

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2017

Aufsätze

- Wolfram Eberbach / Peter Hommelhoff / Johannes Lappe* Eine Kooperationsform für die Wissenschaft **1-12**
- Carsten Morgenroth* Das Überdenkensverfahren – Mauerblümchen mit Schattendasein oder Retter in der Not – aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren **13-28**
- Frank Wertheimer* Sicherung der Lehrfreiheit im „Masterplan Medizinstudium 2020“ **29-34**
- Klaus Bartels* Vom Leben der Wörter **35-40**
- Maren Jantz* Sprachwahl und Wissenschaftsfreiheit **41-50**

Rechtsprechung

Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg:
Regelungen des Landeshochschulgesetzes
teilweise mit Wissenschaftsfreiheit
unvereinbar **51-52**

Buchvorstellung

- Sebastian Madeja* Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung **53-58**

Bericht

- Manfred Löwisch* Förderung statt Zwang – Neue Open Access Strategie in Baden-Württemberg **59-60**

Ausgegraben

- Helmut Engler* Gleich Staatsanstellung auf Lebenszeit? **61-62**

Wolfram Eberbach / Peter Hommelhoff /
Johannes Lappe*
Eine Kooperationsform für die Wissenschaft

Trotz der Nobel-Preise für herausragende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler: die Zeit der großen Einzelforscher ist weithin vorbei.¹ Schon seit langem sind es vornehmlich die unterschiedlich großen Forschungsverbände, die Kooperationen zwischen wissenschaftlichen Institutionen, namentlich diejenigen, die auf der Grenzlinie mehrerer Wissenschaftsgebiete interdisziplinär zusammenwirken, denen die Gesellschaft wesentliche Erkenntnisse, ja: Durchbrüche zu ganz neuen Ufern verdankt. Nicht selten werden solche Wissenschaftskooperationen, an denen auch private Wirtschaftsunternehmen beteiligt sein können, aus öffentlichen Kassen mit Beträgen in zwei-, wenn nicht gar dreistelliger Millionenhöhe gefördert. Dabei wird die kooperative Forschung von den Beteiligten bewusst gewählt und ihre Intensivierung als politisches Ziel verstanden.²

I. Maßgeschneiderte Kooperationsverträge

Diese Kooperationen erfordern Regelungen in vielerlei Hinsicht, z.B.: Auf welchem Gebiet ist der Verbund mit welchem Ziel angesiedelt? Wer führt dessen Geschäfte und wer beruft die Geschäftsführer? Welche Entscheidungen fallen in deren Zuständigkeit und welche in die jener Institutionen, welche die Kooperation tragen? Wie werden die Forscher und ihre Leistungspotentiale dem Verbund zugeordnet? In welcher Weise werden die For-

scher in die Entscheidungsprozesse der Kooperation und in deren Informationsströme eingebunden? Wie wird mit Know-how umgegangen, das die Kooperationspartner in die Kooperation einbringen? Wem werden die in der Kooperation gewonnenen Erkenntnisse zugewiesen, wer kann sie sich ggf. patentieren lassen: der Verbund selbst oder seine Trägerinstitutionen? Und was ist mit den Forschern? Die Fördermittel: Wer legt wann in welcher Weise den Förderern Rechenschaft für die Mittelverwendung? Überhaupt: Welche Rolle sollen die Förderer innerhalb der Kooperation spielen? Schließlich dürfen die Risiken aus ihr (besonders bedeutsam bei patientenbezogenen Forschungsverbänden) nicht auf die Trägerinstitutionen durchschlagen, aber möglichst auch nicht auf die beteiligten Forscher.

In der Wissenschaftspraxis beschäftigen diese Fragen und regulatorischen Herausforderungen lang anhaltend und intensiv die zur Hilfestellung aufgerufenen Administrationen, die Universitätsverwaltungen und die der Kliniken ebenso wie die Verwaltungen der außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Denn für Wissenschaftskooperationen gibt es keine speziell auf sie zugeschnittene Rechtsform im Gesetz. Auch bei den Musterverträgen, die Ministerien und andere Stellen Forschungsverbänden vorgeben oder diesen empfehlen, können die beteiligten Wissenschaftsinstitutionen und Forscher nicht sicher sein, dass alle aus ihrer Sicht rege-

* Im November 2015 fand ein vom Deutschen Krebsforschungszentrum und der Universität Heidelberg initiiertes Rechtssymposium zum gleichnamigen Thema dieses Aufsatzes statt. Eine anschließend eingerichtete Arbeitsgruppe „Rechtsformalternative de lege ferenda“ hat die im Artikel angesprochenen Aspekte diskutiert und sich rechtlich mit verschiedenen weiteren Schwerpunkten, die das Thema umfassen, auseinandergesetzt. Die Autoren dieses Artikels danken den anderen Mitgliedern der Arbeitsgruppe Heidi Beuche / Universität Göttingen, Pius O. Dolzer / Universität Heidelberg, Stefan Geibel / Universität Heidelberg, Merit Grzegane / Helmholtz-Zentrum Dresden-Rossendorf, Jutta Hoppenau / DZNE, Angela Kalous / Universität Heidelberg, Svenja Deimel / DKFZ Heidelberg, für ihre engagierte Beteiligung an der Erarbeitung des Konzepts und das kritische Gegenlesen herzlich. Der Artikel gibt die Rechtsauffassung der Autoren wieder.

1 Vgl. exemplarisch für das Land Baden-Württemberg, das laut einer Studie des statistischen Landesamts die höchste Innovationskraft von 87 europäischen Regionen aufweist, Innovationsindex 2014, abrufbar unter [https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/baden-wuerttemberg-ist-](https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/baden-wuerttemberg-ist-innovationsstaerkste-region-in-europa/)

innovationsstaerkste-region-in-europa/ [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; Forschungs- und Entwicklungsmonitor Baden-Württemberg, Reihe Statistische Analysen 1/2014, S. 14 f. sowie S. 47 ff.; siehe auch FAZ vom 18.3.2015, Beruf und Chance, „Willkommen im Cluster-Ländle“.

2 Vgl. „Innovation durch Kooperation – Maßnahmen für eine effektive Nutzung des Forschungspotentials von Wissenschaft und Wirtschaft“, Positionspapier des Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutsche Forschungsgemeinschaft, Fraunhofer-Gesellschaft, Helmholtz-Gemeinschaft, Hochschulrektorenkonferenz, Leibniz-Gemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft und des Wissenschaftsrats, 2007, S. 2, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/9048617/071112-allianzforschungspotentials.pdf> [zuletzt abgerufen am 16.11.2016], Internationale Kooperation – Aktionsplan des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2014, S. 16 f., abrufbar unter: https://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan_Internationale_Kooperation.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016].

lungsbedürftigen Punkte tatsächlich geregelt sind.³ Für die Wissenschaftsverwaltungen bedeutet dies mühsame Handarbeit in jedem Einzelfall: Jeder einzelne Kooperationsvertrag muss maßgeschneidert werden. Das kostet Zeit, verschlingt Ressourcen, frustriert nicht selten die „Vertragsbaumeister“ und nicht weniger die Forscher.

Sie wollen endlich mit dem gemeinsamen Vorhaben beginnen – doch trotz allem Bemühen kann ihnen niemand jene Rechtssicherheit gewährleisten, die Forscher und beteiligte Wissenschaftsinstitutionen mit Recht für ihre Kooperation erwarten. Schnell sind sie mit dem Vorwurf bei der Hand: Das Recht behindert die Wissenschaft!

Kommt Weiteres hinzu: Wenn öffentlich-rechtliche Institutionen wie Universitäten, Universitätsklinika oder außeruniversitäre Forschungseinrichtungen (der Helmholtz-Gemeinschaft oder der Leibniz- oder der Max Planck-Gesellschaft) in Forschungsverbänden kooperieren, dann ist ihr Verbund trotz des öffentlich-rechtlichen Charakters der Beteiligten mangels einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform zivilrechtlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts und dann recht schnell als Außen-GbR zu qualifizieren.⁴ Die Folge: die am Verbund beteiligten Wissenschaftsinstitutionen haben rechtlich zwingend für dessen Verbindlichkeiten, auf welchem Rechtsgrund auch immer sie beruhen mögen, selbst, unbeschränkt und unbeschränkbar in voller Höhe als Gesamtschuldner einzustehen⁵ – eine Horrorvorstellung ganz besonders für jene Forschungseinrichtungen, die mit Universitätsklinika in patientenbezogener For-

schung translateral zusammenwirken wollen. Den mitunter beträchtlichen Haftungsrisiken lässt sich auch nicht durch „Rechtsformverneinungs“-Klauseln dergestalt entgegenstellen, dass durch den Vertrag keine GbR entstehe.⁶

Nicht allein diese Haftungsgefahren führen zwanglos zum Aufruf an den Gesetzgeber, für Forschungsverbände eine eigenständige Wissenschaftskooperationsform als rechtssicheres Organisationsvehikel zur Verfügung zu stellen. Vor allem jedoch ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen, da er sonst sein eigenes Bemühen konterkariert, die besonders fruchtbare (internationale) Verbundforschung zu fördern, und er sein Ziel verfehlt, staatliche Mittel zugunsten der Wissenschaften möglichst nicht mit reduzierbarem Verwaltungsaufwand zu vergeuden, sondern effizient einzusetzen.⁷ Mit einer eigenständigen Rechtsform würde der Gesetzgeber zugleich seinem Auftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG Rechnung tragen, zur Förderung der Wissenschaft personelle, finanzielle vor allem aber auch organisatorische Mittel bereitzustellen.⁸ Indes – auch Gesetzgebung ist eine kostbare Ressource. Sie sollte erst dann in Anspruch genommen werden, wenn sich die beteiligten Wissenschaftseinrichtungen regelmäßig nicht selbst ohne größeren Aufwand helfen können.

II. Rechtsformen-Abgleich

Daher ist zunächst der Rechtsformen-Schatz in den Blick zu nehmen, den das geltende Recht schon jetzt zur Verfügung stellt. Wesentliche Prüfkriterien sind:⁹

- 3 So hat sich eine wahre „Musterpraxis“ herausgebildet, exemplarisch für Kooperationen mit der Privatwirtschaft insbesondere, die sog. Berliner Vertragsbausteine; die Mustervereinbarung der IHK Nordrhein-Westfalen und Hessen, abrufbar unter: http://www.ihk-nordwestfalen.de/fileadmin/medien/02_Wirtschaft/33_Innovation_Umwelt/00_Technologie/medien/IHK-Ratgeber_FuE-Vertraege_KMU_Hochschule.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; bspw. der Musterleitfaden der TU München, abrufbar unter: https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; der Musterleitfaden des BMWi, abrufbar unter: [http://www.bmw.de/Dateien/BMWi/PDF/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmw,i,\\$sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmw.de/Dateien/BMWi/PDF/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmw,i,$sprache=de,rwb=true.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; sowie der Mustervertrag für Kooperationen, die seitens des „horizon2020“-Programms der EU Förderung erhalten wollen, abrufbar unter: <http://www.desca-2020.eu/> [zuletzt abgerufen am 16.11.2016].
- 4 Vgl. bspw. *Ulsenheimer*, Die zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperation, Frankfurt a.M. 2002, S. 79: „Kooperationsabreden stets (...) dem Idealbild des § 705 BGB entsprechen“; *Winzer*, Forschungs- und Entwicklungsverträge, 2. Aufl. München 2011, S. 14 Rn. 28; *Ullrich*, GRUR 1993, 338, 340; differenzierter *Rosenberger*, Verträge über Forschung und Entwicklung, Köln 2010, S. 282, Kap. 6 II 1. Rn. 3 ff.; ferner *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 167 ff. m.w.N.
- 5 Grundlegend zur akzessorischen Außenhaftung der BGB-Gesellschafter BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; zur Unbeschränkbarkeit der Haftung schon BGH, Urt. v. 27. 9.1999 - II ZR 371/98 = NJW 1999, 3483 ff.
- 6 Vgl. z.B. § 12 Abs. 4 TUM Muster für Kooperationsvereinbarungen Typ 2 (Verbundförderung), abrufbar unter https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016], der festlegt, dass durch den geschlossenen Kooperationsvertrag keine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen den Kooperationspartnern geschlossen werden soll.
- 7 So formuliert das BMBF in Internationale Kooperation – Aktionsplan des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2014, S. 2, abrufbar unter: http://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan_Internationale_Kooperation.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]: „Effektiver: Kooperationen und Förderverfahren sind so einfach wie möglich zu gestalten, Hindernisse in der bilateralen und multilateralen Zusammenarbeit müssen abgebaut werden.“
- 8 Vgl. zum objektiven Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 3 GG *Kipping*, in: Epping/Hillgruber Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, Stand: 01.09.2016, Art. 5 Rn. 186; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Rn. 116; vgl. grundlegend: BVerfG, Urt. v. 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72 = BVerfGE 35, 79, 114 ff. = NJW 1973, 1176, 1177.
- 9 Auch hierzu und zu weiteren Kriterien *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 15 ff.

- eine wissenschaftsadäquate Governance-Struktur. Sie muss auf der einen Seite die beteiligten Forscher mit einbeziehen, ihnen aber dennoch die unabdingbaren Handlungsfreiräume sichern. Auf der anderen Seite muss sie den die Kooperation tragenden Wissenschaftseinrichtungen in angemessenem Umfang Einfluss auf den Fortgang der Verbundforschung eröffnen und jene so hinreichend erkennbar bleiben lassen;

- Rechtssubjektivität, die es einerseits erlaubt, der Kooperation Sach- und Finanzmittel, aber ggf. auch Dienstverhältnisse zuzuordnen, andererseits aber auch die in der Verbundforschung gewonnenen Erkenntnisse einschließlich ihrer Verwertung rechtssicher gestaltet macht;

- Eingrenzbarkeit der mit gemeinsamer Forschung verbundenen Risiken, Haftungskanalisation auf die Kooperationsform und Haftungsbeschränkung.

1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Unter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen käme neben der gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Anstalt vor allem der aus dem Kommunalrecht bekannte Zweckverband in Betracht. Er verfügt mit der Verbandsversammlung und dem Verbandsvorsteher – dieser ggf. von einem Verbandsgeschäftsführer unterstützt – über eine Governance-Struktur und ist als Personalkörperschaft des öffentlichen Rechts rechtsfähig.¹⁰ Allerdings birgt er für seine Mitglieder insofern ein Finanzierungsrisiko, als deren Pflicht unbegrenzt ist, Umlagen an den Verband zu leisten, soweit dies für die Zweckerfüllung notwendig ist.¹¹ Überdies kann im Zuge einer Zweckverbands-Gründung gesamtschuldnerische Außenhaftung der Mitglieder entstehen; sie entspricht der – für Forschungsverbände unerwünschten – Haftung von BGB-Gesellschaftern.¹²

Trotz dieser grundsätzlichen Eignung des Zweckverbandes, Forschungsverbände zwischen wissenschaftli-

chen Einrichtungen zu organisieren, lässt diese Rechtsform die Tätigkeit des Gesetzgebers zugunsten der Wissenschaft nicht entfallen. Denn Zweckverbände sind keine allgemein verfügbare und nutzbare Organisationform, sondern werden von den einzelnen Landesgesetzgebern ihren Gemeinden und Landkreisen in speziellen Gesetzen für deren Zusammenarbeit bereitgestellt.¹³ Dasselbe gilt für die neue Organisationsform der gemeinsamen Anstalt öffentlichen Rechts. Wollen Gebietskörperschaften aus mehreren Bundesländern zusammenarbeiten, so bedarf die Organisation ihrer Kooperation eines Staatsvertrages. Weiter denkbar – und auch der Praxis nicht unbekannt¹⁴ – wäre die Einrichtung einer „Kooperationskörperschaft“ direkt per Gesetz. Zweckverbände, gemeinsame Anstalten und sonstige „maßgeschneiderte“ Körperschaften stehen somit den wissenschaftlichen Einrichtungen zur Organisation ihrer Forschungsverbände in und zwischen den Bundesländern nicht ohne erheblichen administrativen und oder gesetzgeberischen¹⁵ Aufwand zur Verfügung.

Außer einem Zweckverband könnte im Einzelfall auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht gezogen werden. Voraussetzung ist, dass *alle* Kooperationspartner Juristische Personen des öffentlichen Rechts (JPÖR) sind, wenn man nicht in komplexe Abgrenzungsprobleme zwischen Privat- und öffentlichem Recht im Einzelfall gelangen will.¹⁶ Hierzu zählen auch Hochschulen. Es sind jedoch eher seltene Fälle, in denen an einer Wissenschaftskooperation ausschließlich Hochschulen beteiligt sind. In der Regel kooperieren zum Beispiel Hochschulen mit außeruniversitären Einrichtungen, also etwa Forschungsinstituten, solche Einrichtungen untereinander und mit Kliniken etc. Es wäre umständlich, müsste jeweils erst der öffentlich-rechtliche Status der Beteiligten geprüft werden, bevor dann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden könnte. Zudem ist ein solcher Vertrag sofort hinfällig, wenn nach einiger Zeit die Kooperation erweitert werden soll durch

10 Dazu *Th. I. Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, S. 254 ff; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 595 f. Rn. 934 f. sowie zur grundsätzlichen Organstruktur S. 598 Rn. 939.

11 Insofern zeigt sich ein fundamentaler Unterschied zu den Grundfesten einer personengesellschaftsrechtlichen, zivilrechtlichen Organisation: Hier schiebt § 707 BGB als „mitgliedschaftliches Grundrecht“, so BGH, *Urt. v. 5.3.2007 – II ZR 282/05 = NZG 2007, 381, 381*, zurückgehend auf *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, München 1980, S. 357 f., § 7 I 1. sowie S. 393 f., § 7 IV 1. a), einer unbeschränkten Vermögensmehrungspflicht der Kooperationspartner zur Erreichung des Kooperationszwecks einen Riegel vor. Es müssen im Grundsatz nur die einmal zugesagten Beiträge geleistet werden.

12 Vgl. BGH, *Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 385/98 = NJW 2001, 748, 749 ff.*

13 S. die Fundstellen zu den Ländergesetzen bei *Th. I. Schmidt*, Kommunalrecht (Fn. 10), S. 254 Fn. 7; zudem *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 595 f. Rn. 934 f; für den Bereich der Hochschulen s. aber auch § 6 Abs. 5 LHG Baden-Württemberg.

14 So bspw. bei der Niedersächsischen Technischen Hochschule, Nds. GVBl. 2008, 416 – § 1 NTH-Gesetz.

15 Vgl. Niedersächsische Landtagsdrucks. 16/410, S. 6 sowie Nds. GVBl. 2008, 416, wonach von April 2007 bis zur Verkündung des Gesetzes am 15.12.2008 annähernd zwei Jahre vergangen sind.

16 Vgl. zum Problem der Einordnung kooperativer Verträge zwischen Privaten und der öffentlichen Hand *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 43 a ff. sowie Rn. 64.

Aufnahme eines Partners, der diesen öffentlich-rechtlichen Status nicht besitzt. Dann finge – gleichsam mitten im Forschungsprozess – die mühsame Suche nach der nunmehr geeigneten Rechtsform an. Dies kann sich als so problematisch erweisen, dass die Fortführung der Kooperation sogar infrage gestellt ist. Würde die (öffentlich-rechtliche) Rechtsform der Beteiligten darüber entscheiden, wie die Kooperation rechtlich zu gestalten ist, wäre dies der Übersichtlichkeit nicht förderlich. Daher ist es einfacher, übersichtlicher und „störungsfreier“, für alle Kooperationen eine Rechtsform vorzusehen.

2. Privatrechtliche Organisationsformen: die GmbH vorweg

Mithin verbleiben privatrechtliche Rechtsformen – vor allen anderen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die als „Allzweckmöbel“¹⁷ auch im staatlichen Bereich vielfältig genutzt wird.¹⁸ Hinsichtlich des Unternehmensgegenstands und der Unternehmensziele frei gestaltbar,¹⁹ verfügt diese rechtsfähige Organisationsform mit den Geschäftsführern, der Gesellschafterversammlung und dem (fakultativen) Aufsichtsrat schon in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung über eine Governance-Struktur, die sich auch wissenschaftliche Einrichtungen für ihre gemeinsamen Forschungen nutzbar machen können. Das Privileg der Haftung allein mit dem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) und nicht mit dem der Gesellschafter, für staatliche Organisationen eines der wichtigsten Elemente der GmbH, kommt hinzu. Damit erscheint diese Rechtsform auf den ersten Blick als nahezu ideal, um in ihr auch wissenschaftliche Kooperationen zu organisieren. Einer neuen eigenständigen Rechtsform bedürfte es dann anscheinend nicht.

Auffällig jedoch verwendet die Wissenschaftspraxis die GmbH nur selten,²⁰ ohne dass die Gründe für diese Zurückhaltung offen auf der Hand liegen. Das gesetzliche Mindestkapital und das aufwendige Gründungsverfahren allein können es nicht sein, seitdem der Gesetzgeber mit der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ eine Mini-GmbH angeboten hat, die für eine

Kooperation nur wenige Euro Stammkapital erfordert und überdies ohne großen Aufwand schnell und kostengünstig im vereinfachten Verfahren gegründet werden kann (§§ 5a, 2 Abs. 1a GmbHG).²¹ Die Gründe liegen tatsächlich tiefer.

Ein wesentlicher Grund ist in den Geschäftsführern zu sehen: Sie bilden innerhalb einer gefestigten Organisationsstruktur das Initiativ- und Aktivitätszentrum²²; sie sind primär im Interesse der Gesellschaft tätig und nur nachgeordnet in dem der einzelnen Gesellschafter; ihnen gegenüber werden die von der Gesellschaft ergriffenen Aktivitäten schon durch sie als Rechtsperson mediatisiert.²³ Kommt hinzu: die Geschäftsführung, nach dem Konzept des GmbH-Gesetzes ein mit Gesellschafterfremden besetztes Organ (Fremdorganschaft und eben keine zwingende Selbstorganschaft der Gesellschafter), betreibt die Aktivitäten der Gesellschaft und verselbstständigt diese so weiter gegenüber ihren Gesellschaftern und deren Einfluss. Daran ändert auch ihr GmbH-spezifisches Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern, das Hierarchiegefälle zwischen den Organen der Gesellschaft,²⁴ nichts. Diese Mediatisierung ist von Gesetzes wegen darauf angelegt, die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu verselbständigen, diese hinter die Gesellschaft mit ihrer eigenen Firmierung zurücktreten, ja: unsichtbar werden zu lassen. Für die „normalen“ Gesellschafter einer unternehmenstragenden GmbH ist dieser Zug zur Verselbständigung und zur Anonymisierung der Gesellschafter nicht sonderlich störend: An einer Kapitalgesellschaft mit ihren geldwerten Einlagen beteiligt, sind sie nach dem gesetzlichen Grundkonzept allein am finanziellen Wert der Gesellschaft und an den finanziellen Erträgen aus ihr interessiert. Denn die GmbH ist nach ihrem normativen Grundkonzept auf wirtschaftlichen Gewinn ausgerichtet.²⁵

Wissenschaftskooperationen dagegen zielen vorrangig auf den gemeinsamen Gewinn wissenschaftlicher Erkenntnisse. Die wissenschaftlichen Einrichtungen in ihrer Kooperation, in ihrem Zusammenwirken, wollen diesen Erkenntnisgewinn – auch wenn er gemeinsam

17 Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn. 6.

18 Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 1 Rn. 10; Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl. 2015, Einleitung, Rn. 48 f.

19 Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 17; Vgl. Begr. GmbHG S. 35 f. und S. 47 („Verschiedenartigkeit der Zwecke“).

20 So scheinen bspw. die Forschungs- und Entwicklungszentrum Fachhochschule Kiel GmbH oder Forschungszentrum Jülich GmbH eher Ausnahmen als die Regelentscheidung in Bezug auf die Organisationsstruktur eines Forschungsprojekts zu sein.

21 Vgl. zum vereinfachten Gründungsverfahren Seebach, Rhein-

NotZ, 2013, 261, 263; zu den allgemeinen Gründungsvoraussetzungen der UG Hücke/Holfter, JuS 2010, 861, 862.

22 Liebscher, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 83; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 37 Rn. 4.

23 Stephan/Tieves, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 88; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 35.

24 Vgl. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn.5.

25 Michalski, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rn. 193.

errungen ist – indes jede für sich nutzen. Um es am Beispiel zu verdeutlichen: Wenn eine Universität und eine außer-universitäre Forschungsinstitution sich für eine bestimmte Forschung über eine Kooperations-einheit verbunden haben, und wenn ein in dieser Einheit tätiger Forscher den Nobelpreis erringt, dann wollen sich auch die die Kooperation tragenden Einrichtungen in dem gewonnenen Ruhm und Ansehen sonnen;²⁶ die Kooperationseinheit darf sie nicht verdecken, wenn die Kooperationsziele aller Partner erreicht werden wollen. Verallgemeinert formuliert: Die wissenschaftliche Kooperationsform darf sich gegenüber ihren Trägereinrichtungen nicht verselbständigen, muss diese auch für außenstehende Dritte sichtbar bleiben lassen. Kurzum: In der Wissenschaft müssen die Kooperationsformen personengesellschaftsrechtliche Grundzüge²⁷ aufweisen.

Schon deshalb ist die GmbH für diese spezifischen Forschungsverbände regelmäßig keine geeignete Rechtsform. Hinzu kommen weitere Fehlstellen: Wie sollen die kooperierenden Forscher in die Aufbau- und Ablauforganisation eingefügt werden und wie die Institutionen, die für die gemeinschaftliche Forschung Mittel einschießen? Auf welchen Wegen sollen sie die Mittelverwendung kontrollieren können? Die hierfür notwendigen Regelungen gehen über die Governance-Struktur der GmbH hinaus und sollten, wenn auch dispositiv, vom Gesetzgeber geregelt werden, um Wissenschaftskooperationen zu fördern, die Wissenschaftsfreiheit auch in solchen Verbänden rechtsgewiss zu gewährleisten und um den beteiligten Wissenschaftsverwaltungen ressourcenschonend die Arbeit auf allseitig-gleicher Augenhöhe zu erleichtern.

3. „Gesetzgebung tut not“

Deshalb kann nach allem die GmbH die Anforderungen an eine Wissenschafts-adäquate Kooperationsform in aller Regel nicht erfüllen.²⁸ Dasselbe gilt *cum grano salis* für den auf Mitgliederwechsel angelegten Verein. Die

Stiftung wiederum ist eine nicht mitgliedschaftlich ausgestaltete, nach dem Stiftungsakt vom Stifter abgekoppelte Verwaltungsorganisation – auf „Ewigkeit“ angelegt und in ihrem Zweck allenfalls ganz begrenzt abänderbar.²⁹ Dies verträgt sich nicht mit der zeitlichen Begrenzung wissenschaftlicher Forschung auf definierten, wenn auch einvernehmlich veränderbaren Feldern.³⁰ Der deutsche Gesetzgeber sollte mithin eine eigenständige Rechtsform für wissenschaftliche Kooperationen kreieren, um die jedenfalls auf nationaler Ebene bestehende Regelungslücke zu schließen.³¹

Angesichts der Vielfalt und Vielgestalt wissenschaftlicher Kooperationen wird sich eine Kernregelung für alle Forschungsverbände empfehlen, die je nach den individuellen Bedürfnissen des einzelnen Verbundes durch fakultative Regelungen ergänzt werden kann; aber auch diese sollte der Gesetzgeber anbieten, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

III. Governance-Strukturen

Im Statut der Kooperation sind sowohl der Bereich, das Feld festzulegen, in welchem die Forschung stattfinden soll, als auch das konkrete Ziel dieser Forschung. Um dies Ziel mit Nachdruck und ohne (auch juristische) Ab- und Umwege verfolgen zu können, muss der Kooperation eine Rechtsform zur Verfügung stehen, die – es wurde bereits beim Thema GmbH (oben II 2) ausgeführt – personengesellschaftsrechtliche Züge aufweisen sollte. So lässt sich die Wissenschaftskooperation eng und intensiv genug an ihre wissenschaftlichen Träger rückkoppeln, und bleiben diese damit zugleich hinreichend deutlich erkennbar.

Personengesellschaftsrechtlich geprägt sein sollten vor allem die Leitung der Kooperationsform und deren enges Verhältnis zu den Trägereinheiten. Für die Überwachung der Leitung und ihre wissenschaftliche Begleitung ist es dagegen vorzugswürdig, zusätzliche Anleihen beim dualistischen Aufsichtsrats-System zu nehmen.

26 Dies dürfte neben der Reputation mit Blick auf das Generieren weiterer Fördermittel auch daran liegen, dass für die weitere Arbeit in der Kooperation, aber auch für den einzelnen Kooperationspartner die öffentliche Anerkennung des Arbeitsergebnisses der wichtigste nicht monetäre Motivationsfaktor von Wissenschaftlern ist, vgl. *Lee/Meschke/Nicklas*, in: Hanebuth/et al. (Hrsg.), *Forschungskooperationen zwischen Wissenschaft und Praxis*, S. 169, 170 ff. sowie *Ortiz*, *Kooperation zwischen Unternehmen und Universitäten*, 2013, S. 126 f.

27 Vgl. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 46 f; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Band I, 1980, S. 103 f; *Windbichler*, *Gesellschaftsrecht*, 23. Aufl. 2013, S. 27 ff; dazu auch *Lappe*, *Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen*, passim, S. 453 für die Perspektive *de lege ferenda*.

28 Ausführlich zur Eignung der GmbH als Kooperationsvehikel *Lappe*, *Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen*, passim, S. 419 ff.

29 Vgl. *Weitemeyer*, in: *MünchKomm-BGB*, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 2 m.w.N. Ein Stiftungsgeschäft, das die Änderungsmöglichkeiten des Zwecks in das Belieben der Stiftungsorgane stellt, ist nach ganz überwiegender Auffassung unzulässig, vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB*, Neubearb. 2011, § 85 Rn. 10 ff. m.w.N.

30 Vgl. zur Ungeeignetheit der Stiftung auch öffentlichen Rechts insbesondere für internationale Kooperationen *Blaurock/Hennighausen*, *OdW* 2016, 73, 76.

31 Vgl. zur Möglichkeit der Nutzung des Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Vehikel für europaweite Kooperationen *Blaurock/Hennighausen*, *OdW* 2016, 73, 77 ff.

Daher sollte die Governance-Struktur zumindest zweigliedrig sein (two-tiers).³²

1. Die Leitung

a) Geleitet werden muss die Kooperationseinheit von Wissenschaftlern, die in ihr und auf dem festgelegten Forschungsfeld tätig sind. Eine betont wissenschaftliche Leitung ist unabhängig davon geboten, in welchem Umfang Mittel in der Einheit eingesetzt und die Forschungsergebnisse voraussichtlich vermarktungsfähig sein werden. Dies mag im Einzelfall einen Administrator, einen „kaufmännischen Vorstand“ (unten III 1b) innerhalb der Geschäftsleitung erfordern; das Schwergewicht muss jedoch stets bei den Wissenschaftlern liegen, damit eine primär wissenschaftsgeleitete Ausrichtung der Kooperationseinheit gewährleistet ist. Im Interesse ihrer personengesellschaftsrechtlichen Struktur muss in der Leitung das Prinzip der Selbstorganschaft verwirklicht werden, soweit dies bei den Körperschaftlich verfassten Trägereinheiten möglich ist. Wissenschaftliche Leiter der Kooperation können daher nur Personen sein, die zugleich Repräsentanten der beteiligten Träger sind und bleiben.³³ Ihre Benennung erfolgt jeweils innerhalb eines Konsenssystems. Die Doppelfunktion der Repräsentanten wirkt sich u.a. auf die Zurechnung der Forschungsergebnisse aus: Diese „gebühren“ der Kooperationseinheit ebenso wie den Trägereinheiten;³⁴ im Ruhm des Nobelpreises kann sich die Kooperationseinheit ebenso spiegeln wie die Trägereinheit, die der Nobilitierte im Forschungsverbund repräsentiert.

b) Die finanzwirtschaftliche Leitung der Kooperationseinheit liegt in den Händen eines verantwortlichen Administrators. Dieser muss zwar nicht unbedingt Mitglied des Leitungsorgans und kann auch unterhalb von ihm positioniert sein. Konsequentermaßen tragen in diesem Fall die wissenschaftlichen Leiter zugleich die finanzwirtschaftliche Verantwortung. Ein solches Modell wird aber nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Deshalb sollte eine gesetzliche Regelung den Administrator grundsätzlich als Mitglied des Leitungsorgans vorsehen, dies aber zur Disposition des Kooperationsstatuts stel-

len. Anders als die wissenschaftlichen Leiter ist der Administrator kein Träger-Repräsentant (oben III 1a), selbst wenn er einer Trägereinheit entstammen sollte. Andernfalls könnte in dem Leitungsorgan einem einzelnen Träger ein zu großes Gewicht zufallen.

c) Ob es den Mitgliedern des mehrköpfigen Leitungsorgans freigestellt werden sollte, einen von ihnen zum „Wissenschaftlichen Vorstandsvorsitzenden“ zu berufen, oder ob das der kennzeichnenden Gleichheit der Forscher widersprechen würde, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Der Gesetzgeber könnte es auch bei einem bloßen „Sprecher“ als ausschließliche Gestaltungsoption belassen.

2. Die Trägerversammlung

a) Die Versammlung der Trägereinrichtungen ist das Basisorgan dieser Kooperationsform. In ihren Zuständigkeitsbereich fallen die Grundlagenentscheidungen für den Forschungsverbund, insbesondere: ob sein Forschungsfeld erweitert oder verkleinert, das Forschungsziel fortgeschrieben oder abgeändert werden soll; ob neue Trägereinrichtungen aufgenommen oder vorhandene verabschiedet werden sollen. Vor allem ist die Trägerversammlung der Adressat des obligatorischen Jahresberichts, in dem die Kooperationsleitung über ihre Tätigkeit im vergangenen Jahr Rechenschaft ablegt und die aktuelle sowie voraussichtlich künftige Lage des Forschungsverbundes schildert.

b) Aus dem Recht der Trägerversammlung, sich einen Jahresbericht vorlegen zu lassen, folgt keineswegs zwingend, dass ihr auch das Recht zur Prüfung und Überwachung der Kooperationsleitung zugewiesen werden müsste. Denn die Überwachung des Forschungsverbundes erschöpft sich nicht in der Kontrolle seiner finanzwirtschaftlichen Handlungen; darüber hinaus und vor allem bedürfen die Forschungsaktivitäten, ihre Erfolge, aber auch ihre Misserfolge der kritischen Begleitung. Im Regelfall erscheint zweifelhaft, ob dafür die Trägereinrichtungen selbst noch das fachkundige Personal haben, das nicht zugleich in der Kooperationseinheit engagiert ist. Deshalb sollte der Gesetzgeber ein selbständi-

32 So auch *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 91 f.

33 Rechtstechnisch sollte den entsendenden Körperschaften die Organstellung zukommen, deren Ausübung durch die Benennung des Repräsentanten an diesen gebunden wird. Durch die Entsendung des Forschers könnten sodann die Organpflichten des Kooperationspartners u.U. in das etwaig fortbestehende Anstellungsverhältnis zum entsendenden Forschungsträger gespiegelt werden, wobei es freilich zu den Organpflichten zählen könnte, berechnete Interessen des entsendenden Forschungsträgers im Rahmen der Organtätigkeit wahrzunehmen. Durch die Spiegelung der Organpflichten in das etwaig fortbestehende

Anstellungsverhältnis ließen sich Pflichtenkollisionen, bekannt aus dem Problemkreis Drittanstellung, u.U. vermeiden. Vgl. jüngst zum (konzernrechtlichen) Problem der Drittanstellung von Leitungsorganen *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 ff.; *Vetter*, NZG 2015, 889 ff.

34 Nicht gesagt ist damit, wem die Arbeitgeberverwertungsrechte an etwaigen Erfindungen oder Urheberrechten zustehen. Dies bestimmt sich weiterhin *ex lege* nach dem Arbeitnehmererfindungsgesetz respektive den Grundsätzen des Arbeitnehmerurheberrechts sowie entsprechenden vertraglichen Regelungen im Kooperationsvertrag. Vgl. zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen, *Ulrici*, WissR 2015, 318 ff.

ges Überwachungsorgan neben der Trägerversammlung etablieren (unten III 3), deren Einrichtung jedoch zur Disposition des Kooperationsstatuts stellen. Falls das Statut die anderweitige Überwachung ausschließt, ist die Trägerversammlung zur Kontrolle der Kooperationsleistung berufen.

c) Vergleichbar dem Personengesellschaftsrecht könnte für die Trägerversammlung zwar erwogen werden, ihr die Entscheidung über außergewöhnliche Maßnahmen der Kooperation zuzuweisen – etwa über die Anschaffung besonders teurer Geräte oder die Einstellung besonders teuren Personals. Eine Kompetenzabgrenzung zwischen gewöhnlichen Maßnahmen, die in der Entscheidungszuständigkeit des Leitungsorgans liegen, und außergewöhnlichen Maßnahmen, über welche die Trägerversammlung entscheidet, würde die Kooperationseinheit enger an die Trägereinrichtungen rückkoppeln. Jedoch wäre eine solche Trennung wegen der Schwerfälligkeit des Entscheidungsverfahrens und wegen der rechtsunsicheren Grenzlinie zumindest dort nicht empfehlenswert, wo außergewöhnliche Leiterentscheidungen an die Zustimmung eines Überwachungsorgans rückgebunden werden können. Diskussionswürdig, aber zugleich – bedürftig ist ein gesetzliches Weisungsrecht der Trägerversammlung gegenüber dem Leitungsorgan der Kooperationseinheit – allerdings bloß in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit ihrer Forscher.

3. Überwachung und Begleitung

Wie schon oben III 2b ausgeführt, sollte der Gesetzgeber ein Überwachungsorgan vorgeben.³⁵ Einer statutsdispositiv regelmäßigen und ggf. kontinuierlichen Überwachung bedarf das Leitungsorgan gewiss hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Mittel und ihrer Verwendung. Das entspricht der klassischen Überwachung durch einen Aufsichtsrat, daher empfiehlt sich für den Gesetzgeber, auch der wissenschaftlichen Kooperationsform einen Aufsichtsrat (statutsdispositiv) vorzugeben. In ihm wäre dann auch Platz für jene finanziellen Förderer des Forschungsverbundes, die nicht zugleich dessen Trägereinrichtungen sind. Diesen externen Förderern stünde es konsequent frei, ob sie sich selbst (in Absprache mit den Trägern) in den Aufsichtsrat einbringen oder ohne ihre Beteiligung auf die sachgerechte Arbeit des

Aufsichtsrats vertrauen wollen. Im einen wie im anderen Fall würde eine solche Verwendungskontrolle durch den Aufsichtsrat den externen Förderern eine zusätzliche Kontrolle außerhalb der Wissenschaftskooperation und ihrer Organisation ersparen. Insoweit sind gesetzgeberische Vorgaben nicht nötig.

Einer kritischen Begleitung bedarf der Forschungsverbund aber auch und vor allem hinsichtlich seiner Forschungsaktivitäten unter wissenschaftlichen Aspekten. Zwar ist es in Unternehmens-tragenden Aktiengesellschaften ebenfalls Aufgabe des Aufsichtsrats, den Vorstand in seiner Unternehmensleitung zu überwachen. Deshalb spricht manches dafür, ebenfalls in der wissenschaftlichen Kooperationsform die Begleitung derer Forschungsaktivitäten dem Aufsichtsrat zuzuweisen. Dagegen spricht jedoch: diese kritische Begleitung verlangt ganz andere Kenntnisse, Befähigungen und Erfahrungen als die Überwachung der Forschungsaktivitäten unter finanziell-wirtschaftlichen Aspekten. Gewiss – diese beiden Herausforderungen lassen sich durch eine entsprechend diverse Zusammensetzung des Aufsichtsrats bewältigen.³⁶ Aber sie könnte zu übergroßen Überwachungs-gremien führen und innerhalb dieser zu unstimmgigen Beratungs-Abläufen: Forschung und Forschungsergebnisse sind in anderer Weise zu erörtern als Zahlenwerke, anhand derer über die Verwendung von Mitteln Rechenschaft abgelegt wird.

Für den Gesetzgeber wird es sich daher empfehlen, neben dem Aufsichtsrat ein eigenständiges Gremium zu etablieren, einen wissenschaftlichen Beirat (scientific advisory board, SAB). Allerdings sollte es den Trägereinrichtungen freigestellt bleiben, die beiden unterschiedlichen Grundfunktionen der Überwachung, Begleitung und Beratung im *einen* Aufsichtsrat statutarisch zusammenzuführen.

4. Forscherversammlung

In der Governance-Struktur der wissenschaftlichen Kooperationsform sollten schließlich die im Forschungsverbund tätigen Forscher mit ihren Interessen organisatorisch institutionalisiert werden. Denn in die Forschungsaufgabe und ihre Erledigung sind nicht allein die wissenschaftlichen Leiter des Verbundes involviert. Als viertes (oder gar fünftes) Organ neben Leitung, Überwa-

35 So empfiehlt auch das DESCAs Consortium Agreement, abrufbar unter http://www.desca-2020.eu/fileadmin/content/Desca_2020_1.2/DESCA2020_v1.2_March_2016_with_elucidations.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016] in section 6 eine dreigliedrige Governance-Struktur mit einem auch mit Kontrollaufgaben

bedachten Organ neben der als „Trägerversammlung“ fungierenden General Assembly, vgl. section 6.3.2 ff. DESCAs Consortium Agreement.

36 Hier könnte an eine Regelung entsprechend § 100 Abs. 5 AktG für die Zusammensetzung des Überwachungsorgans gedacht werden.

chung und Trägerversammlung sollte den Kooperationsseinheiten deshalb und zudem aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 5 Abs. 3 GG) eine eigenständige Forscherversammlung vorgegeben werden – wenigstens denen mit einer gesetzlich definierten Mindestzahl von Forschern.³⁷

Noch weiterer Diskussion bedarf, worüber die Forscherversammlung von der Leitung der Kooperationsseinheit zu informieren ist und was diese (und ggf. die Trägerversammlung) mit den Forschern zu erörtern haben. Rechtspolitisch zu beraten sind überdies mögliche Mitentscheidungsrechte der Forscherversammlung neben den anderen Organen der Kooperationsform.

5. Ablauforganisation

Die Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen im Detail kann an dieser Stelle ebensowenig geleistet werden wie die normative Gestaltung der Informationsströme innerhalb der wissenschaftlichen Kooperationsform. Dies alles muss einer Folgediskussion vorbehalten bleiben. Dasselbe gilt für mögliche Vorgaben zu einer Wissenschafts-adäquaten Rechnungslegung, ihrer sachverständigen Überprüfung und ggf. ihrer Veröffentlichung.

IV. Die eigene Rechtsfähigkeit der Kooperationsform

Da der Bundesgerichtshof die nach außen auftretende BGB-Gesellschaft mit Zustimmung des Schrifttums befähigt hat, selbst Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein,³⁸ ihr mithin Rechtssubjektivität verliehen hat, sollte der Gesetzgeber ebenfalls der Rechtsform „wissenschaftliche Kooperation“ Rechtsfähigkeit beimessen. Dieser Status sollte nicht vom tatsächlichen Außenauftritt des Forschungsverbundes abhängen, sondern den Trägereinrichtungen zur freien Wahl überlassen bleiben,³⁹ also auch dem (ggf. momentan noch) nicht nach außen auftretenden Verbund. Eine

andere Frage ist die Registrierung der Kooperationsseinheit und ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten; hierüber wird noch weiter zu reflektieren sein.

1. Einige Konsequenzen

Als rechtsfähiges Subjekt ist die Kooperationsseinheit Inhaberin der ihr übertragenen Vermögensgegenstände, insbesondere der ihr zugewiesenen Finanzmittel einschließlich der Rücklagen. Um jedoch auch insoweit die Einheit, der ursprünglichen Konzeption des Personengesellschaftsrechts folgend, enger an ihre Trägereinheiten zurück zu koppeln, könnte erwogen werden, gesetzlich vorzugeben, dass Verfügungen und verfügungsgleiche Geschäfte über materielle und immaterielle Vermögensgegenstände und –güter (ab einer gewissen Wertschwelle) nur mit Zustimmung der Trägerversammlung getroffen werden dürfen. Eine solche Rückkoppelung hätte insbesondere für die in der gemeinsamen Forschung erarbeiteten Erkenntnisse und ihre wirtschaftliche Verwertung große Bedeutung – mag diese doch in der weiteren Anwendung u.U. zu Gewinnen in Höhe vieler Millionen führen.

Mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der Kooperationsform ist zugleich ihre Befähigung verbunden, Dienst- und Arbeitsverhältnisse einzugehen, also als Arbeitgeber zu fungieren.⁴⁰ Noch weiter zu erörtern ist dagegen, ob ihr überdies „Dienstherrenfähigkeit“ schon *ex lege* zugesprochen oder ob dies dem Landesgesetzgeber/den Wissenschaftsministerien für den konkreten Einzelfall überlassen werden soll. Die Dienstherreneigenschaft würde die Kooperationsseinheit auf Augenhöhe mit den Trägerinstitutionen bringen und den beteiligten Institutionen Gestaltungsspielräume eröffnen, um namentlich die Leiterpositionen und ihre Besetzung (oben III 1a) Kooperations-adäquat zuzuordnen.

2. Weitergehende Normierungen

Im Anschluss an die Rechtssubjektivität der Kooperationsform stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber für die

37 Vgl. zu den Anforderungen, die sich aus dem organisationsrechtlichen Gewährleistungsgehalt, an die Ausgestaltung der Governance-Struktur einer Forschungskoooperation ergeben können *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 346 ff.

38 BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; BGH, Urt. v. 23.10.2001 – XI ZR 63/01 = BGHZ 149, 80, 84 = NJW 2002, 368, 369; BGH, Urt. v. 25.1.2008 – V ZR 63/07 = NJW 2008, 1378, 1379 jeweils m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 2.9.2002 – 1 BvR 1103/02 = NJW 2002, 3533, 3533; BVerwG, Urt. v. 22.9.2004 – 6 C 29/03 = BVerwGE 122, 29, 38 f. = NZG 2005, 265, 268; BAG, Urt. v. 1.12.2004 – 5 AZR 597/03 = BAGE 113, 50, 53 f. = NJW 2005, 1004, 1005; BFH, Urt. v. 18.5.2004 – IX R 83/00 = BFHE 206, 164, 166 = NJW 2002, 2773, 2774; Ser-

vatus, in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 705 Rn. 67; *Sprau*, in: Palandt BGB, 76. Aufl. 2017, § 705 Rn. 24, f. 33; a.A. *Stürmer*, in: Jauernig BGB, 16. Aufl. 2015, § 705 Rn. 1 m.w.N.

39 So mit Einschränkungen auch für die BGB-Gesellschaft *de lege lata Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 232 ff.

40 Vgl. zur „Arbeitgeberfähigkeit“ aufgrund der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR BAG, Urt. v. 30.10.2008 – 8 AZR 397/07 = NZA 2009, 485, 487; So schon zur Rechtslage vor BGHZ 146, 341 *Schip-pel*, GRUR 1962, 191, 192, der seinerzeit schon die Außen-GbR für arbeitgeberfähig hielt sowie *Bartenbach*, Zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperationen und das Recht der Arbeitnehmererfindung, 1985, S. 69.

Forschungsverbände über deren Organisationsrecht hinausgehend noch weitere Materien in die Regelung der Form mit einbeziehen sollte; über eine in sich abgeschlossene Gesamtregelung würde er allen Beteiligten den Umgang mit dem rechtlichen Fundament der Kooperation erleichtern (enabling law). Gegenstand einer so erweiterten Normierung könnte auf der einen Seite das Datenschutzrecht sein, soweit es die Informationsströme zwischen der Kooperationseinheit und ihren Trägern betrifft sowie die Ströme zwischen den Trägern zur Verfolgung des Kooperationsgegenstands und –ziels (oben I/II 2). Auf der anderen Seite könnte Gegenstand erweiterter Normierung das IP-Recht des Forschungsverbundes sein: die Wissenschafts-adäquate Ordnung des Rechtsverhältnisses zwischen der Kooperationseinheit und den beteiligten Forschern in Fortschreibung des § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz; sodann die personengesellschaftsrechtlich geprägte Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen der Kooperationseinheit und ihren Trägern (s. oben IV 1); schließlich die Regelung der wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere über einen wirtschaftlich-industriellen Partner, wenn auch dieser als Träger an der Kooperationseinheit beteiligt ist – gerade dann ist den wissenschaftlichen Einrichtungen im Umgang mit den regelmäßig hochprofessionellen Partnern aus der Wirtschaft der Rücken zu stärken. Unter diesem Aspekt müsste sich eine normierte Gesamtregelung gewiss auch mit der wissenschaftlichen Publikation der im Forschungsverbund gewonnenen Erkenntnisse befassen.

Darüber hinaus gibt eine so konzipierte Gesamtnormierung der Wissenschaftskooperation als Rechtsform dem Gesetzgeber gewiss zugleich Anlass, sich mit den steuerrechtlichen Fragen im Forschungsverbund näher zu befassen – namentlich im Umsatzsteuer – und im Gemeinnützigkeitsrecht. Daneben stehen kartell- und beihilferechtliche Fragen an. Auch sie sollten aus Anlass der rechtspolitischen Arbeiten an einer wissenschaftlichen Kooperationsform durchdacht werden. Allerdings sind diese Materien so stark in die jeweiligen Rechtsgebiete eingeflochten und mit diesen verwoben, dass sie wohl besser in ihrem jeweiligen Kontext geregelt werden und nicht innerhalb des Organisationsgesetzes für wissenschaftliche Kooperationen.

V. Haftung und Haftungsbeschränkung

Zugleich mit der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für die BGB-Außengesellschaft hat der Bundesgerichtshof die Haftung der BGB-Gesellschafter statuiert – die unbeschränkte und (gesellschaftsvertraglich) unbeschränkbare Haftung in entsprechender Anwendung der §§ 128 ff HGB.⁴¹ Im Bereich der wissenschaftsrechtlichen Trägereinrichtungen des öffentlichen Rechts, zu denen vor allem die Universitäten und Universitätsklinikum zählen, reibt sich diese zwingende Gesellschafterhaftung mit der ausnahmslosen Vorgabe des Bundes und der Länder, dass sich öffentlichrechtliche Rechtssubjekte allein dann an einer Gesellschaft oder sonstigen Organisationsform beteiligen dürfen, wenn die Risiken aus dieser Form nicht unbegrenzt auf die öffentlichrechtlichen Träger durchschlagen können.⁴² Für Forschungsverbände hat diese Strukturvorgabe zum Beispiel und vor allem bei medizinischer Verbundforschung Bedeutung: Falls eine Trägereinrichtung der theoretischen Grundlagenforschung zusammen mit einem Universitätsklinikum Patienten-bezogene Forschung betreibt, muss die Einrichtung der Grundlagenforschung befürchten, dass sie im Kooperationsfeld für Behandlungsfehler aus dem Bereich des Klinikums nach den zwingenden Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung praktisch unentrinnbar dem Patienten mit einstehen muss.⁴³ Die Regressmöglichkeit beim Klinikum hilft nicht entscheidend weiter.

Aber damit scheint das Ziel, der wissenschaftlichen Kooperationsform ein personengesellschaftsrechtliches Gepräge zu verleihen (oben II 2), letzten Endes an der unbeschränkten Haftung der wissenschaftlichen Trägereinrichtungen zu scheitern. Indes – den gestaltenden Gesetzgeber kann der Bundesgerichtshof nicht binden; jenem steht es vielmehr frei, sogar Personengesellschafter vor unbeschränkter Haftung zu bewahren, wie er dies bereits im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz mit dem Angebot an die Angehörigen der Freien Berufe getan hat, in einer besonders gekennzeichneten „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung deren Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen allein mit dem Gesellschaftsvermögen, also nicht als Partner persönlich, eintreten

41 Siehe nur BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341, 358 = DNotZ 2001, 234, 244; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1790 ff., § 60 III. 2. m.w.N.

42 Vgl. § 65 Abs.1 Nr. 2 BHO sowie die vergleichbaren Normen der Landeshaushaltsordnungen, die nur eine Beteiligung der öffentlichen Hand bei absoluter Haftungsbegrenzung zulassen, von Lewisnki/Burba, in: NK-BHO, 1. Aufl. 2013, § 65 Rn. 8;

Wernsmann, in: Gröpl BHO/LHO 2011, § 65 Rn. 6; Strobl, NVwZ 2004, 1195, 1196 f.; offener für eine Beteiligungsmöglichkeit bei absehbaren Haftungsrisiken für die GbR Forst/Traut, DÖV 2010, 210, 212 f.

43 Vgl. ausführlich zu den etwaigen Möglichkeiten einer Außenhaftungsbeschränkung für eine Kooperations-GbR Lappe, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 385 ff.

zu müssen (§ 8 Abs. 4 PartGG). Dem Bundesgesetzgeber bleibt es unbenommen, eine ungefähr vergleichbare Regelung für die wissenschaftliche Kooperationsform zu normieren.⁴⁴

Allerdings darf dabei nicht der Schutz des geschädigten Dritten auf der Strecke bleiben. Seiner Interessen hat sich das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz durch die Berufspflichtversicherung im gesetzlich vorgegebenen Umfang als Voraussetzung der Haftungsbeschränkung (§ 8 Abs. 4 S. 1 PartGG) angenommen. Ein solcher Versicherungsschutz (über den bereits in § 40 Arzneimittelgesetz bestehenden hinaus verallgemeinert) könnte auch für Forschungsverbände in Betracht kommen; freilich bedarf das noch vertiefter Reflektion. Denn bei der Beteiligung mehrerer Trägereinrichtungen des öffentlichen Rechts an einer Kooperationseinheit genügt die zusätzliche Haftung bloß eines Trägers gegenüber dem dritten Geschädigten, so lange nur sichergestellt ist, dass für die Trägerhaftung eine insolvenzfähige Gebietskörperschaft einzustehen hat. Vermieden werden muss bloß, dass der geschädigte Dritte auf das begrenzte Leistungspotential der wissenschaftlichen Kooperationseinheit abschließend verwiesen werden kann. Für die persönliche Haftungsfreistellung der beteiligten Forscher gegenüber dem Dritten kann auf § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zurückgegriffen werden, sofern der Handelnde haftungsrechtlich als Beamter zu qualifizieren ist.⁴⁵ Zudem kommt ein Schutz des Forschers über die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs in Betracht.⁴⁶

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Um sich für den internationalen Wettbewerb auch organisatorisch optimal aufstellen zu können, braucht die deutsche Wissenschaft für ihre zwischen wissenschaftlichen Institutionen begründeten und zunehmend bedeutsameren Forschungsverbände eine eigenständige Rechtsform, die den spezifischen Anforderungen wissenschaftlicher Kooperationen gerecht wird.

2. Diese spezifischen Anforderungen vermögen im geltenden Recht weder die Organisationsformen des Pri-

vatrechts vollauf befriedigend zu erfüllen, noch die des öffentlichen Rechts. Daher ist der Bundesgesetzgeber aufgerufen, eine „wissenschaftliche Kooperation“ als Rechtsform zu schaffen – auch, um seinem Gestaltungsauftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG nachzukommen.

3. Die „wissenschaftliche Kooperation“ sollte an ihre Trägereinrichtungen hinreichend intensiv rückgekoppelt bleiben und diese nicht durch ihre Aktivitäten mediatisierend verdecken können. Deshalb sollte die „wissenschaftliche Kooperation“ schon von Gesetzes wegen personengesellschaftsrechtlich geprägt sein.

4. Das gilt vor allem für die Governance-Struktur der Kooperation. Um das Prinzip der Selbstorganschaft adäquat fortzuschreiben, sollte der Gesetzgeber für die Leitung der Kooperation ihre Besetzung mit Forschern als Repräsentanten ihrer jeweiligen Trägereinrichtungen vorgeben. Ein administrativer Mit-Leiter sollte nach Entscheidung des Kooperationsstatuts zusätzlich eingesetzt werden.

5. Die Trägereinrichtungen bilden in ihrer Gesamtheit die Trägerversammlung als Basisorgan der Kooperation. In ihren Entscheidungsbereich fallen die Grundlagenentscheidungen für den Forschungsverbund. Außerdem könnte der Trägerversammlung ein Weisungsrecht gegenüber dem Leitungsorgan verliehen werden – allerdings nur in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, die den in der Kooperation wirkenden Forschern zusteht; dies bedarf weiterer Diskussion.

6. Der „wissenschaftlichen Kooperation“ sollten (statutsdispositiv) ein Überwachungsorgan für die Mittelverwendung vorgegeben werden und ein Wissenschaftlicher Beirat für die kritische wissenschaftliche Begleitung der Forschungsaktivitäten unter wissenschaftlichen Aspekten. Es sollte dem Kooperationsstatut unbenommen bleiben, Überwachung und kritische Begleitung in einem Organ zusammenzufassen.

7. Zwingend vorgeben sollte der Gesetzgeber eine Versammlung der im Verbund tätigen Forscher zur

44 Hierfür auch *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 473 ff.

45 Klassische Hochschulforschung stellt dabei die Ausübung eines öffentlichen Amtes dar, gesundheitliche Behandlungen auch bei öffentlichen Trägern der behandelnden Institution hingegen nicht, vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig GG, 77. EL 2016, Art. 34 Rn. 140 sowie Rn. 145.

46 Vgl. zu diesen Grundsätzen zusammenfassend nur BAG, Urt. v. 15. 11. 2012 – 8 AZR 705/11 = NJOZ 2013 709, 710 f. m.w.N. Vgl. zum Standard der Sorgfalt für Forschung *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 111 ff.

Wahrnehmung ihrer Interessen – zumindest für Kooperationen mit einer bestimmten Mindestzahl von Forschern.

8. Obligatorisch sollten die Grundzüge der Ablauforganisation in der „wissenschaftlichen Kooperation“ geregelt werden, insbesondere das Zusammenwirken ihrer Organe und die Informationsströme zwischen ihnen.

9. Der Gesetzgeber sollte der „wissenschaftlichen Kooperation“ wie der BGB-Gesellschaft uneingeschränkte Rechtsfähigkeit nach Wahl der Trägereinrichtungen verleihen. Damit verbunden ist ihre Arbeitgeberfunktion; ob ihr auch „Dienstherrenfähigkeit“ eröffnet werden sollte, könnte der jeweiligen Landesgesetzgebung überlassen bleiben.

10. Für ihre Verbindlichkeiten hat die „wissenschaftliche Kooperation“ einzustehen. Die wissenschaftlichen

Trägereinrichtungen sollten vor Mithaft nach dem Vorbild der „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ bewahrt werden, wenn die Interessen geschädigter Dritter anderweit geschützt werden. Die dafür notwendigen Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen noch weiterer Erörterung.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfram Eberbach. Ministerialdirigent a.D., war Abteilungsleiter für Hochschulen, Wissenschaft und Forschung im Thüringer Kultusministerium.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, em. Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ihr Altrektor.

Referendar Johannes Lappe, wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2017

Aufsätze

- Wolfram Eberbach / Peter Hommelhoff / Johannes Lappe* Eine Kooperationsform für die Wissenschaft **1-12**
- Carsten Morgenroth* Das Überdenkensverfahren – Mauerblümchen mit Schattendasein oder Retter in der Not – aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren **13-28**
- Frank Wertheimer* Sicherung der Lehrfreiheit im „Masterplan Medizinstudium 2020“ **29-34**
- Tobias Bartels* Vom Leben der Wörter **35-40**
- Maren Jantz* Sprachwahl und Wissenschaftsfreiheit **41-50**

Rechtsprechung

Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg:
Regelungen des Landeshochschulgesetzes
teilweise mit Wissenschaftsfreiheit
unvereinbar **51-52**

Buchvorstellung

- Sebastian Madeja* Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung **53-58**

Bericht

- Manfred Löwisch* Förderung statt Zwang – Neue Open Access Strategie in Baden-Württemberg **59-60**

Ausgegraben

- Helmut Engler* Gleich Staatsanstellung auf Lebenszeit? **61-62**

Wolfram Eberbach / Peter Hommelhoff /
Johannes Lappe*
Eine Kooperationsform für die Wissenschaft

Trotz der Nobel-Preise für herausragende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler: die Zeit der großen Einzelforscher ist weithin vorbei.¹ Schon seit langem sind es vornehmlich die unterschiedlich großen Forschungsverbände, die Kooperationen zwischen wissenschaftlichen Institutionen, namentlich diejenigen, die auf der Grenzlinie mehrerer Wissenschaftsgebiete interdisziplinär zusammenwirken, denen die Gesellschaft wesentliche Erkenntnisse, ja: Durchbrüche zu ganz neuen Ufern verdankt. Nicht selten werden solche Wissenschaftskooperationen, an denen auch private Wirtschaftsunternehmen beteiligt sein können, aus öffentlichen Kassen mit Beträgen in zwei-, wenn nicht gar dreistelliger Millionenhöhe gefördert. Dabei wird die kooperative Forschung von den Beteiligten bewusst gewählt und ihre Intensivierung als politisches Ziel verstanden.²

I. Maßgeschneiderte Kooperationsverträge

Diese Kooperationen erfordern Regelungen in vielerlei Hinsicht, z.B.: Auf welchem Gebiet ist der Verbund mit welchem Ziel angesiedelt? Wer führt dessen Geschäfte und wer beruft die Geschäftsführer? Welche Entscheidungen fallen in deren Zuständigkeit und welche in die jener Institutionen, welche die Kooperation tragen? Wie werden die Forscher und ihre Leistungspotentiale dem Verbund zugeordnet? In welcher Weise werden die For-

scher in die Entscheidungsprozesse der Kooperation und in deren Informationsströme eingebunden? Wie wird mit Know-how umgegangen, das die Kooperationspartner in die Kooperation einbringen? Wem werden die in der Kooperation gewonnenen Erkenntnisse zugewiesen, wer kann sie sich ggf. patentieren lassen: der Verbund selbst oder seine Trägerinstitutionen? Und was ist mit den Forschern? Die Fördermittel: Wer legt wann in welcher Weise den Förderern Rechenschaft für die Mittelverwendung? Überhaupt: Welche Rolle sollen die Förderer innerhalb der Kooperation spielen? Schließlich dürfen die Risiken aus ihr (besonders bedeutsam bei patientenbezogenen Forschungsverbänden) nicht auf die Trägerinstitutionen durchschlagen, aber möglichst auch nicht auf die beteiligten Forscher.

In der Wissenschaftspraxis beschäftigen diese Fragen und regulatorischen Herausforderungen lang anhaltend und intensiv die zur Hilfestellung aufgerufenen Administrationen, die Universitätsverwaltungen und die der Kliniken ebenso wie die Verwaltungen der außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Denn für Wissenschaftskooperationen gibt es keine speziell auf sie zugeschnittene Rechtsform im Gesetz. Auch bei den Musterverträgen, die Ministerien und andere Stellen Forschungsverbänden vorgeben oder diesen empfehlen, können die beteiligten Wissenschaftsinstitutionen und Forscher nicht sicher sein, dass alle aus ihrer Sicht rege-

* Im November 2015 fand ein vom Deutschen Krebsforschungszentrum und der Universität Heidelberg initiiertes Rechtssymposium zum gleichnamigen Thema dieses Aufsatzes statt. Eine anschließend eingerichtete Arbeitsgruppe „Rechtsformalternative de lege ferenda“ hat die im Artikel angesprochenen Aspekte diskutiert und sich rechtlich mit verschiedenen weiteren Schwerpunkten, die das Thema umfassen, auseinandergesetzt. Die Autoren dieses Artikels danken den anderen Mitgliedern der Arbeitsgruppe Heidi Beuche / Universität Göttingen, Pius O. Dolzer / Universität Heidelberg, Stefan Geibel / Universität Heidelberg, Merit Grzegane / Helmholtz-Zentrum Dresden-Rossendorf, Jutta Hoppenau / DZNE, Angela Kalous / Universität Heidelberg, Svenja Deimel / DKFZ Heidelberg, für ihre engagierte Beteiligung an der Erarbeitung des Konzepts und das kritische Gegenlesen herzlich. Der Artikel gibt die Rechtsauffassung der Autoren wieder.

1 Vgl. exemplarisch für das Land Baden-Württemberg, das laut einer Studie des statistischen Landesamts die höchste Innovationskraft von 87 europäischen Regionen aufweist, Innovationsindex 2014, abrufbar unter [https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/baden-wuerttemberg-ist-](https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/baden-wuerttemberg-ist-innovationsstaerkste-region-in-europa/)

innovationsstaerkste-region-in-europa/ [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; Forschungs- und Entwicklungsmonitor Baden-Württemberg, Reihe Statistische Analysen 1/2014, S. 14 f. sowie S. 47 ff.; siehe auch FAZ vom 18.3.2015, Beruf und Chance, „Willkommen im Cluster-Ländle“.

2 Vgl. „Innovation durch Kooperation – Maßnahmen für eine effektive Nutzung des Forschungspotentials von Wissenschaft und Wirtschaft“, Positionspapier des Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutsche Forschungsgemeinschaft, Fraunhofer-Gesellschaft, Helmholtz-Gemeinschaft, Hochschulrektorenkonferenz, Leibniz-Gemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft und des Wissenschaftsrats, 2007, S. 2, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/9048617/071112-allianzforschungspotentials.pdf> [zuletzt abgerufen am 16.11.2016], Internationale Kooperation – Aktionsplan des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2014, S. 16 f., abrufbar unter: https://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan_Internationale_Kooperation.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016].

lungsbedürftigen Punkte tatsächlich geregelt sind.³ Für die Wissenschaftsverwaltungen bedeutet dies mühsame Handarbeit in jedem Einzelfall: Jeder einzelne Kooperationsvertrag muss maßgeschneidert werden. Das kostet Zeit, verschlingt Ressourcen, frustriert nicht selten die „Vertragsbaumeister“ und nicht weniger die Forscher.

Sie wollen endlich mit dem gemeinsamen Vorhaben beginnen – doch trotz allem Bemühen kann ihnen niemand jene Rechtssicherheit gewährleisten, die Forscher und beteiligte Wissenschaftsinstitutionen mit Recht für ihre Kooperation erwarten. Schnell sind sie mit dem Vorwurf bei der Hand: Das Recht behindert die Wissenschaft!

Kommt Weiteres hinzu: Wenn öffentlich-rechtliche Institutionen wie Universitäten, Universitätsklinika oder außeruniversitäre Forschungseinrichtungen (der Helmholtz-Gemeinschaft oder der Leibniz- oder der Max Planck-Gesellschaft) in Forschungsverbänden kooperieren, dann ist ihr Verbund trotz des öffentlich-rechtlichen Charakters der Beteiligten mangels einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform zivilrechtlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts und dann recht schnell als Außen-GbR zu qualifizieren.⁴ Die Folge: die am Verbund beteiligten Wissenschaftsinstitutionen haben rechtlich zwingend für dessen Verbindlichkeiten, auf welchem Rechtsgrund auch immer sie beruhen mögen, selbst, unbeschränkt und unbeschränkbar in voller Höhe als Gesamtschuldner einzustehen⁵ – eine Horrorvorstellung ganz besonders für jene Forschungseinrichtungen, die mit Universitätsklinika in patientenbezogener For-

schung translateral zusammenwirken wollen. Den mitunter beträchtlichen Haftungsrisiken lässt sich auch nicht durch „Rechtsformverneinungs“-Klauseln dergestalt entgegenstellen, dass durch den Vertrag keine GbR entstehe.⁶

Nicht allein diese Haftungsgefahren führen zwanglos zum Aufruf an den Gesetzgeber, für Forschungsverbände eine eigenständige Wissenschaftskooperationsform als rechtssicheres Organisationsvehikel zur Verfügung zu stellen. Vor allem jedoch ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen, da er sonst sein eigenes Bemühen konterkariert, die besonders fruchtbare (internationale) Verbundforschung zu fördern, und er sein Ziel verfehlt, staatliche Mittel zugunsten der Wissenschaften möglichst nicht mit reduzierbarem Verwaltungsaufwand zu vergeuden, sondern effizient einzusetzen.⁷ Mit einer eigenständigen Rechtsform würde der Gesetzgeber zugleich seinem Auftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG Rechnung tragen, zur Förderung der Wissenschaft personelle, finanzielle vor allem aber auch organisatorische Mittel bereitzustellen.⁸ Indes – auch Gesetzgebung ist eine kostbare Ressource. Sie sollte erst dann in Anspruch genommen werden, wenn sich die beteiligten Wissenschaftseinrichtungen regelmäßig nicht selbst ohne größeren Aufwand helfen können.

II. Rechtsformen-Abgleich

Daher ist zunächst der Rechtsformen-Schatz in den Blick zu nehmen, den das geltende Recht schon jetzt zur Verfügung stellt. Wesentliche Prüfkriterien sind:⁹

- 3 So hat sich eine wahre „Musterpraxis“ herausgebildet, exemplarisch für Kooperationen mit der Privatwirtschaft insbesondere, die sog. Berliner Vertragsbausteine; die Mustervereinbarung der IHK Nordrhein-Westfalen und Hessen, abrufbar unter: http://www.ihk-nordwestfalen.de/fileadmin/medien/02_Wirtschaft/33_Innovation_Umwelt/00_Technologie/medien/IHK-Ratgeber_FuE-Vertraege_KMU_Hochschule.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; bspw. der Musterleitfaden der TU München, abrufbar unter: https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; der Musterleitfaden des BMWi, abrufbar unter: [http://www.bmw.de/Dateien/BMWi/PDF/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmw,i,\\$sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmw.de/Dateien/BMWi/PDF/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmw,i,$sprache=de,rwb=true.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; sowie der Mustervertrag für Kooperationen, die seitens des „horizon2020“-Programms der EU Förderung erhalten wollen, abrufbar unter: <http://www.desca-2020.eu/> [zuletzt abgerufen am 16.11.2016].
- 4 Vgl. bspw. *Ulsenheimer*, Die zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperation, Frankfurt a.M. 2002, S. 79: „Kooperationsabreden stets (...) dem Idealbild des § 705 BGB entsprechen“; *Winzer*, Forschungs- und Entwicklungsverträge, 2. Aufl. München 2011, S. 14 Rn. 28; *Ullrich*, GRUR 1993, 338, 340; differenzierter *Rosenberger*, Verträge über Forschung und Entwicklung, Köln 2010, S. 282, Kap. 6 II 1. Rn. 3 ff.; ferner *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 167 ff. m.w.N.
- 5 Grundlegend zur akzessorischen Außenhaftung der BGB-Gesellschafter BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; zur Unbeschränkbarkeit der Haftung schon BGH, Urt. v. 27. 9.1999 - II ZR 371/98 = NJW 1999, 3483 ff.
- 6 Vgl. z.B. § 12 Abs. 4 TUM Muster für Kooperationsvereinbarungen Typ 2 (Verbundförderung), abrufbar unter https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016], der festlegt, dass durch den geschlossenen Kooperationsvertrag keine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen den Kooperationspartnern geschlossen werden soll.
- 7 So formuliert das BMBF in Internationale Kooperation – Aktionsplan des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2014, S. 2, abrufbar unter: http://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan_Internationale_Kooperation.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]: „Effektiver: Kooperationen und Förderverfahren sind so einfach wie möglich zu gestalten, Hindernisse in der bilateralen und multilateralen Zusammenarbeit müssen abgebaut werden.“
- 8 Vgl. zum objektiven Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 3 GG *Kipping*, in: Epping/Hillgruber Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, Stand: 01.09.2016, Art. 5 Rn. 186; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Rn. 116; vgl. grundlegend: BVerfG, Urt. v. 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72 = BVerfGE 35, 79, 114 ff. = NJW 1973, 1176, 1177.
- 9 Auch hierzu und zu weiteren Kriterien *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 15 ff.

- eine wissenschaftsadäquate Governance-Struktur. Sie muss auf der einen Seite die beteiligten Forscher mit einbeziehen, ihnen aber dennoch die unabdingbaren Handlungsfreiräume sichern. Auf der anderen Seite muss sie den die Kooperation tragenden Wissenschaftseinrichtungen in angemessenem Umfang Einfluss auf den Fortgang der Verbundforschung eröffnen und jene so hinreichend erkennbar bleiben lassen;

- Rechtssubjektivität, die es einerseits erlaubt, der Kooperation Sach- und Finanzmittel, aber ggf. auch Dienstverhältnisse zuzuordnen, andererseits aber auch die in der Verbundforschung gewonnenen Erkenntnisse einschließlich ihrer Verwertung rechtssicher gestaltbar macht;

- Eingrenzbarkeit der mit gemeinsamer Forschung verbundenen Risiken, Haftungskanalisation auf die Kooperationsform und Haftungsbeschränkung.

1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Unter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen käme neben der gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Anstalt vor allem der aus dem Kommunalrecht bekannte Zweckverband in Betracht. Er verfügt mit der Verbandsversammlung und dem Verbandsvorsteher – dieser ggf. von einem Verbandsgeschäftsführer unterstützt – über eine Governance-Struktur und ist als Personalkörperschaft des öffentlichen Rechts rechtsfähig.¹⁰ Allerdings birgt er für seine Mitglieder insofern ein Finanzierungsrisiko, als deren Pflicht unbegrenzt ist, Umlagen an den Verband zu leisten, soweit dies für die Zweckerfüllung notwendig ist.¹¹ Überdies kann im Zuge einer Zweckverbands-Gründung gesamtschuldnerische Außenhaftung der Mitglieder entstehen; sie entspricht der – für Forschungsverbände unerwünschten – Haftung von BGB-Gesellschaftern.¹²

Trotz dieser grundsätzlichen Eignung des Zweckverbandes, Forschungsverbände zwischen wissenschaftli-

chen Einrichtungen zu organisieren, lässt diese Rechtsform die Tätigkeit des Gesetzgebers zugunsten der Wissenschaft nicht entfallen. Denn Zweckverbände sind keine allgemein verfügbare und nutzbare Organisationform, sondern werden von den einzelnen Landesgesetzgebern ihren Gemeinden und Landkreisen in speziellen Gesetzen für deren Zusammenarbeit bereitgestellt.¹³ Dasselbe gilt für die neue Organisationsform der gemeinsamen Anstalt öffentlichen Rechts. Wollen Gebietskörperschaften aus mehreren Bundesländern zusammenarbeiten, so bedarf die Organisation ihrer Kooperation eines Staatsvertrages. Weiter denkbar – und auch der Praxis nicht unbekannt¹⁴ – wäre die Einrichtung einer „Kooperationskörperschaft“ direkt per Gesetz. Zweckverbände, gemeinsame Anstalten und sonstige „maßgeschneiderte“ Körperschaften stehen somit den wissenschaftlichen Einrichtungen zur Organisation ihrer Forschungsverbände in und zwischen den Bundesländern nicht ohne erheblichen administrativen und oder gesetzgeberischen¹⁵ Aufwand zur Verfügung.

Außer einem Zweckverband könnte im Einzelfall auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht gezogen werden. Voraussetzung ist, dass *alle* Kooperationspartner Juristische Personen des öffentlichen Rechts (JPÖR) sind, wenn man nicht in komplexe Abgrenzungsprobleme zwischen Privat- und öffentlichem Recht im Einzelfall gelangen will.¹⁶ Hierzu zählen auch Hochschulen. Es sind jedoch eher seltene Fälle, in denen an einer Wissenschaftskooperation ausschließlich Hochschulen beteiligt sind. In der Regel kooperieren zum Beispiel Hochschulen mit außeruniversitären Einrichtungen, also etwa Forschungsinstituten, solche Einrichtungen untereinander und mit Kliniken etc. Es wäre umständlich, müsste jeweils erst der öffentlich-rechtliche Status der Beteiligten geprüft werden, bevor dann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden könnte. Zudem ist ein solcher Vertrag sofort hinfällig, wenn nach einiger Zeit die Kooperation erweitert werden soll durch

10 Dazu *Th. I. Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, S. 254 ff; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 595 f. Rn. 934 f. sowie zur grundsätzlichen Organstruktur S. 598 Rn. 939.

11 Insofern zeigt sich ein fundamentaler Unterschied zu den Grundfesten einer personengesellschaftsrechtlichen, zivilrechtlichen Organisation: Hier schiebt § 707 BGB als „mitgliedschaftliches Grundrecht“, so BGH, *Urt. v. 5.3.2007 – II ZR 282/05 = NZG 2007, 381, 381*, zurückgehend auf *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, München 1980, S. 357 f., § 7 I 1. sowie S. 393 f., § 7 IV 1. a), einer unbeschränkten Vermögensmehrungspflicht der Kooperationspartner zur Erreichung des Kooperationszwecks einen Riegel vor. Es müssen im Grundsatz nur die einmal zugesagten Beiträge geleistet werden.

12 Vgl. BGH, *Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 385/98 = NJW 2001, 748, 749 ff.*

13 S. die Fundstellen zu den Ländergesetzen bei *Th. I. Schmidt*, Kommunalrecht (Fn. 10), S. 254 Fn. 7; zudem *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 595 f. Rn. 934 f; für den Bereich der Hochschulen s. aber auch § 6 Abs. 5 LHG Baden-Württemberg.

14 So bspw. bei der Niedersächsischen Technischen Hochschule, Nds. GVBl. 2008, 416 – § 1 NTH-Gesetz.

15 Vgl. Niedersächsische Landtagsdrucks. 16/410, S. 6 sowie Nds. GVBl. 2008, 416, wonach von April 2007 bis zur Verkündung des Gesetzes am 15.12.2008 annähernd zwei Jahre vergangen sind.

16 Vgl. zum Problem der Einordnung kooperativer Verträge zwischen Privaten und der öffentlichen Hand *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 43 a ff. sowie Rn. 64.

Aufnahme eines Partners, der diesen öffentlich-rechtlichen Status nicht besitzt. Dann finge – gleichsam mitten im Forschungsprozess – die mühsame Suche nach der nunmehr geeigneten Rechtsform an. Dies kann sich als so problematisch erweisen, dass die Fortführung der Kooperation sogar infrage gestellt ist. Würde die (öffentlich-rechtliche) Rechtsform der Beteiligten darüber entscheiden, wie die Kooperation rechtlich zu gestalten ist, wäre dies der Übersichtlichkeit nicht förderlich. Daher ist es einfacher, übersichtlicher und „störungsfreier“, für alle Kooperationen eine Rechtsform vorzusehen.

2. Privatrechtliche Organisationsformen: die GmbH vorweg

Mithin verbleiben privatrechtliche Rechtsformen – vor allen anderen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die als „Allzweckmöbel“¹⁷ auch im staatlichen Bereich vielfältig genutzt wird.¹⁸ Hinsichtlich des Unternehmensgegenstands und der Unternehmensziele frei gestaltbar,¹⁹ verfügt diese rechtsfähige Organisationsform mit den Geschäftsführern, der Gesellschafterversammlung und dem (fakultativen) Aufsichtsrat schon in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung über eine Governance-Struktur, die sich auch wissenschaftliche Einrichtungen für ihre gemeinsamen Forschungen nutzbar machen können. Das Privileg der Haftung allein mit dem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) und nicht mit dem der Gesellschafter, für staatliche Organisationen eines der wichtigsten Elemente der GmbH, kommt hinzu. Damit erscheint diese Rechtsform auf den ersten Blick als nahezu ideal, um in ihr auch wissenschaftliche Kooperationen zu organisieren. Einer neuen eigenständigen Rechtsform bedürfte es dann anscheinend nicht.

Auffällig jedoch verwendet die Wissenschaftspraxis die GmbH nur selten,²⁰ ohne dass die Gründe für diese Zurückhaltung offen auf der Hand liegen. Das gesetzliche Mindestkapital und das aufwendige Gründungsverfahren allein können es nicht sein, seitdem der Gesetzgeber mit der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ eine Mini-GmbH angeboten hat, die für eine

Kooperation nur wenige Euro Stammkapital erfordert und überdies ohne großen Aufwand schnell und kostengünstig im vereinfachten Verfahren gegründet werden kann (§§ 5a, 2 Abs. 1a GmbHG).²¹ Die Gründe liegen tatsächlich tiefer.

Ein wesentlicher Grund ist in den Geschäftsführern zu sehen: Sie bilden innerhalb einer gefestigten Organisationsstruktur das Initiativ- und Aktivitätszentrum²²; sie sind primär im Interesse der Gesellschaft tätig und nur nachgeordnet in dem der einzelnen Gesellschafter; ihnen gegenüber werden die von der Gesellschaft ergriffenen Aktivitäten schon durch sie als Rechtsperson mediatisiert.²³ Kommt hinzu: die Geschäftsführung, nach dem Konzept des GmbH-Gesetzes ein mit Gesellschafterfremden besetztes Organ (Fremdorganschaft und eben keine zwingende Selbstorganschaft der Gesellschafter), betreibt die Aktivitäten der Gesellschaft und verselbstständigt diese so weiter gegenüber ihren Gesellschaftern und deren Einfluss. Daran ändert auch ihr GmbH-spezifisches Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern, das Hierarchiegefälle zwischen den Organen der Gesellschaft,²⁴ nichts. Diese Mediatisierung ist von Gesetzes wegen darauf angelegt, die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu verselbständigen, diese hinter die Gesellschaft mit ihrer eigenen Firmierung zurücktreten, ja: unsichtbar werden zu lassen. Für die „normalen“ Gesellschafter einer unternehmenstragenden GmbH ist dieser Zug zur Verselbständigung und zur Anonymisierung der Gesellschafter nicht sonderlich störend: An einer Kapitalgesellschaft mit ihren geldwerten Einlagen beteiligt, sind sie nach dem gesetzlichen Grundkonzept allein am finanziellen Wert der Gesellschaft und an den finanziellen Erträgen aus ihr interessiert. Denn die GmbH ist nach ihrem normativen Grundkonzept auf wirtschaftlichen Gewinn ausgerichtet.²⁵

Wissenschaftskooperationen dagegen zielen vorrangig auf den gemeinsamen Gewinn wissenschaftlicher Erkenntnisse. Die wissenschaftlichen Einrichtungen in ihrer Kooperation, in ihrem Zusammenwirken, wollen diesen Erkenntnisgewinn – auch wenn er gemeinsam

17 Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn. 6.

18 Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 1 Rn. 10; Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl. 2015, Einleitung, Rn. 48 f.

19 Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 17; Vgl. Begr. GmbHG S. 35 f. und S. 47 („Verschiedenartigkeit der Zwecke“).

20 So scheinen bspw. die Forschungs- und Entwicklungszentrum Fachhochschule Kiel GmbH oder Forschungszentrum Jülich GmbH eher Ausnahmen als die Regelentscheidung in Bezug auf die Organisationsstruktur eines Forschungsprojekts zu sein.

21 Vgl. zum vereinfachten Gründungsverfahren Seebach, Rhein-

NotZ, 2013, 261, 263; zu den allgemeinen Gründungsvoraussetzungen der UG Hücke/Holfter, JuS 2010, 861, 862.

22 Liebscher, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 83; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 37 Rn. 4.

23 Stephan/Tieves, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 88; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 35.

24 Vgl. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn. 5.

25 Michalski, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rn. 193.

errungen ist – indes jede für sich nutzen. Um es am Beispiel zu verdeutlichen: Wenn eine Universität und eine außer-universitäre Forschungsinstitution sich für eine bestimmte Forschung über eine Kooperations-einheit verbunden haben, und wenn ein in dieser Einheit tätiger Forscher den Nobelpreis erringt, dann wollen sich auch die die Kooperation tragenden Einrichtungen in dem gewonnenen Ruhm und Ansehen sonnen;²⁶ die Kooperationseinheit darf sie nicht verdecken, wenn die Kooperationsziele aller Partner erreicht werden wollen. Verallgemeinert formuliert: Die wissenschaftliche Kooperationsform darf sich gegenüber ihren Trägereinrichtungen nicht verselbständigen, muss diese auch für außenstehende Dritte sichtbar bleiben lassen. Kurzum: In der Wissenschaft müssen die Kooperationsformen personengesellschaftsrechtliche Grundzüge²⁷ aufweisen.

Schon deshalb ist die GmbH für diese spezifischen Forschungsverbände regelmäßig keine geeignete Rechtsform. Hinzu kommen weitere Fehlstellen: Wie sollen die kooperierenden Forscher in die Aufbau- und Ablauforganisation eingefügt werden und wie die Institutionen, die für die gemeinschaftliche Forschung Mittel einschießen? Auf welchen Wegen sollen sie die Mittelverwendung kontrollieren können? Die hierfür notwendigen Regelungen gehen über die Governance-Struktur der GmbH hinaus und sollten, wenn auch dispositiv, vom Gesetzgeber geregelt werden, um Wissenschaftskooperationen zu fördern, die Wissenschaftsfreiheit auch in solchen Verbänden rechtsgewiss zu gewährleisten und um den beteiligten Wissenschaftsverwaltungen ressourcenschonend die Arbeit auf allseitig-gleicher Augenhöhe zu erleichtern.

3. „Gesetzgebung tut not“

Deshalb kann nach allem die GmbH die Anforderungen an eine Wissenschafts-adäquate Kooperationsform in aller Regel nicht erfüllen.²⁸ Dasselbe gilt *cum grano salis* für den auf Mitgliederwechsel angelegten Verein. Die

Stiftung wiederum ist eine nicht mitgliederschaftlich ausgestaltete, nach dem Stiftungsakt vom Stifter abgekoppelte Verwaltungsorganisation – auf „Ewigkeit“ angelegt und in ihrem Zweck allenfalls ganz begrenzt abänderbar.²⁹ Dies verträgt sich nicht mit der zeitlichen Begrenzung wissenschaftlicher Forschung auf definierten, wenn auch einvernehmlich veränderbaren Feldern.³⁰ Der deutsche Gesetzgeber sollte mithin eine eigenständige Rechtsform für wissenschaftliche Kooperationen kreieren, um die jedenfalls auf nationaler Ebene bestehende Regelungslücke zu schließen.³¹

Angesichts der Vielfalt und Vielgestalt wissenschaftlicher Kooperationen wird sich eine Kernregelung für alle Forschungsverbände empfehlen, die je nach den individuellen Bedürfnissen des einzelnen Verbundes durch fakultative Regelungen ergänzt werden kann; aber auch diese sollte der Gesetzgeber anbieten, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

III. Governance-Strukturen

Im Statut der Kooperation sind sowohl der Bereich, das Feld festzulegen, in welchem die Forschung stattfinden soll, als auch das konkrete Ziel dieser Forschung. Um dies Ziel mit Nachdruck und ohne (auch juristische) Ab- und Umwege verfolgen zu können, muss der Kooperation eine Rechtsform zur Verfügung stehen, die – es wurde bereits beim Thema GmbH (oben II 2) ausgeführt – personengesellschaftsrechtliche Züge aufweisen sollte. So lässt sich die Wissenschaftskooperation eng und intensiv genug an ihre wissenschaftlichen Träger rückkoppeln, und bleiben diese damit zugleich hinreichend deutlich erkennbar.

Personengesellschaftsrechtlich geprägt sein sollten vor allem die Leitung der Kooperationsform und deren enges Verhältnis zu den Trägereinheiten. Für die Überwachung der Leitung und ihre wissenschaftliche Begleitung ist es dagegen vorzugswürdig, zusätzliche Anleihen beim dualistischen Aufsichtsrats-System zu nehmen.

26 Dies dürfte neben der Reputation mit Blick auf das Generieren weiterer Fördermittel auch daran liegen, dass für die weitere Arbeit in der Kooperation, aber auch für den einzelnen Kooperationspartner die öffentliche Anerkennung des Arbeitsergebnisses der wichtigste nicht monetäre Motivationsfaktor von Wissenschaftlern ist, vgl. *Lee/Meschke/Nicklas*, in: Hanebuth/et al. (Hrsg.), *Forschungskooperationen zwischen Wissenschaft und Praxis*, S. 169, 170 ff. sowie *Ortiz*, *Kooperation zwischen Unternehmen und Universitäten*, 2013, S. 126 f.

27 Vgl. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 46 f; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Band I, 1980, S. 103 f; *Windbichler*, *Gesellschaftsrecht*, 23. Aufl. 2013, S. 27 ff; dazu auch *Lappe*, *Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen*, passim, S. 453 für die Perspektive *de lege ferenda*.

28 Ausführlich zur Eignung der GmbH als Kooperationsvehikel *Lappe*, *Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen*, passim, S. 419 ff.

29 Vgl. *Weitemeyer*, in: *MünchKomm-BGB*, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 2 m.w.N. Ein Stiftungsgeschäft, das die Änderungsmöglichkeiten des Zwecks in das Belieben der Stiftungsorgane stellt, ist nach ganz überwiegender Auffassung unzulässig, vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB*, Neubearb. 2011, § 85 Rn. 10 ff. m.w.N.

30 Vgl. zur Ungeeignetheit der Stiftung auch öffentlichen Rechts insbesondere für internationale Kooperationen *Blaurock/Hennighausen*, *OdW* 2016, 73, 76.

31 Vgl. zur Möglichkeit der Nutzung des Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Vehikel für europaweite Kooperationen *Blaurock/Hennighausen*, *OdW* 2016, 73, 77 ff.

Daher sollte die Governance-Struktur zumindest zweigliedrig sein (two-tiers).³²

1. Die Leitung

a) Geleitet werden muss die Kooperationseinheit von Wissenschaftlern, die in ihr und auf dem festgelegten Forschungsfeld tätig sind. Eine betont wissenschaftliche Leitung ist unabhängig davon geboten, in welchem Umfang Mittel in der Einheit eingesetzt und die Forschungsergebnisse voraussichtlich vermarktungsfähig sein werden. Dies mag im Einzelfall einen Administrator, einen „kaufmännischen Vorstand“ (unten III 1b) innerhalb der Geschäftsleitung erfordern; das Schwergewicht muss jedoch stets bei den Wissenschaftlern liegen, damit eine primär wissenschaftsgeleitete Ausrichtung der Kooperationseinheit gewährleistet ist. Im Interesse ihrer personengesellschaftsrechtlichen Struktur muss in der Leitung das Prinzip der Selbstorganschaft verwirklicht werden, soweit dies bei den Körperschaftlich verfassten Trägereinheiten möglich ist. Wissenschaftliche Leiter der Kooperation können daher nur Personen sein, die zugleich Repräsentanten der beteiligten Träger sind und bleiben.³³ Ihre Benennung erfolgt jeweils innerhalb eines Konsenssystems. Die Doppelfunktion der Repräsentanten wirkt sich u.a. auf die Zurechnung der Forschungsergebnisse aus: Diese „gebühren“ der Kooperationseinheit ebenso wie den Trägereinheiten;³⁴ im Ruhm des Nobelpreises kann sich die Kooperationseinheit ebenso spiegeln wie die Trägereinheit, die der Nobilitierte im Forschungsverbund repräsentiert.

b) Die finanzwirtschaftliche Leitung der Kooperationseinheit liegt in den Händen eines verantwortlichen Administrators. Dieser muss zwar nicht unbedingt Mitglied des Leitungsorgans und kann auch unterhalb von ihm positioniert sein. Konsequentermaßen tragen in diesem Fall die wissenschaftlichen Leiter zugleich die finanzwirtschaftliche Verantwortung. Ein solches Modell wird aber nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Deshalb sollte eine gesetzliche Regelung den Administrator grundsätzlich als Mitglied des Leitungsorgans vorsehen, dies aber zur Disposition des Kooperationsstatuts stel-

len. Anders als die wissenschaftlichen Leiter ist der Administrator kein Träger-Repräsentant (oben III 1a), selbst wenn er einer Trägereinheit entstammen sollte. Andernfalls könnte in dem Leitungsorgan einem einzelnen Träger ein zu großes Gewicht zufallen.

c) Ob es den Mitgliedern des mehrköpfigen Leitungsorgans freigestellt werden sollte, einen von ihnen zum „Wissenschaftlichen Vorstandsvorsitzenden“ zu berufen, oder ob das der kennzeichnenden Gleichheit der Forscher widersprechen würde, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Der Gesetzgeber könnte es auch bei einem bloßen „Sprecher“ als ausschließliche Gestaltungsoption belassen.

2. Die Trägerversammlung

a) Die Versammlung der Trägereinrichtungen ist das Basisorgan dieser Kooperationsform. In ihren Zuständigkeitsbereich fallen die Grundlagenentscheidungen für den Forschungsverbund, insbesondere: ob sein Forschungsfeld erweitert oder verkleinert, das Forschungsziel fortgeschrieben oder abgeändert werden soll; ob neue Trägereinrichtungen aufgenommen oder vorhandene verabschiedet werden sollen. Vor allem ist die Trägerversammlung der Adressat des obligatorischen Jahresberichts, in dem die Kooperationsleitung über ihre Tätigkeit im vergangenen Jahr Rechenschaft ablegt und die aktuelle sowie voraussichtlich künftige Lage des Forschungsverbundes schildert.

b) Aus dem Recht der Trägerversammlung, sich einen Jahresbericht vorlegen zu lassen, folgt keineswegs zwingend, dass ihr auch das Recht zur Prüfung und Überwachung der Kooperationsleitung zugewiesen werden müsste. Denn die Überwachung des Forschungsverbundes erschöpft sich nicht in der Kontrolle seiner finanzwirtschaftlichen Handlungen; darüber hinaus und vor allem bedürfen die Forschungsaktivitäten, ihre Erfolge, aber auch ihre Misserfolge der kritischen Begleitung. Im Regelfall erscheint zweifelhaft, ob dafür die Trägereinrichtungen selbst noch das fachkundige Personal haben, das nicht zugleich in der Kooperationseinheit engagiert ist. Deshalb sollte der Gesetzgeber ein selbständi-

32 So auch *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 91 f.

33 Rechtstechnisch sollte den entsendenden Körperschaften die Organstellung zukommen, deren Ausübung durch die Benennung des Repräsentanten an diesen gebunden wird. Durch die Entsendung des Forschers könnten sodann die Organpflichten des Kooperationspartners u.U. in das etwaig fortbestehende Anstellungsverhältnis zum entsendenden Forschungsträger gespiegelt werden, wobei es freilich zu den Organpflichten zählen könnte, berechnete Interessen des entsendenden Forschungsträgers im Rahmen der Organtätigkeit wahrzunehmen. Durch die Spiegelung der Organpflichten in das etwaig fortbestehende

Anstellungsverhältnis ließen sich Pflichtenkollisionen, bekannt aus dem Problemkreis Drittanstellung, u.U. vermeiden. Vgl. jüngst zum (konzernrechtlichen) Problem der Drittanstellung von Leitungsorganen *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 ff.; *Vetter*, NZG 2015, 889 ff.

34 Nicht gesagt ist damit, wem die Arbeitgeberverwertungsrechte an etwaigen Erfindungen oder Urheberrechten zustehen. Dies bestimmt sich weiterhin *ex lege* nach dem Arbeitnehmererfindungsgesetz respektive den Grundsätzen des Arbeitnehmerurheberrechts sowie entsprechenden vertraglichen Regelungen im Kooperationsvertrag. Vgl. zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen, *Ulrici*, WissR 2015, 318 ff.

ges Überwachungsorgan neben der Trägerversammlung etablieren (unten III 3), deren Einrichtung jedoch zur Disposition des Kooperationsstatuts stellen. Falls das Statut die anderweitige Überwachung ausschließt, ist die Trägerversammlung zur Kontrolle der Kooperationsleistung berufen.

c) Vergleichbar dem Personengesellschaftsrecht könnte für die Trägerversammlung zwar erwogen werden, ihr die Entscheidung über außergewöhnliche Maßnahmen der Kooperation zuzuweisen – etwa über die Anschaffung besonders teurer Geräte oder die Einstellung besonders teuren Personals. Eine Kompetenzabgrenzung zwischen gewöhnlichen Maßnahmen, die in der Entscheidungszuständigkeit des Leitungsorgans liegen, und außergewöhnlichen Maßnahmen, über welche die Trägerversammlung entscheidet, würde die Kooperationseinheit enger an die Trägereinrichtungen rückkoppeln. Jedoch wäre eine solche Trennung wegen der Schwerfälligkeit des Entscheidungsverfahrens und wegen der rechtsunsicheren Grenzlinie zumindest dort nicht empfehlenswert, wo außergewöhnliche Leiterentscheidungen an die Zustimmung eines Überwachungsorgans rückgebunden werden können. Diskussionswürdig, aber zugleich – bedürftig ist ein gesetzliches Weisungsrecht der Trägerversammlung gegenüber dem Leitungsorgan der Kooperationseinheit – allerdings bloß in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit ihrer Forscher.

3. Überwachung und Begleitung

Wie schon oben III 2b ausgeführt, sollte der Gesetzgeber ein Überwachungsorgan vorgeben.³⁵ Einer statutsdispositiv regelmäßigen und ggf. kontinuierlichen Überwachung bedarf das Leitungsorgan gewiss hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Mittel und ihrer Verwendung. Das entspricht der klassischen Überwachung durch einen Aufsichtsrat, daher empfiehlt sich für den Gesetzgeber, auch der wissenschaftlichen Kooperationsform einen Aufsichtsrat (statutsdispositiv) vorzugeben. In ihm wäre dann auch Platz für jene finanziellen Förderer des Forschungsverbundes, die nicht zugleich dessen Trägereinrichtungen sind. Diesen externen Förderern stünde es konsequent frei, ob sie sich selbst (in Absprache mit den Trägern) in den Aufsichtsrat einbringen oder ohne ihre Beteiligung auf die sachgerechte Arbeit des

Aufsichtsrats vertrauen wollen. Im einen wie im anderen Fall würde eine solche Verwendungskontrolle durch den Aufsichtsrat den externen Förderern eine zusätzliche Kontrolle außerhalb der Wissenschaftskooperation und ihrer Organisation ersparen. Insoweit sind gesetzgeberische Vorgaben nicht nötig.

Einer kritischen Begleitung bedarf der Forschungsverbund aber auch und vor allem hinsichtlich seiner Forschungsaktivitäten unter wissenschaftlichen Aspekten. Zwar ist es in Unternehmens-tragenden Aktiengesellschaften ebenfalls Aufgabe des Aufsichtsrats, den Vorstand in seiner Unternehmensleitung zu überwachen. Deshalb spricht manches dafür, ebenfalls in der wissenschaftlichen Kooperationsform die Begleitung derer Forschungsaktivitäten dem Aufsichtsrat zuzuweisen. Dagegen spricht jedoch: diese kritische Begleitung verlangt ganz andere Kenntnisse, Befähigungen und Erfahrungen als die Überwachung der Forschungsaktivitäten unter finanziell-wirtschaftlichen Aspekten. Gewiss – diese beiden Herausforderungen lassen sich durch eine entsprechend diverse Zusammensetzung des Aufsichtsrats bewältigen.³⁶ Aber sie könnte zu übergroßen Überwachungs-gremien führen und innerhalb dieser zu unstimmgigen Beratungs-Abläufen: Forschung und Forschungsergebnisse sind in anderer Weise zu erörtern als Zahlenwerke, anhand derer über die Verwendung von Mitteln Rechenschaft abgelegt wird.

Für den Gesetzgeber wird es sich daher empfehlen, neben dem Aufsichtsrat ein eigenständiges Gremium zu etablieren, einen wissenschaftlichen Beirat (scientific advisory board, SAB). Allerdings sollte es den Trägereinrichtungen freigestellt bleiben, die beiden unterschiedlichen Grundfunktionen der Überwachung, Begleitung und Beratung im *einen* Aufsichtsrat statutarisch zusammenzuführen.

4. Forscherversammlung

In der Governance-Struktur der wissenschaftlichen Kooperationsform sollten schließlich die im Forschungsverbund tätigen Forscher mit ihren Interessen organisatorisch institutionalisiert werden. Denn in die Forschungsaufgabe und ihre Erledigung sind nicht allein die wissenschaftlichen Leiter des Verbundes involviert. Als viertes (oder gar fünftes) Organ neben Leitung, Überwa-

35 So empfiehlt auch das DESCAs Consortium Agreement, abrufbar unter http://www.desca-2020.eu/fileadmin/content/Desca_2020_1.2/DESCA2020_v1.2_March_2016_with_elucidations.pdf [zuletzt abgerufen am 16.11.2016] in section 6 eine dreigliedrige Governance-Struktur mit einem auch mit Kontrollaufgaben

bedachten Organ neben der als „Trägerversammlung“ fungierenden General Assembly, vgl. section 6.3.2 ff. DESCAs Consortium Agreement.

36 Hier könnte an eine Regelung entsprechend § 100 Abs. 5 AktG für die Zusammensetzung des Überwachungsorgans gedacht werden.

chung und Trägerversammlung sollte den Kooperationsseinheiten deshalb und zudem aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 5 Abs. 3 GG) eine eigenständige Forscherversammlung vorgegeben werden – wenigstens denen mit einer gesetzlich definierten Mindestzahl von Forschern.³⁷

Noch weiterer Diskussion bedarf, worüber die Forscherversammlung von der Leitung der Kooperationsseinheit zu informieren ist und was diese (und ggf. die Trägerversammlung) mit den Forschern zu erörtern haben. Rechtspolitisch zu beraten sind überdies mögliche Mitentscheidungsrechte der Forscherversammlung neben den anderen Organen der Kooperationsform.

5. Ablauforganisation

Die Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen im Detail kann an dieser Stelle ebensowenig geleistet werden wie die normative Gestaltung der Informationsströme innerhalb der wissenschaftlichen Kooperationsform. Dies alles muss einer Folgediskussion vorbehalten bleiben. Dasselbe gilt für mögliche Vorgaben zu einer Wissenschafts-adäquaten Rechnungslegung, ihrer sachverständigen Überprüfung und ggf. ihrer Veröffentlichung.

IV. Die eigene Rechtsfähigkeit der Kooperationsform

Da der Bundesgerichtshof die nach außen auftretende BGB-Gesellschaft mit Zustimmung des Schrifttums befähigt hat, selbst Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein,³⁸ ihr mithin Rechtssubjektivität verliehen hat, sollte der Gesetzgeber ebenfalls der Rechtsform „wissenschaftliche Kooperation“ Rechtsfähigkeit beimessen. Dieser Status sollte nicht vom tatsächlichen Außenauftritt des Forschungsverbundes abhängen, sondern den Trägereinrichtungen zur freien Wahl überlassen bleiben,³⁹ also auch dem (ggf. momentan noch) nicht nach außen auftretenden Verbund. Eine

andere Frage ist die Registrierung der Kooperationsseinheit und ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten; hierüber wird noch weiter zu reflektieren sein.

1. Einige Konsequenzen

Als rechtsfähiges Subjekt ist die Kooperationsseinheit Inhaberin der ihr übertragenen Vermögensgegenstände, insbesondere der ihr zugewiesenen Finanzmittel einschließlich der Rücklagen. Um jedoch auch insoweit die Einheit, der ursprünglichen Konzeption des Personengesellschaftsrechts folgend, enger an ihre Trägereinheiten zurück zu koppeln, könnte erwogen werden, gesetzlich vorzugeben, dass Verfügungen und verfügungsgleiche Geschäfte über materielle und immaterielle Vermögensgegenstände und –güter (ab einer gewissen Wertschwelle) nur mit Zustimmung der Trägerversammlung getroffen werden dürfen. Eine solche Rückkoppelung hätte insbesondere für die in der gemeinsamen Forschung erarbeiteten Erkenntnisse und ihre wirtschaftliche Verwertung große Bedeutung – mag diese doch in der weiteren Anwendung u.U. zu Gewinnen in Höhe vieler Millionen führen.

Mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der Kooperationsform ist zugleich ihre Befähigung verbunden, Dienst- und Arbeitsverhältnisse einzugehen, also als Arbeitgeber zu fungieren.⁴⁰ Noch weiter zu erörtern ist dagegen, ob ihr überdies „Dienstherrenfähigkeit“ schon *ex lege* zugesprochen oder ob dies dem Landesgesetzgeber/den Wissenschaftsministerien für den konkreten Einzelfall überlassen werden soll. Die Dienstherreneigenschaft würde die Kooperationsseinheit auf Augenhöhe mit den Trägerinstitutionen bringen und den beteiligten Institutionen Gestaltungsspielräume eröffnen, um namentlich die Leiterpositionen und ihre Besetzung (oben III 1a) Kooperations-adäquat zuzuordnen.

2. Weitergehende Normierungen

Im Anschluss an die Rechtssubjektivität der Kooperationsform stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber für die

37 Vgl. zu den Anforderungen, die sich aus dem organisationsrechtlichen Gewährleistungsgehalt, an die Ausgestaltung der Governance-Struktur einer Forschungskoooperation ergeben können *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 346 ff.

38 BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; BGH, Urt. v. 23.10.2001 – XI ZR 63/01 = BGHZ 149, 80, 84 = NJW 2002, 368, 369; BGH, Urt. v. 25.1.2008 – V ZR 63/07 = NJW 2008, 1378, 1379 jeweils m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 2.9.2002 – 1 BvR 1103/02 = NJW 2002, 3533, 3533; BVerwG, Urt. v. 22.9.2004 – 6 C 29/03 = BVerwGE 122, 29, 38 f. = NZG 2005, 265, 268; BAG, Urt. v. 1.12.2004 – 5 AZR 597/03 = BAGE 113, 50, 53 f. = NJW 2005, 1004, 1005; BFH, Urt. v. 18.5.2004 – IX R 83/00 = BFHE 206, 164, 166 = NJW 2002, 2773, 2774; Ser-

vatus, in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 705 Rn. 67; *Sprau*, in: Palandt BGB, 76. Aufl. 2017, § 705 Rn. 24, f. 33; a.A. *Stürmer*, in: Jauernig BGB, 16. Aufl. 2015, § 705 Rn. 1 m.w.N.

39 So mit Einschränkungen auch für die BGB-Gesellschaft *de lege lata Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 232 ff.

40 Vgl. zur „Arbeitgeberfähigkeit“ aufgrund der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR BAG, Urt. v. 30. 10. 2008 – 8 AZR 397/07 = NZA 2009, 485, 487; So schon zur Rechtslage vor BGHZ 146, 341 *Schip-pel*, GRUR 1962, 191, 192, der seinerzeit schon die Außen-GbR für arbeitgeberfähig hielt sowie *Bartenbach*, Zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperationen und das Recht der Arbeitnehmererfindung, 1985, S. 69.

Forschungsverbände über deren Organisationsrecht hinausgehend noch weitere Materien in die Regelung der Form mit einbeziehen sollte; über eine in sich abgeschlossene Gesamtregelung würde er allen Beteiligten den Umgang mit dem rechtlichen Fundament der Kooperation erleichtern (enabling law). Gegenstand einer so erweiterten Normierung könnte auf der einen Seite das Datenschutzrecht sein, soweit es die Informationsströme zwischen der Kooperationseinheit und ihren Trägern betrifft sowie die Ströme zwischen den Trägern zur Verfolgung des Kooperationsgegenstands und –ziels (oben I/II 2). Auf der anderen Seite könnte Gegenstand erweiterter Normierung das IP-Recht des Forschungsverbundes sein: die Wissenschafts-adäquate Ordnung des Rechtsverhältnisses zwischen der Kooperationseinheit und den beteiligten Forschern in Fortschreibung des § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz; sodann die personengesellschaftsrechtlich geprägte Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen der Kooperationseinheit und ihren Trägern (s. oben IV 1); schließlich die Regelung der wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere über einen wirtschaftlich-industriellen Partner, wenn auch dieser als Träger an der Kooperationseinheit beteiligt ist – gerade dann ist den wissenschaftlichen Einrichtungen im Umgang mit den regelmäßig hochprofessionellen Partnern aus der Wirtschaft der Rücken zu stärken. Unter diesem Aspekt müsste sich eine normierte Gesamtregelung gewiss auch mit der wissenschaftlichen Publikation der im Forschungsverbund gewonnenen Erkenntnisse befassen.

Darüber hinaus gibt eine so konzipierte Gesamtnormierung der Wissenschaftskooperation als Rechtsform dem Gesetzgeber gewiss zugleich Anlass, sich mit den steuerrechtlichen Fragen im Forschungsverbund näher zu befassen – namentlich im Umsatzsteuer – und im Gemeinnützigkeitsrecht. Daneben stehen kartell- und beihilferechtliche Fragen an. Auch sie sollten aus Anlass der rechtspolitischen Arbeiten an einer wissenschaftlichen Kooperationsform durchdacht werden. Allerdings sind diese Materien so stark in die jeweiligen Rechtsgebiete eingeflochten und mit diesen verwoben, dass sie wohl besser in ihrem jeweiligen Kontext geregelt werden und nicht innerhalb des Organisationsgesetzes für wissenschaftliche Kooperationen.

V. Haftung und Haftungsbeschränkung

Zugleich mit der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für die BGB-Außengesellschaft hat der Bundesgerichtshof die Haftung der BGB-Gesellschafter statuiert – die unbeschränkte und (gesellschaftsvertraglich) unbeschränkbare Haftung in entsprechender Anwendung der §§ 128 ff HGB.⁴¹ Im Bereich der wissenschaftsrechtlichen Trägereinrichtungen des öffentlichen Rechts, zu denen vor allem die Universitäten und Universitätsklinikum zählen, reibt sich diese zwingende Gesellschafterhaftung mit der ausnahmslosen Vorgabe des Bundes und der Länder, dass sich öffentlichrechtliche Rechtssubjekte allein dann an einer Gesellschaft oder sonstigen Organisationsform beteiligen dürfen, wenn die Risiken aus dieser Form nicht unbegrenzt auf die öffentlichrechtlichen Träger durchschlagen können.⁴² Für Forschungsverbände hat diese Strukturvorgabe zum Beispiel und vor allem bei medizinischer Verbundforschung Bedeutung: Falls eine Trägereinrichtung der theoretischen Grundlagenforschung zusammen mit einem Universitätsklinikum Patienten-bezogene Forschung betreibt, muss die Einrichtung der Grundlagenforschung befürchten, dass sie im Kooperationsfeld für Behandlungsfehler aus dem Bereich des Klinikums nach den zwingenden Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung praktisch unentrinnbar dem Patienten mit einstecken muss.⁴³ Die Regressmöglichkeit beim Klinikum hilft nicht entscheidend weiter.

Aber damit scheint das Ziel, der wissenschaftlichen Kooperationsform ein personengesellschaftsrechtliches Gepräge zu verleihen (oben II 2), letzten Endes an der unbeschränkten Haftung der wissenschaftlichen Trägereinrichtungen zu scheitern. Indes – den gestaltenden Gesetzgeber kann der Bundesgerichtshof nicht binden; jenem steht es vielmehr frei, sogar Personengesellschafter vor unbeschränkter Haftung zu bewahren, wie er dies bereits im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz mit dem Angebot an die Angehörigen der Freien Berufe getan hat, in einer besonders gekennzeichneten „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung deren Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen allein mit dem Gesellschaftsvermögen, also nicht als Partner persönlich, eintreten

41 Siehe nur BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341, 358 = DNotZ 2001, 234, 244; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1790 ff., § 60 III. 2. m.w.N.

42 Vgl. § 65 Abs.1 Nr. 2 BHO sowie die vergleichbaren Normen der Landeshaushaltsordnungen, die nur eine Beteiligung der öffentlichen Hand bei absoluter Haftungsbegrenzung zulassen, von Lewisnki/Burbat, in: NK-BHO, 1. Aufl. 2013, § 65 Rn. 8;

Wernsmann, in: Gröpl BHO/LHO 2011, § 65 Rn. 6; Strobl, NVwZ 2004, 1195, 1196 f.; offener für eine Beteiligungsmöglichkeit bei absehbaren Haftungsrisiken für die GbR Forst/Traut, DÖV 2010, 210, 212 f.

43 Vgl. ausführlich zu den etwaigen Möglichkeiten einer Außenhaftungsbeschränkung für eine Kooperations-GbR Lappe, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 385 ff.

zu müssen (§ 8 Abs. 4 PartGG). Dem Bundesgesetzgeber bleibt es unbenommen, eine ungefähr vergleichbare Regelung für die wissenschaftliche Kooperationsform zu normieren.⁴⁴

Allerdings darf dabei nicht der Schutz des geschädigten Dritten auf der Strecke bleiben. Seiner Interessen hat sich das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz durch die Berufspflichtversicherung im gesetzlich vorgegebenen Umfang als Voraussetzung der Haftungsbeschränkung (§ 8 Abs. 4 S. 1 PartGG) angenommen. Ein solcher Versicherungsschutz (über den bereits in § 40 Arzneimittelgesetz bestehenden hinaus verallgemeinert) könnte auch für Forschungsverbände in Betracht kommen; freilich bedarf das noch vertiefter Reflektion. Denn bei der Beteiligung mehrerer Trägereinrichtungen des öffentlichen Rechts an einer Kooperationseinheit genügt die zusätzliche Haftung bloß eines Trägers gegenüber dem dritten Geschädigten, so lange nur sichergestellt ist, dass für die Trägerhaftung eine insolvenzfähige Gebietskörperschaft einzustehen hat. Vermieden werden muss bloß, dass der geschädigte Dritte auf das begrenzte Leistungspotential der wissenschaftlichen Kooperationseinheit abschließend verwiesen werden kann. Für die persönliche Haftungsfreistellung der beteiligten Forscher gegenüber dem Dritten kann auf § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zurückgegriffen werden, sofern der Handelnde haftungsrechtlich als Beamter zu qualifizieren ist.⁴⁵ Zudem kommt ein Schutz des Forschers über die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs in Betracht.⁴⁶

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Um sich für den internationalen Wettbewerb auch organisatorisch optimal aufstellen zu können, braucht die deutsche Wissenschaft für ihre zwischen wissenschaftlichen Institutionen begründeten und zunehmend bedeutsameren Forschungsverbände eine eigenständige Rechtsform, die den spezifischen Anforderungen wissenschaftlicher Kooperationen gerecht wird.

2. Diese spezifischen Anforderungen vermögen im geltenden Recht weder die Organisationsformen des Pri-

vatrechts vollauf befriedigend zu erfüllen, noch die des öffentlichen Rechts. Daher ist der Bundesgesetzgeber aufgerufen, eine „wissenschaftliche Kooperation“ als Rechtsform zu schaffen – auch, um seinem Gestaltungsauftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG nachzukommen.

3. Die „wissenschaftliche Kooperation“ sollte an ihre Trägereinrichtungen hinreichend intensiv rückgekoppelt bleiben und diese nicht durch ihre Aktivitäten mediatisierend verdecken können. Deshalb sollte die „wissenschaftliche Kooperation“ schon von Gesetzes wegen personengesellschaftsrechtlich geprägt sein.

4. Das gilt vor allem für die Governance-Struktur der Kooperation. Um das Prinzip der Selbstorganschaft adäquat fortzuschreiben, sollte der Gesetzgeber für die Leitung der Kooperation ihre Besetzung mit Forschern als Repräsentanten ihrer jeweiligen Trägereinrichtungen vorgeben. Ein administrativer Mit-Leiter sollte nach Entscheidung des Kooperationsstatuts zusätzlich eingesetzt werden.

5. Die Trägereinrichtungen bilden in ihrer Gesamtheit die Trägerversammlung als Basisorgan der Kooperation. In ihren Entscheidungsbereich fallen die Grundlagenentscheidungen für den Forschungsverbund. Außerdem könnte der Trägerversammlung ein Weisungsrecht gegenüber dem Leitungsorgan verliehen werden – allerdings nur in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, die den in der Kooperation wirkenden Forschern zusteht; dies bedarf weiterer Diskussion.

6. Der „wissenschaftlichen Kooperation“ sollten (statutsdispositiv) ein Überwachungsorgan für die Mittelverwendung vorgegeben werden und ein Wissenschaftlicher Beirat für die kritische wissenschaftliche Begleitung der Forschungsaktivitäten unter wissenschaftlichen Aspekten. Es sollte dem Kooperationsstatut unbenommen bleiben, Überwachung und kritische Begleitung in einem Organ zusammenzufassen.

7. Zwingend vorgeben sollte der Gesetzgeber eine Versammlung der im Verbund tätigen Forscher zur

44 Hierfür auch *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 473 ff.

45 Klassische Hochschulforschung stellt dabei die Ausübung eines öffentlichen Amtes dar, gesundheitliche Behandlungen auch bei öffentlichen Trägern der behandelnden Institution hingegen nicht, vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig GG, 77. EL 2016, Art. 34 Rn. 140 sowie Rn. 145.

46 Vgl. zu diesen Grundsätzen zusammenfassend nur BAG, Urt. v. 15. 11. 2012 – 8 AZR 705/11 = NJOZ 2013 709, 710 f. m.w.N. Vgl. zum Standard der Sorgfalt für Forschung *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 111 ff.

Wahrnehmung ihrer Interessen – zumindest für Kooperationen mit einer bestimmten Mindestzahl von Forschern.

8. Obligatorisch sollten die Grundzüge der Ablauforganisation in der „wissenschaftlichen Kooperation“ geregelt werden, insbesondere das Zusammenwirken ihrer Organe und die Informationsströme zwischen ihnen.

9. Der Gesetzgeber sollte der „wissenschaftlichen Kooperation“ wie der BGB-Gesellschaft uneingeschränkte Rechtsfähigkeit nach Wahl der Trägereinrichtungen verleihen. Damit verbunden ist ihre Arbeitgeberfunktion; ob ihr auch „Dienstherrenfähigkeit“ eröffnet werden sollte, könnte der jeweiligen Landesgesetzgebung überlassen bleiben.

10. Für ihre Verbindlichkeiten hat die „wissenschaftliche Kooperation“ einzustehen. Die wissenschaftlichen

Trägereinrichtungen sollten vor Mithaft nach dem Vorbild der „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ bewahrt werden, wenn die Interessen geschädigter Dritter anderweit geschützt werden. Die dafür notwendigen Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen noch weiterer Erörterung.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfram Eberbach. Ministerialdirigent a.D., war Abteilungsleiter für Hochschulen, Wissenschaft und Forschung im Thüringer Kultusministerium.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, em. Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ihr Altrektor.

Referendar Johannes Lappe, wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

Carsten Morgenroth

Das Überdenkensverfahren¹ – Mauerblümchen mit Schattendasein oder Retter in der Not – aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Hintergründe

1. Anwendbarkeit nur für berufsbezogene Prüfungen?
2. Gesetzgeber
3. Detailfragen

III. Rechtliche Hintergründe des Überdenkensverfahrens

1. Verfassungsrechtliche Hintergründe
 - a. Bedeutung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
 - b. Grundsatz der Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG
 - c. Grundsatz effektiver Rechtskontrolle, Art. 19 Abs. 4 GG
 - d. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG
 - e. Zusammenfassung

2. Verfahrenstechnische Hintergründe

IV. Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens

1. Facetten des Überdenkensverfahrens
 - a. Persönliche Komponenten des Überdenkensverfahrens
 - b. Zeitliche Komponenten
 - c. Inhaltliche Komponenten
 - d. Besonderheiten im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer
2. Fragen aus der Praxis zum Überdenkensverfahren

V. Das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren

1. Allgemeines zum Verhältnis
2. Verfahrensstrukturelle Unterschiede
3. Abkehr vom Leitbild der Fremdkontrolle
4. Keine Zweckmäßigkeitkontrolle in Prüfungsentscheidungen
5. Inflexibilität des Widerspruchsverfahrens
6. Rechtliche Konsequenzen bei unzutreffender kommunikativer Verbindung

VI. Mögliche gesetzliche Regelungen zum Überdenkensverfahren

1. Landesrechtliche Regelung
2. Regelung im Hochschulinnenrecht

VII. Fazit und Darstellung der eigenen Ergebnisse

1. Fazit

2. Darstellung der eigenen Ergebnisse

Anlage 1 – Musterregelung zum Überdenkensverfahren in (Rahmen)Prüfungsordnung

Bereits im Jahre 1991 bereitete das BVerfG in einem Urteil,² das vielerseits als „Blitzstrahl aus Karlsruhe“³ bezeichnet wird, den Weg für das Überdenkensverfahren. Die effektive Durchsetzung des Grundrechts eines Studierenden aus Art. 12 GG gebiete es bei berufsbezogenen Prüfungen, dem Studierenden zu ermöglichen, substantiierte Einwendungen nicht nur gegen formelle Verfahrensfragen, sondern gerade auch gegen prüfungsspezifische Bewertungen wirksam geltend machen zu können. In der Tat ergibt sich gerade in Bezug auf die Bewertung ein nicht unerhebliches Rechtsschutzdefizit für den Studierenden, denn prüfungsspezifische Bewertungen unterliegen einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung: die Situation der Prüfung und deren Bewertung ist auf Grund ihrer Einzigartigkeit gerichtlich nicht nachholbar, zudem wird dem Prüfer ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt, den das Gericht nicht ersetzen kann.⁴ Seit nunmehr über 25 Jahren ist das Überdenkensverfahren damit ein höchstrichterlich nicht nur akzeptiertes, sondern etabliertes Begleitinstrument des Prüfungsrechts und allein deshalb höchst relevant und beachtenswert.

Dennoch scheint ein Blick in die herrschende Praxis anzudeuten, dass das Überdenkensverfahren in den deutschen Hochschulen ein Schattendasein fristet. Explizite Regelungen finden sich nur vereinzelt,⁵ teilweise im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren.⁶

1 Teilweise synonym als Überdenkungsverfahren bezeichnet.
2 BVerfG NJW 1991, 2005 ff. Kritisch besprochen wird das Urteil von Löwer, Feßtschrift Redeker, 1993, 515 ff. und Redeker, NVwZ 1992, 305 ff. Wegen der Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG nach § 31 BVerfGG ist die Entscheidung für die Rechtspraxis jedoch maßgebend, weshalb die Kritik an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden soll.
3 Als renommierte Vertreter seien hier beispielhaft die Autoren Dr. Norbert Niehues und Edgar Fischer genannt, welche dieses Bild im Vorwort der 5. Auflage ihres Werkes zum Prüfungsrecht (2010) verwendeten.

4 BVerfG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 2.
5 Vor allem in Prüfungen auf landesgesetzlicher Grundlage, etwa den Juristischen Staatsprüfungen, finden sich häufig Regelungen. Dagegen sind Regelungen hierzu in Hochschulprüfungsordnungen die Ausnahme, z.B. der Universität Flensburg oder der Hochschule Coburg.
6 Dies betrifft z.B. die Evangelische Fachhochschule Bochum oder die Hochschule Wismar.

Insgesamt erweckt die Lektüre zugänglicher prüfungsrechtlicher Literatur und Gerichtsentscheidungen sowie der kollegiale Austausch⁷ den Eindruck, das Überdenkensverfahren sei noch nicht flächendeckend, schon gar nicht verstärkt in der alltäglichen Hochschulpraxis angeht.

Dieser Beitrag unternimmt es, das Überdenkensverfahren etwas stärker ins Bewusstsein der deutschen Hochschulpraxis zu stellen. Dabei soll zunächst auf mögliche Gründe für dieses wenig entwickelte Bewusstsein eingegangen werden (II.). Danach werden die rechtlichen Hintergründe (III.) und Ausgestaltungen (IV.) des Überdenkensverfahrens aufgezeigt. Anschließend wird das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren besprochen (V.). Es folgen Ausführungen dazu, wie das Überdenkensverfahren sinnvollen Eingang in gesetzliche Regelungen des Landeshochschulrechts oder des Hochschulinnenrechts finden könnte (VI.) Ein Fazit sowie die Zusammenstellung der Ergebnisse runden die Betrachtung ab (VII.).

II. Hintergründe

Die möglichen Hintergründe eines in den Hochschulen noch nicht hinreichend entwickelten Bewusstseins für das Überdenkensverfahren könnten dreierlei sein. Zunächst besteht für den modularen Prüfungsbetrieb an Hochschulen ein gewisses Veröffentlichungsdefizit, insbesondere ist das Überdenkensverfahren nach der ausdrücklichen Darstellung durch *BVerfG*⁸ und *BVerwG*⁹ für sog. berufsbezogene Prüfungen, also Studienabschlussprüfungen, entwickelt worden (1.). Sodann ist der Gesetzgeber trotz gesetzgeberischen Auftrags seiner gesetzlichen Ausgestaltungspflicht nicht oder nur marginal nachgekommen (2.). Schließlich stellen sich für den Anwender in den Hochschulen diffizile rechtliche Fragen, denen keine/ geringe gesetzliche oder versprengte gerichtliche Klärung gegenübersteht (3.).

1. Anwendbarkeit nur für berufsbezogene Prüfungen?

Unter berufsbezogenen Prüfungen versteht die Rechtsprechung solche Prüfungen, die einen unmittelbaren

Einfluss auf den Zugang zum angestrebten Beruf ausüben.¹⁰ Entsprechend finden sich in den einschlägigen Regelungen zu Staatsprüfungen oder Laufbahnprüfungen detaillierte Regelungen zum Überdenkensverfahren.¹¹ Die weit überwiegende Mehrheit der gerichtlichen Verfahren mit Bezug zum Überdenkensverfahren spielt ebenfalls im Bereich der berufsbezogenen Prüfungen.¹² Nur vereinzelt und in jüngster Vergangenheit finden sich einschlägige Entscheidungen der Gerichte.¹³ Auch die Aufarbeitung des Themas in der prüfungsrechtlichen Literatur geschieht schwerpunktmäßig durch Aufarbeitung von Gerichtsentscheidungen zu berufsbezogenen Prüfungen¹⁴ bzw. streift die Thematik des Überdenkensverfahrens nur am Rande.¹⁵ Vor diesem Hintergrund ist es nur zu verständlich, dass HochschulmitarbeiterInnen im modularen Prüfungsbetrieb weder Relevanz noch erforderliche rechtliche Dimensionen des Überdenkensverfahrens für ihren Bereich hinreichend erkennen können.

Dass das Überdenkensverfahren über die höchstrichterliche Verankerung bei den berufsbezogenen Prüfungen hinaus jedoch gleichermaßen für die modulare Prüfungsstruktur gelten muss, zeigt sich nicht nur aus der insoweit selbstverständlichen gerichtlichen Darstellung.¹⁶ Zwei weitere Argumente stützen diese These. Denn erstens hat das *BVerwG* bereits 1986, also vor Einführung des Überdenkensverfahrens, anerkannt, dass die rechtlichen Implikationen von Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Studierenden nicht nur für den Fall einer einmaligen Studienabschlussprüfung (berufsbezogenen Prüfung), sondern auch für das System gestufter Leistungskontrollen gilt.¹⁷ Das geltende modulare System ist auf die vom *BVerwG* gezeichnete Studienstruktur vollständig anwendbar, denn das modulare System baut auf einer gestuften Abfolge von Teilleistungskontrollen auf, wobei bestimmte Kontrollen aufeinander aufbauen und Voraussetzungen für den Zugang zur nächsten Leistungskontrolle sind. Schon daraus lässt sich das Erfordernis ableiten, die Dimensionen des Überdenkensverfahrens vollständig auf das modulare Prüfungssystem zu übertragen. Ein zweites Argument wirkt flankierend und unterstützend. In mindestens der weit überwiegenden Mehrheit aller Studiengänge ist geregelt, dass das end-

7 Der Autor hatte im Rahmen von Referententätigkeiten im Prüfungsrecht unter den jeweiligen TeilnehmerInnen Fragen zum Thema gestellt – die nachfolgenden Ausführungen spiegeln die wesentlichen Eindrücke und Ergebnisse dieser Befragungen wider.

8 S. oben, Fußn. 2.

9 S. oben, Fußn. 4.

10 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006.

11 § 9 Abs. 6 JAPO Rheinland-Pfalz, s. dazu *VG Mainz NVwZ-RR* 2013, 645; zur Unterbringung des Überdenkensverfahrens im Widerspruchsverfahren in der *JAPO M-V VG Schwerin, Urt. v. 7.8.2012, Az. 3 A 492/07*.

12 Neben den bereits mehrfach zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen und nachfolgender obergerichtlicher Behandlung, z.B. *OVG Bremen NJW* 2000, 2915, sei hier stellvertretend für andere Rechtsgebiete die Steuerberaterprüfung genannt, hierzu z.B. *FG Hamburg, Gerichtsbescheid v. 28.12.1995, Az. V 16/94*.

13 Exemplarisch *VG Berlin, Beschl. v. 21.6.2015, Az. 12 K 1265.13*.

14 *Zimmerling/ Brehm, NVwZ* 2009, 358 ff.

15 *Linke, NJW* 2007, 2825 ff.; *Birnbaum, NVwZ* 2006, 286 ff.

16 *VG Berlin, o. Fußn. 12*.

17 *BVerwG NVwZ* 1987, 978 (979).

gültige Nichtbestehen auch nur eines der vielen Module des Studiengangs die zwingende Exmatrikulation und damit den Studienabbruch nach sich zieht. Damit kommt einer Modulprüfung zwar ihrem originären Charakter nach nicht die Funktion einer berufsbezogenen Prüfung zu, denn eine Modulprüfung während des Studiums ermöglicht noch nicht für sich den Zugang zum Beruf, sondern „nur“ die Fortsetzung des Studiums. Im Falle des endgültigen Nichtbestehens verhindert aber auch jede einzelne Modulprüfung das angestrebte Berufsziel und wird damit einer berufsbezogenen Prüfung stark vergleichbar.¹⁸

Im Ergebnis verwundert die bisherige Zurückhaltung der juristischen Literatur, das hiesige Themenfeld aufzuarbeiten, bedeutet aber nicht, dass dieses Feld keine Relevanz für die tägliche Arbeit hätte.

2. Gesetzgeber

Eine weitere mögliche Erklärung für die bestehende Rechtsunsicherheit könnte sein, dass der Gesetzgeber seinem mehrfach beschriebenen¹⁹ gesetzlichen Auftrag bislang nicht gerecht geworden ist. Erkennbar kein einziges Landeshochschulgesetz enthält eine explizite Aussage über das Überdenkungsverfahren. Auch das Widerspruchsverfahren in Prüfungsangelegenheiten wird sehr divers ausgestaltet.²⁰ Weil sich das Hochschulrecht als verwaltungsrechtliche Sondermaterie ansonsten eines nicht geringen Regelungsgrades erfreut,²¹ verwundert nicht, dass die Verwaltungspraxis aus der Abwesenheit einer Regelung auch eine nicht oder gering ausgeprägte Relevanz ableitet.

3. Detailfragen

Aus der weitgehend fehlenden gesetzlichen Regelung und juristischen Rezeption lassen sich demnach verlässliche Informationen nur aus der Vielzahl der Gerichtsentscheidungen ziehen, welche angesichts der Arbeitsbelastung nicht durch alle MitarbeiterInnen vollständig gesichtet werden können. Daraus ergeben sich viele Unsicherheiten in Bezug auf Detailfragen zum Überdenkungsverfahren. Muss ich innerhalb eines Monats nach

Bekanntgabe der Prüfung, also regelmäßig während der Semesterpause, einen Klausureinsichtstermin anbieten? Hat der Studierende einen Anspruch auf individuelle Klärung der Fragen oder darf auch ein Globaltermin angesetzt werden? Hat der Studierende Anspruch auf Fotokopie bzw. ein Fotorecht auf Smartphones oder ähnlichen Geräten zum Zwecke der Vorbereitung seiner Substanziierung? Muss ich neben dem Widerspruchsverfahren ein eigenständiges Überdenkungsverfahren anbieten? Muss dieses Verfahren auch so heißen oder darf es einen anderen Namen haben? Wer hat beim Überdenkungsverfahren mitzuwirken: Prüfer, andere Prüfer, Studiendekan, Prüfungsausschuss etc.? Diese und viele weitere Fragen tauchen regelmäßig in der täglichen Verwaltungspraxis der Hochschulen auf und sind ein Spiegel der eben beschriebenen, möglicherweise noch weiterer Ursachen.

III. Rechtliche Hintergründe des Überdenkungsverfahrens

An relevanten rechtlichen Hintergründen für das Überdenkungsverfahren lassen sich verfassungsrechtliche (1.) und verfahrensrechtliche (2.) Hintergründe unterscheiden.

1. Verfassungsrechtliche Hintergründe

Die verfassungsrechtlichen Hintergründe ergeben sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Grundrechte, die ohnehin im Prüfungsrecht eine große Rolle spielen, nämlich Art. 12 Abs. 1 GG (a.) und Art. 3 Abs. 1 GG (b.). Zusätzlich wird hier die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einbezogen (c.). Auf Grund faktischer Besonderheiten spielen schließlich auch Elemente des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG eine Rolle (d.).

a. Bedeutung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Wahl und Ausübung einer beruflichen Tätigkeit bildet eine Begrenzung des Gestaltungsspielraums der Hochschulen; deren Regelungen müssen sich an Art. 12

18 Vollständige Vergleichbarkeit ist indes nicht gegeben, denn möglicherweise kann der Studierende sein Studium an anderer Stelle unter Anrechnung erbrachter Leistung noch fortsetzen.

19 BVerwG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 4; Muckel, NVwZ 1992, 348; Fliegau, Prüfungsrecht, 196, S. 22 ff.

20 Beispielsweise enthalten das ThürHG oder das BayHSchG keine Regelung über ein Widerspruchsverfahren in Hochschul- oder Prüfungsangelegenheiten. Eine indirekte Aussage trifft § 66 HambHG über die Einrichtung eines sog. Widerspruchsausschusses in Prüfungsangelegenheiten, wodurch der Widerspruch an sich legitimiert wird. § 34 Abs.1 Nr. 18 SächsHSFG beinhaltet dagegen das Widerspruchsverfahren als zwingende Regelung für

jede Prüfungsordnung. Das Land Berlin hat die Möglichkeit eines Widerspruchsverfahrens in Prüfungsangelegenheiten wiederum ausgeschlossen, s. § 26 Abs.2 AllgZustG.

21 So enthalten alle Landeshochschulgesetze differenziert ausgestaltete, stark detaillierte Kataloge von Mindestanforderungen an eine Prüfungsordnung, z.B. Art. 61 BayHSchG, § 49 ThürHG, während in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, dass die Regelungsintensität im Prüfungsrecht wegen des einschlägigen Verfassungsrechts, aus dem sich alle relevanten Aspekte ableiten lassen, eher gering ausgeprägt sein muss, s. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2011; Az. OVG 10 N 48/09.

Abs. 1 GG messen lassen. Dies gilt für viele Bereiche des Studienbetrieb und für Prüfungen, z.B. das für die Aufnahme bestimmter Berufe eine vorherige Ausbildung erforderlich sein kann²² oder dass Prüfungen bestanden werden müssen²³ sowie welche inhaltlichen Maßstäbe an diese Prüfungen angelegt werden müssen.²⁴ Speziell für das Überdenkensverfahren spielt statt dessen ein anderer Aspekt eine Rolle, nämlich ein verfahrensrechtlicher. Soweit es für die effektive Durchsetzung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG auch bestimmte Verfahrensbedingungen gibt, so sind diese ebenfalls einzuhalten.²⁵ Art und Intensität dieser Verfahrensbedingungen bestimmen sich dabei nach zwei Kriterien: nach der Intensität des Grundrechtseingriffs sowie nach der nachträglichen gerichtlichen Überprüfbarkeit.²⁶ Hier spielen beide Aspekte auf interessante Art und Weise ineinander, die im Ergebnis ein durchaus differenziertes Bild ergeben. Zunächst ist die gerichtliche Überprüfbarkeit nur vermindert gegeben, was die Verfahrensbedingungen aktiviert und intensiviert. Prüfungsentscheidungen sind aus zwei Gründen heraus nicht vollständig überprüfbar. Einmal ist eine Prüfung ein einmaliges, nicht rekonstruierbares Geflecht von kommunizierten Informationen und subjektiven Eindrücken. Die sich hieraus für das Verfahren ergebenden Anforderungen haben jedoch eher Bedeutung für das rechtsstaatliche Handeln der Hochschule insgesamt (s. unten, d.), Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht direkt betroffen.²⁷ Außerdem steht speziell einem Prüfer jedoch ein inhaltlicher Beurteilungsspielraum bei der Findung und Anwendung seines Bewertungsmaßstabes zu, den er durch vergleichende Kontrolle der Prüfungsleistungen erreicht hat und der durch das Gesetz deshalb bereits faktisch nicht ersetzbar ist.²⁸ Dieser Umstand bildet die hauptsächliche Anforderung für eine Aktivierung von verfahrenstechnischen Mechanismen zugunsten der effektiven Grundrechtsdurchsetzung des Studierenden: das Überdenkensverfahren hat das gerichtliche Überprüfungsdefizit so zu kompensieren, dass dennoch eine hinreichend effektive Durchsetzung des Grundrechts möglich ist. Das *BVerfG* leitet hieraus wiederum zwei Konsequenzen ab: der Studierende muss rechtzeitig über

den Verfahrensstand informiert sein, und die Berücksichtigung des Vorbringens des Studierenden muss bei der Entscheidungsfindung des Prüfers gewährleistet sein.²⁹ Das *BVerwG* sieht darüber hinaus noch ein Gebot der zeitnahen Befassung mit dem Vorbringen des Studierenden im Verhältnis zur Prüfung als erforderlich an, das Überdenkensverfahren solle vor einem gerichtlichen Verfahren liegen.³⁰ Das Gebot der zeitnahen Befassung gilt vordergründig für mündliche Prüfungen, bei denen der Prüfer weitgehend aus dem Gedächtnis heraus agieren müsste. Aber auch die Bewertungen schriftlicher oder alternativer Prüfungsleistungen sind nicht immer so vollständig ausformuliert, dass sich der komplette Gedankengang allein aus der Lektüre der Korrekturhinweise vollständig erschließt. Hinsichtlich der Intensität des Grundrechtseingriffs, also dem zweiten großen Gradmesser zur Bestimmung der Verfahrensbedingungen für das Überdenken, ergibt sich ein differenziertes Bild mit drei Abstufungen. Prüfungsleistungen, welche Gefahr laufen, zu einem endgültigen Nichtbestehen zu führen, bedeuten im Ergebnis einen sehr intensiven Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG des Studierenden – die Verfahrensbedingungen an ein Überdenken sind für diese Fälle am höchsten. Die zweite Gruppe bilden Prüfungsleistungen, welche zwar ebenfalls mit nicht bestanden bewertet wurden, jedoch noch Wiederholungsmöglichkeiten bestehen. Hier ist der Grundrechtseingriff ebenfalls intensiv. Schließlich besteht mit den bestandenen Prüfungsleistungen die Mehrheit der zu betrachtenden Bewertungen. Weil diese Prüfungsleistungen in aller Regel³¹ den Zugang zum gewünschten Beruf ermöglichen oder zur Weiterführung des Studiums berechtigen, ist die Intensität des Grundrechtseingriffs hierbei am geringsten.

b. Grundsatz der Chancengleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG

Das zweite essenzielle Grundrecht im Prüfungsrecht ist dasjenige aus Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet,³² hat das Grundrecht primäre Bedeutung für das Leistungsermittlungsverfahren, indem es gleiche Startchancen für alle Prüflinge vermitteln soll,³³ was sich

22 BVerfGE 37, 342 (352).

23 BVerfG NVwZ 1989, 645 ff.

24 BVerfG NVwZ 1989, 850 ff.

25 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2005.

26 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

27 *Bryde*, DÖV 1091, 193 ff.

28 Allgemein zu den rechtlichen Wurzeln des Beurteilungsspielraums *Ule*, Gedächtnisschrift f. Jellinek, 1955, 309 ff.; *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.

29 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

30 BVerwG NVwZ 1993, 681.

31 Es sind in seltenen Fällen Konstellationen denkbar, dass eine Prüfungsleistung in einem Bachelorstudiengang zwar bestanden wurde, die Note aber den Gesamtdurchschnitt des Bachelorstudienganges insgesamt unter die erforderliche Mindestqualität bringt, um einen angestrebten Masterstudiengang auch erreichen zu können.

32 *Osterloh*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 3, Rn. 58.

33 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl., 2015, Rn. 402.

jedoch gut auch auf den gesamten Prozess der Leistungserbringung ausdehnen lässt.³⁴ Für den hiesigen Kontext erlangt das Gebot der Chancengleichheit allerdings Bedeutung für das Leistungsbewertungsverfahren. Denn es ist nach Auffassung des BVerfG eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, wenn ein Prüfling infolge gerichtlicher Überprüfung seiner Bewertung den eingeschränkten Prüfungsmaßstab des Gerichts³⁵ erlebt, während alle anderen Prüflinge dem allgemeinen Bewertungsmaßstab des Prüfers unterliegen.³⁶ Das Defizit gerichtlicher Überprüfungsmöglichkeit von Prüfungsergebnissen erhält damit neben den faktischen Gegebenheiten eine rechtliche Komponente aus Art. 3 Abs. 1 GG.

c. Grundrecht effektiver Rechtskontrolle,

Art. 19 Abs. 4 GG

Diese Ergebnisse werden im Wesentlichen ohne weitere Erkenntnis durch das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG flankiert. Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt dem Studierenden ein Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte staatlicher Gewalt, wie es Prüfungsentscheidungen sind.³⁷ Dies bedeutet die Vermittlung mindestens einer gerichtlichen Instanz gegen alle staatlichen Entscheidungen³⁸ sowie vollständige inhaltliche und rechtliche Überprüfung ohne Bindung an behördliche Auslegungen.³⁹ Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt diese Grundsätze aber nicht, sondern setzt sie voraus.⁴⁰ Der prozessuale Schutz geht damit nicht über den Maßstab hinaus, welchen die materiellen Grundrechte, hier diejenigen aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vermitteln. Faktisch und rechtlich vermittelte Verkürzungen der gerichtlichen Kontrolle vermag deshalb auch das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu kompensieren. Immerhin hat das BVerfG anerkannt, dass die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Verwirklichung des materiellen Rechts wirkungsvoll dienen muss.⁴¹ Das BVerfG sieht in diesem Kontext die Möglichkeit für die Verwaltungsgerichte, auf niedrigem Abstraktionsniveau generelle Bewertungsmaßstäbe zu etablieren, zumindest für die Bewertung juristischer Fragestellungen, um den Bereich gerichtlicher Kontrolle zugunsten des Studierenden ein bisschen

verbessern zu können.⁴² Derartige Maßstäbe sind jedoch bislang erkennbar nicht eingerichtet worden.

d. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG

Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip schließlich folgt das Gebot bestmöglicher Sicherstellung von Objektivität und Neutralität des Prüfungsverfahrens.⁴³ Ähnlich der rechtlichen Flankierung des faktischen Beurteilungsspielraums des Prüfers durch Aspekte aus Art. 3 Abs. 1 GG ist aus dem Rechtsstaatsprinzip eine rechtliche Unterlegung abzuleiten, welche es unternimmt, der anderen faktischen Besonderheit bei Prüfungen entgegenzuwirken, nämlich, dass eine Prüfung eine von subjektiven Eindrücken des Prüfers, von seiner individuellen fachlichen Ausrichtung sowie von im Einzelfall nicht nachstellbaren Prozessen kommunikativer Interaktion geprägt ist. Hier gebietet es nicht nur der gesunde Menschenverstand, sondern auch das Recht, nämlich Art. 20 Abs. 3 GG, diesen Unwägbarkeiten bestmöglich entgegenzutreten, beispielsweise durch transparente und sachgerechte Verfahren der Prüferbestellung.⁴⁴

Ein weiterer wesentlicher Aspekt zur Begründung des Überdenkungsverfahrens ist, dass wesentliche informatorische bzw. partizipative Elemente⁴⁵ in Prüfungsangelegenheiten ausgeschlossen oder stark eingeschränkt sind. Denn § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG bestimmt, dass das Gebot der Anhörung des Betroffenen der Entscheidung (des Prüflings) vor Mitteilung der Entscheidung, § 28 VwVfG, sowie das Gebot, die Entscheidung zu begründen, § 39 VwVfG, nicht gelten. Vor diesem Hintergrund vermittelt sich die Notwendigkeit einer kompensatorischen Kraft zugunsten des Prüflings neben der faktischen Unmöglichkeit gerichtlicher Prüfungsbewertung, sondern daneben auch aus dem daraus rechtlich abgeleiteten Defizit an informatorischer Beteiligung des Adressaten.

e. Zusammenfassung

Im Ergebnis hat das Verfassungsrecht dem Überdenkungsverfahren folgende Prägungen verliehen:

- Auch das Prüfungsverfahren hat sich an Art. 12 Abs. 1 GG messen zu lassen. Dies kann im Ergebnis die Intensivierung bestehender bzw. sogar die Einrichtung neuer

34 Denkbar sind hier z.B. die Vermeidung von Baulärm während einer Klausur oder die Sicherstellung weitgehend gleicher Redezeit während einer mündlichen Gruppenprüfung.

35 Bei nichtjuristischen Inhalten ggf. unter Zuhilfenahme von Sachverständigen.

36 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2007.

37 Soweit private Hochschulen im Rahmen ihres einschlägigen Landesrechts oder ihrer staatlichen Anerkennung für Prüfungen den Rang eines Beliehenen erhalten haben, nehmen auch private Hochschulen mit ihren Prüfungen Akte staatlicher Gewalt vor.

38 BVerfGE 4, 74 (94 f.).

39 BVerfGE 15, 275 (282).

40 BVerfGE 78, 214 (226).

41 BVerfGE 60, 253 (269).

42 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2007.

43 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

44 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006 m.w.N.

45 Einen anschaulichen Überblick über dem „Überdenken“ verwandte Einrichtungen des Verwaltungsrechts bietet Niehues, Festschrift für Mahrenholz, 1994, 593 ff.

Verfahren bedeuten. Entscheidend hierfür ist, wie intensiv der Grundrechtseingriff ist und wie gut die gerichtliche Kontrolle eingerichtet ist.

- Die gerichtliche Kontrolle ist aus zwei Gründen stark eingeschränkt: der faktische Beurteilungsspielraum des Prüfers, rechtlich flankiert durch chancengleiche Anwendung einheitlicher Bewertungsmaßstäbe (Art. 3 Abs. 1 GG), sowie die Subjektivität und Einzigartigkeit der Prüfungssituation, bestmöglich kompensiert durch Objektivierungstendenzen aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG. Das Überdenkensverfahren vermittelt sich damit in erster Linie aus der Anwendung von Art. 12 GG und schließt faktisch und rechtlich basierte Rechtsschutzlücken vor Gericht durch Zuwendung hin zum originären Prüfer.

- Die Intensität des Grundrechtseingriffs in Art. 12 GG ist dagegen differenziert, je nachdem, ob die betroffene Prüfungsleistung in der Gefahr des endgültigen Nichtbestehens, des Nichtbestehens mit Wiederholungsmöglichkeit oder im Bereich des Bestehens liegt.

- Das Verfahrensgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG liefert derzeit keine weiteren verfassungsrechtlichen Implikationen. Aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts ließen sich allerdings Verbesserungen des gerichtlichen Rechtsschutzes, etwa durch abstrakte Bewertungsmaßstäbe der Gerichte, einrichten, welche aber bislang noch nicht erfolgt sind.

- Das Überdenkensverfahren findet schließlich seinen Ursprung auch in rechtsstaatlichen Erwägungen als Kompensation der fehlenden Anhörung vor bzw. Begründung der Prüfungsentscheidung.

2. Verfahrenstechnische Hintergründe

Neben den bereits erwähnten faktischen Besonderheiten bei Prüfungen ergeben sich insbesondere aus der herausgearbeiteten Diversität der Grundrechtseingriffe interessante Folgerungen in Bezug auf das Zusammenspiel der Rechtsbehelfs- bzw. -schutzverfahren, vor allem zum Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren.

Das BVerwG hat bereits 1993 betont, dass das Überdenken des Prüfers nicht in einem gesonderten Kontrollverfahren geschehen muss, sondern insbesondere auch in ein Widerspruchsverfahren eingebettet werden kann, soweit dieses statthaft ist.⁴⁶ Bekanntlich ist ein Widerspruchsverfahren jedoch in aller Regel⁴⁷ nur gegen behördliche Entscheidungen statthaft, welche die Quali-

tät eines Verwaltungsakts aufweisen.⁴⁸ Ob und ggf. inwieweit Prüfungsergebnisse Verwaltungsakte sind, lässt sich oft nur mit Bezug zum Einzelfall feststellen.⁴⁹ Das BVerwG billigt dem Satzungsgeber der Prüfungsordnung hierbei einen großen Spielraum zu mit der Folge, dass auch Entscheidungen der Hochschule, welche unter regulärer Bestimmung der Verwaltungsaktsqualität nach § 35 LVwVfG keine Verwaltungsakte wären, durch die Prüfungsordnung zu Verwaltungsakten erklärt werden können.⁵⁰ In aller Regel jedoch sind Mitteilungen über nicht bestandene Prüfungsleistungen Verwaltungsakte: die Frage, ob das Prüfungsrechtsverhältnis beendet ist oder in ein wiederholtes Prüfungsverfahren zu überführen ist, ist eine hinreichende Einwirkung auf die Rechtsposition des Prüflings im Sinne einer Regelung.⁵¹

Für die oben herausgearbeiteten drei Gruppen verschieden intensiver Grundrechtseingriffe bedeutet dies: Die beiden Gruppen der nicht bestandenen Prüfungsleistungen werden mit Verwaltungsakten entschieden, gegen die ein Widerspruchsverfahren statthaft wäre. Die Hochschulen könnten hierbei aus Gründen der Verfahrenseffizienz überlegen, ob sie das Überdenkensverfahren in das Widerspruchsverfahren einbetten. Zusätzlich werden Entscheidungen aus Gruppe 1 mit einiger Wahrscheinlichkeit unter anwaltlicher Beteiligung angefochten. Hierbei bietet sich deshalb eine – inhaltlich und formell! – besonders sorgfältige Handlungsweise an, sowohl für das Widerspruchsverfahren als auch für das Überdenkensverfahren. Für bestandene Prüfungsergebnisse (Gruppe 3) ist dagegen zu unterscheiden, ob diese nach der Prüfungsordnung Verwaltungsaktsqualität erhalten haben oder nicht. Im ersteren Falle sind sie mit Entscheidungen der Gruppen 1 und 2 gleich zu setzen. Im letzteren Falle jedoch, und das wird aller Voraussicht nach für die Mehrheit aller Prüfungsentscheidungen zutreffen, kann das Überdenkensverfahren nicht in ein Widerspruchsverfahren eingebettet werden. Speziell hierfür muss die Hochschule also eigenständige Verfahren etablieren, die sich nicht auf das formelle Korsett des Widerspruchsverfahren stützen, sich wohl aber daran orientieren können.

IV. Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens

Nach Aufbereitung der Hintergründe können nun die einzelnen Facetten des Überdenkensverfahrens aufgezeigt und behandelt werden (1.), bevor sich mit den zehn

46 BVerwG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 2.

47 § 126 Abs.3 BRRG, im Hinblick auf die Widerspruchsmöglichkeit gegen dienstliche Beurteilungen exemplarisch BVerwG NVwZ-RR 2002, 201.

48 §§ 68 Abs.1, 42 Abs.1 VwGO.

49 Morgenroth, NVwZ 2014, 31 ff.

50 BVerwG NJW 2012, 2901; Morgenroth, DÖV 2016, 30 (31).

51 VG Gera, Urt. v. 10.4.2013, Az. 2 K 1766/11 Ge, S. 7; Niehues/Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 815 m.w.N.

wichtigsten Fragen aus der Praxis beschäftigt werden soll, welche sich nach der Darstellung unter 1. noch stellen (2.).

1. Facetten des Überdenkungsverfahrens

Das Überdenkungsverfahren hat persönliche (a.), zeitliche (b.) und inhaltliche (c.) Komponenten. Speziell im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer gelten weitere Aspekte (d.).

a. Persönliche Komponenten des Überdenkungsverfahrens

Kernelement eines Überdenkungsverfahrens ist, dass im Grundsatz nur derjenige Prüfer auch überdenken kann, der die ursprüngliche Bewertung vorgenommen hat.⁵² Hintergrund ist wiederum das Gebot der Chancengleichheit:⁵³ ein neuer Prüfer würde ebenso wie ein Gericht einen anderen Bewertungsmaßstab einbringen als der ursprüngliche Prüfer, was wiederum zu einer Ungleichbehandlung des Prüflings (zu dessen Vorteil oder Nachteil) führen würde. Nur ausnahmsweise dürfen deshalb andere Personen als Prüfer herangezogen werden, etwa bei Befangenheit des Prüfers, weil dieser eine Neubewertung verweigert⁵⁴ oder bei faktischer Hinderung des Prüfers, z.B. durch dessen Tod.⁵⁵ Hierbei ist – soweit möglich – ein Prüfer, der die gleiche Klausur für eine andere Gruppe von Prüflingen bewertet hat, einem bisher nicht beteiligten Prüfer vorzuziehen.⁵⁶ Der Fall, dass ein Prüfer zum Überdenken gebeten wird, der jahrelang nicht mehr als Prüfer gearbeitet hat und sich deshalb seiner Bewertungsmaßstäbe nicht mehr sicher ist,⁵⁷ wird wohl angesichts der bestehenden zeitlichen Korridore⁵⁸ eine Ausnahme bleiben. Für bundesrechtlich geregelte Prüfungen⁵⁹ ist entschieden worden, dass der Eintritt in den Ruhestand und damit der Statuswechsel vom Beamten zum Beamten im Ruhestand kein rechtlicher Hinderungsgrund für eine Prüfertätigkeit im Überdenkungsverfahren sein soll.⁶⁰ Ob dies für landesrechtlich geregelte Staats- bzw. Modulprüfungen ebenso gelten kann, ist zweifelhaft. Zumindest für Hochschullehrer ist eine Aufrechterhaltung von Dienstpflichten

nach Eintritt in deren Ruhestand nicht oder nur in Ausnahmefällen⁶¹ vorgesehen.

Die Pflicht, grundsätzlich den ursprünglichen Prüfer heranzuziehen, trägt noch zwei weitere Konsequenzen. Zunächst dürfen andere Personen nicht bewertungswirksam eingebunden werden.⁶² Relevant könnte dies für Hochschulen etwa werden, wenn in Überdenkungsverfahren automatisch der Modulverantwortliche (obwohl abweichend vom Prüfer), der Studiendekan, der Prüfungsausschussvorsitzende oder ähnliche Personen beteiligt werden. Darüber hinaus sind bei mehreren Prüfern grundsätzlich auch alle Ausgangsprüfer in das Überdenkungsverfahren einzubeziehen,⁶³ insbesondere natürlich Erst- und Zweitprüfer. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn die Prüfer die Ausgangsbewertung des anderen Prüfers nicht kannten⁶⁴ oder wenn der Prüfling nur die Bewertung eines von mehreren Prüfern beanstandet.⁶⁵

b. Zeitliche Komponenten

Das Gebot eines „zeitnahen“ Überdenkens⁶⁶ indiziert bereits, dass das Überdenken umso effektiver sein kann und wird, je frischer das Gedächtnis der Prüfungsbeteiligten noch ist. Eine Bitte eines Prüflings auf Überdenken unmittelbar nach Abschluss einer mündlichen Prüfung etwa ist vor diesem Hintergrund nicht nur denkbar,⁶⁷ sondern aus Sicht des Prüflings vorzugswürdig. Darauf hat sich die Hochschule strukturell einzustellen. Es dürfte vor dem Hintergrund der Sicherstellung eines effektiven Prüfungsbetriebs erlaubt sein, derartige sofortige Überdenkengesuche eines Studierenden im Hinblick auf die geplante Prüfungskampagne an das Ende aller Prüfungen zu stellen, soweit nicht am Ende des Prüfungstages noch Zeit verbleibt. Ob für mündliche Prüfungen, die zum Kernbereich des Studiums zählen und erfahrungsgemäß mit einer nicht unerheblichen Nichtbestehensquote absolviert werden, vor dem Hintergrund der erforderlichen Zeitnähe eine Zeitplanung erforderlich ist, welche für jeden Tag eine angemessene Zeit zum Überdenken belässt, etwa vor der Mittagspause und am Ende des Prüfungstages, kann nur für den

52 Zimmerling/ Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rn. 19 m.w.N.

53 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 792.

54 BVerwG NVwZ 1993, 686; Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 792.

55 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 28.

56 Brehm, NJW 2003, 2808 (2810).

57 BVerwG NVwZ 2000, 915.

58 S. dazu sogleich, b.

59 Beispielsweise die Steuerberaterprüfung nach dem StBerG und der DVStB.

60 BFH NJW-RR 2003, 421.

61 Beispielsweise sieht § 90 Abs.9 ThürHG vor, dass ein Professor im

Ruhestand als sog. Seniorprofessor für eine gewisse Zeit Rechte und Pflichten aus seinem Dienstverhältnis nach Maßgabe einer Beauftragung durch die Hochschule weiterführen kann. Selbst hierbei würde die Berechtigung einer Prüfertätigkeit jedoch von der Erfassung dessen in der Beauftragung abhängen.

62 VG Berlin, Urt. v. 22.5.2009, Az. 33 A 35.06.

63 VG Aachen, Urt. v. 4.9.2014, Az. 1 K 2070/12 mw.N.

64 OVG Münster NWVBl. 1997, 377.

65 OVG Bremen NVwZ 2000, 944.

66 S. oben, Fn. 30.

67 Niehues, o. Fußn. 45, S. 601.

Einzelfall beurteilt werden – die höhere Eingriffsintensität einer nicht bestandenen Prüfungsleistung indiziert jedenfalls eine sorgfältigere Planung seitens der Hochschule. Bedenklich dürfte es in derartigen Fällen sein, eine Struktur zuzulassen, nach der die Prüfer für eine geraume Zeit nach der Prüfung, etwa die gesamte Semesterpause, nicht zur Verfügung stehen müssen, weil das Gebot der Zeitnähe auf diese Weise sicherlich nicht mehr gewährleistet werden könnte.

In zeitlicher Hinsicht spannend ist noch das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchs- bzw. Klageverfahren. Ist ein Widerspruchsverfahren vorgesehen und statthaft, so wird in Anlehnung an das *BVerwG*⁶⁸ überwiegend vertreten, dass das Überdenkensverfahren in das Widerspruchsverfahren integriert werden kann.⁶⁹ In dieser Abhandlung wird dagegen dargestellt, dass sich das Widerspruchsverfahren nicht oder nur bedingt zur Integrierung des Überdenkensverfahrens eignet⁷⁰ mit der Folge, dass im Falle einer Untauglichkeit des Widerspruchsverfahrens die Möglichkeit des Überdenkens nicht mit Ablauf der Widerspruchsfrist endet, sondern sich auch weiterhin an der Faustregel „je zeitnaher, desto effektiver“ orientiert. Ist das Überdenken vor Erhebung einer Klage noch nicht erfolgt, so hat das Gericht das Verfahren nach § 94 VwGO auszusetzen und das Überdenken der Hochschule abzuwarten.⁷¹

c. Inhaltliche Komponenten

In inhaltlicher Hinsicht ist zunächst zu beachten, dass das Überdenkensverfahren nur diejenigen Aspekte umfassen kann, die sich gerade aus dem verkürzten Rechtsschutz infolge des Beurteilungsspielraums des Prüfers ergeben. Das *BVerfG* hatte hierzu im „Blitzstrahl-Beschluss“ 1991⁷² zunächst aus den einschlägigen Grundrechten abgeleitet, dass die Frage der Richtigkeit oder Vertretbarkeit einer Antwort nicht (mehr) dem Bewertungsspielraum des Prüfers zugehören soll, sondern in den Bereich der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit überführt wird. Macht ein Prüfling also – auch neben Bewertungsfragen – geltend, der Prüfer habe eine als vertretbar geltende Lösung als falsch bewertet, so ist zur Behandlung dieses Einwandes das Überdenkensverfahren nicht zulässig, dies ist im Wege des (gleichzeitigen?) Widerspruchs bzw. der Klage geltend zu machen.⁷³ Auch andere Rügen, etwa diejenigen wegen

Befangenheit oder äußerer Störungen,⁷⁴ sind keine im Überdenkensverfahren zu behandelnden Fragen.

Eine weitere inhaltliche Frage ist, ob der Prüfer im Rahmen des Überdenkens seine Bewertung auch zu Ungunsten des Prüflings abändern darf, sog. *reformatio in peius*. Hierbei folgt zunächst aus der grundsätzlichen Personenidentität von Ausgangs- und Überdenkensprüfer, dass der Prüfer den gleichen Bewertungsmaßstab beim Überdenken anzulegen hat.⁷⁵ Weil der Studierende im Rahmen seiner Einwendung wohl ausschließlich Argumente hervorbringen wird, welche eine Verbesserung der Bewertung herbeiführen sollen und der Prüfer diesen Ausführungen entweder folgen oder diese verwerfen kann, wird in aller Regel keine Verschlechterung der Bewertung möglich sein. In seltenen Ausnahmefällen ist jedoch eine Verböserung denkbar. So kann sich im Rahmen des Überdenkens ergeben, dass der Prüfer in der Ausgangsbewertung einen Kalkulationsfehler zugunsten des Prüflings vorgenommen hatte, welcher nun korrigiert wird. Denkbar ist aber auch, dass im Rahmen des Überdenkens entdeckt wird, dass der Prüfling eine Täuschung begangen hat.⁷⁶ Hierbei wird zu differenzieren sein. Wird die Täuschung durch nochmalige Prüfung der konkret vom Studierenden beanstandeten Passagen entdeckt, so wird dies eher zulässig sein als wenn andere Passagen nochmals betrachtet werden, welche der Studierende gar nicht überdacht haben wollte. Außerdem ist diese Frage keine Kompensation des Bewertungsspielraums des Prüfers, sondern ein sonstiger Rechtsfehler, der im Widerspruchs- bzw. Klageverfahren zu behandeln ist. Legt der Prüfling neben seinem Überdenkensgesuch aber keine formellen Rechtsbehelfe ein, so sollte die Hochschule durch ihre Bindung an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG, diese Grenzen auch beachten müssen und die Bewertungsentscheidung insoweit nicht als Täuschung werten dürfen.

d. Besonderheiten im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer

Neben den eben beschriebenen allgemeinen Dimensionen des Überdenkensverfahrens gibt es spezielle für das Verhältnis des Prüflings zum Prüfer einige Besonderheiten zu beachten.

So besteht ein Anspruch auf Überdenken nur dann, wenn der Prüfling dem Prüfer hinreichend konkrete Passagen der Bewertung benennt.⁷⁷ Ein genereller An-

68 BVerwG NVwZ 1993, 681.

69 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 19 m.w.N.

70 S. sogleich, V.

71 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 800.

72 BVerfG, o. Fußn. 2.

73 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 790.

74 Soweit nicht verwirkt, weil unverzüglich einzulegen.

75 BVerwG, o. Fußn. 54.

76 Kingreen, DÖV 2003, 1 (2).

77 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 33.

spruch auf ein Überdenken insgesamt besteht nicht. Der Prüfer muss wissen, welche Teile der Bewertung überdacht werden sollen – auf diese Teile hat sich sein Überdenken zu beschränken.⁷⁸

Des Weiteren hat der Prüfling seine konkreten Beanstandungen hinreichend zu substantiieren.⁷⁹ Form und Umfang dieser Substantiierungspflicht hängen vom Einzelfall ab. Hierbei ist zwischen zunächst schriftlich fixierten Bewertungen und mündlichen Prüfungen zu unterscheiden, innerhalb der mündlichen Prüfung sicherlich auch danach, ob das Gesuch unmittelbar nach Prüfungsende geschieht oder nach mehreren Wochen.

Damit der Prüfling seiner Substantiierungspflicht nachkommen kann, ist dem Prüfling insbesondere für schriftlich fixierte Bewertungen hinreichend Gelegenheit zu geben, Einsicht in die Bewertungsunterlagen zu nehmen.⁸⁰ Auch hier sind Umfang und Intensität der Einsichtsmöglichkeit, also z.B. Einsichtszeiten, Einzel- oder Gruppeneinsicht etc. der jeweiligen Prüfungsform anzupassen. Die Pflicht zur Ermöglichung von Fotokopien sollte auf seltene Ausnahmefälle beschränkt bleiben, etwa für Fälle, in denen für die Formulierung der Beanstandung außer dem Prüfling weitere Personen beteiligt sein müssen, die aber zum Einsichtstermin verhindert oder nicht zugelassen waren. In Berücksichtigung des verstärkten Grundrechtseingriffs bei – für die Hochschule vorhersehbar – nicht bestandenen Prüfungen kann sich auch eine Pflicht der Hochschule zur Protokollierung mündlicher Prüfungen ergeben, wobei die Intensität der Protokollierung sicherlich dem Gestaltungsspielraum der Hochschule überlassen bleiben und ins Verhältnis zur Möglichkeit effektiver Prüfungsabwicklung gestellt werden muss.

2. Fragen aus der Praxis zum Überdenkungsverfahren

Aufbauend auf diesen allgemeinen Bemerkungen sei nun auf wichtige Fragen eingegangen, welche sich in der Praxis zum Überdenkungsverfahren stellen, soweit diese nicht bereits in der Darstellung unter 1. behandelt wurden.

a. Muss dieses Verfahren „Überdenkungsverfahren“ heißen?

Das Überdenkungsverfahren – oder synonym Überdenkungsverfahren genannt – muss nicht so heißen. Es können auch andere Namen gewählt werden, z.B. Einwandverfahren. Inhaltlich ist aber darauf zu achten, dass alle rechtlichen Vorgaben enthalten sind. Formell ist emp-

fehlenswert, einen Begriff zu wählen, der rechtlich sonst nicht für andere Rechtsbehelfe verwendet wird, z.B. „Widerspruch“ oder „Einspruch“.

b. Ist das Überdenkungsverfahren trotz Einrichtung von Klausureinsichtsterminen noch erforderlich?

Ja und nein. Für schriftliche Prüfungsleistungen wird gerade durch den Einsichtstermin die erforderliche Konkretisierung und Substantiierung des Prüflings ermöglicht. Insofern ist die Klausureinsicht Bestandteil des Überdenkungsverfahrens für schriftliche Prüfungsleistungen. Für andere Prüfungsleistungen, etwa für alternative Prüfungsleistungen oder für mündliche Prüfungen, ist oft strukturell kein Überdenkungsverfahren vorgesehen. Für derartige Prüfungsleistungen besteht das rechtliche Erfordernis einer Möglichkeit des Überdenkens aber gleichermaßen. Denkbar könnten hier ähnliche Termine mit einer Vielzahl von Prüflingen sein, z.B. für alternative Prüfungsleistungen in Gruppenprüfungen. Individuell bietet sich auch die übliche Sprechstunde des Prüfers an, d.h. ein Gespräch über die Leistung oder Einsicht in die Bewertungsbegründung bei alternativen Prüfungsleistungen.

c. Wann haben der Klausureinsichtstermin und ggf. andere Termine statt zu finden?

Das Gebot der Zeitnähe gibt vor, dass die Hochschule im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren alles zu tun hat, um dem Prüfling die Vorbereitung eines zeitnahen Überdenkens zu ermöglichen. Hier wird das Spannungsverhältnis zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot der Bindung an Recht und Gesetz und dem Gebot der Verwaltungseffizienz⁸¹, in dem sich die Hochschule im Rahmen des Überdenkungsverfahrens befindet, besonders deutlich. Für Bewertungen, die schriftlich fixiert sind und für deren Überdenken es mehr auf die Lektüre der Bewertung als auf das Gedächtnis ankommt, wird ein längerer Zeitraum seit der Bewertung eher hinnehmbar als für mündliche Prüfungen.

Eine zumindest grundlegend ausgeprägte Anwesenheit der Prüfer in der Semesterpause für mündliche Prüfungen im Prüfungszeitraum unmittelbar vor der Semesterpause wird dabei strukturell durch die Hochschule häufiger sicherzustellen sein als das Anfertigen von Niederschriften und deren Umfang bei mündlichen Prüfungen.⁸²

⁷⁸ S. soeben, c.

⁷⁹ Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 791.

⁸⁰ OVG Saarlouis NVwZ-RR 2013, 719.

⁸¹ Niehues, o. Fußn. 45, S. 597.

⁸² S. unten, g.

d. Ist es dem Prüfling zum Einsichts- bzw. Überprüfungstermin gestattet, Kopien zu erhalten oder Fotokopien mit tragbaren Kameras anzufertigen?

Grundsätzlich ist dies durch das Gebot effektiven Rechtsschutzes, welches das Überdenkensverfahren prägt, nicht angezeigt. Der Prüfling muss in die Lage versetzt werden, selbst die Bewertungen des Prüfers zu verstehen, um sie beanstanden zu können. Hierfür ist eine Einsicht in die Unterlagen bzw. das Gespräch mit dem Prüfer hinreichend, eine Aufnahme auf einen Datenträger ist nicht erforderlich. Für mündliche Prüfungen bietet sich ggf. ein Gesprächsprotokoll an.

Ausnahmsweise steht dem Prüfling allerdings Hilfe durch andere Personen zu. In diesem Fall ist es ggf. erforderlich, diesen Personen die Bewertung zukommen zu lassen. Das kann etwa der Fall sein, wenn personelle Schreibhilfen als zulässiger Nachteilsausgleich angesehen wurden, die Schreibhilfe zum Einsichtstermin aber nicht anwesend sein kann.

e. Ist es erlaubt, zum Einsichtstermin einen Rechtsbeistand mitzubringen?

Soweit es keine Regelungen der Hochschule gibt, welche dies verbieten, ist das Hinzuziehen eines Rechtsbeistandes gestattet. Ein Verbot kann sich aus der soeben beschriebenen Struktur ergeben, dass der Prüfling grundsätzlich für Beanstandungen seiner Bewertungen selbst verantwortlich sein sollte, zumal eigenverantwortliches Handeln regelmäßig in den Landeshochschulgesetzen⁸³ als allgemeines Studienzziel verankert ist.

f. Wäre dem Rechtsbeistand im Falle eines Rechtsanwalts erlaubt, Kopien anzufertigen?

Eine rechtliche Pflicht hierzu besteht nicht. § 29 VwVfG begründet insoweit ein Einsichts- bzw. Kopierrecht nur im Verwaltungsverfahren,⁸⁴ was für Prüfungen ohne Charakter als Verwaltungsakte, welche die Mehrheit darstellen, nicht zutrifft. Soweit nicht landesrechtliche Regelungen bestehen, ergibt sich das Recht zur Anfertigung von Kopien dann im gerichtlichen Verfahren, § 100 VwGO. Ob die Hochschule deshalb bereits im Überdenkensverfahren ein Recht auf Kopien freiwillig einräumt, obliegt ihrer internen Gestaltung. Weil das Überdenkensverfahren noch kein eigener Rechtsbehelf, sondern die Erweiterung der Prüfungsbewertung ist, scheint die gedankliche Nähe zum Klageverfahren noch nicht allzu stark zu sein.

83 Exemplarisch § 40 ThürHG.

84 Kallerhoff, in: Stelkens/ Bonk, Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 29 Rn. 18.

g. Ist das Überdenkensverfahren aktenkundig zu machen und, wenn ja, wie?

Eine überdachte Prüfungsbewertung ist wie jede andere Prüfungsbewertung auch gewissen Risiken einer gerichtlichen Prüfung ausgesetzt, wo die bekannten Regeln zur Beweislast gelten. Insoweit ist es für den Prüfling immer sowie für die Hochschule im Rahmen der Verwaltungseffizienz gegebenenfalls ratsam, die wesentlichen Ereignisse und Ergebnisse des Überdenkensverfahrens schriftlich zu fixieren, soweit dies nicht ohnehin geschieht, so etwa bei mündlichen Prüfungsleistungen.

Je nach den Umständen des Einzelfalles kann die Hochschule überlegen, ob sie derartige Dokumentationen beim Prüfer belässt oder zumindest auch in allgemeine Strukturen überführt, z.B. beim Prüfungsamt, sei es in Papierform oder – effizienter – elektronisch, z.B. auf einer gemeinschaftlich zugänglichen Plattform.

h. Muss im Rahmen des Überdenkens eine Veränderung der Bewertung geschehen?

Nein. Der Prüfer kann nach Prüfung der Beanstandungen des Prüflings zum Ergebnis kommen, dass die ursprüngliche Bewertung zutrifft.

i. Muss ich den Prüfer im Überdenkensverfahren heranziehen, der sich im Forschungssemester befindet?

Die Regelungen in den einzelnen Landeshochschulgesetzen zur Aufrechterhaltung bzw. Suspendierung einzelner Pflichten aus dem Dienstverhältnis im Forschungssemester sind verschieden. Soweit die Berechtigung bzw. Verpflichtung zur Prüfertätigkeit im Forschungssemester nicht gesetzlich aufrechterhalten wurde, ist an eine Nebenpflicht im Rahmen der beamten- bzw. arbeitsrechtlichen Treuepflicht zu denken. Um Unklarheiten von vornherein wirksam zu begegnen, könnte die Hochschule mit dem Prüfer im Vorfeld der Bewilligung im Wege von Vereinbarungen oder der Etablierung von Nebenbestimmungen Prüfertätigkeiten im Überdenkensverfahren sicherstellen, die sich im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren bewegen müssen – so wird ein Auslandsaufenthalt eines Prüfers wegen eines Überdenkensgesprächs nicht abgebrochen werden müssen, ein Mailverkehr, eine Videokonferenz oder ähnliche Maßnahmen, soweit strukturell vorhanden, dürften dagegen zumutbar sein.

j. Gibt es die Möglichkeit eines „Überdenkens einer überdachten Bewertung“?

Grundsätzlich nicht. Ausnahmsweise ist ein wiederholtes Überdenken denkbar, wenn der Prüfer im Rahmen der Bekanntgabe seiner überdachten Entscheidung unklare oder fehlerhafte prüfungsspezifische Umstände mitteilt.

V. Das Verhältnis des Überdenkungsverfahrens zum Widerspruchsverfahren

In vielfacher Hinsicht spannend ist das Verhältnis des Überdenkungsverfahrens zum Widerspruchsverfahren, so z.B. in zeitlicher,⁸⁵ struktureller und inhaltlicher Hinsicht.

1. Allgemeines zum Verhältnis

Bereits das *BVerwG* hatte 1993 strukturell vorbereitet, dass ein Überdenken des Prüfers in ein Widerspruchsverfahren eingebettet sein kann. Die Hochschulpraxis hat dies an vielen Stellen übernommen. In der Tat hat diese Praxis namhafte Fürsprecher⁸⁶ und gute Gründe.

Denn das Widerspruchsverfahren bietet ein verlässliches strukturelles Korsett an Verfahrenshandlungen zur Sicherstellung materieller Gerechtigkeit, die für das Überdenkungsverfahren in weiten Teil so übernommen werden können. Bedenkt man auch den Maßstab, der hinsichtlich Ausmaß und Intensität des Überdenkens anzulegen ist, so scheint eine Einbettung in ein Widerspruchsverfahren noch plausibler zu sein: nicht der bestmögliche Schutz, sondern ein (angemessen) wirksamer Schutz ist gefordert.⁸⁷ Bildlich gesprochen hat der Prüfling keinen Anspruch auf einen „Maßanzug“ an Überdenken, sondern ein „Anzug von der Stange“ ist rechtlich hinreichend.⁸⁸ Die besseren Gründe sprechen dennoch gegen eine von vornherein strukturelle Anbindung des Überdenkungsverfahrens an das Widerspruchsverfahren. Dies sind namentlich die verfahrensstrukturellen Unterschiede (2.), die Abkehr des Überdenkens vom Leitbild des Widerspruchsverfahrens als Fremdkontrolle (3.), die Unerheblichkeit der Zweckmäßigkeitsdimension des Widerspruchsverfahren bei Prüfungsbewertungen (5.) und die Inflexibilität der Widerspruchsverfahrens (5.). Wird das Überdenkungsverfahren dennoch in Verbindung mit dem Widerspruchsverfahren kommu-

niziert, so könnten sich daraus rechtliche Nachteile für die Hochschule ergeben (6.).

2. Verfahrensstrukturelle Unterschiede

Das Überdenkungsverfahren ist bereits deshalb gedanklich vom Widerspruchsverfahren zu trennen, weil verschiedene Teile des Prüfungsverfahrens betroffen sind. Das Überdenkungsverfahren zählt systematisch (als „Korrekturschleife“) zum Leistungsbewertungsverfahren,⁸⁹ während das Widerspruchsverfahren den Beginn des Rechtsschutzverfahrens ausmacht. Diese Unterscheidung ist rechtlich alles andere als unbedeutend. Denn beide Verfahrensabschnitte folgen sehr unterschiedlichen rechtlichen Orientierungen. Während für das gesamte Prüfungsverfahren, also auch für das Leistungsbewertungsverfahren – hier das Überdenkungsverfahren – der Einfluss von Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG sehr groß ist,⁹⁰ steht in Rechtsschutzverfahren der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG im Vordergrund.

3. Abkehr vom Leitbild der Fremdkontrolle

Inhaltlich gewichtig ist, dass das Überdenken im Rahmen des Überdenkungsverfahrens grundsätzlich von den Ausgangsprüfern zu erfolgen hat.⁹¹ Dies ist im Hinblick auf mögliche strukturelle Befangenheitspotenziale kritisiert worden,⁹² jedoch wegen der höchstrichterlichen Vorgabe für die Hochschulpraxis bindend.⁹³ Diese Personenidentität bewirkt eine strukturelle Selbstkontrolle der Hochschule. Dieses Postulat steht damit im direkten Kontrast zum Leitbild des Widerspruchsverfahrens, wo mit der Widerspruchsbehörde eine andere als die Ausgangsbehörde tätig wird.⁹⁴ Die Grundregelung zum Widerspruchsverfahren, § 68 VwGO, ist entsprechend so ausgestaltet, dass entweder eine andere Behörde tätig wird oder es wegen Nichtvorhandensein einer anderen Behörde kein Widerspruchsverfahren gibt. Überdenkungsverfahren und Widerspruchsverfahren sind damit nicht nur verfahrensstrukturell,⁹⁵ sondern auch ihrem Zweckansatz nach grundverschieden.

4. Keine Zweckmäßigkeitskontrolle in Prüfungsentscheidungen

Verschiedentlich, teilweise von höchster Stelle, wird als möglicher Grund für die Einbettung in das Wider-

85 S. oben, IV. 2. b.

86 Niehues, o. Fußn. 45.

87 Niehues, o. Fußn. 45, 601.

88 Niehues, o. Fußn. 45, 601.

89 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 18 m.w.N.

90 S. oben, III.

91 S. oben, IV. 1. a.

92 Löwer, o. Fußn. 2, S. 518, 522 f. m.w.N.

93 § 31 Abs.1 BVerfGG.

94 Löwer, o. Fußn. 2, 517; OVG Münster NVwZ-RR 2002, 193 unter Berufung auf BVerwG NVwZ 1993, 686.

95 S. oben, 2.

spruchsverfahren angeführt, dass die Gebote der Prüfungsgerechtigkeit keine Rechtmäßigkeitserwägungen, sondern Zweckmäßigkeitserwägungen seien und deshalb das Widerspruchsverfahren besonders gut passe.⁹⁶ Das ist nicht überzeugend und deshalb nicht zu akzeptieren. Obwohl die genaue Definition der Zweckmäßigkeitserwägungen in Abgrenzung zu Rechtmäßigkeitserwägungen weder einheitlich noch unproblematisch ist,⁹⁷ geht man tendenziell davon aus, dass Zweckmäßigkeitserwägungen außerrechtliche Elemente betreffen, für Verwaltungshandeln insbesondere Erwägungen der Effektivität und Effizienz.⁹⁸ Stattdessen ist die Anwendung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs reine Rechtsanwendung.⁹⁹ Wie bereits ausführlich dargelegt, sind das Erfordernis von inhaltlichen Prüfungsvoraussetzungen und die Entwicklung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs zwingende Ausflüsse aus Art. 12 Abs. 1 GG, während die einheitliche Anwendung dieses Bewertungsmaßstabs aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt.¹⁰⁰ Dass durch diese Rechtmäßigkeitserwägungen gleichzeitig allgemeine Gerechtigkeitsempfindungen bedient werden, trifft zwar zu, stellt sich jedoch als von den Rechtmäßigkeitserwägungen abhängiger, mit diesen untrennbar verbundener Reflex dar. Denn werden die Rechtmäßigkeitserwägungen aus den Grundrechten verletzt, so wird gleichzeitig die Prüfungsgerechtigkeit eingeschränkt. Es steht nicht zu befürchten, dass ein veränderter Bewertungsmaßstab und damit eine Rechtsverletzung zu mehr Prüfungsgerechtigkeit führen kann. Inhaltlich ist die Chancengleichheit bereits unmittelbarer Ausdruck von Gerechtigkeit. Und sollte in persönlicher Hinsicht ein Prüfer den Eindruck von Befangenheit durch das Überdenkengesuch erwecken, so stehen ebenfalls hinreichende rechtliche Mittel zu deren Kompensation zur Verfügung.¹⁰¹ Im Ergebnis ist für Überdenkungsverfahren also ein weiterer wesentlicher inhaltlicher Teil des Widerspruchsverfahrens, nämlich die Zweckmäßigkeitserwägungskontrolle, nicht einschlägig und damit unergiebig.

5. Inflexibilität des Widerspruchsverfahrens

Schließlich passt das Widerspruchsverfahren in vielen Fällen, vor allem für mündliche Prüfungen, nicht. In erster Linie ergeben sich zeitliche Probleme. Denn begehrt ein Prüfling unmittelbar nach dem Ende der mündlichen Prüfung ein Überdenken, gerade vor dem Hinter-

grund optimaler Zeitnähe, so müsste der Prüfling im Falle der Einbettung des Überdenkens in ein Widerspruchsverfahren zunächst bei der richtigen Stelle schriftlich Widerspruch einlegen. Das sind unpassende und wenig effektive Verfahrensanforderungen, sie ermöglichen einen wirksamen Grundrechtsschutz nicht. *Niehues* meint zu diesen Fällen zwar, die Hochschule dürfe in diesen Fällen das Widerspruchsverfahren nicht missbräuchlich überformell ansehen und müsse das Überdenken dennoch zulassen.¹⁰² Wie dies im Einzelnen vonstatten gehen soll, wird dagegen nicht beschrieben. Statt Missbrauchserwägungen aus § 242 BGB heranzuziehen, die eine Korrekturfunktion für rechtliche Schieflagen haben, ist es daher geeigneter, von vornherein das Widerspruchsverfahren gedanklich vom Überdenkungsverfahren abzutrennen.

Darüber hinaus sieht das Widerspruchsverfahren auch schriftliche Behandlung vor, während es im Überdenkungsverfahren häufig mit einem Gespräch mit dem Prüfer erledigt sein wird und schriftliche Gesprächsdokumentationen nur in Ausnahmefällen zur Vorbereitung möglicher gerichtlicher Auseinandersetzungen angezeigt sind.¹⁰³

6. Rechtliche Konsequenzen bei unzutreffender kommunikativer Verbindung

Es ist denkbar, dass eine Hochschule das Überdenkungsverfahren dennoch in Verbindung mit einem Widerspruchsverfahren kommuniziert, etwa indem behauptet wird, dass der Studierende in jedem Falle ein Widerspruchsrecht gegen die Bewertung hat, während eine entsprechende landesrechtliche Grundlage hierfür nicht vorhanden ist und das Widerspruchsverfahren auch sonst nicht eröffnet ist, etwa, weil die Prüfungsentscheidung kein Verwaltungsakt ist. In diesem Falle suggeriert die Hochschule dem Studierenden einen Standard an rechtlichem Schutz, der ihm in Wirklichkeit nicht zusteht. Die Hochschule treffen im Hinblick auf die Information des Prüflings differenzierte Pflichten zu vielen Aspekten des Prüfungsverfahrens.¹⁰⁴ Dies betrifft in erster Linie, aber nicht abschließend die Prüfung selbst. Soweit in der Prüfungsordnung nicht geregelt, ergibt sich aus § 25 Abs. 2 (L)VwVfG die Pflicht der Hochschule, den Prüfling über die ihm zustehenden Rechte und Pflichten im Prüfungsverfahren zu informieren.¹⁰⁵ Dies

96 BVerwG, o. Fußn. 4; *Niehues*, o. Fußn. 45, 602.

97 Details bei *Sachs*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG Kommentar*, 8. Aufl., 2014, § 40 Rn. 15 m.w.N.; *Klüsener NVwZ* 2002, 816 ff.

98 *Klüsener*, o. Fußn. 97.

99 Im Ergebnis auch *Löwer*, o. Fußn. 2, 519. Eine andere Frage ist, ob und ggf. inwieweit der Widerspruchsbehörde in Prüfungsfragen nur eine eingeschränkte Kontrollbefugnis zukommt, s. *Zimmerling/ Brehm*, o. Fußn. 52, Rn. 13 ff. m.w.N.

100 S. oben, III. 1. a. und b.

101 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, Rn. 336 ff.

102 *Niehues*, o. Fußn. 45, 602.

103 S. oben, IV. 2. g.

104 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, R. 176 ff.

105 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, R. 177.

erstreckt sich demnach auch auf die Aspekte der Bewertungskorrektur (Überdenken) bzw. des Rechtsschutzes (ggf. Widerspruch). Verletzungen dieser Pflicht kann Ansprüche aus Amtshaftung wegen Amtspflichtverletzung nach sich ziehen, z.B. dann, wenn sich der Prüfling auf eine Anfechtungsklage einstellt und im gerichtlichen Verfahren eine Umstellung auf eine Leistungsklage nicht mehr möglich ist. In diesen Fällen könnte noch daran zu denken sein, dem Prüfling im Sinne des sog. Meistbegünstigungsgrundsatzes¹⁰⁶ denjenigen Rechtsschutz bereitzustellen, der ihm durch die Verwaltung eröffnet wird, auch wenn dieser Rechtsschutz regulär nicht bestanden hätte. Konkret könnte die – fälschliche – Information der Hochschule, dem Prüfling stünde ein Widerspruchsverfahren zu, zur Eröffnung desselben sowie der folgerichtigen Klagearten führen. Im Prüfungsrecht besteht jedoch die Besonderheit, dass die Hochschule Prüfungsentscheidungen, die regulär keine Verwaltungsakte wären, durch Regelung in der Prüfungsordnung zu Verwaltungsakten erklären kann.¹⁰⁷ Hat die Hochschule dies unterlassen und damit eine bewusste Entscheidung getroffen, so dürfte sich die Hochschule konsequenterweise auch nicht über den Meistbegünstigungsgrundsatz aus unzutreffenden Informationen herausretten dürfen.

VI. Mögliche gesetzliche Regelungen zum Überdenkungsverfahren

Für die Regelungen im Landesrecht (1.) sowie im Hochschulinnenrecht (2.) ergeben sich daraus interessante Konsequenzen.

1. Landesrechtliche Regelung

Da die Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung wesentlicher grundrechtsrelevanter Umstände speziell auch für das Überdenkungsverfahren mehrfach betont wurde,¹⁰⁸ ist zunächst die Erfassung des Überdenkungsverfahrens in genereller Form in einer landesrechtlichen Regelung zu empfehlen. Geeignete Ort hierfür wären Regelungen über Mindestbestandteile der Prüfungsordnung oder für übergeordnete Rahmen- bzw. Musterordnungen.

In dieser Regelung sollten mindestens das Gebot der Effektivität und – daraus abgeleitet – der Zeitnähe sowie das Postulat der Personenidentität des Prüfers beim Überdenken erfasst werden. Diese Umstände sind nach dem BVerfG maßgeblich für die Beherrschung der potenziellen Grundrechtseingriffe.

Eine Verbindung des Überdenkungsverfahrens mit einer Regelung zum Widerspruchsverfahren ist dagegen nicht empfehlenswert.¹⁰⁹ Außerdem wird das Überdenkungsverfahren von einer Regelung zum Widerspruchsverfahren wegen seiner vielen Unterschiede gedanklich nicht mit erfasst.¹¹⁰

2. Regelung im Hochschulinnenrecht

Die Details des Überdenkungsverfahrens können darauf aufbauend dann in einer Rahmenprüfungsordnung oder in speziellen Prüfungsordnungen für einzelne Studiengänge geregelt werden. Zu nennen wären hier insbesondere das Erfordernis hinreichender Konkretisierung und Substanziierung durch den Prüfling sowie die Einsicht- bzw. sonstigen Informationszugangsrechte für den Studierenden. Ein mögliches Muster einer solchen Regelung hängt dieser Abhandlung als Anlage 1 an.

VII. Fazit und Darstellung der eigenen Ergebnisse

1. Fazit

Zu Unrecht spielt das Überdenkungsverfahren in der täglichen Hochschulpraxis eine untergeordnete Rolle. Es ist ebenso relevant wie für sog. berufsbezogene Prüfungen, da die Kompensation von prüferseitigem Bewertungsspielraum das gerichtliche Überprüfungsdefizit gleichermaßen besteht. Die dominierenden Grundrechte des Prüfungsrechts insgesamt, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, drücken auch dem Überdenkungsverfahren ihren Stempel auf, hierbei allerdings in ihrer verfahrensrechtlichen Dimension und deshalb folgerichtig flankiert durch verfahrensrechtliche Erwägungen aus Art. 19 Abs. 4 GG und allgemeine rechtstaatliche Erwägungen, verankert in Art. 20 Abs. 3 GG.

2. Darstellung der eigenen Ergebnisse

- Die Intensität des Grundrechtseingriffs in Rechts des Studierenden/ Prüflings aus Art. 12 Abs. 1 GG determinieren zum Teil die Anforderungen an die Ausgestaltung des Überdenkungsverfahrens, soweit das BVerfG. Infolge dessen könnte sich die Intensität des Überdenkungsverfahrens für nicht bestandene, nicht wiederholbare, nicht bestandene, aber wiederholbare und bestandene Prüfungsleistungen unterscheiden. Jeder Hochschule sei, auch eingedenk des Grundsatzes der Verwaltungseffizienz, anheimgestellt, hier verschiedene Verfahrensstufen zu etablieren.

106 BVerwG NVwZ 1985, 280.

107 Morgenroth, s. oben Fußn. 49.

108 Muckel, o. Fußn. 19; Niehues, o. Fußn. 45.

109 S. soeben, V.

110 S. soeben, V. 96.

- Das Überdenkensverfahren unterscheidet sich in wesentlichen Elementen, etwa verfahrensstrukturell (Leistungsbewertungsverfahren versus Rechtsbehelfsverfahren), seinem Leitbild nach (Selbstkontrolle contra Fremdkontrolle), inhaltlich (keine Zweckmäßigkeitskontrolle) und verfahrensinhaltlich (Schriftlichkeit gegen häufige Mündlichkeit, Fristen versus sofortiges Überdenken), so gravierend vom Widerspruchsverfahren, dass eine gedankliche Einbettung darin nicht empfohlen wird.

- Entsprechend sollte eine gesetzliche Regelung speziell zum Überdenkensverfahren ergehen. Der aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz folgenden und mehrfach angemahten Pflicht einer wenigstens grundsätzlichen gesetzlichen Regelung entsprechend sollten wenigstens die beiden tragenden Aspekte des Überdenkensverfahrens, Effektivität des Grundrechtsschutzes und daraus folgende Zeitnähe der Überprüfung, im jeweiligen Landeshochschulgesetz verankert werden. Darauf aufbauend können in Prüfungsordnungen der Hochschule Details zum Überdenkensverfahren eingebaut werden.

- Die Gebote effektiven Grundrechtsschutzes und der Zeitnähe bedeuten grundsätzliche strukturelle für die Hochschulen. So kann sich hieraus insbesondere für mündliche Prüfungen eine Pflicht zur Ermöglichung zeitnaher Überdenkensgesuche bei der Prüfungsplanung ebenso ergeben wie die Dokumentation von mündlichen Prüfungen, insbesondere bei besonders wichtigen Modulprüfungen, die erfahrungsgemäß von einer erheblichen Nichtbestehensquote begleitet werden.

- Angesichts der bestehenden beamtenrechtlichen Regelungen zur grundsätzlichen Entpflichtung von Hochschullehrern bei deren Eintritt in den Ruhestand wird eine Reaktivierung eines Professors im Ruhestand zu Zwecken eines Überdenkens – anders als möglicherweise bei landesrechtlich geregelten Prüfungen – nur in Ausnahmefällen denkbar sein.

- Es kann im Einzelfall sinnvoll sein, eine Struktur einzurichten, nach der Dokumentationen von Überdenkensprozessen neben dem Prüfer auch bei allgemeinen Prüfungsbehörden der Hochschule, etwa dem Prüfungsamt, hinterlegt sind.

- Entdeckt der Prüfer im Rahmen des Überdenkens eine Täuschung des Prüflings, so ist eine Verböserung seiner Entscheidung (sog. *reformatio in peius*) nur dann zulässig, wenn die Täuschung gerade in vom Prüfling angezeigten Passagen der Prüfungsleistung liegt oder zumindest angelegt ist.

- Für Professoren im Forschungssemester kann sich, je nach landesrechtlicher Regelung zur Aufrechterhaltung von Prüferrechten bzw. -pflichten, anbieten, diese

im Wege einer Vereinbarung oder durch Nebenbestimmungen zur Genehmigung sicherzustellen.

- Das Recht des Prüflings zur Anfertigung von Fotokopien oder Fotos der Prüfungsleistung ist nur im Ausnahmefall und nur dann gegeben, wenn die Wahrnehmung der Prüfungsleistung durch eine berechtigte dritte Person erfolgen muss, welche zum Einsichtstermin nicht anwesend sein kann.

- Prüfungsbewertungen folgen ausschließlich Kriterien der Rechtmäßigkeit, so viel ist zwar strittig, aber bereits gesagt. Erwägungen der Prüfungsgerechtigkeit sind darüber hinaus aber deshalb keine Erwägungen der Zweckmäßigkeit, weil die Prüfungsgerechtigkeit zwingend der Anwendung der etablierten Rechtmäßigkeitsmaßstäbe folgt.

Anlage 1 – Musterregelung in der (Rahmen)Prüfungsordnung

§ ... Überdenkensverfahren

(1) Der Prüfling hat das Recht, vom Prüfer zu verlangen, dass die Bewertung der gesamten Prüfungsleistung oder einzelner Teile der Prüfungsleistung vom Prüfer überdacht und die Bewertung ggf. korrigiert wird.

(2) Ein entsprechender Antrag des Prüflings ist dem Prüfer gegenüber abzugeben. Er wird vom Prüfer unverzüglich an das zuständige Prüfungsamt weitergeleitet.

(3) Der Prüfling hat im Rahmen dieses Überdenkensverfahrens die Pflicht, alle Teile der Prüfungsleistung, deren Bewertung er überprüft haben möchte, anzuzeigen und ausführlich darzulegen, aus welchen Gründen er die Bewertung für fehlerhaft hält. In Ausübung dieser Pflicht hat der Prüfling das Recht, bei mündlichen Prüfungen das Prüfungsprotokoll sowie bei schriftlichen Prüfungen seine Prüfungsleistung sowie alle Bewertungsbemerkungen des Prüfers bzw. der Prüfer einzusehen. Im Rahmen der Einsicht ist der Prüfling nicht berechtigt, Kopien oder Abschriften anzufertigen.

(4) Der Prüfer hat die Pflicht, sich an Hand der Ausführungen des Prüflings mit den angegriffenen Teilen der Prüfungsleistung nach bestem Erinnerungsvermögen zu befassen und eine erneute Einschätzung vorzunehmen. Der Prüfer ist berechtigt, im Rahmen des vom Prüfling zum Überdenken angezeigten Bereichs auch sonstige Fragen mit Einfluss auf die Bewertung, insbesondere im Zusammenhang mit einer Täuschung, zu behandeln. Der Prüfer ist nicht berechtigt, andere als die

vom Prüfling angezeigten Teile der Prüfung zu betrachten. Eine andere Person als der Prüfer der antragsgegenständlichen Bewertung ist nur berechtigt, diesen Pflichten nach Satz 1 für den Prüfer nachzukommen, wenn der ursprüngliche Prüfer nicht verfügbar ist.

(5) In Rahmen der Neubewertung hat der Prüfer den gleichen Bewertungsmaßstab anzulegen.

(6) Das Überdenkungsverfahren kann auch im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens, § ... durchgeführt werden. Die Gebote des effektiven und zeitnahen Schutzes der Rechte des Prüflings sind einzuhalten.

Der Autor ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie Referent und Fachautor zum Hochschulprüfungsrecht.

Frank Wertheimer

Sicherung der Lehrfreiheit im „Masterplan Medizinstudium 2020“

ÜBERSICHT

I. „Masterplan Medizinstudium 2020“

II. Praktisches Jahr (PJ) als Teil des Medizinstudiums

III. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Lehre im Medizinstudium

1. Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2005/36/EG

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben nach Art. 5 Abs. 3 GG

IV. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes auf die Umsetzung des „Masterplans Medizinstudium 2020“

1. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im stationären Bereich

2. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im ambulanten Bereich

V. Auswahl und Bestellung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

1. Status quo

2. Bestimmung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

I. „Masterplan Medizinstudium 2020“

Aktuell wird an einer Reform des Medizinstudiums unter der Überschrift „Masterplan Medizinstudium 2020“ gearbeitet. Angestoßen wurde diese Reform von den Regierungsparteien CDU, CSU und SPD. In deren Koalitionsvertrag vom 14.12.2013 für die 18. Legislaturperiode ist im Abschnitt 2.4 (Gesundheit und Pflege) unter den Punkten „Gesundheitsberufe und Medizinstudium“ vorgesehen, dass in einer Konferenz der Gesundheits- und Wissenschaftsminister von Bund und Ländern für eine zielgerichtetere Auswahl der Studienplatzbewerber, zur Förderung der Praxisnähe und zur Stärkung der Allgemeinmedizin ein „Masterplan Medizinstudium 2020“ entwickelt wird.

Ein konkretes Dokument zu diesem Masterplan ist bislang nicht öffentlich gemacht worden. Offenbar existieren aber Vorschläge, das Praktische Jahr (PJ) am Ende des Medizinstudiums zukünftig nicht mehr in Tertiale zu unterteilen, sondern in vier Quartale. Neben den bereits bestehenden Pflichtabschnitten in den Fächern Chirurgie und Innere Medizin soll ein weiteres Pflichtquartal für den ambulanten Bereich eingeführt werden,

welches die Medizinstudierenden ausschließlich in Vertragsarztpraxen absolvieren sollen. Praxisinhaber können sich hierfür, so offenbar die Vorstellung der Politik, freiwillig melden, um als Lehrpraxen an diesem praktischen Studienabschnitt mitzuwirken. Hingegen scheint derzeit nicht daran gedacht, die Hochschulambulanzen und Akademischen Lehrkrankenhäuser in dieses ambulante Pflichtquartal einzubeziehen. Der vierte Abschnitt des PJ soll weiterhin der Wahlfreiheit der Studierenden unterliegen.

Ferner sieht der Masterplan offenbar vor, dass in der nach dem Ende des Praktischen Jahres liegenden, das Medizinstudium abschließenden mündlich-praktischen Prüfung das Fach Allgemeinmedizin verpflichtend für alle Studierenden geprüft wird.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Rolle den Medizinischen Fakultäten bei der Auswahl, Bestellung und Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Lehrpraxen zukommt, dies insbesondere vor dem Hintergrund der zu wahrenen Autonomie der Universitäten. Hinsichtlich der zukünftig vorgesehenen verpflichtenden Prüfung des Faches Allgemeinmedizin geht es im gleichen Kontext um den Einfluss der Medizinischen Fakultäten auf Auswahl, Bestellung und Qualitätssicherung der einzusetzenden Prüfer und auch dort um die Reichweite der Lehrfreiheit.

II. Praktisches Jahr (PJ) als Teil des Medizinstudiums

Das Praktische Jahr (PJ) ist Bestandteil der ärztlichen Ausbildung und damit Teil des Medizinstudiums. Dies folgt unmittelbar aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 ÄAppO. Dort ist bestimmt, dass das letzte Jahr des Studiums eine zusammenhängende praktische Ausbildung von 48 Wochen umfasst. Abgeschlossen wird das Studium durch den Dritten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung gem. § 1 Abs. 3 Nr. 3 ÄAppO.

Regelungen, die – wie das im „Masterplan Medizinstudium 2020“ vorgesehene Pflichtquartal im ambulanten Bereich – das PJ betreffen, zielen auf die Ausbildung der Medizinstudierenden ab und betreffen damit die Lehre im Fach Medizin.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Lehre im Medizinstudium

1. Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2005/36/EG

Soweit in der Vergangenheit Änderungen der ÄAppO anstanden, die Auswirkungen auf das Praktische Jahr hatten, wiesen die Medizinischen Fakultäten darauf hin, dass das PJ unverändert unter universitärer Leitung, Koordination und Verantwortung bleiben müsse und beriefen sich hierfür auf die Vorgaben der EU Richtlinie 2005/36/EG.¹

In der Richtlinie 2013/55/EU zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems wurde Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG dahingehend neugefasst, dass die ärztliche Grundausbildung mindestens fünf Jahre umfasst und aus mindestens 5500 Stunden theoretischer und praktischer Ausbildung an einer Universität oder unter Aufsicht einer Universität besteht.

Diese Bestimmung bringt zwar eine universitäre Gesamtverantwortung für das gesamte Medizinstudium zum Ausdruck, was dafür spricht, dass auch das Praktische Jahr unter universitärer Leitung und Verantwortung stehen muss. Indessen darf die Regelung von ihrem Gehalt her nicht überbewertet werden. Das hängt damit zusammen, dass die EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) keine eigenständige Kompetenz zum Erlass von Rechtssetzungsakten hat, die das Hochschulstudium betreffen. Zwar stehen der EU gem. Art. 165, 166 AEUV Kompetenzen im Bildungsbereich zu, sie ist dabei aber auf Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen beschränkt.² Dem trägt u.a. auch Art. 24 Abs. 2 der o.g. Richtlinie Rechnung, die mit dem Ziel geschaffen wurde, die bis dahin existierenden 15 verschiedenen sektoralen, allgemeinen und koordinierenden Richtlinien zur Berufsanerkennung zu konsolidieren und zu vereinfachen. Insbesondere wird mit der Berufsanerkennungsrichtlinie für die einzelnen Unionsbürger die materielle Grundlage für die Freizügigkeit

gewährleistet, die für den Einzelnen unvollkommen ist, solange er seinen erlernten Beruf nicht im europäischen Ausland ausüben kann. Aus dem Europarecht lassen sich die aufgeworfenen Fragen daher nicht unmittelbar beantworten.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben nach Art. 5 Abs. 3 GG

Zur Klärung der eingangs genannten Fragen ist vornehmlich auf die Verfassung abzustellen. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Die Wissenschaftsfreiheit schützt hierbei die „auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“.³

Grundrechtsträger sind nach allgemeiner Auffassung nicht nur die einzelnen Wissenschaftler, also Professoren, Hochschuldozenten, Akademische Räte und wissenschaftliche Mitarbeiter, sondern auch die wissenschaftlichen Einrichtungen, insbesondere die Universitäten.⁴ Dass dem so ist, spiegelt sich auch in etlichen Länderverfassungen wieder – so etwa in Art. 20 Abs. 1, 3 LV Baden-Württemberg, Art. 107 Abs. 1 LV Sachsen, Art. 39 Abs. 1 LV Rheinland-Pfalz oder in Art. 33 Abs. 2 S. 2 LV Saarland – und findet einfachgesetzlichen Ausdruck in den Hochschulgesetzen der Länder. So bestimmt beispielsweise § 3 Abs. 1 S. 1 LHG BW, dass die Hochschulen frei sind in Forschung, Lehre und Kunst. Entsprechende Regelungen enthalten die Hochschulgesetze der anderen Bundesländer.

Der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG zielt damit, bezogen auf die Universitäten als Grundrechtsträger, auf die Selbstverwaltung im akademischen, d.h. dem auf Forschung und Lehre bezogenen Bereich ab und umfasst folglich auch die Organisation von Forschung und Lehre.⁵ Damit können sich auch die Fakultäten (bzw. Fachbereiche) auf die Freiheit der Lehre berufen; als teilrechtsfähige Untereinheiten der Universität obliegt ihnen die Organisation und Koordination des Lehrbetriebs.⁶

1 Vgl. etwa die Kurzfassung der Stellungnahme der Deutschen Hochschulmedizin e.V. zum Entwurf einer Ersten Verordnung zur Änderung der Approbationsordnung für Ärzte vom 18.10.2011 (www.uniklinika.de/media/file/3617.11-10-18_Kurzfassung_AO-Stellungnahme_Hochschulmedizin.pdf) oder die Resolution des Medizinischen Fakultätentages vom 24.06.2011 (www.mft-online.de/files/resolution_schriftl_m2_pruefungen_720mft.pdf) zur Verlagerung des schriftlichen Teils des Zweiten Abschnitts der Ärztlichen Prüfung vor das Praktische Jahr und zur Beachtung der universitären Verantwortung für das Universitätsstudium.

2 Vgl. Lindner, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. XI, Rn. 28.

3 BVerfG v. 26.01.2004, 1 BvR 911, 927, 928/11, BVerfGE 111, 333, 354.

4 BVerfG v. 14.04.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG v. 10.03.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; Kempfen, in: HSchR-Praxishandbuch, a.a.O., Kap. I, Rn. 12 ff.

5 BVerfG v. 29.05.1979, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79; Kempfen, in: HSchR-Praxishandbuch, a.a.O., Rn. 23; Löwisch, OdW 2016, 154.

6 BVerfG v. 14.04.1987, a.a.O.; v. 31.05.1995, 1 BvR 1413/94, BVerfGE 93, 85; vom 26.10.2004, 1 BvR 911/00 u.a., BVerfGE 111, 333; zuletzt bestätigt durch BVerfG v. 17.02.2016, 1 BvL 8/10, juris; Kempfen, in: HSchR-Praxishandbuch, a.a.O., Rn. 26.

Bei diesen Organisations- und Koordinationsaufgaben, einfachgesetzlich wiederum in den Landeshochschulgesetzen geregelt (z.B. § 22 Abs. 1 LHG Baden-Württemberg), handelt es sich um Maßnahmen bzw. Handlungen, die unmittelbar zur wissenschaftlichen Forschung und Lehre beitragen und daher ebenso dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterfallen.⁷

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet der Fakultät nicht nur die Freiheit, über Inhalt, Ablauf und methodischen Ansatz eines Studiengangs und der Lehrveranstaltungen zu bestimmen, sondern die Studienangebote gegenständig, zeitlich und örtlich zu koordinieren.⁸

Zu diesen, grundrechtlich geschützten, Koordinationsaufgaben gehört auch die Auswahl derjenigen Partner, auf deren Zusammenarbeit die Fakultät, vorliegend die Medizinische Fakultät, bei der praktischen Ausbildung der Medizinstudierenden im PJ angewiesen ist. Über den Auswahlprozess hinaus muss die Fakultät auch frei darin sein, die Kooperation mit diesen Partnern inhaltlich zu gestalten. Es würde einen schwerwiegenden Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Lehrfreiheit bedeuten, wenn die Festlegung dieser Partner weitgehend anderen Akteuren überlassen und den Medizinischen Fakultäten entsprechender Einfluss vorzuenthalten und ihnen auch nicht mehr das Recht zugesichert würde, wie bisher Kooperationsvereinbarungen mit ihren Partnern abzuschließen.

IV. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes auf die Umsetzung des „Masterplans Medizinstudium 2020“

Wenn der „Masterplan Medizinstudium 2020“ die Einführung eines Pflichtquartals für den ambulanten Bereich vorsieht, in dem die Studierenden der Medizin in Vertragsarztpraxen eine praktische Ausbildung erfahren sollen, so wird hierdurch eine parallele Struktur zur stationären Ausbildung in den Bereichen Chirurgie und Innere Medizin etabliert, für die den Studierenden die Universitätsklinik sowie die Akademischen Lehrkrankenhäuser zur Verfügung stehen.

1. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im stationären Bereich

Nach § 3 Abs. 2 ÄAppO wird die Ausbildung der Medizinstudierenden im Praktischen Jahr in den Universitätskrankenhäusern oder in Krankenhäusern durchgeführt, mit denen die Universität eine Vereinbarung hierüber getroffen hat (Akademische Lehrkrankenhäuser).

Die Vorschrift garantiert den Universitäten hierbei, dass ihnen die Auswahl dieser Krankenhäuser obliegt, auch wenn hierfür noch ein Einvernehmen mit der zuständigen Gesundheitsbehörde hergestellt werden muss. Dieses soll aber lediglich sicherstellen, dass die gesetzlichen Anforderungen (§ 4 Abs. 1 und 2 ÄAppO) in diesen Krankenhäusern erfüllt werden.

Nach § 3 Abs. 2 S. 4 ÄAppO muss das Akademische Lehrkrankenhaus gewährleisten, das Logbuch, also den von der Universität erstellten Ausbildungsplan (vgl. § 3 Abs. 1a) ÄAppO), einzuhalten. Die Universität wird demnach nur solche Krankenhäuser als Lehrkrankenhäuser auswählen, die ihre Vorgaben in der Ausbildung erfüllen. Damit ist auch gewährleistet, dass die Universität bzw. die Medizinische Fakultät in der Koordination der Lehre frei ist. Über die Kooperationsvereinbarung, die die Universität mit einem Akademischen Lehrkrankenhaus abschließt, wird dieser über die Gewährleistung des Logbuchs hinaus weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt, für sie wesentliche Punkte in der praktischen Ausbildung der Studierenden zu regeln.

Flankierend hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 und 2 ÄAppO Qualitätskriterien verankert, die eine gesicherte und strukturierte praktische Ausbildung der Studierenden ermöglichen sollen. Dazu gehört eine ausreichende Anzahl von Ärzten in den Lehrkrankenhäusern, die sowohl für die ärztliche Versorgung als auch für die Ausbildungsaufgaben zur Verfügung stehen. Ferner müssen regelmäßige pathologisch-anatomische Demonstrationen durch einen Facharzt für Pathologie und klinische Konferenzen gewährleistet sein. Zur Ausbildung auf den Fachgebieten der Inneren Medizin und der Chirurgie bedarf es überdies einer bestimmten Anzahl von Behandlungsplätzen sowie der Sicherstellung konsiliarärztlicher Expertise in den in § 4 Abs. 1 genannten Fachgebieten. Nach Abs. 2 der Vorschrift muss ein Lehrkrankenhaus schließlich über bestimmte Einrichtungen, etwa im Bereich der Radiologie oder der Laboratoriumsmedizin verfügen und müssen geeignete Räumlichkeiten zur Unterrichtung der Studierenden vorhanden sein. Mit diesen Vorgaben sichert der Gesetzgeber die Lehrqualität ab.

2. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im ambulanten Bereich

Überträgt man die vorstehenden Grundsätze auf die geplante Umstrukturierung des Praktischen Jahres mit der Einrichtung eines Pflichtquartals im ambulanten

⁷ *Kempen*, a.a.O., Rn. 26; *Löwisch*, OdW 2016, 153, 154.

⁸ BVerfG v. 17.02.2016, a.a.O. unter Hinweis auf BVerfG v.20.07.2010, 1 BvR 748/06, BVerfG 127, 87; *Kempen*, a.a.O., Rn. 96.

Bereich, folgt daraus, dass es den Universitäten – und damit den Medizinischen Fakultäten – vorbehalten bleiben muss, die Vertragsarztpraxen auszuwählen, in denen die praktische Ausbildung der Studierenden stattfinden soll. Würde diese Auswahl hingegen den Kassenärztlichen Vereinigungen und/oder den Fachgesellschaften zugeordnet, stellte dies einen nicht mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbaren Eingriff in die Freiheit der Lehre dar. Insbesondere in der Akkreditierungsentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht⁹ verdeutlicht, dass die Wissenschaftsfreiheit, zu der die Lehrfreiheit zählt, durch den Gesetzgeber in Systemen der Qualitätskontrolle prozedural und organisatorisch zu sichern ist. Neben dem Abwehrrecht gegen punktuelle und personenbezogene Eingriffe stehe auch hier eine Garantie hinreichender Teilhabe der Wissenschaft selbst, die vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen sowohl innerhalb der Hochschulen wie auch durch Dritte, im Wissenschaftssystem mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattete Akteure schützt.¹⁰

Indessen zeigt die seit dem 01.04.2013 geltende Regelung des § 3 Abs. 2a) ÄAppO, dass der Gesetzgeber diese Grundsätze berücksichtigt hat. Zwar ist die Einbeziehung von Lehrpraxen dort bislang nur fakultativ geregelt, die Auswahlentscheidung liegt aber bei den Universitäten, die lediglich – analog dem Verfahren bei den Akademischen Lehrkrankenhäusern – das Einvernehmen mit den zuständigen Gesundheitsbehörden herstellen müssen. Entsprechend den Lehrkrankenhäusern ist auch vorgesehen, dass die Universitäten Vereinbarungen mit den Lehrpraxen abschließen und letztere sich verpflichten müssen, den Ausbildungsplan der Universitäten einzuhalten. Art. 5 Abs. 3 GG wird dadurch ausreichend Rechnung getragen.

Wird, wie dies der „Masterplan Medizinstudium 2020“ offenbar vorsieht, das Pflichtquartal im ambulanten Bereich eingeführt, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die in § 3 Abs. 2a) ÄAppO bislang fakultative Regelung bzgl. der Lehrpraxen an die in § 3 Abs. 2 ÄAppO bestehende Bestimmung anpasst. Bleiben die jetzigen Rahmenbedingungen dabei erhalten, sind die Schutzinteressen der Medizinischen Fakultäten gewahrt.

Im Unterschied zu § 4 Abs. 1 ÄAppO, der Anforderungskriterien für Lehrkrankenhäuser definiert, fehlen solche bislang für Vertragsarztpraxen, die als Lehrpraxen in die praktische Ausbildung von Medizinstudierenden einbezogen werden sollen. Solche Kriterien könnte

der Gesetzgeber definieren, ohne die Lehrfreiheit der Universitäten zu verletzen. Solange dies nicht der Fall ist, resultieren daraus keine Nachteile für die Medizinischen Fakultäten, weil sie die Anforderungen an solche Einrichtungen nach § 4 Abs. 4 ÄAppO im Einvernehmen mit der nach Landesrecht zuständigen Stelle selbst festlegen können. Bleibt diese Befugnis auch bei der Einführung eines Pflichtquartals im ambulanten Bereich bestehen, ist Art. 5 Abs. 3 GG nicht beeinträchtigt.

V. Auswahl und Bestellung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

1. Status quo

Regelungen zur mündlich-praktischen Prüfung, mit deren Absolvieren das Medizinstudium gem. § 1 Abs. 3 Nr. 3 ÄAppO abgeschlossen wird, enthält § 15 ÄAppO. Nach dessen Abs. 1 S. 2 werden die Kommissionen für diese Prüfung von den nach Landesrecht zuständigen Stellen, also den Staatlichen Prüfungsämtern, bestellt. Nach § 15 Abs. 1 S. 6 ÄAppO können als Mitglieder der Prüfungskommissionen für den Dritten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung auch dem Lehrkörper der Universität nicht angehörende Ärzte, wie Fachärzte für Allgemeinmedizin oder anderer Fachgebiete, bestellt werden.

Qualifikationsvoraussetzungen an die Person des Prüfers enthält § 15 Abs. 4 HRG, der – wie sich aus Abs. 1 der Vorschrift ergibt – auch für staatliche Prüfungen gilt. Danach dürfen Prüfungsleistungen nur von Personen bewertet werden, die selbst zumindest die durch die Prüfung festzustellende oder eine gleichwertige Qualifikation besitzen. Als Prüfer soll demnach nur tätig werden dürfen, wer nach Maßgabe formaler Kriterien den nötigen fachbezogenen oder wenigstens fachnahen Sachverstand unter Beweis gestellt hat.¹¹

Die Frage der Gleichwertigkeit einer Qualifikation wird im Regelfall anhand förmlicher Leistungs- und Befähigungsnachweise beurteilt.¹²

In der jetzigen Praxis nehmen die staatlichen Prüfungsämter bei Entscheidungen nach § 15 Abs. 1 S. 6 ÄAppO lediglich den formalen Beststellungsakt vor. Da sie selbst keinen Zugang haben, wer als Prüfer überhaupt in Betracht kommt und die Qualifikation des Prüfers auch nicht einschätzen können, erfolgt dies nicht ohne Einbeziehung der Medizinischen Fakultäten, die den Vorschlag, eine bestimmte Person zum Prüfer zu bestellen, an die staatlichen Prüfungsämter herantragen. So-

9 BVerfG v. 17.02.2016, a.a.O.

10 BVerfG v. 17.02.2016, a.a.O., juris Rn 60.

11 BVerfG v. 18.06.1981, 7 CB 22.81, *Buchholz* 421.0 Prüfungswesen

Nr. 149 und v. 20.08.1997, 6 B 25.97, NJW 1998, 323; *Schnellenbach* in HSchR-Praxishandbuch, a.a.O., Kap. XII, Rn. 41.

12 Vgl. *Schnellenbach*, a.a.O., Rn. 41.

mit ist der Einfluss der Medizinischen Fakultät gewahrt, was auch erforderlich ist, da auch das Prüfungsrecht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst wird.¹³

2. Bestimmung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

Nach § 30 Abs. 2 S. 2 ÄAppO erstreckt sich die mündlich-praktische Prüfung auf patientenbezogene Fragestellungen aus der Inneren Medizin, der Chirurgie und dem Gebiet, auf dem der Prüfling seine praktische Ausbildung nach § 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 ÄAppO erfahren hat. Das kann auch nach jetzt geltender ÄAppO das Fach Allgemeinmedizin sein, so dass es der Bestellung entsprechender Prüfer bedarf. Wird das Fach Allgemeinmedizin, wie im „Masterplan Medizinstudium 2020“ offenbar vorgesehen, zukünftig Pflichtfach in der mündlich-praktischen Prüfung, erhöht sich in der Konsequenz lediglich der Bedarf an Prüfern, die die oben dargestellten Kriterien erfüllen.

Sofern bei der Bestellung von Prüfern im Fach Allgemeinmedizin die beschriebenen Verfahrensabläufe eingehalten werden, sind die Interessen der Medizinischen Fakultäten gewahrt. Nicht vereinbar mit Art. 5 Abs. 3 GG wäre es hingegen, wenn es – unter Umgehung der Medizinischen Fakultäten – beispielsweise den Kassenärztlichen Vereinigungen und/oder den Fachgesellschaften obläge, Prüfer aus den Vertragsarztpraxen vorzuschlagen.

Um dies klarzustellen, könnte der Gesetzgeber in § 15 Abs. 1 S. 6 hinter das Wort „stattdessen“ die Worte „im Einvernehmen mit den Universitäten“ einfügen.

Der Autor ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.

¹³ Schnellenbach, a.a.O., Rn. 17 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Klaus Bartels

Vom Leben der Wörter

Gedenken an Helmut Engler (14.04.1926 - 25.10.2015)

Rektorat und rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg haben am 25. Oktober 2016 in einer Feier ihres ein Jahr zuvor verstorbenen Mitglieds *Helmut Engler*, ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Freiburg und von 1978 bis 1991 Minister für Wissenschaft und Kunst des Landes Baden-Württemberg gedacht. Sie haben sein wissenschaftliches Werk, vor allem seine Zeit als Wissenschaftsminister gewürdigt, in die etwa die Gründung der Berufsakademien (heute duale Hochschulen) fällt.

Helmut Engler war auch Minister für Kunst und so zuständig auch für Literatur. Deren Förderung war ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit. Sinnbild dafür ist sein Engagement für die alten Sprachen im Rahmen der von ihm fast zwei Jahrzehnte geleiteten „Stiftung Humanismus heute“. Mit *Klaus Bartels*, dem Autor des nachfolgenden Beitrags, verband ihn in der Stiftung eine der Sprache gewidmete Freundschaft. *Engler* pflegte in seiner täglichen Arbeit sorgsam die Sprache und ging der Bedeutung von ihm (und anderen) gebrauchten Wörtern nach. Interesse für deren Leben war ihm eigen. Indem *OdW* den Beitrag von *Klaus Bartels* wiedergibt, möchte sie solches Interesse auch bei anderen in der Wissenschaft Tätigen neu wecken.

Manfred Löwisch

Wörter, einfach Wörter: Das ist die schlichteste Ware, die ein Philologe bringen kann: Die Wörter sind der Stoff, aus dem die Texte sind, von den lyrischen Gedichten bis zu den Gesetzestexten. Und sie leben darin ihr ureigenes verborgenes Leben. Nehmen wir nur gleich dies Wörtchen „Text“ beim Wort: Da erscheint hinter unserem „Text“ ein lateinisches *texere*, „weben“; da verwandelt sich der schwarzweisse „Text“ in ein aus den Kettfäden und Schussfäden der Wörter gewobenes farbiges „Gewebe“. Soweit wir sehen, hat Cicero als erster das Weben von den Textilien auf die Texte übertragen. Er schreibt an einen Freund: „In einer Privatklage gebrauchen wir eine eher fachliche, in einem politischen Prozess eine eher kunstvolle Sprache; einen Freundesbrief dagegen pflegen wir aus ganz alltäglichen Wörtern zu weben – lateinisch: *texere solemus* – oder wieder deutsch: zu texten“ (Briefe an Freunde 9, 21, 1).

Wortgeschichte: Zum einen Teil geht es da um Sprachgeschichte: um Sprachverwandtschaften und Lautgesetze, um den grossen Baukasten aus Präfixen vorneweg, Wortstämmen und Suffixen hinterdrein. Zum anderen Teil geht es da um Kulturgeschichte: um die so vollkommen menschlichen Lebenswege der Wörter durch die Zeiten und die Sprachen, ihre Bedeutungssprünge und Beziehungskisten, ihr Aufsteigen und ihr Wiederabsinken, ihr abenteuerliches Hakenschlagen querfeldein. Da gilt allemal, frei nach der lustigen Person im „Faust“: „Greift nur hinein ins volle Wörterleben! ... und wo ihr's packt, da ist's interessant.“

Und oft genug auch irritierend. Schlagen wir auf der Fährtsuche nach einer „Kanzlei“ oder einem „Kanzler“ im guten alten „Georges“ nach, so finden wir da unter dem Stichwort *cancellarius* zunächst ein Substantiv mit der Bedeutung „Türsteher“ oder „Kanzleidirektor“ und dann ein Adjektiv mit der Bedeutung „hinter Gittern gemäset“. Was in aller Welt hat das mit einem „Kanzler“ oder gar mit einer „Kanzlerin“ zu tun? Die „Gitter“ bringen uns auf die rechte Fährte. Ein „Lattenzaun mit Zwischenraum, hindurchzuschauen“, die Latten über Kreuz schräggestellt, hieß im Lateinischen *cancelli*, im Plural: „die Latten, die Schranken“. Daher kommt die Bezeichnung *cancellarius*, „der an den Schranken“, für den Gerichtsdienner, der zwischen dem Gericht und den Parteien vermittelte, Schriftsätze entgegennahm und Urkunden aushändigte, und daher rührt dann, nebenbei, das Qualitätsprädikat *cancellarii* für die hinter Gittern – in Käfighaltung – gemäseten Wacholderdrosseln.

Ein solcher *cancellarius* „an den Schranken“ zwischen Gericht und Parteien, Behörde und Publikum hatte im Sinne des Wortes eine Schlüsselfunktion inne. Von dem spätantiken *cancellarius*, „Bürochef, Kanzleichef“, im Dienst eines hohen Magistraten ist der Titel auf den mittelalterlichen kaiserlichen *kanzelaere* oder auch schon kurz *kanzler* übergegangen; auch der vermittelte ja sozusagen „an den Schranken“ zwischen Kaiser und Volk.

Die gleichen *cancelli* haben dann auch der „Kanzel“ in der Kirche den Namen gegeben: An der Schranke zwischen Chor und Schiff hatte das erhöhte Lesepult seinen Platz, von dem herab der Priester seine Predigt hielt. Die Kanzel ist sozusagen das Predigtstuhl „an den Schranken“. Und von der hohen Warte dieser Kirchenkanzel ist das Wort dann weiter auf die Aussichtskanzel hoch über Berg und Tal übergesprungen und schliesslich noch auf den Hochsitz der Pilotenkanzel hoch über der Startpiste.

Damit sind wir, scheint es, nun weit jenseits aller Lattenzäune und überhaupt aller Gitterwerke. Und doch nur solange, bis der Pilot da oben in seiner Pilotenkanzel eine kabelknabbernde Maus entdeckt und dann auf der großen Tafel in der Abflughalle plötzlich die anglolateinische Anzeige *Cancelled*, neudeutsch „gekänzelt“, erscheint: Das lateinische *cancellare*, eigentlich „kreuzweise vergittern“, bedeutete ja schon unter römischen Juristen soviel wie „streichen, tilgen“, entsprechend unserem „Ausixen“ auf der alten Schreibmaschine.

Familienverhältnisse, Verwandtschaftsverhältnisse: Da gibt es wie unter den Menschen, so unter den Wörtern nahe Bluts- und Stammverwandte, die sich so weit auseinandergelebt haben, dass sie nichts mehr voneinander wissen wollen. Wer denkt denn, aller augen- und ohrenfälligen Familienähnlichkeit zum Trotz, bei einem Bau-„Kran“ gleich an einen „Kranich“, griechisch *géranos*, dessen lautmalender Name schon in klassischer Zeit an die gleich langhalsigen und gleich laut krächzenden Bau- und Theaterkräne übergegangen ist? Wer denkt denn bei einem Bund knackiger Radieschen, wörtlich: „Würzelchen“, gleich an einen Links- oder Rechts-Radikalen, diese blindwütigen „Wurzelburschen“, die alles, was ihnen nicht passt, immer gleich mit der Wurzel ausreißen wollen?

Wo die Bedeutungsbezüge die Verwandtschaft nicht mehr erkennen lassen, werden die augen- und ohrenfälligen Familienähnlichkeiten – wie bei jenen „Texten“ und den „Textilien“ – nicht mehr wahrgenommen. Wer denkt denn bei einem „Konjunktur“-Aufschwung noch an die glückverheißende Planeten-Konjunktion, die Planeten-„Verbindung“ am Himmel, die ihn im Voraus angekündigt hat, oder bei einem „Konjunktur“-Rückgang an die grammatischen Konjunktionen vom Schlage eines „Wenn“ und „Aber“ oder an die irrealen Konjunktive vom Schlage eines „Wäre da doch“ oder „Hätte ich doch“, die dann im Nachhinein zu hören sind? Wenn ein neues Fußball-Stadion aus der Projektierung in sein Planungs-Stadium eintritt, wechseln die Wörter auf der Schwelle ein fröhliches Augenzwinkern.

Und zugleich gibt es da, neben diesen verleugneten Bluts- und Stammverwandten, immer wieder bloße Doppelgänger, die einander täuschend ähnlich sehen, auch aufeinander Bezügliches bedeuten – und doch verwandtschaftlich nichts miteinander zu tun haben. So ist es, aller Sachbezüglichkeit zum Trotz, mit dem „Ball“, den der Stürmer in hohem Bogen ins Tor schießt, und der „Ballistik“, die derlei Geschossbahnen berechnen könnte: Da ist auf der einen Seite der prall aufgeblasene „Ball“ gleichen Stammes mit dem prall geschnürten Stoff-„Ballen“ und dem muskelgestaltigen, „mäuschen“-gestaltigen Hand-„Ballen“; und da ist auf der anderen

Seite die von dem griechischen Verb *bállein*, „werfen“, abgeleitete „Ballistik“ gleichen Stammes mit dem festlichen anderen „Ball“, auf dem die Tänzer ihre Arme und Beine herumwirbeln – als ob es da um die Flugbahnen außer Kontrolle geratener, quer durch den Ballsaal gewirbelter Tanz-Partnerinnen ginge.

Aus der „Atmosphäre“, einem neuzeitlichen, aus griechischen Elementen destillierten Retortenwort, weht uns nicht etwa ein germanischstämmiger „Atem“, sondern eine griechische *atmé* entgegen. Bei ihrem ersten Auftritt bei Hesiod (*Theogonie* 862) bezeichnet diese *atmé* einen sengenden, dörrenden „Gluthauch“ über der vom Blitz des Zeus getroffenen „brennenden, schmelzenden Erde“. Und später bei Aischylos (*Agamemnon* 1311) spricht die Seherin Cassandra von dem *atmós*, dem „Modergeruch“, der ihr aus dem Palasttor von Mykene „gleichwie aus einem Grab“ entgegenschlägt. Gluthauch und Moder: Was uns aus dieser zwei, drei Jahrtausende tiefen Lexikonspalte glutheiß und feuchtkalt in die Nase steigt, kann einem heute angesichts der aktuellen Klimaszenarien und Kassandrarufo ja schier den Atem verschlagen.

Vollends verwirrend wird das Vexierspiel dieser Doppelgänger, wenn das Kassationsgericht eine Geldstrafe kassiert und die Gerichtskasse dann nichts mehr zu kassieren hat. Bei einem Doping-„Test“ – eigentlich einer alchemistischen „Schmelztiegel“ –, der einem Radrennfahrer allzu männliche Testosteronwerte attestiert, haben wir es sogar mit einem wortgeschichtlichen Dreifachgänger zu tun, und bei dem super-männlichen Raser, dessen rasante, das heißt ja: alle Tempolimit-Tafeln wegrasierende Fahrt zu übler Letzt unterm grünen Rasen endet, haben wir noch einmal einen solchen veritablen Dreifachgänger vor uns.

Manchmal hilft das ungelehrte „Volk“ mit seinen wortdeutenden, sinnstiftenden „Volksetymologien“ einer solchen Beinahe-Begegnung noch ein wenig nach. Die Murmeltiere in den Bündner Bergen murmeln ja nicht mit dem Bergbach um die Wette. Darin stecken lateinische *mures montani*, „Bergmäuse“ von der kolossalen Art, die im Rätoromanischen einen tausendjährigen Winterschlaf gehalten haben, dann im Mittelhochdeutschen als kauderwelsche *mürmendin* erscheinen und sich schließlich zu ordentlichen „Murmeltieren“ gemauert haben – da konnte man sich bei dem Wort doch wieder etwas denken. Aber mit diesem „Sich-Mausern“ haben wir die Mäusewelt schon wieder verlassen – dahinter steckt ein lateinisches *mutare*; die „Mauser“ der Vögel ist eine *mutatio vestis*, ein „Wechsel“ des Federkleids.

Nicht alles ist Griechisch oder Latein, was auf den ersten Blick antikisch aussieht. Es passte ja gut, wenn wir in dem klopfenden, stampfenden „Rap“-Sänger einen

homerischen Rhapsoden ausmachen dürften oder wenn wir diesen „Rap“ an dem von Cicero getadelten „rasenden, in seinem tollen Tempo unverständlichen Wortschwall“, dieser „*rapida et celeritate caecata oratio*“ (Brutus 264) festmachen könnten. Aber das sind Holzwege: Der „Rap“ ist germanischen Ursprungs, nichts als Lautmalerei für ein lautes Klopfen und Pochen.

Aber manches ist tatsächlich Griechisch oder Latein, was gar nicht mehr antikisch aussieht. Da ist zum Beispiel die „Brezel“, die ihre Herkunft von den erst griechischen, dann lateinischen *braccia*, den „Armen“, mit ihren butterbestrichenen Schultern und ihren kreuzweise übereinander geschlagenen Armen ja noch ganz anschaulich vor Augen stellt. Der Weg von den lateinischen *braccia* zu unserer „Brezel“ ist mit einem spätlateinischen *bracciatellum*, einer althochdeutschen *brezzitella* und einer mittelhochdeutschen *brezel* bestens ausgemalt.

Oder da ist der scheinbar so urdeutsche Dorf-„Weiher“: Darin steckt ein lateinisches *vivarium*, wörtlich: ein „Lebend-Becken“. In der Antike bezeichnete dieses *vivarium* die am Meeresstrand künstlich angelegten Salzwasserbecken, in denen Lucullus die auf Vorrat gefangenen Salzwasserfische bis auf Weiteres sich tummeln ließ; im Mittelalter bezeichnete dieses *vivarium* – oder dann, im Munde der nicht lateinkundigen Laienbrüder, der „Weiher“ – den klösterlichen Fischteich, in dem die Ordensbrüder die fetten Karpfen für die nächsten Fastenzeiten heranzüchteten.

In unserem „Grill“ verbirgt sich eine lateinische *craticula*, ein hölzernes „Flechtwerk“ oder ein eiserner „Grillrost“. Auf dem Grillrost der Wortgeschichte, auf dem Weg aus der alten in die neuen Sprachen, hat sich diese Neun-Buchstaben-*craticula* wie eine wirkliche Grillade zu unserem Fünf-Buchstaben-„Grill“ zusammengezogen, aber das Pünktchen auf dem „i“ genau in der Mitte dieses à point gebratenen „Grills“ ist noch ein Pünktchen blutige Antike.

Wer diesen weitverzweigten Familiengeschichten, diesen verschlungenen Wörterlebensläufen nachspürt, findet leicht Hundertschaften derart merkwürdiger solcher Wörterlebensläufe mit ihrem kunterbunten, beziehungsreichen Auf und Ab und Hin und Her durch die Zeiten und die Sprachen. Unsere Sprache ist ja unser urmenschliches Menschenwerk; da hat jedes einzelne Wort wie jeder einzelne Mensch sein eigenes Leben; da ist kein Wörterleben wie das andere, so wenig wie ein Menschenleben wie das andere.

Wenn die Schweizer Pfadfinder ihrem Stammführer mit einem kräftigen „B-R-A-V-O!“ für das Herbstlager danken, mögen diese Rufe allenfalls noch italienisch tö-

nen; aber was steckt alles hinter einem solchen „Bravo!“. Erst bei Homer die „barbarophonen“, lautmalend „blabla-bla-tönenden“ kleinasiatischen Fremden, bei denen die Griechen immer nur „Bahnhof“ verstanden; dann bei Herodot die im abschätzigen Sinne „barbarischen“ Perser mit ihrer aus griechischer Sicht unwürdig-herrischen, menschenverachtenden Königsherrschaft; dann in der frühen Neuzeit der italienische „Bravo“ im Sinne des kaltblütigen Killers und im Deutschen der tapfer für seinen Kriegsherrn dreinschlagende „brave“ Landsknecht; dann, mit dem alles umkehrenden Sprung von den kriegerischen Söldnertugenden zu den friedlichen Bürgertugenden, der eben gerade nicht dreinschlagende biederemännlich „brave“ Bürger, und dann zuletzt die begeisterten „Bravo!“-Rufe des Opernfans für den Helden-tenor und seine Bravourarie – welch ein Wörterleben über die Jahrtausende hinweg!

Ich erinnere mich noch, wie ich mir als junger Schüler einen „Erz“-Engel mit stahlblau schimmernden, metallisch klingenden Flügeln vorstellte. Beim Griechischlernen kam ich dann dahinter, dass dieser herrliche Erzengel, griechisch *archángelos*, wörtlich verdolmetscht einfach ein „Erster Engel“ ist; das griechische Verb *árchein*, das sich im „Architekten“, dem „Ersten Baumeister“, und in der „Archäologie“ noch prägefrisch erhalten hat, bedeutet „anfangen, der Erste sein, herrschen“.

Und ich erinnere mich noch an das Aha-Erlebnis, mit dem ich in unserem Hausarzt einen Chefarzt entdeckte. Der griechische Ehrentitel *archiatrós*, „Erster Arzt“, war den Leibärzten der hellenistischen Könige und den Stadtärzten der großen Metropolen vorbehalten, bis die Titelinflation in der Spätantike die Ärzte allesamt zu solchen *archiatroí*, lateinisch *archiatri*, aufsteigen ließ. Aber dann schnurrte im lateinischen Westen, wo derlei griechische Titel keine sprechenden Titel mehr waren, der viersilbige *archiater* zu einem althochdeutschen *arzat*, einem mittelhochdeutschen *arzet* und schliesslich zu einem einsilbigen „Arzt“ zusammen. Seit her hat ein zweiter Beförderungsschub die Titelinflation wenigstens teilweise wieder ausgeglichen und neue „Chefärzte“, eigentlich ja schon „Chef-Chefärzte“ hervorgebracht. Das ist, wie wenn nächstens alle Ärzte in einem weiteren Inflationsschub zu Chef-Ärzten avancierten, alle diese „Chef-Ärzte“ allmählich zu „Schärzten“ zusammenschnurrten und ein dritter Beförderungsschub nochmals neue Chef-Schärzte, eigentlich dann schon „Chef-Chef-Chefärzte“ generierte.

Sie haben sich jetzt vielleicht an ähnliche wortgeschichtliche Aha-Erlebnisse erinnert. Ja wirklich? fragen wir uns da auf den ersten Blick, und Ja natürlich! sagen wir uns auf den zweiten Blick, und damit sind wir unver-

sehens an zwei echt Aristotelische Antiquitäten geraten. Dieses „wirklich“ und dieses „natürlich“: das sind, recht betrachtet, doch recht merkwürdige Wörter. Wenn einer mich ungläubig fragt, ob der „Skandal“ denn „wirklich“ nach dem fein justierten Stellholz in der Mausefalle heiße – was ist da eigentlich am „Wirken“? Und wenn ich ihm dann erkläre: Ja, „natürlich“, dieses fein justierte Stellholz heiße im Griechischen eben *skándalon*, und da lasse man besser die Finger davon – was hat das eigentlich mit der „Natur“ zu schaffen? Sehen wir uns hier nur jenes „wirklich“ etwas näher an – und dazu schalten wir jetzt 99 Sekunden Zoologie ein:

„Wirklich“ und „Wirklichkeit“: das sind Lehnübersetzungen aus dem griechischen Begriffspaar *dynamis* und *enérgēia*, lateinisch „Potenzialität“ und „Aktualität“, deutsch „Möglichkeit“ und „Wirklichkeit“, mit dem Aristoteles das alte Problem von Ei und Huhn wenigstens begrifflich hatte lösen wollen. Das Ei, erklärt Aristoteles, sei *dynámei*, „dem Entwicklungspotenzial nach“, lateinisch *potentialiter*, zu deutsch „möglicherweise“, ein Huhn, insofern als vielleicht einmal eines daraus werden könne; das ausgewachsene Huhn sei *energeíai*, „dem Am-Werke-Sein nach“, lateinisch *actualiter*, zu deutsch „wirklich, in Wirklichkeit“, ein Huhn, insofern als es nunmehr so recht hühnermässig werke und wirke – wobei dieses Werken und Wirken hier im Körnerpicken und Scharren, Eierlegen und Gackern besteht. Vom Misthaufen herab hören wir einen stolzen Hahn die schuldige Political Correctness anmahnen, und natürlich – hier wirklich „natürlich“ – zu Recht: Auch er ist mit seinem Krähen ja wirklich „am Werk“ und damit „wirklich“ ein Hahn.

Menschenkarrieren, Wörterkarrieren: Da gibt es neben derlei unwahrscheinlichen Abstürzen von der hohen Philosophie in die alltägliche Umgangssprache gerade so unwahrscheinliche Aufstiege, wie zum Beispiel den des griechischen Allerweltswörtchens *autós*, entsprechend unserem deutschen „selbst“, das im letzten Jahrhundert über das „Automobil“ und den „Automaten“ zu einem sprachlichen Leitfossil unseres technischen Zeitalters geworden ist. Wer im Deutschen sagt „mein Auto“, sagt griechisch ja buchstäblich „mein Selbst“ – und meint doch nicht sein eigenstes, innerstes Selbst, an dem sein Selbstverständnis und sein Selbstbewusstsein hängt, sondern nur sein „Automobil“, sein ohne Pferde von Fleisch und Blut kraft eigener Pferdestärken selbstanfahrendes „Selbstbewegliches“.

Dieses „Auto-mobil“, vorne Griechisch, hinten Latein, ist ein zweisprachiges Zwitterwesen, wie im griechischen Mythos die Chimäre: „Vorne Löwe“, sagt Homer, „hinten Drache ...“ Kein Wunder, dass dieses zweisprachige „Auto-mobil“ seinen lateinischen Echsenschwanz,

das „-mobil“, bald einmal abgeworfen hat; die Zoologen sprechen bei derlei Echsen von einer „Autotomie“, einer „Selbstverstümmelung“. Im nah verwandten Fall des „Omnibus“, dieses Automobils „für alle“, eines simplen Dativs Plural, hat umgekehrt der Schwanz den Rumpf, das „Omni-“, abgeworfen und ist seither als „Bus“ allein durch die Welt kutschiert. Aber nach dieser doppelten Autotomie ist es zu guter Letzt doch noch zu einem Happy End gekommen, als der griechische „Auto“-Rumpf und der lateinische „Bus“-Schwanz sich glücklich zu einem neuen griechisch-lateinischen Zwitterwesen, zum „Auto-bus“, vereinigten: Das ist eine echt automobiler Beziehungskiste.

Andere Wörter springen fröhlich sozusagen als Quereinsteiger von einem Lebenskreis zum anderen, von einer Bildlichkeit zur anderen:

So ist das griechische *kéntron*, eigentlich der „Stachel“ der Bienen und Wespen und der „Sporn“ der Hähne und der Reiter, in der Platonischen Akademie über die Spitze des Zirkels zum Fachwort für den Mittelpunkt, sozusagen den „Stachelpunkt“ des Kreises geworden und hat in der Folge über das lateinische *centrum* allen möglichen gar nicht mehr stacheligen, gar nicht mehr spitzigen Zentren, Centers und Zentralen den Namen gegeben;

so ist die ägyptische Königin Berenike II. über die ihr zu Ehren benannte ostlibysche Hafenstadt Berenike alias heute Bengäsi und einen wieder nach diesem Herkunfts-ort benannten Lack, lateinisch *veronice*, italienisch *vernice*, französisch *vernis*, englisch *varnish*, bei uns „Firnis“, unfehlbar Ehrengast bei allen festlichen Vernissagen geworden. Bei den Gemälde-Vernissagen des 19. Jahrhunderts legte der Künstler ja tatsächlich noch letzte Hand und schließlich letzten Lack an seine Bilder.

Lassen Sie sich anstecken von diesem philologischen, wortgeschichtlichen Spleen! Hinter dem englischen „Spleen“ steckt ja auch schon wieder Griechisches: ein pathologischer *splen*, in diesem Fall eine von fortgeschrittener Philologitis befallene „Milz“. In diesen Wortgeschichten zeigt sich die Sprache in ihrem ureigenen urmenschlichen Leben. Wie auf dem Ausgrabungsfeld die alten Steine und Scherben, so beginnen auf dem geschichtsträchtigen Boden der Sprache die alten und neuen Wörter zu sprechen und mit ihrer eigenen Geschichte überhaupt Geschichte zu erzählen.

Wenn wir die „Rakete“ nach ihrer Wortgeschichte fragen, so erinnert sie uns an die ferne Zeit, in der ein häuslicher Spinn-„Rocken“ um der bloßen äußeren Ähnlichkeit willen zuerst den chinesischen Feuerwerkskörpern und dann den amerikanischen „Apollo“-Mond-Raketen und den europäischen „Ariane-V“-Raketen seinen Namen leihen konnte. Und zu diesen „Ariane“-Ra-

keten kann ich Ihnen jetzt nach all dem Alten vielleicht noch etwas Neues sagen – und etwas, an dem Helmut Engler seine besondere Freude hatte.

Ariane, Ariadne – das ist doch die mit dem Faden, den Theseus beim Hineingehen in das Labyrinth abwickeln und dann zum Hinausfinden wieder aufwickeln sollte, dem „Ariadnefaden“, der seither zum alles und jedes vernetzenden „Leitfaden“ geworden ist. Mittlerweile gibt es hunderterlei nun nicht mehr gesponnene, sondern getextete, „gewobene“, solche „Leitfäden“ durch hunderterlei Labyrinth. Aber welcher Leitfaden leitet uns jetzt von der alten Ariadne auf Kreta zu der neuen „Ariane V“ auf Kourou? In einem Schweizer Fernseh-Magazin kam ich einmal mit einem leitenden Raketentechniker auf Kourou zusammen, und der gab mir die folgende Erklärung: Zuerst sei mit dem europäischen Raumfahrtprogramm alles, aber auch alles schiefgelaufen; doch dann habe ein neuer Projektleiter nochmals ganz von vorne angefangen und die Sache vom Kopf auf

die Füße gestellt. Angesichts dieses Neubeginns habe die Europäische Raumfahrtagentur die Rakete dann nach der mythischen Ariadne benannt: „Die hat damals doch auch“, sagte er, „aber das wissen Sie ja viel besser als ich – die hat damals doch auch ihren hoffnungslos verknoteten Faden einfach mitten durchgehauen!“

Prof. Dr. phil. Klaus Bartels, geb. 1936, Philologe, lebt in Kilchberg bei Zürich.

Buchpublikationen: „Veni vidi vici. Geflügelte Worte ...“ (15. Auflage 2016) und ein „Lesebuch“ dazu: „Geflügelte Worte aus der Antike – woher sie kommen und was sie bedeuten“; die Wortgeschichtensammlungen „Wie Berenike auf die Vernissage kam“, „Wie die Marmelade murmelte“, „Trüffelschweine im Kartoffelacker“, „Die Sau im Porzellanladen“; die Zitatensammlung „Jahrtausendworte – in die Gegenwart gesprochen“; die Inschriftensammlung „Roms sprechende Steine“ (4. Auflage 2012, sämtlich im Verlag Philipp von Zabern, Mainz/Darmstadt).

Maren Jantz

Sprachwahl und Wissenschaftsfreiheit

A. Einleitung

Forschung und Lehre an deutschen und europäischen Universitäten werden stetig internationaler.¹ In der Europäischen Union mit ihren 24 verschiedenen Amtssprachen bedeutet dies, dass vermehrt in englischer Sprache kommuniziert wird, da diese dem größtmöglichen Personenkreis verständlich ist.² An deutschen Universitäten wurden im Jahr 2015 über 1.000 englischsprachige Kurse angeboten. Auch deswegen studierten an den deutschen Universitäten vermehrt internationale Studenten (erstmalig über 300.000 ausländische Studierende in Deutschland in 2014).³ Zudem ist es in vielen Fachbereichen (insbesondere den Naturwissenschaften) inzwischen üblich, dass deutsche Wissenschaftler, die an deutschen Forschungseinrichtungen beschäftigt sind, auf Englisch publizieren.⁴ Universitäten und Forschungseinrichtungen haben ein Interesse daran, ihre Internationalisierung voranzutreiben, um ihren Ruf im Ausland zu stärken und dadurch sowohl attraktiv für renommierte internationale Gastwissenschaftler und Studenten zu werden als auch im Rennen um internationale Forschungsgelder gut abzuschneiden. Vor allem das Volumen der von der Europäischen Union gestellten Forschungsgelder hat sich in den vergangenen Jahrzehnten stark erhöht.⁵ Zudem wird das Einwerben von europäischen Fördergeldern inzwischen auch bei der nationalen Forschungsförderung positiv berücksichtigt.⁶

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit deutsche Hochschulen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen ihr internationales Profil dadurch stärken dürfen, dass sie den bei ihnen beschäftigten Forschern und Lehrern Vorgaben hinsichtlich der Sprache ihrer Publikationen und ihrer Lehrveranstaltungen ma-

chen. Des Weiteren ist der Frage nachzugehen, inwiefern die Europäische Union im Rahmen ihrer Forschungsförderung den geförderten Forschern die Publikation ihrer Forschungsergebnisse in einer bestimmten Sprache vorschreiben darf. In beiden Fällen ergeben sich Einschränkungen aus der Wissenschaftsfreiheit.

B. Sprachwahl als Teil der Wissenschaftsfreiheit nach dem Grundgesetz und die Möglichkeit ihrer Beschränkung

I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

1. Sachlicher Schutzbereich

Art. 5 Abs. 3 GG schützt jede wissenschaftliche Tätigkeit, also alles, „was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“⁷ Die Wissenschaftsfreiheit umfasst die Forschung, als „die geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neuer Erkenntnisse zu gewinnen“⁸ ebenso wie die Lehre als „der wissenschaftlich fundierten Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse“.⁹

Die Wissenschaftsfreiheit garantiert nicht nur dem Einzelnen ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in seine Freiheit der Forschung und Lehre, sondern verkörpert als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auch eine objektive Wertordnung. Diese objektive Wertordnung bekräftigt sowohl den Schutz des Einzelnen als auch die Bedeutung, die der freien Wissenschaft für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt und daraus resultierend das gesellschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Wissenschaftsbetrieb.¹⁰

1 Hendl, VVDStRL 2005 (65), 258 ff.

2 Die Europäer und ihre Sprachen, S. 4, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_243_sum_de.pdf [abgerufen am 30.11.2016].

3 BMBF Pressemitteilung 098/2015, abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/de/erstmalig-ueber-300-000-auslaendische-studierende-in-deutschland-956.html> [abgerufen am 30.11.2016].

4 Hornborstel/Klingsporn/von Ins, in: Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen, 2. Auflage 2009, S. 26, abrufbar unter: https://www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F13905/12_disk_papier_publicationsverhalten2_kompr.pdf [abgerufen am 30.11.2016]; Empfehlung „Sprachenpolitik an deutschen Hochschulen“ - Empfehlung der 11. Mitgliederversammlung der HRK am 22.11.2011 in Berlin, abrufbar unter: <https://www.hrk.de/positionen/beschluesse-nach-thema/convention/empfehlung-sprachenpolitik-an-deutschen-hochschulen/> [abgerufen am 30.11.2016].

5 Das erste Forschungsrahmenprogramm (1984) hatte einen Umfang von unter 4 Milliarden Euro, das aktuelle achte Forschungsrahmenprogramm hat einen Förderungsrahmen von insgesamt ca. 78 Milliarden Euro; vgl. Stamm, Europas Forschungsförderung und Forschungspolitik – Auf dem Weg zu neuen Horizonten, S. 19.

6 Stamm, Europas Forschungsförderung und Forschungspolitik – Auf dem Weg zu neuen Horizonten, S. 50.

7 BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

8 Bundesbericht Forschung III BT-Drs. V/4335, S. 4.

9 BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

10 BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

Die Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht des Einzelnen schützt unstreitig unter anderem die Freiheit der Verbreitung von Forschungsergebnissen.¹¹ Umstritten ist lediglich, ob die Verbreitungsfreiheit dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit an sich,¹² der Forschungsfreiheit¹³ oder zumindest hinsichtlich der Publikation von Lehrbüchern und von Artikeln in Ausbildungszeitschriften der Lehrfreiheit¹⁴ zuzuordnen ist. Die exakte dogmatische Einordnung hat hinsichtlich der Zulässigkeit von Einschränkungen der Veröffentlichungsfreiheit keine Auswirkungen, da die Wissenschafts-, die Forschungs- und die Lehrfreiheit denselben Schranken unterliegen.

Die Verbreitungsfreiheit umfasst Ort und Zeit der Publikation sowie deren Modalitäten.¹⁵ Unter die geschützten Modalitäten fällt nicht zuletzt die Sprache, in der das wissenschaftliche Werk verfasst ist.¹⁶ Die Sprache ist stets eine entscheidende Komponente des wissenschaftlichen Werkes, wenn auch ihre Bedeutung in einigen Fachbereichen zentraler ist als in anderen. Eine besondere Bedeutung kommt der Veröffentlichungssprache in den Geistes-, Sozial- und Rechtswissenschaften zu, da sie in diesen Bereichen ein wesentliches Instrument des Wissenschaftlers ist und nur wenige Wissenschaftler es vermögen, sich in mehreren Sprachen mit derselben der Sache nach erforderlichen Präzision auszudrücken. Außerdem kann das Thema eines Forschungsvorhabens die Verwendung einer bestimmten Sprache, wenn auch nicht zwingend vorgeben, so doch besonders sinnvoll erscheinen lassen.

Gegenstand der Lehrfreiheit ist unter anderem das Recht des Lehrenden, selbst den Inhalt sowie den Ablauf seiner Lehrveranstaltung festzulegen.¹⁷ Zum Inhalt und Ablauf der Lehrveranstaltung gehört auch, in welcher Sprache sie stattfindet. Auch für den Inhalt und die Qualität der Lehrveranstaltung ist die Sprache

ein entscheidender Bestandteil, da der lehrende Wissenschaftler nur in einer begrenzten Anzahl an Sprachen in der Lage sein wird, die Veranstaltung auf einem hohen Niveau anzubieten. Außerdem gilt ebenso für die Lehrveranstaltung wie für die Publikation, dass gewisse Themen die Kommunikation in einer bestimmten Sprache vorgeben.

Die aus der Verbreitungsfreiheit folgende wissenschaftliche Sprachfreiheit hat das Recht des Einzelnen zur Konsequenz, die von ihm in Schrift und Wort verwendete Sprache selbst zu wählen. Ein Wissenschaftler hat daher nach Art. 5 Abs. 3 GG also zunächst grundsätzlich ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht, die Sprache, in der er seine Forschungsergebnisse publiziert oder seine Lehrveranstaltungen abhält, selbst zu bestimmen.

2. Persönlicher Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit ist ein Jedermann-Grundrecht und schützt als solchen „jeden, der wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will“.¹⁸ Das umfasst zunächst die Wissenschaftler selbst, im nächsten Schritt über Art. 19 Abs. 3 GG aber auch die Hochschulen sowie deren Fakultäten und Fachbereiche¹⁹, die außeruniversitären Forschungseinrichtungen²⁰ sowie forschende Wirtschaftsunternehmen.²¹

3. Abgrenzung zur allgemeinen Sprachfreiheit sowie zur Meinungs- bzw. Pressefreiheit

Die Sprachfreiheit wird im Grundgesetz nicht explizit geschützt.²² Da die Sprache allerdings ein essentieller Bestandteil der Identität des Einzelnen ist und ihm die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung bietet, ist sie Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.²³ Die allgemeine Sprachfreiheit schützt das Recht des Einzelnen die von ihm im öffentlichen und im privaten Gebrauch in Schrift und Wort verwendete Sprache selbst zu wäh-

11 BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 17; Scholz, in: Maunz/Dürig, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 13.

12 Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 17.

13 Kempen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. I, Rn. 67.

14 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 108; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn. 376.

15 BVerfG, Urteil vom 03.09.2015 - 1 BvR 1983/15, ArbR 2015, 513; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3, Rn. 416.

16 Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 402 f.; Kahl, JuS 2007, 201, 203.

17 Vgl. § 4 III HRG, s. auch BVerfG, Beschluss vom 7. Oktober 1980 - 1 BvR 1289/78.

18 BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

19 BVerfG, Urteil vom 16.01.1963 - 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 37; Arnold, Die Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit für die Fraunhofer-Gesellschaft, S. 97.

20 BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; Schmidt-Assmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; in: FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, S. 707; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 125.

21 Ruffert, VVDStRL 65 (2006), 145, 179.

22 Anders ist dies beispielsweise in Art. 18 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

23 Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 395 m.w.N.; Kahl, JuS 2007, 201.

len.²⁴ Die allgemeine Sprachfreiheit kommt für forschende bzw. lehrende Wissenschaftler nicht zur Anwendung, da Art. 5 Abs. 3 GG die speziellere wissenschaftliche Sprachfreiheit schützt.²⁵

Die Meinungs- und die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG spielen für die Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers keine Rolle, da die Wissenschaftsfreiheit als spezielleres Grundrecht wissenschaftliche Publikationen zumindest hinsichtlich der Rechte der Wissenschaftler schützt.²⁶

4. Grundrechtsbindung

Nach Art. 1 Abs. 3 GG sind die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Die staatlichen Hochschulen sind als staatliche Organe, die als juristische Personen des öffentlichen Rechts organisiert sind, unmittelbar nach Art. 1 Abs. 3 GG gegenüber ihren wissenschaftlich tätigen Mitgliedern an die Wissenschaftsfreiheit gebunden.²⁷

Viele außeruniversitäre Forschungseinrichtungen werden überwiegend vom Staat finanziert und von diesem gesellschaftsrechtlich beherrscht. Zudem nehmen sie staatliche Aufgaben wahr, sodass sie dem Staat zugerechnet werden. Sie sind dementsprechend im Verhältnis zu ihrem wissenschaftlichen Personal gemäß Art. 1 Abs. 3 GG direkt an die Grundrechte gebunden.

Außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, die nicht öffentlich-rechtlich organisiert sind, sowie solche, die aufgrund ihrer Finanzierung, organisatorischen Selbstständigkeit bzw. ihrer Aufgabenerfüllung nicht als staatlich angesehen werden können, sind durch die mittelbare Drittwirkung, die aus der objektiven Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG folgt, an die Wissenschaftsfreiheit gebunden.²⁸ Auch forschende Wirtschaftsunternehmen sind gegenüber ihren angestellten Forschern durch die mittelbare Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit an diese gebunden.²⁹

Die grundrechtliche Wertordnung wirkt sich auch bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln aus.³⁰ Zentral ist dabei § 106 GewO als allgemeine Vorschrift über das Weisungsrecht.

24 Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 398 f sowie Fn 48.

25 Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 396.

26 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 77. EL Juli 2016, Rn 13; umstritten ist der Schutz des Art. 5 Abs. 3 hinsichtlich der Rechte der Verleger, siehe Scholz, ebenda, m.w.N.

27 Sterzel, Die Wissenschaftsfreiheit des angestellten Forschers, S. 52; Scholz, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 128.

28 Schmidt-Assmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; in: FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, S. 708. 29 vgl. Riefner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 196 Rn 88 ff.; Schubert/Tarantino,

II. Sprachvorgaben als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit

Aus dem Vorstehenden folgt: Vorgaben der Grundrechtsverpflichteten gegenüber den Wissenschaftlern hinsichtlich der Sprache, in der eine Publikation abgefasst sein oder eine Lehrveranstaltungen gehalten werden muss, stellen einen Eingriff in die Verbreitungsfreiheit und die Lehrfreiheit als Teile der Wissenschaftsfreiheit dar.

Solche Vorgaben können den Wissenschaftlern auf verschiedensten Wegen gemacht werden. Im Folgenden sollen Vorgaben, welche die unterschiedlichen Grundrechtsadressaten den Grundrechtsträgern im Arbeitsvertrag und durch Weisung machen, auf ihre Zulässigkeit untersucht werden.

1. Sonderstellung der Professoren an staatlichen Hochschulen

Professoren an staatlichen Hochschulen befinden sich gegenüber den anderen wissenschaftlich Tätigen in zweierlei Hinsicht in einer Sonderstellung. Zum einen werden sie in der Regel nicht auf Grundlage eines Arbeitsvertrages beschäftigt, sondern sind Beamte.³¹ Aus der Beamtenstellung folgen gewisse Amtspflichten, die geeignet sind, die Wissenschaftsfreiheit einzuschränken. Eine solche Einschränkung ist aber zumindest im Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit, der Forschung und der Lehre, weitgehend weder zulässig (Art. 5 Abs. 3 GG) noch bezweckt. Denn die Beamtenstellung soll dem Professor die persönliche und sachliche Unabhängigkeit verleihen, die er zur Ausübung seiner von Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Freiheiten bedarf.³² Daraus folgt die andere Besonderheit im Vergleich zu sonstigen wissenschaftlich Tätigen, dass sich Professoren an staatlichen Hochschulen nämlich nur sehr begrenzt Weisungsrechten gegenüber sehen.³³ Nur hinsichtlich der Lehrverpflichtungen unterliegen Professoren dem Weisungsrecht der Präsidenten bzw. Dekane der Fakultäten.³⁴ Bei der Ausübung dieses Weisungsrechts sind die Weisungsbefugten unmittelbar an Art. 5 Abs. 3 GG gebunden.³⁵ In der Ausübung seiner Forschungstätig-

OdW 2016, 169, 170.

30 Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 170.

31 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Dettmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2011, Kap X, Rn 1 ff.

32 Scholz, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 172.

33 Scholz, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 172; Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 175; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Auflage 2004, Rn 701.

34 Vgl. bspw. § 24 Abs. 2 S. 1 LHG BaWü; Art. 28 Abs. 4 S. 2 BayHSchG; § 28 Abs. 2 S. 2 ThürHG; § 27 Abs. 1 S. 2 HG NRW.

35 S.o. B.I.4.

keit hingegen ist der Professor weisungsfrei, was den besonderen Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 3 GG widerspiegelt. Für Sprachvorgaben in Bezug auf die Veröffentlichungen von Professoren an staatlichen Hochschulen fehlt daher schon ein Weisungsrecht.

2. Die übrigen wissenschaftlich Tätigen

Wissenschaftliche Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen stehen in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zum Bundesland, zu dem die Universität gehört, an der sie tätig werden.³⁶ Sie unterliegen daher dem Weisungsrecht nach § 106 GewO.³⁷

Das wissenschaftliche Personal der außeruniversitären Forschungseinrichtung, zu dem auch deren leitende Wissenschaftler gehören, und das wissenschaftliche Personal der forschenden privaten Wirtschaftsunternehmen steht in einem Arbeitsverhältnis³⁸ zu den jeweiligen Einrichtungen für die es tätig wird. Alle diese Personen sind daher ebenso wie die Wissenschaftlichen Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen und im Gegensatz zu den Professoren an staatlichen Hochschulen grundsätzlich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit umfassend weisungsgebunden, § 106 GewO.³⁹

Wie weit dieses Weisungsrecht reicht, hängt sowohl von der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages als auch von der konkreten Weisung im Einzelfall ab.⁴⁰

Die Ausgestaltung des Arbeitsvertrages und die daraus resultierende Einbindung in weisungsrechtliche Strukturen entscheidet zunächst darüber, ob ein Wissenschaftlicher Mitarbeiter an einer staatlichen Hochschule oder das wissenschaftliche Personal von außeruniversitären Forschungseinrichtung sowie forschenden privaten Wirtschaftsunternehmen sich überhaupt auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Denn auf die Wissenschaftsfreiheit kann sich nur berufen, wer wissenschaftlich tätig wird. Ob der Einzelne wissenschaftlich tätig wird oder nur qualifizierte Dienstleistungen in einem wissenschaftlichen Umfeld erbringt, legt der Arbeitsvertrag fest. Sieht der Vertrag also eine vollständig weisungsgebundene Tätigkeit vor, so kann sich der Arbeitnehmer nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, da nur eigenverantwortliche Tätigkeiten als Wissenschaft vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst sind.⁴¹

Sieht der Arbeitsvertrag hingegen vor, dass eine, wenn auch auf einen gewissen abtrennbaren Bereich beschränkte, unabhängige und damit wissenschaftliche Tätigkeit geschuldet wird, so kann sich der Einzelne bei der speziellen Vertragsgestaltung in diesem Bereich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen. Wissenschaftliche Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen sowie an dem Staat zuzuordnenden außeruniversitären Forschungseinrichtungen können sich ihrem Arbeitgeber gegenüber direkt auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen, da ihre Arbeitgeber gemäß Art. 1 Abs. 3 GG direkt an die Grundrechte gebunden sind.⁴² Das wissenschaftliche Personal der übrigen außeruniversitären Forschungseinrichtungen und der forschenden privaten Wirtschaftsunternehmen kann sich aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gegenüber seinem Arbeitgeber auf § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB berufen, soweit die die Wissenschaftsfreiheit einschränkenden Regelungen vom Arbeitgeber allgemein vorgegeben werden.

III. Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Sprachfreiheit

1. Schranken

Art. 5 Abs. 3 GG enthält keine Schrankenregelung. Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG sind aufgrund der Spezialität der Wissenschaftsfreiheit gegenüber den Freiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht anwendbar.⁴³ Die Wissenschaftsfreiheit ist dennoch nicht schrankenlos gewährleistet. Sie wird eingeschränkt durch andere verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter.⁴⁴ Bei einer Kollision von verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern sind diese im Wege der praktischen Konkordanz so gegeneinander abzuwägen, dass beide so weit wie möglich zur Geltung kommen.⁴⁵

2. Rechtmäßigkeit von Sprachvorgaben durch staatliche Hochschulen und dem Staat zuzuordnende außeruniversitäre Forschungseinrichtungen

Unterschiedlich zu behandeln sind Sprachvorgaben von staatlichen Hochschulen und dem Staat zuzurechnenden außeruniversitären Forschungseinrichtungen einer-

36 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Auflage 2017, Kapitel X, Rn 10.

37 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Auflage 2017, Kapitel X, Rn 57ff; Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 175.

38 Mit Ausnahme der leitenden Wissenschaftler, die Organe der von ihnen geleiteten Forschungseinrichtung sind.

39 Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 170.

40 Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169.

41 Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 152; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5

Abs. 3, Rn. 172; Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 170 f. und 175 f.

42 S.o. B.I.4.

43 Kempen, in: Hartmer/Dettmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2011, Kapitel I Rn 95; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 30.

44 Löwisch, OdW 2016, 153, 154; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 30.

45 Callies, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, § 44, Rn 34; Schulte, VVDStRL 65 (2006), 110, 120.

seits und dem Staat nicht zurechenbaren außeruniversitären Forschungseinrichtungen und privaten Wirtschaftsunternehmen andererseits. Denn die staatlichen Hochschulen und die dem Staat zurechenbaren außeruniversitären Forschungseinrichtungen können sich neben Art. 5 Abs. 3 GG nicht auf andere Grundrechte berufen.⁴⁶ Demgegenüber stehen dem Staat nicht zugeordneten außeruniversitären Forschungseinrichtungen ebenso wie privaten Wirtschaftsunternehmen das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zur Seite.⁴⁷

a) Sprachvorgaben für Lehrveranstaltungen

Wird durch einen Grundrechtsverpflichteten die Lernfreiheit eingeschränkt, so kommen als Schranke der Wissenschaftsfreiheit des lehrenden Wissenschaftlers die verfassungsrechtlich geschützten Güter der Studien- bzw. Lernfreiheit der Studenten⁴⁸ und der Ausbildungsauftrag der Universität in Betracht.⁴⁹ Es ist also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen mit dem Ziel der Erreichung praktischer Konkordanz.

Legitim sind sprachliche Vorgaben, welche den Studenten die Möglichkeit geben sollen, ihrem Grundrecht auf Lernfreiheit gemäß ausgebildet zu werden oder welche einen ordnungsgemäßen Ablauf des Lehrbetriebes garantieren sollen. Die Weisung, eine Lehrveranstaltung in englischer Sprache abzuhalten, ist beispielsweise von diesem Zweck gedeckt, wenn es sich um Veranstaltungen des Fachbereichs Anglistik oder um englischsprachige Spezialveranstaltungen im Rahmen des Lehrangebots anderer Fachbereiche einer staatlichen Hochschule handelt, die ihre Veranstaltungen ansonsten grundsätzlich auf Deutsch abhalten. Nicht gedeckt wäre diese Vorgabe hingegen an einer staatlichen Hochschule in Bezug auf Lehrveranstaltungen, deren Thema keine besondere Verbindung zur englischen Sprache aufweist.⁵⁰

Soweit ein solcher legitimer Zweck besteht, ist die Weisung, etwa die englische Sprache zu verwenden, geeignet und erforderlich, da kein milderes Mittel zur Gewährleistung der Lernfreiheit sowie eines ordnungsgemäßen Lehrbetriebs vorhanden ist.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist im Wege der praktischen Konkordanz zu gewährleisten, dass sowohl die Wissenschaftsfreiheit

des Lehrenden als auch die Lernfreiheit der Studenten weitestmöglich zur Geltung kommen. Ein Wissenschaftler, der zu einem Thema forscht und lehrt, das eine enge Verbindung zur englischen Sprache aufweist, wird in seiner Lernfreiheit durch die Weisung zur Verwendung der englischen Sprache kaum eingeschränkt sein, da diese ein wesentlicher Bestandteil seiner Forschung ist. Dementsprechend ist es nur angemessen, der Lernfreiheit in diesem Zusammenhang den Vorzug zu geben, da diese durch auf deutscher Sprache abgehaltene Lehrveranstaltungen, die den Gebrauch des Englischen thematisch verlangen, stark eingeschränkt würde. Weist das Thema der Lehrveranstaltung also eine enge Verbindung zur englischen Sprache auf, ist eine entsprechende Vorgabe der englischen Sprache rechtmäßig.

b) Sprachvorgaben für Publikationen

Wird einem Wissenschaftler eine Vorgabe hinsichtlich der Sprache, in der er seine wissenschaftlichen Ergebnisse publizieren soll, gemacht, so schränkt dies seine Wissenschaftsfreiheit in ihrem Kernbereich ein, da die Kommunikation für die Wissenschaft von herausragender Bedeutung ist⁵¹ und die zur Vermittlung von wissenschaftlichen Aussagen gewählte Sprache einen entscheidenden Einfluss auf die Art der Kommunikation hat. Es muss daher dem gegenläufigen Interesse zunächst ein verfassungsrechtlich garantiertes Rechtsgut zur Seite stehen.⁵²

Ein solches Rechtsgut kann die Wissenschaftsfreiheit anderer Wissenschaftler sein, mit denen der betroffene Wissenschaftler im Rahmen der Hochschule oder der Forschungseinrichtung zusammenarbeitet. Hat sich eine Forschergruppe für die Veröffentlichung der gemeinsamen Forschungsergebnisse in einer bestimmten Sprache entschieden, muss sich diese Entscheidung gegen die abweichende Meinung einzelner Mitglieder der Forschergruppe durchsetzen können.

Hingegen reicht das Interesse der staatlichen Hochschule oder außeruniversitären Forschungseinrichtung, ihr wissenschaftliches Profil bzw. ihre Ausgangsposition im Wettbewerb um Forschungsförderungsgelder durch die Wahl einer gängigen Sprache und der damit einhergehenden Möglichkeiten eines besseren „Rankings“ zu stärken, nicht aus. Zwar sind die staatlichen Hochschu-

46 *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, München, Art. 5, Rn 220.

47 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 144, 155.

48 Umstritten ist, ob der Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG folgt (so: *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, München, Art. 5, Rn 208) oder aus Art. 2 Abs. 1 GG (so: *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Auflage 2004, 847).

49 BVerfG, Beschluss vom 7. Oktober 1980 - 1 BvR 1289/78; *Kahl*,

VVDStRL 65 (2006), 386, 404; *Kempfen*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2011, Kapitel I Rn 96.

50 *Kahl*, VVDStRL 65 (2006), 386, 402 f.

51 *Pernice*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Auflage 2004, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn 28; *Steinfurt*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, Bonn 1987, S. 28 f.

52 A.A. *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 416.

len und die dem Staat zugeordneten außeruniversitären Forschungseinrichtungen grundsätzlich Träger der Wissenschaftsfreiheit. Auf diese können sie sich aber regelmäßig nur im Verhältnis zum Staat berufen. Den für sie tätigen Wissenschaftlern gegenüber sind sie in erster Linie grundrechtspflichtig.⁵³ Nur wenn und soweit sie ihre Aufgabe, den ihr angehörenden Wissenschaftlern die freie Betätigung zu ermöglichen und ihre sonstigen Aufgaben in der Wissenschaftspflege anders nicht mehr erfüllen können, kommt eine Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit in Betracht.⁵⁴ Davon aber kann im Hinblick auf die Sprachwahl bei Publikationen in aller Regel nicht gesprochen werden.

3. Rechtmäßigkeit von Sprachvorgaben durch nicht dem Staat zuzuordnende außeruniversitäre Forschungseinrichtungen und forschende private Wirtschaftsunternehmen

Da in den hier zu behandelnden Institutionen nur geforscht und nicht gelehrt wird, kann es nur um die Zulässigkeit von Sprachvorgaben hinsichtlich der Publikation von Forschungsergebnissen gehen.

Als Schranke der Wissenschaftsfreiheit der Forscher kommen als kollidierende verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter die Wissenschaftsfreiheit der anderen Wissenschaftler und die Wissenschaftsfreiheit des Arbeitgebers sowie dessen unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.⁵⁵ Auf die Wissenschaftsfreiheit können diese Arbeitgeber sich allerdings nur berufen, sofern organisatorisch sichergestellt ist, dass ihre Arbeitnehmern wissenschaftlich tätig werden können,⁵⁶ sie ihnen also einen gewissen Freiraum bei der Forschung garantieren.

Diese Grundrechte der Arbeitgeber sind als kollidierendes Verfassungsrecht im Arbeitsverhältnis zu beachten, da die Grundrechte mittelbar zu Gunsten und zu Lasten beider Vertragsparteien wirken.⁵⁷

Es ist also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, um die Zulässigkeit einer Weisung über die Verwendung einer bestimmten – oftmals der englischen – Sprache für Publikationen zu beurteilen.

Ebenso wie in der staatlichen Hochschule bzw. der dem Staat zuzuordnenden außeruniversitären For-

schungseinrichtung gilt auch hier, dass bei der Zusammenarbeit mehrerer Wissenschaftler an einem größeren Forschungsprojekt dem Einzelnen Sprachvorgaben zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit der übrigen Wissenschaftler gemacht werden dürfen. Sie sind also soweit rechtmäßig, als sie für die Durchführung und den Erfolg des Projekts erforderlich sind.

Das Interesse der Arbeitgeber, das hinter einer Sprachvorgabe steht, ist die Stärkung seines wissenschaftlichen Profils. Damit einhergehen soll die Möglichkeit, renommierte internationale Wissenschaftler als Arbeitnehmer gewinnen zu können und eine möglichst gute Ausgangsposition bei der Bewerbung um Forschungsförderungsgelder zu haben. Es soll also die wissenschaftliche Leistung der außeruniversitären Forschungseinrichtung bzw. des forschenden privaten Wirtschaftsunternehmens gestärkt werden, um wirtschaftlich wertvolle Ergebnisse zu erzielen und es sollen Fördergelder akquiriert werden. Diese Interessen werden sowohl von Art. 5 Abs. 3 als auch von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt und sind damit als legitim anzusehen.

Eine Sprachvorgabe ist geeignet und erforderlich, um das Interesse des Arbeitgebers an internationaler Aufmerksamkeit zu erfüllen, da allein die Verwendung der englischen Sprache es garantiert, dass die internationale „scientific community“ die Forschungsergebnisse zur Kenntnis nehmen kann.

Fraglich ist allerdings, ob die Sprachvorgabe des Arbeitgebers als verhältnismäßig im engeren Sinne angesehen werden kann. Dies wäre wohl anzunehmen, wenn man mit *Starck* davon ausginge, dass die Art und Weise der Veröffentlichung lediglich eine Akzidenz der Forschungsfreiheit ist und Eingriffe daher einfacher zu rechtfertigen sind.⁵⁸ Anders ist es allerdings zu beurteilen, wenn man die Ansicht von *Pernice* und *Steinfort*,⁵⁹ dass die Veröffentlichungsfreiheit auch in Bezug auf ihre Modalitäten, wovon auch die Veröffentlichungssprache umfasst ist, zum Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit gehört. Diese Ansicht ist überzeugender, da die Sprache einen wesentlichen Teil der Veröffentlichung darstellt. Sie ist das Medium, mit dem das Forschungsergebnis vermittelt wird. Erst die sprachliche Vermittlung macht die Ergebnisse für die „scientific community“ verständ-

53 *Hanau/Ossenbühl*, Kündigungsschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 74; *Löwer*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 2011, Band IV, § 99, Rn 21; *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 409.

54 *Mallmann/Strauch*, Die Verfassungsgarantie der freien Wissenschaft, S. 14 f.; *Schulte*, VVDStRL 65 (2006), 110, 122.

55 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 144, 155; vgl. *Brenner*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, § 155, Rn 15 ff.

56 *Schmidt-Assmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; in: FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, S. 708; *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 411.

57 *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 411.

58 *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 416.

59 S.o. Fn 51.

lich und so zu einem Teil des wissenschaftlichen Dialogs. Außerdem ermöglicht es die Wahl der Sprache dem Wissenschaftler, den Adressatenkreis für seine Forschungsarbeit zu bestimmen, was je nach deren Thema ein wesentlicher Gesichtspunkt sein kann. Eine Sprachvorgabe stellt demnach einen Eingriff in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit des Betroffenen dar. Eingriffe in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit sind wesentlich schwieriger zu rechtfertigen.⁶⁰ Denn der aus der Verwehrung einer Sprachvorgabe resultierende Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit und die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers ist weit weniger einschneidend. Zwar ist ihm die Möglichkeit der Schärfung seines internationalen Profils erschwert, er kann aber dennoch weiterhin auf dem von ihm gewünschten Gebiet forschen lassen und dadurch wirtschaftlich verwertbare Forschungsergebnisse erzielen.

IV. Ergebnis

Die Sprachwahl des Wissenschaftlers bezüglich seiner Publikationen und seiner Lehrveranstaltungen wird von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt. Einschränkungen dieser Freiheit sind nur auf der Grundlage von kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zulässig.

In Bezug auf Lehrveranstaltungen sind Sprachvorgaben zulässig, sofern die Studier- bzw. Lernfreiheit der Studenten und der ordnungsgemäße Ablauf der Lehrveranstaltungen es erfordern. Dies wird in der Regel am Beispiel der Vorgabe der Verwendung des Englischen nur zu bejahen sein, wenn Lehrveranstaltungen des Fachbereichs Anglistik oder Spezialveranstaltung anderer Fachbereiche, deren Thematik eine enge Verbindung zur englischen Sprache aufweisen, betroffen sind.

Sprachvorgaben für Publikationen sind in der Regel unzulässig, da entsprechende Eingriffe in den Kernbereich der Forschungsfreiheit nur schwer zu rechtfertigen sind. Eine Ausnahme ergibt sich insbesondere bei der Kooperation mehrerer Wissenschaftler, die nur mit Hilfe der gemeinsamen Verwendung derselben Veröffentlichungssprache möglich ist.

C. Sprachwahl als Teil der Wissenschaftsfreiheit nach der Europäischen Grundrechte Charta und die Möglichkeit ihrer Beschränkung

I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

In Art. 13 GRCh ist die Wissenschaftsfreiheit auf europarechtlicher Ebene garantiert. In Art. 13 heißt es, dass die Forschung frei ist und die akademische Freiheit geachtet wird. Die Begriffe Wissenschaft, Forschung und akademische Freiheit sind in der GRCh nicht definiert. Es gibt auch keine Rechtsprechung des EuGH, die sich mit der Wissenschaftsfreiheit der GRCh beschäftigt.⁶¹

Für den Begriff der Wissenschaftsfreiheit kann zwar nicht auf die Definition des Grundgesetzes abgestellt werden⁶², aber im europäischen Sekundärrecht findet sich zumindest eine Definition der Forschungsfreiheit, die Anhaltspunkte liefern kann.

So definiert die Richtlinie des Rates vom 12.10.2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung in Art. 2 lit. b) Forschung als „systematisch betriebene, schöpferische Arbeit mit dem Zweck der Erweiterung des Wissensstands, einschließlich der Erkenntnisse über den Menschen, die Kultur und die Gesellschaft, sowie der Einsatz dieses Wissens mit dem Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden“.

Von der Wissenschaftsfreiheit ist auch die Publikation der Forschungsergebnisse umfasst.⁶³ Dies erscheint allein schon aufgrund der Tatsache, dass die Wissenschaftsfreiheit der GRCh als Ausfluss der Meinungs- und Gedankenfreiheit gesehen wird,⁶⁴ zwingend. Denn für die Meinungsfreiheit ist es elementar, nicht nur eine Meinung zu haben, sondern diese auch kommunizieren zu dürfen. Da zum Kommunikationsvorgang entscheidend die Sprache gehört, in der kommuniziert wird, ist davon auszugehen, dass Art. 13 GRCh auch die wissenschaftliche Sprachfreiheit umfasst.

Persönlich können den Schutz der Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh sowohl natürliche als auch juristische Personen, die wissenschaftlich tätig werden, in Anspruch nehmen.⁶⁵ Einem Wissenschaftler wird demnach durch

60 BVerfG, Beschlüsse vom 22. Juli 1999 - 1 BvR 709/97 und 07. August 2007 - 1 BvR 2667/05.

61 *Kotzur*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht - Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage 2015, 2. Teil § 38 Bildung und Kultur, Rn 45; *Mann*, in: Hesselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 26, Rn 56.

62 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 13 GRCh mwN.

63 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 13 GRCh, Rn 8.

64 *Kempen* in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 13, Rn 17, 24; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 13 GRCh, Rn 7.

65 *Kempen*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 13, Rn 9.

Art. 13 GRCh das Recht garantiert, eine wissenschaftliche Publikation in der Sprache seiner Wahl zu verfassen.

II. Eingriff und dessen Zulässigkeit

Schränkte die Europäische Union im Rahmen der Vergabe ihrer Fördergelder dieses Recht durch sprachliche Vorgaben ein, läge darin ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit.⁶⁶

1. Forschungsförderung durch die EU

Art. 179 AEUV schreibt das Ziel der Union fest, ihre wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen dadurch zu stärken, dass ein europäischer Raum der Forschung geschaffen wird, in dem Freizügigkeit für Forscher herrscht und wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien frei ausgetauscht werden, die Entwicklung ihrer Wettbewerbsfähigkeit einschließlich der ihrer Industrie zu fördern sowie alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen, die aufgrund anderer Kapitel der Verträge für erforderlich gehalten werden.

Zur Zielerreichung werden nach Art. 180 lit. a) AEUV unter anderem Programme für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration unter Förderung der Zusammenarbeit mit und zwischen Unternehmen, Forschungszentren und Hochschulen durchgeführt.

Die Forschungsrahmenprogramme werden gemäß Art. 182 Abs. 1 AEUV vom Europäischen Parlament und dem Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses aufgestellt. Diese fassen alle Aktionen der Union in diesem Bereich zusammen.

Zur Durchführung des Rahmenprogramms legt die Union unter anderem die Regeln für die Verbreitung der Forschungsergebnisse fest, Art. 183 AEUV.

Durch die Verordnung Nr. 1291/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation Horizon 2020 (2014-2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1982/2006/EG wurde das aktuelle achte Forschungsrahmenprogramm eingeführt. Das Ziel des Programms ist es, zum Aufbau einer unionsweiten wissenschafts- und innovationsgestützten Gesellschaft und Wirtschaft beizutragen, indem es zusätzliche Fördermittel für Forschung, Entwicklung und Innovation mobilisiert und

einen Beitrag zur Verwirklichung der Ziele im Bereich Forschung und Entwicklung leistet, Art. 5 Abs. 1 der Verordnung.⁶⁷

Zur Zielerreichung sollen drei Schwerpunkte dienen: „wissenschaftliche Exzellenz“, „führende Rolle der Industrie“ und „gesellschaftliche Herausforderungen“, Art. 5 Abs. 2 der Verordnung.

Im Rahmen dieses Beitrags ist es nicht möglich sämtliche Forschungsförderungsmaßnahmen der EU ausführlich darzustellen, weshalb der Blick im Folgenden auf den Schwerpunkt „wissenschaftliche Exzellenz“ und dort noch spezieller auf das Einzelziel „Stärkung der Pionierforschung durch Tätigkeiten des Europäischen Forschungsrates“ (ERC = European Research Council), Art. 3 Abs. 1 lit. a) des Beschlusses des Rates vom 3. Dezember 2013 über das Spezifische Programm zur Durchführung des Rahmenprogramms für Forschung und Innovation „Horizont 2020“ (2014-2020) gerichtet wird. Dieses Einzelziel ist aus zwei Gründen besonders interessant. Zum einen wird Projektförderung betrieben, in deren Rahmen Vorgaben bezüglich der Veröffentlichung der Forschungsergebnisse gemacht werden, zum anderen ist dieses Einzelziel mit einer finanziellen Ausstattung von ca. 13 Milliarden Euro eines der finanziell am besten ausgestatteten Einzelziele von Horizon 2020.⁶⁸

Der ERC bietet Forschern eine Langzeitförderung für Projekte im Bereich der Grundlagenforschung. Die Fördermittel werden auf der Grundlage der Exzellenz des Förderantrags innerhalb eines peer review Verfahrens vergeben. Als Kriterien werden das Potential des Antragstellers, das Potential des Projekts und das Umfeld des Antragstellers herangezogen.⁶⁹ Mit den in diesem Verfahren erfolgreichen Teilnehmern werden Finanzhilfvereinbarungen / Grant Agreements geschlossen, Art. 18 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 1290/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013. Diese Vereinbarungen legen die Rechte und Pflichten der Teilnehmer und des ERC fest, Art. 18 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 1290/2013.

2. Zulässigkeit von Sprachvorgaben im Rahmen der Finanzhilfvereinbarung

Die aktuellen Musterfinanzhilfvereinbarungen des ERC (Model Grant Agreements) enthalten keine Vorgaben zur Sprache, in der Publikationen zu verfassen sind.⁷⁰

66 Vgl. *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014, Artikel 13, Rn 15 und *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin, Rn 11, die davon ausgeht, dass sich Art. 13 GRCh bei der Forschungsförderung und dort insbesondere bei Verhaltensanforderungen an Wissenschaftler auswirken kann.

67 Zu Horizon 2020: *Becker*, Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation, OdW 2014, 97.

68 Anhang II zur Verordnung (EU) Nr. 1291/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013.

69 *S. Groß*, EuR 2010, 299, 301, der das Antragsverfahren, das Bewertungsverfahren und die Organisation des ERC ausführlich darstellt.

70 Model Grant Agreements abrufbar unter: http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/funding/reference_docs.html#h2020-mga-erc [abgerufen am 30.11.2016].

Sprachvorgaben sind im Model Grant Agreement lediglich hinsichtlich der Berichte (Art. 20.5), der Bewertung (Art. 22.1.2.) und Audits (Art. 22.1.3) enthalten. Es wird in allen genannten Klauseln vorgeschrieben, dass die Sprache der Finanzhilfvereinbarung zu verwenden ist. Hinsichtlich der Veröffentlichungen finden sich im Model Grant Agreement Regelungen in Art. 29. Hier wird insbesondere in Art. 29.2 vorgeschrieben, dass die Publikation online kostenlos abrufbar sein muss („open access“).

Fraglich ist, ob Sprachvorgaben zulässig wären, sollten sie eingeführt werden. Dies ist anhand der Wissenschaftsfreiheit der geförderten Wissenschaftler zu beurteilen. Die Exekutivagentur (ERCEA), die die Verwaltung des ERC übernimmt und die Finanzhilfvereinbarung abschließt, handelt im Namen der Europäischen Kommission.⁷¹ Dementsprechend muss sie bei ihrer Tätigkeit die GRCh beachten, vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh.

Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh ist unter anderem nach Art. 52 GRCh einschränkbar.⁷² Nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh muss jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Als gesetzliche Norm kommt für die Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit hinsichtlich der Veröffentlichungen Art. 183 AEUV in Betracht, der vorsieht, dass die Union zur Durchführung des Rahmenprogramms die Regeln für die Verbreitung der Forschungsergebnisse festlegt.

Einschränkungen der Wissenschaftsfreiheit dürfen jedoch unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh.

Rechtfertigend kommt also zunächst die Wissenschaftsfreiheit anderer Forscher in Betracht. Hier ist ebenso wie auf nationaler Ebene⁷³ davon auszugehen, dass bei Kooperationen mehrerer Wissenschaftler dem Einzelnen Sprachvorgaben gemacht werden dürfen, wenn die Veröffentlichung der Forschungsergebnisse der Forscher in einer Sprache für die Durchführung des gemeinsamen Forschungsprojekts erforderlich ist.

Als von der Union anerkannte, dem Gemeinwohl

dienende Zielsetzung, aufgrund derer die Wissenschaftsfreiheit eingeschränkt werden kann, kommt Art. 179 AEUV in Betracht. Danach hat die Union das Ziel, ihre wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen dadurch zu stärken, dass ein europäischer Raum der Forschung geschaffen wird, in dem Freizügigkeit für Forscher herrscht und wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien frei ausgetauscht werden.

Die Vorgabe der Publikation der Forschungsergebnisse in englischer Sprache wäre zur Erreichung der Ziele der Förderung der Mobilität der Forscher und des Austausches von wissenschaftlichen Erkenntnissen geeignet, da Englisch inzwischen die lingua franca der Wissenschaften ist.⁷⁴ Der Adressatenkreis der von der EU geförderten Publikationen wäre somit größtmöglich und auch Wissenschaftler, die der Amtssprache eines Landes, in dem sie forschen, nicht mächtig sind, könnten dort Publikationen auf Englisch anfertigen.

Eine solche Sprachvorgabe wäre hingegen nicht erforderlich. Die Wissenschaftsfreiheit würde durch Sprachvorgaben für die Publikation von Forschungsergebnissen erheblich eingeschränkt.⁷⁵ Die vorgenannten Ziele der Union müssen dagegen zurückstehen. Dafür spricht neben der Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit der Grundgedanke des Art. 22 GRCh, demgemäß die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen achtet. Es ist also auch die Sprachwahl des Wissenschaftlers bei der Veröffentlichung seiner Forschungsergebnisse zu achten. Zumal die Kommission sich in Art. 38.1 das Recht sichert, für ihre Kommunikations- und Veröffentlichungstätigkeiten („communication and publicising activities“), Informationen zum Forschungsprojekt, Dokumente, insbesondere Zusammenfassungen, und andere Materialien der Forscher zu nutzen und in diesem Zuge auch zu übersetzen.

III. Ergebnis

Die Sprachfreiheit bezüglich wissenschaftlicher Publikationen wird auch von der Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh geschützt. Dementsprechend stellen Sprachvorgaben für die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Ergebnissen in Finanzhilfvereinbarungen Einschränkungen dieser Freiheit dar. Diese sind regelmäßig nicht zu rechtfertigen. Ausnahmsweise sind sie

71 http://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/erc_de [abgerufen am 30.11.2016]; Stamm, Europas Forschungsförderung und Forschungspolitik – Auf dem Weg zu neuen Horizonten?, S. 37.

72 Kempen, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 13, Rn 22; Kotzur, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage 2015; 2. Teil § 38 Bildung und Kultur, Rn 77.

73 S.o. B.III.2–b)

74 Hornborstel/Klingsporn/von Ins, in: Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen, 2. Auflage 2009, S. 26, abrufbar unter: https://www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F13905/12_disk_papier_publicationsverhalten2_kompr.pdf. [abgerufen am 30.11.2016].

75 Zur Bedeutung der Veröffentlichungssprache für die Wissenschaftsfreiheit, s.o. B.III.3.

jedoch zulässig, wenn sie für die Zusammenarbeit einer Gruppe von Wissenschaftlern erforderlich sind, wenn also eine gemeinsame Veröffentlichung oder mehrere aufeinander aufbauende Publikationen innerhalb dieser Gruppe geplant sind.

D. Gesamtergebnis

Die Freiheit der Sprachwahl ist ein wesentlicher Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit sowohl des Grundgesetzes als auch der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Einschränkungen dieser Freiheit sind daher nur aufgrund eines starken gegenläufigen Interesses, das verfassungsrechtlich geschützt ist bzw. einer von der Union

anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen entspricht. Ein solches Interesse wird bei Sprachvorgaben hinsichtlich der Publikation von wissenschaftlichen Ergebnissen in der Regel nicht vorliegen. Anders ist dies bei sprachlichen Vorgaben bezüglich der Lehre. In diesem Fall muss die Freiheit der Sprachwahl, soweit dies durch die Thematik der Lehrveranstaltung vorgegeben ist, zurücktreten gegenüber der Lern- bzw. Studierfreiheit der Studenten und dem ordnungsgemäßen Ablauf des Lehrbetriebes.

Die Autorin ist Rechtsanwältin bei Kliemt & Vollstädt in Berlin.

Rechtsprechung

Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg: Regelungen des Landeshochschulgesetzes teilweise mit Wissenschaftsfreiheit unvereinbar

Mit Urteil vom 14.11.2016 (1 VB 16/15) hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg auf die Verfassungsbeschwerde eines Professors an der Hochschule Karlsruhe die Regelungen im Landeshochschulgesetz (LHG) über die Wahl und Abwahl der haupt- und der nebenamtlichen Rektoratsmitglieder (§ 18 Abs. 1 bis 3, 5 Satz 1 bis 4 und Abs. 6 Satz 1 und 5 LHG) für unvereinbar mit der in Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung (LV) verankerten Wissenschaftsfreiheit erklärt. Die Regelungen über die Wahl und Abwahl der haupt- und der nebenamtlichen Rektoratsmitglieder genügten nicht, um eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer durch die Kompetenzen des Rektorats einer Hochschule auszuschließen. Das Rektorat verfüge über erhebliche wissenschaftsrelevante Befug-

nisse, insbesondere bei Personal-, Sach- und Finanzentscheidungen. Diese Befugnisse des Rektorats würden nicht durch hinreichende Mitwirkungsrechte der im Senat vertretenen Hochschullehrer bezüglich der Wahl- und Abwahl der Rektoratsmitglieder kompensiert.

Das Urteil ist abrufbar unter https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114_1VB16-15_Urteil.pdf (zuletzt abgerufen am 5.12.2016) und wird in einer der nächsten Ausgaben von OdW von *Fehling* besprochen werden. Siehe zum Problem auch *Württenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 1 / 2016, S. 1-18.

Sebastian Madeja

Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung

Die Dissertation „Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung“ wurde an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg erstellt. Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Max-Emanuel Geis.

I. Einführung

Aufgrund der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung nimmt die Universitätsmedizin eine herausragende Stellung ein. Um sowohl dem wissenschaftlichen Auftrag als auch dem Gesundheitsauftrag gegenüber der Bevölkerung nachzukommen, vereint die Institution Universitätsmedizin Wissenschaftsbetrieb der Universität und Wirtschaftsbetrieb des Universitätsklinikums. Zielkonflikte sind im Hinblick auf Organisation und Finanzierung der Wissenschaft¹ und die bedarfsgerechte Krankenversorgung durch ein leistungsfähiges eigenverantwortlich wirtschaftendes Universitätsklinikum vorhanden.² Damit verbunden sind umsatzsteuerrechtliche Problemstellungen durch das Zusammenwirken der nichtunternehmerischen medizinischen Wissenschaft der Universität und der grundsätzlich unternehmerischen Tätigkeit Krankenversorgung des Universitätsklinikums. Allerdings ist es diese Gemengelage hoheitlicher und unternehmerischer Tätigkeiten, die Anlass für eine besondere umsatzsteuerrechtliche Beurteilung der Universitätsmedizin gibt.

Mitunter deshalb ist die Zusammenarbeit in der Universitätsmedizin Gegenstand zahlreicher Reformbewegungen.³ In der Praxis haben sich hierfür die Organisationsformen des Kooperations- und des Integrationsmodells⁴ entwickelt. Eine Steigerung der Zusammengehörigkeit dieser Institutionen, aber auch der umsatzsteuerlichen Problemstellungen, bringt die Perso-

nalgestaltung mit sich, die wissenschaftliches Personal der Universität mit der Dienstaufgabe in der Krankenversorgung des Universitätsklinikums zusammenbringt. Demgegenüber „dienen“ oder „unterstützen“ die Universitätskliniken im Rahmen der landesrechtlichen Regelungen die Forschung und Lehre der Universität. In der Konsequenz findet somit ein institutionalisierter Austausch sachlicher und personeller Mittel statt, weshalb umsatzsteuerrechtlich relevante Sachverhalte nahezu zwingend realisiert werden. Wird unter dem Gesichtspunkt des unternehmerischen Handelns bzw. fehlender Wettbewerbsneutralität der öffentlichen Hand Umsatzsteuer erhoben, wirkt sich dies auf die Universitätsmedizin besonders belastend aus; schließlich ist mangels Vorsteuerabzugsberechtigung der Universität und des Universitätsklinikums für hoheitliche (wissenschaftliche) oder steuerbefreite Tätigkeiten (Krankenversorgung) eine Kostenneutralität ausgeschlossen.

Die Zielsetzung der Untersuchung ist daher, das Umsatzsteuerrecht im Lichte der hochschul- und verfassungsrechtlichen Vorgaben der universitätsmedizinischen Organisation zu beurteilen. Letztendlich sind es diese wissenschaftlichen Rahmenbedingungen und Strukturen, die in der Zusammenarbeit der Universitätsmedizin sicherzustellen sind. Folgen die kooperativen Tätigkeiten diesen Vorgaben dürften unternehmerische und umsatzsteuerpflichtige Sachverhalte anders zu beurteilen sein.

II. Bedeutung und Ausprägung der Kooperation in der Universitätsmedizin

In der Universitätsmedizin sind die Aufgaben landesgesetzlich zwischen Universität - bzw. dem Fachbereich Medizin - und dem Universitätsklinikum aufgeteilt. Die medizinische Forschung und Lehre wird durch die Universität und die Krankenversorgung durch das Universi-

1 Vgl. zur sachgerechten Organisation von Forschung und Lehre, BVerfGE 35, 79 (129 ff.); BVerfGE 111, 333 (355 ff.).

2 Sandberger, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern Bd. II, Hochschulmedizin und Universitätsklinika, S. 2 f.

3 Zur Hochschulmedizin: WR, Allgemeine Empfehlungen zur Universitätsmedizin, S. 35 ff., siehe auch Balders, WissR 31 (1998),

S. 91 ff.; Sandberger, WissR Beiheft 17 (2006), S. 1 ff.; Pallme König, WissR Beiheft 17 (2006), S. 63 ff.; Kingreen/Banafsche/Szabados, WissR 40 (2007), S. 283 ff.

4 WR, Allgemeine Empfehlungen zur Universitätsmedizin, S. 35 ff.; Musil, Steuerliche Fragen der Gesundheitsreform I, S. 112 ff.

tätsklinikum bzw. am Universitätsklinikum wahrgenommen.⁵ Das Klinikum wird dienend bzw. unterstützend in Forschung und Lehre tätig⁶, so dass aufgrund dieser Trennung das Universitätsklinikum keinen eigenen wissenschaftlichen Aufgabenbereich hat; gleichwohl diese Aufgabenverteilung vermehrt aufgeweicht wird, indem Landesgesetzgeber auch den Universitätskliniken per Gesetz Forschung und Lehre zurechnen. Die Zusammenarbeit findet im Verhältnis Universität und Universitätsklinikum statt, wobei diese schwerpunktmäßig auf der Ebene des Fachbereichs Medizin zu verorten ist.⁷ Die Kooperation manifestiert sich in institutionellen, personellen, verfahrensrechtlichen und funktionellen Verknüpfungen, die zur bestmöglichen Realisierung der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung existieren und die Annahme eines geschlossenen Systems erlauben, innerhalb dessen Tätigkeiten ggf. nicht unternehmerisch bzw. umsatzsteuerpflichtig sind.

Institutionell findet die Zusammenarbeit in medizinischen Einrichtungen statt, die zwischen Universität, Fachbereich Medizin und Universitätsklinikum begründet werden.⁸ Diese dezentralen Einheiten beinhalten zugleich die Schnittstellen von Forschung, Lehre und Krankenversorgung.⁹ Personell wird die Zusammenarbeit durch die Verflechtungen auf zentraler und dezentraler Ebene gefestigt. Auf zentraler Ebene wird dies durch die Mitbestimmung und Teilnahme des Fachbereichs Medizin bei der Besetzung der Leitungsorgane des Universitätsklinikums, und umgekehrt¹⁰, sichergestellt. Auf dezentraler Ebene gewährleistet die Personalstellung zwischen Universität und Universitätsklinikum die Durchführung der Aufgaben in Forschung, Lehre und Krankenversorgung. Verfahrensrechtlich sorgen Kooperationsvereinbarungen, Abstimmungs- und Schlichtungsverfahren sowie gemeinsame Berufungsverfahren für die erforderliche Sicherstellung der Aufgabentrias. Zusätzlich ist über die funktionellen Verknüpfungen eine Zusammenarbeit vorhanden, die dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit als Organisationsgrundrecht gem. Art. 5 III GG geschuldet ist. Indes-

sen sind es die gemeinsame Zielsetzung und Aufgabenstellung in der Universitätsmedizin, aber auch die Modalitäten der Zusammenarbeit, deren Einfluss auf die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung untersucht werden.

III. Umsatzbesteuerung juristischer Personen des öffentlichen Rechts und Einfluss des Art. 5 III GG

1. Grundlagen der Umsatzbesteuerung juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Juristische Personen öffentlichen Rechts sind nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art (§ 1 I Nr. 6, § 4 KStG) unternehmerisch tätig (§ 2 III UStG). Dazu gehören aufgrund des Verweises in § 2 III 1 UStG auf das KStG nicht die Hoheitsbetriebe (§ 4 V 1 KStG), d.h. Betriebe die überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen. Letztere gehören der nichtunternehmerischen Sphäre an und sind mit ihren Leistungen nicht umsatzsteuerbar. Daraus resultiert eine allgemeine Aufteilung der Steuersphären in nicht steuerbare Hoheitsbetriebe, steuerpflichtige Betriebe gewerblicher Art und die Vermögensverwaltung¹¹, die im weiteren auf die Universitätsmedizin angewandt wird. Europarechtlich wurde die Besteuerung der juristischen Personen öffentlichen Rechts in Art. 13 I, II MwStSystRL umgesetzt.¹² Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten im Grundsatz nicht als Steuerpflichtige, soweit sie Tätigkeiten ausüben oder Leistungen erbringen, die ihnen im Rahmen „der öffentlichen Gewalt“ obliegen. Ausdrücklich wird dabei in Art. 13 I UA 2 MwStSystRL normiert, dass ein Wettbewerbsverhältnis zu Privaten einer hoheitlichen Tätigkeit entgegensteht.

2. Einfluss des Art. 5 III GG auf die Umsatzbesteuerung

Vor diesem Hintergrund wird die Zusammenarbeit mit- samt der Modalitäten und Einflüsse hoheitlicher Tätigkeit im Rahmen des Art. 5 III GG beurteilt. Nachdem die Organisation und die Abläufe der Universitätsmedizin dem Art. 5 III GG als Grundlage universitärer (medizinischer)

5 § 4 I UKG BW; Art. 2 I 1, 2 BayUniKlinG; § 5 II HessUniKlinG; § 2 I 2 UKVO NW; § 8 II 1 HMG LSA.

6 Vgl. Art. 2 I 1 BayUniKlinG; § 2 I UniKlinG M.-V.; § 31 a I HG NW; § 2 I UKVO NW; § 8 I 1 HMG LSA; § 5 I 1, 2 HessUniKlinG; § 2 I 3 UKG Sachsen; § 83 II HSG SH.

7 Vgl. § 7 I UKG BW, § 27 I 1 LHG BW; Art. 13 BayUniKlinG, Art. 34 I 1 BayHSchG; § 15 HessUniKlinG, § 50 I 1 HessHG; § 2 III UKVO NW, § 31 I HG NW.

8 Siehe auch Kingreen, in: Geis, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, S. 437 Rn. 4; Kingreen/Banafsche/Szabados, WissR 40 (2007), S. 292.

9 Schröder, MedR 1986, 59 (60); Sandberger, in: Flämig u.a., Hdb-WissR Bd. I, S. 930.

10 Vgl. Art. 34 II 3 BayHSchG; s.a. Sandberger, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, S. 381 Rn. 51.

11 Der BFH ordnet die Vermögensverwaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit zu, vgl. BFH, Urteil vom 15.4.2010, V R 10/09, DStR 2010, 1280 (1283); differenzierend Küffner, Umsatzsteuerliche Behandlung, S. 60 f.; s.a. Seer, DStR 1997, 436 (437 ff.); Walz/Wulff, WissR 37 (2004); S. 27.

12 RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. Nr. L 347 S. 1, ber. ABl. Nr. L 335 S. 60, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2010/88/EU vom 7.12.2010 (Abl. Nr. 326 S.1).

scher) Wissenschaft folgen, sind daher die Implikationen auf die Besteuerung¹³ zu analysieren. Für eine Wettbewerbsneutralität als Abgrenzungskriterium unternehmerischer und hoheitlicher Tätigkeit, sind es die Inhalte des Art. 5 III GG als Organisationsgrundrecht, die Unterschiede zur unternehmerischen Tätigkeit Privater feststellen lassen. Nachdem die Ausübung öffentlicher Gewalt vom eigens für die juristische Person geltenden öffentlichen Sonderrechts abhängig ist, wobei der Gebrauch hoheitlicher Befugnisse¹⁴ erforderlich ist, entfaltet eine verfassungsrechtliche Norm wie Art. 5 III GG nach der europäischen und auch nationalen Rechtsprechung umsatzsteuerliche Wirkung. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten sind es spezielle Abläufe und Organisationsvorgaben, die allein die Universitätsmedizin betreffen und damit die Wettbewerbsrelevanz in Frage stellen.

Hinsichtlich des Wettbewerbs wird zugleich der Frage nachgegangen, ob ein Funktions- und Finanzierungs-kreislauf zugunsten einer Tätigkeit ein Wettbewerbsverhältnis zu privaten Marktteilnehmern ausschließt. Werden Leistungen innerhalb der gesetzlich vorgegebenen, geschlossenen Strukturen der Universitätsmedizin bewirkt, ist erst Recht unter der Vorgabe des Art. 5 III GG als Kooperationsgrundrecht eine nicht marktrelevante Stellung gegeben. Unter den Ausübungsmodalitäten des Wissenschaftsbetriebs und der Bindungswirkung der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist eine vergleichbare Leistung Privater gegebenenfalls ausgeschlossen.

IV. Umsatzsteuerliche Einordnung der Universität und des Universitätsklinikums

1. Allgemeine Einordnung von Universität und Universitätsklinikum

Die Einordnung der jeweiligen Einrichtung hat Bedeutung für die umsatzsteuerliche Beurteilung von Leistungen innerhalb der Kooperation. Im Grundsatz ist die Universität als Hoheitsbetrieb und das Universitätsklinikum als Unternehmer bzw. Betrieb gewerblicher Art¹⁵ einzuordnen. Dies führt dazu, dass die Universität stets mit einem Betrieb gewerblicher Art kooperieren würde und ein etwaiger Leistungsaustausch umsatzsteuerpflichtig ist; ohne die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs für die Universität, sofern an den Hoheitsbetrieb der Universität geleistet wird. Leistungen der Universität an

einen Betrieb gewerblicher Art einer anderen juristischen Person öffentlichen Rechts (Universitätsklinikum), wie z.B. die Personalgestellung, die in der Arbeit ausführlich beleuchtet wird, würden ihrerseits als unternehmerisch beurteilt.¹⁶ Daher gewinnt die Beurteilung der Steuersphäre von Universität und Universitätsklinikum an großer Bedeutung. Unter den systematischen umsatzsteuerlichen Gegebenheiten bleiben bislang jedoch organisatorische und funktionale Besonderheiten der Universitätsmedizin unberücksichtigt, weshalb die Implikationen der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung und einer hoheitlichen „dienenden“ Funktion des Universitätsklinikums für die medizinische Wissenschaft einen Schwerpunkt dieser Arbeit einnehmen.

2. Einfluss der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung

Die überwiegende Zweckbestimmung der Krankenversorgung in der Universitätsmedizin für die medizinische Wissenschaft lässt eine andere Beurteilung als eine rein unternehmerische Tätigkeit der Krankenversorgung zu. Ein Hoheitsbetrieb der Krankenversorgung begründet sich vor allem in der bestehenden Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung. Diese untrennbare Einheit führt zu der Annahme, dass es eine zur Wissenschaft akzessorische und eine nicht-akzessorische Krankenversorgung gibt. Daher wird in der vorliegenden Arbeit dargelegt, dass das Universitätsklinikum im Rahmen der akzessorischen Krankenversorgung hoheitlich tätig wird. Zugleich wird im Rahmen der überwiegenden Zweckbestimmung die wissenschaftliche Tätigkeit der Universität in der Krankenversorgung umsatzsteuerrechtlich berücksichtigt. Nach der hier vertretenen Auffassung verhält sich dies wettbewerbsneutral, da eine Umsatzsteuerentlastung nicht zum Nachteil privater Marktteilnehmer führen würde. Der Fachbereich Medizin würde somit mit einem Hoheitsbetrieb des Universitätsklinikums kooperieren, mit der Folge potentieller nichtsteuerbarer Beistandsleistungen oder nichtsteuerbarer Personalgestellung.

3. „Dienende Funktion“ des Universitätsklinikums

Ein etwaiger Hoheitsbetrieb des Universitätsklinikums wird im Rahmen der „dienenden Funktion“ des Univer-

13 Grundsätzlich wird dies verneint. Relativierend: *Heintzen/Musil*, Das Steuerrecht des Gesundheitswesens, S. 94; ablehnend: *Stal-leiken*, FR 2010, 929 (937); für einen Einfluss: *Seer*, DStR 1997, 436 (438).

14 EuGH, Urteil vom 15.5.1990, C-4/89, „Carpaneto Piacentino“, UR 1991, 225; BFH, Urteil vom 15.4.2010, V R 10/09, DStR 2010, 1280 (1284); vgl. auch zur Rsp. *Ismer/Keyser*, UR 2011, 81 (83 f.).

15 Vgl. RFH, Urteil vom 9.7.1937, V D 1/37, RStBl. 1937, 1306, Gutachten S. 253 (Ls.); RFH, Urteil vom 2.7.1938, V D 5/38, RStBl. 1938, 743, Gutachten S. 198 Ls. 1; S. 200; OFD Köln, VfG. vom 3.9.1984, S 2706-46-St31; *Erhard*, in: Blümich, EStG KStG GewStG Kommentar, § 4 Rn. 121.

16 Vgl. 2.11 XV Beispiel Nr. 3 UStAE.

sitätsklinikums für die medizinische Wissenschaft unter zwei Aspekten untersucht: dem öffentlich-rechtlichen Sonderrecht und den nichtsteuerbaren Beistandsleistungen. Öffentlich-rechtliches Sonderrecht ist der landesrechtlichen Anordnung zu entnehmen, demzufolge Universität und Universitätsklinikum zur Zusammenarbeit verpflichtet sind. Mit der dienenden Tätigkeit begründet das Universitätsklinikum einen Hoheitsbetrieb, soweit dies der Grundausstattung hoheitlicher Tätigkeit der Universität zukommt. Anders ist dies hingegen zu beurteilen, wenn die unternehmerische Tätigkeit der Universität unterstützt wird bzw. nicht die Grundausstattung sondern eine Zusatzleistung erbracht wird. Diese Erkenntnisse werden am Instrument der nichtsteuerbaren Beistandsleistungen gegengeprüft. Grundsätzlich ist der Rechtsprechung des BFH¹⁷ zufolge an nichtsteuerbaren Beistandsleistungen aus Gründen der Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Privaten nicht mehr festzuhalten. Allerdings wird in dieser Arbeit vertreten, dass die Beistandsleistung nicht wettbewerbsbegründend ist, wenn sie für eine hoheitliche Tätigkeit der juristischen Person öffentlichen Rechts erfolgt. Dies setzt jedoch weiterhin voraus, dass diese Beistandsleistungen institutionsbedingt festgelegt sind und nicht gegenüber Dritten eingesetzt werden.

4. Steuerliche Auswirkung des beliebigen Universitätsklinikums

Die steuerliche Beurteilung des Universitätsklinikums wird im weiteren anhand eines privatrechtlichen Universitätsklinikums vor dem Hintergrund der Beleihung durchgeführt. Indessen werden am dienenden Auftrag und der Beleihung des Universitätsklinikums vergleichbare Implikationen wie bei einem öffentlich-rechtlichem Universitätsklinikum auf die Besteuerung festgestellt, so dass die Kooperation mit einem privatrechtlichen Universitätsklinikum nicht automatisch der Umsatzsteuerpflicht zu unterwerfen ist. Insoweit wird vor dem Hintergrund der nichtunternehmerischen Beleihung eine Entscheidung dahingehend getroffen, dass die Kooperationsform Universität und privatrechtliches Universitätsklinikum nicht umsatzsteuerschädlich ist.

V. Personalgestaltung

1. Zweck und Ablauf der Personalgestaltung

Unter der Personalgestaltung ist der Austausch von Personal der Universität an das Universitätsklinikum und umgekehrt zu verstehen.¹⁸ Dabei geht es darum, dass die gestellende juristische Person Arbeitgeber / Dienstherr bleibt, das Personal seine Dienste beim Empfänger erbringt und der Empfänger hierfür ein Entgelt entrichtet.¹⁹ Die überlassende Einrichtung behält ihre Arbeitgeber- oder Dienstherrnpflichten weiterhin gegenüber dem wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Personal. Dabei wird die Personalgestaltung ausführlich anhand der besonderen Personalstruktur des wissenschaftlichen Personals, der Professoren und des nichtwissenschaftlichen Personals erörtert; Gegenstand sind ebenso die verschiedenen Konstellationen der Personalgestaltung zwischen Universität und Universitätsklinikum.

Kern der Ausführungen ist die wissenschaftliche Notwendigkeit der Gestellung, die neben den Hochschulgesetzen auch dem Verfassungsrecht folgt. Indessen wird der Nachweis angetreten, dass die Personalgestaltung aufgrund sonderrechtlicher Grundlagen und fehlender Wettbewerbsrelevanz nicht unternehmerisch motiviert ist und keine Umsatzsteuerpflicht auslöst. Die Rahmenbedingungen sind in den Landesgesetzen der Universitätsklinikum geregelt²⁰ und werden in Kooperationsvereinbarungen näher ausgestaltet. Die Personalgestaltung folgt insoweit einem „hoheitlichen Zweck“, als es die Dienstpflicht der Hochschullehrer und des wissenschaftlichen Personals ist, neben der Forschung und Lehre auch Aufgaben in der Krankenversorgung wahrzunehmen. Zusätzlich ist dem Art. 5 III GG für das universitäre Personal bzgl. des akademischen Selbstverwaltungsrechts und der Verknüpfung von Wissenschaft und Krankenversorgung eine große Bedeutung beizumessen. Schließlich verlangt das statusrechtliche Amt des Beamten entsprechende Rahmenbedingungen diese Tätigkeiten in dieser Form auszuüben.²¹ Um die Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung zu gewährleisten, ist eine Besonderheit der universitätsmedizinischen Personalstruktur, dass sowohl das wissenschaftliche, als

17 BFH, Urteil vom 10.11.2011, V R 41/10, BB 2012, 1070 ff.

18 Vgl. dazu OFD Hannover, 22.08.2002, S 2706-143-StO 214, S 2706-178 StH 231; OFD München, 25.1.2005, S 2706-69 St 42; OFD Koblenz, 1.4.2000, S 7106 A-St 44 2; VV MV, FinMin 1998-11-19 IV 320-S 7106-20/98.

19 Vgl. 2.11 XV 1 UStAE, s.a. Knorr/Klafmann, Die Besteuerung der Krankenhäuser, S. 344.

20 Siehe §§ 7 II, 12 I UKG BW; Art. 14 BayUniKlinG; § 22

HessUniKlinG; § 25 a V HessUniKlinG für ein privatrechtliches Universitätsklinikum; §§ 12, 14 UKVO NW; §§ 6, 20 HMG LSA.

21 Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2008, 217 f.; VGH BW, NVwZ-RR 2004, 751 (751); s.a. Klilian, LKV 2007, 145 (150 f.).

auch das nichtwissenschaftliche Personal doppelfunktional zur Forschung und Lehre der Universität, als auch zur Krankenversorgung am Universitätsklinikum eingesetzt wird.

2. Steuerliche Beurteilung der Personalgestaltung

Die umsatzsteuerliche Beurteilung wird einerseits anhand der Erlasse der Finanzverwaltung unter Berücksichtigung der Analyseergebnisse aus der Überprüfung der Steuersphären von Universität und Universitätsklinikum vorgenommen. Andererseits wird die Personalgestaltung nach öffentlich-rechtlichem Sonderrecht beurteilt. Im Zuge dessen wird die Gestellung wissenschaftlichen Personals der Universität auf Art. 5 III GG zurückgeführt. Hierzu gehören Inhalte wie das akademische Selbstverwaltungsrecht, die Personalunion von Wissenschaftler und Arzt, die wissenschaftliche Weisungsunabhängigkeit und der Beamtenstatus. Im Ergebnis könnte die Personalgestaltung zur Krankenversorgung als hoheitlich nicht steuerbar behandelt werden, dies unter der Voraussetzung, dass vergleichbare Sachverhalte privater Marktteilnehmer von der Umsatzsteuer befreit sind.

Die Beurteilung nach öffentlich-rechtlichem Sonderrecht berücksichtigt die verfassungs-, hochschul- und beamtenrechtlichen Besonderheiten der Kooperation. Auswirkungen zeigt dieser Ansatz in der Personalgestaltung zur Krankenversorgung und in der Gestellung nichtwissenschaftlichen Personals zu Forschung und Lehre, die ansonsten als unternehmerisch zu beurteilen wären. Indessen wird der Nachweis geführt, dass mithilfe der Personalgestaltung dem Grundsicherungsauftrag hoheitlich, wissenschaftlicher Tätigkeit nachgegangen wird. Diese Wertung fließt nur anhand des öffentlichen Sonderrechts unter Korrektur des Wettbewerbsverhältnisses im Rahmen des Funktions- und Finanzierungskreislaufs der Universitätsmedizin mit ein. Folglich ergeben sich unter den verfassungsrechtlich notwendigen Vorgaben Zwänge in der Ablauforganisation, denen nach der hier vertretenen Auffassung auch umsatzsteuerlich Rechnung zu Tragen ist.

VI. Ergebnis

Anhand der Untersuchung zeigen sich mehrere Ansätze, eine Kooperation wie in der Universitätsmedizin umsatzsteuerrechtlich nicht als unternehmerisch zu beurteilen. Dies begründet sich überwiegend an der umsatzsteuerrechtlichen Bedeutung des Art. 5 III GG für die Kooperation in der Universitätsmedizin. Es sind nun mal die Wertungen des Art. 5 III GG, die im Hinblick auf Organisation und Tätigkeitsabläufen Vorgaben für den Wissenschaftsbetrieb beinhalten, die am Universitätsklinikum fortwirken. Dieser hoheitliche Zweck steht einem unternehmerischen Handeln entgegen. Somit sind die Tätigkeiten im Rahmen des Art. 5 III GG als Sonderrecht im Umsatzsteuerrecht entlastend zu berücksichtigen, sofern keine Wettbewerbsverzerrungen zu anderen Marktteilnehmern auftreten. Damit führen die unterschiedlichen Kooperationsformen in der Universitätsmedizin mitsamt der Verselbständigung der Universitätskliniken nicht zwangsläufig zu umsatzsteuerschädlichen Konstellationen, die die Landeshaushalte empfindlich belasten könnten.

Der Autor hat Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen-Nürnberg studiert. Im Anschluss an das Referendariat war er als akademischer Rat am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht Lehrstuhl für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht Prof. Dr. Max-Emanuel Geis tätig. Für seine Promotion hat er den Promotionspreis des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Erlangen-Nürnberg, den Rödl-Promotionspreis der Kanzlei Rödl & Partner sowie den Preis des Wissenschaftsrechts 2015 verliehen bekommen.

Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung, ist 2013 im NOMOS-Verlag erschienen. (311 S., Broschiert, ISBN 978-3-8487-0437-8) Das Werk ist Teil der Reihe Schriften zum Bildungs- und Wissenschaftsrecht, Band 14. 69,- € inkl. MwSt. versandkostenfrei.

Manfred Löwisch

Förderung statt Zwang – Neue Open Access Strategie in Baden-Württemberg

Bislang hält § 44 Absatz 6 Landeshochschulgesetz die Hochschulen in Baden-Württemberg dazu an, ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung zu verpflichten, ihr in § 38 Absatz 4 Urheberrechtsgesetz festgelegtes Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Eine entsprechende Satzung hat die Universität Konstanz erlassen.

Derartige Regelungen stoßen auf verfassungsrechtliche Kritik, weil sie die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen einschränken, selbst über Ob und Modalitäten von Veröffentlichungen zu entscheiden.¹ Die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Konstanz hat deshalb gegenüber dem Rektorat der Universität erklärt, dass sie der in der Satzung festgelegten Pflicht, zur Zweitveröffentlichung auf einem Repositorium der Universität nicht folgen werde.²

Kritik und Protest sind nicht ohne Eindruck auf die Politik geblieben. Der Koalitionsvertrag zwischen Bündnis 90/Die Grünen Baden-Württemberg und der CDU Baden-Württemberg vom 9. Mai 2016 kündigt in seinem forschungspolitischen Abschnitt die Prüfung an, ob die Zweitveröffentlichungspflicht aufrechterhalten werden soll.

Zugleich spricht sich der Koalitionsvertrag für eine Weiterentwicklung der Open – Access – Strategie des Landes gemeinsam mit Hochschulen und Bibliotheken aus. Dazu soll geprüft werden, ob baden-württembergische Open – Access – Zeitschriften durch das Land gefördert werden können.

Damit rückt ein *freiheitlicher* Weg zu mehr Open Access in den Fokus: Wissenschaftler und Wissenschaftle-

rinnen werden aufgerufen, das Recht zur Veröffentlichung ihrer Forschungsergebnisse selbst in die Hand zu nehmen, indem sie, gefördert durch das Land, eigene Online-Zeitschriften für bestimmte Fachgebiete entwickeln und herausgeben.

Dieser Ansatz reicht über die Wahrnehmung des Zweitveröffentlichungsrechts hinaus. Attraktion gewinnen Online-Zeitschriften, wenn sie auch und sogar überwiegend Erstveröffentlichungen enthalten. Dass der Aufbau solcher Online-Zeitschriften im Bereich der Rechtswissenschaften möglich ist, mag das Beispiel der – kostenfreien – OdW zeigen, die inzwischen im vierten Jahr erscheint und über nahezu 400 Abonnenten verfügt.

In gewisser Weise berührt sich der baden-württembergische Ansatz mit dem kürzlich vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung gemachten Vorschlag, die vier größten deutschen Forschungsgesellschaften sollten eine eigene Open-Access-Online-Zeitschriften-Plattform gründen.³

Während dieser Vorschlag aber unvermeidlich mit Bürokratie und dem Aufbau eines großen Gutachterwesens durch die Forschungsorganisationen verbunden wäre, führt der vom Koalitionsvertrag Baden-Württemberg gewiesene Weg zum Aufbau dezentraler Open-Access-Publikationen. Die von Götting und Lauber-Rönsberg⁴ vermissten Akzeptanz von Open-Access-Journals, insbesondere auch in der Rechtswissenschaft könnte so allmählich wachsen.

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

1 Siehe etwa *Götting/Lauber – Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015,137,145.

2 Siehe dazu *Löwisch*, Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung, OdW 2016, 135f.; Mitglieder der Fakultät haben inzwischen beim VGH Baden-Württemberg ein Normenkontrollverfahren mit dem Ziel angestrengt, die Satzung für unwirksam zu erklären.

3 *Fecher/Wagner*, Open Access als Autonomiegewinn für die

Universitäten, FAZ vom 19. 10. 2016, S. N4; auch *Fecher/Wagner*, Open Access, Innovation, and Research Infrastructure, <http://www.mdpi.com/2304-6775/4/2/17> und *Fecher*, Academic Academic publishing can free itself from its outdated path dependence by looking to alternative review mechanisms., <http://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2014/09/16/academic-publishing-path-dependence-qwerty/>.

4 aaO S. 146.

Helmut Engler

*Gleich Staatsanstellung auf Lebenszeit?*¹

„Bemerkenswert erscheint mir auch noch, dass nach der Habilitation in Jena und nach einigen Jahren als wissenschaftlich erfolgreicher, aber schlecht besoldeter außerordentlicher Professor der Philosophie (bis 1806 in Jena) sogar der große Hegel für volle zehn Jahre außerhalb der Universität berufstätig war und zwar erfolgreich tätig war, nämlich in seinen Berufsstationen als Redakteur der Bamberger Zeitung (1806 bis 1808) und als Rektor des Ägidien- Gymnasiums in Nürnberg (bis 1816). Es war also schon damals nicht so, dass jeder Habilitierte prompt nach seiner Habilitation eine Staatsstellung auf Lebenszeit erhalten konnte; im Unterschied zu heute

wurde dies aber zu Hegels Zeit nicht in erster Linie als ein soziales Problem und auch nicht – wie es manchmal vielleicht ein wenig unehrlich geschieht – als Problem der „Fehlinvestition“ von Ausbildungseinrichtungen dargestellt. Die Berufsjahre außerhalb der Wissenschaft wurden vielmehr, wie gerade das Beispiel Hegel zeigt, als Ansporn zu wissenschaftlichen Werken neben dem Brotberuf verstanden, auf deren Basis es dann möglich wurde, nämlich mit publizierten wissenschaftlichen Leistungen, in die Gelehrtenrepublik der Universitäten aufgenommen zu werden.“

¹ Aus der Rede des Ministers für Wissenschaft und Kunst des Landes Baden-Württemberg Helmut Engler zur Eröffnung des Hegel Kongresses am 18. Juni 1987 in Stuttgart, wiedergegeben in: H. Engler, Über den Tag hinaus, hrsg. von Minis. f. Wiss. u. Kunst BaWü 1990).

