

Max-Emanuel Geis

Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung*

Übersicht

I. Einleitung

II. Die Entscheidung des BVerfG

1. Der Ausgangsfall

2. Was das Gericht entschieden hat

a) Eingriff in die Freiheit der Lehre (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG)

b) Rechtfertigung des Eingriffs

c) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

3. Was das Gericht nicht entschieden hat

a) Zulässigkeit externer Qualitätssicherungsmaßnahmen

b) Keine zwingende Beleihung der Akkreditierungsagenturen

c) Eindeutigkeit des Rechtswegs

4. Einordnung in die „neue Linie“ der Hochschulrechtsprechung

III. „Fernwirkungen“

1. Qualitätssicherung und Hochschulzulassung

2. Forschung mit Drittmitteln aus öffentlichen Kassen und Gesetzesvorbehalt

3. Drittmittelförderung und Rechtsweggarantie

IV. Fazit

I. Einleitung

Ein Paukenschlag: Das Bundesverfassungsgericht hat – von vielen erhofft und in seiner klaren Diktion doch überraschend – in seinem Beschluss vom 17. Februar 2016 (Az: 1 BvL 8/10) die alten Regelungen der §§ 7 I 2, 72 II 6, 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. ebenso wie die Neufassung des § 7 I 1, 2 HG NRW für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt. Unter dem Strich bedeutet das: Das Akkreditierungsverfahren von Studiengängen, das im Zug des Bolognaprozesses eingeführt worden war, ist in seiner derzeitigen Form verfassungswidrig. Dies führ-

te sogleich zu harschen Reaktionen: Viele, die schon von Anbeginn Kritik am aufwändigen und für die Hochschulen kostspieligen Akkreditierungsverfahren geübt hatten, forderten umgehend die völlige Abschaffung:¹ Die Qualität von Studiengängen könnten schließlich die betreibenden Hochschulen kraft langjähriger Erfahrungen am besten beurteilen; zumindest die vorherrschende Programmakkreditierung (Akkreditierung einzelner Studiengänge) sei nicht nur überflüssig, sondern habe auch in Gestalt der durchweg als gemeinnützig auftretenden Akkreditierungsagenturen zu durchaus einträglichen Geschäftsmodellen geführt.² Außerdem stamme das Instrument der Akkreditierung aus dem völlig anders strukturierten US-Hochschulsystem: Da dort das gesamte Studiensystem typischerweise privatrechtlich konstruiert ist, diene das Verfahren der Akkreditierung der Zertifizierung durch ein – ebenfalls privatrechtliches – System der Qualitätssicherung.³ Insoweit unterscheidet bzw. unterschied sich freilich das kontinentaleuropäische System ganz grundlegend, da die Qualitätssicherung ursprünglich durch die ministerielle Genehmigung von Studiengängen, also öffentlich-rechtlich, erfolgte. Dazu treten inhaltliche Einwände: Das Akkreditierungssystem könne nicht notwendig eine objektive und neutrale Begutachtung garantieren, da sich die Akkreditierungsagenturen selbst finanzieren müssten. Dadurch entstünden gegenseitige Abhängigkeiten; Gegenstrategien der Einrichtungen könnten im Endeffekt zum Einfluss der Klienten auf die Agenturen führen.⁴ In der Neuen Politischen Ökonomie ist dieses Phänomen der „Agency Capture“ seit langem bekannt.⁵ Die unreflektierte Übernahme in das deutsche Hochschulsystem sei daher verfehlt.

* Für vielfältige Hilfe bei der Erstellung dieses Beitrags – auch über Staatsgrenzen hinweg – danke ich Herrn Dipl.jur. Dominik Meier, Herrn cand.jur. Markus Schwyer und Frau stud. jur. Alexandra Lörinczy.

1 Etwa die von Julian Nida-Rümelin initiierte Petition „Heidelberger Aufruf gegen die Akkreditierung von Studiengängen“, <https://www.change.org/p/an-die-wissenschaftsminister-und-die-landtagsaller-bundeslaender-heidelberger-aufruf-gegen-die-akkreditierung-von-studiengaengen> (12.9.2016). Dem hat sich auch der Deutsche Juristische Fakultätentag angeschlossen (Meldung in: FuL 2016, S. 567).

2 Vgl. etwa Lege, Die Akkreditierung von Studiengängen, JZ 2005, 698 (702).

3 Quapp, Akkreditierung – ein Angriff auf die Freiheit der Lehre, WissR 43 (2010), S. 346 (347); Immer, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, 2013, S. 45 ff.

4 Heitsch, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen, DÖV 2007, 770 (774).

5 Etwa bei Laffont/Tirole, The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture, in: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 106, No. 4 (1991), 1089 ff. mwN.

II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

1. Der Ausgangsfall

Aber zurück zum konkreten Fall: Die beklagte Akkreditierungsagentur hatte einer privaten Fachhochschule die Programmakkreditierung von zwei Studiengängen versagt. Nach dem im Ausgangsverfahren geltenden Recht Nordrhein-Westfalens⁶ bedurften Hochschulen, die nicht in der Trägerschaft des Landes stehen, einer staatlichen Anerkennung (§ 72 HG NRW a.F.). Nur mit einer solchen Anerkennung wurden private Hochschulen für den Studienabschluss, das Prüfungs- und Graduierungsrecht gleichgestellt (§ 73 I, II HG NW a.F.) und konnten die Bezeichnung „Hochschule“ führen (§ 75 I HG NRW a.F.). Voraussetzung für die Anerkennung war gemäß § 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. eine Mehrzahl erfolgreich akkreditierter Studiengänge. Die Akkreditierungen erfolgten gem. § 72 II 6 HG NRW a.F. „nach den geltenden Regelungen“ durch Agenturen, die ihrerseits durch den nach dem nordrhein-westfälischen Gesetz über den Akkreditierungsrat (AkkRatG) errichteten Akkreditierungsrat akkreditiert worden sind. Die beiden Hochschulen sahen sich dadurch in ihrem Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) verletzt. Das Bundesverfassungsgericht gab ihnen im Wesentlichen Recht. Dass Hochschulen als juristische Personen (auch private) Träger dieses Grundrechts sein können, ist seit langem allgemeine Meinung. Neu ist dagegen der Umstand, dass der Beschwerdegegenstand nicht die rechtsverbindliche Zulassungsentscheidung war (diese liegt in der staatliche Anerkennung), sondern die Akkreditierungsentscheidung, die lediglich eine Vorstufe im Verfahren darstellt.⁷ Das ist ein Unterschied zur Akkreditierung von Studiengängen an staatlichen Hochschulen, bei denen keine gesonderte Anerkennung mehr erfolgt.

2. Was das Gericht entschieden hat

a) Eingriff in die Freiheit der Lehre (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG)

Als Abwehrrecht schützt Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG Hochschullehrende, Hochschulen, Fakultäten und Fachbereiche im staatlichen und im privaten Bereich. Daher kön-

nen sich auch Privathochschulen und ihr Lehrpersonal auf die Wissenschaftsfreiheit berufen. Durch den Anerkennungstatbestand der §§ 72 II 6, 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. war die erfolgreiche Akkreditierung von der Mehrzahl der Studiengänge notwendig, um als Hochschule staatlich anerkannt zu werden. Das Betreiben eines Studienangebots ohne diese Anerkennung stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 75 III HG NRW a.F. dar. Ebenso kann eine Anerkennung gem. § 72 III 2 HG NRW a.F. aufgehoben werden, wenn es an der Akkreditierung von Studiengängen fehlt oder diese wegfällt. Zwar akkreditierten privatrechtlich organisierte, „staatsferne“ Vereine; jedoch erzwingt der Gesetzgeber durch das Normengeflecht eine Akkreditierung de facto durch öffentliche Fernwirkung, da ohne selbige ein Studienbetrieb schlechthin unmöglich ist.⁸ Dadurch wird in das Recht der Hochschule über Inhalt, Ablauf und methodischen Ansatz des Studiengangs und der Lehrveranstaltungen zu bestimmen, eingegriffen. Hinzu kommt die massive finanzielle Belastung der Hochschulen: Die Zahlungen der Hochschulen für einen Akkreditierungsvorgang an die Agenturen beträgt 10.000 € bis 15.000 € pro Studiengang.⁹ Notabene erblickt das Gericht bereits in der Verweigerung der Akkreditierung den Eingriff, auch wenn er bei privatrechtlichen Hochschulen im Grunde nur ein vorbereitender Akt der Entscheidung über die Anerkennung bzw. Nichtanerkennung ist.¹⁰

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Eingriffe in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit können zur Verfolgung eines Zieles mit Verfassungsrang gerechtfertigt sein. Das Bundesverfassungsgericht nennt zwei mögliche verfassungsimmanente Schranken: Das Hochschulstudium steht in engem Zusammenhang mit dem Recht der freien Berufswahl der Studierenden nach Art. 12 Abs. 1 GG, da die Ausbildung in der Regel die Vorstufe einer Berufsaufnahme ist.¹¹

Als zweites Ziel nennt das Bundesverfassungsgericht die Qualitätssicherung in der Lehre. Diese Schranke folgt letztlich aus den subjektiven Rechten der Fakultäten aus Art. 5 Abs. 3 GG. Dies ist insofern stimmig, weil

6 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen i.d.F. vom 31.10.2006, HG NRW a.F.

7 Merschmann, Die Rechtsnatur der Akkreditierung von Studiengängen, NVwZ 2011, 847.

8 Einhellige Meinung, vgl. Heitsch (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (771); Quapp, Akkreditierung: Ein Abgesang auf die Wissenschaftsfreiheit? DÖV 2011, 68; Quapp (Fn. 3), WissR 43 (2010), S. 346 (349); Lege (Fn. 2), JZ 2005, 698 (702).

9 Vgl. Bayerischer Oberster Rechnungshof, Jahresbericht 2012, S. 93; Landesrechnungshof Brandenburg, Jahresbericht 2011, S. 174 ff.; Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instru-

ment der Qualitätssicherung, Drs. 2259-12 vom 25.5.2012, S. 33, 143.

10 Heitsch, Rechtsnatur der Akkreditierungsentscheidungen / Prozessuale Fragen, WissR 42 (2009), S. 136 (144 f.); Lege (Fn. 2), JZ 2005, 698 (702); Immer (Fn. 3), S. 168, 247 ff.

11 Wiederum seit der NC-Entscheidung (BVerfG, Urt. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 = BVerfGE 33, 303 ff.) einhellige Meinung, vgl. Quapp (Fn. 8), DÖV 2011, 68 (72); Quapp (Fn. 3), WissR 43 (2010), S. 346 (355); Lege (Fn. 2), JZ 2005, 698 (705); Immer (Fn. 3), S. 401 ff.

eine objektiv-rechtliche Konstruktion (z.B. als Verpflichtung des Staates, die Qualität des Studiums zu garantieren) durchaus fragwürdig gewesen wäre. Nach wie vor gilt die eiserne Doktrin, dass objektive Grundrechtsseiten ursprünglich entwickelt worden sind, um die subjektiven Grundrechtsseiten zu stärken und zu „umhegen“, nicht aber, um jene als verfassungsimmanente Schranken zu begrenzen.

c) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Ein Eingriff bedarf jedoch einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, insbesondere auch bei der Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² ist geklärt, dass Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot den Gesetzgeber dazu verpflichten, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen.¹³ Mit anderen Worten: Die Herstellung praktischer Konkordanz ist nicht primär dem Einzelfall vorbehalten (im konkreten Fall: nicht einer normativ nicht gebundenen autonomen Einzelfallentscheidung der eingesetzten Gutachterkommission). Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich maßgeblich danach, inwieweit Freiheitsgrundrechte kollidieren und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet, die verfassungsimmanenten Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie sie für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich sind.¹⁴

Im vorliegenden Fall bedeutet dies freilich einen legislatorischen Drahtseilakt: Einerseits darf der Gesetzgeber zur Qualitätssicherung der Lehre nicht selbst detaillierte Vorgaben zu Lehrinhalten treffen, denn das würde die grundrechtlich geschützte Eigenrationalität der Wissenschaft missachten. Andererseits muss er sich schützend vor die Ausbildungsfreiheit der Studierenden stellen, um das erwähnte Qualitätsniveau zu gewährleisten. Aus diesem Grunde muss der Gesetzgeber unabdingbar mindestens regeln, wer die Qualitätskontrolle zu organisieren habe und wie das Verfahren dazu auszugestalten sei. Er muss insofern ein Gesamtgefüge schaffen, in dem

Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so ausgestaltet sind, dass Gefahren für die Freiheit der Lehre so umfassend wie möglich vermieden werden. Zur Vermeidung wissenschaftsinadäquater Steuerungspotentiale ist daher eine „angemessene Beteiligung“ der Wissenschaft – insbesondere bei der Festlegung der Bewertungskriterien einer Akkreditierung – unabdingbar. Das gilt erst recht, wenn die Bewertungskriterien für Akkreditierungen hochschulextern festgesetzt werden, da damit ein erhöhtes Risiko der Vernachlässigung wissenschaftsadäquater Belange einhergeht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kriterien in den verschiedenen Disziplinen unterschiedlich sein können und gegebenenfalls auch sein müssen. Das bedeutet allerdings auch, dass eine externe Akkreditierungspflicht grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig sein kann, wenn sie diese Kautelen befolgt.

Diese erforderliche gesetzliche Regelung wird nicht schon durch die Übereinkunft zur Europäisierung des Hochschulraums („Bologna-Erklärung“) ersetzt: Zum einen steht der Europäischen Union keine Harmonisierungskompetenz für die Lehre an Hochschulen zu; die getroffenen Vereinbarungen stellen lediglich eine Absichtserklärung ohne (rechtliche) Bindungswirkung dar.¹⁵ Zum anderen müssten selbst für die Mitgliedsstaaten verbindliche Bestimmungen (sei es auf europarechtlicher, sei es auf völkerrechtlicher Ebene) erst durch den Gesetzgeber in hinreichendem Maße umgesetzt werden.

Zwar haben die Landesgesetzgeber in ihren neueren Hochschulgesetzen die Pflicht zur Akkreditierung normiert, so etwa in den streitigen Fällen auch Nordrhein-Westfalen in seinem Hochschulfreiheitsgesetz vom 31. Oktober 2006 (GV. NRW. S. 474). Jedoch genügen §§ 72 II 6, 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. nach Auffassung des Gerichts nicht den Anforderungen an die Regelungs-dichte im Sine der Wesentlichkeitstheorie. So fehlen hinreichende gesetzgeberische Entscheidungen zu den Bewertungskriterien, dem Verfahren und der Organisation der Akkreditierung, vor allem im Hinblick auf eine hinreichende Beteiligung der Wissenschaft an der Erarbeitung dieser Kriterien selbst. Letzteres hätte Bestimmungen über die Zusammensetzung der Gutachtergruppen erfordert, die den „klassischen“ Forderungen des Hoch-

12 BVerfG, Beschl. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 = BVerfGE 83, 130 (142).

13 BVerfG, Beschl. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 = BVerfGE 33, 125 (158); Beschl. 10.10.1972 – 2 BvL 51/69 = BVerfGE 34, 52 (60); Urt. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 = BVerfGE 34, 165 (192 f.); Beschl. 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 = BVerfGE 45, 400 (417); Beschl. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75; 1 BvR 147/75 = BVerfGE 47, 46 (78 f.); Beschl. 8.8.1978 – 2 BvL 8/7 = BVerfGE 49, 89 (127); Beschl. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 = BVerfGE 83, 130 (161).

14 BVerfG, Urt. 5.8.1966 – 1 BvF 1/61 = BVerfGE 20, 150 (157 f.); Beschl. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85 = BVerfGE 80, 137 (161).

15 Immer (Fn. 3), S. 49 ff.; Heitsch (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (772). Ebenso wenig überzeugt der Verweis auf Art. 23 I 1 Hs. 1 GG in Bezug auf die Staatszielbestimmung, auf ein vereintes Europa hinzuwirken, vgl. Quapp (Fn. 8), DÖV 2011, 68 (71); Quapp (Fn. 3), WissR 43 (2010), S. 346 (349).

schulurteils gerecht werden, also – im Bereich der Lehre – die 50%-Repräsentanz sichern.

§ 72 II 6 HG NRW a.F. verwies lediglich auf „geltende Regelungen“, nach denen akkreditiert werden solle. Dieser Blankettverweis ermöglichte es Betroffenen jedoch nicht, die Intensität des Eingriffs in ihre Grundrechte vorherzusehen. Die Gesetzesbegründung ist insoweit wenig ergiebig: Es wird „insbesondere“ – gleichwohl pauschal – auf das nordrhein-westfälische Akkreditierungsstiftungsgesetz (AkkStiftG), die das Akkreditierungswesen betreffende Vereinbarungen und Beschlüsse der Kulturministerkonferenz, die Beschlüsse des Akkreditierungsrates und sonstige auf der Grundlage des AkkStiftG ergangene Regelungen sowie landesspezifische Vorgaben verwiesen, die über die Stiftung Bindungswirkung für die Agenturen entfalten sollten.¹⁶ Im nordrhein-westfälischen Landeshochschulrecht fanden sich für die Akkreditierung allerdings keine weiteren Vorgaben; nicht einmal auf das AkkStiftG wurde verwiesen.¹⁷ Das hätte allerdings auch nicht ausgereicht, da das AkkStiftG das Verfahren, die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen der Akkreditierungsentscheidungen weitgehend ungeklärt lässt.

Des Weiteren übernimmt das Gericht den im Schrifttum geäußerten Vorwurf, dass das nordrhein-westfälische Akkreditierungsstiftungsgesetz in den anderen Bundesländern nicht lediglich durch Beschlüsse der KMK, also eine exekutive Verweisung, für anwendbar erklärt werden könne.¹⁸ Korrekter Weg wäre – nachdem das Hochschulrahmengesetz (HRG) als einheitliche Regelungsplattform seit der Föderalismusreform I (2006) nicht mehr zur Verfügung stand – also ein Länderstaatsvertrag mit entsprechenden Folgeregelungen in den Landeshochschulgesetzen gewesen.¹⁹

3. Was das Gericht nicht entschieden hat

a) Zulässigkeit externer Qualitätssicherungsmaßnahmen

Um es noch einmal deutlich zu machen: Das Bundesverfassungsgericht hat sich gerade nicht generell gegen

Maßnahmen der externen Qualitätssicherung ausgesprochen.²⁰ Im Gegenteil dienen Maßnahmen zur Qualitätssicherung der wissenschaftlichen Standards in der Lehre dazu, dass Hochschulen ihren Aufgaben gerecht werden können.²¹ Dabei sei aber sicher zu stellen, dass die Vertreter der Wissenschaft – also die Hochschullehrer/innen – maßgeblichen Einfluss auf die Definition der qualitätsbestimmenden Kriterien innehätten. Es dürfe also keine Dominanz staatlichen oder gar gesellschaftlichen Einflusses geben. Diejenige Institution, die letztlich für die Aufstellung der bestimmenden Qualitätskriterien zuständig sei – das ist konkret der Akkreditierungsrat – muss infolgedessen mindestens zur Hälfte von Hochschullehrer/innen besetzt sein. Mag auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber über die letzten Jahrzehnte eine weitgehende Gestaltungsbefugnis zugebilligt haben, an den seinerzeit im „Hochschulurteil“ entwickelten Kriterien²² hält das Gericht eisern fest und passt diese zeitgemäß an das gewandelte Bologna-System an. Diese Konstante sollte der Hochschulpolitik als *Rocher de bronze* stets vor Augen stehen, wenn sie aus parteipolitischen resp. ideologischen Beweggründen bei der Gremienzusammensetzung immer wieder pseudodemokratische Anwendungen à la Drittel- oder Viertelparität forciert.

b) Keine zwingende Beleihung der Akkreditierungsagenturen

Auch hat das Gericht nicht gefordert, dass die Agenturen zwingend Beliehene sein müssten. Über diese Problematik hatte sich immerhin die wohl zentrale juristische Kontroverse im Schrifttum entfaltet: Nach einer Meinung seien die Akkreditierungsagenturen als rein private Akteure einzustufen; es handle sich um eine materielle Privatisierung des gesamten Akkreditierungswesens.²³ Die (überwiegende) Gegenauffassung sieht in der Akkreditierungsentscheidung als Genehmigungssurrogat der Sache nach eine hoheitliche Tätigkeit; damit müsse in der Akkreditierung der privatrechtlich organisierten Agenturen durch den Akkreditierungsrat eine (erforder-

16 Vgl. LT-Drs. 14/2063 S. 141 f., 170.

17 Im neuen § 7a HG NRW wird auf das AkkStiftG verwiesen; jedoch sind die dort genannten Regelungen nicht ausreichend.

18 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10 = NVwZ 2016, 675 (679 f.).

19 Heitsch (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (773); Brinktrine, Akkreditierungsverfahren und -modelle nach Maßgabe des Hochschulrechts der Länder, WissR 42 (2009), S. 164 (168 ff.); Quapp (Fn. 8), DÖV 2011, 68 (72).

20 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = NVwZ 2016, 675 (678 f.).

21 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = NVwZ 2016, 675 (677 f.).

22 BVerfG, Urte. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 = BVerfGE 35, 79 (113 ff.).

23 Erichsen, Institutionelle Verankerung und Rechtsrahmen der Akkreditierung, in: Bretschneider/Wildt, Handbuch Akkreditierung von Studiengängen, 2005, S. 112 (118); Pautsch, Rechtsfragen der Akkreditierung; WissR 38 (2005), S. 200 (215).

liche) Beleihung gesehen werden. Nach dieser Auffassung liegt „nur“ eine Organisationsprivatisierung vor.²⁴

Die erstere Ansicht folgt letztlich dem von der neuen deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft favorisierten Modell der „regulierten Selbstregulierung“, das versucht, gesellschaftliche Gestaltungskraft für den öffentlichen Bereich nutzbar zu machen.²⁵ Dieses Modell, das prominent vor allem im Wirtschaftsbereich propagiert wurde,²⁶ erinnert sehr stark an den Gedanken der Selbstlegitimation autopoietischer Systeme (im Sinne Niklas Luhmanns²⁷) zurück. Freilich setzt es sich damit auch den klassischen Kritikpunkten aus: Die Implementation autopoietischer Systeme in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann zu einem signifikanten Defizit an demokratischer Legitimation führen, zumal dann, wenn die staatlichen Aufsichts Kompetenzen gegenüber den Agenturen und die Kontrolle ihrer Tätigkeit gesetzlich nicht definiert sind. Gerade der sich inhaltlich zurücknehmende „Gewährleistungsstaat“ kann auf das Erfordernis einer wirkungsvollen Aufsicht²⁸ nicht verzichten. Dies gilt wegen der Verantwortung des Staates für das Funktionieren einer freien Wissenschaft nicht nur bei einer öffentlich-rechtlichen Verselbständigung (à la „Stiftungsuniversität“), sondern erst recht bei der Verlagerung auf private Akteure.

In der ursprünglichen Fassung hatte der Gesetzgeber des nordrhein-westfälischen Akkreditierungsgesetzes – dem damaligen Privatisierungs-Hype entsprechend – wohl eine privatrechtliche Konstruktion vor Augen.²⁹ Nach dem Zweck der Konstruktion sollte das ursprünglich öffentlich-rechtliche Regime des Studiensystems im Sinne einer größeren Autonomie der Hochschulen aus der (fachaufsichtlichen) Abhängigkeit der Ministerien herausgelöst und einem selbstregulativen Prozess unterworfen werden. Dies spricht für ein Modell der echten Aufgabenprivatisierung, bei dem sich der Staat ganz aus

der Aufgabenerfüllung auf die sog. Gewährleistungsverantwortung zurückzieht.³⁰ Maßstab der Gewährleistungsaufsicht ist, ob auch durch die Privatisierung die Sicherung der Effektivität der Gemeinwohlaufgaben gewährleistet wird und die Rechte Dritter ausreichend gewahrt sind.³¹

Zwar hatte sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber während des anhängigen Verfahrens am 1. Oktober 2014 doch für eine Beleihungslösung entschieden (§ 72a HG NRW), was das Gericht auch zur Kenntnis genommen hat. Doch sieht es offenbar auch eine rein privatrechtliche Konstruktion als verfassungsrechtlich zulässig an, solange die entsprechenden Aufsichtsrechte des Staates gewahrt sind. Dies entspricht der verbreiteten Doktrin vom Rückzug des (handelnden) Staates zum Gewährleistungsstaat.³² Die Zurückhaltung der Entscheidung in diesem Punkt verwundert allerdings nicht wirklich, hatten sich doch aktive und ehemalige Bundesverfassungsrichter in der jüngeren Vergangenheit literarisch für das Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ stark gemacht.³³

Damit bleibt auch für die anderen Bundesländer offen, welches Konzept sie verwirklichen wollen. In einem *obiter dictum* stellt das Gericht ja fest, dass eine exekutive Verweisung anderer Länder auf AkkStiftG den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genüge. Da das nordrhein-westfälische AkkStiftG nur ein Gesetz auf Landesebene sei, könne es nicht das Akkreditierungswesen für ganz Deutschland regeln. Damit besteht entweder die bereits erwähnte Möglichkeit einer staatsvertraglichen Lösung, aber auch die Option für länderspezifische „Insellösungen“. Die letztere Möglichkeit würde aber in der Praxis zu heillosen Verwirrungen führen: Da die bestehenden Agenturen ja länderübergreifend tätig sind, wäre es denkbar, dass sie in einem Bundesland als Beliehene auftreten, im Nachbarland als Private.

24 So die wohl h.M., vgl. etwa *Lege* (Fn. 2), JZ 2005, 698 (702); *Mann/Immer*, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, RdJB, 2007, 334 (342 ff.); *Heitsch* (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (778); *ders.* (Fn. 10), WissR 42 (2009), S. 136 (138 f., 143); *Wilhelm*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung, 2009, S. 182 ff.; *Merschmann*, Die Rechtsnatur der Akkreditierung von Studiengängen, NvWZ 2011, 847 (848). Ebenso die erstinstanzliche Rechtsprechung (vor der Gesetzesänderung in NRW) VG Minden, Beschl. 30.7.2009 – 2 K 1291/08, Rn. 1-3; VG Arnsberg, Beschl. 16.4.2010 – 12 K 2689/08, Rn. 121 ff., das den Fall dem BVerfG vorgelegt hatte.

25 Als Standardwerk fungiert *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3 Bde., 2. Aufl. 2012.

26 Vgl. dazu *Schmidt-Preuß/di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff., 235 ff.

27 Grdl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 192.

28 BVerwGE 135 (297 ff.). Dazu auch *Gärditz*, WissR, 43 (2010),

220 (228 f.); *Geis/Krausnick*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, Bd. III (2012), § 63 Rn. 47.

29 LT-Drs. NRW 13/6182, S. 12; dem folgend (nur) *Pautsch* (Fn. 23), WissR 38 (2005), S. 200 ff.; *Biesback*, Zertifizierung und Akkreditierung. Das Zusammenwirken staatlicher und nichtstaatlicher Akteure in gestuften Prüfungssystemen, 2008, passim.

30 *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben, VVDStRL 62 (2003); S. 266 (285); *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2011; *Schmidt am Busch*, Gewährleistungsaufsicht zur Sicherstellung privater Aufgabenerledigung, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205 (207 ff.).

31 *Schmidt am Busch* (Fn. 30), Die Verwaltung 49 (2016), S. 215 (220 ff.).

32 Zentral *Krausnick* (Fn. 30), passim.

33 Allen voran *Hoffmann-Riem*, Regulating Media, 1996, S. 326; ebenso *Voßkuhle*, Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, DV, Beiheft 4 (2001), S. 197 f.; *Eifert*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 25), Bd. 1, § 19 Rn. 54.

c) Eindeutigkeit des Rechtswegs

Das Problem liegt indes auf einer anderen Ebene: In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes war ungeachtet der Begründung VAGE geblieben, ob die Akkreditierungsentscheidung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei. Die Rechtsstellung der Agenturen sei jedoch für die Bestimmung des Rechtswegs maßgeblich. Im ersteren Fall wäre gegen ein negatives Votum der Akkreditierungsagentur mit einer Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 S. 2 VwGO, gegebenenfalls auch mit einer Feststellungslage nach § 43 Abs. 1 VwGO, vorzugehen.³⁴ Handelte es sich dagegen um eine privatrechtliche Konstruktion, wäre gegen ein negatives Votum der Akkreditierungsagentur mit einer zivilrechtlichen Leistungsklage zum Landgericht vorzugehen. Diese Variante wäre gegenüber der ersteren deutlich mühsamer: Zum einen trägt im Parteienprozess die Hochschule nach dem Beibringungsgrundsatz (§ 282 ZPO) die formelle Beweislast für die Voraussetzungen einer positiven Akkreditierungsentscheidung; da diese als Votum einer unabhängigen Sachverständigenkommission unter die Kategorie Beurteilungsspielraum fällt, dürfte die Beweisführung schwierig werden. Zum anderen wird im Zivilverfahren der Streitwert regelmäßig deutlich höher ausfallen, was in Verbindung mit der Anwaltpflicht vor dem nach §§ 71 Abs. 1, 23 Zf. 1 GVG dann zuständigen Landgericht ein wesentlich höheres Kostenrisiko für die Hochschule bedeutet. Bei einer öffentlich-rechtlichen Lösung verschafft der Untersuchungsgrundsatz dem Kläger eine deutlich bessere Stellung. Durch die unklare rechtliche Konstruktion entsteht nach Auffassung des BVerfG für die betroffenen Hochschulen eine unzumutbare Ungewissheit (und ein zusätzliches Kostenrisiko nach § 17b Abs. 2 Satz 2 GVG), welcher Rechtsweg im Falle einer negativen Entscheidung einzuschlagen sei.³⁵

Es fällt auf, dass das Gericht das Erfordernis des klaren Rechtswegs nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG stützt, was – als Element des effektiven Rechtsschutzes – durchaus denkbar gewesen wäre. Vielmehr moniert es ein Defizit am Maßstab der Wesentlichkeitstheorie.³⁶

4. Einordnung in die „neue Linie“ der Hochschulrechtsprechung

Die Entscheidung des BVerfG schreibt inhaltlich die „neue Linie“ fort, die das Gericht seit etwa 2010 verfolgt. Einerseits hat das Gericht seit jeher betont, dass dem Gesetzgeber organisatorisch ein weitgehender Gestaltungsspielraum zukomme. Weder die subjektive noch die objektive Wissenschaftsfreiheit stünden Ansätzen des Hochschulgesetzgebers entgegen, neue Organisationsstrukturen zu erproben und einzuführen. Dazu gehörten die Verschiebungen in den Organkompetenzen,³⁷ dazu gehörte die grundsätzliche Zulässigkeit von Leistungszulagen in der W-Besoldung³⁸ als Ausprägung des New Public Management,³⁹ und dazu gehört jetzt auch die Verlagerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf die Akkreditierungsagenturen als private Akteure.⁴⁰

Gleichwohl wird ungeachtet der Offenheit für neue Ansätze organisatorischer und personeller Steuerung deutlich, dass das Gericht sein Augenmerk wieder stärker auf die Wahrung (bzw. Restauration) der akademischen Selbstverwaltung in der Nachfolge des bereits erwähnten „Hochschulurteils“ von 1973⁴¹ richtet. Hatte man nach dem „ersten“ Brandenburg-Urteil von 2004⁴² schon befürchtet, dass die seinerzeit aufgestellten Postulate im Strudel der Ökonomisierung und des Managementdenkens verschlungen würden, so hat das Gericht durch den Akkord des Hamburger Dekansbeschlusses von 2010,⁴³ des Beschlusses zur Medizinischen Hochschule Hannover von 2014,⁴⁴ des BTU-Beschlusses von 2015⁴⁵ und eben des jetzigen Beschlusses zur Akkreditierung eine bemerkenswerte Renaissance der Mitwirkungsrechte der Hochschullehrer herbeigeführt. Dabei wurde die ursprünglich höchst abstrakt formulierte Gefahr eines strukturellen Eingriffs in die Wissenschaftsfreiheit als Grenze der legislatorischen Gestaltungsbeugnis eindrucksvoll konkretisiert.

Der Gesetzgeber hatte die Normierung inhaltlicher und verfahrensbezogener Anforderungen an die Akkreditierung faktisch aus der Hand gegeben, ohne wesentli-

34 Einzelheiten bei *Heitsch* (Fn. 10), *WissR* 42 (2009), S. 136 ff.

35 *Heitsch* (Fn. 10), *WissR* 42 (2009), S. 136 (144); *Brinktrine* (Fn. 19), *WissR* 42 (2009), S. 164 (168 ff.).

36 BVerfG, *Beschl.* 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = *NVwZ* 2016, 675 (680).

37 Zu dieser Entwicklung *Geis*, (Fn. 28), § 100, Rn. 57; *ders.*, Die Entwicklung des Hochschulrechts 2008–2012, *Die Verwaltung* 45 (2012), S. 525 (530 f.).

38 BVerfG, *Urt.* 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 = *BVerfGE* 130, 263 ff.

39 Dazu *Voßkuhle*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 25), Bd. 3, § 43 Rn. 61 mwN. in Fn. 112.

40 *Heitsch* (Fn. 4), *DÖV* 2007, 770 (776).

41 BVerfG, *Urt.* 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 = *BVerfGE* 35, 79 ff.; siehe auch oben II.3.a.

42 BVerfG, *Beschl.* 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 = *BVerfGE* 111, 333 ff.

43 BVerfG, *Beschl.* 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 = *BVerfGE* 127, 87 ff.; Anm. von *Gärditz*, *JZ* 2011, 314 ff.

44 BVerfG, *Beschl.* 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 = *BVerfGE* 136, 338 ff. (nach dem Beschwerdeführer auch „*Haubitz-Beschluss*“ genannt).

45 BVerfG, *Beschl.* 12.5.2015 – 1 BvR 1501/13, 1 BvR 1682/1 = *BVerfGE* 139, 148 ff.

che Entscheidungen selbst zu treffen. Dabei wurden dem Akkreditierungsrat wesentliche Entscheidungen überlassen, was den Agenturen wiederum weitreichende Spielräume eröffnete. Ungeachtet der letztlich verfolgten Konstruktion der Akkreditierung war die notwendige und hinreichende Beteiligung der Wissenschaft im mehrstufigen Verfahren nicht gesichert. Insbesondere ist die hinreichende Beteiligung der Wissenschaft selbst an der Akkreditierung bislang nicht gesichert: Nach § 7 Abs. 2 AkkStiftG gehören dem Akkreditierungsrat vier Mitglieder für die Hochschulen und zwei Studierende an, die von der Hochschulrektorenkonferenz benannt werden. Doch ist weder gesichert, dass hier wie auch in den Agenturen tatsächlich die Wissenschaft – und nicht etwa die Hochschulleitungen – vertreten sind. Auch ist nicht gesichert, dass die Wissenschaft im Akkreditierungsrat eine maßgebliche Stimme hat, denn dessen Mitglieder werden nach § 7 Abs. 2 Satz 2 AkkStiftG einvernehmlich von der Hochschulrektorenkonferenz und der Kultusministerkonferenz bestellt; damit verfügt die staatliche Verwaltung über eine Vetoposition, die an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist. Durch die weitere Besetzung des Akkreditierungsrates aus den Ländern und aus der Berufspraxis, aus den für das Dienst- und Tarifrecht zuständigen Landesministerien und aus den Agenturen (§ 7 II 1 Nr. 2, 3, 6 AkkStiftG) sind nur Interessen außerhalb der Wissenschaft vertreten. Das AkkStiftG schafft so kein Gesamtgefüge, das der Wissenschaftsfreiheit hinreichend Rechnung trägt.

Nach der roten Linie des BVerfG müssen die entscheidungsbefugten Gremien – sowohl Akkreditierungsrat als auch die Agenturen – pluralistisch und nicht zuletzt mit Hochschulvertretern besetzt sein, um eine zumal gegenüber früheren Verfahren verbesserte Prüfung durch die „scientific community“ zu ermöglichen. Einer mehrheitlichen Beteiligung der Hochschullehrer bedarf es dabei allerdings nicht: Akkreditierung steht als Aufgabe des Kondominalbereichs in gleichberechtigter Verantwortung von Ländern und Hochschulen; das Verfahren soll allgemeine und übergreifend gültige Mindeststandards prüfen. Entscheidungen zu konkreten Einzelheiten der Lehre an einer bestimmten Hochschule dürfen die Akkreditierungsgremien ohnehin nicht treffen, weil auch die darin vertretenen Wissenschaftler jedenfalls nicht der aktuell betroffenen Einrichtung angehören. Damit ist die im Hochschulurteil von 1973 bestimmte 50 %-Quote notwendig, aber auch hinreichend.

III. „Fernwirkungen“

1. Qualitätssicherung und Hochschulzulassung

Jenseits der direkten Auswirkungen auf das Akkreditierungssystem kommt der Entscheidung erhebliche Bedeutung in anderen Rechtsgebieten zu. So ist die Aussage des Beschlusses, dass der Qualitätssicherung in der Lehre der Rang einer verfassungsimmanenten Schranke zukomme, von geradezu revolutionärer Bedeutung. Wörtlich heißt es: „Maßnahmen, zur Qualitätssicherung der wissenschaftlichen Lehre, die wissenschaftlichen Standards genügen, dienen dazu, dass die Hochschulen ihren Aufgaben gerecht werden. Damit kommen sie im Übrigen auch der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1c GG gewährleisteten Freiheit von Forschung und Lehre zugute (vgl. BVerfGE 96, 205 <214>)“.⁴⁶

Damit schleift das Bundesverfassungsgericht genau genommen seine eigenen alten Prämissen, die es seinerzeit in der legendären Numerus-Clausus-Entscheidung⁴⁷ aufgestellt hatte. Jene behandelte nämlich die Frage der Hochschulzulassung so gut wie *ausschließlich* als Problem der Ausbildungsfreiheit (Art. 12 GG) und sah in Studienzugangsbeschränkungen ausschließlich gesetzliche Schranken. Gemeinsam entstand daraus – insbesondere durch die konkretisierende verwaltungsgerichtliche Judikatur – das berühmte-berühmte Gebot völliger Kapazitätserschöpfung.⁴⁸ Auf dessen Grundlage etablierte sich nicht nur das Hochschulkapazitätsrecht als einer der wohl speziellsten Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts und mathematisch durch den alles dominierenden cNW-Wert aufgeladen; es wurde auch zur Gelddruckanlage für Anwaltskanzleien, die sich auf das lukrative „Einklagen“ eines (vornehmlich medizinischen oder zahnmedizinischen) Studienplatzes spezialisierten. Eine verfassungsimmanente Schranke der Qualitätssicherung wurde in der damaligen Judikatur nicht nur nicht anerkannt, sondern geradezu – im Sinne des damaligen sozialliberalen Zeitgeistes und seiner Forderung eines allgemeinen Rechts auf Bildung – für unzulässig erklärt. Signifikanten Ausdruck fand diese Ideologie im z.T. bis heute irrlichternden „Verbot der Qualitätspflege“, das einer Beschränkung von Studienplatzkapazitäten zugunsten einer qualitätsorientierten Ausbildung entgegen gehalten wurde.⁴⁹

46 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = NVwZ 2016, 675 (677 f.).

47 BVerfG, Urt. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 = BVerfGE 33, 303 ff.

48 Dazu ausf. Geis, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972-1977, WissR, Beiheft 18 (2007), S. 9 (16); Nettesheim, Grund und Grenzen

der Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2005, 1072 (1076); krit. schon Salzwedel, WissR, Beiheft 5 (1978), S. 235 (246).

49 Insb. BVerwG, Urt. 18.9.1981 sub II 5a – 7 N 1/79; Urt. 18.5.1982 – 7 C 15/80 sub II 1; OVG Hamburg NVwZ 1983, 361, Weniger kompromisslos noch BVerwG, Urt. 8.2.1980 – 7 C 93/77 = BVerwGE 60, 25 (45) sowie BVerfG, Beschl. 6.11.1975 – 1 BvR 358/75 = BVerfGE 40, 352 (354).

Mit der expliziten Anerkennung der Qualitätssicherung als verfassungsimmanenter Schranke im vorliegenden Beschluss ist das herkömmliche System der Hochschulzulassung in seiner Starrheit nicht mehr zu halten. Denn es bedarf nun der Herstellung praktischer Konkordanz⁵⁰ zwischen den beiden nun als gleichrangig anerkannten Rechtsgütern. Dies schließt es aus, dem Rechtsgut der Ausbildungsfreiheit einen uneingeschränkten Vorrang einzuräumen, wie es das geltende Recht tut. Vielmehr müssen besondere Qualitätsansätze wie z.B. Kleingruppenunterricht entsprechend ihrer didaktischen Notwendigkeit anerkannt werden. Dies muss insbesondere für die Studiengänge nach dem Bologna-Modell gelten, das sich definitiv auf die Notwendigkeit der Qualitätssicherung beruft.⁵¹ Sicher ist dabei der Eigenart der Studienfächer Rechnung zu tragen. Ein starr kapazitätsorientiertes Denken, das die Studiengänge über die Grenzen des didaktisch Vertretbaren hin „vollstopft“, erweist sich allerdings damit als überholt.

2. Forschung mit Drittmitteln aus öffentlichen Kassen und Gesetzesvorbehalt

Eine weitere Fernwirkung ergibt sich im Bereich der Drittmittelforschung. Für die Bedingungen des Einwerbens von Drittmitteln gibt es keine gesetzlichen Grundlagen. Dies gilt auch dann, wenn diese letztlich aus öffentlichen Kassen stammen, wie es bei den in kompetitiven Verfahren vergebenen DFG-Drittmitteln oder EU-Forschungsgeldern typischerweise der Fall ist. Zwar gilt bei finanziellen Subventionen grundsätzlich nicht das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung, da es sich um leistende Verwaltung handelt, und der Vorbehalt des Gesetzes in der deutschen Dogmatik herkömmlicherweise nur für die eingreifende Verwaltung gilt.⁵² Dem wird jedoch wohl zu Recht entgegen gehalten, dass auch im Bereich der Leistungsverwaltung dann eine formelle gesetzliche Regelung existieren müsse, wenn die Leis-

tung grundrechtsrelevant sei.⁵³ Nun scheint gerade dies seit dem Inkrafttreten der W-Besoldung der Fall zu sein, bei der u.a. die Höhe eingeworbener Drittmittel zur einer Bedingung für die Gewähr leistungsbezogener Gehaltsbestandteile („besondere Leistungsbezüge“) wird.⁵⁴ Dies tangiert das Erfordernis der durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützten „amtsangemessenen Alimentation“ jedenfalls dann, wenn das abgesenkte Grundgehalt allein unangemessen ist.⁵⁵ Zwar haben die Landesgesetzgeber nach der insoweit wegweisenden Entscheidung des BVerfG die Grundgehälter (unterschiedlich) angehoben, doch heißt dies nicht automatisch, dass die neuen Sätze flächendeckend mit Art.33 Abs. 5 GG vereinbar sind.⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht hatte schon in der W-Besoldungsentscheidung hervorgehoben, dass die Unmöglichkeit einer klaren Quantifizierbarkeit der amtsangemessenen Besoldungshöhe prozeduraler Sicherungen bedürfe.⁵⁷ Die prozeduralen Anforderungen an den Gesetzgeber kompensierten die Schwierigkeit, das verfassungsrechtlich gebotene Besoldungsniveau anhand materieller Kriterien zu bestimmen.

Mit dieser Lage ist die Akkreditierungssituation durchaus vergleichbar: Auch hier geht es um die Unmöglichkeit punktgenauer Feststellungen, und auch hier hat der Gesetzgeber daher die wesentlichen prozeduralen Sicherungen zu treffen. Freilich ist dieser Gedanke nicht eben neu: Auch hier fungiert wohl *Niklas Luhmann* mit seinem Prinzip der „Legitimation durch Verfahren“ als Ahnherr;⁵⁸ auch existieren seit geraumer Zeit bekannte Regelungsbeispiele.⁵⁹ Um so wichtiger ist es, dass die prozeduralen Sicherungen durch den Gesetzgeber jeweils in hinreichender Dichte auch statuiert werden.

3. Drittmittelförderung und Rechtsweggarantie

Die Gewähr bzw. Nichtgewähr der vorgenannten Leistungsbezüge erfolgt durch einen Verwaltungsakt der

50 Grdl. immer noch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

51 Bologna Declaration 1999, S. 4; *Kulturministerkonferenz*, Bestandsaufnahme und Perspektiven der Umsetzung des Bologna-Prozesses (2011), S. 4, zu finden auf www.kmk.org (13.09.2016).

52 Vgl. BVerfG, Beschl. 23.6.1981 – 2 BvL 14/79 = BVerfGE 58, 45 (48 ff.); Beschl. 9.3.1994 – 1 Bv4R 682, 712/88 = 90, 112 (126); zum Streitstand statt vieler *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Auflage 2010, § 8 Rn. 22.

53 Gegen eine starre Typologie auch *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, Bd. 2, § 26 Rn. 63 ff.

54 So geht bspw. Art. 71 Abs. 1 S. 2 BayBesG von der Berücksichtigung der Einwerbung von Drittmitteln bei der Gewährung von besonderen Leistungsbezügen aus.

55 BVerfG, Urt. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 = BVerfGE 130, 263 (302 f.).

56 *Geis*, in: GKÖD, Bd. III, K § 32 BBesG, Rn. 26 ff. (erscheint demnächst).

57 BVerfG, Urt. 14. 2. 2012 – 2 BvL 4/10 = BVerfGE 130, 263 (301 f.), unter Verweis auf BVerfGE 125, 175 (226).

58 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969.

59 Stellvertretend seien hier nur die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien nach § 19 JuSchG vom 31.10.2008 (BGBl. I 2730), (vormals Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften), oder die im Anschluss an StGH BW, Urt. vom 10.05.1999 – GR 2/97 = VBIBW 1999, 294 ff. installierte Gemeinsame Finanzkommission genannt (§ 34 FAG BW); zu letzterer auch *Geis*, „Political question doctrine“ im Recht des kommunalen Finanzausgleichs?, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S. 79 (90).

Hochschulleitung;⁶⁰ sie steht in deren (pflichtgemäßem) Ermessen (es sei denn, in einer Zielvereinbarung sind konkrete Zahlen genannt, dann besteht sogar ein einklagbarer Anspruch) und muss demnach nach Art.19 Abs. 4 GG jedenfalls in den Grenzen des § 114 VwGO (gegebenenfalls analog) gerichtlich überprüfbar sein. Das bedeutet allerdings auch, dass eine Versagung, die auf eine Ablehnung beantragter Drittmittel gestützt wird, gerichtlich kontrollierbar sein muss. Überträgt man die Aussagen der Akkreditierungsentscheidung auf diese Konstellation, dann muss sich die Kontrolle auch auf die vorgelagerten Entscheidungen des privatrechtlich verfassten Zuwendungsgebers (also z.B. der DFG) erstrecken. Anderenfalls bestünde ein quasi rechtsfreier Raum, der mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar wäre. Denkt man dies fort, so führt dies freilich zu erheblichen Verwerfungen im deutschen Forschungsförderungssystem. So müsste in einem Verwaltungsprozess auf die gutachterlichen Äußerungen der beteiligten Sachverständigen im Wege der Akteneinsicht zugegriffen werden können. Speziell im Falle der DFG wäre das Dogma einer Anonymisierung der Gutachtenäußerungen nicht mehr zu halten, da ja mögliche Befangenheit oder Ausschlussgründe, wie sie die DFG selbst aufgestellt hat,⁶¹ überprüft werden können müsste. Auch bedarf es zumindest rudimentärer formalgesetzlicher Regelungen, welche Kriterien für die Gewährung ausschlaggebend sind. Fraglich ist, ob § 33 Abs. 3 BBesG (bzw. die entsprechenden Ländergesetze und die hierzu erlassenen Rechtsverordnungen ausreichend sind. Immerhin werden auch dort Aussagen über die Relevanz der Qualität von Forschung und Lehre getroffen, ohne dass auf der Ebene des Gesetzes die Beteiligung der Wissenschaft auch nur rudimentär thematisiert wird.

Noch deutlicher wird dies, wenn man eine direkte Grundrechtsbindung von Förderorganisationen wie der DFG bejaht. Für diese – in der Hochschul- und Wissenschaftspraxis freilich strikt tabuisierte – Prämisse spricht, dass die Zwischenschaltung von Privatrechtssubjekten nichts daran ändert, dass die Verteilung von Haushaltsmitteln eine öffentliche Aufgabe des Staates bleibt.⁶² Nach dem Akkreditierungsbeschluss kommt es letztlich auf die Frage, ob die DFG oder ähnliche Geldgeber, aus verfassungsrechtlichen Gründen als Beliehene fungieren (müssten), gar nicht mehr primär an. Das Procedere der Entscheidungen und die Kriterien aber auch in diesem

Fall vom Gesetzgeber zumindest im Wesentlichen zu regeln. Mittelfristig wird man also um ein „Drittmittelgesetz“ kaum herkommen.

Völlig ungeklärt ist schließlich, welche Fernwirkungen der Akkreditierungsbeschluss auf die Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen durch den Wissenschaftsrat⁶³ und auf die Förderungsmechanismen des Art.91b GG insgesamt haben könnte, die sich ebenfalls weitgehend im gesetzefreien Raum bewegen. Zumindest bei der Schließung von Forschungsinstituten auf Grund einer negativen Evaluierung verlangt der Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach der Logik des Bundesverfassungsgerichts gesetzliche Mindestregelungen und die Möglichkeit, einen Rechtsweg zu beschreiten. Diese Fragen sind allerdings so komplex, dass sie den hier gegebenen Raum bei weitem sprengen würden. Es muss daher mit dem Problemaufriss sein Bewenden haben.

IV. Fazit

Insgesamt zeigt die Entscheidung die ganze Ambivalenz des Akkreditierungssystems auf. Positiv ist sicherlich festzuhalten, dass der Gedanke der Qualitätssicherung durch eine turnusmäßige Überprüfung gestärkt worden ist. Die Einbeziehung unabhängiger, fachlich einschlägiger Gutachter ist mutmaßlich effektiver als die einmalige Vorabgenehmigung durch eine ministeriale Stelle (meist nur eine sachbearbeitende Person). Dadurch kann Qualitätsschwankungen besser begegnet werden, aber auch der sinnvolle Zuschnitt von Studienangeboten optimiert werden. Keiner Selbstverwaltung schadet ein externer Blick – jeder, der im akademischen Bereich schon einmal mit nicht immer zu leugnenden verfilzten Strukturen konfrontiert worden ist, wird dies bestätigen. Insofern gilt nichts anderes als im Parallellfall der Evaluation von Forschungsleistungen.

Allein die Entscheidung für das Verfahren der Akkreditierung löst jedoch kein Detailproblem. In erster Linie geht es dabei um die Bewertungskriterien. Das Gericht hat völlig zu Recht moniert, dass die Wissenschaft dabei hinreichend beteiligt werden muss, sieht also die Lösung – wie so oft – in einer prozeduralen Lösung. Freilich führt dies zu einem erheblichen Regelungsaufwand. Im Ergebnis wird jeder Landesgesetzgeber ein Akkreditierungsgesetz erlassen bzw. entsprechende Regelungen in das eigene Hochschulgesetz einfügen müs-

60 Über die Rechtsnatur kann man sich im Hinblick auf die Frage der Außenwirkung streiten, inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

61 DFG-Hinweise 10.201 – 4/10, zu finden unter http://www.dfg.de/formulare/10_201/10_201_de.pdf (13.09.2016).

62 Vgl. Hillgruber in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 2009, Art. 1 Rn. 69; wohl auch schon Deutsch, Ombudsgremien und

Wissenschaftsfreiheit, ZRP 2003, 159 (161). A.A. – aber nach der Akkreditierungsentscheidung kaum noch haltbar – LG Bonn, Urteil vom 19.08.2009 – 2 O 3/09, BeckRS 2010, 156.

63 Dazu jetzt Otting/Ziegler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, NVwZ 2016, 1064 (1067 f.).

sen, wobei die jeweilige politische Mehrheit im Lande auch gewichten kann (z.B. den Gender-Faktor). Ob das gegenüber der früheren Rechtslage einen Fortschritt bedeutet, mag man selber beurteilen. Teurer bleibt es für die Hochschulen allemal. Einen gewissen Königsweg für die Zukunft mag die Umstellung von der Programm- zur Systemakkreditierung bedeuten. Inwieweit dies von den Agenturen mitvollzogen werden wird, denen ja dadurch ein Einbruch im Geschäft droht, sei hier dahin gestellt. Es bleibt jedoch das schale Gefühl, dass das System seinerzeit doch mit heißer Nadel eingeführt worden ist und erst durch mehrfache Reparaturgesetze und -novellen einigermaßen auf den rechtsstaatlichen erforderlichen

Standard gebracht werden kann. Dass sich ein solches Trial-and-Error-Vorgehen (nicht nur) in der Hochschulgesetzgebung immer mehr breit macht, ist allerdings nicht das, was man unter der Kunst „guter Gesetzgebung“⁶⁴ verstehen sollte.

Max-Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg.

64 Zitelmann, *Kunst der Gesetzgebung* (1904), insb. S. 31 ff., 43 ff. (abrufbar unter [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fsl/object\)display/bsbl11127276_0004.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fsl/object)display/bsbl11127276_0004.html)); Merten, „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, DÖV 2015, 349 sowie Nachweise bei Höfling/Engels in Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34 Fn. 76, 115.