

Das Studiengebührendiskriminierungsverbot innerhalb der EU – analysiert aus rechtsökonomischer Perspektive

Dorothea Ringe
Oxford Centre for Entrepreneurship and Innovation
Saïd Business School, University of Oxford
dorothea.ringe@sbs.ox.ac.uk

Abstract

In ständiger Rechtsprechung verbietet der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten, bei der Ausgestaltung von Studiengebühren nach Nationalität zu differenzieren. Diese Rechtsprechung führt zu einem Free-riding Problem in Hinsicht auf die Hochschulfinanzierung und trägt so zur Unterinvestition in Hochschulbildung in Europa bei. Unter Einbeziehung der ökonomischen Analyse des Free-riding Problems in die juristische Analyse kommt der vorliegende Beitrag zur Schlußfolgerung, daß differenzierende Studiengebühren entgegen der EuGH-Rechtsprechung zugelassen werden sollten. Aus rechtspolitischer Sicht hingegen wäre jedoch ein System von zwischenstaatlichen Transferzahlungen zur Kompensation der Ausbildungskosten von innerhalb Europas mobilen Studenten die vorteilhafteste Lösung.

Inhaltsübersicht

- 1.) Einleitung
- 2.) Das Studiengebührendiskriminierungsverbot senkt Investitionsanreize in Hochschulbildung
 - 2.1) Das Free-Riding Problem innerhalb Europas
 - 2.2) Ökonomische Literatur
 - 2.3) Das Free-riding Problem aus Law and Economics Perspektive
 - 2.3.1) Definition der politischen Entscheidungsrechte zerstört institutionelle Kongruenz
 - 2.3.2) Vier Lösungen zur Wiederherstellung der institutionellen Kongruenz
 - 2.3.3) Diskussion der verschiedenen Lösungen
- 3.) Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht
 - 3.1) Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung und Gesetzeslage
 - 3.2) Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht unter Einbeziehung ökonomischer Argumente
 - 3.2.1) Anwendungsbereich des EU-Rechtes
 - 3.2.2) Diskriminierung
 - 3.2.3) Rechtfertigung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip
 - 3.2.3.1) Legitimität
 - 3.2.3.2) Geeignetheit
 - 3.2.3.3) Notwendigkeit
 - 3.2.3.4) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
- 4.) Schlußfolgerungen

1.) Einleitung

Höhere Investitionen in die Hochschulen gehören zu den Maßnahmen, die die internationale Wettbewerbsfähigkeit Europas erhalten und ausbauen könnten. Sie werden häufig als eines der vorrangigen Politikziele genannt, z.B. in der kürzlich von der Kommission entwickelten neuen Wirtschaftsstrategie *Europa 2020*. Allerdings hinkt die Realität den politischen Lippenbekenntnissen in den meisten EU-Mitgliedsstaaten weit hinterher und die Mittel für die Hochschulen stagnieren oder steigen nur unterproportional im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt. Die Stagnation bzw. der geringe Anstieg der Hochschulausgaben in den letzten Jahren und Jahrzehnten lässt sich politökonomisch mit vielen Faktoren erklären, z.B. mit der Altersstruktur der europäischen Gesellschaften aber auch mit den institutionellen Rahmenbedingungen, innerhalb deren die Entscheidungen über die Hochschulinvestitionen gefällt werden. Hochschulinvestitionen zahlen sich erst langfristig aus. Politiker hingegen werden in relativ kurzen Zyklen von 4-5 Jahren zur Rechenschaft gezogen. Ein weiterer Faktor, der innerhalb Europas die Anreize für Politiker zusätzlich senkt, in die Hochschulen zu investieren, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Verbot der Studiengebührendifferenzierung innerhalb Europas. Diese schafft ein Free-riding Problem, das im Zentrum der Analyse dieses Beitrages steht.

Das Diskriminierungsverbot in Hinsicht auf die Studiengebühren scheint auf den ersten Blick eine Fortsetzung der Urteile des EuGH zu sein, die die Gleichbehandlung der EU-Bürger im EU Ausland sichern und Diskriminierungen nach Nationalität unterbinden. Durch seine konsequent integrationsfreundliche Rechtsprechung hat der EuGH viel dazu beigetragen, protektionistische Bestrebungen der Nationalstaaten im Keim zu ersticken und den einheitlichen Binnenmarkt Wirklichkeit werden zu lassen. Im Zentrum dieser Rechtsprechung steht die konsequente Anwendung des Prinzips der Nichtdiskriminierung in Hinsicht auf Nationalität. Zunächst erstreckte sich die Gleichbehandlung primär auf wirtschaftliche Betätigung im EU-Ausland. Nach dem In-Krafttreten des Vertrages von Maastricht, der die Unionsbürgerschaft als Rechtsinstitut einführt, hat der EuGH das Nichtdiskriminierungsgebot nach Nationalität im Zusammenspiel mit der Unionsbürgerschaft in einer Reihe von sehr umstrittenen Urteilen auch auf Teile der Sozial- und Bildungspolitik angewandt. EU-Mitgliedsstaaten sind durch diese Rechtsprechung verpflichtet worden, unter bestimmten Voraussetzungen öffentliche Leistungen auch an Staatsbürger anderer EU-Mitgliedsstaaten zu vergeben. Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung von Studenten, die im europäischen Ausland studieren, betrifft sowohl Studiengebühren als auch Kredite und

Stipendienprogramme und ist einer der Bereiche, in dem diese Tendenz mit am weitesten entwickelt ist.

Diese Rechtsprechung unterstützt die Mobilität der Studenten innerhalb Europas, ein Ziel das ebenso hoch auf der politischen Agenda steht wie die Erhöhung von Hochschulinvestitionen. Die negativen Auswirkungen auf die Anreize, in Hochschulbildung zu investieren, werden hingegen in der juristischen Literatur sowie der öffentlichen Debatte kaum wahrgenommen. Ausnahmen stellen *Scholsem* 1989, *von Wilnowsky* 1990 und *van der Mei* 2005 dar, die den Trade-Off zwischen einer möglichst weitgehenden Gleichbehandlung von mobilen Studenten innerhalb der EU und der Finanzierung der Hochschulbildung thematisieren. Der vorliegende Beitrag will zu dieser Debatte beitragen und integriert die Ergebnisse der ökonomischen Literatur zum Free-riding Problem in die juristische Debatte über die Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht. Im ersten Teil analysiert er aus institutionenökonomischer Perspektive die negativen Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung zur Studiengebührendifferenzierung innerhalb Europas für die Investitionsanreize in Hochschulbildung und zeigt verschiedene Lösungsmöglichkeiten für das Problem auf. Der zweite Teil des Aufsatzes bezieht die Erkenntnisse aus der ökonomischen Literatur in die juristische Analyse der Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht mit ein.¹

2.) Das Studiengebührendiskriminierungsverbot senkt Investitionsanreize in Hochschulbildung

2.1) Das Free-Riding Problem innerhalb Europas

Die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes senkt die Anreize der Regierungen in Hochschulbildung zu investieren, da sie ein Free-Riding Problem schafft. Der EuGH untersagt es europäischen Mitgliedsstaaten, höhere Studiengebühren von EU-Ausländern zu verlangen als von Bürgern ihres eigenen Staates. Diese Rechtsprechung wurde 1985 mit dem Urteil *Gravier v City of Liège* begründet. In dieser Rechtsache entschied der EuGH, daß eine Einschreibgebühr für Ausländer, die Belgier nicht bezahlen mußten, gegen das Nichtdiskriminierungsgebot des damaligen Artikel 7 EWG-Vertrag verstoße. Seit 1985 sind infolge dieses Urteils innerhalb der EU keine differenzierenden Studiengebühren für EU-Ausländer erhoben worden.

¹ Der Aufsatz beruht auf Teil 3 und 4 meiner Dissertation *Ringe* 2009.

Das Free-Riding Problem entsteht durch das Zusammenwirken der Rechtsprechung mit zwei weiteren Faktoren. Zum einen ist innerhalb der EU nach Artikel 149 EG die politische Kompetenz zur Finanzierung von Hochschulen dezentral auf Ebene der Nationalstaaten angesiedelt. Zum anderen sind Studenten prinzipiell mobil und reagieren auf Unterschiede im Preis-Leistungsverhältnis zwischen Hochschulen. Die für die Bereitstellung von Hochschulbildung verantwortlichen Regierungen können durch Free-Riding die Mobilität der Studenten ausnutzen, um öffentliche Mittel zu sparen und diese für andere populärere Projekte zu verwenden. Innerhalb Europas werden alle Studienplätze stark aus öffentlichen Mitteln subventioniert. Wenn Studiengebühren erhoben werden, decken diese abhängig vom Fach und der Qualität der Hochschule maximal ein Drittel der Kosten des Studienplatzes. Regierungen rechtfertigen die hohen öffentlichen Investitionen in Hochschulbildung mit hohem Externalitäten von Hochschulbildung, die über den Lauf des Lebens der Hochschulabsolventen der Gesellschaft zugute kommen.²

Die Aufnahme eines ausländischen Studenten an einer Hochschule in einem anderen EU-Mitgliedstaat verursacht demnach zunächst Kosten für den aufnehmenden Staat, selbst wenn der Student die üblichen Studiengebühren bezahlt. Der Heimatstaat des mobilen Studenten hingegen spart die Subventionen für dessen Hochschulausbildung und kommt - unter der Annahme, daß die meisten Studenten zumindest mittelfristig wieder in ihr europäisches Heimatland zurückkehren - langfristig in den Genuß der Externalitäten. Alle EU-Regierungen haben so einen Anreiz, ihre Investitionen in die Hochschulbildung zu senken und damit ihre Bürger zu motivieren im europäischen Ausland zu studieren. Die europäischen Mitgliedsstaaten befinden sich in einer dem Gefangenendilemma ähnlichen Situation. Im Unterschied zum Gefangenendilemma haben sie aber zumindest die Möglichkeit, miteinander zu kommunizieren und das Problem durch Kooperation zu lösen.

Das Ausmaß der Mobilität der Studenten bestimmt das Ausmaß des Free-riding Problems. Im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Studenten in Europa ist die Mobilität immer noch relativ gering. Im Durchschnitt liegt sie bei 5,8%.³ Dies hält das Free-riding Problem in Grenzen. Die Mobilität von Studenten innerhalb Europas hat jedoch parallel zum wirtschaftlichen und politischen Zusammenwachsen Europas über die letzten Jahrzehnte stark zugenommen. Die praktischen und rechtlichen Hindernisse für ein Studium im europäischen Ausland sind durch den Bologna-Prozeß erheblich verringert worden, und so wurde diese Entwicklung weiter

² Zu Externalitäten der Hochschulbildung siehe *McMahon* 2004.

³ *OECD* 2006 Tabelle C 3.1.

verstärkt. Als Fortsetzung dieser Entwicklung ist innerhalb der nächsten Jahre ist ein weiterer Anstieg der Studentenmobilität zu erwarten. Die folgende Tabelle faßt die Netto-Studentenströme innerhalb Europas zusammen:

Tabelle 1: Studentenmobilität zwischen den EU-Mitgliedsstaaten

	Differenz zwischen immigrierenden und emigrierenden Studenten	Netto-Import/Netto-Export von Studenten
Großbritannien	90.707	Import
Deutschland	28.225	Import
Belgien	19.564	Import
Österreich	10.022	Import
Schweden	7.988	Import
Italien	5.836	Import
Tschechische Republik	4.384	Import
Finnland	-36.401	Export
Irland	-26.089	Export
Niederlande	-14.003	Export
Slowakei	-13.913	Export
Ungarn	-12.437	Export
Spanien	-11.482	Export
Polen	-9.622	Export
Luxemburg	-9.429	Export
Portugal	-7.952	Export
Griechenland	-6.030	Export
Dänemark	-4.713	Export
Frankreich	-4.462	Export

Quelle: Eigene Berechnung basierend auf
OECD 2006 Education at a glance Table C 3.8.
 Mobile Studenten werden anhand ihrer Nationalität gezählt.

Des weiteren hängt das Ausmaß des Free-riding Problems von der Wahrscheinlichkeit ab, mit der die mobilen Studenten nach Abschluß des Studiums in ihre Heimatländer zurückkehren. Hier wird die Annahme getroffen, daß die Rückkehrwahrscheinlichkeit höher ist als 70%. Es ist sehr diesen Wert empirisch zu untermauern. Einige der wenigen Studien zu dieser Frage aus kurzfristiger Perspektive von *Jahr, Schomburg et al. 2002* kommt zu dem Ergebnis, daß 47% der Studenten, die im europäischen Ausland studiert haben, direkt in ihr Heimatland zurückkehren, 12% ziehen in ein drittes Land um und 41% bleiben zumindest für einige Jahre im Gastland, um dort zu arbeiten. Als weiterer Anhaltspunkt für die langfristige Rückkehrwahrscheinlichkeit können statistische Erhebungen herangezogen werden über die Wahrscheinlichkeit, mit der EU-Bürger im allgemeinen langfristig im EU-Ausland leben.

Diese liegt immer noch unter 5%. Es ist anzunehmen, daß die Wahrscheinlichkeit für hochqualifizierte Hochschulabsolventen, langfristig in ihr Heimatland zurückzukehren etwas niedriger ist. Allerdings wird sie immer noch deutlich über 50% liegen, der besten kurzfristigen Schätzung, die wir für die kurzfristige Rückkehrwahrscheinlichkeit haben. Das Ausmaß des Free-ridings dürfte demnach in den kommenden Jahren zunehmen.⁴

Ein weiterer Aspekt des Problems ist, daß die Studentenströme zwischen den EU-Mitgliedsstaaten sehr unausgewogen sind. Eine deutlich höhere Mobilität ist vor allem zwischen Nachbarländern mit identischen Sprachen wie Deutschland, Österreich und der Schweiz sowie Frankreich und Belgien zu beobachten, wobei kleinere Länder wie Österreich und Belgien über die hohe Nachfrage aus den großen Nachbarländern Deutschland und Frankreich klagen.

2.2) Ökonomische Literatur

Das gerade beschriebene Free-Riding Problem existiert in ähnlicher Form auch zwischen den deutschen Bundesländern. In diesem und im europäischen Kontext werden in der ökonomischen Literatur im Wesentlichen drei Lösungsalternativen vorgeschlagen: (1) Zentralisierung der hochschulpolitischen Kompetenzen, (2) die Einrichtung eines Systems von Transferzahlungen und (3) die Diskriminierung von Studiengebühren nach Wohnort vor Beginn des Studiums. Das Problem wird in der Literatur aus der Perspektive des Fiskalföderalismus sowie mit Hilfe von spieltheoretischen Modellen analysiert. Der gewählte Analyserahmen scheint oft die vorgeschlagene Lösung für das Problem zu bestimmen.

Fiskalföderalismus beschäftigt sich mit der Zuteilung von Entscheidungskompetenzen über die Bereitstellung von öffentlichen Gütern oder Leistungen innerhalb einer föderalen Struktur. Der traditionelle Fiskalföderalismus postuliert, daß die Kompetenz zur Bereitstellung eines öffentlichen Gutes oder einer öffentlichen Leistung auf der untersten Ebene in einer föderalen Struktur angesiedelt werden sollten, deren Bürger die Konsequenzen der Ausübung der Entscheidungsrechte zu tragen haben.⁵ Innerhalb des aktuellen institutionellen Rahmens in Europa verursachen mobile Studenten grenzüberschreitende Externalitäten der Hochschulfinanzierung. Autoren, die aus der Perspektive des Fiskalföderalismus

⁴ Mechtenberg and Strausz 2008 S. 123 ff.

⁵ Cooter 2000 S. 107.

argumentieren, schlagen deswegen als Lösung des Free-riding Problems Zentralisierung der Hochschulfinanzierung auf europäischer Ebene vor.⁶

Die spieltheoretischen Modelle des Free-riding Problems leiten formal her, daß die aktuelle institutionelle Struktur der Hochschulfinanzierung zu suboptimalen Investitionen in Hochschulbildung führt. Auch in diesen Modellen ist Zentralisierung in der Regel die erstbeste Lösung.⁷ Zweit-beste Lösungen für das Problem sind die Einführung eines Transferzahlungsmechanismus⁸ oder die Einführung von Studiengebührendifferenzierung. Ein Transferzahlungsmechanismus müßte sicherstellen, daß der Heimatstaat eines mobilen Studenten den Gaststaat für die vollen Kosten des Hochschulstudiums entschädigt. Ein solches System existiert in der Schweiz, ein Land, das in den letzten Jahren die öffentlichen Investitionen in die Hochschulbildung sehr stark erhöht hat.⁹ Die dritte mögliche Lösung des Problems wäre die Einführung von differenzierenden Studiengebühren nach Wohnort vor Beginn des Hochschulstudiums oder der Nationalität, die diesen Wohnort annähern soll. *Gérard 2007* und *Schwager 2007* leiten beide dieses Ergebnis formal her. *Schwager* argumentiert: „Es sind nicht die dezentralen Entscheidungen über Hochschulfinanzierung per se, die zu einem ineffizienten Ergebnis führen, sondern die ineffizienten Ergebnisse entstehen, wenn die dezentralen Regierungen keine adäquaten Instrumente in der Hand haben, um die Ineffizienzen zu beheben.“¹⁰

Die formale Herleitung der negativen Anreizwirkungen der aktuellen institutionellen Struktur der Hochschulfinanzierung ist unabhängig von den Annahmen zur Nutzenfunktion der Regierungen.¹¹ Das Free-riding Problem scheint daher ein Problem des Verfassungsrahmens zu sein, da selbst wohlfahrtsmaximierende Regierungen durch die institutionelle Struktur einen Anreiz erhalten, ihre Investitionen in die Hochschulbildung unter das optimale Niveau zu senken. Im folgenden Abschnitt wieder dieser Gedanke aufgegriffen und weiter ausgebaut.

⁶ *Blankart 2008*. Kapitel 26 gibt einen guten Überblick über die Theorie des Fiskalföderalismus; *Scholsem 1989* wendet diese Theorie auf das Problem der Finanzierung der grenzüberschreitenden Studentenmobilität an. Siehe auch *O'Leary 1996*, *van der Mei 2005*, *Stettes 2007* kommt zu einem ähnlichen Schluß in Hinsicht auf das Problem auf deutscher Ebene.

⁷ *Kemnitz 2005*, *Büttner and Schwager 2006*, *Schwager 2007*, *Mechtenberg and Strausz 2008*.

⁸ *Berthol, Gabriel and Ziegele 2007* Formale Herleitung als second-best Lösung siehe *Gérard 2007*.

⁹ Interkantonale Universitätsvereinbarung vom 20. Februar 1997.

¹⁰ *Schwager 2007* S. 4.

¹¹ *Büttner and Schwager 2006*, *Schwager 2007* und *Mechtenberg and Strausz 2008* nehmen wohlfahrtsmaximierende Regierungen an, wohingegen *Kemnitz 2005* von einer ausbeutenden Regierung ausgeht. Aber unter beiden Annahmen lassen sich die negativen Auswirkungen des Free-Ridings auf die Hochschulinvestitionen zeigen

2.3) Das Free-riding Problem aus Law and Economics Perspektive

In der bestehenden Literatur werden die Lösungen für das Free-riding Problem oft unter Auslassung des rechtlichen Rahmens und dessen Einfluß auf ihre Realisierungswahrscheinlichkeit diskutiert. Das Ziel der folgenden Analyse ist es zum einen, aus institutionenökonomischer Perspektive mit Schwerpunkt auf die Verfassungsgestaltung mögliche Lösungen für das Free-riding Problem herzuleiten und danach durch eine Kategorisierung nach Akteuren, die ihrer Umsetzung zustimmen müßten, die Lösung mit den höchsten Realisierungschancen zu bestimmen. Zunächst soll das Free-riding Problem in der Terminologie der politischen Entscheidungsrechte (political property rights) dargestellt werden und dann mit Hilfe des normativen Konzeptes der institutionellen Kongruenz die möglichen Lösungen hergeleitet werden. Diese Lösungen werden im letzten Abschnitt nach den nötigen Anpassungen der politischen Entscheidungsrechte sowie der politischen Akteure, die ihrer Realisierung zustimmen müßten, kategorisiert.

2.3.1) Definition der politischen Entscheidungsrechte zerstört institutionelle Kongruenz

Aus institutionenökonomischer Perspektive lassen sich Verfassungen als Institutionen interpretieren, die politische Entscheidungsrechte innerhalb einer Föderation definieren und gleichzeitig die zeitliche, räumliche und inhaltliche Begrenzung dieser Entscheidungsrechte festlegen. Die zeitlichen Beschränkungen werden durch den Wahlzyklus auferlegt, die räumlichen durch die geographische Abgrenzung von Zuständigkeiten und die inhaltlichen Beschränkungen werden durch den verfassungsrechtlichen Schutz von Grundrechten, die politischem Handeln Grenzen setzen, festgelegt.

Im Gegensatz zu ökonomischen Entscheidungsrechten können politische Entscheidungsrechte in Demokratien nur für einen gewissen Zeitraum ausgeübt werden und müssen in Wahlen neu erworben werden. Aus dieser Sicht wird der Wettbewerb in einer Demokratie zwischen Parteien oder Politikern um ein politisches Amt, als Wettbewerb um das Erhalten eines politischen Entscheidungsrechtes interpretiert. Dieses politische Entscheidungsrecht kann für eine gewisse Zeit innerhalb der Beschränkungen der Verfassung ausgeübt werden.¹² Unter der Annahme, daß Politiker ihre Zeit an der Macht maximieren wollen, kann die Anzahl der Stimmen in einer Wahl als Ertrag eines politischen Entscheidungsrechtes interpretiert werden.

¹² Moe 1990 S. 227 definiert und diskutiert das Konzept eines politischen Entscheidungsrechtes in Analogie zu einem wirtschaftlichen Entscheidungsrecht. Siehe auch Richter and Furubotn 2003 S. 521.

Verfassungen erfüllen so wichtige Funktionen: Durch die zeitliche Beschränkung eines Wahlzyklus verteilen sie politische Macht im Wettbewerb um Wählerstimmen und bringen so die Interessen der Bürger mit denen der Politiker in Einklang. Durch die geographische Abgrenzung von Kompetenzen erleichtern sie außerdem Kooperation zwischen politischen Entscheidungsträgern. Kooperation stellt eine Vorbedingung für die Realisierung von Erträgen aus kollektivem Handeln dar. Die inhaltliche Beschränkung der politischen Entscheidungsrechte durch den Schutz von individuellen Rechtspositionen durch das Rechtsinstitut der Grundrechte/Menschenrechte verhindert außerdem, daß in der Demokratie Mehrheiten, ihre demokratisch legitim erworbene Macht dazu ausnutzen, Umverteilung auf Kosten von Minderheiten durchzusetzen.¹³

Das Free-riding Problem zwischen den EU-Mitgliedsstaaten wird aus dieser Perspektive durch eine fehlerhafte Ausgestaltung der politischen Entscheidungsrechte verursacht. Die politischen Entscheidungsrechte über die Ausgestaltung der Hochschulfinanzierung liegen innerhalb Europas bei den Nationalstaaten oder wie z.B. in Deutschland und Großbritannien bei untergeordneten Einheiten einer Föderation. Das Nichtdiskriminierungsprinzip, das die Nationalstaaten nach EuGH-Rechtsprechung daran hindert die Studiengebühren zu differenzieren, stellt eine Beschränkung dieses Entscheidungsrechtes dar. In der Kombination führen diese beiden Eigenschaften des politischen Entscheidungsrechtes zum Free-riding Problem. Die Lösung des Problems liegt demnach in der Änderung einer der beiden Eigenschaften des politischen Entscheidungsrechtes.

2.3.2) Vier Lösungen zur Wiederherstellung der institutionellen Kongruenz

Zur Identifizierung der Lösungsoptionen des Problem wird im Folgenden das von *Blankart* entwickelte normative Konzept der institutionellen Kongruenz zur Ausgestaltung von Kompetenzen in Hinsicht auf die Bereitstellung von öffentlichen Gütern innerhalb einer Föderation herangezogen.¹⁴ Institutionelle Kongruenz liegt vor, wenn der Kreis der Nutznießer eines öffentlichen Gutes übereinstimmt mit dem der Steuerzahler, die es finanzieren und der Wähler, die die Entscheidungsträger über das öffentliche Gut auswählen. Bei Vorliegen von institutioneller Kongruenz fallen Nutzen, Kosten und Entscheidungsbefugnis über ein öffentliches Gut in dieselbe Gruppe. Dies verhindert Anreize der Politiker, zu viel oder zu wenig eines öffentlichen Gutes bereitzustellen. Im Fall der Hochschulfinanzierung in Europa besteht keine institutionelle Kongruenz, da Nutzen und

¹³ *Cooter* 2000 S. 359-360.

¹⁴ *Blankart* 2008 Kapitel 26. Kritisch dazu *Borck* 2003.

Kosten der Hochschulbildung im Fall von mobilen Studenten auseinanderfallen. Das Konzept der institutionellen Kongruenz wird als normativer Referenzrahmen zur Diskussion des Free-riding Problems gewählt, da es im Gegensatz zur Theorie des Fiskalföderalismus keine innewohnende Tendenz zur Zentralisierung als Lösung aufweist. Statt dessen definiert es die Bedingungen für die Allokation von Entscheidungsrechten über die Bereitstellung von öffentlichen Gütern, die keine Externalitäten verursachen.¹⁵ Wenn politischen Entscheidungen keine Externalitäten in Hinsicht auf die Kosten verursachen, können politische Entscheidungsträger glaubwürdig in Verhandlungen über die Internalisierung von Externalitäten eintreten.

Institutionelle Kongruenz in Hinsicht auf die Hochschulfinanzierung könnte in Europa auf verschiedenen Wegen wieder hergestellt werden. Diese Optionen umfassen die Lösungen für das Free-riding Problem, die in der ökonomischen Literatur identifiziert wurden: Zentralisierung der Kompetenzen, die Einführung eines Systems der Transferzahlungen und die Einführung von differenzierten Studiengebühren nach langfristigem Wohnsitz der Studenten. Im Falle von auf EU-Ebene zentralisierten Kompetenzen zur Hochschulfinanzierung würden auch mobile Studenten zwischen EU-Mitgliedsländern nicht zu Externalitäten der Hochschulfinanzierung führen, da sie zu ihrem Arbeitsbeginn nicht die Grenzen der Einheit, die ihre Hochschulausbildung finanziert hat, verlassen. Im Falle von Transferzahlungen und differenzierenden Studiengebühren ist die institutionelle Kongruenz wiederhergestellt, da die Gaststaaten für die Kosten der Ausbildung von Studenten aus anderen EU-Mitgliedsstaaten entschädigt werden würden. Dabei werden die Kosten im Falle von Transferzahlungen von den Steuerzahlern des Heimatlandes getragen und im Falle von höheren Studiengebühren von den mobilen Studenten selber. Bei differenzierenden Studiengebühren würde die Mobilität der Studenten voraussichtlich sinken. Ein weiterer Lösungsansatz, könnte es sein, die Zahl der ausländischen Studenten, die zum Studium zugelassen werden, direkt zu beschränken. Diese Lösung wurde in der Literatur bis jetzt sehr wenig diskutiert, vermutlich da sie als rechtlich noch problematischer als differenzierende Studiengebühren angesehen wird.¹⁶

In der Terminologie der politischen Entscheidungsrechte kann institutionelle Kongruenz auf zwei Wegen wiederhergestellt werden: entweder durch eine Änderung der geographischen Ausdehnung des politischen Entscheidungsrechtes – hier eine Verlagerung der

¹⁵ Blankart 2008 Kapitel 26 C3.

¹⁶ van der Mei 2005 ist die Ausnahme. Sie schlägt ein Quotensystem für mobile Studenten innerhalb der EU vor.

Hochschulfinanzierungskompetenz auf die europäische Ebene, oder durch eine Veränderung der individuellen Begrenzung des politischen Entscheidungsrechtes- hier eine Einschränkung des Rechts der Studenten auf Nichtdiskriminierung entweder durch Einführung von differenzierenden Studiengebühren oder durch die Einführung von Quoten bei der Zulassung von Studenten aus anderen EU-Mitgliedsländern. Ein System von Transferzahlungen hingegen fällt in keine dieser beiden Kategorien, da es eingeführt werden könnte, ohne die geographischen oder individuellen Begrenzungen des politischen Entscheidungsrechtes in Hinsicht auf die Hochschulbildung zu verändern. Anstattdessen hängt es von der Kooperationsbereitschaft der Regierungen der Nationalstaaten ab, ob eine Einigung auf ein solches System gelingen kann. Diese Beobachtung führt zu einer weiteren Kategorisierung der Lösungsoptionen für das Free-riding Problem – nach der Frage, ob die Regierung die Lösung alleine oder nur in Kooperation mit anderen Regierungen implementieren könnten. Wenn man die Lösungen für das Free-riding Problem nach den Veränderungen des politischen Entscheidungsrechtes und der Implementierungsmöglichkeiten kategorisiert, dann ergibt sich folgende Matrix:

Tabelle 2: Lösungen des Free-riding Problems

Politisches Entscheidungsrecht/ Politischer Prozeß	Veränderung der geographischen Begrenzung des politischen Entscheidungsrechtes	Veränderung der individualrechtlichen Begrenzung des politischen Entscheidungsrechtes	Keine Veränderung des politischen Entscheidungsrechtes
Kooperation	Zentralisierung		System von Transferzahlungen
Keine Kooperation		a) Differenzierende Studiengebühren b) Zulassungsbeschränkungen für Studenten aus EU-Mitgliedsstaaten	

2.3.3) Diskussion der verschiedenen Lösungen

Wenn man von der EuGH-Rechtsprechung absieht, die die Einführung von differenzierenden Studiengebühren oder Zulassungsbeschränkungen als Lösungen für das Free-riding Problem momentan verhindert, wären diese politisch wesentlich einfacher durchzusetzen als die Lösungsansätze, die Kooperationen zwischen politischen Entscheidungsträgern voraussetzen. Eine Zentralisierung der Hochschulfinanzierung auf europäischer Ebene und die Errichtung eines Systems von Transferzahlungen würden beide Konsens zwischen allen EU-Mitgliedsstaaten voraussetzen, der im ersten Fall wahrscheinlich unmöglich zu erreichen wäre und im zweiten Fall durch die EuGH-Rechtsprechung zusätzlich erschwert wird. Dies ist besonders schwerwiegend, da die Einführung eines Systems von Transferzahlungen nach

Vorbild der Schweiz das Free-riding Problem lösen würde und gleichzeitig die Studentenmobilität uneingeschränkt lassen würde.

Man kann Demokratie als einen Mechanismus interpretieren, der die glaubhafte Verpflichtung von Regierungen in zwischenstaatlichen Verhandlungen ermöglicht.¹⁷ Die Einführung von Transferzahlungen wird durch die EuGH-Rechtsprechung erschwert, da sie einen Konsens in zwischenstaatlichen Verhandlungen voraussetzt. Die Ausgestaltung der politischen Entscheidungsrechte beeinflusst die Transaktionskosten von Verhandlungen zwischen verschiedenen politischen Entscheidungsträgern.

Im Falle von Verhandlungen über die Einführung von Transferzahlungen zur Finanzierung grenzüberschreitender Studentenmobilität wäre ein möglicher Konsens von einer Reihe von Bedingungen abhängig. Damit alle Regierungen einen Anreiz hätten, einem solchen Vertrag zuzustimmen, müßte zum einen ein Kooperationsgewinn existieren, so daß alle beteiligten Parteien etwas zu gewinnen hätten. Zum zweiten müßten sich die Regierungen glaubhaft an einen solchen Vertrag binden können. Wie bei Verhandlungen auf dem Markt beeinflusst auch in der politischen Sphäre die Ausgestaltung der politischen Entscheidungsrechte den Erfolg von Verhandlungen dadurch, daß sie die Transaktionskosten der Verhandlung beeinflussen.¹⁸ Nur wenn die Transaktionskosten niedrig genug sind, kann es zu einer Einigung kommen. Wie die Bedingungen dieser Einigung aussehen, wie also der Kooperationsgewinn verteilt wird, hängt dann von der relativen Verhandlungsmacht der Parteien ab.¹⁹

In Hinsicht auf die Hochschulfinanzierung in der aktuellen Ausgestaltung ist schon die erste Bedingung nicht erfüllt. Es existiert kein Kooperationsgewinn. Da die Studentenströme zwischen den EU-Mitgliedsstaaten extrem unausgewogen sind, gibt es eine Reihe von Staaten, die als Nettoexporteure von Studenten bei der Einführung von Transferzahlungen zu Nettozahlern innerhalb eines solchen Systems werden würden. Diese Staaten hätten keinen Anreiz, einem System von Transferzahlungen zuzustimmen, da so ihre Kosten steigen würden. Diese Staaten sind neben den Studenten die größten Profiteure der EuGH-Rechtsprechung zur Studiengebührendifferenzierung. Die EuGH-Rechtsprechung macht so

¹⁷ Masten 2005 S. 650.

¹⁸ Moe 1990 S. 219 ff und Cooter 2000 S. 108 ff.

¹⁹ Cooter 2000 S. 111.

die Einführung von Transferzahlungen nach Schweizer Vorbild sehr unwahrscheinlich, da sie die EU-Mitgliedsstaaten in finanzielle Gewinner und Verlierer aufteilt.²⁰

Eine Änderung der EuGH-Rechtsprechung würde demnach zur Folge haben, daß die Anreize zur Einführung eines Transferzahlungssystems deutlich steigen würden. Im Fall daß differenzierende Studiengebühren erlaubt wären, würden die Kosten für die jetzt Netto-Studenten exportierenden Länder deutlich steigen, da sie für die Mehrheit der sonst emigrierenden Studenten selbst Studienplätze bereitstellen müßten. Da der Aufbau von Hochschulinfrastruktur teuer und langfristige ist, wären sie wahrscheinlich bereit, diese Plätze bei ihren Nachbarländern „einzukaufen.“

Unter den gegebenen institutionellen Rahmenbedingungen jedoch haben Länder, die die Qualität ihrer Hochschulbildung verbessern wollen, aber Sorge haben, daß dies zu verstärktem Free-riding ihrer Nachbarn führen würde, keine Möglichkeit dieses Free-riding effektiv zu verhindern. Das Erheben von kostendeckenden Studiengebühren von EU-Ausländern wäre ein Weg, den sie auch unilateral beschreiten könnten. Ein solches Gesetz würde jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder vor dem EuGH gebracht werden und scheitern, da es die Wahlfreiheit der einzelnen Studenten einschränken würde. Die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem EU-Recht wird im nächsten Abschnitt diskutiert.

3.) Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht

In der folgenden Diskussion wird davon ausgegangen, daß die Studiengebührendifferenzierung an dem langfristigen Wohnsitz der Studenten vor dem Beginn des Studiums anknüpft. Eine solche Regelung entspräche in etwa der amerikanischen Studiengebührendiskriminierung für Studenten die in einem anderen Bundesstaat studieren wollen. Es wird die Annahme getroffen, daß inländische Studenten weiterhin eine Studiengebühr zahlen, die stark subventioniert ist und Zugang zu einkommensabhängig rückzahlbaren Krediten haben. EU-Ausländer hingegen haben in dem hier untersuchten Szenario keinen Zugang zu solchen Krediten zur Deckung der höheren Studiengebühren.

²⁰ Die einzige Möglichkeit unter den gegebenen institutionellen Rahmenbedingungen eine Verhandlungslösung herbeizuführen wäre die Frage der Finanzierung von grenzüberschreitender Studentenmobilität in einen größeren politischen Verhandlungsprozeß mit einzubeziehen.

3.1) Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung und Gesetzeslage

Das aktuell geltende Diskriminierungsverbot in Hinsicht auf Studiengebühren innerhalb Europas geht, wie bereits erwähnt, auf ein grundlegendes EuGH-Urteil, *Gravier v City of Liège*, aus dem Jahr 1985 zurück. Der EuGH hatte über die Vertragsmäßigkeit einer Einschreibgebühr, die in Belgien nur von Ausländern erhoben wurde, zu entscheiden. Basierend auf einer sehr weiten und umstrittenen Auslegung der damaligen Fassung des EWG-Vertrages, entschied der Gerichtshof, daß eine solche Differenzierung von Studiengebühren nach Nationalität in den Anwendungsbereich des EWG-Vertrages falle und deswegen vom Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 7 EWG erfaßt sei.²¹ Die belgische Regierung verteidigte ihr Gesetz mit dem Argument, daß ausländische Studenten und ihre Eltern nicht zur Finanzierung der Hochschulausbildung beitragen, da sie keine belgische Einkommenssteuer zahlten und die höhere Einschreibgebühr deswegen eine Kompensation darstelle.²² Diesen Gegenargumenten schenkte der EuGH in seinem Urteil jedoch keinerlei Beachtung.²³ Im Laufe der Jahre hat der EuGH diese damals bahnbrechende Rechtsprechung weiter ausgebaut und präzisiert und nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht im Zusammenspiel mit dem neuen Rechtsinstitut der Unionsbürgerschaft erneut ausgeweitet. Zudem hat die Rechtsprechung die sekundäre Gesetzgebung der EU zum Aufenthaltsrecht für Studenten im EU-Ausland stark beeinflußt.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht 1993 änderten sich zwei wesentliche rechtliche Grundlagen für unsere Fragestellung. Zum einen präzisierte der europäische Gesetzgeber die Kompetenzen der EU in Hinsicht auf Hochschulpolitik. Er führte in Artikel 149 EG eine explizite Zuständigkeit der EU im Bereich der internationalen Kooperation in der Hochschulpolitik ein, nahm aber die nationale Hochschulpolitik ausdrücklich von der EU-Kompetenz aus. Die zweite und wesentlich wichtigere Änderung in unserem Zusammenhang ist die Einführung des Rechtsinstitut der Unionsbürgerschaft in den Artikeln 17-22 EG und ein allgemeines Recht auf Freizügigkeit gemäß Artikel 18 EG für alle Unionsbürger, das allerdings ausdrücklich Beschränkungen unterliegen kann.

Der EuGH interpretierte in einer Reihe von umstrittenen Entscheidungen den Unionsbürgerschaftsstatus als den grundlegenden Status aller EU-Bürger, der ein allgemeines

²¹ *Gravier v City of Liège*.

²² *Gravier v City of Liège* Rn. 12.

²³ *Gravier v City of Liège* Rn. 14-15.

Gleichbehandlungsrecht von EU-Ausländern mit sich bringe.²⁴ Ungleichbehandlungen sind weiterhin möglich, aber sie sind als Ausnahmen von der Regel zu sehen und müssen verhältnismäßig sein. Als Konsequenz weitete der EuGH auf der Basis von Artikel 18 EG im Bereich der Studienfinanzierung den Anwendungsbereich des Vertrages auf alle Leistungen aus, die Nationalstaaten im Zusammenhang mit dem Studium erbringen. Diese Leistungen umfassen neben subventionierten Studiengebühren Darlehen und Stipendien, die Unterstützung bei der Bezahlung der Studiengebühren sowie des Lebensunterhaltung bieten sollen.²⁵ Im selben Zuge erlaubt er den Regierungen, die Zahlung von Studiengebühren, Darlehen und Krediten an die Integration des Empfängers in das Gastland zu knüpfen, die durch die Aufenthaltsdauer im Gastland angenähert werden kann.²⁶ Allerdings diskutiert der EuGH zum ersten Mal in seinem *Bidar*-Urteil, daß Nichtdiskriminierung bei Sozialleistungen einen Einfluß auf das allgemeine Niveau der von den Staaten bereitgestellten Leistungen haben kann. Auch wenn Artikel 18 EG eine Schlüsselstellung in der neueren EuGH-Rechtsprechung zur Gleichbehandlung einnimmt, wird er weiterhin nicht ausschließlich angewandt. In einem neueren Urteil, *Kommission v Republik Österreich*, wurde die Frage entschieden, ob Österreich die Zulassung von ausländischen Studenten an die Bedingung knüpfen darf, daß diese in ihrem Heimatland einen Studienplatz im selben Fach nachweisen können. Hier zog der EuGH die Artikel 149 und 150 EG heran, um die Anwendung des EG-Vertrages auf den Sachverhalt zu begründen.²⁷

Die Idee, daß das Ausmaß der Gleichbehandlung von EU-Ausländern von der Aufenthaltsdauer abhängig gemacht werden darf, wurde dann in Richtlinie 2004/38 in das europäische Sekundärrecht aufgenommen. Solange Studenten aus dem EU-Ausland weniger als 5 Jahre im Land leben, dürfen die Regierungen gemäß Artikel 24 (2) der Richtlinie verlangen, daß diese Studenten eine Krankenversicherung vorweisen und ihren Lebensunterhalt selber bezahlen können. Diese Ausnahme muß jedoch im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchgesetzt werden.

Die Rechtslage in Hinsicht auf Gleichbehandlung von mobilen Studenten innerhalb der EU ist maßgeblich von der weiten Auslegung des EG-Vertrages durch den EuGH geprägt worden. Diese weite Auslegung des EG-Vertrages hat in der juristischen Literatur eine weitreichende

²⁴ Grzelczyk, Avello und Bidar.

²⁵ Bidar Rn. 43.

²⁶ Bidar.

²⁷ Kommission v. Republik Österreich Rn. 31-35.

dogmatische Debatte nach sich gezogen und dem EuGH viel Kritik eingehandelt.²⁸ Die Diskussion dieser Debatte im Detail würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Allerdings werden sie an den relevanten Stellen in die folgende Diskussion der Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht einfließen.

3.2 Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht unter Einbeziehung ökonomischer Argumente

Die Prüfung der Vereinbarkeit einer Ungleichbehandlung von EU-Bürgern mit dem EU-Recht umfaßt die folgenden Schritte: 1.) Fällt das Gesetz in den Anwendungsbereich des EU-Rechts? 2.) Stellt es eine Diskriminierung dar? und 3.) Kann diese Diskriminierung gerechtfertigt werden?

3.2.1) Anwendungsbereich des EU-Rechtes

Wie bereits erwähnt, gibt es für differenzierende Studiengebühren zwei Optionen, den Anwendungsbereich des Vertrages zu eröffnen, Artikel 149 EG oder Artikel 18 EG.²⁹ Artikel 149 EG weist der Europäischen Gemeinschaft Kompetenzen im Bereich der internationalen Hochschulpolitik innerhalb der EU zu, vor allem der Förderung des Austausches und der Kooperation zwischen den Mitgliedsstaaten. Die Kompetenz, über die Bildungsinhalte sowie die Organisation der Bildungssysteme zu entscheiden, verbleibt jedoch ausschließlich bei den Mitgliedsstaaten. Die Finanzierung der Hochschulen, zu der die Frage der Studiengebühren gehört, gehört im weiteren Sinne zur Organisation der Bildungssysteme. Nach diesem Wortlaut des EG-Vertrages erscheint es wenig überzeugend, differenzierende Studiengebühren unter Anwendung von Artikel 149 EG unter den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes fallen zu lassen.

Anders sieht es mit dem unionsbürgerschaftlichen Recht auf Freizügigkeit nach Artikel 18 EG aus. In seinem *Grzelczyk*-Urteil hat der EuGH den Unionsbürgern ein Recht auf Gleichbehandlung in allen Fragen zugesprochen, die die Entscheidung den Aufenthaltsort zwischen EU-Mitgliedsstaaten zu verlagern, betreffen. Es ist allerdings sehr schwierig, diesen Bereich sauber abzugrenzen. Befürworter einer engen Auslegung von Artikel 18 EG

²⁸ Besonders prägnant *Hailbronner* 2004.

²⁹ Eine Mindermeinung in der Literatur vertritt außerdem die Ansicht, daß differenzierende Studiengebühren die Dienstleistungsfreiheit in Artikel 49 EG verletzen. Z.B. *von Wilmsky* 1990 S. 262 ff. Diese Ansicht wird von der herrschenden Meinung abgelehnt, der hier gefolgt wird, da das Studium nicht als Dienstleistung klassifiziert werden kann, solange die Studiengebühren nur einen geringen Teil der Kosten des Studiums decken und der Rest der Kosten aus Steuermitteln gedeckt wird. Für einen Überblick zu dieser Diskussion siehe *Oppermann* 1987 S. 47 ff und *Bode* 2005 S. 157 FN 760 mit weiteren Nachweisen.

versuchen Kriterien zu entwickeln, die eine solche Abgrenzung möglich machen.³⁰ Doch diese Abgrenzungskriterien verbleiben im letzten willkürlich.³¹

Die Vertreter einer weiten Auslegung von Artikel 18 EG hingegen argumentieren, daß sämtliche staatlichen Regelungen unter Umständen einen Einfluß auf die Entscheidung haben können, den Aufenthaltsort in einen anderen EU-Mitgliedsstaat zu verlagern.³² In dieser Sichtweise wird der Anwendungsbereich von Artikel 18 EG potentiell allumfassend. Dies ist mit dem Nachteil verbunden, daß die Autonomie der Nationalstaaten untergraben würde, da potentiell alle nationalen Gesetze unter das EU-Recht fallen würden. Um die Autonomie der Mitgliedsstaaten in Politikbereichen zu schützen, die nicht primär unter den Vertrag fallen, muß diese weiten Interpretation von Artikel 18 EG durch eine weite Auslegung der Liste von Rechtfertigungsgründen für Diskriminierungen nach Nationalität ergänzt werden. Diese Auslegung von Artikel 18 EG erscheint überzeugender, da sie eine willkürliche Abgrenzung der Regelungen, die unter Artikel 18 EG fallen und derjenigen, die ausgenommen werden können, vermeidet.

Unter Anwendung dieser weiten Auslegung von Artikel 18 EG wird hier der Anwendungsbereich des EU-Vertrages auf differenzierende Studiengebühren nach Wohnort vor dem Studium als eröffnet angesehen, da die Höhe der Studiengebühren für Ausländer in jedem Falle die Entscheidung beeinflußt, seinen Wohnort in einen bestimmten EU-Mitgliedsstaat zu verlagern um dort ein Studium aufzunehmen.

3.2.2) Diskriminierung

Nachdem argumentiert wurde, daß differenzierte Studiengebühren nach Wohnort vor Beginn des Studiums unter den Anwendungsbereich des EU-Vertrages fallen würden, stellt sich nun die Frage, ob diese eine Diskriminierung nach Nationalität darstellen. Dann würden sie nach Artikel 12 EG gegen den Vertrag verstoßen. Der EuGH unterteilt Diskriminierungen nach Nationalität in direkte und indirekte Diskriminierungen.³³ Direkte Diskriminierungen knüpfen direkt an das Kriterium der Nationalität an. Indirekte Diskriminierungen hingegen knüpfen an ein anderes Kriterium an haben aber eine ähnliche Wirkung wie die direkte Diskriminierung nach Nationalität.³⁴

³⁰ Vgl. hierzu stellvertretend *Bode* 2005 S. 244 ff.

³¹ *Ibid.* S. 244.

³² *Wollenschläger* 2007 S. 231 ff.

³³ Vgl. *Haratsch, Koenig and Pechstein* 2006.

³⁴ *Ibid.* Abschnitt 637.

Das hier angenommene Kriterium der Diskriminierung, langfristiger Wohnsitz, ist ein Kriterium, das einen ähnlichen Effekt wie eine direkte Diskriminierung nach Nationalität haben würde, da die überwältigende Mehrheit der EU-Ausländer keinen Wohnsitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat hat.³⁵ Vor diesem Hintergrund würde Studiengebührendifferenzierung nach langfristigen Wohnsitz mit Sicherheit eine indirekte Diskriminierung nach Nationalität darstellen und damit den EG-Vertrag verletzen. Als letzte Voraussetzung, muß zuvor jedoch diskutiert werden, ob eine solche Verletzung des Vertrages gerechtfertigt werden könnte.

3.2.3) Rechtfertigung

Je weiter das Gemeinschaftsrecht die Sphäre der reinen Marktintegration hinter sich läßt, desto häufiger gerät das Prinzip der Nichtdiskriminierung mit berechtigten nationalen Interessen in Konflikt. Der EuGH hat parallel zur Expansion des Anwendungsbereichs der Verträge deswegen auch die Liste der gerechtfertigten Abweichungen vom Diskriminierungsverbot erweitert.³⁶ Offene direkte Diskriminierungen nach Nationalität können nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie in die Liste der Rechtfertigungsgründe gemäß Artikel 27 Richtlinie 2004/38 fallen. Indirekte Diskriminierungen hingegen können auch gerechtfertigt werden, wenn sie dem öffentlichen Interesse im Allgemeinen dienen.³⁷ Allerdings müssen sie auf objektiven Erwägungen unabhängig von der Nationalität der betroffenen Personen beruhen und verhältnismäßig in Hinsicht auf ihre legitimen Ziele sein.³⁸ Aus diesem Grunde muß die Regelung der differenzierenden Studiengebühren einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden, um ihre Rechtfertigbarkeit unter dem geltenden Recht herzuleiten.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung eignet sich besonders gut zur Einbeziehung von ökonomischen Argumenten in die juristische Argumentation, da sie von ihrer Struktur her geradezu darauf angelegt ist.³⁹ Die klassische juristische Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Regelung geht in vier Schritten vor: 1.) der Diskussion der Legitimität der Ziele der Regelung, 2.) Prüfung der Geeignetheit der Regelung zur Erreichung der Ziele, 3.) Prüfung

³⁵ Vgl. auch Bidar.

³⁶ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti and Tomkins 2006 S. 830 ff.

³⁷ Banard 2007 S. 491 ff. und Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti and Tomkins 2006 S. 830 ff.

³⁸ Bidar Rn. 54. Bickel und Franz Rn. 27 und Carlos Garcia Avello Rn. 31.

³⁹ Siehe z.B. Bizer 1999.

der Notwendigkeit der Regelung zur Erreichung der Ziele und 4.) Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Die Legitimitätsprüfung diskutiert, ob die Ziele innerhalb der normativen Ziele der Verfassung bzw. des EU-Vertrages liegen. Der Geeignetheitstest prüft zunächst, ob die Maßnahme überhaupt einen positiven Einfluß auf die Zielerreichung haben würde, unabhängig von der Stärke dieses Einflusses. Der Notwendigkeitstest hingegen prüft dann, ob es ein milderes Mittel gegeben hätte, um dasselbe Ziel zu erreichen. Ökonomisch ausgedrückt, fragt die Notwendigkeitsprüfung, ob das Ziel auch zu geringeren Kosten hätte erreicht werden können. Insofern entspricht dieser Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung dem ökonomischen Kostenminimierungsprinzip.⁴⁰ Für den Fall, daß der dritte Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, daß kein milderes Mittel zur Zielerreichung existiert, dann muß im letzten, entscheidenden Schritt geprüft werden, ob die Vorteile der Regelung die Kosten, die durch den negativen Einfluß auf andere Verfassungsziele entstehen, aufwiegen. Wenn die Vorteile und die Kosten in Hinsicht auf verschiedene normative Verfassungsziele, die nicht auf einer Skala vergleichbar sind, entstehen, dann müssen sie gegeneinander abgewogen werden. Innerhalb dieses Abwägungsprozesses bleibt im letzten immer Raum für Werturteile, aber der Spielraum für diese Werturteile läßt sich durch die Anwendung des Abwägungsansatzes von *Alexy* verringern. Dieser Ansatz macht die Annahmen, die der Abwägung zugrunde liegen, möglichst transparent und stellt sie damit zur Diskussion.

3.2.3.1) Legitimität

Der Legitimitätstest prüft ob das Ziel einer Regelung legitim in Hinsicht auf die einschlägige Verfassung ist. Bei indirekten Diskriminierungen unter dem EG-Vertrag, muß das Ziel der Diskriminierung zudem unabhängig von der Nationalität der betroffenen Bürger sein. Das Ziel der hier diskutierten Einführung von differenzierten Studiengebühren nach langfristigem Wohnsitz wäre die Erhöhung der Hochschulinvestitionen eines Staates zu unterstützen, indem Free-riding von anderen Staaten durch die differenzierenden Studiengebühren unmöglich gemacht wird. Die Bereitstellung von hochqualitativer Hochschulbildung dient der Produktion eines öffentlichen Gutes, den Externalitäten, die langfristig aus der Hochschulbildung entstehen werden. Die Bereitstellung von öffentlichen Gütern gehört zu den Hauptaufgaben von Regierungen. Das Ziel der Diskriminierung, die Qualität der Hochschulausbildung für die eigenen Staatsbürger zu erhöhen, kann als ein objektives Ziel

⁴⁰ Ibid. S. 6 ff.

angesehen werden, das unabhängig von der Nationalität der Studenten ist, die davon betroffen sind. Insofern kann die Diskriminierung von Studiengebühren nach langfristigem Wohnsitz als legitimes Ziel unter dem EU-Vertrag angesehen werden.

3.2.3.2) Geeignetheit

Der Geeignetheitstest überprüft, ob der vorliegende Regelungsvorschlag einen positiven Einfluß auf sein legitimes Ziel hat. Wie gerade genannt ist dieses Ziel die Erhöhung der Qualität der Hochschulbildung durch Steigerung der Hochschulinvestitionen. Wie in Abschnitt 2.) ausführlich diskutiert, wäre die Einführung von nach langfristigem Wohnsitz differenzierenden Studiengebühren geeignet, dieses Ziel zu erreichen.⁴¹ Insofern wäre die Maßnahme geeignet, das legitime Ziel zu erreichen.

3.2.3.3) Notwendigkeit

Eine gewählte Regelung ist dann notwendig zu Erreichung ihres Zieles, wenn es kein Mittel gibt, das dasselbe Ziel zu geringeren Kosten erreicht. Von den Lösungen des Free-riding Problems steht dem nationalen Gesetzgeber außer differenzierenden Studiengebühren nur potentiell die Einführung eines Zulassungstopps für Studenten aus dem EU-Ausland zur Verfügung. Für die Zentralisierung der Kompetenz, über die Hochschulfinanzierung zu entscheiden, und auch die Einführung von Transferzahlungen wäre die Zustimmung von anderen Mitgliedsstaaten notwendig. Insofern kommen diese beiden Lösungen nicht als alternative Mittel in Hinsicht auf den Notwendigkeitstest in Frage. Der Einfluß von differenzierenden Studiengebühren und einem Zulassungstop für EU-Ausländer auf die Investitionsanreize in Hochschulbildung wäre fast identisch. Bei der Einführung von kostendeckenden Studiengebühren für EU-Ausländer würde die Nachfrage nach Studienplätzen aus dem EU-Ausland stark sinken. Die verbleibende Nachfrage würde keine zusätzlichen Kosten für den Gaststaat verursachen, da die Studiengebühren die Kosten abdecken würden. Insofern würde das Free-riding Problem gelöst werden. Ein komplettes Verbot der Zulassung von Studenten aus dem EU-Ausland hingegen würde das Free-riding Problem ebenso effektiv lösen, da die Ursache des Problems, grenzüberschreitende Mobilität von Studenten, komplett wegfallen würde.

Die negativen Auswirkungen der beiden Optionen wären ihre Einschränkung des Freizügigkeitsrechtes der Studenten innerhalb der EU und ihre diskriminierende Wirkung. Die

⁴¹ Siehe oben S.

Einführung von kostendeckenden differenzierenden Studiengebühren würde die Freizügigkeit der Studenten beeinträchtigen, da viele potentiell mobile Studenten mit hoher Wahrscheinlichkeit einen subventionierten Studienplatz in ihrem Heimatland antreten würden. Ein kompletter Zulassungsstop würde die Freizügigkeit noch stärker einschränken, da in diesem Falle selbst Studenten, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügen, die höheren Studiengebühren im Ausland zu bezahlen, von einem Studium im EU-Ausland abgehalten wären.

Auch die diskriminierende Wirkung eines kompletten Zulassungsstops muß als stärker angesehen werden als die von differenzierenden Studiengebühren. Diskriminierung per se ist ein formales Kriterium, das nur in zwei Formen, nämlich als „liegt vor“ oder „liegt nicht vor“ realisiert werden kann. Die Intensität einer Diskriminierung jedoch kann nur indirekt durch den Verweis auf ihren Effekt auf ein anderes externes Kriterium gemessen werden. Als externes Kriterium bieten sich in unserem Fall die gerade diskutierten Auswirkungen auf die Freizügigkeit der Studenten an. Der Analyse dieser Auswirkungen folgend wird der Einfluß von differenzierenden Studiengebühren auf die Realisierung des Nichtdiskriminierungsgebotes auch als geringer eingestuft als der Einfluß eines vollständigen Ausschlusses von Studenten aus dem EU-Ausland vom Studium in einem anderen EU-Mitgliedsstaat.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß differenzierende Studiengebühren denselben Einfluß auf die Investitionsanreize in Hochschulbildung haben wie ihre Alternative der Zulassungsstop, aber einen weniger starken negativen Einfluß auf die Freizügigkeit der Studenten und die Intensität ihrer Diskriminierung. Insgesamt ergibt sich deswegen, daß die Einführung von differenzierenden Studiengebühren das mildeste Mittel zur angestrebten Lösung des Free-Riding Problems darstellt. Deswegen wird es hier als notwendig angesehen.

3.2.3.4) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne prüft, ob die negativen Konsequenzen einer Einführung von differenzierten Studiengebühren nach langfristigen Wohnsitz auf die Freizügigkeit und das Nichtdiskriminierungsgebot durch den positiven Einfluß auf die Investitionsanreize in Hochschulbildung aufgewogen werden. Da sich der Einfluß auf diese Kriterien nicht auf einer Skala messen und direkt vergleichen läßt, müssen die Effekte

gegeneinander abgewogen werden. Diese Abwägung wird hier anhand der Gewichtsformel von *Alexy* vorgenommen.⁴²

Die Gewichtsformel von *Alexy* zieht drei Variablen zur Abwägung gegenläufiger normativer Verfassungsprinzipien heran: die Stärke des Eingriffs/Einfluß auf ein Prinzip, die Verlässlichkeit der zugrunde liegenden empirischen Annahmen und das abstrakte Gewicht, das dem betroffenen Verfassungswert in der Verfassung zukommt. Diese drei Kriterien werden jeweils in drei Unterkategorien unterteilt, denen ein numerischer Wert zugeteilt wird. Und mit Hilfe der numerischen Werte und *Alexys* Gewichtsformel läßt sich dann die Abwägung durchführen. Die Stärke des Eingriffes in ein Recht/Einfluß auf ein Prinzip und das abstrakte Gewichte eines Rechtes innerhalb der Verfassung werden in den Kategorien *niedrig*, *mittel* und *hoch* eingestuft. Die Verlässlichkeit der empirischen Annahmen, die der Einstufung des Einflusses einer Regelungsalternative auf ein Prinzip unterliegen werden, in die Kategorien *sicher*, *wahrscheinlich* und *nicht offensichtlich falsch* eingestuft.⁴³

Im hier diskutierten Fall, wird der Eingriff der differenzierenden Studiengebühren in das Recht auf Freizügigkeit in Kombination mit dem Nichtdiskriminierungsgebot, das im EU-Vertrag verankert ist gegen den positiven Einfluß auf die Investitionsanreize in Hochschulbildung abgewogen. Der Eingriff in das Recht auf Freizügigkeit kann als *niedrig* eingestuft werden, da es sich um eine finanzielle Disincentivierung der Verlagerung des Aufenthaltes handelt aber die Reisefreiheit der Studenten nicht eingeschränkt wird. *Mittlere* und *hohe* Eingriffe würden nur bestehen, wenn der Übertritt oder Aufenthalt in einem anderen EU-Land an Bedingungen geknüpft würde oder gar unmöglich gemacht würde. Allerdings tritt diese Beeinträchtigung der Freizügigkeit bei Einführung von differenzierenden Studiengebühren mit Sicherheit ein. Die empirische Verlässlichkeit der Annahmen wird deswegen als *sicher* eingestuft. Der abstrakte Wert, der dem Recht auf Freizügigkeit im EU-Vertrag zugemessen wird, wird auch mit *hoch* eingestuft, da der EuGH den Unionsbürgerstatus als fundamentalen Status aller Bürger der Mitgliedsstaaten interpretiert hat.⁴⁴

Der Einfluß von differenzierenden Studiengebühren auf die Investitionsanreize in Hochschulbildung hingegen kann als *mittel* eingestuft werden. Auch wenn wie in Abschnitt

⁴² *Alexy* 2002.

⁴³ *Ibid.*.

⁴⁴ Vgl. Grzelczyk .

2.1 bereits gesagt zur Zeit die Mobilität der Studenten prozentual betrachtet noch relativ gering ist wird in den kommenden Jahren eine starke Steigerung der Studentenmobilität durch den Bologna-Prozess erwartet. Diese wahrscheinliche Entwicklung macht eine Lösung des Free-riding Problems um so dringender, da der negative Einfluß der aktuellen institutionellen Struktur weiter zunehmen wird. Die Wahrscheinlichkeit, mit der die gesteigerten Anreize jedoch zu höheren Ausgaben für die Hochschulbildung führen würde, ist jedoch deutlich geringer als die Wahrscheinlichkeit mit der differenzierende Studiengebühren die Freizügigkeit der Studenten einschränken würden. Insofern wird die Verlässlichkeit der empirischen Annahmen hier mit *wahrscheinlich* eingestuft. Das abstrakte Gewicht einer Erhöhung der Hochschulausgaben als nationales Interesse wird mit *hoch* eingeschätzt, da die Hochschulausbildung zentral für die wirtschaftliche Entwicklung der EU ist vor allem vor dem Hintergrund des Überganges in die Informations- und Wissensgesellschaft.

Da das abstrakte Gewicht der beiden gegenläufigen normativen Ziele identisch ist, neutralisieren sie sich bei der Abwägung. Es steht ein leichter Eingriff in das Recht auf Freizügigkeit, der mit Sicherheit bei Einführung von differenzierenden Studiengebühren zu erwarten wäre, einem mittleren positiven Einfluß auf die Investitionsanreize der Regierung in Hochschulbildung, der mit einer positiven Wahrscheinlichkeit eintreten würde, gegenüber.

Den Variablen werden jetzt gemäß der Gewichtsformel von *Alexy* folgende numerische Werte zugewiesen:

Tabelle 3: Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne

	Intensität des Einflusses	Abstraktes Gewicht	Verlässlichkeit der empirischen Annahmen
Freizügigkeitsrecht und Nichtdiskriminierungsgebot	niedrig, l=1	hoch, s=4	sicher, r=1
Investitionen in Hochschulbildung	mittel, m=2	hoch, s=4	wahrscheinlich, p=1/2

Die Abwägung kommt dann zu folgendem Ergebnis:

$$W_{i,j} = \frac{I_i * W_i * R_i}{I_j * W_j * R_j} = \frac{1 * 4 * 1}{2 * 4 * \frac{1}{2}} = 1$$

Als Ergebnis aus der Diskussion ergibt sich, daß beide normativen Prinzipien gleich stark betroffen sind und sich gegenseitig aufwiegen. Im Falle eines Patts argumentiert *Alexy*, daß die Maßnahme als verfassungsgemäß angesehen werden sollte. Er sieht die Verfassung als Beschränkung des Gesetzgebers an, die jedoch den Gesetzgeber möglichst wenig in seiner gesetzgeberischen Freiheit einschränken soll. Die Beweislast für einen Verstoß gegen die Verfassung bleibt beim Verfassungsgericht, im Falle der EU beim EuGH. Insofern ist ein Gesetz, das nicht eindeutig gegen den Vertrag verstößt, als verfassungsgemäß anzusehen.

4.) Schlußfolgerungen

Mit seinem Verbot nach Nationalität differenzierende Studiengebühren zu erheben hat der EuGH ein Free-riding Problem in Hinsicht auf die Hochschulinvestitionen geschaffen und damit ungewollt das Problem der niedrigen Hochschulinvestitionen innerhalb Europas verschärft. Die Einbeziehung der im ersten Teil dieses Aufsatzes dargestellten ökonomischen Argumente in die Diskussion der Vereinbarkeit von differenzierenden Studiengebühren mit dem EU-Recht stellt die EuGH-Rechtsprechung stark in Frage. Wenn man die Anreizeffekte in die Argumentation mit einbezieht, sprechen gute Argumente dafür differenzierende Studiengebühren mit dem EU-Vertrag für vereinbar zu halten. Wenn ein Gesetz zur Einführung von nach langfristigem Wohnsitz differenzierenden Studiengebühren wieder vor den EuGH gebracht werden sollte, dann sollte dieser seine Rechtsprechung ändern.

Allerdings haben differenzierende Studiengebühren den gravierenden Nachteil, daß sie die Mobilität der Studenten stark einschränken würden. Es ist jedoch ein explizites Ziel des Bolognaprozesses, die Studentenmobilität zu erhöhen. Um dieses Ziel zu erreichen und gleichzeitig die Investitionsanreize unverzerrt zu lassen, böte sich die Einführung eines Transferzahlungssystems an, wie es in der Schweiz existiert. Ein solches System setzt voraus, daß die teilnehmenden Staaten einen Konsens über seine Ausgestaltung finden können. Die geltende EuGH-Rechtsprechung jedoch macht einen solchen Konsens sehr unwahrscheinlich, da die EU-Mitgliedsstaaten, die netto Studenten exportieren, sich finanziell deutlich schlechter stellen würden. Eine Änderung der EuGH-Rechtsprechung zu differenzierenden Studiengebühren würde dieses Hindernis zur Einführung von Transferzahlungen beseitigen und könnte demnach einen ersten Schritt in diese Richtung darstellen.

Realistisch betrachtet ist eine Änderung des Status-quo und eine Behebung des Free-riding Problems in naher Zukunft nicht zu erwarten. Der EuGH wird mit hoher Wahrscheinlichkeit

seine Rechtsprechung beibehalten und keine der Lösungen wird in die Tat umgesetzt werden. Es ist jedoch anzunehmen, dass große Teile der Studentenschaft die aktuelle Situation, die ihnen große Wahlfreiheit aber zum Teil schlechte Studienbedingungen bietet, einer Situation mit besserer Qualität aber geringen Wahlmöglichkeiten vorziehen. Die langfristigen Kosten der Unterinvestition in Hochschulbildung werden jedoch von allen Bürgern getragen werden müssen.

Literatur:

- Alexy, R. (2002). Die Gewichtsformel. in Gedächtnisschrift Jürgen Sonnenschein. J. Jickeli, P. Kreuz and D. Reuter. Berlin.
- Banard, C. (2007). The Substantive Law of the EU. Oxford, Oxford University Press.
- Berthol, C., G. Gabriel, et al. (2007). "Aktivierende Hochschul-Finanzierung (AktiHF) - Ein Konzept zur Beseitigung der Unterfinanzierung der deutschen Hochschulen." Arbeitspapier des Centrum für Hochschulentwicklung (available at www.che.de) 2007(96).
- Bizer, K. (1999). "Die Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung." Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse: Nr. 99-1.
- Blankart, C. B. (2008). Öffentliche Finanzen in der Demokratie. München, Verlag Franz Vahlen.
- Bode, S. (2005). Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedsstaaten-Zur Reichweite des Diskriminierungsgebotes im Hochschulbereich unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft. Baden-Baden, Nomos.
- Borck, R. (2003). "Führt fiskalische Äquivalenz zu einer effizienten Allokation? Die Rolle von Mehrheitsabstimmungen." Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 72(2): 444-457.
- Büttner, T. and R. Schwager (2006). Regionale Verteilungseffekte der Hochschulfinanzierung und ihre Konsequenzen. in Bildung, Wissenschaftliches Seminar Ottobeuren. W. Franz and H. J. Ramser. Tübingen, Mohr. 33.
- Chalmers, D., C. Hadjiemmanuil, et al. (2006). European Union Law. Cambridge, Cambridge University Press.
- Cooter, R. (2000). The Strategic Constitution. Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- Gérard, M. (2007). "Financing Bologna: Which country will pay for foreign students?" Education Economics 15(4): 441-454.
- Hailbronner, K. (2004). "Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?" NJW 31: 2185-2189.
- Haratsch, A., C. Koenig, et al. (2006). Europarecht. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Jahr, J., H. Schomburg, et al. (2002). "Internationale Mobilität von Absolventinnen und Absolventen europäischer Hochschulen." Werkstattberichte des Wissenschaftlichen Zentrums für Berufs- und Hochschulforschung der Universität Kassel 61.
- Kemnitz, A. (2005). "Educational Federalism and the Quality Effects of Tuition fees." Working Paper(www.econ.uni-mannheim.de).
- Masten, S. (2005). "Authority and Commitment: Why universities, like legislatures, are not organized as firms." Journal of Economics & Management Science Forthcoming.
- McMahon, W. (2004). The social and external benefits of education. in International handbook on the economics of education. G. Johnes and J. Johnes. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Mechtenberg, L. and R. Strausz (2008). "The Bologna Process: how student mobility affects multi-cultural skills and educational quality." International Tax and Public Finance 2008(15): 109-130.
- Moe (1990). "Political Institutions: The Neglected Side of the Story." Journal of Law, Economics and Organization 6: 213-253.
- O'Leary, S. (1996). The Evolving Concept of Community Citizenship - From the Free Movement of Persons to Union Citizenship, Kluwer Law International.
- OECD (2006). "Education at a glance 2006."

- Oppermann, T. (1987). Europäisches Gemeinschaftsrecht und Deutsche Bildungsordnung: "Gravier und die Folgen". Bonn, Bock.
- Richter, R. and E. Furubotn (2003). Neue Institutionenökonomik. Tübingen, Mohr/Siebeck.
- Ringe, D. (2009). "Tuition fees and equal access to higher education in Germany and the EU: An analysis from a law and economics perspective." <http://www.sub.uni-hamburg.de/opus/volltexte/2009/4266/>
- Scholsem, J. C. (1989). "A propos de la circulation des étudiants: vers un fédéralisme financier européen?" Cahiers de droit européen: 306ff.
- Schwager, R. (2007). "Public Universities, Tibout and Competition - A Tibout Model." ZEW Discussion paper available at <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp07056.pdf>(No. 07-056).
- Stettes, O. (2007). Die föderale Ordnung im Bildungswesen -Eine Analyse aus bildungsökonomischer Perspektive. in Föderalismus in Deutschland - Ökonomische Analyse uund Reformbedarf. I. d. D. W. Koeln.
- van der Mei, A. P. (2005). EU law and Education: Promotion of Student Mobility versus protection of Education Systems. in Social Welfare and EU Law. E. Spaventa and M. Dougan. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.
- von Wilmowsky, P. (1990). "Zugang zu den öffentlichen Leistungen anderer Mitgliedsstaaten." Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1990: 231ff.
- Wollenschläger, F. (2007). Grundfreiheit ohne Markt - Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime. Tübingen, Mohr Siebeck.