Gem. Art. 20 I EuMVVO ist ferner noch eine Überprüfung des Zahlungsbefehls in Ausnahmefällen zulässig. Dieser außerordentliche Rechtsbehelf, der den deutschen Wiedereinsetzungsregeln entspricht, wurde im Hinblick auf den ursprünglichen Verordnungsvorschlag leicht überarbeitet, wobei hier allerdings weiterhin auf einige sprachliche Ungenauigkeiten hinzuweisen ist[35]. In Art. 20 II EuMVVO wurde dem Antragsgegner zusätzlich eine weitere Möglichkeit gegeben, um, nach Ablauf der Einspruchsfrist, eine Überprüfung des Zahlungsbefehls zu beantragen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Zahlungsbefehl „offensichtlich zu Unrecht" erlassen worden ist. Zunächst ist hier die Bedeutung des Begriffs „offensichtlich zu Unrecht", der auch in Art. 10 I lit. a EuVTVO enthalten ist, nicht ganz eindeutig, da hiermit sowohl Zweifel an der Richtigkeit des Zahlungsbefehls als auch erkennbare Fehler gemeint sein könnten[36]. Darüber hinaus ist nicht eindeutig, wie überhaupt ein solcher Rechtsbehelf innerhalb des Mahnverfahrens einzuordnen ist. Handelt es sich hierbei um eine Restitutionsklage oder kann man in diesem Rechtsbehelf eine Art die Rechtskraft durchbrechende Klage aus § 826 BGB erblicken[37]? Dieser Rechtsbehelf scheint gerade im Hinblick auf das Institut der Rechtskraft äußerst problematisch, zumal hier keine zeitlichen Ausschlussgrenzen eingeführt worden sind. Während darüber hinaus einer Klage aus § 826 BGB nur aufgrund äußerst beschränkter Voraussetzungen stattgegeben wird, sind die Anforderungen des Rechtsbehelfs aus Art. 20 II EuMVVO weder auf eine bestimmte, außergewöhnliche Fallgruppe hin beschränkt noch eindeutig formuliert. Aus diesem Grund besteht die Gefahr, dass der Anwendungsbereich dieses Rechtsbehelfs zu weit reichend ist und damit das Rechtsinstitut der materiellen Rechtskraft untergraben wird.

IX. Schlussfolgerung

Die Änderungen innerhalb des Europäischen Mahnverfahrens haben bedauerlicherweise nicht zu den Anpassungen geführt, die im Hinblick auf die EuMVVO-E erforderlich gewesen wären. Zwar ist insbesondere die Abstimmung mit der EuVTVO sehr begrüßenswert. Allerdings werden vor allem im Hinblick auf den gerichtlichen Prüfungsumfang sowie die Möglichkeit der Überprüfung in Ausnahmefällen zahlreiche Fragen aufgeworfen, die entweder durch den europäischen Gesetzber noch selbst gelöst werden, oder aber sich in der gerichtlichen Praxis herauskristalisieren. Über die Entscheidung, das Europäische Mahnverfahren einstufig auszugestalten, kann und wird man grundsätzlich sehr unterschiedlich diskutieren können. Daher musste der europäische Gesetzgeber hier eine Entscheidung treffen. Dass auch ein einstufiges Mahnverfahren in der gerichtlichen Praxis außerordentlich gut funktioniert, kann man am österreichischen Mahnverfahren sehen, von dem man sicherlich nicht behaupten kann, dass die Rechte des Schuldners nicht beachtet oder gar verletzt werden.

35) Hierzu ausführlich *Sujecki*, ZeuP 2006, 124 (145 f.).

36) So bereits zum EuVTVO: *Rauscher* (o. Fußn. 30), Rdnr. 168; *Stadler*, RIW 2004, 801 (805).

37) Vgl. zu den Möglichkeiten der Rechtskraftdurchbrechung von Vollstreckungsbescheiden im deutschen Recht *Prütting/Weth*, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titel, 2. Aufl. (1994), Rdnrn. 90 ff.

Quotenregelungen im Gemeinschaftsrecht – Rehabilitierung eines an sich verpönten Instruments?

Eine Neubetrachtung aus Anlass der Debatte um die Regelung des Hochschulzugangs in Österreich

*Professor Dr. Peter Hilpold, Innsbruck**

I. Ausgangslage

Nachdem der *EuGH* in seinem Urteil vom 7. 7. 2005 (Komission/Österreich) festgestellt hat, dass die bis dahin angewandte Hochschulzugangsregelung gemeinschaftsrechtswidrig war[1], geriet das Hochschulsystem der Alpenrepublik ins Wanken. Ein wahrer Ansturm von Studierenden aus der Bundesrepublik Deutschland – insbesondere in den numerus clausus-Fächern – setzte ein. Österreich war nun mit folgendem Dilemma konfrontiert, von welchem es dem ersten Anschein nach kein Entrinnen gab: Auf der einen Seite war dieses Land stets stolz darauf gewesen, keinen numerus clausus für seine Studierenden anzuwenden, auf der anderen Seite bot sich Österreich – einmal alle Zugangsbarrieren weggefallen – als natürliches Refugium für all jene Studierenden aus dem großen Nachbarland im Norden an, die dort in einem völlig anders konzipierten und weit strikter administrierten Bildungssystem „durch den Rost" gefallen sind.

Im Bildungssystem der Bundesrepublik Deutschland haben grundlegende Konzepte der Bildungsökonomie, die in den 60er und 70er Jahren des vorigen Jahrhundert propagiert worden sind, und die von der Notwendigkeit (und Möglichkeit) einer nationalen Bildungsplanung ausgegangen sind, weit stärker Tritt gefasst. Geht man davon aus, dass Universitätsausbildungsplätze hochwertige steuerfinanzierte öffentliche Leistungen darstellen und dass eine Bedarfsvorausschau über ca. ein Jahrzehnt möglich ist, so erscheint es vertretbar, den Universitätszugang – zumindest hinsichtlich der begehrtesten und teuersten Ausbildungsplätze – über eine Bestenauslese zu rationieren[2]. In Österreich wurde dagegen auf eine Bildungsplanung dieser Art verzichtet und stattdessen von der Fähigkeit des Bildungsmarktes zur Selbstregulierung ausgegangen. Diese Position war aber von zwei Faktoren bedingt: der Kleinräumigkeit des österreichischen Bildungsmarktes, die – anders als in einem sich selbst genügenden System – eine weiter vorausschauende Planung erschwert und der – zumindest bedingten – Abschottbarkeit dieses Systems, da sich ansonsten Mängel im Bildungsplansystem des Nachbarstaates budgetwirksam im österreichischen Ausbildungssystem niederzuschlagen drohen.

* Der Autor ist Professor an der Universität Innsbruck und hat dort die venia docendi für u. a. Europarecht.

1) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 7. 7. 2005 – C-147/03, Kommission/Österreich. Vgl. dazu *P. Hilpold*, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, in: EuZW 2005, 647.

2) Nicht weiter vertieft werden kann hier die Tatsache, dass die Bildungsökonomie mittlerweile weit weniger ambitionierte Ansätze vertritt.

Dieses heikle Gleichgewicht, das im Übrigen im zwischenstaatlichen Bereich – zumindest offiziell – auf breiten Konsens gestoßen ist, ist durch den *EuGH* nun völlig durcheinander gebracht worden. Im Herbst 2005 waren die österreichischen Universitäten an die Grenzen ihrer Aufnahmefähigkeit gelangt. Von den Studienanfängern im Bereich Medizin kamen an der Universität Wien 17% aus Deutschland, an der Universität Graz 37% und an der Universität Innsbruck gar 40%. Angesichts einer sich abzeichnenden enormen Nachfrage aus Deutschland und eines nicht unbegrenzt ausweitbaren Angebots an Studienplätzen war mit einem weiteren Anstieg dieser Quote zu rechnen.

II. Die Neuregelung

Die österreichische Regierung reagierte auf diese Herausforderung mit einer scheinbar einfachen Lösung: In den besonders problematischen Bereichen Human- und Zahnmedizin soll über eine Quotenregelung der Zustrom von Studierenden aus anderen EU-Mitgliedstaaten sowie aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten geregelt werden. Die Studienplätze in diesen Fächern sollen zu 75% an Inhaber österreichischer Reifezeugnisse vergeben werden, zu 20% an Inhaber von Reifezeugnissen aus dem EU-Ausland und die restlichen 5% an Nicht-EU-Bürger. In der Vergangenheit mussten Studienplatzwerber, die über kein in Österreich ausgestelltes Reifezeugnis verfügten, nachweisen, dass sie bereits über einen Studienplatz im Ausland verfügten (und damit also keine „numerus-clausus-Flüchtlinge" waren)[3], worin der *EuGH* einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gesehen hat. Wenn nun mit der neuen Regelung der Versuch unternommen wird, diese gemeinschaftsrechtliche Problematik zu überwinden, so erscheint es mehr als zweifelhaft, ob dies auch tatsächlich gelungen ist. Der Anknüpfungspunkt des Ortes, an welchem das Reifezeugnis erworben worden ist, bleibt nämlich bestehen und weiter kommt noch eine Quotenregelung dazu.

III. Die Problematik der Quotenregelung

Schon vorab hatte EU-Bildungskommissar *Ján Figel* erklärt, dass die EU „kein großer Freund von Quoten sei"[4]. Tatsächlich liegt die Funktion der Quote gerade in der Beschränkung, in der antizipativen Korrektur dessen, was das freie Spiel der Kräfte, das gerade für einen Binnenmarkt wesensbestimmend ist, ergeben würde. Es ist geradezu ein charakteristischer Wesenszug des gesamten Systems der Grundfreiheiten, dass Quoten – im betreffenden gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzbereich – nicht nur in ihrer manifesten Form nicht toleriert, sondern auch im Falle eines versteckten, indirekten Erscheinungsbildes aktiv bekämpft werden müssen. So sind im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nicht nur mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen untersagt, sondern auch „Maßnahmen gleicher Wirkung[5]". Das Diskriminierungsverbot wurde vom *EuGH* über alle Grundfreiheiten hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot ausgebaut, das die Einführung von Quoten undenkbar erscheinen lässt.

Die Unverträglichkeit des Gemeinschaftsrechts mit dem Quotengedanken reicht aber noch viel weiter: Selbst wenn eine Quotenregelung primär dazu geschaffen wurde, ein Ziel des Gemeinschaftsrechts zu verwirklichen, ist grundsätzlich Skepsis angebracht.

Sehr deutlich herausgearbeitet hat der *EuGH* diesen Umstand bekanntlich in der Rechtssache Kalanke[6], wo er eine nationale Regelung, auf deren Grundlage Frauen in der Beförderung im öffentlichen Dienst bei gleicher Qualifikation der Vorzug zu geben sei, als unvereinbar mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207 qualifiziert hat. Der dahinter stehende Gedanke ist von Generalanwalt *Tesauro* mit messerscharfer Präzision dargelegt worden:

„Chancengleichheit herbeizuführen kann [...] nur bedeuten, in die Lage zu versetzen, gleiche Ergebnisse zu erreichen, also für die Angehörigen der beiden Geschlechter gleiche Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgangssituation zu schaffen. Zur Erreichung eines solchen Ergebnisses ist es natürlich erforderlich, die tatsächlichen Hindernisse zu beseitigen, die der Verwirklichung der Chancengleichheit von Männern und Frauen entgegenstehen: Somit müssen die Hindernisse festgestellt und anschließend beseitigt werden, wobei die zu diesem Zweck geeignetsten Mittel anzuwenden sind[7]."

Generalanwalt *Tesauro* verlangte also Chancengleichheit und nicht Ergebnisgerechtigkeit.

Dieses Ergebnis war rechtspolitisch aber unerwünscht[8]. Die Bekämpfung der rechtlichen und faktischen Frauendiskriminierung wird europaweit als ein dringendes Anliegen empfunden. In einer Güterabwägung war ein Kompromiss zu finden, der angesichts der Bedeutung des Anliegens auch einen Rückgriff auf ein an und für sich verpöntes Instrumentarium rechtfertigte. Dazu bedurfte es aber einerseits einer Primärrechtsänderung[9] und zudem hat der *EuGH* es verstanden, seine Rechtsprechung in einer Weise zu differenzieren, die in der Substanz eine völlige Kehrtwende von Kalanke bedeutete, in der Form aber nach einer Fortentwicklung aussah[10]. Die sog. Öffnungsklausel, auf welche der *EuGH* in der Rechtssache Marschall abstellte, und die eine wirksame Bekämpfung von Benachteiligungen in der Form sicherstellen soll, dass auf objektive Kriterien der Benachteiligung abgestellt wird, die die Person des Bewerbers betreffen und die somit – bei ansonsten gleicher Qualifikation – auch den Ausschlag zugunsten des männlichen Bewerbers geben können.

Insgesamt kann zu dieser Thematik also festgehalten werden, dass das Gemeinschaftsrecht selbst in einem Sachgebiet Probleme mit Quoten hatte, in welchem von einer systematischen Benachteiligung einer Kategorie auszugehen ist und in der Chancengerechtigkeit nicht verwirklicht werden kann, wenn nicht ein Mindestmaß an Ergebnisgerechtigkeit garantiert wird[11]. So legte der *EuGH* besonderen Wert darauf zu vermitteln, dass die Bevorzugung des weiblichen

3) Vgl. § 36 Universitäts-Studiengesetz a. F.

4) Vgl. „Der Standard" v. 14. 2. 2006, S. 1 (Gehrer: Drei Viertel der Medizinplätze für Österreicher reserviert)

5) Vgl. Art. 28 EGV.

6) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 17. 10. 1995 – C-450/93, Slg. 1995, I-3051 = EuZW 1995, 762 m. Anm. *Loritz* – Kalanke/Freie Hansestadt Bremen.

7) Ibid., Schlussanträge des Generalanwalts *Tesauro* v. 6. 4. 1995, Abs. 14.

8) Diese Entwicklung sah Generalanwalt *Tesauro* im Übrigen bereits voraus, wenn er in Abs. 26 seiner Schlussanträge festhielt: „Mir ist klar, dass meine Ausführungen und die Schlussfolgerung, zu der ich gelangt bin, nicht in Übereinstimmung zahlreicher Stellen stehen, die sich unmittelbar oder mittelbar mit der Frage beschäftigt haben."

9) Art. 141 IV enthält seit dem Vertrag von Amsterdam folgende Bestimmung: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen."

10) Dies geschah freilich parallel zur erwähnten Primärrechtsänderung, weshalb dem *EuGH* in diesem Punkt keine Inkohärenz bzw. ein ultra-vires-Handeln vorgeworfen werden kann.

11) Die kategorielle Trennung von Chancengerechtigkeit und Ergebnisgerechtigkeit ist somit – so überzeugend sie in einer abstrakten Betrachtungsweise zu scheinen mag – auf der faktischen Ebene wohl zu relativieren.

Geschlechts keinen Wert an sich darstelle, sondern dass im Vordergrund die Überwindung des zu Grunde liegenden Diskriminierungstatbestands stehe.

Eine Quotenregelung wäre allerdings nicht gemeinschaftsrechtswidrig, wenn sie Sachverhalte beträfe, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts liegen bzw. wenn keinerlei Diskriminierung nach Maßgabe der Staatsangehörigkeit vorläge. Dass im hier zu behandelnden Fall solche Ausnahmetatbestände vorliegen, ist aber in Zweifel zu ziehen. Das Gemeinschaftsrecht verbietet nämlich nicht nur eine offene Diskriminierung, sondern auch eine indirekte (bzw. verschleierte oder materielle) Diskriminierung[12].

Wenn man sich die Auswirkungen dieser Quotenregelung vor Augen hält, so ist im vorliegenden Fall wohl von einer solchen Ungleichbehandlung auszugehen. Die Intention selbst dieser Quotenregelung kann nur im Bemühen gesehen werden, österreichische Studienplätze überwiegend für österreichische Staatsbürger zu reservieren.

IV. Rechtfertigungsgründe

Auf den ersten Blick ist diese Regelung damit gemeinschaftsrechtswidrig. Andererseits erscheint aber auch das von Österreich verfolgte Anliegen durchaus legitim: Es kann nicht angehen, dass Österreich teure universitäre Ausbildungsplätze zur Verfügung stellt, die zu einem beachtlichen Teil von Studierenden aus der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen werden, ohne dass dafür eine Gegenleistung geboten würde. Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Solidarität, den der *EuGH* nachhaltig bemüht[13] (und wohl auch überstrapaziert) muss seine Grenzen finden. Es ist also zu prüfen, ob gegebenenfalls diesbezügliche Rechtfertigungsgründe vorliegen. Die Möglichkeit, sich auf solche Rechtfertigungsgründe zu berufen, hat der *EuGH* bereits angedeutet, und zwar im Bereich der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme öffentlicher Gesundheitsleistungen, ohne doch bislang jemals ihr Vorliegen zu bestätigen[14].

Im Mittelpunkt stand dabei die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts zwischen den Mitgliedstaaten – bei Gesundheitsleistungen ein wichtiges Thema, aber auch bei Bildungsleistungen von großer Relevanz, wie der vorliegende Fall verdeutlicht. Österreich hat bei der Berufung auf diesen Gedanken sprachlich ein neues Konzept kreiiert, nämlich die Homogenität des heimischen Bildungssystems[15].

Schält man das Konzept der Homogenität frei von den emotionalen Ausfärbungen, die diesem aufgrund eines äußerst variantenreichen Gebrauchs eigen geworden sind, so verbleibt ein Kernbegriff, der zwar eher vage erscheint, der aber dennoch (oder gerade deswegen) auf breite Zustimmung stoßen wird: das Recht auf Bildung. Es erscheint auf den ersten Blick durchaus überzeugend, dass die österreichische Regierung für die Sicherung eines wirksamen Rechts auf Bildung Sorge tragen darf und muss. Bei näherer Betrachtung ist aber auch diese Position zu relativieren: Das Recht auf Bildung (und auf Zugang zu den europäischen Bildungsinstitutionen) wird zusehends stärker aus der Perspektive eines gesamteuropäischen definierten Bildungsraums betrachtet. Einzelstaatliche Interessen können diesem Prozess kaum wirksam entgegen gehalten werden. Im Gegenteil: Die Entflechtung der Bildungsräume von politischen Grenzen und die Orientierung an funktionalen Erfordernissen ist zwingend mit der Überwindung mitgliedstaatlicher Sonderregelungen verbunden[16].

Es ist aber unmittelbar ersichtlich, dass dies noch nicht die definitive Lösung der Problematik sein kann: Zu deutlich wird hier, dass Österreich dieses Ausmaß an Solidarität nicht abverlangt werden kann[17] – ein Solidaritätsanspruch, der auf einem völlig unrealistischen Integrationsmodell gründet und eine Integrationsdichte voraussetzt, die wohl für die absehbare Zukunft nicht zu erreichen sein wird. Wenngleich nun die Vernunft nahe legt, dass Österreich diese Bürde nicht auferlegt werden darf, so ist dennoch Vorsicht und Realitätsnähe bei der entsprechenden juristischen Argumentation geboten, da diese auch die Erfolgsaussichten präjudiziert.

So wirkt das vorgebrachte Argument, eine Beschränkung des Zustroms ausländischer (konkret: bundesdeutscher) Studierender sei erforderlich, um einen österreichischen Medizinernachwuchs und damit langfristig auch die medizinische Versorgung in Österreich sicherzustellen, wenig überzeugend, ja geradezu amüsant. Es ist nämlich anzunehmen, dass ein beachtlicher Teil der bundesdeutschen Medizinstudenten Jobchancen in Österreich wahr nehmen würde und Österreich auf jeden Fall nicht zum medizinischen Notstandsgebiet würde. Dass für eine wirksame ärztliche Betreuung der zuständige Arzt unbedingt ein österreichischer Staatsbürger sein muss, ist nicht einsichtig. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die Verständigungsschwierigkeiten trotz unterschiedlicher Sprachfärbungen in Grenzen halten werden[18].

Nicht unzeitgemäße und unrealistische Notstandsszenarien werden also überzeugen, sondern allenfalls eine nüchterne Analyse der Lastenverteilungsgerechtigkeit im europäischen Bildungsraum und – damit verbunden – der einforderbaren finanziellen Solidarität. Mit mathematischer Präzision anwendbare Patentrezepte stehen hier nicht zur Verfügung, denn jede diesbezügliche Entscheidung hat im Spannungsfeld teilweise diametral entgegen stehender

12) Eine solche indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn sie die gleiche Abgrenzung bewirkt wie jene, die an der Staatsangehörigkeit anknüpft. Dabei wird typischerweise oder in der großen Zahl der Fälle dasselbe Ergebnis wie im Falle der direkten, auf die Staatsbürgerschaft abstellenden Diskriminierung erzielt. Vgl. *R. Streinz*, Komm. zu Art. 12 EGV, in: *ders.* (Hrsg.), EUV/EGV-Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Rdnr. 49 sowie *A. Epiney*, Komm. zu Art. 12 EGV, in: *Ch. Callies/M. Ruffert* (Hrsg.), Komm. z. EUV/EGV 2002, Rdnr. 13.

13) Vgl. dazu *P. Hilpold*, Solidarität als Rechtsprinzip – völkerrechtliche; europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen, erscheint in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 2007.

14) Vgl. insbesondere *EuGH*, Urt. v. 28. 4. 1998 – C-158/96, Slg. 1998, I-1931 = EuZW 1998, 345 – Kohll sowie *EuGH*, Urt. v. 12. 7. 2001 – C-368/98, Slg. 2001, I-5363 = EuZW 2001, 471 m. Anm. *Novak* – Vanbraekel.

15) Ob es sich hierbei um eine glückliche Wortschöpfung handelt, sei dahingestellt. Der Ausdruck erinnert an die Diskussion um die Homogenität der europäischen Werteordnung anlässlich der Sanktionen von 14 EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich. Vgl. dazu *F. Schorkopf*, Verletzt Österreich die Homogenität in der Europäischen Union? – zur Zulässigkeit der „bilateralen" Sanktionen gegen Österreich, DVBl 2000, S. 1036–1044; *ders.*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Berlin u. a. 2002 sowie *P. Pernthaler/P. Hilpold*, Sanktionen als Instrument der Politikkontrolle – der Fall Österreich, in: integration 2000, S. 105–119.

Da die diesbezüglichen Vorgänge nachhaltige Spuren hinterlassen haben, mag es erklärbar sein, dass man auf der Suche nach bedeutungsschweren Ausdrücken auf die Begrifflichkeiten einer – im Übrigen aber nicht im Mindesten verwandten – Thematik Rückgriff genommen hat.

16) Der Grazer Verfassungsrechtler *Reinhard Rack* soll hingegen laut einer Meldung der Tageszeitung „Der Standard" die Überzeugung geäußert haben, die neue österreichische Quotenregelung sei EU-rechtskonform, da „Bildung ausschließlich in nationaler Kompetenz sei". Vgl. den „Standard" v. 15. 2. 2006. Dies steht aber in diametralem Gegensatz zur Position des *EuGH* und gerade auch zum Urteil v. 7. 7. 2005.

17) Zum Thema der Solidarität vgl. *P. Hilpold* (o. Fußn. 13)

18) Dies gilt selbst dann, wenn man das bonmot von *Karl Kraus* berücksichtigt, wonach das einzig Trennende zwischen Deutschen und Österreichern die gemeinsame Sprache sei.

Ziele und Interessen zu erfolgen. So ist – wie bereits erwähnt – ein europäischer Bildungsraum im Entstehen begriffen, aber dieser ist bei weitem noch nicht nicht voll ausgeformt. Es kann weiter das Konzept der Unionsbürgerschaft ins Spiel gebracht werden, dem offenkundig eine enorme Gestaltungskraft im Gemeinschaftsrecht innewohnt[19], dessen Konturen aber ebenfalls nicht eindeutig sind und das mit Sicherheit nicht uneingeschränkt vom Buchstaben des positiven Gemeinschaftsrechts abstrahieren kann[20].

Das Argument der Solidarität ist auf jeden Fall gegenüber jenem der Subsidiarität abzuwägen, wobei dem zweitgenannten nach Maßgabe des gegenwärtigen Entwicklungsstandes der Integration eine zumindest ebenbürtige Rolle zuzuerkennen ist.

V. Regelverletzung als taktischer Schachzug?

In einer Gesamtschau erweist sich die von der österreichischen Regierung eingeführte Quotenregelung als sehr rohes Instrument zur Verfolgung eines an und für sich durchaus berechtigten Anliegens. Die österreichische Regierung strebt damit nach einer einseitig definierten Ergebnisgerechtigkeit, wobei die Problematik selbst eine gesamteuropäische ist. Die Frage der Reichweite der finanziellen Solidarität im Bildungsbereich und die in dieser Materie vorzunehmende Abwägung zwischen Solidarität und Subsidiarität stellt eine gesamteuropäische Herausforderung dar, die nur durch eine konsensuale Überwindung der aufgezeigten Bruchstellen wirksam angegangen werden kann. Wie bereits an anderer Stelle aufgezeigt, setzt dies in erster Linie eine gemeinschaftsweite Bildungsplanung – zumindest im Wege einer Art förderalen Lastenausgleichs – voraus[21].

Dem abrupten, einseitigen Tätigwerden unter Rückgriff auf ein gemeinschaftsrechtlich grundsätzlich verpöntes, da wesensimmanent diskriminierendes Instrument, der Quote, haftet hingegen gleichsam automatisch der Geruch der Rechtswidrigkeit an. So mögen die vielfach erbrachten Selbstbescheinigungen der Rechtskonformität nicht überzeugen. Ob ihre Urheber selbst an die Gemeinschaftsrechtskonformität dieser Regelung glaubten, sei dahingestellt. Die Komplexität der Thematik – aus sozialwissenschaftlicher Sicht des „Spiels" – lässt aber nicht ohne weiteres von einem fachlichen Fehler auf einen Fehler im Problemlösungsbemühen an sich schließen. In einer nüchternen, distanzierten Betrachtung ist in der Quotenregelung eher eine Provokation als Reaktion auf eine ebensolche Provokation zu sehen. In diesem Sinne könnte dieser Vorstoß – wenn er auch letztlich als gemeinschaftsrechtswidrig qualifiziert werden sollte – einen Nachdenkprozess anregen, der möglicherweise auch zu einem für alle Seiten akzeptablen Ergebnis führen könnte.

VI. Quotenproblematik nur Nebenerscheinung einer tiefer gehenden Problematik?

Ein spezielles Nebenresultat dieser Diskussion könnte auch die Problematisierung der Reichweite der *EuGH*-Rechtsprechung sein. Bekanntlich hat gerade die Bildungsrechtsprechung – insbesondere in Zusammenhang mit der Anwendung des Instituts der Unionsbürgerschaft – zum Vorwurf geführt, der *EuGH* judiziere ultra vires[22]. Es ist wohl kein Zufall, dass der österreichische Bundeskanzler *Wolfgang Schüssel* gleich zu Beginn der österreichischen EU-Ratspräsidentschaft ein Vorhaben präsentiert hat, das international aufhorchen ließ: Die Reichweite und die Grenzen der EuGH-Rechtsprechung sollten aufgezeigt und diskutiert werden. Diese Problematik muss freilich sehr vorsichtig und differenziert angegangen werden. Nicht Nabelschau und nationale Überheblichkeit sind angesagt[23], sondern es müssen jene Schnittstellen offengelegt werden, an denen der *EuGH* den europäischen Verfassungskompromiss überzustrapazieren droht oder sich bereits eine pure Rechtsetzungsgewalt arrogiert hat. Dies soll kein Plädoyer dafür sein, den *EuGH* an die Kandare zu nehmen und seine bisherige Rolle im Verfassungssystem der Europäischen Union völlig neu zu definieren. Eine ausgeprägte dynamische Komponente, die weit über jene nationaler Höchstgerichte in der Europäischen Union hinausreicht, ist der Rechtsprechungsgewalt des *EuGH* zweifelsohne schon von den Verträgen grundgelegt worden. Die Wahrnehmung dieser Lückenschließungs- und Rechtsfortbildungskompetenz[24] ist nicht nur erlaubt, sondern erwünscht. Die Hemmung dieses Prozesses würde nicht nur zu einem Stillstand in einer auf Veränderung ausgerichteten Union führen. Sie würde vielmehr sogar die Existenzgrundlage dieses Konstrukts in Frage stellen, das in seiner schwerpunktmäßigen Ausrichtung auf wirtschaftliche Sachverhalte notgedrungenermaßen von einer größeren Adaptierungsdynamik gekennzeichnet sein muss als die von einer weit größeren Beharrungskraft gekennzeichneten staatlichen Systeme. Der über die Rechtsprechung erweiterungsfähige Anwendungsraum der positiven Gemeinschaftsnorm ist aber nicht unbegrenzt. Dann, wenn dieser der europäischen Entwicklungsdynamik vorgezeichnete Raum verlassen wird, wird gut gemeinter prätorischer Aktivismus kontraproduktiv, da er die Grundfeste des gemeinschaftsrechtlichen Konsenses erschüttert. Damit besteht aber die Gefahr, dass das dynamische Element an sich hinterfragt wird und Forderungen laut werden, dem *EuGH* ein Korsett zu verpassen, das dieses Gericht funktional einem nationalen Verfassungsgericht annähern soll. Gerade wenn die weitere Entwicklungsfähigkeit der Gemeinschaft nicht an sich gefährdet werden soll, ist also sicherzustellen, dass der *EuGH* die ihm zugedachte Steuerungsfähigkeit behält, gleichzeitig aber diesbezüglich maßzuhalten weiß.

Wie dies geschehen könnte, in welcher Form die viel behandelte Frage, wer über den Richter zu urteilen habe, zu lösen sei, kann hier nicht im Detail thematisiert werden. Einen ganz wichtigen Beitrag dazu kann aber ein Instrument liefern, das im internationalen Recht ob seiner Wirksamkeit hinreichend erprobt ist: die Schaffung von Transparenz und die offene Diskussion der Problematik. Wenn auf diesem Wege eine Abgrenzung gemeinschaftlicher und mitgliedstaatlicher Kompetenzen in dem hier relevanten Bereich erzielt werden kann, dann könnte letztlich aus einem gemeinschaftsrechtswidrigen Verhalten ein Anstoß für eine Sanierung einer Fehlentwicklung – von ganz anderer Dimension – ausgehen. In diesem Sinne ist die hier behandelte Quotenregelung – möglicherweise jenseits der Intention ihrer Urheber – durchaus differenziert zu sehen.

---

19) So wurde letzthin die treffende Wendung von der „Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystem" benutzt. Vgl. *F. Sander*, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, in: DVBl 2005, 1014.

20) Für eine kritische Analyse dieser Entwicklung vgl. *K. Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den *EuGH*?, in: NJW 2004, 2185.

21) Vgl. *P. Hilpold* (Fußn. 1).

22) Ibid.

23) Vgl. *U. Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, in: 55 JuristenZeitung 2000, S. 217–268 (217).

24) Vgl. dazu jüngst auch *Ch. Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, in: NJW 2005, 929.