

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2019

Aufsätze

- Hans-Peter Schwintowski/Valeria Podmogilnij/
Daniel Timmermann* Legal Tech – ein neues (Ordnungs-)Prinzip
der Rechtswissenschaft? 205-214
- Thomas Würtenberger* Unterrichtsausfall und chancengleicher Hoch-
schulzugang 215-226
- Cristina Fraenkel-Haeberle* Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Bei-
spiel des universitären Berufungsverfahrens
im deutsch-italienischen Vergleich 227-236
- Margrit Seckelmann* Tax Compliance Management bei Wissen-
schaftseinrichtungen 237-242
- Susanne Lutz* Datenschutzpflichten studentischer Hilfskräfte
243-248

Buchbesprechungen

- Rafael Müller* Gerrit Hellmuth Stumpf, Ungeschriebener
Parlamentsvorbehalt und akademische Selbst-
verwaltungsgarantie 249-254
- Ulf Pallme König* George Turner, Hochschulreformen - Eine
unendliche Geschichte seit den 1950er Jahren
255-258

Tagungsbericht

- Margrit Seckelmann* Evaluationen im deutschen Wissenschaftssys-
tem – Bericht über die Tagung des Vereins zur
Förderung des deutschen und des internatio-
nalen Wissenschaftsrechts am 7. und 8. März
2019 in Berlin 259-260

Ausgegraben

Albrecht Dihle Humanismus und Wissenschaft 261

Hans-Peter Schwintowski/Valeria Podmogilnij/
Daniel Timmermann
*Legal Tech – ein neues (Ordnungs-)Prinzip der
Rechtswissenschaft?*

I. Einleitung

Entrepreneure¹ ersinnen für aufkommende Konzepte und Ideen stets neue Bezeichnungen. Technologie dringt in gesellschaftliche Strukturen ein und sorgt für ein Aufkommen neuer Neologismen. Die Verbreitung technischer Lösungen in nahezu allen Wirtschaftszweigen führt zu Schnelligkeit, Fehlerreduzierung und Effizienz, sowie zur Entstehung von X-Tech. Die wohl bekanntesten sind Fin Tech, Prop Tech, Insur Tech, Reg Tech und Legal Tech. Inzwischen wurde ein erster Gesetzentwurf zur Regulierung von Legal Tech vorgelegt,² dabei ist, trotz der scheinbar selbsterklärenden Bezeichnung dessen Bedeutung und Tragweite ungewiss. Im Folgenden wird ein Überblick über Legal Tech-Anwendungen, die Geschäftsmodelle und ihre Herkunft gegeben, sowie die Wechselwirkung zum Rechtssystem untersucht (II). Daraus wird der regulatorische Rahmen abgeleitet und das Forschungsfeld eingegrenzt (III). Nach einer kurzen Vorstellung der Forschungsstelle Legal Tech (IV) werden das Veränderungspotential des Arbeitsmarktes durch Legal Tech analysiert und Gedanken zu bildungspolitischen Reaktionsmöglichkeiten vorgestellt (V).

II. Intelligente Technologie im Recht

Technischer Fortschritt verändert das Recht und seine Durchsetzung. Digitale Anwendungen in Bereichen mit rechtlichen Bezügen werden oft vorschnell unter dem Sammelbegriff Legal Technology zusammengefasst. Im Folgenden wird dargestellt, welche Anwendungen hierunter fallen und wie sie einzuordnen sind (1). Es wird erläutert, wie der Zugang zum Recht durch Technik gestaltet werden kann (2). Es drängt sich die Frage auf, ob Legal Tech als Ordnungsprinzip verstanden werden

kann (3). Schließlich wird Künstliche Intelligenz in den Fokus genommen (4).

1. Begriff und Herkunft

Der Begriff Legal Tech(nology) ist mehrdimensional. Er bezeichnet die technische Unterstützung bei der Berufsausübung, aber auch die juristische Tätigkeit selbst. Legal Tech prägt somit das juristische Arbeitsumfeld und Selbstverständnis. Es wäre ein Irrtum anzunehmen, dass Legal Tech nur in der Anwaltschaft zum Einsatz kommt oder die Anwälte substituiert. Legal Tech-Anwendungen werden in der gesamten Laufbahn angehender Juristen – im Hörsaal, der Anwaltskanzlei, der gerichtlichen Praxis und der öffentlichen Verwaltung – eingesetzt. Legal Tech-Anwendungen können in verschiedene Produktkategorien unterteilt werden.³ Viele Legal Tech-Produkte richten sich an Rechtsschutzsuchende und beziehen sich auf leichte Fallprüfungen. Dahinter verbergen sich meist Geschäftsmodelle, die Elemente des Inkassos mit einer Finanzierung auf Basis eines Erfolgshonorars vereinen.⁴ Solche Legal Tech-Anwendungen werden als Onlineplattformen oder mobile Anwendungen (Apps) betrieben und bieten Verbrauchern die Möglichkeit, Rechte außergerichtlich geltend zu machen und gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen. Hierzu zählen beispielsweise Programme zur Prüfung von Bußgeld- und Hartz-IV-Bescheiden⁵ oder Mietnebenkostenabrechnungen und Dienste zur Geltendmachung von Nutzungsentschädigungen bei widerrufenen Lebensversicherungen,⁶ Entschädigungen für Flug- und Bahnausfälle, sowie für Urheberrechtsverletzungen.⁷ Textanalyse und vorlagenbasierte Dokumentenerstellung⁸ werden mit Management-Elementen vereint und bieten Verbrauchern die Möglichkeit der Über-

1 Im folgenden Text wird zur Wahrung des Leseflusses nur die männliche Form genannt, aber stets die weibliche und andere Form gleichermaßen mitgedacht.

2 BT-Drs. 19/9527 vom 17.4.2019.

3 Das sind z.B. automatisierte Rechtsberatungprodukte, Systeme zur Textanalyse und Dokumentenerstellung, Legal Process Outsourcing, Online-Streitbeilegungs-Plattformen, juristische Hilfsmittel, Lernportale und Akquiseinstrumente. Ausführlich zu den Einsatzmöglichkeiten vgl. *Podmogilnij/Timmermann*, Legal Tech - eine Schärfung der Konturen, AnwBl Online 2019, 436, 437.

4 *Römmermann/Günther*, Legal Tech als berufsrechtliche Herausforderung, NJW 2019, 551, 556; eine gelungene Darstellung der Geschäftsmodelle bietet *Hartung*, Inkasso, Prozessfinanzierung und das RDG, AnwBl Online 2019, 353 ff.

5 Geblitzt.de und rightmart.de.

6 Wenigermiete.de und helpcheck.de.

7 Flightright.de, bahn-buddy.de und pixsy.com.

8 U.a.: Knowledge Tools, Lawlift, Leverton, Lexalgo, Rfrnz, Normfall, Inventus, Evana, Epiq, Consilio, Ayfie.

wachung von Vertragslaufzeiten oder zur Erstellung notwendiger Dokumente (z.B. Kündigungen) ohne Medienbruch.

Legal Tech zielt auch auf Rechtsanwender ab: Insbesondere die Anwaltschaft, teilweise auch Richterschaft und Sachbearbeitende.⁹ Legal Tech-Anwendungen für Rechtsanwender sind digitale Werkzeuge und Produkte, die die Arbeit unterstützen und zur Effizienzsteigerung beitragen. Es handelt sich um Dienste, die imstande sind, Verträge, Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsakte und andere Sachverhalte nach bestimmten Kriterien zu durchsuchen und rechtlich relevante Aspekte zu erkennen. Diese *digitalen Assistenzsysteme* basieren auf standardisierten Elementen und befolgen schematische Wenn-Dann-Schlussregeln.¹⁰

In der Literatur werden umfassendere und engere Definitionen des Legal Tech-Begriffs vertreten.¹¹ Der Begriff verspricht computergestützte digitale Technologie im juristischen Bereich.¹² Allen Definitionen ist die Postulierung einer (Teil-)Automatisierung in der einzelfallbezogenen Rechtsanwendung gemeinsam.¹³ Der Versuch Prozesse der geistigen Arbeit zu automatisieren geht bis in die frühen 70er Jahre zurück.¹⁴ Elektronische Informationsverarbeitung in der Verwaltung und ihre juristische Anwendung hat neue Disziplinen und Forschungsfragen hervorgebracht.¹⁵ Als eine Disziplin ist die Rechtsinformatik hervorgegangen.¹⁶ Bereiche der Rechtsinformatik waren die Voraussetzungen, Anwendungen und Folgen des Computereinsatzes im Recht.¹⁷

Anfangs standen die rechtstheoretischen Aspekte unter der Erforschung der Formalisierung des Rechts im Vordergrund. Erst später dominierten aus dem Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik resultierende Rechtsfragen. Formalisierung des Rechts be-

zeichnet das Überführen positiv normierter Regeln in ein technisches Äquivalent. Das bedeutet, Normen werden maschinenlesbar verarbeitet und können angewendet werden. Expertensysteme¹⁸ waren ein Forschungsschwerpunkt in der Rechtsinformatik. Zweck der Expertensysteme ist das Bereithalten und Zugänglichmachen von Spezialwissen. Ein Expertensystem ist ein Programm, bei dem die Fachkompetenz aus einem Bereich menschlicher Expertise in einer Wissensbank gebündelt und informationstechnisch gerecht zur Problemlösung bereitgestellt wird.¹⁹ Expertensysteme bestehen aus verschiedenen Komponenten: der Wissensbank, dem Schlussfolgerungsmechanismus, der Erklärungskomponente, dem Dialogteil und der Wissensakquisition.²⁰ Der Schlussfolgerungsmechanismus bzw. *reasoning engine* dient der Wissensauswertung. Fakten und Regeln werden nach einer vorgegebenen Strategie verknüpft, um Folgerungen und Ergebnisse zu produzieren. Bei regelbasierten Expertensystemen erfolgt die Schlussfolgerung anhand von Wenn-Dann-Abfolgen. Der Schlussfolgerungsmechanismus bei diesen Expertensystemen²¹ ist generalisierend, er benutzt eine einheitliche Sprache sowohl zur Wissensrepräsentation als auch zur logikbasierten Regeldefinition.²²

Taugliche Expertensysteme existieren heute nur vereinzelt.²³ Das hat mindestens zwei Gründe. Die Wissensbanken sind meist unvollständig. Folglich werden bei der Wissensauswertung falsche Ergebnisse berechnet. Die Aufnahme der Regeln und Fakten erfolgt manuell, dieser Prozess ist zeitaufwändig und teuer.²⁴

Legal Tech-Anwendungen bieten wissensbasierte Programme an. Unterschiede zwischen Expertensystemen und Legal Tech-Anwendungen ergeben sich bei der Komplexität der *reasoning engines*. Die Komplexität verändert sich mit dem Stand der Technik kontinuierlich.

9 Im Bereich Versicherungen und Verwaltung.

10 Ähnlich, allerdings unter dem Begriff "industrielle Rechtsdienstleistung" *Hullen*, Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools (Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech), 2019, S. 32 f.

11 *Hartung*, Legal Tech Digitalisierung des Rechtsmarktes, S. 7; <https://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech> (abgerufen am 14.08.2019); *Buchholtz*, Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, S. 955; *Podmogilnij/Timmermann*, Legal Tech - eine Schärfung der Konturen, AnwBl Online 2019, 436, 436.

12 *Fries*, PayPal Law und Legal Tech, NJW 2016, 2860, 2862; *Prior*, Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung, ZAP 2017, 651; *Steinrötter/Sedzikowski/Faber/Wenzel*, Legal Tech eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche, HanLR 2018, 175, 179.

13 *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den sie beratenden Kanzleien, BB 2018, 1097;

14 *Fiedler*, Grundbegriffe der elektronischen Informationsverarbeitung in ihrer juristischen Anwendung, JuS 1970, 432.

15 So hat sich das heutige Datenschutz- und Informationsrecht durch eine Verengung der Rechtsinformatik entwickelt.

16 *Gräwe*, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 265.

17 *Döpke/Jülicher*, Digitale Transformation im Spiegel juristischer Grundlagendisziplinen, InTeR 2019, 19, 20.

18 Juristische Expertensysteme werden auch als wissensbasierte Systeme bezeichnet.

19 *Styczynski/Rudion/Naumann*, Einführung und Grundbegriffe der Expertensysteme 2017, S. 11.

20 *Schnupp/Leitbrandt*, Juristische Expertensysteme, 1986, S. 13.

21 Zur Funktionsweise von Expertensystemen ausführlich: *Ashley*, Artificial Intelligence & Legal Analytics 2017, S. 8 ff.; *Mathes*, Stehen Expertensysteme vor einer Renaissance im Bereich Legal Tech, Rethinking Law, 2019, S. 29 f.

22 *Mathes*, Stehen Expertensysteme vor einer Renaissance im Bereich Legal Tech, Rethinking Law 2019, S. 28 f.

23 *Hullen*, Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools (Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech), S. 79 ff.

24 *Ashley*, Artificial Intelligence & Legal Analytics 2017, S. 11.

Das Effizienzpotenzial durch den technologischen Fortschritt sowie der Preisdruck durch die Mandantschaft fördern ein Umdenken in der Rechtsberatungspraxis. Veränderungspotential, insbesondere in der Zivilgerichtsbarkeit, erkennt auch die Justiz. Zivilverfahren dauern ab Anhängigkeit der Klage im Durchschnitt zwischen anderthalb und drei Jahren, gleichzeitig ist die Zahl der Zivilverfahren rückläufig.²⁵ Der Rückgang ist bei der Amtsgerichtsbarkeit mit niedrigen Streitwerten am stärksten, zeitgleich nimmt die Beteiligung an außergerichtlichen (Online-)Streitbeilegungs-Plattformen zu. Streitschlichtung sowie Online-Services sparen Zeit und Kosten und erscheinen für Verbraucher attraktiv. Die Arbeitsweise von Juristen unterliegt einem fundamentalen Wandel, an Stelle von „maßgeschneiderten“²⁶ Dienstleistungen werden Anwaltsdienste standardisiert, systematisiert, online verfügbar und zum Teil als Massenware beziehungsweise Produktpakete angeboten.²⁷

Legal Tech-Anwendungen, die sich an Verbraucher richten, sind schon heute als Massenware oder standardisierte (Rechts)Produkte zu qualifizieren. Rechtsprodukte sind strukturierte Dienstleistungspakete, mit deren Hilfe die Interessen der Nutzenden schneller, günstiger und effektiver umgesetzt werden.²⁸ Es handelt sich um ausgelagerte Tätigkeiten aus dem anwaltlichen Beratungsspektrum. Derzeit ist zu beobachten, dass einfach gelagerte, auf gebundenen Entscheidungen basierende Rechtsfälle sowie die Dokumentenerstellung ausgelagert werden. Die genannten Rechtsberatungsprodukte sind nicht abschließend.

2. Zugang zum Recht

Der Wortlaut von Artikel 19 Abs. 4 GG garantiert die Zugänglichkeit des Rechtswegs und die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Rechtsschutzgarantie ist nur hinsichtlich Rechtsverletzungen durch die Exekutive einschlägig. Für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung gegen Private ist Artikel 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip heranzuziehen.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht leitet aus Artikel 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip einen grundrechtlichen Anspruch auf ein faires, den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügen-

des Gerichtsverfahren ab, welches über die Anforderungen der Verfahrensgrundrechte hinausgeht.³⁰ Die zivilgerichtliche Rechtsdurchsetzung ist von dieser Garantie umfasst.³¹

Die Verwirklichung einer effektiven Rechtsdurchsetzung verfolgte auch der BGB-Gesetzgeber. Der Grundgedanke des BGB war mechanisch. Der Gesetzgeber gab Normen als Leitplanken vor, hierunter sollten alltägliche Sachverhalte subsumiert werden. Das BGB sollte den Bürgern somit das Ergebnis der Rechtsprüfung liefern. Dieses Konzept hat sich in der gelebten Rechtspraxis als Utopie erwiesen. Auch die Prozesskostenhilfe und Prozessfinanzierung können das Recht nicht in jedem Einzelfall durchsetzen, sei es, da die Institute zu teuer, kompliziert oder langsam sind.

Legal Tech-Anwendungen können hier grundlegenden Veränderungen erzielen. Mit einer steigenden Zahl an Streitigkeiten ist zu rechnen, wenn Prozessschritte vereinfacht und die Prozessdauer verringert werden. Das verspricht die Vereinbarung von Prozessfinanzierung mit Inkassomodellen. Dabei hat Legal Tech bereits Einzug in Gerichtssäle gefunden, „aufgrund von Legal Tech werden viele Rechtsfälle in Verbraucherangelegenheiten vor den ordentlichen Gerichten verhandelt“.³² Zudem wird das Prozessrisiko übernommen und die Verfahren versprechen kürzer zu werden.

Aktuell werden durch Legal Tech-Anwendungen neue, für Gerichte nicht bekannte Prozesse ausgelöst.³³ Legal Tech kann in der Justiz zu Standardisierungen und Automatisierungen führen.

3. Rechtliche Rahmenbedingungen im Kontext digitaler Transformation

Regeln und Regelwerke des Gesetzgebers sind dynamisch. Regulierung ist aber nicht nur durch Normsetzung möglich. Regulierende Wirkung haben auch bestimmte tatsächliche Umstände. Insoweit formulierte der amerikanische Verfassungsrechtler *Lawrence Lessig* gleichermaßen provokant wie vorausschauend *Code is Law*.³⁴

Die Forcierung eines bestimmten Verhaltens erfolgt nicht nur über die, aus der Norm resultierenden Rechtsfolgen für die Adressaten, sondern auch durch die Schaf-

25 https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html (abgerufen am 14.08.2019).

26 *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2. Aufl., 2017, S. 25 ff. „commoditized“.

27 *Ashley*, *Artificial Intelligence & Legal Analytics* 2017, S. 7; *Hullen*, *Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools* (von der Rechtsinformatik zu Legal Tech) 2019, S. 34.

28 *Schwintowski*, *Legal Tech - Im Spannungsfeld zwischen Gewerbefreiheit und erlaubnispflichtiger Rechtsdienstleistung*, *EWerK* 6/2018, S. 218.

29 *Maunz/Dürig/Di Fabio*, 85. EL November 2018, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 72.

30 BVerfG, Beschluss v. 26.5.1981 - 2 BvR 215/81, *OpenJur* 2011, 118312.

31 *Maunz/Dürig/Di Fabio*, 85. EL November 2018, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 73.

32 Zu denken ist an Mietstreitigkeiten und den Abgasskandal.

33 *Schröder-Lomb*, Präsidentin des AG Berlin-Wedding auf einem Symposium „Legal Tech in der Justiz“ im November 2018.

34 *Lessig*, *Code Version 2.0*, S. 110.

fung funktionaler Grenzen. Die Entscheidungsfreiheit der Adressaten darüber, ob diese sich rechtskonform verhalten möchten, kann wegfallen.³⁵ Auch wenn die verhaltenssteuernden Merkmale vergleichbar sind, ist Code jedoch kein Äquivalent zum Gesetz. Es wird nicht das “Sollen”, sondern das “Können” erfasst. Dennoch kann die Dimension des “Könnens” unterschiedlich gelagert sein: die Code-Ebene kann sich mit dem Inhalt der kodifizierten Normen decken, ihn ergänzen oder konterkarieren.³⁶ In letzterem Fall besteht eine Divergenz zwischen formeller und materieller Rechtslage. Diese Entwicklung gibt Anlass zur Sorge und birgt unter Umständen Gefahren. Das Recht ist schließlich das als Herrschaftsinstrument geordnet, dynamisch entwickelnd und auf Grundwerten basierend menschliches-Miteinander. Unverzichtbar ist die Akzeptanz von und das Vertrauen in Recht.³⁷ Recht und Technik müssen auf die jeweiligen Belange Rücksicht nehmen und sich gegenseitig ausbalancieren. Damit werden sowohl eine Überlagerung von Rechten durch zu weit gefasste Regelungen als auch Innovationshemmnisse durch restriktive Normen verhindert.³⁸

Bleibt die Frage, ob Legal Tech-Anwendungen als Ordnungsprinzip der Rechtswissenschaft aufgefasst werden können. Ordnungsprinzipien der Rechtswissenschaft sind nach allgemeinem Verständnis die Grundregeln der Dogmatik, einschließlich der Auslegungsmethoden. Es geht darum, das rechtliche Begriffssystem sinnvoll und sachgerecht zu ordnen, zu durchdringen und durch ziele und zweckorientierte Wertentscheidungen am Sachverhalt zu prüfen und zu optimieren.³⁹ Diese Aufgabe des Rechtssystems wird durch Legal Tech-Anwendungen nicht ersetzt, sondern allenfalls unterstützt. Genau besehen ist es fraglich, ob wir schon heute von einer Unterstützungsfunktion sprechen können, denn die allermeisten Legal Tech-Anwendungen beschränken sich darauf, Verfahrensabläufe zu vereinbaren, etwa beim gerichtlichen Mahnverfahren oder beim standardisierten Schriftsatz. Ansonsten greifen Legal Tech-Anwendungen gleichförmige, immer wiederkehrende Sachverhalte auf, ohne sich auf die Gesamtrechtsordnung und ihre dogmatische Stimmigkeit zu beziehen. Derzeit können Algorithmen keine rechtliche Prü-

fung von Einzelfällen leisten, sondern allenfalls eine automatisierte, auf Wahrscheinlichkeiten beruhende, Prognose erstellen.

4. LT Einsatzgebiete heute (und morgen?)

Das Potential von Legal Tech-Anwendungen ist nicht vollends ausgeschöpft. Oftmals bleiben ausgereifte Produkte vereinzelt auf isolierte Anwendungsbereiche beschränkt. Bestehende Technologien⁴⁰ nach dem Stand der Technik werden erforscht. Im Fokus ist die Machine Learning-Technologie. Maschinelles Lernen bezeichnet die Verhaltensverbesserung einer Maschine durch Beobachtung ihres eigenen Verhaltens.⁴¹ Die Technologie wird verwendet, um die Folgen eines unbekanntem Outputs vorherzusagen. Im angloamerikanischen Bereich wird maschinelles Lernen für Fallvergleich-Systeme eingesetzt, um damit juristische Entscheidungen maschinell zu erstellen.⁴² Daneben werden hybride Systeme entwickelt, die fallbasierte Logik über programmierte Regeln, beispielsweise Gesetze, erschließen.⁴³ Automationsysteme mit Machine Learning begegnen heute technischen Herausforderungen. In der Zukunft könnten diese Systeme Abwägungsprozesse offenlegen und in der Rechtsanwendung unterstützen.

III. Regulatorischer Rahmen und Forschungsfeld

De lege lata existieren keine spezifischen Normen für Legal Tech-Anwendungen. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Materie derzeit nicht reguliert wäre. Die rechtliche Ordnung begegnet Legal Tech vielmehr mit generell-abstrakten Normen, bei deren Ausarbeitung der Gesetzgeber zwar keine Legal Tech-Anwendungen vor Augen hatte, die wegen ihrer technikneutralen Ausgestaltung nichtsdestotrotz den aktuellen regulatorischen Rahmen bilden.

Rechtsunsicherheit besteht aber bei der Anwendung und Auslegung der Normen im Legal Tech-Bereich. Daraus resultiert ein potentieller Handlungsdruck des Gesetzgebers. Sollte gar ein Legal Tech-Stammgesetz geschaffen und/oder eine übergeordnete Digitalagentur⁴⁴ – ähnlich der BaFin – eingerichtet werden? Das ist unser Forschungsfeld.

35 Dankert, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten - Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel bei der Kommunikationsregulierung, KritV 2015, 52, 89.

36 A.a.O., 53, 89.

37 Döpke/Jülicher, Digitale Transformation im Spiegel juristischer Grundlagendisziplinen, InTeR 2019, S. 20

38 A.a.O.

39 Schwintowski, Wird Recht durch Robotik und künstliche Intelligenz überflüssig, NJOZ 2018, 1607, 1609.

40 Insbesondere die Kombination von Natural Language Processing

(NLP) mit Deep Learning.

41 Herold, Algorithmisierung von Ermessensentscheidungen durch ML, InTeR 2019, 9.

42 Ashley, Artificial Intelligence & Legal Analytics, 2017, S. 234.

43 Herold, Algorithmisierung von Ermessensentscheidungen durch ML, InTeR 2019, 9 ff.

44 Dazu Schwintowski, Legal Tech – Im Spannungsfeld zwischen Gewerbefreiheit und (erlaubnispflichtiger) Rechtsdienstleistung, EWeRK 2018, 214 ff.

Das Forschungsfeld tangiert verschiedene Rechtsgebiete. Im Folgenden sollen zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Einsatz von Legal Tech-Anwendungen kompakt dargestellt werden (1). Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Rechtsdienstleistungsgesetz vor dem Hintergrund von Legal Tech zu analysieren (2). Damit eng verbunden ist das anwaltliche Berufs-, Gesellschafts- und Steuerrecht (3). Zudem bestehen Fragen datenschutz- und wettbewerbsrechtlicher Art (4).

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Programmierung und das Anbieten von Legal Tech-Anwendungen ist von der Berufsfreiheit umfasst. Die verfassungsrechtlichen Fragestellungen zu Berufswahlbeschränkungen *de lege lata* und *de lege ferenda* münden letztlich in die Frage eines Legal Tech-Berufsbildes ein.

Die Advokatur ist ein normatives Berufsbild, das gesetzlich fixiert wurde. Nach der Bastille-Entscheidung⁴⁵ des Bundesverfassungsgerichts 1987, in welcher das Gericht Standesrichtlinien wegen ihrer fehlenden demokratischen Legitimation als Auslegungskriterium untersagte, ordnete der Gesetzgeber das Berufsbild neu.⁴⁶

Legal Tech stellt mangels einer gesetzlichen Typisierung *de lege lata* kein normatives Berufsbild dar. Neben normativen werden tradierte Berufsbilder anerkannt, die aus einer soziologisch erfassbaren Berufsentwicklung resultieren.⁴⁷ Die – unter (II) dargestellte – Legal Tech-Insellandschaft ist gegenwärtig inhomogen; dass sich aus ihr in den nächsten Jahren ein tradiertes Berufsbild ergeben wird, ist daher nicht zu erwarten. Wahrscheinlicher erscheint, dass sich aus einzelnen funktionalen Legal Tech-Anwendungsgruppen und Geschäftsmodellen sukzessive tradierte Berufsbilder entwickeln werden. Zu denken ist zum Beispiel an das „Robin Hood-Inkasso“, bei dem Prozessfinanzierer mit Unterstützung von Algorithmen die bei Bürgern eingetretenen Streuschäden gegen wirtschaftlich stärkere Fluggesellschaften und Automobilkonzerne durchsetzen.⁴⁸

Dass (potentielle) Legal Tech-Anwendungen im Bereich der Justiz Fragen in Bezug auf die Menschenwürde stellen, wurde erkannt.⁴⁹ Unterbelichtet ist hingegen, inwiefern Artikel 92 GG, welcher die rechtsprechende Gewalt der Richterschaft anvertraut, einer sukzessiven Substitution dieser durch Legal Tech-Anwendungen entgegensteht. Aktuell assistiert die Software lediglich den Richtern.

45 BVerfGE 76, 171, 187.

46 Hellwig, Das Konzept des anwaltlichen Berufsbildes: Worauf die Anwaltschaft eine Antwort finden muss – und warum Standesrichtlinien nicht helfen, StudZR 2009, 13, 14.

47 Scholz, in: GG-Kommentar, Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, November 2018, Art. 11 Rn. 281.

Auf einfachgesetzlicher Ebene finden sich Anhaltspunkte zu den bestehenden Schranken des Einsatzes von Algorithmen. Beispielsweise können Algorithmen bei der Beurteilung der Frage des Vorliegens der Fluchtgefahr als Untersuchungshaftgrund nicht die von § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO verlangte „Würdigung des Einzelfalles“ durchführen. Auf die dahinterstehende substantielle Frage, was uns menschlich macht, wird im Rahmen der Konsequenzen für die Lehre zurückzukommen sein.

2. Rechtsdienstleistungsgesetz

Die Erbringung von Rechtsdienstleistungen unterliegt einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, § 3 RDG. Allein die Rechtsanwälte sind berufene unabhängige Berater, sowie Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, § 3 Abs. 1 BRAO. Mit diesem Eingriff in die Berufs- und Dienstleistungsfreiheit verfolgt der Gesetzgeber Belange des Verbraucherschutzes, den Schutz der Rechtspflege sowie den Schutz des Rechtsguts Recht als solches.⁵⁰

Eine Rechtsdienstleistung ist nach § 2 Abs. 1 RDG „jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalles erfordert.“ In der analogen Welt soll damit zuvörderst eine erlaubnisfreie wirtschaftliche Betätigung auf fremde Rechnung von der erlaubnispflichtigen rechtlichen Betätigung abgegrenzt werden. In der algorithmisierten, digitalen Welt tritt nun die Abgrenzungsschwierigkeit zwischen erlaubnispflichtiger Rechtsdienstleistung und erlaubnisfreier technischer Dienstleistung hinzu.

Wegen des – unter II. dargestellten – weiten Spektrums der als Legal Tech deklarierten Anwendungen und Geschäftsmodelle besteht dahingehend Einigkeit, dass eine pauschale Bejahung oder Verneinung der Frage, ob Legal Tech als Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG anzusehen ist, nicht möglich ist. Vielmehr muss auf bestimmte Geschäftsmodelle und Algorithmentypen abgestellt werden.

Disputabel ist in zeitlicher Hinsicht bereits der Bezugspunkt einer Subsumtion unter den Rechtsdienstleistungsbegriff. Möglich erscheint, den Rechenvorgang der Software als „Tätigkeit“ anzusehen. Der Wortlaut kann jedoch auch dahingehend ausgelegt werden, dass der Tätigkeitsbegriff nur menschliche Handlungen umfasst.⁵¹ In diesem Fall müsste an die Tätigkeit der Softwareer-

48 Z.B. flightright.de; myright.de

49 Dazu u.a. *Krimphove/Niehaus*, Rechtshandbuch Legal Tech, Breidenbach/Glatz (Hrsg.), 2018, S. 258 f.

50 BT-Drs. 16/3655, S. 31.

51 Dahingehend *Weberstaedt*, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung?, AnwBl 2016, 535, 536.

stellenden angeknüpft werden.⁵² Zumindest bei regelbasierten Systemen ist richtigerweise auf den Zeitpunkt der Programmierung abzustellen.⁵³ Unklar ist insofern aber der Umgang mit Künstlicher Intelligenz.

Hingegen erfolgt eine „rechtliche Prüfung des Einzelfalls“ wohl nicht im Zeitpunkt der Programmierung, sondern allenfalls im Zeitpunkt des Software-Einsatzes. Als (nicht-intendierte) Konsequenz dieser chronologischen Aufspaltung könnte somit bei regelbasierten Systemen das Vorliegen einer Rechtsdienstleistung stets abzulehnen sein.

Die Frage der Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung im Einzelfall und die damit verbundene notwendige Ausgrenzung von überwiegend wirtschaftlich geprägten Tätigkeiten sind auch im Hinblick auf menschliche Dienstleistungen umstritten. Im Gegensatz zu Legal Tech-Anwendungen haben sich für menschliche Dienstleistungen in den letzten Jahrhunderten und Dekaden aber Berufsbilder entwickelt, die zumeist Orientierung gewährleisten. Welche Subsumtionstätigkeiten „über eine bloß schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung“⁵⁴ hinausgehen und daher nach Ansicht des BGH als Rechtsdienstleistung zu qualifizieren sind, kann zwar auch hinsichtlich menschlicher Tätigkeiten im Einzelfall umstritten sein, die Konturen sind hier aber schärfer als im Bezug auf Legal Tech-Anwendungen.

Eine kleine Anfrage, ob die Zurverfügungstellung von „Online-Fragetools (mit oder ohne Mitteilung des „Prüfungsergebnisses“) bereits eine Rechtsdienstleistung nach RDG“ sei, wurde von der Bundesregierung mit dem Hinweis beantwortet, dass über die verbindliche Auslegung von Rechtsnormen die unabhängigen Gerichte entscheiden, nicht die Bundesregierung.⁵⁵

Fraglich ist zudem die Reichweite der Inkassoerlaubnis in Bezug auf den Einsatz von Algorithmen. Insbesondere über das Geschäftsmodell der als Inkassodienstleisterin registrierten *Mietright GmbH* ist zwischen verschiedenen Kammern des LG Berlin ein Streit entbrannt,⁵⁶ über den am 16. Oktober 2019 der Bundesgerichtshof verhandeln wird.⁵⁷ Der Bundesge-

richtshof wird zu entscheiden haben, ob eine Forderungseinziehung im Sinne des § 2 Abs. 2 RDG eine umfassende rechtliche Forderungsprüfung umfasst.⁵⁸ Unklar ist zudem, ob neben Geldforderungen auch bestimmte andere Ansprüche inkassofähig sind.⁵⁹ Diese rechtlichen Fragen resultieren nicht unmittelbar aus dem Einsatz von Software. Der technische Fortschritt ermöglicht aber neue Geschäftsmodelle für Angelegenheiten mit geringen Gebührenstreitwerten, über deren Vereinbarkeit mit dem regulatorischen Rahmen debattiert wird.

Für Veränderungen und Klarstellungen im RDG de lege ferenda existieren unterschiedlichste Ansätze und Vorschläge, die auf unserer Website systematisiert dargestellt werden.⁶⁰ Innerhalb der Forschungsstelle Legal Tech besteht jedenfalls dahingehend Einigkeit, dass die Aufsicht bezüglich Legal Tech-Anwendungen wegen der notwendigen technischen Kenntnisse und zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung zentralisiert werden sollte. De lege lata agieren je nach Bundesland, sämtliche Amts-, Land- oder Oberlandesgerichte als Registrierungs- und Aufsichtsbehörde für die Umsetzung des RDG.⁶¹

3. Verhältnis zum anwaltlichen Berufsrecht

Die Rechtsanwälte üben einen freien Beruf aus. Diese Tätigkeit ist kein Gewerbe, § 2 BRAO. Die Finanzierung von Rechtsanwaltsgesellschaften ist auf Betriebsmittel bezogen. Für die Entwicklung von Legal Tech-Anwendungen sind hingegen zumeist erhebliche Investitionen notwendig. Eine Investitionsfinanzierung erfordert oftmals eine Kapitalaufnahme bei Dritten. Dieser steht für Rechtsanwaltsgesellschaften de lege lata das Fremdkapitalverbot des § 59e BRAO entgegen.⁶² Infolgedessen treten viele Start-Ups, hinter denen Rechtsanwälte stehen, nicht als Rechtsanwaltsgesellschaften, sondern zumeist als GmbH auf.

An dieser Stelle besteht eine Wechselwirkung zwischen denkbaren Legal Tech-Gesellschaftsformen und der aktuellen Diskussion über eine Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts. Die Bundesregierung erklärte

52 Remmert, Legal Tech – Rechtliche Beurteilung nach dem RDG, BRAK-Mitteilungen 2017, 55, 57.

53 So auch Weberstaedt, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung?, AnwBl 2016, 535, 536.

54 BGH Urt. v. 31.3.2016 – I ZR 88/15 = NJW 2016, 3441, 3443.

55 BT-Drs. 19/5438, S. 3.

56 Jüngst LG Berlin, Urt. v. 15.1.2019, 15 O 60/18.

57 Az.: VIII ZR 285/18.

58 Die Frage wurde nach Auffassung der Verfasser vom Bundesverfassungsgericht bereits 2002 bejaht (NJW 2002, 1190, 1191).

59 Ausführlich Timmermann, Anmerkung zum Urteil des LG Berlin v. 15.01.2019 zum Geschäftsmodell von wenigermiete.de, abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/aktuelles/>

anmerkung-zum-urteil-des-lg-berlin-v-15-01-2019-zum-geschäftsmodell-von-wenigermiete-de/.

60 Timmermann, Legal Tech Regulierung de lege ferenda: Eine Übersicht des Streit- und Meinungsstandes (vom 21.1.2019), abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/aktuelles/legal-tech-regulierung/>.

61 Berg/Gaub, Die Registrierung und Aufsicht im Bereich der Inkassodienstleistung, FLF 2016, 112, 114.

62 Wagner, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898, 905.

auf eine Kleine Anfrage 2018, eine Beteiligungsmöglichkeit für die Angehörigen nicht-sozietätsfähiger Berufe an Berufsausübungsgesellschaften zwischen den Angehörigen sozietätsfähiger Berufe prüfen zu wollen.⁶³ An dem Verbot einer reinen Kapitalbeteiligung solle aber tendenziell festgehalten werden.⁶⁴ Seitens der Anwaltschaft wurden zwei konkrete Vorschläge unterbreitet: Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt die Öffnung von Rechtsanwaltsgesellschaften für Angehörige sozietätsfähiger Berufe vor.⁶⁵ Der Deutsche Anwaltsverein plädiert hingegen für eine weitreichendere Reform, indem er auch den Angehörigen nichtsozietätsfähiger Berufe eine Beteiligung an Rechtsanwaltsgesellschaften ermöglichen möchte, „wenn diese Berufe mit dem Beruf der Rechtsanwälte, insbesondere der Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege, vereinbar sind und die Verbindung die anwaltliche Unabhängigkeit, die Pflicht zur Verschwiegenheit und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nicht gefährden kann“, § 59b BRAO-E.⁶⁶ Auf Legal Tech gehen beide Vorschläge nicht ein. Die Entwicklung des anwaltlichen Gesellschaftsrechts entfaltet bezüglich Legal Tech aber eine objektiv berufsregelnde Tendenz. Die Frage ist, inwiefern sich Informatiker sowie Betriebswirte an Legal Tech-Gesellschaften beteiligen können (sollen).

Aus steuerrechtlicher Perspektive ist zu beachten, dass Legal Tech-Geschäftsmodelle zumeist als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren sind. Ist aber eine Gesellschaft teils freiberuflich, teils gewerblich tätig, so gilt nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG die gesamte Tätigkeit als gewerblich. Eine Ausnahme von der Abfärb-/Infektionstheorie ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit lediglich dann angezeigt, wenn nicht mehr als drei Prozent des Gesamtnettoumsatzes aus gewerblicher Tätigkeit stammen und dieser Teil 24.500 Euro nicht übersteigt.⁶⁷ Sofern eine Rechtsanwaltsgesellschaft Legal Tech Dienste anbietet, werden ihre Einkünfte daher in aller Regel in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert.

4. Datenschutz und Wettbewerbsrecht

Die Datenschutzgrundverordnung ist in aller Munde. Sie hält für die Verarbeitung personenbezogener Daten am Grundsatz des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt fest.⁶⁸ Zahlreiche Legal Tech-Anwendungen führen Big-Data-Analysen durch. Das wirft Fragen hinsichtlich des Zweckbindungsgrundsatzes von Datenverarbeitungen auf.

Prozessual ist zu berücksichtigen, dass nicht jede aus datenschutzrechtlichen Gründen unzulässige Beweiserhebung ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Stattdessen ist eine Güterabwägung zwischen Persönlichkeitsrechten und dem Interesse an einer funktionsfähigen Rechtspflege vorzunehmen. Der BGH hat in einem Grundsatzurteil 2018 entschieden, dass Dashcam-Aufzeichnungen trotz ihrer Unvereinbarkeit mit datenschutzrechtlichen Regelungen grundsätzlich als Beweismittel zulässig sind.⁶⁹

Mit den datenschutzrechtlichen gehen wettbewerbsrechtliche Fragestellungen einher. Die Einwilligung in Datenverarbeitungen wird oftmals zum (faktischen) Preis für IT-Dienste.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat diese Erkenntnis durch die 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle mit einem ersten zarten regulatorischen Pflänzchen manifestiert (§ 18a Abs. 2a, 3a GWB). Die fehlende Preistransparenz vieler Legal Tech-Angebote beeinträchtigt einen funktionsfähigen digitalen Marktwettbewerb, wie ihn Art. 119, 120 AEUV verlangen.⁷¹

IV. Forschungsstelle Legal Tech der Humboldt-Universität zu Berlin

Die Forschungsstelle Legal Tech wurde im März 2018 gegründet. Forschungsgebiet ist die grundlagenorientierte rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem digitalen Wandel des Rechtsdienstleistungsmarktes. Die Forschungsfragen sind divergent und interdisziplinär. Vor diesem Hintergrund wird auch die Notwendigkeit (rechts-)soziologischer und rechtsver-

63 BT-Drs. 19/3014, Antwort 8.

64 BT-Drs. 19/3014, Antwort 11; Ausführlich *Timmermann*, Interprofessionelle Gesellschaftsformen mit Anwälten und Nichtanwältinnen, abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/forschung/interprofessionelle-gesellschaftsformen/>.

65 Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Reform des berufsrechtlichen Gesellschaftsrechts, Stellungnahme Nr. 15/2018, Mai 2018, S. 12.

66 DAV-Vorschlag zur großen BRAO-Reform, Stellungnahme Nr. 8/2019 = AnwBl 2019, 257, 264.

67 *Wacker*, EStG-Kommentar, Schmidt (Hrsg.), 38. Aufl. 2019, § 15 Rn. 188.

68 Dazu *Timmermann*, Datenschutz im Wandel der Zeit, DÖV 2019, 249 ff.

69 BGH Urt. v. 15.5.2018, VI ZR 233/17 = NJW 2018, 2883 ff.

70 *Schwintowski*, Der Preis für persönliche Daten, VuR 2018, 161, 162.

71 Ausführlich *Schwintowski*, Preistransparenz als Voraussetzung funktionsfähigen (digitalen) Marktwettbewerbs, NJOZ 2018, 841 ff.

gleichender Perspektiven in den Blick genommen. Die Forschungsstelle fungiert als Brückenbauerin zwischen Recht und Technik, zwischen Rechtswissenschaft, Informatik und Politik. Sie ist Mitglied und Förderer der rechtswissenschaftlichen Gesellschaft für Künstliche Intelligenz und Robotik e.V (RAILS).⁷²

Im vergangenen Jahr wurde an der Humboldt-Universität zu Berlin eine Veranstaltungsreihe Kolloquium Legal Tech angeboten, an der Praktizierende sowie Studierende zahlreich teilgenommen haben. Das Ziel der Reihe war die rechtliche und ökonomische Analyse von Legal Tech-Produkten und der dahinterstehenden Geschäftsmodelle. In Diskussionsrunden wurden technische Rahmenbedingungen sowie die Wechselwirkungen zu juristischen Fragestellungen aufgezeigt. Alle Berichte und Materialien sind auf unserer Website zum Download bereitgestellt.⁷³

Die Vortragsreihe Legal Tech wird seit dem Sommersemester 2019 unter dem gleichnamigen Titel mit Partnerorganisationen an der Humboldt Universität zu Berlin fortgeführt. Sie soll ein Forum für Austausch und Diskussion sein und einen Beitrag zur Vorbereitung der Studierenden auf den Arbeitsmarkt anbieten. Zur Teilnahme sind Studierende aller Fachrichtungen sowie interessierte Bürger herzlich eingeladen.⁷⁴ Das Programm für das aktuelle Wintersemester ist unserer Website zu entnehmen.⁷⁵

V. Konsequenzen für Lehre und Arbeitsmarkt

Seit Dekaden werden menschliche Arbeitsschritte durch Technik teils unterstützt, teils vollautomatisch erledigt. Zu denken ist an den Taschenrechner, mit dem die Gerichtskosten berechnet werden. Das wurde lediglich nicht als Legal Tech bezeichnet.⁷⁶ Die weit überwiegende Zahl der als Legal Tech deklarierten Algorithmen beruht auf einem regelbasierten System.

Evolution statt Revolution gilt auch beim Umgang mit Legal Tech-Anwendungen. Technik wird Juristen nicht substituieren, komplexe juristische Gedankengänge und Billigkeitserwägungen vermögen Algorithmen auch in ferner Zukunft technisch nicht umzusetzen, rechtlich würde solchen Produkten zudem das Grundgesetz entgegenstehen. Algorithmen können im juristischen Bereich standardisierbare Prüfungen regelbasiert

vornehmen. Nicht mehr und nicht weniger.

Andersrum schaffen Algorithmen zusätzlichen menschlichen Arbeitsbedarf, sofern ihr Einsatz die Transaktionskosten des Zugangs zum Recht im Bereich der Streuschäden senkt und dadurch Ansprüche im Streitwertbereich von wenigen Hundert Euro durchgesetzt werden, welche die Justiz eigentlich bereits aufgegeben hatte. Die Technik stärkt hier das verfassungsrechtliche Versprechen effektiven Rechtsschutzes und schafft neue Arbeitsplätze. Universitäten werden daher keine „global useless class“⁷⁷ hervorbringen.

Bildungspolitisch sollten das digitale Examen erwogen sowie Legal Tech-Veranstaltungen im Rahmen der Schwerpunktangebote etabliert werden. Zu überlegen gilt auch, ob und inwieweit in den schriftlichen Prüfungen des zweiten Examens die Arbeit mit Print-Kommentaren auf Online-Kommentare umgestellt werden kann, da die Arbeit mit Print-Kommentaren an der Rechtswirklichkeit vorbeizieht und gerade nicht die anwaltliche Praxis widerspiegelt.

Unter Zeitdruck viel Text auf Papier zu bringen ist jedenfalls nicht mehr zeitgemäß.⁷⁸ Gleiches gilt für mathematische Rechnungen, die beispielsweise in der Steuerrechts-Klausur in Bayern erheblichen Umfang einnehmen. Das können Computer besser – zumindest sofern die Datenmodellierung gelingt, der Sachverhalt also vom regelbasierten System richtig erfasst wird. Computer werden auch nicht müde, es gelten keine Arbeitsschutzgesetze, sie benötigen keinen Urlaub, und sie sparen aus Perspektive der Vertreter der neuen Institutionenökonomik Transaktionskosten ein. Diesen Wettstreit verliert der Mensch sukzessive auf verschiedensten Schauplätzen. Die bildungspolitische Konsequenz sollte das Stellen der Frage sein, was uns menschlich macht, und sodann auf Kreativität und digitale Bildung zu setzen, an Stelle von Stressresistenz und Bleistift.

Solange Politik und Universitäten Legal Tech nicht in das Pflichtprogramm aufnehmen, sollten Studierende jedenfalls die an den meisten Universitäten angebotenen fakultativen Veranstaltungen besuchen. Dadurch wird das Bewusstsein gestärkt und die Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt verbessert.

Funktionierende Legal Tech-Anwendungen werden in den seltensten Fällen von einer Person erstellt werden können. Für eine Geschäftsidee sind juristische, techni-

72 <https://ai-laws.org>.

73 <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/>.

74 Termine und weitere Informationen können hier abgerufen werden: <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/veranstaltungen/>.

75 <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/veranstaltungen/>.

76 Zur begrifflichen Ebene des Marketingbegriffs Legal Tech und dessen (vermeintlich) „disruptive[n] Potential[s]“ Podmogilnij/Timmermann, Legal Tech – eine Schärfung der Konturen, AnwBl

Online 2019, 436, 436.

77 So der Historiker *Harari*, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2018/03/19/world/europe/yuval-noah-harari-future-tech.html> (abgerufen am 14.08.2019).

78 So auch *Yuan*, Weiter lernen ohne Zukunft, LTO 25.10.2018, <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/legal-tech-jura-studium-digitalisierung-universitaeten/> (abgerufen am 14.08.2019).

sche und wirtschaftliche Kenntnisse notwendig.⁷⁹ Es muss mindestens eine Programmiersprache sowie Englisch perfekt beherrscht werden. Das sind (zu) hohe Voraussetzungen, die nicht Ziel des juristischen Studiums sein sollten. Juristen werden auch in Zukunft keine Informatiker sein. Eine „Lösung aus einer Hand“ wird daher zumeist nicht möglich sein. Vielmehr bedarf es einer Zusammenarbeit von Menschen aus unterschiedlichen Berufen. Wechselseitiges Grundverständnis ist dafür dienlich. Die Vermittlung digitaler und algorithmischer Grundkenntnisse ist von der Schule bis zum 2. Examen essentiell. Das Jurastudium sollte mit Jura, nicht Legal Tech, beginnen, da andernfalls bei Studierenden in frühen Semestern ein falscher Eindruck vermittelt werden könnte: Computer arbeiten mit einem Binärsystem. Die Rechtswissenschaft ist eine Geisteswissenschaft, sie erforscht keine Naturgesetze im Sinne von richtig oder falsch, vielmehr geht es um das „Dazwischen“,⁸⁰ welches dem Binärsystem des Computers fremd ist und nur durch menschliche Abwägungen und Billigkeitserwä-

gungen gefunden werden kann. Daher sollte die technische Komponente des Legal Tech erst in späteren Semestern ins Auge gefasst werden.⁸¹

VI. Ergebnis

Das Rechtssystem wird sich sukzessive verändern – durch Legal Tech und andere Faktoren. Derzeit ist Legal Tech kein rechtswissenschaftliches Ordnungsprinzip. Sein Einfluss auf das Recht ist nicht prognostizierbar. Die regulatorischen Fragestellungen und bildungspolitischen Reaktionsmöglichkeiten sind spannend und komplex.

Hans-Peter Schwintowski ist geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle Legal Tech am Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK). Valeria Podmogilnij und Daniel Timmermann forschen an der 2018 am EWeRK ins Leben gerufenen Forschungsstelle Legal Tech; <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/>.

79 Zum Beispiel haben Studierende aus Heidelberg das Startup für digitale Gesetzbücher LEX superior gegründet; Interview abrufbar unter <https://legal-tech-blog.de/interview-mit-johannes-maurer-und-tianyu-yuan-von-lex-superior> (abgerufen am 14.8.2019).

80 Hähnchen/Bommel, Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334, 334.

81 Der Absatz wurde bereits am 15.12.2018 im Rahmen einer Umfrage auf unserer Website von Daniel Timmermann veröffentlicht und lediglich redaktionell nachgebessert: abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/aktuelles/umfrage-des-bundesverbandes/>.

Thomas Würtenberger

Unterrichtsausfall und chancengleicher Hochschulzugang

Der Unterrichtsausfall an Schulen ist seit längerer Zeit in fast allen Bundesländern ein Politikum.¹ Landtagsanfragen kritisieren den Unterrichtsausfall als unzumutbar,² die Unterrichtsausfall-Statistiken der Kultusministerien³ werden, soweit überhaupt erhoben, angezweifelt⁴ und besorgte Eltern führen mit ihren Kindern über den Unterrichtsausfall mittlerweile Buch.

Der Unterrichtsausfall an Gymnasien wird vielfach als rechtlich nicht relevante Folge verfehlter Schulpolitik abgetan. Unterrichtsausfall ist aber dann nicht mehr ein bloß ärgerliches Politikum, wenn die betroffenen Schüler auf Grund eines unverhältnismäßigen und damit unzumutbaren Unterrichtsausfalls nicht jene Abiturnote und nicht jene Möglichkeiten des Hochschulzugangs erreichen, die ihnen bei ordnungsgemäßem Unterricht möglich gewesen wären. Damit geht es im Folgenden um die *Ermöglichung eines chancengleichen Hochschulzugangs* durch eine *Organisation des Schulunterrichts*, der sich seinerseits am *Gebot der Chancengleichheit* ausrichtet.

Zu klären ist zunächst, ob und in welchem Umfang es zu unverhältnismäßigem und unzumutbarem Unterrichtsausfall kommt und welche bildungspolitischen Folgen mit ihm verbunden sind (I.) Auf diesem Hintergrund werden Verfassungsfragen eines Rechts auf Bildung (II., 1) kurz angesprochen, um sodann ein subjektiv-öffentliches Recht auf die Erteilung von Unterricht in gleicher Weise entsprechend den Stundenplänen (II., 2) zu begründen. Der Schwerpunkt der Überlegungen zum Recht auf chancengleichen Unterricht liegt auf der Begründung des *Junktims vom Recht auf Chancengleichheit im Unterricht* und dem

Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium sowie zur Berufsausbildung. Das Recht auf Gleichheit im Unterricht verlangt nicht, dass nicht ab und an Unterrichtsstunden ausfallen dürften. Zu bestimmen ist vielmehr der nicht mehr verhältnismäßige und damit unzumutbare Unterrichtsausfall (II., 3).

Was nicht möglich ist, kann rechtlich auch nicht durchgesetzt werden. Manchen Unterrichtsausfall kann man nicht verhindern. Was aber zu verlangen ist: Vom Haushaltsgesetzgeber,⁵ von den Kultusministerien und den Gymnasien ist alles zu veranlassen, was einen den Stundenplänen widersprechenden und damit die Chancengleichheit beeinträchtigenden Unterrichtsausfall verhindern kann (III.).

I. Der Unterrichtsausfall und seine bildungspolitischen Folgen

In welchem Umfang Unterrichtsstunden an Gymnasien ausfallen, ist von Bundesland zu Bundesland verschieden. Wenn an dieser Stelle ausführlicher auf den Unterrichtsausfall in Baden-Württemberg eingegangen wird (1.), so ist dies der hier besonders guten Datenbasis geschuldet. In einigen anderen Bundesländern bestehen über die Jahre hinweg vergleichbare Ausfallzahlen.⁶ Dass der Unterrichtsausfall bildungspolitisch und für die reale Verwirklichung von Chancengleichheit eine gravierende Fehlentwicklung ist, ist bislang von den Kultusministerien, aber auch vom Haushaltsgesetzgeber offensichtlich nicht hinreichend gewürdigt worden (2.).

1 Die Ausführungen beruhen zum Teil auf einem Rechtsgutachten für eine Elterninitiative in Baden-Württemberg.

2 BW LT-Drs. 16/4642 vom 15.8.2018 zur systematischen Erfassung des Unterrichtsausfalls; NRW LT-Drs. 16/14986 vom 2. 5. 2017 zu Unterrichtsausfall und Stellenbesetzungen; Brbg LT-Drs. 6/8059 vom 30. 1. 2018 zum Stundenausfall; Drs. der Hamburger Bürgerschaft 21/12803 vom 30. 4. 2018 zu Risiken und Nebenwirkungen des Unterrichtsausfalls an staatlichen Schulen.

3 Vgl. Fn. 6.

4 So titelt die FAZ in der Ausgabe für Hessen vom 25.4.2018: „Landtag streitet über Unterrichtsausfall“, <https://www.faz.net/aktuell/rheinmain/hessischerlandtag-streitet-ueber-unterrichtsausfall-15559655.html> (abgerufen am 25. 8. 2019). Oder ein Beispiel für eine Kontroverse zwischen obersten Landesbehörden: Der Landesrechnungshof von Schleswig-Holstein hat dem Kultusministerium in einem Prüfbericht verfehlte statistische Angaben über den Unterrichtsausfall vorgeworfen: https://landesrechnungshof-sh.de/file/bemerkungen_2012_tz12 (abgerufen am 25.8.2019).

5 Hierzu unter III.

6 Einige Prozentzahlen des Unterrichtsausfalls aus den nicht immer vergleichbaren statistischen Angaben der einzelnen Bundesländer mögen genügen: In Bremen fiel im Zeitraum vom August 2018 bis Januar 2019 3, 8 % des Unterrichts aus, 7,5 % des Unterrichts wurde vertreten oder durch Selbststudium ersetzt (https://www.bildung.bremen.de/vertretung_und_unterrichtsausfall-4378; abgerufen am 25.8.2019). In Hamburg konnte im Halbjahr 2016/2017 nur 85 % des Unterrichts nach Plan erteilt werden (Bürgerschaftsdrucksache 21/12803 vom 30.4.2018, Anlage 2). In Thüringen fiel laut Rechnungshofbericht von 2013 4,4 % des Unterrichts ersatzlos aus und 5,4 % wurde fachfremd vertreten (https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/1584E80E375/2013_02_sonderbericht_2609.pdf (abgerufen am 25.8.2019)). In Berlin fielen im Schuljahr 2016/2017 11,2 % des Unterrichts aus, wobei 9 % des ausgefallenen Unterrichts durch Vertretungskräfte bestritten wurde: Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, Blickpunkt Schule. Schuljahr 2017/2018, S. E 1, 2; ein vergleichbarer Prozentsatz an Unterrichtsausfall und Vertretungsunterricht ergibt sich für das Land Brandenburg (LT-Drs. 6/8926 vom 11.6.2018, S. 1).

1. Der Unterrichtsausfall

Wenden wir uns beispielhaft dem Unterrichtsausfall an Gymnasien in Baden-Württemberg zu. Im Jahr 2018 hat sich das Kultusministerium dazu entschlossen, den Unterrichtsausfall an Schulen durch eine „Vollerhebung an den öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg“ im Zeitraum vom 11. – 15. Juni 2018 zu erfassen. Für die allgemein bildenden Gymnasien ergaben sich:

- Unterrichtsausfall 6,6 %
- Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft 12,7 %
- Vertretungen 6,1 %⁷

Die zweite vom Kultusministerium durchgeführte „Vollerhebung an den öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg“ im Zeitraum vom 12. – 16. November 2018⁸ zeigt für die allgemein bildenden Gymnasien ein etwas positiveres Bild:

- Unterrichtsausfall 4,9 %
- Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft 9,8 %
- Vertretungen 4,8 %

Diese Statistik unterscheidet, wie die Statistiken anderer Bundesländer, zwar zwischen völligem Unterrichtsausfall und Unterricht durch eine Vertretungskraft.⁹ Gleichwohl ist aber dem *Unterrichtsausfall* in aller Regel der *Unterricht in Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft zuzurechnen*. Ein Unterricht in Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft ist einem Unterrichtsausfall (fast) gleich zu setzen. Bei einer Vertretungsstunde mangelt es an der Kontinuität der Vermittlung des Stoffes, an der Kenntnis der Stärken und Schwächen der jeweiligen Schüler und der Klasse insgesamt sowie oft auch an der Beherrschung des entsprechenden Fächerkanons.

Die statistischen Angaben, die die Kultusministerien veröffentlichen, sind *lediglich Mittelwerte*. Es gibt aufs Ganze gesehen im jeweiligen Bundesland immer Gymnasien, an denen nur wenig Unterricht ausfällt, und umgekehrt, an denen besonders viel Unterricht ausfällt. Wie die *Spreizung* zwischen Gymnasien mit extrem wenig und extrem hohem Unterrichtsausfall aussieht, ist den Kultusverwaltungen bekannt, entsprechende Daten sind aber bislang kaum zugänglich.¹⁰ Nach Erhebungen des Unterrichtsausfalls an

einzelnen Gymnasien spricht alles dafür, dass es Gymnasien mit hohem Unterrichtsausfall weit über dem jeweils ermittelten Mittelwert gibt. Wenn das Mittel von Unterrichtsausfall und Vertretungsunterricht in einem Bundesland bei etwa 10% der obligatorischen Unterrichtsstunden liegt, dann gibt es dort in der Regel Gymnasien, an denen bis zu 15 % oder mehr kein Unterricht durch die zuständige und entsprechend qualifizierte Lehrkraft stattfindet.

Nicht nur der Unterrichtsausfall an Gymnasien wird mit *statistischen Mittelwerten* verniedlicht. Die Unterrichtsausfall-Statistiken an einem einzelnen Gymnasium zeigen ebenfalls nur Mittelwerte. An den jeweiligen Gymnasien gibt es einzelne Fächer mit deutlich höherem Unterrichtsausfall. An einem Gymnasium mit einem Mittelwert des Unterrichtsausfalls von 10 % ist ein Unterrichtsausfall von *über 20% in einem einzelnen Fach* kein Einzelfall, wie einige der von Eltern mit ihren Schülern geführten Unterrichtsausfall-Statistiken zeigen.

2. Folgen des Unterrichtsausfalls

Die Folgen von Unterrichtsausfällen und von nicht hinreichend qualifiziertem Vertretungsunterricht in der vorstehend dargelegten Größenordnung lassen sich nicht verharmlosen:

a) Gravierende Defizite beim Ausschöpfen des individuellen Bildungspotentials und der Bildungsressourcen

Wenn wegen der Unterrichtsausfälle und des vertretungsweisen Unterrichts das G 8 fast zu einem G 7 bzw. das G 9 zu einem G 8 wird, leidet die Qualität gymnasialer Ausbildung. Man wird kaum behaupten können, dass das Erreichen der rechtlich definierten Unterrichtsziele auch dann möglich sei, wenn (fast) ein ganzes Jahr regulären Gymnasialunterrichts entfällt.

Es leidet nicht nur die Qualität der gymnasialen Ausbildung insgesamt. Ebenso leidet die Qualität der Ausbildung in einzelnen Fächern. Wenn während eines Halbjahres 20% des Unterrichts zum Beispiel im Fach Deutsch ausfällt, lassen sich die im Deutschunterricht zu vermittelnden Kenntnisse, Fähigkeiten strukturierter Gedankenführung in Schrift und Wort sowie besondere Ausdrucksformen nur sehr begrenzt und lückenhaft vermitteln.

7 Die von der ARGE Stuttgart mit Genehmigung des Kultusministeriums erhobenen Daten liegen jedoch deutlich höher: 13,5 % der Unterrichtsstunden fielen aus oder wurden durch Vertretungen erteilt (BW LT-Drs. 16/4642, S. 2).

8 https://km-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/KULTUS_Dachmandant/KULTUS/KM-Homepa-pa-ge/Pressemitteilungen/Pressemitteilungen%202019/2019%2001%2014%20Zweite%20Vollerhebung%20-%20Anlage%20Auswertung%20Unterrichtsausfall.pdf (abgerufen am 29.8.2019).

9 Ähnlich die statistischen Angaben der meisten Bundesländer, wie zum Beispiel die Berliner Statistik für das Schuljahr 2016/2017: Vertretungsunterricht 9 %, Ausfall von Unterricht 2,2 % (Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, Blickpunkt Schule. Schuljahr 2017/2018, S. E 1, 2).

10 Nur in wenigen Bundesländern wird der Unterrichtsausfall auch bezogen auf einzelne Gymnasien veröffentlicht. Hier zeigt sich eine erhebliche Spreizung zwischen den vom Unterrichtsausfall weitgehend verschonten und besonders belasteten Gymnasien.

Ein erheblicher Unterrichtsausfall führt notwendigerweise dazu, dass die hiervon betroffenen Schüler schlechter als andere Schüler mit regulärem Unterricht in ihrer *Persönlichkeitsentwicklung* gefördert und auf das *Berufsleben* vorbereitet werden. Dies wiederum führt zu Leistungsdefiziten, die sich in ihren Schulnoten niederschlagen.¹¹ Ein unverhältnismäßiger und damit unzumutbarer Unterrichtsausfall verstößt damit gegen das *Gebot der Chancengleichheit*, das zu beachten ist, wenn der Schulunterricht der Persönlichkeitsentwicklung und der Vorbereitung auf das Berufsleben dient. Den einen Schülern den hierfür rechtlich vorgesehenen Unterricht zu bieten, anderen Schülern aber zu versagen, ist ein Verstoß gegen die vom Staat in einer bürgerlichen Gesellschaft zu fördernde *Egalität bürgerlicher Bildung und Ausbildung*.¹²

Um es auf eine einfache je-desto-Formel zu bringen: Je mehr Unterrichtsausfall in der Schulzeit stattfindet, desto geringer sind die Chancen des Schülers, in den durch den Schulunterricht zu vermittelnden bildungspolitischen Zielen gefördert zu werden.

Blickt man insbesondere auf die Abiturprüfung in den einzelnen Prüfungsfächern: Durch Beschlüsse der Kultusministerkonferenz ist festgelegt, was im Abitur mit welchem Leistungsprofil zu prüfen ist. Dieses Leistungsprofil lässt sich nur mangelhaft erreichen, wenn zum Beispiel an einem Gymnasium innerhalb eines Halbjahres mehr als 8 % des Unterrichts oder in einem Kernfach in den Klassen vor dem Abitur teilweise 15% des Unterrichts ausgefallen oder von nicht ausreichend qualifizierten Lehrkräften vertreten worden ist.

Konsequenz ist, dass eine Kohorte von Schülern die Hochschulreife zwar erreicht, deren Schulunterricht aber an derart gravierenden Ausfällen gelitten hat, dass ihr *Bildungspotential* wegen des Mangels an chancenglei-

chem Schulunterricht *nicht* annähernd *ausgeschöpft* worden ist.

Die gesamtgesellschaftlichen negativen Folgen dieses Versagens der Schul- und Bildungspolitik sind bekannt. Mängel im Bildungssystem haben negative Auswirkungen nicht nur auf die ökonomische und gesamtgesellschaftliche Entwicklung, sondern auch auf die Verwirklichung persönlicher Lebensentwürfe.

b) Zur diskriminierenden Wirkung von Unterrichtsausfall

Zwischen Unterrichtsausfall und Lern- bzw. Bildungserfolg besteht, um es zu wiederholen, ein *negativer Kausalzusammenhang*.¹³ Der Unterrichtsausfall in den Kernfächern hat für den Schüler zur Folge, dass er seine Bildungsmöglichkeiten nicht wie bei rechtskonformem Unterricht wahrzunehmen vermag.

Durch den Minderunterricht ist er in seinem Recht auf gleichen Unterricht und gleiche (Berufs-)Bildungsmöglichkeiten, wie sie die Schüler seiner Jahrgangsstufe erhalten, diskriminiert.

Insbesondere korreliert der Unterrichtsausfall bereits ab der Klasse 10 mit den Leistungen, die im Abitur erbracht werden. Je höher der Prozentanteil an Unterrichtsausfall oder nicht qualifizierter Unterrichtsvertretung ist, desto schlechter sind die Leistungen im Abitur und konsequenter Weise auch die Abiturnote. Der Schüler kann im Abitur nicht das Leistungsniveau und nicht den Notenschnitt erreichen, den er ohne Unterrichtsausfall hätte erreichen können. Dies betrifft insbesondere die Fächer, bei denen die Aufgaben zentral gestellt und auch zentral korrigiert¹⁴ werden. Bei der zentralen Bewertung dieser Arbeiten kann und darf nicht auf den Unterrichtsausfall an einer Schule Rücksicht genommen werden.

11 *Merkens*, in: Bellmann/Merkens (Hrsg.), *Bildungsgerechtigkeit als Versprechen*, 2019, S. 188 insbesondere zur Korrelation von Vertretungsunterricht und Leistungsniveau der Schüler. In der Bildungsforschung wird allerdings auch eine zurückhaltendere Würdigung der Folgen des Unterrichtsausfalls vertreten: Bestritten wird, dass ein „linearer Zusammenhang zwischen der tatsächlichen Unterrichtszeit und dem Lernerfolg der Schülerinnen und Schüler vermittelt über die aktive Lernzeit besteht“. Man meint, „der Lernerfolg der Schülerinnen und der Schüler (hänge) von der Qualität des Unterrichtsangebots sowie der individuellen Nutzung dieses Angebots durch die Schülerinnen und Schüler ab und somit nur mittelbar von der tatsächlichen Unterrichtszeit“ (*Bellenberg/Reintje*, Möglichkeiten einer Ermittlung des Unterrichtsausfalls an den Schulen in Nordrhein-Westfalen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NRW, 2013, S. 7; https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Sonstige-Statistiken/Gutachten_Ermittlung_Unterrichtsausfall.pdf, abgerufen am 27.8.2019). Die bildungspolitischen Folgen von Unterrichtsausfall derart herunterzuspielen, ist möglicherweise dem Auftraggeber des Gut-

achtens geschuldet, der wegen des Umfangs des Unterrichtsausfalls immer wieder öffentlich kritisiert wurde. Davon abgesehen sind die Thesen von *Bellenberg* und *Reintje* nicht schlüssig. Wenn es richtig ist, dass der Lernerfolg von der Qualität des Unterrichts abhängt, ist der Lernerfolg gleich Null, wenn überhaupt kein Unterricht stattfindet, oder deutlich geschmälert, wenn ein wenig qualifizierter Vertretungsunterricht angeboten wird. Die Relation zwischen Unterrichtsausfall und Lernerfolg lässt sich also nicht anzweifeln. So müssen die Autoren bei der Auswertung der von ihnen referierten internationalen Studien denn auch einräumen, dass der Unterrichtsausfall neben anderen Faktoren zum Absinken des Leistungsniveaus beiträgt.

12 Zur Gleichheit als Leitprinzip der gesamten Rechtsordnung: *Zippelius/Württemberg*, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 1 ff.; *Zippelius*, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl. 1996, Kap. 26.

13 *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, *SächsVBl.* 2010, 282 sowie die Nachw. in Fn. 11.

14 Etwa durch einen neutralen Zweitkorrektor.

Schüler aus bildungsferneren Familien werden durch den Unterrichtsausfall doppelt diskriminiert. Ihnen fehlt jene Unterstützung, die Kinder aus bildungsnahen Familien in derartigen Situationen erfahren können.¹⁵

c) Zu Einwänden gegen die negativen Folgen von Unterrichtsausfall

Den hier skizzierten negativen Folgen von Unterrichtsausfall könnte man entgegenhalten, dass die in der Klasse 10 (und auch in früheren Klassen) des Gymnasiums erreichten Noten für die Bildung der Abiturnote nicht relevant seien. Es fehle damit an einem rechtlichen Interesse an chancengleichem Unterricht in dieser Unterrichtsstufe, ein Unterrichtsausfall sei damit rechtlich irrelevant.

Dieser Einwand kann nicht überzeugen: Denn wo die Grundlagen in den im Abitur zu prüfenden Fächern nicht entsprechend den jeweiligen Stundenplänen gelegt sind, muss in den beiden Jahren vor dem Abitur jenes an Grundlagen vermittelt werden, worauf der weiterführende Unterricht nach den Lehrplänen aufzubauen hat. Wo nicht auf den nach den Lehrplänen vorgeschriebenen und erworbenen Vor- und Grundkenntnissen aufgebaut werden kann, ist der Unterricht zwei Jahre vor dem Abitur defizitär. Denn wenn in den Abiturklassen ausgefallener Unterricht nachgeholt werden muss, lassen sich nicht die Leistungen erzielen, die bei ordnungsgemäßem Unterricht in früheren Klassen möglich waren.

Dem Recht auf chancengleichen Unterricht lässt sich, so ein weiterer möglicher Einwand, auch nicht entgegenhalten, dass der Schüler wegen des hohen Maßes an Unterrichtsausfall in seinem Bundesland nicht in seinem Recht auf chancengleichen Unterricht diskriminiert werde. Denn es gäbe in seinem Bundesland eine Vielzahl von Schülern in vergleichbarer Situation. Weil es an einzelnen Gymnasien und in einzelnen Abiturfächern eine erhebliche Spreizung zwischen regulär erteiltem Unterricht und Unterrichtsausfall gäbe, würde es kein Recht auf Chancengleichheit durch Erteilung des rechtlich vorgesehenen Unterrichts geben. Es ist verfehlt, die *Faktizität des Unterrichtsausfalls* der Gleichheitsprüfung zu Grunde zu legen. Bezugsrahmen der Gleichheitsprüfung kann lediglich die rechtlich festgesetzte Zahl von Unterrichtsstunden in einzelnen Fächern sein. Der rechtlichen Verpflichtung zur Organisation eines chancengleichen Unterrichts kann sich die Kultusverwaltung nicht durch Verweis auf Unterrichtsausfälle entziehen.¹⁶

d) Diskriminierung wegen der Vergabe von Studienplätzen nach der Abiturbestenquote

Im Auswahlverfahren der Hochschulen werden Studienplätze zum Teil nach der Abiturbestenquote vergeben. Auch nach dem dritten numerus clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁷ erfolgt die Vergabe eines Teils der Studienplätze in zulassungsbeschränkten Fächern nach wie vor nach der Abiturbestenquote.¹⁸ Dies ist in § 11 der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“ geregelt:

§ 11 Auswahl in der Abiturbestenquote

- (2) 1 Für die Besetzung der Studienplätze in der Abiturbestenquote werden so viele Bewerberinnen und Bewerber ausgewählt, wie insgesamt in dieser Quote Studienplätze zu vergeben sind. 2 Die Auswahl erfolgt nach Absatz 3 bis 5; dabei werden §§ 12 und 13 angewendet.
- (3) 1 Die Rangfolge wird durch die nach Anlage 2 ermittelte Durchschnittsnote bestimmt. 2 Eine Gesamtnote gilt als Durchschnittsnote nach Satz 1.
- (4) Wer keine Durchschnittsnote nachweist, wird hinter die letzte Bewerberin und den letzten Bewerber mit feststellbarer Durchschnittsnote eingeordnet.
- (5) Wer nachweist, aus in der eigenen Person liegenden, nicht selbst zu vertretenden Gründen daran gehindert gewesen zu sein, eine bessere Durchschnittsnote zu erreichen, wird auf Antrag mit der besseren Durchschnittsnote berücksichtigt.

Die Kultusministerkonferenz hat beschlossen, die Abiturbestenquote von 20 auf 30 Prozent zu erhöhen, weil der Abiturnote wird nach vor eine hohe Prognosekraft für den Studienerfolg attestiert wird. Um unter vergleichbaren Unterrichtsbedingungen die individuell bestmögliche Abiturnote und Abiturbestenquote erreichen zu können, bedarf es in dem jeweiligen Bundesland eines Unterrichts, der in den Abiturfächern für alle Schüler in gleicher Stundenzahl erfolgt und damit das Gebot der Chancengleichheit verwirklicht.

In diesem Kontext stellt sich die weitere Frage: Entfällt die Benachteiligung des Schülers beim Erreichen der für ihn bestmöglichen Abiturnote dadurch, dass nach § 11 Abs. 5 der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stif-

15 Brenner, in: Bellmann/Merkens (Hrsg.), *Bildungsgerechtigkeit als Versprechen*, 2019, S. 36 f.

16 Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn 70 f. zur Frage der Gleichbehandlung im Unrecht.

17 BVerfGE 147, 253 ff.

18 Hierzu Brehm *Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Dritten Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017 aus anwaltlicher Sicht, Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2019, 36, 37 (zur Abiturbestenquote).

„berücksichtigt wird, dass er wegen Unterrichtsausfalls mit einer besseren Durchschnittsnote zu bewerten ist.“¹⁹ Ob sich der Schüler mit einem entsprechenden Antrag im Verfahren der Vergabe von Studienplätzen durchzusetzen vermag, ist fraglich. Von der Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Begründetheit eines derartigen Antrags gestellt:

„Die hier aufgeworfene Problematik der Anforderungen an Anträge auf Vergabe eines Studienplatzes innerhalb der Kapazität ist nämlich dadurch geprägt, dass der Studienplatzbewerber grundsätzlich nur zum Zug kommen kann, wenn es ihm gelingt, einen der sonst nach den maßgeblichen Kriterien auszuwählenden Bewerber zu verdrängen. Hieraus schlussfolgert die Rechtsprechung in Bezug auf die in Fällen des Nachteilsausgleichs vorzunehmende Prüfung, dass eine strenge Betrachtungsweise geboten ist, eben weil jeder Nachteilsausgleich zugunsten eines Studienbewerbers das Teilhaberecht eines Anderen aus den Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verdrängt.“²⁰

Es besteht also immerhin die abstrakte Möglichkeit, eine Aufbesserung der Abiturdurchschnittsnote im Verfahren der Studienplatzvergabe zu erreichen. Ob überhaupt sowie in welchem Zeitraum unter Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes dies dem Schüler gelingt, ist nicht vorherzusagen. Die Ausgleichsmöglichkeiten bei der Berechnung der Abiturbestenquote nehmen dem Schüler nicht das Rechtsschutzbedürfnis dahingehend, einen Anspruch auf Unterricht ohne unzumutbarem Unterrichtsausfall gerichtlich durchzusetzen.

II. Verfassungsrechtliche Garantie eines hinreichenden und im Umfang für alle Schüler im wesentlichen gleichen Unterrichts

Der vorstehend beschriebene erhebliche Unterrichtsausfall verstößt gegen die verfassungsrechtliche Garantie eines hinreichenden und im Umfang für alle Schüler im wesentlichen gleichen Unterrichts. Das Recht auf Bildung und Ausbildung (1.) umfasst einen Anspruch auf gleiche Ertei-

lung von Unterricht, wie er in den Stundenplänen der Gymnasien vorgesehen ist (2.).

1. Das Recht der Schüler auf Bildung

a) Zum verfassungsrechtlichen Schutz eines Rechts auf Bildung

Anders als manche Landesverfassungen regelt das Grundgesetz kein Recht auf Bildung. Die Existenz eines aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und aus der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) abzuleitenden „Rechts auf Bildung“ ist von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang offengelassen worden.²¹ In Literatur und Rechtsprechung²² wird ein Recht auf Bildung tendenziell bejaht. Nach *Badura* sind die *Schüler* „mit ihrem Persönlichkeitsrecht und dem „Recht auf Bildung“ der subjektive Orientierungsmaßstab des komplexen Rechtsgebildes Schule, des Unterrichts und der schulischen Erziehung.“²³

Das im Persönlichkeitsrecht und in der Berufsfreiheit wurzelnde Recht auf Bildung besteht nach überwiegender Ansicht allerdings nur für den gleichen Zugang²⁴ zu den staatlichen Bildungseinrichtungen.²⁵ Es dient lediglich der „Startgleichheit“ bei der Verwirklichung des Rechts auf Chancengleichheit.²⁶

Grund für diese Begrenzung eines Rechts auf Bildung ist: Der Landesgesetzgeber hat einen *erheblichen*, allerdings nicht unbegrenzten *Gestaltungsspielraum* bei der Festlegung der Schulform, der Unterrichtsziele und der Verteilung der Stundendeputate auf einzelne Fächer. In welcher Weise und in welchem Umfang in den einzelnen Bundesländern das Recht auf Bildung wahrgenommen werden kann, wird durch parlamentsbeschlossene Gesetze vor allem im Bildungs- sowie im Schulrecht geregelt.

b) Recht auf gleiche Persönlichkeitsentfaltung im Bereich der Bildung

Anderes gebietet jedoch das *Recht auf gleiche Persönlichkeitsentfaltung* im Bereich der Bildung, wenn bildungs- und schulrechtliche Regelungen bestehen. Wenn

19 Zu den Anforderungen entsprechender, von der Schule zu erstellender Gutachten: <https://zv.hochschulstart.de/index.php?id=321> (abgerufen am 26. 8. 2019).

20 OVG Saarlouis, Beschluss vom 29.10.2015, Az 1 B 189/15, Rn. 10 f., juris

21 BVerfGE 45, 400, 417; BVerfG-K NVwZ 2018, 728 Rn. 25; vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 26. April 1995 – 19 B 765/95, Rn. 3, juris zu einem Anspruch des Schülers auf Erziehung und Bildung nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 Verf NRW.

22 BVerwGE 47, 201; BVerwGE 56, 155, 158

23 *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG Rn. 3.

24 Vertiefend *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.),

Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 156 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 7 GG Rn. 2: Recht auf Bildung als ein den Gesetzgeber verpflichtendes Verfassungsprogramm; nach *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Art. 2 GG Rn. 111 kann ein Recht auf Bildung allein aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgen, also aus einer gleichen Teilhabe an den staatlichen Bildungseinrichtungen.

25 So *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG Rn. 5; vgl. auch *Achilles*, PdK He G1. Umfang des Unterrichtsanspruchs, Ziffer 3.1.

26 *Kirchhof*, Art. Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 187 mit Nachw.

rechtlich vorgesehen wurde, welche Unterrichtsfächer mit welcher Zahl von Wochenstunden und mit welchen Zielsetzungen zu unterrichten sind,²⁷ ergibt sich die Verpflichtung, durch organisatorische Maßnahmen sicher zu stellen, dass der entsprechende Unterricht auch allen Schülern in gleicher Weise erteilt werden kann.

Der zeitliche Umfang des Schulunterrichts ist rechtlich geregelt. Für die Stundendeputate für die einzelnen Fächer an Gymnasien bestehen rechtliche²⁸ oder durch Verwaltungsvorschrift festgelegte Vorgaben. Für den auf das Abitur vorbereitenden Unterricht an Gymnasien ist zunächst auf die von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten einheitlichen Prüfungsanforderungen in der Abiturprüfung (EPA) zu verweisen.²⁹ Nach diesen Vorgaben wird durch Rechtsverordnung des Kultusministeriums³⁰ vorgeschrieben, welches Fach in welcher Jahrgangsstufe in welchem Umfang an Stunden am Gymnasium zu unterrichten ist. So ist etwa geregelt:

„Die Kernfächer Deutsch, fortgeführte Fremdsprache und Mathematik sind für alle Schülerinnen und Schüler verbindlich und werden mit vier Wochenstunden unterrichtet. Sie sind Teil der schriftlichen Abiturprüfung. Die Fächer Geschichte, Musik oder Kunst, Religionslehre oder Ethik und Sport müssen – sofern sie nicht Wahlkernfach sind – über vier Halbjahre zweistündig belegt werden, Gemeinschaftskunde und Geographie in der Regel zwei Halbjahre zweistündig.“³¹

Unter dieser Voraussetzung fordert der in Art. 3 Abs. 1 GG geregelte allgemeine Gleichheitssatz, dass jedem betroffenen Schüler in gleichem Stundenumfang der

jeweilige Unterricht erteilt wird.³² Denn Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) garantiert über die herkömmliche Abwehrfunktionen hinaus ein *Recht auf gleiche Chancen zur Persönlichkeitsentwicklung* im öffentlichen Bildungs- und Schulwesen. Beim Besuch einer staatlichen Schule sichern diese grundgesetzlichen Regelungen ein Recht auf Chancengleichheit, das unter anderem durch gleichen Unterricht für die Kohorten eines Jahrgangs zu gewährleisten ist.³³

Dieses Recht auf chancengleichen Unterricht wird zudem durch die *Chancengleichheit im Prüfungsrecht*³⁴ gewährleistet. Die Chancengleichheit im Prüfungsrecht ist nicht nur verletzt, wenn geprüft wird, was nicht Gegenstand des Schulunterrichts war, sondern auch, wenn eine Kohorte von Schülern regulären Unterricht hatte, eine andere aber in unverhältnismäßiger und unzumutbarer Weise durch Unterrichtsausfall bedingt nur lückenhaft unterrichtet wurde.³⁵

Zum gleichen Ergebnis *eines subjektiv-öffentlichen Rechts* auf rechtskonformen Unterricht gelangt man, wenn nicht entscheidend auf ein Recht auf chancengleichen Unterricht, sondern auf ein *Recht auf Einhaltung der rechtlich geregelten Stundenpläne* abgestellt wird³⁶: Diese Regelungen sind nicht allein zur Verfolgung allgemeiner bildungspolitischer Interessen getroffen worden. Sie schützen und gestalten zugleich das Recht der Schüler auf Förderung ihrer Persönlichkeitsentfaltung. Schüler sind eben nicht nur Objekte in der Schulorganisation, sondern Subjekte, bei denen die Schulpflicht damit korreliert, dass durch den Schulunterricht zu ihrer Persönlichkeitsentfaltung beigetragen wird. Handelt es sich bei der rechtlichen Regelung von Stunden-

27 Siehe zum Beispiel § 10 Verordnung des Kultusministeriums BW über die Jahrgangsstufen sowie die Abiturprüfung an Gymnasien der Normalform und Gymnasien in Aufbauform (Abiturverordnung Gymnasien der Normalform – AGVO, GBl. 2018, 388).

28 Zur Verpflichtung, die Stundentafel durch Rechtsverordnung zu regeln: *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282, 284.

29 <https://www.kmk.org/dokumentation-statistik/beschluesse-und-veroeffentlichungen/bildung-schule/allgemeine-bildung.html#c1284>, abgerufen am 4.8.2019

30 Vgl. Verordnung des Kultusministeriums über die Stundentafeln der Klassen 5 bis 10 der Gymnasien der Normalform und der Klassen 7 bis 11 der Gymnasien in Aufbauform mit Internat (Stundentafelverordnung Gymnasien) vom 23.6.1999, BW GBl. 1999, S. 323 mit Kontingentsstundentafel für die Klassen 5 bis 10 der Gymnasien der Normalform, gültig ab 1.8.2018.

31 <https://www.km-bw.de/Lde/Startseite/Schule/Abitur+und+Oberstufe>, abgerufen am 13. 1. 2018.

32 So *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282 ff.; *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282, 283.

33 OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 694 Rn. 21 unter Verweis auf *Glottz/Faber*, Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 28 Rn. 11–13; die Bedeutung eines chancengleichen Unterrichts wird von *Rux* (Artikel „Schulrecht“, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Bd., 3. Aufl. 2013, § 86, Rn. 130) nicht hinreichend gewürdigt; er hält einen Unterrichtsausfall erst dann für rechtswidrig, wenn er dazu führt, dass Schüler in Abschlussprüfungen scheitern; dies fordert die kritische Rückfrage heraus: Kann der Auftrag der Schule wirklich darauf reduziert werden, dass Prüfungen nur bestanden werden können? Vgl. auch *Rux*, Schulrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 831 ff.

34 Zum Gebot der Chancengleichheit als zentralem Kontrollmaßstab im Prüfungsrecht: *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 163 f. mit Nachw.

35 *Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 98.

36 *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282, 283.

plänen um Schutznormen, so besteht ein subjektiv-öffentliches, gerichtlich durchsetzbares Recht auf entsprechenden Unterricht.

Ein solcher Anspruch steht nach seinem aus dem Grundgesetz heraus entwickeltem Schutzbereich den vom Unterrichtsausfall betroffenen Schülern zu. Ein Anspruch auf Chancengleichheit im Bildungsbereich stellt nach Ansicht einer Kammerentscheidung des BVerfG kein Elternrecht dar, auf das sich Eltern selbst berufen könnten.³⁷

2. Vom Anspruch auf Erteilung von Unterricht in gleicher Weise entsprechend den Stundenplänen zum Anspruch auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium

Aus der verfassungsrechtlichen Zielsetzung eines Rechts auf Bildung lassen sich nicht direkt - und damit keine originären - Leistungsansprüche, etwa auf einen Unterricht in bestimmtem Umfang, herleiten.³⁸ Denn die Annahme originärer Leistungsansprüche würde verhindern, dass dem Haushaltsgesetzgeber bei der Erfüllung seiner bildungspolitischen und seiner weiteren Staatsaufgaben ein weiter Gestaltungsspielraum für demokratisch legitimierte Politik eröffnet ist.

Anderes gilt jedoch für die sogenannten *derivativen Teilhaberechte*. Diese betreffen den Bereich, in dem ein staatliches Leistungsangebot rechtlich geregelt ist. Hier darf aus Gleichheitsgründen einzelnen Begünstigten nicht ein Teil der rechtlich geregelten Leistungen vorenthalten werden³⁹: Denn „die Grundrechte vermitteln derivative Teilhaberechte, das heißt eine gleiche Teilhabe an den sozialen, grundrechtliche Freiheit ermöglichenden Transferleistungen“.

Diese verfassungsrechtliche Gewährleistung derivativer Teilhaberechte ist vom Bundesverfassungsgericht im dritten NC-Urteil im Kontext der Gewährleistung gleichen Zugangs zu Hochschulen besonders betont worden:

„Aus der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für diejenigen, die dafür die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, ein Recht auf gleiche Teilhabe am staatlichen Studienangebot und damit ein derivativer Anspruch auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium

ihrer Wahl“. Denn der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz zielt „im Zusammenwirken mit Art. 3 Abs. 1 GG auch auf gleichheitsgerechte Teilhabe an staatlichen Leistungen und- hier- staatlichen Studienangeboten.“⁴⁰

Was das Bundesverfassungsgericht zur gleichheitsgerechten Teilhabe an staatlichen Studienangeboten ausführt, lässt sich auf eine *gleichheitsgerechte Teilhabe an staatlichen Unterrichtsangeboten* übertragen. Denn nur diese ermöglicht dem Schüler, wie ausgeführt, sozusagen als Junktim den chancengleichen Start bei der Zuteilung von Studienplätzen.

Auch der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg anerkennt die derivativen Leistungsrechte eines Anspruch auf eine gleichheitsgerechte Teilhabe bei der Verteilung von Studienplätzen sowie eine gleichheitsgerechte Teilhabe am Unterricht.⁴¹ Auszulegen war Art. 11 Abs. 1 LV BW, wonach jeder junge Mensch „das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung“ hat. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg handelt es sich bei Art. 11 Abs. 1 LV „nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern um ein klares Verfassungsgebot, das in erster Linie für die Legislative, aber auch für die Exekutive gilt, wie sich aus Abs. 2 der Vorschrift, wonach das öffentliche Schulwesen nach diesem Grundsatz zu gestalten ist, und aus Abs. 4 ergibt, wonach das Nähere ein Gesetz regelt“. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg „kann aus Art. 11 Abs. 1 LV ein subjektives Teilhaberecht auf Bildung abgeleitet werden, das jedoch im Einzelnen der staatlichen Ausgestaltung bedarf. Wegen des Organisations- und Gestaltungsspielraums des Staates nach Art. 11 Abs. 2 und 4 LV besteht im Grundsatz kein subjektives Recht auf Schaffung und Bereitstellung bestimmter Bildungseinrichtungen. Hat jedoch der Staat öffentliche Erziehungs- oder Ausbildungseinrichtungen geschaffen, ist Art. 11 Abs. 1 LV als landesrechtliches Grundrecht auf gleichen und der jeweiligen Begabung entsprechenden Zugang zu diesen Einrichtungen zu verstehen.“⁴²

Diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung lässt sich mit gebotener Vorsicht auf die Verfassungsauslegung anderer Bundesländer mit vergleichbaren bildungsverfassungsrechtlichen Regelungen⁴³ übertragen: Hat ein Bundesland öffentliche Erziehungs- oder Ausbildungseinrichtungen und, wie weiter zu konkretisieren ist, bildungsrelevante Transferleistungen zur Verfügung gestellt und rechtlich ge-

37 BVerfG-K NVwZ 2018, 728 Rn. 25 mit Verweis auf VGH Mannheim BeckRS 2013, 4685.

38 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 7 f. mit Ausführungen zu Ausnahmefällen.

39 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 9 – hier auch das folgende Zitat; zustimmend Forkel, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282.

40 BVerfGE 147, 253, Rn. 103, 105 mit Verweis auf BVerfGE 33, 303,

330 ff.; 43, 291, 313 ff.; 134, 1, 13 f.

41 VerfGH BW, Urteil vom 30.05.2016 – 1 VB 15/15, Rn. 49 f., juris.

42 VerfGH BW, Urteil vom 30.05.2016 – 1 VB 15/15, Rn. 50, juris; zustimmend Ebert, in Haug (Hg.), Verfassung des Landes BW, 2018, Art. 11 LVerf, Rn. 21 mit Nachw.

43 Vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 Bln Verf.; Art. 29 Brbg Verf.; Art. 27 Brem Verf.; Art. 20 Abs. 1 S. 1 und 2 Thür Verf.

regelt, so lässt sich nicht nur aus Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch aus Landesverfassungsrecht ein subjektiv-öffentliches Teilhaberecht an diesen Leistungen begründen.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: So weit der Umfang von Unterricht in einzelnen Fächern rechtlich geregelt ist, besteht ein aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegebenenfalls aus der landesverfassungsrechtlichen Gewährleistung eines Rechts auf Bildung hergeleitetes Recht der Schüler auf chancengleiche Erteilung dieses Unterrichts. Nur wenn diesem Anspruch genügt wird, kann das Recht auf chancengleichen Hochschulzugang in effektiver Weise geltend gemacht werden. Chancengleicher Unterricht ist damit *Entstehensvoraussetzung für ein Recht auf chancengleichen Hochschulzugang*.

3. Obergrenzen des Unterrichtsausfalls: Gleichheitswidrigkeit und Unzumutbarkeit

Der Anspruch des Schülers auf Gleichheit bei der Vermittlung des Unterrichtsstoffes geht nicht so weit, dass in jedem Fach die vorgesehene Zahl an Unterrichtsstunden strikt eingehalten werden müsste. Es ist zumutbar, dass, aus welchen Gründen auch immer, einzelne Unterrichtsstunden ausfallen.

a) Die Frage einer quantitativ festlegbaren Obergrenze

Damit geht es um die Klärung folgender Frage: Welche „quantitativen Obergrenzen“ von Unterrichtsausfällen sind noch verhältnismäßig und zumutbar? Diese quantitativen Obergrenzen sind im Hinblick auf das *jeweilige Unterrichtsfach* und auf den *Unterricht insgesamt* zu bestimmen.

In vielen Rechtsbereichen wird mit dem Argument der Obergrenzen diskutiert, ab wann eine bestimmte Quantität in eine *neue Qualität* umschlägt. So ist etwa im Polizei- und Sicherheitsrecht die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null entwickelt worden, die polizeiliche Passivität bei der Gefahrenabwehr unterbindet. Die Polizei muss lediglich *erhebliche Gefahren* für das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum abwenden.⁴⁴ Maßstab für diese polizeirechtliche Ermessensgrenze ist also eine erhebliche, nicht mehr zumutbare Gefährdung von *existentiellen, grundrechtlich geschützten Rechtsgütern*.

In ähnlicher Weise lassen sich die Obergrenzen eines noch verhältnismäßigen und zumutbaren, dem Gleichheitsgebot nicht widersprechenden Ausfalls von Unterricht bestimmen. Entscheidend für die Zumutbarkeitsgrenze ist,

ab wann die ernst zu nehmende Gefahr besteht, dass ein Unterrichtsausfall die Chancengleichheit in Bildung und Ausbildung zu verletzen vermag. Maßstab für die Bestimmung der Obergrenze von Unterrichtsausfall ist also die erkennbare Gefährdung eines Anspruchs auf Chancengleichheit in Bildung und Ausbildung. Dieser grundrechtlich geschützte Bereich ist von *erheblicher Relevanz* für die Verfolgung von persönlichen Lebensentwürfen und damit für den *Kernbereich individueller Persönlichkeitsentfaltung*. Da von einer Abiturnote die Aufnahme eines selbstgewählten Studiums abhängen kann, greift ein die Obergrenze überschreitender und die Abiturnote verschlechternder Unterrichtsausfall in unverhältnismäßiger Weise in den engsten Bereich der Persönlichkeitsentfaltung ein.

Es bedarf also eines „quantitativ und qualitativ gleichen Schulunterrichts“, um dem Anspruch der Schüler auf gleiche Teilhabe an den vorhandenen Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen genügen zu können. Denn nur wer im Gymnasium die gleichen Bildungschancen wie alle Mitschüler in der Kohorte seiner Klassenstufe hatte, kann sein Recht auf chancengleiche Bildung und Ausbildung sowie auf chancengleichen Zugang zu Hochschule und/oder Berufsausbildung in effektiver Weise wahrnehmen.

b) Voraussetzungen von Unterricht in Abweichung vom Stundenplan

Ab einer im Folgenden zu erörternden Quantität des Unterrichtsausfalls besteht ein subjektiv-öffentliches Recht auf Unterlassung des Unterrichtsausfalls bzw. positiv formuliert auf Unterrichtserteilung. Die Rechtsprechung hat dies dahin formuliert: Es besteht ein „Anspruch, von unzumutbaren oder gänzlich unangemessenen Schulbesuchsbedingungen verschont zu bleiben“⁴⁵, – und damit auch von einem unzumutbarem Unterrichtsausfall.

Bei der Prüfung, ob ein Unterrichtsausfall unverhältnismäßig und unzumutbar ist, muss man berücksichtigen und abwägen⁴⁶:

(1.) Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Unterricht um einen unmittelbar prüfungsvorbereitenden Unterricht, der in Noten eingeht, die für die Hochschulzulassung oder für die Berufsausbildung von Bedeutung sind? Ein im Abitur nicht prüfungsrelevanter Unterrichtsausfall ist eher hinzunehmen als in den Kernfächern der Abiturprüfung.

(2.) Handelt es sich um einen Unterrichtsausfall in den unteren Klassen und besteht eine gewisse Wahrscheinlich-

44 Würtenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 354.

45 OVG Koblenz BeckRS 2011, 45203, unter 1b, aa unter Verweis auf BVerfGE 34, 165, 182 ff.; vgl. auch OVG Koblenz NVwZ 1986, 1036; Forkel, SächsVBl. 2010, 282, 283; Theuersbacher, NVwZ 1995, 1178.

46 OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 694 Rn. 30, juris; vgl. auch VG Halle, Beschluss vom 16.04.2018 – 6 B 232/18 HAL, BeckRS 2018, 13098, Rn. 10 ff.

keit dafür, dass dadurch entstandene Defizite in den folgenden Schuljahren wieder ausgeglichen werden können?⁴⁷ Unterrichtsausfälle in den unteren Klassen sind eher zumutbar als in den letzten drei Klassen vor dem Abitur. Denn in diesen Klassen lassen sich erhebliche Unterrichtsausfälle durch späteren Unterricht in der Regel nicht nachbessern.

(3.) Wo verläuft die quantitative Untergrenze des Unterrichts, um die nach den Bildungsplänen vorgeschriebenen Zielsetzungen zu erreichen? Diese Frage stellt sich nur, wenn in gymnasialen Bildungsplänen *keine Vorgaben* gemacht sind, in *welchem Stundenumfang* ein bestimmtes Fach zu unterrichten ist.

(4.) Ist der Unterrichtsumfang *rechtlich* festgelegt, stellt sich die Frage: Wo verläuft die quantitative Obergrenze eines noch hinnehmbaren Unterrichtsausfalls? Oder anders formuliert: Was ist der verfassungsrechtliche Mindeststandard an Unterricht, der bei einem Unterrichtsausfall zu wahren ist?

c) Zur Bestimmung der Obergrenze eines gleichheitswidrigen und infolgedessen unzumutbaren Unterrichtsausfalls

Die Fragen, welche *quantitativen Obergrenzen von Unterrichtsausfällen noch zumutbar* und damit noch statthaft sind und wo die Obergrenze eines gleichheitswidrigen und infolgedessen unzumutbaren Unterrichtsausfalls verlaufen, lassen sich nicht einfach beantworten. An folgendem *Maßstab* muss sich die Beantwortung dieser Fragen orientieren: Die Obergrenze eines gleichheitswidrigen und unzumutbaren Unterrichts in den Schuljahren vor dem Abitur ist überschritten, wenn der Unterricht in den Abiturfächern in dem Maß die rechtlich vorgeschriebene Unterrichtszeit unterschreitet, dass ernsthaft zu befürchten steht, dass dieser Unterrichtsausfall Auswirkungen auf die Abiturnote und damit auf eine Studiums- und Berufsaufnahme gemäß der individuellen Lebensplanung hat.⁴⁸

Die Abiturnote wird nach der in der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“⁴⁹ geregelten Formel errechnet. Bereits ein Zehntel-Punkt im Notendurchschnitt kann über die Zulassung zum Hochschulstudium eigener Wahl und damit über die individuelle Lebensplanung entscheiden. Eine nur geringfügige Notenverbesserung kann also über die Zulassung zu einem Studienfach entscheiden, das die Qualifikation zum Wunschberuf des Schülers vermittelt. Als Faustre-

gel hat zu gelten: So wie die Hochschulen in den NC-Fächern alle ihre Ausbildungskapazitäten bis zum letzten Platz auszuschöpfen haben, müssen die Haushaltsgesetzgeber sowie die Kultusministerien mit ihren Schulen dafür sorgen, dass ein *chancengleicher Unterricht* die Voraussetzungen dafür schafft, dass eine *chancengleiche Abiturnote* den *chancengleichen Zugang zum Studium* ermöglicht.

Legt man diesen Maßstab an, so ergibt sich für den noch zumutbaren, gegen das Recht auf Chancengleichheit nicht verstoßenden Unterricht: In den letzten drei Schuljahren vor dem Abitur dürfen an den Gymnasien während eines Schuljahres nicht mehr als 8 % an Unterricht⁴⁹ in einem einzelnen Fach durch eine qualifizierte Lehrkraft ausfallen. Gleiches gilt für einen Unterrichtsausfall von 8 % während *eines Halbjahres in den Abiturfächern insgesamt*.

Ein genauer empirischer Nachweis für diese 8 %-Grenze kann derzeit nicht erwartet werden, da es bislang kaum Studien zu den Folgen von Unterrichtsausfällen gibt. Nur eine empirische Studie weist für den Vertretungsunterricht nach, dass diese Größenordnung des Vertretungsunterrichts zu einem deutlichen Leistungsabfall der betroffenen Schüler führt.⁵⁰ Wenn man also fragt, in welchem Ausmaß Unterricht ausfallen kann, ohne dass der *Leistungsstand* negativ beeinflusst wird, so sind 8 % die Obergrenze für einen Unterrichtsausfall, der noch nicht zwingend schlechtere Kenntnisse und damit schlechtere Noten befürchten lässt. Wer eine *noch höhere Obergrenze* für zumutbar hält, zweifelt daran, dass das Erreichen der Bildungs- und Unterrichtsziele jenes Stundenumfangs bedarf, der in den Bildungsplänen vorgesehen ist. Und davon abgesehen würde der Umfang der Schulpflicht in Frage gestellt, wenn auch mit 8 % (oder noch) weniger Unterrichtszeit die bildungspolitischen Ziele erreicht werden könnten.

III. Welche Maßnahmen zur Verminderung des Unterrichtsausfalls?

Auch im schulischen Bereich gilt der Rechtsgrundsatz: *Ultra posse nemo tenetur* – ein Unterrichtsausfall, der nicht vermeidbar ist, muss hingenommen werden. Deswegen gehört es zur Normalität, dass unvorhersehbare Ereignisse zu einem unvermeidbaren Unterrichtsausfall führen können. Jenseits des Unvermeidbaren besteht die rechtliche Verpflichtung des jeweiligen Haushaltsgesetzgebers, des jeweiligen Kultusministeriums und der jeweiligen Schulleitung, alles rechtlich und faktisch Mögliche zu veranlassen, um unverhältnismäßigen und unzumutbaren Unterrichtsausfällen vorzubeugen und diese zu verhindern.

47 Vgl. insoweit Rux, Schulrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 835.

48 Ähnlich Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 394, der aber entscheidend auf die Erreichung der Bildungsziele abstellt. Gefährdet der Unterrichtsausfall die Erreichung der Bildungsziele, werden von Avenarius Klagemöglichkeiten bis zu einer Amtshaftungsklage bejaht.

49 Zu derartigen Prozentzahlen vgl. Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 393 mit Fn. 8.

50 Zu dieser Studie vgl. Fn. 11.

In den Debatten um den Unterrichtsausfall ist ein Dauerthema, ob im Landeshaushalt hinreichend Lehrerstellen ausgewiesen sind, um Unterrichtsausfälle zu vermeiden. Blicken wir also zunächst auf den Haushaltsgesetzgeber: Beim Beschluss über den Haushaltsplan ist der Landtag grundsätzlich frei, wie und in welchem Umfang Bildungsausgaben in den Staatshaushalt eingestellt werden. Gleichwohl unterliegt der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Landeshaushalts Bindungen, die einzulösen er verpflichtet ist. Wenn das Landesrecht bestimmt, dass zum Beispiel an Gymnasien ein bestimmter Stundenplan einzuhalten ist, ist der Haushaltsgesetzgeber verpflichtet, die für den entsprechenden Unterricht nötigen Lehrerstellen zu etatisieren.⁵¹ Diese Pflicht zur Etatisierung von Lehrstellen umfasst natürlich ebenfalls Lehrstellen zur Überbrückung von Unterrichtsausfall. Wie der Gesetzgeber insgesamt ist auch der Haushaltsgesetzgeber an die Grundsätze der Konsequenz im Recht, der Systemgerechtigkeit und der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gebunden. Der Sachgesetzgeber und der Haushaltsgesetzgeber sind verpflichtet, die durch Leistungsgesetze verursachten Ausgaben vollumfänglich in den Haushaltsplan einzustellen. Eine Normdivergenz zwischen der staatlichen Verpflichtung zu Leistungen und den insoweit erforderlichen Haushaltsmitteln muss im demokratischen Rechtsstaat ausgeschlossen sein. Was der Landesgesetzgeber im Schulbereich *als Sachgesetzgeber* regelt, muss er *als Haushaltsgesetzgeber auch finanziell ermöglichen*.⁵² Soweit eine zu geringe Zahl von Planstellen für Lehrer einschließlich einer Lehrerreserve zu Unterrichtsausfall führt, hat der Haushaltsgesetzgeber dem Unterrichtsausfall mit einem angemessenen Ausbau der Lehrerreserve begegnen.

Es bleibt jedoch das Problem, was zu geschehen hat, wenn der Haushaltsgesetzgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommt. Können rechtliche und verfassungsrechtlich zwingende Verpflichtungen mit den im Haushaltsplan zur Verfügung gestellten Finanzmitteln nicht erfüllt werden, sind zur Vermeidung von Unterrichtsausfall über- bzw. außerplanmäßige Ausgaben nach § 37 LHO BW geboten.⁵³

Daher muss die Erteilung von Lehraufträgen zur Bewäl-

tigung von Unterrichtsausfall haushaltsrechtlich möglich sein. Eine haushaltsrechtliche Begrenzung dieser Lehrauftragsmittel ist nicht statthaft. Um ein ausreichendes und für alle Schüler gleiches Lehrangebot an den Gymnasien des Landes zu garantieren, sind finanzielle Restriktionen der zur Bewältigung des Unterrichtsausfalls zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel, wie sie in einzelnen Bundesländern bestehen, unzulässig. Verstöße gegen die Chancengleichheit in der Bildung dürfen nicht auf haushaltsrechtliche Restriktionen bei der Erteilung von Lehraufträgen beruhen.

Die Gymnasien sind verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Unterrichtsausfälle zu vermeiden.⁵⁴ Werden zum Beispiel dienstliche Gründe für einen Unterrichtsausfall vorgetragen, so ist abzuwägen: Wie gewichtig ist der dienstliche Grund und wie gewichtig ist die Vermeidung von Unterrichtsausfall? Bei dieser Abwägung gilt die bekannte *je desto*-Formel: Je gravierender die Belastungen durch den Unterrichtsausfall an einem Gymnasium sind, desto weniger dürfen dienstliche Gründe für einen Unterrichtsausfall maßgeblich sein.

Von der Schule ist darauf hinzuwirken, dass in einem einzelnen Fach nicht mehr als höchstens 8% des stundenplanmäßigen Unterrichts ausfällt bzw. durch nicht hinreichend qualifizierte Vertretungskräfte erbracht wird. Hierzu bedarf es erleichterter Einstellungsmöglichkeiten für qualifizierte Aushilfskräfte. Was den *Zeitpunkt der Erteilung entsprechender Lehraufträge* betrifft: Diese müssen bereits erteilt werden, bevor gravierende Unterrichtsausfälle drohen. Denn auch Unterrichtsausfälle, die noch nicht gravierend sind, widersprechen der rechtlichen Verpflichtung zur Erteilung von Unterricht und dürfen nicht sehenden Auges hingenommen werden. Es ist eben ein Unterricht zu gewährleisten, der dem rechtlich festgelegten Stundenplan entspricht.

Soweit dem Unterrichtsausfall in einzelnen Fächern durch Einstellung von Lehrern nicht abgeholfen werden kann, da es nicht genügend Hochschulabsolventen gibt, muss der Unterricht von qualifizierten Quereinsteigern und von pensionierten Lehrkräften, die, wie in einigen Bundesländern, ein attraktives Angebot erhalten, erfolgen.⁵⁵

51 Gerichtlich lässt sich diese Verpflichtung des Landesgesetzgebers allerdings nicht durchsetzen: *Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 146 mit Nachw.

52 Zu diesen Grundsätzen vgl. *Württemberg*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 339 ff.; *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Brüning*, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung - Ein Topos mit verfassungsrechtlichen Konsequenzen?, NVwZ 2002, 33 ff.; *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 26 ff.; § 23 Rn. 60 ff.; *Jarass*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AöR 126 (2001), 588 ff.; *Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864 ff.

53 Vgl. *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 50 Rn. 104.

54 BVerwG NVwZ 1984, 796 f.

55 Von den ARGES der Regionen Baden-Württembergs wird gefordert:

- Mindestens 110-prozentige Unterrichtsversorgung für die Schulen des Landes durch zusätzliche Planstellen für das Kultusministerium, finanziell abgesichert im Landeshaushalt.
- Ende der Entlassung von Referendaren nach dem 2. Staatsexamen; Bezahlung während der Sommerferien statt Wiedereinstellung zum ersten Schultag des neuen Schuljahres.
- Springerverträge für jeweils ein Schuljahr (einschließlich der Ferien) für examinierte Lehrer. Entsprechende landesweite Einteilung in örtliche Bereiche. Begünstigung für die Einstellung in den Schuldienst nach Absolvieren eines „Springerdienstes“.
- Einstellung von Quereinsteigern mit entsprechender beruflicher Qualifizierung und zeitlichen Kapazitäten.

Erhebliche Unterrichtsausfälle, die sich über Jahre hinziehen, lassen auf politisch nicht bewältigte *strukturelle Probleme* bei der Organisation eines rechtskonformen Schulunterrichts schließen. Zur Beseitigung struktureller Probleme bedarf es bisweilen längerer Zeiträume, um Abhilfemaßnahmen auf den Weg zu bringen. Was aber das Bildungsverfassungsrecht ver-

bietet: Unzumutbarer Unterrichtsausfall darf nicht über viele Jahre hinweg sehenden Auges toleriert werden.

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

Cristina Fraenkel-Haeberle

Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Beispiel des universitären Berufungsverfahrens im deutsch-italienischen Vergleich

Übersicht

I. Einleitung: Die Universität der Anfänge

II. Hochschulrechtliche Begrifflichkeiten im Rechtsvergleich

III. Die Anforderung für eine Berufung

1. Die italienische „abilitazione scientifica nazionale“

2. Anforderungen für eine Berufung in Deutschland

IV. Intrauniversitäre Mobilität und Mobilitätsgrenzen im deutsch-italienischen Rechtsvergleich

V. Der Weg zu einer Professur: prekäre Arbeitsverhältnisse des Mittelbaus und Unwägbarkeiten der universitären Laufbahn

VI. Rechtsvergleichende Analyse

VII. Schlussfolgerungen

I. Einleitung: Die Universität der Anfänge

Der Name Universität wird vom lateinischen Wort *universitas* abgeleitet. Ursprünglich handelte es sich nämlich um einen korporativen Zusammenschluss, der – genau wie die Zunft (*universitas*) der Bäcker oder der Fassbinder – eine besondere Organisationsform aufwies.¹ Daher war das Suffix „*universitas magistrorum und scholarium*“ notwendig, um klar zu machen, dass es sich um einen Zusammenschluss von Lehrenden und Lernenden handelte. In Bologna ist 1088 die erste europäische Hochschule als Gemeinschaft der Lernenden (sog. *universitas scholarium*) entstanden, die Professoren anstellte und besoldete. Dieser Institution wurde später das Pariser Modell der *universitas magistrorum* (Zunft der Lehrenden) gegenübergestellt, bei dem die Lehrern den Unterricht und die Prüfungen kollegial verwalteten.² Beide Organisationsformen hatten einen korporativen Status und haben sich bereits im Mittelalter institutionell verfestigt und autonom organisiert. Das Berufungsmo-

dell der Universität Sorbonne (Gründungsjahr 1231), das die Berufung der Universitätsprofessoren nach dem Kooptationsprinzip vorsah, hat sich anschließend europaweit durchgesetzt. Noch immer wird für dieses Berufungsverfahren der Begriff „*agrégation*“ verwendet, mit dem die Vervollständigung des Dozentenkollegiums durch die anderen Dozenten bezeichnet wird.³

In diesem Aufsatz soll eine Gegenüberstellung des deutsch-italienischen Berufungsverfahrens in vier Schritten erfolgen. Zunächst werden einige hochschulrechtliche Begrifflichkeiten geklärt; sodann sollen die Anforderungen für eine Berufung analysiert werden; anschließend soll die Frage der intrauniversitären Mobilität erläutert und der Weg zu einer Professur bzw. einem Lehrstuhl dargelegt werden. Abschließend werden die Konvergenzen und die Unterschiede zwischen den beiden Hochschulsystemen in einem rechtsvergleichenden Fazit hervorgehoben.

II. Hochschulrechtliche Begrifflichkeiten im Rechtsvergleich

Die Analyse der Berufungsverfahren kann auf wenige Elemente zurückgeführt werden, die sich unterschiedlich miteinander kombinieren lassen. Zum einen gibt es lokale Verfahren auf der Ebene der Universitäten, zum anderen nationale Verfahren etwa unter der Federführung des Bildungs- bzw. Hochschulministeriums sowie internationale Verfahren, je nachdem, ob die Berufungskommission auch aus ausländischen Mitgliedern besteht.⁴

Hinsichtlich der Modalitäten zur Berufung von Universitätsprofessoren lassen sich allgemein zwei Verfahrensarten unterscheiden.⁵ Es gibt einerseits das einphasige Auswahlverfahren in der Form eines Wettbewerbs auf

1 Stefan Fisch, Geschichte der europäischen Universität - Von Bologna nach Bologna, München 2015, S. 1.

2 Cristina Fraenkel-Haeberle, Die Universität im Mehrebenensystem - Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, Tübingen 2014, S. 14 ff.

3 Charles Fortier, Le recrutement des universitaires en France, ou le mouvement perpetuel, in: Cavallo Perin/Racca/Barbati (Hrsg.), Il reclutamento universitario in Europa, Napoli 2016, S. 97.

4 Zum Beispiel hatte die italienische Universitätsreform aus dem Jahre 2010 in ihrer ursprünglichen Fassung die Anwesenheit eines ausländischen Kommissars aus einem OECD-Staat vorgesehen (Gesetz Nr. 240 v. 30.12.2010, G.U. Nr. 10 v. 14.1.2011, Art. 16 Abs. 3 Buchst. F).

5 Roberto Cavallo-Perin/Gabriella Racca, Il reclutamento universitario nei paesi europei, in: Cavallo Perin/Racca/Barbati, Il reclutamento universitario in Europa, Napoli 2016, S. 11.

nationaler oder lokaler Ebene wie etwa bei der französischen *agrégation*, bei der neben der Lehrbefugnis eine Rangordnung zur Besetzung der an den Universitäten freiwerdenden Stellen erstellt wird.⁶ Eine größere Verbreitung hat jedoch das zweiphasige Verfahren gefunden, bei dem in einer ersten Phase im Rahmen einer Habilitation, Qualifikation oder Akkreditierung lediglich die Eignung der Kandidat*innen für Tätigkeiten der akademischen Lehre und Forschung geprüft wird. Der Ruf auf eine Professur bzw. einen Lehrstuhl ist dann Gegenstand eines separaten Auswahlverfahrens.⁷ Damit verbunden ist eine weitere Unterscheidung zwischen einem Wettbewerbssystem also einem vergleichenden Verfahren zur Ermittlung jener Kandidat*innen, die eine Stelle bzw. einen Lehrstuhl an einer Universität erhalten, und der deutschen Habilitation als offenes Verfahren ohne zahlenmäßige Beschränkung. Es handelt sich bei der Habilitation um ein wichtiges (wenn auch nicht ausschließliches) Zulassungskriterium für die akademische Laufbahn, da – wie in der Folge näher dargelegt – teilweise andere Qualifikationen und wissenschaftliche Erfahrung als Alternative berücksichtigt werden.⁸

Hinzu kommen Sonderverfahren wie etwa die *Tenure-track*-Berufungen angelsächsischer Herkunft, bei denen ein befristeter Vertrag mit einer jungen Wissenschaftler*in nach einer Bewährungsphase zur Begründung einer Lebenszeitprofessur führt. Das Prinzip lautet dabei „promotion or exit“ bzw. „hire or fire“. In außerordentlichen Fällen werden ferner Exzellenzberufungen wegen besonderer Verdienste (in Italien „chiamata per chiara fama“) als alternativer Zugang zu einem akademischen Posten oder als Anerkennung einer in der

Praxis erworbenen hervorragenden wissenschaftlichen Reputation vorgenommen.⁹

III. Die Anforderung für eine Berufung

1. Die italienische „abilitazione scientifica nazionale“

Zu den Besonderheiten einer Berufung zu einer italienischen Universität gehört in erster Linie die Instabilität des Rechtsrahmens. In den letzten Jahren war die Halbinsel durch den Übergang von nationalen zu lokalen Wettbewerben und dann zur nationalen Lehrbefugnis (*abilitazione scientifica nazionale*) gekennzeichnet.¹⁰ Die wiederholten Reformen (und Gegenreformen), die seit den Neuzehnhundertsiebzigerjahren aufeinander folgten, drehten sich alle um ein Leitmotiv, und zwar um den Versuch, durch die staatliche Steuerung den zu hohen Einfluss der akademischen Zünfte bei den Berufungsverfahren einzudämmen.

Nachdem unter der Berlusconi-Regierung eine „*mini-riforma-Gelmini*“, die durch das Gesetz Nr. 1/2009¹¹ durchgeführt wurde, die Wettbewerbsregeln bei laufenden Verfahren geändert hatte,¹² hat die vom Gesetz Nr. 240/2010¹³ eingeführte zweite Reform ebenfalls von Bildungsministerin Gelmini die nationale Lehrbefugnis (*abilitazione scientifica nazionale*) vorgesehen und das Berufungsverfahren weitgehend reformiert. Auch diese Reform wurde – gerade hinsichtlich der Berufungsverfahren – mehrmals geändert.¹⁴

Infolge der Gelmini-Reform wird die Lehrbefugnis beim Bildungsministerium zentralisiert. Sie wird aufgrund des vorgelegten wissenschaftlichen Curriculums erteilt, hat eine zeitlich beschränkte Dauer von sechs

6 Dieses Verfahren wurde in Italien bis zur Universitätsreform aus dem Jahre 2010 angewendet. Nach diesem System wurde bei der Ausschreibung der Professorenstellen durch die Hochschulen, den Bewerber*innen auf Platz eins und zwei gleichzeitig die Lehrbefugnis verliehen.

7 Dieses Verfahren wird Habilitation in Deutschland und „abilitazione scientifica nazionale“ in Italien genannt. Ähnlich gestaltet sich die durch eine Agentur (ANECA) in Spanien verliehene Akkreditierung und die durch eine nationale Kommission (*Conseil National des Universités – CNU*) verliehene „*qualification aux fonctions universitaires*“; vgl. Fortier, *Le recrutement des universitaires en France* (Fn. 3), S. 98.

8 Cavallo-Perin/Racca, *Il reclutamento universitario nei paesi europei* (Fn. 5), S. 14.

9 *Ebd.*, S. 13.

10 In dieser Absicht wurden zunächst die nationalen Wettbewerbe durch das Gesetz Nr. 31 v. 7.2.1979 (G.U. Nr. 41 v. 10.2.1979) eingeführt. Dann hat das sog. Berlinguer-Gesetz (Gesetz Nr. 210 v. 3.7.1998, G.U. Nr. 155 v. 6.7.1998) die Zuständigkeit zur Berufung von Universitätsprofessoren auf die einzelnen Universitäten übertragen. Im Jahre 2006 hat eine neue, jedoch vorwiegend auf dem Papier gebliebene Reform (Moratti-Dekret) der Regierung eine Vollmacht zur Neugestaltung der universitären Berufungen durch die Einführung der nationalen Lehrbefugnis erteilt (D. Lgs.

Nr. 164 v. 6.4.2006, G.U. Nr. 101 v. 3.5.2006). Das Moratti-Dekret hat für die Erteilung der Lehrbefugnis ein geschlossenes System vorgesehen, d.h. eine mengenmäßige Obergrenze entsprechend dem von den Universitäten gemeldeten Bedarf eingeführt. Die Lehrbefugnis sollte auf vier Jahre befristet vergeben werden. Die Moratti-Reform hat außerdem erstmalig befristete Verträge für den Mittelbau (*ricercatori a tempo determinato – RTD*) mit einer Dauer von 3 plus 3 Jahren vorgesehen.

11 Gesetz Nr. 1 v. 9.1.2009 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 novembre 2008, n. 180, recante disposizioni urgenti per il diritto allo studio, la valorizzazione del merito e la qualità del sistema universitario e della ricerca*), G.U. Nr. 6 v. 9.1.2009.

12 Vorgesehen wurde u.a. die Verlosung der Mitglieder der Berufungskommissionen aus einem Pool von gewählten Kommissionsbewerber*innen.

13 Gesetz Nr. 240 v. 30.12.2010 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*), G.U. Nr. 10 v. 14.1.2011.

14 Vgl. Antonio Banfi, *Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia*, JUS publicum 1/2015, http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/25_03_2015_19_51-Banfi.pdf <15.7.2019>.

Jahren (ursprünglich waren es vier) und ist der Nachweis über den Besitz der notwendigen Qualifikation um sich jeweils als assoziierter oder ordentlicher Professor (sie wird getrennt für die zwei Qualifikationsstufen erteilt) auf eine freie Stelle an einer Universität zu bewerben.

Ein Hauptanliegen bestand darin, das Ermessen der die Lehrbefugnis verleihenden Kommissionen durch die Einführung quantitativer Schwellenwerte – sog. „Mediane“ – einzuschränken. Der Median ist ein durch quantitative Indikatoren bemessener, flexibler Schwellenwert, der die Professoren einer Disziplin in zwei Hälften unterteilt und als Anforderung für die Verleihung der Lehrbefugnis voraussetzt, dass die wissenschaftliche Leistung der Antragsteller*in eben diesen Medianwert übersteigt.¹⁵ Demnach wird zur Verleihung der Lehrbefugnis ein vergleichendes Verfahren angewendet, das von absoluten Maßstäben absieht. Im Umkehrschluss bedeutet der Medianwert, dass die Hälfte der Professoren einer Disziplin nicht über die Voraussetzungen verfügen, welche die Antragsteller*innen zwecks Verleihung der Lehrbefugnis erfüllen müssen.¹⁶ Als Kuriosum sei hinzugefügt, dass dieselben Medianwerte als Kriterium für die Auswahl der Kommissionsmitglieder herangezogen werden, da diese ebenfalls aufgrund ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit der letzten fünf Jahre einer Evaluation unterzogen werden.¹⁷

Die nationale Lehrbefugnis wurde als offenes Verfahren gestaltet und hat somit eine hohe Zahl an Lehrbefugten hervorgebracht, welche die Aufnahmefähigkeit der Universitäten bei weitem übersteigt. Gleichzeitig ist es zu einer Schrumpfung der Finanzmittel gekommen, da die Haupteinnahmequelle der öffentlichen Universitäten und zwar der sog. „ordentliche Finanzierungsfonds“

(*fondo per il finanziamento ordinario* – FFO) inflationsbereinigt zwischen 2006 und 2013 um 20% geschrumpft ist. Des Weiteren wurden dem Bildungsministerium jährliche Kürzungen in Höhe von mehr als 200 Millionen Euro für die Jahre 2016, 2017, 2018 auferlegt und ein Einstellungsstopp verhängt.¹⁸

Gleichzeitig wurde in Erwartung der Durchführungsmaßnahmen zum Gesetz 240/2010 das Verfahren zur Verleihung der nationalen Lehrbefugnis auf Eis gelegt. Erst 2016 hat eine entsprechende Verordnung (D.P.R. 95/2016) ein „Schaltersystem“ vorgesehen.¹⁹ Demnach können die Anträge jedes Jahresviertel gestellt werden und müssen im anschließenden Dreimonatszeitraum beschieden werden. Die Lehrbefugnis wird für maximal sechs Jahre gewährt. Die Auswahlkommissionen erhalten jeweils ein zweijähriges Mandat.

2. Anforderungen für eine Berufung in Deutschland

In Deutschland und allgemein im deutschen Sprachraum war die Habilitation in der Vergangenheit eine mehr oder weniger unabdingbare Voraussetzung, um zum Universitätsprofessor berufen zu werden. Dieses Rechtsinstitut hat tiefe Wurzeln in der mittelalterlichen Geschichte, als *habilitare*, die Verleihung der Befugnis zur Lehre in der gesamten christlichen Welt durch eine kirchliche Behörde bedeutete (*licentia ubique docendi*).²⁰ Heutzutage setzt die *Habilitation* eine Promotion sowie eine reichliche Erfahrung in Lehre und Forschung voraus, die in der Regel durch eine umfangreiche Habilitationsschrift (in einigen Disziplinen auch in der Form einer Sammelhabilitation) nachgewiesen wird.

Die Habilitation stellt noch immer den Königsweg für eine Berufung dar. Allerdings wurde 2002 ein Alter-

15 *Ebd.*, S. 11 f.

16 Der Median ändert sich je nachdem, ob eine Disziplin bibliometrisch erfasst wird oder nicht, da bei den sog. „harten Wissenschaften“ Zitationsindizes verwendet werden. Allerdings fehlt eine gesamtstaatliche Erfassung der wissenschaftlichen Publikationen, weswegen die bibliometrischen Werte unter Rückgriff auf kommerzielle Datenbanken wie Thomson Reuter e Elsevier berechnet werden müssen.

Das Ministerialdekret Nr. 120 v. 7.6.2016 (*Regolamento recante criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonché le modalità di accertamento della qualificazione dei Commissari, ai sensi dell'articolo 16, comma 3, lettere a), b) e c) della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e successive modifiche, e degli articoli 4 e 6, commi 4 e 5, del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2016, n. 95*) G.U. Nr. 155 v. 5.7.2016 hat für die nicht bibliometrisch erfassten Disziplinen als Kriterien für die Verleihung der nationalen Lehrbefugnis (*impact analysis of the scientific outcome*) die Zahl der Aufsätze in referierten Zeitschriften, die Zahl der Aufsätze in nicht referierten Zeitschriften und die Zahl der Monografien (Herausgeberschaften ausgeschlossen) festge-

legt. Eine positive Bewertung erhalten jene Kandidaten die bei mindestens zwei der drei vorgesehenen Indikatoren die berechneten Schwellenwerte überschreiten. Die Zahl der erforderlichen Publikationen wurde je nach Besoldungsstufe gedeckelt (für die Rechtsfakultät ist z.B. die Angabe von zehn Publikationen für assoziierte Professoren und fünfzehn für ordentliche Professoren erforderlich).

17 Ministerialdekret Nr. 120/2016, Art. 8.

18 Die Kürzungen betragen € 220.400.000 (2016), € 240.400.000 (2017), € 200.400.000 (2018), was die höchste Ressourcenschwund im Verhältnis zu den anderen Ministerien darstellte. So in *Carla Barbati*, Alla ricerca di un diritto per l'Università, in: *Istituzioni del Federalismo* Nr. 3/2015, p. 644.

19 Decreto del Presidente della Repubblica Nr. 95 v. 4.4.2016 (*Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 14 settembre 2011, n. 222, concernente il conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso al ruolo dei professori universitari, a norma dell'articolo 16 della legge 30 dicembre 2010, n. 240*), G.U. Nr. 130 v. 6.6.2016.

20 *Jacques Verger*, Grundlagen, in: *Walter Rugg* (Hrsg.), Die Geschichte der Universität in Europa, Bd. 1, München 1993, S. 49.

nativmodell geschaffen, durch das die sog. Juniorprofessuren bzw. W1-Professuren eingeführt wurden.²¹ Das Ziel der Juniorprofessur bestand darin, junge Wissenschaftler*innen relativ frühzeitig zur Autonomie in Forschung und Lehre zu erziehen und gleichzeitig den Zugang zur akademischen Laufbahn durch die Beseitigung der einer Habilitation immanenten Zwänge zu erleichtern.

Nach diesem Konzept werden befristete dreijährige Verträge, die nach positiver Evaluation ein einziges Mal erneuert werden können, vorgesehen. Am Ende dieses Zeitraums kann sich der positiv bewertete Juniorprofessor auf eine Lebenszeitprofessur bewerben.²² Diese Bundesregelung, die das System der Habilitation ersetzen sollte, wurde 2004 vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, da sie die Länderkompetenz im Hochschulwesen zu stark einschränkte.²³ Seitdem bestehen beide Karrierewege (Habilitation und Juniorprofessur) neben einander weiter.

Zur Feststellung der Tragfähigkeit des Konzepts der Juniorprofessur hat die Hans-Böckler-Stiftung dem Centrum für Hochschulentwicklung (CHE) und dem Institut für Hochschulforschung Halle-Wittenberg (HoF) eine Untersuchung in Auftrag gegeben. Aufgrund der Ergebnisse der Studie ist davon auszugehen, dass sich das Experiment bewährt habe. Von einer Stichprobe von ca. 300 befragten ex Juniorprofessoren (welche die sechsjährige Vertragslaufzeit abgeschlossen hatten) haben nur 5% eine Stelle außerhalb der Universität erhalten. Die verbleibenden 95% konnten nach dem Sechsjahreszeitraum eine Professur erhalten, wobei sogar 78% nicht einmal den Sechsjahreszeitraum ausgeschöpft hatten, und einen Lehrstuhl schon davor bekommen haben. 83% haben eine Professur ohne Habilitation erhalten, was den Beweis liefert, dass in einigen Disziplinen die Juniorprofessur eine echte Alternative zur traditionellen akademischen Laufbahn darstellt. Die befragten Juniorprofessoren lobten einerseits ihre Autonomie in Lehre und Forschung, beanstandeten jedoch die geringe Planbarkeit ihrer beruflichen Karriere und befürworteten die Einführung eines Tenure-track-Verfahrens zur Reduzierung des psychologischen Drucks einer unsicheren Zu-

kunft, was auch ihre Motivation bei der Arbeit erhöht hätte.²⁴

IV. Intrauniversitäre Mobilität und Mobilitätsgrenzen im deutsch-italienischen Rechtsvergleich

Das deutsche System fördert stark die Mobilität der Hochschulprofessoren, da dadurch der wissenschaftliche Austausch begünstigt wird. Wer sich auf eine Stelle an einer anderen Universität bewirbt und diese bekommt, wird in der Regel von der Herkunftsuniversität durch Bleibeverhandlungen belohnt. Dieses Prinzip ist nicht absolut, da zur Ermöglichung der Kontinuität in Lehre und Forschung viele Universitäten bei der Erstberufung den Verbleib an derselben Hochschule für mindestens drei Jahre verlangen.

Ebenfalls der Förderung der intrauniversitären Mobilität dient das Hausberufungsverbot also das Verbot für Privatdozenten an derselben Universität, an der sie sich habilitiert haben, berufen zu werden. Diese Praxis dient dazu, den Lokalismus zu bekämpfen und eine verstärkte Kontrolle über die Einstellungspolitik der einzelnen Universitäten zu ermöglichen, indem die Bildung von inneruniversitären Seilschaften verhindert und die Mobilität der Wissenschaftler*innen und der wissenschaftlichen Gedankenwelt gefördert wird. Es handelt sich um eine ungeschriebene, jedoch allgemein eingehaltene Regel, von der nur in außerordentlichen Situationen abgewichen wird.

Diese Mobilität ist allerdings nicht unbeschränkt, da in der Regel eine Berufung ein Beamtenverhältnis begründet. Demnach sehen die meisten Länder bei der Beamtenernennung eine Einstellungsaltersgrenze vor. Diese sichert, dass ein Dienstverhältnis eine ausreichende Dauer hat, um die Versorgungslast auszugleichen. Die Spanne der Altersgrenzen reicht konkret von der Vollendung des 45. Lebensjahres (Sachsen-Anhalt) zur Vollendung des 55. Lebensjahres im Saarland.²⁵ Ist die Altersgrenze überschritten, so kann trotzdem eine Professur im privatrechtlichen Dienstverhältnis übertragen werden, wenn auch eine Verbeamtung vorzugswürdig ist.²⁶

21 5. HRGÄndG BGBl. I S. 693.

22 5. HRGÄndG § 48.

23 BVerfGE 111, 226.

24 *Sigrun Nickel/Annika Rathmann*, Die Juniorprofessur – Bewährungsprobe bestanden. Empirische Erkenntnisse und Rahmenregelung, in: *Forschung & Lehre* 9/2014, S. 718.

25 Auch die Rechtsquellen sind unterschiedlich: Die Altersgrenzen sind in den Hochschulgesetzen, den jeweiligen Beamtengesetzen sowie den Haushaltsordnungen geregelt. Sie weichen von der allgemeinen beamtenrechtlichen Einstellungsaltersgrenze ab und betreffen in der Regel die Erstberufung. Andernfalls kann aufgrund des Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrags (Staats-

vertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln – Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrag v. 16.12.2009/26.1.2010, BGBl. I S. 1288, 1290) eine Erhöhung der Altersgrenze vorgenommen werden, sofern der abgehende Dienstherr sein Einverständnis gibt und der Übergang nahtlos erfolgt. Das setzt bei Universitätsprofessoren in der Regel eine Dienstzeit von mindestens drei Jahren voraus.

26 *Herbert Detmer/Katharina Picker*, Einstellungsaltersgrenzen für Professoren – Eine Übersicht von Bund und Ländern, in: *Forschung & Lehre* 8/2014, S. 628 ff.

Umgekehrt ist dem italienischen Hochschulwesen die intrauniversitäre Mobilität kulturell fremd. Außerdem wird sie durch buchhalterische Hürden stark behindert. Zur (behaupteten) Flexibilisierung der Einstellungsverfahren und um die Nachhaltigkeit der Hochschulhaushalte zu sichern, erhält nämlich jedes Jahr jede Universität ein Budget an Planstellenpunkten (*punti organico*). Es handelt sich um eine Recheneinheit, die nicht den tatsächlichen Personalkosten entspricht, jedoch als Personalschlüssel dient. Nach diesem Kriterium „verbraucht“ die Berufung externer Lehrkräfte mehr Planstellenpunkte als die Beförderung des hochschulinternen Personals. Ausgehend von der Tatsache dass ein Assistenzprofessor (*ricercatore*) 0,5 Planstellenpunkte, ein assoziierter Professor 0,7 und ein ordentlicher Professor einen Planstellenpunkt in Anspruch nehmen, ist es für eine Universität viel günstiger, einen *ricercatore* zum assoziierten Professor zu befördern und dabei 0,2 Planstellenpunkte zu verbrauchen, als eine 0,7 Planstellenpunkte beanspruchende, externe Kraft zu berufen.

Diese bürokratischen Zwänge sowie die kulturellen Hürden die bisher der Mobilität des akademischen Personals im Wege standen, haben den italienischen Gesetzgeber dazu veranlasst, alternative Möglichkeiten der Professorenberufung vorzusehen. So wurde im Rahmen der Hochschulreform aus dem Jahre 2010 ein Verfahren zur Direktberufung (*chiamata diretta*) u.a. zur Förderung der internationalen Mobilität von Wissenschaftler*innen eingeführt. Demnach können Wissenschaftler*innen, die im Ausland mit einem festen Arbeitsverhältnis für Tätigkeiten der universitären Forschung und Lehre eingesetzt werden, auf eine gleichwertige Stelle an einer italienischen Hochschule ohne den Erwerb der italienischen Lehrbefugnis berufen werden.²⁷ Zusätzlich dazu hat das Gesetz Nr. 208/2015 (Stabilitätsgesetz für das Jahr 2016)²⁸ zur Förderung der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des italienischen Hochschulwesens die vom Gesetz Nr. 230/2005 bereits vorgesehenen Möglichkeiten (Direktberufung aus dem Ausland von bis zu 10% des wissenschaftlichen Personals) erweitert.²⁹ Nach dem Gesetz Nr. 208/2015 wurde abwei-

chend von den allgemeinen Bestimmungen zur Berufung der Universitätsprofessoren ein neues Verfahren eingeführt, das hervorragende Leistungen in der wissenschaftlichen Lehre und Forschung zur Geltung bringen soll. Durch die Einrichtung eines Sonderfonds (*Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta*), dem ab 2017 jährlich 75 Millionen Euro zugewiesen werden, sollen sowohl ausgewiesene Wissenschaftler*innen aus dem Ausland im Wege der Direktberufung an italienische Universitäten beschäftigt als auch die inneritalienische Mobilität gefördert werden.³⁰ Durch den Fonds wird die Möglichkeit der Direktberufung in derselben Besoldungsgruppe an einer anderen Universität ermöglicht.³¹ Zu erwähnen ist ferner das *Brain-drain-Programm* (*programma di rientro dei cervelli*) für junge Wissenschaftler*innen sowie Expert*innen aus dem Ausland, das ebenfalls Direktberufungen ermöglicht und darüber hinaus Steuererleichterungen vorsieht.³²

V. Der Weg zu einer Professur: prekäre Arbeitsverhältnisse des Mittelbaus und Unwägbarkeiten der universitären Laufbahn

Bekanntlich werden im deutschen Hochschulrecht für die Beschäftigung des akademischen Nachwuchses hauptsächlich befristete Arbeitsverträge eingesetzt. Diese werden vom 2017 novellierten *Wissenschaftszeitvertragsgesetz*³³ geregelt, das zwischen Doktorat und Habilitation eine maximale Beschäftigungszeit von zwölf Jahren (sechs für das Doktorat, sechs für die Habilitation mit Anrechnung der für die Promotion nicht verbrauchten sog. „Ersparniszeit“) vorsieht. Für die medizinischen Fächer verlängert sich die Habilitationszeit auf neun Jahre.³⁴ Diese langen Zeitspannen im Verhältnis zu den anderen befristeten Arbeitsverträgen rechtfertigen sich durch den besonderen Zweck der Befristung, die auf die Qualifikation des akademischen Personals ausgerichtet ist. Tatsache ist jedoch, dass die Zugehörigkeit zum Mittelbau in der Regel mit prekären Arbeitsverhältnissen verbunden ist. Diese allgemeine Lage unterscheidet sich von der in Italien bis 2010 geltenden Regelung, welche –

27 Gesetz Nr. 240/2010, Art. 18 Abs. 1 Buchst. b); vgl. *Barbati*, Alla ricerca di „un diritto per l'Università“ (Fn. 18), S. 639

28 Gesetz Nr. 208 v. 28.12.2015 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2016*), G.U. Nr. 302 v. 30.12.2015 Art. 1 Abs. 207.

29 Gesetz Nr. 230 v. 4.11.2005 (*Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari*), G.U. Nr. 258 v. 5.11.2005, Art. 12 Abs. 9.

30 Vgl. auch <https://www.miur.gov.it/web/guest/chiamate-dirette<18.7.2019>>.

31 Gesetz Nr. 208/2015, Art. 1 Abs. 209 Buchst. c). Vgl. auch <https://www.miur.gov.it/web/guest/chiamate-dirette<18.7.2019>>.

32 Das Programm Rita Levi Montalcini hat 2018 die Finanzierung von 24 Stellen für junge promovierte Wissenschaftler*innen und Expert*innen, die seit mindestens drei Jahren als Post-Doc im Ausland beschäftigt sind, mit der Möglichkeit der Übertragung in einer Stelle als assoziierter Professor vorgesehen (<https://www.miur.gov.it/web/guest/programma-rita-levi-montalcini<18.7.2019>>).

33 Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (*Wissenschaftszeitvertragsgesetz - WissZeitVG*) v. 12.4.2007 (BGBl. I S. 506), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 4 des Gesetzes vom 23.5.2017 (BGBl. I S. 1228) geändert worden ist.

34 *WissZeitVG* § 2.

ähnlich den in Frankreich bestehenden *maîtres de conférences* – die Verbeamtung der wissenschaftlichen Mitarbeiter (*ricercatori*) vorsah.

Das zeigt, dass die deutsche Laufbahn voll und ganz auf die Ausbildung von Universitätsprofessoren ausgerichtet ist, da nur sie über feste Arbeitsverhältnisse verfügen können. An einigen Universitäten erfolgt sogar die Erstberufung auf eine W2-Professur mit befristetem Arbeitsvertrag nach dem Tarifrecht. Dadurch soll die Eignung einer Professor*in „on the job“ geprüft werden, wenn auch diese Lösung die Verstetigung im akademischen Bereich weiter verzögert. Ebenfalls befristet sind die mit privaten Zuwendungen geförderten Stiftungsprofessuren.

Inzwischen sind auch in Italien die Arbeitsverhältnisse des Mittelbaus prekär geworden, nachdem die Reform aus dem Jahre 2010 das Berufsbild der wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen mit unbefristetem Vertrag (*ricercatore a tempo indeterminato* – RTI) abgeschafft hat und stattdessen zwei befristete Vertragsarten eingeführt hat: Zum einen dreijährigen Vertrag als *junior researcher* (*“ricercatore di tipo A”*) mit der Möglichkeit einer zweijährigen Verlängerung, zum anderen einen Vertrag als *senior researcher* (*“ricercatore di tipo B”*) mit dreijährigem Vertrag und *tenure-track*.³⁵

Aufgrund der finanziellen Nöte der Universitäten war allerdings die Einstellung nach den neuen Verträgen bisher recht zurückhaltend. Ein *senior researcher* beansprucht nach drei Jahren so viele Planstellenpunkte (0,7 Planstellenpunkte) wie ein neu eingestellter assoziierter Professor. Auch ein *junior researcher* (0,5 Planstellenpunkte) ist für eine Universität kostspieliger als ein Stipendiat, das nicht zum Stammpersonal gezählt wird. Aufgrund der bis 2018 geltenden *Turn-over*-Beschränkungen, bedeutete die Einstellung von *junior* bzw. *senior researcher* eine erhebliche Beanspruchung der Personalmittel, weswegen die Universitäten dazu neigten, den

viel günstigeren in der Regel einjährigen Forschungsstipendien den Vorrang zu geben.³⁶

Seit der Reform aus dem Jahre 2010 besteht der akademische Weg in Italien aus der Promotion (wobei nicht für alle Promotionsstellen ein Stipendium vorgesehen ist) nach deren Abschluss mehrere Post-doc-Stipendien mit einer Gesamtdauer von höchstens sechs Jahren gewährt werden können. Die nächste Stufe ist eine Stelle als *junior researcher* (*ricercatore a tempo determinato di “tipo A”* – RTDA) für die Dauer von drei Jahren mit einer Verlängerungsmöglichkeit um weitere zwei Jahre.³⁷ Abschließend folgt ein dreijähriger Vertrag als *senior researcher* (*ricercatore a tempo determinato di “tipo B”* – RTDB), der nicht verlängerbar ist, jedoch in eine Stelle als assoziierter Professor umgewandelt werden kann, sofern in dieser Zeit die Lehrbefugnis erworben worden ist und die Kandidat*in von der aufnehmenden Universität positiv bewertet wurde (*tenure track*). Bei diesem letzten Vertrag handelt es sich grundsätzlich um einen assoziierten Professor in der Probezeit.³⁸

Auf eine Stelle als *senior researcher* (RTDB) kann man sich als *junior researcher* oder mindestens dreijähriger Stipendiat sowie als Inhaber der nationalen Lehrbefugnis bewerben. Im Jahre 2016 wurde die Zahl dieser Verträge massiv erhöht, da die Regierung ein Sonderprogramm mit der Ausschreibung von 861 Stellen gestartet hat. Somit hat man versucht, diese Vertragsart in Schwung zu bringen, da die *Senior-researcher*-Verträge allgemein bis dahin nicht gern gesehen wurden: Es handelt sich um die Einstellung externer Bewerber*innen, welche die Karrierechancen des bereits beschäftigten akademischen Personals beeinträchtigen. Somit gleichen sie einer „Rechtsüberholung“, weswegen die Universitäten allgemein dazu neigen, die Planstellenpunkte eher für die Beförderung des universitätsinternen Personals als für die Einstellung neuer Wissenschaftler*innen aufzuwenden.³⁹

35 Gesetz Nr. 240/2010 Art. 24 Abs. 3 Buchst. a und b.

36 Vgl. Associazione dei Ricercatori a Tempo Indeterminato (ARTeD), Il precariato nelle Università dopo la legge 240/2010 (“Gelmini”), http://www.uniarted.it/wp-content/uploads/2017/01/2017-01-24-Precariato_Analisi_e_Proposte6.pdf <18.7.2019>.

37 Die unionsrechtliche Zulässigkeit der Junior-Researcher-Verträge (RTDA) wird aufgrund einer Vorlage eines italienischen Verwaltungsgerichts gegenwärtig vom EuGH am Maßstab der Richtlinie 1999/70/EG (ABl. L 175) zur Verhinderung des Missbrauchs befristeter Arbeitsverträge geprüft. Da nach besagter Richtlinie die (zweijährige) Verlängerung eines in diesem Fall dreijährigen Vertrags auf „sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen“ (Art. 5 Abs. 1 Buchst. A) gestützt werden muss, wird die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht des italienischen Hochschulgesetzes beanstandet, das eine derartige Prüfung nicht vorsieht, sondern die Vertragsverlänge-

rung lediglich von der positiven Evaluation der durchgeführten Forschungs- und Lehrtätigkeit abhängig macht.

38 *Banfi*, Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia (Fn. 14), S. 6 f. Allgemein ist an italienischen Universitäten eine Schrumpfung des Personals in der Stammrolle festzustellen: Die ordentlichen Professoren sind seit 2008 von 18.938 auf ca. 12.929 zurückgegangen; das Personal auf einer Planstelle ist aufgrund des bis 2018 bestehenden Einstellungsstopps um 12.000 Einheiten in den letzten 8 Jahren geschrumpft; das Sonderprogramm zur Einstellung assoziierter Professoren aus dem Jahr 2014 hat zur Schaffung von ca. 2500 neuen Stellen geführt, jedoch die Anzahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter mit unbefristetem Vertrag gleichzeitig reduziert (ebd. S. 5).

39 Associazione dei Ricercatori a Tempo Indeterminato (Fn. 36), S. 7.

Als neuere Entwicklung werden in Deutschland gegenwärtig die *Juniorprofessuren* teilweise mit dem Suffix „*tenure track*“ ausgeschrieben.⁴⁰ Diese Angabe muss in der Stellenausschreibung enthalten sein.⁴¹ Außerdem sieht eine Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern nach Art. 91b GG die Schaffung von 1000 *Tenure-track-Professuren* zwischen 2017 und 2032 mit einer erheblichen finanziellen Beteiligung des Bundes vor.⁴² Diese sind vornehmlich als Juniorprofessuren auszu-schreiben. Die Vereinbarung sieht insbesondere „*echte Tenure-Track-Professuren*“ und nicht so sehr die bloße Möglichkeit einer Verstetigung (*Tenure-Track-Option*) vor. Um dem Hausberufungsverbot gerecht zu werden, müssen die Bewerber*innen nach der Promotion mindestens zwei Jahre außerhalb der berufenden Hochschule wissenschaftlich tätig gewesen sein. Das verfassungsrechtliche Prinzip der „Bestenauslese“ nach Art. 33 Abs. 2 GG wird durch das anfängliche Auswahlverfahren gewahrt.⁴³

Erwähnenswert ist auch, dass z.B. nach dem Hessischen Hochschulgesetz 2016 die Juniorprofessur abgeschafft und durch eine „Qualifikationsprofessur“ oder eine „Entwicklungszusage“ ersetzt wurde.⁴⁴ Die temporäre Beschäftigung erfolgt in den Besoldungsstufen W1 und W2. Nach einer sechsjährigen Bewährungszeit, die in einem Evaluationsverfahren unter Beteiligung externen Sachverständigen festzustellen ist, erfolgt bei positiver Evaluation die Übertragung in einer höher besoldeten Lebenszeitprofessur (*Entwicklungszusage*).⁴⁵ Die „Qualifikationsprofessur“ bietet hingegen die Möglichkeit, die für eine Professur notwendige Erfahrung zu erwerben und sieht eine *Tenure-Track-Option* vor: Die Entfristung ist in diesem Falle nur möglich, wird jedoch nicht im Voraus zugesagt.⁴⁶

Als weiteres Beispiel ist das *Tenure-Track-Verfahren* der TU-München zu nennen, das die Ausschreibung von Stellen als *Assistant Professor* mit je zwei Mentoren und

mit einem reduzierten Lehrdeputat von fünf Semesterwochenstunden vorsieht. Die notwendige Ausbildung in puncto Personalführung wird von der *Tenure-Track-Academy* vermittelt.⁴⁷ Nach sechs Jahren erfolgt die Evaluation mit dem Übergang auf eine W2- bzw. W3- Lebenszeitprofessur. Die Prognose bis 2025 lautet dabei 50:20:30 (*Full, Associate, Assistant*).⁴⁸ Die *Associate Professors*, welche die Anforderungen für eine Professur erfüllen, werden als W3-Professoren eingestuft. Erfolgt der Übergang zum *Full Professor*, so verbessert sich die Besoldung und die Ausstattung des Lehrstuhls. Hingegen hat man vom Konzept der *Juniorprofessur* Abstand genommen.⁴⁹

VI. Rechtsvergleichende Analyse

Aus der soeben geschilderten Darstellung des deutschen Hochschulwesens ergibt sich ein vielseitiges Bild des Berufungsverfahrens, das sich von der italienischen Rechtslage weitgehend unterscheidet. An deutschen Universitäten ist das korporative Element weiterhin stark ausgeprägt. Es handelt sich traditionell um eine *universitas magistrorum* nach dem Pariser Modell aus dem 13. Jahrhundert, das die Auswahl des Lehrpersonals der Kooptation überlies. Seit jeher stellt die deutsche Universität eine Körperschaft von Wissenschaftler*innen dar, die nach eigenen Regeln agiert und über eine umfassende Autonomie verfügt.

Mit seinem zweiphasigen Verfahren bestehend aus Habilitation und Berufung überlässt Deutschland die Verleihung der Lehrbefugnis nicht der staatlichen Steuerung der Ministerialbehörden – oder wie in Frankreich des *Conseil National des Universités*. Sie bleibt dem Kooptationsmodell treu und sieht im Unterschied zu Italien von mengenmäßigen Indikatoren ab. Die Bekämpfung von Seilschaften und Nepotismus wird bei der Professoreinstellung durch ein vergleichendes (wettbewerbli-

40 In 13% der Fälle laut *Michael Hartmer*, Tausend neue Professuren bis 2022 – wie das *Tenure-Track-Programm* die Universitäten verändern wird, in: *Forschung & Lehre* 2/2017, S. 107.

41 So z.B. nach dem Saarländischen Hochschulgesetz (SHSG), *Amtsbl.* I 2019, S. 412, § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1.

42 Zu den Reformvorschlägen ist der Beschluss des deutschen Bundestages vom 27.6.2013 zu nennen, in dem die Einführung der *Associate-Professur* als unbefristete Position für die besten Nachwuchswissenschaftler*innen (mit W2- oder W3-Besoldung) sowie die Aufgabe der Juniorprofessur zugunsten der Assistenz-Professur befürwortet wurde http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17250_ORIG.pdf <19.7.2019>; vgl. *Wissenschaft als Beruf – Qualifikation und Personalstrukturen in der Wissenschaft nach der Promotion*, in: *Forschung & Lehre* 5/2015, S. 368 ff.

43 *Katharina Helmig/Dr. Hubert Detmer*, *Tenure Track für Juniorprofessuren – Ein Ländervergleich*, in: *Forschung & Lehre* 8/2017, S. 698 ff.

44 HHG GVBl. I 2009 S. 666, § 64.

45 So auch für die Verstärkung einer Juniorprofessur nach § 14 Abs. 6 Nr. 3 Hamburgisches Hochschulgesetz.

46 *Martin Hellfeier*, *Qualifikationsprofessur und Entwicklungszusage*, in: *Forschung & Lehre* 7/2016, S. 590.

47 *Ulrike Preissler*, *Die Tenure-Track-Professur – Die aktuelle Rechtslage*, in: *Forschung & Lehre* Nr. 2/2017, S. 116.

48 *Heike Schmoll*, *Ein Lob der Vielfalt – Karrierewege zur Professur*, in: *Forschung & Lehre* 5/2015, S. 355. Außerdem qualifizieren sich mehr als 300 Postdocs allein im *Emmy-Noeter-Programm* der DFG oder als *Nachwuchsgruppenleiter* mit *ERC-Grant*; im *Heisenberg-Programm* der DFG, das die Lücke zwischen Berufbarkeit und Berufung schließen soll, sind es ebenfalls ca. 300.

49 *Wolfgang A. Herrmann*, *Tenure Track, aber ehrlich! – Über die Erneuerung des Berufungssystems*, in: *Forschung & Lehre* 5/2015, S. 358.

ches) Verfahren und das Hausberufungsverbot sichergestellt. Hervorzuheben ist ferner, dass das deutsche System im Unterschied zu Italien oder Frankreich die Lehrbefugnis nicht schmalpurig verleiht. Die *venia legendi* wird für Makrodisziplinen wie „öffentliches Recht“ vergeben, was sich bei den ausgeschriebenen Stellen wettbewerbsfördernd auswirkt.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich ein Bild des deutschen Hochschulwesens, das durch eine starke Mobilität und eine großen Dynamik gekennzeichnet ist, da das lokale Verfahren zum Erwerb der Habilitation, einem Berufungsverfahren im gesamten deutschen Sprachraum (Deutschland, Österreich, Schweiz, Liechtenstein) gegenübersteht, was die internationale Beweglichkeit in den deutschsprachigen Ländern fördert.

Das Spannungsverhältnis zwischen Wissenschaftsfreiheit und staatlicher Steuerung wurde von § 58 Abs. 1 Hochschulrahmengesetz kodifiziert, laut dem die Hochschulen „in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen“ sind. Die staatliche Aufsichtsbefugnis (der *Länder*) offenbart sich hauptsächlich auf zwei Fronten und zwar dem finanziellen Bereich und demjenigen der Berufung des Hochschulpersonals. Die universitäre Berufung befindet sich traditionell an der Schnittstelle zwischen Wissenschaftsfreiheit und staatlicher Steuerung und wurde vom Bundesverfassungsgericht als eine „Kondominalangelegenheit zwischen Staat und Hochschule“⁵⁰ also als Gemeinschaftsaufgabe von Universität und Ministerium bezeichnet.⁵¹

Aus einem deutsch-italienischen Vergleich lässt sich feststellen, dass im Unterschied zu Deutschland, wo das Berufungsverfahren noch immer weitgehend auf der Habilitation beruht, in Italien die Professorenberufung einen Bereich darstellt, der durch eine starke Instabilität der Rechtslage gekennzeichnet ist und wo Reformen (ähnlich wie in Frankreich und in Spanien) praktisch an der Tagesordnung sind. Außerdem ist in Deutschland

das Thema weniger emotional geladen, auch weil es ein gut funktionierendes System an außeruniversitären Forschungseinrichtungen gibt, die gute Beschäftigungsmöglichkeiten bieten, um die Wartezeit auf einen Lehrstuhl überbrücken zu können.⁵²

Hingegen stellt in Italien das Berufungsverfahren eine permanente Streitfrage dar. Die Einführung eines zweiphasigen Modells bestehend aus nationaler Lehrbefugnis und Berufungsverfahren durch die einzelnen Hochschulen verfolgt einerseits das Ziel einer Vereinheitlichung der Qualitätsstandards, andererseits dasjenige der Bewahrung der Hochschulautonomie. Die Verleihung der gesamtstaatlichen Lehrbefugnis ist übrigens kein rein italienisches Alleinstellungsmerkmal, sondern ist auch in Frankreich und Spanien vorgesehen. Genau wie in Frankreich wird in Italien die akademische Qualifikation einer Zentralbehörde anvertraut.⁵³ Diese Vorgangsweise wird sowohl als Ausprägung der staatlichen Zentralsteuerung als auch als Zeichen des Misstrauens gegenüber der Wissenschaftswelt beurteilt. Eine Auswahl auf nationaler Ebene wird als gerechter, fairer und strenger als diejenige auf der Ebene der Universität angesehen. Im Unterschied zu Deutschland beruht ferner das Habilitationsverfahren ausschließlich auf dem Nachweis der wissenschaftlichen Produktivität und nicht auf einem persönlichen Gespräch mit den Bewerber*innen. In diesem Bereich hat Italien versucht, die Auswahlkriterien so weit wie möglich objektiv zu gestalten und zwar durch die Einführung der sogenannten „Mediane“ (auch für die Auswahl der Kommissionsmitglieder), wenn auch diese Vorgehensweise mit der wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeit nicht unbedingt im Einklang steht.

Ein Vergleich zwischen dem Berufungsverfahren in Deutschland und Italien erfordert einen Hinweis auf die Anerkennung der deutschen *Habilitation* in der italienischen Rechtsordnung. Hierbei ist der Fall Angelo Rubino⁵⁴ erwähnenswert, der 2009 Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens eines italienischen Verwal-

50 BVerfGE 111, 333 (361).

51 Die Praxis der Ruferteilung an Universitäten ist in Deutschland uneinheitlich geregelt. Während in einigen Bundesländern die Ruferteilung durch die Universität selbst vorgesehen ist (so z.B. laut § 37 Abs. 1 HG NRW „Die Rektorin oder der Rektor beruft die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer auf Vorschlag des Fachbereichs. Sie oder er kann eine Professorin oder einen Professor abweichend von der Reihenfolge des Vorschlages des Fachbereichs berufen oder einen neuen Vorschlag anfordern“), ist in anderen Ländern und dem Bund ein Modell der Einflussnahme durch ein Ministerium üblich: Die Ruferteilung wird als *res mixta* gemeinsam vom Staat (den Landesbehörden) und der Universität verwaltet (Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt). In anderen Fällen wird die Letztentscheidungsbefugnis über die Dreierliste dem Ministerium überlassen (Berlin, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz); vgl. dazu Sandra Möllmann, *Autonomie konkret: die Ruferteilung – Wer beruft nach welchem*

Verfahren, in: *Forschung & Lehre*, 10/2014, S. 808 f. In den Bundesuniversitäten der Bundeswehr in München und Hamburg ist hingegen die Verteidigungsminister*in für die Ernennung der Universitätsprofessor*innen zuständig (Rahmenbestimmungen für Struktur und Organisation der Uni BW HH – RahBest § 40 Abs. 1 Satz 1; RahBest UniBW M § 58 Abs. 1 Satz 1).

52 Man denke etwa an die Max-Planck-Gesellschaft, an die Leibniz-Gemeinschaft sowie an die Helmholtz-Gemeinschaft und an die Fraunhofer-Gesellschaft.

53 In Frankreich wird die „agrégation“, welche die Voraussetzung für eine Berufung darstellt, vom *Conseil National des Universités* verliehen. Bereits in der Auswahl der *maîtres de conférences*, d.h. des akademischen Mittelbaus, übernimmt ein nationaler Wettbewerb eine Filterfunktion zwischen der Promotion und der Beschäftigung durch eine Universität.

54 EuGH, Urteil v. 17.12.2009, Rs. 586/08, Slg. I-12013.

tungsgerichts vor dem EuGH gewesen ist und zwar über die Auslegung der im damaligen EG-Vertrag vorgesehenen Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise⁵⁵ sowie die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen zum Gegenstand hatte. Der Beschwerdeführer, Angelo Rubino, hatte vor dem Verwaltungsgericht die Nicht-Anerkennung seiner deutschen Habilitation durch das italienische Ministerium für Universität und Forschung zwecks Verleihung der italienischen Lehrbefugnis angefochten. Der EuGH hat sich in seiner Entscheidung der Auslegung des Ministeriums angeschlossen und statuiert, dass die durch das Gesetzesvertretende Dekret Nr. 206/2007 übernommene Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht auf den Beruf des Hochschullehrers anwendbar sei, da in Italien für den Zugang zu diesem Beruf „weder Ausbildungsnachweise noch Berufserfahrung benötigt werden“: Es handelte sich also um keinen reglementierten Beruf, da nach der italienischen Regelung⁵⁶ der Erwerb der nationalen Lehrbefugnis lediglich eine Stufe der Auswahl im Rahmen des (vergleichenden) Einstellungsverfahrens für Universitätsdozenten ist. Dieses Verfahren besteht aus zwei Stufen, von denen der Erwerb der nationalen Lehrbefugnis die erste ist: Erst nach der zweiten Stufe erfolgt die namentliche Eintragung in die Liste der Inhaber der nationalen Lehrbefugnis. Nach italienischem Recht wurde damals die Lehrbefugnis einer im Voraus festgelegten Höchstzahl von Personen auf der Grundlage einer vergleichenden Bewertung der Kandidat*innen und nicht durch die Anwendung absoluter Kriterien verliehen. Sie hatte außerdem (und hat noch immer) eine zeitlich begrenzte Wirkungsdauer. Als *obiter dictum* hat jedoch der Gerichtshof daran erinnert, dass die in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Qualifikationen im Rahmen eines solchen Verfahrens ihrem Wert entsprechend anerkannt und angemessen berücksichtigt werden müssten.⁵⁷

VII. Schlussfolgerungen

Dieses Beispiel an der Schnittstelle zwischen Studientelanerkennung und Anerkennung beruflicher Qualifikationen zeigt eindeutig, dass der europäische Harmonisierungsprozess mit äußerst komplexen Anerkennungsfragen konfrontiert ist. Im Unterschied zum Mittelalter als die akademische Mobilität besonders ausgeprägt war, da es eine Einheitssprache (Latein) gab und der Fächerkanon mit Theologie, Medizin, Rechtswissenschaft und den *artes liberales* recht überschaubar ausfiel, gestatten die materiellen und prozeduralen Unterschiede bei der Berufung von Universitätsprofessoren keine automatische Anerkennung und erfordern Ausgleichsmaßnahmen, um Ungleichbehandlungen vorzubeugen.

Andererseits kann die Hochschulautonomie die Universität dazu veranlassen, nach Wegen zu suchen, die von den Unterschieden absehen und sich dem internationalen Austausch des akademischen Personals öffnen. Im Rahmen des Bologna-Prozesses wurde ein Verfahren zur *Quality Assurance in the European Higher Education Area*⁵⁸ eingeführt, das eine Harmonisierung der Ausbildungswege zum Ziel hat. Die Hochschulautonomie muss einen Dreh- und Angelpunkt der Berufungspolitik darstellen. Auch die 2017 von der Europäischen Kommission ins Leben gerufene *European Universities Initiative* über eine intrauniversitäre, europaweite Kooperation und zur Schaffung europäischer Hochschulnetzwerke kann diese Entwicklung beschleunigen.⁵⁹

Es bleibt zu hoffen, dass diese Instrumente die internationale Mobilität der Hochschullehrer fördern werden. Dies wäre übrigens voll im Einklang mit der besonderen Rolle der *universitas*, die bereits seit dem Mittelalter eine europäische Institution *par excellence* darstellt und für Europa und seine Identität prägend gewesen ist.

Prof. Dr. Cristina Fraenkel-Haeberle ist Programmbe-reichskordinatorin des Bereichs „Europäischer Verwal-tungsraum“ des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung

55 Art. 47 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 53 Abs. 1 AEUV).

56 Sog. „Europäische Berufsanerkennungsrichtlinie“ zuletzt geändert durch die Richtlinie 2013/55/EU.

57 *Cristina Fraenkel-Haeberle*, Die Anerkennung akademischer und beruflicher Titel zwischen Italien und Österreich, in *Hilpold/Steinmeier/Perathoner* (Hrsg.), Rechtsvergleichung an der Sprach-

grenze, Frankfurt 2011, S. 530.

58 <http://www.ehea.info/pid34433/quality-assurance.html> <19.7.2019>.

59 https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-education-area/european-universities-initiative_en <19.7.2019>.

Margrit Seckelmann¹

Tax Compliance Management bei Wissenschaftseinrichtungen

A. Einleitung

Hochschulen und Forschungsinstitute werden im Zuge der Umsetzung der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie und anderer unionaler Vorschriften in das deutsche Recht zunehmend wie (zumindest mittelständische) Unternehmen behandelt.² Die Neuregelung der Umsatzbesteuerung des öffentlichen Sektors zum 1. Januar 2016 nach § 2b Umsatzsteuergesetz (UStG) (auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll) macht dieses augenfällig.

Daher lässt ein jüngeres Judikat des Bundesgerichtshofs zum Ordnungswidrigkeitenrecht aufhorchen, in dem der BGH den Gedanken einer Verhängung einer Geldbuße gegen juristische Personen (auch des öffentlichen Rechts) nach § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) aufgrund der Verwirklichung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit eines Organs oder Vertreters einer juristischen Person – sog. Leitungsperson – entwickelt hat.³ Eine schuldhaftige Pflichtverletzung dieser Leitungspersonen könne auch darin liegen, dass sie ihrer Garantenpflicht nicht nachkommen, wenn sie Wissen über steuerrechtlich relevante Vorgänge haben, das sie nicht offenbaren und wenn infolgedessen derjenige, dem sie ihr Wissen nicht offenbart haben, einen Tatbestand einer Vorschrift des Steuerstraf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts begeht.⁴ Die Garantenpflicht (aus Ingerenz) könne daraus resultieren, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind, dann auch eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die

Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs treffe.⁵ Das Urteil führt weiter aus, dass in diesen Fällen eine Haftung aus mittelbarer Täterschaft in Betracht komme, von der sich die Amtsträger aber dadurch exkulpieren könnten, dass sie Tax Compliance-Regelungen für ihre Einrichtung erließen. Leitsatz 17 des Urteils lautet daher: „Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die beauftragte juristische Person ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die juristische Person in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“⁶

Zwar bezieht sich diese Entscheidung der Sache nach auf Manager(innen) öffentlicher Einrichtungen, die an Korruptionsvergehen beteiligt sind. Sie ist jedoch deswegen bemerkenswert, da sie den Gedanken einer Einrichtung eines (Tax) Compliance Managements auf die Organhaftung für öffentliche Einrichtungen nach § 30 AO bezieht. Bislang waren zur Einrichtung von Compliance-Organisationen ausdrücklich nur Unternehmen der Finanzwirtschaft verpflichtet.⁷ Das folgt etwa aus § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 33 d Abs. 5 Nr. 2 des Wertpapierhandelsgesetzes und verschiedenen Verordnungen aus dem Bereich der Finanzdienstleistungsaufsicht.⁸

1 Die Autorin dankt Herrn Rechtsanwalt *Michael Dengler*, Speyer, für wertvolle Hinweise.

2 Dazu etwa *Jörg Stalleiken*, Drittmittelforschung im Einkommen- und Körperschaftssteuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzung steuerbarer wirtschaftlicher Tätigkeiten von steuerfreier hoheitlicher Betätigung staatlicher Hochschulen, Münster 2010; zur Tendenz zur umsatzsteuerrechtlichen Gleichstellung von Wissenschaftseinrichtungen mit privaten Unternehmungen (wie etwa Unternehmensberatungen), die sich schon länger abzeichnete, und zur Rechtslage zuvor vgl. *Wolfgang Kessler/Thomas Fritz/Christian Gastl*, Umsatzbesteuerung öffentlich-rechtlicher Hochschulen im Spannungsfeld zwischen nationalem und EG-Recht, UR 2002, S. 452 – 459; *Hans-Friedrich Lange*, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer im Umsatzsteuerrecht, UR 2000, S. 1-13; *Christoph Gröpl*, Öffentliche Zuschüsse, Privatisierung und Umsatzsteuer – Umsatzsteuerrechtliche Folgen öffentlicher Zahlungen im hoheitlichen und nichthoheitlichen Bereich vor dem Hintergrund aktueller Privatisierungsbestrebungen –, DStZ 1998, S. 113-124; *Thomas Küffner*, Wettbewerb entscheidet über Umsatzsteuerpflicht der

öffentlichen Hand, DStR 2003, S. 1606-1608.

3 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Rn. 116.

4 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Rn. 79 ff.

5 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Rn. 87.

6 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Leitsatz 14.

7 Vgl. *Susanne Meyer*, Rechtspflicht zur Compliance?, online: Homepage des Bundesverbands der Compliance-Manager vom 21.03.2013, <https://www.bvdc.com/news/rechtspflicht-zur-compliance> (Abruf am 14.8.2019).

8 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, Abl. C/2016/2398

Der Gedanke einer Tax Compliance ergibt sich aber auch aus Grundsatz 5 des Deutschen Corporate Governance Kodizes 2019, in dem der Begriff der Compliance sogar ausdrücklich definiert ist: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“⁹ Der Deutsche Corporate Governance Kodex richtet sich an börsennotierte Unternehmen; das sind solche, die „im regulierten Markt, nicht lediglich im Freiverkehr einer Börse, z.B. dem Entry Standard der Frankfurter Wertpapierbörse, gelistet sind“.¹⁰

B. Grundzüge eines Tax Compliance Managements für Wissenschaftseinrichtungen

I. Tax Compliance Management als Element eines Compliance Managements

Das erwähnte Urteil des Ersten Strafsenats des BGH vom 9. Mai 2017 (1 StR 265/16) zieht den Kreis der Verpflichteten aber weiter – wenn man die Entscheidung so interpretiert, dass aus der Möglichkeit zur Exkulpation bezogen auf § 30 AO spiegelbildlich eine Pflicht zur Installation eines solchen Systems folgt. Die vorgenannte Entscheidung des Ersten Strafsenats des BGH lässt sich nämlich verallgemeinernd dahingehend interpretieren, dass es die Geschäftsführerhaftung nach § 30 OWiG, die gem. § 130 OWiG auch auf Organe öffentlich-rechtlicher Anstalten übertragbar ist, mindern oder gar ausschließen kann, wenn die Einrichtung ein effizientes *Compliance Management* installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss.¹¹

Diese Verallgemeinerung hat nicht zuletzt das Bundesfinanzministerium vorgenommen. In seinem Schreiben vom 23.5.2016 (BStBl. I 2016, S. 490) hat es zu § 153 AO dahingehend Stellung genommen, dass die Etablierung und Durchführung eines „innerbetrieblichen Kontrollsystems“ ein Indiz gegen das Vorliegen von Vorsatz oder Leichtfertigkeit von Steuerpflichtigen oder deren gesetzlichen Vertretern darstellen kann.¹²

So sehr man diese Entwicklung bedenklich finden

und auch danach fragen kann, inwieweit man unter diesen Umständen noch Freiwillige für die Leitung von Hochschulen und Forschungsinstituten finden lassen: Es empfiehlt sich aus haftungsrechtlichen Gründen für die Leitung derartiger Wissenschaftseinrichtungen, über die Einrichtung eines *Tax Compliance Management System* (TCMS) nachzudenken. Als Orientierungspunkte können hierbei der Prüfungsstandard „Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfungen von Compliance Management Systemen“ dienen, den das Institut der Wirtschaftsprüfer für Unternehmen entwickelt hat (IDW PS 980),¹³ und der von der dortigen Arbeitsgruppe „Tax Compliance“ erarbeitete IDW-Praxishinweis 01/2016.¹⁴

1. Compliance Management System

Unter einem *Compliance Management System* (CMS) sind die „auf der Grundlage der von den gesetzlichen Vertretern festgelegten Ziele eingeführten Grundsätze und Maßnahmen eines Unternehmens [bzw. hier: einer öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtung, M.S.] zu verstehen, die auf die Sicherstellung eines regelkonformen Verhaltens der gesetzlichen Vertreter und Mitarbeiter des Unternehmens [bzw. hier: einer öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtung] sowie ggf. von Dritten abzielen, d. h. auf die Einhaltung bestimmter Regeln und damit auf die Verhinderung von wesentlichen Verstößen (Regelverstöße).“¹⁵

Ein CMS nach IDW PS 980 enthält folgende Elemente, die in die Geschäftsabläufe eingebunden werden:

- Compliance-Kultur
- Compliance-Ziele
- Compliance-Organisation
- Compliance-Risiken
- Compliance-Programm
- Compliance-Kommunikation und
- Compliance-Überwachung und -verbesserung.¹⁶

2. Tax Compliance Management System

Ein *Tax Compliance Management System* ist „ein abgegrenzter Teilbereich eines CMS [...], dessen Zweck die voll-

9 <https://www.dcgk.de/de/kodex/dcgk-2019.html?file=files/dcgk/usercontent/de/Konsultationen/2019/DCGK%202019/190522%20DCGK%202019.pdf> (14.8.2019), vgl. auch Ziffer 4.1.3 der Vorgängerregelung.

10 Meyer (Fn. 7).

11 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798.

12 *Bundesfinanzministerium*, Schreiben vom 23.5.2016 (BStBl. I 2016, S. 490), Tz. 2.6.

13 *Institut der Wirtschaftsprüfer*, Prüfungsstandard „Grundsätze

ordnungsgemäßer Prüfungen von Compliance Management Systemen“ (IDW PS 980), Stand: 11.3.2011.

14 *Institut der Wirtschaftsprüfer, Arbeitsgruppe „Tax Compliance“*, IDW-Praxishinweis 01/2016, online: https://www.wts.com/wts.de/publications/wts-tax-weekly/anhange/2017_29_1_idw-praxishinweis-1-2016.pdf (Abruf am 18.3.2019).

15 IDW-Praxishinweis 01/2016, S. 2 Tz. 6 unter Bezugnahme auf den IDW PS 980 von April 2011 (dort Tz. 5).

16 IDW-Praxishinweis 01/2016, S. 2 Tz. 8 unter Bezugnahme auf den IDW PS 980 von April 2011 (dort Tz. 6).

ständige und zeitgerechte Erfüllung steuerlicher Pflichten ist“.¹⁷ Es ist u. a. abhängig von:

- der Rechtsform der Einrichtung,
- den von der Einrichtung verfolgten Zielen
- der (Binnen-)Organisationsstruktur,
- der Art der anfallenden Steuern und
- den Prozessabläufen im Einzelnen und den Fragen der einrichtungsinternen Delegation und Aufgaben.¹⁸

II. Überprüfung und Anpassung der Strukturen und Abläufe

Um eine Exkulpation der Instituts- bzw. Hochschulleitung zu erzielen, ist es wichtig, dass die Einrichtung die Elemente eines (T)CMS auf ihre eigene Organisation und ihre gesetzlichen sowie satzungsmäßigen Aufgaben anpasst.

Man kann sich dabei einen Regelkreis zwischen acht Elementen vorstellen, die zyklisch und re-iterativ miteinander verbunden sind:

1. die Schaffung eines Risikobewusstseins (Prävention)
2. die Etablierung einer Compliance-Kultur,
3. die Entwicklung von Compliance-Zielen,
4. die Erstellung eines Compliance-Programms,
5. die Anpassung der Organisation an dieses nebst klarer Definition und Zuordnung von Verantwortlichkeiten,
6. die Kommunikation der Organisationsgestaltung und der Verantwortlichkeiten an die Mitglieder (auch die Gremienmitglieder) und die Beschäftigten,
7. die Anwendung in der Praxis (also die adäquate steuerrechtliche Einstufung von neuen Forschungsprojekten unter Zulieferung der erforderlichen Angaben) und schließlich
8. die kontinuierliche Überwachung und Verbesserung der Compliance selbst.

Bezogen auf die umsatz/ertrags- und körperschaftsteuerliche Behandlung von Auftragsforschung sind für ein korrektes TCMS folgende Schritte erforderlich, die im Einzelnen abzarbeiten sind:¹⁹

1. Risikoanalyse und Prävention	2. Überprüfung der vorhandenen Strukturen in Bezug auf ihre Fähigkeit zur Lösung der ermittelten Risiken	3. Entwicklung und Umsetzung der Maßnahmen
a) Darstellung der Ist-Organisation und der Aufgaben b) Aufnahme und Beurteilung der steuerrechtlichen Sachverhalte (1) Ermittlung der Steuerarten (2) Abgrenzung hoheitliche Forschung – Auftragsforschung (3) Frage der Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse (4) Beurteilung der vorhandenen Risiken	Überprüfung der Ist-Organisation anhand des IDW-Praxisinweises 01/2016 und von IDW PS 980 Erkenntnisinteresse: Welche Maßnahmen bzw. Strukturveränderungen sind vorzunehmen?	a) Erarbeitung von Maßnahmen auf der Basis des Vergleichs der Ist-Organisation und der notwendigen Kompetenzen und Strukturen mit dem Ziel der Etablierung einer Tax-CMS-Kultur Wichtig: <i>gemeinschaftliche</i> Erarbeitung durch alle mit den Fragen befassten, die sich dann auf die erarbeiteten Grundsätze verpflichten b) Information der Forschenden bzw. Lehrenden und aller anderen, bislang nicht-beteiligten Mitarbeitenden c) Regelmäßiges Controlling

III. Inhalt der Selbstverpflichtung

Nach einer Überprüfung und ggf. Korrektur der Verantwortlichkeiten und Abläufe (wer muss wem welche Daten bis wann liefern?) kann der zweite Schritt des TCMS in Angriff genommen werden: die Selbstverpflichtung der Einrichtung und der dort Arbeitenden. Zu dieser gehört die schriftliche Niederlegung einer Risikoanalyse (I.), dann (II.) die Aufstellung von Kriterien zur steuerlichen Einstufung und schließlich (III.) eine Festlegung und Ausführung der Verfahrensabläufe (insbesondere die sorgfältige Auswahl der Mitarbeiter²⁰, sachgerechte Organisation und Aufgabenverteilung, Aufklärung und Belehrung der Mitarbeiter²¹, sowie ein Monitoring, vgl. die §§ 30, 130 OWiG).

1. Formale Anforderungen

In Teil I., der Risikoanalyse, ist die Ist-Organisation (schriftlich oder elektronisch dokumentiert) darzustellen, wie sie sich aus den gesetzlichen, satzungsmäßigen und anderen einschlägigen Rechtsgrundlagen ergibt (1.). Dazu gehört auch die Bezugnahme auf den Geschäftsverteilungsplan (so vorhanden) und die ausdrückliche Benennung des oder der Haushaltsverantwortlichen. Danach ist (unter 2., die beiden Punkte können auch getauscht werden) auf die konkreten Aufgaben der Einrichtung in Forschung und/oder Lehre bzw. Weiterbildung einzugehen.

Entscheidend ist dann unter 3. die Identifikation der anfallenden Steuerarten wie Lohnsteuer, Umsatzsteuer, Körperschaftsteuer, ggf. auch Gewerbe- bzw. Kapitaler-

17 IDW-Praxisinweis 01/2016, S. 5 Tz. 22 unter Bezugnahme auf den IDW PS 980 von April 2011 (dort Tz. 26 ff.).

18 IDW-Praxisinweis 01/2016, S. 5 Tz. 24.

19 Orientiert am IDW-Praxisinweis 01/2016 und am IDW-PS 980.

20 Bzw. Mitarbeiterinnen.

21 Bzw. Mitarbeiterinnen

tragssteuer. Zu den jeweiligen Punkten sind in der Risikoanalyse die Abläufe, aber auch die identifizierten Probleme darzustellen, die mit der jeweiligen Steuerart verbunden sind (z. B. die Frage der Besteuerung der Auftragsforschung nach dem Umsatzsteuergesetz, insbesondere bezogen auf den Betrieb gewerblicher Art [BgA] sowie die Besteuerung nach dem Körperschaftsteuergesetz für die nicht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 23 KStG von der Körperschaftsteuer befreite Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse).

2. Dokumentation der inhaltlichen Überlegungen

Im nächsten Teil (II.) sind dann die Maßnahmen darzustellen, mit deren Hilfe die Einrichtung die identifizierten Probleme angehen will und unter III. schließlich sind die auf die Risikoanalyse und die neuen Grundsätze angepassten Strukturen und Abläufe darzustellen.

Die Teile II und III sind insofern das Kernstück der Selbstverpflichtung der Einrichtung, in die auch alle mit der Abwicklung Betrauten einzubeziehen sind (auch z. B. der/die Steuerberater[in] bzw. Wirtschaftsprüfer[in] der Einrichtung).

Ein Kernproblem werden dabei die Kriterien sein, nach denen die Einrichtung die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Forschung sowie zwischen Forschung und der Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse vornimmt.

Hier finden sich in den einschlägigen Kommentaren zur Körperschaftsteuer zumeist recht pauschale Hinweise auf Judikate, nach denen die Entnahme von Blutproben durch Universitätskrankenhäuser im Auftrag der Polizei oder aber die Materialprüfung durch universitäre Labore im Auftrag der Wirtschaft derartige Anwendungsfälle sind.²² Schwerer wird die körperschaftsteuerliche Einstufung im Bereich der sozial-, wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Forschung: Hier geht die im Internet zu findende Ansicht, bei Gutachten, die „dem Auftraggeber als konkrete Entscheidungshilfe für die Lösung konkreter, technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Fragen dienen“ sollen, handle es sich vielfach um die Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse, sicherlich zu weit.²³ Dies verkennt die Aus-

strahlungswirkung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, die immer dann, wenn mit einer genuin wissenschaftlichen und vor allem selbstentwickelten Methodik oder Zugangsweise an Fragen auch der Auftragsforschung herangegangen wird, den Charakter der Forschung in den Vordergrund treten lässt. Ob man die Ausstrahlungswirkung eines (nationalen) Grundrechts für die Beurteilung des unionsrechtlichen Ansatzes heranziehen kann, ob eine Wettbewerbsverzerrung im steuerlichen Sinne vorliegt, ist zumindest umstritten.²⁴ Jedoch ist das Abstellen auf die Methodik und Zugangsweise letztlich diejenige, die der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gewährleistung des unantastbaren Kernbereichs der Grundrechte bestmöglich nahekommt.²⁵

Das bedeutet konkret: Während die Einschaltung einer universitären Einrichtung zu Zwecken der (bloßen) Marktforschung sicher als Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse einzustufen wäre, ist diese Frage bei Forschungsprojekten deutlich schwieriger zu beurteilen, für die ein spezieller Fragebogen zu entwickeln ist, der z. B. auch noch im Rahmen eines Pre-Tests überprüft wird.²⁶ Sofern hier neue Methoden entwickelt oder bestehende Methoden rekombiniert werden, steht der Forschungscharakter im Vordergrund. Ein weiteres Indiz hierfür ist es, wenn Ergebnisse der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (durch die Einstellung eines Projektberichts ins Internet oder durch die Publikation der Ergebnisse in Aufsätzen bzw. einer Monographie; auch die Präsentation auf wissenschaftlichen Tagungen kann ein solches Indiz sein).

Letztlich hilft nur eines: dokumentieren, was der Einstufung zugrunde liegt. Die Einstufung selbst liegt dabei vom Grundsatz her bei der Institutsleitung, nicht beim Projektleiter oder der Projektleiterin. Die einzuholende und zu dokumentierende Einschätzung des Projektleiters oder der Projektleiterin ist jedoch ein wesentlicher Bestandteil der Informationsbeschaffung im Rahmen des Einschätzungsvorgangs (manche Hochschulen haben auch entsprechende Checklisten mit Freitextfeldern dazu entwickelt²⁷). Aber diese Selbsteinstufung muss von der Hochschul- bzw. Institutsleitung ihrerseits gewürdigt werden, um zu einer Exkulpation derselben beizutragen.

22 Vgl. etwa Wolfgang Kessler/Bastian Schmidt, Unverbindliche Arbeitshilfe für die Teilnehmer der 13. Freiburger Arbeitstagung, 13.12.2012, online: http://hochschulbesteuerung.de/wp-content/uploads/2016/08/20121213_Arbeitshilfe_Abgrenzung_Forschung_AF_AgWE.pdf (Abruf am 14.8.2019).

23 Vgl. Kessler/Schmidt (Fn. 22).

24 Eher zweifelnd Stalleiken (Fn. 2).

25 BVerfGE 123, 267 (Leitsatz 4) – Lissabon.

26 Vgl. etwa Rolf Porst, Fragebogen. Ein Arbeitsbuch, 4. Aufl., Wiesbaden 2014; zur qualitativen Inhaltsanalyse vgl. Jochen Gläser/Grit Laudel, Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse als Instrumente rekonstruierender Untersuchungen, 4. Aufl., Wiesbaden 2010.

27 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Erklärung zur steuerlichen Behandlung von Projekten/Tätigkeiten, online: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/formulare/st5.pdf> (Abruf am 14.8.2019).

IV. Fazit

Man kann sich natürlich fragen, warum wissenschaftliche Einrichtungen zunehmend Anforderungen unterworfen werden, die für mittelständische Unternehmen gelten – das ist an anderer Stelle auch getan worden.²⁸ Aber Hochschul- und Institutsleitungen sollten sich darüber im Klaren sein, dass die Berufung auf die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit als (alleinige) Exkulpation von den Gerichten zunehmend weniger als alleiniger Grund anerkannt werden dürfte, sondern dass es auf Fragen der Organisation sowie auf die Auswahl, Information und Schulung der

Mitarbeitenden als Exkulpationsmöglichkeiten ankommt.²⁹ Ein *Tax Management Compliance System* für Wissenschaftseinrichtungen mag man daher aus guten rechts- und wissenschaftspolitischen Gründen ablehnen – faktisch wird man aber wohl kaum darum herumkommen.

Die Autorin ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und zugleich Privatdozentin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften.

28 Vgl. Margrit Seckelmann, Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-)Evaluationen, Tübingen 2018, S. 65.

29 Astrid Plantiko/Albina Dreshaj/Stefan Winheller, Die Finanzierung von gemeinnützigen Forschungsorganisationen durch Auftragsforschung und deren steuerliche Auswirkungen – ein Überblick über § 68 Nr. 9 AO, ZStV 2018, 1.

Susanne Lutz

Datenschutzpflichten studentischer Hilfskräfte

Der Beitrag erörtert, inwiefern Studierende, die neben ihrem Studium an einem Institut der Hochschule arbeiten, Datenschutzpflichten treffen (I.) und welche Folgen Verstöße gegen diese Pflichten für sie haben können (II.).

I. Datenschutzpflichten als studentische Hilfskraft

1. Allgemeine Pflichten als Studierender einer Hochschule

Neben zahlreichen Rechten haben Studierende an einer Hochschule auch Pflichten.² Diese ergeben sich aus dem Hochschulgesetz des jeweiligen Bundeslandes und den Studien- und Prüfungsordnungen der einzelnen Hochschulen.³ Sie können eingeteilt werden in mitgliedschaftliche und in studien- und statusbezogene Pflichten (wie z.B. der Besuch von Veranstaltungen oder die Pflicht zur Rückmeldung).⁴ Eine darüber hinaus gehende Pflichtenordnung für Studierende existiert heute nicht mehr.⁵ Das sog. Disziplinarrecht, welches das Ansehen der Hochschule und das ihrer Mitglieder wahren und gleichzeitig die Aufgabe erfüllen sollte, die Leistungsfähigkeit zu erhalten, galt nur bis 1969.⁶ Damals wurden solche Handlungen sanktioniert, welche die Ordnung, Würde, Sitte und das Ansehen des akademischen Lebens bzw. der Hochschule verletzen.⁷ Ein verurteilter Straftäter galt als nicht würdig ein „akademischer Bürger“ zu sein.⁸ Das Disziplinarrecht wurde abgelöst vom sog. Ordnungsrecht, welches lediglich noch diejenigen Störungen ahndete, die bei der Aufgabenerfüllung der Hochschule entstanden und das den Hochschulbetrieb sowie die Rechtsausübung ihrer Mitglieder sichern sollten.⁹ Auch dieses Ordnungsrecht, welches beispielsweise in Baden-Württemberg bis 2004 im Landeshochschulge-

setz enthalten war, ist inzwischen ersatzlos weggefallen.¹⁰ Die Pflichten, welche die Studierenden in ihrer Eigenschaft als Studierende einzuhalten haben, sind mithin „nur noch“ diejenigen, die für sie auch sonst im bürgerlichen Leben gelten.¹¹ Aus ihrem Status als Studierende ergeben sich somit für studentische Hilfskräfte auch in Bezug auf das Datenschutzrecht keine weitergehenden Pflichten. Sofern das Datenschutzrecht einschlägig ist, ist es von Studierenden und damit auch von studentischen Hilfskräften aber gleichermaßen einzuhalten wie von jeder Privatperson. Auch die Sanktionen sind dieselben. Insbesondere gelten die einschlägigen Strafvorschriften, nämlich § 42 BDSG n.F.,¹² § 201 StGB (heimliche Tonaufnahme und deren Gebrauch), § 201a StGB (unbefugte Bildaufnahme und unbefugte Übertragung einer Bildaufnahme) und § 202b StGB (unbefugtes Abfangen von Daten). Auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts kommen in Betracht.

2. Pflichten aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses

Weiterreichende Pflichten können sich für Studierende aus ihrem Beschäftigungsverhältnis ergeben. Für eine Tätigkeit als studentische Hilfskraft wird regelmäßig ein Arbeitsvertrag mit dem jeweiligen Bundesland, vertreten durch die Hochschule, geschlossen, sodass die Studierenden Arbeitnehmer sind, die in einem Beschäftigungsverhältnis mit der Hochschule stehen.¹³ Im Rahmen dieser Tätigkeit an einem Institut können Studierende auch in Kontakt mit personenbezogenen Daten nach Art. 4 Nr. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) von anderen Mitstudierenden, Arbeitskollegen am eigenen Institut oder anderen Instituten der Hochschule kommen. Als Beschäftigte der Hochschule

1 Sofern im Aufsatz eine männliche Form verwendet wird, ist stets jedes Geschlecht mit einbezogen.

2 Fries, Die Rechtsstellung des Studenten innerhalb der wissenschaftlichen Hochschule, Hamburg 1974, S. 125.

3 Josef Franz Lindner, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 706.

4 Ebd. S. 707 f.

5 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 911.

6 Krause, Das studentische Rechtsverhältnis, in: HdbWissR, Berlin, Heidelberg, New York 1996, S. 566.

7 Ebd. S. 565; Fries, Die Rechtsstellung des Studenten innerhalb der wissenschaftlichen Hochschule, Hamburg 1974, S. 135.

8 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraus-

setzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 203.

9 Krause, Das studentische Rechtsverhältnis, in: HdbWissR, Berlin, Heidelberg, New York 1996, S. 566.

10 Haug, in: Haug (Hg.), HochschulR BW, 2. Aufl. 2009, Rn. 1186.

11 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 911.

12 Hierzu noch unten unter II.

13 Löwisch/Wertheimer, in HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 563.

haben die Studierenden, wenn der Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung nach Art. 2 DSGVO eröffnet ist, die datenschutzrechtliche Pflicht aus Art. 29 DSGVO einzuhalten. Nach Art. 29 DSGVO darf jede einem Verantwortlichen unterstellte Person, die Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten, es sei denn, dass sie nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet ist. Als Verantwortlicher im Sinne dieser Vorschrift ist nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO diejenige Stelle anzusehen, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Bei einem Arbeitsverhältnis ist dies grundsätzlich der Arbeitgeber¹⁴, mithin die Hochschule bzw. das Institut, in dem die Studierenden tätig sind. Der Arbeitgeber ist primär für die Einhaltung der Vorschriften der DSGVO verantwortlich.¹⁵ Unter den Begriff der „unterstellten Person“ sind sowohl die Mitarbeiter des Arbeitgebers zu fassen, als auch diejenigen, die ihm bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen, wie z.B. freie Mitarbeiter, Praktikanten, Dienstleister und Werkunternehmer.¹⁶ Die studentische Hilfskraft fällt als Mitarbeitende an der Hochschule unter den Begriff der „unterstellten Person“. Die Weisungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten erteilt der Arbeitgeber im Zuge seines Direktionsrechts als Verantwortlicher gegenüber der unterstellten Person.¹⁷ Als primär Verantwortlicher darf er jedoch die datenschutzrechtlichen Vorschriften nicht vollständig auf den Arbeitnehmer verlagern.¹⁸ Es ist nicht möglich, durch eine Weisung den Arbeitnehmer zu verpflichten, dass er selbstständig die datenschutzrechtlichen Vorschriften einhält.¹⁹ Vielmehr legt Art. 32 IV DSGVO dem Verantwortlichen noch die Pflicht auf, die erforderlichen Schritte zu unternehmen, um sicherzustellen, dass die ihm unterstellten natürlichen Personen, die Zugang zu personenbezogenen Daten haben, diese nur auf seine Anweisung verarbeiten,

es sei denn, sie sind nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet. Zu verpflichten hat er dabei neben dem Stamm seiner Mitarbeitenden ebenso Auszubildende, Praktikanten, Referendare, Leiharbeiter und ehrenamtlich Tätige.²⁰ Als Mitarbeitende eines Instituts bzw. einer Hochschule sind die studentischen Hilfskräfte auch nach Art. 32 IV DSGVO zu verpflichten.

Im Unterschied zu § 5 BDSG a.F. sieht Art. 29 DSGVO keine ausdrückliche Pflicht zur Wahrung des Datengeheimnisses mehr vor.²¹ Jedoch kann diese Pflicht aus der Vorgabe der weisungsgebundenen Verarbeitung abgeleitet werden.²² Die Mitarbeiter des Verantwortlichen werden durch Art. 29 DSGVO ausdrücklich an die Weisungen des Verantwortlichen gebunden, wodurch das frühere „Datengeheimnis“ noch ausgebaut wird.²³ Auch die Verpflichtung für den Verantwortlichen aus Art. 32 IV DSGVO reicht nun weiter als die bisherige Verpflichtung auf das Datengeheimnis aus § 5 BDSG a.F.²⁴ Es genügt nun nicht mehr, sich von den Beschäftigten eine schriftliche Versicherung geben zu lassen, dass sie die einschlägigen datenschutzrechtlichen Normen einhalten, sondern der Arbeitgeber hat für die Einhaltung aktiv zu werden, wie beispielsweise durch klare, eindeutige Weisungen an die unterstellten Beschäftigten.²⁵

Damit ist festzuhalten, dass grundsätzlich das Institut bzw. die Hochschule als Arbeitgeberin für den Umgang mit den personenbezogenen Daten verantwortlich ist und sich die studentische Hilfskraft an die Weisungen zu halten hat und personenbezogene Daten nur auf und entsprechend der Weisungen verarbeiten darf.

II. Folgen bei Verstößen

1. Ausnahmsweise Haftung als Verantwortlicher?

Nach der DSGVO haftet für einen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben grundsätzlich der Verant-

14 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht (im Folgenden: SPA) 2018, 145, 146.

15 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Kompaktkommentar, 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 59.

16 Plath, in Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 29 DSGVO Rn. 3.

17 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Kompaktkommentar, 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 59.

18 Ebd.

19 Ebd.

20 Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörde des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz). Datenlizenz Deutsch-

land – Kurzpapier Nr. 19: Unterrichtung und Verpflichtung von Beschäftigten auf Beachtung der datenschutzrechtlichen Anforderungen nach der DSGVO – Version 2.0 (www.govdata.de/dl-de/by-2-0), S. 2, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_19.pdf (abgerufen am 30.07.19).

21 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 DSGVO Rn. 5 f.

22 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 DSGVO Rn. 5 f.

23 Auernhammer/Thomale, DSGVO und BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 29 DSGVO Rn. 9.

24 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Kompaktkommentar, 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 53.

25 Ebd.

wortliche bzw. der Auftragsverarbeiter (Art. 82 DSGVO).²⁶ Grundsätzlich sind Verstöße von Mitarbeitenden derjenigen Organisation zuzurechnen, für die sie arbeiten.²⁷ Im Außenverhältnis haftet ein Arbeitnehmer nicht, wenn er sich im Rahmen der ihm erteilten Weisungen verhält.²⁸ Wie bereits erläutert, ist bei einem Beschäftigungsverhältnis zwischen einem Studierenden und einer Hochschule letztere die verantwortliche Instanz, sodass die studentische Hilfskraft, die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten datenschutzrechtliche Vorschriften verletzt, im Außenverhältnis nicht nach der DSGVO haftet. Für den Fall, dass der Arbeitgeber von einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, kommt im Innenverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ein Regress in Betracht.²⁹ In dieser Konstellation sind dann auch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs anzuwenden.³⁰

Die Zurechnung der Verarbeitung personenbezogener Daten allein an den Arbeitgeber könnte möglicherweise ihre Grenze finden, wenn ein Mitarbeitender eigenverantwortlich, im eigenen Interesse und verdeckt handelt.³¹

Ob eine unterstellte Person, die eigenmächtig personenbezogene Daten verarbeitet, selbst als Verantwortlicher behandelt werden kann, ist noch weithin ungeklärt.³² Entscheidend dürfte sein, inwiefern sich die unterstellte Person anmaßt, über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten selbst zu entscheiden.³³

Nimmt man an, dass eine eigene Haftung der studentischen Hilfskraft möglich ist, wenn sie personenbezogene Daten ohne Weisung eigenmächtig verarbeitet und somit gegen Art. 29 DSGVO verstoßen hat, kommt als Sanktion unter anderem die Zahlung von Bußgeldern (Art. 83 IV a) DSGVO) in Betracht.³⁴

2. Haftung aus dem Arbeitsvertrag

Der Arbeitsvertrag beinhaltet als Nebenpflicht auch die Einhaltung von datenschutzrechtlichen Vorschriften.³⁵ Die Verletzung dieser Nebenpflicht kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn deren weitere Voraussetzungen für eine Arbeitgeberkündigung, zu denen regelmäßig eine Abmahnung gehört, vorliegen.³⁶ Der studentischen Hilfskraft als Beschäftigte kann somit bei einem solchen Verstoß gekündigt werden, wenn auch die übrigen Voraussetzungen dafür gegeben sind.

3. Strafrechtliche Sanktionen

Der nationale Gesetzgeber hat aufgrund von Art. 84 DSGVO zusätzlich Strafvorschriften für den Fall der Missachtung der DSGVO-Vorschriften geschaffen.³⁷ Relevant ist hier insbesondere § 42 BDSG. Diese Vorschrift ist nicht begrenzt auf die Adressaten der DSGVO und des BDSG n.F., sondern erfasst jeden, der einen der dort genannten Tatbestände erfüllt.³⁸

§ 42 I BDSG bezieht sich auf eine rechtswidrige und gewerbsmäßige Übermittlung oder Überlassung von Daten von einer Großzahl an Personen an Dritte.³⁹ § 42 II BDSG betrifft den Fall der unberechtigten Datenverarbeitung oder das Erschleichen von Daten durch unrichtige Angaben, wobei jeweils gegen Entgelt oder mit Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht gehandelt wurde.⁴⁰ Sanktioniert werden somit besonders grobe Verstöße, die mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (bei § 42 II BDSG) oder bis zu drei Jahren (bei § 42 I BDSG) bestraft werden.⁴¹

Eine studentische Hilfskraft kann sich somit nach § 42 BDSG n.F. strafbar machen, wenn sie dessen Voraussetzungen erfüllt, unabhängig von der Frage, ob sie als Verantwortliche im Sinne der DSGVO anzusehen ist.

26 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 145.

27 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 763.

28 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146.

29 Ebd.

30 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146 f.

31 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 763.

32 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 Rn. 21; Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146.

33 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 Rn. 21.

34 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146.

35 Ebd.

36 Löwisch/Wertheimer, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 623.

37 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 767.

38 Gola/Gola, Datenschutzgrundverordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 10.

39 Becker, in Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, § 42 BDSG Rn. 2.

40 Ebd.

41 Ebd.

4. Mögliche Folgen für die Stellung als Studierende

a) Studierende an einer Hochschule

Weiter stellt sich die Frage, welche Auswirkungen ein Datenschutzverstoß bei der Tätigkeit als studentische Hilfskraft auf ihre Stellung als Studierende haben und ob der Verstoß auch eine Exmatrikulation von der Hochschule rechtfertigen kann. Relevant ist deshalb die Überlegung, ob ein Datenschutzverstoß, der eventuell sogar eine Straftat nach § 42 BDSG darstellt, Folgen für die Stellung als Studierende haben kann. Richtschnur muss dabei sein, dass eine studentische Hilfskraft innerhalb einer Hochschule in gleicher Weise behandelt wird wie ein Studierender, der neben seinem Studium eine Hilfstätigkeit außerhalb einer Hochschule ausübt.

Zur Zeit des Disziplinarrechts galt ein verurteilter Straftäter als nicht würdig ein „akademischer Bürger“ zu sein und es bestand deshalb auch die Möglichkeit, ihn zu exmatrikulieren.⁴² Für das spätere Ordnungsrecht war die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung der Hochschule für einen geregelten Wissenschaftsbetrieb entscheidend, sodass Straftaten, die außerhalb der Universität begangen wurden, in der Regel keine Exmatrikulation mehr rechtfertigen konnten.⁴³ Auch eine strafbare Handlung, die keinen spezifischen Bezug zur Hochschule hat, kann für sich allein noch keine Exmatrikulation rechtfertigen.⁴⁴ Von diesem Grundsatz gehen auch die meisten Hochschulgesetze der Bundesländer aus, die die Voraussetzungen für eine zwangsweise Exmatrikulation selbst festlegen. Mit dieser Maßgabe können folgende Regelungen zur Exmatrikulation in Landeshochschulgesetzen von Bundesländern bei einem Datenschutzverstoß einschlägig sein:

– In Brandenburg ist eine Exmatrikulation u.a. möglich, wenn der Studierende einen Ordnungsverstoß begangen hat (§ 14 BbgHG). Ein Ordnungsverstoß ist dabei nicht jedes Fehlverhalten, sondern nur dasjenige, das den originären Universitätsbetrieb, die akademische Selbstverwaltung oder die Freiheit von Lehre und Forschung betrifft.⁴⁵ Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben müssen dagegen nach den Vorschriften außerhalb des Hochschulrechts, nach den Bestimmungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sanktioniert werden.⁴⁶

– In Rheinland-Pfalz kann die Einschreibung von Studierenden widerrufen und in Thüringen kann die Ordnungsmaßnahme der Exmatrikulation verhängt werden, wenn ein Studierender der Hochschule oder dem Land durch schweres schuldhaftes Fehlverhalten oder die Begehung von Straftaten erheblichen Schaden zugefügt hat (§ 69 III Nr. 4 HochSchG Rheinland Pfalz; § 76 I 2 Nr. 3, II Nr. 4 ThürHG). In Hamburg kann ein Studierender exmatrikuliert werden, wenn er der Hochschule durch schweres schuldhaftes Fehlverhalten einen erheblichen Schaden zugefügt hat (§ 42 III Nr. 3 HmbHG). Erforderlich wäre somit hier, dass ein Verstoß der studentischen Hilfskraft gegen § 42 BDSG zur Folge hat, dass nicht nur das einzelne Institut, sondern die gesamte Hochschule betroffen ist und einen großen Schaden erleidet. Dies ist in Ausnahmefällen vorstellbar.

– Im Saarland kann die Einschreibung eines Studierenden dann widerrufen werden, wenn der Studierende die Einrichtungen der Hochschule zu strafbaren Handlungen nutzt oder zu nutzen versucht (§ 82 IV Nr. 4 SHSG). In Mecklenburg-Vorpommern können Studierende exmatrikuliert werden, die Einrichtungen der Hochschule zu strafbaren Handlungen nutzen oder gegenüber Mitgliedern und Angehörigen der Hochschule strafbare Handlungen begehen (§ 17 X LHG M-V).

– In Niedersachsen und in Sachsen-Anhalt hingegen kann eine Straftat nach § 42 BDSG nicht zu einer Exmatrikulation führen, da Niedersachsen für eine Exmatrikulation eine Straftat gegen das Leben, die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit voraussetzt (§ 19 V 1 Nr. 3, VI 1 NHG) und in Sachsen-Anhalt eine Exmatrikulation dann erfolgen kann, wenn der Studierende gegenüber Mitgliedern, Angehörigen, Gästen oder Frühstudierenden einer Hochschule Gewalt anwendet, eine Bedrohung vornimmt oder eine sexuelle Belästigung iSd § 3 IV AGG ausübt (§ 30 III 1 HSG-LSA).

– Ebenso kann in Hessen ein Studierender u.a. nur exmatrikuliert und im Saarland die Einschreibung widerrufen werden, wenn der Studierende durch Anwendung von Gewalt, durch Aufforderung zur Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt den bestimmungsgemäßen Betrieb einer Hochschuleinrichtung, die Tätigkeit eines Hochschulorgans oder die Durchführung einer Hochschulveranstaltung behindert oder dadurch ein Mitglied

42 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 203.

43 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens

der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 203.

44 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 915.

45 Knopp/Peine/Albrecht, Kommentar zum Brandenburgischen Hochschulgesetz, 1. Aufl. 2010, § 14 Rn. 6.

46 Ebd.

einer Hochschule von der Ausübung seiner Rechte und Pflichten abhält oder abzuhalten versucht (§ 59 III Nr. 1, Nr. 2 HHG und § 82 IV Nr. 3 SHSG). Der Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften würde diese Voraussetzungen nicht erfüllen.

Ob die Begehung einer Straftat nach § 42 BDSG auch zu einer Exmatrikulation führen kann, hängt, wie man aus den genannten Vorschriften erkennen kann, davon ab, ob ein direkter Zusammenhang zur Hochschule, ihren Veranstaltungen und Einrichtungen besteht. Dies wird in der Regel abzulehnen sein, da der Studierende zwar Mitarbeitender eines hochschulangehörigen Instituts ist, jedoch der reguläre Hochschulbetrieb mit seinen Veranstaltungen und Einrichtungen weder unmittelbar gestört noch gefährdet wird.

Die Frage, ob die Begehung einer Straftat eine Exmatrikulation rechtfertigen kann, ist strikt zu trennen von der Frage, ob die Möglichkeit besteht, dass ein Studierender deshalb exmatrikuliert werden kann, weil er eine Freiheitsstrafe verbüßt.⁴⁷ In letzterem Fall kann der Studierende sein Studium bei einer Präsenzhochschule in der Regel nicht weiter verfolgen und muss das Studium unterbrechen.⁴⁸ Dies haben einige Bundesländer aufgegriffen und in ihren Hochschulgesetzen geregelt.

– So kann in Baden-Württemberg und Mecklenburg-Vorpommern ein Studierender exmatrikuliert werden, wenn er eine Freiheitsstrafe verbüßt (§§ 60 III Nr. 5, 62 III Nr. 1 LHG; § 17 IX, VI Nr. 2 LHG M-V).

– Auch in Bayern ist eine Exmatrikulation möglich, wenn der Studierende infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verliert (Art. 49 II Nr. 2, Art. 46 Nr. 2 BayHSchG). Gem. § 45 StGB ist dies bei einem Verbrechen der Fall, aufgrund dessen man zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurde.

– Ebenso ist in Schleswig-Holstein eine Exmatrikulation möglich, wenn der Studierende die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzt (§ 40 II Nr. 4 HSG Schleswig-Holstein).

– In Sachsen kann ein Studierender exmatrikuliert werden, wenn er wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem

Jahr rechtskräftig verurteilt worden ist, die Verurteilung noch der unbeschränkten Auskunft unterliegt und nach der Art der Straftat eine Gefährdung oder Störung des Studienbetriebs zu befürchten ist (§§ 18 III Nr. 6, 21 III Nr. 1 SächsHG).

Wenn folglich ein Studierender aufgrund einer Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 42 BDSG eine Freiheitsstrafe verbüßen muss, so kann nach den Hochschulgesetzen dieser aufgeführten Bundesländer eine Exmatrikulation in Betracht gezogen werden.

b) Besonderheit an einer dualen Hochschule

Bei einem dualen Hochschulstudium haben Studierende einen Doppelstatus, denn sie sind sowohl Studierende als auch Auszubildende in einer Ausbildungsstätte.⁴⁹

Wenn ein solcher Studierender bei seiner Ausbildungsstätte gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstößt, so ist anzunehmen, dass eine verhaltensbedingte Kündigung des Ausbildungsvertrages, gleich wie bei einer Tätigkeit als studentische Hilfskraft, möglich ist. Inwiefern sich diese Kündigung des Ausbildungsvertrags dann auch auf das Studium auswirkt, ist in manchen Hochschulgesetzen geregelt.

– So ist in Baden-Württemberg ein Studierender gem. § 62 II LHG zwingend zu exmatrikulieren, wenn der Ausbildungsvertrag mit seiner Ausbildungsstätte gekündigt wurde und nicht innerhalb von acht Wochen ein neuer Vertrag vorgelegt wird.⁵⁰

– In Thüringen ist gem. § 75 II Nr. 11 ThürHG ein Studierender zu exmatrikulieren, wenn beim Studium an der Dualen Hochschule das Ausbildungsverhältnis mit dem Praxispartner rechtswirksam beendet wird und er nicht innerhalb von zwölf Wochen einen neuen Ausbildungsvertrag mit einem anderen Praxispartner abschließt.

– In Schleswig-Holstein ist ein Studierender gem. § 42 II Nr. 4 HSG Schleswig-Holstein zu entlassen, wenn in dualen Studiengängen das Ausbildungsverhältnis mit dem Praxispartner rechtswirksam beendet wird und nicht innerhalb von drei Monaten ein neuer Ausbildungsvertrag geschlossen worden ist.

– In Brandenburg kann gem. § 14 III Nr. 4, IV BbgHG

47 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 149.

48 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische

Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 149; Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 920.

49 Gerber, in Haug (Hg.), HochschulR BW, 2. Aufl. 2009, Rn. 1011.

50 Haug, in Haug (Hg.), HochschulR BW, 2. Aufl. 2009, Rn. 1181.

nachträglich herausstellt, dass ein Immatrikulationshindernis vorliegt: Ein Versagungsgrund ist gegeben, wenn der Studierende für einen ausbildungsintegrierten dualen Studiengang keinen Ausbildungsvertrag mit einer von der Hochschule zugelassenen Ausbildungsstätte nachweist, obwohl dies durch Satzung der Hochschule vorgeschrieben ist.

Wo solche Regelungen nicht bestehen, können sich Folgen aus den einschlägigen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen ergeben. Kann ein zum Abschluss des Studiengangs erforderlicher Ausbildungsnachweis endgültig nicht erbracht werden, führt das regelmäßig zum Verlust des Prüfungsanspruchs, was nach den Landeshochschulgesetzen wiederum die Exmatrikulation zur Folge haben kann.

III. Ergebnis

In der Zusammenschau ist festzuhalten, dass Studierende aufgrund ihres Status als Studierende keine besonderen Datenschutzpflichten haben, sondern den allgemei-

nen, für jedermann geltenden Pflichten unterliegen. Bei der Tätigkeit als studentische Hilfskraft sind die Datenschutzpflichten einzuhalten, die sich für unterstellte Personen aus der Datenschutzgrundverordnung ergeben. Verstöße gegen die allgemeinen Datenschutzpflichten können arbeitsrechtliche Folgen, insbesondere Abmahnungen und verhaltensbedingte Kündigungen zur Folge haben und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Hochschulrechtliche Vorschriften zur Exmatrikulation können greifen, wenn sich Verstöße unmittelbar und gravierend auf den Hochschulbetrieb auswirken oder wenn sie zur Verbüßung von Freiheitsstrafen führen. Löst im Fall eines dualen Hochschulstudiums die Ausbildungsstätte wegen dort begangener Verstöße den Ausbildungsvertrag auf, kann das bei Bestehen entsprechender Regelungen im einschlägigen Landeshochschulgesetz ebenfalls die Exmatrikulation zur Folge haben.

Susanne Lutz arbeitet seit dem 1. August 2019 als
Regierungsrätin auf Probe beim Regierungspräsidium
Karlsruhe

Rafael Müller

Gerrit Hellmuth Stumpf, Ungeschriebener Parlamentsvorbehalt und akademische Selbstverwaltungsgarantie, Mohr Siebeck, 2017, € 149,-

Die im Mohr Siebeck Verlag 2017 als Band 32 der Schriftenreihe „*Studien und Beiträge zum öffentlichen Recht*“ erschienene Dissertation wurde mit dem Konrad-Redecker-Preis für die beste wissenschaftliche Arbeit des akademischen Jahres auf den Gebieten des Verfassungsrechts, Verwaltungsrechts, Anwaltsrechts und der Rechtspolitik ausgezeichnet.

Als Kern der Untersuchung definiert der Autor, dass die in den Promotionssatzungen 42 deutscher Hochschulen getroffenen Regelungen und die eigentlich zu erwartende Rechtslage - aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt und (berufsständischen) Selbstverwaltungseinrichtungen, insbesondere dem „*Facharztbeschluss*“ des BVerfG (E 33, 125) - in einem Spannungsverhältnis stehen. Denn obwohl die (juristischen) Promotionsatzungen als Zugangsvoraussetzungen zum Promotionsstudium typischerweise eine gewisse Ortsverbundenheit, ein Prädikatsexamen sowie die förmliche Annahme durch einen Hochschullehrer oder den Fachbereich verlangen, und diesen Anforderungen sowohl mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als auch mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG in Gestalt der Berufs- und Ausbildungsfreiheit Grundrechtswesentlichkeit zukommt und die Promotionsatzungen damit dem grundgesetzlichen Parlamentsvorbehalt unterliegen müssten, finden sich in den Landeshochschulgesetzen der Länder hierzu ganz überwiegend keine Regelungen.

Ausgehend von dieser Bestandsaufnahme widmet sich der Autor der Fragestellung, weshalb in der Literatur die Kompetenz der Hochschulen zum Erlass der genannten Satzungen nicht in Frage gestellt wird. Der Autor stellt einen Widerspruch zum „*Facharztbeschluss*“ fest, der bislang nicht überzeugend begründet wurde: Im „*Facharztbeschluss*“ hat das Bundesverfassungsgericht der Satzungsautonomie berufsständischer Selbstverwaltungseinrichtungen Grenzen gezogen (S. 10 ff.). Zum einen, wenn aufgrund der (Grundrechts-) Wesentlichkeit einer Regelung der ungeschriebene Parlamentsvorbehalt eingreift, zum anderen, wenn eine Satzungsregelung unmittelbar und final außerhalb des Verbands stehende „Externe“ adressiert. Zwischen diesem Maßstab und den

durch deutsche Hochschulen erlassenen Promotionsordnungen macht der Autor den Widerspruch aus – der in der Literatur zwar nicht verkannt, aber doch nur unbefriedigend erklärt und begründet wird.

I. Skizzierung des der Arbeit zugrundeliegenden Gedankengangs

1. Ausgehend vom „*Facharztbeschluss*“ wird in Kapitel B untersucht, ob dieser als Maßstab für die Reichweite der akademischen Satzungsautonomie herangezogen werden kann.

Ausgangspunkt ist, ob die Ausübung der akademischen Satzungsgewalt „Hoheitsgewalt“ im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG darstellt und ob die wissenschaftlichen Hochschulen als Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung handeln (S. 71 f.). Dabei kommt es entscheidend darauf an, welche Stellung den Hochschulen im Staatsgefüge zukommt. Die Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, dass mit der Dereliktions- und Delegations-theorie (S. 85 f.) die Hochschulen im staatlichen Bereich anzusiedeln sind. Die hin und wieder anzutreffende These, der Erlass von Promotionsordnungen stellt ein originäres, dem Staat vorgelagertes Recht der wissenschaftlichen Hochschulen dar, wird unter Rekurs auf die geschichtliche Entwicklung des deutschen Hochschulwesens verworfen (S. 89 f.). Deshalb, so das Zwischenergebnis, kann der „*Facharztbeschluss*“ als Maßstab zur Beurteilung der Regelungskompetenz der Hochschulen Anwendung finden.

2. In Kapitel C setzt sich die Arbeit zunächst mit dem ungeschriebenen Parlamentsvorbehalt, insbesondere seiner rechtsdogmatischen Herleitung auseinander (S. 121 f.). In einem zweiten Schritt werden sodann drei Begründungsvarianten herausgearbeitet, welche die von der Literatur angenommene weite Kompetenz des akademischen Satzungsgebers zur Regelung des Promotionswesens zu tragen vermögen (S. 198).

Der erste Begründungsansatz des Autors knüpft an die Existenz eines staatsfreien Kernbereichs der akademischen Selbstverwaltung kraft institutioneller Garantie

an. Wenn ein solcher Kernbereich, garantiert durch das Grundgesetz oder die jeweilige Landesverfassung, existiert und dergestalt wirkt, dass jegliche staatliche Regelungskompetenz in diesem Bereich zurücktritt, ist die Regelung dieser Angelegenheit dem Parlamentsgesetzgeber entzogen und es entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Parlamentsvorbehalt und institutionellem Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung, das aufzulösen es gilt.

Der zweite Begründungsansatz des Autors stützt sich auf die These, dass der ungeschriebene Parlamentsvorbehalt nur in Fällen delegierter Normsetzungskompetenz eingreift.

Ist dem akademischen Satzungsgeber das Recht zum Erlass von Normen aber verfassungsunmittelbar, durch Bundes- oder Landesverfassung zugewiesen, besteht ein wesentlicher Unterschied zum Facharztbeschluss, wo das BVerfG mit Blick auf die berufsständische Selbstverwaltung, welche einfach-gesetzlich durch den Parlamentsgesetzgeber eingerichtet wurde, entschieden hat. Mit Blick auf Sinn und Zweck des ungeschriebenen Parlamentsvorbehalts erachtet der Autor diesen Ansatz für vielversprechend, denn die wesentlichen Angelegenheiten sind durch den Parlamentsgesetzgeber zu regeln, um diesen vor einer „Selbstentmachtung“ zu schützen. Diese Gefahr besteht nicht, sofern die entsprechende Kompetenz originär vom Verfassungsgeber nicht dem Parlamentsgesetzgeber, sondern dem akademischen Satzungsgeber überantwortet wurde.

Der dritte Begründungsansatz schließlich stützt sich auf eine dem Parlament ähnliche (demokratische) Legitimation des akademischen Satzungsgebers und eine damit korrespondierende ähnlich weit reichende Regelungskompetenz. Stützt man die Rechtsfigur des ungeschriebenen Parlamentsvorbehalts auf die Annahme, dass dem Parlamentsgesetzgeber ein „Höchstmaß“ an demokratischer Legitimation zukommt, so muss dem Autor zufolge dem akademischen Satzungsgeber eine parlamentsähnliche Regelungskompetenz zugebilligt werden, sofern ihm ein parlamentsähnliches Legitimationsniveau zu attestieren ist.

Bereits an dieser Stelle kann die Arbeit den Schluss ziehen, dass alle drei tauglichen Begründungsansätze nur bei einer verfassungsunmittelbaren Verankerung der akademischen Selbstverwaltung tragen.

3. Kapitel D geht nun der Frage nach, ob Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eine institutionelle Selbstverwaltungsgarantie enthält (S. 217 f.). Notwendigerweise nimmt hier die historische Normexegese großen Raum ein. Die Untersu-

chung beschäftigt sich daher mit dem Bedeutungswandel, welchen die Vorgängerregelung des Art. 142 WRV zum Ende der Weimarer Republik in der Literatur erfahren hat (S. 218 ff.). Sie wurde nicht mehr rein als Individualgrundrecht verstanden, es erstarkte ein institutionelles Wissenschaftsfreiheitsverständnis. Der Autor zeigt auf, woher die Notwendigkeit für einen solchen Bedeutungswandel rührte. Aufgrund der Defizite im Grundrechtsschutz unter Geltung der Weimarer Verfassung diente die Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit hin zur institutionellen Garantie der Absicherung der Hochschulfreiheit gegenüber dem Staat.

Als Defizite im Grundrechtsschutz herausgearbeitet werden unter anderem das Verständnis gewisser Grundrechtsverbürgungen als bloße Programmsätze, die Geltung weitreichender Gesetzesvorbehalte, sowie die damals geltende Lehre vom Positivismus, welche keinen normhierarchischen Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht kannte (S. 219 ff.). Deshalb sei zur Weimarer Zeit eine Verfassungsänderung durch einfaches Gesetz ohne Notwendigkeit einer Verfassungstextänderung möglich gewesen, sofern dieses nur mit der notwendigen zweidrittel Mehrheit zustande gekommen war. Hingegen hält der Autor unter dem Grundgesetz aufgrund dessen Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 2, 79 Abs. 1 u. 3 eine zusätzliche institutionelle Absicherung der Wissenschaftsfreiheit durch das Rechtsinstitut der institutionellen Garantie für überflüssig. Gesichert wird dieser Befund sodann durch schulmäßige Auslegung des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (S. 333 ff.). Zwischenergebnis der Untersuchung ist, dass dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit keine institutionelle Selbstverwaltungsgarantie, sondern lediglich organisationsrechtliche Mindeststandards entnommen werden können, die die akademische Selbstverwaltung aber nicht annähernd in einem Maße absichern, wie es die herrschende Lehre einer institutionellen Garantie entnimmt.

4. Hingegen sehen 13 von 16 Landesverfassungen eine institutionelle Ausprägung der akademischen Selbstverwaltung recht deutlich vor (S. 404 f.), weshalb die Untersuchung sich nun in Kapitel E der Frage widmet, weshalb diese landesverfassungsrechtlichen Garantien gegenüber Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG in der wissenschaftlichen Debatte kaum Beachtung finden. Den Grund hierfür sieht der Autor in den alle Landesverfassungen überlagernden Art. 31 und 146 GG. Der Vorrang des Grundgesetzes vor den Landesverfassungen führt dazu, dass abweichende landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen keine unmittelbare Geltung beanspruchen können. Die Unter-

suchung zeigt jedoch auf, dass die genannten Grundgesetzbestimmungen den landesverfassungsrechtlichen Garantien nicht entgegen stehen, denn diese regeln nur den Kollisionsfall, erlauben aber ein gegenüber Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG höheres Schutzniveau (S. 426 ff.).

5. Nach den im Kapitel E gewonnen Erkenntnissen nimmt die Arbeit zur weiteren Überprüfung des ersten Begründungsansatzes in Kapitel F das Verhältnis von ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt und landesverfassungsrechtlich gewährleisteter akademischer Selbstverwaltung in den Blick. Da ersterer von der herrschenden Meinung aus einer Zusammenschau von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird, kommt für dieses Verhältnis der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die entscheidende Rolle zu.

Es wird die Annahme des BVerfG untersucht, wonach das Grundgesetz raumübergreifender Natur ist und die durch Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG geforderten Mindeststandards als Durchgriffsnormen zu verstehen sind. Anders als bei der teilweise vertretenen Einordnung als Bestandteilsnormen, wonach die in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG genannten Demokratieprinzipien Bestandteil der Landesverfassungen und damit normhierarchisch auf einer Ebene mit den originären Landesverfassungsbestimmungen liegen, wirkt nach dieser Theorie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG als Bundesrecht in die gesamte Rechtsordnung hinein (S. 464 ff.).

Der Autor gelangt unter Auseinandersetzung mit beiden Theorien zu dem Ergebnis, dass der (Landes-)Parlamentsgesetzgeber allein durch den seiner Landesverfassung zu entnehmenden Parlamentsvorbehalt gebunden ist (S. 517 f.). In der Folge stehen dieser und die akademische Selbstverwaltungsgarantie normhierarchisch auf einer Ebene.

Schlüsselerargument der Untersuchung hierfür: Ein anderes Verständnis von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG führt zu einem Eingriff in die Kompetenzen der Länder. Es wäre ihnen dann partiell verwehrt, die den wissenschaftlichen Hochschulen zugewiesene Selbstverwaltung zu respektieren, da sie die wesentlichen Angelegenheiten durch förmliches Gesetz zu regeln hätten. Diese „Zwickmühle“ (S. 517), lässt sich nach Ansicht des Autors bei normhierarchischer Gleichrangigkeit beider Verfassungswerte (auf Ebene der Landesverfassung) im Wege praktischer Konkordanz auflösen.

Nachdem insoweit (wissenschaftliche) Klarheit geschaffen wurde, kann sich die Arbeit der für die Untersuchung zentralen Frage widmen, ob die in 13 Ländern verfassungsunmittelbar gewährleistete akademische Selbst-

verwaltungsgarantie den ungeschriebenen Parlamentsvorbehalt partiell zurückdrängt. Hierfür nimmt der Autor etwaige existierende landesverfassungsrechtliche Garantien eines institutionellen Kernbereichs (a) ebenso in den Blick wie den Ansatz, dass die verfassungsgebende Gewalt in den genannten 13 Ländern dem akademischen Satzungsgeber von Verfassungen wegen auch die Regelung der wesentlichen Angelegenheiten überantwortet hat (b).

a. Dieser Ansatz setzt die Gewährleistung einer institutionellen Garantie voraus und verlangt, dass die akademische Selbstverwaltung taugliches Garantieobjekt ist. Im Mittelpunkt steht daher auch die Frage, was institutionelle Garantien ihrem Wesen nach ausmacht, wobei der Autor darstellt, dass diese Frage bis heute nicht in hinreichender Tiefe und mit der nötigen dogmatischen Schärfe durchdrungen ist. Er arbeitet Begriffs- wie Definitionsunsicherheiten heraus und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsfigur letztlich mehr Verwirrung als Klarheit stiftet (S. 535 ff.).

Entscheidend für ihn ist aber, ob die akademische Satzungsautonomie überhaupt dem „staatsfreien“ Kernbereich einer institutionellen Garantie der akademischen Selbstverwaltung zuzuordnen wäre. An dieser Stelle erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem Modell der drei konzentrischen Kreise und eine Zuordnung nicht zum Kern- oder Randbereich, sondern zum Kooperationsbereich, angesiedelt zwischen Hochschule und Staat. Die anders lautende Zuweisung der Satzungsautonomie zum Kernbereich durch die herrschende Meinung wird unter methodischen Gesichtspunkten als „freihändig“ (S. 572) bezeichnet.

Das Kapitel schließt mit der Feststellung, dass sich die akademische Satzungsautonomie nicht überzeugend einem institutionellen Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung zuordnen lässt, der hier unter 5. a) zusammengefasste Ansatz also nicht tragfähig ist.

Unter dieser Voraussetzung – mangels staatsfreien Kernbereichs – wird sodann ermittelt, wie im Zusammenspiel von ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt und akademischer Selbstverwaltungsgarantie eine Konkordanzlösung gefunden werden kann, die Kooperation auf Basis von Gleichordnung umsetzt. Es folgt eine umfassende Erörterung (S. 593 ff.) vorstellbarer Mechanismen eines Zusammenwirkens wie: Benehmenserfordernisse, Vorschlags-/Initiativrechte eines Akteurs, Genehmigungsvorbehalt des Parlamentsgesetzgebers und Institutionalisierte Mitwirkung durch ein gemeinsames Gremium, die sämtlich als ungeeignet verworfen werden.

Die Entscheidung fällt sodann zugunsten einer parlamentsgesetzlichen Rahmen- und satzungsmäßigen Detailregelung, da diese Ausgestaltung nach Meinung des Autors eine klare Zuordnung zum jeweiligen Legitimationsobjekt zulässt sowie eine gleichwertige Beteiligung von Landesgesetzgeber und Hochschule verwirklicht. In einer solchen Rahmenregelung regelt bspw. der Parlamentsgesetzgeber abstrakt die Zugangsvoraussetzungen für ein Promotionsstudium; dem Satzungsgeber kommt ein Wahlrecht zu, ob bzw. von welchen er Gebrauch machen möchte und wie er diese konkret inhaltlich ausgestaltet.

b. Nachdem der erste Begründungsansatz lediglich zu einer Konkordanzlösung führt, wird nun die These, dass der akademische Satzungsgeber kraft verfassungsunmittelbarer Satzungsautonomie an die Stelle des Parlamentsgesetzgebers tritt, untersucht.

Ausgangsfrage ist, weshalb allgemein davon ausgegangen wird, dass es sich bei der kommunalen wie funktionalen Herrschaftsgewalt um vom Staat abgeleitete Befugnisse handelt, mit der Folge, dass nur diesem originär Hoheitsgewalt zukommt. Diese Annahme wird für nicht haltbar erklärt, wenn in 13 Ländern die akademische Selbstverwaltungsgarantie unmittelbar in der Verfassung verankert ist und man unter dem Begriff des Staates die durch Verfassungen konstituierten Rechtsträger versteht, denn auch Bund und Länder leiten ihre Staatsgewalt schließlich aus dem Grundgesetz ab (S. 611 ff.). Aufgrund der Zuweisung der Satzungsautonomie durch den Verfassungsgeber, verfassungsunmittelbar zugunsten der akademischen Selbstverwaltung, besteht für den Autor kein Grund, den Parlamentsgesetzgeber durch einen Parlamentsvorbehalt vor einer „Selbstentmachtung“ durch Delegation zu schützen – denn die Regelung der Hochschulangelegenheiten stand dann zu keinem Zeitpunkt im Pflichtenkreis des Parlamentsgesetzgebers. Der zweite Begründungsansatz vermag die Forschungsfrage daher zu tragen.

6. Neben der damit bereits gefundenen Begründung für eine erweiterte Regelungskompetenz des akademischen Satzungsgebers gelingt es der Arbeit, auch den dritten und letzten Begründungsansatz auf ein stabiles Fundament zu stellen (Kapitel G). Ausgangspunkt ist die These, dass allein die Zuordnung des akademischen Satzungsgebers zur exekutivischen Staatsgewalt keine sichere Aussage über sein demokratisches Legitimationsniveau zulässt.

Mit diesem Ansatz wendet sich der Autor gegen die herkömmliche Annahme einer Vorrangstellung des Par-

laments aufgrund seiner Konstituierung durch demokratische Wahlen und gegen ein damit verbundenes Höchstmaß an demokratischer Legitimation (S. 659).

Die einzigartige Art des Zustandekommens der Parlamentsbesetzung durch demokratische Wahlen führt nach Ansicht des Autors nicht zwingend zu einer höheren Legitimation des Parlaments. Denn die Existenz von Parteilisten, § 1 Abs. 2 BWahlG, führt dazu, dass nur die Hälfte der Abgeordneten unmittelbar in das Parlament gewählt wird. Das Wahlvolk nimmt hier nur Einfluss auf den Parteienproporz.

Da dem Parlamentsgesetzgeber danach keine uneinholbare Vorrangstellung hinsichtlich der demokratischen Legitimation zukommt, folgt nun ein dezidierter Vergleich mit dem akademischen Satzungsgeber unter Berücksichtigung der Legitimationsmodi (personell, sachlich-inhaltlich, prozedural, institutionell, funktionell) auf Ebene primärer (durch den Verfassungsgeber) wie sekundärer (durch das Wahlvolk) Legitimation (S. 666 ff.).

Dabei wird ein Legitimationsdefizit des akademischen Satzungsgebers auf personell-demokratischer Ebene ausgemacht, denn die funktionale Selbstverwaltung kann ihre personell-demokratische Legitimation nicht auf das Wahlvolk, sondern nur auf eine spezifische Teilmenge der Gesellschaft, das Verbandsvolk, zurückführen.

Möglicherweise, so der Gedankengang, kann der Mangel an personell-demokratischer Legitimation aber durch eine vom Autor als personell-autonom bezeichnete, vom Verbandsvolk vermittelte, Legitimation kompensiert werden (S. 725 ff.).

Dafür wird angeführt, dass Sinn und Zweck der Selbstverwaltung ein Staatsaufbau von „unten nach oben“ sowie eine stärkere Selbstbestimmung der Normunterworfenen ist und dies mit dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes in Einklang gebracht werden kann. Als Voraussetzung der Vermittlung autonomer Legitimation sieht der Autor aber an, dass ein Teilvolk als sozial-homogene Betroffenenengemeinschaft besteht und im Rahmen einer demokratischen Binnenstruktur organisiert ist.

Letzteres steht bei erster Betrachtung jedoch in klarem Widerspruch zum Modell der Gruppenuniversität (S. 738 ff.). Dieses sieht eine dominierende Stellung der Gruppe der Hochschullehrer vor, ist mithin nicht durch das demokratische Prinzip der Egalität gekennzeichnet, vielmehr „ständeartig“ organisiert. Nach Auffassung des Autors ist diese Abweichung vom Prinzip der Wahlrechtsgleichheit aber gerechtfertigt, da das One-Man-One-Vote-Prinzip bei Hochschulwahlen aufgrund der zahlenmäßigen

Überlegenheit auf eine Dominanz der Gruppe der Studierenden hinausliefe, die zum einen dem Verbandsvolk oft nur für einen begrenzten Zeitraum angehören und zum anderen nicht notwendig eng mit der Wissenschaft verbunden sind; denn meist wird das Hochschulstudium als reine Berufsqualifikation angesehen. Für die Gruppe der Hochschullehrer hingegen ergänzt die akademische Selbstverwaltung ihre individuelle Wissenschaftsfreiheit. Der Autor bezeichnet sie daher als „Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens“ (S. 752, zitiert nach BVerfGE 35, 79 (127)). Das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit sieht er ausreichend innerhalb der einzelnen Gruppen statt im Verhältnis der Gruppen zueinander verwirklicht.

Das Zwischenfazit lautet daher, dass das akademische Verbandsvolk eine zur Defizitkompensation fähige personell-autonome Legitimation vermitteln kann, sodass klärungsbedürftig nur noch die Reichweite eben dieser Legitimation ist.

Abschließend geht die Untersuchung daher der Frage nach, ob neben der Berechtigung zur Regelung des Binnenbereichs der wissenschaftlichen Hochschulen aus der autonomen Legitimation auch eine Berechtigung zum Erlass von Satzungsregelungen mit mittelbarer oder unmittelbarer Außenwirkung gefolgert werden kann (763 ff.).

Für Regelungen, die unmittelbar und final Außenwirkung entfalten, so die Schlussfolgerung, fehlt es dem akademischen Satzungsgeber mangels demokratischer Berechtigung an der generellen Regelungskompetenz, - und dies selbst bezüglich der Regelung unwesentlicher Angelegenheiten. Fehlt es an der Korrespondenz von Regelungsadressat und Legitimationsbasis, liegt bei derart wirkenden Satzungsbestimmungen keine Selbstverwaltung, sondern Fremdbestimmung über nicht verbandszugehörige Individuen vor.

Satzungsbestimmungen ohne grundrechtseinschränkenden Gehalt kann der akademische Satzungsgeber aber dennoch erlassen. Ebenso kann dieser Regelungen mit unmittelbarer finaler Außenwirkung gegenüber denjenigen treffen, die sich freiwillig der Regelungskompetenz des akademischen Satzungsgebers unterworfen haben. Eine derartige Unterwerfung kann in dem Antrag auf Zulassung zum Promotionsstudium jedoch nicht erblickt werden, da die wissenschaftlichen Hochschulen insoweit immer noch über ein Monopol verfügen, die Unterwerfung erfolgt daher mangels Ausweichalternativen nicht „freiwillig“.

Satzungsbestimmungen mit mittelbarer Außenwirkung hingegen erweisen sich in vielen Fällen als unvermeidbar. Der akademische Satzungsgeber handelt daher aus Sicht

des Autors noch im Rahmen seiner Regelungskompetenz, sofern die Regelung die grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen von nicht dem Verbandsvolk zuzurechnenden Personen allenfalls beiläufig tangiert und Zielrichtung der Satzungsbestimmung zuvorderst die Regelung von Angelegenheiten des Hochschulbinnenbereichs ist.

II. Conclusio

Unter Rekurs auf die der Untersuchung zugrunde liegende Forschungsfrage führen sowohl der zweite als auch der dritte Begründungsansatz zu einer erweiterten Regelungsbeugnis des akademischen Satzungsgebers, wie sie in der Literatur nach der Bestandsaufnahme des Autors bereits postuliert, aber nicht hinreichend begründet wurde; wobei nur der Zweite die in der Praxis gängigen Promotionsordnungen voll trägt. Der erste Begründungsansatz zeigt, wie ein praktisch konkordanter Ausgleich zwischen akademischer Selbstverwaltungsgarantie und ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt vorgenommen werden könnte.

Hervorzuheben ist, dass das Werk neben der eigentlichen Forschungsfrage eine Vielzahl staatsrechtlicher Grundlagenfragen und Rechtsfiguren mitbehandelt, kritisch würdigt und mitunter auch entgegen der herrschenden Meinung verwirft. *Stumpf* gelingt es dabei, den Leser für seine Auffassungen einzunehmen, ihn jedenfalls zum erneuten Nach- und Überdenken anzuregen.

Angesprochen sind die im Vordergrund der Untersuchung stehende Lehre vom Parlamentsvorbehalt, auch die Frage nach dessen dogmatischer Herleitung, darüber hinaus grundsätzliche Einwände gegen die Dogmatik der Rechtsfigur vom unantastbaren Kernbereich der Selbstverwaltungseinrichtungen, der objektive Gehalt von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG im Sinne einer institutionellen Garantie (Schrifttum) bzw. einer objektiven Wertentscheidung (BVerfG), die Wirkweise von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und ihre Folgen sowie Grundfragen der demokratischen Legitimation, hierbei insbesondere der Nachweis der Existenz einer autonom demokratischen Legitimation.

Die Lektüre des Werkes empfiehlt sich daher jedem staatsrechtlich interessierten Leser und trotz des insoweit enger gefassten Werkstitels auch über den reinen Hochschulbereich hinaus.

Der Autor befindet sich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Karlsruhe und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter von em. Prof. Dr. Thomas Würtenberger an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Ulf Pallme König

George Turner, Hochschulreformen - Eine unendliche Geschichte seit den 1950er Jahren, Verlag Duncker und Humblot, Berlin, 2018,

ISBN 978- 3- 428-15424-1, 79,90 Euro

Eingeweihte wissen, wie schwierig es ist, angesichts der föderalistischen Strukturen in Deutschland und damit der Verantwortlichkeit von 16 Bundesländern für das Hochschulwesen – der Bund mit seinen Zuständigkeiten zuvorderst für die Bundeswehrhochschulen einmal ausgeklammert – seine wesentlichen Elemente einigermaßen verlässlich herauszuarbeiten und zu bewerten. Meist bleibt es zwangsläufig eher bei der Behandlung von Einzelthemen wie etwa der Exzellenzinitiative, der (Gemeinschafts-)Finanzierung von Hochschulen, des wissenschaftlichen Nachwuchses, des Promotionswesens oder des wissenschaftlichen Fehlverhaltens; dass diese lediglich beispielhaft dargelegten Themen natürlich um zahlreiche weitere wissenschaftspolitische Vorhaben und Aspekte der jüngeren und weiteren Vergangenheit angereichert werden können, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Soweit sie diskutiert werden, weist ihre Behandlung aber meist den Mangel auf, dass sie nicht in einen größeren Zusammenhang gestellt werden und der Frage nachgegangen wird, wie sie sich auch unter Berücksichtigung früherer Projekte und Initiativen gesamtwissenschaftspolitisch einordnen und bewerten lassen.

In diese Lücke stößt das 2018 im Verlag Duncker und Humblot erschienene Buch von George Turner mit dem Titel „Hochschulreformen – Eine unendliche Geschichte seit den 1950er Jahren“. Der Werdegang des Verfassers verrät nachdrücklich, dass kaum ein anderer in der Lage wäre, so profund und aus unterschiedlichen beruflichen Erkenntnislagen und Erfahrungen heraus darzustellen, wie wechselhaft Hochschulpolitik in den letzten sechs Jahrzehnten gewesen ist und sich bis heute darstellt oder – mit den Worten des Verfassers des Buches gesagt –, dass „es an einem Hauptnenner in der Hochschulpolitik fehlt“.

George Turner wurde 1935 in Ostpreußen geboren. Er studierte Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen, wo er auch promovierte. Von 1963 bis 1970 war er an der Technischen Universität Clausthal tätig, an der er nach seiner Habilitation im Jahr 1966 zu einem bergrechtlichen Thema 1968 zum Wissenschaftlichen Rat und Professor ernannt wurde. Von 1970 bis 1986 war Turner Präsident der Universität Hohenheim und nahm

während dieser Zeit von 1979 bis 1983 über zwei Wahlperioden hinweg das Amt des Präsidenten der Westdeutschen Hochschulrektorenkonferenz wahr. 1986 wechselte er nach Berlin, wo er von 1986 bis 1989 parteiloser Senator für Wissenschaft und Forschung in dem von dem Regierenden Bürgermeister Eberhard Diepgen geführten Senat war. Bis 2000 war er sodann ordentlicher Professor für Wirtschafts- und Agrarrecht an der Universität Hohenheim und zugleich Gastprofessor an der Humboldt-Universität in Berlin.

Turner hat sich seit je her in Veröffentlichungen, die einen außerordentlich stattlichen Umfang einnehmen, mit nahezu allen wissenschaftspolitischen Themen, die seit Anfang der 70er Jahre eine Rolle spielen, befasst. Noch heute setzt er sich ebenso kritisch wie streitbar mit aktuellen wissenschaftspolitisch relevanten Ereignissen und Themenkreisen alle 14 Tage in einer Kolumne im TAGESSPIEGEL auseinander.

Mit dem jetzigen Buch, das er auch mit Blick auf seine über Jahrzehnte hinweg greifenden Publikationen als eine Art „persönlicher Rechenschaftslegung“ begreifen will, knüpft Turner an sein 2001 ebenfalls im Verlag Duncker und Humblot erschienenes Buch mit dem Titel „Hochschule zwischen Vorstellung und Wirklichkeit. Zur Geschichte der Hochschulen im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts“ an. Allerdings geht das vorliegende Werk – worauf der Verfasser in seinem Vorwort ausdrücklich hinweist – über eine Überarbeitung, gleichsam über eine 2. Auflage, insofern hinaus, als sich nicht nur der Titel geändert hat und die Gliederung anderen Kriterien folgt. Vielmehr verzichtet der Autor – anders als im ersten Buch – nunmehr für die Darstellung der Erscheinungen des Hochschulwesens nach der Jahrtausendwende überwiegend auf eine detaillierte Form und versucht stattdessen, wesentliche Leitlinien und Entwicklungsalternativen in der Hochschulpolitik aufzuzeigen. Gleichwohl finden sich auch im neuen Buch naturgemäß viele Passagen des 1. Buches wieder, so dass Turner mit dem jetzigen Werk von den 1950er Jahren an bis 2017, dem Zeitpunkt der Abgabe des Manuskriptes, eine Gesamtbetrachtung der Hochschulreformen und Ihrer Auswirkungen vorlegen kann.

Vor diesem Hintergrund befasst sich das jetzige Buch mit der „Entwicklung des Hochschulwesens“ (Teil A), mit „Reformprojekten“ sowie „Gegenständen der Hochschulpolitik“ (Teil B) und – gewissermaßen als Resümee der vorgelegten Untersuchungen – mit „Perspektiven“ (Teil C). Ergänzt wird das Werk am Anfang durch ein Vorwort und Inhaltsverzeichnis und am Schluss durch ein Literatur- und Quellenverzeichnis sowie ein Personen- und Stichwortverzeichnis. Die soeben unter dem Gesichtspunkt der Gliederung aufgeführten Teile sind vom Umfang her – inhaltsbedingt – sehr unterschiedlich. So umfassen von den insgesamt 328 Textseiten Teil A 20 Seiten, Teil B als Schwerpunkt des Werkes 303 Seiten und Teil C 5 Seiten.

In Teil A (S. 17-36) beschäftigt sich Turner mit der Entwicklung des Hochschulwesens in Deutschland. Auch wenn dieser Teil vom Umfang her kurz gehalten ist, vermittelt er für die den gesamten Beitrag durchziehende Botschaft – „Irrungen und Wirrungen in der Hochschulpolitik“ – entscheidende Hinweise darauf, dass sich daran über Jahrzehnte nichts Grundlegendes geändert hat. Der Verfasser betrachtet zunächst die Ausgangslage nach dem Zweiten Weltkrieg, um sich dann den „goldenen Fünfzigerjahren“ zu widmen. Unter dem Stichwort „Ausbildungsrevolution“, die ihren Ursprung bereits in den 50er Jahren hatte, geht er insbesondere der 68er-Bewegung und hier vor allem der Frage nach, ob und in welcher Weise sie eine Reform der (Ordinarien-) Universitäten in Gang gesetzt hat. Am Ende dieses Teils widmet er sich Vorhaben, die zunächst von einem Reformkonsens der politischen Parteien getragen wurden (z.B. Implementierung eines Hochschulbau- und Ausbildungsförderungsgesetzes, Einführung des Hochschultyps Fachhochschulen sowie Schaffung einer Bund/Länder-Kommission für die Bildungsplanung und Forschungsförderung), dann aber im Verlaufe der 70er, Anfang der 80er Jahre eher in den Bereich der Konfrontation gerieten, weil parteipolitische Polarisierung und Ideologisierung der Bildungspolitik zunahm mit der Folge, dass Vorhaben bei einem Regierungswechsel wieder aufgehoben und durch andere ersetzt wurden – ein Zustand, der sich, betrachtet man insbesondere die Hochschulgesetzgebung, bis heute erhalten hat. Einhergehend mit der zunehmenden Polarisierung führte auch die Verschlechterung der ökonomischen Rahmenbedingungen zu Einbrüchen der seinerzeitigen Reformpläne, weil damit nicht nur eine nicht mehr so üppige Bereitstellung von Mitteln für die Hochschulen, sondern vielmehr auch Einsparungsnotwendigkeiten verbunden waren. Daran änderte auch das Hochschulrahmengesetz 1976 nichts,

das – so Turner – als kleinster gemeinsamer Nenner aller politischen Kräfte und als Zeichen von Resignation golt habe. Die bereits in dieser Zeit angelegte und in der Folgezeit zunehmende Konsequenz war, dass sich der Bund nach und nach – durch Beispiele belegt (vgl. S. 36) – aus dem „Gehege der Länderhoheit“ für den Hochschulbereich im Wesentlichen zurückzog.

Teil B (S. 37-340) stellt den eigentlichen Kern des Buches dar, indem sich der Autor detailliert und akribisch mit maßgeblichen Gegenständen der Hochschulpolitik bis hin zu einschlägigen, bis in die jüngste Vergangenheit hineinreichenden Reformprojekten einschließlich ihrer jeweiligen Entwicklungslinien kritisch auseinandersetzt. Soweit diese im Rahmen der Gesetzgebung zu regeln sind, gelangt er bereits am Anfang seiner Überlegungen zu dem Schluss, dass die den Ländern insbesondere nach Aufgabe des Hochschulrahmengesetzes eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten zu einer Beliebigkeit und Unübersichtlichkeit von Projekten in der Hochschulpolitik geführt haben (S. 36). Zudem – so der Verfasser – bestehe ein Manko bei Gesetzesnovellierungen häufig darin, dass nur ein gesondertes Problem gelöst werde, ohne dass Folgen und Nebenwirkungen in verschiedenen Bereichen bedacht würden.

Auf dieser Grundlage befasst er sich zunächst mit Problemkreisen des „Ausbaus der Hochschulen“ unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit und -gerechtigkeit im Bildungswesen sowie mit der Bewältigung der Überlast im Rahmen der Öffnung der Hochschulen bis hin zu den auf der Basis des Art. 91b GG vereinbarten Pakten (S. 38 - 51). Im Anschluss daran setzt er sich mit Fragen der „Neuordnung“ auseinander, wobei er sich insbesondere der Gruppenuniversität und den Leitungsstrukturen innerhalb der Hochschule widmet (S. 51-89). Einen breiten Raum nimmt das Thema „Schule-Studium-Beruf“ in Anspruch, indem sich Verfasser eingehend und besonders kritisch mit den Reformen in der Schulpolitik und mit ihren Auswirkungen mit Blick auf die Aufnahme eines Studiums, mit Hochschulzugangsvoraussetzungen und Zulassungsbeschränkungen, mit der Problematik der erst eingerichteten und dann nach kurzer Zeit wieder abgeschafften Studiengebühren und der Ausbildungsförderung sowie mit Fragen der Organisation des Studiums und des Akademikerbedarfs beschäftigt (S. 89-212). Das Verhältnis von Staat und Hochschulen wird dann auf den Seiten 212-240 beleuchtet. Hier spielen vielfältige Finanzierungsfragen sowie Problemkreise der Hochschulautonomie einschließlich der Flexibilisierung der Haushalte bis hin zu Globalhaushalten ebenso eine Rolle wie die Bestrebungen der Länder,

trotz zwischenzeitlicher gesetzlicher, wenn auch vom Bundesverfassungsgericht gestoppter Aktivitäten des Bundes (u.a. Abschaffung der Habilitation, verbindliche Einführung der verfassten Studierendenschaft als Zwangskörperschaft) in unterschiedlicher Weise im Rahmen der ihnen im Zuge der Föderalismusreform zugewiesenen Kompetenzen eigenständige Deregulierungen vorzunehmen, ohne dafür in ausreichender Weise die erforderlichen Mittel zu haben, so dass sie weiterhin auf eine Mitfinanzierung durch den Bund angewiesen sind. Unter dem Stichwort „Wettbewerb“ wendet sich Turner sodann einerseits bezogen auf den „internen Wettbewerb“ Fragen der Personalstruktur und der Nachwuchsförderung, des Vergütungs- und Besoldungssystems, der Mittelverteilung und -verwendung und der Qualität der Lehre und Qualitätssicherung zu (S. 240-270). Darüber hinaus befasst er sich unter dem Gesichtspunkt der „Externen Konkurrenz“ mit der Problematik der Rankings und mit der Exzellenzinitiative sowie damit, ob und welche Bedeutung private Hochschulen bisher im Bereich der Universitäten erlangt haben (S. 270-317). Zum Abschluss des 2. Teils betrachtet Turner schließlich Strukturen des tertiären Bereiches, indem er sich mit den unterschiedlichen Hochschularten und mit Bestrebungen im Rahmen der Strukturreformen auch und gerade mit Blick auf Studiengänge und Fächerstrukturen befasst (S. 317-340).

In dem das Buch abschließenden Teil C (S. 341-345) zieht Verfasser ein überwiegend eher deprimierendes Fazit unter Berücksichtigung der detaillierten Befassung der zuvor kritisch diskutierten Themenkreise. Danach, so Turner, werde es nicht *die* Universität der Zukunft geben, weil es kein einheitliches Bild *der* Universität gebe und vor allem das Ergebnis der Exzellenzinitiative dafür Sorge, dass es zwischen den Universitäten nicht nur Klassenunterschiede geben werde, sondern sich auch und gerade zwischen den Universitäten, die im Exzellenzwettbewerb ohne jegliche „Trophäen“ geblieben seien, und den Fachhochschulen als Ausbildungsstätten kaum noch qualitative Unterschiede geben werde. Dafür werde auch sorgen, dass die Politik nach und nach den Fachhochschulen das eigenständige Promotionsrecht einräumen werde. Darüber hinaus, so der Verfasser, werde der Hochschulbereich, der zu den wenigen Regelungsbereichen gehöre, die den Ländern verblieben seien, nach wie vor für ständige, und mangels eines Mindestmaßes an Übereinstimmung der Akteure der verschiedenen politischen Lager für unabgestimmte und unterschiedliche Reformen anfällig bleiben. Dies gelte vor allem nach Wahlen und dann, wenn eine „anders gefärbte Regie-

rung als die Vorgängerin ins Amt“ komme. Und schließlich erkennt Turner nicht die Fähigkeit der Politik, bei einem Gesetzesvorhaben aus der Geschichte zu lernen. Z.B. würde das Scheitern früherer Vorhaben nicht zur Kenntnis genommen, vielmehr würden Fehler auch deswegen wiederholt, weil es an ausreichenden Kenntnissen der Materie und historischer Gegebenheiten fehle und zudem verantwortliche politische Positionen im Wissenschaftsbereich häufig aus Gründen des Proporz mit „fachfremden“ Personen besetzt würden, die mit der Wahrnehmung des Amtes überfordert seien.

Mit seinem Buch gelingt es Turner, wesentliche Gegenstände der Hochschulpolitik der letzten fünf Jahrzehnte zu analysieren, indem er sich kenntnisreich und nicht zuletzt gestützt auf eigene langjährige und vielfältige Erfahrungen in unterschiedlichen verantwortlichen Funktionen als Rechtswissenschaftler, Wissenschaftsmanger und Politiker mit Reformvorhaben und Entwicklungen im Hochschulbereich seit Mitte der 60er Jahre auseinandersetzt. Die Analyse besticht insbesondere dadurch, dass Hintergründe und Entwicklungen vor allem der unter Teil B besprochenen Themen und Vorhaben bis hin zu Personen, die sie zu verantworten haben, bis ins Detail beleuchtet werden, ohne dabei jeweils hochschulpolitische Gesamtzusammenhänge zu vernachlässigen. Zudem ist bemerkenswert und positiv herauszustellen, dass Turner bezogen auf zahlreiche Reformvorgänge nicht nur Kritik äußert, sondern sie auch mit einer klaren Sprache und Überzeugungskraft begründet. So sei etwa auf seine Äußerungen zum sog. Hochschulzukunftsgesetz in Nordrhein-Westfalen verwiesen, mit dem unter der von der Ministerpräsidentin Kraft geführten Landesregierung Regelungen des unter der von Ministerpräsident Rüttgers geführten Vorgängerregierung verabschiedeten und nicht nur von den Hochschulen in Nordrhein-Westfalen als „großer Wurf“ angesehenen Hochschulfreiheitsgesetzes wieder rückgängig gemacht wurden (S. 125 f.). In diesem Kontext stehen auch seine kritischen Feststellungen zur Einführung eines eigenen Status für Doktoranden durch den baden-württembergischen Hochschulgesetzgeber (S. 64) und zur Implementierung eines eigenständigen Promotionsrechtes für Fachhochschulen. Deutliche und nachvollziehbare Kritik findet sich z.B. auch an der ausführlich behandelten Oberstufenreform mit ihren Folgen für ein später aufzunehmendes Studium (S. 89ff.), zum sog. „Öffnungsbeschluss“ der Ministerpräsidenten der Länder im Jahr 1977 mit seinen negativen Auswirkungen auf die Hochschulen (S. 43ff.), an den zahlreichen unglücklichen Versuchen, die Studienzeit zu verkürzen und an der Exzel-

lenzinitiative und ihren tiefgreifenden Konsequenzen für die Hochschullandschaft (S. 281ff.). Die Darlegungen dazu enden mit einer für den Autor im Übrigen typischen Schlussbemerkung, die auch für weitere von ihm als kritisch angesehene Projekte und Reformvorhaben Geltung beanspruchen könnte – Turner wörtlich: „So bleibt das deutsche Hochschulsystem weiterhin verkorkst“ (S. 298).

Mag diese fast das gesamte Buch durchziehende kritische Grundhaltung des Autors in den dargelegten und vielen anderen Punkten auch schlüssig und nachvollziehbar sein, dürfte dies allerdings uneingeschränkt nicht für alle Einschätzungen gelten. So verkennt etwa seine Feststellung, das sich auf Studierende beziehende Ordnungsrecht sei kein Thema mehr, weil die Regelungen des Strafrechtes und des Hausrechtes ausreichen (S. 89), dass jedenfalls in der täglichen Praxis den sich auf die beiden genannten Rechtsbereiche beziehenden Sanktions- bzw. Handlungsmöglichkeiten Grenzen gesetzt sind. Die ausführliche Diskussion dieses Themas auf dem 14. Deutschen Hochschulrechtstag am 17.6.2019 in Bonn zur aktuellen Problematik der „Äußerungsfreiheit von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer“ mag dafür ein Beleg sein. Auch dürften eher Zweifel an der Einschätzung des Autors bestehen, Hochschulräte seien nur ein „Modeartikel“, der bald durch andere Konstruktionen ersetzt werde (S. 80). Denn trotz aller anfänglichen Kritik an der Einführung von Hochschul-, Universitäts- oder Stiftungsräten dürfte sich dieses besondere Hochschulorgan mittlerweile in allen Ländern im Zuge der zunehmenden Autonomisierung der Hochschulen fest etabliert und seine Rolle als Aufsichts-, Kontroll- und Beratungsorgan gefunden haben.

In seinem Vorwort weist Turner darauf hin, es habe nicht die Absicht bestanden, alle Erscheinungen des Hochschulwesens der letzten Jahrzehnte darzustellen (S. 7). Dies dürfte eine Erklärung dafür sein, dass einige Themen nicht angesprochen werden. Dazu zählt – mit Ausnahme der kurzen Ausführungen zur Zulassung zum Medizinstudium (S. 119f.) – insbesondere der gesamte und komplexe Bereich der Hochschulmedizin, die mit ihrer Trias von Forschung, Lehre und Krankenversorgung bezogen auf den Hochschulbereich mit Abstand die meisten finanziellen Mittel beansprucht und seit Ende der 90er Jahre in den 14 Ländern, in denen sie staatlich vertreten ist, nicht zuletzt auf der Grundlage von Empfehlungen des Wissenschaftsrates enorme, teilweise auch kritisch zu sehende Veränderungen vor allem in organisatorischer und inhaltlicher Hinsicht durchlau-

fen und auch noch vor sich hat. Auch fällt auf, dass die in den letzten Jahren zu konstatierende enorme, auch quantitative Entwicklung der privaten Fachhochschulen mit ihren zumeist dualen und berufsbegleitenden Studiengängen in der Diskussion ausgespart bleibt, obwohl an den derzeit 119 privaten Hochschulen in Deutschland, von denen immerhin 95 private Fachhochschulen sind, ca. 280000 Studierende eingeschrieben sind.

Diese wenigen kritischen Anmerkungen ändern jedoch nichts daran, dass Turner ein beeindruckendes, lezenswertes und spannendes Buch vorgelegt hat, mit dem er auf der Grundlage der prägnanten Befassung mit wesentlichen Entwicklungen, Reformvorhaben und Projekten der letzten 5 Jahrzehnte versucht, den Nachweis für seine immer wieder vorgetragene These zu erbringen (vgl. dazu z.B. seine Ausführungen im *TAGESSPIEGEL* vom 5.8.2019 mit dem Titel „Was der Exzellenz schadet“), dass sich viele Weichenstellungen in der Hochschulpolitik im Nachhinein als falsch erwiesen haben und, obwohl die dafür Verantwortlichen meist längst vergessen sind, die negativen Folgen dieser Entwicklungen immer noch spürbar sind. Zudem bleibt seine schlüssig belegte Prognose im Raum, dass es auch in Zukunft in der Hochschulpolitik einen „Zickzackkurs“ geben wird. Vor diesem Hintergrund kann sein sich von großer Sachkunde getragenes Werk, das in singulärer Weise in der Lage ist, eine der komplexesten Materien im Bildungsbereich auch für denjenigen zu durchdringen, der mit den speziellen Belangen von Hochschulen nicht so vertraut ist, nachdrücklich zur Lektüre empfohlen werden. Es sollte auf jeden Fall für diejenigen eine Pflichtlektüre sein, die sich vor allem berufsbedingt – in welcher Weise auch immer – mit Hochschulen beschäftigen bzw. zu befassen haben. Ganz besonders wünschenswert wäre es im Übrigen, wenn das Buch sowohl im Amt befindlichen als auch angehenden Wissenschaftsministerinnen und -ministern sowie jedenfalls den für den Wissenschaftsbereich verantwortlichen Abgeordneten in den Parlamenten zur Pflichtlektüre gemacht werden könnte.

Ulf Pallme König ist Rechtsanwalt in der Kanzlei ppp Rechtsanwälte Pittrof, Penner, Reimer & Partner in Düsseldorf, Kanzler der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf a.D., Honorarprofessor der dortigen Juristischen Fakultät sowie Vorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrecht

Margrit Seckelmann

Evaluationen im deutschen Wissenschaftssystem – Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissen- schaftsrechts am 7. und 8. März 2019 in Berlin

Evaluationen sind ubiquitär – man begegnet ihnen zumindest in der Wissenschaft auf Schritt und Tritt. Man kann sogar sagen, dass sich durch Evaluationen Wissenschaft selbst bestätigt, in dem sie sich regelmäßig ihrer Standards versichert. Wissenschaftssoziologen haben daher die Evaluationsverfahren als „modernes Ritual“ bezeichnet.¹

Allerdings sind mit Evaluationen auch finanzielle und teilweise auch personelle Konsequenzen verbunden, sie werfen daher auch Fragen ihrer wissenschaftsadäquaten rechtlichen Umhegung auf.² Diesen widmete sich die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts am 7. und 8. März 2019 in Berlin (am ersten Tag in den Räumen der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften). Diese führte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus verschiedenen Disziplinen mit Praktikerinnen und Praktikern zusammen – ganz wie es dem Programm des Tagungsveranstalters entspricht.

Nach einer Eröffnung durch den Präsidenten der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Martin Grötschel*, und den Vorsitzenden des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts, Prof. Dr. *Ulf Pallme König*, widmete sich der Eröffnungsvortrag von Prof. Dr. *Bernd Hartmann*, LL.M. (Universität Osnabrück) den rechtlichen Anforderungen an die Auswahl und die Evaluation im Tenure Track-Verfahren. *Hartmann* äußerte dabei starke Bedenken, ob eine Übernahme von Juniorprofessorinnen und -professoren im Tenure Track-Verfahren ohne erneute Ausschreibung der Stelle mit dem Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar sei: Nicht jede(r), der oder die sich im Verfahren um die Besetzung einer Juniorprofessur oder einer anderen zeitlich befristeten Erprobungsstelle im Hochschulbereich durchgesetzt habe, sei

später auch am besten qualifiziert, wenn es um die Besetzung einer Stelle auf Lebenszeit gehe. Daher sei eine Ausschreibung der Lebenszeitprofessur eine aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierende Verfassungspflicht, die aus dem Gebot der Gleichbehandlung der (potentiellen) Mitbewerber(innen) folge. Das Auswahlverfahren für die Lebenszeitstelle dürfe dann auch keinesfalls ritualisiert zu Gunsten des- oder derjenigen erfolgen, der oder die die Tenure Track-Stelle bereits innehatte. Da sind sie wieder, die Rituale.

Die logische Konsequenz aus *Hartmanns* Ausführungen ist diejenige, dass das mit einer Milliarde geförderte neue Tenure Track-Programm des Bundes rechtlich nicht unbedenklich sei.³ Entsprechend lebhaft fiel die von Dr. *Hubert Detmer* (Deutscher Hochschulverband) moderierte Diskussion zu *Hartmanns* Vortrag aus.

In der nächsten, von Prof. Dr. *Ulrike Gutheil* (Staatssekretärin für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Brandenburg) moderierten, zweiten Sektion ging es um die Frage der wissenschaftlichen Qualitätssicherung im Zeichen von Big Data. Prof. Dr. *Paul Wouters* von der Universität Leiden stellte in seinem Vortrag über „Valuing science and scholarship in the era of big data“ das von ihm und anderen im sogenannten *Leiden Manifesto* entwickelte Konzept eines verantwortungsvollen Umgangs mit scientometrischen Daten vor, das einen reflektierten Umgang mit Verfahren der Zuschreibung wissenschaftlicher Qualität enthalte.⁴

An seinen kurzweiligen Vortrag, der zugleich eine Einführung in die Scientometrie enthielt, schloss sich eine Sektion der Tagung an, die die Verfasserin dieses Beitrags nur am Rande erwähnen kann, weil sie sie selbst betrifft: Ihr wurde der Preis des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts für ihre Habilitationsschrift über „Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen

1 *Christine Schwarz*, Evaluation als modernes Ritual. Zur Ambivalenz gesellschaftlicher Rationalisierung am Beispiel virtueller Universitätsprojekte, Hamburg 2006, S. 12; *Peter Weingart*, Das Ritual der Evaluierung und die Verführung der Zahlen, in: ders. (Hrsg.), Die Wissenschaft der Öffentlichkeit, Weilerswist 2005, S. 102-122.

2 Dazu u.a. *Margrit Seckelmann*, Evaluation und Recht. Ansätze zu einem wissenschaftsadäquaten Modell der staatlichen

Indienstnahme evaluativer Verfahren, OdW 2019, S. 119-124, online: http://www.ordnungderwissenschaft.de/2019-2/gesamt/15_02_2019_seckelmann_Evaluation_Recht_%20wissenschaftsadaequates_Modell_der_staetlichen_Indienstnahme_evaluativer_Verfahren_odw.pdf (19.8.2019).

3 Dazu Informationen unter <https://www.bmbf.de/de/wissenschaftlicher-nachwuchs-144.html> (19.8.2019).

4 Zu diesem vgl. <http://www.leidenmanifesto.org/> (19.8.19).

staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-) Evaluationen“ verliehen.⁵ Prof. Dr. *Pallme König* sei für seine Begründung der Auswahl der Preisträgerin und Prof. Dr. *Max-Emanuel Geis* (Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg) für seine Laudatio herzlich gedankt, wie natürlich auch den anonym gebliebenen Gutachterinnen bzw. Gutachtern und dem Verein zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts selbst. Ein herzlicher Dank geht auch an Frau *Janna Düringer* vom Verein zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts sowie an ihre Kolleginnen und Kollegen für die gute Tagungsorganisation.

Es schloss sich – wir kommen wieder zu den Ritualen – eine Podiumsdiskussion über das Thema „Viel Stress – für welche Wirkung? Wie sich Evaluationen auf die Arbeit von Wissenschaftler*innen und Forschungseinrichtungen auswirken“ an. Diese wurde kundig moderiert und strukturiert durch den Wissenschaftsjournalisten *Jan-Martin Wiarda*. Da neben Prof. Dr. *Stefan Hornbostel* (Humboldt-Universität Berlin) und Prof. Dr. *Dorothea Wagner* (Karlsruher Institut für Technologie) auch die Erstatteerin dieses Tagungsberichts auf dem Podium saß, soll auf die Inhalte und die Diskussion zu diesem Panel nicht weiter eingegangen werden.

Am nächsten Tag ging es unter der Moderation von Prof. Dr. *Volker Epping* (Leibniz-Universität Hannover) um das Thema „Datenschutz“. In ihrem sehr dichten Vortrag über „Forschungsfreiheit und Datenschutz im Konflikt? Lehr- und Forschungsevaluationen auf dem Prüfstand“ führte Prof. Dr. *Indra Spiecker genannt Döhmann* (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main) eindrucksvoll die Komplexität der Materie vor Augen. Im Hinblick auf den am ersten Tag diskutierten Anwendungsfall der Evaluation eines Juniorprofessors oder einer Juniorprofessorin führe der Weg dann, wenn keine ausdrückliche und „freiwillige“ Einwilligung vorliege (was angesichts des zugrundeliegenden Machtverhältnisses schwierig sei und ggf. gegen das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO verstoße) wohl in erster Linie über die Erlaubnistatbestände der Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages bzw. einer rechtlichen Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) und c)

DSGVO. Denn von einer Privilegierung zu „Forschungszwecken“ gem. Art. 89 DSGVO sei im vorgenannten Fall nicht auszugehen, in dem es um die wissenschaftliche Bewertung eines Wissenschaftlers oder einer Wissenschaftlerin durch bzw. für die eigene Einrichtung gehe. Von den rechtlichen Fragen im eigentlichen Sinne weg führte der Vortrag von Prof. Dr. Dr. h. c. *Reinhard Hüttl*, dem Wissenschaftlichen Vorstand des Deutschen GeoForschungsZentrums Potsdam, der zugleich über seine Erfahrungen als Mitglied des Wissenschaftsrats berichtete: „Qualitätssicherung im deutschen Wissenschaftssystem durch DFG und Wissenschaftsrat“. Diesen Vortrag hätte man auch an den Anfang der Tagung stellen können, denn er führte überblicksartig in die verschiedenen Verfahren von Qualitätssicherung ein, die im deutschen Wissenschaftssystem praktiziert werden. So rundete er aus Praxissicht die Tagung ab und veranschaulichte manches, was vorher primär in rechtlicher Sicht erörtert worden war.

Die Tagung endete mit einem erneut von *Jan-Martin Wiarda* geleiteten Panel zum Thema „Wie könnte eine ‚DFG‘ für die Lehre funktionieren?“. Es diskutierte der Präsident der Deutschen Hochschulrektorenkonferenz, Prof. Dr. *Peter-André Alt* (Freie Universität Berlin) mit Prof. Dr. *Sylvia Heuchemer* (Vizepräsidentin für Lehre und Studium der Technischen Hochschule Köln) und der Leiterin des Programmbereichs „Lehre und akademischer Nachwuchs“ des Stifterverbands für die deutsche Wissenschaft, Frau *Bettina Jorzik*. Die Diskussion war sehr lebhaft und kreiste vor allem um die Frage, wie taugliche Anreize gesetzt werden könnten, damit sich gute Lehre aus Sicht der Lehrenden ‚lohne‘. Dieser Punkt hätte allein eine Tagung gerechtfertigt.

Wie es Dr. *Stefan Schwartze*, der Administrative Vorstand des Deutschen GeoForschungsZentrums Potsdam und zugleich kaufmännischer Vizepräsident der Helmholtz-Gemeinschaft, in seinem Schlusswort ausdrückte, ist insoweit für weiteren Gesprächsstoff gesorgt.

PD Dr. iur. Margrit Seckelmann, ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und Privatdozentin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

5 *Margrit Seckelmann*, Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-)Evaluationen, Tübingen 2018.

Albrecht Dihle

*Humanismus und Wissenschaft*¹

Etliche unter den an unseren Universitäten vertretenen Disziplinen haben das große und verantwortungsvolle Privileg, die humanistische Tradition, die letzte, die unserer Kultur eine tragfähige und integrative Bildungskonzeption vermittelt hat, im Bewußtsein zu halten. Innerhalb der Wissenschaft kann man diese Aufgabe nicht dadurch wahrnehmen, daß man eine neue Ideologie des Humanismus proklamiert. Die Wissenschaft, insbesondere die Philologie, muß vielmehr die Ursprünge dieser Tradition, ihre Entfaltung und Veränderung im Lauf der Zeiten, ihr Wesen, ihre Stärken und Schwächen und ihre geschichtlichen Wirkungen zum Gegenstand der Forschungen machen. Wie, wann und in welchem Ausmaß die Resultate solcher Forschung auf das allgemeine Bewußtsein der Menschen einwirken können, läßt sich kaum bestimmen und hängt von vielen, vornehmlich außerwissenschaftlichen Faktoren ab. Verantwortungsvoll bleibt die Aufgabe trotzdem, geht es dabei doch um eine geschichtliche Größe, die zu den bis heute in keiner Weise ersetzten Grundlagen unseres geistigen

Lebens gehört. Wenn nämlich heute z.B. wissenschaftlich orientiertes Denken weite Teile unserer Lebenswelt bestimmt, so ist das die Folge einer vom Humanismus motivierten und legitimierten Entfaltung der Wissenschaften. Lebendige Wissenschaft führt zur steten Veränderung des Erkenntnisstandes und der daraus hergeleiteten Sicht der Welt. Soll aber dieses ständig sich wandelnde Wissen der Erziehung der Menschen nutzbar gemacht werden, so muß die Konzeption, nach der das geschieht, zugleich stabil und flexibel sein - stabil in den Grundlagen, wenn denn individuelle und kollektive Erziehung eine zuverlässige Orientierung gewähren soll, und flexibel in der Ausformung angesichts des schnellen Wandels unserer Lebensverhältnisse.

Albrecht Dihle ist em. o. Professor für klassische Philologie in Köln und ab 1974 in Heidelberg sowie Mitglied des Ordens „Pour le mérite für Wissenschaften und Künste.“

1 *Albrecht Dihle, Humanismus und Wissenschaft, 1994, S. 25 ff.*

