gemeinschaft geleistet haben bzw. weiterhin leisten. Wer in das Arbeitsleben integriert ist, im Inland die Schule (zumindest teilweise) absolviert hat, sich im Alltag des sozialen Umfelds engagiert, oder auch durch Zahlung von Abgaben und Steuern einen Beitrag geleistet hat, kann im Ergebnis kaum anders behandelt werden als deutsche bzw. EU-Staatsangehörige. Dieser Gedanke ist spätestens seit der Entscheidung des Europäischen Rats in Tampere im Jahre 1999, dass die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen und EU-Staatsangehörigen anzunähern sei, leitend für das Aufenthaltsrecht im EU-Raum³. Die feste gesellschaftliche Verankerung lässt die Staatsangehörigkeit hier als Unterscheidungskriterium zurücktreten. Aufgrund der EU-Richtlinie 2003/109/EG, die von der Bundesrepublik im Jahre 2007 durch Einführung der § 9a-c AufenthG umgesetzt wurde, erhalten Drittstaatsangehörige, die in einem der 28 Mitgliedstaaten der EU langfristig aufenthaltsberechtigt sind, die sog. Erlaubnis zum Daueraufenthalt in der Europäischen Gemeinschaft (EG), die gemäß § 9a AufenthG, ähnlich der Niederlassungserlaubnis, unbefristet erteilt wird. Artikel 11 Abs. 1 b) der Richtlinie ordnet die Inländergleichbehandlung im Hinblick auf allgemeine und berufliche Bildung ausdrücklich an. Dementsprechend sind gemäß der Richtlinie daueraufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige in jedem Fall zu dem Kreis derer mit festem Aufenthaltsstatus zu zählen und scheiden als Adressaten einer Gebührenerhebung aus.

Fraglich ist, ob und inwiefern weitere Aufenthaltstitel den hier relevanten Adressatenkreis eingrenzen. Orientierung könnte hier die oben bereits herangezogene EU-Richtlinie 2003/109/EG geben, genau genommen deren Artikel 3. Dieser regelt den personellen Anwendungsbereich der Richtlinie. Die in § 7 AufenthG geregelte und oben bereits erwähnte Aufenthaltserlaubnis gilt stets befristet (mit Verlängerungsmöglichkeit). Sie ist zudem zweckgebunden, was zu der berechtigten Frage führt, ob und inwieweit man sie als festen Aufenthaltsstatus bezeichnen kann. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Bandbreite der Zwecke groß ist und sowohl Kurz- als auch Daueraufenthalte bewilligt werden können. Unbeschadet aufenthaltsrechtlicher Detailfragen sollten Studierende bzw.

³ Deutsche Version siehe http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm;

Studienbewerber/innen mit Aufenthaltserlaubnis nach den Abschnitten 4 (Aufenthalt zu Erwerbszwecken) und 6 (Familienzusammenführung) des Aufenthaltsgesetzes zum Kreis derjenigen mit festem Aufenthaltsstatus gezählt werden. Bei ersteren spricht die Integration in den inländischen Arbeitsmarkt dafür, bei letzteren die Einbindung in eine familiäre Lebensgemeinschaft und damit in der Regel sozialer Verwurzelung.⁴

Innerhalb der Gruppe der sich bereits im Bundesgebiet aufhaltenden Personen sind schließlich noch (Langzeit)Geduldete, Asylbewerber/innen und Asylberechtigte bzw. anerkannte Flüchtlinge nach Art. 20 der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951, sowie Staatenlose in Betracht zu ziehen. Das aufenthaltsrechtliche Reglement geht hier grundsätzlich (auf dem Papier) davon aus, dass der Aufenthalt im Bundesgebiet nur von vorübergehender Dauer und keine Verfestigungsperspektive wie bei der Aufenthaltserlaubnis vorgesehen ist. Das Aufenthaltsrecht soll nach dem Gesetz nur solange gelten, wie ein Asyl- bzw. Duldungsgrund gegeben ist. Gleichwohl spricht die Praxis eine andere Sprache. Bei anerkannten Asylberechtigten wird der Asylgrund nur in seltenen Fällen so zügig wieder wegfallen, dass eine feste Verankerung – insbesondere von Kindern – in der Gesellschaft nicht stattgefunden hat. Daher sollte man Asylberechtigte (und anerkannte Flüchtlinge) unter die Gruppe derer mit festem Aufenthaltsstatus fassen. Ähnlich ist die Sachlage angesichts der häufig langen Verfahrensdauer bei Asylbewerber/innen sowie bei Langzeitgeduldeten zu sehen. Konkret geht es um geduldete Ausländer/innen, die sich bereits längere Zeit, oftmals über Jahre, im Bundesgebiet aufhalten und deren Kinder etwa hier der Schulpflicht unterliegen und auch sonst sozial integriert sind. Ähnliches dürfte für Asylbewerber/innen und anerkannte Asylberechtigte gelten. In solchen und vergleichbaren Fällen sollte eine Freistellung von der Gebührenzahlungspflicht erfolgen. Im Einzelfall können Ermessensspielräume für den erforderlichen Zeitraum des Aufenthalts im Inland und die bereits erfolgte soziale Integration berücksichtigt werden. Bei Staatenlosen sollte generell ein großzügigerer Maßstab angelegt werden.

Studierende ohne bestehenden (gefestigten) Inlandsbezug

Mit Blick auf die Gruppe derjenigen, die einen Aufenthaltstitel ausschließlich zu Ausbildungszwecken anstreben, stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich die zu ihr

⁴ Vgl. dazu BVerwGE 65, 179f. oder BVerfGE 76, 42f

gehörenden Personen gegenüber deutschen Hoheitsträgern auf inner- bzw. zwischenstaatliche Rechtsnormen berufen können. Dies kann beispielsweise für den Fall des Grundgesetzes nur dann bejaht werden, wenn man davon ausgeht, dass dessen Grundrechte auch für Personen gelten, die sich noch außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik befinden.⁵ Jedenfalls für den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ist dies gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen der Fall.⁶ In einem Urteil zu unterschiedlicher Besteuerung von im Inland bzw. im Ausland befindliche Steuerpflichtige aus dem Jahre 1976 stellt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) fest:

„Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung des Beschwerdeführers ist Art 3 Abs 1 GG. Das aus dieser Norm folgende Grundrecht steht auch dem nicht im Inland ansässigen Beschwerdeführer zu, da es "allen Menschen" die Gleichbehandlung vor dem Gesetz garantiert.“

Als Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage nach der räumlichen Geltung des Grundgesetzes nennt das Bundesverfassungsgericht Artikel 1 Absatz 3 GG, der den Geltungsumfang der Grundrechte im Allgemeinen bestimme. In seinem Urteil zu Auslandsbezügen der Fernmeldeüberwachung des Bundesnachrichtendienstes (BND) aus dem Jahre 1999 führt das Gericht aus:

„Aus dem Umstand, dass diese Vorschrift (Art. 10 GG, Anm. des Verfassers) eine umfassende Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte vorsehe, ergibt sich noch keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungsreichweite der Grundrechte. Das Grundgesetz begnügt sich nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimmt auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Insofern geht es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus. Zum einen ist der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen zu berücksichtigen. Zum anderen muss das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden. Dieses

⁵ Eine andere Frage ist die der extraterritorialen Geltung der Grundrechte, bei der es um die Grundrechtsbindung deutscher Hoheitsträger geht, die im Ausland als solche auftreten.

⁶ Siehe BVerfGE 43, 1ff, wobei es hier um sog. „Steuerausländer“ ging

schließt freilich eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen nicht prinzipiell aus. Ihre Reichweite ist vielmehr unter Berücksichtigung von Artikel 25 des Grundgesetzes aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Dabei können je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein.“⁷

Mit dem zitierten Urteil hat das BVerfG festgestellt, dass der Schutz des Grundgesetzes auch Vorgänge und Personen im Ausland erfassen kann, wenn eine hinreichende Verknüpfung mit staatlichem Handeln im Inland gegeben ist.⁸ Bei genauer Betrachtung lässt sich dem Urteil nicht eindeutig entnehmen, ob und inwieweit auch ausländische Staatsangehörige im Ausland Grundrechtsschutz genießen. In der Literatur wird die Frage unterschiedlich beantwortet. Gegen eine Grundrechtsgeltung für Drittstaatsangehörige, die sich (noch) außerhalb des Bundesgebiets aufhalten, wird argumentiert, dass man die Reichweite des Grundgesetzes nicht überstrapazieren dürfe, da es sich in erster Linie um eine einzelstaatliche Verfassung handele, die Ausdruck des völkerrechtlichen Grundsatzes der staatlichen Souveränität sei und dementsprechend auch nicht in die Souveränität anderer Staaten eingreifen dürfe. Auch wenn das Grundgesetz nicht den Anspruch einer Weltrechtsordnung erheben kann und sollte, ist der entscheidende Aspekt ein anderer. Wie die vorliegende Fragestellung verdeutlicht, geht es nicht darum, dass Grundrechte extraterritorial Recht setzen und unzulässig in die staatliche Souveränität anderer Staaten eingreifen, sondern vielmehr darum, dass die Bundesrepublik im Lichte des Art. 1 Abs. 3 GG ihrer umfassenden grundrechtlichen Verantwortung gegenüber allen Individuen gerecht wird, die mit ihrer Rechtsordnung bzw. ihren Hoheitsträgern in Berührung kommen.⁹ Dies deckt sich mit der im oben zitierten Urteil zur Fernmeldeüberwachung eingeschlagenen Richtung. Die Entscheidung über die Zulassung eines/r Studienbewerbers/in findet im Rahmen hoheitlichen Handelns im Inland statt. Unabhängig davon, ob ein Zulassungsantrag auf elektronischem Wege oder schriftlich per Post erfolgt, der Antrag löst aber lediglich einen Verwaltungsvorgang im Inland aus, der nach rechtsstaatlichen Vorgaben prozedural zu bescheiden ist, die Eröffnung des

⁷ BVerfGE 100, 313ff, Rz.176.

⁸ Vgl Fn 7, dort Leitsatz 2

⁹ Siehe dazu z.B. M Sachs in *K Stern (Hrsg.)*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV/1, München 2006, § 102, 748ff

Schutzbereiches eines Grundrechts aber noch nicht präjudiziert. Aus einem solchen Vorgang folgt demnach nicht, dass bei Studienbewerbungen aus dem Nicht-EU-Ausland von einem hinreichenden Inlandsbezug ausgegangen werden kann.

Sonderfall EU-Assoziierungsabkommen

Vor dem Hintergrund, dass eine Gebührenerhebung gegenüber EU-Staatsangehörigen (siehe nur Art. 18ff. und Art. 165 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) und Daueraufenthaltsberechtigten in der EU nicht in Frage kommt, drängt sich die Frage auf, ob und inwieweit die bestehenden EU-Assoziierungsabkommen und andere Vereinbarungen mit Drittstaaten den Kreis der Gebührenadressaten beeinflussen.¹⁰ Konkret stellt sich die Frage, ob und inwieweit derart bestehende Abkommen und Vereinbarungen Angehörigen der jeweiligen Vertragsstaaten die Gleichbehandlung mit EU-Bürger/innen gewähren und dementsprechend eine Erhebung von Studiengebühren den Inhalt der Abkommen unzulässig konterkarieren würde. Als primärrechtliche Grundlage für Abkommen mit Drittstaaten hält das EU-Vertragswerk die Art. 216ff. AEUV bereit. Gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV sind von der EU mit Drittstaaten abgeschlossene Abkommen auch für die einzelnen Mitgliedstaaten verbindlich.

Im Wesentlichen geht es zum einen um die sog. Assoziierungsabkommen¹¹. Rechtsgrundlage hierfür ist Art. 217 AEUV. Nach heutigem Stand hat die EU beispielsweise mit der Türkei und den Mittelmeeranrainerstaaten (Ausnahme Libyen und Syrien) derartige Abkommen abgeschlossen. Das Assoziationsrecht zwischen EU und Türkei begründet Freizügigkeitsregelungen basierend auf Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Anknüpfungspunkt für eine Gleichbehandlung von türkischen Staatsangehörigen sind also die Grundfreiheiten der vormals Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Zu klären ist hierbei, ob sich die Freizügigkeit und damit die Gleichbehandlungspflicht auch auf Studierende beziehen und eine Gebührenerhebung die Freizügigkeit unzulässig einschränken würde. Das Assoziationsrecht lässt diesen Schluss nicht zu, da es strikt an der Zugehörigkeit

¹⁰ Streng genommen gehört diese Frage zur Ebene des Völkerrechts, da das EU-Primärrecht nur die Befugnis zum Abschluss von Abkommen und das dazugehörige Verfahren regelt, die dann vereinbarten Abkommen aber nicht zum EU-Recht gezählt werden können, sondern Völkervertragsrecht mit Bindung für die EU und ihre Mitgliedstaaten sind.

¹¹ Siehe dazu z B T Oppermann/C. Classen/M Nettessheim, Europarecht, 5. Auflage München 2011, 676.

zum regulären Arbeitsmarkt anknüpft.¹² Eine Einschränkung der gesetzgeberischen Gestaltungsbefugnis im Hinblick auf den Hochschulzugang ist dem Assoziationsrecht grundsätzlich nicht zu entnehmen. Einen Sonderfall bilden gemäß Art. 9 des Assoziierungsabkommens die sich in einem EU-Mitgliedsstaat bereits rechtmäßig aufhaltenden Kinder bzw. Familienangehörigen von türkischen Beschäftigten. Nach dieser Vorschrift, insbesondere deren Satz 2, genießt diese Personengruppe ein weitgehendes Recht auf Gleichbehandlung bei der Frage des Hochschulzugangs.¹³ Im Ergebnis lässt sich diese Personengruppe in die oben bereits vom zulässigen Adressatenkreis ausgeschlossenen Personen mit Daueraufenthaltsrecht-EU bzw. wegen Familiennachzugs Aufenthaltsberechtigten einordnen. Die Zulässigkeit einer Erhebung von Studiengebühren gegenüber türkischen Staatsangehörigen ohne gefestigten Inlandsbezug lässt dies unberührt.

Die Ausführungen zum Assoziationsrecht der Türkei lassen sich im Wesentlichen auf die Europa-Mittelmeer-Abkommen übertragen. Auch bei diesen Abkommen geht es um den Zugang zum Arbeitsmarkt und damit verbundener Gleichbehandlung hinsichtlich sozialer Leistungen. Rechtlich sind hier keine Einschränkungen der Hochschulzugsregelung ableitbar, politisch könnte gleichwohl ein Absehen von Studiengebühren geboten sein.

Sonderfall Afrikanische, Karibische und Pazifische (AKP)-Staaten

Des Weiteren könnte das sog. Cotonou-Abkommen Einfluss auf den zulässigen Adressatenkreis haben, welches die EU mit den unabhängig gewordenen ehemaligen Kolonien von EU-Mitgliedstaaten, d.h. mit fast 80 Staaten Afrikas, der Karibik und Ozeaniens abgeschlossen hat¹⁴. Art. 13 des Abkommens regelt eine Reihe von Grundsätzen, die im Zusammenhang mit Einwanderung bzw. Migration von allen Vertragsparteien, insbesondere der EU und ihren Mitgliedsstaaten zu berücksichtigen sind. Die Vorschrift verpflichtet die Vertragsparteien zu partnerschaftlichem Umgang. Aus Absatz 4 ergibt sich die ausdrückliche vertragliche Zusage seitens der „Gemeinschaft“ (EU), die Ausbildung von AKP-

¹² Siehe zum Ganzen K Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Auflage Stuttgart 2008, D 5 2.

¹³ Siehe hierzu das Urteil des EuGH in der Sache *Guroi ./.* *Bezirksregierung Köln* aus dem Jahre 2005 (Rechtssache C-374/03), kommentiert von I. Baysu/A. Hänlein, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR)* 2005, 425ff, vgl. zudem H. Cremer, *Ausbildungsrechtliche Ansprüche türkischer Kinder aufgrund des Assoziationsratsbeschlusses EWG/Türkei Nr. 1/80*, in: *Informationsbrief für Ausländerrecht* 1995, 45ff.

¹⁴ Vgl. Oppermann/Classen/Nettesheim, Fn 11, 671ff

Staatsangehörigen in einem Mitgliedsstaat der EU zu unterstützen. Zudem wird hier vereinbart, dass die Vertragsparteien Kooperationsprogramme entwickeln, um Studierenden aus den AKP-Staaten den Zugang zu Bildung zu erleichtern. Fraglich ist, ob die Erhebung von Studiengebühren durch ein EU-Mitgliedsland diesen vertraglich vereinbarten Zielvorgaben widerspricht und damit unzulässig ist. Entscheidend ist nach hiesiger Auffassung die Auslegung der Begriffe „unterstützen“ und „erleichtern“. Man könnte argumentieren, dass Studiengebühren diesen beiden Begriffen derart zuwiderlaufen, dass der mit ihnen verfolgte Zweck und damit die vertragliche Vereinbarung im Ergebnis leerlaufen. Dagegen ließe sich vorbringen, dass Art. 13 Abs. 4 des Abkommens nicht in die Befugnis einzelner EU-Mitgliedstaaten eingreifen kann, den Zugang zu ihrem Hochschulsystem zu regeln, mit der Folge, dass Studiengebühren mit dem Abkommen grundsätzlich in Einklang stehen und Angehörige der jeweiligen Vertragsstaaten zum für die Erhebung einschlägigen Personenkreis gehören. Gänzlich ohne Einfluss kann das Abkommen jedoch nicht bleiben, da ansonsten Art. 216 Abs. 2 AEUV leerlaufen würde. Daher ist es angezeigt, Art. 13 Abs. 4 des Abkommens zumindest als Vorgabe für die Ausgestaltung der Ausnahmeregelungen im Hinblick auf die Erhebung von Studiengebühren zu verstehen. „Unterstützung“ und „Erleichterung“ beim Zugang zu Bildung in EU-Mitgliedstaaten sollte mithin heißen, dass Befreiungs- bzw. Stundungsregelungen etc. die Herkunft aus einem AKP-Staat und insbesondere auch die jeweilige entwicklungspolitische Einstufung eines Staates im Gefüge des Cotonou-Abkommens besonders berücksichtigen. Dies sollte nach Möglichkeit in der gesetzlichen Regelung abgebildet werden.¹⁵

Zwischenbefund

Die obigen Vorüberlegungen zum relevanten Personenkreis ergeben, dass Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige mit gefestigtem Aufenthaltsstatus bzw. aufgrund bestimmter Aufenthaltstitel nicht als Adressaten einer Gebührenerhebung in Frage kommen. Das aufenthaltsrechtliche Reglement hält abgestufte Formen von Aufenthaltstiteln bereit, die den jeweiligen Grad der Integration, sprich sozialen Verankerung, abbilden. Nicht zur oben bezeichneten Personengruppe gehören jedenfalls Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige, die sich illegal im Inland befinden und nicht einmal eine Duldung besitzen. Ihnen gegenüber dürfte ein Ausschluss von kostenfreier Hochschulbildung unproblematisch sein. Keine Gebührenerhebung kommt zudem bei Nicht-EU-/EWR-

¹⁵ Dazu mehr unten in Teil E.

Staatsangehörigen in Frage, die sich bereits ausschließlich zu Studienzwecken im Inland befinden. Vor diesem Hintergrund ist an dieser Stelle grundlegend festzuhalten, dass die rechtlichen Untersuchungen der folgenden Teile B. bis D. Personen mit hinreichendem Territorialbezug nicht betreffen, das heißt Personen, die sich im Bundesgebiet aufhalten sowie im Ausland befindliche Personen mit sonstigem hinreichenden Inlandsbezug (jenseits eines Familiennachzugsrecht).

B. Vereinbarkeit selektiver Studiengebühren mit universellem Völkerrecht

I. Allgemeines Völkerrecht

Das Völkerrecht geht grundsätzlich, wie es Artikel 2 Abs.1 der Charta der Vereinten Nationen (UN Charta) formuliert, nach wie vor vom Souveränitätsprinzip aus, gestützt auf Staatsgebiet, Staatsgewalt und Staatsvolk, und flankiert diesen Grundsatz mit dem Prinzip der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten des Staates (Artikel 2 Abs.7 UN Charta), wobei sich allerdings eine Reihe von Ausnahmen in der Praxis der Staaten herausgebildet haben. Das gilt vor allem für Maßnahmen des Weltsicherheitsrates und für individuelle und kollektive Selbstverteidigung. Daneben wird das Nichteinmischungsprinzip aber zunehmend auch bei groben und massiven Menschenrechtsverletzungen durchbrochen, indem der Wortlaut des Artikels 2 Abs.7 UN Charta evolutiv ausgelegt wird; heißt es dort zum Beispiel „Angelegenheiten, die ihrem Wesen nach zu den inneren Angelegenheiten des Staates gehören“, so wird dies inzwischen so verstanden, dass massive Menschenrechtsverletzungen nicht länger als innere Angelegenheiten angesehen werden können, sondern die Staatengemeinschaft insgesamt betreffen. Diktaturen und eine Reihe großer Staaten in Asien sehen dies allerdings anders.

Grund und Grenze des Staates sind dementsprechend die auf seinem Territorium befindlichen Menschen, die seiner Rechtsordnung unterliegen. Ausländer unterfallen dem innerstaatlichen Recht, sobald sie sich auf dem Gebiet des Staates befinden. Grundrechte können Ausländer deshalb auch nur dann geltend machen, wenn ein Territorialbezug mit dem Aufnahmestaat gegeben ist oder völkervertragliche Sonderregelungen greifen, worauf im Folgenden ausführlich einzugehen ist. Eine Ausnahme bildet die sogenannte extraterritoriale Geltung der Grundrechte, durch welche die deutsche Rechtsordnung die Beachtung der Grundrechte im Ausland gebietet, sofern ein Personal- und Hoheitsbezug konstatiert werden kann. Deutsche Staatsangehörige, die im Ausland Hoheitsakte in Drittstaaten vornehmen, etwa durch Auslandsvertretungen oder auf Schiffen unter deutscher Flagge, oder Militärpersonal im Auslandseinsatz, können für ihre Handlungen vor deutschen Gerichten zur Rechenschaft gezogen werden, wenn sie gegen Grundrechte verstoßen. Bundeswehrangehörige, die etwa in Afghanistan Dienst leisten, unterliegen weiterhin dem Geltungsanspruch des Grundgesetzes.

Der umgekehrte Fall, dass ein Ausländer im Ausland sich auf Grundrechte berufen möchte, wird davon aber nicht erfasst. Insoweit gilt grundsätzlich im Völkerrecht, dass der Staat sich auf die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt stützt und dadurch ein Solidaritätsband zwischen ihm und seinen Bürgern entsteht, für welches das Territorialitätsprinzip und das Personalitätsprinzip über die Staatsangehörigkeit den Umfang bestimmt.

Hieraus folgt, dass Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige vom Ausland aus dem Grunde nach keinen völkerrechtlichen Anspruch auf einen Studienplatz in der Bundesrepublik Deutschland haben, es sei denn, völkervertragliche, völkergewohnheitsrechtliche Regeln oder allgemeine Rechtsgrundsätze räumen diesen Ausländern Grund- und Menschenrechtspositionen ein. Es gilt also grundsätzlich, dass Ausländer, die außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes leben, sich normalerweise nicht gegenüber deutschen Behörden auf die Grundrechte und Menschenrechte berufen können. Es fehlt insoweit an einer Herrschafts- und Abhängigkeitsbeziehung, die für den Ausländer stattdessen zu dem Heimatstaat besteht¹⁶. Anderes gilt nur, wenn Ausländer im Ausland deutschen Hoheitsakten unterliegen, etwa Visa-Anträge bei deutschen Auslandsvertretungen beantragen. Der Territorialbezug für die Geltung von deutschen Hoheitsakten findet insofern eine Ausnahme¹⁷.

Ausländer können sich jedoch auf die Grund- und Menschenrechte gegenüber der deutschen Staatsgewalt berufen, sofern ein Territorialbezug hergestellt werden kann – etwa wenn ein Ausländer Grundeigentum im Inland erwirbt, oder Familiennachzug, gestützt auf Artikel 6 GG, begehrt und ein Familienmitglied bereits in Deutschland eine Aufenthaltsberechtigung besitzt.¹⁸ Dies eröffnet zumindest einen prozessualen Prüfungsanspruch, unterliegt aber innerstaatlichen Regelungen und Ermessensausübung. Aber auch in solchen Fällen bedarf es eines zumindest abgeleiteten Territorialitätsbezuges, um Zugang zum deutschen Rechtsweg zu erlangen.

¹⁶ Vgl. bereits J. Isensee, Grundrechtsverletzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1992, Band V, § 115, Rn. 87.

¹⁷ Isensee, Fn. 16, Rn. 87; ähnlich H. Quaritsch, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Fn. 16, § 120, Rn. 76.

¹⁸ Vgl. bereits oben die Ausführungen im Teil A.

Das moderne Völkerrecht macht von dieser Souveränitätsgeleiteten Grundposition jedoch Ausnahmen. In erster Linie sind das universelle Menschenrechtsnormierungen, die das freie Schalten und Walten der Staaten letztlich doch erheblich einschränken und gegebenenfalls sogar völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit auslösen können. Aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht ergibt sich deshalb zunächst, dass die Staaten bei der Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtslage grundsätzlich frei sind¹⁹. Doch müssen die Staaten die Grenzen beachten, die sich aus bi- oder multilateralen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträgen, aus Menschenrechtsverträgen oder aus Völkergewohnheitsrecht ergeben. Ausländern ist dadurch in jedem Falle ein völkergewohnheitsrechtlicher Mindeststandard an Rechten zu gewähren²⁰.

Allerdings besteht im Schrifttum keineswegs Einmütigkeit über die genaue Reichweite des völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandards, der Ausländern zu gewährleisten ist. Die herrschende Lehre rechnet dazu jedoch folgende Prinzipien:

- Jeder Ausländer ist ein Rechtssubjekt;
- Ausländer können im Inland grundsätzlich Privatrechte erlangen;
- Rechtmäßig erworbene Privatrechte der Ausländer (*acquired rights/ droits acquis*) sind zu achten;
- Der innerstaatliche Rechtsweg steht ihnen offen;
- Verhaftungen dürfen nur bei ernsthaftem Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung vorgenommen werden;
- Grundsätzlich sind Leben, Freiheit, Eigentum und Ehre des Ausländers zu schützen;
- Es besteht jedoch kein Anspruch auf politische Rechte, noch auf die Ausübung bestimmter Berufe.²¹

Nicht erfasst wird durch diesen Mindeststandard der Ausländerbehandlung ein Recht auf Bildung, speziell auf Zugang zur tertiären Ausbildung. Das könnte nur durch

¹⁹ K. Hailbronner, in *W. Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. Berlin 2004, 226f.; siehe auch J. Delbrück, in *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum* (Hrsg.), *Völkerrecht Band II/2*, 2. Aufl. Berlin 2002, 118 ff.

²⁰ Hailbronner, Fn.19, 226f, Delbrück, Fn.19, 118f, K. Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd III/1, München 1988 § 70, 1036; K. Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Aufl. München 2004, 811ff, Rz 5-9, D. Vagts, *Minimum Standards*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law (MPEPIL)* Band 8, 382ff, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Aufl. Oxford 2003, 501ff.

²¹ Stern, Fn 20, 1036, A. Randelzhofer, *Der Einfluß des Völker- und Europarechts auf das deutsche Ausländerrecht*, Berlin 1980, 20.

völkervertragliche Regelungen erreicht werden. Außerdem gehen fast alle Kommentatoren davon aus, dass dieser fremdenrechtliche Mindeststandard sich ausschließlich auf Ausländer bezieht, die sich bereits auf dem Territorium des Empfängerstaates befinden. Wie Jost Delbrück überzeugend dargelegt hat, gehört zu diesem Mindeststandard auch die aus der Menschenwürde abgeleitete Deckung des existenziellen Lebensbedarfes. Den Ausländern müssen deshalb auch die Benutzung der staatlichen Wohlfahrtseinrichtungen und Versorgungsmittel, wie auch die einfachsten Bildungsinstitutionen in gleicher Weise wie eigenen Staatsangehörigen offen stehen²². Dies folgt jedoch nicht aus dem Mindeststandard, sondern primär aus den völkervertraglichen und menschenrechtlichen Normierungen.

Der Mindeststandard bezieht sich im Übrigen auch nur auf zugelassene Ausländer im Inland. Ein Recht auf Einreise und Aufenthalt kann nicht darauf gestützt werden. Im allgemeinen Völkerrecht hat sich trotz Artikel 14 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948 auch kein universales Recht auf Asyl mit Pflicht zur Gewährung von Asyl durchgesetzt, sondern nur die Befugnis des Staates, Asyl gegebenenfalls zu gewähren²³. Verschiedenste Kodifikationsvorhaben zum völkerrechtlichen Asylrecht sind bislang stets gescheitert.

Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass für Nicht-EU/EWR-Ausländer ohne gefestigten Inlandsbezug nach allgemeinem Völkerrecht grundsätzlich kein einklagbarer Anspruch auf Zugang zu deutschen Bildungseinrichtungen erhoben werden kann.

II. Völkervertragsrecht

Zu prüfen bleibt, ob selektive Studiengebühren nach Völkervertragsrecht eine andere Regelung erfahren. In Betracht kommen dafür vor allem multilaterale Menschenrechtsverträge, aber auch bilaterale zwischenstaatliche Abkommen.

²² Vgl. Delbrück, Fn.19, 119

²³ A Verdross/B Simma, Universelles Völkerrecht, 3.Aufl. Berlin 1984, § 1210, Stern, Fn.20, 1037

1. Multilaterale Menschenrechtsverträge

Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR)

Die Einführung von Studiengebühren für Nicht-EU-Ausländer könnte mit den Bestimmungen des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 (IPWSKR) unvereinbar sein.²⁴ Relevant sind im Zusammenhang mit der Gutachtenfrage die Artikel 13 und 2 IPWSKR. Die Unvereinbarkeit mit diesen Artikeln ist nur dann möglich, wenn deren Schutzbereiche eröffnet sind. Artikel 2 Abs.2 IPWSKR ist als übergreifendes Diskriminierungsverbot für Inhalt und Auslegung von Artikel 13 IPWSKR maßgeblich und lautet wie folgt:

„Die Vertragsstaaten verpflichten sich, zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen und sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden.“

Wie der Sozialpaktausschuss in seinem Allgemeinen Kommentar (*general comment*) Nr. 20 ausgeführt hat²⁵, enthält Artikel 2 Abs 2 IPWSKR eine unmittelbar wirkende Querschnittsverpflichtung für die Vertragsstaaten.²⁶ Das so gekennzeichnete Diskriminierungsverbot muss stets im Zusammenhang mit speziellen Paktrechten gelesen werden – es ist kein eigenständiges Paktrecht, kein „*stand-alone right*“.²⁷ Den Schutzbereich von Artikel 13 hat der Sozialpaktausschuss grundlegend in seinem Allgemeinen Kommentar Nr. 13 umschrieben²⁸. Artikel 13 Abs.2 (c) IPWSKR legt fest,

²⁴ Der Pakt wurde am 17. Dezember 1973 durch den Bundespräsidenten ratifiziert (siehe Bundesgesetzblatt 1973 II, Seite 1569) und ist seit dem 3. Januar 1976 (drei Monate nach Hinterlegung der 35 Ratifikations- oder Beitrittsurkunde) völkerrechtlich wie innerstaatlich in Kraft (vgl auch unten Teil D)

²⁵ Allgemeiner Kommentar Nr 20, UN-Doc. E/C 12/GC/20 vom 2. Juli 2009.

²⁶ Allgemeiner Kommentar Nr. 20, § 7: "*Non-discrimination is an immediate and cross-cutting obligation in the Covenant.*"

²⁷ Allgemeiner Kommentar Nr 20, § 7: "*...can only be applied in conjunction with these rights*"

²⁸ Allgemeiner Kommentar Nr 13, UN-Doc. E/C.12/1999/10 vom 8. Dezember 1999.

„(dass) der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss.“

Gemeinsam mit Artikel 2 gelesen ergibt sich grundsätzlich folgendes Bild: Art. 13 verpflichtet die Vertragsstaaten nach seinem Wortlaut dazu, unentgeltliche Hochschulbildung diskriminierungsfrei zu gewährleisten.

Der vereinzelt vertretenen Auffassung, wonach der Wortlaut zu unbestimmt sei, ist nicht zu folgen. Der Schutzbereich von Art. 13 ist jedoch insoweit teleologisch zu reduzieren, als dass Entgeltlichkeit dann zulässig ist, wenn sie den gleichen, diskriminierungsfreien Zugang zu Hochschulbildung unberührt lässt. Im Kern geht es also um das auch für Art. 13 geltende Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 2. Dies gilt unmittelbar und schließt Ungleichbehandlungen aus, die sachlich nicht gerechtfertigt bzw. unverhältnismäßig sind. Die Erhebung von Studiengebühren ist folglich unter bestimmten Voraussetzungen der Sozialverträglichkeit mit Art. 13 Abs. 2 c IPWSKR vereinbar. Diese Erwägungen gelten zunächst für den Fall, dass von der gesamten Gruppe der Studierenden die Gebühren verlangt werden, und nur, wie bereits dargelegt, für Ausländer, die sich auf dem Territorium des Gaststaates befinden. Es handelt sich bei den menschenrechtlichen Normierungen nämlich um Garantien, die ihre Implementierung auf der innerstaatlichen Ebene erfahren. Auf dieser nationalen Ebene sind die Vorschriften des Sozialpaktes deshalb sehr sorgfältig darauf zu überprüfen, dass beim Recht auf Bildung, speziell dem Zugang zum Studium, das unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot in aller Klarheit beachtet wird. Die nur selektive Erhebung muss sich demzufolge am Kerngehalt des oben genannten Artikels messen lassen, da es sich um eine Ungleichbehandlung innerhalb des Oberbegriffs „Studierende“ handelt, wenn eine Gebühr allein von Nicht-EU/EWR-Staatsangehörigen, die keine „Bildungsinländer“ sind, erhoben werden soll. Zu prüfen ist, ob Art. 13 Abs. 2 c IPWSKR eine derart selektive Entgeltlichkeit von Hochschulbildung zulässt. Dabei geht es in der zur Prüfung vorliegenden Konstellation zunächst nicht so sehr nur um die unterschiedliche Zahlungskraft von Studierenden. Vielmehr setzt die Erhebung von Gebühren am Merkmal bestimmter Staatszugehörigkeit an. Es geht also in erster Linie nicht um die (faktisch) diskriminierenden Folgen einer gesetzlichen Regelung, sondern um eine Ungleichbehandlung durch das Gesetz selbst. Daher bedarf Art. 2 Abs. 2 IPWSKR

besonderer Berücksichtigung. Es stellt sich die Frage, ob gegen dieses Diskriminierungsverbot verstoßen wird. Wie bereits erwähnt, hat sich der Sozialpaktausschuss im Jahre 2009 ausführlich zum Inhalt von Artikel 2 Abs.2 IPWSKR in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 20 geäußert. In Absatz 13 dieses Kommentars deutet der Ausschuss zwar an, dass es die Möglichkeit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen gibt, zeichnet aber gleichzeitig grundlegende Grenzen für eine Rechtfertigung. Wörtlich heißt es dort:

“Unterschiedliche Behandlung gestützt auf unzulässigen Differenzierungskriterien wird als diskriminierend gekennzeichnet, es sei denn, die Rechtfertigung für die Differenzierungsgründe ist vernünftig und sachlich. Dies schließt eine Abwägung darüber ein, ob der Zweck und die Auswirkungen der Maßnahmen oder Unterlassungen rechtmäßig sind, im Einklang mit dem Charakter der Paktrechte stehen, und ausschließlich zum Zwecke der Förderung des Gemeinwohls in einer demokratischen Gesellschaft dienen. Darüber hinaus muss eine eindeutige und vernünftige Beziehung der Verhältnismäßigkeit zwischen der angestrebten Zweckerzielung und den Maßnahmen oder Unterlassungen und ihren Auswirkungen bestehen. Eine Unterlassung der Beseitigung diskriminierender Behandlung, gestützt auf fehlende vorhandene Ressourcen, stellt keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung dar, es sei denn, sämtliche Bemühungen sind unternommen worden, alle dem Vertragsstaat zur Verfügung stehenden Ressourcen als vorrangig zu erledigende Aufgaben einzusetzen, um der Diskriminierung zu begegnen und sie zu beseitigen”²⁹.

Eine Ungleichbehandlung kann demnach nur mit vernünftigen, sachlichen Erwägungen begründet werden, mit denen der Staat mit verhältnismäßigen Mitteln

²⁹ Übersetzung und Hervorhebungen des Verfassers; das Original lautet: “*Differential treatment based on prohibited grounds will be viewed as discriminatory unless the justification for differentiation is reasonable and objective. This will include an assessment as to whether the aim and effects of the measures or omissions are legitimate, compatible with the nature of the Covenant rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society. In addition, there must be a clear and reasonable relationship of proportionality between the aim sought to be realized and the measures or omissions and their effects. A failure to remove differential treatment on the basis of a lack of available resources is not an objective and reasonable justification unless every effort has been made to use all resources that are at the State party’s disposition in an effort to address and eliminate the discrimination, as a matter of priority*” (Allgemeiner Kommentar Nr. 20, § 13)

einen legitimen, gemeinwohlorientierten Zweck verfolgt und deren Ziel und Wirkung mit dem Wesensgehalt des Art. 13 Abs.2 c IPWSKR vereinbar sind. Hier spiegelt sich auch der Inhalt des Art. 4 IPWSKR.³⁰ Art. 2 Abs.2 IPWSKR schützt ausdrücklich vor Diskriminierung aufgrund nationaler Herkunft (*national origin*). Prima facie liegt eine Ungleichbehandlung vor, die an die Staatsangehörigkeit anknüpft.

Zu klären ist also, ob eine sachliche Begründung im Sinne eines legitimen Zwecks denkbar ist, der mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln erreicht werden kann. Legitimer Zweck ist die bessere finanzielle Ausstattung des Hochschulsystems mit dem Ziel, die Qualität nachhaltig zu sichern bzw. zu steigern. Die Gemeinwohlorientierung dieses Zwecks kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.

Fraglich ist jedoch, ob die selektive Erhebung von Studiengebühren zur Erreichung dieses Zwecks geeignet ist. Auch wenn in Anbetracht der relativ geringen Anzahl an Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörigen (ohne inländische Bildungsgeschichte) unter den Studierenden insgesamt kein sehr großer Betrag zu erwarten ist, steigen die dem Hochschulsystem zur Verfügung stehenden Mittel doch faktisch an, so dass in der Summe mehr Geld als zuvor vorhanden ist. Die Frage der Erforderlichkeit, die Wahl des mildesten Mittels, gestaltet sich schwieriger. Ein milderer, aber gleich wirksames Mittel wäre die Verschiebung von Landeshaushaltsmitteln zugunsten des Hochschulsystems. Die Frage ist hier, ob die Vorschriften des IPWSKR den Entscheidungsspielraum des Landeshaushaltsgesetzgebers eingrenzen können. Zieht man in Betracht, dass die im Haushalt umgeschichteten Mittel an anderer, möglicherweise ebenso gemeinwohlorientierter Stelle fehlen, kann bereits die gleiche Eignung des mildereren Mittels „keine Studiengebühren“ angezweifelt werden. In jedem Fall aber ist bei der Wahl der Mittel von einem Beurteilungsspielraum des Haushaltsgesetzgebers auszugehen. Bleibt die Frage der Angemessenheit. Es fragt sich jedoch, ob das Interesse der Allgemeinheit, ausländische Studierende ohne gefestigten Inlandsbezug zugunsten inländischer (und solcher, die ihnen gleichgestellt sind) mit einer Studiengebühr zu belasten, das Interesse der ausländischen Studierenden an der Ausübung ihres menschenrechtlich geschützten Rechts auf diskriminierungsfreien Zugang zur Hochschulbildung überwiegt. Anders gewendet, stellt die Erhebung von Gebühren einen übermäßigen Eingriff in die

³⁰ Siehe dazu u.a. S Lorenzmeier, *Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studienbeiträgen und deren Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung*, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2006, 759, 760

Rechtsposition der betroffenen Studierenden dar, der mit dem Wesen des Art. 13 IPWSKR nicht in Einklang steht? Im Kern soll Art. 13 in Verbindung mit Art. 2 Abs.2 IPWSKR jedenfalls davor schützen, aufgrund eines bestimmten personenbezogenen Merkmals, auf das der Einzelne keinen Einfluss hat, vom Zugang zu Hochschulbildung ausgeschlossen zu werden. Die Staatsangehörigkeit ist ein solches Merkmal. Auch die (theoretische) Möglichkeit, einen Antrag auf die Staatsangehörigkeit des Ziellandes zu stellen, ändert daran nichts, da hier im Zweifel die Vorschriften des Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrechts sowie das einhergehende behördliche Ermessen die Beeinflussbarkeit auf ein Minimum reduzieren dürften.

Ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht wird man bei personenbezogenen Merkmalen besonders hohe Maßstäbe ansetzen müssen. Sicherlich wird es in diesem Zusammenhang auch auf die Höhe der Gebühren ankommen, denn die Intensität der Ungleichbehandlung ist auch mit der Höhe des erhobenen Betrags verknüpft, weil hohe Beträge die Ausübung des freien und gleichen Zugangs zu Hochschulbildung faktisch stärker einschränken als niedrigere.

Der Sozialpaktausschuss – wie sämtliche Vertragsorgane der universellen Menschenrechtsabkommen – hat in seinen Allgemeinen Kommentaren³¹ und in den Abschließenden Bemerkungen zu den Staatenberichten bei der Auslegung der Paktverpflichtungen hierzu Stellung genommen. Speziell in den Allgemeinen Kommentaren zu den Artikeln 13 und 2 Abs.2 IPWSKR hat sich der Ausschuss mit der Frage des Schutzes vor Diskriminierung vor allem im Allgemeinen Kommentar Nr. 20 zu Artikel 2 (2) IPWSKR eingehend geäußert. Nach ausführlicher Beschreibung der ausdrücklich erwähnten unzulässigen Diskriminierungsmaßnahmen widmet sich der Ausschuss speziellen Diskriminierungsverboten, die sich aus der Auffangformulierung des Paktes „*or other status*“ - „*oder sonstigen Status*“ ergeben. Er rechnet hierzu vergleichbare, ungeschriebene Diskriminierungsverbote, die sich in der Staaten- und Ausschusspraxis in den letzten Jahrzehnten entwickelt haben und inzwischen

³¹ Zur Rechtsnatur – nicht verbindliche, aber praktisch bedeutsame Empfehlungen des Ausschusses – vgl. E. Riedel, Die Allgemeinen Bemerkungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, in *Deutsches Institut für Menschenrechte, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen*, 1. Aufl. Baden-Baden 2005, 160-173, ferner ders., Stichwort International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, MPEPIL 2010, ders., Economic, Social and Cultural Rights, in C. Krause/M. Scheinin (Hrsg.), *International Protection of Human Rights. A Textbook*, 2012, 131--152.

allgemein anerkannt sind, etwa die Diskriminierungsverbote Behinderung, Alter, Ehe- und Familienstatus, sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität (*„gender identity“*), Gesundheitsstatus, Wohnort, allgemeine wirtschaftliche und soziale Lage, in denen sich Individuen und Gruppen von Individuen befinden, und schließlich – in § 30 des Allgemeinen Kommentars – stellt der Ausschuss fest, dass die Staatsangehörigkeit den Zugang zu den Paktrechten nicht hindern sollte. Als Beispiel benennt der Ausschuss dann, dass „allen Kindern innerhalb eines Staates, einschließlich solcher mit undokumentiertem Status, das Recht auf Zugang zur Bildung und auf Zugang zu angemessener Ernährung und bezahlbarem Gesundheitsschutz“ einzuräumen ist³².

„Die Paktrechte gelten für jedermann, einschließlich Nicht-Staatsangehörigen, wie etwa Flüchtlingen, Asylbewerbern, Staatenlosen, Arbeitsmigranten und Opfern internationalen Menschenhandels, unabhängig von ihrem Rechtsstatus und ihrer Dokumentationslage“³³.

Der Ausschuss gibt durch diese Beispiele unzweideutig zu erkennen, dass es sich ausschließlich um Ausländer handelt, die sich bereits im Inland befinden. Nicht anders bewertet dies auch der Ausschuss gegen Rassendiskriminierung der Vereinten Nationen (UN-Ausschuss gegen Rassendiskriminierung) in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 30 über Diskriminierung von Nicht-Staatsangehörigen³⁴. Der UN-Ausschuss gegen Rassendiskriminierung empfiehlt den Vertragsstaaten darüber hinaus, Maßnahmen zu ergreifen, um die verschiedenen Ausländergruppen im Inland vor Diskriminierungen zu schützen. Aber wiederum geht es dabei nur um Ausländer im Inland, nicht um Ausländer im Ausland.

Die Kommentierungen zu einzelnen Artikeln oder Teilbestimmungen des Sozialpaktes dienen den Vertragsstaaten bei der Erfüllung ihrer Paktverpflichtungen wie auch den Ausschussmitgliedern und der Zivilgesellschaft als Wegweiser und

³² Die UN-Vertragsorgane vermeiden den Begriff *„illegale Ausländer“* und verwenden stattdessen den wertneutraleren Begriff *„undokumentierte Ausländer“* und tragen dadurch der Erfahrung Rechnung, dass diesen Ausländern häufig die Pässe vor der Einreise in das Empfängerland von Schleppern entzogen werden

³³ Siehe Allgemeiner Kommentar Nr. 20, Fn.25, §§ 4, 13, 18 und speziell § 30: *„ ensure that public educational institutions are open to non-citizens and children of undocumented immigrants residing in the territory of a State party“* (Hervorhebung des Verfassers).

³⁴ UN-Ausschuss gegen Rassendiskriminierung, Allgemeine Empfehlung Nr. 30, *Discrimination Against Non-Citizens*, UN-Doc. A/59/18 vom 10. Januar 2004, dort insbesondere § 30

Interpretationshilfen³⁵. Die Allgemeinen Kommentare stellen jedoch keine rechtsverbindlichen Auslegungen dar, sondern erläutern lediglich anhand der inzwischen reichhaltigen Spruchpraxis des Ausschusses die Reichweite der Paktbestimmungen und die sich daraus für die Vertragsstaaten ergebenden Berichtspflichten. Sie wirken nur aufgrund ihrer Überzeugungskraft, als „*persuasive authority*“, und erlangen dadurch erhebliches rechtliches Gewicht³⁶. Verbindlich ist letztlich aber nur der Wortlaut des Sozialpaktes selber, soweit dieser nicht einschränkend zu lesen ist³⁷. Die Vertragsstaaten wissen aber sehr wohl, dass der Ausschuss sie bei der Berichtsprüfung anhand der in den Allgemeinen Kommentaren und den Schlussbemerkungen zu einzelnen Staatenberichten enthaltenen Standards befragt und entsprechende Einschätzungen vornimmt, ob und in welchem Umfang die Paktverpflichtungen letztlich beachtet worden sind oder nicht. Die Vertragsstaaten folgen diesen „*general comments*“ auch regelmäßig, schon um voraussehbare Kritikpunkte an ihrer Menschenrechtspraxis in den vorgelegten Berichten von vornherein entkräften zu können.

Das Recht auf Bildung wird – wie oben bereits erwähnt – im Allgemeinen Kommentar Nr. 13 näher erläutert.³⁸ In § 20 dieses Kommentars verweist der Sozialpaktausschuss darauf, dass

„für die übereinstimmenden Formulierungen in Art. 13 Abs.2 (b) und (c) (z.B. ‚allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit‘) die vorstehenden Bemerkungen zu Art. 13 Abs.2 (b) UN-Sozialpakt gelten“.

In § 14 führt der Allgemeine Kommentar aus, die

„Formulierung, ‚allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit‘ besagt, dass die Staaten trotz der Notwendigkeit, die Bereitstellung einer unentgeltlichen Grundschulbildung in den Vordergrund zu stellen, auch

³⁵ Vgl. Riedel, Allgemeine Bemerkungen (Fn.31),160, ferner E. Riedel/S. Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpaktes, Juristenzeitung (JZ) 2006, 270-277; ausführlich auch die Dissertation von S. Söllner, Studiengebühren und das Menschenrecht auf Bildung, Stuttgart 2007, insbes. 218ff.

³⁶ Statt vieler M. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford 1995, 91.

³⁷ Riedel, Allgemeine Bemerkungen (Fn 31),164.

³⁸ Siehe Fn 28

*verpflichtet sind, konkrete Maßnahmen zur Verwirklichung einer unentgeltlichen Sekundar- und Hochschulbildung zu ergreifen.“*³⁹

Zugleich wird auf § 7 des Allgemeinen Kommentars Nr. 11⁴⁰ verwiesen, der bezüglich der Unentgeltlichkeit von Grundschulbildung ausführt:

*„Unentgeltlichkeit...Das Recht ist ausdrücklich so formuliert, dass die Verfügbarkeit der Grundschulbildung ohne Kosten für das Kind, die Eltern, bzw. den Vormund oder Pfleger sichergestellt wird. Von der Regierung, den Kommunen oder der Schule erhobene Gebühren sowie sonstige unmittelbare Kosten stellen ein Hemmnis für den Genuss des Rechts dar und können seine Verwirklichung gefährden...“*⁴¹

Es stellt sich somit die Frage, ob sich aus der Verpflichtung zur kontinuierlich zu erstrebenden Einführung der Unentgeltlichkeit der Hochschulbildung eine korrespondierende staatliche Respektierungsverpflichtung ableiten lässt, die Einführung von Studiengebühren generell zu unterlassen. Ein ausdrückliches Verbot der Einführung der Entgeltlichkeit eines Studiums lässt sich aber aus Art. 13 Abs.2 c IPWSKR indes nicht entnehmen⁴². Vielmehr ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, die Unentgeltlichkeit allmählich, entsprechend den vorhandenen Ressourcen des Vertragsstaates herbeizuführen. Die progressive Verwirklichung dieser Aufgabe wurde bei der Schaffung des Sozialpaktes für unerlässlich erachtet, weil nicht alle Staaten in der Lage waren, kostenfreie Hochschulbildung vorzuhalten⁴³. Wegen der ressourcenintensiven Wirkung einer solchen Respektierungspflicht sahen die Vertragsstaaten bewusst davon ab, die Unentgeltlichkeit der tertiären Bildung als unmittelbar verbindliches Recht auszugestalten. Art. 13 Abs.2 c UN- Sozialpakt enthält folglich auch kein direktes Verbot, Studiengebühren zu erheben. Gleichwohl besteht

„eine Vermutung der Unzulässigkeit aller Maßnahmen, die das Recht auf Bildung...beschneiden würde(n). Werden Maßnahmen ergriffen, die

³⁹ E/C 12/1999/10, deutsche Übersetzung in Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Fn 31, 268.

⁴⁰ UN-Doc E/C.12/1999/4 vom 10. Mai 1999.

⁴¹ Ausführlich hierzu Riedel/Sollner (Fn.35), 270f.

⁴² Wie hier auch F. Coomans; in A. Chapman/R. Russell (Hrsg.), Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen 2002, 236.

⁴³ Riedel/Sollner (Fn 35), 271.

*bewusst auf eine solche Beschneidung abzielen, so hat der Vertragsstaat zu beweisen, dass diese Maßnahmen nach sorgfältigster Abwägung aller Alternativen eingeleitet wurden und dass sie ... im Kontext der vollen Nutzung aller dem Vertragsstaat zur Verfügung stehenden Ressourcen in vollem Umfang gerechtfertigt wird*⁴⁴.

Daraus ergibt sich, dass sogar eine Verkürzung eines Paktrechtes unter strengen Bedingungen der Rechtfertigung möglich ist, doch muss dies durch den Vertragsstaat überzeugend nachgewiesen werden⁴⁵. Im Schrifttum wurde auch vertreten, dass eine solche Rechtfertigung nicht erforderlich sei, weil die Formulierung „insbesondere durch die allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit“ nur als Empfehlung zur Erreichung des eigentlichen Ziels des Hauptsatzes diene, „den Hochschulunterricht jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich zu machen“⁴⁶. Diese von Künzli und Kälin vertretene Auffassung wird aber im Schrifttum und in der Praxis des Ausschusses nicht geteilt, weil mit Wortlaut und Systematik des Sozialpaktes nicht zu vereinbaren⁴⁷.

Wie von Riedel und Söllner nachgewiesen wurde⁴⁸, kommt indes eine teleologische Reduktion des Artikel 13 Abs. 2 c IPWSKR in Betracht. Das eigentliche Ziel des Artikels im Zusammenhang mit Artikel 2 Abs. 2 IPWSKR ist nicht die Unentgeltlichkeit, sondern die Garantie, dass jedermann entsprechend seinen Fähigkeiten diskriminierungsfreien Zugang zum Hochschulstudium eröffnet wird. Das ursprünglich dafür vorgesehene Mittel der Unentgeltlichkeit ist nur im historischen Zusammenhang der unmittelbaren Nachkriegszeit zu verstehen. Durch die Schaffung des Artikels 13 Abs. 2 c IPWSKR sollte die universitäre Bildung gerecht verteilt werden, und dafür schien die Forderung nach progressiver Unentgeltlichkeit als eines der wirksamsten Mittel. 60 Jahre später zeigt sich, dass der eigentliche Zweck der Vorschrift, diskriminierungsfreien Zugang zum Studium durch die Forderung der

⁴⁴ Allgemeiner Kommentar Nr. 13 (Fn. 28), § 45, ähnlich auch die sog. *Maastricht Guidelines* aus dem Jahre 1997 in § 14 (f), UN-Doc E/C.12/2000/13. Die *Maastricht Guidelines* stellen eine detaillierte Beschreibung der aus dem Sozialpakt erwachsenden Pflichten der Vertragsstaaten durch anerkannte Völkerrechtsexperten dar.

⁴⁵ Dies hat der Sozialpaktausschuss bereits ausführlich unter dem Stichwort „Retroggression“ im Allgemeinen Kommentar Nr. 3, § 9 dargelegt und in der Ausschusspraxis kontinuierlich angewendet. Siehe UN-Doc E/C.12/1990/8.

⁴⁶ Riedel/Söllner (Fn. 35), 272.

⁴⁷ J. Künzli/W. Kälin, in W. Kälin/G. Malinverni/M. Nowak (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, Basel 1997, 147; a.A. Riedel/Söllner (Fn. 35), 272f.

⁴⁸ Riedel/Söllner (Fn. 35), 273.

Unentgeltlichkeit letztlich überhaupt nicht erwiesen werden konnte, und dies gebietet folglich eine dynamische Interpretation des Art. 13 Abs. 2 c. Es hat sich gezeigt, dass die Abschaffung von Hochschulgebühren zu keiner größeren Bildungsbeteiligung von Personen aus finanzschwächeren Familien geführt hat: Während in Deutschland nach wie vor lediglich ca. 7 % der Studierenden aus Familien mit schwächerem Einkommenshintergrund kommen, entstammen etwa über 20 % der australischen Studierenden aus einkommensschwächeren Familien, bei jährlich über EUR 5000,- Studiengebühren⁴⁹. Es müssen also andere Faktoren sein, die in erster Linie für die soziale Schichtung der Studierenden verantwortlich sind.

Des Weiteren sollte die Frage berücksichtigt werden, ob sich auch „illegale Ausländer“, die sich im Inland befinden, auf Art. 13 Abs. 2 c IPWSKR berufen können. Nach Zuleeg⁵⁰ darf nach der Legalität des Aufenthalts des Ausländers unterschieden werden. Jede Benachteiligung eines sich rechtmäßig im Inland aufhaltenden Ausländers verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 2 Abs. 2 IPWSKR. Dies sei jedoch Ausländern ohne rechtmäßigen Aufenthaltstitel nicht zuzubilligen⁵¹. Nach ganz überwiegender Gegenauffassung im Schrifttum, der zu folgen ist, berücksichtigt diese Auffassung nicht den absoluten Kernbereich aller WSK-Rechte, der jedermann zusteht: Auch „illegalen Ausländern“ muss ein Mindeststandard an Sozialpaktrechten, wie Nahrung, Unterkunft oder grundmedizinische Versorgung, zugebilligt werden⁵². Auch der Zugang zur Grundschulausbildung rechnet hierzu, nicht jedoch der Zugang zur Hochschulbildung, weil hier nicht mehr der Kerngehalt des Rechts auf Bildung betroffen sei⁵³. Daraus ergibt sich, dass rechtmäßig im Inland befindliche ausländische Studierende aus Nicht-EU-/EW-Staaten den vollen Diskriminierungsschutz wie Inländer genießen. Von diesen Studierenden dürften folglich keine höheren Studiengebühren als von deutschen Staatsangehörigen erhoben werden. Bei nur vorübergehend oder ohne Aufenthaltstitel in einem Vertragsstaat befindlichen Ausländern (Bildungsausländer) sei diesen lediglich der

⁴⁹ Vgl. zu der Höhe der Gebühren allgemein Riedel/Söllner (Fn.35), 274

⁵⁰ M. Zuleeg, Der Internationale Pakt über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte, in: Recht der Arbeit 1974, 321-332.

⁵¹ Zuleeg (Fn 50), 331.

⁵² Söllner (Fn 35), 222, mit überzeugenden Argumenten.

⁵³ Vgl. P. Gebert, Das Recht auf Bildung nach Art 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Freiburg 1996, 189f und 460f.

Kerngehalt des Rechts auf Bildung zu eröffnen, mithin lediglich der Schulbesuch, nicht jedoch der Zugang zum Hochschulstudium einzuräumen⁵⁴. Zu Recht führt Zuleeg aus, daß der Sozialpakt keinen Staat dazu verpflichtet, seine Grenzen zu öffnen, um Fremden die Ausübung der Rechte aus dem Sozialpakt zu ermöglichen⁵⁵. Zwar erfordert es die Menschenwürde der Betroffenen, dass der Vertragsstaat den Kernbereich der Paktrechte auch gegenüber illegalen Ausländern gewährleistet, eine uneingeschränkte Gewährleistung sämtlicher Paktrechte gegenüber der gesamten Weltbevölkerung würde jedoch das soziale Sicherungssystem eines jeden noch so wohlhabenden Staates binnen kürzester Frist zum Kollabieren bringen, was vom Sozialpakt nicht beabsichtigt sein kann⁵⁶.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die Einführung oder Wiedereinführung von Studiengebühren grundsätzlich nicht gegen Artikel 13 Abs.2 c in Verbindung mit Artikel 2 Abs 2 IPWSKR verstößt, solange sichergestellt wird, dass ein Höchstmaß an sozialer Verträglichkeit damit verbunden ist und vor allem der Zugang zum Hochschulstudium von finanzschwachen Interessenten nicht erschwert wird⁵⁷. Dafür sind die verschiedenen Maßnahmen der Bundesländer, die sich für Studiengebühren entschieden hatten, beispielgebend – etwa Bereitstellung von Stipendien, Darlehen, nachgelagerten Darlehenstilgungsmöglichkeiten, wie auch Verringerung der Gebührenhöhe aus sozialen Gründen, etc. Auch die generelle Höhe der Studiengebühren muss unter dem Aspekt möglicher Abschreckung vom Studium berücksichtigt werden.

Alle diese Überlegungen betreffen aber nur Studierende mit festem Inlandsbezug, vgl. oben A. Umso wichtiger erscheint deshalb die Frage, ob es völkerrechtlich zulässig sein kann, Studierende nach dem Kriterium der Staatsangehörigkeit unterschiedlich zu behandeln.

Gegen die Zulässigkeit spricht, dass der universale menschenrechtliche Diskriminierungsschutz darauf zielt, derartige Ungleichbehandlung weltweit zu verhindern. Abkommen wie der IPWSKR sollen rechtsverbindlich zum Ausdruck bringen, dass jedes Individuum weltweit auf Schutz vor Diskriminierung vertrauen

⁵⁴ Sollner (Fn 35), 222f, Gebert (Fn 53), 188

⁵⁵ Zuleeg (Fn 50), 331.

⁵⁶ Sollner (Fn.35), 223, mit Hinweis auf Zuleeg (Fn.50), 331.

⁵⁷ Riedel/Sollner (Fn 35), 274

kann. Dazu hat sich das Land Baden-Württemberg mittels seiner Zustimmung zur Ratifizierung des IPWSKR bekannt.

Für die Zulässigkeit könnte sprechen, dass es von außerhalb des EU-/EWR-Raumes kommenden Studierenden zumutbar ist, einen Beitrag dafür zu leisten, dass sie sämtliche Leistungen des Landeshochschulsystems in Anspruch nehmen können. Bei Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörigen, die nicht bereits auf Primar- bzw. Sekundarebene im deutschen Bildungssystem verankert sind, liegt die Vermutung nahe, dass sie ihr Studium als Durchgangsstation zur Qualifizierung nutzen, gewissermaßen als Inanspruchnahme einer Dienstleistung, ohne zuvor oder im Anschluss Teil der Solidargemeinschaft (gewesen) zu sein. Solange sich die Höhe der Gebühren in Grenzen hält und die Erhebung sozialverträglich ausgestaltet ist, so dass auch Studierende aus armen Verhältnissen bei Erfüllung aller übrigen Kriterien für den Hochschulzugang bzw. die Hochschulreife Zugang zu einem Studium in Baden-Württemberg haben, ist es vertretbar, in Zeiten knapper Haushaltskassen dem Landeshaushalt bzw. der steuerzahlenden Bevölkerung nicht auch die Finanzierung von Studien von Nicht-EU-/EWR-Ausländern aufzubürden.

Die selektive Einführung von Studiengebühren wirft aber nicht nur die Frage der Diskriminierung von Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörigen ohne gefestigten Aufenthaltsstatus im Vergleich zum Rest der Gruppe der Studierenden auf. Die Einführung der Gebühren könnte zusätzlich innerhalb der betroffenen Gruppe unzulässige Diskriminierungen nach sich ziehen. Auch in dieser Teilgruppe wird es Unterschiede im Hinblick auf wirtschaftliche Ressourcen geben. Hier kommt die Diskussion um die Einführung von allgemeinen Studiengebühren wieder zum Tragen. Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer selektiven Erhebung von Studiengebühren aus, muss noch geklärt werden, welche Kriterien zu beachten sind. Dabei geht es um die Instrumente der sozialen Abfederung gleichermaßen wie um die Frage einer Gebührenobergrenze.

Ein weiterer Aspekt ist schließlich die Frage, ob die Einführung der Gebühren schon deshalb einen Verstoß gegen den Sozialpakt darstellen würde, weil es sich im Falle Baden-Württembergs nach (Wieder-)Abschaffung der Studiengebühren um einen Verstoß gegen das Rückschritts- oder Retrogressivitätsverbot des Art. 2 Absatz 1 IPWSKR handeln könnte⁵⁸. In seinem Allgemeinen Kommentar Nr.13 hat der

⁵⁸ Siehe hierzu Riedel/Sollner (Fn.35), 271

Sozialpaktausschuss deshalb unter Berufung auf den Allgemeinen Kommentar Nr.3 von 1990 ausdrücklich betont, dass „eine starke Vermutung der Unzulässigkeit aller Maßnahmen, die das Recht auf Bildung sowie sonstige in dem Pakt niedergelegte Rechte beschneiden würden“, bestehe: „Werden Maßnahmen ergriffen, die bewusst auf eine solche Beschneidung abzielen, so hat der Vertragsstaat zu beweisen, dass diese Maßnahmen nach sorgfältigster Abwägung aller Alternativen eingeleitet wurden und dass sie im Hinblick auf die Gesamtheit der in dem Pakt gewährten Rechte und im Kontext der vollen Nutzung aller dem Vertragsstaat zur Verfügung stehenden Ressourcen in vollem Umfang gerechtfertigt sind“⁵⁹.

Festzuhalten bleibt, dass Art. 13 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 IPWSKR einerseits wie ein Bundesgesetz wirkt und die Länder entsprechend in die Pflicht nimmt, andererseits den Inhalt des Grundgesetzes zumindest im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung beeinflusst. Die Frage, ob ein multilaterales Menschenrechtsabkommen nicht sogar auf gleicher Stufe mit der Verfassung stehen muss, soll hier nicht weiter verfolgt werden.

Festzuhalten bleibt folglich, dass Nicht-EU-/EWR-Ausländer nach dem IPWSKR grundsätzlich keinen Anspruch auf Gebührenfreiheit wie Inländer haben.

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)

Als eigenständiges Diskriminierungsverbot ist ferner Artikel 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) zu beachten⁶⁰. Artikel 2 Abs.1 IPBPR sieht unter anderem vor:

*„Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie **allen in seinem Territorium befindlichen***

⁵⁹ Deutsche Übersetzung in Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Fn.31 AK Nr.13, § 45, unter Hinweis auf AK Nr.3, 1990, § 9

⁶⁰ Siehe dazu Allgemeiner Kommentar Nr. 18 des UN-Menschenrechtsausschusses,(1989), § 1, UN-Doc A/45/40 aus dem Jahre 1990.

und seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied...zu gewährleisten⁶¹.

Klarer als in den bereits erörterten Menschenrechtsabkommen wird hier darauf hingewiesen, dass lediglich Ausländer, die sich im Inland befinden, dem umfassenden Diskriminierungsverbot unterliegen. Für Staatsangehörige aus Nicht-EU-Staaten kommen die Zivilpaktgarantien deshalb auch nicht zur Anwendung. Erst wenn sie das Territorium des Vertragsstaates betreten, muss geprüft werden, in welchem Umfang sie den gleichen Rechtsschutz wie Inländer genießen. Das für den Sozialpakt Gesagte gilt hier also in gleicher Weise und *expressis verbis*.

UNESCO

Des Weiteren ist Deutschland Vertragsstaat des UNESCO-Übereinkommens gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen von 1960 (*Convention Against Discrimination in Education – CADE*). Auch diese Konvention erfasst lediglich Bildungsinländer und bezieht insoweit auch die Hochschulbildung ein. Gemäß Artikel 3 (e) CADE sollen die *Vertragsstaaten ausländischen Staatsangehörigen, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, denselben Zugang zum Unterricht gewähren wie den eigenen Staatsangehörigen*. Nach Artikel 1 Abs. 2 CADE bezieht sich der Ausdruck „Unterricht“ dabei auf sämtliche Arten und Stufen der Bildung, und umfasst den Zugang zum Unterricht. Die Hochschulbildung ist darin jedenfalls mit umfasst⁶². Allerdings reicht das CADE-Übereinkommen sogar weniger weit als der Sozialpakt(IPWSKR): nach Artikel 3 (c) CADE können die Vertragsstaaten bei Auslandsstudien Leistungen auf die eigenen Staatsangehörigen beschränken. Dies gilt generell auch für die Erhebung von Schulgebühren, Bewilligung von Stipendien oder andere Formen der Schülerunterstützung. Da Deutschland sowohl der UNESCO-Konvention als auch dem IPWSKR unterliegt, und das UNESCO CADE-Abkommen weniger weit reicht als der IPWSKR, bewirkt die UNESCO- Konvention jedenfalls keine Besser- oder Schlechterstellung, so dass das für den IPWSKR gefundene Ergebnis auch hier gilt und Nicht-EU-/EWR-Ausländer aus dem UNESCO-Abkommen keine weitergehenden Rechte herleiten können.

⁶¹ Hervorhebungen des Verfassers; Allgemeiner Kommentar Nr 18 des Menschenrechtsausschusses, § 1.

⁶² Ausführlich Sollner (Fn.35), 221

2. Bilaterale zwischenstaatliche Abkommen

Neben dem multilateralen Völkervertragsrecht könnten bei der Entscheidung für oder gegen Studiengebühren bei Nicht-EU-/EWR-Ausländern auch bilaterale Abkommen eine Rolle spielen, die der Bund oder ggf. das Land Baden-Württemberg mit anderen Staaten abgeschlossen haben. In diesem Zusammenhang sei auf die obigen Ausführungen zu den Assoziierungsabkommen der EU bzw. dem AKP-Vertragswerk verwiesen.⁶³ Bilaterale Abkommen werden, selbst wenn sie den Bereich Bildung betreffen, eine Erhebung von Studiengebühren dem Grunde nach nicht ausschließen. Ähnlich wie die Assoziierungsabkommen bzw. das AKP-Vertragswerk könnten sie aber die konkrete Ausgestaltung der Gebühren beeinflussen.⁶⁴

III. Völkergewohnheitsrecht und Allgemeine Rechtsgrundsätze

Spezifisches Gewohnheitsrecht für den Bereich der Bildung bzw. im Sinne eines gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtes auf gleichen Zugang zur Bildung wird man zwar – mit Blick auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung von 1948 – möglicherweise identifizieren können. Neben dem IPWSKR hat sich der überwiegende Teil der internationalen Staatengemeinschaft über die Jahrzehnte in weiteren Konventionen, Resolutionen und gemeinsamen Erklärungen zu einem solchen Recht bekannt, so dass von einer *opinio iuris*, einer allgemeinen Rechtsauffassung und wohl auch von der erforderlichen Übung ausgegangen werden kann. Ob diese beiden Kriterien jedoch auch für einen unentgeltlichen Zugang zum Studium erfüllt sind, ist zweifelhaft. Anders verhält es sich jedoch mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot. Hier dürfte eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung in den oben aufgeführten Grenzen anzunehmen sein, sofern nicht schon vertragsrechtliche Regelungen greifen.

IV. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das universelle Völkerrecht für im Nicht-EU-/EWR-Ausland befindliche Ausländer aus Nicht-EU- und Nicht-EWR-

⁶³ Vgl. oben Teil A

⁶⁴ Ebenfalls von Relevanz, aber nicht zur Gruppe völkerrechtlicher Abkommen gehorig, können darüber hinaus Vereinbarungen zwischen Hochschulen des Landes und Hochschulen aus anderen Staaten sein.

Staaten grundsätzlich keinen Anspruch auf Zugang zu einem unentgeltlichen Studium im Inland begründet. Sobald sie aber das Territorium der Bundesrepublik Deutschland betreten, gelten für sie die völkerrechtlichen Mindeststandards, zu denen auch im Falle illegalen Aufenthalts der Zugang zum Schulunterricht, nicht jedoch zum gewöhnlich längerfristigen Hochschulstudium rechnet.

C. Vereinbarkeit selektiver Studiengebühren mit europäischem Recht

Weiter ist zu prüfen, ob und inwieweit europäische Rechtsnormen für die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit von Studiengebühren für Nicht-EU-/EWR-Drittstaatsangehörige eine Rolle spielen. Für die Region Europa ist dabei präzise zwischen dem Recht der Europäischen Union (EU) und dem Normensystem des Europarats zu unterscheiden.

I. Recht der Europäischen Union (EU)

Für die hier relevante Konstellation ist die Anwendung von EU-Normen nicht ersichtlich. Auf Ebene des Primärrechts sind die Grundfreiheiten – die ggf. auch Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörigen zugute kommen könnten – sachlich nicht einschlägig. Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Artikel 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) schützt ausschließlich Bürgerinnen und Bürger der EU.⁶⁵

Ebenfalls zum Primärrecht zählt seit dem Vertrag von Lissabon die EU-Grundrechtecharta.⁶⁶ Dort sind zwar in Artikel 14 ein Recht auf Bildung und in Artikel 20ff. Diskriminierungsverbote verankert, auf die sich jede natürliche Person berufen kann, jedoch binden diese Vorschriften nur die Organe der EU und die der Mitgliedstaaten bei der Ausführung von EU-Recht, siehe Artikel 51 der Charta. Eine für die Erhebung von Studiengebühren einschlägige Regelung findet sich weder im

⁶⁵ Artikel 12 EGV ist auch die Vorschrift, welche die selektive Erhebung von Studiengebühren gegenüber EU-Ausländern/innen im Kern ausschließt. Daher ist dies vorliegend auch nicht näher zu prüfen.

⁶⁶ 2000/C364/01 (Official Journal of the European Communities vom 18. Dezember 2000).

Primär- noch im Sekundärrecht der EU, mit der Folge, dass eine Berufung auf die Charta diesbezüglich ausgeschlossen ist, da innerstaatliche Behörden hier nicht mit der Umsetzung von EU-Recht befasst sein können.⁶⁷ Zum Schutz vor Diskriminierung gibt es zwar sekundärrechtliche EU-Vorgaben, diese beziehen sich aber nicht auf den hier relevanten Fall einer Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit.

Ebenfalls zum Recht der EU sind die oben bereits behandelten Assoziierungsabkommen und das AKP-Vertragswerk zu zählen. Diese Abkommen stehen einer Einführung von Studiengebühren in der Sache nicht entgegen, sie können lediglich den betroffenen Adressatenkreis und die konkrete Ausgestaltung der Gebühren beeinflussen.

II. Europarat

Europäische Menschenrechtskonvention

Auf Ebene europäischer Rechtsnormen muss sich die Einführung von Studiengebühren gleichwohl an der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) messen lassen.⁶⁸ Ähnlich dem oben näher behandelten Art. 2 Absatz 2 IPWSKR enthält die EMRK in ihrem Artikel 14 ein Rechte übergreifendes Diskriminierungsverbot. Ein Recht auf Bildung findet sich zwar nicht im Haupttext der Konvention, wird aber durch das 1. Zusatzprotokoll (EMRK-ZP1) garantiert, dort Artikel 2.⁶⁹ Gemäß Artikel 5 EMRK-ZP1 ist Artikel 2 EMRK-ZP1 als Zusatzartikel zur EMRK zu sehen, für den sämtliche Regelungen der EMRK ebenfalls gelten, also auch Art. 14 EMRK. Zu prüfen ist, ob Art. 2 EMRK-ZP1 in Verbindung mit Art. 14 EMRK vor der Einführung von Studiengebühren in der

⁶⁷ Aufgrund des Harmonisierungsverbots in Artikel 149/150 EGV konnte man sogar von einem Nicht-Dürfen sprechen.

⁶⁸ Aktuell gilt die EMRK in der Fassung des 14. Zusatzprotokolls (in Kraft getreten am 1. Juni 2010), Council of Europe Treaty Series (CETS) No. 194. Die EMRK ist ursprünglich (auch für Deutschland) seit dem 3. September 1953 in Kraft. Zur Ratifikation durch die Bundesrepublik siehe Bundesgesetzblatt 1952 II 685, 953.

⁶⁹ CETS No 009, in Kraft getreten am 18. Mai 1954, Zur Ratifikation durch die Bundesrepublik vgl. Bundesgesetzblatt 1956 II 1879.

vorliegenden Konstellation schützt.⁷⁰ Sowohl EMRK als auch das EMRK-ZP1 gelten unmittelbar als Bundesrecht, da sie von der Bundesrepublik respektive im Jahr 1952 und 1957 ratifiziert und damit in die deutsche Rechtsordnung transformiert worden sind. Unstreitig finden EMRK und EMRK-ZP1 auf sämtliche Personen Anwendung, die sich auf dem Gebiet eines Vertragsstaates aufhalten, unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts.⁷¹ Damit wäre aber nur eine Teilgruppe des vorliegend relevanten Personenkreises vom Schutzbereich erfasst. Der Klärung bedarf, ob sich auch Personen, die zum Zwecke des Hochschulbesuchs erst noch einreisen müssen, auf die EMRK und das EMRK-ZP1 berufen können. Art. 1 EMRK erstreckt den Schutz der Konvention auf sämtliche Personen, die der Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) eines Vertragsstaates unterstehen. Geschützt sind also Personen, die von der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates in irgendeiner Weise betroffen sind.⁷² Dies kann auch grenzüberschreitend der Fall sein, wenn staatliches Handeln seine Wirkung im Ausland zeigt, zum Beispiel durch Botschafts- bzw. Konsulatspersonal.⁷³ In der vorliegend relevanten Konstellation ist davon auszugehen, dass die deutschen Auslandsvertretungen die Erteilung eines Einreisevisums versagen, wenn nicht die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Zwecke des Studiums gegeben sind. Eine Voraussetzung liegt in der Zulassung zum jeweiligen Studium seitens der Universität. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Behörde, die über die Zulassung zu einem Hochschulstudium entscheidet, außerhalb des Bundesgebiets Hoheitsgewalt ausübt, mit der Folge, dass die Behörde gegenüber Auswärtigen an die EMRK gebunden ist. Zulassungs- und Visumsentscheidung sind insofern getrennt zu betrachten.

Der Wortlaut in Art. 2 EMRK-ZP1 unterscheidet sich von dem in Art. 13 IPWSKR. Es heißt dort in Satz 1:

„Niemandem darf das Recht auf Bildung verwehrt werden“ (amtliche deutsche Übersetzung).

⁷⁰ Siehe dazu EGMR Nr. 60856/00, § 47 – Mursel Eren / . Türkei.

⁷¹ Vgl. V. Roben, in: R. Grote (Hrsg.), EMRK-GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Kapitel 5, Rn.75ff

⁷² Vgl. C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5 Aufl. München 2012, § 17 Rn.2.

⁷³ Vgl. hier EGMR Nr. 52207/99, § 54ff – Bankovic / . Belgien u.a

Zunächst stellt sich also die Frage, ob dieser Formulierung ein Teilhabeanspruch im Sinne eines entgeltfreien Hochschulzugangs entnommen werden kann. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat dies im sog. Belgischen Sprachenfall im Jahre 1975 grundlegend anerkannt.⁷⁴ Die Kernaussage des Gerichtshofs ist hier, dass Art. 2 Satz 1 EMRK-ZP1 jeder Person das Recht verleiht, von vorhandenen Bildungseinrichtungen bei Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen Gebrauch zu machen. Nachdem der Gerichtshof in früherer Rechtsprechung noch Zweifel daran gelassen hatte, ob sich dieses Recht auch auf die Hochschulbildung bezieht, hat er dies inzwischen im Fall Leyla Sahin gegen die Türkei klarstellend bejaht.⁷⁵ Maßgeblich führt der Gerichtshof aus:

„In einer demokratischen Gesellschaft ist das Recht auf Bildung, das für die Förderung der Menschenrechte unverzichtbar ist, von so grundlegender Bedeutung, dass eine enge Auslegung des ersten Satzes von Artikel 2 des 1. ZP-EMRK nicht mit dem Ziel und Zweck dieser Bestimmung vereinbar wäre.“⁷⁶

In seiner Entscheidung im Fall Ponomaryov gegen Bulgarien stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) am 21. Juni 2011 fest:

„Der Zugang zu Bildungseinrichtungen, welche zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden sind, ist inhärenter Teil des durch Artikel 2 des 1. Zusatzprotokolls begründeten Rechts...Vor dem Hintergrund, dass von den Beschwerdeführern verlangt wurde, ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit und ihres Status als Einwanderer Schulgeld zu zahlen, wurde Ihnen im Vergleich zu anderen, ähnlich gelagerten Fällen zweifelsohne eine Ungleichbehandlung aufgrund einer personenbezogenen Eigenschaft zuteil.“⁷⁷

⁷⁴ Siehe Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 1975, 300.

⁷⁵ EGMR Nr. 44774/98, §§134ff – Leyla Sahin /i. Türkei, siehe dazu K. Pabel, Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 2006, 3.

⁷⁶ EGMR (Fn.75), §137.

⁷⁷ Eigene Übersetzung des Verfassers. Im Original: „Access to educational institutions existing at a given time was an inherent part of the right set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1.. Given that the applicants had been required to pay school fees exclusively because of their nationality and immigration status, they had clearly been treated less favourably than others in a relevantly similar situation on account of a personal characteristic. The Court therefore had to determine whether there had been objective and reasonable justification for that difference in treatment.“ Siehe EGMR Nr. 5335/05

Auch die EMRK und das 1. Zusatzprotokoll lassen demnach Ungleichbehandlungen zu, sofern eine sachliche und verhältnismäßige Rechtfertigung gegeben ist. Art. 2 Abs. 1 EMRK-ZP1 gilt dementsprechend nicht schrankenlos, sondern ist der (einfachgesetzlichen) Ausgestaltung durch den Staat grundsätzlich zugänglich. Im Fall Ponomaryov gibt der EGMR zu erkennen, dass die Erhebung von Gebühren für bestimmte Personengruppen in Bezug auf tertiäre Bildung bei vernünftiger Begründung kein Verstoß gegen die EMRK bzw. das EMRK-ZP1 darstellt. Beim Zugang zu Hochschulbildung müsse man laut EGMR keinen so hohen Maßstab ansetzen wie bei Primar- bzw. Sekundarbildung. Der Staat habe hier einen relativ weiten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum („*wide margin of discretion*“). Gleichwohl darf die Grundaussage von Artikel 2 EMRK-ZP1 nicht gänzlich unterlaufen werden. D.h., eine Gebührenpflicht darf nicht dazu führen, dass einer bestimmten Personengruppe (hier: Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige mit gefestigtem Territorialbezug, siehe oben A.) der Zugang zu Bildungseinrichtungen und damit zum Recht auf Bildung faktisch verwehrt wird. Bei einer Verletzung des in Artikel 14 EMRK verankerten Diskriminierungsverbots sind jedenfalls die Grenzen des oben genannten Spielraums erreicht bzw. überschritten.⁷⁸ Ähnlich wie bei den völkerrechtlichen Regelungen stellt sich auch hier die Frage, ob Artikel 14 EMRK gegen Ungleichbehandlung aufgrund unterschiedlicher Staatsangehörigkeit schützt. Schutzbereich und Rechtfertigung im Rahmen des Artikels 14 EMRK bemessen sich nach gefestigter Rechtsprechung des EGMR wie folgt: Es muss zu einer unterschiedlichen Behandlung von Personen kommen, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden.⁷⁹

Unabhängig von der Frage, ob eine Verletzung von Artikel 14 EMRK bejaht wird, muss die staatliche Ausgestaltung in Form einer Gebühr jedenfalls auch mit Blick auf die grundlegende Zielsetzung von Artikel 2 Abs. 1 EMRK-ZP1 verhältnismäßig sein. Dies hat der EGMR im oben bereits genannten *Sahin*-Fall bekräftigt.⁸⁰ In seiner Urteilsbegründung stellt der Gerichtshof hier bei der Frage der Verhältnismäßigkeit darauf ab, ob der Hoheitsträger in vernünftiger Weise die jeweils beteiligten

⁷⁸ Vgl. C. Langenfeld, in: R. Grote (Fn.71), Kapitel 23 Rn 37, mit konkretem Bezug zu Studiengebühren vgl. auch S. Bitter, in: U. Karpenstein/F. Mayer, EMRK, München 2012, Art. 2 ZP I, Rn 13; Diskriminierungen im Zusammenhang mit dem Recht auf Bildung wurden z.B. festgestellt in den Fällen *Sampanis / Griechenland*, EGMR Nr. 32526/05 und *Orsus. / Kroatien*, EGMR Nr. 15766/03.

⁷⁹ Vgl. z. B. EGMR NR. 7205/07, § 66 – *Clift / Vereinigtes Königreich*

⁸⁰ EGMR (Fn 75), §154

Interessen zum Ausgleich bringt. Die Zielsetzung des Art. 2 Abs. 1 EMRK-ZP1 umfasst u.a. die Förderung vorhandener Begabung sowie der freien und selbstbestimmten Persönlichkeitsentwicklung. Beides für einen der Freiheitlichkeit, der Demokratie und den universellen Menschenrechten verpflichteten Staat, wie die Bundesrepublik Deutschland, durchaus essentielle Anliegen, auf die sich Studierende auch berufen können. Demgegenüber würde der EGMR im Falle einer Befassung die Interessen der Gesamtheit an einem qualitativ hochwertigen und funktionsfähigen Hochschulbildungssystem stellen.

Im Ergebnis kann hier auf die Argumentation im völkerrechtlichen Teil verwiesen werden, mit der Folge, dass Nicht-EU-/EWR-Ausländer sich bezüglich der Erhebung von Studiengebühren nicht auf die EMRK-Garantien stützen können.

Europäische Sozialcharta (ESC)

Auf Ebene des Europarats ist der Vollständigkeit halber noch die Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC) zu erwähnen.⁸¹ Die Liste der Vertragsstaaten der ESC umfasst nur eine kleine Gruppe von Ländern, deren Staatsangehörige in den von der Erhebung betroffenen Personenkreis fallen würden⁸² Relevant sind vorliegend demnach nur im Bundesgebiet befindliche Staatsangehörige aus denjenigen Ländern, die nicht zur EU bzw. zum EWR gehören, sprich Albanien, Andorra, Armenien, Aserbaidschan, Bosnien-Herzegowina, Georgien, Moldawien, Monaco, Montenegro, Russland, San Marino, Serbien, Schweiz, die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, die Türkei und die Ukraine. Für sie kommen Studiengebühren in Betracht, müssen sich aber an der ESC messen lassen.

Die Bundesrepublik Deutschland ist seit der Ratifizierung im Jahre 1965 an diese rechtlich gebunden. Wie bei allen anderen völkerrechtlichen Abkommen, die in die innerstaatliche Rechtsordnung übertragen worden sind, haben ihre Regelungen den Rang eines Bundesgesetzes. Die grundsätzliche Relevanz der Sozialcharta für die vorliegend zu untersuchende Frage folgt bereits aus der Präambel. Dort bringen die Vertragsstaaten ihre Einigkeit darüber zum Ausdruck. „dass die Ausübung sozialer Rechte sichergestellt sein muss, und zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der

⁸¹ CETS Nr. 035, in Kraft getreten am 26. Februar 1965. Deutschland hatte am 27. Januar 1965 ratifiziert (vgl. Bundesgesetzblatt 1964 II, 1261). Die revidierte Fassung der Charta von 1996 kann hier außer Betracht bleiben, da sie von der Bundesrepublik bislang lediglich gezeichnet, nicht aber ratifiziert worden ist.

⁸² 43 der 47 Europaratmitglieder sind Vertragsstaaten der ESC

Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft.“ Im Kern geht es bei der Sozialcharta demnach ebenfalls um den Schutz vor Diskriminierung. Eine Besonderheit liegt darin, dass die erwähnten Rechte eher als eine Art Zielvorgabe für die Vertragsstaaten dienen und sich letztere gemäß Artikel 20 die verbindliche Anerkennung der materiellen Bestimmungen der Sozialcharta unter Berücksichtigung einer gewissen Priorisierung einzelner Artikel aussuchen können. Genau genommen ist jeder Vertragsstaat verpflichtet, mindestens 10 Artikel (von 19) oder 45 nummerierte Absätze des Teils II der Sozialcharta verbindlich anzuerkennen. Von den folgenden sieben für besonders wesentlich erachteten Artikeln hat jeder Vertragsstaat mindestens fünf als bindend anzuerkennen: das Recht auf Arbeit, das Vereinigungsrecht, das Recht auf Kollektivverhandlungen, das Recht auf soziale Sicherheit, das Recht auf Fürsorge, das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz und das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand. Der Bereich Hochschulbildung gehört demnach nicht zu den Prioritäten, kommt aber in Artikel 10 Absatz 1 zur Sprache:

*„Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf berufliche Ausbildung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien...die fachliche und berufliche Ausbildung aller Personen, einschließlich der Behinderten, soweit es notwendig ist, zu gewährleisten oder zu fördern...**sowie Möglichkeiten für den Zugang zu Technischen Hochschulen und Universitäten nach alleiniger Maßgabe der persönlichen Eignung zu schaffen.**“*

Die Bundesrepublik Deutschland hat diese Bestimmung per Deklaration vom 22. Januar 1965 als für sich bindend anerkannt. Nicht als bindend anerkannt wurde dagegen Artikel 10 Absatz 4a, der lautet:

„Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf berufliche Ausbildung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien...zur vollen Ausnutzung der geschaffenen Möglichkeiten durch geeignete Maßnahmen anzuregen, zum Beispiel dadurch, dass...alle Gebühren und Kosten herabgesetzt oder abgeschafft werden...“

Unabhängig von der konkreten Auslegung des Artikels 10 kann die Sozialcharta der vorliegend relevanten selektiven Erhebung von Studiengebühren, wenn überhaupt,

jedenfalls nur in begrenztem Maße entgegenstehen. Grund dafür ist ein in ihrem Anhang enthaltener Auslegungshinweis, der den persönlichen Geltungsbereich der Sozialcharta absteckt. Im Wortlaut der deutschen Fassung:

1. „Vorbehaltlich des Artikels 12 Abs. 4 und des Artikels 13 Abs. 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 erfasste Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind, mit der Maßgabe, dass die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind. Diese Auslegung hindert eine Vertragspartei nicht, auch anderen Personen entsprechende Rechte zu gewähren.

2. Jede Vertragspartei wird Flüchtlingen im Sinne des am 28. Juli 1951 zu Genf unterzeichneten Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus dem oben erwähnten Abkommen oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen ist, die auf solche Flüchtlinge anwendbar sind.“

Hieraus folgt, dass auch nach der Europäischen Sozialcharta kein Anspruch auf Befreiung von Studiengebühren bei Nicht-EU-/EWR-Ausländern ohne gefestigten Inlandsbezug besteht.

III. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis für diesen Teil des Gutachtens lässt sich festhalten, dass eine selektive Erhebung von Studiengebühren von Studierenden aus Nicht-EU-/EWR-Staaten ohne gefestigten Inlandsbezug grundsätzlich auch nach europäischem Recht möglich ist, solange bestimmte Voraussetzungen des Diskriminierungsschutzes und der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.

D. Vereinbarkeit selektiver Studiengebühren mit innerstaatlichem Recht

I. Grundgesetz

Auf innerstaatlicher Ebene müsste die Einführung von Studiengebühren, die von Nicht-EU-/EWR- Ausländern ohne gefestigten Territorialbezug zum Inland erhoben werden, vor allem mit dem Grundgesetz vereinbar sein. Der Landesgesetzgeber hat sich strikt an die Vorgaben der Bundesverfassung zu halten. Ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zur Hochschulbildung für Inländer und Ihnen Gleichgestellten ergibt sich gemäß höchstrichterlicher Anerkennung aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 GG und dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.⁸³ Wegweisend ist hier das sog Numerus-Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 1972. Dort heißt es in Leitsatz 2:

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

Maßgeblich für die vorliegende Konstellation ist zunächst, ob sich Nicht-EU-/EWR-Drittstaatsangehörige ohne jeden Inlandsbezug auf dieses Recht berufen können.⁸⁴ Dies ist insofern zweifelhaft, als sich Art. 12 GG vom Wortlaut her ausdrücklich nur auf deutsche Staatsangehörige bezieht. Denkbar wäre, dass der Schutzbereich aufgrund völkerrechtskonformer Auslegung im Lichte des Menschenrechts auf Bildung nach dem IPWSKR bzw. der EMRK und ihres ersten Zusatzprotokolls weitergefasst werden muss. Nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG kommt dies allerdings nicht bezüglich des IPWSKR (oder anderen universellen Völkerrechts) in Frage, da die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht so weit gehen

⁸³ Vgl. grundlegend BVerfGE 33, 331f., auch BVerfGE 59, 25, 85, 53f, s a jüngst die Entscheidung des BVerfG zu Bremischen Studiengebühren, BVerfG 1 BvL 1/08 vom 8.Mai 2013, Abs.55 f. Die Bremische Landesregelung, die bei der Auferlegung von Studiengebühren abhängig vom Wohnort zu Gunsten von Landeskindern unterscheidet, verstößt gegen Art. 12 Abs.1 GG i.V.m. Art 3 Abs 1 GG, doch handelte es sich dabei um die Frage gleichen Zugangs zur Hochschule in einem ausschließlich innerstaatlichen, bundesweit territorial zusammenhängenden System, nicht dagegen um den Territorialitätsbezug wie im vorliegend zu prüfenden Fall selektiver Studiengebühren, die von Nicht-EU/EWR-Ausländern erhoben werden. Das Zusammenspiel der drei Verfassungsnormen begründet im übrigen ein sog derivatives Teilhaberecht. Siehe dazu z.B. D. Murswiek, in: *J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band IX, 3. Aufl. Heidelberg 2011, § 192 Rn 73ff*

⁸⁴ Die Frage, ob der persönliche Schutzbereich von Art 12 Abs 1 GG auf EU-/EWR-Staatsangehörige übertragbar ist, kann eingedenk des Gutachtenauftrages außer Betracht bleiben

kann, dass der Inhalt der Grundrechte selbst in Frage gestellt wird.⁸⁵ Dies macht der vorliegende zu prüfende Fall besonders deutlich, in dem die völkerrechtskonforme Auslegung einer Wortlautänderung des Art. 12 Abs. 1 GG gleichkommen würde. Derartige Textanpassungen sind aber dem Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG vorbehalten. Einen gleichwohl besonderen Status genießt in diesem Zusammenhang jedoch die EMRK, die nach Auffassung des BVerfG die Auslegung des im Vergleich zu ihr höherrangigen Grundgesetzes beeinflussen kann.⁸⁶ Eine Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG im Lichte der EMRK und ihres ersten Zusatzprotokolls – deren Rechte keine „Deutschen-Grundrechte“ kennt – ist also grundsätzlich denkbar, auch wenn dies aufgrund der Tatsache, dass man hier an die Grenzen des Wortlauts stößt, nur schwer begründbar erscheint. Ohne Schutzbereichserweiterung schließt sich die Frage an, ob die Bundesrepublik aufgrund der in Art. 12 Abs. 1 GG enthaltenen Beschränkung auf deutsche Staatsangehörige einen Völkerrechtsverstoß zu verantworten hätte.

Eine abschließende Beantwortung dieser Frage ist hier aber jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn man das Völkerrecht, insbesondere die EMRK, bei Schutzbereich und Eingriffsrechtfertigung im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 GG und Art. 20 Abs. 1 GG angemessen berücksichtigt. Art. 2 Abs. 1 GG bietet nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung für jede Person, die keinen Schutz durch die sog. „Deutschen-Grundrechte“ genießt, ein Auffanggrundrecht.⁸⁷ Fraglich ist, ob dieses „Auffanggrundrecht“ der allgemeinen Handlungs- und Entfaltungsfreiheit in Kombination mit Art. 3 und 20 Abs. 1 GG auch ein unbeschränktes Recht auf Bildung begründen kann. In Parallele zu der Konstruktion bei Art. 12 GG würde dann Art. 2 Abs. 1 GG jedwede Person, gleich welcher Staatsangehörigkeit, in ihrem Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen schützen.⁸⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein derivatives Teilhaberecht in Gestalt eines

⁸⁵ Ausführlich zum Einfluss des Völkerrechts auf die innerstaatliche Rechtsordnung und Rechtsprechung z.B. BVerfGE 111, 307ff

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 74, 370.

⁸⁷ Vgl. grundlegend BVerfGE 35, 399; auch BVerfGE 78, 196f sowie 104, 346; M. Cornils in: *J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VII*, 3. Aufl. Heidelberg 2009, § 168 Rn.49 mwN auch zu Gegenstimmen, grundlegend C Degenhart, *Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG*, in *Juristische Schulung (JuS)* 1990, 161ff

⁸⁸ Dagegen (allerdings ohne nähere Begründung) M. Sachs, *Grundgesetz*, 5. Aufl. München 2009, Art. 2 Rn. 111, von der Zulässigkeit dieser Konstellation geht aus BVerfGE 35, 111ff, für ein Recht auf Bildung aus Art. 2 Abs. 1 GG auch HessStGH NJW 1982, 1385 m.w.N.

diskriminierungsfreien Zugangs zum Bildungssystem nur bei Art. 12 GG unter Hinzuziehung der Art. 3 und 20 GG zulässig sein sollte. Im Ergebnis spielt diese Streitfrage für die vorliegende Konstellation jedoch nur eine nachgeordnete Rolle, denn jedenfalls kommt als Anspruchsgrundlage für den gleichberechtigten Zugang zu Hochschulen von Bildungsinländern und ihnen Gleichgestellten auch Art. 3 GG allein in Frage.

Die Erhebung von Studiengebühren stellt generell unstreitig einen Eingriff in die Freiheit des Zugangs zu Bildungseinrichtungen dar, denn die Zahlungspflicht als Zulassungsvoraussetzung für die Aufnahme bzw. Fortsetzung eines Studiums errichtet für nicht wenige Grundrechtsträger/innen eine faktische Hürde, welche die Freiheitsausübung einschränkt bzw. unmöglich macht. Wie grundsätzlich alle Grundrechte, so kann jedoch auch Art. 2 Abs. 1 GG nicht schrankenlos gelten, d.h. staatliche Eingriffe können gerechtfertigt sein. Nach nahezu einhelliger Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung belassen die in Art. 2 Abs. 1 GG formulierten Grundrechtsschranken dem Staat ein hohes Maß an Handlungsspielraum, im Sinne eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts.⁸⁹ Durch förmliches Gesetz oder aufgrund eines solchen kann der Zugang zu Hochschulen mithin beschränkt werden, vorausgesetzt der staatliche Eingriff ist in seiner Ausgestaltung bzw. Wirkung verhältnismäßig. Dies ist er dann, wenn die ihm zugrundeliegende staatliche Maßnahme einem legitimen Zweck dient, die Maßnahme zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich ist und die verursachte Grundrechtseinschränkung den/die Einzelne/n nicht übermäßig belastet (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

Wie bereits im Rahmen der völkerrechtlichen Prüfung festgestellt wurde, ist der mit der Erhebung von Studiengebühren verfolgte Zweck darin zu sehen, die finanzielle Tragfähigkeit des Hochschulsystems zu stärken und damit dessen Qualität zu sichern bzw. sogar zu steigern. Ebenso legitim ist es aus Sicht des Staates, für Haushaltsentlastung zu sorgen.

Wie ebenfalls oben festgestellt, ist die Erhebung von Studiengebühren dazu geeignet, diesen Zweck zu fördern bzw. zu erreichen. Nach hiesiger Auffassung gibt es auch kein die Interessen der betroffenen Grundrechtsträger/innen weniger belastendes, aber für die Zweckerreichung gleich geeignetes Mittel. Bleibt die entscheidende Frage nach der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Überwiegt im

⁸⁹ Siehe statt vieler H. Sodan, Grundgesetz, 2. Aufl. München 2011, Art. 2 Rn. 15.

vorliegenden Fall das individuelle Interesse des betroffenen Personenkreises an uneingeschränkter Grundrechtsausübung, sprich am freien Zugang zu einem Hochschulstudium, die oben erwähnten staatlichen Interessen, ist die Verhältnismäßigkeit der Erhebung von Studiengebühren nicht gegeben. Von einem Überwiegen des Individualinteresses ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Gebührenerhebung unter Verstoß gegen die Vorgaben von Art. 3 GG diskriminierend wirkt. Hierbei muss auf den ersten und dritten Absatz von Art. 3 GG jeweils gesondert eingegangen werden.⁹⁰ Der Anwendungsbereich von Art. 3 GG insgesamt ist eröffnet, da mit der selektiven Gebührenerhebung unstreitig eine Ungleichbehandlung des betroffenen Personenkreises im Vergleich zu Studienbewerbern/innen bzw. Studierenden mit, zum Beispiel, deutscher oder EU-Staatsangehörigkeit einhergeht. Fraglich ist, ob sich diese Ungleichbehandlung rechtfertigen lässt.

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet als subjektives Abwehrrecht jedwede Benachteiligung aufgrund einer Reihe von verpönten, auf die Person bezogener Merkmale:

„Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“

Anhand der Merkmale wird eine besonders enge Verknüpfung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG mit der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten menschlichen Würde deutlich.⁹¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG dürfen die genannten Merkmale „nicht Anknüpfungspunkt für rechtliche Ungleichbehandlung sein“.⁹² Die vorliegend zu überprüfende Erhebung von Studiengebühren würde den betroffenen Personenkreis aufgrund der Staatsangehörigkeit benachteiligen. D.h. eine Anknüpfung ist unstreitig gegeben. Maßgeblich ist hier allerdings, ob die Benachteiligung überhaupt einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 darstellt. Dies ist zu verneinen, wenn das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht in den Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 Satz 1

⁹⁰ Vgl. z. B. BVerfGE 85, 191ff

⁹¹ Vgl. nur G. Dürig/R. Scholz in *Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, München 2013 (Stand: Mai 2013)*, Art. 3 Abs. 3 Rn. 1

⁹² So zitiert in H. Dreier, *Grundgesetz*, 3. Aufl. Tübingen 2013, Art. 3 Rn. 123

GG fällt. Nach herrschender Auffassung ist der Katalog der durch diese Norm geschützten Merkmale abschließend.⁹³ Mangels ausdrücklicher Erwähnung wäre denkbar, die Staatsangehörigkeit unter Heimat und Herkunft zu fassen.⁹⁴ Dafür könnte sprechen, dass der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nicht ohne Überwindung einiger rechtlicher wie tatsächlicher Hürden möglich ist.⁹⁵ Die abstrakte Veränderbarkeit mag hier gegeben sein, in ihrer konkreten Umsetzung ist sie dem Einfluss des/r Einzelnen in vieler Hinsicht jedoch auch entzogen. Hinzu kommt, dass auch andere der genannten Merkmale veränderbar sind. Sprachen können gelernt, religiöse und politische Anschauungen gewechselt werden. Der/die Einzelne hat hier im Ergebnis sogar noch stärker Einfluss. Gerade im Vergleich mit dem Merkmal Sprache ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb es im Einzelfall weniger entwürdigend sein sollte, wenn einem Menschen der Zugang zu einer staatlichen Einrichtung verwehrt wird, nur weil sie oder er aus einem anderen Land kommt. Vor diesem Hintergrund hat die Auffassung, dass Staatsangehörigkeit unter Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG subsumierbar ist, durchaus eine gewisse Überzeugungskraft.⁹⁶ Sowohl das BVerfG als auch überwiegend die verfassungsrechtliche Literatur sprechen sich allerdings dagegen aus.⁹⁷ Als zentrales Argument wird darauf verwiesen, dass die Staatsangehörigkeit, anders als die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale, veränderbar ist. Die hier vertretene Auffassung folgt der herrschenden Meinung. Wie jedem Staat muss es auch der Bundesrepublik und damit ihren Bundesländern möglich sein, in bestimmten Bereichen Auswärtige nicht in den Inländern zustehenden Genuss von staatlichen Leistungen bzw. staatlicher Daseinsvorsorge kommen zu lassen. Dies bedingt dem Grunde nach nicht zuletzt die völkerrechtlich seit jeher anerkannte einzelstaatliche Souveränität. In jedem Fall ist man hier also

⁹³ Vgl. M. Sachs in *J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts Band VIII, 3. Aufl. Heidelberg 2010, § 182 Rn.40 mit Verweis u.a. auf G. Durig, Fn.91, Art. 3 Abs. 3 Rn.27

⁹⁴ Zum Merkmal „Heimat“ vgl. BVerfGE 102, 63ff. mit abweichenden Auffassungen im 1. Senat des Gerichts. In seiner Entscheidung BVerfGE 90, 27ff. geht das Gericht offenbar davon aus, dass die Staatsangehörigkeit als von der Heimat separates Merkmal zu sehen ist

⁹⁵ Siehe §§ 8-16 Staatsangehörigkeitsgesetz

⁹⁶ Wegbereitend hierzu M. Zuleeg, *Zur staatlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland: Menschen zweiter Klasse?*, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1973, 361, für die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung sprechen sich aus H. Jarass/B. Pieroth, *Grundgesetz*, 11. Aufl. München 2011, Art. 3 Rn. 113 und Osterloh, in: *M. Sachs, Fn.88*, Art. 3 Rn.297

⁹⁷ Siehe M. Sachs (Fn.93), Rn. 53 mwN, aA M. Gubelt in *I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.)*, *Grundgesetz* Band 1, 5. Aufl. München 2000, Art. 3 Rn.99; Die Unzulässigkeit einer Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit bei der Strafzumessung sieht BGH NJW 1972, 2191; von einem in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Verbot, Ausländer wegen ihrer Staatsangehörigkeit zu benachteiligen, geht aus BGH NJW 1981, 518

rechtlich auf der sicheren Seite, wenn man der herrschenden Meinung folgt und die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG hier ausschließt.

Die Ungleichbehandlung muss sich grundsätzlich aber jedenfalls an Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen. Diese Verfassungsnorm begründet ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung.⁹⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG hat dieses subjektive Recht zur Folge, dass wesentlich Gleiches nicht ungleich und wesentlich Ungleiches nicht gleich behandelt werden darf.⁹⁹ Vorliegend besteht an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte kein Zweifel. Bei allen relevanten Personen (Studierende und Studienbewerber/innen) geht es um die Zulassung zu einem Hochschulstudium. Wie bereits oben festgestellt, kann hier die Ungleichbehandlung der vergleichbaren Sachverhalte ebenfalls nicht bezweifelt werden, wenn nur von einer bestimmten Personengruppe Gebühren verlangt werden, von allen anderen Personen mit vergleichbarem Interesse jedoch nicht. Im Mittelpunkt steht hier die Frage, ob diese Ungleichbehandlung eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG darstellt oder aber sich rechtfertigen lässt. Nach Auffassung des BVerfG kann ein „hinreichend gewichtiger Grund“ eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.¹⁰⁰ Dabei billigt das Gericht dem Gesetzgeber grundsätzlich einen durchaus weiten Einschätzungsspielraum zu. Der Grund für die Ungleichbehandlung darf nur nicht völlig sachfremd sein und muss auf vernünftigen Erwägungen beruhen. Die in den bisherigen Ausführungen bereits skizzierten Eingriffserwägungen halten diesen Vorgaben stand. Von entscheidender Bedeutung ist hierbei, welchem Prüfungsmaßstab die Rechtfertigung folgen muss. Laut BVerfG kommt es jeweils auf Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal an.¹⁰¹ Ein besonders strenger Prüfungsmaßstab im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nach Auffassung des BVerfG anzuwenden, wenn verschiedene Personengruppen ungleich behandelt werden. Dies gilt insbesondere bei nur schwerer Beeinflussbarkeit des Differenzierungsmerkmals, wie zum Beispiel im Falle der Staatsangehörigkeit (vgl. bereits oben zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG).¹⁰² Wenn man die Staatsangehörigkeit also nicht für unter Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG subsumierbar hält, so wird man im

⁹⁸ Vgl. BVerwGE 55, 351; siehe z B auch Jarass/Pieroth (Fn.96), Art 3 Rn.1

⁹⁹ Siehe z B. BVerfGE 98, 385 oder 116, 180

¹⁰⁰ Vgl. z B. BVerfGE 100, 174.

¹⁰¹ BVerfGE 121, 119, aber z B auch BVerwGE 125, 27

¹⁰² Vgl. die ständige Rechtsprechung des BVerfG, z B BVerfGE 88, 96

Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht an der Feststellung vorbeikommen, dass sich dieses Merkmal zumindest an diejenigen des Absatzes 3 Satz 1 insoweit annähert, dass die Verhältnismäßigkeit besonders sorgfältig zu untersuchen ist. Ist die Ungleichbehandlung verhältnismäßig, ist damit auch der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG verhältnismäßig. Verhältnismäßigkeitserwägungen spielten bereits oben im völker- wie europarechtlichen Teil eine maßgebliche Rolle. Auf innerstaatlicher Ebene sind diese Erwägungen an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten. Vergleichbar mit dem internationalen Recht geht es auch hier um die Verfolgung eines legitimen Zwecks, die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der den Zweck vorantreibenden staatlichen Maßnahmen. Nach aus grund- und menschenrechtlicher Sicht zutreffender Ansicht des BVerfG rechtfertigen allein fiskalische Motive eine Ungleichbehandlung nicht. Das BVerfG stellt hierzu ausdrücklich fest:

„Staatliche Ausgaben zu vermeiden, ist ein legitimer Zweck, der jedoch eine Ungleichbehandlung von Personengruppen nicht zu rechtfertigen vermag.“¹⁰³

Das Gericht verlangt vielmehr (mindestens) einen sachlichen Differenzierungsgrund, der über bloße Haushalts- bzw. Sparsamkeitserwägungen hinausgeht. Hier kann auf die oben in den Teilen B. und C. gemachten Ausführungen entsprechend verwiesen werden.

Berücksichtigt die gesetzliche Regelung zur Gebührenerhebung, sowohl was die Höhe der Gebühren als auch was Ausnahmetatbestände angeht, folgende Kriterien, ist sie auch nach dem Grundgesetz rechtlich zulässig. Im Vordergrund steht hier die in den vorangegangenen Ausführungen bereits betonte Sozialverträglichkeit. Sie ist insbesondere dann nicht eingehalten, wenn die Einführung von Studiengebühren dazu führt, dass wirtschaftlich und sozial benachteiligte Bewerberinnen und Bewerber aus Drittstaaten, trotz vorhandener Eignung und Erfüllung der aufenthaltsrechtlichen Kriterien, faktisch von jeglichem Zugang zu einem Hochschulstudium in Deutschland exkludiert sind. Daher gebietet die Sozialverträglichkeit nach hiesiger Auffassung Sonderregelungen für Personen mit

¹⁰³ Siehe z.B. BVerfGE 130, 240ff.

Behinderung¹⁰⁴, für Personen aus armen Verhältnissen¹⁰⁵ und ggf. für Personen aus Partnerländern der Entwicklungszusammenarbeit (EU-Assoziierte, AKP-Staaten, etc., vgl. oben Teil A).

Alle diese Ausführungen zur Rechtsprechung des BVerfG belegen die strengen Prüfungsmaßstäbe, die bei Diskriminierungsfragen anzulegen sind und grundsätzlich auf sämtliche In- und Ausländer gleichermaßen anzuwenden sind. Die sehr klaren Aussagen des BVerfG betreffen allerdings durchweg Fälle von Diskriminierungen gegenüber Ausländern, die sich bereits auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland befinden. Sobald das der Fall ist, wendet das BVerfG diese strengen Kriterien konsequent an. Dies kommt auch in der vor kurzem ergangenen Entscheidung des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz klar zum Ausdruck: Während dort einerseits hervorgehoben wird, dass die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, abgeleitet aus Art. 1 Abs.1 i.V.m. Art. 20 Abs.1 GG ein unverfügbares Menschenrecht darstellt und durch einen Leistungsanspruch einzulösen sei und darauf gerichtet ist, die „physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit, als auch die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“ zu sichern¹⁰⁶, betont das Gericht aber gleichzeitig, dass dieses Grundrecht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen nur gleichermaßen zustehen, wenn sie sich bereits in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten¹⁰⁷. Dies deckt sich mit der im völkerrechtlichen Teil dargestellten Rechtssituation. Dies hat insgesamt zur Folge, dass die Erhebung von Studiengebühren von Nicht-EU-/EWR-Ausländern ohne gefestigten Inlandsbezug nicht gegen Art. 12, 3 und 2 GG verstößt.

¹⁰⁴ D.h. eine gesetzliche Regelung zur Einführung der Gebühren sollte auch im Lichte der VN-Behindertenrechtskonvention und des durch die Konvention verbürgten Inklusionsgedankens formuliert werden

¹⁰⁵ Die wirtschaftlich-soziale Benachteiligung kann in manchen Ländern gerade auch auf der Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht oder zu einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe beruhen, so dass auch insofern zu erwägen ist, derart faktischer Diskriminierung durch Mechanismen der sozialen Abfederung entgegenzuwirken.

¹⁰⁶ BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.7.2012, Abs. 88 – 90. Die Entscheidung zu Bremischen Studiengebühren, BVerfG, 1 BvL 1/08 vom 8. Mai 2013 steht dem nicht entgegen. Der dort geprüfte Territorialbezug betraf lediglich rein innerstaatlich wirkende Diskriminierungen zwischen Bremischen und Nicht-Bremischen Studierenden.

¹⁰⁷ BVerfG (Fn.105), Abs. 89

II. Einfaches Bundesrecht

Hier kommen die von Deutschland ratifizierten Völkerrechtsabkommen (s.o.) erneut zum Tragen. Der Landesgesetzgeber muss bei seinen Entscheidungen Art. 31 GG berücksichtigen. So würden zum Beispiel der IPWSKR oder auch die EMRK und ihr Zusatzprotokoll einer ihnen entgegenstehenden landesrechtlichen Regelung vorgehen.

Allgemein bedarf es zur innerstaatlichen Geltung eines völkerrechtlichen Vertrages nach dualistischem Verständnis einer legislativen Umsetzung (Transformation) in das innerstaatliche Recht. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen nicht-selbstvollziehenden und selbstvollziehenden Verpflichtungen. Bei ersteren besteht die Besonderheit darin, dass sich die vertragliche Verpflichtung ausschließlich an den Vertragsstaat richtet. Diesem bleibt es vorbehalten, wie er die völkerrechtlich eingegangene Verpflichtung innerstaatlich umsetzt. Das Recht auf Bildung gemäß Art. 13 IPWSKR zählt grundsätzlich zur Gruppe der nicht-selbstvollziehenden Rechte, enthält jedoch in seinem Kern selbstvollziehende Elemente. Das wichtigste dieser Elemente leitet sich aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 2 IPWSKR ab (vgl. bereits oben). Im Hinblick auf selbstvollziehende Bestimmungen vermittelt das Transformationsgesetz einen unmittelbaren Rechtsanspruch, ohne dass es erst noch einer gesetzlichen bundesstaatlichen Regelung bedürfte.¹⁰⁸ Dies betrifft allerdings nur die Ebene des Völkerrechts und des innerstaatlichen Bundesrechts, nicht jedoch die Frage, welche Konsequenzen sich daraus für das Verhältnis von Bundesrecht zu Landesrecht ergeben. Es stellt sich folglich die Frage, ob der IPWSKR als Bundesrecht im Bereich Bildung tatsächlich Vorrang hat.

Dies ist nur dann der Fall, wenn der Bund befugt war, einen völkerrechtlichen Vertrag abzuschließen und zu ratifizieren, der eine Regelung über den Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen enthält. Bereits im Hinblick auf die Vertragsabschlusskompetenz könnte vorliegend problematisch sein, dass der Inhalt des Vertrages u.a. eine Materie umfasst, die nach der innerstaatlichen Verfassungsordnung Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebung der Bundesländer ist. Für die Zuständigkeit des Bundes spricht Art. 32 GG, dessen Ziel

¹⁰⁸ Da die Bundesrepublik Deutschland dem dualistischen Völkerrechtsverständnis folgt, wird in aller Regel auch bei Verträgen, die nur einzelne selbstvollziehende Bestimmungen enthalten, der Bundesgesetzgeber den gesamten Vertrag in einem Zustimmungsgesetz innerstaatlich und anschließend völkerrechtlich ratifizieren.

es ist, ein nach außen hin einheitliches Auftreten der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten. Art. 32 GG lautet:

„(1) Die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten ist Sache des Bundes.

(2) Vor dem Abschlusse eines Vertrages, der die besonderen Verhältnisse eines Landes berührt, ist das Land rechtzeitig zu hören.

(3) Soweit die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschließen.“

Eine ausdrückliche Regelung enthält dieser Artikel zwar nicht, jedoch erklärt sich nur so die Formulierung des dritten Absatzes, der besagt, dass die Länder in bestimmten Fällen auch dazu berechtigt sind, Verträge abzuschließen, im Regelfall aber der Bund diese Aufgabe wahrnimmt. Bei Art. 32 GG handelt es sich gewissermaßen um eine Umkehrung des in Art. 30 GG verankerten Grundsatzes der Länderzuständigkeit im Zweifelsfall. Um jedoch die Kohärenz des Verfassungssystems aufrechtzuerhalten, darf die Berufung auf Art. 32 GG nicht dazu führen, dass die zwingenden Regelungen der gesetzgeberischen Zuständigkeit unterwandert werden. Es wird daher ungeachtet der obigen Ausführungen einerseits die Auffassung vertreten, dass der Bund bei Materien ausschließlicher Gesetzgebung der Länder nicht befugt ist, völkerrechtliche Verträge abzuschließen.¹⁰⁹ Diese Auffassung würdigt jedoch Art. 32 GG nicht ausreichend und führt in bestimmten Bereichen zu völkerrechtlicher Handlungsunfähigkeit des Bundes, ohne Rücksicht darauf, dass es im Interesse der Bundesrepublik als Teil der internationalen Staatengemeinschaft liegt, sich gerade in diesem Bereich einzubringen und grundlegende Übereinkommen mit anderen Staaten zu treffen. Vorzugswürdig ist deshalb die so genannte zentralistische Ansicht, derzufolge – gestützt auf das 1957 zwischen Bund und Ländern geschlossene, wenn auch rechtlich unverbindliche, so genannte Lindauer Absprache – die Einholung der vorherigen Zustimmung der Länder notwendig ist. Dieser Zustimmungsvorbehalt wird in der Praxis durch Einschaltung der Ständigen

¹⁰⁹ Vgl. zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge insgesamt: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Auflage Berlin 2007, S. 110ff

Vertragskommission der Länder gesichert.¹¹⁰ Die Länder hatten seinerzeit keine Bedenken gegen die Zeichnung des IPWSKR angemeldet.¹¹¹ Der Vertragsabschluss war folglich rechtmäßig und wirksam erfolgt.

Von der Vertragsabschlusskompetenz zu trennen ist die Ratifizierungs- bzw. Transformationskompetenz. Der Bundestag hat am 23. November 1973 eine Transformation des IPWSKR beschlossen und damit den Bundespräsidenten zur Ratifizierung bei den Vereinten Nationen ermächtigt.¹¹² Hierfür ist Art. 59 GG die einschlägige Verfassungsnorm. Danach kann der IPWSKR in allen seinen Teilen zum jetzigen Zeitpunkt innerstaatliche Geltung nur dann für sich beanspruchen, wenn der Bund beim Erlass des Transformationsgesetzes mit der entsprechenden Gesetzeskompetenz ausgestattet war. Für den Bereich der Hochschulbildung haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz – Art. 30 GG. Ihre Zustimmung kann zur Ratifizierung des IPWSKR nur so gedeutet werden, dass sie damit einverstanden waren, dass der Pakt als Bundesrecht Geltung erlangen sollte, soweit bundesrechtliche Kompetenzen reichen. Auf ihre ausschließliche Kompetenz für die Hochschulbildung im Rahmen der Kulturhoheit hingegen haben die Bundesländer jedoch ersichtlich nicht zugunsten des Bundes verzichten wollen.

Aus alledem folgt, dass ein Vorrang des IPWSKR, ebenso wie der anderen völkerrechtlichen Normen, unschädlich ist, als er die geplante Gebührenerhebung zulässt, solange die oben skizzierten Kriterien eingehalten werden. Insofern kommt es auf die Frage der Wirkung gegenüber Landesrecht nicht an.

III. Landesrecht Baden-Württemberg

Letztendlich müsste die Einführung der Studiengebühren auch mit der Landesverfassung von Baden-Württemberg (BWLV) im Einklang stehen. Einschlägig ist hier deren Artikel 11. Anders als Art. 12 Abs.1 GG ist hier jede Person einbezogen, wobei ausdrücklich von jungen Menschen die Rede ist, so dass sich

¹¹⁰ Zu dieser Kommission siehe Christian Bücken/Malte Köster, Die Ständige Vertragskommission der Länder, Juristische Schulung (JuS) 2005, S 976 ff

¹¹¹ Vgl. Beschluss laut Bundesrat, Drucksache 305/73 vom 25. Mai 1973

¹¹² Zur Fundstelle des Gesetzes siehe Fn.30 Die völkerrechtliche Ratifikation durch den Bundespräsidenten erfolgte am 17. Dezember 1973

hier ggf. Diskriminierungsfragen aufgrund des Alters stellen könnten. Nicht alle Studienbewerber/innen fallen unter den Begriff „jung“. Dieser Frage muss aber im Rahmen der vorliegenden Prüfung nicht weiter nachgegangen werden.

Den subjektiv-rechtlichen Charakter wird man Art. 11 BWLV zumindest insoweit zusprechen müssen, als es um Teilhabe am Hochschulsystem geht.¹¹³ Dabei stellt Art. 11 BWLV eine für den Landesgesetzgeber verbindliche Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes dar. Im Lichte des Art. 31 GG könnte hier problematisch sein, dass Art. 11 BWLV im Vergleich zu Art. 12 GG einen weiteren personellen Schutzbereich eröffnet. Im Ergebnis ist dies vorliegend jedoch unschädlich. Zum einen erlaubt das Grundgesetz weitergehende Rechte in den Landesverfassungen, solange diese nicht im völligen Widerspruch zu den bundesrechtlichen Vorschriften stehen.¹¹⁴ Zum anderen lässt auch Art. 11 BWLV Raum für sachlich begründete, verhältnismäßige Ungleichbehandlungen. Selbst wenn man also einen ähnlich strengen Prüfungsmaßstab wie bei Art. 12 GG anlegt, wird man doch im Hinblick auf eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit letztendlich zu keinem anderen Ergebnis als bei der Prüfung des Art. 3 GG kommen, solange die dort genannten gesetzgeberischen Vorkehrungen getroffen werden. Was die vorliegend vorgenommene Eingrenzung des Adressatenkreises der Gebührenerhebung angeht, liefern im Übrigen die Artikel 1 Abs. 2 und 1 Abs. 1 der BWLV ein gewisses Maß an Bestätigung. Art. 1 Abs. 2 BWLV lautet:

*„Er (der Staat) fasst **die in seinem Gebiet lebenden Menschen** zu einem geordneten Gemeinwesen zusammen...“*

und Abs. 1 besagt:

*“Der Mensch ist berufen, **in der ihn umgebenden Gemeinschaft** seine Gaben in Freiheit... zu entfalten“. (Hervorhebungen des Verfassers)*

Daraus erhellt, dass die Landesverfassung ebenfalls von einem erforderlichen Territorialbezug ausgeht. Insofern ist man im Hinblick auf die nur auf zum Zwecke der Ausbildung einreisenden Nicht-EU-/EWR-Ausländer ohne gefestigten Inlandsbezug bezogene Gebührenerhebung auf der sicheren Seite. Die

¹¹³ Vgl. P. Feuchte, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1987, Art. 11 Rz 4/5 Zur kritischen Debatte siehe DÖV 1967, 378; ESVGH 24, 33.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 36, 360ff

Einbeziehung dieser Personengruppe in den Schutz des Jedermann-Rechts aus Artikel 11 BWLV ist dabei grundsätzlich unproblematisch, da sich anhand der im Laufe der obigen Ausführungen erörterten Differenzierungsgründe Ungleichbehandlungen von „gebietsfremden“ Personen rechtfertigen lassen.

Auch nach dem Baden-Württembergischen Landesrecht steht einer Einführung von Studiengebühren bei Nicht-EU-/EWR-Ausländern ohne gefestigten Inlandsbezug grundsätzlich folglich nichts im Wege.

IV. Zur Frage, ob Studiengebühren für nicht-integrierte Nicht-EU-/EWR-Ausländer je nach Hochschulart und Fakultäten zeitlich gestuft eingeführt werden können

Fraglich bleibt, ob auch eine zeitlich gestufte Einführung von Studiengebühren für nicht-integrierte Nicht-EU-/EWR-Bürger je nach Hochschularten und Fakultäten zulässig wäre. Grundsätzlich können – wie gezeigt – Studiengebühren von diesen Studierenden erhoben werden. Auch ein Verzicht auf die Erhebung von Gebühren liegt grundsätzlich im Ermessen der Bundesländer, denen insoweit die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht. Während bei nur innerstaatlich wirkender Erhebung von Studiengebühren eine Differenzierung nach Hochschulart und Fachbereichen/Fakultäten sehr schnell die Hürde des Diskriminierungsverbotes erreichen und – wie oben gezeigt – an den Hürden der Artikel 12 Abs.1, 3 Abs.1 und 2 Abs.1 GG scheitern könnte, gilt dies nicht für die Nicht-EU-/EWR-Ausländer. So könnten Gebühren für diese Gruppe von Studierenden entweder von allen in gleicher Höhe, oder gestaffelt nach Kostenintensität in unterschiedlicher Höhe erhoben werden. Auch müssten die Gebühren nicht bei allen Hochschularten gleichzeitig erhoben werden. Hier hätte der Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum. Allerdings müsste geprüft werden, ob diese Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleich Betroffenen Nicht-EU/EWR-Ausländern nicht dennoch gegen allgemeine völkerrechtliche Diskriminierungsgrundsätze verstieße. Denkbar wäre, dass eine solche unterschiedliche Gebührenerhebung doch als Verletzung des Gleichheitssatzes des Artikels 3 Abs.1 GG angesehen würde, wenn Nicht-EU/EWR-Ausländer etwa bei Musikhochschulen Studiengebühren bezahlen müssten, bei anderen Hochschulen und/oder Fakultäten/Fachbereichen jedoch nicht, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt. Stünde die gestufte Einführung bei feststehender

allgemeiner Einführung von Gebühren für sämtliche Studierende dieser Gruppe aber von vornherein fest, so ließe sich vertreten, dass der erhebliche administrative Mehraufwand gegebenenfalls eine zeitliche Stufung sinnvoll und notwendig erscheinen lässt. Es bedürfte aber zumindest eines erheblichen Begründungsaufwandes, weshalb im einen Fall Gebühren sogleich erhoben würden, in anderen grundsätzlich vergleichbaren Fällen jedoch nicht. Gerichtliche Auseinandersetzungen wären wohl zu erwarten.

Es wird deshalb empfohlen, insoweit keine grundsätzliche Unterscheidung nach Hochschularten vorzunehmen, obgleich nach dem oben Gesagten eine solche zeitlich gestufte Differenzierung grundsätzlich rechtlich möglich ist. Die Gegenansicht würde darauf abstellen, dass eine solche Differenzierung letztlich willkürlich erschiene. Zumindes bedürfte es einer sehr plausiblen Begründung für die unterschiedliche Vorgehensweise.

Ohnehin müssten in allen Fällen der Einführung von zulässigen Studiengebühren genaue Vorschriften bezüglich der Übergangsregelungen aus Vertrauensschutzgründen erlassen werden.

V. Zwischenergebnis

Für den Bereich des innerstaatlichen Rechts ist ebenfalls festzuhalten, dass der vorliegend einschlägige Personenkreis von Nicht-EU/EWR-Ausländern keinen Anspruch auf unentgeltlichen, sondern nur auf diskriminierungsfreien Zugang zum baden-württembergischen Hochschulsystem hat. Wie das Völkerrecht und das europäische Recht verpflichtet die deutsche Rechtsordnung die Landesregierung bzw. den Landesgesetzgeber lediglich dazu, Vorkehrungen zur Vermeidung von unverhältnismäßigen Ungleichbehandlungen zu treffen.¹¹⁵

¹¹⁵ Streng genommen gehören natürlich auch völkerrechtliche Verträge und europäisches Vertragsrecht per Ratifizierung zur deutschen Rechtsordnung, so dass die Unterteilung in Völkerrecht, europäisches Recht und deutsches Recht nicht zwingend ist.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Gutachten befasst sich mit der Frage, ob Ausländer, die nicht Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staates sind und keinen gefestigten Aufenthalt in Deutschland aufweisen, selektiv zu Studiengebühren herangezogen werden können. Dabei geht es um die völkerrechtliche, europarechtliche, verfassungs- und bundesrechtliche sowie landesrechtliche Zulässigkeit einer solchen Gebührenerhebung.

1. Nicht erfasst werden Ausländer, die in Deutschland oder einem anderen der EU-Staaten ein langfristiges Aufenthaltsrecht haben. § 9a Aufenthaltsgesetz und Artikel 11 (1) b der Richtlinie 2003/109/EG ordnet insoweit eine Inländergleichbehandlung an, so dass von diesen Ausländern keine Studiengebühren erhoben werden können, solange diese nicht auch von Inländern erhoben werden.

2. Nach dem *EU- Assoziierungsabkommen mit der Türkei* und einigen Mittelmeeranrainerstaaten werden Aufenthaltsberechtigte aus Drittstaaten auch in anderen EU-Mitgliedstaaten als Aufenthaltsberechtigte angesehen und Inländern gleichgestellt. Für die Türkei gilt gemäß Art. 217 AEUV, dass diesen Nicht-EU-Ausländern die Marktfreiheiten wie EU-Bürgern zustehen. Das betrifft jedoch nicht Studienbewerber, die nur zu Studienzwecken einreisen. Falls diese Ausländer jedoch einen längerfristigen Aufenthalt aus anderen als Studiengründen nachweisen können, greifen die Regeln des Aufenthaltsgesetzes auch für sie. Es bedarf dabei aber grundsätzlich eines gefestigten Inlandsbezuges (S.7).

3. Für *Afrikanische, Karibische und Pazifische (AKP)- Staaten* greift Art. 13 (4) Cotonou-Abkommen, wonach Studienbewerbern aus den ca. 80 ehemaligen Kolonien von EU-Staaten Kooperationsprogramme und Unterstützungsmaßnahmen angeboten werden sollen, um den Studienzugang zu erleichtern. Art. 13 (4) Cotonou- Abkommen kann deshalb als Vorlage für Ausnahmeregelungen für diese Ausländer bei der Ermessensentscheidung über die Erhebung von Studiengebühren herangezogen werden (S.8).

4. Ausländer aus Nicht-EU- und Nicht-EWR-Staaten *mit gefestigtem Aufenthaltsstatus und dadurch gefestigter sozialer Verankerung* im Inland – sei es in Gestalt einer Niederlassungserlaubnis nach § 7 Aufenthaltsgesetz oder aufgrund der Regelungen über die Familienzusammenführung bzw. über die Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Erwerbstätigkeit - sind den Inländern gleichzustellen, so dass von ihnen keine Gebühren erhoben werden können, solange diese nicht auch von Deutschen erhoben werden (S.10).

5. *Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge* nach der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 sind ebenfalls von der Gebührenpflicht ausgenommen. Dies gilt auch für Langzeitgeduldete mit fraglichem Aufenthaltsstatus. Bei nur *geduldeten Ausländern* mit kürzerem Aufenthaltsrecht gilt dies jedoch nicht.

6. Der Inlandsbezug wird durch schlichte Bewerbung aus dem Ausland nicht hergestellt. Hierbei gelten nur die rechtsstaatlichen prozeduralen Befassungspflichten vor deutschen Gerichten. Eine materielle Grundrechtsprüfung und Gleichbehandlungspflicht mit Inländern wird dadurch nicht ausgelöst (S. 10).

7. Das universale *Völkerrecht* knüpft bei der Frage des Rechts auf Bildung und der Möglichkeit zur Erhebung von Studiengebühren grundsätzlich an das Territorialitätsprinzip als Ausdruck der staatlichen Souveränität an. Die Staatsangehörigkeit und das Solidaritätsband der Ausländer zu ihrem Heimatstaat sind dafür das maßgebliche Kriterium. Wenn deutsche Hoheitsakte

im Ausland vorgenommen werden, die etwa aufenthaltsrechtliche Fragen betreffen, ist dies als Ausnahme vom Territorialitätsprinzip anzusehen (S.12).

8. Die Anwendbarkeit des *völkerrechtlichen Mindeststandards der Ausländerbehandlung* scheidet in dieser Frage der Entgeltlichkeit von Studien in Deutschland aus. Der völkergewohnheitsrechtliche Mindeststandard sichert das Existenzminimum, nicht jedoch den unentgeltlichen Zugang zum Hochschulstudium (S.13).

9. Art. 13 Abs. 2 c des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) muss in Verbindung mit Art. 2 Abs.2 IPWSKR gelesen werden. Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 c IPWSKR, der progressive Unentgeltlichkeit des Studiums anspricht, ist teleologisch zu reduzieren: es geht nicht primär um Unentgeltlichkeit, sondern um gleichen, diskriminierungsfreien Zugang zum Studium. Der Sozialpakt gebietet, dass *rechtmässig sich im Inland befindliche Ausländer* vollen Diskriminierungsschutz wie Inländer erfahren müssen (S.27).

10. *Nicht-dokumentierte („illegale“) Ausländer* werden durch Art. 13 Abs.2 c i.V.m. Art. 2 Abs.2 IPWSKR in der Frage der Erhebung von Studiengebühren nicht geschützt. Allerdings sind in diesen Fällen sorgfältige Abwägungen der Sozialverträglichkeit erforderlich (S.24).

11. Für den *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (IBBPR) gilt Entsprechendes. Dabei wird die Beschränkung auf den Territorialbezug in Art. 2 Abs.1 IPBPR überdies im Vertragstext ausdrücklich erwähnt (S.28).

Für das *UNESCO – Abkommen gegen Diskriminierung im Unterricht* (CADE) gilt das Gleiche (S. 28).

12. *Bilaterale Abkommen des Bundes und der Länder* können gleichwohl Privilegierungen vorsehen, etwa aufgrund von Gegenseitigkeitsabsprachen, durch welche eine Befreiung oder Teilbefreiung von Studiengebühren vereinbart werden können (S. 29).

13. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Nicht-EU-/EWR-Ausländer und ihnen Gleichgestellte völkerrechtlich grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Studienplätze im Inland haben. (S.29).

14. Im *Europarecht* gilt grundsätzlich Entsprechendes. Nach Art. 2 des 1.Zusatzprotokolls i.V.m. Art. 14 EMRK stellt die Staatsangehörigkeit kein unzulässiges Differenzierungskriterium dar, doch ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt einzuhalten (S.30 - 35).

Die Europäische Sozialcharta (ESC) und die Europäische Grundrechte-Charta vermitteln in diesem Zusammenhang keine Ausländerprivilegierung. Weitergehende Bestimmungen der Revidierten ESC von 1996 gelten für die Bundesrepublik Deutschland mangels Ratifikation nicht. Für das Europarecht insgesamt gilt, dass die Erhebung von Studiengebühren grundsätzlich zulässig ist und von Nicht-EU-/EWR-Ausländern selektiv erhoben werden können, solange der Kerngehalt des Diskriminierungsschutzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beachtet werden (S.35 - 37).

15. Im *deutschen Verfassungsrecht* stellt die Staatsangehörigkeit nach ganz herrschender Auffassung kein unzulässiges Differenzierungskriterium dar. Bei der Erhebung von Studiengebühren von Nicht-EU-/EWR-Ausländern bildet der konkrete Inlandsbezug das entscheidende Abgrenzungskriterium (S.45).

16. Nach der *Landesverfassung von Baden-Württemberg (BWLV)* und dem Landesrecht ergibt sich nichts anderes: Trotz der weiten Formulierung des Art. 11 BWLV ergibt die Analyse dieses Artikels im Zusammenhang mit Art. 1 (2) und 1 (1) BWLV, dass auch hier grundsätzlich ein gefestigter Territorialbezug für die Anwendung von Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsschutzregeln

erforderlich ist. Landes- und Bundesrecht gelangen zum gleichen Ergebnis (S. 48 - 49).

17. Es besteht folglich auch kein Anspruch auf unentgeltlichen, sondern nur auf diskriminierungsfreien Zugang zum Baden-Württembergischen Hochschulsystem für diese Nicht-EU/EWR-Ausländer, die keinen gefestigten Inlandsbezug aufweisen; jedoch sind Vorkehrungen zur Vermeidung von unverhältnismäßigen Ungleichbehandlungen zu treffen. Diese für Inlandssituationen von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gelten jedoch nur, sofern der gefestigte Inlandsbezug nachweisbar ist (S. 49)

18. Die Frage, ob eine zeitlich sowie nach Hochschularten und /oder Fachbereichen/ Fakultäten gestufte Einführung von Studiengebühren für Studierende aus Nicht-EU-/EWR-Staaten ohne gefestigten Inlandsbezug möglich wäre, wird grundsätzlich bejaht. Es wird jedoch empfohlen, eine zeitgleiche Einführung der Gebührenregelung für diese Studierenden vorzusehen, um mögliche Klagen, gestützt auf Diskriminierungsgrundsätze, von vornherein zu vermeiden (S. 50 – 51).

19. In der Gesamtschau kann festgehalten werden, dass die selektive Erhebung von Studiengebühren bei Bewerbern aus dem Nicht-EU- und Nicht-EWR-Ausland ohne gefestigten Inlandsbezug völkerrechtlich, europarechtlich, grundrechtlich wie auch nach Baden-Württembergischen Landesverfassungs- und einfachem Landesrecht grundsätzlich zulässig ist. Rechtspolitisch ist jedoch hinsichtlich der Gebührenhöhe eine sozialverträgliche Lösung anzustreben.

G. Quellenverzeichnis

Brownlie, Ian	Principles of Public International Law, 6. Aufl. Oxford 2003
Bücker, Christian / Köster, Malte	Die Ständige Vertragskommission der Länder, in: Juristische Schulung (JuS) 2005
Chapman, Audrey / Russell, Sage (Hrsg.)	Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen 2002
Craven, Matthew	The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford 1995

Dahm, Georg / Delbrück, Jost / Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.)	Völkerrecht Band I/2, 2. Aufl. Berlin 2002
Degenhart, Christoph	Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Juristische Schulung (JuS) 1990
Dreier, Horst	Grundgesetz, 3. Aufl. Tübingen 2013
Feuchte, Paul	Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1987
Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina	Europäische Menschenrechtskonvention, 5.Aufl. München 2012
Grote, Rainer (Hrsg.)	EMRK-GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006
Hailbronner, Kay	Asyl- und Ausländerrecht, 2. Auflage Stuttgart 2008
Ipsen, Knut	Völkerrecht, 5. Aufl. München 2004
Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.)	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1992, Band V
Dies. (Hrsg.)	Handbuch des Staatsrechts Band VII, 3. Aufl. Heidelberg 2009
Dies. (Hrsg.)	Handbuch des Staatsrechts Band VIII, 3. Aufl. Heidelberg 2010
Dies. (Hrsg.)	Handbuch des Staatsrechts Band IX, 3. Aufl. Heidelberg 2011
Jarass, Hans / Pieroth, Bodo	Grundgesetz, 11. Aufl. München 2011
Kälin, Walter / Malinverni, Giorgio / Nowak, Manfred (Hrsg.)	Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, Basel 1997
Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C. (Hrsg.)	EMRK, Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, München 2012
Krause, Catarina / Scheinin, Martin (Hrsg.)	International Protection of Human Rights. A Textbook, Second revised edition, Turku/Abo 2012
Lorenzmeier, Stefan	Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studienbeiträgen und deren Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2006

Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.)	Grundgesetz, München 2013 (Stand: Mai 2013)
Münch, Ingo von / Kunig, Philip (Hrsg.)	Grundgesetz Band 1, 5. Aufl., München 2000
Oppermann, Thomas / Classen, Claus-Dieter / Nettesheim, Martin	Europarecht, 5. Auflage, München 2011
Gebert, Pius	Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Freiburg 1996
Randelzhofer, Albrecht	Der Einfluß des Völker- und Europarechts auf das deutsche Ausländerrecht, Berlin 1980
Renner, Günter (Hrsg.)	Ausländerrecht, 9. Aufl. München 2011
Riedel, Eibe	Die Allgemeinen Bemerkungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, in <i>Deutsches Institut für Menschenrechte, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen</i> , 1.Aufl. Baden-Baden 2005
Ders.	Stichwort International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Max Planck Encyclopedia of International Law (MPEPIL) 2010
Riedel, Eibe / Söllner, Sven	Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpaktes, in: <i>Juristenzeitung (JZ)</i> 2006
Sachs, Michael	Grundgesetz, 5. Aufl. München 2009
Sodan, Helge	Grundgesetz, 2. Aufl. München 2011
Söllner, Sven	Studiengebühren und das Menschenrecht auf Bildung, Stuttgart 2007
Stern, Klaus (Hrsg.)	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band IV/1, München 2006
Stern, Klaus (Hrsg.)	Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988
Vagts, Detlev	Minimum Standards, in: <i>Max Planck Encyclopedia of International Law (MPEPIL)</i> Band 8, Oxford 2010
Verdross, Alfred / Simma, Bruno	Universelles Völkerrecht, 3.Aufl., Berlin 1984

Vitzthum, Wolfgang Graf (Hrsg.)	Völkerrecht, 3.Aufl., Berlin 2004
Zuleeg, Manfred	Der Internationale Pakt über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte, in: Recht der Arbeit 1974
Zuleeg, Manfred	Zur staatlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland: Menschen zweiter Klasse? In: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1973

Prof. Dr. Eibe Riedel

Prof.(em.), Universität Mannheim,

Visiting Professor, Academy of International

Humanitarian Law and Human Rights, Genf

Neustadt/Genf, im Dezember 2013

Anhang I

Rechtspolitische Empfehlungen zur Ausgestaltung der Gebühren

Im Rahmen der vorangegangenen Prüfung der jeweils einschlägigen Rechtsnormen wurde bereits ausgeführt, dass es für die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem auch maßgeblich darauf ankommt, ob die verlangten Studiengebühren sozialverträglich ausgestaltet sind. Hierbei geht es darum, den zuständigen Behörden per Gesetz die nötige Flexibilität zu ermöglichen. Es muss den Behörden möglich sein, bei der Einzelfallbeurteilung auf den sozialen bzw. finanziellen Status der Studierenden bzw. Bewerber/innen einzugehen. Vom Landesgesetzgeber sollte eine Regelung getroffen werden, die eine Differenzierung nach Fachrichtungen zulässt und jeweils eine Obergrenze enthält. Es empfiehlt sich demnach, die Gebührenhöchstgrenze auf 4.000 Euro festzulegen. Bei besonders kostenträchtigen Studiengängen, z.B. im medizinisch-naturwissenschaftlichen Bereich könnte diese Höchstgrenze durchaus ausgeschöpft werden. In den Geisteswissenschaften sollte ein deutlich geringerer Betrag angesetzt werden (1.500 - 2000 Euro). Landesgesetzgeber und -regierung sollten hier ihren politischen Entscheidungsspielraum nutzen und durch ein Stufenmodell sicherstellen, dass Studierende in weniger kostenaufwendigen Studiengängen nicht das Studium derer mitfinanzieren, die sich für besonders kostenträchtige Fachrichtungen entscheiden. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber zu einer detailgenauen Differenzierungsregelung rechtlich nicht verpflichtet ist. In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 2009 festgestellt, dass selbst ein gänzlicher Verzicht auf Differenzierung der Studienbeitragshöhe nach der Kostenintensität der einzelnen Studiengänge keine unzulässige Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände darstellt.¹¹⁶ Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich laut BVerwG

„kein striktes Gebot der abgabenrechtlichen Leistungsproportionalität dergestalt, dass dem unterschiedlichen Maß der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen jeweils exakt Rechnung getragen werden müsste.“

¹¹⁶ Siehe BVerwGE 124, 1ff.

In seiner Entscheidung erklärt das BVerwG auch eine Pauschalierung aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung für zulässig, d.h. mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar, solange eine verhältnismäßige Belastungsgleichheit unter den Abgabenschuldnern gewahrt werde. Grundsätzlich darf daher ein fächerübergreifend einheitlicher Studienbeitrag festgesetzt werden, sofern nicht schon im Vorhinein absehbar ist, dass der geforderte Betrag bei einzelnen, besonders kostengünstigen Studiengängen außer Verhältnis zu den pro Semester anfallenden Kosten steht. Um für die hiernach ausnahmsweise gebotenen oder auch als wünschenswert angesehenen Abstufungen den erforderlichen Regelungsspielraum zu schaffen, sollte die gesetzliche Regelung in sachgerechter Weise studiengangspezifische Differenzierungen der Beitragshöhe mithin zulassen. Hier kann den einzelnen Hochschulen im Wege ihrer satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt werden.¹¹⁷

Ein Blick nach Europa bietet ein breites Spektrum von Gebührenmodellen. Die Gebührenhöhe wird von verschiedenen Ländern – unabhängig von Stipendien, Darlehen und anderen Erleichterungen – flexibel gehandhabt.¹¹⁸ In einigen Ländern werden je nach sozialem bzw. finanziellen Status des/r Bewerbers/in unterschiedliche bzw. keine Gebühren erhoben. Eine unterschiedliche Behandlung bestimmter Drittstaatsangehöriger wird von einer Reihe von Ländern Europas für zulässig erachtet, sei es in Form von im Vergleich zu einheimischen Studierenden höheren Gebühren oder in Form einer Gebührenzahlungspflicht bei Gebührenfreiheit

¹¹⁷ Vgl. hierzu VerfGH BayVBl 2009, 593 ff

¹¹⁸ Siehe dazu die EU-Studie „National Student Fee and Support Systems – 2011/2012“. Die höchsten Gebühren werden im Vereinigten Königreich (England, Wales und Nordirland) erhoben. Für Bachelor-Studiengänge lagen sie bis 2012 bei 3.375 LGB, ab 2012 betragen die Grundgebühren 6.000 LGB, die Höchstgebühren 9.000 LGB. Es besteht ein allgemeines Darlehensangebot mit Rückzahlungspflicht erst bei einem bestimmten regulären Berufseinkommen. Wales und Nordirland haben dazu unterschiedliche Regelungen getroffen. Keine Gebühren erheben 9 EU-Länder mit Ausnahme von Nicht-EU-EWR-Ländern, darunter Dänemark, Finnland, Griechenland, Malta, Norwegen, Österreich, Vereinigtes Königreich (Schottland), Schweden und Zypern auf der Bachelor-Ebene. Der Anteil der Gebührenzahler ist von Land zu Land verschieden. In einigen Ländern zahlen alle Studierenden Gebühren, in anderen zahlen die meisten; in 4 Ländern zahlt nur eine kleine Gruppe Studiengebühren und in den 9 zuerst genannten Ländern werden nur in Ausnahmefällen Studiengebühren erhoben. Nicht-EU-ausländische Studierende zahlen in der Regel höhere Gebühren, die allgemein von den Hochschulen selbst festgelegt werden, in einigen Staaten aber auch von zentraler Stelle geregelt werden (so in Belgien, Bulgarien, Griechenland, Portugal und Rumänien). In 6 weiteren Staaten (Island, Italien, Liechtenstein, Norwegen, Tschechische Republik und Ungarn) werden Nicht-EU-Ausländer genauso behandelt wie Studierende von innerhalb der EU. Studienförderung (Stipendien, Gebührenminderung bis Gebührenerlass oder Darlehen, sowie Familienbegünstigungen und Steuervergünstigungen) werden in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich gehandhabt.

inländischer Studierender.¹¹⁹ Andere Länder machen keine Unterschiede aufgrund von Staatsangehörigkeit. Inwiefern die Modelle der EU-Mitgliedstaaten mit den Vorgaben des universellen (UN-Sozialpakt etc.) bzw. regionalen (EMRK etc.) Völkerrechts jeweils im Einzelnen vereinbar sind, ist nicht Teil der vorliegenden Untersuchung.

Im Hinblick auf die konkrete Bemessung der Höhe der Gebühren stellt sich die grundsätzliche Frage, ob eine einheitliche, für sämtliche betroffenen Studierenden und Studienbewerber festzulegende Gebühr verlangt oder aber eine nach Fächergruppen und Hochschularten gestaffelte Gebührenhöhe vorgesehen werden sollte.

Die Festlegung auf Beträge weit unterhalb der tatsächlich anfallenden Kosten trägt dem Anliegen der Bundesrepublik als studien- und forschungsfreundlichen und gegenüber Migranten aufgeschlossenen Staates Rechnung. Es kann auch als Beitrag zur wirksamen Entwicklungszusammenarbeit gesehen werden, wenn ausländische Studierende generell hier bestmöglich ausgebildet werden und ihr erworbenes Wissen in Deutschland/ Baden-Württemberg in ihren Heimatländern anwenden. Zu bedenken ist auch, dass ein Teil der Ausländer nach Studienabschluss in Deutschland bleiben. Ein zu hoher Gebührensatz hätte wahrscheinlich abschreckende Wirkung, selbst wenn in den USA und in anderen Staaten sehr viel höhere Gebühren erhoben werden.

Bedacht werden sollte bei der politischen Entscheidung auch, dass neben den Gebühren erhebliche weitere Unterhalts- und Reisekosten anfallen, die für viele Nicht-EU-Ausländer eine gravierende Hürde darstellen.

Absolventen baden-württembergischer Hochschulen können überdies als gute Botschafter der Bundesrepublik in ihren Heimatländern angesehen werden und die Wirtschaftsbeziehungen zwischen ihrem Heimatstaat und Deutschland – speziell Baden-Württemberg – langfristig vertiefen.

Gleichgültig, ob die Gebührenhöhe pauschalisiert und einheitlich erhoben würde, oder ob eine nach Fächergruppen gestaffelte Gebührenhöhe politisch vorgezogen würde, rechtlich stehen dem jedoch - wie dargelegt – keine Hindernisse im Wege.

¹¹⁹ Vgl. Fn.118

Zudem sollte das Landesgesetz, das diese Frage regelte, Stipendien- und Ausnahmeregeln, ferner Gebührenvoll- und Teilverzichte nach sozialen Gesichtspunkten vorsehen und die zu EU- und EWR-Ausländern entwickelten Diskriminierungsschutzregeln, wie oben dargelegt, insoweit berücksichtigen. Dies könnte unter anderem dadurch geschehen, dass BAföG-Kriterien und aufenthaltsrechtliche Ausnahmeregelungen zu berücksichtigen wären und auch die Möglichkeit von Teilzeitbeschäftigung bei finanziell bedürftigen Studienbewerbern für den berufsqualifizierenden Abschluss des Studiums in Baden-Württemberg vorgesehen würde. Je stärker die Sozialverträglichkeit durch solche Maßnahmen betont wird, desto geringer ist die Gefahr, dass Gerichte gegenüber dieser Studierendengruppe aus Gleichheitsgründen eingreifen.

Bei der Frage der Sozialverträglichkeit stellt sich insbesondere auch die Frage, ob und inwiefern die Bestimmungen des Bundesausbildungsförderungsgesetzes (BAföG) eine Rolle spielen. Dabei liegt der Fokus in erster Linie auf § 8 BAföG. Nach dieser Regelung hat ein relativ weites Spektrum an Drittstaatsangehörigen Zugang zu Ausbildungsförderung, unter anderem auch diejenigen mit Duldungsstatus. Anknüpfungspunkt des § 8 BAföG ist durchgehend ein gefestigter Inlandsbezug. Demnach fällt nur ein Teil der vorliegend relevanten Adressatengruppe direkt in den Anwendungsbereich der Norm. Fraglich ist, ob auch erstmals einreisende Studienbewerber/innen ohne familiären Inlandsbezug in den Genuss von Ausbildungsförderung kommen können/sollten. Eine direkte Anwendung des BAföG scheidet für diese Gruppe aus. Gleichwohl könnte die gesetzliche Grundlage der Studiengebühren im Rahmen politischen Ermessensspielraums die Regelungen über die Ausbildungsförderung als Orientierung aufgreifen und ein vergleichbares Darlehenssystem vorsehen. Parallel oder auch alternativ könnten die bis vor kurzem geltenden Regelungen im Landeshochschulgesetz zur sozialen Abfederung der allgemeinen Studiengebühren wieder aufleben. In dem im Jahre 2005 erlassenen Gesetz zur Einführung von allgemeinen Studiengebühren¹²⁰ waren bestimmte Personengruppen von der Studiengebühr – teils per Gesetz, teils auf Antrag – ausgenommen. Mit Relevanz für die vorliegende Untersuchung waren dies

- Ausländische Studierende aus Staaten, mit denen ein besonderes Interesse an der Bildungszusammenarbeit besteht,

¹²⁰ Gesetz vom 15. Dezember 2005 (Gesetzblatt des Landes Baden-Württemberg 2005, 629).

- Ausländische Studierende, die aufgrund einer Vereinbarung mit ihrer bisherigen Hochschule oder ihrem Herkunftsland befreit sind.
- Studierende mit weit überdurchschnittlicher Leistung,
- Studierende mit Kindern (bis 14 Jahre),
- Studierende mit einer Behinderung, die das Studium erheblich erschwert.

Der Landesgesetzgeber muss nicht alle diese Ausnahmegründe bei Antragsstellern auch Nicht-EU-/EWR-Staaten zwingend auf eine neu zu schaffende gesetzliche Regelung übertragen. Die drei letztgenannten Fallgruppen sollten aber im Interesse der Verhältnismäßigkeit von den Gebühren befreit oder zumindest erheblich entlastet werden. Neben der Befreiung sah das bis zum Sommersemester 2012 geltende Gesetz die Möglichkeit einer Kreditaufnahme vor. Anspruch auf einen Kredit hatten heimatlose Ausländer/innen, sog. Bildungsinländer/innen. Trotz vorhandener Möglichkeiten der internationalen behördlichen und justiziellen Zusammenarbeit erscheint eine Darlehensregelung problematisch, da sie bei der hier relevanten Personengruppe mit einem gewissen Risiko und Verwaltungsaufwand im Hinblick auf die Durchsetzung von Rückzahlungspflichten behaftet ist. Daher ist zu empfehlen, jenseits von Stipendien und ähnlicher Förderung auf Befreiungstatbestände zu setzen.

Die Verhältnismäßigkeit der Gebührenerhebung könnte, gerade im Hinblick auf Studierende mit schwächerem finanziellem Hintergrund, weiterhin dadurch gestärkt werden, dass die Möglichkeiten der Erwerbstätigkeit erweitert werden. So könnte man die finanzielle Last für die Studierenden verringern und dem Staat gleichzeitig die Finanzierung von Ausnahme- bzw. Erlasstatbeständen zur Herstellung der Sozialverträglichkeit (jedenfalls teilweise) ersparen. Dazu bedürfte es allerdings einer Änderung des § 16 Abs. 3 AufenthG, die der Landesgesetzgeber bzw. die Landesregierung nur bedingt durch Einbringung in den Bundesrat beeinflussen kann.

Im Zusammenhang mit § 16 AufenthG taucht schließlich noch eine weitere wichtige Frage auf. Wie bei grundsätzlich sämtlichen Aufenthaltstiteln, sind auch bei der Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnis zu Ausbildungszwecken die Grundvoraussetzungen der allgemeinen Vorschrift des § 5 Abs. 1 AufenthG einzuhalten. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG soll die Erteilung einer Erlaubnis davon

abhängen, ob der Lebensunterhalt des Antragstellers gesichert ist.¹²¹ Gemäß der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz (AVwV) dient diese Regelerteilungsvoraussetzung dazu, die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu vermeiden. Die Sicherung des Lebensunterhalts kann mit eigenen Mitteln oder mit Mitteln Dritter bestritten werden. Stipendien und die Inanspruchnahme von Ausbildungsförderung sind nach der AVwV als Lebensunterhaltssicherung anerkannt. Gemäß Nr. 2.3.6 der AVwV kommt eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Studiums nur in Frage, wenn – mangels bestehender Ausbildungsförderung nach BAföG – die/der Studienbewerber/in über Mittel in Höhe des BAföG-Förderungshöchstsatzes (§§ 13 und 13a Absatz 1 BAföG) verfügt. Dieser beträgt für Hochschulen aktuell 670 Euro monatlich. Die Einführung von Studiengebühren würde diese bereits gemäß Aufenthaltsgesetz bestehende finanzielle Hürde faktisch in erheblichem Maße erhöhen und damit für viele junge Menschen aus sozial benachteiligten Verhältnissen ein Studium in Deutschland möglicherweise ausschließen. Auch um eine solche Abschottung zu vermeiden, sollten Mechanismen der sozialen Abfederung bereitgehalten werden. Zwar kann von der Sicherung des Lebensunterhalts als sog. Regelvoraussetzung im Einzelfall abgewichen werden, jedoch sind Ausnahmen in der Praxis eben dies: Einzelfälle. Dies folgt aus Nr. 5.1.1.2 der AVwV:

„Von der Regelerteilungsvoraussetzung der Lebensunterhaltssicherung kann nur bei Vorliegen besonderer, atypischer Umstände abgesehen werden, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen...“

Nach der AVwV geht es hier in erster Linie um Fälle im Zusammenhang mit Familienzusammenführung, die im Lichte von Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK zu sehen sind. Aus diesen Gründen sollte eine Ermessensspielräume eröffnende Härteklausel vorgesehen werden, die breitere Entscheidungsspielräume avisieren würde.

Schließlich sollte jede künftige Regelung von Studiengebühren für Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige ohne gefestigten Aufenthaltsstatus eine Gegenseitigkeitsklausel enthalten, wonach das Land Baden-Württemberg von der Gebühr in dem Umfang

¹²¹ Zu dieser sog. Regelvoraussetzung siehe BVerwG Informationsbrief für Ausländerrecht (InfAusIR) 2009, 333.

freistellen kann, wie das auch der andere Staat für Studierende aus Baden-Württemberg vorsieht.

Rechtspolitisch wird folglich empfohlen, die zulässige selektive Gebührenerhebung bei Nicht-EU-/EWR-Ausländern und ihnen gleichgestellten Personen entweder durch eine *einheitliche Gebühr* festzulegen, die *zwischen 2.000,- und 4.000 EURO* liegt, oder durch eine *fächerspezifische Gebühr*, orientiert an den jährlichen Grundkosten pro Studienplatz zu bestimmen. Bei einheitlicher Gebühr wäre daran zu denken, bei Buchwissenschaften die Gebühr auf jährlich 2.000,-EURO, bei mathematisch-naturwissenschaftlichen und medizinischen Studiengängen wegen höheren Labor- und Ausstattungskosten auf 4.000,- EURO pro Studienjahr festzulegen. Offen bleibt die Frage, was für Studien an Musikhochschulen anzusetzen wäre. Dort sind bis zu 80% der Studierenden Ausländer aus Nicht-EU/EWR-Staaten.

Bei nach Fächergruppen differenzierten Studiengebühren für Nicht-EU/EWR-Ausländern sollten die jährlich anfallenden Grundkosten pro Studierenden nicht in voller Höhe in Ansatz gebracht werden, sondern maximal bei 50 % der Aufwendungen liegen, in den sehr teuren humanmedizinischen und naturwissenschaftlichen Fächern lediglich bei 25 % der tatsächlich anfallenden Aufwendungen.

Zu bedenken ist, dass zu hohe Studiengebühren einen starken abschreckenden Effekt auslösen könnten, der den Zielen der Landesregierung, als forschungs- und studienfreundlich zu gelten, widerspräche.

Anhang II

Empfehlungen zur Höhe der selektiven Studiengebühren

Nach einer Studie des Statistischen Bundesamtes über „Laufende Grundmittel für Forschung und Lehre je Studierenden“ aus dem Jahre 2010¹²² betragen z.B. die laufenden Grundmittel je Studierendem für das Jahr 2010 an den Universitäten in den:

Sprach- und Kulturwissenschaften: 3.200 Euro;

¹²² Statistisches Bundesamt Fachserie 11, Reihe 4.3.2., Oktober 2012.

Sportwissenschaft:	3.990 Euro;
Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften:	2.630 Euro;
Mathematik und Naturwissenschaften:	6.810 Euro;
Humanmedizin (einschl. Hochschulkliniken):	28.630 Euro;
Veterinärwissenschaften:	11.690 Euro;
Agrar-,Forst- und Ernährungswissenschaften:	9.450 Euro;
Ingenieurwissenschaften:	5.310 Euro;
Kunst und Kunstwissenschaften:	4.180 Euro.

Bei den für Baden-Württemberg erhobenen monetären hochschulstatistischen Kennzahlen wurden als laufende Grundmittel einschließlich Personal- und Sachmitteln im Haushaltsjahr 2010 je Studierenden durchschnittlich an Universitäten 9.580 Euro, an Kunsthochschulen 14.300 Euro; an Fachhochschulen 4.460 Euro sowie an medizinischen Einrichtungen und Gesundheitswissenschaften 32.950 Euro festgestellt. Diese Zahlen sind insgesamt jedoch mit Vorsicht zu genießen. Die festzustellenden Posten, die in die Statistik einfließen, sind nicht einheitlich erhoben worden, sondern stellen pauschale Durchschnittswerte dar. Die erhobenen Zahlen vermitteln lediglich einen groben, allgemeinen Überblick, was für sämtliche Studierende (In- und Ausländer) in etwa pro Studienjahr an regulären laufenden Grundmitteln veranschlagt wurde.

Eine volle Berücksichtigung der tatsächlichen Grundmittelausgaben erscheint nicht sinnvoll, zumal das Zahlenverhältnis der inlandischen und EU-Ausländeranteilen einerseits und der Nicht-EU-Ausländer eine starke Rolle spielen dürfte. Einer Gesamtzahl von 155.128 Studierenden an baden-württembergischen Universitäten stehen 13.200 Nicht-EU- und Nicht-EWR-Bildungsausländer gegenüber. Unter Einbeziehung der Pädagogischen Hochschulen, Kunsthochschulen, HAWs und Dualer Hochschule studierten 2011/2012 in Baden-Württemberg insgesamt 285.961 Personen, davon 18.883 Bildungsausländer aus Nicht-EU-Staaten und Nicht-EWR-Staaten.

Einen schematischen Durchschnittswert der pro Studierenden zu ermittelnden jährlichen Kosten als Basis für zu erhebende Gebühren erscheint m.E. kaum vertretbar. In jedem Falle sollte der Gebührensatz pro Fachbereich/Fakultät sehr deutlich unter den tatsächlich anfallenden Gesamtkosten liegen, da ja ein Großteil der laufenden Kosten auch ohne Nicht-EU-Ausländer anfällt. Es bieten sich deshalb im Grunde zwei Modelle an:

Fakultätsspezifische Gebühren

Es wäre daran zu denken, ca. 50 % der anfallenden Kosten bei Nicht-EU-Ausländern festzulegen. Das wären dann z.B. für:

Sprach- und Kulturwissenschaften	1.500 Euro
Sportwissenschaften	2.000 Euro
Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften	1.500 Euro
Mathematik und Naturwissenschaften	3.400 Euro
Humanwissenschaften (50 % = 14.000 Euro) – 25%	7.000 Euro
Veterinärwissenschaften	5.800 Euro
Agrar-, Forst- und Ernährungswissenschaften	4.500 Euro
Ingenieurwissenschaften	2.500 Euro
Kunstwissenschaften	2.000 Euro.

Welcher Betrag bei Musikhochschulen mit doch erheblichem Anteil an Nicht-EU-Ausländern anzusetzen wäre, sollte politisch entschieden werden.

Einheitliche Gebühren

Sollte nur eine einheitliche Gebühr unabhängig von Fächergruppen als jährlicher Betrag von Nicht-EU-Ausländern erhoben werden, die sich aus dem Ausland bewerben, so empfiehlt sich ein Betrag in Höhe von 2.000 bis 4.000

Euro, der beispielsweise für Buchwissenschaften auf 2.000 Euro, für mathematisch-naturwissenschaftliche und medizinische Fachbereiche auf 4.000 Euro festgelegt werden könnte. Ein solcher Betrag erscheint angemessen und politisch vertretbar. Dafür spräche auch ein geringerer Verwaltungsaufwand. Das vorliegende Gutachten gelangt unter Berücksichtigung aller relevanter rechtlicher Ebenen zu dem Schluss, dass die selektive Erhebung von Studiengebühren unter Anknüpfung an eine bestimmte Staatsangehörigkeit – hier Nicht-EU-/EWR-Staatsangehörige ohne gefestigten Aufenthaltsstatus im Inland bzw. in der EU – grund- wie menschenrechtlich zulässig ist, solange eine Reihe von Vorkehrungen in Richtung Sozialverträglichkeit getroffen werden. Für die Landesregierung Baden-Württemberg – wie im Übrigen auch für alle anderen Landesregierungen - stellt sich allerdings die Frage, ob die juristisch zulässige Einführung der Gebühren für die bezeichnete Personengruppe auch politisch opportun ist.

Ein Aspekt, der hier nicht außer Betracht bleiben sollte, ist der zunehmende globale Wettbewerb um die begabtesten Köpfe für Wissenschaft und Forschung gleichermaßen wie für den hiesigen Arbeitsmarkt im Allgemeinen. Kombiniert mit den hierzulande gegebenen sehr hohen Standards für Forschung und Bildung könnte die Gebührenfreiheit im internationalen Vergleich einen nicht zu unterschätzenden Standortvorteil für die Bundesrepublik und ihre Bundesländer bilden.

Es könnte auch argumentiert werden, dass der mit der Gebührenerhebung verbundene Verwaltungsaufwand evtl. zu hoch ausfalle. Allerdings kann dem entgegnet werden, dass bei schätzungsweise 18.000 Nicht-EU-Ausländern, die sich für ein Studium in Baden-Württemberg entscheiden, bei einer Gebührengesamtsumme von durchschnittlich EUR 2.000,- pro Studierenden insgesamt EUR 72 Millionen pro Jahr, bei EUR 4.000,- pro Studierenden ein Betrag von ca. EUR 143 Millionen erzielt würde – vorausgesetzt, dass sich die Bewerberzahl nach Einführung von Studiengebühren nicht erheblich verringert. Der erforderliche Verwaltungsaufwand könnte aus diesen Beträgen leicht gedeckt werden.

Ein weiterer Aspekt betrifft die außen- bzw. entwicklungspolitische Ausrichtung der Bundesrepublik Deutschland. Hier stehen (konzeptionell) im Mittelpunkt Faktoren wie die Vertiefung der internationalen Kooperation, die Stärkung interkulturellen Austauschs, aber auch des sog. *empowerment* von zivilgesellschaftlichen Akteuren in Partnerländern der Entwicklungszusammenarbeit. Dieser Aspekt klingt bereits oben bei den Ausführungen zu den EU-Assoziationsabkommen bzw. zum AKP-Vertragswerk an und sollte in die politischen Erwägungen mit einbezogen werden.

Schließlich könnte eine zu hohe selektive Gebührenerhebung das ausgeprägte Bekenntnis der Landesregierung zur Förderung von Gleichberechtigung, Inklusion und gesellschaftlicher Pluralität konterkarieren und die Wahrnehmung im politischen Raum bzw. in der Öffentlichkeit verzerren.

Prof. Dr. Eibe Riedel

Professor (em.), Universität Mannheim,
Visiting Professor, Academy of International
Humanitarian Law and Human Rights, Genf
Neustadt / Genf, Dezember 2013

G. Quellenverzeichnis