

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2018

## Aufsätze

- Lothar Zechlin* Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit **253-262**
- Manfred Löwisch und Andreas Schubert* Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen **263-274**
- Josef Franz Lindner* Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus grundrechtsdogmatischer Sicht **275-280**
- Josef Pfeilschifter* Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus Sicht der universitären Ausbildung **281-284**
- Louisa Specht* Die neue Schrankenregelung für Text und Data Mining und ihre Bedeutung für die Wissenschaft **285-290**
- Stefan Danz* Zur Offenlegung von Gutachternamen im Wissenschaftsbereich **291-300**
- Frank Wertheimer* Forschungszulagen für Hochschullehrer – wer entscheidet? **301-304**

## Bericht

- Evelina Will* Der Brexit und die Forschung in der EU – Ein Update anlässlich des Weißbuchs der britischen Regierung vom 12. Juli 2018 **305-306**

## Ausgegraben

- Friedrich Paulsen* Die drei Grundtypen der Universitäten in historischer Perspektive **307-308**

ISSN 2197-9197

# Lothar Zechlin

## *Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit*

### ÜBERSICHT

#### I. Fragestellung

#### II. Wachsender privater Sektor, wachsender Bedarf nach Qualitätssicherung

#### III. Akkreditierung, Wissenschaftsfreiheit und Qualität

##### 1. Was ist Akkreditierung?

##### 2. Freiheit lässt sich nicht akkreditieren

#### IV. Staatliche Anerkennung, Wissenschaftsfreiheit und Partizipation

##### 1. Die gesetzliche Entwicklung

##### 2. Freiheit oder Partizipation?

##### a) Keine Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit

##### b) „Beleihung mit Freiheit“

##### 3. Hochschul förmigkeit

#### V. Wissenschaftsrat und Wissenschaftsfreiheit

#### VI. Fazit

### I. Fragestellung<sup>1</sup>

In regelmäßigen Abständen veröffentlichen der Stifterverband und die Heinz Nixdorf Stiftung das „Hochschul-Barometer“. Ähnlich wie Wirtschaftsforschungsinstitute das Geschäftsklima messen, erfassen sie mit diesem Instrument die Lage und Entwicklung der Hochschulen aus Sicht ihrer Leitungen. Das Ergebnis der Untersuchung für das Jahr 2016 zeigt eine hohe Zufriedenheit, allerdings mit einer Ausnahme: „Stimmungsabfall an privaten Fachhochschulen“ müssen die Autoren vermelden. In diesem Sektor sank der Stimmungsindex von 45,9 im Jahre 2011 auf 25,1 im Jahre 2016.<sup>2</sup> Private Hoch-

schulen, so erfährt man auf der Suche nach den Ursachen für die Unzufriedenheit, fühlen sich in ihren Besonderheiten als Alternative zu den staatlichen Hochschulen nicht unterstützt, sondern im Gegenteil zu einer allzu großen Angleichung an die Konkurrenz gedrängt. Sie beklagen ihre „zunehmende Regulierung“. Ein Ärgernis sei „die Einmischung des Wissenschaftsrates in Organisation, Führung und Personalpolitik privater Hochschulen im Rahmen der institutionellen Akkreditierung, der versuche, ihnen das öffentliche Hochschulmodell (Corporate Governance) aufzuzwingen. Dass dieser Eingriff in Rechte der privaten Hochschulen immer noch ohne gesetzliche Rechtsgrundlage geschehe, sei verfassungsrechtlich bedenklich“.<sup>3</sup>

Im Folgenden geht es nicht um die empirische Frage, ob die Privathochschulen tatsächlich zu einer zu starken Anpassung gezwungen werden.<sup>4</sup> Hierzu müsste die reale Entscheidungspraxis des Wissenschaftsrates und ihre Implementierung untersucht werden.<sup>5</sup> Vielmehr geht es auf einer normativen Ebene um den Begründungszusammenhang, mit dem der Wissenschaftsrat die Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit zu einer zentralen Anforderung an die Leitungs- und Entscheidungsstruktur der Privathochschulen erklärt und überprüft. Dieses Grundrecht ist in der Rechtsprechung für *staatliche* Hochschulen von einem individuellen Abwehrrecht gegen den Staat zu einem Recht auf wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation durch den Staat weiterentwickelt worden. Das BVerfG<sup>6</sup> hat in der Gruppenuniversität der 1970er Jahre den Professoren einen ausschlaggebenden oder maßgebenden Einfluss auf Entscheidungen zugesprochen, die „unmittelbar Forschung oder Lehre betreffen“, und später in der „autonomen Hochschule“ den Einfluss der Selbstverwaltungsgremien

1 Der Verfasser dankt Dr. Sigrun Nickel, Gütersloh, für anregende Diskussionen, die die Entstehung dieses Artikel vorangebracht haben.

2 Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Hochschul-Barometer, Essen 2017, S. 13.

3 VPH Verband der Privaten Hochschulen, Ursachen für schlechte Stimmung bei den privaten Hochschulen, Pressemitteilung v. 22.8.2017 <https://www.presseportal.de/pm/78075/3714779> (abgerufen am 16.1.2018).

4 Thelen, Privatwirtschaftliche Hochschulen. Wissenschaftsmanagement an der Schnittstelle von privater Trägerschaft und staatlich anerkanntem Hochschulbetrieb. In: Lemmens u.a. (Hrsg.), Wissenschaftsmanagement, Bonn, Berlin 2017, S. 114 ff. vertritt die These „dass hinsichtlich der Funktion und Bedeutung des Wissenschaftsmanagement in privaten und staatlichen Hochschulen

von einer zunehmend konvergenten Entwicklung auszugehen“ sei (122). Das würde bedeuten, dass auch ganz ohne Zwang staatliche Hochschulen Elemente des privatwirtschaftlichen Managements und nichtstaatliche Hochschulen Elemente des tradierten Hochschulsystems übernehmen.

5 Dazu liegt die Untersuchung von Fink/Michel vor: Institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat. Eine empirische Analyse der Bewertungspraxis von Gutachter/innen. In: Qualität der Wissenschaft, H. 3 + 4, 2017, S. 74 ff. Die Autorinnen kommen zu dem Ergebnis, dass der Prüfbereich „Leistungsstruktur, Organisation und Verwaltung“ mit Abstand am meisten Auflagen, Empfehlungen und Anregungen auf sich zieht, und stellen die Frage, ob diese hohe Messlatte auch bei staatlichen Hochschulen angelegt wird.

6 BVerfGE 35, 79.

gegenüber den Leitungsorganen gestärkt.<sup>7</sup> Diese organisationale Dimension des Grundrechts ist in jüngster Zeit durch den Baden-Württembergischen Verfassungsgerichtshof<sup>8</sup> zu einer nahezu durchgängigen Professorenmehrheit für alle wichtigen Sach- und Personalentscheidungen, weit über „unmittelbar“ Forschung oder Lehre betreffende Angelegenheiten hinaus, weitergetrieben worden. Wenn der Wissenschaftsrat nun auch bei den *nichtstaatlichen* Hochschulen prüft, ob die „Leistungsstruktur und Organisation...die grundgesetzlich garantierte Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre“ sicherstellen,<sup>9</sup> führt das aus Sicht der Privaten zu einer paradoxen Situation. Sahen sie sich ursprünglich in der Rolle von Grundrechtsberechtigten, die ähnlich wie z.B. private Forschungseinrichtungen gegen den Staat geschützt sind, fanden sie sich plötzlich in der Rolle von Grundrechtsverpflichteten wieder, die durch ihre Leitungs- und Entscheidungsorganisation für die Wissenschaftsfreiheit ihrer Professoren sorgen sollen. In diesem Zusammenhang geht es auch um die sog. Hochschulformigkeit (dazu unten Ziff. IV. 3). Mittels dieses Begriffs überprüft der Wissenschaftsrat, ob einer privaten Bildungseinrichtung die Eigenschaft als „Hochschule“ zuerkannt werden kann.<sup>10</sup> Auch das lehnen die Privaten als Versuch ab, „die für die staatlichen Hochschulen vorgesehenen Corporate-Governance-Strukturen [...] unter dem Vorwand der Herstellung der sog. ‚Hochschulformigkeit‘“<sup>11</sup> auf sie zu übertragen.

„Hochschulpolitische Brisanz hat das Thema allemal“, wird in der Literatur festgehalten.<sup>12</sup> Der folgende Beitrag geht deshalb der Frage nach, welche Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit für die institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen zukommt.

## II. Wachsender privater Sektor, wachsender Bedarf nach Qualitätssicherung

Der private Hochschulsektor wächst seit Ende 1990er Jahre stark an, und das mit steigender Dynamik. Nach

Angaben des Statistischen Bundesamtes<sup>13</sup> gab es im Studienjahr 2016/17 insgesamt 119 nichtstaatliche Hochschulen, darunter 19 Universitäten und 92 Fachhochschulen (ohne Verwaltungsfachhochschulen). An ihnen waren 211 569 Studierende eingeschrieben, davon 23 419 an Universitäten und 184 982 an Fachhochschulen. Damit hat sich die Zahl ihrer Studierenden gegenüber dem Jahr 2000 mit damals rund 45 000 Studierende beinahe verfünffacht. Auch ihr Anteil an der Gesamtzahl der 2,8 Mio Studierenden in Deutschland ist in diesem Zeitraum von 2,8% auf 7,6 % stark angewachsen. Dieser Trend tritt noch deutlicher zutage, wenn man die Hochschulen in kirchlicher Trägerschaft herausrechnet, deren Studierendenzahlen relativ konstant geblieben sind.

Durch ihr rasantes Wachstum geraten die Privathochschulen allerdings auch stärker in den Fokus der Öffentlichkeit, die sich insbesondere für die Qualität ihrer Angebote interessiert. Eltern wollen wissen, ob das Studium für ihre Kinder den erhofften Berufseinstieg ermöglicht, Arbeitgeber wollen sich auf die Kompetenzen der AbsolventInnen verlassen können und auch die Öffentlichkeit selbst will wissen, was von Doktorgraden oder Professorentiteln zu halten ist, die an privaten Hochschulen erworben wurden. Deshalb ist ihre staatliche Anerkennung für sie von zentraler Bedeutung. Während nämlich bei staatlichen Hochschulen das Vertrauen der Öffentlichkeit in ihre Qualität auf der Trägerschaft des Staates und dem darin liegenden Garantieversprechen beruht, fehlt ein solches Versprechen für die Privaten. Es wird durch die staatliche Anerkennung als „Hochschule“ nachgeholt, allerdings nicht komplett. Die Rechtswirkungen einer solchen Anerkennung bestehen nicht in einer völligen „Gleichstellung mit den staatlichen Hochschulen“,<sup>14</sup> sondern sind auf die Schnittstellen der Hochschule zu ihrer Umwelt, also Bereiche beschränkt, in denen ein legitimes Bedürfnis der „Kunden“ nach Sicherheit besteht. Prägnant kommt das in § 77 Bayerisches Hochschulgesetz zum Ausdruck, wonach

7 BVerfGE 136, 338.

8 VerfGH BW, Urteil v. 14. 11. 2016 – 1 VB 16/15, juris.

9 Wissenschaftsrat (2015 a), Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen (Drs. 4395-15 v. 30. 1.2015), Berlin 2015, S.28; zuvor schon ähnlich Wissenschaftsrat (2005), Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung, in: Wissenschaftsrat, Empfehlungen und Stellungnahmen 2004, Band II, Köln, 2005, S. 421 ff., 435.

10 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), S. 6, 10 f.; Wissenschaftsrat (2015 b), Leitfaden der Konzeptprüfung nicht-staatlicher Hochschulen in Gründung (Drs. 4396 - 15 v. 30.1. 2015), Berlin, S. 6, 10f.

11 VPH Verband der Privaten Hochschulen, Stellungnahme zum neuen Leitfaden des Wissenschaftsrates der „Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“ vom 17. 11. 2015, <http://www.private-hochschulen.net/stellungnahmen-zu-hochschulgesetzen-ua.html>, S. 4 (abgerufen am 16.1.2018)

12 Lynen, Hochschulen und Hochschularten. In: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 83 ff., Rn. 12.

13 <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Hochschulen.html> (abgerufen am 30.1.2018); vgl. auch Thelen 2017; Buschle/Haider, Private Hochschulen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, WISTA, Heft 1, 2016, S. 75 ff.; Wissenschaftsrat (2012), Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Köln 2012, S. 29 ff.; Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Rolle und Zukunft privater Hochschulen in Deutschland, Essen 2010.

14 Görtsch, Kommentierung von § 72. In: Leuze/Epping, Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen, Bielefeld: Gieseking, 7. Ergänzungslieferung 2009, Rn. 9.

die Anerkennung der nichtstaatlichen Hochschule ermöglicht, „Hochschulprüfungen abzunehmen, Hochschulgrade zu verleihen und Zeugnisse zu erteilen; diese verleihen die gleichen Berechtigungen wie Hochschulprüfungen, Zeugnisse und Hochschulgrade gleicher Studiengänge an staatlichen Hochschulen“. Nur für dieses sog. „Berechtigungs-wesen“ übernimmt der Staat eine Garantiefunktion, ein darüber hinausgehendes Versprechen gibt er nicht ab. Durch diese Beschränkung werden zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen: Das Vertrauen in die Qualität der von privaten Hochschulen verliehenen Berechtigungen wird durch ein staatliches Versprechen gestützt, und die Privaten können die Andersartigkeit ihrer internen Strukturen und Prozesse gegenüber staatlichen Hochschulen beibehalten.

In diesem Kräftefeld zwischen Staat, zivilgesellschaftlichen Akteuren und Markt besteht eine „schwierige Kollisionslage“<sup>15</sup> oder ein „Konfliktpotential“,<sup>16</sup> das sich mit dem raschen Wachstum des privaten Sektors noch erhöht. Die Ministerialverwaltung trägt deshalb mit den Anerkennungsverfahren eine hohe Verantwortung, der nachzukommen ohne zusätzliche Expertise immer schwieriger wurde. Auf diese Weise kam der Wissenschaftsrat ins Spiel. Er verabschiedete im Jahr 2000 „Empfehlungen zur Akkreditierung privater Hochschulen“, in denen er sich zugleich bereiterklärte, diese Verfahren auch selbst durchzuführen.<sup>17</sup> Nachdem er ein Jahr später mit der International University Bremen erstmals eine Hochschule akkreditiert hatte,<sup>18</sup> ist auch bei ihm ein rasantes Wachstum festzustellen. Bis Anfang 2015 hat er 125 Akkreditierungsverfahren durchgeführt,<sup>19</sup> über deren Ablauf und Anforderungen er in seinem „Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung“ informiert. Die erste Fassung aus dem Jahr 2004 wurde 2006 geringfügig und 2010 und 2015 jeweils grundlegend überarbeitet. Die dafür maßgeblichen Überlegungen sind in einer „Stellungnahme“<sup>20</sup> aus dem Jahr 2009 zu einem äußerst kritischen Abschlussbericht einer internationalen Evaluationskommission sowie einer umfassenden Bestandsaufnahme<sup>21</sup> aus dem Jahr 2012 veröffentlicht.

Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat und staatliche Anerkennung hängen also eng zusammen. Faktisch wird ohne Akkreditierung keine Anerkennung

ausgesprochen, in einigen Bundesländern ist das sogar durch Gesetz so vorgeschrieben. Unsere Untersuchung wird sich deshalb mit der Akkreditierung (Ziff. 3.), der Anerkennung (Ziff. 4.) und der Rolle des Wissenschaftsrates zwischen diesen beiden Seiten (Ziff. 5.) beschäftigen.

### III. Akkreditierung, Wissenschaftsfreiheit und Qualität

#### 1. Was ist Akkreditierung?

Akkreditierung ist eine Verfahrensweise der Qualitätssicherung. Anders als Qualitätsmanagement, das durch Lernen und Entwicklung innerhalb der Organisation auf die Herstellung von Qualität abzielt, z.B. durch sog. Audits, ist sie auf die externe Feststellung von Qualität gerichtet. Ihre Funktion besteht in der Legitimationsbeschaffung in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft. Die Anspruchsgruppen in der Umwelt einer Organisation, im Falle einer Hochschule also hauptsächlich Studienplatzbewerber und Arbeitgeber als potentielle „Nutzer“, sollen auf die Qualität der ihnen angebotenen Leistungen vertrauen, an sie „glauben“ können (lat. „adcredere“). Ursprünglich sind Akkreditierungen als Instrumente des Verbraucherschutzes bei der Produktzulassung von Waren oder Dienstleistungen entstanden. Sie knüpfen an das Konzept der internen „Qualitätskontrolle“ an, mit dem in den 1950er und 60er Jahren in der Industrie das Endprodukt vor Verlassen des Werkes auf festgelegte Standards überprüft wurde. Als extern verantworteter Überprüfung wird ihnen aber eher geglaubt als den internen Kontrolleuren. Zudem haben sie den Vorteil, dass sie die Endkontrolle des Produkts um eine präventive Kontrolle schon des Herstellungsprozesses erweitern, damit Produkte, die die Standards verfehlen, gar nicht erst erzeugt werden.

Die „zentrale Frage“,<sup>22</sup> um die es dem Wissenschaftsrat mit der Akkreditierung geht, lautet deshalb, ob eine nichtstaatliche Hochschule „in der Lage ist, Leistungen in Lehre und Forschung zu erbringen, die anerkannten wissenschaftlichen Maßstäben entsprechen“.<sup>23</sup> Die Betonung liegt auf den Worten „in der Lage ist“. Akkreditiert werden nicht die Leistungen selbst, sondern das

15 Groß, Rechtswissenschaftliche Zugänge zur Hochschulforschung. In: die hochschule. journal für wissenschaft und bildung, Heft 2, 20. Jahrgang, 2011, S. 91 ff., 96 unter Verweis auf *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, Berlin: Duncker & Humblot 2002.

16 Lynen (Fn. 12), Rn. 10 S. 93.

17 Wissenschaftsrat (2000), Empfehlungen zur Akkreditierung privater Hochschulen (Drs. 4419/00 v. 21.1.2000), Köln 2000, S. 30.

18 Wissenschaftsrat 2001, Stellungnahme zur vorläufigen Akkreditierung der International University Bremen (IUB) (Drs. 5068-01 v. 16.11.2001), Berlin 2001.

19 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), S. 6.

20 Wissenschaftsrat (2009), Stellungnahme zur Zukunft der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen in Deutschland durch den Wissenschaftsrat (Drs. 8925-09); dort findet sich auch der Kommissionsbericht.

21 Wissenschaftsrat (2012), Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Köln 2012.

22 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), 10.

23 Wissenschaftsrat (2005) (Fn. 9), S. 427; Wissenschaftsrat (2012) (Fn. 21), S. 125.

System der Leistungserstellung mit seinen Rahmenbedingungen. Es geht um die „saubere Küche, nicht das Menü, das dort gekocht wird“, wie auf einer HRK-Taugung des Projekts Qualitätssicherung formuliert wurde.<sup>24</sup> Überträgt man die Managementlogik von Input – Prozess – Output auf Hochschulen, gehören zu diesen Rahmenbedingungen die Zugangsvoraussetzungen der Studienbewerber, die personellen und monetären Ressourcen (insbes. Lehrkörpermitglieder, Budget), die internen Strukturen und die Prozesse (Lehre, Forschung und Verwaltung bzw. Management). Am Ende der Akkreditierung steht eine abschließende Ja/Nein-Entscheidung zu der Frage, ob die Hochschule „in der Lage ist“ oder nicht. Als Beurteilungsmaßstab dienen dabei sog. Mindeststandards. Das hören Vertreter der Akkreditierungsagenturen zwar nicht gerne, gilt aber auch für den Hochschulbereich. Die 1992 erschienene „Encyclopedia of Higher Education“ definiert Akkreditierung als „process of quality control and assurance in higher education, whereby...an institution or its programs are recognized as meeting minimum acceptable standards“.<sup>25</sup> Auch hier besteht Übereinstimmung mit dem Wissenschaftsrat. Gleich in seiner ersten Positionsbestimmung erläutert er „Zum Begriff ‚Akkreditierung‘“, diese bestehe „in der positiven oder negativen Entscheidung über die Erfüllung von Mindeststandards für die Einrichtung [...] einer Hochschule“.<sup>26</sup>

So wird auch der Zusammenhang zwischen Akkreditierung und staatlicher Anerkennung deutlicher. Die Rechtswirkungen der Anerkennung sind nach außen gerichtet, sie beziehen sich auf die den „Kunden“ angebotenen Leistungen, der Blick der Akkreditierung ist nach innen gerichtet, er bezieht sich auf die für die Leistungserstellung notwendigen institutionellen Bedingungen.

## 2. Freiheit lässt sich nicht akkreditieren

Damit entsteht allerdings ein Problem. Bei Akkreditierungen geht es um *Qualität*, bei der Wissenschaftsfreiheit hingegen um *Freiheit*.<sup>27</sup> Wissenschaftsfreiheit kann zwar zu der Erzeugung von Qualität beitragen, das muss aber nicht der Fall sein. Es kann auch ohne Wissenschaftsfreiheit gute und trotz Wissenschaftsfreiheit schlechte Lehrveranstaltungen, Prüfungen und Absol-

ventInnen geben. Der Zusammenhang ist kontingent. Vor allem aber gilt: Wissenschaftsfreiheit zielt nicht auf die Qualität von Leistungen ab, das ist bestenfalls ihre Nebenfolge. Sie ist nicht Mittel zum Zweck, sondern ein Wert, der aus sich selbst heraus legitimiert ist und auch in Situationen geschützt werden muss, in denen er sich nicht als funktional für die Leistungsproduktion erweist.

Umgekehrt ist „Qualität“, jedenfalls in der Welt der externen Qualitätssicherung, in der wir uns mit dem Instrument der Akkreditierung bewegen, ein zweckrationaler, kein wertrationaler Begriff. Sie wird als Teil eines Planungsprozesses, der von den angestrebten Ergebnissen her auf die hierfür erforderlichen Bedingungen zurückrechnet, rein funktionalistisch als „Fitness for Purpose“ verstanden. In der Abfolge von Input – Prozess – Output müssen die Leistungen der einen Stufe gut genug sein („Mindestanforderungen“), damit die Anforderungen der nächsten Stufe erfüllt werden können.<sup>28</sup> Die Qualifikation des Lehrkörpers muss z.B. gut genug sein, damit Studierende die Ziele des Studiums erreichen können. Auch wenn in dieser Planung Freiräume für eigenverantwortliches Handeln vorgesehen sind (und in Hochschulen als Professionsorganisationen vorgesehen sein müssen), handelt sich um „von oben“ gemanagte Partizipation, die aus funktionalen Gründen für zweckmäßig erachtet wird. Freiheit hingegen ist ein widerborstiges Element, das „von unten“ erkämpft und behauptet werden muss. Sie ist nicht Bestandteil funktionalistisch durchgestylter Managementkonzepte.

Akkreditierung ist ein zweckrationales, kein wertrationales Verfahren. Wissenschaftsfreiheit ist deshalb nicht akkreditierungsfähig.

## IV. Staatliche Anerkennung, Wissenschaftsfreiheit und Partizipation

Wenn die Wissenschaftsfreiheit in der Logik der Qualitätssicherung keinen Platz hat, wie ist sie dann dort hineingekommen? Vielleicht lässt sich eine Antwort in den Bestimmungen über die staatliche Anerkennung finden, mit der die institutionelle Akkreditierung funktional verbunden ist? Ein näherer Blick darauf offenbart eine aufschlussreiche Entwicklung.

24 Schneider, Arbeitsgruppenbericht. In: Hochschulrektorenkonferenz (Hrsg.), *Qualität an Hochschulen*, Beiträge zur Hochschulpolitik 1/1999, Bonn 1999, S. 79 ff., 80.

25 Clark/Neave, *Encyclopedia of Higher Education*, Volume 3, Analytical Perspectives, Oxford, New York, Seoul, Tokyo 1992, S. 1313.

26 Wissenschaftsrat (2000) (Fn. 17), S. 5.

27 Auf diesen Unterschied weist Mager, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen*, in:

*Ordnung der Wissenschaft* (4) 2017, S. 237 ff., S. 239 r. Sp. hin.

28 Vgl. insgesamt zu dem Qualitätsbegriff U. Schmidt, *Wie wird Qualität definiert?* In: Winde (Hrsg.), *Von der Qualitätsmessung zum Qualitätsmanagement*, Edition Stifterverband: Essen 2010, S. 10 ff.; Zollondz, *Grundlagen Qualitätsmanagement*, 2. Aufl., München, Wien 2006, S. 155 ff.; Harvey/Knight, *Transforming Higher Education*, Buckingham, Bristol 1996, S. 1–23.

### 1. Die gesetzliche Entwicklung

Das immer noch vorherrschende Grundverständnis von den Voraussetzungen und Folgen der staatlichen Anerkennung findet sich schon in § 70 Hochschulrahmengesetz aus dem Jahr 1976. Neben den oben (Ziff. II) beschriebenen Rechtswirkungen listet diese Bestimmung fünf Voraussetzungen für die Anerkennung auf. Die ersten vier beziehen sich auf die Ziele des Studiums (in der Akkreditierungslogik das „purpose“), die Mindestgröße der Einrichtung, die Zulassungsvoraussetzungen für die Studienbewerber und die Einstellungsvoraussetzungen für den Lehrkörper. Für unsere Zwecke ist die fünfte Bedingung interessant. Sie fordert, dass „die Angehörigen der Einrichtung an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze mitwirken“. Der starke Einfluss der Professoren, den die Verfassungsrechtsprechung aus der Interpretation der Wissenschaftsfreiheit als Organisationsrecht entnimmt, ist diese Voraussetzung nicht. Anders als „maßgebender“ oder „ausschlaggebender“ Einfluss besteht sie nur in einer „Mitwirkung“, ist begrenzt auf die „Gestaltung des Studiums“ und kommt nur „sinngemäß“ zur Anwendung. Vor allem aber: Mitwirkung ist nicht Ausübung von Freiheit, sondern durch ein kluges Management eingeräumte Partizipation.

Bei diesen Anforderungen bleibt es in den folgenden Jahrzehnten im Wesentlichen auch in den Landeshochschulgesetzen. Zusätzliche Anforderungen entstehen nur vereinzelt. In den letzten Jahren gehen jedoch die Bundesländer NRW, Baden-Württemberg, Berlin und Brandenburg darüber hinaus, indem sie die Wissenschaftsfreiheit zusätzlich und prominent an die Spitze der Anerkennungsvoraussetzungen setzen. Das nordrhein-westfälische „Hochschulzukunftsgesetz“ aus dem Jahr 2014 (das dritte Hochschulgesetz in NRW innerhalb von 10 Jahren) verlangt z. B. in § 72 Abs. 2 Ziff. 1 neu, dass „in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sowie der Kunst sichergestellt ist“. In ähnlicher Weise verlangt das Baden-Württembergische Hochschulgesetz seit 2014, dass „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert ist; insbesondere muss die akademische Selbstverwaltung maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung besitzen, und im akademischen Kernbereich muss eine autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein“ (§ 70 Abs. 2 Ziff. 7). Mit derselben Richtung, wenn auch differenzierter, verlangen das Berliner Hochschulgesetz aus

dem Jahr 2011 (§ 123 Abs. 2 Ziff. 1) und – beinahe wortgleich – das Brandenburgische Hochschulgesetz aus dem Jahr 2014 (§ 83 Abs. 2 Ziff. 1), dass in der Einrichtung „die Freiheit der Kunst und Wissenschaft, der Forschung und Lehre im Rahmen des Zwecks und der wirtschaftlichen Interessen des Trägers gewährleistet ist“.

Interessant an diesem Befund ist, dass der Wissenschaftsrat seine Akkreditierungskriterien nur partiell an den Landeshochschulgesetzen ausrichtet. Die Mehrzahl der Gesetze enthält keinen Verweis auf die Wissenschaftsfreiheit als Voraussetzung für die staatliche Anerkennung. Diese Diskrepanz wird spätestens dann problematisch, wenn – wie in dem Thüringischen Hochschulgesetz – die Akkreditierung explizit „durch den Wissenschaftsrat“ vorgeschrieben ist und auf diese Weise die Wissenschaftsfreiheit auch ohne gesetzliche Grundlage implizit zu einer Anerkennungsvoraussetzung wird. Explizit verweisen lediglich die vier Landeshochschulgesetze in NRW, Baden-Württemberg, Berlin und Brandenburg auf die Wissenschaftsfreiheit. Sie sind allerdings erst in den Jahren 2011 und 2014 in Kraft getreten, also *nachdem* der Wissenschaftsrat die Freiheit der Lehre und Forschung im Jahr 2000 zur Voraussetzung der Akkreditierung erklärt und im Jahr 2004 als Prüfkriterium für die Leitungsstruktur aufgelistet hat. Die gesetzliche Anerkennung ist zwar Bezugspunkt der Akkreditierung, insofern richtet sich der Wissenschaftsrat an den Gesetzen aus. Offenbar richten sich aber auch vermehrt Gesetze an dem Wissenschaftsrat aus, der dann zwei Rollen zugleich einnimmt: Er ist einerseits Agentur, die die Anerkennungsentscheidungen der Ministerialverwaltung vorbereitet, die dabei ihrerseits an die Hochschulgesetze gebunden ist, und er ist andererseits politischer Akteur, der mit dazu beiträgt, dass die Hochschulgesetze sich ändern. Er ist Agent und Prinzipal zugleich.

### 2. Freiheit oder Partizipation?

Aber entsteht überhaupt eine Grundrechtsbindung für Privathochschulen, wenn sie, wie in dem Fall der vier Landeshochschulgesetze, durch ein einfaches Gesetz auf die Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet werden? Ob, für wen und mit welcher Reichweite einem Grundrecht Geltungskraft zukommt, hängt ausschließlich von der Verfassung selbst und nicht dem einfachen Gesetz ab. Entweder beschreibt das Gesetz also rein deklaratorisch eine Grundrechtslage, die ohnehin schon besteht (dazu müsste der Wissenschaftsfreiheit Drittwirkung zukommen, IV. 2. a)), oder es schafft einen

neuen Rechtszustand, der jedoch unterhalb der Grundrechtsebene bleibt (b)).

a) Keine Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit

Privathochschulen sind Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit.<sup>29</sup> Sie werden hierdurch gegenüber dem Staat nicht verpflichtet, sondern geschützt. Etwas anderes ergibt sich nur, wenn man annimmt, dass sie durch die staatliche Anerkennung mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse beliehen oder jedenfalls so in das öffentlich verantwortete Hochschulwesen inkorporiert werden, dass sie selber in eine staatsähnliche Position geraten. Dann wären sie wie der Staat durch Grundrechte gebunden. Dieser Rollenwechsel träte aber nicht allgemein für die Hochschule ein, sondern wäre auf die Leistungen beschränkt, die der Staat durch seine Anerkennung beglaubigt, also das Prüfungs- und Berechtigungswesen.<sup>30</sup> Weisungen der Geschäftsführung in diesem Bereich, z.B. zu „richtigen“ oder „falschen“ Lehrmeinungen oder Prüfungsfragen, wären unzulässige Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit der betroffenen Wissenschaftler, die diese abwehren könnten. Organisationale Auswirkungen auf die „Leitungs- und Entscheidungsstruktur“ insgesamt gingen hiervon aber nicht aus.

Außerhalb dieses hoheitlich strukturierten Bereichs bestimmen sich die Pflichten der Privathochschule gegenüber ihren Wissenschaftlern nicht durch Grundrechte, sondern den Arbeitsvertrag, den sie mit ihnen geschlossen haben.<sup>31</sup> Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie, mittels der zwei rechtlich gleiche Rechtssubjekte die Vertragsinhalte frei aushandeln. Einer Bindung durch die Wissenschaftsfreiheit unterliegen sie dabei nicht.<sup>32</sup> Auch eine mittelbare Drittwirkung, die sich aus dem Charakter der Grundrechte als „objektiver Wertordnung“ ergeben kann, liegt nicht vor.<sup>33</sup> Sie wird nur für Fallkonstellationen erzeugt, bei denen offene Wer-

tungsbegriffe wie z.B. die „Sittenwidrigkeit“ der Schädigung in dem grundlegenden Lüth-Urteil<sup>34</sup> ausgelegt werden oder andere Besonderheiten vorliegen, die hier nicht gegeben sind.

b) „Beleihung mit Freiheit“

Teile der Literatur sind gleichwohl von dem Bemühen geprägt, die Wissenschaftsfreiheit in dem Privathochschulbereich zur Geltung zu bringen, wenn auch unterhalb der Ebene einer mittelbaren Drittwirkung. Solche Versuche lassen sich mit dem schönen Begriff der „verkürzten Drittwirkung“<sup>35</sup> charakterisieren. Dabei wird z.T. eine sozialstaatsähnliche Gewährleistungsverantwortung betont, die dem Staat als Kulturstaat für die Wissenschaftsfreiheit der Wissenschaftler obliege und der er in seiner Anerkennungspraxis nachkommen müsse,<sup>36</sup> z.T. wird auch mit dem Charakter der Wissenschaft selbst argumentiert. Wenn nämlich mit der Anerkennung der Hochschule die Wissenschaftlichkeit ihrer Abschlüsse bestätigt werde, müsse sie der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft Raum geben, und dazu gehöre die Wissenschaftsfreiheit der bei ihr tätigen Wissenschaftler.<sup>37</sup> Systemische Eigengesetzlichkeit und personal begründete Wissenschaftsfreiheit sind aber nicht identisch. Schließlich wird argumentiert, dass die Hochschule sich selber nur auf die Wissenschaftsfreiheit berufen könne, wenn sie auch ihren Beschäftigten diese Freiheit „gewähre“.<sup>38</sup> Aus all diesen Konstruktionen ergibt sich aber „kein eigenes (Grund)recht“<sup>39</sup> der Wissenschaftler gegenüber der Hochschule. „Wenn man eine paradoxe Formulierung wählen wollte“ so schreibt Löwer,<sup>40</sup> „könnte man sagen, es handele sich um einen Fall der ‚Beleihung mit Freiheit‘“.

Ein Hochschulgesetz schafft also lediglich eine ein-fachgesetzliche Befugnisnorm für die Ministerialverwaltung,<sup>41</sup> der bei ihrer Anerkennungsentscheidung eine

29 Vgl. nur die Akkreditierungsentscheidung des BVerfG – 1 BvL 8/10 – E 141, juris Rn. 48; Kläger des Ausgangsverfahrens war der Träger einer in Hamm ansässigen privaten, staatlich anerkannten Fachhochschule.

30 Lorenz, Privathochschulen. In: Ch. Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 1996, S. 1157 ff., S. 1167 („Beleihung mit hoheitlicher Gewalt allenfalls für das Prüfungs- und Berechtigungswesen“), 1172 (dort mit dem Gedanken der Inkorporierung begründet: „nicht etwa eine Beleihung“); Steinkemper (Fn. 15), S. 124; offener Lynen (Fn. 12), Rn. 38 („Dieses Thema ist – soweit ersichtlich – noch nicht erschöpfend behandelt“); vgl. auch den Beschluss des Hess. VGH v. 13.1.2016 WissR 2016 (49) 79 ff.

31 Fehling, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit). In: Bonner Kommentar, Loseblattausgabe 2004, Rn. 53; Lorenz (Fn. 30), S. 1171.

32 Löwer, Art. 16. In: Löwer/Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Stuttgart u.a. 2002, Rn. 25; Penßel, Nichtstaatliche Hochschulen. In: Geis (Hg), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, S. 573 ff., Rn. 49.

33 Lorenz (Fn. 30), S. 1171.

34 BVerfGE 7, 198 ff.).

35 Fehling (Fn. 31), Rn. 54, 246, 261.

36 Fehling (Fn. 31), Rn. 53, 131; Steinkemper (Fn. 15), S. 128 f.

37 Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre. In: Mertens/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, Heidelberg 2011, S. 699 ff., Rn. 21 S. 722.

38 Fehling (Fn. 31), Rn. 54; Britz, Art. 5 Abs. III (Wissenschaft). In: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 2013, spricht davon, dass „faktisch“ eine mittelbare Drittwirkung erzeugt werde (Rn. 62); ebenso Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012, S. 352.

39 Britz (Fn. 38), Rn. 62.

40 Löwer (Fn. 37), Rn. 21 S. 722.

41 Ähnlich Dreier, (2013), Vorbemerkungen vor Art. 1 GG. In: Ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 2013, Rn. 100 für den vergleichbaren Fall der Antidiskriminierungsgesetzgebung, den er als „prekär“ bezeichnet.

komplizierte Gedankenoperation abverlangt wird. Sie muss in einem 1. Schritt hypothetisch die Anforderungen an die „Governance“ ermitteln, die bestünden, wenn die Privathochschulen denselben Bindungen wie staatlichen Hochschulen unterlägen, und in einem 2. Schritt das Ergebnis wieder so zurückschneiden, dass die realen Grundrechte der Privathochschulen bzw. ihrer Träger nicht beeinträchtigt werden. Eine solche „als ob die Wissenschaftsfreiheit gelte Regelung“ enthält gegenüber der tradierten „sinn-gemäßen Mitwirkung der Lehrenden“ keinen Mehrwert. Auch wenn sie unter der Flagge der Wissenschaftsfreiheit daherkommt, geht sie in ihren Wirkungen nicht über die gemanagte<sup>42</sup> Partizipation hinaus, die jedoch als Mindeststandard immerhin akkreditierungsfähig wäre. Ein weitergehender, auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 gestützter Prüfbereich wird nicht eröffnet.

### 3. Hochschulformigkeit

Es bleibt die Frage, ob sich an diesem Befund durch die „Hochschulformigkeit“ etwas ändert. Lässt sich argumentieren, schon rein logisch gehöre zu dem Begriff einer Hochschule die Wissenschaftsfreiheit, so dass diese zu den Anerkennungs- und damit auch Akkreditierungsvoraussetzungen gehöre? Der Wissenschaftsrat hat im Jahr 2015 „für die Hochschulformigkeit konstitutive Voraussetzungen“<sup>43</sup> in seinen Leitfaden aufgenommen und damit einen den Gesetzen vorgegebenen Hochschulbegriff geschaffen, zu dem auch die Wissenschaftsfreiheit gehört.<sup>44</sup> In dem „Prüfbereich 2: Leitungsstruktur, Organisation und Qualitätsmanagement“ lautet der Obersatz demzufolge „Leitungsstruktur und Organisation einer Hochschule müssen die grundgesetzlich garantierte Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre sicherstellen“.<sup>45</sup> Danach dürfte

eine Anerkennung also überhaupt nur erfolgen, wenn die organisationalen Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit sichergestellt sind.

Damit ist die Frage aufgeworfene, „ob die anerkannte Einrichtung schon vorher Hochschulstatus besitzen muss oder diesen erst mit der Anerkennung erhält“.<sup>46</sup> Die Antwort ist in dem HRG noch offengeblieben, mittlerweile aber geklärt. Die Hochschulgesetze sprechen bis zu der Anerkennung von „Einrichtungen des Bildungswesens“ (z. B. Schulen oder Weiterbildungseinrichtungen), die erst durch die Anerkennung zu „Hochschulen“ transformiert werden (so stellvertretend für die meisten Landeshochschulgesetze § 76 Abs.1 S.1 Bay HG). „Mit der Anerkennung erhält die betreffende Einrichtung überhaupt erst den Status einer Hochschule“, „einen der Staatlichkeit bzw. staatlichen Anerkennung zwingend vorgelagerten Hochschulbegriff“ kennt das Hochschulrecht nicht.<sup>47</sup> Auch dem BVerfG „fehlen für diesen Begriff [...] noch klare positive Kriterien. Jedoch lässt er sich negativ gegenüber den schulischen Einrichtungen hinreichend deutlich abgrenzen. Für den Hochschulcharakter einer Institution sprechen in Anlehnung an die überlieferte deutsche Hochschultradition u. a. selbständige Rechtspersönlichkeit, Akademische Selbstverwaltung, Satzungsbefugnis und Hochschulreife als Zugangsvoraussetzung“.<sup>48</sup> Es gilt deshalb eine strikt positivistische Maxime: Staatliche Hochschulen sind diejenigen Einrichtungen, die in den Hochschulgesetzen enumerativ „als solche bezeichnet und aufgelistet werden“, nichtstaatliche Hochschulen sind solche Einrichtungen, „die das Verfahren der staatlichen Anerkennung mit positivem Ergebnis durchlaufen haben“.<sup>49</sup>

Auch die Konstruktion der Hochschulformigkeit erzeugt somit keine Grundrechtsbindung privater Hochschu-

42 „Governance“ wird so zu einer Frage auch subjektiver Führungskompetenzen, nicht nur objektiver Strukturen (vgl. dazu Zechlin, Governance als Führungshandeln. In: Truniger, L. [Hrsg.], Führen in Hochschulen. Anregungen und Reflexionen aus Wissenschaft und Praxis, Wiesbaden 2017, S. 33 ff.), entscheidend ist das Zusammenspiel der beiden Seiten. Dabei könnte ein an systemischen Grundsätzen ausgerichtetes Führungsverständnis (dazu Wimmer, Die neuere Systemtheorie und ihre Implikationen für das Verständnis von Organisation, Führung und Management. In: Rüegg-Sturm/Bieger [Hrsg.], Unternehmerisches Management. Herausforderungen und Perspektiven, Bern 2012, S. 7 ff.) die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft im Abgleich mit den anderen Anforderungen an die Hochschule möglicherweise besser zum Tragen bringen als die Leitungs- und Entscheidungsstrukturen, die von der Rechtsprechung für die staatlichen Hochschulen erfordert werden. Der Wissenschaftsrat (Fn. 13, S. 74) spricht den Unterschied der beiden Governanceverständnisse an, folgt aber dem Strukturverständnis.

43 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9) und 2015b (Fn. 10), S. 10 f.

44 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9) und 2015b (Fn. 10), S. 10.

45 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9) und 2010b (Fn. 10), S. 28.

46 Dallinger, Kommentierung des § 70. In: Dallinger/Bode/Dellian, Hochschulrahmengesetz. Kommentar, Tübingen 1978, Rn. 7.

47 Görlich (Fn. 14), Rn. 3 und 4; vgl. auch Lorenz (Fn. 30), S. 1158 f.; Löwer (Fn. 32) Rn. 23 weist auf „eine Beschreibung des Wesensgehalts eines materiellen Hochschulbegriffs“ durch das OVG Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 1963 hin, die „in Übereinstimmung mit der gewachsenen Tradition“ steht.

48 BVerfGE 37, 314 ff., 321; im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie weist Löwer (Fn. 32), Rn. 25 darauf hin, dass sie nur für die „vom Land errichteten und getragenen Einrichtungen“ gilt und aus Art 5 III GG nichts anderes folgt, „da die Vorschrift keine Bindung für private Rechtssubjekte erzeugt“; so auch ausführlich Penßel (Fn. 32) Rn. 54.

49 Lynen (Fn. 12), Rn. 6; zugegebenermaßen ist das intellektuell nicht sehr befriedigend und erinnert an die alte Fußballweisheit „Abseits ist, wenn der Schiedsrichter pfeift“. Das Verhältnis zwischen sozialem Wandel und dem Rechtssystem ist natürlich komplexer, wie jüngst die Diskussion um die „Ehe für alle“ zeigt. Das Abstellen auf die Tradition alleine reicht jedoch für einen materiellen Hochschulbegriff nicht. Er müsste zumindest um Rechtsvergleichung mit anderen Hochschulsystemen, in denen ebenfalls Wissenschaftsfreiheit herrscht, und um Rechtsstatsachenforschung, z.B. zu der rasch zunehmende institutionelle Ausdifferenzierung des Hochschulsystems, ergänzt werden.



len. Private Hochschulträger sind für die Organisation der Leitungs- und Entscheidungsstruktur nicht an Art. 5 Abs. 3 GG gebunden. Deshalb kann auf diesem Wege die Aufnahme der Wissenschaftsfreiheit in die Akkreditierungsvorschriften nicht gerechtfertigt werden. Indem der Wissenschaftsrat seinen eigenen, den Gesetzen vorgegebenen Hochschulbegriff aufstellt und den Akkreditierungen zugrunde legt, ergibt sich derselbe Befund wie bei der Analyse der gesetzlichen Entwicklung: Auch hier nimmt er zwei Rollen zugleich ein, die der ausführenden Agentur und die eines politischer Akteur, der ihm erforderlich erscheinende Gesetzesänderungen durch eigenes Handeln ersetzt.

## V. Wissenschaftsrat und Wissenschaftsfreiheit

An sich wäre der Wissenschaftsrat bei der Ausgestaltung seiner Akkreditierungsverfahren frei. Das ändert sich aber durch seine Nähe zu der staatlichen Anerkennung. Dort agiert er nicht in der Rolle eines Berufsverbandes, der mit der Akkreditierung eines Studiengangs sein privatrechtliches Siegel und das damit verbundene Renommee verleiht,<sup>50</sup> sondern er übt einen hohen Einfluss auf die Anerkennungsentscheidungen aus und nimmt das auch explizit in Anspruch. Er „erwartet, dass die Prüfung der wissenschaftlichen Qualität im Rahmen der institutionellen Akkreditierung grundsätzlich der endgültigen staatlichen Anerkennung vorausgeht“<sup>51</sup> bzw. „geht davon aus, dass Auflagen und Voraussetzungen, die er im Rahmen seiner Akkreditierungsentscheidungen ausspricht, in der staatlichen Anerkennungspraxis umgesetzt werden“.<sup>52</sup> Diese Nähe existiert nicht nur faktisch als Folge des behördlichen Beratungsbedarfs, sondern wird durch einzelne Hochschulgesetze auch rechtlich für verbindlich erklärt. Das Thüringer und das Hessische Hochschulgesetz binden die Anerkennungsentscheidung mittlerweile explizit an ein Verfahren, das „durch den Wissenschaftsrat“<sup>53</sup> oder „durch den Wissenschaftsrat oder eine vergleichbare Einrichtung“<sup>54</sup> durchgeführt wird.

Der Wissenschaftsrat ist deshalb in einer ähnlichen Position wie die privatrechtlich organisierten Agenturen bei der Akkreditierung von Studiengängen oder Qualitätssicherungssystemen für Studium und Lehre. Für de-

ren Tätigkeit hat das BVerfG in einem Verfahren, das durch eine nichtstaatliche Hochschule ausgelöst wurde, klargestellt, dass „die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit“ der betroffenen nichtstaatlichen Hochschule „einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage“ bedürfen.<sup>55</sup> Das gilt ebenso für die institutionelle Akkreditierung.<sup>56</sup> Er ist deshalb gut beraten, bei allem Einsatz für die Wissenschaftsfreiheit diese auch in seiner eigenen Praxis zu beachten und den Zuschnitt seiner Akkreditierungskriterien auf die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung auszurichten und zu beschränken. Falls er diese für unzureichend hält, muss er in seiner Rolle als Politikberater auf ihre Änderung dringen. Was er nicht tun kann, ist, die „Lücke“ in seiner Rolle als Agentur selbständig zu schließen.<sup>57</sup>

## VI. Fazit

Als unmittelbares Ergebnis dieses Beitrages lässt sich festhalten, dass an Privathochschulen die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch eine geeignete Leitungs- und Entscheidungsstruktur nicht Gegenstand der institutionellen Akkreditierung sein kann. Dieses Prinzip gilt nur für staatliche Hochschulen. Es passt nicht zu der funktionalen Qualitätssicherungslogik von Akkreditierungsverfahren, und es ist nicht auf private Hochschulen übertragbar, weil diese für die Organisation ihrer Leitungsebene keiner Grundrechtsbindung aus Art. 5 Abs. 3 GG unterliegen. Zu den Gegenständen der Akkreditierung gehört jedoch die „Mitwirkung“ der Hochschulangehörigen, die als Voraussetzung der staatlichen Anerkennung gesetzlich vorgeschrieben ist. Beurteilungsmaßstab sind dabei die für Akkreditierungsverfahren eigentümlichen Mindeststandards.

Daraus ergeben sich Folgerungen für unterschiedliche Adressaten. Der *Wissenschaftsrat* sollte seine Rollen als Agentur und politischer Akteur stärker trennen und seine Akkreditierungskriterien strikt an den gesetzlichen Anforderungen für die staatliche Anerkennung ausrichten. Das entspricht dem funktionalen Zusammenhang zwischen Akkreditierung und Anerkennung und liegt auf der Linie der Akkreditierungsentscheidung des BVerfG. Die *Landesgesetzgeber* sollten darauf ver-

50 Vgl. den Hinweis auf das US-amerikanische System bei Mager (Fn. 27), S. 242.

51 Wissenschaftsrat (2006), Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung (Drs. 7078-06 v. 27. 1. 2006), Köln, S. 5.

52 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), S. 15 und 2015b (Fn. 10), S. 12.

53 Thüringer HG § 101 Abs. 2 S. 2; vgl. auch das HSG S-H, das die Einschaltung des Wissenschaftsrates als bloße Möglichkeit vorsieht (§§ 76 Abs. 2 S. 4 und 79 Abs. 3).

54 Hessisches HG § 91 Abs. 3.

55 BVerfGE 141, 143 Rn. 59.

56 Kahl, Die Geschichte der Bayerischen Hochschulen. In: Geis (Hg), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, S. 1 ff., 32, Rn. 52.

57 Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates. In: Ordnung der Wissenschaft (2) 2016, S. 95 ff., begrüßt die Lückenschließung durch den Wissenschaftsrat (S. 109 r. Sp.), plädiert jedoch ebenfalls für Gesetzesänderungen (S. 110 r. Sp.).

zichten, Gesetz mit einer gut klingenden, aber relativ substanzlosen Symbolik zu verzieren. Mit der Aufnahme der Wissenschaftsfreiheit in die Hochschulgesetze als Vorgabe für die Anerkennung von Privathochschulen ist ihr ein Bärendienst erwiesen worden, weil sie als Freiheit „von unten“ nicht mehr gegenüber der „von oben“ gewährten Mitwirkung unterschieden werden kann. Damit wird sie einer Relativierung und politischen Verfügbarkeit ausgesetzt, die sie nicht mehr nach eigenen Maßstäben begrenzen kann. Als Alternative bietet sich an, die einfachgesetzlich verankerte „Mitwirkung“ über die Gestaltung des Studiums hinaus auf das gesamte Berechtigungswesen auszuweiten. Die *Privathochschulen* schließlich sollten in ihrem eigenen Interesse genau diese partizipative Mitwirkung vorantreiben und damit zeigen, was ein gutes unternehmerisches Management zu leisten vermag. Wissen ist das eigentliche „Kapital“ von Hochschulen, es „gehört“ aber nicht ihnen als Organisation, sondern ihren Wissenschaftlern. Immer noch gilt deshalb: „Selbst ohne die rechtliche Bindung durch Art. 5 Abs. 3 GG wird freilich auch die Organisation einer privaten Hochschule die Freiheit der Wissenschaft respektieren“.<sup>58</sup>

Schließlich ist in *wissenschaftlicher* Hinsicht deutlich geworden, dass schärfere begriffliche Unterscheidungen Not tun. Wertrationale Freiheit, zweckrationale Qualität, gemanagte Partizipation der Wissenschaftler sowie die Eigengesetzlichkeiten von Wissenschaft, Lehre und Verwaltung sollten genauer unterschieden und in ihren wechselseitigen Beziehungen untersucht werden. Insofern hat die Beschäftigung mit Privathochschulen Fragen aufgeworfen, die auch für staatliche Hochschulen bedeutsam sind. Für solche Untersuchungen dürfte eine stärkere Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften, empirischer Hochschulforschung und der Praxis des Hochschul- und Wissenschaftsmanagements förderlich sein.

Lothar Zechlin ist Professor i.R. für Öffentliches Recht und ehemaliger Universitätspräsident. Er leitete von 2009 bis 2015 die Steuerungsgruppe des Institutional Evaluation Program der European University Association und war von 2009-2011 Mitglied des deutschen Akkreditierungsrats.

58 Lorenz (Fn. 30), S. 1172; auf ein solches „Eigeninteresse“ der Hochschule und des Hochschulträgers stellt auch Penßel (Fn. 32) Rn. 52 ab.



# Manfred Löwisch und Andreas Schubert

## *Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen*

### I. Vorschläge des Koalitionsvertrags<sup>1</sup>

#### 1. Sachgrundlose Befristungen

Nach dem Koalitionsvertrag sollen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristen dürfen. Bei Überschreiten dieser Quote soll jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen gelten. Die Quote soll jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen sein.

Weiter soll die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nur noch für die Dauer von 18 statt bislang von 24 Monaten zulässig sein. Bis zu dieser Gesamtdauer soll auch nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich sein.

#### 2. Kettenbefristungen

Nach dem Koalitionsvertrag soll die Befristung eines Arbeitsverhältnisses dann nicht zulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Eine Ausnahmeregelung soll für den Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Künstler, Fußballer) zu treffen sein.

Auf die Höchstdauer von fünf Jahren sollen auch eine oder mehrere vorherigen Entleihung(en) des nunmehr befristet eingestellten Arbeitnehmers durch ein oder mehrere Verleihunternehmen angerechnet werden.

Ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber soll erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren möglich sein.

### II. Relevanz der Vorschläge für Universitäten und Forschungseinrichtungen

#### 1. Im persönlichen Geltungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes und des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung

1 Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018. Die Vorschläge sind im Abschnitt V 1 (Gute Arbeit) auf S. 52 enthalten.

2 Etwa: „Flexible Dienstleister der Wissenschaft“, FAZ

#### a. Spezialitätscharakter dieser Gesetze

Das WissZeitVG regelt die Befristung von Arbeitsverhältnissen des wissenschaftlichen Personals eigenständig. Wie sich aus § 1 Abs. 1 Satz 5 des Gesetzes ergibt, finden die anderen Vorschriften über befristete Arbeitsverhältnisse nur insoweit Anwendung, wie sie den Regelungen des WissZeitVG nicht widersprechen.

An dieser Rechtslage will der Vorschlag des Koalitionsvertrags trotz gegenläufiger Forderungen<sup>2</sup> ersichtlich nichts ändern. Zu Recht: Die Auswirkungen der 2016 erfolgten grundlegenden Reform des WissZeitVG sollen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 8 im Jahr 2020 evaluiert werden. Diesen Fahrplan umzuwerfen besteht kein Anlass.

§ 2 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 und Abs. 5 WissZeitVG sehen Verlängerungen der zulässigen Befristungsdauer aus in der Person des wissenschaftlichen Mitarbeiters liegenden besonderen Gründen vor. Die Aufzählung dieser Gründe ist abschließend gemeint. Die Inanspruchnahme der im Koalitionsvertrag ebenfalls vorgesehenen Brückenteilzeit würde deshalb nicht zu einer solchen Verlängerung führen.

Auch das ÄrzteBefrG enthält eine solche eigenständige Regelung (§ 1 Abs. 5 des Gesetzes). Auch an dieser will der Vorschlag ersichtlich nichts ändern.

#### b. Ergänzende Geltung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (§ 1 Abs. 2 WissZeitVG)

Nach § 1 Abs. 2 WissZeitVG kann das von ihm erfasste wissenschaftliche Personal auch nach den Vorschriften des TzBfG befristet beschäftigt werden. Das gilt auch für die sachgrundlose Befristung des § 14 Abs. 2 TzBfG.

Im Verhältnis zu den Befristungstatbeständen des § 14 Abs. 1 TzBfG hat das BAG in einer Reihe neuerer Entscheidungen den Befristungstatbeständen des § 2 WissZeitVG teilweise Spezialcharakter zugemessen und Hochschulen und Forschungseinrichtungen deshalb die Berufung auf die ersteren versagt.<sup>3</sup> Zu der schwierigen Frage, ob und inwieweit § 2 WissZeitVG

vom 27.3.2018.

3 BAG 18.5.2006, 7 AZR 533/14, NZW 2016, 1276; BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/14, BeckRS 2016, 73446; BAG 28.9.2016, 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249; siehe auch BAG 14.6.20017, 7 AZR 597/15, BeckRS 2017, 128880 zu § 1 ÄArbVtrG.

auch im Verhältnis zu § 14 Abs. 2 TzBfG solcher Spezialcharakter zukommt, hat das BAG bislang noch nicht Stellung genommen.<sup>4</sup>

Zahlenmäßig halten sich sachgrundlose Befristungen des wissenschaftlichen Personals jedenfalls schon wegen der in der Vorschrift enthaltenen Zuvor-Regelung in engen Grenzen. Sie dürften nicht einmal ein Prozent aller wissenschaftlich Beschäftigten betragen.

## 2. Außerhalb des Geltungsbereichs dieser Gesetze

### a. Professoren, Juniorprofessoren

Professoren und Juniorprofessoren können auch als Arbeitnehmer beschäftigt werden. Das WissZeitVG regelt die Befristung solcher Arbeitsverhältnisse nicht. Dementsprechend gelten für diese an sich die Vorschriften des TzBfG und damit auch die geplanten Neuregelungen.

Dem TzBfG gehen insoweit allerdings *landesrechtliche Regelungen* vor: Nach § 23 TzBfG bleiben Befristungen nach anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt. Da das Bundesrecht keine Regelungen über die Befristung von Arbeitsverhältnissen von Professoren und Juniorprofessoren enthält und das Arbeitsrecht zur konkurrierenden Gesetzgebung gehört, können deshalb insoweit landesgesetzliche Vorschriften Platz greifen.<sup>5</sup> An dieser Rechtslage rührt auch der Vorschlag des Koalitionsvertrags nicht. Er will es ersichtlich bei § 23 TzBfG belassen und verzichtet damit auf eine Korrektur der Rechtsprechung des BAG.

Dementsprechend können, soweit die Landeshochschulgesetze das vorsehen, Professoren im Falle der Erstberufung nach wie vor zunächst zur Erprobung drei Jahre befristet angestellt werden.<sup>6</sup> Auch steht der sechsjährigen Befristung der Arbeitsverhältnisse von Juniorprofessoren<sup>7</sup> weiterhin nichts entgegen.

### b. Leitendes wissenschaftliches Personal von Forschungseinrichtungen

Für das leitende wissenschaftliche Personal von Forschungseinrichtungen im Sinne von § 5 WissZeitVG gelten an sich sinngemäß die Vorschriften dieses Gesetzes.<sup>8</sup> Die für § 14 TzBfG vorgeschlagenen Neuregelungen

haben deshalb für sie, nicht anders als für das wissenschaftliche Personal der Hochschulen, Bedeutung nur insoweit als Befristungen außerhalb der Regeln des WissZeitVG vereinbart werden sollen.

### c. Lektoren

Soweit Lektoren nicht zum wissenschaftlichen Personal im Sinne des WissZeitVG zu zählen sind, gelten für die Befristung der Arbeitsverhältnisse die Vorschriften des TzBfG und damit künftig auch die vorgeschlagenen Neuregelungen. Relevant werden kann dabei insbesondere die Beschränkung von Kettenbefristungen.

### d. Nichtwissenschaftliches Personal

Auch für das nichtwissenschaftliche Personal gilt, gleichgültig, ob es bei den Hochschulen oder bei Forschungseinrichtungen beschäftigt ist, das TzBfG. Dementsprechend wird in diesem Bereich von sachgrundlosen Befristungen durchaus Gebrauch gemacht. Man wird davon ausgehen können, dass hier wie allgemein<sup>9</sup> etwa fünf Prozent der Beschäftigten sachgrundlos befristet sind.

Insoweit werden sich die Neuregelungen also auswirken. Auf der anderen Seite werden so Sachgrundbefristungen, insbesondere Drittmittelbefristungen zusätzlich Bedeutung erlangen.

## III. Sachgrundlose Befristungen

### 1. Höchstquote

#### a. „Arbeitgeber“ als Adressat

#### aa. Arbeitgeberbegriff

„Arbeitgeber“ ist nach der allgemeinen arbeitsrechtlichen Terminologie, wie sie heute insbesondere in § 611a Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, der *Partner der Arbeitsverträge* mit den Arbeitnehmern.<sup>10</sup> Auch das TzBfG geht, wen es wie in § 14 Abs. 2 und § 8 Abs. 7 von „demselben Arbeitgeber“ spricht, von dieser Begriffsbestimmung aus.<sup>11</sup> Dass der Koalitionsvertrag den Begriff anders verstehen will, ist nicht ersichtlich.

4 Ausführlich und differenzierend hierzu *Mandler/Wegmann*, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201ff.

5 BAG 11.9.2013, 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352.

6 So etwa § 50 Abs. 1 Satz 2 LHG Baden-Württemberg.

7 Vgl. etwa § 51 Abs. 8 LHG Baden-Württemberg.

8 *Löwisch/Wertheimer*, Hochschulrecht 3. Aufl. 2017, Rn 221.

9 So waren im Jahr 2017 insgesamt 4,3 Prozent der Beschäftigten ohne sachlichen Grund befristet. In Betrieben mit weniger als 75 Beschäftigten lag die Quote bei 2,7 Prozent, in Betrieben mit mehr als 75 Beschäftigten gar bei 6,1 Prozent: Die Quote sachgrundlos befristeter Beschäftigter ist seit 2001 (damals 1,7 Prozent) bis 2017 um 2,6 Prozent gestiegen, Zahlen entnommen

aus dem IAB-Kurzbericht 16/2018 von *Hohendanner*, S. 6, abrufbar unter <http://doku.iab.de/kurzber/2018/kb1618.pdf> (abgerufen am 23.7.2018); siehe auch *Hohendanner*, Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag <https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im-koalitionsvertrag> (Stand 15.2.2018; abgerufen am 29.6.2018).

10 Allgemein zum Arbeitgeberbegriff siehe *AR-Kamanabrou*, 8. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 23ff.

11 Siehe für § 14 Abs. 2 BAG 10.11.2004, 7 AZR 101/04, AP § 14 TzBfG Nr. 14 und 26.6.2015, 7 AZR 452/13, EzA § 14 TzBfG Nr. 116, für § 8 Abs. 7 TzBfG etwa *Arnold/Gräfl/Vossen*, TzBfG 4. Aufl. 2016, § 8 Rn 177f.

Dementsprechend stellt der Vorschlag für die Berechnung der Höchstquote nicht auf die Größe der Betriebsbelegschaft ab, wie das nach § 17 KSchG auf die Anzeigepflicht bei Massentlassungen und in den vom BAG gezogenen Grenzen nach § 23 KSchG auf den Geltungsbereich des individuellen Kündigungsschutzes zutrifft.<sup>12</sup> Vielmehr soll maßgeblich sein, mit wie vielen Arbeitnehmern eine natürliche oder juristische Person Arbeitsverträge geschlossen hat.<sup>13</sup> Ob sie diese in einem Betrieb oder in einer Dienststelle oder in mehreren beschäftigt, spielt danach keine Rolle.

#### bb. Land als Arbeitgeber

Werden wie in den meisten Bundesländern die Arbeitsverträge der bei den Hochschulen Beschäftigten mit dem Bundesland abgeschlossen, zu dem die Hochschulen gehören, ist für die Höchstquote auf alle Arbeitnehmer des betreffenden Bundeslandes abzustellen. Besondere Quoten für einzelne Dienststellen und Betriebe und damit auch für die einzelnen Hochschulen gibt es nicht.

#### cc. Hochschule als Arbeitgeber

Sind, wie etwa in Nordrhein-Westfalen,<sup>14</sup> Partner der Arbeitsverträge die Hochschulen selbst, bezieht sich die Höchstquote auf die jeweilige Hochschule. Eine Zusammenrechnung der Beschäftigten mehrerer Hochschulen eines Landes findet nicht statt.

#### dd. Universitätsklinikum als Arbeitgeber

Soweit Universitätsklinikum rechtlich selbständig sind und als solche die Arbeitsverträge mit ihren Beschäftigten abschließen, ist die Zahl dieser Beschäftigten maßgebend. Ist das Universitätsklinikum Partner nur der Arbeitsverträge des Pflege- und Verwaltungspersonals, während Ärzte und Wissenschaftler Angestellte des betreffenden Bundeslandes sind, kommt es für die Quote nur auf die ersteren an.

#### ee. Forschungseinrichtung als Arbeitgeber

Auch für Forschungseinrichtungen ist maßgebend, wer Partner der Arbeitsverträge ist. Bei der Max-Planck-Gesellschaft und der Fraunhofer Gesellschaft sind das nicht deren Institute, sondern diese selbst.

#### ff. Selbständige Serviceeinrichtung als Arbeitgeber

Sind bei Hochschulen, Universitätsklinikum oder Forschungseinrichtungen bestimmte Dienstleistungen auf selbständige Serviceeinrichtungen ausgelagert, bezieht sich die Höchstquote auf diese.

Eine Zusammenrechnung mit den Arbeitnehmern der Hochschule, des Universitätsklinikums oder der Forschungseinrichtung unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, wie sie für die den persönlichen Geltungsbereich des Allgemeinen Kündigungsschutzes regelnden § 23 KSchG angenommen wird<sup>15</sup>, kommt nicht in Betracht, weil der Vorschlag anders als § 23 KSchG nicht auf den Betrieb, sondern auf den Arbeitgeber als Partner der Arbeitsverträge abstellt. Es liegt nicht anders als bei der Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG: Vorbeschäftigung bei „demselben Arbeitgeber“ liegt auch bei Beschäftigung in einem gemeinsamen Betrieb nur vor, wenn dieselbe Person Partner des früheren Arbeitsvertrags und Partner des neuen Arbeitsvertrags ist.<sup>16</sup> Solange für sie wirtschaftliche Gründe maßgeblich sind, liegt in einer solchen Gestaltung auch kein Rechtsmissbrauch.

#### gg. Hochschullehrer als Arbeitgeber

Nach einer Reihe von Landeshochschulgesetzen können Hochschullehrer unter bestimmten Voraussetzungen wissenschaftliche Mitarbeiter bei sich selbst anstellen. So bestimmt etwa § 41 Abs. 3 Satz 2 LHG Baden-Württemberg, dass das Mitglied der Hochschule in begründeten Fällen mit den aus Drittmitteln bezahlten wissenschaftlichen Mitarbeitern die Arbeitsverträge abschließen kann, sofern dies mit den Bedingungen des jeweiligen Geldgebers vereinbar ist. Für diese Mitarbeiter gilt zwar in der Regel das WissZeitVG.<sup>17</sup> Soweit das aber nicht der Fall ist, etwa weil der Mitarbeiter kein Qualifikationsziel verfolgt oder weil der sich aus § 2 WissZeitVG ergebende Zwölfjahreszeitraum überschritten ist, gälte die Regelung ebenfalls. Die Höchstquote richtete sich dann nach der Zahl der bei dem betreffenden Hochschullehrer angestellten wissenschaftlichen Mitarbeiter. Ob an dem jeweiligen Forschungsvorhaben auch noch bei der Hochschule oder beim Land angestellte Arbeitnehmer mitwirken, spielt keine Rolle.

12 Allgemein zu den Schwellenwerten siehe *Wertheimer*, in: Löwisch/Spinner/Wertheimer, KSchG, 10. Aufl. 2013, § 17 Rn. 23; zu § 23 KSchG siehe *Löwisch*, ebenda, § 23, Rn. 21.

13 *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 330.

14 Zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ausführlich *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn 167.

15 BAG 18.1.1990, 2 AZR 355/89, BB 1990, 2192.

16 BAG 25.4.2001, 7 AZR 376/00, DB 2001, 2152 zum früheren § 1 BeschFG.

17 *Krausnick*, BeckOK Hochschulrecht Baden-Württemberg, von *Coelln/Haug*, 7. Edition, Stand: 1.11.2017, § 41 Rn. 18.

## b. 75 Beschäftigte als Voraussetzung

## aa. Beschäftigtenbegriff

Der Vorschlag des Koalitionsvertrags zielt auf eine Modifikation der Vorschrift des § 14 Abs. 2 TzBfG über die sachgrundlose Befristung von „Arbeitsverträgen“. Dementsprechend meint er mit „Beschäftigten“ die Personen, die auf Grund eines Arbeitsvertrags *als Arbeitnehmer* bei dem betreffenden Arbeitgeber beschäftigt sind. Dass anders als etwa in § 8 Abs. 7 TzBfG, § 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 6 BGB oder § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BEEG nicht ausdrücklich von „beschäftigten Arbeitnehmern“ die Rede ist, kann keinen Unterschied machen.

Von vornherein nicht mit zu zählen sind mithin Beamte und selbständig Tätige.

Nicht mitzuzählen sind aber auch Leiharbeiter. Dies folgt zusätzlich aus dem Vorschlag über Kettenbefristungen: Wenn für diese ausdrücklich gesagt wird, dass Entleihungen mit gezählt werden sollen, heißt das im Gegenschluss, dass im Vorschlag über sachgrundlose Befristungen diese unberücksichtigt bleiben sollen.

Nicht mitzuzählen sind auch Auszubildende. Wegen der Besonderheiten des Berufsausbildungsverhältnisses sind auf diese die Vorschriften des § 14 TzBfG nicht anzuwenden.<sup>18</sup> Dem entspricht es, sie auch bei der Bestimmung des Geltungsbereichs der Vorschrift über sachgrundlose Befristungen nicht mit zu zählen.

## bb. Volleinrechnung von Teilzeitbeschäftigten

Anders als § 23 KSchG für den Geltungsbereich des KSchG sieht der Vorschlag für die Bestimmung des Geltungsbereichs des § 14 Abs. 2 TzBfG keine Einschränkung der Anrechnung von Teilzeitbeschäftigten vor. Es soll insoweit künftig nicht anders liegen als bei § 8 Abs. 7 TzBfG, der bei der für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit maßgebenden Beschäftigtengröße Teilzeitbeschäftigte schon bisher voll berücksichtigt.

## c. Belegschaft als Bezugspunkt

Da der Vorschlag, wie unter a. aa. ausgeführt, auf den Arbeitgeber als Partner der Arbeitsverträge abhebt, muss es für die Höchstquote auch auf die *Gesamtzahl* der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer ankommen.

Dabei kann auch nicht zwischen unbefristet und befristet Beschäftigten unterschieden werden. Für die Größe der Belegschaft eines Arbeitgebers kommt es nicht

darauf an, welcher Art die bei ihm bestehenden Arbeitsverhältnisse sind. Dementsprechend sind auch die nach dem WissZeitVG oder dem ÄrzteBefrG befristeten Arbeitsverhältnisse mit zu zählen.

Bei einem Unternehmen mit mehreren Betrieben oder Dienststellen ist nicht deren Belegschaft maßgebend, sondern die Gesamtbelegschaft aller Betriebe und Dienststellen. Es liegt auch hier nicht anders als bei § 8 Abs. 7 TzBfG, wo ebenfalls die Gesamtbelegschaft maßgebend ist.<sup>19</sup>

## d. 2,5 Prozent als Quote

## aa. Letzte Einstellung ohne Sachgrund als Ausgangspunkt der Berechnung

Nach dem Vorschlag soll die Quote „jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen sein“. Gemeint ist mit dieser nicht leicht verständlichen Formulierung wohl, dass eine Neueinstellung ohne Sachgrund nur zulässig sein soll, wenn *diese zusammen mit den schon bestehenden* ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnissen die 2,5 Prozent als Quote nicht überschreitet.<sup>20</sup> Dieses Verständnis führt zu flexiblen und zugleich dem Zweck des Vorhabens entsprechenden Ergebnissen: Die Beendigung bestehender sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse eröffnet dann die Möglichkeit neuer solcher Arbeitsverhältnisse, bis die Quote von 2,5 Prozent wieder erreicht ist.

Indem der Vorschlag auf die sachgrundlos befristeten „Einstellungen“ abstellt, bringt er zum Ausdruck, dass es allein auf den Abschluss entsprechender Arbeitsverträge ankommen soll, nicht aber auf die Frage, ob die vorgenommenen Befristungen wirksam sind oder nicht. Das ist folgerichtig. Die Unwirksamkeit von Befristungen kann nur im Wege der Befristungskontrollklage nach § 17 TzBfG geltend gemacht werden

## bb. Auf- oder Abrundung

Die Quote von 2,5 Prozent führt vielfach zu unrunder Zahlen. So ergeben etwa 2,5 Prozent von 75 eine Zahl von 1,875. Das wirft die Frage von Auf- oder Abrundung auf: Sind im gebildeten Beispiel zwei oder nur ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis zulässig?

Der Gesetzgeber könnte diese Frage entscheiden. Etwa könnte er nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 BUrtG bestimmen, dass Bruchteile von mindestens der Hälfte der vollen Zahl auf die volle Zahl aufzurunden sind. Im gebildeten Beispiel wären dann zwei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse zulässig.

18 KR- Lipke, 11. Aufl. 2016, § 14 TzBfG Rn 80; Arnold/Gräfl/Rambach aaO § 14 TzBfG Rn 6.

19 Arnold/Gräfl/Vossen, § 8 TzBfG Rn 178.

20 Arnold/Romero, NZA 2018, 329, 330.

Trifft der Gesetzgeber eine solche Entscheidung nicht, bliebe nur die Abrundung, weil die Aufrundung zur Überschreitung der Quote führte.

#### cc. Kriterien interner Verteilung

Dass der Vorschlag die Höchstquote, wie unter a. dargelegt, auf den Arbeitgeber bezieht, wirft bei Arbeitgebern, die Arbeitnehmer in unterschiedlichen Betrieben oder Dienststellen beschäftigen, die Frage auf wie die begrenzte Zahl zulässiger sachgrundloser Befristungen intern verteilt werden soll. So ist dort, wo Arbeitgeber der Beschäftigten der Hochschulen das Land ist, zu entscheiden, ob diese eine der Zahl ihrer Beschäftigten entsprechende Quote zugeteilt erhalten, ob diese zu Lasten anderer Dienststellen des Landes erhöht oder ob sie zu deren Gunsten vermindert wird. Auch muss eine entsprechende Entscheidung unter den verschiedenen Hochschulen getroffen werden.

Der Vorschlag enthält keine Regelung dieser Frage. Man muss deshalb davon ausgehen, dass es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers ist, zu entscheiden, für welche Einrichtungen er die begrenzte Zahl zulässiger sachgrundloser Befristungen einsetzt. Grenzen ziehen ihm insoweit nur die Diskriminierungsverbote des AGG: Nur Schwerbehinderte sachgrundlos zu befristen, ließe sich mit dem Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nicht vereinbaren.

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verpflichtet den Staat im Interesse der Pflege der Wissenschaft, seinen Hochschulen und Forschungseinrichtungen im notwendigen Umfang personelle, organisatorische und finanzieller Mittel zur Verfügung zu stellen.<sup>21</sup> Dazu zählt auch die Verpflichtung, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen Zugang zu den Mitteln zu gewähren, über die er verfügt.<sup>22</sup> Dieser Verpflichtung entspricht es, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen den Zugang zu sachgrundlosen Befristungen nicht ohne besonderen Grund vorzuenthalten. Dementsprechend darf ein Land als Arbeitgeber seine Hochschulen und Forschungseinrichtungen jedenfalls nicht generell von der Zuteilung zulässiger sachgrundloser Befristungen ausschließen.

#### 2. Höchstdauer und Verlängerungen

##### a. 18 Monate als Höchstdauer

Nach dem Vorschlag sollen sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse künftig nicht mehr zwei Jahre, sondern nur 18 Monate dauern dürfen.

Für die Berechnung dieser Zeit gilt § 188 Abs. 2 BGB: Soll, wie in der Regel, ein Arbeitsverhältnis von einem bestimmten Tag an laufen, wird dieser nach § 187 Abs. 2 BGB bei der Berechnung mit gerechnet. So ist die Befristung eines am 1. April 2018 beginnenden Arbeitsverhältnisses bis zum 30.9.2019 zulässig. Beginnt das Arbeitsverhältnis erst im Laufe eines Tages, zählt dieser Tag nach § 187 Abs. 2 BGB bei der Berechnung nicht mit. Im Beispielsfall ist dann eine Befristung bis zum 1.10.2019 zulässig.

##### b. Einmalige Verlängerung

Nach dem Vorschlag soll die Verlängerung eines auf kürzere Zeit als 18 Monate abgeschlossenen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags künftig nur noch einmal zulässig sein.

Bei einer solchen Verlängerung ist, wie bisher bei den zulässigen drei Verlängerungen, zu beachten, dass eine Verlängerung *nur vor Ablauf* des Vertrages zulässig ist, während eine „Verlängerung“ nach Ablauf als Neuabschluss gewertet werden muss mit der Folge, dass die sachgrundlose Befristung an der in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG getroffenen Zuvor-Regelung scheitert.<sup>23</sup>

Zu beachten ist nach wie vor auch § 30 Abs. 2 TV-L, nachdem der sachgrundlos befristete Arbeitsvertrag in der Regel zwölf Monate nicht unterschreiten und die Vertragsdauer mindestens sechs Monate betragen soll.

##### c. Tarifdispositivität (§ 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 TzBfG)

Dauer der Befristung und Zahl der Verlängerungen stehen nach § 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 einer abweichenden tariflichen Regelung offen, die dann auch von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern übernommen werden kann. Diese Regelungen stellt der Vorschlag des Koalitionsvertrags nicht in Frage, so dass wohl auch in Zukunft von solcher Tarifdispositivität ausgegangen werden kann. Sie im Interesse von Hochschulen und Forschungseinrichtungen durch eine weitere Sonderregelung in § 40 TV-L künftig zu nutzen, liegt nahe.

#### 3. Weitergeltung bisheriger Vorschriften

##### a. Arbeitgeber mit bis zu 75 Beschäftigten (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG)

Der Vorschlag äußert sich nicht zu der Frage, was künftig für Arbeitgeber mit bis zu 75 Beschäftigten gelten soll.

21 BVerfG 29.5.1973, 1 BvR 424/712 und 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 95f; Scholz, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL September 2017, Art. 5, Rn. 116.

22 Löwisch, Forschung und Vergaberecht, OdW 2016, 143, 154.

23 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 9.9.2015, 7 AZR 190/14, Rn. 21; BAG 18.3.2015, 7 AZR 272/13, Rn. 45; BAG 16.1.2008, 7 AZR 603/06, Rn. 7 = BAGE 125, S. 248; BAG 12.8.2009, 7 AZR 270/08, Rn. 19.



Man kann annehmen, dass die Koalitionsparteien, ohne das näher zu reflektieren, von einer Weitergeltung des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG in der durch den Vorschlag modifizierten Form (Beschränkung auf 18 Monate, nur einmalige Verlängerung) ausgegangen sind.

Immerhin lassen sich in Bezug auf diese Arbeitgeber auch Gründe für eine weitergehende Zulassung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge ins Feld führen: Einmal führt die ebenfalls vorgeschlagene, unter IV. erörterte Regelung der Kettenbefristungen dazu, dass sachgrundlose Befristungen ohnehin ausgeschlossen sind, wenn mit demselben Arbeitgeber zuvor schon Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf Jahren oder mehr bestanden haben. Das könnte man als ausreichend ansehen. Zum anderen ließe sich für Arbeitgeber mit bis zu zehn Arbeitnehmern so ein Gleichklang mit § 23 KSchG herstellen, der solche Kleinarbeitgeber vom Kündigungsschutz ausnimmt.

#### b. Vorbeschäftigungshindernis (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG)

In seiner geltenden Fassung bestimmt § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, dass eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Das BAG hat diese „Zuvor-Regelung“ dahin interpretiert, dass Vorbeschäftigungsverhältnisse den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags dann nicht hindern, wenn zwischen der Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses und dem neuen Arbeitsverhältnis ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt.<sup>24</sup>

Diese Rechtsprechung hat das BVerfG für verfassungswidrig erklärt. Sie übergehe den klaren Willen des Gesetzgebers und ersetze diesen durch ein eigenes Regelungsmodell. Das sei mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar.<sup>25</sup> Bei diesem Verdikt ist das BVerfG aber nicht stehen geblieben. Weil das Vorbeschäftigungsverbot in die Arbeitsvertragsfreiheit der Beschäftigten und die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers eingreife, müssten die Fachgerichte durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich der Vorschrift einschränken, was insbesondere in Betracht komme, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurück liegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist.<sup>26</sup>

Den Gesetzgeber sollte die aus der Entscheidung des BVerfG resultierende Rechtsunsicherheit zu einer aus-

drücklichen Regelung veranlassen.<sup>27</sup> Praktisch könnte eine entsprechende Anwendung der im Rahmen der Regelung von Kettenbefristungen ohnehin vorgesehenen Karenzzeit von drei Jahren angeordnet werden.

#### c. Sachgrundlose Befristungen (§ 14 Abs. 2 a und Abs. 3 TzBfG)

§ 14 Abs. 2a TzBfG lässt bislang in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens, zu denen im Zusammenhang der Vorschrift auch selbständige Hochschulen und Forschungseinrichtungen gezählt werden müssen,<sup>28</sup> die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags für die Dauer von vier Jahren zu. Nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist bislang bis zur Dauer von fünf Jahren die sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags mit einem 52jährigen Arbeitnehmer zulässig, der unmittelbar zuvor vier Monate beschäftigungslos war.

Man kann wohl davon ausgehen, dass diese Sonderfälle von der Neuregelung unberührt bleiben sollen. Unter dem Blickwinkel der Erleichterung von Unternehmensgründungen machte keinen Sinn, die Möglichkeit sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse auf eine Quote von 2,5 Prozent der Belegschaft zu beschränken. Ebenso sinnwidrig wäre es, die befristete Einstellung älterer, zuvor beschäftigungsloser Arbeitnehmer auf diese Quote zu beschränken.

Folgerichtig können sachgrundlose Befristungen nach diesen Vorschriften dann auch bei der Berechnung der Höchstquote für sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht mit zählen. Sonst erwiese sich die Quotenregelung als praktisches Hindernis für deren Gebrauch.

#### 4. Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als Rechtsfolge des Verstoßes

##### a. Außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Wird die Höchstdauer von 18 Monaten überschritten oder gegen das Verbot mehrmaliger Verlängerungen verstoßen, ist die Rechtsfolge eindeutig: Nach § 16 Satz 1 TzBfG gilt der befristete Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Ist keine andere Kündigungsfrist vereinbart, kann er frühestens zum vereinbarten Ende und auch dann unter Wahrung der Schranken des KSchG gekündigt werden.

24 BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; BAG 21.9.2011, 7 AZR 375/10, AP Nr. 86 zu § 14 TzBfG.

25 BVerfG 6.6.2019, 1 BvL 7/14 und 1 BvL 13 75/14, Rn 76ff.

26 BVerfG aaO, Rn 63.

27 So auch *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 331; *Neumann*, GWR 2018, 66f; *Löwisch*, Anm. zu BVerfG aaO, SAE 2018, 4.

28 Vgl. BAG 9.9.2015, 7 AZR 190/14, EzA § 14 TzBfG Nr. 118, nach dem eine Einschränkung der durch § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffneten Befristungsmöglichkeiten für öffentliche Arbeitgeber weder nach dem Gesetzeszweck noch unionsrechtlich geboten ist. Diese Erwägung gilt in gleicher Weise für § 14 Abs. 2a TzBfG.

Besteht der Verstoß im Überschreiten der Quote von 2,5 Prozent, soll nach dem Vorschlag jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis ebenfalls als unbefristet zustande gekommen gelten. Wie unter III. 1. d. aa. ausgeführt, wird man das so verstehen müssen, dass diese Rechtsfolge nur *solange eintritt wie die Quote überschritten ist*. Wird die Quote wieder eingehalten, weil sich die Zahl sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse im Zeitverlauf durch Umwandlung sachgrundlos befristeter in unbefristete Arbeitsverhältnisse oder durch Ausscheiden solcher Arbeitnehmer verringert hat, sind neue sachgrundlose Befristungen wieder zulässig. Gleiches gilt, wenn die Quote infolge der Neueinstellung unbefristeter Arbeitnehmer wieder eingehalten ist.

Zu beachten ist, dass die Rechtsfolge des § 16 Satz 1 TzBfG nicht eintritt, wenn für die Befristung ein Sachgrund vorhanden ist. Ob dieser im Arbeitsvertrag ausdrücklich genannt ist oder nicht, spielt außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG von vornherein keine Rolle.<sup>29</sup>

#### b. Im persönlichen Geltungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Nach dem Wortlaut des Vorschlags tritt die Rechtsfolge des unbefristeten Arbeitsverhältnisses auch ein, wenn mit dem betreffenden Arbeitnehmer ein nach Maßgabe des WissZeitVG befristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen werden konnte. Ob im Gesetzgebungsverfahren statt dessen die Überführung in ein nach dem WissZeitVG befristetes Arbeitsverhältnis vorgesehen oder ermöglicht wird, ist offen. Eine entsprechende Bestimmung läge im Interesse der Hochschulen und Forschungseinrichtungen.

Geschieht das nicht, ist die Frage, ob eine solche Überführung *vorsorglich* im sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag vereinbart werden kann. Maßgebend für die Entscheidung dieser Frage ist das *Zitiergebot* von § 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 WissZeitVG. Danach ist im Arbeitsvertrag anzugeben, ob die Befristung auf dem WissZeitVG beruht und kann ohne diese Angabe die Befristung nicht auf das WissZeitVG gestützt werden.

Unseres Erachtens genügt die Angabe, die Befristung werde für den Fall auf das WissZeitVG gestützt, dass sich die in erster Linie beabsichtigte sachgrundlose Befristung als unwirksam erweist, dem Zitiergebot. Das Zitiergebot soll dem Arbeitnehmer Klarheit darüber verschaffen, dass er mit dem Ablauf der nach dem WissZeitVG zulässigen Befristungen mit dem Ende seines Arbeits-

verhältnisses bei der Hochschule oder Forschungseinrichtung rechnen muss. Diesem Zweck ist auch genügt, wenn die Angabe unter die Bedingung gestellt wird, dass die in erster Linie beabsichtigte sachgrundlose Befristung sich als unwirksam erweist. § 2 Abs. 2 WissZeitVG bestimmt ausdrücklich, dass wissenschaftliches Personal auch in nach Maßgabe des TzBfG befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt werden kann. Dem entspricht es, dass befristete Arbeitsverhältnisse mit diesen Mitarbeitern von vornherein auch auf solche Befristungstatbestände gestützt werden können.<sup>30</sup> Das muss dann auch umgekehrt gelten.

#### c. Geltung der Dreiwochenklagefrist (§ 17 TzBfG)

Nach § 17 TzBfG muss die Rechtsunwirksamkeit einer Befristung innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend gemacht werden. Das gilt auch hier. Der Vorschlag des Koalitionsvertrags will die Frage der Zulässigkeit sachgrundloser Befristungen *im Rahmen des TzBfG* neu regeln. Zu diesem zählt auch § 17 TzBfG.

#### 5. Sachgrundbefristungen als Alternativen

##### a. Vertretungsbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG)

§ 14 Abs. 2 TzBfG dient heute vielfach zur Bewältigung von zeitlich begrenzter Vertretungssituationen, wie sich durch Krankheit oder Beurlaubung ergeben können. Auch die Vertretung in der Elternzeit wird so einfach geregelt. Dem zieht die Höchstdauer von 18 Monaten eine neue Grenze.

Über 18 Monate hinausreichende Vertretungsfälle müssen deshalb im Wege der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG und im Fall der Elternzeit nach § 21 BEEG gelöst werden. Das erfordert eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs, wobei die Anforderungen an die Prognose mit zunehmender Zahl der Befristungen steigen.<sup>31</sup>

##### a. Erprobungsbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG)

Sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse werden bislang auch als Probearbeitsverhältnisse genutzt. Auch das ist in Zukunft nur noch bis zur neuen Höchstdauer von 18 Monaten möglich.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG, der die Erprobung des Arbeitnehmers als Sachgrund für die Befristung wertet, eröffnet keinen weiteren Spielraum. Denn die Rechtsprechung zieht solchen Sachgrundbefristungen zeitlich

29 BAG 23.6.2004, 7 AZR 636/03, EzA § 14 TzBfG Nr. 10; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 377.

30 Arnold/Gräfl/Rambach aaO § 2 WissZeitVG Rn 38.

31 BAG 29.4.2015, 7 AZR 310/13.

engere Grenzen: Im Regelfall sind dies sechs Monate,<sup>32</sup> bei wissenschaftlich tätigem Personal 12 Monate.<sup>33</sup>

#### b. Haushaltsbefristung (§ 14 Abs.1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG)

Über 18 Monate hinausreichende Befristungen ermöglicht § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG. Nach dieser Vorschrift stellt es einen Sachgrund dar, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und wenn er entsprechend beschäftigt wird. Voraussetzung ist, dass die Mittel haushaltsrechtlich mit nachvollziehbarer Zwecksetzung für bestimmte zeitlich begrenzte Aufgaben vorgesehen sind und die Beschäftigung nach Maßgabe dieser Zwecksetzung erfolgt. Dafür lässt die Rechtsprechung ausreichen, wenn im Umfang nicht in Anspruch genommener Planstellen befristete Arbeitsverhältnisse für Aushilfskräfte vorgesehen sind.<sup>34</sup>

Allerdings greift die Vorschrift nur für haushaltsrechtliche Regelungen des Bundes, der Länder und anderer demokratisch legitimierte Gebietskörperschaften, nicht aber für andere Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts.<sup>35</sup> Ist, wie etwa in Nordrhein-Westfalen, die Hochschule selbst Arbeitgeber ihrer Beschäftigten, scheidet diese Möglichkeit deshalb aus.

#### c. Drittmittelbefristung

In § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht ausdrücklich geregelt, aber gleichwohl als Sachgrund anerkannt ist die Finanzierung von Arbeitsverhältnissen aus Mitteln Dritter, die für eine befristete Beschäftigung zur Verfügung gestellt werden. Voraussetzung ist, dass die Mittel für einen bestimmten Zeitraum zur Finanzierung eines Arbeitsplatzes im Rahmen eines von dem Dritten geförderten Projekts zur Verfügung gestellt werden und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Drittmittel mit dem Ende des Bewilligungszeitraumes wegfallen.<sup>36</sup>

Praktisch sind solche Drittmittelbefristungen heute schon vielfach im Bereich der Forschungsförderung durch die DFG und andere öffentliche Fördereinrichtungen. Sie ist aber nicht auf solchen Einrichtungen beschränkt, sondern kann auch durch Private, insbesondere privatrechtliche Stiftungen erfolgen.

Eine zeitliche Grenze zieht solchen Drittmittelbefristungen die Sonderregelung Nr. 8 von § 40 TV-L. Danach sind kalendermäßig befristete Arbeitsverträge mit sachlichem Grund nur zulässig, wenn die Dauer des einzelnen Vertrags sieben Jahre nicht übersteigt.

## IV. Kettenbefristung

### 1. Vorbeschäftigung

#### a. Anknüpfung an denselben Arbeitgeber

Wie der Vorschlag zur Beschränkung sachgrundloser Befristungen knüpft der Vorschlag zur Beschränkung von Kettenbefristungen nicht an Betrieb oder Unternehmen, sondern an den Arbeitgeber als den Partner des Arbeitsvertrags mit dem Arbeitnehmer an.

Daraus folgt einerseits, dass es nicht darauf ankommt, in welcher Dienststelle oder welchem Betrieb des Arbeitgebers der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Ist, wie in den meisten Bundesländern, Arbeitgeber das Land, sind Vorbeschäftigungen bei verschiedenen Hochschulen und Forschungseinrichtungen des Landes zusammen zu zählen. Auch Vorbeschäftigungen bei ganz anderen Dienststellen, etwa bei Schulen oder in der Justiz, rechnen mit.

Auf der anderen Seite scheidet damit eine Zusammenrechnung der Arbeitsverhältnisse bei verschiedenen Arbeitgebern aus. Sind Partner der Arbeitsverträge Hochschulen oder Forschungseinrichtungen selbst, können auch nur die dort erreichten Vorbeschäftigungszeiten berücksichtigt werden. Eine Anrechnungsvorschrift wie § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG ist nicht vorgesehen. Grundsätzlich kann mit einem Arbeitnehmer in diesen Fällen also nach einer fünfjährigen befristeten Beschäftigung bei einer Hochschule oder Forschungseinrichtung ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis bei einer anderen Hochschule oder Forschungseinrichtung abgeschlossen werden. Eine Grenze ziehen insoweit nur die Grundsätze über den institutionellen Rechtsmissbrauch: Leistet der Arbeitnehmer nach Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags bei der anderen Hochschule seine Dienste nach wie vor bei der bisherigen, ohne dass dafür eine besonderer Grund, etwa die Notwendigkeit, ein Projekt abzuschließen, besteht, kann das rechtsmissbräuchlich sein.

#### b. Anrechnung von Arbeitsverhältnissen

Der Vorschlag beschränkt sich auf die Anrechnung von Arbeitsverhältnissen, macht unter diesen aber keinen Unterschied. Angerechnet werden unbefristete wie befristete Arbeitsverhältnisse. Ob letztere mit oder ohne Sachgrund befristet waren, spielt keine Rolle. Erfasst werden auch Arbeitsverhältnisse, die nach dem Wiss-

32 BAG 2.6.2010, 7 AZR 85/09, NZA 2010, 1293.

33 BAG 15.3.1978, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

34 BAG 14.2.2007, 7 AZR 193/06; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 230.

35 BAG 9.3.2011, 7 AZR 728/09; BAG 10.7.2013, 7 AZR 833/11; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 240.

36 Zuletzt BAG 16.1.2018, 7 AZR 21/16, NZA 2018, 633; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 251ff.

ZeitVG oder dem ÄrzteBefrG befristet waren. Auch auf den Gegenstand der Beschäftigungen in dem oder den vorangegangenen Arbeitsverhältnissen kommt es nicht an. Ein Arbeitnehmer, der nach einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Angestellter in eine Tätigkeit in der Verwaltung wechseln will, stößt auch auf das Befristungsverbot. Selbiges gilt auch für Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze überschritten haben und im Anschluss hieran befristet weiterbeschäftigt werden sollen.<sup>37</sup>

Auf der anderen Seite werden auch nur Arbeitsverhältnisse angerechnet. Die Anrechnung von Beamtenverhältnissen scheidet damit aus. Wer etwa als Akademischer Rat, wissenschaftlicher Assistent oder auch Juniorprofessor im Beamtenverhältnis gestanden hat, kann anschließend befristet als Arbeitnehmer eingestellt werden.

Auch die Anrechnung von Zeiten eines Berufsausbildungsverhältnisses ist nicht vorgesehen. Auch wer eine dreijährige Berufsausbildung bei einer Hochschule oder Forschungseinrichtung absolviert hat, kann damit unter den allgemeinen Voraussetzungen weitere fünf Jahre bei dieser befristet beschäftigt werden, ehe das Verbot weiterer befristeter Beschäftigung greift.

#### c. Anrechnung von Leiharbeitsverhältnissen

Der Vorschlag sieht die Anrechnung von Entleihungen durch ein oder mehrere „Verleihunternehmen“ vor. Erfasst werden damit nur Unternehmen, deren Geschäftszweck auf die Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist.

Auf Entleihungen unter juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. c AÜG erstreckt sich die Vorschrift von vornherein nicht. Stellt eine Hochschule einer anderen Hochschule Personal hat das keinen Einfluss auf die Möglichkeit der letzteren, dieses Personal später befristet einzustellen. Vielmehr bewendet es insoweit bei der Grenze des institutionellen Rechtsmissbrauchs im Sinne des unter b. Gesagten.

#### d. Dauer

Nach dem Vorschlag soll eine Vorbeschäftigungszeit von „fünf oder mehr Jahren“ gelten. Gemeint ist damit ersichtlich eine *Höchstdauer* von fünf Jahren oder mehr. Für deren Berechnung gelten auch hier die §§ 187, 188 BGB.<sup>38</sup>

Zusammengerechnet werden alle Arbeitsverhältnisse, die zuvor mit demselben Arbeitgeber bestanden haben. Ob diese unbefristet oder befristet waren, soll ebenso wenig eine Rolle spielen wie die Art des Beschäftigungsverhältnisses.

#### e. Karenzzeit

Der Vorschlag sieht eine Karenzzeit von drei Jahren vor: Nach Ablauf dieser Zeit soll auch wieder der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit demselben Arbeitgeber zulässig sein.

Der Begriff der „Karenzzeit“ ist im hier in Rede stehenden Zusammenhang als Zeit zu verstehen, die *frei von Vorbeschäftigungsverhältnissen* sein muss. Dementsprechend führen auch neue unbefristete Arbeitsverhältnisse aus dieser Zeit dazu, dass erst wieder nach weiteren drei Jahren ein befristetes Arbeitsverhältnis wirksam abgeschlossen werden kann. Ob das unbefristete Arbeitsverhältnis als solches abgeschlossen worden ist oder aus einem in dieser Zeit unzulässiger Weise befristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnis entstanden ist, spielt keine Rolle.

Dem Sinn des Vorschlags entspricht es, auch Entleihungen durch denselben Arbeitgeber mit der Folge als karenzschädlich anzusehen, dass der Arbeitgeber einen in der Karenzzeit entliehenen Arbeitnehmer erst nach drei Jahren befristet anstellen kann. Nicht ausgeschlossen ist aber eine weitere Beschäftigung als Leiharbeiter, soweit diese sich im Rahmen der – möglicherweise tarifvertraglich modifizierten – Vorgaben des AÜG hält.<sup>39</sup>

In der Formulierung des Vorschlags bezieht sich die Karenzzeit auf den Zeitraum nach Ablauf der Höchstdauer von fünf Jahren. Offen bleibt damit, ob auf diese Höchstdauer *alle jemals zuvor* mit demselben Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnisse und Leiharbeitsverhältnisse zusammengerechnet werden sollen oder ob die Berechnung auch der Höchstdauer nach einer Karenzzeit von drei Jahren neu beginnen soll. Für eine Regelung im letzteren Sinne spricht, dass das BAG die Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG dahin verstanden hat, dass ein früheres Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber einer Befristung nach dieser Vorschrift nicht entgegensteht, wenn die Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.<sup>40</sup> Der diese

37 Zur allgemeinen Zulässigkeit der befristeten Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze siehe EuGH 28.2.2018 – C-46/17 (Hubertus John/Freie Hansestadt Bremen).

38 Dazu oben unter II 2 a.

39 Hierzu Löwisch, Kettenbefristungen: Unausgegorenes im Koalitionsvertrag, DB-Rechtsboard vom 13. 3. 2018.

40 BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 und BAG 28. 9. 2011, 7 AZR 375/10, AP § 14 TzBfG Nr.86.

Entscheidungen tragende Grund, dass ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zu einem die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig einschränkenden Einstellungshindernis führt, gilt auch hier.<sup>41</sup>

## 2. Ausnahmen

### a. Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG)

Der Vorschlag sieht eine Ausnahme für Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses vor. Wenn er dabei auch nur Künstler und Fußballer ausdrücklich nennt, ist er doch wohl dahin zu verstehen, dass er alle unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG fallende Arbeitsverhältnisse erfassen will. Das zeigt schon das Beispiel der Mitarbeiter von Parlamentsfraktionen, die sonst weithin nicht mehr befristet eingestellt werden könnten.

Unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG fallen insbesondere Arbeitsverhältnisse, deren Befristung ihren Grund im Schutz der vom Arbeitgeber verfolgten verfassungsrechtlich relevanten *Tendenz* besteht. Zu denken ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG insoweit an wissenschaftliche Dienstleistungen und Lehrtätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG. So wird die Beschäftigung eines Wissenschaftlers an einem länger dauernden, aber zeitlich begrenzten Forschungsprojekt auch jenseits der Höchstgrenze von fünf Jahren zulässig sein. Erfolgt die Befristung des Arbeitsvertrags eines Lektors wegen des Erfordernisses aktualitätsbezogenen Spezialwissens, dient das der Verwirklichung der Lehrfreiheit der Hochschule, so dass die Befristung auch wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist.<sup>42</sup>

Die in der Wissenschaftsfreiheit von Art. 5 Abs. 3 GG gründende, die Befristung rechtfertigende Eigenart wird man auch den Arbeitsverhältnissen des Leitungspersonals von Forschungseinrichtungen zusprechen müssen. Diese können nicht gehindert sein, auch nach Ablauf der – die Fünfjahresfrist übersteigenden – sich aus § 5 in Verbindung mit § 2 WissZeitVG ergebende Höchstfristen Leitungspersonal befristet einzustellen, um ihre Innovationsfähigkeit langfristig zu sichern.

### c. Notwendigkeit weiterer Ausnahmen

Es liegt auf der Hand, dass die isoliert an § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG anknüpfende Ausnahmeregelung auch bei weiter Auslegung den Bedürfnissen von Wissenschaft und Forschung nicht gerecht wird. Dies gilt vor allem für das wissenschaftliche und künstlerische Personal. Des-

sen Befristung nach dem WissZeitVG „verbraucht“ regelmäßig den Fünfjahreszeitraum, so dass danach eine befristete Anstellung nach den allgemeinen Regeln des TzBfG nicht mehr möglich wäre.

Praktisch würde dies dazu führen, dass wissenschaftliche Mitarbeiter einer Hochschule oder Forschungseinrichtung nach einer fünfjährigen Tätigkeit dort keine befristete Beschäftigung außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG übernehmen könnten. Weder eine Anschlussbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 TzBfG noch eine Vertretungsbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG noch eine Probebeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5, noch auch eine auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgende Überbrückungsbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG wären zulässig. Auch Ärzten in der Weiterbildung, etwa einer solchen zum Facharzt, wäre nach fünf Jahren eine solche befristeten Beschäftigung verschlossen.

Vermeiden lassen sich diese Unzuträglichkeiten auf verschiedenen Wegen. Zu denken ist zuerst an eine Herausnahme von Beschäftigungen nach dem WissZeitVG und nach dem ÄrzteBefrG aus der anrechenbaren Vorbeschäftigungszeit von fünf Jahren. Dies würde den Bedürfnissen der Angehörigen des wissenschaftlichen Personals und der Ärzte in der Weiterbildung weitgehend genügen.

Nicht Rechnung getragen wäre damit indes betrieblichen Bedürfnissen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen hinsichtlich des nichtwissenschaftlichen Personals und des Verwaltungspersonals und den Interessen dieses Personals selbst. Insoweit könnte eine Erweiterung der vorgesehenen Ausnahmeregelung auf weitere Nummern des Sachgrundkatalogs des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, insbesondere dessen Erstreckung auf die Nrn. 1, 2, 5 und 6 ins Auge gefasst werden; auch Nr. 8 (Befristung aufgrund gerichtlichen Vergleichs) müsste einbezogen werden.

Vorzuziehen wäre allerdings eine generelle Regelung, welche auch nach Ablauf der Vorbeschäftigungszeit den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse aus besonderen Sachgründen zulässt. Das knüpfte auch an die bisherige Rechtsprechung des BAG an, die das Überschreiten der von ihm gezogenen zahlenmäßigen Begrenzung aneinander gereihter befristeter Arbeitsverhältnisse bei Vorliegen besonderer Sachgründe zulässt.<sup>43</sup> Die Befugnis zu einer entsprechenden Regelung könnte auch den Tarifvertragsparteien eingeräumt werden.

41 Näher hierzu oben unter III 3 b.

42 Allgemein hierzu Gräfl/Arnold/Gräfl, TzBfG 4. Aufl. 2016,

§ 14 Rn 194.

43 Dazu im Einzelnen Löwisch, DB-Rechtsboard vom 13.3.2018

### 3. Rechtsfolgen

#### a. bei Einhaltung der Vorbeschäftigungsgrenze

Wird die Vorbeschäftigungsgrenze eingehalten, ist der Abschluss befristeter Arbeitsverträge nach den allgemeinen dafür geltenden Regeln zulässig. Sachgrundbefristungen müssen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 TzBfG erfüllen und die sich aus Nr. 8 der Sonderregelung zu § 30 TV-L ergebende Höchstfrist von sieben Jahren einhalten. Beim Abschluss von Folgeverträgen ist darauf zu achten, dass der erste befristete Vertrag in die Höchstdauer von fünf Jahren einzurechnen ist.

Sachgrundlose Befristungen scheitern regelmäßig an der Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG. In Betracht kommen aber Befristungen nach § 14 Abs. 3 TzBfG.

#### b. bei Überschreiten der Vorbeschäftigungsgrenze

Wird die Vorbeschäftigungszeitgrenze nicht eingehalten, führt das nach § 16 TzBfG zur Entstehung eines Arbeits-

verhältnisses auf unbestimmte Zeit, das, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch erst zum vereinbarten Ende gekündigt werden kann.

Auch die Unwirksamkeit dieser Befristung muss nach § 17 Satz 1 TzBfG innerhalb der Drei-Wochen-Frist klageweise geltend gemacht werden. Geschieht das nicht, endet das Arbeitsverhältnis trotz Unwirksamkeit der Befristung zum vereinbarten Zeitpunkt.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

Andreas Schubert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.



# Josef Franz Lindner

## Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus grundrechtsdogmatischer Sicht\*

### I. Einleitung

Das Hochschulzulassungsrecht ist ein wichtiges Kapitel aus dem großen Buch der Mangelverwaltung.<sup>1</sup> Insofern teilt das es das Schicksal etwa des Organtransplantationsrechts. Während letzteres in einem rechtsstaatlich und grundrechtlich desaströsen Zustand ist – nach 20 Jahren Transplantationsgesetz ist das Organtransplantationsrecht heute von grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Mindeststandards weit entfernt<sup>2</sup> – weist das Hochschulzulassungsrecht dank der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>3</sup> und der Verwaltungsgerichte rechtsstaatlich und grundrechtlich annehmbare Konturen auf. Diese hat das BVerfG in seiner jüngsten Entscheidung vom 19.12.2017<sup>4</sup> weitgehend bestätigt und konsolidiert. Auch wenn die Wissenschaftsministerien der Länder, auf die nun eine Menge Umsetzungsarbeit zukommt, dies anders sehen mögen, so handelt es sich bei der Entscheidung des BVerfG um ein in der Sache doch eher unspektakuläres Urteil. Das Gericht enthält sich sowohl im dogmatischen Grundansatz als auch in den Konsequenzen grundlegender Änderungen seiner bisherigen Rechtsprechung. Das System des Hochschulzulassungsrechts mit zentralen und dezentralen Elementen sowie Vorab- und Hauptquoten bleibt vom BVerfG unangetastet.<sup>5</sup> Pointierte Optionen zur Lösung des Mangelproblems lässt es beiseite.

Für die Lösung eines Mangelproblems kommen drei Optionen in Betracht:

(1) Man kann erstens das knappe Gut, das es zu verteilen gilt, vermehren. Diese Option steht freilich nicht stets zur Verfügung, wie ein Blick auf das Organtransplantationsrecht zeigt. Im Hochschulzulassungsrecht wäre diese Lösung indes gangbar, denn die Erhöhung der Zahl der Studienplätze, also die Ausweitung der Kapazität, ist weder denklogisch noch rechtlich unmöglich. Gleichwohl – und hier liegt die erste dogmatische Bedeutung des Urteils – lehnt das Bundesverfassungsge-

richt eine Pflicht des Staates zur Kapazitätserhöhung ab. Eine solche folge insbesondere nicht aus dem grundrechtlichen Teilhabeanspruch aus Art. 12 und Art. 3 des Grundgesetzes. In Randnummer 105 der Entscheidung schreibt das Gericht:<sup>6</sup>

„Das Teilhaberecht reicht nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, welcher der jeweiligen Nachfrage gerecht wird. Die Frage der Bemessung der Anzahl verfügbarer Ausbildungsplätze obliegt der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der bei seiner Haushaltswirtschaft neben den Grundrechten der Studienplatzbewerberinnen und -bewerber auch andere Gemeinwohlbelange berücksichtigt. Das Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium besteht damit nur in dem Rahmen, in dem der Staat tatsächlich Ausbildungskapazitäten zur Verfügung stellt.“

(2) Eine zweite Option bestünde darin, zwar nicht die Menge des zu verteilenden Gutes zu erhöhen, wohl aber die Anzahl der Nachfrager zu reduzieren. Dieser Weg bestünde entweder darin, die Zahl der Hochschulzugangsberechtigten zu begrenzen, etwa Bewerber mit einer außerschulischen Hochschulzugangsberechtigung<sup>7</sup> auszuschließen, oder die materiellen Zugangs- also Qualifizierungsvoraussetzungen zu verschärfen. Dieser Weg wäre in der Tat ein spektakulärer und liefe dem hochschulpolitischen Mainstream, die Zahl der Hochschulzugangsberechtigten immer weiter zu erhöhen, diametral entgegen. Man mag sich den Aufschrei vorstellen, wenn das BVerfG den Weg der Reduzierung der Nachfrage beschränkt hätte.

(3) Bleibt schließlich nur noch die dritte, eben unspektakuläre Option zum Umgang mit dem Mangelproblem, nämlich die gleichheitskonforme Verteilung des knappen Gutes. Diesen Weg, den das BVerfG auch schon bisher beschränkt hat, geht es auch im jüngsten Urteil. Dabei wird das im Hochschulrahmengesetz, im Staatsvertrag und in den Hochschulzulassungsgesetzen der

\* Schriftliche Fassung des Vortrags auf dem 13. Deutschen Hochschulrechtstag am 15.5.2018 in Erlangen.

1 Grundsätzlich F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010.

2 S. dazu nur W. Höfling, 20 Jahre Transplantations(verhinderungs)gesetz – eine kritische Bilanz ZRP 2017, 233.

3 Beginnend mit dem ersten NC-Urteil aus dem Jahr 1972: BVerfGE, 33, 303; zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG und des Hochschulzulassungsrecht insgesamt s. den Überblick bei J.F. Lindner, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschul-

recht, 3. Aufl. 2017, XI, Rn. 97 ff.

4 BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 und 4/14 – NJW 2018, 361.

5 Umfassender Überblick über den durch die Entscheidung ausgelösten Änderungsbedarf bei R. Brehm/A. Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra, 2018, 1; M. Bode, Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus Clausus III“-Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173.

6 BVerfG, aaO, Rn. 106.



Länder angelegte Hochschulzulassungsrecht im System nicht angetastet. Zwar werden dem Gesetzgeber Änderungen im Detail aufgegeben – insbesondere bei der Wartezeitquote und der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens der Hochschulen, das System aus zentraler und dezentraler Auswahlentscheidung, aus der Bildung von Vorab- und Hauptquoten bleibt ebenso unberührt, wie der gesamte Bereich der Kapazitätsermittlung.

Gleichwohl hat die Entscheidung in der Öffentlichkeit große Resonanz hervorgerufen. Dies mag an der Grundrechtssensibilität des Themas, der Zahl der Betroffenen und vor allem an der Fokussierung auf das in der bildungspolitischen Diskussion beliebte Thema der Unvergleichbarkeit von Abiturabschlüssen liegen. Von daher verdient auch ein in der Sache eher unspektakuläres Urteil der wissenschaftlichen Analyse. Im Folgenden soll zunächst auf die grundrechtsdogmatische Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts eingegangen werden (II.) und sodann ein Blick auf die Eignung als Paradigma gleichheitskonformer Vergabe gerichtet werden (III.). Schließlich sind einige Konsequenzen anzusprechen, die sich aus der Entscheidung ergeben oder ergeben können.

## II. Die grundrechtsdogmatische Konstruktion des BVerfG

Zunächst zur grundrechtsdogmatischen Konstruktion, die das BVerfG seiner Entscheidung vom 19.12.2017 zu Grunde legt. Auch diese ist unspektakulär.

1. Das BVerfG legt seiner Entscheidung einen grundrechtlichen Teilhabeanspruch zugrunde, den es aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG ableitet. Diese Konstruktion besteht seit der ersten NC-Entscheidung aus dem Jahr 1972.<sup>8</sup> Blickt man genauer hin, bleibt der exakte grundrechtsdogmatische Ansatz – wie so häufig, wenn das BVerfG sog. „in Verbindung mit“-Grundrechte etabliert – eher unklar. Handelt es sich nun um einen freiheitsrechtlichen, um einen gleichheitsrechtlichen oder um einen freiheits- und gleichheitsrechtlichen Anspruch oder um einen solchen Anspruch, der zwar ein freiheitsrechtlicher ist, seine Anspruchsqualität aber nur über den Gleichheitssatz erlangt? Kurz: Handelt es sich um einen originären oder um einen derivativen Leistungsanspruch? Diese Frage ist keineswegs belanglos. Denn entnimmt man dem Artikel 12 Abs. 1 GG einen originären Leistungs- oder Teilhabeanspruch, so könnte sich der Staat letztlich zur Rechtfertigung der Vorenthaltung

nicht auf Kapazitätserwägungen berufen. Ebenso wie sich der Staat beim originären Leistungsanspruch auf ein (menschenwürdiges) Existenzminimum<sup>9</sup> nicht auf Haushaltsknappheit berufen kann, könnte sich der Staat bei Verweigerung eines Studienplatzes auch nicht auf die Begrenzung der zur Verfügung stehenden Studienplätze berufen.

Einem solchen originären Leistungsanspruch, der letztlich auf einen Anspruch auf Kapazitätserweiterung hinausläuft, erteilt das Gericht wie bereits erwähnt eine deutliche Absage: Das Teilhaberecht reiche nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, der der jeweiligen Nachfrage gerecht werde. Das Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium bestehe nur in dem Rahmen, in dem der Staat tatsächlich Ausbildungskapazitäten zur Verfügung stelle. In Rn. 106 betont das BVerfG ausdrücklich: „*Es handelt sich hierbei um ein derivatives Teilhaberecht*“. Die Bedeutung dieser Aussage ist in ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz und Brisanz kaum zu überschätzen. Denn nimmt man die Ausschließlichkeit des derivativen Ansatzes ernst, ließe sich auch gegen einen Abbau von Studienplatzkapazitäten aus verfassungsrechtlicher, zumal grundrechtlicher Sicht, nichts einwenden.

Das Bundesverfassungsgericht scheint es also ausschließlich dem politischen Gestaltungsspielraum des Haushaltsgesetzgebers zu überantworten, in welchem Umfang er Studienplätze zur Verfügung stellt. Nicht ausgeschlossen erschiene es bei einem derivativen Ansatz auch, dass der Staat sich aus der Finanzierung des Medizinstudiums vollständig zurückzieht und die Ausbildung des medizinischen Nachwuchses dem Privatsektor oder Angeboten im Ausland überantwortet.

Insgesamt durchziehen die Entscheidung des Gerichts durchaus Sätze von bemerkenswerter Härte. Zwei davon seien nachfolgend zitiert:

(1) „*Das Teilhaberecht reicht nicht so weit, dass jeder und jede Hochschulzugangsberechtigte beanspruchen könnte, die Zulassung zu dem gewählten Studium tatsächlich eines Tages zu erhalten. In Fächern wie der Humanmedizin, in denen die Anzahl an Bewerbungen das Angebot an Studienplätzen weit übersteigt, kann der Teilhabeanspruch die tatsächliche Studienleistung von vorneherein nicht garantieren. Die verfassungsrechtlich gebotene Chancenoffenheit schließt das Risiko des Fehlschlags einer Bewerbung auf einen Studienplatz ein, da bei der Vergabe knapper unteilbarer Güter jedes Auswahlverfahren – wie im-*

7 Zur grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Hochschulzugang- und dem Hochschulzulassungsrecht s. Lindner (Fn. 3), Rn. 1 ff.; zur Entwicklung des Hochschulzugangsrechts ebenda

Rn. 54 ff.

8 BVerfGE 33, 303.

9 BVerfGE 125, 175; 137, 34.

mer es ausgestaltet ist – nur einem Teil der Bewerberinnen und Bewerber reale Aussichten eröffnen kann, auch tatsächlichen Erfolg zu haben.“<sup>10</sup>

(2) Und ein zweites Zitat direkt im Zusammenhang mit den kritischen Ausführungen des Gerichts zur Wartezeit: „Der Gesetzgeber kann im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis vielmehr auch ganz auf die Zulassung einer Wartezeit verzichten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht muss nicht jeder grundsätzlich hochschulreife Bewerber den Anspruch auf Zulassung zu seinem Wunschstudium im Ergebnis tatsächlich realisieren können.“<sup>11</sup>

Letztlich löst das Bundesverfassungsgericht damit den Hochschulzulassungsanspruch maßgeblich von dessen freiheitsrechtlicher, in Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verankerter Dimension und legt den Schwerpunkt eindeutig auf die gleichheitsrechtliche Dimension. Die zur Verfügung stehenden Plätze müssen gleichheitskonform verteilt werden. Damit erfährt das Hochschulzulassungsrecht insgesamt eine schwächere grundrechtsdogmatische Verankerung, denn der Gleichheitssatz ist aus der Perspektive der Betroffenen ein schwächeres Grundrecht als ein Freiheitsrecht. Dies mag durch die dogmatisch teilweise vorgenommene Annäherung der grundrechtsdogmatischen Prüfung von Freiheitseingriffen und Ungleichbehandlungen auch anders gesehen werden können. Jedoch erscheint eine Ungleichbehandlung stets leichter begründbar als eine Freiheitsbeschränkung.

2. Im Zusammenhang damit steht eine zweite grundrechtsdogmatische Erkenntnis des Urteils. Das Bundesverfassungsgericht geht – von seinem Ansatz her ganz konsequent – von einem teilhaberechtlichen, also letztlich der leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte zuzuordnenden Konstellation aus. Es versucht aber nicht, dieser leistungsrechtlichen Dimension eigene dogmatische Konturen zu erschließen, so dass wir trotz Hundertausenden von Seiten grundrechtsdogmatischer Literatur und hundertvierzig Bänden Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen immer noch keine klare grundrechtsdogmatische Konturierung der leistungsrechtlichen Dimension<sup>12</sup> der Grundrechte haben. Das Verfahren hätte Gelegenheit gegeben, die leistungsrechtliche Dimension dogmatisch näher zu entfalten. Darauf konnte das BVerfG, leider möchte man sagen, verzichten, weil es die teilhaberechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG ausschließlich über den gleichheitsrechtlichen Gehalt, also über Art. 3 Abs. 1 GG konturiert. Aus der leistungsrechtlichen Dimension wird dadurch schlicht eine Gleichheitsprüfung.

Immerhin hätte es schon von der Betroffenheit der Einzelnen, die keinen Studienplatz erhalten, nahe gelegen, die Vorenthaltung einer Leistung einem Grundrechtseingriff gleichzustellen. Denn macht es einen Unterschied, ob man einer Person die Ausübung eines bestimmten Berufes verbietet oder ob man ihr das zur Ausübung des Berufes notwendige Studium bzw. der dafür erforderlichen Studienplatz vorenthalte? Die Vorenthaltung einer Leistung, also die Verweigerung des Studienplatzes, wird hier zum Eingriffsäquivalent.

Es hätte sich daher durchaus angeboten, das vorhandene Regelungsinstrumentarium zur Vergabe von Studienplätzen weniger über Art. 3 Abs. 1 GG als vielmehr über die eingriffsabwehrrechtliche Dimension der Grundrechte zu verarbeiten. Die Vorenthaltung eines Studienplatzes wäre dann ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der sich nach dem üblichen eingriffsabwehrrechtlichen Prüfungsschema rechtfertigen lassen muss, ansonsten er sich als Grundrechtsverletzung erweist.

Ein solcher Ansatz hätte den Vorteil, dass insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein griffigeres Instrumentarium zur Verfügung steht als im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG, es sei denn, man wendet die Verhältnismäßigkeitsdogmatik eins zu eins auch beim Gleichheitsrecht an,<sup>13</sup> was das BVerfG vorliegend aber nicht getan hat.

Nach einem streng freiheitsrechtlichen Ansatz lassen sich die einzelnen Verteilungsregeln, die Verteilungskriterien, der mittlerweile entstandene Wildwuchs an Vorabquoten und Sonderregelungen sich nicht mehr einfach über Art. 3 Abs. 1 GG oder das Sozialstaatsprinzip rechtfertigen, es müsste vielmehr nach den dahinterstehenden Zwecken und deren Legitimation gefragt werden. Und diese Zwecke müssten ins Verhältnis zum freiheitsrechtlichen Kern des Art. 12 Abs. 1 GG gesetzt werden.

3. In grundrechtsdogmatischer Hinsicht ist drittens zu bemerken, dass das BVerfG den gleichheitsrechtlich fundierten Teilhabeanspruch erneut mit dem Sozialstaatsprinzip verknüpft. Die Bedeutung dessen wird nicht ganz klar.

Sicher dürfte sein, dass das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nicht zur Verstärkung der Anspruchsgrundlage heranzieht, sondern eher zur Ausgestaltung des Hochschulzulassungsrechts insgesamt.

So formuliert das Gericht in Leitsatz 2: „Regeln für die Verteilung knapper Studienplätze haben sich grundsätzlich am Kriterium der Eignung zu orientieren. Daneben

10 BVerfG, aaO, Rn. 106.

11 BVerfG, aaO, Rn. 218.

12 Zu den Grundlagen und Problemen der leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte s. R. Alexy, Theorie der Grundrecht-

te, 2. Aufl. 1994, S. 171 ff., 395 ff.; J.F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 338 ff.

13 Zu dieser Diskussion Lindner (Fn. 12), S. 412 ff.

*berücksichtigt der Gesetzgeber Gemeinwohlbelange und trägt dem Sozialstaatsprinzip Rechnung.*<sup>14</sup>

Wirklich näher dogmatisch ausgeformt wird das im weiteren Verlauf des Urteils nicht. Dass das BVerfG das Sozialstaatsprinzip vor allem im Zusammenhang mit der Legitimation der sog. Vorabquoten heranzieht, zeigt, dass es ihm zur Rechtfertigung von Privilegierungen, die über den Bereich der Eignung hinausgehen, dient. Eine Anerkennung von Vorabquoten zur Verfolgung gewichtiger öffentlicher Interessen und aus sozialstaatlichen Erwägungen sei im Blick auf die dadurch bedingte Beschränkung der Zahl der in den Hauptquoten verfügbaren Studienplätze mit den Gleichheitsanforderungen grundsätzlich vereinbar.<sup>15</sup>

Gerade im Zusammenhang mit den Vorabquoten macht es sich das BVerfG aber doch ein wenig leicht. Blickt man auf die Vorabquoten und deren privilegierte Destinatäre, so hat man schon den Eindruck, dass insofern durchaus – ähnlich wie im Steuerrecht – starke Interessengruppen am Werk sind. So findet sich etwa im bayerischen Hochschulzulassungsgesetz<sup>16</sup> – freilich im Zusammenhang mit dem örtlichen Auswahlverfahren – eine Vorabquote für Angehörige von Sportkadern.

### III. Die „Eignung“ als zentrales Vergabekriterium

Dass der freiheitsrechtliche Eingriffsabwehransatz der dogmatisch geeignetere wäre, zeigt sich auch am Umgang des BVerfG mit dem Kriterium der Eignung. Das Gericht sieht die Eignung als Kernkriterium, gewissermaßen als Paradigma einer gleichheitsgerechten Auswahlentscheidung an.

Die gesamten Ableitungen und Konsequenzen des Gerichts im Hinblick auf die Bedeutung der Abiturbestandenquote und der Vergleichbarkeit der Abiturzeugnisse, der zusätzlich geforderten Qualifizierungsmerkmale, der Einordnung der Wartezeit, etc., beruhen letztlich auf dem Kriterium der Eignung.

In Randnummer 109 formuliert das Gericht: *„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.“*

Nun ist es zweifelsohne sachgerecht, auf die Eignung abzustellen. Allerdings erstaunt das Gericht insoweit nicht nur durch eine blumige Sprache, wenn es von „Gleichheitsgerechtigkeit“ spricht, es lässt vielmehr auch

analytische Klarheit vermissen. Denn was soll Kriterium der Eignung eigentlich bedeuten? Hier hätte es nahegelegen, für die Grundlegung der weiteren Ableitungen zwischen einem Eignungskonzept und den darauf zu beziehenden *Eignungskriterien* zu unterscheiden.

Es wäre also zu unterscheiden zwischen der Frage „Eignung in Bezug auf was“ und „Eignung wodurch“? Kurz: Wofür muss ein Studienplatzbewerber geeignet sein und wie lässt sich eine zuverlässige Prognose darüber bilden, ob diese Eignung gegeben ist? Zwar tauchen an verschiedenen Stellen des Urteils verschiedene Eignungskonzeptionen auf, insbesondere mit den Ausführungen zum Erfordernis weiterer Eignungskriterien. Hier ist dann u.a. von kommunikativen und sozialen Kompetenzen und ähnlichem die Rede.<sup>17</sup>

Die Frage ist allerdings, wie sich diese Einzelaspekte zu einem *grundsätzlichen Eignungskonzept* verdichten lassen.

Nun mag man dagegenhalten, dass dies zu formulieren Sache des Gesetzgebers sei. Im Hinblick auf den paradigmatischen Charakter des Begriffs der Eignung hätte man aber schon erwartet, dass das Gericht hier eine stärkere analytische Klarheit walten lässt und auch einige nähere Hinweise zu einem verfassungskonformen Eignungskonzept gibt.

### IV. Einige Konsequenzen

Abschließend seien noch einige Konsequenzen wenigstens kurz benannt, die sich aus dem Urteil ergeben.

1. Zunächst gibt das BVerfG dem Gesetzgeber auf, das Hochschulzugangsrecht bis Ende 2019 den Maßgaben des Gerichts anzupassen und grundrechtskonform auszugestalten. Es hat dabei insbesondere den Landesgesetzgeber im Auge, der das Hochschulzulassungsrecht im Staatsvertrag und in den Landeshochschulzulassungsgesetzen regelt. Dementsprechend gelten die lediglich für verfassungswidrig erklärten Vorschriften der Landeshochschulgesetze und des Hochschulrahmengesetzes bis zum 31.12.2019 weiter. Fraglich ist, was passiert, wenn die Länder diese Frist nicht einhalten können, sei es, dass eine Neuregelung erst nach dem genannten Stichtag politisch ins Werk gesetzt werden kann, sei es, dass ein entsprechender Staatsvertrag bereits vorher zustande kommt, jedoch Bedarf für einen Übergangszeitraum besteht, insbesondere zur softwaretechnischen Umsetzung der neuen Regelungen. Da das BVerfG die übergangsweise Weitergeltung der bisherigen Rege-

14 BVerfG, aaO.

15 BVerfG, aaO, Rn. 123 ff.

16 Art. 5 Abs. 3 Satz 2 BayHZG.

17 BVerfG, aaO, Rn. 197 ff.

lungen ausdrücklich auf den 31.12.2019 befristet hat, wäre ein Reißen dieser Frist verheerend. Denn in diesem Fall würden die alten Regelungen nicht mehr oder nur noch im Umfang ihrer Verfassungsmäßigkeit gelten, neue wären indes noch nicht in Kraft oder noch nicht anwendbar oder vollziehbar. Die Länder sollten nicht darauf vertrauen, dass das BVerfG diese Frist irgendwie verlängern würde – in welchem Verfahren auch?<sup>18</sup> Es muss von den Ländern geleistet werden, dass der Staatsvertrag so rechtzeitig in Kraft tritt, dass bereits das Zulassungsverfahren für das Sommersemester 2020 nach verfassungskonformen Regelungen abläuft. Denkbar wäre eine Übergangsphase, soweit diese ihrerseits verfassungskonform ausgestaltet ist.

2. Fraglich ist, ob der Bund etwas regeln darf oder muss. Dürfen tut der Bund freilich. Er hat die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG für das Hochschulzulassungswesen in der gesamten Breite. Er könnte also ein Hochschulzulassungsgesetz erlassen. Von diesem freilich könnten die Länder wiederum im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 GG abweichen.

Fraglich ist, ob der Bund tätig werden *muss*? Diese Frage ist nicht so leicht zu beantworten, wie es den Anschein hat. Natürlich folgt *prima facie* aus einer Gesetzgebungskompetenz noch keine Pflicht, von dieser auch Gebrauch zu machen. Sollte sich jedoch herausstellen, dass die Länder ihrer Pflicht zur Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen wollen oder werden, könnte sich der politische Ermessensspielraum von einer Kompetenz auf eine Pflicht verdichten, um das völlige Lahmlegen der Hochschulzulassung zu verhindern. Auch vor diesem Hintergrund sind die Länder gut beraten, in größtmöglicher Konzentration ihre Umsetzungspflicht zu erfüllen.

3. Ein schwieriges, praktisch wichtiges Spezialproblem stellt sich in Folge der notwendig werdenden Änderungen im Bereich der Wartezeitquote. Zwar hat das BVerfG die Wartezeitquote, die im neuen (noch nicht in Kraft getretenen) Staatsvertrag Bewerbungssemesterquote heißt, nicht für verfassungsrechtlich unzulässig erklärt, jedoch die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Begrenzung der Wartezeitdauer betont.<sup>19</sup> Zudem dürfe der Gesetzgeber auch auf eine Wartezeitquote verzichten.

Würde dies in einem neuen Staatsvertrag umgesetzt und würde die Wartezeitquote ganz abgeschafft oder würden in die Bewerbungssemesterquote dieje-

nigen, die schon länger als sieben Semester warten, nicht mehr einbezogen, stünde die Problematik von Übergangs- und Vertrauensschutzregelungen für solche „Altwarter“ im Raum. Das BVerfG hat zwar vor langer Zeit schon einmal über den Vertrauensschutz von „Altwartern“ bei Änderungen im Wartezeitregime entschieden.<sup>20</sup> Diese Entscheidungen sind aber schon deswegen nicht ohne Weiteres auf die hiesige Konstellation übertragbar, weil es damals um Änderungen des Gesetzgebers ging, die nicht auf einer Verfassungswidrigerklärung der einschlägigen Vorschriften durch das BVerfG beruhten.

4. Das BVerfG hat mit deutlicher Klarheit festgestellt, dass die Abiturabschlüsse der Länder nach wie vor miteinander nicht vergleichbar sind. Es hat zwar nicht die Abiturbestenquoten als solche für verfassungswidrig erklärt, jedoch gefordert, die mangelnde Vergleichbarkeit zu kompensieren. Hierbei hat es die im zentralen Vergabeverfahren zu bildenden *Landesquoten* gebilligt, jedoch das Auswahlverfahren der Hochschulen, in dem die Abiturbestenquote ebenfalls eine Rolle spielt, wegen des Fehlens von Kompensationsmechanismen beanstandet.<sup>21</sup>

Zwischen den Zeilen wird deutlich, dass das BVerfG den Bemühungen der Kultusministerkonferenz um eine stärkere Vergleichbarkeit der Abiturnoten *äußerst skeptisch*, um es vorsichtig auszudrücken, gegenübersteht. Gleichwohl lässt sich dem Urteil keine Pflicht der Länder entnehmen, für eine stärkere Vergleichbarkeit der Abiturnoten zu sorgen. Weder aus Art. 12 GG noch aus Art. 3 GG leitet das BVerfG eine Pflicht der Länder zu entsprechenden Bemühungen ab. Das Gericht scheint sich also mit der mangelnden Vergleichbarkeit der Abiturnoten abzufinden und sieht keinen verfassungsrechtlichen Hebel, dies zu ändern. Vielmehr überantwortet es die Frage der Herstellung der Vergleichbarkeit dem politischen Handlungswillen der Länder. Solange diese diesbezüglich nicht oder nur unzureichend tätig werden, verbleibt es eben beim Erfordernis, die mangelnde Vergleichbarkeit im Rahmen der Abiturbestenquoten durch Kompensationsregelungen zu flankieren.

Bildungspolitisch freilich ist das Urteil des BVerfG ein deutlicher Impuls nicht nur für den Hochschulzulassungsgesetzgeber, sondern auch für den Schulgesetzgeber. Nicht von ungefähr, sind die Forderungen nach einem Schul- oder Bildungsstaatsvertrag der Länder gerade auch in der Folge des Urteils des BVerfG lauter geworden.

Wir werden es also in Zukunft nicht nur mit einem neuen Hochschulzulassungsstaatsvertrag zu tun haben,

18 In Betracht käme allenfalls ein Vorgehen über § 35 BVerfGG in direkter oder analoger Anwendung.

19 BVerfG, aaO, Rn. 215 ff.

20 BVerfGE, 43, 291; 59, 1.

21 BVerfG vom 19.12.2017, Rn. 173 ff.

sondern vielleicht auch mit einem Schul- oder Bildungsstaatsvertrag<sup>22</sup>.

Josef Franz Lindner ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

22 Dazu näher *J.F. Lindner*, Reform des deutschen Bildungsföderalismus, ZRP 2018, 94.

# Josef Pfeilschifter

## Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus Sicht der universitären Ausbildung<sup>\*1</sup>

### A. Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Blick in die Geschichte – Zulassungsfragen als Dauerthema für die Medizinischen Fakultäten

#### III. Gemeinsames Modell der Studierendenauswahl von MFT und bvmd

##### 1. Ziele

##### 2. Modell

##### 3. Umsetzung

#### IV. Fazit

### I. Einleitung

Warten passt nicht mehr in unser Gesellschaftsmodell. Die Wartehallen auf den Bahnhöfen – wo es sie denn noch gibt – heißen DB-Lounge und als Kunde hat nur Zugang, wer ein Ticket 1. Klasse hat. In den Wartezimmern niedergelassener Ärzte trifft sich Tag für Tag halb Deutschland – kein Land der Welt hat so viele Arztkontakte wie wir –, aber keiner will mehr warten, weshalb Gesundheitsminister Spahn jetzt die Sprechzeiten per Gesetz ausweiten lassen will. Es bleibt abzuwarten, was daraus wird.

„Wartezeit“ gilt als sinnlos verbrachte Lebenszeit. „Warten auf Godot“, das existenzialistische Theaterstück von *Samuel Beckett*, 1953 in Paris uraufgeführt – das den Zwang zu langem, sinnlosem und vergeblichem Warten als Lebensmetapher hat – wird auf unseren Bühnen kaum mehr gespielt.

Daher war es nur folgerichtig, dass auch die Wartezeit als Teil der Zulassungsregeln für Medizin und Zahnmedizin in den Fokus der Rechtsprechung umso intensiver geriet, je länger sie dauerte. Das VG Gelsenkirchen war zu der Überzeugung gekommen, dass die immer länger dauernde Wartezeit auf einen Studienplatz nicht mehr verfassungskonform sei und hatte dies im April 2012 dem Bundesverfassungsgericht als Vorlagebeschluss vorgelegt. Dieses wies den Vorlagebeschluss als unzulässig ab – mit einer wenig überzeugenden Begründung, wie sie der ansonsten hohen Qualität seiner Urteile nicht entspricht.<sup>2</sup> Die Wartezeit ging weiter, das VG

Gelsenkirchen legte 2014 erneut – und nochmals umfassend begründet – einen Vorlagebeschluss vor,<sup>3</sup> der vom Verfassungsgericht nun auch ernst genommen und bereits 3 ½ Jahre später entschieden wurden. Insgesamt dauerte es 5 Jahre und 8 Monate – also keine 14 Semester, bis es zum wegweisenden Urteil vom 19.12.2017<sup>4</sup> kam – auch eine schöne Wartezeit!<sup>5</sup>

### II. Blick in die Geschichte – Zulassungsfragen als Dauerthema für die Medizinischen Fakultäten

Für die Medizinischen Fakultäten in Deutschland und ihre Dachorganisation, den Medizinischen Fakultätentag (MFT), sind Diskussionen über die Zugangsregelungen zum Studium ein Dauerthema. Der Numerus clausus – allerdings für ausländische Bewerber – stand bereits auf der Gründungsversammlung des MFT im Jahre 1913 auf der Tagesordnung. Über Abiturnoten als Zulassungsbeschränkung hat der MFT bereits 1928 und 1931 diskutiert, über ein Punktesystem bei der Zulassung in den Jahren 1948 und 1963, über Mehrfachbewerbungen wurde erstmals 1962 beraten, der Losentscheid bei Zulassungen zum Studium war erstmals 1962 und 1963 Thema. Ein zentrales Zulassungsbüro wurde bereits 1962 gefordert. Der Numerus clausus war Thema in den Jahren 1927 und 1931, nach dem 2. Weltkrieg ab 1948 wurde immer wieder darüber diskutiert, ob die Auswahlverfahren vernünftig und gerecht sind, ob sie im Hinblick auf die künftige ärztliche Tätigkeit die Richtigen auswählen.<sup>6</sup>

Auch den ärztlichen Standesorganisationen war das Auswahlverfahren immer ein wichtiges Anliegen. Seewering – der spätere Präsident der Bundesärztekammer – hat den seinerzeitigen Diskussionsstand treffend zusammengefasst:

„Es gibt manche Stimmen und Vorschläge für ein Auswahlverfahren. Es wird von Beurteilung durch die Schule, von Eignungsprüfungen, von Charakter- und Intelligenz-Tests, von Interviews gesprochen. Aber alle sind sich letzten Endes darüber klar, wie viele Schwächen solche Methoden haben. Wer will bei einem jungen Abiturienten mit genügender Sicherheit schon über die

\* Danksagung: Der Autor dankt Herrn Dr. Reinhard Lohölter für seine Mitarbeit bei der Erstellung des Manuskripts.

1 Der Artikel basiert auf dem Vortrag des Autors zum Thema „Das NC-Urteil aus Sicht der universitären Ausbildung“, gehalten auf dem 13. Hochschulrechtstag am 15. Mai 2018 in Erlangen.

2 J. Müller, Warten auf Godot – Das BVerfG und die Wartezeit,

NVwZ 2013, 35.

3 Urt. v. 18.3.2014, Az. 6z K 4229/13.

4 Urt. v. 19.12.2017, Az.: 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 Rn. (1 – 253).

5 s. dazu auch J. Heidmann, A. Schwibbe, M. Kadmon, W. Hampe: Warten aufs Medizinstudium – Sieben lange Jahre, Deutsches Ärzteblatt 2016, A1636-1638.

Eignung zum Arzt entscheiden können, ohne die hohe, kaum tragbare Verantwortung der häufigen Fehlentscheidungen auf sich zu nehmen?“<sup>7</sup>

Seither sind 60 Jahre ins Land gegangen – und man hat nicht den Eindruck, dass wir in allen Aspekten des Zulassungswesens grundlegend an Sicherheit, an wissenschaftlicher Evidenz gewonnen haben.

### III. Gemeinsames Modell der Studierendenauswahl von MFT und bvmd

Eine neue Qualität hat diese Diskussion in den letzten Jahren gewonnen: Der MFT hat in enger Kooperation mit der Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland (bvmd) ein neues, verfassungskonformes Modell der Studierendenauswahl entwickelt. Eine gemeinsame Arbeitsgruppe hatte in einem sehr konstruktiven Prozess das neue Konzept erarbeitet. Das Ergebnis ist ein gutes Beispiel dafür, was erreicht werden kann, wenn die Vertretungen der Fakultäten und der Studierenden gemeinsam einen Vorschlag ausarbeiten und in die politische Debatte geben. Dieses gemeinsam erarbeitete Modell wird nachfolgend vorgestellt.<sup>8</sup>

Die Fakultäten und die Studierenden halten das derzeitige Zulassungssystem für reformbedürftig. Bei den über die Wartezeit zugelassenen Studierenden ist die Abbrecherquote, meist in den ersten Semestern, deutlich höher als bei den anderen Quoten. Ein Problem ist auch die Abiturbestenquote. Selbst eine 1,0 reicht nicht mehr, um sicher einen Studienplatz zu erhalten. Durch den deutlichen Anstieg bei den sehr guten Abiturnoten ist es kaum mehr möglich, die Bewerber im obersten Notenbereich zu differenzieren. Es ist politischer Wille, die im Auswahlverfahren der Hochschulen bereits berücksichtigten Kriterien (Studierfähigkeitstests, Assessment Center, Interviews, freiwilliges Engagement und berufspraktische Erfahrungen) auch auf breiterer Basis stärker einzubeziehen.<sup>9</sup> Daher hatten bvmd und MFT bereits im Mai 2017 einen Vorschlag für ein reformiertes Zulassungsverfahren vorgelegt, der bereits viele Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erfüllt. Nachfolgend wird der aktualisierte Vorschlag, der das Urteil des BVerfG vom 19.1.2017 aufnimmt, vorgestellt.

#### 1. Ziele

Folgende Ziele werden formuliert:

1. Wartezeitquote und Abiturbestenquote entfallen künftig.
2. Die Abiturnote bleibt wesentliches Auswahlkriterium, wird aber durch weitere, eignungsrelevante Auswahlkriterien für alle Bewerber an allen Hochschulen ergänzt.
3. Das Auswahlverfahren soll deutschlandweit einheitlich, strukturiert, standardisiert und validiert sein.
4. Entsprechend der Profilbildung der Universitäten muss ein AdH-Verfahren mit zusätzlichen, von den Standorten aus einem gesetzlichen Katalog selbst zu wählenden Auswahlkriterien möglich sein. Auch sie müssen strukturiert, standardisiert und validiert sein.
5. Die Ortspräferenzen der Bewerber sollen als nachrangiges Kriterium nach Ermittlung der Studieneignung für die Zuteilung zu einem Studienort berücksichtigt werden.
6. Die Umsetzung muss rechtssicher, mit vertretbaren Ressourcen und entsprechendem zeitlichen Aufwand realisierbar sein.
7. Die Überlegungen zur Studierendenauswahl im Masterplan Medizinstudium 2020 sollen aufgegriffen werden.
8. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 19.12.2017 sollen zeitnah umgesetzt werden.

#### 2. Modell

Darauf aufbauend wird folgendes Modell vorgeschlagen:

##### Vorabquote

Die jetzige Vorabquote (Härtefälle, Nicht-EU-Ausländer, Sanitätsoffiziersanwärter usw.) bleibt erhalten. Sofern zusätzlich eine sogenannte Landarztquote eingeführt wird, wäre diese als Vorabquote abzubilden.

##### Auswahlquote

Aus drei bisher separaten Quoten (Abiturbeste, AdH und Wartezeit) wird künftig eine einzige Quote mit beliebig vielen Ortspräferenzen.

Zunächst erfolgt für alle Bewerber eine zentrale deutschlandweite Auswahlstufe über die Stiftung für Hochschulzulassung unter Zugrundelegung folgender Kriterien:

1. Abiturnote (max. 40 Punkte): Das Notenspektrum des Abiturs wird nach Ausgleich der Unterschiede zwi-

6 J. Nachtigal, Der Deutsche Medizinische Fakultätentag 1913 bis 1972. Med. Diss., Erlangen 1973.

7 H.-J. Sewering, Reform des Medizinstudiums, Deutsches Ärzteblatt 1959, 959.

8 Medizinischer Fakultätentag (MFT) und Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland (bvmd), Verfassungs-

konformes Modell der Studierendenauswahl in der Medizin. Gemeinsames Modell. Berlin 2018.

9 Masterplan Medizinstudium 2020, [https://www.bmbf.de/files/2017-03-31\\_Masterplan%20Beschluss%20text.pdf](https://www.bmbf.de/files/2017-03-31_Masterplan%20Beschluss%20text.pdf) (Abrufdatum 27.6.2018).

schen den verschiedenen Bundesländern über eine Punkteskala von 40 Punkten abgebildet.

2. Medizinspezifischer Studierfähigkeitstest (max. 40 Punkte): Der Test soll durch die Abiturnote nur unzureichend abgebildete Fähigkeiten prüfen. Dies kann durch Weiterentwicklung der etablierten Tests TMS (Test für Medizinische Studiengänge) und HAM-Nat (Hamburger Naturwissenschaftstest) erfolgen. Auf der Skala von 40 Punkten erlaubt dies eine Differenzierung vor allem im Bereich der sehr guten Testleistungen.

3. Berufspraktische Erfahrung in einem medizinischen Bereich oder ein staatlich anerkannter Freiwilligendienst (max. 10 Punkte): Maximal 10 Punkte werden für eine Tätigkeit von 12 Monaten vergeben. Längere Zeiten sollten nicht zusätzlich berücksichtigt werden, um Konkurrenz mit Ausbildungsberufen zu vermeiden. Die anzuerkennende Tätigkeit muss eignungsrelevant für das Medizinstudium sein und einheitlich geregelt werden.

4. Situational Judgement Test (SJT) (max. 10 Punkte): In einem validierten schriftlichen bzw. computergestützten Verfahren soll das soziale Urteilsvermögen anhand konkreter Situationen aus dem Studien- und Berufskontext getestet werden. Der Test sollte deutschlandweit einheitlich, strukturiert und transparent sein, er könnte zusammen mit dem Studierfähigkeitstest durchgeführt werden.

Es wird eine Punktesumme gebildet, sie ist die Grundlage für eine bundesweite Rangliste. 50% der insgesamt zu vergebenden Studienplätze werden auf Basis der Rangliste vergeben:

„Hierbei wird beginnend mit dem Bewerber mit der höchsten Punktesumme jeder Bewerber dem Studienort zugeteilt, an dem noch nicht 50% der lokal verfügbaren Plätze vergeben sind und den er mit höchster Präferenz gewählt hat.

Die übrigen 50% der Plätze eines jeden Standorts werden im Rahmen eines standortspezifischen Auswahlverfahrens vergeben. Jeder Bewerber kann hierbei an Verfahren an mehreren Orten teilnehmen. Bei aufwändigen Auswahlverfahren können die Fakultäten die Anzahl der Teilnehmer einschränken und nur solche Teilnehmer berücksichtigen, die die Fakultät mit einer vorgegebenen Ortspräferenz genannt haben. Die Vorauswahl erfolgt dann entsprechend der bundesweiten Rangliste.“<sup>10</sup>

Die Fakultäten können ggf. weitere eignungsrelevante Kriterien aus einem gesetzlich festgelegten Katalog wie strukturierte Interviewverfahren zur Ermittlung kommunikativer und sozialer Kompetenzen oder der

Motivation in ihr Auswahlverfahren aufnehmen. Diese müssen zielorientiert, transparent, strukturiert und diskriminierungsfrei gestaltet werden. Die fakultären Auswahlkriterien können allein oder in Kombination mit zentral erhobenen Kriterien für die Auswahlentscheidung eingesetzt werden.

Die Fakultäten können auch auf ein aufwändiges standortspezifisches Verfahren verzichten und ihre weiteren Studienplätze gemäß der Rangliste aus dem zentralen Verfahren besetzen oder dabei die bereits zentral erfassten Kriterien anders gewichten. Eine Vorauswahl nach Ortspräferenz darf dann nicht erfolgen.

Die erste Auswahlstufe mit den oben genannten Kriterien sollte bei Einführung einer Landarztquote – die von MFT und bvmd im Übrigen abgelehnt wird – auch für die Bewerber innerhalb dieser Quote gelten – ebenso für die Quote der Nicht-EU-Ausländer. Hierfür müsste ein geeignetes Verfahren gefunden werden. Die Anwendung für weitere Gruppen der Vorabquote wäre zu prüfen.

### 3. Umsetzung

MFT und bvmd fordern eine zügige Umsetzung dieses Vorschlags durch Bund und Länder, um innerhalb der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist bis zum 31.12.2019 ein validiertes, praktikables und verfassungskonformes Zulassungsverfahren zu etablieren.

In einem Verbundantrag auf die vom Bundesministerium für Bildung und Forschung ausgeschriebene Begleitförderung der Forschung zur Studierendenauswahl im Rahmen des Masterplans Medizinstudium 2020<sup>11</sup> haben 18 medizinische Fakultäten zusammen mit weiteren Kooperationspartnern Projekte beantragt, die auf dem hier vorgestellten Vorschlag zur Studierendenauswahl aufbauen:

„Dabei sollen

- die in Deutschland bereits bestehenden und erprobten Studierfähigkeitstests zusammengeführt und weiterentwickelt werden,
- ein Situational Judgement Test entwickelt und validiert werden,
- die Fakultäten beim Einsatz strukturierter Interviews zur Messung psychosozialer und kommunikativer Kompetenzen im AdH unterstützt werden,
- andere Auswahlkriterien wie z.B. Berufserfahrung validiert werden,
- eine zentrale Servicestelle im Auftrag der Hochschulen zur Unterstützung bei der Entwicklung

10 S. Fußnote 8.

11 <https://www.bmbf.de/foerderungen/bekanntmachung-1424.html> (Abrufdatum: 29.6.2018).



von AdH-Verfahren und der Durchführung bundesweiter Auswahltests aufgebaut werden.

MFT, bvmd und der Forschungsverbund stehen bereit für eine konstruktive Zusammenarbeit bei der Neugestaltung des Hochschulwahlrechts<sup>12</sup>.

Der MFT hat das MFT/bvmd-Modell im Hinblick darauf prüfen lassen, ob es den Vorgaben des Urteils vom 19. Dezember 2017 gerecht wird.<sup>13</sup>

Die Prüfung kommt zu dem Ergebnis, dass das Modell die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erfüllt. Vorteile sind die

- erwünschte Relativierung der Abiturnote,
- erwünschte Einbeziehung von soft skills,
- Gewährleistung fakultärer Freiräume,
- Beschränkung der Ortspräferenz in der Vorauswahl auf und
- hohe Transparenz durch Beschränkung auf 5 Kriterien.

Im Vergleich zu der von Sewering Ende der 50er Jahre konstatierten Situation haben wir heute eine viel größere Evidenz in etlichen Bereichen, etwa beim Abitur oder beim TMS. Wir haben – weltweit betrachtet – eine Vielzahl von Daten und Publikationen zur Rolle des Interviews beim Studienzugang, allerdings mit mäßiger Überzeugungskraft. Wir haben wenig überzeugende Ergebnisse zu Auswahlverfahren, die auf soziale oder kommunikative Kompetenzen ausgerichtet sind.<sup>14</sup> Insofern ist es wichtig, dass der Verbundantrag jetzt gefördert wird – hoffentlich mit langem Atem. Es wird nämlich dauern, bis wirklich belastbare – und justiziable – Daten etwa zur späteren beruflichen Orientierung von Absolventen vorliegen.

Jetzt hat das Warten wohl bald ein Ende. Das Bundesverfassungsgericht hat am 17.12.2017 festgestellt, dass eine Wartezeitquote verfassungsrechtlich nicht geboten sei.<sup>15</sup> Eine richtige und überfällige Entscheidung. Die Wartezeit aller Beteiligten hätte durchaus verkürzt werden können. Die neuen Konzepte für die Studienplatzvergabe kommen denn auch ohne Wartezeit aus.

Je nachdem, wie die Länder den neuen Staatsvertrag entwerfen, könnte sich allerdings für einen Teil der Altbewerber das Warten durchaus als ‚Warten auf Godot‘ herausstellen, nämlich dann, wenn es keine umfängliche

Übergangsregelung geben sollte. Auch die Bundesregierung – zieht man den Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 zu Rate<sup>16</sup> – will sich engagieren:

„Der Bund wird die Länder bei der Novellierung der Hochschulzulassung zum Medizinstudium begleiten, die im Zuge des Bundesverfassungsgerichtsurteils notwendig geworden ist.“

Und weiter hinten im Vertrag wird hinzugefügt: „Den Masterplan Medizinstudium 2020 wollen wir insbesondere im Hinblick auf die Neuregelung des Studienzugangs (...) zügig umsetzen. Dazu gehören auch mehr Medizinstudienplätze.“<sup>17</sup>

#### IV. Fazit

Was ist aus Sicht der Fakultäten besonders wichtig, was muss das neue Verfahren gewährleisten?

1. Es darf nicht – nach einer Phase der hochschulrechtlichen Deregulierung und Gewährung von Gestaltungsräumen für die Universitäten – zu einem Rollback mit restriktiven Vorgaben von staatlicher Seite kommen. Das neue Verfahren muss weiterhin erhebliche Gestaltungsspielräume für die Fakultäten ermöglichen. Profilbildung und Vielfalt müssen erhalten werden.

2. Die Neuregelung muss so ausgestaltet werden, dass sie rechtssicher ist und eine hohe Akzeptanz findet; wie auch immer sie ausfällt, sie wird weiterhin ein attraktives juristisches Betätigungsfeld bieten.

3. Die Neuregelung der Zulassungswege wird die Diskussion über den rechten Weg ins Medizinstudium und in den Arztberuf nicht beenden. Neue Regeln werden neue Auswirkungen und Diskussionen nach sich ziehen. Solange das Medizinstudium seine hohe Attraktivität behält – und es spricht nichts dafür, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird –, werden wesentlich mehr Bewerber um die nach wie vor begrenzten Plätze konkurrieren und die Kritik an neuen Auswahlverfahren wird uns weiterhin begleiten.

Josef Pfeilschifter ist Dekan des Fachbereichs Medizin der Goethe-Universität, 1. Vizepräsident des Deutschen Hochschulverbands; er war bis Ende Juni 2018 langjähriges Mitglied im Präsidium des Medizinischen Fakultätentages.

12 S. Fußnote 8.

13 G. Werner, Erfüllt der Vorschlag des MFT/bvmd die verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG? Aus: Verfassungskonforme Zulassung zum Medizinstudium; MFT/bvmd-Forum, Berlin 26.2.2018.

14 A. Schwibbe, J. Lackamp, M. Knorr, J. Hissbach, M. Kadmon, W. Hampe, Medizinstudierendenauswahl in Deutschland – Messung kognitiver Fähigkeiten und psychosozialer Kompetenzen, Bundesgesundheitsblatt 2018, 178.

15 Ur. v. 19.12.2017, Az.: 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 Rn. 216.

16 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode: Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Berlin, den 18.3.2018; [https://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=2), Zeilen 1426 - 1429 (Aufrufdatum 27.6.2018).

17 S. Anm. 15, Zeilen 4655 – 4658.

Louisa Specht

## Die neue Schrankenregelung für Text und Data Mining und ihre Bedeutung für die Wissenschaft

### I. Einleitung

Am 1. März 2018 ist das Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft in Kraft getreten.<sup>1</sup> Es enthält eine Reihe neuer oder jedenfalls modifizierter Schrankenbestimmungen, mit denen geregelt wird, welche Nutzungshandlungen im Bereich Bildung und Wissenschaft gesetzlich gestattet sind, ohne dass es einer Zustimmung des Urhebers bedarf. Hierzu gehört auch die Schrankenregelung zugunsten des sogenannten Text und Data Minings. Dieser Begriff umschreibt einen mehrstufigen Prozess, bei dem große Text- und Datenmengen in digitaler Form gesammelt, aufbereitet und automatisiert nach bestimmten Merkmalen durchsucht und ausgewertet werden.<sup>2</sup> Technisch erfordert dies (nicht zwingend aber in der Regel) einen Vervielfältigungsvorgang und damit die Vornahme einer im Grundsatz ausschließlich dem Urheber zugewiesenen Handlung (§ 16 UrhG). Die Monopolisierung der für Zwecke des Text und Data Minings erforderlichen Nutzungshandlungen in der Hand des Urhebers erscheint aber aufgrund der erheblichen Bedeutung für Wissenschaft und Forschung nicht angemessen. Denn das Urheberrecht dient nicht allein dem Schutz des Urhebers, sondern soll einen angemessenen Ausgleich u.a. zwischen den Interessen von Urhebern und der Allgemeinheit herbeiführen. § 60d UrhG soll zu diesem angemessenen Ausgleich führen.

Der hier vorliegende Beitrag stellt die Neuregelung im Anschluss an eine kurze Einführung in die technischen Vorgänge des Text und Data Minings und die Rechtslage vor Einführung des § 60d UrhG vor (II.), erläutert seinen Anwendungsbereich sowie sein Verhältnis zu vertraglichen Regelungen (III.), identifiziert ungelöste Fragen (IV.) und gibt einen Ausblick auf mögliche unionsrechtliche Lösungen (V.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (VI.).

### II. Technischer Ablauf des Text und Data Minings

Das Ursprungsmaterial des Text- und Data Minings kann aus verschiedenen Quellen stammen, z.B. von aus Texten verschiedener Verlage. Z.T. wurde die Auswertung dieses Materials mittels Text- und Data Minings in der Vergangenheit von den Rechteinhabern am Ursprungsmaterial explizit verboten. Urheberrechtlich relevant sind v.a. die technisch vor und nach dem eigentlichen Auswertungsvorgang erforderlichen Handlungen. Denn technisch erfordert das Text und Data Mining neben der urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung des Ursprungsmaterials (sogenanntes Extrahieren: Schritt 1), die Überführung in ein maschinenlesbares Format (Schritt 2), die Analyse des Datenmaterials und ihre Anreicherung des Datenmaterials mit Meta-Informationen (Schritt 3) sowie ggf. die anschließende Veröffentlichung des durch die Schritte 1 – 3 erstellten Korpus sowie eines Analysereports (Schritt 4).

Bislang war es zwar umstritten, ob das Text- und Data Mining einer Erlaubnis des Urhebers bedarf, denn die Analyse selbst als Kern des Text und Data Minings ist urheberrechtlich nicht relevant und auch die Überführung in ein maschinenlesbares Format sowie die Anreicherung mit Metadaten ist keine Bearbeitung i.S.d. 23 UrhG.<sup>3</sup> Dies stellt § 23 S. 3 UrhG nun explizit klar.

Auch existieren durchaus Formen des Text und Data Minings, die ohne eine Vervielfältigungshandlung des Ursprungsmaterials auskommen. Die Regel ist dies allerdings nicht. Werden urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich geschützte Texte (z.B. wissenschaftliche Publikationen) oder Datenbanken bzw. Datenbankwerke<sup>4</sup> zu Zwecken des Text- und Data Minings vervielfältigt, bedurfte es hierzu bislang der Erlaubnis des Urhebers. Zwar existierte bereits vor Einführung des § 60d UrhG eine Schrankenregelung für kurzzeitige Zwischenspeicherungen (§ 44a UrhG) ohne eigene wirtschaftliche

<sup>1</sup> Vgl. hierzu eingehend: *Berger*, GRUR 2017, 953.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/12329, S. 40.

<sup>3</sup> *Spindler*, GRUR 2016, 1112, 1114; *Ernst* in Hoeren/Sieber/Holznaegel, Hdb. MultimediaR, 46. EL 2017, Teil 7.1. Rn. 51; *Loewenheim* in Schrickler/Loewenheim, § 23 Rn. 7; *Backhaus* in Gounalakis, RechtshdB. Electronic Business, 2003, § 23 Rn. 23; *Spindler*, GRUR 2016, 1112, 1113 f.

<sup>4</sup> Das europäische Urheberrecht kennt sowohl einen Schutz schöpferischer Datenbanken gem. § 4 UrhG, als auch einen Leistungsschutz nicht schöpferischer Datenbanken gem. § 87a UrhG.

Bedeutung. Die Speicherung der Daten zu Zwecken des Text- und Data Minings erfolgt jedoch dauerhaft und dürfte darüber hinaus auch nicht unerhebliche eigene wirtschaftliche Bedeutung haben, was eine Anwendbarkeit des § 44a UrhG ausschließt.<sup>5</sup> Die Schrankenregelung der Privatkopie, § 53 UrhG, ist ebenfalls im Kontext des Text und Data Minings untauglich, da sie allein natürliche, nicht aber juristische Personen privilegiert. Das Zitatrecht, § 51 UrhG, kommt nicht in Betracht, da im Falle des Text- und Data Minings keine Auseinandersetzung mit dem Werk stattfindet. Auch die Entnahme von wesentlichen Teilen geschützter Datenbanken bedurfte vor Einführung des § 60d UrhG der Erlaubnis des Urhebers des Analysematerials, ebenso wie eine wiederholte und systematische Entnahme unwesentlicher Teile einer Datenbank.

### III. Die Neuregelung des § 60d UrhG

§ 60d UrhG erlaubt es nunmehr, zu Zwecken der automatisierten Auswertung einer Vielzahl von Werken diese auch automatisiert und systematisch zu vervielfältigen, um daraus insbesondere durch Normalisierung, Strukturierung und Kategorisierung ein auszuwertendes Korpus zu erstellen, und das Korpus einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für die gemeinsame wissenschaftliche Forschung sowie einzelnen Dritten zur Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung öffentlich zugänglich zu machen. Die Nutzung ist allerdings auf nicht-kommerzielle Zwecke begrenzt. Für schöpferische Datenbankwerke gilt, dass eine Nutzung nach dieser Maßgabe zulässig nach Maßgabe des § 55a UrhG (übliche Benutzung) ist und für nicht-schöpferische Datenbanken enthält § 60d Abs. 2 S. 2 UrhG die Vorgabe, dass jedenfalls die Nutzung unwesentlicher Teile im dargestellten Umfang nach Maßgabe von §§ 87b Abs. 1 S. 2, 87e UrhG zulässig ist.

Das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials sind nach Abschluss der Forschungsarbeiten allerdings zu löschen, die öffentliche Zugänglichmachung ist zu beenden. Zulässig ist es allein, das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials den im § 60e (Bibliotheken) und § 60f (Archive, Museen und Bildungseinrichtungen) genannten Institutionen zur dauerhaften Aufbewahrung zu übermitteln. Unabhängig vom konkreten Forschungszweck ist eine

Speicherung nur nach Maßgabe des § 60c UrhG zulässig.<sup>6</sup> Nutzungshandlungen nach § 60d UrhG sind nach § 60h UrhG zu vergüten.

#### 1. Erfasste Werkarten und Nutzungshandlungen

Die Neuregelung des § 60d UrhG gilt für alle Werkarten<sup>7</sup> und umfasst im Wege des Erst-Recht-Schlusses auch die automatisierte Auswertung eines einzelnen Werkes, z.B. eines Werkes der Literatur.<sup>8</sup> Das Merkmal „automatisiert“ bestimmt, dass die Inhalte nicht nur manuell verarbeitet werden dürfen.<sup>9</sup> Die erlaubnisfreien Handlungen sind abschließend aufgezählt (Vervielfältigung des Ursprungsmaterials und öffentliche Zugänglichmachung des Korpus). Auf die grundsätzlich nach § 63 Abs. 1 S. 1 UrhG erforderliche Quellenangabe wird man in richtlinienkonformer Auslegung verzichten können, weil sie unmöglich i.S.d. Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-Richtlinie ist.<sup>10</sup> Ein entgegenstehender Gesetzeswortlaut ist mit der Argumentation des EuGH in der Rechtssache *Quelle*<sup>11</sup> (entgegenstehender Gesetzeswortlaut nicht maßgeblich, wenn der Gesetzgeber die europäische Richtlinie insgesamt richtlinienkonform umsetzen wollte, denn hieraus ergibt sich eine planwidrige Unvollständigkeit des nationalen Gesetzes, die im Wege der teleologischen Reduktion zu schließen ist) nicht maßgeblich.<sup>12</sup> Auch die Digitalisierung dem Nutzer analog zugänglicher Materialien ist von § 60d UrhG erfasst.<sup>13</sup> Der Zugang zum betreffenden Werk wird allerdings vorausgesetzt und kann über § 60d UrhG nicht etwa begehrt werden.<sup>14</sup> Dieser Zugang des Nutzers muss rechtmäßig erfolgen, nicht aber ist es erheblich, ob das Werk mit oder ohne Zustimmung des Rechteinhabers zugänglich gemacht wurde. Es kommt also auf die Rechtmäßigkeit des Zugangs, nicht auf die Rechtmäßigkeit der Zugänglichmachung an.<sup>15</sup> Technische Schutzmechanismen dürfen vom Nutzer nicht umgangen werden, um seine Befugnisse nach § 60d UrhG auszuüben, der Nutzer kann allenfalls und im Rahmen online zugänglicher Inhalte durch § 95b Abs. 3 UrhG wesentlich begrenzt, vom Rechtsinhaber verlangen, dass dieser ihm Mittel zur Verfügung stellt, um seine Befugnisse nach § 60d UrhG auszuüben. Dieses Missverhältnis zwischen technischen Befugnissen des Rechteinhabers und den Schrankenbefugnissen des Nutzers (Vorrang technischer Schrankenbestimmungen) kann aufgrund der Vorgabe des Art. 6 InfoSoc-Richtlinie allein der europäische Gesetzgeber

5 Spindler, GRUR 2016, 1113, 1115.

6 Raue, CR 2017, 656, 658.

7 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

8 Raue, CR 2017, 656, 658.

9 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

10 So zutreffend: Raue, CR 2017, 656, 659.

11 EuGH NJW 2008, 1433, ECLI:EU:C:2008:231.

12 EuZW 2008, 310; vgl. auch: BGH NJW 2006, 3200 – *Quelle* AG; BGH NJW 2009, 427 – *Quelle* II.

13 Raue, CR 2017, 656, 657.

14 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

15 So zutreffend: Raue, CR 2017, 656, 658.

korrigieren.

Die öffentliche Zugänglichmachung der Ergebnisse für einen unbestimmten Personenkreis ist von § 60d UrhG explizit nicht erfasst. Ob es sich bei einer solchen öffentlichen Zugänglichmachung um eine urheberrechtlich relevante Handlung handelt, hängt davon ab, ob das öffentlich zugänglich gemachte Material schutzfähige Bestandteile des analysierten Materials beinhalten. Wird der Korpus selbst veröffentlicht, wird dies der Fall sein, wird lediglich ein Analysebericht veröffentlicht, sind die Einzelfallumstände entscheidend. Insbesondere bei Schriftwerken ist zu beachten, dass bereits die öffentliche Zugänglichmachung von elf Worten ausreichen kann, um eine Rechtsverletzung zu begründen.<sup>16</sup>

## 2. Reichweite der Zweckbestimmung

§ 60d UrhG wirft vor allem zwei Fragen auf: Erstens, wann wird das Text- und Data Mining zu einem kommerziellen Zweck vorgenommen, sodass § 60d UrhG nicht eingreift und die für das Text und Data Mining erforderlichen Vervielfältigungshandlungen daher grundsätzlich der Zustimmung des Urhebers bedürfen? Und zweitens, kann § 60d UrhG durch vertragliche Vereinbarung abbedungen werden?

§ 60d UrhG unterliegt den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie.<sup>17</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a InfoSoc-Richtlinie darf der nationale Gesetzgeber Schrankenbestimmungen allein für nicht-kommerzielle Zwecke der wissenschaftlichen Forschung vorsehen. Das der InfoSoc-Richtlinie zugrundeliegende Verständnis wissenschaftlicher Forschung einerseits sowie des nicht-kommerziellen Zwecks andererseits ist bei unionsrechtskonformer Auslegung auch der nationalen Regelung immanent. Art. 13 GrCh definiert Forschung als jede methodische und systematische Tätigkeit mit dem Ziel, in nachprüfbarer Weise Erkenntnisse zu gewinnen. Die private Forschung ist dabei ebenso umfasst, wie die Forschung für Qualifikationsstätigkeiten, z.B. Promotions- oder Seminararbeiten.<sup>18</sup>

Kommerziell ist eine Forschung nicht bereits dann, wenn die Forschungsinstitution von Privaten finanziert wird, auch privat finanzierte Drittmittelforschung kann daher einen nicht-kommerziellen Zweck verfolgen.<sup>19</sup> Auch der Umstand, dass der Autor eine Vergütung für seine Tätigkeit erhält, begründet allein noch keinen

kommerziellen Zweck.<sup>20</sup> Forschung, die ein Unternehmen betreibt, um Waren oder Dienstleistungen zu entwickeln und diese dann zu vermarkten, dient allerdings kommerziellen Zwecken.<sup>21</sup> Die Forschung selbst muss insofern nicht-gewinnorientiert erfolgen.<sup>22</sup>

## 3. Verhältnis zu vertraglichen Regelungen

Das Verhältnis von gesetzlichen Schrankenregelungen und Vertrag ist seit jeher umstritten. Erfasst das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht in seinem Schutzbereich zunächst grundsätzlich auch den von der Schrankenbestimmung abgedeckten Bereich, so kann der Rechteinhaber vorbehaltlich anderslautender gesetzlicher Regelungen im Grundsatz auch mit dinglicher Wirkung über diesen Bereich disponieren, die Schrankenregelungen also abbedingen und einschränken. Wird die Schrankenregelung indes so verstanden, dass sie das Ausschließlichkeitsrecht beschränkt, ist dem Rechteinhaber eine Disposition über den Bereich der Schrankenregelung jedenfalls mit dinglicher Wirkung entzogen.<sup>23</sup> Daran an schließt sich die Frage der Dispositionsbefugnis über den Vergütungsanspruch für erlaubnisfreie Nutzungen nach § 60h UrhG. Auch über ihn kann der Rechteinhaber nur disponieren, wenn der Bereich der Schrankenregelung vom Ausschließlichkeitsrecht mitumfasst ist.

Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie nennt für die Ausgestaltung des Verhältnisses von Schrankenbestimmungen und Vertrag die Möglichkeit, die Schrankenbestimmungen als Ausnahme zum Ausschließlichkeitsrecht auszugestalten, oder aber als Beschränkung.<sup>24</sup> Der nationale Gesetzgeber kann also entscheiden, im materiellen Geltungsbereich einer Schrankenbestimmung jede Befugnis der Rechteinhaber zur Genehmigung der Vervielfältigung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände auszuschließen. In diesem Fall bestimmt die Schrankenbestimmung die Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts („Ausnahme“). Zweitens kann er regeln, dass die Befugnis der Rechteinhaber, die jeweilige Nutzungshandlung zu genehmigen, nicht völlig ausgeschlossen, sondern lediglich beschränkt ist. In diesem Fall muss der Gesetzgeber entscheiden, ob das Ausschließlichkeitsrecht dabei aufrecht erhalten bleibt oder durch die Schrankenregelung in seiner Reichweite begrenzt wird.<sup>25</sup> Der deutsche Gesetzgeber wollte zunächst von letztbenanntem Modell Gebrauch machen, hat sich dann

16 Urt. v. 16. 7. 2009 - C-5/08, EuZW 2009, 655.

17 RL 2001/29/EG.

18 BeckOK Urheberrecht, Ahlberg/Götting-Hagemeyer, 20. Edition, Stand: 20.04.2018, § 60d Rn. 9; Raue, CR 2017, 656, 657 m.w.Nachw.

19 ErwGr 42 InfoSoc-Richtlinie, BT-Drs. 18/12329, S. 39; Raue, CR 2017, 656, 657.

20 Raue, CR 2017, 656, 657; BT-Drs. 18/12329, S. 39.

21 BT-Drs. 18/12329, S. 39.

22 BeckOK Urheberrecht, Ahlberg/Götting-Hagemeyer, 20. Edition, Stand: 20.04.2018, § 60d Rn. 8.

23 Dazu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen.

24 EuGH ECLI:EU:C:2003:294, GRUR 2013, 812 Tz. 37 ff. – Drucker und Plotter II.

25 EuGH ECLI:EU:C:2003:294, GRUR 2013, 812 Tz. 37 ff. – Drucker und Plotter II.

aber unter teils massiver Kritik der Verlage dafür entschieden, das Ausschließlichkeitsrecht aufrecht zu erhalten und die Befugnisse des Rechtsinhabers lediglich zu beschränken.<sup>26</sup> § 60g UrhG bestimmt dann zwar, dass sich der Rechtsinhaber auf Vereinbarungen, die erlaubte Nutzungen nach den §§ 60a bis 60f UrhG zum Nachteil der Nutzungsberechtigten beschränken oder untersagen, nicht berufen kann (dies allerdings allein für Verträge, die ab dem 01.03.2018 geschlossen wurden, § 1370 UrhG). Der Unterschied zwischen dem zunächst vorgesehenen und dem dann gewählten Modell liegt aber darin, dass die Vergütungsansprüche auch für solche Nutzungen, die gesetzlich gestattet sind, der Höhe nach von den Vertragsparteien festgelegt und an den Vertragspartner (und nicht an die Verwertungsgesellschaft) ausgeschüttet werden, sofern der Vertrag dies vorsieht.<sup>27</sup>

Ökonomisch betrachtet, ist die Grundausrichtung des gewählten Modells falsch. Bedenkt man, dass das Urheberrecht einen Interessenausgleich v.a. zwischen den Rechteinhabern und der Allgemeinheit vornimmt und insofern – auf ökonomischen Modellannahmen beruhend – exakt so zugeschnitten ist, dass es weder zu einer Unter- noch einer Übernutzung des geschützten Werkes führt, geht jede Verschiebung im Sinne einer vertraglichen Erweiterung der Monopolstellung des Rechtsinhabers zulasten der Nachahmungsfreiheit und bedeutet daher einen ungerechtfertigten Wohlfahrtsverlust.<sup>28</sup> Vor diesem Hintergrund kann es allein überzeugen, das Urheberrecht als Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit zu erachten,<sup>29</sup> die Schrankenregelungen als Rechtstechnik zur Bestimmung seines Inhalts und seiner Grenzen.<sup>30</sup> Der Regelungsbereich der Schrankenbestimmungen und damit auch der Vergütungsanspruch für erlaubnisfreie Nutzungen muss insofern (bei Ermangelung einer explizit gegenteiligen gesetzlichen

Regelung, die die Schrankenregelung abdingbar ausgestaltet) von vornherein vom Schutzbereich des Ausschließlichkeitsrechts exkludiert sein.<sup>31</sup> Dogmatisch wäre es freilich dennoch möglich, eine Schrankenregelung vergütungspflichtig auszugestalten und die Vergütung für diese eigentlich freigestellte Nutzung durch entsprechende gesetzliche Regelung zur Disposition der Vertragsparteien zu stellen. Der Effekt wäre derselbe, rechtstechnisch aber würde dies eine sehr viel sauberere Lösung bedeuten.

#### IV. Ungelöste Fragen und Ausblick auf unionsrechtliche Lösungen

Wird die kommerzielle Forschung vom Anwendungsbereich des § 60d UrhG nicht erfasst, droht das Potential des Text- und Data Minings in diesem Bereich nicht abgerufen werden zu können.<sup>32</sup> Die vorerst auf europäischer Ebene gescheiterte Richtlinie für den digitalen Binnenmarkt wollte daher zumindest auch solche Nutzungen im Rahmen des Text- und Data Minings gestatten, die Forschungseinrichtungen in Partnerschaft mit der Privatwirtschaft vornehmen.<sup>33</sup>

Nicht unionsrechtlich erforderlich ist die Vergütungspflicht nach § 60h UrhG. Der vorerst gescheiterte Richtlinienvorschlag sah daher auch keine solche Vergütung vor.<sup>34</sup> Die Handlungen des Text- und Data Minings sind einerseits zwar schwer aufzudecken, sie verursachen andererseits aber auch keine erhebliche Beeinträchtigung des Rechtsinhabers, weil sie den Zugang zum Werk bereits voraussetzen und diesen nicht erst konstituieren.<sup>35</sup> Auf europäischer Ebene sollte daher insbesondere auch weiterhin auf eine Vergütungsfreiheit hingewirkt werden.<sup>36</sup>

26 Vgl. hierzu auch: De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 563; Hoeren, IWRZ 2018, 120, 124.

27 De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 563 ff.

28 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, S. 618.

29 Voorhoof, Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks, in: Ginsburg/Besek, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Proceedings of the ALAI Congress 2001, 2002, S. 636, 639: „Copyright and trademark protections are the monopoly islands in the ocean of freedom.“; Geiger, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; ders., GRUR Int. 2008, 459, 461; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; Dreier, GRUR Int. 2015, 648, 656; hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen.

30 So auch: Dreier, GRUR Int. 2015, 648, 656; Geiger, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; ders., GRUR Int. 2008, 459, 461; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte, Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/

Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; Hugenholtz, Fierce Creatures, Copyright Exemptions: Towards Extinction?, in: IFLA/Imprimatur, Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance, 1997, S. 4.; ders., Adapting Copyright to the Information Superhighway, in: Hugenholtz, The Future of Copyright in a Digital Environment, 1996, S. 81, 93.: „Copyright exemptions are not, necessarily, exemptions.“; vgl. hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen.

31 Hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen; Ausführlich hierzu ebenfalls: Stieper, Schranken des Urheberrechts.

32 Schack, ZUM 2017, 802, 806; Spindler, GRUR 2016, 1112, 1118; Raue, GRUR 2017, 11, 15.

33 De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562.

34 De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562.

35 Raue, CR 2017, 656, 656; De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562; De la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, 8; Schack, ZUM 2016, 266; ErwGr 13 EU DS-GVO.

36 ErwGr 13 EU DS-GVO; De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562; Schack, ZUM 2016, 266; Spindler, GRUR 2016, 1112, 1119.

Im Gegensatz zum Urheberrecht hält das Datenschutzrecht für das Text- und Data Mining keine explizite Regelung vor. Kommt es zur Analyse personenbezogener Daten mit den dargestellten Nutzungshandlungen (Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung etc.) richtet sich die Rechtmäßigkeit dieser Datenverarbeitungsvorgänge vielmehr nach einer Interessenabwägung im Einzelfall, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Die hierdurch entstehende Rechtsunsicherheit dürfte erheblich wiegen.<sup>37</sup> Die langfristige Aufbewahrung von Korpus und Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials dürfte datenschutzrechtlich nur schwerlich mit dem Grundsatz der Speicherbegrenzung vereinbar sein.

## VI. Fazit

Die Schrankenbestimmung des Text- und Data Minings ist insgesamt eine begrüßenswerte Neuregelung für die wissenschaftliche Forschung, auf die sich zwar nur berufen kann, wer nicht-kommerzielle Zwecke verfolgt. In Anbetracht der Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie<sup>38</sup> kann

der nationale Gesetzgeber die kommerziellen Zwecke aber keiner erweiterten Schrankenregelung für das Text- und Data Mining zuführen.

Auch die Vergütungspflicht für das Text und Data Mining ist kritisch zu betrachten und die Ausgestaltung des § 60d UrhG als Beschränkung des und nicht als Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht ist ökonomisch und rechtstechnisch fraglich. Dies darf aber den Blick darauf nicht verstellen, dass § 60d UrhG in einem technisch nicht leicht zu fassenden Umfeld in vielerlei Hinsicht Rechtsklarheit mit sich bringt und inhaltlich einen durchaus angemessenen Interessenausgleich zwischen den beteiligten Akteuren herbeiführt. Das Datenschutzrecht sollte hier gleichziehen.

Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Direktorin des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht.

<sup>37</sup> Specht, GRUR Int. 2017, 1040, 1046.

<sup>38</sup> RL 2001/29/EG.



# Stefan Danz

## Zur Offenlegung von Gutachternamen im Wissenschaftsbereich

Die Forderung nach Transparenz von Entscheidungen in der Wissenschaft ist kein neues Phänomen, sondern hat schon in der Vergangenheit zu kontroversen Diskussionen geführt, seien es die Entscheidungen von Berufungs- oder Evaluierungskommissionen oder von Förderentscheidungen wissenschaftlicher Organisationen. Soweit sich diese auf Gutachten stützen, wird das Interesse an einer Offenlegung dieser Gutachten oder auch nur an deren Autoren regelmäßig mit Verweis auf die Gewährleistung einer unabhängigen und unbefangenen Begutachtung zurückgewiesen. In dem nachfolgenden Beitrag sollen die sich damit stellenden rechtlichen Fragen nach der Zulässigkeit eines wissenschaftlichen Sonderrechts im Lichte einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2017 nachgezeichnet werden. Ob diese Grundsatzentscheidung darüber hinaus auch den Bereich der Forschungsförderung durch Mittlerorganisationen, wie die Deutsche Forschungsgemeinschaft, betrifft, soll daran anschließend betrachtet werden.

### I. Ausgangslage

Das Recht auf Akteneinsicht ist eine der verfassungsrechtlichen Säulen des Rechtsstaates, mit dem eine effektive Gewährung des Rechtsschutzes gewährleistet und rechtliches Gehör verwirklicht werden. Nicht zuletzt dient es der öffentlichen Kontrolle der Verwaltung und ist damit auch Ausdruck des demokratischen Rechtsstaatsprinzips.<sup>1</sup> Das Recht auf Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten ist daher jedem zu gewähren, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung seiner rechtlichen Interessen erforderlich ist (§ 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Abgelehnt werden kann dies nur, soweit durch die Akteneinsicht die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Behörde beeinträchtigt, das Bekanntwerden des Inhalts der Akten dem Wohl des

Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder soweit die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach, namentlich wegen der berechtigten Interessen der Beteiligten oder dritter Personen, geheim gehalten werden müssen (§ 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Trotz dieser verfassungsrechtlichen Garantie ist es umso erstaunlicher, dass sich dieses Recht gerade bei den Hochschulen und in der Wissenschaft mit Verweis auf die Besonderheiten des Hochschulbereichs und tradierte Rechtsverständnisse, als unvollkommen erweist und dies insbesondere in den Berufungsverfahren, von denen jährlich bundesweit immerhin ungefähr 1.500 stattfinden. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch in den Verwaltungsgesetzen der Länder gerade in Bezug auf das Einsichtsrecht in Berufungsverfahren ein heterogenes Bild. Während die Mehrzahl der Gesetze trotz eingeschränkter Anwendbarkeit im Hochschulbereich das Akteneinsichtsrecht davon wiederum ausnehmen, so dass es uneingeschränkt gilt,<sup>2</sup> nehmen einige Länder die Berufungsverfahren insgesamt aus der Anwendbarkeit des gesamten Gesetzes heraus, so in Hessen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 HessVwVfG) und Thüringen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 ThürVwVfG). In Hamburg (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG) und Baden-Württemberg (§ 2 Abs. 4 Satz 2 VwVfG BW) sind die Berufungsverfahren dagegen nur vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen oder – so in Niedersachsen und Bremen – zumindest die Gutachten (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 NdsVwVfG, § 2 Abs. 3 Nr. 4 BremVwVfG). Darüber hinaus finden sich im Nordrhein-Westfälischen Hochschulgesetz (§ 38 Abs. 5)<sup>3</sup> sowie im Thüringer Hochschulgesetz (§ 85 Abs. 10)<sup>4</sup> spezialgesetzlich geregelte Ausnahmen, mit denen in Berufungsverfahren das Recht auf Akteneinsicht in die Gutachten selbst oder soweit diese ganz oder teilweise wiedergeben werden, ausgeschlossen ist, im Hochschulgesetz von Mecklenburg-Vorpommern betrifft der Ausschluss sogar die gesamte Berufsakte und insbesondere die Gutachten (§ 59 Abs. 5 Satz 4).<sup>5</sup>

1 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Auflage 2017, § 29 Rdnr. 2, 3.

2 Nachweise bei Wolff/Stemmer, Das Akteneinsichtsrecht gem. § 29 VwVfG, WissR 47 (2014), S. 361 (362).

3 Nach der Begründung des Gesetzes über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (WissHG) aus dem Jahre 1978 soll die Vorschrift das Vertrauen des Gutachters auf die vertrauliche Behandlung seines Gutachtens schützen, um eine bessere Würdigung der Bewerber zu erhalten (LT-Drs. 8/3880, S. 177), bestätigend VG Düsseldorf, Beschluss v. 18.2.1998 – 2 L 5476/97, FuL 1999, S. 150. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken Pernice-Warnke, Gerichtliche Kontrollrechte und Bedeutung des Verfahrens, WissR 47 (2014), S. 371 (388 f.) sowie

dies., in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 6. Ed. (Stand: 1.1.2018), § 38 HG Rdnr. 46 f.

4 Der Thüringer Landesgesetzgeber mit der am 27. April 2018 beschlossenen und am 24. Mai 2018 in Kraft Novelle des Thüringer Hochschulgesetzes („Thüringer Gesetz zur Stärkung der Mitbestimmung an Hochschulen sowie zur Änderung weiterer hochschulrechtlicher Vorschriften“ vom 10. Mai 2018, GVBl. 149) die Vorgängerregelung in § 78 Abs. 11 unverändert übernommen.

5 Kritisch zu den gesetzlichen Einschränkungen *Beaucamp/Seifert*, Rechtsschutz von Kandidatinnen und Kandidaten in Promotions-, Habilitations- und Berufungsverfahren, WissR 44 (2011), S. 24 (29).



diesem einfachrechtlichen Befund hat die Rechtsprechung jedoch schon in der Vergangenheit ein höherrangiges, verfassungsrechtlich gebotenes Einsichtsrecht angenommen, sofern die Betroffenen hierfür ein berechtigtes Interesse nachgewiesen haben.<sup>6</sup>

Mit den Gutachten im Berufungsverfahren wird die wissenschaftliche Qualität der Leistungen oder die fachliche Eignung einer oder eines in die engere Auswahl einbezogenen Bewerberin oder Bewerbers bewertet. Gesetzlich vorgeschrieben ist in der Regel zudem, dass sie von auswärtigen Wissenschaftlern zu erstellen sind.<sup>7</sup> Die Beteiligung von Externen, insbesondere in Berufungsverfahren, ist dabei weitestgehend anerkannt, da sie als unabhängiges und unvoreingenommenes Korrektiv in einem selbstreferentiellen System, wie dem der Wissenschaft, für Objektivität sorgen,<sup>8</sup> das Misstrauen in die hochschulinternen Entscheidungen verhindern<sup>9</sup> und nicht zuletzt die Qualität der Verfahren insgesamt steigern sollen.<sup>10</sup> Mit der gesetzlichen Intention, durch die Beteiligung externer Wissenschaftler sachgerechte und transparente (Berufungs-)Verfahren zu gewährleisten, werden nicht zuletzt Forderungen des Wissenschaftsrats aufgegriffen, der den damit verbundenen Gewinn an Transparenz für unabdingbar hält.<sup>11</sup> Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung Externer an den Berufungsverfahren – sowohl als Mitglieder der Kommission als auch Gutachter – mit dem Ziel, „die wissenschaftliche Pluralität der Entscheidungsträger und die Qualität der Auswahlentscheidungen zu verbessern“, hat nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Hamburgischen Hochschulgesetz ausdrücklich anerkannt und bestätigt.<sup>12</sup> Die Transparenz reicht jedoch nicht so weit, dass Gutachten oder zu-

mindest die Namen der Gutachter offenbart werden. Als besonders wichtig wird diese Geheimhaltung daher vor allem im Rahmen von Berufungsverfahren angesehen, in dem nach dem Prinzip der Bestenauslese der geeignetste Bewerber auszuwählen ist. Um eine unabhängige sowie offene und ungeschönte Einschätzung der Bewerber zu erhalten, wird den Gutachtern daher regelmäßig die Vertraulichkeit ihrer Namen zugesichert oder diese unausgesprochen vorausgesetzt.<sup>13</sup>

Mit diesem Widerspruch zwischen rechtsstaatlichen Garantien und einem angeblichen wissenschaftsspezifischen Sonderrecht hatte sich bereits in der Vergangenheit die Rechtsprechung befasst, die einen so weitgehenden Geheimnisschutz für ein verwaltungsgerichtliches Konkurrentenverfahren um eine Professorenstelle überwiegend abgelehnt haben.<sup>14</sup> So entschied das Hamburgische Obergericht 1986 zu einem Berufungsverfahren, in dem durch die Behörde die Vorlage von Gutachten mit Verweis auf deren Geheimhaltung verwehrt wurde, dass es weder eine gesetzliche Pflicht zur Geheimhaltung gebe, auch nicht aus der fehlenden Geltung des Einsichtsrechts nach dem Landesverwaltungsverfahrensgesetz (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG), noch diese Gutachten ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen.<sup>15</sup> Vielmehr erfordern die rechtsstaatlich gebotenen Ansprüche auf rechtliches Gehör und effektiven Rechtsschutz zwingend deren Vorlage, da anderenfalls eine umfassende Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist. Da selbst eine zugesicherte Vertraulichkeit dies nicht begründen könne, muss eine Behörde entscheiden, ob sie entweder die Vertraulichkeit breche oder – da eine Vorlage gerichtlich auch nicht erzwungen werden könne – die negativen prozessualen Konsequen-

6 BVerwG, Urteil v. 30.6.1983 – 2 C 76.81, DVBl 1984, 53; Urteil v. 16.3.1994 – 6 C 1.93, BVerwGE 95, 237; *Kopp/Ramsauer* (Fn 1) § 29 Rdnr. 5; *Wolff/Stemmer* (Fn. 2) S. 362; *Beaucamp/Seifert* (Fn. 5) S. 27.

7 So bspw. § 48 Abs. 3 Satz 4 BW LHG. Nach § 26 Abs. 5 Satz 3 NdsHG kann jedoch auf Gutachten auswärtiger sachverständiger Personen verzichtet werden, wenn der Berufungskommission mindestens drei externe Mitglieder angehören.

8 *Jaburek* in: Coelln/Lindner (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Bayern, 8. Ed. (Stand: 1.2.2018), Art. 18 BayHSchPG, Rdnr. 32.

9 *Mehde*, Externe in Berufungsverfahren, WissR 50 (2017), 28 (32).

10 *Epping/Nölle*, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, § 26 Rdnr. 79.

11 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Ausgestaltung von Berufungsverfahren, Jena 2005 (<https://www.wissenschaftsrat.de/downloads/archiv/6709-05.pdf> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]), S. 31, 50 f. Ausführlich zur Beteiligung von Externen in Berufungsverfahren *Mehde* (Fn. 9).

12 Beschluss v. 20.7.2010 – 1 BvR 748/06, BVerfGE 127, 87 (123). Zur Beteiligung Externer in Universitätsgremien wie dem Hochschulrat siehe Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 7.5.2008 – Vf. 19-VII-06, NVwZ 2009, 177 (180), der zudem die Rückkoppelung an die hochschulinterne Willensbildung

betont, da im Kernbereich der akademischen Angelegenheiten zur Vermeidung einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit die Hochschullehrermehrheit gewährleistet sein muss. Dazu auch *Burgi/Gräf*, Das (Verwaltungs-)Organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, DVBl. 2010, S. 1125 (1131); *Wendel*, Der Hochschulrat, 2016, S. 84 ff.

13 *Wolff/Stemmer* (Fn. 2) S. 365 f.; *Pernice-Warnke* (Fn. 3) S. 388.

Das die Identität der auswärtigen Gutachter den Bewerbern üblicherweise unbekannt ist, legt auch der Wissenschaftsrat (Fn. 11) S. 31, zu Grunde.

14 VGH Kassel, Beschluss v. 21.7.1983 – 1 TE 14/83, NJW 1985, 216; OVG Hamburg, Beschluss v. 8.7.1986 – Bs III 432/86, WissR 20 (1987), 180; a. A. VG Düsseldorf (Fn. 3).

15 OVG Hamburg (Fn. 14) S. 183 f. Anders in dem vom VG Düsseldorf (Fn. 3) entschiedenen Verfahren, in dem eine Pflicht zur Vorlage der Gutachten mit Verweis auf die bereits damals bestehende Regelung im Landeshochschulgesetz abgelehnt wurde, da das Gericht eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht annahm. Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung *Brehm/Zimmerling*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Hochschullehrerrecht, WissR 34 (2001), S. 329 (342); kritisch bereits *Kehler*, in: Denninger (Hrsg.), HRG, § 45, Rdnr. 34.

zen hinnehme.<sup>16</sup> In diesem Sinne hatte bereits zuvor der Hessische Verwaltungsgerichtshof entschieden. Eine Dozentin hatte in dem Verfahren ihre Übernahme als Professorin auf Lebenszeit angestrebt und begehrte die Vorlage der auswärtigen Gutachten über ihre wissenschaftliche Qualifikation. Da die gerichtliche Überprüfung nur auf die Feststellung von Verfahrensmängeln beschränkt ist und damit letztlich nur die Sachlichkeit des Verfahrens überprüft und der Eindruck von Unregelmäßigkeiten vermieden werde, werde die Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Gutachter hierdurch, so der Gerichtshof, nicht beeinträchtigt.<sup>17</sup>

## II. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2017

Anfang 2017 hatte schließlich das Bundesverwaltungsgericht über einen vergleichbaren Sachverhalt zu entscheiden.<sup>18</sup> Wie in den vorangegangenen Rechtsstreiten war auch hier der konkrete Anlass ein Zwischenverfahren gemäß § 99 Abs. 2 VwGO, in dem über die Rechtmäßigkeit von Sperrvermerken gemäß § 99 Abs. 1 VwGO zu entscheiden war. In einem solchen Verfahren geht es nicht um die Erheblichkeit des Inhaltes der Akten für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens, dies bleibt allein dem Hauptsacheverfahren vorbehalten, sondern allein die Frage, ob glaubhaft Gründe geltend gemacht werden, dass in Abweichung von der gesetzlichen Vorlagepflicht diese verwehrt werden kann.<sup>19</sup>

Dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Zwischenstreit ging ein Verwaltungsstreit in Niedersachsen voraus, der seinen Ursprung in der 2005 vollzogenen Fusion der Universität Lüneburg mit der Fachhochschule Nordostniedersachsen,<sup>20</sup> aus der die jetzige Stiftung Leuphana Universität Lüneburg hervorgegangen ist, hatte. Nach § 5 des Fusionsgesetzes war es möglich, die Art und den Umfang der Dienstaufgaben der nach § 2 Abs. 4 Fusionsgesetzes (von der Fachhochschule) übernommenen Professorinnen und Professoren denen von Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren anzugleichen, wenn im Einzelfall die von ihnen erbrachten wissenschaftlichen Leistungen in der anwendungsbezogenen Forschung dies rechtfertigen. Ist dies der Fall, so sind den ehemaligen Fachhochschulprofessoren auf Antrag das Amt einer Universitätsprofesso-

rin oder eines Universitätsprofessors zu übertragen. Die Entscheidung hierüber oblag dem Präsidium der Universität auf der Grundlage des Berichtes einer internen Evaluierungskommission sowie eines externen Gutachters. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein beamteter Professor der Fachhochschule Nordostniedersachsen, hatte einen solchen Antrag gestellt, der nach Durchführung der Evaluation abgelehnt wurde. In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren legte die beklagte Universität die Verwaltungsvorgänge einschließlich des auswärtigen Fachgutachters vor, die Namen des Gutachters wie auch der Mitglieder der Kommission wurden jedoch unkenntlich gemacht. Nachdem das Verwaltungsgericht die Universität zur Offenlegung aufforderte, erließ das zuständige Landesministerium eine Sperrerklärung nach § 99 Abs. 1 VwGO mit der Begründung, dass die Namen ihrem Wesen nach geheim zu halten seien. Auf den daraufhin gemäß § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO gestellten Antrag des Klägers stellte das zuständige OVG Lüneburg die Rechtswidrigkeit der Sperrerklärung fest.<sup>21</sup> Diese Entscheidung wurde dann gemäß § 99 Abs. 2 Satz 13 und 14 VwGO mit Beschwerde der Beklagten zum Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Mit seinem Beschluss vom 10. Januar 2017 bestätigte der zuständige Senat des Bundesverwaltungsgerichts die Entscheidung des OVG Lüneburg, dass die Gutachternamen offenzulegen sind,<sup>22</sup> und damit, dass es bei dem Grundsatz des § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO bleibt, wonach eine Behörde grundsätzlich zur Vorlage der vollständigen Akten verpflichtet ist. Eine solche könnte zwar nach Satz 2 verweigert werden, wenn das Bekanntwerden des Inhalts der Akten dem Wohl des Bundes oder des Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen. Auf diese Weigerungsgründe kann sich die Hochschule nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch nicht berufen, um in diesem Fall eine Offenlegung der Namen zu verweigern. Weder ist das Wohl des Landes betroffen, noch besteht eine gesetzliche Pflicht zur Geheimhaltung und vor allem sind die Namen der Gutachter- und Kommissionsmitglieder nicht ihrem Wesen nach geheim zu halten. Damit erging die Sperrerklärung nicht rechtmäßig und die beklagte Universität ist zu verpflichten, die Namen der Kommissionsmitglieder und der externen Fachgutachter offen-

16 OVG Hamburg (Fn. 14) S.184 f.

17 VGH Kassel (Fn. 14), S. 217. Siehe bereits OVG Münster, Beschluss v. 12.9.1972 – V B 138/71, NJW 1972, 2243, zur Vorlage von Gutachten und Voten in einem Habilitationsverfahren.

18 Beschluss v. 10.1.2017 – 20 F 3.16, juris; Kugele, jurisPR-BVerwG 5/2017 Anm. 3.

19 OVG Hamburg (Fn. 14) S.182.

20 Gesetz zur Fusion der Universität Lüneburg und der Fachhoch-

schule Nordostniedersachsen und über die Änderung der Stiftung Universität Lüneburg vom 16. September 2004 (Nds. GVBl. S. 352), geändert durch Artikel 8 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes und anderer Gesetze vom 21. November 2006 (Nds. GVBl. S. 538).

21 Beschluss v. 8.2.2016 – 14 PS 6/15, NordÖR 2016, 327.

22 Anders noch OVG Lüneburg, Beschluss v. 24.8.1982 – 2 OVG B 34/82 (zitiert nach Kehler [Fn. 15]).

zulegen, so dass das Gericht der Hauptsache in die Lage versetzt werden kann, den Einwänden des Klägers gegen die (fachliche) Zusammensetzung und die Auswahl des externen Gutachters nachzugehen. Dies ist auch entscheidungserheblich, denn bei der personellen Besetzung von Kommissionen sowie der Entscheidung über die auswärtigen Gutachter sind sowohl deren fachliche Kompetenz zu beachten als auch (persönliche) Befangenheitsgründe auszuschließen. Anderenfalls würden Verfahrensfehler vorliegen, die zugleich die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung der Kommission indizieren könnten. Eine solche Feststellung kann daher durch das prüfende Gericht nur getroffen werden, wenn die Namen bekannt sind.<sup>23</sup>

Hatten Land und Universität die Geheimhaltung mit einem (öffentlichen) Interesse an der Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Hochschulen begründet und geltend gemacht, dass ohne die Wahrung der Vertraulichkeit die Gefahr bestehe, dass die beauftragten Personen sich nicht mehr oder zumindest nicht mehr so offen über Bewerber äußerten und daher deren Unabhängigkeit nicht mehr ausreichend gewährleistet sei, Hochschulen jedoch auf Auskünfte und Einschätzung durch Fachkollegen angewiesen seien, hat das Bundesverwaltungsgericht darin keinen durchgreifenden Geheimhaltungsgrund gesehen. An die „wesensmäßige“ Geheimhaltungsbedürftigkeit ist vielmehr, so der Fachsenat, ein strenger Maßstab anzulegen, der insbesondere durch grundrechtlich geschützte Interessen markiert ist und vor allem personenbezogene Daten Dritter, die ein durch die informationelle Selbstbestimmung gesichertes Interesse an Geheimhaltung besitzen, umfasst. Gemessen an den hohen verfassungsrechtlichen Gütern eines umfassenden Rechtsschutzes sowie einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen, der in der Regel (nur) durch vollständige und ungeschwärzte Aktenvorlage verwirklicht werden kann, bedarf das geltend gemachte individuelle Geheimhaltungsinteresse einer besonderen Rechtfertigung.<sup>24</sup>

Eine tradierte „akademische Regel“, die die Anonymität von Gutachtern voraussetze, genügt diesen hohen Rechtfertigungsanforderungen nicht, wobei das Bundesverwaltungsgericht bereits Zweifel hat, ob es sich hierbei (noch) um einen gewohnheitsrechtlichen Rechtsatz handelt, wenn es ihn denn überhaupt je gab. Die verwal-

tungsgerichtliche Praxis in den Konkurrentenstreitigkeiten zeige vielmehr, dass die Vorlage von Gutachten einschließlich der Offenlegung der Gutachternamen eher die Regel als die Ausnahme ist.<sup>25</sup> Vor allem lässt sich die Geheimhaltung nicht mit dem Aspekt der Qualitätssicherung begründen, denn von einem Gutachter, so das Gericht, müsse man erwarten dürfen, dass er in der Lage ist, die wissenschaftliche Leistung des zu Begutachtenden nach nachvollziehbaren Kriterien differenziert zu bewerten sowie zu seiner Meinung offen zu stehen und diese zu verteidigen. Eine solche fachliche Auseinandersetzung und die kritische Würdigung fachlicher Ansichten ist nicht zuletzt der Inbegriff des wissenschaftlichen Diskurses. Zwar ist eine wertende Gesamtschau des wissenschaftlichen OEuvre mehr als die Auseinandersetzung mit einer einzelnen wissenschaftlichen Veröffentlichung, nicht zuletzt da hieran unter Umständen das weitere akademische Fortkommen des zu Begutachteten hängt und damit eine kritische Würdigung ein weitaus größere Auswirkung auf dieses haben könne, es sei aber – so die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts – auch nicht erkennbar, dass die Offenlegung des Namens geeignet wäre, Gutachter davon abzuhalten, Gutachten zu übernehmen oder dass ihnen aus einer kritischen Begutachtung und Bewertung Nachteile für deren berufliche Tätigkeit erwachsen würden.<sup>26</sup> Selbst wenn (auch) der Wissenschaftsbetrieb nicht frei von persönlichen Empfindlichkeiten sei und Belastungen in der Zusammenarbeit von Personen, die die wissenschaftliche Kompetenz unterschiedlich bewerten, nicht auszuschließen seien, folgt daraus dennoch kein akademisch konnotiertes Geheimhaltungsinteresse.

Vergleichen ließe sich diese Bewertungssituation nicht zuletzt mit dem Habilitationsverfahren, in dem die Qualifizierungsschrift ebenso gutachterlich zu bewerten ist und hier die Pflicht zur Offenlegung schon seit Längerem, auch verfassungsgerichtlich anerkannt ist.<sup>27</sup> Durch die Offenlegung von Gutachten und Gutachternamen im Verwaltungsstreitverfahren wird – so die einhellige Meinung – die für die sachgerechte Beurteilung derartiger Schriften erforderliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Gutachter nicht beeinträchtigt. So hatte das Oberverwaltungsgericht für Nordrhein-Westfalen bereits 1972 festgehalten, dass „die Qualifikation eines Prüfers – insbesondere eines Hochschullehrers –

23 An die Feststellung der Entscheidungserheblichkeit sind die gemäß § 99 Abs. 2 VwGO zur Entscheidung berufenen Gerichte grundsätzlich auch gebunden (BVerwG, Beschluss v. 28.3.2006 – 20 F 1.05, DVBl 2006, 851).

24 BVerwG, Beschluss v. 19.6.2013 – 20 F 10.12, ZIP 2014, 442.

25 Wolff/Stemmer (Fn. 2) S. 367 f.

26 Bull, Geheimhaltung für Gutachten?, WissR 20 (1987), S. 111

(118), verweist auch auf eigene Motive der Gutachter, wie Einflussnahme auf Auswahlentscheidungen und „Freundschaftsdienste“.

27 So bereits OVG Münster (Fn. 17); BVerfG, Kammerbeschluss v. 4.11.2010 – 1 BvR 3389/08, BVerfGK 18, 158 (174 ff.); BVerwG (Fn. 6).

28 OVG Münster (Fn. 17).

notwendig voraussetzt, wissenschaftliche Beurteilungen fremder Leistungen unbeeinflusst von der Möglichkeit späterer Kritik abzugeben.“ Von einem Gutachter müsse daher „erwartet werden, dass er sein Votum auch dann mit der nötigen Unvoreingenommenheit abgibt, wenn seine Beurteilung dem Gericht und dem Habilitanden im Streitfall vorzulegen ist.“<sup>28</sup> Daher spricht auch vieles dafür, dass dieser Grundsatz auch in einem „Quasi-Prüfungsverfahren“<sup>29</sup> gilt. Dem ist zwar entgegenzuhalten, dass es statt einer fachlichen Gesamteinschätzung in einem Habilitationsverfahren vorrangig um eine überprüfbare, singuläre Prüfungsbewertung geht und der Vergleich daher etwas kurz greift. Im Ergebnis ist dies dennoch folgerichtig und daher zuzustimmen. Eine Gutachterin oder ein Gutachter, die ihre Expertise in den Dienst der Wissenschaftsverwaltung stellen, können nicht erwarten, dass eine im Verwaltungsverfahren gegebenenfalls gewährte Anonymität im verwaltungsgerichtlichen Verfahren fortwirkt.

Wenn die Funktion des Verfahrens durch eine Offenlegung nicht gefährdet werden kann, ist schließlich für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar, dass das Wohl des Landes (oder des Bundes) als weiterer Hinderungsgrund für eine Offenlegung betroffen sein könnte. Um eine solche Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen annehmen zu können, müsste die Bekanntgabe des fraglichen Inhalts – neben der hier nicht relevanten Gefährdung von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen – die künftige staatliche Aufgabenerfüllung erschweren.<sup>30</sup> Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Bestand oder die Funktionsfähigkeit des Staates oder seiner wesentlichen Einrichtungen beeinträchtigt oder gefährdet wären.<sup>31</sup> Jedoch erfahren weder das Bildungswesen insgesamt noch die Funktionsfähigkeit der Hochschulen durch die Bekanntgabe der Namen eine Beeinträchtigung, die in Ausmaß und Bedeutung der – hierfür erforderlichen – Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Landes und der Bedrohung der inneren Sicherheit nahekäme.

Im Ergebnis sind danach auch für das Bundesverwaltungsgericht keine sich aus § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO ergebenden Gründe erkennbar, aufgrund derer die Offenlegung der Namen in diesem Fall hätte abgelehnt werden können. Damit bleibt es bei der Pflicht zur umfassenden Vorlage aller Dokumente und entscheidungserheblichen Tatsachen.

29 *Detmer*, Konkurrentenstreit und Rechtsschutz im Berufungsverfahren, *WissR* 28 (1995) 1 (22).

30 BVerwG, Urteil v. 19.8.1986 – 1 C 7.85, *NJW* 1987, 202 (205); *Kopp/Schenke*, *VwGO*, 23. Auflage 2017, § 99 Rdnr. 10; *Rudisile*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 33. EL (Juni 2017), § 99 Rdnr. 16; *Posser*, in: *Posser/Wolff*, *BeckOK VwGO*, 44. Ed. (Stand: 1.7.2016), § 99 Rdnr. 20.1.

31 So hat das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss v. 30.11.2015

### III. Bewertung der Entscheidung und Folgen für die Praxis

Nachdem die (höchstrichterliche) Rechtsprechung schon seit Längerem der Offenlegung von Gutachten und Gutachternamen den Vorrang einräumte, hat damit nun auch das Bundesverwaltungsgericht diese Auffassung höchstrichterlich bestätigt, womit diese Rechtsfrage weitestgehend geklärt sein dürfte. Die klare Entscheidung des Gerichts bezieht sich zwar nur auf das streitgegenständliche Evaluierungsverfahren, innerhalb dessen die Namen der Mitglieder einer Entscheidungskommission und eines Fachgutachters nicht im Sinne von § 99 Abs. 2 Satz 2 Alt. 3 VwGO ihrem Wesen nach geheim zu halten sind, einer in der Praxis eher selten auftretenden Konstellation. Gleichwohl gehen die vom Gericht aufgestellten Grundsätze über diesen Einzelfall hinaus, denn der Evaluierung vergleichbare Beurteilungssituationen gibt es im Wissenschaftsbereich vielfach, namentlich in den Berufungsverfahren, aber auch andere gutachterliche Verfahren rücken damit in den Fokus. Damit kommt der Entscheidung eine weit über den konkreten Fall hinausgehende Bedeutung für die akademische Selbstverwaltung insgesamt zu, so dass sie zukünftig regelmäßig zitiert werden wird. Einschränkend ist jedoch ebenso festzuhalten, wie der Senat ausdrücklich betont, dass diese Offenlegungspflicht nur das gerichtliche Verfahren betrifft, nicht dagegen die (vorangehenden) Verwaltungsverfahren, so dass auch die einschränkenden gesetzlichen Regelungen in den Hochschulgesetzen in Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Thüringen der Entscheidung nicht entgegenstehen, sondern vielmehr in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen und anzuwenden sind.<sup>32</sup> Können daher im Verwaltungsverfahren (noch) keine rechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden, sind (spätestens) im Verwaltungsprozess die Namen von Gutachtern offenzulegen. Insofern ist derjenige, der eine rechtliche Überprüfung anstrebt, bei entgegenstehender einfachgesetzlicher Rechtslage oder mangelnder Bereitschaft der Hochschulen zur Offenlegung immer auch gehalten, den Rechtsweg zu beschreiten, was – auch hier aus Sorge um das akademische Fortkommen – durchaus eine psychologische Hürde bedeuten dürfte.

Gleichwohl schafft die höchstrichterliche Entscheidung auch die nötige Rechtssicherheit, denn auch wenn

– 20 F 7.15, juris; dazu *Kugele*, jurisPR-BVerwG 5/2016, Anm.

6) Nachteile für das Wohl des Bundes angenommen, wenn die geheim zu haltenden Informationen genutzt werden könnten, um in unlauterer Weise auf Verwaltungsverfahren einzuwirken, die zahlenmäßig und in ihren Folgewirkungen von bedeutendem Gewicht sind.

32 So im Ergebnis auch *Beaucamp/Seifert* (Fn. 5) S. 29.

sich die akademische Welt gelegentlich in einem rechtsfreieren Raum wähnt, hat das Bundesverwaltungsgericht dem Grenzen gesetzt und seine gefestigten Abwägungskriterien zur Verweigerung einer Aktenvorlage konsequent auf den Wissenschaftsbereich übertragen. Danach überwiegt auch hier das verfassungsrechtlich geschützte Rechtsschutzinteresse des Einzelnen und das öffentliche Interesse an effektiver gerichtlicher Kontrolle gegenüber überkommenen akademischen Traditionen und Sorgen. Soweit daher in der Vergangenheit Gutachtern die vollständige Anonymität zugesichert wurde, gilt dies zukünftig nicht mehr im Hinblick auf mögliche Rechtsschutzverfahren. Ob dies dazu führt, dass die Bereitschaft zur Übernahme von Gutachten nachlässt, bleibt abzuwarten, wahrscheinlich ist sie nicht, jedenfalls nicht aus diesem Grund, da die Nachfrage nach gutachterlichen Bewertung in Zeiten von Exzellenz, Akkreditierung und Drittmittelanträgen insgesamt spürbar zugenommen haben.

#### IV. Recht auf Akteneinsicht und Offenlegung der Gutachternamen in den Auswahl- und Begutachtungsverfahren der Forschungsförderung

Während von einer uneingeschränkten Übertragung der Grundsätze aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vor allem auf Berufungsverfahren auszugehen ist, stellt sich jedoch die Frage, ob damit auch in Bereichen außerhalb von Berufungen mehr Transparenz möglich ist und beispielsweise Rechtsansprüche auf Einsichtnahmen und die Offenlegung der Gutachternamen in der Begutachtung von Forschungsanträgen, namentlich durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), bestehen. Auf den ersten Blick scheint dies nahezu liegen, geht doch das Bundesverwaltungsgericht von einem umfassenden Rechtsschutz aus und die Argumente, die aus der Sicht der Gerichte für eine Offenlegung bei der wissenschaftlichen Begutachtung von Personen sprechen oder dieser nicht entgegenstehen, könnten in gleicher Weise auch auf die Bewertung von Forschungsanträgen entsprechend herangezogen werden. Dies gilt jedenfalls, wenn es sich bei den Fördermittelgebern um

öffentlich-rechtliche Einrichtungen handelt, die Verwaltungsakte erlassen und damit die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder Anwendung finden oder wenn es sich zumindest – so wie dies bei den Projektträgern der Fall ist – um Beliehene handelt, die damit in diesem Umfang hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.<sup>33</sup> Eng verbunden mit der Forschungsförderung für die Hochschulen ist jedoch vor allem die DFG, bei der es sich aber gerade nicht um eine (staatliche) Behörde handelt und sie auch den Status als Beliehener nicht innehat, der Umfang der Forschungsförderung jedoch besonders hoch ist, sei es im Rahmen der Normalverfahren und der koordinierten Programme oder nicht zuletzt in der derzeit erneut laufenden Exzellenzinitiative, mit der Förderungen in Millionenhöhe für Exzellenzcluster und Exzellenzhochschulen über viele Jahre verteilt werden.<sup>34</sup>

Diese nichtstaatliche Stellung der DFG als der „Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft“<sup>35</sup> soll in erster Linie die notwendige Unabhängigkeit vom Staat, der lediglich die finanziellen Rahmenbedingungen schafft, sichern, damit allein auf wissenschaftlichen Qualitätskriterien von Fachkollegien und Fachgutachtern die Förderentscheidungen getroffen werden und damit letztlich im Gemeinwohlinteresse liegende Aufgaben wirksam erfüllt werden.<sup>36</sup> Handelt jedoch keine Behörde, können auch die Verwaltungsverfahrensgesetze keine unmittelbare Anwendung finden und damit grundsätzlich auch keine einklagbaren Akteneinsichtsrechte bestehen. Soweit daher Wissenschaftler in der Vergangenheit versucht hatten, eine Einsichtnahme in die Gutachten zu Förderentscheidungen gerichtlich zu erstreiten, sind sie damit an einer verwaltungsgerichtlichen wie zivilgerichtlichen Rechtsprechung gescheitert, die jedwede Ansprüche strikt ablehnt.

So ist für die Verwaltungsgerichte bereits der Verwaltungsrechtsweg für einen Anspruch aus § 29 VwVfG nicht eröffnet, da es sich bei der DFG um eine privatrechtliche Organisation handelt und selbst wenn sie ihre Aufgaben mit öffentlichen Mitteln erfüllt, sind ihr dennoch keine hoheitlichen Befugnisse durch oder aufgrund eines Gesetzes übertragen worden und sie ist mit-

33 *Sieweke*, Die Rechte der Antragsteller in den Förderverfahren der DFG, *KritV* 2010, S. 49 (52); *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, Kommentar, 52. AL (Stand: Januar 2017), § 44 Rdnr. 79 ff.

34 *Möller*, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, S. 897. Zur aktuellen Exzellenzstrategie siehe <https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Papers/Verwaltungsvereinbarung-Exzellenzstrategie-2016.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.6.2018) sowie zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der Exzellenzinitiative *Sieweke*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung der Exzellenzinitiative, *DÖV*

2009, S. 946; ders., Die Verfassungswidrigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, S. 435; *Wagner*, Die Verfassungsmäßigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, S. 427.

35 [http://www.dfg.de/dfg\\_profil/aufgaben/was\\_ist\\_die\\_dfg/index.html](http://www.dfg.de/dfg_profil/aufgaben/was_ist_die_dfg/index.html) (zuletzt abgerufen am 1.6.2018).

36 *Dittrich*, (Fn. 33) § 44 Rdnr. 80.2; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 661 ff.

hin keine Beliehene.<sup>37</sup> Aber selbst wenn die Tätigkeit der DFG damit grundsätzlich der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unterfällt, fehlt es für die Durchsetzung einer Akteneinsicht an einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage.<sup>38</sup> In Betracht käme zwar – neben einem Anspruch aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, durch den die Grundrechte, namentlich die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG, auch ins Zivilrecht ausstrahlen<sup>39</sup> – vor allem ein dem Akteneinsichtsrecht vergleichbarer Anspruch auf Einsichtnahme in Urkunden aus § 810 BGB, ein hierfür notwendiges rechtliches Interesse wird aber regelmäßig von den Zivilgerichten verneint.<sup>40</sup> So hatte bereits das Landgericht Bonn in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 einen aus den Grundrechten abgeleiteten zivilrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht in die Unterlagen des Ombudsmann der DFG<sup>41</sup> abgelehnt, da der Ombudsmann gerade nicht im staatlichen Auftrag tätig werde. Auch wenn die grundgesetzlich garantierten Rechte des Einzelnen auf die Beziehungen der Bürger untereinander ausstrahlen, genügt dies nicht, um ein rechtliches Interesse im Sinne von § 810 BGB zu begründen.<sup>42</sup> Zudem lehnen die Zivilgerichte nicht nur die unmittelbare, sondern auch die analoge Anwendung von § 29 VwVfG ab. Selbst wenn staatliche Aufgaben in privatrechtlicher Form erbracht werden, hat der Gesetzgeber dennoch die verfahrensrechtlichen Regelungen ganz auf die Tätigkeit der hoheitlich agierenden Behörden zugeschnitten.<sup>43</sup> Nicht zuletzt wird mit Verweis auf das seit 2005 bestehende Informationsfreiheitsgesetz bereits eine planwidrige Regelungslücke abgelehnt, da danach auch gegen Behörden, die sich einer juristischen Person des

Privatrechts zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedienen (§ 1 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 2 IFG) einklagbare Rechte bestehen.<sup>44</sup>

Aufgrund dieser rechtsdogmatisch konsequenten, aber dennoch als unbefriedigend empfundene Rechtsprechung wird daher in der Literatur versucht, basierend auf der Idee des Verwaltungsprivatrechts,<sup>45</sup> verwaltungsverfahrenrechtliche Ansprüche jenseits einer unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze zu begründen, da in diesen einzelnen Ansprüchen allgemeingültige Rechtsgedanken und Rechtsgrundsätze zum Ausdruck kämen.<sup>46</sup> Trotz ihrer Privatrechtssubjektivität erfüllt die DFG, ohne Verwaltungshelfer oder Beliehene zu sein, unbestritten eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe, so dass sie insofern (auch) einer Grundrechtsbindung unterliege.<sup>47</sup> Diese ergebe sich aus einer tatsächlichen Staatsnähe, die sich neben der fast ausschließlichen staatlichen Finanzierung vor allem aus dem staatlichen Einfluss bei den (Förder-)Entscheidungen und damit einer organisationsrechtlichen Beherrschung zeige, denn nicht nur staatliche Vertreter sitzen in den zur Entscheidung berufenen Gremien, auch (staatliche) Hochschulen und öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtungen selbst sind darin Mitglieder.<sup>48</sup> Insofern sei die DFG der staatlichen Sphäre zuzuordnen, so dass deren Tätigkeit eine Form der Ausübung von Staatsgewalt darstelle.<sup>49</sup> Daraus resultieren wiederum öffentlich-rechtliche Bindungen und die ohnehin bestehenden privatrechtlichen Regelungen werden nicht nur durch öffentlich-rechtliche Regelungen ergänzt oder auch überlagert und modi-

37 VG Köln, Beschluss v. 8.3.2004 – 16 K 9090/03, WissR 2004, 178 (Leitsatz); Beschluss v. 8.6.2005 – 27 K 1413/05, n.v.; LG Bonn, Beschluss v. 23.9.2008 – 5 S 118/08, juris; *Dittrich* (Fn. 33) Rdnr. 80.2 mit Verweis auf OVG Münster, Beschluss v. 14.12.1981 – 1 B 1514/81, n.v.

38 AG Bonn, Urteil v. 21.12.2005 – Az. 9 C 390/05, juris. Kläger in dem Verfahren war der Chemie-Professor *Harro Lentz*, dessen Fall auch eine mediale Aufmerksamkeit erlangte (so u.a. Spiegel-Online vom 17. Januar 2006, „Das geheime Milliardenspiel“, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/forschungsfoerderung-das-geheime-milliardenspiel-a-394373.html> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]).

39 Zur Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 18 Rdnr.14 ff. (S. 190 ff.), insb. Rdnr. 22 (S. 192).

40 LG Bonn, Beschluss v. 23.9.2008 – 5 S 118/08, juris.

41 2010 in „Ombudsmann für die Wissenschaft“ umbenannt, siehe hierzu [http://www.dfg.de/foerderung/grundlagen\\_rahmenbedingungen/gwp/ombudsmann/](http://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/ombudsmann/) (zuletzt abgerufen am 1.6.2018).

42 LG Bonn, Urteil v. 3.7.2001 – 18 O 25/01, NJW 2002, 3260.

43 So bereits ohne nähere Begründung BGH, Urteil v. 8.4.1981 – VIII ZR 98/80, NJW 1981, 1733.

44 LG Bonn (Fn. 40). So auch *Sieweke* (Fn. 33) S. 58 f., wonach sich der Informationszugang gegen die hinter der DFG stehende finanzierende Behörde richtet. Ablehnend *Groß/Karaalp*, Über-

tragbarkeit verwaltungsrechtlicher Verfahrensgrundsätze auf DFG-Verfahren, DVBl. 2010, S. 1135 (1142).

45 *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 39) § 18 Rdnr. 8 (S. 189).

46 BGH, Urteil v. 17.6.2003 – XI ZR 195/02, NJW 2003, 2451; *Sieweke* (Fn. 33) S. 53 f., 57; *Trute* (Fn. 36) S. 689; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 1) § 29 Rdnr. 5.

47 *Gärditz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2011, Band IX, § 189, Rdnr. 61; *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1139 f.; *Sieweke* (Fn. 33) S. 57.

48 *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1139. *Sieweke* (Fn. 33) S. 55 f., differenziert bezüglich des staatlichen Entscheidungseinflusses zwischen den Normalverfahren, bei dem aufgrund der Mehrheitsverhältnisse keine staatliche gelenkte Entscheidung möglich ist, und den koordinierten Programmen, bei denen die staatlichen Vertreter zumindest eine Sperrminorität hätten, so dass gegen sie keine Entscheidung möglich und damit ein ausreichender staatlicher Einfluss zu bejahen sei.

49 Dies würde aufgrund der in der Bund-Länder-Vereinbarung vom 19. Oktober 2016 (<https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Papers/Verwaltungsvereinbarung-Exzellenzstrategie-2016.pdf> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]) festgelegten Zweckbindung der Fördermittel damit im Ergebnis auch für die aktuelle Exzellenzstrategie, die der Exzellenzinitiative nachfolgte, gelten.

fiziert,<sup>50</sup> sondern diese „Halbstaatlichkeit“<sup>51</sup> führt zugleich zu einer Grundrechtsbindung, was nicht zuletzt mit dem die Flucht ins Privatrecht ausschließenden Grundsatz kontrastiert wird.<sup>52</sup> Selbst wenn die Verfahrensregeln (des Bundes oder der Länder) weder unmittelbar noch analog angewendet werden, da sich an der privatrechtlichen Natur der DFG nichts ändert, sollen zumindest wesentliche Verfahrensrechte und -grundsätze bei den Auswahlentscheidungen Anwendung finden.<sup>53</sup> Neben Anhörungs- und Begründungspflichten, dem Grundsatz der Unparteilichkeit und einer Rechtsschutzgewährung betrifft dies vor allem den ungehinderten und vollständigen Zugang zu Informationen und Offenlegung der Gutachternamen im Rahmen einer Akteneinsicht.<sup>54</sup>

Mit der Statuierung solcher wesentlichen Verfahrensrechte soll nicht zuletzt dem Verdacht von Willkür und Missbrauch entgegengewirkt werden, die aufgrund fehlender Transparenz gelegentlich unterstellt werden.<sup>55</sup> Mit Verweis auf internationale Standards und einer breiten Akzeptanz des Verfahrens unter den Wissenschaftlern widerspricht dem die DFG zwar regelmäßig und verweist hierzu auf bestehende (interne) Kontrollmechanismen, die die fachliche Gutachterausswahl betreffen und zudem die Beachtung von Befangenheitsregelungen sowohl für die Gutachter wie auch den Mitgliedern der Fachkollegien (in den Normalverfahren) und der Bewilligungsausschüsse (in den koordinierten Programmen) zwingend vorschreibt.<sup>56</sup> Nicht zuletzt werden die schriftlichen Gutachten im Falle einer Ablehnung in der Regel vollständig, wenn auch anonymisiert wiedergegeben.<sup>57</sup> An der Nichtoffenlegung von Gutachternamen hält die DFG jedoch unbeirrt fest und verpflichtet auch die Gut-

achter selbst zur Vertraulichkeit.<sup>58</sup> Dieses Verfahrensweise wird mit der Annahme begründet, dass Gutachter nur dann zur Begutachtung bereit seien und eine objektives Votum abgeben könnten, wenn ihnen Vertraulichkeit zugesichert wird und sie dadurch unabhängig und unvoreingenommen Förderanträge beurteilen können. Insofern ist die mangelhafte Transparenz dem Gegenstand der Begutachtung geschuldet und damit systembedingt und systemrelevant, denn während in einem Berufungs-, oder Evaluierungsverfahren das bisherige wissenschaftliche Werk oder in einem Habilitationsverfahren die Qualifizierungsschrift des zu Begutachtenden bewertet wird und mit dem Bundesverwaltungsgericht auch erwartet werden kann, dass man sich der wissenschaftlichen Auseinandersetzung stellt, geht es bei Förderanträgen zunächst nur um eine Prognoseentscheidung zur wissenschaftlichen Relevanz eines Projektes und damit um ein in der Zukunft liegendes Ergebnis. Vor allem aber, und da zeigt sich in besonderer Weise der Unterschied zum Berufungsverfahren, können diejenigen, die Förderanträge Dritter begutachten, auch selbst Antragsteller (im Normalverfahren) oder an Anträgen als Principal Investigators (PI) in koordinierten Programmen beteiligt sein und damit dann selbst begutachtet werden. Eine Namenstransparenz kann daher – nachvollziehbar – einen Verhaltens- und Erwartungsdruck verursachen, der eine offene, distanzierte und kritische Befassung mit Forschungsanträgen wiederum nahezu unmöglich macht.<sup>59</sup> Damit würde aber letztlich die Funktionsfähigkeit des gesamten Begutachtungssystems gefährdet werden. Dagegen birgt die Anonymität den unverkennbaren Vorteil, dass sie nicht nur vor Rücksichtnahme gegenüber Freunden und den einflussrei-

50 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 23 Rdnr. 62.

51 Trute (Fn. 36) S. 661.

52 Kopp/Ramsauer (Fn. 1) Einführung I, Rdnr. 51; siehe auch Groß/Karaalp (Fn. 44) S. 1140, die umgekehrt auch konsequent eine Grundrechtsberechtigung der DFG ablehnen.

53 Kopp/Ramsauer (Fn. 1) Einführung I, Rdnr. 51a.

54 Groß/Karaalp (Fn. 44) S. 1141 ff.; Sieweke (Fn. 33) S. 58 ff.

55 Siehe hierzu insbesondere die Kontroverse zwischen dem Heidelberger Literaturprofessor Roland Reuß, unterstützt durch den Münchner Rechtswissenschaftler Volker Rieble, u.a. Reuß/Rieble, Die freie Wissenschaft ist bedroht, FAZ vom 19. Oktober 2011 (<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/forschung-und-lehre/kritik-an-der-dfg-die-freie-wissenschaft-ist-bedroht-11497511.html> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]) und der DFG, Stellungnahme zum Beitrag „Die Freiheit der Wissenschaft ist bedroht“ von Roland Reuß und Volker Rieble ([http://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/reden\\_stellungnahmen/2011/stellungnahme\\_zu\\_faz\\_artikel\\_111027.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2011/stellungnahme_zu_faz_artikel_111027.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]).

56 Hinweise für die schriftliche Begutachtung, DFG-Vordruck 10.20 – 02/16, Punkt IV Ziff. 3 ([https://www.dfg.de/formulare/10\\_20/10\\_20\\_de.pdf](https://www.dfg.de/formulare/10_20/10_20_de.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]); Rahmengeschäftsordnung (RahmenGO) für Fachkollegien,

DFG-Vordruck 70.02 – 03/16, Ziff. 10 ([https://www.dfg.de/formulare/70\\_02/70\\_02.pdf](https://www.dfg.de/formulare/70_02/70_02.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]), mit Verweis auf die Hinweise der DFG zu Fragen der Befangenheit, DFG-Vordruck 10.201 – 04/10 ([https://www.dfg.de/formulare/10\\_201/10\\_201\\_de.pdf](https://www.dfg.de/formulare/10_201/10_201_de.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]); § 4 der Geschäftsordnung der Bewilligungsausschüsse für die Graduiertenkollegs und Sonderforschungsbereiche der DFG ([http://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/gremien/hauptausschuss/sfb\\_ausschuss/geschaeftsordnung\\_grk\\_sfb\\_ausschuss.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/gremien/hauptausschuss/sfb_ausschuss/geschaeftsordnung_grk_sfb_ausschuss.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]); Groß/Karaalp (Fn. 44) S. 1137.

57 Dies betrifft sowohl die Normalverfahren wie auch die koordinierten Verfahren, auch wenn in den koordinierten Programmen die Begutachtungsgruppe selbst bei der Begehung der antragstellenden Einrichtung insgesamt anwesend und damit namentlich bekannt ist.

58 Siehe Hinweise für die schriftliche Begutachtung, DFG-Vordruck 10.20 – 02/16, Punkt III, IV Ziff. 1 ([https://www.dfg.de/formulare/10\\_20/10\\_20\\_de.pdf](https://www.dfg.de/formulare/10_20/10_20_de.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]) sowie Hinweise zur Begutachtung von Anträgen im Programm Sonderforschungsbereiche, DFG-Vordruck 60.14 – 0/16, Punkt II Ziff. 1.

59 Groß/Karaalp (Fn. 44) S. 1142 mit Verweis auf Hornbostel/Olbrecht, Peer Review in der DFG: Die Fachkollegiaten, ifQ-Working Paper No. 2 (November 2007), S. 50 ff., 81.

chen Protagonisten des Fachbereichs schützt, sondern auch jenseits des wissenschaftlichen Mainstreams kreativen und originellen Projektanträgen eher eine Chance gegeben würde.<sup>60</sup> Für den Erfolg des durch die DFG repräsentierten Wissenschaftssystem ist daher ein hohes Maß an Autonomie und Distanz zu staatlichen Steuerungsinteressen, die ihren Ausdruck in der Vertraulichkeit der Gutachternamen findet, daher unerlässlich. Die Nachteile einer völligen Offenheit sind auch nicht von der Hand zu weisen, so dass sich die in der Verwaltungsrechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht nur aus formalen Gründen nicht auf das Privatrechtssubjekt DFG übertragen lassen können, sondern auch inhaltliche Aspekte gegen eine vollständige Offenlegung sprechen. Da jedes in gewisser Weise intransparente Verfahren auch Gefährdungen unterliegt und eine fehlende Kontrolle Missbrauchs- und Fehlentscheidungen befördern könnte, nicht zuletzt da bei ablehnenden Entscheidungen über eine Förderung die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG berührt wird,<sup>61</sup> sind somit ausreichende Kontrollmechanismen innerhalb der DFG vorzusehen, beispielsweise durch ein Ombuds- und Beschwerdegremium, das bei tatsächlichen und begründeten Anhaltspunkten für eine nicht wissenschaftsadäquate Förderentscheidung eine Begutachtung durch weitere Gutachter veranlasst, wobei eine Offenlegung der Namen in diesem Fall nicht zwingend geboten wäre.<sup>62</sup>

Eine darüber hinausgehende „Lückenfüllung“ durch die Übertragung von Verfahrensrechten scheidet dagegen (noch) aus, da es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, auch und gerade im Vergleich zu anderen europäischen Ländern<sup>63</sup> oder der europäischen Union im Rahmen des European Research Council. Offenheit und Transparenz kann insofern nur *de lege ferenda* erreicht werden und dem parlamentarischen Gesetzgeber wurde bereits eine „bedenkliche“<sup>64</sup> Untätigkeit hinsichtlich dieser defizitären Situation vorgeworfen sowie eine Pflicht zugewiesen, zum Schutz der Grundrechte der betroffenen Wissenschaftler Verfahrensrechte zu erlassen.<sup>65</sup> Dem Gesetzgeber wäre es hier auch ohne weiteres möglich, gesetzgeberisch tätig zu werden, allein es fehlen dafür die Anzeichen. Jedoch müssten auch diese Regelungen das sensible System der Vertraulichkeit zu wahren versuchen und so neben einem fairen und chan-

cengleichen Verfahren auch das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Entscheidungen für deren Akzeptanz in der wissenschaftlichen Gemeinschaft berücksichtigen.

## V. Fazit

„Es ist zu hoffen, daß sich künftig auch in diesem Bereich staatlichen Handelns die Tendenz zu größerer Offenheit gegenüber den Betroffenen durchsetzen wird“,<sup>66</sup> so das programmatische Resümee Hans Peter Bulls in seiner Besprechung zum Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes aus dem Jahre 1986, in dem das Gericht schon seinerzeit keinen Verweigerungsgrund sah, Gutachten in Berufungsverfahren geheim zu halten.<sup>67</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat mit seiner Entscheidung drei Jahrzehnte später nicht nur diese Auffassung nunmehr nachdrücklich bestätigt, sondern damit einen allgemeinen Rechtssatz formuliert, dass Gutachten, die die wissenschaftliche Leistung einer Person betreffen, weder nach einem Gesetz noch ihrem Wesen nach geheimhaltungsbedürftig sind. In gerichtlichen Auseinandersetzungen sollte dies daher zukünftig keiner weiteren Diskussion bedürfen. Für die Verwaltungs- und insbesondere Widerspruchsverfahren gilt dies dagegen nicht unmittelbar, die Entscheidung könnte dem Gesetzgeber wie den Hochschulen jedoch Anlass geben, auch hier zu mehr Transparenz zu gelangen, um dem Wunsch Bulls auch da Wirklichkeit werden zu lassen. Was schließlich die Begutachtungsverfahren in Wissenschaftsorganisationen wie die DFG anbelangt, stehen einer völligen Offenlegung und Transparenz nicht nur rechtsdogmatische Gründe entgegen, aufgrund der die Rechtsprechung nicht anders entscheiden kann, sondern auch Gründe der Sicherung der damit verbundenen wissenschaftsadäquaten Ziele. Möchte man unabhängige Entscheidungen zur Forschungsförderung, wird man nicht umhinkommen, Gutachter zu schützen und diesen Schutz in der vorzunehmenden Abwägung der Interessen auch höher zu gewichten. Die notwendige Missbrauchs- und Willkürkontrolle kann mangels einer rechtlichen Grundlage nur durch entsprechende Verfahren innerhalb der DFG gewährleistet werden.

Stefan Danz ist Leiter des Rechtsamtes und Justiziar der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

60 Neidhardt, Fehlerquellen und Fehlerkontrollen in den Begutachtungssystemen der Wissenschaft, in: Hornboitel/Simon (Hrsg.), *Wie viel (In-)Transparenz ist notwendig*, ifQ-Working Paper No. 1 (Dezember 2006), S. 7 (8).

61 Sieweke (Fn. 33) S. 59 f.

62 Wilden, *Die Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen für die außeruniversitäre Forschung und die Forschungsförderung*, 2009, S. 105.

63 Zu nennen sind hier der Danish Research Council (siehe Horn-

boitel/Olbrecht [Fn. 59] S. 50), in Frankreich die Agence Nationale de la recherche sowie die Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft.

64 Sieweke (Fn. 33) S. 63.

65 Gärditz (Fn. 47) Rdnr. 62; Groß/Karaalp (Fn. 44) S. 1140; Wilden (Fn. 62) S. 105 f.

66 Bull (Fn. 25) S. 119.

67 OVG Hamburg (Fn. 14).





# Frank Wertheimer

## *Forschungszulagen für Hochschullehrer – wer entscheidet?*

Die Vergabe von Forschungszulagen hat sich in Baden-Württemberg zu einem brisanten Thema entwickelt, zwei Hochschulen sind wegen angeblich unberechtigter Zahlungen an Wissenschaftler in den Focus des Wissenschaftsministeriums, z.T. auch der Staatsanwaltschaft geraten. Der Landtag hat gar einen Untersuchungsausschuss eingesetzt, der die „Zulagenaffäre“<sup>1</sup> aufklären soll. Auch der Landesrechnungshof hat sich mit dem Thema befasst und hierzu einen Beitrag in der Denkschrift 2018 verfasst.<sup>2</sup> Der Rechnungshof hat 2017 Forschungszulagen und Sonderzahlungen aus Drittmitteln an den Hochschulen für angewandte Wissenschaften geprüft. Einbezogen waren nur die Hochschulen, die zum Geschäftsbereich des Wissenschaftsministeriums gehören. Untersucht wurden Forschungszulagen und Sonderzahlungen, die im Zeitraum 2013 – August 2017 gewährt worden waren. Fehlerquellen bei der Gewährung von Forschungszulagen sieht der Rechnungshof diverse. Diese erstrecken sich z.B. von der Frage, ob die Zulage tatsächlich für ein Forschungsvorhaben gewährt wurde, über die Problematik einer ausreichenden Kostendeckung, die Beschränkung auf private Drittmittel-einnahmen bis hin zu der Frage, wer innerhalb der Hochschule für deren Gewährung überhaupt zuständig ist. Diesem letzten Punkt geht der Beitrag nach.

### I. Ausgangslage

Aus der baden-württembergischen Hochschulpraxis sind zwei Vorgehensweisen bei der Vergabe von Forschungszulagen an Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen ersichtlich. Entweder entscheidet das Rektorat als Kollegialgremium oder delegiert dieses die Entscheidung per Beschluss auf eines oder mehrere Rektoratsmitglieder. Dabei kommt es sowohl vor, dass Rektor sowie ein Prorektor über die Vergabe entscheiden oder dass die Entscheidung von Rektor und Kanzler getroffen

wird. Grundlage derartiger Entscheidungsstrukturen sind von den Hochschulen erlassene Richtlinien über das Verfahren und die Vergabe von Leistungsbezügen für Hochschullehrer gem. § 9 Abs. 1 der Leistungsbezügeverordnung (LBVO).<sup>3</sup>

Im Rahmen seiner Prüfung der Hochschulen für angewandte Wissenschaften vertrat der Rechnungshof die Auffassung, die Vergabe einer Forschungszulage bedürfe einer Rektoratsentscheidung, d.h. einer Entscheidung des Kollegialorgans. Konkret führt der Rechnungshof unter Ziff. 5 seines Denkschriftbeitrages<sup>4</sup> aus: „Die Zuständigkeit des Rektorats als Kollegium für die Vergabe der Forschungszulagen ist in § 8 Abs. 3 Leistungsbezügeverordnung abschließend geregelt. Diese Regelung ist angesichts der finanziellen Bedeutung der Zulagengewährung auch sachgerecht. § 9 der Leistungsbezügeverordnung regelt nicht die Zuständigkeit, sondern das vom Rektorat als Gremium zu praktizierende Verfahren“. Eine Delegation der Vergabe auf einzelne Rektoratsmitglieder hält der Rechnungshof nicht für zulässig, sie führe zur formellen Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung. Gleichwohl könne dieser formelle Fehler durch eine nachträgliche Entscheidung des Rektorats geheilt werden, wenn die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung der Forschungszulage gegeben sind.<sup>5</sup>

### II. Sedes materiae

Ob für die Vergabe einer Forschungszulage eine Entscheidung des kollegialen Rektoratsgremiums erforderlich ist oder dieses die Entscheidung auf einzelne Rektoratsmitglieder übertragen kann, ist auf Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen in Baden-Württemberg zu bestimmen.

1. Nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 14 LHG BW ist das Rektorat zuständig für die Festsetzung von Forschungs- und Lehrzulagen nach § 60 LBesG BW.<sup>6</sup> Diese Vorschrift re-

1 Vgl. hierzu etwa „Ministerin will Aufsicht über Zulagen“ in Badische Zeitung v. 11.07.2018, [www.badische-zeitung.de/suedwest-1/ministerin-will-aufsicht-ueber-zulagen--154507546.html](http://www.badische-zeitung.de/suedwest-1/ministerin-will-aufsicht-ueber-zulagen--154507546.html).

2 Forschungszulagen und Sonderzahlungen aus Drittmitteln an Hochschulen für angewandte Wissenschaften [Beitrag Nr. 23] in: Denkschrift des Rechnungshofs Baden-Württemberg v. 16.7.2018, abrufbar unter [www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/veroeffentlichungen/denkschriften/320933.html](http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/veroeffentlichungen/denkschriften/320933.html).

3 Verordnung des Wissenschaftsministeriums, des Innenministe-

riums und des Justizministeriums über Leistungsbezüge sowie Forschungs- u. Lehrzulagen (für Professoren und Leiter von Leitungsgremien an Hochschulen) v. 14.1.2005 (GBl. 2005, 125), zuletzt geändert am 18.7.2017 (GBl. S. 334, 339).

4 Siehe hierzu oben Fn 2.

5 Vgl. Ziff. 2.2.1 des Denkschriftbeitrages, a.a.O.

6 Landesbesoldungsgesetz Baden-Württemberg v. 9.11.2010 (GBl. S. 793) i.d.F. v. 17.7.2018.

gelt allerdings nur die – grundsätzliche – Zuständigkeit des Rektorats in Abgrenzung zu anderen Gremien der Hochschule, insbesondere zum Senat sowie zum Hochschulrat. Der Bestimmung lässt sich aber nicht entnehmen, dass die Festsetzung einer Forschungszulage vom gesamten Rektoratskollegium beschlossen werden muss. Hinsichtlich der Aufteilung der Kompetenzen innerhalb des Rektorates ist auf § 16 Abs. 2 LHG BW abzustellen. Daraus ergibt sich, dass das Rektorat bestimmte Geschäftsbereiche für seine Mitglieder festlegen kann, in denen sie die Geschäfte der laufenden Verwaltung in eigener Zuständigkeit erledigen. Damit ist einerseits gesagt, dass Entscheidungen, die in den Zuständigkeitsbereich des Rektorates fallen, nicht stets vom gesamten Gremium getroffen werden müssen, andererseits hilft § 16 Abs. 2 S. 1 1. Hs hier nicht weiter, da es sich bei der Vergabe einer Forschungszulage nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt. Eine strikte Vorgabe, Forschungszulagen ausschließlich durch Beschluss durch das (gesamte) Rektoratsgremium zu vergeben, lässt sich auch nicht den Grundordnungen der Hochschulen entnehmen. Mit „Gremien“ im Sinne der jeweiligen Grundordnungen sind im Zusammenspiel mit § 10 LHG BW die Gremien der Hochschule gemeint, in denen die einzelnen Mitgliedergruppen vertreten sind, insbesondere also der Senat und die Fakultätsräte, nicht aber das Rektorat als Leitungsorgan.

Ein Hinweis, dass eine Entscheidung über die Vergabe einer Forschungszulage grundsätzlich delegationsfähig ist, könnte sich aus § 16 Abs. 3 S. 5 LHG BW ergeben. Immerhin ist dort bestimmt, dass, soweit es um Forschungszulagen in der Medizinischen Fakultät geht, die Entscheidung auf deren Dekan bzw. deren Dekanin übertragen werden kann. Dieser Gedanke ist gleichwohl nicht verallgemeinerungsfähig, weil diese Bestimmung dem Umstand Rechnung trägt, dass die Dekanin bzw. der Dekan der Medizinischen Fakultät Beauftragte(r) für den Haushalt ist (vgl. § 27 Abs. 2 LHG BW), da die Fakultät nach § 27 Abs. 2 S. 1 wie ein Landesbetrieb gem. § 26 Abs. 1 LHO BW geführt wird.

2. Die Grundlage dafür, dass Hochschullehrern aus Mitteln privater Dritter überhaupt Forschungs- und Lehrzulagen bewilligt werden können, bildet § 60 Abs. 1 LBesG BW. Die Vorschrift legt aber die Zuständigkeit für die Vergabe einer Forschungszulage nicht fest, vielmehr enthält deren Abs. 3 eine Verordnungsermächtigung. Mit dieser kann das für die jeweilige Hochschule zuständige Ministerium durch Rechtsverordnung das Nähere zur Gewährung von Forschungs- und Lehr-

zulagen regeln, insbesondere zum Vergabeverfahren, zur Zuständigkeit sowie zu den weiteren Voraussetzungen und Kriterien der Vergabe.

3. Die Beantwortung der Frage, ob es für die Vergabe einer Forschungszulage eines kollegialen Rektoratsbeschlusses bedarf, kann sich damit nur aus der Leistungsbezügeverordnung (LBVO) ergeben, die von Wissenschaftsministerium, Innenministerium und Justizministerium auf Grundlage des § 60 Abs. 3 LBesG BW erlassen worden ist.

a) Ein Vergleich mit anderen Bundesländern zeigt zunächst, dass Entscheidungen zur Vergabe von Forschungszulagen nicht zwingend von den Hochschulleitungen als Kollegialorgan getroffen werden müssen, auch wenn die Entscheidungskompetenz regelmäßig bei der Hochschulleitung verankert ist.<sup>7</sup> So liegt etwa in Bayern gem. § 6 Abs. 1 BayHLeistBV, die auf Grundlage des im Vergleich zu § 60 Abs. 3 LBesG BW nahezu inhaltsgleichen Art. 74 BayBesG erlassen wurde, die Zuständigkeit allein beim Präsidenten der Hochschule. Entsprechendes gilt nach § 8 Abs. 2 LBVO NRW, der auf § 39 HLeistBVO NRW basiert. Der Hinweis des baden-württembergischen Rechnungshofes im Denkschriftbeitrag,<sup>8</sup> die Zuständigkeit des Rektorats als Kollegium sei angesichts der finanziellen Bedeutung der Zulagengewährung sachgerecht, verfängt daher nicht.

b) Im Rahmen der LBVO BW kommt es auf das Verständnis der Regelungen in §§ 8 Abs. 3 sowie 9 Abs. 1 an. Nach § 8 Abs. 3 LBVO BW entscheidet über die Festsetzung von Forschungs- und Lehrzulagen das Rektorat einer Hochschule nach Maßgabe der hochschulrechtlichen Bestimmungen. Diese Norm legt aber nicht fest, dass Entscheidungen über die Gewährungen einer Forschungszulage nur vom kollegialen Rektoratsgremium getroffen werden können. Vielmehr nimmt § 8 Abs. 3 LBVO BW nur die allgemeine Zuständigkeitsregelung, wie sie auch § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 14 LHG BW enthält, auf. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 9 Abs. 1 LBVO BW. Mit dieser Norm eröffnet der Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum für das Rektorat, was das Verfahren und die Vergabe von Forschungs- und Lehrzulagen nach § 8 betrifft. Zu Verfahren und Vergabe solcher Zulagen gehört auch die Bestimmung der Zuständigkeit, die § 60 Abs. 3 LBesG BW ausdrücklich dem Verordnungsgeber, also u.a. dem Wissenschaftsministerium, überlassen hat.

4. Von dieser aus § 9 Abs. 1 LBVO BW folgenden Gestaltungsmöglichkeit kann eine Hochschule im Wege ei-

7 Vgl. insoweit *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., 2017, Kap. 4 Rn. 251.

8 Vgl. Ziff. 5 des Denkschriftbeitrags Nr. 23 v. 16.7.2018.

ner Richtlinie zur Umsetzung von § 9 Abs. 1 LBVO BW Gebrauch machen. Das Rektorat kann somit die Gewährung von Forschungszulagen auf einzelne Rektoratsmitglieder delegieren.

Im Rahmen einer solchen Delegierung muss aber den Regelungen in § 16 Abs. 2 S. 4 und 5 LHG BW Rechnung getragen werden. Nach S. 4 können Beschlüsse in Haushaltsangelegenheiten nur mit Zustimmung der Rektorin oder des Rektors gefasst werden. S. 5 regelt das Vetorecht des Kanzlers bzw. der Kanzlerin gegen Maßnahmen, die für rechtswidrig oder mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht für vertretbar erachtet werden mit der Folge, dass vom Rektor dann eine Entscheidung des Hochschulrates herbeizuführen ist. Beides findet Berücksichtigung, wenn das Rektorat die Vergabe einer Forschungs- oder Lehrzulage auf Rektor *und* Kanzler delegiert und diese dann gemeinsam entscheiden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Vergabe einer Forschungszulage (gleiches gilt für die Vergabe von Lehrzulagen sowie die Festsetzung von Leistungsbezügen gem. § 38 LHG BW) eine Entscheidung des kollegialen Rektoratsgremiums nicht zwingend ist, dieses vielmehr die Entscheidung auf einzelne Rekto-

ratsmitglieder übertragen kann. Ein solches Delegieren auf Grundlage einer von einer Hochschule in Umsetzung von § 9 Abs. 1 LHG BW erlassenen Richtlinie ist jedenfalls dann unbedenklich, wenn Rektor und Kanzler an der Vergabeentscheidung beteiligt sind. Die Vergabeentscheidung bedarf im Übrigen gem. § 9 Abs. 2 LBVO BW der Schriftform und ist aktenkundig zu machen.

Um für die Zukunft Rechtssicherheit in diesem Punkt zu schaffen, wäre es hilfreich, wenn der Verordnungsgeber, ggf. durch eine Präzisierung von § 9 Abs. 1 LBVO BW, klarstellte, dass ein Delegieren der Zulagengewährung auf einzelne Rektoratsmitglieder möglich ist.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.



Evelina Will

*Der Brexit und die Forschung in der EU –  
Ein Update anlässlich des Weißbuchs der britischen  
Regierung vom 12. Juli 2018*

## **I. Einleitung**

Die potentiellen Auswirkungen des Brexit auf Forschung, Wissenschaft und die akademische Ausbildung in der EU wurden bereits in OdW beleuchtet.<sup>1</sup> Da die britische Regierung am 12. Juli 2018 – mehr als zwei Jahre nach dem Brexit-Referendum – ein Weißbuch mit dem Titel „The Future Relationship between the United Kingdom and the European Union“ (im Folgenden: das Weißbuch) vorgestellt hat, tut allerdings eine Neubewertung der Situation Not. Hierfür sind zunächst allgemeine Erwägungen zu dem Weißbuch anzustellen (II). Sodann werden die von der britischen Regierung unterbreiteten Vorschläge mit Relevanz für die Themenbereiche Forschung, Wissenschaft sowie akademische Ausbildung präsentiert und analysiert (III.). Ein Fazit rundet den Bericht ab (IV.).

## **II. Allgemeines zum Weißbuch der britischen Regierung**

Das Weißbuch der britischen Regierung gehört zu der Kategorie der sogenannten Buntbücher. Hierbei handelt es sich um amtliche Veröffentlichungen einer Regierung zur auswärtigen Politik, die unregelmäßig, meist aus besonderem politischen Anlass, herausgegeben werden.<sup>2</sup> Das Weißbuch ist rechtlich unverbindlich und beinhaltet ein Bündel von Vorschlägen der britischen Regierung, das die bislang vagen Planungen für die Zeit nach Vollzug des Brexit konkretisiert und eine Diskussionsgrundlage für die Verhandlungen mit den verbliebenen 27 Mitgliedstaaten der EU bildet.<sup>3</sup>

Das Weißbuch besteht aus vier Kapiteln, die von einer einleitenden „Executive Summary“ und einem abschließenden Fazit flankiert werden.<sup>4</sup> Während sich die ersten beiden Kapitel dem zukünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zwischen UK und EU („Economic partnership“) sowie der Zusammenarbeit in Sicherheitsfragen

(„Security partnership“) widmen, behandelt das dritte Kapitel („Cross-cutting and other cooperation“) sonstige Themenfelder, in denen Kooperationen – aus Sicht des UK – fruchtbar erscheinen. Das vierte Kapitel („Institutional arrangements“) thematisiert schließlich institutionelle Vereinbarungen, durch die die einzelnen Kooperationen zwischen UK und EU rechtssicher verwirklicht werden sollen.

## **III. Forschung, Wissenschaft und akademische Ausbildung**

Für Forschung, Wissenschaft und akademische Ausbildung ist insbesondere das dritte Kapitel relevant. Schon die Zusammenfassung des Kapitels im Rahmen der einleitenden „Executive Summary“ lässt erahnen, dass das UK auch nach dem Brexit ein signifikantes Interesse an Kooperationen auf diesen Themenfeldern hat. So erklärt die britische Regierung, dass sie es für sinnvoll erachtet, „cooperative accords [kooperative Vereinbarungen] for science and innovation, culture and education, development and international action, defence research and development, and space“ zu etablieren.<sup>5</sup>

### **1. Forschung und Wissenschaft**

Das bislang umfangreichste Forschungs- und Innovationsprogramm der EU ist das Rahmenprogramm *Horizont 2020*, in das Forschung und Wissenschaft im UK stark involviert sind.<sup>6</sup> Die Regierung des UK zielt vor allem auf eine Partizipation an diesem Programm, wenn sie eine Kooperation auf den Gebieten „science and innovation“ vorschlägt.<sup>7</sup> Darüber hinaus strebt sie eine Zusammenarbeit im Rahmen des *Euratom Research and Training Programme* sowie der Projekte *Joint European Torus* und *International Thermonuclear Experimental Reactor* an.<sup>8</sup> Schließlich ist das UK daran interessiert, an Projekten der EU-Verteidigungsforschung teilzuhaben.<sup>9</sup>

1 Vgl. dazu Will, *Der Brexit und die Forschung in der EU*, OdW 2017, 211 (213 f.).

2 Vgl. Creifelds/Weber/Cassarid, *Rechtswörterbuch*, 22. Aufl. 2017, 274 f.

3 Vgl. in diesem Zusammenhang das Vorwort des Brexit-Ministers Dominic Raab in Weißbuch, S. 3, in dem es heißt: „The White Paper details our proposals (...), setting out a comprehensive vision for the future relationship.“

4 Eine Gesamtwürdigung findet sich bei Ferry/Röttgen/Sapir/Tucker/Wolff, *Europa sollte einen harten Brexit vermeiden*,

FAZ v. 24.7.2018.

5 Weißbuch, S. 10.

6 Will, *Der Brexit und die Forschung in der EU*, OdW 2017, 211 (211 f.); ausführlich zu diesem Programm Bekker, *Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation*, OdW 2014, 97 (97 ff.).

7 Weißbuch, S. 78.

8 Weißbuch, S. 78.

9 Weißbuch, S. 80 f.

Das Programm *Horizont 2020* ist grundsätzlich für Staaten außerhalb der EU zugänglich, wobei zwischen zwei Kategorien – assoziierten Staaten und Drittstaaten – unterschieden wird.<sup>10</sup> Das UK favorisiert den Status eines assoziierten Staates, was den Zugang zu den Förderpöfen von *Horizont 2020* erleichtern würde, und weist in diesem Zusammenhang auf die Assoziierung von immerhin 16 Staaten, die nicht der EU angehören, hin.<sup>11</sup> Mit Blick auf die Forschungsprogramme zur Nuklearenergie verweist die britische Regierung auf ein Abkommen mit der Schweiz, das eine wissenschaftliche und technische Kooperation mit *Euratom* ermöglicht.<sup>12</sup>

Die skizzierten Vorschläge im *Weißbuch* lassen insgesamt einen starken Willen des UK erkennen, die europäische Forschung und Wissenschaft auch nach dem Brexit voranzutreiben. Die britische Regierung bringt ihre grundsätzliche Wertschätzung für die bisherigen Arbeiten auf diesem Gebiet zum Ausdruck, wenn sie konstatiert: „Working in partnership has increased the impact of our scientific activity, leading to major breakthroughs, such as the development of an Ebola vaccine and the discovery of graphene, the toughest material ever tested.“<sup>13</sup>

Die britischen Vorschläge werfen jedoch auch Fragen auf. Zwar erklärt sich UK bereit, „appropriate financial contributions“ für den Fall einer Kooperation in Angelegenheiten der Forschung und Wissenschaft zu leisten;<sup>14</sup> Details eines solchen Finanzierungsmodells werden indes nicht angekündigt. Schwerer wiegt jedoch die Frage nach der Mobilität der an grenzüberschreitenden Forschungsprojekten beteiligten Wissenschaftler. Der in Art. 179 AEUV verankerte europäische Raum der Forschung sieht die Freizügigkeit für Forscher vor. Nach Vollzug des Austritts besitzt diese Vorschrift für UK keine Gültigkeit mehr. Da die Begrenzung der Freizügigkeit eines der zentralen Anliegen des Referendumsentscheids war, verwundert die klare diesbezügliche Positionierung der britischen Regierung im *Weißbuch* nicht: „Free movement of people will end as the UK leaves the EU.“<sup>15</sup> Wenngleich das UK Bereitschaft signalisiert, diese strikte Linie für einzelne Personengruppen aufzuweichen, und die Freizügigkeit als „key element of (...) scientific cooperation“ identifiziert,<sup>16</sup> ist damit zu rechnen, dass es zukünftig schwerer wird, zu Forschungszwecken in das UK zu reisen.

## 2. Akademische Ausbildung

Im Bereich der grenzüberschreitenden akademischen Ausbildung spielt das am 15. Juni 1987 durch Beschluss des Rates ins Leben gerufene Erasmus-Programm,<sup>17</sup> das 2014 in *Erasmus+* umbenannt und inhaltlich modifiziert wurde, eine tragende Rolle. Aus dem *Weißbuch* geht hervor, dass sich die britische Regierung der Bedeutung des Programms für die universitäre Ausbildung innerhalb Europas bewusst ist.<sup>18</sup> So hebt sie hervor, dass „[t]he UK and the EU should continue to give young people and students the chance to benefit from each other’s world leading universities (...)“. Das Programm *Erasmus+* kennt Programm- und Partnerländer, wobei die beiden Qualifizierungen grundsätzlich unabhängig von der EU-Mitgliedschaft sind.<sup>19</sup> Das UK hätte daher die Möglichkeit, weiterhin an diesem Programm zu partizipieren. Das *Weißbuch* spricht jedoch nur vage von einer Teilnahme an einem nicht näher beschriebenen Nachfolgeprogramm („successor scheme“).<sup>20</sup>

Es favorisiert offenbar ein „youth mobility scheme“, wie es bereits heute zwischen dem UK und Australien oder Kanada existiert und das die Freizügigkeit von Studierenden gewährleistet.<sup>21</sup>

## IV. Fazit

Die Bereitschaft des UK, bestehende Kooperationen in Wissenschaft, Forschung und akademischer Ausbildung fortzuführen, ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Das *Weißbuch* stellt insofern eine gelungene Grundlage für die Verhandlungen zwischen EU und UK dar. Allerdings bedarf es bis März 2019 zwingend einer Konkretisierung der noch offenen Fragen, insbesondere der Freizügigkeitsproblematik.

Evelina Will ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Sie dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts.

10 Will, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (213 f.).

11 *Weißbuch*, S. 78.

12 *Weißbuch*, S. 78.

13 *Weißbuch*, S. 77 f.

14 *Weißbuch*, S. 77.

15 *Weißbuch*, S. 32.

16 *Weißbuch*, S. 33.

17 Beschluss des Rates vom 15. Juni 1987 über ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm zur Förderung der Mobilität von Hoch-

schulstudenten (ERASMUS), 87/327/EWG; ausführlich zur Rolle des UK in dem Programm Will, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (212).

18 *Weißbuch*, S. 34, 79.

19 So gehören beispielsweise auch Norwegen und die Türkei zu den Programmländern, vgl. Will, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (212).

20 *Weißbuch*, S. 79.

21 *Weißbuch*, S. 34.

# Friedrich Paulsen

## *Die drei Grundtypen der Universitäten in historischer Perspektive<sup>1</sup>*

Die mannichfachen Formen der gegenwärtigen bestehenden Hochschulen lassen sich auf drei Grundtypen zurückführen: den englischen, den französischen und den deutschen Typus.

Der englische Typus, wie ihn die beiden altherwürdigen Universitäten Oxford und Cambridge darstellen, ist der älteste; in ihm ist die ursprüngliche Form der mittelalterlichen Universität am meisten erhalten, wie denn England überhaupt das konservativste, altes Herkommen am treuesten bewahrende Land in Europa ist. Von hier ist er nach Nordamerika übergegangen. Die Universität ist in diesen Ländern eine autonome Körperschaft; sie regiert sich selbst und unterhält sich aus eigenem, auf Stiftung beruhenden Vermögen; die Staatsregierung hat mit der regelmäßigen Verwaltung nichts zu thun. Die Lebensordnungen sind in den Grundzügen die der mittelalterlichen Universität, Lehrer und Scholaren wohnen in den colleges und halls in einer Art klösterlichen Gemeinschaft beisammen. Auch der Unterricht gleicht nach Inhalt und Form dem Unterricht der alten Universität und ihrer Hauptfakultät, der *facultas artium*. Sein Ziel ist wesentlich eine erweiterte und vertiefte allgemeine Bildung, wie sie für einen Gentleman sich schickt; die eigentlich wissenschaftliche Forschung liegt ebenso wie die fachwissenschaftliche Vorbildung für den praktischen Beruf ausserhalb der regelmäßigen Aufgabe. Unterrichtsgegenstände sind vor allem die allgemein bildenden Wissenschaften: Sprachen, Geschichte, Mathematik, Naturwissenschaften, Philosophie.

Der französische Typus der Hochschule hat sich am weitesten von der alten Form entfernt. Die Revolution zog, wie über so viele andere historische Bildungen, so auch über die freilich längst altersschwachen Universitäten einen Strich, um für einen großen Neubau nach geometrischem Schema Raum zu gewinnen. Erst unter dem Kaisertum kam es zur Ausführung des Neubaus. An die Stelle der alten Universitäten traten isolierte staatliche Fachschulen für die einzelnen Berufe, die einer wissenschaftlichen Vorbildung bedürfen, vor allem Rechtsfakultäten und medizinische Schulen, neben denen die in zwei Hälften, *faculté des lettres* und *des sciences*, gespal-

tene philosophische Fakultät ein mehr als bescheidenes Dasein fristete. Die alte Zusammenfassung der Fakultäten zur Einheit der Universität wurde aufgegeben; selbst der Name der Universität wäre verschwunden, wenn er nicht mit veränderter Bedeutung in der *université de France* erhalten geblieben wäre: er bedeutet hier die grosse, das ganze Land umfassende einheitliche Verwaltungskörperschaft für das Unterrichtswesen, von der Elementarschule bis zur fachwissenschaftlichen Hochschule. Die wissenschaftliche Forschung und die allgemeinerwissenschaftliche Ausbildung gehören nicht eigentlich zu ihrer Aufgabe, jene ist Sache der Akademie, diese der Vorbereitungsschule. Erst die dritte Republik hat sich die Wiedervereinigung der Fakultäten zu Universitäten, die mit gewissen korporativen Rechten und Funktionen ausgestattet sind, sowie die Belegung der theoretisch-wissenschaftlichen Studien an ihnen nicht ohne Erfolg angelegen sein lassen.

Der deutsche Typus steht, was die äussere Verfassung anlangt, in der Mitte zwischen dem englischen und dem französischen Typus. Er hat von der ursprünglichen Form mehr behalten als der französische, andererseits hat er den Forderungen der Neuzeit mehr nachgegeben als der englische. Die deutsche Universität ist, wie die französische, Staatsanstalt, sie wird vom Staat errichtet und unterhalten und steht unter der Staatsverwaltung. Doch hat sie nicht unwichtige Stücke der alten korporativen Verfassung sich erhalten: sie besitzt ein gewisses Mass von Selbstverwaltung; sie wählt ihre Behörden, Rektor, Senat und Dekane selbst; sie übt endlich einen bedeutenden Einfluss auf die Besetzung der Lehrstühle aus.

Fasst man das innere Wesen der Universität ins Auge, so tritt als ihr besonderer Charakter hervor, dass sie zugleich Werkstatt der wissenschaftlichen Forschung und Anstalt für den höchsten wissenschaftlichen Unterricht, und zwar sowohl für den allgemein-wissenschaftlichen als auch fach-wissenschaftlichen und beruflichen Unterricht ist. Wie die englischen Universitäten, bieten sie einen erweiterten und vertieften allgemeinerwissenschaftlichen Unterricht. Wie die französischen fa-

<sup>1</sup> Aus Friedrich Paulsen, *Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium*, 1902, S. 1ff.



cultés, bietet sie den fachwissenschaftlichen Unterricht für die gelehrten Berufe, nämlich des Geistlichen, des Richters und des höheren Verwaltungsbeamten, des Arztes und des Gymnasiallehrers. Sodann aber ist sie, was die englischen und französischen Hochschulen beide nicht sind, der vornehme Sitz der wissenschaftlichen Arbeit in Deutschland und zugleich die Pflanzschule der

wissenschaftlichen Forschung. Nach deutscher Auffassung ist der Universitätsprofessor zugleich Lehrer und wissenschaftlicher Forscher, und zwar steht letzteres in erster Linie, so dass man eigentlich sagen muss: in Deutschland sind die wissenschaftlichen Forscher zugleich die Lehrer der akademischen Jugend.