

Astrid Epiney / Sophia Rovelli

**Verfassungsrechtliche Vorgaben für die
Selektion von Studierenden für ein
Medizinstudium**

2020

Cahiers fribourgeois de droit européen no 27
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 27

**Verfassungsrechtliche Vorgaben für die
Selektion von Studierenden für ein
Medizinstudium**

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

Sophia Rovelli, Mlaw

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doct-rants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www3.unifr.ch/ius/euroinstitut

November 2020

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
§ 1 Einleitung und Problemstellung.....	2
§ 2 Der EMS – Hintergrund und Funktion.....	5
§ 3 Verfassungsrechtliche Vorgaben in Bezug auf die Selektion von Studierenden für ein Medizinstudium.....	8
I. Allgemeines.....	8
1. Grundrechte	9
a) Recht auf Bildung.....	9
b) Wirtschaftsfreiheit	10
c) Persönliche Freiheit	11
d) Fazit	11
2. Verhältnismässigkeitsprinzip.....	12
3. Treu und Glauben	12
4. Gleichheitssatz.....	12
5. Willkürverbot	14
6. Gesetzliche Grundlage.....	15
II. Zur Zulässigkeit eines «Losverfahrens».....	15
1. Verhältnismässigkeit	16
a) Eignung.....	17
b) Erforderlichkeit.....	18
c) Verhältnismässigkeit i.e.S.	22
2. Gleichbehandlungsgebot	24
3. Treu und Glauben	27
4. Willkürverbot	27
5. Gesetzliche Grundlage.....	29
6. Fazit	29
III. Zur Zulässigkeit des Abstellens auf die Ergebnisse der Matura.....	30
1. Verhältnismässigkeit	31
a) Eignung.....	32
b) Erforderlichkeit.....	35

c) Verhältnismässigkeit i.e.S.	35
2. Gleichbehandlungsgebot	36
3. Treu und Glauben	38
4. Willkürverbot	40
5. Gesetzliche Grundlage.....	40
6. Fazit	41
IV. Zur «Absenkung» der materiell-rechtlichen Anforderungen in einer Notsituation	42
 § 4 Zusammenfassung und Fazit	46
 Literaturverzeichnis	48
 Materialien	50
 Abkürzungsverzeichnis	51

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasserinnen im Frühjahr 2020 im Auftrag des SBFI erstellten. Inhaltlich handelt es sich um eine unabhängige Arbeit: Die Verfasserinnen wurden um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Dabei wurde die zu klärende Rechtsfrage wie folgt formuliert:

„Das Rechtsgutachten soll ausgewählte verfassungsrechtliche Fragen klären, welche sich im Zusammenhang mit der Selektion von Studierenden für ein Medizinstudium in einer Konstellation stellen, in welcher aufgrund von behördlichen Massnahmen der ‘reguläre’ EMS-Test (für die Universitäten in der Deutschschweiz unter Einschluss von Freiburg) nicht stattfinden kann. Erörtert werden soll insbesondere die Frage, ob ein Losverfahren (ggf. kombiniert mit gewissen Kontingenten für die Kantone in Abhängigkeit von der ‘Erfolgsquote’ ihrer Maturandinnen und Maturanden in den Tests der vergangenen Jahre) aus verfassungsrechtlicher Sicht zumindest in der derzeitigen besonderen Situation rund um die Einschränkungen im Hinblick auf den Gesundheitsschutz der Bevölkerung im Zusammenhang mit dem Coronavirus COVID-19 zulässig sein könnte, dies ggf. unter welchen Voraussetzungen. Auch soll geprüft werden, ob ein Abstellen auf die Maturitätsnote zulässig wäre.“

Das Gutachten wurde im April 2020 fertig gestellt. Inzwischen wurden die gesetzlichen Vorgaben betreffend die Schutzmassnahmen zur Verhinderung der Verbreitung des sog. Coronavirus modifiziert. Mit Blick auf die bessere Lesbarkeit der Ausführungen wurde gleichwohl darauf verzichtet, das Präteritum zu verwenden, soweit es um nicht mehr geltende rechtliche Vorgaben geht. Auch ansonsten wurden in Bezug auf die sich inzwischen geänderte epidemiologische Situation keine Aktualisierungen vorgenommen. Im Übrigen wurde der EMS inzwischen – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens – Anfang Juli 2020 erfolgreich durchgeführt, was zur Zeit seiner Erstellung noch nicht vorhersehbar war, da die diesbezüglichen Entscheidungen der hierfür zuständigen Organe noch ausstanden. Vor diesem Hintergrund ist der nachfolgende Text in Bezug auf die tatbestandlichen und rechtlichen Grundlagen seiner Erstellung auf dem Stand von April 2020. Die erörterten Fragen in Bezug auf die grundsätzliche Problematik der Art und Weise der Selektion von Studienbewerbern für Medizin sind aber von grundsätzlicher Bedeutung und können sich in anderem Zusammenhang wieder in ähnlicher Weise stellen.

Dem SBFI, insbesondere der Abteilung Hochschulen, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die angenehme Zusammenarbeit gedankt.

§ 1 Einleitung und Problemstellung

1. Im Dezember 2019 wurden in China die ersten durch das **Coronavirus** ausgelösten Krankheitsfälle verzeichnet. Das neuartige Virus verbreitete sich rasch, und am 25. Februar 2020 wurde auch in der Schweiz die erste Person positiv auf das Coronavirus getestet.¹ Daraufhin ordnete der Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 des Epidemiegesetzes² erste Massnahmen an. Weitere folgten, und am 13. März 2020 wurde die COVID-19-Verordnung 2³ erlassen.⁴ Diese gilt voraussichtlich bis mindestens am 26. April 2020 und sieht verschiedene Massnahmen zur Eindämmung des Virus vor. Einer raschen Ausbreitung des Coronavirus soll entgegen gewirkt, die Ansteckungen verlangsamt und die Fallzahlen verringert werden. Eine Überlastung der Infrastruktur soll damit verhindert, eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung durch die Spitäler sichergestellt und besonders gefährdete Personengruppen geschützt werden.⁵ Für eine Verzögerung der Ansteckungsfälle mit COVID-19 wird – neben rigiden Hygiene- und Sicherheitsmassnahmen – das *social distancing* als effektivste Massnahme angesehen. *Social distancing* kann Neuansteckungen verhindern, denn diese geschehen meist aufgrund engen und längeren Kontaktes mit einer infizierten Person. Die Ansteckungsgefahr besteht also vor allem bei Begegnungen, die mit weniger als zwei Metern Abstand stattfinden und die länger als 15 Minuten dauern.⁶ Grosse Menschenversammlungen stellen deshalb das grösste Risiko für die Übertragung des Virus dar.⁷

2. Vor diesem Hintergrund verbietet die COVID-19-Verordnung 2 **Menschenansammlungen** im öffentlichen Raum von mehr als 5 Personen; zusätzlich ist zwischen den Personen ein Mindestabstand von zwei Metern einzuhalten.⁸ Die Verordnung verbietet zudem **öffentliche und private Veranstaltungen**, und auch alle öffentlich zugänglichen Einrichtungen sind grundsätzlich zu schliessen.⁹ Einschränkungen für das Bildungswesen sind vorgesehen: Präsenzveranstaltungen an Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten dürfen nicht durchgeführt werden.¹⁰ Vom Verbot ausgenommen sind bereits geplante Prüfungstermine. Die Prüfungen sind jedoch unter Einhaltung geeigneter Schutzmassnahmen abzunehmen.¹¹

3. Für die **Zulassung zum Medizinstudium** an den Universitäten Basel, Bern, Zürich, Freiburg, Tessin sowie der ETH Zürich wird jährlich ein schriftlicher **Eignungstest (EMS)**

¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-78233.html>.

² Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012, SR 818.101.

³ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020, SR 818.101.24.

⁴ S. auch Erläuterung zur COVID-19-Verordnung 2, 1.

⁵ Art. 1 COVID-19-Verordnung 2; Erläuterung zur COVID-19-Verordnung 2, 1.

⁶ Erläuterung zur COVID-19-Verordnung 2, 1.

⁷ Erläuterung zur COVID-19-Verordnung 2, 1.

⁸ Art. 7c Abs. 1, 2 COVID-19-Verordnung 2.

⁹ Art. 6 COVID-19-Verordnung 2.

¹⁰ Art. 5 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2.

¹¹ Art. 5 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2.

durchgeführt;¹² 2019 nahmen schweizweit über 3800 Personen daran teil.¹³ Die Anmeldefrist für die Teilnahme am EMS vom 3. Juli 2020 läuft bis zum 19. Mai 2020. Auch dieses Jahr ist mit rund 4000 Testteilnehmenden zu rechnen. Das Prüfungsdatum fällt im Moment nicht in den Zeitraum der COVID-19-Verordnung 2; zudem sieht Art. 5 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 – wie erwähnt – vor, dass bereits geplante bzw. terminierte Prüfungstermine unter Einhaltung geeigneter Schutzmassnahmen durchgeführt werden dürfen. Daher ist es beim derzeitigen Stand der Dinge durchaus möglich, dass der Test wie geplant (ggf. mit gewissen organisatorischen und sonstigen Vorkehrungen) am 3. Juli 2020 stattfinden kann. Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, wie bei einer allfälligen Verlängerung der beschlossenen Massnahmen des Bundesrates¹⁴ mit dem Eignungstest zu verfahren ist bzw. ob **alternative Verfahren für die Auswahl der Studienanfänger** in (Human-) Medizin in Betracht kommen. Denn zum einen ist die Entwicklung der Pandemie nur schwer vorauszusehen, so dass die behördlichen Massnahmen auch verschärft werden könnten. Zum anderen könnte auch aus sonstigen Gründen (z.B. solchen der Opportunität oder «politischen» Akzeptanz) auf eine Durchführung des Tests – welcher doch in Bezug auf die Teilnehmerzahl beachtliche Dimensionen aufweist – am 3. Juli 2020 verzichtet werden, zumal eine Einhaltung der derzeit geltenden Schutzmassnahmen *a priori* auf gewisse Schwierigkeiten stossen könnte.

4. Bei anhaltender Pandemie stehen insbesondere **zwei Rückfallszenarien** zur Debatte. Beide Szenarien gehen davon aus, dass zunächst auf der Basis der **kantonalen EMS-Erfolgsquoten** der Testteilnehmenden aus vergangenen Jahren (für die einzelnen medizinischen Studienrichtungen) pro Kanton eine Quote an Studienplätzen ermittelt wird. In einem zweiten Schritt werden diese Quoten dann innerkantonale verteilt:

- Erstens könnte innerhalb der Kantone ein **Losverfahren** durchgeführt werden, um die Studienplätze zu verteilen. Daran anschliessend würde unter den Personen, die einen Studienplatz erhalten haben, der Studienort ausgelost.
- Zweitens könnte die innerkantonale Zuteilung aufgrund der **Maturanoten** erfolgen. Im Einzelnen wäre die **Berechnung** (z.B. Einbezug der Noten aus den vergangenen Jahren, Berücksichtigung des Maturaprofils, ggf. Einbezug des Umstands, dass in gewissen Kantonen aufgrund der Pandemie keine eigentlichen Maturaprüfungen stattfinden, etc.) zu präzisieren. Auch die Verteilung auf die Studienorte würde in Abhängigkeit der Maturanoten erfolgen, wobei auch hier entsprechende Berechnungen etc. anzustellen wären, die auch die Einschränkungen der gesamtschweizerischen Vergleichbarkeit der Maturitätsnoten berücksichtigen müssten.

¹² <https://www.swissuniversities.ch/service/anmeldung-zum-medizinstudium>.

¹³ SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 6. S. für 2020 die Angaben unter https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Lehre/Medizin/Tabelle_Anmeldezahlen_de_01.pdf.

¹⁴ Vgl. insoweit GEISSBÜHLER, Jusletter 30. März 2020, 2.

5. Dies soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, diese Szenarien – wobei jeweils die Problematik der Auswahl der Studierenden (und weniger diejenige ihrer Verteilung auf die verschiedenen Studienorte) im Vordergrund steht – mit Blick auf ausgewählte **verfassungsrechtliche Fragen** zu analysieren. M.a.W. geht es darum, ob ein derartiges Losverfahren oder ein Abstellen auf die Maturanoten im Zusammenhang mit einer Zulassungsbeschränkung zu medizinischen Studiengängen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht bzw. stehen könnte (§ 3), dies auf der Grundlage einer Skizzierung des Eignungstests für die Zulassung zum Medizinstudium (§ 2). Die Untersuchung schliesst mit einer kurzen Zusammenfassung und einem Fazit (§ 4).

§ 2 Der EMS – Hintergrund und Funktion

6. Grundsätzlich ermöglicht eine **eigenössisch anerkannte Matura** den Zugang zu schweizerischen Universitäten und deren Bildungsangebot.¹⁵ Eine Ausnahme bilden insbesondere die **medizinischen Studienfächer**, bei welchen ein *Numerus Clausus* zur Anwendung kommt und somit eine zahlenmässige Beschränkung der Studienanwärter besteht.¹⁶

Die Anzahl der zur Verfügung gestellten Studienplätze gründet auf einer politischen Entscheidung¹⁷ und ist letztlich vor dem Hintergrund der **hohen Kosten des Medizinstudiums**¹⁸ sowie des Umstands, dass – selbst bei Erhöhung der Studienkapazitäten – die Berücksichtigung aller Studienbewerber aufgrund **begrenzter Kapazitäten in den Spitälern**, in denen der praktische Teil des Studiums zu absolvieren ist, nicht realisierbar wäre.¹⁹ Der Entscheid der Zulassungsbeschränkung ist somit letztlich auf die beschränkten Ausbildungsressourcen und die begrenzte Anzahl von praxisbezogenen Ausbildungsplätzen zurückzuführen.

Die Selektion der Studienanwärter wird an den verschiedenen universitären Hochschulen auf unterschiedliche Weise durchgeführt: An den Universitäten Genf, Lausanne und Neuenburg sind für die Selektion der Studierenden die Resultate des ersten Studienjahres massgebend.²⁰ Interessenten für ein Medizinstudium an den Universitäten Basel, Bern, Freiburg, Tessin, Zürich und der ETHZ haben für die Zulassung hingegen einen Eignungstest, den in dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden **Eignungstest (EMS)**, zu absolvieren.²¹ Für das Studium der Humanmedizin wurde der Eignungstest 1998 eingeführt,²² die entsprechenden Tests für die Studiengänge der Veterinärmedizin, Zahnmedizin und der Chiropraktik folgten.²³ 2019 erhielten 37 % der am Test Teilnehmenden einen Studienplatz in Humanmedizin.²⁴ Trotz der zahlenmässig limitierten Anzahl der in der Schweiz ausgebildeten Ärzte und Ärztinnen wird die Versorgungsqualität sowie die Ärztedichte in der Schweiz (im internationalen Vergleich) als hoch angesehen.²⁵

7. Insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Kosten des Medizinstudiums aufgrund der klinischen Ausbildung erachtet das Bundesgericht eine **Zulassungsbeschränkung für das Medizinstudium als verfassungskonform**.²⁶

8. Das **Ziel des Eignungstestes** besteht darin, die beschränkten Ressourcen möglichst optimal einzusetzen, indem diejenigen Personen zum Studium zugelassen werden, bei denen zu

¹⁵ SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 9.

¹⁶ S. insoweit auch ZENGER, ZSR 1983, 1 (7).

¹⁷ SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 7.

¹⁸ BGE 125 I 173 E. 6.c. Während die Kosten der ersten beiden Jahre mit den naturwissenschaftlichen Studien vergleichbar sind, steigen sie während der Ausbildung im Spitalumfeld an, vgl. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 6.

¹⁹ HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 10; SWIR, Bericht Zulassungsverfahren.

²⁰ 70% der Studierenden bestehen das erste Jahr nicht. S. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 6.

²¹ HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 10; SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 6; <https://www.swissuniversities.ch/service/anmeldung-zum-medizinstudium/eignungstest>.

²² SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 6.

²³ SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 7.

²⁴ SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 10 ff.

²⁵ SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 5.

²⁶ BGE 125 I 173 E. 6.c.

erwarten ist, dass sie das Studium (mit guten Noten) innerhalb einer angemessenen Frist abschliessen und so auch die Ressourcen der Hochschulen wieder freigeben.²⁷ Der EMS soll keine Konkurrenz zum Maturitätszeugnis bilden und prüft auch kein spezifisches Fachwissen, sondern ist auf die Prüfung der Fähigkeiten zur Wissensaneignung und Problemlösung angelegt. Er beinhaltet verschiedene Aufgaben, die kognitive Fähigkeiten (logisches Denken, Gedächtnis, Arbeitstempo, räumliches Vorstellungsvermögen, Textverständnis) und den Umgang mit mathematischen Formeln testen, und er ist damit nur bedingt trainierbar.²⁸

9. Einschlägige Studien konnten belegen, dass der EMS-Wert **verlässliche Rückschlüsse** auf den Studienerfolg zulässt und das angestrebte Ziel (die Selektion derjenigen Studienanwärter, die am besten für das Medizinstudium geeignet sind) somit zumindest weitgehend erreicht werden kann.²⁹

Nur wenige derjenigen Studierenden, welche diese Vorselektion durchlaufen haben, scheitern nach dem ersten Studienjahr. Ein hoher EMS-Wert indiziert somit einen Studienerfolg und reduziert die Gefahr eines vorzeitigen Abbruchs.³⁰ Personen mit niedrigen Testresultaten studieren länger und haben vergleichsweise schlechtere Noten.³¹ Der Test erwies sich als geeignet, um schwachen Bewerbern die Zulassung zum Medizinstudium zu verwehren.³²

10. Wie bereits erwähnt,³³ wird nicht an allen universitären Hochschulen ein Eignungstest durchgeführt. Die **Kompetenz für die Bildung auf Hochschulniveau** und damit auch für das Angebot eines Medizinstudiums, liegt grundsätzlich – sieht man von den beiden Eidgenössischen Technischen Hochschulen ab – bei den Kantonen.³⁴ Auch in der aktuellen Situation – da die COVID-19-Verordnung 2 nichts Anderweitiges vorschreibt – bleibt die Kompetenz im Bereich des Hochschulwesens bei den Kantonen.³⁵

Der Bund hat im Bereich des Hochschulwesens lediglich eine subsidiäre Bundeskompetenz,³⁶ ist aber selbständiger Hochschulträger der beiden Eidgenössischen Technischen Hochschulen.³⁷ Durch die Bundesverfassung sind **Bund und Kantone** zur **Koordination** und Gewährleistung der Qualität des schweizerischen Hochschulwesens verpflichtet.³⁸ Sowohl der Bund als auch die Kantone haben Rücksicht auf die Autonomie der

²⁷ HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 20.

²⁸ SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 28. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 7. Nicht kognitive Fähigkeiten sind schwer messbar, vgl. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 10.

²⁹ S. insoweit SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 28.

³⁰ <https://www3.unifr.ch/ztd/ems/index.html>.

³¹ HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 20.

³² SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 20 ff. Der Bericht untersuchte unterschiedliche Zulassungsverfahren auf ihre Legitimität, Adäquanz, Kosteneffizienz und systematische Auswirkung. Zu bemerken ist allerdings, dass auch möglicherweise erfolgreiche Anwärter durch den EMS an einer Studienaufnahme gehindert werden, da die Kapazitäten nicht für alle (potentiell) erfolgreichen Anwärter ausreichen.

³³ N 6.

³⁴ SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 5; HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 3.

³⁵ Art. 1a COVID-19-Verordnung 2.

³⁶ Art. 63a Abs. 5 BV; vgl. auch HÄNNI, BSK-BV, Art. 63a N 38 ff.

³⁷ Art. 63a Abs. 1 BV.

³⁸ Art. 63a Abs. 3 BV. S. Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG). Der Zugang zu Hochschulen wird nicht von Art. 63a Abs.

Hochschulen zu nehmen und die Gleichbehandlung von Institutionen mit gleichen Aufgaben zu gewährleisten.³⁹

11. Für die Zulassungsbeschränkung zu medizinischen Studien ist demnach – abgesehen von den Studiengängen an den beiden Eidgenössischen Technischen Hochschulen – grundsätzlich das **kantonale Recht** massgebend.⁴⁰

Am Beispiel des Kantons Bern soll kurz auf die gesetzlichen Grundlagen eingegangen werden:⁴¹ Art. 29c UniG⁴² sieht die Möglichkeit von Zulassungsbeschränkungen für gewisse Studiengänge vor. Der Studiengang der Medizin kann zahlenmässig beschränkt werden, sofern (a) die Universität geeignete Massnahmen zur Vermeidung von Beschränkungen ergriffen hat, (b) die Ressourcen des Kantons und der Universität eine Verbesserung der Aufnahmefähigkeit nicht zulassen, (c) ein ordnungsgemässes Studium nicht mehr sichergestellt werden kann und (d) die Koordination mit den anderen Universitäten gewährleistet ist. Die Beschränkungen dürfen nur so lange dauern und nur so weit gehen, wie erforderlich.⁴³ Bei einer Zulassungsbeschränkung entscheidet gemäss Art. 29d UniG die Eignung über die Zulassung der Studienanwärter.⁴⁴ Die genauere Regelung des fachbezogenen Eignungsverfahrens wird an den Regierungsrat delegiert.⁴⁵ Als Eignungsverfahren sieht Art. 19 UniV Bern einen Eignungstest vor. Die Studienplätze sind gestützt auf die Testergebnisse zuzuteilen,⁴⁶ und der entsprechende Zulassungsentscheid hat als Verfügung zu erfolgen.⁴⁷

12. Trotz dieser Massgeblichkeit des kantonalen Rechts ist insbesondere in diesem Bereich **die Koordinationsfunktion der Schweizerischen Hochschulkonferenz** hervorzuheben: Nach Art. 10 Abs. 1 HFKG sorgt die Schweizerische Hochschulkonferenz (SHK), die in dieser Bestimmung als das «oberste hochschulpolitische Organ der Schweiz» bezeichnet wird, für die «gesamtschweizerische Koordination der Tätigkeiten von Bund und Kantonen im Hochschul-

5 BV erfasst, sondern fällt unter Art. 62 BV, vgl. EHRENZELLER/SAHLFELD, SG-Komm., Art. 63a N 48. Die Schweizerische Hochschulkonferenz (SHK) nimmt eine koordinierende Aufgabe wahr. Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 23. Juni 2006, SR 811.11, legt die Lernziele für diesen Sektor fest, vgl. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 5.

³⁹ HÄNNI, BSK-BV, Art. 63a N 4. S. ansonsten im Einzelnen zur «Bildungsverfassung» und den entsprechenden Vorgaben EPINEY/KERN, Zur Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs, *passim*.

⁴⁰ BGE 121 I 22 E. 4a.

⁴¹ Die gesetzlichen Grundlagen in den anderen Kantonen sind weitgehend vergleichbar. S. HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 4.

⁴² Gesetz über die Universität (UniG) vom 05.09.1996, Kanton Bern.

⁴³ Art. 29c Abs. 2 UniG Bern.

⁴⁴ S. auch die parallelen Vorschriften in § 14 Abs. 4 UniG Zürich und Art. 16a Abs. 4 ETH-Gesetz. § 13 Grossratsbeschluss betreffend Staatsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel vom 13. Dezember 2006, SG 442.400, sieht ebenfalls eine Entscheidung basierend auf der Eignung vor, es können aber zusätzliche Kriterien beigezogen werden. Gemäss Art. 24 Abs. 3 des Universitätsgesetzes des Kantons Freiburg ist die Eignung zum Studium in den betreffenden Fächern zu berücksichtigen.

⁴⁵ Art. 29d Abs. 4 UniG Bern. Für die andere universitären Hochschulen s. Art. 16a Abs. 4 ETH-Gesetz, Art. 24 Abs. 3 Gesetz über die Universität Kanton Freiburg, § 14 UniG Zürich, § 13 Abs. 3 Grossratsbeschluss betreffend Staatsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel.

⁴⁶ Art. 21 UniV Bern.

⁴⁷ Art. 25 UniV Bern.

bereich». **12 Abs. 3 lit. g HFKG** erwähnt spezifisch – im Zusammenhang mit der Zusammenarbeitsvereinbarung – die «Koordination der allenfalls erforderlichen Beschränkung des Zugangs zu einzelnen Studiengängen».

Gestützt auf diese Bestimmung beschloss der Hochschulrat im Mai 2017, die Ausrichtung und Durchführung des Selektionsverfahrens für das Medizinstudium weiterhin mittels des EMS weiterzuführen, und das ZTD wurde mit der Durchführung des EMS beauftragt. Zudem erlässt der Hochschulrat auf dieser Grundlage jährlich auf der Basis der ihm von swissuniversities jeweils im Herbst gemeldeten Aufnahmekapazitäten und den Anmeldezahlen im Februar (für das Studienjahr 2020/21 erfolgte der Beschluss des Hochschulrats an der Sitzung vom 27.2.2020), die «Empfehlung» an die entsprechenden Trägerschaften zur Durchführung des EMS für die Zulassungsbeschränkung.⁴⁸ Letztlich obliegt damit die **Entscheidung über die Art und Weise der Durchführung des EMS** bzw. über den **Rückgriff auf ein Alternativszenario** bei der **Schweizerischen Hochschulkonferenz**, auch wenn die gesetzlichen Grundlagen für die Zulassungsbeschränkungen (für die kantonalen Universitäten) im kantonalen Recht verankert sind.

§ 3 **Verfassungsrechtliche Vorgaben in Bezug auf die Selektion von Studierenden für ein Medizinstudium**

13. Im nachfolgenden Abschnitt soll zunächst in allgemeiner Form auf die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** in Bezug auf die **Selektion von Studienanwärtern** für das Medizinstudium eingegangen werden, wobei der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der Vereinbarkeit einer Zulassungsbeschränkung für das Hochschulstudium und der Verfassung besondere Beachtung geschenkt wird (I.). Anschliessend soll der abgesteckte Rechtsrahmen auf die eingangs skizzierten⁴⁹ alternativen Selektionsszenarios – nämlich ein **innerkantonales Losverfahren** oder ein Rückgriff auf die **Maturanoten** (mit gewissen Anpassungen bei der Berechnung) für die Verteilung der verfügbaren Studienplätze, wobei die kantonalen «Quoten» anhand der kantonalen EMS-Erfolgsquoten aus den Vorjahren berechnet werden – übertragen bzw. angewandt und somit nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Alternativszenarios gefragt werden (II., III.). Schliesslich wird aufgrund der aktuellen Situation der Pandemie geprüft, ob in einer «**Notlage**» die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Zulassungsbeschränkungen herabgesetzt werden könnten (IV.).

I. Allgemeines

14. Ein **demokratischer Rechtsstaat** zeichnet sich durch unabdingbare «Strukturprinzipien» aus. So ist aus formeller Sicht für staatliches Handeln eine gesetzliche Grundlage, welche grundsätzlich in einem demokratischen Gesetzgebungsprozess erlassen wurde, nötig (6.). Zudem hat der Staat in materieller Hinsicht die Grundrechte des Einzelnen (1.) sowie eine Reihe weiterer rechtsstaatlicher Grundsätze und Vorgaben – wobei in unserem Zusammenhang die

⁴⁸ Cf. <https://www.swissuniversities.ch/>.

⁴⁹ N 3 f.

Verhältnismässigkeit (2.), der Grundsatz von Treu und Glauben (3.), der Gleichheitssatz (4.) und das Willkürverbot (5.) von besonderem Interesse sind – zu achten. Der Einzelne kann sich gegenüber dem Staat auf die rechtstaatlichen Garantien berufen.⁵⁰

Nachfolgend geht es lediglich darum, einen **kurzen Überblick** über die in unserem Zusammenhang relevanten verfassungsrechtlichen Vorgaben zu geben, dies mit Blick auf die in § 3 II. und III. erfolgende Analyse der Verfassungsmässigkeit der Zulassung zum Medizinstudium aufgrund eines Losverfahrens bzw. der Maturitätsnoten. Insofern wird nicht der Anspruch erhoben, die sich hier stellenden verfassungsrechtlichen Fragen umfassend zu erörtern;⁵¹ vielmehr soll die rechtliche Tragweite dieser Grundsätze nur (aber immerhin) ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichts überblicksartig dargestellt werden.

1. Grundrechte

15. Die Grundrechte sind Ausdruck des **Rechtsstaatsprinzips im materiellen Sinn**.⁵² Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und hat zu ihrer Verwirklichung beizutragen.⁵³ So haben auch kantonale Behörden die Grundrechte zu beachten.⁵⁴ Gestützt auf die Verfassung können Grundrechte unmittelbar geltend gemacht werden.⁵⁵ Im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung interessiert insbesondere die Frage, ob ein **grundrechtlich begründeter Anspruch auf ein Hochschulstudium** und damit auf eine Zulassung zum Medizinstudium besteht. Ein solcher könnte sich aus dem Recht auf Bildung (a), der Wirtschaftsfreiheit (b) und / oder dem Recht auf persönliche Freiheit (c) ableiten lassen.

a) Recht auf Bildung

16. Das Recht auf Bildung gehört zur Gruppe der **Sozialrechte**. Auf internationaler Ebene vermitteln Art. 13 Abs. 1 UNO Pakt I⁵⁶ und Art. 2 ZP1/EMRK⁵⁷ einen Anspruch auf freien und gleichberechtigten Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen.⁵⁸ Weiter hat die Zulassung zum Hochschulstudium gemäss Art. 13 Abs. 2c UNO Pakt I der Fähigkeit entsprechend zu erfolgen.

17. Gemäss der Rechtsprechung des EGMR besteht der Anspruch aber nur betreffend den Zugang zu bereits **bestehenden Bildungsinstitutionen und Angeboten**.⁵⁹ Der Einzelne hat

⁵⁰ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 13.

⁵¹ Insoweit sei insbesondere auf die einschlägige Kommentarliteratur und die dortigen Nachweise verwiesen.

⁵² S., m.w.N., EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 21.

⁵³ Art. 35 Abs. 2 BV.

⁵⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 4 N 52.

⁵⁵ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 5 N 10; § 7 N 7 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 4 N 1.

⁵⁶ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

⁵⁷ ZP1/EMRK ist für die Schweiz nicht verbindlich, kann aber als Auslegungshilfe beigezogen werden. BGer, 2C_1005/2018 vom 22. August 2019, E. 5.3.

⁵⁸ Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, N 13.13.

⁵⁹ EGMR, Rs. 43370/04, 8252/05 und 18454/06 (Catan and Others v. Moldova and Russia), Ziff. 137.

demnach bei einer beschränkten Anzahl von Studienplätzen keinen Anspruch auf ein zusätzliches Angebot.⁶⁰ So ist der rechtsgleiche Zugang bei über den obligatorischen Schulunterricht hinausgehenden Angeboten nur geschützt, wenn die Zulassungsanforderungen erfüllt sind. Spezielle Bedingungen für die Aufnahme an eine Hochschule – eine vorgängige Schulbildung oder das Ablegen einer Aufnahmeprüfung – sind zulässig.⁶¹

18. In der **Schweiz** besteht nur auf den **Grundschulunterricht** ein **grundrechtlicher Anspruch**.⁶² Art. 41 Abs. 1 f BV fordert zwar die Ermöglichung einer beruflichen Aus- und Weiterbildung. Aus diesem Sozialziel kann aber gemäss Art. 41 Abs. 4 BV kein unmittelbarer Anspruch auf staatliche Leistungen abgeleitet werden.⁶³ Die **Rechtsgleichheit** erhält als Garantie bei Sozialzielen eine erhöhte Bedeutung, da es um die sachgerechte Verteilung knapper Güter in Form von Leistungen des Staates geht.⁶⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht auch **kein ungeschriebenes Recht auf weiterführende Ausbildung**.⁶⁵ Dieses Begehren wurde in den 70er Jahren in einer Volksabstimmung abgelehnt.⁶⁶ Kantonale Verfassungen können weitergehende Grundrechte als die in der BV verankerten vorsehen; so sieht zum Beispiel die Kantonsverfassung Zürich ein Recht auf Bildung, welches einen Anspruch auf den Besuch einer Mittel- und Hochschule beinhaltet, vor.⁶⁷

b) Wirtschaftsfreiheit

19. Die **Berufswahlfreiheit** stellt einen **Teilgehalt** der Wirtschaftsfreiheit dar.⁶⁸ Lenkt der Staat die Berufswahl mithilfe von Zulassungsbeschränkungen, stellt dies eine Einschränkung dieser Freiheit dar.⁶⁹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beinhaltet die Wirtschaftsfreiheit zwar die freie Wahl der Ausbildung; jedoch gebe es keinen – über den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht hinausgehenden – grundrechtlichen Anspruch auf Zulassung zu Bildungsinstitutionen.⁷⁰ Das **Bundesgericht** verneinte – vor dem Hintergrund der Han-

⁶⁰ EGMR, Rs. 44774/98 (Leyla Sahin v. Turkey), Ziff. 137.

⁶¹ EGMR, Rs. 25851/09, 299284/09 und 64090/09 (Tarantino and Others v. Italy), Ziff. 43 ff und 55 f. S. auch KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, N 13.15.

⁶² Art. 19 BV.

⁶³ BGE 125 I 173 E. 3.c; RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (229); GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N 57. A.M. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 41 BV N 69 ff.

⁶⁴ WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (400).

⁶⁵ BGE 103 Ia 369 E. 4.a.

⁶⁶ Volksabstimmung vom 4. März 1973 (BB1 1972 I 421 ff.; 1973 I 1730). Kritisch, ZENGER, ZSR 1983, 1 (30 f.).

⁶⁷ Vgl. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 41 BV N 69.

⁶⁸ Art. 27 Abs. 2 BV.

⁶⁹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 31 N 37; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, N 1054.

⁷⁰ BGE 125 I 173 E. 3c; m.w.H. BGE 121 I 22 E. 2.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 31 N 37; BUCHER, ZStöR 2013, 164 (172).

dels- und Gewerbefreiheit – ein grundrechtlich verankertes Recht auf Zugang zu einem akademischen Studium.⁷¹ Es wurde jedoch anerkannt, dass der Staat auf dem Gebiet des Hochschulwesens eine faktische Monopolstellung innehat.⁷²

20. In der **Lehre** wird aber auch argumentiert, die Zulassung zu höheren Bildungsinstituten gelte als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit. Das Grundrecht könne dann aber durchaus – solange es nicht aufgrund wirtschaftlicher Bedarfslenkungen sei – eingeschränkt werden. So sei ein *Numerus Clausus* mit Blick auf das öffentliche Interesse an einer Verminderung der Gesundheitskosten wohl zu rechtfertigen.⁷³

c) **Persönliche Freiheit**

21. In seiner Rechtsprechung betont das **Bundesgericht**, dass die Möglichkeit, sich an einer Hochschule zu bilden, eine **Grundvoraussetzung** für die Verwirklichung von durch die Verfassung gewährleisteten Rechten und Teil einer freien und harmonischen **Entwicklung von Persönlichkeitsrechten** sei.⁷⁴ Die persönliche Freiheit verschaffe aber **keinen Anspruch auf eine staatliche Leistung** im Sinne eines freien Zugangs zu Universitäten.⁷⁵

d) **Fazit**

22. Aus der schweizerischen Bundesverfassung lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre **kein grundrechtlich geschützter Anspruch auf Hochschulbildung** entnehmen.⁷⁶ Somit stellt der *Numerus Clausus* für das Medizinstudium keine Einschränkung eines grundrechtlich geschützten Rechts dar.⁷⁷ Die Zugangsbeschränkungen für das Medizinstudium haben jedoch den Erfordernissen von **Art. 5, 8 und 9 BV** zu entsprechen.⁷⁸ Auf diese Erfordernisse soll im Weiteren eingegangen werden.

Selbst wenn man bezüglich des Bestehens eines grundrechtlichen Anspruchs auf Zugang zur Hochschulbildung mit Teilen der Lehre anderer Ansicht wäre (wofür durchaus bedenkenswerte Gründe geltend gemacht werden können, worauf im Rahmen dieser Untersuchung aber nicht eingegangen werden kann), wäre die grundsätzliche Beschränkung des Zugangs zum Medizinstudium angesichts der hohen Kosten der Ausbildung sowie der begrenzten Kapazitäten jedenfalls grundsätzlich einer den Anforderungen des Art. 36 BV genügenden Recht-

⁷¹ BGE 103 Ia 369 E. 4a; BGE 121 I 22 E.2; BUCHER, ZStöR 2013, 164 (172).

⁷² BGE 103 Ia 369 E. 7.d.bb).

⁷³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, N 1055 f.; RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (218); ZENGER, ZSR 1983, 37 ff. Ähnlich BVerfG, Urteil v. 18.07.1972, 1 BvL 32/70 BvL 25/71.

⁷⁴ BGE 103 Ia 369 E. 7.d.bb); kritisch ZENGER, ZSR 1983, 1 (6, 34 ff.).

⁷⁵ BGE 125 I 173 E. 3c; BGE 121 I 22 E. 2; BGE 114 Ia 216; BGE 121 I 22 E. 2.

⁷⁶ Auch Art. 63a BV vermittelt keinen Anspruch auf barrierefreien Zugang zu Bildungsinstitutionen.

⁷⁷ BGE 103 Ia 369 E. 4.d.

⁷⁸ S. für Art. 5 und 8 BV HÄNNI, BSK-BV, Art. 63a N 4.

fertigung zugänglich. Die hier zu beachtenden Schranken, insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip, decken sich denn auch mit den nachfolgend noch zu skizzierenden Vorgaben, ganz abgesehen davon, dass beim Zugang zu staatlichen Leistungen der noch zu erörternde Gleichheitssatz zu beachten ist.

2. Verhältnismässigkeitsprinzip

23. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist **Teil des Rechtsstaatsprinzips** und eine wesentliche Voraussetzung rechtstaatlichen Handelns.⁷⁹ Diese Anforderung ist ebenfalls bei Einschränkungen der Grundrechte zu beachten (Art. 36 Abs. 3 BV). Staatliches Handeln ist verhältnismässig, wenn es **geeignet, erforderlich** und **angemessen** (bzw. verhältnismässig i.e.S.) ist. Eine Handlung ist geeignet, wenn damit das Ziel erreicht wird oder ein Beitrag hierzu geleistet wird. Die Erforderlichkeit der Massnahme ist gegeben, wenn es kein milderes Mittel gibt, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Als angemessen gilt eine Massnahme, wenn der verfolgte Zweck und die durch die Massnahme erfolgte Beeinträchtigung der betroffenen Rechte oder Interessen nicht in einem Missverhältnis zueinander stehen.⁸⁰

Vor diesem Hintergrund hat sich eine Zulassungsbeschränkung zum Hochschulstudium unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Kapazitäten auf das erforderliche Mass zu begrenzen.⁸¹

3. Treu und Glauben

24. Der Grundsatz von **Treu und Glauben**, 5 Abs. 3 BV, ist in der gesamten Rechtsordnung gültig. **Art. 9 BV** verankert den Grundsatz nochmals als selbständigen und justiziablen Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat.⁸² Sämtliche Behörden sind an diesen Grundsatz gebunden.⁸³ Löst ein Handeln des Staates bei einem Einzelnen konkrete, berechtigte und schutzwürdige Erwartungen aus, die enttäuscht werden, hat der darauf Vertrauende so gestellt zu werden, wie er dies ursprünglich zu erwarten hatte. Im Einzelfall hat jeweils eine Interessensabwägung stattzufinden.⁸⁴

4. Gleichheitssatz

25. **Art. 8 Abs. 1 BV** enthält den **allgemeinen Gleichheitssatz**. Danach ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit zu behandeln. Eine rechtliche (Un)Gleichbehandlung muss an einen sachlichen oder vernünftigen Grund bzw. an erhebliche oder wesentliche tatsächliche Unterschiede anknüpfen.⁸⁵ Folglich

⁷⁹ Vgl. insoweit Art. 5 Abs. 2 BV.

⁸⁰ Vgl. nur, m.w.N., EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 70.

⁸¹ BVerfG, Urteil v. 18.07.1972, 1 BvL 32/70 und 25/71 N 78.

⁸² MÜLLER/SCHNEFFER, Grundrechte, 25, 31.

⁸³ MÜLLER/SCHNEFFER, Grundrechte, 26.

⁸⁴ TSCHENTSCHER, BSK-BV, Art. 9 N 15.

⁸⁵ WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (396).

enthält der Gleichheitssatz einerseits ein **Gleichbehandlungsgebot** und andererseits ein **Differenzierungsgebot**.⁸⁶ Das Rechtsgleichheitsgebot gilt sowohl für die Rechtsanwendung als auch für die Rechtssetzung.⁸⁷

26. Entscheidend für die Frage, ob den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes entsprochen wird, ist die **sachliche Begründbarkeit** der Gleichbehandlung beziehungsweise der Ungleichbehandlung;⁸⁸ dabei kann nicht generell-abstrakt definiert werden, welche Konstellationen gleich oder unterschiedlich zu behandeln sind. Die sachliche Begründung ist im Übrigen von einer Wertung abhängig.⁸⁹ Für diese Wertung sind Gerechtigkeitsvorstellungen der gesamten Rechts- und Staatsordnung beizuziehen. Die Wertung unterliegt einem zeitlichen und örtlichen Wandel und ist fortwährend zu überprüfen.⁹⁰ Das Erfordernis der Rechtsgleichheit wird unter anderem durch die Chancengleichheit als Staatsziel (Art. 3 Abs. 3 BV) und in Sozialzielen (Art. 41 BV) konkretisiert bzw. diese Ziele sind bei der Frage, ob der Gleichheitsgrundsatz beachtet wurde, gebührend zu berücksichtigen.⁹¹

27. Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung ist ein **selbständiges Grundrecht**.⁹² Es ist in der Lehre umstritten, ob die Einschränkungsvoraussetzungen von Art. 36 BV auf Art. 8 BV Anwendung finden.⁹³ Jedenfalls ist Art. 36 BV als Richtlinie beizuziehen.⁹⁴ So sind gewichtige Ungleichbehandlungen auf der Stufe eines formellen Gesetzes vorzusehen. Die sachliche Rechtfertigung ist eng mit dem Regelungsziel verbunden. Auch das Verhältnismässigkeitsprinzip ist letztlich zumindest im Ergebnis zu beachten.⁹⁵ Dem Gleichheitssatz kommt eine erhöhte Bedeutung zu, wenn staatliche Leistungen den existenziellen Lebensbereich der Bürger betreffen.⁹⁶

28. Der *Numerus Clausus*, der die Zulassung zu medizinischen Studiengängen beschränkt, stellt eine Massnahme dar, die stark in die Lebensgestaltung und in die berufliche Entfaltung Einzelner einwirkt. Es besteht deshalb für die **Differenzierungsparameter** eine **erhöhte Begründungspflicht**.

⁸⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 654; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 65; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 26; WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (396).

⁸⁷ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 8 N 9.

⁸⁸ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 655.

⁸⁹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 653; WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (396).

⁹⁰ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 67 f.; WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (396); MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 656 f.

⁹¹ WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 14; SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 8 BV N 32. Der EMS wurde auf die Chancengleichheit hin geprüft, s. SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 33 ff.

⁹² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 653.

⁹³ Für eine Übersicht der verschiedenen Lehrmeinungen WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (402 ff.); BIAGGINI, OFK-BV, Art. 8 N 16.

⁹⁴ EPINEY, BSK-BV, Art. 36 N 11; BIAGGINI, OFK-BV, Art. 8 N 16; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 35 ff.

⁹⁵ BIAGGINI, OFK-BV, Art. 8 N 16.

⁹⁶ S. RICHLI, ZBI 96/1995, 197 (215).

Ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahr 1995 befand: «Eine Besser- oder Schlechterstellung von Studienbewerbern darf lediglich dann erfolgen, wenn dabei auf ernsthafte, sachlich mit den zu regelnden Umständen in Beziehung stehende Gründe abgestellt wird.»⁹⁷ In der Lehre wird teilweise davon ausgegangen, dass die Eignung bei der Zulassungsbeschränkung für das Studium den einzigen zulässigen Anknüpfungspunkt darstellt.⁹⁸ Demgegenüber hat das Bundesgericht offen gelassen, welche Kriterien bei der Auswahl der Studienanwärter – neben der Eignung – noch hinzugezogen werden könnten.⁹⁹ Die blosse Einführung einer Kapazitätsgrenze eines Studiengangs verstösst hingegen jedenfalls nicht gegen die Rechtsgleichheit.¹⁰⁰ Die Rechtsgleichheit wird auch nicht verletzt, wenn für das Medizinstudium an einzelnen Universitäten eine Zulassungsbeschränkung besteht und an anderen nicht. Denn die Rechtsgleichheit ist nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs derselben Behörde bzw. desselben Hoheitsträgers zu beachten. Den Kantonen steht es daher grundsätzlich frei, in ihrem Zuständigkeitsbereich unterschiedliche Regelungen zu treffen,¹⁰¹ wobei freilich den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprochen werden muss. Im Übrigen sind ggf. die «Empfehlungen» der Schweizerischen Hochschulkonferenz zu beachten, welche in Ausübung ihrer Kompetenzen gewisse Koordinierungskompetenzen innehat, ein Aspekt, der im Zusammenhang mit der Zugangsbeschränkung zum Medizinstudium von besonderer Bedeutung ist.¹⁰²

5. Willkürverbot

29. Eine weitere **rechtstaatliche Garantie** stellt das **Willkürverbot** dar (Art. 9 BV). So hat jede Person den Anspruch, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Staatliche Akte sind gemäss bundesrechtlicher Rechtsprechung willkürlich, wenn sie nicht sachlich begründbar sind, sinn- und zwecklos erscheinen, höherrangiges Recht krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen.¹⁰³ Dem Willkürverbot kommt sowohl eine materielle als auch formelle Dimension zu. Einerseits schützt es vor elementarer Ungerechtigkeit und andererseits gewährleistet es die rationale Nachvollziehbarkeit jeder staatlichen Handlung.¹⁰⁴

⁹⁷ VPB 1997 Nr. 2, 22. S. auch BGE 103 Ia 369 E.2; BBl 1980 III 829, 833. WALDMANN, BSK-BV, Art. 9 N 30; ZENGER, ZSR 1983, 1 (26 ff.). Neben der schulischen Vorbildung darf der Eintritt in die Universität auch an die Eignung der Bewerber Anforderungen stellen.

⁹⁸ RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (222); KÜNZLI/KÄLIN, in: Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte, 105 (149 f.); BUCHER, ZStöR 2013, 164 (172); SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 8 BV N 34.

⁹⁹ BGE 103 Ia 369 E. 2; BGE 104 Ia 305 E. 2.

¹⁰⁰ BGE 103 Ia 373 E. 2.b.aa); BGE 103 Ia 394 E. 2.b.

¹⁰¹ BGE 125 I 173 S. 179 E. 6; BIAGGINI, OFK-BV, Art. 8 N 9; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35 N 10.

¹⁰² S. insoweit schon oben N 10 ff.

¹⁰³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 5.

¹⁰⁴ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 6.

30. Das Bundesgericht prüft die Auslegung und Anwendung von **kantonalem Recht** – unter der Voraussetzung, dass kein schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte vorliegt – jeweils nur mit Willkürkognition,¹⁰⁵ so auch diejenigen Beschwerden, die sich nicht im Schutzbereich eines Grundrechts befinden und rechtstaatliche Grundsätze, wie das Legalitätsprinzip oder die Verhältnismässigkeit, geltend machen.¹⁰⁶

31. Ausdrücklich bestätigt hat das Bundesgericht den **Anspruch auf willkürfreie und rechtsgleiche Regelung** bei der **Zulassung zu vorhandenen (beschränkten) Studienplätzen**.¹⁰⁷ Die Auswahl der Bewerber ist *in casu* insbesondere unter diesem Aspekt zu prüfen.¹⁰⁸

6. Gesetzliche Grundlage

32. Staatliches Handeln setzt eine **gesetzliche Grundlage** voraus;¹⁰⁹ diese kann als ein **Gesetz im materiellen oder formellen Sinn** vorliegen und hat genügend bestimmt zu sein.¹¹⁰ Das Legalitätsprinzip ist eine Voraussetzung für die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns.¹¹¹ Deshalb sind auch die vom Staat erbrachten Leistungen gesetzlich zu regeln.¹¹² Das Legalitätsprinzip ist aber kein selbständiges verfassungsmässiges Recht. Das Bundesgericht prüft dieses jeweils nach Massgabe der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots.¹¹³

33. Da die Zulassung zu Hochschulen mit der Ausübung und Entfaltung von verfassungsmässigen Rechten in Verbindung steht und der Staat eine faktische Monopolstellung innehat, hat das Bundesgericht das Vorliegen eines besonders sensiblen persönlichkeitsbezogenen Regelungsbereichs in der Bildungslandschaft bejaht. Somit müssen **Zulassungsbeschränkungen** für Studienbereiche an universitären Hochschulen zumindest in den Grundzügen in einer **formell-gesetzlichen Grundlage** vorgesehen sein.¹¹⁴

II. Zur Zulässigkeit eines «Losverfahrens»

34. Ausgehend von der Skizzierung der im Zusammenhang mit dem *Numerus Clausus* für das Medizinstudium und die daran anschliessend notwendige Selektion der Studienbewerber

¹⁰⁵ TSCHENTSCHER, BSK-BV, Art. 9 N 4; BIAGGINI, OFK-BV, Art. 9 N 9.

¹⁰⁶ BGE 117 Ia 27 E. 7.a; BGE 106 Ia 254 E. 4.a; BGE 102 Ia 69 E. 2; TSCHENTSCHER, BSK-BV, Art. 9 N 5.

¹⁰⁷ BGE 125 I 173 E. 3.c; BGE 117 Ib 287 E. 6d; BGE 103 Ia 394 E. 2.b; VPB 1997 Nr. 2, 22. ZENGER, ZSR 1983, 1 (46).

¹⁰⁸ S. insoweit noch unten N 34 ff.

¹⁰⁹ Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 36 Abs. 1 BV (für Grundrechte); RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (221).

¹¹⁰ EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 41, 43.

¹¹¹ EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 40.

¹¹² EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 40.

¹¹³ BGE 121 I 22 E. 3.

¹¹⁴ BGE 103 Ia 369 E. 7d/dd; BGE 121 I 22 E.4a; BGE 104 Ia 305 E. 3.c; BGE 103 Ia 394 E. 3; MÜLLER/SCHIEFFER, Grundrechte, 667.

relevanten verfassungsrechtlichen Grundsätze¹¹⁵ geht es im Folgenden darum zu beurteilen, ob die für den Fall des Weiterbestehens der Pandemie in Erwägung gezogene Alternative zum Eignungstest, die Studienanwärter mithilfe der kantonalen EMS-Erfolgsquoten der letzten Jahre und einem anschliessendem **innerkantonalen Losverfahren** auszuwählen, den **verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung** trägt.

Da gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein grundrechtlicher Anspruch auf Zugang zu universitären Hochschulen besteht,¹¹⁶ wird im Folgenden davon abgesehen, die einzelnen materiellen Grundrechte näher zu erörtern. Die Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens hat bei der Vergabe der Studienplätze aber den sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu genügen.

1. Verhältnismässigkeit

35. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 BV) bezieht sich auf eine **Mittel-Zweck-Relation**: Die Geeignetheit und Erforderlichkeit – aber letztlich auch die Angemessenheit – einer bestimmten Massnahme kann immer nur mit Blick auf den verfolgten Zweck eruiert werden. Das Zulassungsverfahren zum Medizinstudium verfolgt – ausgehend von den skizzierten gesetzlichen Grundlagen¹¹⁷ – letztlich einen **doppelten Zweck**:

- Erstens geht es darum, die **Anzahl der Studierenden** auf die vorhandenen Studienplätze abzustimmen, so dass nur so viele Studierende zugelassen werden, wie die universitären Hochschulen, welche eine solche Zulassungsbeschränkung kennen, aufgrund der begrenzten Kapazitäten aufnehmen (und damit ausbilden) können.
- Zweitens soll die Selektion sicherstellen, dass diejenigen Personen zum Studium zugelassen werden, bei denen zu erwarten ist, dass sie das Studium (mit guten Noten und innerhalb einer angemessenen Frist) abschliessen können. M.a.W. geht es darum, die für das **Medizinstudium am besten geeigneten Studienbewerber** auszuwählen. Dieses Ziel ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass im Falle nur beschränkter Ressourcen für staatliche Leistungen diese möglichst effizient einzusetzen sind.

36. Im Folgenden geht es vor diesem Hintergrund darum zu eruieren, ob das in Erwägung gezogene Losverfahren im Hinblick auf diese Zielsetzungen geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

¹¹⁵ Oben § 3 I., N 14 ff.

¹¹⁶ Oben N 15 ff.

¹¹⁷ Oben N 6 ff.

a) Eignung

37. Eine Massnahme ist geeignet, wenn sie das angestrebte **Ziel erreicht** oder zumindest dazu **beiträgt**. Zudem ist im Rahmen der Eignung auch zu eruieren, ob das angestrebte Ziel in **kohärenter Weise** verfolgt wird.

38. Ein Losverfahren ermöglicht es, mit relativ geringem Aufwand und wenig Kosten, eine bestimmte Anzahl von Personen aus der Gruppe der Studienanwärter für das Medizinstudium auszuwählen. Ein Losverfahren ist somit **geeignet**, die **Anzahl der Studierenden** auf die vorhandenen Studienplätze abzustimmen.

39. Hingegen vermag ein Losverfahren **nicht zu gewährleisten**, dass die für das Studium am **besten geeigneten Bewerber** zugelassen werden und die beschränkten staatlichen Ressourcen somit möglichst effizient eingesetzt werden. Denn die Zulassung hängt letztlich vom Zufall ab und steht in keinem Zusammenhang mit der Eignung oder den Fähigkeiten der Studienbewerber. Zwar müssen diese im Besitz einer Matura sein; diese bescheinigt zwar eine generelle Studierfähigkeit, stellt jedoch nicht spezifisch auf die Eignung zum Medizinstudium ab. Die verfügbaren wissenschaftlichen Untersuchungen¹¹⁸ konnten denn auch aufzeigen, dass keineswegs alle Maturanden und Maturandinnen gleich geeignet für ein Medizinstudium sind. Vielmehr bestehen hier offenbar grosse Unterschiede. Im Falle eines Losverfahrens ist daher nicht zu erwarten, dass alle Personen, die das Medizinstudium beginnen, dieses innerhalb nützlicher Frist erfolgreich abschliessen. Für die Selektion würden zwar – basierend auf der EMS-Quote der letzten Jahre – die verfügbaren Plätze zwischen den Kantonen verteilt (und die jeweils pro Kanton zur Verfügung stehenden Studienplätze unter den Studienanwärtern ausgelost), was aber nichts daran ändert, dass die letztliche Zulassung auf dem «Zufallsprinzip» beruhte: Im Jahr 2019 betrug die Zulassungsquote aufgrund des EMS – der die Studieneignung verlässlich zu eruieren vermag¹¹⁹ – nur 37% aller Testteilnehmenden,¹²⁰ so dass mit einem Losverfahren innerhalb der Kantone also viele Personen zugelassen würden, die in einem regulären Selektionsprozess (EMS) keine Chance zur Aufnahme des Medizinstudiums erhalten hätten. Es besteht zwar die Möglichkeit, dass der EMS auch an sich geeigneten Personen den Zugang verwehrt, aber er verhindert – wie erwähnt – in der Regel den Zugang für eher ungeeignete Personen. Somit kann davon ausgegangen werden, dass bei einem Losverfahren ein Grossteil der Zugelassenen für das Studium eher ungeeignet wären bzw. nicht die geeignetsten Studienanwärter zugelassen würden und somit eine grosse Zahl von Studierenden ein Studienjahr wiederholen müsste oder das Studium abbrechen würde.

Damit ginge ein wenig effizienter Einsatz der beschränkten Ressourcen einher: Studierende, die das Studium nach dem ersten Jahr aufgeben, ein Jahr repetieren oder das Studium später abbrechen, generieren zusätzliche

¹¹⁸ Vgl. N 6 ff.

¹¹⁹ Oben N 6 ff.

¹²⁰ SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 8.

Kosten. Hinzu kommt, dass für den Fall, dass zu viele (ungeeignete) Studienbewerber zugelassen würden, die Gefahr besteht, dass eine beachtliche Anzahl der Studienbewerber ihr Studium abbrechen würde, womit möglicherweise verfügbare Studienplätze nicht (mehr) besetzt würden bzw. werden könnten.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Falle einer nur einmaligen Durchführung des Losverfahrens als Alternative zum EMS zu erwarten wäre, dass sich ein grosser Teil der nicht ausgelosten Studienanwärter im folgenden Jahr für den Eignungstest anmelden würde. Dies würde zu einem verschärften Kapazitätsproblem führen sowie die Konsequenz nach sich ziehen, dass im nächsten Jahr auch viele an sich geeignete Studienanwärter aufgrund der beschränkten Kapazitäten nicht zugelassen werden könnten.

40. Im Ergebnis ist ein **Losverfahren** folglich geeignet, eine zahlenmässige Auswahl aus den Studienanwärtern zu treffen. Hingegen vermag die Methode nicht zu gewährleisten, dass die für das Studium am besten geeigneten Studienanwärter zugelassen werden und ist insofern also **ungeeignet**. Zudem zeichnet sich die Massnahme selbst mit alleinigem Bezug zu dem Ziel der Beschränkung der Zahl an Studierenden durch eine gewisse **Inkohärenz** aus, wird doch auf ein zufälliges und damit letztlich willkürliches Differenzierungskriterium¹²¹ für den Zugang zum Studium abgestellt.

b) Erforderlichkeit

41. Eine Massnahme ist erforderlich, wenn **kein milderes Mittel** zur Verfügung steht. Im vorliegenden Zusammenhang fragt es sich damit, ob anstelle des Losverfahrens andere Selektionsverfahren in Betracht gezogen werden könnten bzw., ob unter den einschränkenden Bedingungen aufgrund des COVID-19 (bzw. der mit der Pandemie einhergehenden Beschränkungen) andere Zulassungsverfahren ebenso oder besser geeignet wären, um die Zugangsbeschränkung zum Medizinstudium (mit ihrer doppelten Zielsetzung) umzusetzen. Entscheidend ist damit, ob eine **andere Variante der Selektion** im Falle der Aufrechterhaltung der derzeit geltenden Massnahmen – so dass im Folgenden die derzeit geltende COVID-2-Verordnung 2 zugrunde gelegt wird¹²² – in Betracht kommt, welche neben der zahlenmässigen Beschränkung als solcher auch die **Auswahl der geeignetsten Studienanwärter** zu gewährleisten vermag.

Die **Zulassung aller Studienbewerber** soll dabei ausser Betracht gelassen werden: Sie würde letztlich dazu führen, dass die betroffenen Universitäten – ebenso wie in Lausanne, Genf und Neuenburg – die Selektion während oder am Ende des ersten Studienjahres organisieren müssten. Dies erscheint aber *a priori* angesichts der ausgesprochen hohen Zahlen an Studienanwärtern kaum innerhalb der gegebenen Frist an allen betroffenen Universitäten durchführbar, ohne die Qualität der Ausbildung für alle Studierenden merklich in Mitleidenschaft zu ziehen, ganz abgesehen von den hohen Kosten, welche eine solche Lösung implizierte.

¹²¹ S. insoweit auch noch N 58 ff.

¹²² Es ist aber nicht von vornherein auszuschliessen, dass noch strengere Massnahmen ergriffen werden. Beim derzeitigen Stand der Dinge erscheint dies jedoch wenig wahrscheinlich, so dass nachfolgend davon ausgegangen wird, dass die notwendigen Massnahmen zum Schutze der Gesundheit zumindest nicht verschärft werden.

42. Ausgangspunkt für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist der Umstand, dass die **Durchführung von (terminlich) geplanten Prüfungen** nach Art. 5 Abs. 2 der bestehenden COVID-19-Verordnung 2 trotz des grundsätzlichen Versammlungsverbots unter Einhaltung geeigneter Schutzmassnahmen zulässig ist. Vieles spricht dafür, den Begriff der «Prüfung» in der erwähnten Bestimmung eher weit auszulegen und nicht nur Leistungsnachweise im Hinblick auf die Erlangung von Abschlüssen o.ä. darunter zu fassen, sondern auch sonstige Tests, welche letztlich ähnliche Zielsetzungen erfüllen sollen. Soweit der EMS betroffen ist, geht es zwar nicht um eine Prüfung im Hinblick auf die Erlangung z.B. eines Bachelors in Medizin; jedoch kann dieser nur – soweit es um die Zulassung zu den betroffenen universitären Hochschulen geht – im Anschluss an das erfolgreiche Durchlaufen des Tests erlangt werden, so dass seine Funktion letztlich einer Prüfung ähnelt. Diese Sicht wird durch die Zielsetzung des Tests, eben die Eignung zum Studium zu eruieren, bestätigt. Schliesslich erschiene es widersprüchlich, die im Rahmen des ersten Studienjahres an den Universitäten Genf, Lausanne und Neuenburg durchgeführten Prüfungen (die dasselbe Ziel wie der EMS verfolgen) unter den Begriff der Prüfung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 COVID-10-Verordnung 2 zu fassen, den EMS jedoch nicht. Daher ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die bereits seit langem auch terminlich geplante **Durchführung des EMS** auf der Grundlage von **Art. 5 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2** zulässig wäre (unter Einhaltung der vorgeschriebenen Hygiene- und Sicherheitsvorkehrungen).

Zudem eröffnet **Art. 7 lit. a COVID-19-Verordnung 2** die Möglichkeit, Ausnahmen von den Verboten der Art. 5, 6 COVID-19-Verordnung 2 zu bewilligen, falls überwiegende öffentliche Interessen dies gebieten, wobei der Bildungssektor explizit erwähnt wird. Selbst wenn man also der hier vertretenen Ansicht nicht zustimmen sollte,¹²³ könnte jedenfalls die Beantragung einer Ausnahmegewilligung ins Auge gefasst werden.

43. Damit fragt es sich, ob der **EMS** – welcher die Zielsetzungen der Zulassungsbeschränkungen grundsätzlich zu erreichen vermag – nicht gleichwohl (ggf. in der Form etwas modifiziert) **durchgeführt werden könnte**, womit insofern ein **milderes Mittel** zur Verfügung stünde, als nicht nur eine zahlenmässige Beschränkung der Studienanfänger, sondern auch die Selektion der geeignetsten Studienanwärter sichergestellt wäre. In Betracht kommen *a priori* eine «klassische» Präsenzdurchführung wie vorgesehen am 3. Juli, eine Verschiebung dieser Durchführung auf ein späteres Datum, ein *online*-Test sowie ein Abstellen auf die Maturitätsnote:

- Eine **Durchführung des EMS im Präsenzmodus** müsste die **Einhaltung «geeigneter Schutzmassnahmen»** (vgl. Art. 5 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2) sicherstellen. Dies erscheint *a priori* durchaus denkbar, wobei aber der organisatorische und finanzielle Aufwand nicht unterschätzt werden sollte. Damit würde die Organisation des Tests mit

¹²³ S. insoweit GEISSBÜHLER, Jusletter vom 30. März 2020, Ziff. 7 ff.

den entsprechenden Sicherheitsvorschriften – welche im Hinblick auf den Gesundheitsschutz (ein sehr hohes Schutzgut) jedenfalls einzuhalten wären – deutlich höhere Kosten (im Vergleich zu den Vorjahren) bedeuten. Diese Variante stellte aber – soweit durchführbar – eine mildere Massnahme gegenüber der Einsetzung eines Losverfahrens per Notverordnung dar, und die (einmaligen) Kosten dürften im Verhältnis zu den Nachteilen des Losverfahrens (das übrigens wegen der Zulassung ungeeigneter Bewerber auch hohe Kosten verursachte) grundsätzlich (auch wenn sie eher hoch sein sollten) nicht ins Gewicht fallen, dies auch angesichts der grossen Bedeutung des Zugangs zu einem bestimmten Studium für die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen sowie dem hohen Stellenwert des Grundsatzes, dass der Zugang zu staatlichen Leistungen im Falle beschränkter Ressourcen dem Gleichheitsgebot¹²⁴ und dem Willkürverbot standhalten muss.¹²⁵

Die **geeigneten Sicherheitsvorkehrungen und ihre Machbarkeit** müssten von hierfür kompetenten **Fachpersonen** unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden bzw. in Betracht kommenden Infrastrukturen definiert und analysiert werden, so dass diesbezüglich vorliegend keine abschliessende Aussage möglich ist. Hingewiesen sei aber auf folgende Aspekte: 2019 absolvierten rund 3'900 Personen den EMS an neun Testorten in 32 Testlokalen.¹²⁶ Die Zahl der Testteilnehmenden für den Studiengang Humanmedizin war an den Testorten Bern (fast 600) und Zürich (über 1'100) am höchsten.¹²⁷ Aufgrund der Art der Prüfung ist es nicht möglich, diese gestaffelt durchzuführen. Obwohl die Prüfung somit für alle zur gleichen Zeit durchgeführt werden muss, hat sie nicht zwingend im gleichen Raum stattzufinden. Es wäre denkbar, kleinere Gruppen von Teilnehmenden zu bilden und diese die Prüfung unter Aufsicht in verschiedenen Sälen bzw. an verschiedenen Orten schreiben zu lassen. In Bezug auf die Schutz- und Hygienemassnahmen wären sicherlich (mindestens) Eingangskontrollen bzw. ein geregeltes Eintreten und Verlassen des Prüfungssaals nötig bzw. zu organisieren, sichtbare Erkältungssymptome wären abzuklären, die Testteilnehmer wären im Voraus zu befragen, ob sie in der letzten Woche in Kontakt mit einer erkrankten Person waren oder ob sie selbst am COVID 19 erkrankt seien, Händedesinfektionen wären sicherzustellen, das Tragen von Masken zu prüfen, die Einhaltung des Sicherheitsabstands zu gewährleisten, und der Prüfungsablauf wäre entsprechend zu organisieren.¹²⁸

Bei einer solchen Präsenzdurchführung des EMS wäre zudem zu klären, wie mit **Risikopatienten** umzugehen wäre. Den Test *online* verfügbar zu machen, wäre eine zu prüfende Möglichkeit, dies neben besonderen Prüfungslokalen. Auch hier wäre die Machbarkeit im Einzelnen zu prüfen.

- Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, den **Eignungstest später** – zu einem Zeitpunkt in welcher die Pandemie vorüber ist – durchzuführen. Möglicherweise könnte Anfang – Mitte August eine «normale» Durchführung ins Auge gefasst werden. Allerdings ist die Entwicklung unsicher, so dass genaue Vorhersagen schwierig sind und

¹²⁴ S. insoweit noch unten N 48 ff., N 58 ff.

¹²⁵ S. in diesem Zusammenhang auch MOSER, Differenzierungsgebot, 134 ff., der darauf hinweist, dass geschützte Rechtspositionen grundsätzlich nicht durch Erwägungen der Praktikabilität oder hoher (aber zumutbarer) Kosten relativiert werden könnten.

¹²⁶ SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 7.

¹²⁷ SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 17.

¹²⁸ Vgl. zusammenfassend zu derartigen Schutzmassnahmen bei Prüfungen GEISSBÜHLER, Jusletter vom 30. März 2020, Ziff. 10 ff.

Vieles dürfte dafür sprechen, dass zahlreiche Schutzmassnahmen auch zu diesem Zeitpunkt notwendig sein werden, so dass sich dieses Szenario möglicherweise im Ergebnis kaum von der Durchführung zum ursprünglich geplanten Termin unterscheiden würde. Eine spätere Durchführung zöge eine Reihe **organisatorischer Schwierigkeiten** insbesondere für *swissuniversities* und die betroffenen Universitäten nach sich, da der **Zeitplan** modifiziert werden müsste und möglicherweise nicht sichergestellt wäre, dass die Selektion (inklusive der Zuteilung zu den einzelnen Universitäten) für alle Betroffenen rechtzeitig auf den Semesterbeginn abgeschlossen werden könnte. Zu beachten ist auch, dass diejenigen Studienbewerber, die das Medizinstudium im Anschluss an den EMS nicht aufnehmen können, die Möglichkeit haben sollten, sich für ein anderes Studium anzumelden.

Es ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, diese Fragen abschliessend zu beantworten. Festgehalten sei aber, dass es *a priori* nicht ausgeschlossen erscheint, dass die zuletzt genannten Probleme gelöst werden können, ggf. um den «Preis» eines etwas verspäteten Einstiegs der Betroffenen in das Semester, zahlreicher sonstiger Unannehmlichkeiten für die Studierenden sowie organisatorische Probleme für die universitären Hochschulen, was nichts daran ändern dürfte, dass es sich – im Vergleich zum Losverfahren – um eine mildere Massnahme handelte.

- Eine andere Möglichkeit könnte darin bestehen, den **Test online** durchzuführen, dies ggf. unter Abwandlung gewisser Prüfungsaufgaben.

Auch die Machbarkeit dieser Variante wäre im Einzelnen zu prüfen und kann hier nicht abschliessend festgestellt werden. Zu bedenken ist aber, dass der EMS zwar ein standardisierter Test ist, der aus Aufgaben besteht, die möglicherweise leicht auf dem Computer abgebildet werden können. Auch ist davon auszugehen, dass die meisten Studienanwärter ein internetfähiges Gerät mit *Webcam* besitzen. Für Personen, welchen keines zur Verfügung steht, könnten in Computerräumen etc. Plätze zugeteilt werden. Allerdings müsste das ordentliche Funktionieren des Prüfungsprogrammes wohl im Voraus in einem Versuchsdurchlauf getestet werden. Es wären zudem informationstechnische Vorkehrungen zur geregelten Durchführung des Tests zu treffen, insbesondere ausreichende Server-Ressourcen, damit das System nicht überlastet würde. Im Übrigen wäre zu prüfen, auf welche Weise einem Prüfungsbetrug vorgebeugt werden könnte, was insbesondere deshalb von Bedeutung ist, weil jeder Betrug letztlich auch zu einem «Schaden» bei anderen Teilnehmenden führte. Insgesamt müsste also die digitale Infrastruktur effektiven Vorkehrungen gegen Prüfungsbetrug aufgebaut und (wie erwähnt) getestet werden, dies innert einer äusserst kurzen Frist. Nach dem Gesagten ist es somit nicht *a priori* ausgeschlossen, dass ein solcher *online*-Test technisch realisierbar wäre, zumal gewisse medizinische Fakultäten offenbar bereits über Erfahrung im Abnehmen von Prüfungen über ein Tablet verfügen.¹²⁹ Allerdings bleiben gewichtige Zweifel an der Machbarkeit dieser Option innerhalb des zur Verfügung stehenden sehr knappen Zeitrahmens.

- Schliesslich könnte – in verschiedenen Varianten – auf die **Maturitätsnote** abgestellt werden. Sofern dieses Szenario besser geeignet ist, auch die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber zu eruieren und grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig ist, wäre

¹²⁹ <https://medizinstudium.unibas.ch/de/studium/pruefungen/>.

diese Variante jedenfalls als milderes Mittel einzustufen. Dieser Frage soll nachfolgend unter III. nachgegangen werden.¹³⁰

44. Im Ergebnis kann zwar festgehalten werden, dass *a priori* durchaus **Alternativen zum Losverfahren** in Betracht kommen, die als **mildere Massnahmen** zu qualifizieren wären, da sie die Eignung der Bewerber berücksichtigen. Jedoch ist es beim augenblicklichen Stand der Dinge sehr schwierig zu beurteilen, ob diese (abgesehen von der noch eigens zu erörternden Variante des Abstellens auf die Maturitätsnote) realisierbar wären, auch weil hierfür **zusätzliche Abklärungen** durch ausgewiesene Fachpersonen getroffen werden müssten. Immerhin kann festgehalten werden, dass eine **Durchführung des EMS in jedem Fall vorzugswürdig** wäre, sofern sie realisierbar ist. Insofern müsste für die Konstellation, dass eine Durchführung Anfang Juli nicht möglich bzw. nicht zulässig wäre (insbesondere, weil die vorgeschriebenen Schutzmassnahmen nicht eingehalten werden könnten) oder aus sonstigen Gründen auf die Durchführung des Tests zu diesem Zeitpunkt verzichtet würde, die Variante der **Verschiebung des Testtermins** auf Anfang oder Mitte August im Vordergrund stehen. Sollte der Test zu diesem Zeitpunkt organisiert werden können, müsste letztlich alles daran gesetzt werden, den damit einhergehenden organisatorischen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, was auch mit gewissen Abstrichen für einen idealen Studienbeginn für viele Studierende einhergehen dürfte und auch die betroffenen Hochschulen vor gewisse Herausforderungen für die Organisation des Semesterbeginns stellte. Im Vergleich zu den Nachteilen, welche ein Losverfahren mit sich brächte, wäre dies aber in Kauf zu nehmen.

c) **Verhältnismässigkeit i.e.S.**

45. Die dritte Voraussetzung, um staatliches Handeln als verhältnismässig zu qualifizieren, stellt die **Angemessenheit** oder die sogenannte Verhältnismässigkeit im engeren Sinn dar. Die in Frage stehende Massnahme bzw. die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen darf nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung anderer Interessen, Zielsetzungen oder Rechte führen; m.a.W. darf diesbezüglich kein Missverhältnis bestehen.

Die Prüfung der Angemessenheit erübrigt sich grundsätzlich, falls eine Massnahme nicht geeignet oder / und nicht erforderlich ist. Im Folgenden sei gleichwohl hilfsweise auf die in diesem Zusammenhang massgeblichen Erwägungen hingewiesen.

46. Die Prüfung der Angemessenheit impliziert eine **Identifizierung der involvierten bzw. beeinträchtigten Zielsetzungen und Interessen** sowie deren (relative) Gewichtung.¹³¹

¹³⁰ Unten N 67 ff.

¹³¹ Letzteres ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass im Falle der Verfolgung besonders bedeutender öffentlicher Interessen (z.B. Gesundheitsschutz) auch schwerwiegendere Beeinträchtigungen anderer Rechte und Interessen (z.B. der persönlichen Freiheit) hinzunehmen sind.

- Das staatliche Interesse an einem Losverfahren ist in der Beschränkung der **Anzahl der Studienanfänger** im Bereich Medizin zu sehen. Das Losverfahren ermöglichte es, dieses Interesse **einfach und kostengünstig** umzusetzen, dies auch unter den eingeschränkten Bedingungen, die derzeit aufgrund der Pandemie im Hinblick auf den Gesundheitsschutz herrschen.
- Demgegenüber steht der Umstand, dass das Losverfahren nicht zur **Auswahl der geeignetsten Studienanwärter** führte. Damit einher geht die **Beeinträchtigung der Interessen der einzelnen Medizinstudiumsbewerber**. Zwar besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein grundrechtlicher Anspruch auf ein Hochschulstudium; gleichzeitig hebt sie aber hervor, dass ein Hochschulstudium für die persönliche Entfaltung eine bedeutende Rolle spielen könne.¹³² Für am Medizinstudium Interessierte besteht faktisch keine Alternative zu den staatlichen Hochschulen. Verwandte Studiengänge wie Biochemie oder Psychologie mögen zwar bestehen; doch für Personen, die den Arztberuf ausüben möchten, stellt das Medizinstudium den einzigen Ausbildungsweg dar. Manche der Studieninteressierten mögen sich «auf gut Glück» für das Zulassungsverfahren angemeldet haben; für viele stellt der Arztberuf jedoch ein Lebensziel und den Inbegriff einer sinnvollen Tätigkeit und Berufsausübung dar. Im Falle einer Verlosung würden die Verwirklichung dieses Berufswunschs und die die bisherigen Bemühungen, dieses Studium aufzunehmen, zunichte gemacht,¹³³ ohne dass die Betroffenen einen Einfluss auf den Erhalt eines Studienplatzes hätten.

47. Vor diesem Hintergrund spricht Vieles **gegen die Angemessenheit** eines Losverfahrens für die Selektion der Studienanwärter für das Medizinstudium. Zwar werden die Interessen der Einzelnen auch bei der Durchführung der Selektion mithilfe des Eignungstests im Falle einer fehlenden Selektion tangiert. Jedoch beruhte diese auf einem **objektiv nachvollziehbaren Kriterium** – nämlich die Ermittlung der Eignung für das Studium, was durch den EMS anerkanntermaßen sichergestellt werden kann. Zudem stellt die durch den EMS gewährleistete Möglichkeit einer aktiven Einflussnahme auf die Zulassung zum Studium für die Einzelnen einen nicht zu verkennenden Unterschied zur Verlosung dar.

Im Losverfahren wird zufällig über die Berechtigung, Medizin zu studieren und damit auch über die Möglichkeit, den Arztberuf auszuüben, entschieden. Dies würde von den Teilnehmenden wohl auch entsprechend kritisch aufgenommen. So zeigte eine Studie aus dem Jahr 1991, dass die Akzeptanz für ein Losverfahren bei den Studienanwärtern sehr niedrig ist. Das Losverfahren und graphologische Gutachten teilten sich den letzten Platz auf der Liste für mögliche Selektionsverfahren.¹³⁴ Die **mangelnde Transparenz** und die **mangelnde Eignung** des Verfahrens, die Fähigkeiten einer Person richtig einzuschätzen, sowie die mangelnde

¹³² S.o. N 15 ff.

¹³³ BGE 103 Ia 369 E. 7d/bb; s. auch WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (400).

¹³⁴ SCHALLBERGER, in: Eignungsdiagnostik, 39 (41), zitiert Fruhner, R./ Schuler, H., Funke, U./Moser, K., Einige Determinanten der Bewertung von Personalauswahlverfahren. Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie, 35, 1991, 170 ff.

Möglichkeit der aktiven Einflussnahme auf das Ergebnis, wurden als Begründung für das Resultat aufgeführt.¹³⁵

Die fehlende Angemessenheit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass diejenigen, die auf einer Möglichkeit zum Zugang zum Medizinstudium bestehen, problemlos im folgenden Jahr am EMS teilnehmen könnten. Es darf nämlich keinesfalls ausser Acht gelassen werden, dass das Medizinstudium nicht nur eine anspruchsvolle, sondern auch eine lange Ausbildungszeit bedeutet. Auf das Hochschulstudium folgen die klinischen Jahre als Assistenzarzt/ärztin. So würde es für Personen, die aufgrund ihrer bisherigen schulischen Leistung und einer realistischen Selbsteinschätzung davon ausgehen konnten, dass sie den EMS bestehen würden, eine grosse Einschränkung bedeuten, aufgrund des Losverfahrens keinen Studienplatz zu erhalten. Dadurch entstünde ein «ungeplantes» Lebensjahr, welches nicht nur Menschen, die ein klares Lebensziel vor Augen hatten, hart treffen könnte, sondern auch darüber hinaus jedenfalls dann nicht zumutbar erscheint, wenn das Jahr wegen eines Zufallsentscheids «verloren» geht. Hinzu kommt, dass die Chancen auf einen Studienplatz im darauffolgenden Jahr aufgrund des dann zu erwartenden «Ansturms» möglicherweise weit aus geringer als bei einer «normalen» Durchführung des EMS wären.¹³⁶

2. Gleichbehandlungsgebot

48. Die durch kantonale Gesetzgeber normierte Zulassungsbeschränkung impliziert eine Beschränkung der **Teilhabe an einer staatlichen Leistung** (Zugang zu Hochschulbildung). Der Ausschluss gewisser Studienanwärter stellt somit im Verhältnis zu denjenigen, welche zugelassen sind, eine **Ungleichbehandlung** dar. Diese muss den Anforderungen des Gleichheitssatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) genügen.¹³⁷

49. Das Gleichbehandlungsgebot ist verletzt, wenn ein Erlass eine rechtliche Unterscheidung trifft, für welche **kein vernünftiger Grund** in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, oder der Erlass eine Unterscheidung unterlässt, die sich aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse aufdrängt.¹³⁸ Dem Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang durchaus ein gewisser Spielraum einzuräumen, der jedoch aufgrund der involvierten Interessen – wie dies bei einem Ausschluss von einem Hochschulstudium der Fall ist – beschränkt sein kann.¹³⁹ Jedenfalls haben gesetzliche Regelungen aber **bestehende tatsächliche Differenzen** angemessen zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Der allgemeine Gleichheitssatz erfordert somit keine absolute, sondern eine relative Gleichheit der Behandlung. Die Frage der Differenzierung ist dabei immer eine Frage der Wertung (Massstabgerechtigkeit).

50. Im vorliegenden Zusammenhang ist somit entscheidend, ob der «**Erfolg**» oder «**Nicht-erfolg**» im Rahmen eines Losverfahrens in Anbetracht des Gleichbehandlungsgrundsatzes

¹³⁵ SCHALLBERGER, in: Eignungsdiagnostik, 39 (42).

¹³⁶ S. insoweit schon oben N 39.

¹³⁷ S. insoweit auch WIEDERKEHR, AJP 2008, 394 (400).

¹³⁸ BGE 125 I 173 E 6.a); WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 67; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 30.

¹³⁹ S. insoweit oben N 25 ff.

¹⁴⁰ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 658.

ein zulässiges Differenzierungskriterium für den Zugang zum Medizinstudium bzw. ein zulässiges Zulassungsbeschränkungsverfahren darstellt. Ausgangspunkt hierfür (und Voraussetzung für eine Anwendung des Gleichheitsgebots des Art. 8 Abs. 1 BV) ist das Vorliegen vergleichbarer Sachverhalte, was bei Maturanden – die sich für das Medizinstudium anmelden – zu bejahen ist.

51. Im Losverfahren werden die Studienbewerber nicht anhand ihrer Eignung oder Kompetenz für das Medizinstudium ausgewählt, sondern **zufällig** – wenn auch unter Berücksichtigung der kantonalen EMS Quoten des Vorjahres – zugeteilt. Ein Losverfahren nimmt also keine Rücksicht auf allfällige unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse.¹⁴¹ Ein solches Verfahren würde nur dann auf einem vernünftigen Differenzierungsgrund beruhen und dem Grundsatz der Gleichbehandlung standhalten können, wenn die **Maturanden und Maturandinnen grundsätzlich gleich geeignet** für ein Medizinstudium wären, dies mangels weiterer möglicher Entscheidungskriterien.¹⁴²

So hielt das Bundesgericht in BGE 103 Ia 369 denn auch Folgendes fest: «(...) die begrenzte Aufnahmefähigkeit einer Hochschule, unter Berücksichtigung der Unteilbarkeit der von der Anstalt den einzelnen Benützern erbrachten Leistung, (kann) Zulassungs- und Studiendauerbeschränkungen aufdrängen. Ist dies der Fall und ist es deswegen notwendig, eine Auswahl unter mehreren, an sich geeigneten Studienbewerbern zu treffen, so erweist sich die Heranziehung von anderen oder weiteren Kriterien als derjenigen der Eignung als unumgänglich».¹⁴³ Gemäss dem Bundesgericht ist also die Heranziehung von anderen oder weiteren Kriterien möglich, allerdings unter der Voraussetzung dass der Gleichheitssatz gewahrt wird.¹⁴⁴ Jedenfalls ist eine willkürfreie und rechtsgleiche Zuteilung der Studienplätze zu gewährleisten.¹⁴⁵

Der **UNO Pakt I** verlangt im Sinne der Rechtsgleichheit, dass nur sachliche Gründe – wie die Fähigkeit für das Hochschulstudium – bei einem Selektionsverfahren in Betracht kommen. Ein Losverfahren trage den Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 lit. c nicht Rechnung.¹⁴⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung begründet Art. 13 UNO Pakt I zwar keinen justiziablen Anspruch, ist aber als Auslegungshilfe beizuziehen.¹⁴⁷

52. Eine **grundsätzlich gleiche Eignung aller Maturandinnen und Maturanden für ein Medizinstudium** ist aber zu **verneinen**: Zwar genügt in der Schweiz der Besitz eines eidgenössisch anerkannten Maturitätszeugnisses als Tauglichkeitsausweis für den Zugang zum universitären Hochschulstudium, und die Matura ermöglicht grundsätzlich den Zugang zu allen universitären Studiengängen. Jedoch dient die Matura nicht dazu, die Eignung spezifisch für

¹⁴¹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 658.

¹⁴² Schliesslich muss der Staat die vorhandenen Studienplätze nach dem Grundsatz der Chancengleichheit fair verteilen und kann die vorhandenen Studienplätze aufgrund mangelnder Ressourcen nicht weiter ausbauen. Ein Losverfahren, welches unabhängig von Geschlecht, sozialer und regionaler Herkunft zufällig über die Zulassung entscheidet, könne insofern als fair bezeichnet werden, vgl. SCHALLBERGER, in: Eignungsdiagnostik, 39.

¹⁴³ BGE 103 Ia 369 E. 2; s. auch BGE 104 Ia 305 E.2.

¹⁴⁴ BGE 103 Ia 369 E. 2.

¹⁴⁵ BGE 125 I 173 E. 3c.

¹⁴⁶ KÜNZLI/KÄLIN, in: Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte, 105 (149).

¹⁴⁷ BGE 120 Ia 1; BGE 122 I 101.; BGE 126 I 240; offen gelassen in BGE 133 I 156; a.M. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 41 BV N 71; KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, N 13.13.

ein medizinisches Studium festzustellen. So zeigt die langjährige Erfahrung mit dem EMS, dass nicht alle Studienanwärter die gleiche Eignung für das Medizinstudium aufweisen. Dies ist systeminhärent, da die schweizerische Maturität eine Allgemeinbildung ermöglichen soll, deshalb Kompetenzen in verschiedenen Bereichen fördert und keinesfalls als «Zulassungsschranke» oder «Zulassungsvoraussetzung» für das Medizinstudium konzipiert wurde. Die weitgestreute Fächerauswahl erlaubt es zudem, ungenügende Noten zu kompensieren. Kenntnisse und Fähigkeiten von besonderer Bedeutung für das Medizinstudium – vor allem in den naturwissenschaftlichen Fächern – liegen deshalb nicht bei allen Maturanden im gleichen Masse vor. Daraus ergibt sich die Konsequenz der grossen Unterschiede zwischen den Studienanwärtern bezüglich Eignung für das Medizinstudium.

53. Vor diesem Hintergrund vermag das Losverfahren aufgrund des damit einhergehenden Zufallsprinzips nicht zu gewährleisten, dass für die (Nicht-) Zulassung zum Medizinstudium ein vertretbares Unterscheidungskriterium und damit ein vernünftiger Grund vorliegt, so dass dem **Gleichheitssatz nicht Rechnung getragen** wird.

Bestehen nicht genügend Studienplätze für eine Studienrichtung – und liegt somit eine Beschränkung der staatlichen Leistung vor – muss zwingend geprüft werden, ob nicht andere Kriterien zur Verfügung stehen, die einen sachgerechten Entscheid und damit eine objektiv nachvollziehbar begründete Zuteilung ermöglichen. Diese Anforderung gilt umso mehr für das Medizinstudium, da – wie bereits aufgezeigt – die Bedeutung über den Zulassungsentscheid für die Betroffenen gross sein kann. Die Chance zu studieren soll – entsprechend dem Gleichheitssatz – denjenigen Personen zu kommen, welche über die entsprechenden Fähigkeiten verfügen und somit im Studium eine höhere Erfolgchance haben. In jedem Selektionsverfahren werden Fehlentscheide getroffen, jedoch sollten die falsch negativen Entscheide möglichst tief ausfallen.¹⁴⁸ Während dies beim EMS nachgewiesen der Fall ist, kann das auf Zufall basierende Losverfahren diese Garantie auch nicht annähernd bieten.

Ein Losverfahren würde somit nur dann dem Gleichheitssatz Rechnung tragen, wenn anhand **objektiver Kriterien eine Auswahl unmöglich** wäre. Diese Meinung wird in der Lehre¹⁴⁹ und auch durch das deutsche Bundesverfassungsgericht vertreten, wonach sachfremde Kriterien erst hinzugezogen werden dürfen, wenn aufgrund der Eignung kein Unterschied mehr ermittelbar ist.¹⁵⁰ So hielt das BVerfG insbesondere folgendes fest: «Aus dem Gebot der Gleichheitsgerechtigkeit folgt, dass sich die Regeln über die Vergabe von Studienplätzen grundsätzlich an dem Kriterium der Eignung orientieren müssen. Das kann die Ungleichbehandlung rechtfertigen, welche mit der Verteilung einer den Bedarf nicht deckenden Zahl von Studienplätzen zwangsläufig verbunden ist. Die für die Verteilung relevante Eignung bemisst sich dabei an den Erfordernissen des konkreten Studienfachs und den sich typischerweise anschliessenden beruflichen Tätigkeiten».¹⁵¹

¹⁴⁸ SCHALLBERGER, in: Eignungstest, 39 (40). Dabei kann zwischen falsch-positiven Entscheiden (einer Zulassung von Personen die später nicht erfolgreich sind) und falsch-negativen Entscheiden (Ablehnung von Personen, die potentiell erfolgreich sind) unterschieden werden.

¹⁴⁹ RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (222); KÜNZLI/KÄLIN, in: Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte, 105 (149 f.); BUCHER, ZStöR 2013, 164 (172); SCHWEIZER, SG-Komm., Art. 8 BV N 34.

¹⁵⁰ BVerfG, Urteil v. 18.07.1972, 1 BvL 32/70 BvL 25/71, N 78 ff.

¹⁵¹ BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 109 ff. Das BVerfG führt unter anderem aus, dass das Kriterium der Ortspräferenz als Kriterium sich nicht an der Eignung orientiere und deshalb als Kriterium für eine Vorauswahl unangemessen sei, N 169 f. Die Wartezeit sei an sich kein sachgerechtes

54. Im Ergebnis verstiesse also ein **Losverfahren für die Verteilung von Studienplätzen in der Medizin gegen das Differenzierungsgebot des allgemeinen Gleichheitssatzes**.¹⁵² Ob die zuvor getroffene Zuteilung von Studienplätzen an die Kantone anhand der EMS-Erfolgsquote der Teilnehmenden der letzten Jahre sich mit dem Gleichheitssatz verträgt, und ob ein Losverfahren betreffend die Bestimmung des Studienortes mit Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar wäre, kann offen bleiben, da das Losverfahren an sich den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verletzt.

3. Treu und Glauben

55. Der Grundsatz von **Treu und Glauben** verankert letztlich eine Art **Vertrauensprinzip**: Im Rechtsverkehr sollen Parteien sich auf die gemachten Zusagen und das bisherige Verhalten verlassen können.¹⁵³

56. Maturanden haben möglicherweise das Gymnasium mit dem Ziel des Medizinstudiums vor Augen absolviert bzw. dieser Berufswunsch ist während ihrer Gymnasialzeit entstanden. Sie können aufgrund der bisherigen Rechtslage und Praxis davon ausgehen, dass für die Zulassung zum Medizinstudium angesichts der beschränkten Studienkapazitäten ein **Eignungstest** durchgeführt werden wird und haben sich dafür teilweise bereits angemeldet. Am Termin für die Eignungsprüfung wird bisher auch festgehalten. Pflichtbewusste und ehrgeizige Studieninteressierte haben bereits gewisse Ausgaben getätigt und auch Zeit investiert, um sich auf die Eignungsprüfung vorzubereiten.

57. Das Erfordernis einer **formell-gesetzlichen Grundlage** für die Zulassungsbeschränkung dient im Übrigen der Rechtssicherheit. Eine Abänderung des Selektionsverfahrens während des laufenden Verfahrens trägt damit dem **berechtigten Vertrauen der Studienanwärter** auf die Durchführung des EMS nicht Rechnung. Das **öffentliche Interesse** an einer **Abweichung von der geplanten Prüfung** könnte aber allenfalls bei weiterhin bestehender Pandemie gegeben sein und damit das **Interesse des Privaten** am Vertrauensschutz **überwiegen**.¹⁵⁴

4. Willkürverbot

58. Das **Willkürverbot** steht in engem Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz, und auch die Prüfungsdichte ist parallel gelagert. Jedoch betrifft das Willkürverbot nicht die sachliche

Zulassungskriterium, da sie nichts über die Eignung des Bewerbers aussage, sie könne aber verfassungsmässig ausgestaltet werden, vgl. N 217 ff.

¹⁵² S. insoweit auch schon ZENGER, ZSR 1983, 1 (63).

¹⁵³ S.o. N 23.

¹⁵⁴ S. insoweit noch unten N 88 ff.

Begründbarkeit einer (Un-)Gleichbehandlung von Sachverhalten verschiedener Rechtssubjekte,¹⁵⁵ sondern verlangt, dass sich ein staatlicher Akt im Ergebnis auf ernsthafte sachliche Gründe stützen kann.¹⁵⁶

59. In der **Rechtsanwendung** besteht Willkür, wenn ein Entscheid einen offenen Widerspruch zu einer Norm oder einem Sachverhalt darstellt oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.¹⁵⁷ Würde das Losverfahren ohne gesetzliche Grundlage anstelle des Eignungstests durchgeführt, würde Willkür vorliegen.

60. Für das Losverfahren wäre der Erlass einer Notverordnung durch die kantonale Exekutive nötig.¹⁵⁸ Bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für das Losverfahren wäre zu prüfen, ob diese als willkürlich zu qualifizieren ist. Die **Rechtsetzung** ist qualifiziert ungerecht und damit willkürlich, wenn sie nicht sachlich begründbar oder als sinn- und zwecklos erscheint.¹⁵⁹ Auch grob unverhältnismässige Regelungen sind willkürlich.¹⁶⁰

61. Das Bundesgericht schliesst **andere Auswahlkriterien als die Eignung** nicht *per se* aus; jedoch dürfen diese nicht willkürlich sein.¹⁶¹ Eine Zulassungsbeschränkung an sich ist aufgrund der beschränkten Ressourcen sachlich begründbar, da nur eine begrenzte Anzahl von Studienplätzen verfügbar ist, so dass eine Auswahl der Bewerber getroffen werden muss. Ein Selektionsverfahren zur Reduzierung der am Studien Interessierten ist somit nicht zwecklos und kann keinesfalls als solches als willkürlich angesehen werden. Allerdings muss nicht nur das Resultat, sondern auch das **Verfahren** dem Willkürverbot standhalten. Ein Losverfahren basiert jedoch – abgesehen von der Voraussetzung der Maturität und der Beschränkung der Plätze pro Kanton – nicht auf **weiteren objektiven oder persönlichkeitsrelevanten Kriterien**, womit die Auswahl zufällig und damit willkürlich gefällt würde; insofern kommen parallele Erwägungen wie im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit und dem Gleichbehandlungsgrundsatz zum Zuge.¹⁶²

¹⁵⁵ WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 23.

¹⁵⁶ BGE 131 I 399 E. 4.2; MÜLLER/SCHIEFER, Grundrechte, 16; MOSER, Differenzierungsgebot, 19 ff.

¹⁵⁷ M.w.N. MÜLLER/SCHIEFER, Grundrechte, 11; TSCHENTSCHER, BSK-BV, Art. 9 N 7.

¹⁵⁸ S. N 32, N 62 f.

¹⁵⁹ M.w.N. MÜLLER/SCHIEFER, Grundrechte, 8; TSCHENTSCHER, BSK-BV, Art. 9 N 8.

¹⁶⁰ MÜLLER/SCHIEFER, Grundrechte, 9.

¹⁶¹ BGE 103 Ia 369 E. 2; BGE 125 I 173 E. 3c. S. schon N 51.

¹⁶² S. im Einzelnen bereits die Ausführungen oben im Zusammenhang N 37 ff., 48 ff. S. auch BGer 2P.267/2001 vom 27. Februar 2002, in welchem die Zuteilung in eine Lohnklasse per Losverfahren als willkürlich klassifiziert wurde. S. weiter STOLLBERG-RILINGER, FS Vorländer, 63 (69 ff.), die das Losziehen als Kapitulation vor vernünftigen Erwägungen und Inszenierung von Willkür bezeichnet.

5. Gesetzliche Grundlage

62. Für eine Zulassungsbeschränkung zum Hochschulstudium ist eine (kantonale) **gesetzliche Grundlage im formellen Sinn** notwendig. Das Gesetz hat zumindest die Grundzüge vorzugeben; in einer Verordnung können weitere Einzelheiten ausgeführt werden.¹⁶³ Um von der gesetzlichen Grundlage abzuweichen, müsste für die Einführung eines Losverfahrens für die Selektion von Medizinstudiumbewerbern die gesetzliche Grundlage angepasst werden, gehen doch die bestehenden gesetzlichen Grundlagen davon aus, dass die Selektion der Bewerber nach ihrer Eignung erfolgen soll.¹⁶⁴

63. Bei bestehender Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit und öffentliche Ordnung sowie Dringlichkeit räumen die (zumindest die meisten) kantonalen Verfassungen aber den Kantonsregierungen die Möglichkeit ein, per **Notverordnung gesetzliche Grundlagen** zu schaffen.¹⁶⁵ Auf die diesbezüglich zu beachtenden Anforderungen bzw. die Frage, ob auf diesem Weg auch von den skizzierten verfassungsrechtlichen Anforderungen abgewichen werden darf, ist unter § 3 IV.¹⁶⁶ einzugehen.

6. Fazit

64. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Selektion der Studienbewerber für das Medizinstudium durch ein **Losverfahren** – auch wenn dieses innerkantonale in Abhängigkeit der EMS-Erfolgsquote der vergangenen Jahre erfolgt – den **verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entsprechen** dürfte. Aufgrund des mit einem solchen Verfahren einhergehenden «Zufallprinzips» verstiesse es gegen die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung; auch wäre ein solches Verfahren als willkürlich einzustufen. Diese Einschätzung gilt unabhängig davon, ob in der gesetzlichen Grundlage als Ziel der Selektion die Eignung der Studienbewerber (auch) als Ziel angeführt wird oder nicht: Denn jedenfalls stünde ein Losverfahren nicht mit dem Gleichheitssatz und der Willkürverbot in Einklang, so dass auch seine gesetzliche Verankerung nichts an der Verfassungswidrigkeit änderte.

65. Dieser Schluss gilt auch in einer **Notsituation** wie die derzeit bestehende Pandemie, welche weitreichende Schutzmassnahmen mit Blick auf den Gesundheitsschutz erfordert. Denn nichts deutet darauf hin, dass es trotz der Notsituation **objektiv nicht möglich** wäre, die **Selektion der Studienanwärter für das Medizinstudium auf eine andere Art und Weise** als über ein Losverfahren vorzunehmen. Insbesondere scheint es auch in Anbetracht der derzeitigen schwierigen Situation *a priori* denkbar, den Präsenztest unter Einhaltung der notwendigen

¹⁶³ BGE 103 Ia 369 E. 7d/dd; BGE 121 I 22 E.4a; BGE 104 Ia 305 E. 3.c; BGE 103 Ia 394 E. 3; MÜLLER/SCHNEIDER, Grundrechte, 667.

¹⁶⁴ S.o. N 6 ff., insbesondere N 11.

¹⁶⁵ S. z.B. Art. 72 KV ZH, § 109 KV BS, Art. 28 Abs. 1 KV BE, Art. 117 KV FR.

¹⁶⁶ N 101 ff.

Schutzmassnahmen durchzuführen, auch wenn dies mit erheblichen Kosten und einem beachtlichen organisatorischen Aufwand verbunden wäre und allenfalls eine Verschiebung notwendig wäre. Möglicherweise könnte auch eine *online*-Durchführung ins Auge gefasst werden. Schliesslich wäre – sollten sich auch diese Varianten als objektiv unmöglich erweisen – zumindest zu eruieren und nachzuweisen, dass es nicht sonstige Möglichkeiten gibt, die Eignung der Studienanwärter bei der Selektion bis zu einem gewissen Grad zu berücksichtigen bzw. zumindest gewisse Anhaltspunkte in diesem Sinn zu formulieren (z.B. die schulischen Leistungen in bestimmten Fächern, kombiniert mit der Maturanote).¹⁶⁷

66. Letztlich von grosser Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die in Frage stehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben **zentrale rechtsstaatliche Grundsätze** darstellen. Ein Verfassungsstaat muss sich aber auch und gerade daran messen lassen, dass diese Grundsätze auch in schwierigen Situationen beachtet und eingehalten werden, dies ungeachtet des Umstands, dass damit gewisse zusätzliche Kosten und diverse Komplikationen einhergehen (können).

III. Zur Zulässigkeit des Abstellens auf die Ergebnisse der Matura

67. Ein weiteres Alternativszenario stellt im Falle eines anhaltenden Notstandes die Zuteilung der Studienplätze unter Berücksichtigung der **kantonalen EMS-Erfolgsquoten** und basierend auf den **Maturanoten** dar. Ein genaues (Berechnungs-) Verfahren steht noch nicht fest; in den Grundzügen würde es sich aber folgendermassen gestalten:

- Für das Studium in Humanmedizin und den anderen betroffenen medizinischen Studienrichtungen sollen auf der Grundlage der Erfolgsquote der Testteilnehmenden der vergangenen Jahre die Studienplätze pro Kanton berechnet werden.
- Die pro Kanton zu Verfügung stehenden Plätze sollen auf die Studienanwärter mit den besten Maturaergebnissen verteilt werden. Die Frage nach der genauen Berechnung und ggf. der Gewichtung der Noten und Ergebnisse ist noch offen. Berücksichtigt werden soll der Einbezug von Personen mit Maturitätsnoten aus früheren Jahren und mit ausländischen Abschlüssen.
- In einem letzten Schritt sollen diejenigen Personen, die im kantonalen Verteilverfahren einen Studienplatz erhalten haben, auf ihre Wahluniversitäten verteilt werden. Die eingeschränkte gesamtschweizerische und interkantonale Vergleichbarkeit soll im Verfahren berücksichtigt werden. Neben den Maturanoten sollen kantonale Maturitätsquoten sowie eventuell weitere Kriterien vorgesehen werden (Einbezug der Noten der letzten

¹⁶⁷ S. insoweit noch sogleich unten N 67 ff.

beiden Jahre, Bestehensquote pro Maturaprofil, Berücksichtigung von Sonderfällen etc.).

68. Ausgehend von der Skizzierung der im Zusammenhang mit dem *Numerus Clausus* für das Medizinstudium und die daran anschliessend notwendige Selektion der Studienbewerber relevanten verfassungsrechtlichen Grundsätze¹⁶⁸ geht es im Folgenden darum zu beurteilen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein solches Selektionsverfahren, welches auf den **Maturitätsnoten** basiert, mit **verfassungsrechtlichen Vorgaben** vereinbar wäre. Dabei wird auf die Verhältnismässigkeit, den Gleichheitssatz, den Grundsatz von Treu und Glauben, das Willkürverbot und auf die gesetzliche Grundlage eingegangen. Bei der Erörterung der sich hier stellenden Rechtsfragen ist zu berücksichtigen, dass es sich jedenfalls um ein Szenario handelt, welches nur **ausnahmsweise** (aufgrund der Pandemie) eingesetzt werden könnte und es nicht um einen grundlegenden Praxiswechsel geht.

1. Verhältnismässigkeit

69. Sowohl die **Rechtsetzung** als auch die **Rechtsanwendung** durch den Staat haben **verhältnismässig** zu sein.¹⁶⁹ Staatliche Massnahmen müssen eine Mittel-Zweck-Relation einhalten.¹⁷⁰ Demnach hat die staatliche Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar zu sein.

70. Bei einem Zulassungsverfahren, wird ein **doppelter Zweck** verfolgt:¹⁷¹ Durch den *Numerus Clausus* soll einerseits die **Anzahl der Studierenden** auf die vorhandenen Studienplätze abgestimmt und andererseits die **geeigneten** oder gar die **bestgeeignetsten Studienbewerber** ausgewählt werden. Würde – bei anhaltender Pandemie – das Zulassungsverfahren auf die Maturanoten abgestützt, ist zu prüfen, ob diese Massnahme geeignet und erforderlich ist und ob eine angemessene Relation zwischen dem verfolgten Zweck und dem eingesetzten Mittel besteht.

Diese doppelte Zielsetzung ergibt sich *de lege lata* aus den einschlägigen Rechtsgrundlagen für den *Numerus Clausus* im Medizinstudium.¹⁷² Ein gänzlicher Verzicht auf die zweite Zielsetzung – die Auswahl möglichst geeigneter Studierender – wäre aber verfassungsrechtlich problematisch bzw. unzulässig: Denn – wie im Zusammenhang mit dem Losverfahren dargelegt¹⁷³ – implizierte ein völliges Ausblenden der (fachlichen) Kompetenzen der Studienanwärter einen Verstoß insbesondere gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot. Insofern ist auch im Zusammenhang mit den Maturanoten davon auszugehen, dass ein Ziel auch bei diesem Alternativszenario ist bzw. aus verfassungsrechtlicher Sicht sein muss, die **Eignung der Studienanwärter für das Medizinstudiums zu berücksichtigen**.

¹⁶⁸ Oben § 3 I., N 14 ff.

¹⁶⁹ SCHINDLER, SG-Komm., Art. 5 BV N 49.

¹⁷⁰ S. EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 69.

¹⁷¹ Vgl. schon N 35.

¹⁷² Zu diesen N 6 ff., insbesondere N 11.

¹⁷³ N 34 ff., insbesondere N 45 ff. (Angemessenheit), N 48 ff. (Gleichbehandlungsgebot), N 58 ff. (Willkürverbot).

a) Eignung

71. Eine Massnahme ist geeignet, wenn sie das **angestrebte Ziel erreicht** oder (zumindest) dazu **beiträgt** und das Ziel in **kohärenter Weise** verfolgt wird.

72. Das Alternativszenario des Rückgriffs auf die Maturanoten würde eine Durchführung des Zulassungsverfahrens innerhalb der geplanten Frist ermöglichen. Abgestellt auf die kantonalen EMS-Erfolgsquoten und die anschliessende Verteilung der Plätze anhand der erreichten schulischen Leistungen könnte eine bestimmte Anzahl von Personen aus der Gruppe der Studienanwärter für das Medizinstudium ausgewählt werden. Ein solches Verfahren ist somit *a priori geeignet*, die **Anzahl der Studierenden** auf die vorhandenen Studienplätze abzustimmen.

Es könnte allerdings fraglich sein, inwiefern die benötigte Differenzierung – zwischen den Ergebnissen der Maturitätsnoten der Studienbewerber – ermittelt werden kann, um anschliessend die Zulassung entsprechend der Kapazitäten umzusetzen.¹⁷⁴ Unter dem Vorbehalt, dass das Erstellen einer solch exakten Rangliste möglich wäre, könnte dieses Szenario für die Auswahl der Studienanwärter als geeignet angesehen werden.

73. Fraglich könnte jedoch sein, ob ein Abstellen auf die **Maturanoten** ein taugliches Kriterium ist, um diejenigen Studienbewerber zu **selektionieren**, die (am besten) für ein **Medizinstudium geeignet** sind.

74. Der Durchschnitt der Maturitätsnoten ist durchaus ein naheliegendes Kriterium, um die Eignung von Studienbewerbern zu eruieren, da die Schulnoten die schulische Leistungsfähigkeit abbilden.¹⁷⁵ Allgemeine kognitive Fähigkeiten und persönlichkeitsbezogene Kompetenzen wie Interesse, Motivation, Fleiss und Arbeitshaltung fliessen im Allgemeinen in Schulnoten ein.¹⁷⁶ Werden Schulnoten über mehrere Jahre in Betracht gezogen, ist dadurch die Beurteilung der schulischen Leistungsfähigkeit auch über einen langen Zeitraum möglich.¹⁷⁷ Es kann davon ausgegangen werden, dass entsprechend dem Schulerfolg auch der Studienerfolg durch Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft beeinflussbar ist.¹⁷⁸ Verschiedene Studien zeigen denn auch eine **Korrelation** zwischen dem **Ergebnis des Maturitätszeugnisses** und dem **Studienerfolg**.¹⁷⁹

¹⁷⁴ S. HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 26 f.

¹⁷⁵ Siehe RICHLI, ZBI 96/1995, 197 (219).

¹⁷⁶ Betreffend deutsches Abitur m.w.N. BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 129.

¹⁷⁷ BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 132.

¹⁷⁸ DIEM, Kantonsbericht Aargau, 41.

¹⁷⁹ S. zB die sog. EVAMAR II-Studie, verfügbar unter www.edk.ch/dyn/22481.php; SPICHER, Bericht Zusammenhang Maturanoten und Basisprüfung ETH 12; DIEM/WOLTER, Analyse Studienverläufe Universität Bern, 24; DIEM, Kantonsbericht Aargau, 41; SKBF, Bildungsbericht 2014, 152. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 17. RICHLI, ZBI 96/1995, 197 (219); TROST, in: Abitur und Matura, 151 (155 f.); BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 129.

75. Dennoch könnten im vorliegenden Zusammenhang auch eine Reihe von **Argumenten gegen die Geeignetheit** der Maturanoten für die Selektion der geeignetsten Studienbewerber für Medizin sprechen:

- Zunächst erscheint die **Vergleichbarkeit** der Maturitätszeugnisse nicht gesichert.¹⁸⁰ Nachweislich bestehen Unterschiede betreffend Notengebung und zwar nicht nur zwischen den Kantonen, sondern insbesondere auch zwischen den Gymnasien.¹⁸¹ Auch könnte die Fächerwahl die Noten beeinflussen.

Die Vergleichbarkeit der einzelnen Fächer und deren Lerninhalte (einmal abgesehen von der subjektiv geprägten Notengebung) ist schon innerhalb einer Schule, aufgrund grosser Variationsmöglichkeiten zur Gestaltung der gymnasialen Ausbildung, wohl nicht immer gegeben. So fragt es sich, ob sich nicht eine Unterscheidung zwischen Mathematiknoten im Schwerpunktfach Mathematik im Vergleich zu «normalem» Mathematikunterricht aufdrängen müsste bzw. hier anders gewichtet werden sollte.¹⁸² Ähnliche Fragen stellen sich auch für andere Konstellationen, z.B. Noten aus Immersionsfächern,¹⁸³ aber auch für ausländische Zeugnisse.

Aufgrund der jetzigen Lage ist zudem auch unklar, wie die Maturanoten dieses Jahr zusammengesetzt werden. Ein Entscheid bezüglich der Modalitäten der Durchführung der Maturaprüfungen wird erst im Mai erfolgen.¹⁸⁴

- Sodann dient die Matura **nicht** dazu, die **Eignung spezifisch für ein medizinisches Studium** festzustellen. Vielmehr soll die schweizerische Maturität eine Allgemeinbildung ermöglichen, indem Kompetenzen in verschiedenen Bereichen gefördert werden.¹⁸⁵ Insofern stellt die Matura gerade keinen Eignungstest für das Medizinstudium dar, so dass der Schluss von einem besseren Maturaschnitt auf eine bessere Geeignetheit für das Medizinstudium nicht in jedem Fall zwingend erscheint.

Insofern könnte sich auch eine gewisse abgestufte Gewichtung gewisser Fächer oder Kompetenzen aufdrängen, je nach ihrer Relevanz spezifisch für ein Medizinstudium.

76. Diese durchaus berechtigten Einwände ändern allerdings nichts daran, dass das Abstellen auf Maturanoten jedenfalls dazu **beiträgt**, die für eine Medizinstudium eher geeigneten Bewerber zu selektionieren. Zwischen **Maturanoten und Studienerfolg** besteht grundsätz-

¹⁸⁰ So stellte auch das Bundesgericht in Frage, ob Maturitätszeugnisse, unabhängig von Kanton und Schule, gleich zu bewerten seien, s. BGE 103 Ia 369 E. 7.d.cc).

¹⁸¹ SPICHER, Bericht Zusammenhang Maturanoten und Basisprüfung ETH, 14; RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (219).

¹⁸² Lehrplan: https://www.fr.ch/sites/default/files/2018-10/Mathematik%202014_0.pdf.

¹⁸³ S. z.B. <https://mba.zh.ch/internet/bildungsdirektion/mba/de/maturitaetsschulen/unterrichts-themen/immersion.html>.

¹⁸⁴ <https://www.nzz.ch/schweiz/maturanden-sollten-sich-auf-schriftliche-pruefungen-einstellen-ld.1550725>.

¹⁸⁵ S. insoweit bereits N 52.

lich eine **Korrelation**, so dass die Auswahl anhand der Maturanoten ein **geeignetes** Kriterium darstellen dürfte,¹⁸⁶ zumal es ausreicht, dass die Massnahme einen Beitrag zur Erreichung des angestrebten Ziels leistet. Dass es mit dem EMS ein besser geeignetes Instrument gibt, ändert grundsätzlich nichts an der Geeignetheit der Massnahme als solche.¹⁸⁷

Der Eignungstest wird im Vergleich zu den Maturanoten als besser geeignet angesehen.¹⁸⁸ Ein Vorteil des EMS besteht darin, dass Studienanwärter, die ihre Fähigkeiten in der Schule nicht voll entfalten konnten,¹⁸⁹ trotzdem eine Chance zum Studienzugang erhalten.¹⁹⁰ Gute Noten können auch durch verstärkten Zeiteinsatz und Fleiss erreicht werden, was aufgrund der beschränkt zur Verfügung stehenden Zeit bei der Absolvierung des EMS nicht kompensiert werden kann. Zudem enthält eine Benotung immer auch eine subjektive Komponente; so ist grundsätzlich ein Test, welcher von einer einzigen Prüfungsinstanz abgenommen wird, geeigneter, da eine bessere Vergleichbarkeit der Resultate gegeben ist.¹⁹¹

77. Allerdings ist vor dem Hintergrund der erwähnten Einwände gegen eine **Vergleichbarkeit** der «absoluten» Maturanoten sicherzustellen, dass den skizzierten Problemen durch eine entsprechende **Gewichtung** der Noten bzw. das **Berechnungsmodell** zumindest in einem gewissen Mass Rechnung getragen wird, dies über die bereits vorgesehene «kantonale Quote» (welche durchaus auch und gerade in diesem Zusammenhang zu sehen ist) hinaus.

Immerhin sei darauf hingewiesen, dass das deutsche **Bundesverfassungsgericht** einen Ausgleichsmechanismus für eine länderübergreifende Vergleichbarkeit als Voraussetzung für eine verfassungskonforme Umsetzung des Zulassungsverfahrens ansieht.¹⁹² In Deutschland wird auch ein Ausgleichsmechanismus eingesetzt,¹⁹³ was nichts daran ändert, dass die mangelnde Vergleichbarkeit von Noten gleichwohl kritisiert wird.¹⁹⁴ Diesen Stimmen ist zuzugeben, dass jede noch so ausgeklügelte Berechnung bzw. Gewichtung der Noten nicht die vollständige Vergleichbarkeit sicherzustellen vermag; dieser Aspekt ändert aber nichts an der grundsätzlichen Geeignetheit der Massnahme. Denn einmal reicht ein Beitrag zur Zielerreichung aus, und zum anderen können gewisse «Fehler» bzw. Fehlbeurteilungen bei keinem Test und keiner Prüfung ausgeschlossen werden.

78. Die Machbarkeit der **zeitnahen Erstellung** eines **Berechnungsmodells**, welches die erwähnten Unterschiede angemessen berücksichtigen würde, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Es ist aber davon auszugehen, dass eine solche grundsätzlich möglich sein sollte,

¹⁸⁶ S. auch BGE 103 Ia 369 E. 7.d.cc).

¹⁸⁷ Dieser Aspekt ist aber im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit relevant. S.u. N 79 ff.

¹⁸⁸ SKBF, Bildungsbericht 2014, 190. S. insoweit auch schon oben N 47 ff., N 52.

¹⁸⁹ http://www.ztd.ch/w/index.php/EMS#Maturanoten_als_Zulassungskriterium_f.C3.BC_r_das_Medizinstudium.

¹⁹⁰ S. TROST, in: Abitur und Matura, 151 (153 f.).

¹⁹¹ RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (220); SPICHER, Bericht Zusammenhang Maturanoten und Basisprüfung ETH, 11.

¹⁹² BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 246.

¹⁹³ S. insoweit schon RICHLI, ZBl 96/1995, 197 (222).

¹⁹⁴ <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/studium-und-nc-abiturnoten-sind-ungleich-in-deutschland-a-1044518.html>; <https://www.br.de/nachrichten/bayern/sind-bayerische-abiturienten-im-nachteil,Qw6Ww11>.

so dass ein Abstellen auf die Maturanoten im skizzierten Sinn¹⁹⁵ im Ergebnis als geeignete Massnahme einzustufen ist.

b) **Erforderlichkeit**

79. Eine Massnahme ist erforderlich, wenn **kein milderes Mittel** zur Verfügung steht. Ebenso wie bezüglich des Losverfahrens¹⁹⁶ fragt es sich daher im vorliegenden Zusammenhang, ob anstelle des Abstellens auf die Maturanoten andere Selektionsverfahren in Betracht gezogen werden könnten bzw., ob unter den einschränkenden Bedingungen aufgrund des COVID-19 (bzw. der mit der Pandemie einhergehenden Beschränkungen) andere Zulassungsverfahren ebenso oder besser geeignet wären, um die Zugangsbeschränkung zum Medizinstudium (mit ihrer doppelten Zielsetzung) umzusetzen.

80. Insoweit kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen zum Losverfahren¹⁹⁷ verwiesen werden: Damit wären **Massnahmen, welche den EMS an die Situation angepasst durchzuführen** erlaubten, als milderes Mittel zu bevorzugen. Insbesondere ist an eine Durchführung der Prüfung mit entsprechenden Sicherheitsmassnahmen oder eine gewisse Verschiebung des Prüfungsdatums zu denken.¹⁹⁸ Eine *online*-Prüfung könnte ebenfalls ein milderes Mittel darstellen, wenn hier auch – wie erwähnt – Zweifel an der Machbarkeit bestehen.¹⁹⁹

81. Damit wäre ein Rückgriff auf die Maturanoten im oben skizzierten Sinn²⁰⁰ nur unter der **Voraussetzung** als **erforderlich** anzusehen, dass eine Durchführung des EMS **objektiv nicht möglich** wäre.

c) **Verhältnismässigkeit i.e.S.**

82. Als dritte Voraussetzung ist die **Angemessenheit** oder Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zu prüfen. Die in Frage stehende Massnahme bzw. die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen darf nicht in einem Missverhältnis zu der Beeinträchtigung von anderen Interessen oder Rechten stehen.

83. Im vorliegenden Zusammenhang sind im Hinblick auf die Prüfung der Angemessenheit folgende **Zielsetzungen und Interessen** zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen:

- Das Ziel und Interesse des Staates und damit der in Betracht gezogenen Massnahme kann darin gesehen werden – trotz allfälliger Einschränkungen durch die Pandemie –

¹⁹⁵ Oben N 67.

¹⁹⁶ N 41 ff.

¹⁹⁷ N 41 ff.

¹⁹⁸ Oben N 43.

¹⁹⁹ N 42.

²⁰⁰ N 67.

für die **Studienbewerber im Studiengang Medizin ein Zulassungsverfahren** durchzuführen, das einerseits die **Qualität** des Hochschulstudiums gewährleistet, andererseits eine **rechtzeitige Selektion** der Studienbewerber gewährleistet.

- Demgegenüber steht das **Interesse der Studienbewerber**: Diese haben ein Interesse daran, **fair** und ihrer **Eignung** entsprechend die Chance zum Medizinstudium zu erhalten. Die Maturitätsnoten widerspiegeln zwar die Leistungen im Gymnasium, bezüglich Vergleichbarkeit bleiben aber einige Fragen offen. Insbesondere sollten ja nicht Schüler mit herausfordernden Profilen «bestraft» werden. Auch war diese Relevanz der Maturanoten für die Betroffenen nicht vorhersehbar und würde unerwartet erfolgen, was insbesondere auch insoweit von Bedeutung ist, als nicht nur die abzulegenden Maturaprüfungen, sondern auch die Erfahrungsnoten in die zu berücksichtigenden Noten einflössen.

84. Sollte der EMS tatsächlich nicht durchführbar sein,²⁰¹ spricht Vieles – auch vor dem Hintergrund des beachtlichen Beurteilungsspielraums der zuständigen Organe in diesem Zusammenhang²⁰² sowie der Ausnahmesituation – für die **Bejahung der Angemessenheit**: Denn ein Verzicht auf dieses Auswahlkriterium würde letztlich implizieren, dass eine Selektion für das akademische Jahr 2020/2021 gar nicht stattfinden könnte (sind doch keine anderen möglicherweise zulässigen Selektionskriterien und -verfahren ersichtlich). Im Hinblick auf das hiermit tangierte öffentliche Interesse von grossem Gewicht (namentlich die Ausbildung von Ärzten und Ärztinnen) stehen die den in Mitleidenschaft gezogenen Interessen der Studienbewerber durchaus in einem angemessenen Verhältnis, dies jedenfalls angesichts des Umstands, dass dieses Szenario nur punktuell angesichts der herrschenden Ausnahmesituation zum Zuge kommen käme und die Studienbewerber, die keinen Studienplatz erhalten, im nächsten Jahr die Möglichkeit der Absolvierung des EMS hätten.

2. Gleichbehandlungsgebot

85. Für Maturanden, die sich für das Medizinstudium bewerben, liegt ein vergleichbarer Sachverhalt vor. Angesichts der selektiven Zulassung von Studienbewerbern besteht eine Beschränkung an der Teilhabe staatlicher Leistung.²⁰³ Eine Ungleichbehandlung muss dementsprechend den Anforderungen von **Art. 8 Abs. 1 BV** genügen; dies ist der Fall, wenn sie sich auf einen **sachlichen Grund** stützt, wobei dem (kantonalen) Gesetzgeber hier jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen ist.²⁰⁴

²⁰¹ Was ja schon eine Voraussetzung der Erforderlichkeit ist, s.o. N 79 ff.

²⁰² Vgl. insoweit, m.w.N., EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 71.

²⁰³ Oben N 48.

²⁰⁴ Zu diesem z.B., m.w.N., WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 28 ff.

86. Unter dem Punkt des Gleichbehandlungsgebots sind **drei Aspekte** zu prüfen: die Zulässigkeit der Zuteilung der Studienplätze pro Kanton aufgrund der EMS-Quote der Vorjahre, die Zulässigkeit des Abstellens auf Maturanoten für das Zuteilen von Studienplätzen innerhalb der Kanton sowie die Zulässigkeit des Verteilens der Studierenden auf die verschiedenen Kantone:

- Als erstes stellt sich die Frage der Vereinbarkeit einer **kantonalen EMS-Quote** mit dem Gleichheitssatz. Um diesem nachzukommen, müsste die kantonale Quote sachlich begründbar sein. Da der EMS die Eignung der Studienanwärter widerspiegelt, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die EMS-Quote pro Kanton aufzeigt, wie viele Studienanwärter aus diesem Kanton (durchschnittlich) für das Medizinstudium geeignet sind, was u.a. bedingt, dass diese Zahlen über die Jahre einigermaßen konstant sind. *A priori* erscheint die sachliche Begründbarkeit solcher kantonaler EMS-Quoten damit durchaus plausibel bzw. zumindest vertretbar, wäre aber noch mit entsprechenden statistischen Angaben zu belegen.

Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Situation der Kantone, ist – auf den ersten Blick – allerdings nicht gänzlich auszuschliessen, dass diese kantonalen EMS-Quoten in gewissen Konstellationen wenig aussagekräftig sind, was insbesondere bei Kantonen mit einer kleinen jährlichen Teilnehmerzahl möglich erscheint.²⁰⁵

- Auch die **innerkantonale Auswahl der Studienbewerber** für die zur Verfügung stehenden Studienplätze muss mit dem Gleichheitssatz vereinbar sein. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen²⁰⁶ zur Aussagekraft von Maturitätsnoten verwiesen werden: Sie korrelieren mit dem Studienerfolg, so dass insofern auch eine Ungleichbehandlung, welche auf den Schulnoten bzw. den schulischen Kompetenzen basiert, sachlich begründbar ist.²⁰⁷ Zwar wird durch die Abstützung auf die Maturanoten keine Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet,²⁰⁸ und besondere Einzelkompetenzen können durch einen Notendurchschnitt nicht angemessen abgebildet werden,²⁰⁹ so dass eine Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bzw. der tatsächlichen Eignung nicht in jedem Fall gegeben ist. Allerdings sind Typisierungen, solange sie «tendenziell vernünftig und sachgerecht erscheinen»,²¹⁰ durch den Gesetzgeber bis zu einem gewissen Mass erlaubt. Daher dürfte jedenfalls unter der Voraussetzung, dass der teilweise nur beschränkt vorliegenden Aussagekraft und Vergleichbarkeit durch entsprechende Berechnungsverfahren bzw. Gewichtungen Rechnung getragen wird, dem **Gleichheitsgebot entsprochen** werden.

²⁰⁵ Z.B. 3-12 Teilnehmende jährlich im Kanton AI; SPICHER, Bericht Eignungstest 2019, 18.

²⁰⁶ N 73 ff.

²⁰⁷ Für Deutschland, BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 128.

²⁰⁸ <http://www.ztd.ch/w/index.php/EMS>.

²⁰⁹ BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 N 13 (für deutsche Abiturdurchschnittsnoten).

²¹⁰ BGE 131 I 205, E. 3.2; s. auch BIAGGINI, OFK-BV, Art. 8 N 11.

Zwar wird der Eignungstest – im Vergleich zur Zulassung anhand der Maturanoten – als chancengerechter bezeichnet.²¹¹ Der EMS wird von einer einzigen Prüfungsinstanz abgenommen und ermöglicht auch denjenigen, die ihre Leistungen in der Schule nicht zeigen konnten, den Beginn des Studiums bei guter Eignung. So fragte sich auch das Bundesgericht, ob grundsätzlich spezielle Regelungen für Kandidaten aus sozial schwächeren Schichten beim Abstellen auf Maturitätsnoten nötig seien.²¹² Gemäss dem deutschen Bundesverfassungsgericht müssen für eine verfassungskonforme Zulassungsbeschränkung neben dem Abiturdurchschnitt weitere eignungsrelevante Auswahlkriterien berücksichtigt werden.²¹³ Inwiefern der Chancengleichheit genügend nachgekommen wird, hängt letztlich von den angewendeten Berechnungsparametern sowie allenfalls hinzugezogenen weiteren Kriterien ab, erscheint aber möglich.

- In einem letzten Schritt sollten zukünftige Studierende, anhand ihrer Resultate, den verschiedenen **universitären Hochschulen zugeteilt** werden. Dies sollte durch eine Berechnung erfolgen, die einen interkantonalen Vergleich der Resultate ermöglicht. Die Durchführung einer solchen ist sachlich begründbar, da ja grosse kantonale Unterschiede bestehen und diese im Sinne des Differenzierungsgebots berücksichtigt werden müssen.²¹⁴

Bei der Zuweisung der Studienanwärter zu einer anderen als der gewünschten Universität, wäre allenfalls die Vereinbarkeit der Zuweisung mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) zu prüfen. Der Kerngehalt wäre wohl nicht betroffen und eine Einschränkung unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig.

87. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das in Betracht gezogene Modell wohl so **ausgestaltet** werden könnte, dass dem **Gleichheitssatz Rechnung getragen** werden kann, was allerdings in Bezug auf die kantonalen EMS-Quoten und gewisse Konstanz der diesbezüglichen Daten impliziert; bei der innerkantonalen Zuteilung müssten aus parallelen Gründen, wie im Rahmen der Geeignetheit dargelegt,²¹⁵ sachlich begründbare Berechnungsparameter in Bezug auf die «Gewichtung» der Maturaergebnisse entwickelt werden.

3. Treu und Glauben

88. Staatliches Handeln hat in **Treu und Glauben** zu erfolgen (**Art. 9 BV**). So lässt sich aus dem Erfordernis von Treu und Glauben neben dem Vertrauensprinzip auch ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung im Falle einer Änderung der Rechtslage ableiten.²¹⁶

89. Maturanden, die sich für das Medizinstudium interessieren, können bzw. konnten anhand der bisherigen Rechtslage und Praxis davon ausgehen, dass ein Eignungstest durchgeführt

²¹¹ SKBF, Bildungsbericht 2014, 190.

²¹² BGE 103 Ia 369 E. 7.d.cc).

²¹³ BVerfG, Urteil v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, N 209, 246; BVerfG, Urteil v. 18.07.1972, 1 BvL 32/70 BvL 25/71, N 99.

²¹⁴ Für Deutschland BVerfG, Urteil v. 03.04.1974, 1 BvR 282, 305/73, N 33 ff. Kritisch HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest, 5.

²¹⁵ N 71 ff.

²¹⁶ EPINEY, BSK-BV, Art. 5 N 73.

werden würde. Teilweise haben sie sich bereits angemeldet und sind mit den Vorbereitungen befasst. Eine Änderung des Selektionsverfahrens würde eine **Verletzung des berechtigten Vertrauens** auf die **Möglichkeit der Teilnahme am EMS** bedeuten.²¹⁷

90. In Fällen, in welchen ein berechtigtes Vertrauen auf staatliches Verhalten verletzt wird, ist zu prüfen, ob der **Vertrauensschutz** oder das **öffentliche Interesse** an der Änderung der Rechtspraxis beziehungsweise der Rechtsgrundlage überwiegt.²¹⁸

- Das **öffentliche Interesse** ist in der **Selektion** der Studienbewerber für Medizin zu sehen, die auch – trotz allfälliger Einschränkungen durch die Pandemie – rechtzeitig durchgeführt werden soll, dies im Hinblick auf die **Besetzung der verfügbaren Studienplätze** und die **Ausbildung** von Ärzten und Ärztinnen.
- Demgegenüber steht das **Interesse der Studienbewerber** an der Zulassung zu ihrem «Wunschstudium». Berechtigterweise vertrauen sie aufgrund bestehender Rechtsgrundlage und Rechtspraxis darauf, die Zulassung zum Medizinstudium über den EMS zu erlangen und haben (zumindest teilweise) bereits entsprechende Dispositionen getroffen. Eine Abänderung des Selektionsverfahrens während des laufenden Verfahrens trägt damit dem **berechtigten Vertrauen der Studienanwärter** auf die Durchführung des EMS nicht Rechnung.

91. Trotz des Umstands, dass eine Modifikation des Zulassungsverfahrens auch implizierte, dass Noten berücksichtigt würden, welche die Studienbewerber nicht mehr beeinflussen können,²¹⁹ spricht – aus letztlich parallelen Überlegungen wie im Rahmen der Angemessenheit²²⁰ – Vieles dafür, dass das **öffentliche Interesse** an einer **Abweichung von der geplanten Prüfung** bei weiterhin bestehender Pandemie und der objektiven Unmöglichkeit der rechtzeitigen Durchführung des EMS²²¹ das **Interesse der Privaten** am Vertrauensschutz **überwiegt**, ist das

²¹⁷ S.o. N 55 ff.

²¹⁸ S. insoweit auch schon oben N 82 ff. im Zusammenhang mit der Angemessenheit.

²¹⁹ Aufgrund der seit Jahren bestehenden Praxis können bzw. konnten die Studienanwärter davon ausgehen, dass ihre Maturitätsnoten keinerlei Auswirkungen auf den Zugang zu ihrer tertiären Ausbildung haben. Hätten die Studienbewerber gewusst, dass ihre Schulleistung als Kriterium für die Zulassung zum Medizinstudium ausschlaggebend sein würde, hätten sie sich möglicherweise in ihrer Schulzeit anders organisiert. Vgl. SWIR, Bericht Zulassungsverfahren, 17. Dies liess sich in Deutschland beobachten, BVerfG, Urteil v. 03.04.1974, 1 BvR 282, 305/73, N 28. Wie bereits erwähnt (N 72 ff.), spiegeln Schulnoten sowohl kognitive Fähigkeiten als auch Arbeitsaufwand wieder. Insbesondere Gymnasiasten, die neben ihren schulischen Verpflichtungen ihre Zeit besonders in ausserschulische Aktivitäten investiert haben (Politik, Freiwilligenarbeit, Musik, Sport, Pflege Angehöriger etc.), würden von dieser unerwarteten Ausnahmeregelung getroffen.

²²⁰ N 82 ff.

²²¹ Demgegenüber stellt ein Kostenargument oder die Vermeidung des erhöhten administrativen Aufwands für die Durchführung des EMS unter erhöhten Gesundheitsschutzmassnahmen kein öffentliches Interesse dar, welches den Vertrauensschutz zu überwiegen vermag.

öffentliche Interesse an einer Zulassungsbeschränkung zum Medizinstudium doch von sehr grosser Bedeutung.

4. Willkürverbot

92. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Losverfahren erwähnt, wäre eine Zulassungsbeschränkung, welche **ohne gesetzliche Grundlage** das Zulassungsverfahren abändert und auf die Maturanoten abstellt, willkürlich.²²² Für die Durchführung des Zulassungsverfahrens (basierend auf den Maturanoten) müsste damit eine formell- oder materiell-gesetzliche Grundlage geschaffen werden.²²³

93. Eine gesetzliche Grundlage ist qualifiziert ungerecht und damit willkürlich, wenn sie **nicht sachlich begründbar**, sinn- und zwecklos oder grob unverhältnismässig ist. Das Selektionsverfahren verfolgt den Zweck der Begrenzung von Studienanfängern im Studiengang Humanmedizin und ist damit nicht sinnlos. Im Übrigen wurde bereits dargelegt, dass grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass das Verfahren so ausgestaltet werden kann, dass den Anforderungen der Verhältnismässigkeit und des Gleichheitssatzes Rechnung getragen werden können. Vor diesem Hintergrund wäre das **Willkürverbot nicht verletzt**.

5. Gesetzliche Grundlage

94. Staatliches Handeln muss auf einer generell-abstrakten Norm basieren.²²⁴ Das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, dass für Zulassungsbeschränkungen eines Hochschulstudiums eine **formell-gesetzliche Grundlage** nötig ist, welche zumindest in den Grundzügen die Zulassungsbeschränkung normiert.²²⁵ Die Anforderung des Vorliegens einer formell-gesetzlichen Grundlage erklärt sich damit, dass die durch die Zulassungsbeschränkung geschaffene Einschränkung von grosser Bedeutung für die Teilhabe an staatlich begrenzten Gütern bzw. Leistungen ist.

95. In den meisten **kantonalen Gesetzen** sowie im ETH-Gesetz wird die **Eignung** als ausschlaggebendes Kriterium für den Zulassungsentscheid vorgeschrieben. Der Exekutive wird aber eine nähere Regelung des Zulassungsverfahrens überlassen. Da eine **Korrelation zwischen Maturanoten und Studienerfolg** besteht, könnte vertreten werden, die Maturanoten der Studienanwärter als ein dem Erfordernis der **Eignung** entsprechendes Kriterium zu werten. Auch könnte in Bezug auf die Massgeblichkeit der Maturanote mit gewissen Varianten, welche z.B. die Leistungen in den für das Medizinstudium besonders relevanten Fächern besonders gewichten, vertreten werden, dass damit letztlich auf die Eignung im Sinne der gesetzlichen

²²² Oben N 59.

²²³ S. auch noch unten N 94 ff.

²²⁴ Siehe SCHINDLER, SG-Komm., Art. 5 BV N 32 ff.

²²⁵ Vgl. N 32 f., N 62 f.

Grundlagen abgestellt wird. Insoweit müssten damit die kantonalen Gesetze und das ETH-Gesetz für einen Rückgriff auf die Maturitätsnoten im skizzierten Sinn nicht abgeändert werden. Angesichts der gleichwohl bestehenden Unspezifität der Matura und der wohl eher hohen «Fehlerquote» dieser Methode (im Vergleich zum EMS), was die Feststellung der Eignung der Bewerber angeht, dürfte dies jedoch zumindest in Bezug auf zahlreiche Rechtsgrundlagen problematisch sein. Hinzu kommen die hohen Anforderungen an die formell-gesetzliche Grundlage im Falle eines *Numerus clausus*.²²⁶ Im vorliegenden Zusammenhang kann hierzu allerdings keine abschliessende Aussage getroffen werden; vielmehr müssten die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen – die von Kanton zu Kanton differieren – im Einzelnen analysiert werden.

96. Jedenfalls wäre aber der Erlass einer **Verordnung** durch die **Exekutive** notwendig, welche – sollte sich erweisen, dass die formell-gesetzliche Grundlage für einen Rückgriff auf die Maturanote nicht ausreicht (z.B. weil bereits in dieser auf einen eigentlichen Eignungstest Bezug genommen wird) – auch als Notverordnung ausgestaltet werden könnte.²²⁷ Auf Verordnungsebene wäre das alternative Auswahlverfahren vorzusehen, wobei diese Verordnung in den verschiedenen Kantonen weitgehend parallel ausgestaltet sein müsste.

Da für die Ausgestaltung der Beurteilung der Maturazeugnisse verschiedene Möglichkeiten denkbar sind und diesen Entscheiden eine grosse Bedeutung zukommt, wäre es zwar wünschenswert, diese Auswahlkriterien in Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinn festzuhalten. Das Bundesgericht befand aber in der Vergangenheit, dass praktische Hindernisse gegen eine genauere Regelung der Auswahlkriterien für die Zulassung im Gesetz im formellen Sinn sprechen könnten.²²⁸ Im Übrigen geht es vorliegend um eine Notsituation, wäre doch der Erlass formell-gesetzlicher Grundlagen nicht bis im Sommer möglich.

Jedenfalls dürfte sich die **Ausgestaltung dieser gesetzlichen Grundlage** als **anspruchsvoll** erweisen, dies auch aufgrund der Komplexität des Verfahrens und der notwendigen Gewichtungen der Maturanoten sowie den mit letzterer einhergehenden Berechnungen. Diese müssten selbstverständlich ebenfalls den hier erörterten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, und eine verfassungskonforme Ausgestaltung könnte sich durchaus als komplex darstellen. Immerhin wäre aber zu erwarten, dass die mit entsprechenden Streitigkeiten möglicherweise bzw. wahrscheinlich befassten Gerichte den zuständigen Organen angesichts der herrschenden Notsituation einen eher weiten Gestaltungsspielraum einräumen würden, was freilich nichts daran ändert, dass die getroffenen Entscheidungen und Differenzierungen plausibel zu begründen sind.

6. Fazit

97. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass ein Rückgriff auf die **Maturanoten** zur Selektion der Studienbewerber für das Medizinstudium *a priori* so ausgestaltet werden könnte, dass den **verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprochen** werden könnte, dies zumindest soweit es um einen einmaligen Rückgriff auf die Maturanoten aufgrund einer Notlage geht. Es müsste allerdings ein angemessener Berechnungsschlüssel für die inter- und innerkantonale

²²⁶ Hierzu bereits oben N 32 f., 62 f.

²²⁷ S. schon N 62 f., sowie unten N 101 ff.

²²⁸ BGE 103 Ia 369 E. 7.d.dd) f.

Vergleichbarkeit gefunden würde und allenfalls wären weitere Kriterien beizuziehen, um der Chancengleichheit Rechnung zu tragen.

98. Allerdings gilt dies nur, soweit die **Durchführung des EMS objektiv unmöglich** ist. Nur dann kann eine solche Massnahme als erforderlich und angemessen angesehen werden. Auch vermag das öffentliche Interesse an einem Alternativszenario das berechtigte Vertrauen der Privaten nur zu überwiegen, wenn keine Durchführung eines angepassten EMS möglich wäre. Kostenargumente oder mögliche administrative Schwierigkeiten unterliegen dem höher zu gewichtenden Vertrauensschutz des Einzelnen.

99. Sollte auf die Maturanoten zurückgegriffen werden, müsste dies in einer gesetzlichen Grundlage verankert werden. Dies kann auch in einer **(Not-) Verordnung der Exekutive** geschehen. Die genaue Ausgestaltung dieser gesetzlichen Grundlage hängt auch von den bestehenden Grundlagen in den Kantonen und im Bund ab, dürfte sich aber in jedem Fall als anspruchsvoll und komplex erweisen.

100. Deutlich wird damit auch im Zusammenhang mit Szenario eines Rückgriffs auf die Maturanoten, dass die **Verfassung** einen einzuhaltenden Rechtsrahmen vorgibt, welcher – auch bei einer kurzfristigen Einführung eines veränderten Zulassungsverfahrens – **hohe Anforderungen an Zulassungsbeschränkungen** zum Hochschulstudium stellt.

IV. Zur «Absenkung» der materiell-rechtlichen Anforderungen in einer Notsituation

101. Im vorliegenden Zusammenhang werden die vorgängig geprüften Szenarien (ein Losverfahren oder das Abstellen auf die Maturaergebnisse) nur deshalb in Erwägung gezogen, weil aufgrund der ausserordentlichen Situation im Zuge der Pandemie eine «normale» Durchführung des EMS möglicherweise auf (grössere) Schwierigkeiten stossen könnte. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, ob die **verfassungsrechtlichen Anforderungen** an das Selektionsverfahren für die Zulassung an universitäre Hochschulen aufgrund des Vorliegens einer **Notsituation** wie die derzeit herrschende Pandemie **«abgesenkt»** werden dürften.

102. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die Notwendigkeit einer **gesetzlichen Grundlage** für die Selektion.²²⁹ Die kantonalen Hochschulgesetze und das ETH-Gesetz verleihen der Exekutive die Kompetenz, genauere Vorschriften für das Zulassungsverfahren festzulegen.²³⁰ In fast allen Hochschulgesetzen wird festgehalten, dass die Zulassung anhand

²²⁹ S.o. N 32 f., N 62 f.

²³⁰ Art. 29d Abs. 4 UniG Bern; Art. 16a Abs. 4 ETH-Gesetz; Art. 24 Abs. 3 Universitätsgesetz Kanton Freiburg; § 14 UniG Zürich; § 13 Abs. 3 Grossratsbeschluss betreffend Staatsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel.

der Eignung zu entscheiden ist.²³¹ Zumindest soweit das Selektionsverfahren als Losverfahren durchgeführt werden soll, möglicherweise aber zumindest teilweise auch, falls auf das Ergebnis der Matura abgestellt wird, müsste damit an sich eine Grundlage im Gesetz im formellen Sinne geschaffen werden. Die ordentlichen Kompetenzen der Exekutive reichen nicht aus, wenn in der formell-gesetzlichen Grundlage klar spezifisch auf die Eignung der Studienanwärter für das entsprechende Studium abgestellt wird. Verordnungsrecht darf dem Gesetzesrecht nicht widersprechen.²³²

103. In **Notsituationen** kann die Exekutive aber direkt auf die Verfassung gestützte Massnahmen ergreifen, was auch eine **Notverordnungskompetenz** umfasst. Auf Bundesebene findet sich die entsprechende Regelung in **Art. 185 Abs. 3 BV**. Besteht eine eingetretene oder unmittelbar drohende schwere Störung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit, kann der Bundesrat Verordnungen oder Verfügungen erlassen. Der Bundesrat hat in Folge der Pandemie durch das Coronavirus verschiedentlich davon bzw. von einer parallelen Bestimmung im Epidemiegesetz Gebrauch gemacht.²³³ In den meisten **Kantonsverfassungen** finden sich vergleichbare Vorschriften.²³⁴

104. Solche Notverordnungen dürfen gemäss der herrschenden Lehre gegen **Gesetze im formellen Sinn** verstossen. Schliesslich ist es gerade der Zweck dieser Massnahmen, auf Situationen zu reagieren, für welche keine gesetzlichen Grundlagen vorliegen und in welchen das Durchlaufen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens aufgrund zeitlicher Dringlichkeit nicht möglich ist.²³⁵ Beim Rückgriff auf ein Losverfahren sowie ggf. auch einer Selektion aufgrund der Maturaergebnisse, müsste demnach eine entsprechende **Notverordnung durch die Exekutive** erlassen werden.

²³¹ Art. 29d UniG Bern; § 14 Abs. 4 UniG Zürich; Art. 16a Abs. 4 ETH-Gesetz. Gemäss § 13 Grossratsbeschluss betreffend Staatsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel soll anhand der Eignung entschieden werden; es können jedoch auch weitere Kriterien herangezogen werden. Gemäss Art. 24 Abs. 3 Universitätsgesetz Kanton Freiburg ist die Eignung zu berücksichtigen. Einzig im Kanton Tessin findet sich auf der Gesetzesstufe kein Verweis auf die Eignung als Selektionskriterium (Art. 11 Legge sull'Università della Svizzera italiana, sulla scuola universitaria professionale della Svizzera italiana e sugli istituti di ricerca del 3 ottobre 1995).

²³² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 8 N 2, § 46 N 2.

²³³ <https://www.admin.ch/opc/search/?page=1&lang=de>. S.o. N 1 ff. Von den durch den Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV erlassenen Verordnungen zu unterscheiden ist der Staatsnotstand. Der Staatsnotstand kann bei einer ausserordentlichen Lage, welche die Existenz der Schweiz als Staat oder das Überleben der Bevölkerung gefährdet, ausgerufen werden. In einem solchen Fall könnten Bundesrat und Parlament von der Bundesverfassung abweichen. Jedoch müssen die Massnahmen die Kerngehalte der Grundrechte achten und verhältnismässig sein. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10 N 12; RECHSTEINER, Recht in besonderen Lagen, 183, N 466; KÜNZLI, BSK-BV, Art. 185 N 41; SAXER, SG-Komm., Art. 185 N 98, jeweils m.w.N.

²³⁴ S. Art. 72 KV ZH, § 109 KV BS, Art. 28 Abs. 1 KV BE, Art. 117 KV FR; hierzu RECHSTEINER, Recht in besonderen Lagen, 204, N 517 f.

²³⁵ SAXER, SG-Komm., Art. 185 N 103; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 46 N 26; KÜNZLI, BSK-BV, 185 N 42 i.V.m. Art. 184 N 41 f.; a.M. BIAGGINI, OFK-BV, Art. 185 N 10c.

105. Sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre gehen aber davon aus, dass eine Notverordnung nicht von den **materiell-rechtlichen Vorgaben der Verfassung** abweichen darf.²³⁶ So müssen die in Notverordnungen vorgesehenen Massnahmen im öffentlichen Interesse liegen und haben verhältnismässig zu sein (und damit sicherlich notwendig in örtlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht).²³⁷ Auch die Rechtsgleichheit sowie Treu und Glauben sind einzuhalten.²³⁸ Dies ist wohl auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass es beim Notverordnungsrecht letztlich darum geht, sehr rasch auf eine dringliche Notsituation reagieren zu können. Diesem Anliegen wird in verfahrensrechtlicher und damit formell-gesetzlicher Hinsicht dadurch Rechnung getragen, dass die Exekutive – statt der Legislative – ausnahmsweise (und grundsätzlich zeitlich befristet) tätig werden darf, wie in den betreffenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen vorgesehen. Aber auch eine Notsituation ändert nichts daran, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben der Verfassung zu beachten sind.

106. Der Anforderung, sich an die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** zu halten, haben auch die **kantonalen Exekutiven** nachzukommen. Treffen sie Notverordnungen, die Bundesrecht (Grundrechte und rechtstaatliche Garantien) betreffen, haben sie zudem den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV einzuhalten.²³⁹

107. Für das Selektionsverfahren der Vergabe von Studienplätzen für Medizin bedeutet dies, dass auch das Ersatzverfahren – auch wenn es mit einer Notverordnung umgesetzt wird – mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Einklang stehen muss. Eine eigentliche «Absenkung» der hier in Frage stehenden materiell-rechtlichen **Anforderungen der Verfassung** kommt somit **nicht in Betracht**. Da ein Losverfahren – wie gezeigt – verschiedenen verfassungsrechtlichen Vorgaben (Verhältnismässigkeitsprinzip, Rechtsgleichheit und Willkürverbot) nicht Rechnung trägt, dürfte es auch nicht über eine Notverordnung vorgesehen werden. Soweit ein Abstellen auf die Maturaergebnisse ermöglicht werden soll, wäre den skizzierten Anforderungen Rechnung zu tragen.²⁴⁰ Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn es objektiv unmöglich wäre, die einschlägigen verfassungsrechtlichen Anforderungen zu beachten, so dass letztlich ein **Staatsnotstand** anzunehmen wäre.²⁴¹ Hiervon kann aber trotz der schwierigen Situation keine Rede sein.

Die sich in diesem Zusammenhang möglicherweise stellende Frage, was gelten würde, falls es objektiv kein anderes mögliches Verfahren als ein Losverfahren für die Selektion gäbe (eine Annahme, für welche im Übrigen wenig spricht), ist nicht im Zusammenhang mit einer «Absenkung» von verfassungsrechtlichen Standards

²³⁶ BGE 122 IV 258 E. 2.a; BGE 123 IV 29 E. 3a; RECHSTEINER, Recht in besonderen Lagen, 181, N 463.

²³⁷ Zum Bundesrecht RECHSTEINER, Recht in besonderen Lagen, 175, N 445; BIAGGINI, OFK-BV, Art. Art. 185 N 10; KÜNZLI, BKS-BV, Art. 185 N 34.

²³⁸ SAXER, SG-Komm., Art. 185 BV N 99.

²³⁹ HUSMANN, in: Föderalismus, 271 (275 f.); TSCHANNEN, Staatsrecht, § 8 N 18. S. in Bezug auf Abweichungen von der Kantonsverfassung RECHSTEINER, Recht in besonderen Lagen, 208, N 572.

²⁴⁰ N 67 ff.

²⁴¹ S. die Nachweise in Fn. 234.

in Notsituationen, sondern bereits mit Blick auf die materiell-rechtlichen Vorgaben der Verfassung relevant. Denn diesfalls könnte möglicherweise vertreten werden, dass diese gerade nicht verletzt wären.

§ 4 Zusammenfassung und Fazit

108. Die **wesentlichen Ergebnisse** der Untersuchung können wie folgt zusammengefasst werden:

- Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht über die Grundschule hinausgehend **kein grundrechtlicher, direkt anwendbarer Anspruch auf ein Recht auf Bildung**.
- Staatliches Handeln hat jedoch stets die Vorgaben von **Art. 5 BV** einzuhalten. **Art. 8 und 9 BV** kommen als **rechtstaatliche Garantien** ebenfalls immer zur Anwendung. In unserem Zusammenhang sind die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit sowie das Willkürverbot von besonderer Bedeutung.
- Eine Selektion der Studienbewerber für das Medizinstudium durch ein **Losverfahren** – auch wenn dieses innerkantonale in Abhängigkeit von der EMS-Erfolgsquote der vergangenen Jahre erfolgt – dürfte den **verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entsprechen**: Aufgrund des mit einem solchen Verfahren einhergehenden «Zufallprinzips» verstiesse es gegen die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung (ist doch kein sachlicher Grund für das Abstellen auf den Losentscheid im Hinblick auf die Zulassung zum Medizinstudium erkennbar); auch wäre ein solches Verfahren als willkürlich einzustufen.
- Ein **Abstellen auf die kantonalen EMS-Erfolgsquoten in Verbindung mit den Maturaergebnissen** zur Selektion der Studienbewerber für das Medizinstudium könnte *a priori* so ausgestaltet werden, dass den **verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen** werden könnte, dies zumindest soweit es um einen einmaligen Rückgriff auf die Maturanoten aufgrund einer Notlage geht. Es müsste allerdings ein angemessener Berechnungsschlüssel für die inter- und innerkantonale Vergleichbarkeit gefunden würde, und allenfalls wären weitere Kriterien beizuziehen, um der Chancengleichheit Rechnung zu tragen. Das Abstellen auf die Maturaergebnisse sollte im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit allerdings nur dann erfolgen, wenn der **EMS nicht (rechtzeitig) durchgeführt** werden kann. Sollte auf die Maturanoten zurückgegriffen werden, müsste dies in einer **gesetzlichen Grundlage** (unter Einschluss einer **(Not-) Verordnung der Exekutive**) verankert werden.
- Zugangsbeschränkungen für das Hochschulstudium sind zumindest in den Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinn zu regeln. Mit einer **Notverordnung** könnte die Exekutive zwar davon abweichen, müsste dabei aber zwingend die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** einhalten.

109. Deutlich werden damit die verfassungsrechtlichen Schranken auch in **Notsituationen**. Letztlich ist für die Beurteilung der (Un-)Zulässigkeit eines Losverfahrens entscheidend, dass auch unter den Bedingungen der aktuellen Notlage abgesehen von einem Losverfahren *a priori* **verschiedene andere Varianten** – die auch auf die Eignung zum Studium Bezug nehmen – für die Selektion zum Medizinstudium in Betracht kommen. Möglicherweise wären diese teilweise im Hinblick auf die Verlässlichkeit der Beurteilung der Geeignetheit der Studienanwärter weniger effektiv als der normalerweise zum Zuge kommende EMS, so dass ggf. gewisse Abstriche in Kauf zu nehmen wären (wie im Falle des Rückgriffs auf Maturanoten). Auch könnten die in Betracht kommenden Alternativen hohe Kosten und einen beachtlichen Organisationsaufwand mit sich bringen, was aber nichts daran ändert, dass die rechtsstaatlichen Vorgaben einzuhalten sind.

Deutlich wird damit auch, dass die vorliegende Untersuchung keine Rückschlüsse darauf erlaubt, ob ein Losverfahren in einer Konstellation, in welcher eine objektive Unmöglichkeit des Rückgriffs auf andere Kriterien gegeben ist, möglicherweise doch verfassungsrechtlich zulässig sein könnte. Von der Analyse dieser Situation wurde vorliegend abgesehen, erscheint es doch unplausibel, dass keine anderen Varianten durchführbar sind. Insbesondere die Heranziehung der Maturanoten erscheint jedenfalls ein milderer Mittel.

110. Schliesslich lassen die Ausführungen auch erkennen, dass auf der Grundlage des Standes der Forschung die **Durchführung des EMS** in jedem Fall auch aus rechtlicher Sicht nicht nur **vorzugswürdig** ist, sondern andere in Betracht kommende Lösungen – wie insbesondere der Rückgriff auf die Maturanoten – nur dann zum Zuge kommen sollten, wenn die rechtzeitige Durchführung des EMS **nicht möglich** ist. Die hier einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben implizieren somit – trotz aller Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers – enge Leitplanken, soweit es um die Teilhabe an staatlichen Leistungen geht, welche – wie der Zugang zu einem Hochschulstudium – in engem Zusammenhang mit der Verwirklichung zentraler Persönlichkeitsrechte stehen. Die Beachtung dieser **zentralen rechtsstaatlichen Grundsätze** ist in einem Verfassungsstaat auch in Notsituationen sicherzustellen, auch wenn dies für alle Beteiligten vor gewisse Herausforderungen mit sich bringt.

Literaturverzeichnis

- BUCHER, OLIVER, Open Access im Schienenverkehr. Eine Auslegeordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU. Diss, Zürich 2006.
- BIAGGINI, Giovanni (Hrsg.): BV Kommentar, Zürich 2017 (zit: VERFASSER, OFK-BV, Art. N).
- BUCHER, Laura: Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, ZStöR, 2013, 164-183.
- EHRENZELLER, Bernhard/SCHINDLER, Benjamin/SCHWEIZER, Rainer/VALLENDER, Klaus (Hrsg.): Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel 2014 (zit: VERFASSERIN, SG-Komm., BV, Art. N).
- EPINEY, Astrid/KERN, Markus: Zur Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs unter dem Hochschulförderungs- und –koordinationsgesetz / Sur le statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles sous le régime de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, Zürich 2014.
- GEISSBÜHLER, Grégoire, Le sort des examens universitaires sous l'ordonnance 2 COVID-19, in: Jusletter vom 30. März 2020, abrufbar unter: https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1017/le-sort-des-examens-_bc610e88e6.html.
- HUSMANN, Markus: Teil 4. Föderalismus und Rechtsvielfalt / Zum Handlungsspielraum der Kantone bei ausserordentlichen Umständen. Kantonale Kompetenzen bei Dringlichkeit und Not, in: Waldmann, Bernhard/Hänni, Peter/Belser, Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, 271-281.
- KÄLIN, Walter/KÜNZLI, Jörg: Universeller Menschenrechtsschutz: Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Auflage, Basel 2019.
- KIENER, Regina/KÄLIN, Walter/WYTTENBACH, Judith: Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.
- KÜNZLI, Jörg/KÄLIN, Walter: Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in Kälin, Walter/Malinverni, Giorgio/Nowak, Manfred (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Auflage, Basel 1997, 105-154.
- MOSER, Werner: Das Differenzierungsgebot: Das in Art. 8 Abs. 1 BV mitenthaltene Verbot, alle und alles über einen Leisten zu schlagen, über einen Kamm zu scheren oder in den gleichen Topf zu werfen, in der Rechtsprechung, Zürich/St. Gallen 2016.
- MÜLLER, Jörg Paul/SCHEFER, Markus: Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakete, 4. Auflage, Bern 2008.
- OEPKE, Maren/EBERLE, Franz: Studierfähigkeit und Studienfachwahl von Maturandinnen und Maturanden: in: Eberle, Franz/Schneider-Taylor, Barbara/Bosse, Dorit (Hrsg.) Abitur und Matura zwischen Hochschulvorbereitung und Berufsorientierung, Wiesbaden 2014, 185-214.
- RECHSTEINER, David: Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen: Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, SGRW – St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft, Band/Nr. 28, Zürich/St. Gallen 2016.
- RICHLI, Paul: Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, ZBl 96/1995, 197-230.
- STOLLBERG-RILINGER, Barbara: Entscheidungen durch das Los, in: Brodocz, André/Herrmann, Dietrich/Schmidt, Rainer/Schulz, Daniel/Schulze Wessel, Julia (Hrsg.), Die Verfassung des Politischen, Festschrift für Hans Vorländer, Wiesbaden 2014, 63-83.
- TROST, Günter: Allgemeine Zutrittsberechtigung mit der Matura versus spezifische Zugangsprüfungen in: Eberle, Franz/Schneider-Taylor, Barbara/Bosse, Dorit (Hrsg.) Abitur und Matura zwischen Hochschulvorbereitung und Berufsorientierung, Wiesbaden 2014, 151-177.

- TSCHANNEN, Pierre: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016.
- WALDMANN, Bernhard: Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003.
- WALDMANN, Bernhard/BELSER, Eva Maria/EPINEY, Astrid (Hrsg.): Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: VERFASSERIN, BSK-BV, Art. N).
- WIEDERKEHR, René: Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 2008, 394-912.
- ZENGER, Christoph: Der Numerus clausus an Hochschulen als Grundrechtsfrage, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), 1983 Heft 1, 1-65.

Materialien

- BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Erläuterungen zu Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), Fassung vom 25. März 2020, Stand 28. März 2020, 0:00. Eidgenössisches Departement des Inneren EDI, Bundesamt für Gesundheit BAG (zit.: Erläuterung zur COVID-19-Verordnung 2).
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, 2. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 11. August 1995, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, 19-29 (zit.: VPB 1997 Nr. 2).
- DIEM, Andrea: Schweizerische Koordinationsstelle für Bildungsforschung (SKBF), Analyse von Studienverläufen und -erfolgsquoten im Kanton Aargau mit BFS-Daten, Kantonsbericht 2019 (zit.: DIEM, Kantonsbericht Aargau).
- DIEM, Andrea/WOLTER, Stefan C., Analysen der früheren Studienverläufe am Beispiel der Universität Bern, SKBF Staff Paper 21, Aarau 2018 (zit.: DIEM/WOLTER, Analyse Studienverläufe Universität Bern).
- HÄNSGEN, Klaus Dieter/SPICHER, Benjamin: EMS Eignungstest für das Medizinstudium. Häufig gestellte Fragen zu EMS und Numerus clausus, Aktualisierung 2010 (zit.: HÄNSGEN/SPICHER, EMS Eignungstest).
- SCHALLBERGER, Urs: Nutzen, Fairness, Validität und Akzeptanz von Selektionsverfahren, in: Hänsgen, K.-D./Hofer, R./Ruefli, D. (Hrsg.) Eignungsdiagnostik und Medizinstudium. Berichte des Zentrums für Testentwicklung und Diagnostik, 1996, 39-43.
- SCHWEIZERISCHE KOORDINATIONSSTELLE FÜR BILDUNGSFORSCHUNG (SKBF): Bildungsbericht Schweiz 2014, Aarau 2014 (zit.: SKBF, Bildungsbericht Schweiz 2014).
- SCHWEIZERISCHER WISSENSCHAFTS- UND INNOVATIONSRAT, Zulassungsverfahren für das Medizinstudium an den Universitäten mit Numerus clausus, Bericht zuhanden der Schweizerischen Hochschulkonferenz vom Schweizerischen Wissenschafts- und Innovationsrat (SWIR), verabschiedet am 21. November 2016 (zit.: SWIR, Bericht Zulassungsverfahren).
- SPICHER, Benjamin: Maturanoten und Studienerfolg: Eine Analyse des Zusammenhangs zwischen Maturanoten und der Basisprüfung an der ETH Zürich: Bericht basierend auf einer Datenauswertung von B. Spicher, Dezember 2008 (zit. SPICHER, Bericht Zusammenhang Maturanoten und Basisprüfung ETH).
- SPICHER, Benjamin: EMS Eignungstest für das Medizinstudium 2019, Berichte des Zentrums für Testentwicklung, Nr. 26, im Auftrag der Schweizerischen Hochschulkonferenz (SHK) (zit.: SPICHER, Bericht Eignungstest 2019).

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	andere Meinung
Abs.	Absatz
AI	Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
BB1	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976, SR 161.1
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Cf.	man vergleiche
COVID-19	Corona virus disease 2019
COVID-19-Verordnung 2 d.h.	Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020, SR 818.101.24 das heisst
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
EMS	Eignungstest für das Medizinstudium
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiegesetz), SR 818.101
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
ETH-Gesetz	Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz) von Oktober 1991, SR 414.110
f./ff.	folgende/fortfolgende
FS	Festschrift
ggf.	gegebenenfalls
HFKG	Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011, SR 414.20
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
KV BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, SR 131.212
KV BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März, SG 111.100
KV FR	Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004, 131.219
KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, 101.

lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006, SR 811.11
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnliches
Rn/N	Randnote
Rs.	Rechtsache
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SHK	Schweizerische Hochschulkonferenz
SWIR	Schweizerischer Wissenschaftsrat
UniG Bern	Gesetz über die Universität (UniG) vom 05.09.1996, 436.11
UniG Zürich	Universitätsgesetz (UniG) vom 15. März 1998, 415.11
UniV Bern	Verordnung über die Universität (UniV) vom 12.09.2012, 436.111.1
Universitätsgesetz Kanton Freiburg	Gesetz vom 19. November 1997 über die Universität, SS 1.0.1
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.
v.	vom/versus
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZP1/EMRK	Erstes Zusatzprotokoll zur EMRK
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStöR	Zürcher Schriften zum öffentlichen Recht
ZTD	Zentrum für Testentwicklung und Diagnostik am Departement für Psychologie der Universität Freiburg

Cahiers fribourgeois de droit européen

Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 22 Dieter Freiburghaus
Sieben Episteln über die Freizügigkeit: Vortrag anlässlich der Diplomverleihung des Weiterbildungsstudiengangs Migrationsrecht an der Universität Bern am 25. November 2016
- 23 Astrid Epiney / Marcel Haag / Markus Kotzur / Francesco Maiani (Hrsg.) ;
Vlad Constantinesco / Jean-Paul Jacqué / Beate Kohler-Koch / Siegfried Magiera
La Constitution de l'Union européenne: état des lieux et perspectives / Die Verfassung der Europäischen Union: status quo und Perspektiven
Festgabe zu Ehren von Prof. Roland Bieber
- 24 Alberto Achermann / Astrid Epiney / Raffael Gnädinger (Hrsg.) ;
Gregor T. Chatton / Thomas von Danwitz / Dieter Freiburghaus
Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz – EU :
Die Rechtsprechung des EuGH zum Migrationsrecht, der Arbeitnehmerbegriff und ein Beitrag zum Stand der Beziehungen Schweiz - EU
- 25 Astrid Epiney / Nula Frei
Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundesrates im Rahmen seiner
Mitwirkung im Gemischten Ausschuss des Landesverkehrsabkommens
- 26 Astrid Epiney
La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes : questions choisies
Les allocations familiales et « allocations de logement familial » versées à des personnes domiciliées à l'étranger ainsi que l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement primaire
- 27 Astrid Epiney / Sophia Rovelli
Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Selektion von Studierenden für ein Medizinstudium

Aufgrund des sich im Jahr 2020 rasch verbreitenden Coronavirus wurden schweizweit Massnahmen getroffen, um das Virus einzudämmen. Veranstaltungen wurden ganz verboten oder nur mit geeigneten Schutzmassnahmen zugelassen. Dies betraf unter anderem auch die Durchführung des jährlichen Eignungstestes (EMS) für die Zulassung zum Medizinstudium. Vor diesem Hintergrund untersuchten die Autorinnen in der vorliegenden Publikation zwei alternative Zulassungsbeschränkungsverfahren: einerseits die Zuteilung der Studienplätze durch ein Losverfahren und andererseits die Zulassung aufgrund der Maturanoten. Es wird dargestellt, inwiefern diese Alternativverfahren mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Einklang stehen.

Astrid Epiney, Rektorin, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.

Sophia Rovelli, Mlaw, Diplomassistentin am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ue.