

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2019

Aufsätze

- Susanne Baer* More Than Welcome: A Berlin Call for University Ethics **1-6**
- Ute Mager* Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht **7-14**
- Thomas Würtenberger* Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? **15-26**
- Christoph Ohly* Mit überlegter und prophetischer Entschlossenheit. Aspekte der Neuausrichtung kirchlicher Universitäten und Fakultäten gemäß Veritatis gaudium **27-34**
- Robert Brehm* Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Dritten Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017 aus anwaltlicher Sicht **35-44**
- Silvia Pernice-Warnke* Status und Alter in der akademischen Selbstverwaltung **45-54**

Urteilsbesprechung

- Cornelia Feldmann* Der Rechtsweg beim Konkurrentenrechtsstreit um eine durch privaten Dienstvertrag zu besetzende Stelle – OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.1.2018, 2 E 10045/18 und LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.8.2018, 2 Ta 77/18 **55-60**

ISSN 2197-9197

Andreas Schubert und Nikolas Eibel Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaftsgesellschaft durch die nicht promovierten Partner bei Ausscheiden des promovierten Namensgebers – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.5.2018, II ZB 27/17 **61-64**

Bericht

Viktor Kurz JurOA-Tagung Frankfurt vom 18. und 19. Oktober 2018 **65-66**

Ausgegraben

Roland Reuß TOFU **67-68**

Susanne Baer

More Than Welcome: A Berlin Call for University Ethics

Democracy is under attack, as are human rights outside and inside the academy, and scholars are at risk. The keynote proposes an ethics that calls on universities to truly welcome these scholars, with more than a benevolent gesture. Instead, the university must be the space for a truly cosmopolitan “education” via exchange among equals – which adds *Alexander* and *Caroline* to *Wilhelm von Humboldt*. This allows an “enlightened and active mind ... to wander freely and widely”, as “one of the joys and rewards of human existence” – which is the version of the United Nations Committee on such human rights. This commitment to safeguard education and academic freedom justifies university autonomy; the way a university deals with scholars at risk is a litmus test of its practice, and its ability to contribute to democracy at all.

At the 2018 Scholars at Risk conference in Berlin, keynotes have addressed academic freedom (Hoodfar) and open inquiry (Butler), social stability and sustainable development (Hilgert). On its last day, there is a need to address the institution that hosts scholars, as the institution that allows for, that empowers and that invests in research and teaching and organizes education: the university. If we understand the role of the university for democracy, we find the institutional answer to the question of what needs to be done when scholars are at risk. Since the current political situation is extremely worrying, it is also a rather urgent Berlin call for university ethics. If needed, it can easily be applied to other institutions responsible for academic affairs.

Three dimensions of Humboldt

My first question is: Do you know *Humboldt*?

Indeed, there is a Berlin university that carries the name (and many others, on many continents). Yet the name refers to people: *Familie Humboldt*. Primarily, in discussions of academic work, “*Humboldt*” is a reminder of *Wilhelm*, the Prussian bureaucrat who started what is now known as the *Humboldt* model of higher education, implemented in Berlin in 1810.¹ This concept of higher education is based, notably, on the freedom of those willing to learn to choose your course of studies. It’s running mode is the community of scholars and students, thus both learning together in engaging in research, free from economic or political pressure and limitations. Today, we call this academic freedom and institutional autonomy.

However, there is also *Alexander*, the geographer, naturalist and linguist, a foreseer of climate change, and author of *Kosmos*.² He did not only live interdisciplinarity,³ yet also lived a cosmopolitan⁴ life, a gay man eventually countering more than just narrow-mindedness, but colonial mindsets regarding the unknown, the other. Today, we may call this the unbiased search for, still, the truth.⁵

And there is *Caroline* – do never forget the women! She married *Wilhelm*, and – yet, notably already then – led a liberated life.⁶ Like *Alexander*, she did not only travel, but went places to stay. She also initiated literary salons, the at the time legitimate format to stage debate, organize collective enquiry, contextualize knowledge.⁷

1 R. D. Anderson, Germany and the Humboldtian Model. 2004

2 In English: *Cosmos. Sketch for a Physical Description of the Universe*. Generally, see *Sorkin, David*. „Wilhelm Von Humboldt: The theory and practice of self-formation (Bildung), 1791-1810.“ *Journal of the History of Ideas* 44.1 (1983): 55-73. On the brothers, see *Geier, Manfred*. „Die Brüder Humboldt.“ *Eine Biographie*. 2009.

3 See *Cannon, Susan Faye*. *Science in Culture: The Early Victorian Period*. 1978; *Jardine, N*; *Secord, J.A.*; *Spary, E.C.* *Cultures of Natural History*. 1996.

4 In regard to the much debated topic of “global citizenship” in the U.S. cf. *K. Hovland*, *Shared Futures: Global Learning and Liberal Education*, 2006. The term cosmopolitan is used in varied ways by *Immanuel Kant*, *Perpetual Peace*, who applies this (older) idea in terms of a philosophy of law; cf. *Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, 1784; and which is also referred to by *Wilhelm von Humboldt*, *Ideas for an endeavour to define*

the limits of state action, 1792. Today, there are several versions of cosmopolitanism, incl. *Kwame A. Appiah*, *Cosmopolitanism: Ethics in a world of strangers*, 2006.

5 Certainly, this is the truth and not the Truth, in that it recognizes the challenge in finding consensus on what must be considered real, taking subjectivities and positionalities into account. Yet this does not result in a cynical or nihilist abandonment of the notion, or the search, which seems rather dangerous when populist auto-crats claim “facts” to be entirely at their disposal.

6 See *Hazel Rosenstrauch*: *Wahlverwandt und ebenbürtig. Caroline und Wilhelm von Humboldt*. 2009; *Dagmar von Gersdorff*: *Caroline von Humboldt. Eine Biographie*. 2011; *Stephan, Inge*. „Wahlverwandtschaften. Caroline und Wilhelm von Humboldt in ihren Briefen.“ *Zeitschrift für Germanistik* (2010): 205-214.

7 *Hazel Rosenstrauch*, *Wahlverwandt und ebenbürtig. Caroline und Wilhelm von Humboldt*. 2009.

Today, in light of threats to academic freedom and to democracy overall, I suggest to draw inspiration from all three. To engage in and for the university, and to allow for and contribute to democracy, there is a need for all three dimensions they do represent. *Wilhelm* – to understand academic freedom and the university in its democratic function, *Alexander* – to get the cosmopolitan nature of the task, to implement glocalisation in light of globalisation, and *Caroline* – to truly value the academy as a diverse space of exchange among equals.

Why is this important today?

To be very clear, this is not just an argument for pity with people in need. Indeed, it is also not just an argument for solidarity with those who have your job elsewhere and are less comfortable in it. Rather, this is a reminder of the crucial role that universities play in this world, and of our responsibility for it.

Namely, there is an urgent need for proper action because democracy is under attack, including human rights and the institutional arrangements of the rule of law to protect them. This keynote does not allow me to discuss the details. But the strategically well planned attacks by populists, employing the more or less subtle means of autocratic legalism, as well as the outright destruction by means of sheer force do exist, and they are deeply worrying.⁸ Certainly, locations and contexts differ, as does the harm, including the harm to students and scholars.⁹ It also happens outside of as well as inside the academy that activists and journalists and judges and more, as well as scholars and students, are persecuted, threatened, jailed and even murdered. Right now, there are many pressing issues that need to be addressed.

Yet regarding scholars, it is of crucial importance to understand universities and what they can and need to do. Indeed, democracy does rely on universities and on academic freedom in specific ways. It is universities that have a specific role to play in allowing for and defending democracy. Again, be sure to properly define what is meant by this: “democracy”. Yet to defend democracy as a respectful way of the social, we need a deep sense of the university’s glocal nature and need for equality in diversity to fill it.

So let me first address the role of the university today. The argument is that academic freedom and institutional autonomy are key, if properly understood, as requirements of *Humboldt’s* version of education. As such, the university has a political function, as a factor of democracy. Second, this freedom and this autonomy come with an ethics. Specifically, in an governance mode of modest realism, all universities have an international dimension today, which requires them to be diplomatic going abroad, and true hosts at home, willing and able to interact with the other as an equal. Third, then, hosting scholars at risk is a litmus test for universities. You do only pass this test if you allow for, empower, and invest in different voices. Again, the point is that scholars at risk must enjoy more than a gracious gesture. For many reasons, they and their expertise must be truly welcome. And since it draws inspiration from the *Humboldt’s* and since we are in a city that went through dramatic changes in the world’s history, this is a Berlin call for university ethics.

The role of the university today

The starting point is that there is an inextricable link between the university and democracy. Certainly, this link does only exist between democracy that deserves its name, and a university that lives up to an enlightened understanding of academic freedom and university autonomy. As part of the current problem, this cannot be taken for granted at all.

Regarding democracy, there is an imminent and powerful abuse of the label. What Hungarian President Orbán has labelled “illiberal democracy” is not in need of academic freedom. Nor is a democracy that relies on tweeted news and denies the existence or relevance of facts in need of research. Rather, these representatives of what they still call democracy abuse the concept to destroy it. When politicians win majorities in elections proclaiming “illiberal democracy” or the “true rule of our law”, but elections are manipulated and law is denounced and constitutions are changed into a contradiction in terms and courts are ridiculed, and when “truth” and

8 Most worrying, we see attempts to claim the grand and noble terms of a consensus reached around the globe after 1945 and again after 1989, in order to destroy it, i.e. turn “democracy” into “illiberal democracy”, or “law” into a means to destroy legal protection, or “courts” into scapegoats for government interests. There are claims to a “true meaning” of key concepts that guarantee our social fabric, based on peace, and dignity in equal liberty, as respect. This is not intellectually entertaining, and not yet another instance of hegemonic struggle, elites fighting for words, a system destroying itself. Although rather flawed Marxists may get excited

about more trouble on the ground still hoping for a revolution, this is either naïve or elitist. Instead, there is an organized attack on democracy and the rule of law, in constitutionalism. See recently, Madeleine Albright: *Fascism: A Warning*, 2018.

9 Around the world, education is not in good shape. There are students at risk, or already hurt – like the girls abducted by Boko Haram and all the children turned into soldiers or gang members and all those starving instead of going to school – deprived of their human right to education. There are teachers at risk, or already fired, or threatened, or killed.

“facts” and “arguments” become labels for lies, legends, or libel, echoed by powerful people in office and algorithms, all of us have a serious problem. Opposed to these oppressive plans, a democracy that is inextricably related to fundamental human rights, and thus – by the way, not “Western”, but – necessarily liberal, equality and dignity based – to refer to the grand consensus past 45 and past 89 –. Democracy that safeguards this for each and everyone via the rule of law and a separation of powers, does allow for, and in fact need, the university.

However, this does only apply to a university that deserves the name. Regarding academic freedom and the university, there is a similar risk as the one that destroy democracy. Clearly, there are institutions that do not deserve the name. This is the case if a school offers biased or even oppressive training and indoctrination to selected peers, rather than opportunities to think and articulate opinions. Yet other cases are much less clear. When universities become sites of lies instead of truth, of hate instead of speech, of ideology instead of explorative research and teaching, they become sites of battle, or controversy, yet they are not engaged in what defines a university as such.

Namely, and rather prominent in the U.S., but also in other countries, there are speakers that claim a right to “academic freedom”, or a right to “free speech” in universities, in order to, by way of example, call the Holocaust a lie, or discuss human races as fact, inherently unequal, or lecture on women as beings naturally inferior to men, via brain size, or categorize sexual minorities as sick freaks and aberrations of nature, or present the belief in God’s creation a science, and natural sciences as crap. And to avoid misunderstandings: All of this can be said and written and communicated by other peaceful means as long as it does not harm someone. Since whether we like it or not: This is free speech. But it is not research, or science, interested in truth.

Therefore, if such lies and hate and ideology achieve to be defined as research and teaching, to enjoy academic freedom and the protection of an autonomous university, it is, also, an abuse of the very idea.¹⁰ Lies – or alternative facts” – or hate or ideology is not just another approach and topic and result of research, but it is lies and hate and ideology. It may and must be subject to debate, but it is not research and teaching. Instead, these are attempts to capture the space of academic freedom, to in fact destroy it. Note that these people and organisations

act based on well funded strategies, and are defended by many more, and attempt to enlist all liberals in that defence, in the name of the human right to free speech, to however denounce women and people of color and other others, as well as critical analysis. Based on the very concept of the university as a site of education, such attempts to rather destroy the university must be refuted.

This is Wilhelm

To understand what the university is about, or should at least attempt to be, in an ever-lasting process of trying, *Wilhelm von Humboldt*, and this a Berlin idea, is inspiring. In 1810, he conceptualized the university as the place of “Bildung” – a term that carries a meaning beyond its usual translation as “higher education”, since it is a specific type of it: a development of mind and soul towards civic virtues via academic encounter. Famously, he explained to the king “There are undeniably certain kinds of knowledge that must be of a general nature and, more importantly, a certain cultivation of the mind and character that nobody can afford to be without.” But notably, he saw this not only as economically profitable. To add another *Humboldt* scholar: Educator and civil rights leader *W.E.B. (for William Edward Burghardt) DuBois* stated in 1902 that “the ideals of education, whether men [sic] are taught to teach or plow, to weave or to write, must not be allowed to sink into sordid utilitarianism. Education must keep broad ideals before it, and never forget that it is dealing with Souls and not with Dollars.” Put this way, dealing with souls defines a university as very specific space.

Now *Wilhelm* promoted higher learning as an asset of a democratic society. Academic freedom of research and freedom of study,¹¹ in the community of scholars and students, in an institution that enjoys corporate autonomy despite their being funded by the state¹² – to allow for, empower and invest in citizens. This is the link between democracy and the university, if both deserve the name.

In that tradition, as the United Nations phrase it now, higher education in which teaching is grounded in and part of research has “a vital role ... in promoting ... democracy”, beyond the practical, as a human right. Or, in the words of the organization of all states marked as European geographically, the Council of Europe, which runs a project on Education for Democratic Citizens

10 Note that in countries like the U.S., there is a temptation to confuse free speech with academic freedom, for lack of a more refined concept, to be found in international human rights law, or explicitly in German constitutional law.

11 Lernfreiheit, instead of rigid curricula, still defining the difference

between Ph.D. studies and a doctorate

12 Similar to public broadcasting, state funding of truly autonomous research is a paradoxical and courageous move in that those in power fund those designed for critique.

since 1997, “challenges that Europe is facing today – including disenchantment with democracy, integration of refugees and the rise of violent extremism – make education for democratic citizenship and human rights more important than ever”.¹³ We need to step up this work in the years to come.

Indeed, the attacks themselves are a striking indicator of why this is necessary. Wherever autocrats are out to destroy a democratic society, as a society that respects all present as equals, and limits majority power by fundamental rights eventually protected by courts, they do attack specific institutions and particular people first, namely: the media, courts, and the university and scholars. As such, what illustrates the nexus between the university and democracy is the relationship between pressure and threats on academics and critical thinking and the presence of non- or antidemocratic forces in any society. The more democracy is at risk, the less academic freedom. Scholars who oppose autocratic regimes and ideologies do report that they were not targeted for being somewhere at a time, but for being academics where critical thought is not wanted. And very often, thinking women are not wanted at all. This has happened in Turkey, and it also characterises the attacks on universities in Hungary or Poland, spiced with antisemitism and racism, with sexism and homophobia, and it is the background of many more battles.

So there is an inherent link between the university and democracy. Academic freedom and institutional autonomy are key, if properly understood, in *Humboldt*'s version of education, to a democratic society. As such, the university has a political function, as a factor of democracy.

Against Radical Misunderstandings

In this concept, and because of the vast array of self-determination universities enjoy, academic freedom and university autonomy come with an ethics. In fact, such an ethics informs how a university deals with others, ranging from international partners to hosted scholars at risk.

As with all liberties, freedom and university autonomy shall not be confused with the unlimited use of privi-

lege.¹⁴ This is important because there are not only attempts to abuse the very idea of education and academic freedom and the university as such, but there are also what I would call radical misunderstandings, or misconceptions, of this freedom as such.¹⁵ There is no unrestricted freedom and no entirely unlimited liberty in any social setting. Therefore, freedom beyond egocentric autonomy, as a liberty that is socially embedded, in a world in which we fundamentally accept each other, carries with it obligations. And whenever it comes to obligations that are attached to freedom, there is certainly the question whether such obligations are in fact a cover up for political intrusion or oppression or censorship or any other inadequate intervention. But different from these, the ethics of the university I want to address are the very foundation academic freedom and the autonomy of the university itself rest upon. Such ethical obligations do not put knowledge and understanding at risk. Rather, there is an ethics to academic freedom that is vital to take the risk away from the academy.

Certainly, this keynote also does not suffice to address all aspects of such an ethics. In the context of scholars at risk, it seems most important to address its international dimension, thus calling on the ethics of universities that are not at risk themselves but reach out to places where scholars are, and that act as host universities and allow scholars at risk elsewhere to stay. Thus, university ethics have at least two sides, as international institutions, reaching out via collaboration and cooperation, as well as inviting in, as receiving ones.

Indeed, internationalisation of universities has mostly been managed as a set of outreach efforts, sending students and scholars abroad, collaborating and cooperating with others in this world. This is *Alexander*, and it is indeed a wonderful idea to go travel and go explore. Yet with *Alexander* and with *W.E.B. DuBois* and so many others, it is also entirely clear that this can fail badly,¹⁶ up to a (neo-)colonial encounter. Therefore, we need an ethics to avoid that and properly address when it happens.

There are challenges on the way. In efforts to internationalize universities, conflicts arise and have arisen when a university contracts into partnership with an institution that dismisses scholars based on their political

13 Commemoration of 20 years, at https://www.coe.int/en/web/edc/home/-/asset_publisher/MmQioA2qaHyO/content/twenty-years-of-promoting-education-for-democracy-and-human-rights?inheritRedirect=false. The Council develops a Reference Framework of Competences for Democratic Culture, to support schools with such efforts. There is a continuous effort in the Council of Europe to strengthen such efforts, namely since 2002, including the Council of Europe Charter on Education for

Democratic Citizenship and Human Rights Education from 2010.

14 *Wilhelm von Humboldt* believed that a university can and will achieve more (and also different things) than can ever be planned by the state. This also applies to plans made by presidents and rectors, ‘professionalised deanships’ and other executive committees: there is no such thing as orders, or thoroughly planned success. However, there is good academic governance.

16 They are neither new nor do they come from “the enemy”.

and philosophical views. Conflicts also arise when a university partners with institutions in political contexts in which the core civil and political human rights are not protected.¹⁷ In addition, conflicts arise when cooperation is funded by people or entities that persistently violate human rights. So would you sign an agreement with an institution where religious freedom and homosexuality are denied or discouraged – and what would you do if a student or scholar faces repression while working and studying there?

And there are more questions: Who sets out the definition of education, as well as academic freedom, abroad, and can an international partner ‘censor’ the curriculum or research? When China funds institutes abroad, and Western states fund institutes in China – who runs them, and where does censorship start? More generally, international cooperation already always poses the question of whether this is still a university endeavour that deserves its name. And when should you stand up and protest human rights to be infringed? Note that the ‘bad guys’ like nothing more than collaborating with the ‘good guys’, as it is an excellent way to restore their tarnished reputation, and an opportunity to wash their dirty laundry. By way of example: a German partner tends to ensure that academic freedom appears sparkling white. Therefore, Western universities, faculties and institutes as well as individual scholars are very much sought after, and bribed into cooperating with institutions that use rather than allow for, empower, and invest in science. Thus, reaching out to international partners, in an governance mode of modest realism, requires universities to be diplomatic.¹⁸ Diplomacy is, then, the outreach side of university ethics.

Glocalizing Universities

Regarding the other dimension of an international institution, the ethics of a university must make it a really good host. When reaching out across borders must employ all skills developed in diplomacy, to avoid the

gunboats as long as possible but take a stand when needed, inviting in does also have an ethics to it. Internationalisation means glocalisation. Here comes *Caroline*.

She adds diversity to the picture. *Wilhelm* designed the institution. *Alexander* travelled the world, a cultural diplomat. And *Caroline* is not only a woman among so many defining men, she also invited people into her salons, to allow for, empower and invest in the fascinating diversity of approaches, understandings, views. Diversity. Now pause for a moment: what does it exactly mean again? If outreach needs diplomacy, inviting people in as a host needs generosity, more than tolerance and respect for the other, but genuine curiosity and appreciation. This asks of us to seriously engage with the unfamiliar – a key ingredient of science.¹⁹ If universities want to be true hosts at home, they must be willing and able to interact with the other as an equal.

Now this is not a question of priorities and emphasis and choice. It is also more than a necessity in today’s global economy of knowledge. Rather, the commitment to globalisation as glocalisation, in a diplomatic university that is a true host, is a component of academic freedom and university autonomy that deserve the name.

A Litmus Test and a Berlin Call for University Ethics

That much said, the way universities treat scholars at risk is a “litmus test” to their very *raison d’être*, and the test indeed applies to foundations and other such institutions as well. In short, a key to an office and a library card will not do, nor will one lunch and a weekend invitation. Rather, glocalisation in universities must translate into research and teaching. The more universities live up to the ideal of the Humboldtian university, based on academic freedom and institutional autonomy, driven not by money or ideology but by research, the more such institutions must host scholars from abroad as equals. Similar to the status of politically controversial academic fields in universities that challenge an oppressive status quo, like gender studies or disability studies, it is a litmus

17 I.e., *Peter Scott* wrote about the “ugly side to internationalisation” in *The Guardian* 06.06.2011. This term describes “more (high-fee) international students” as the cash cow problem, “exotic partnerships which inevitably demand much travelling by senior managers”, or partnerships that involve the awarding of honorary doctorates. It is therefore problematic when the whole situation is referred to as a market, even though economic aspects must be considered. Furthermore, there is also the criticism that internationalisation strategies are nothing more than a superficial myth, false labelling or unsuccessful efforts.

18 At Yale, a prominent critic of cooperating with Singapore was philosopher Seyla Benhabib, <http://yaledailynews.com/blog/2011/05/18/benhabib-why-i-oppose-yale-in-singapore/>. At

NYU, similar debates focus on Abu Dhabi, Zvika Krieger, online at <http://www.theatlantic.com/international/archive/2013/03/the-emir-of-nyu-john-sextons-abu-dhabi-debacle/273982/>.

19 For more, see *Baer, Susanne*, Unbounded academic freedom?, online at www.international.hu-berlin.de, see *Ferngespräche*. Diplomacy has a long – and global – history. It is a tool in international relations, not the answer to the questions posed. It relies on people who converse in a shared language, to enable links to other regions of the world, to collect information, to create understanding. Diplomacy relies on ambassadors who are at ease with different cultures, environments and languages; curious and motivated, open and unselfish, tackling common causes for the greater good.

test for universities to host such efforts, if it wants to live up to its institutional calling.

Thus, as much as a university is based on a refined understanding of its function in and for democracy, it allows for, empowers, and invests in scholars at risk. As a result, scholars at risk must enjoy more than a gracious gesture. Glocally thinking, their expertise must be truly welcome. For a start, one could consider to support research that reflects upon the very reasons for the risks, such as autocratic legalism, populism, unfriendly takeovers of liberal institutions and terms, etc. Also, one must systematically address the specific needs of legal status and protection for scholars that need to work abroad because they are at risk at home. Then, every university would profit tremendously from teachings offered on research under pressure, and ways to counter it. Again, the ethics that inform academic freedom and university autonomy must, and may indeed profitably, inform the university's policies.

Inspired by all three *Humboldt's*, but also thinking at a place that went through dramatic changes in the world's history, this is then a Berlin call for university and other such institution's ethics. With Humboldt and human rights, this call is deeply rooted in Berlin as a city, as the former geopolitical front of the cold war where the symbolic as well as real concrete Wall that came down, in fact: was taken down, in 1989. The call is also very Berlin because it is even more deeply anchored in a post-1945 consensus of "never again" to genocide, to antisemitism, to racism, to fascism in all forms, which were indeed also planned and executed and hailed ... in Berlin. And the

call is so Berlin because this appeal is indebted to the concept of the university as an autonomous community of scholars and students, free from state intrusion – attributable to *Wilhelm* –, yet committed to the *Nomos*, to world citizenship – *Alexander* –, and listening beyond prejudice – *Caroline*, all *von Humboldt*.

The key proposition is to counter the risk posed by attacks on democracy, and on universities and academic freedom. Then, the call is for a nuanced diplomacy of a university reaching out. Finally, the call is to, as one element of glocalisation, truly welcome and host scholars at risk, with more than a benevolent gesture. It is the university that is designed to be, and must strive to stay the space for a cosmopolitan "education" via exchange among equals – which adds, again, *Alexander* and *Caroline* to *Wilhelm von Humboldt*. The university then must be an inclusive space – diverse.²⁰ In the words of the United Nations Committee on such human rights, this allows an "enlightened and active mind ... to wander freely and widely", as "one of the joys and rewards of human existence".²¹ This commitment to safeguard education and academic freedom justifies university autonomy; the way a university deals with scholars at risk is a litmus test of its practice, and its ability to contribute to democracy at all. I encourage all of you to work for it.

Susanne Baer is Professor of Public Law and Gender Studies, former Vice-President of Student and International Affairs at Humboldt-Universität zu Berlin and currently Justice of the German Federal Constitutional Court (First Senate, since 2011 until 2023).

20 *Nettelbeck, Joachim*, former Secretary of Wissenschaftskolleg zu Berlin, FAZ 19.3.2013.

21 *Gailda Pitre Davis*, Diversity and Internationalization: Collaborating, Not Just Co-Existing, 2013 (www.nafsa.org/_/File/_/ti_diversity.pdf); *C.L. Olson, R. Evans, R.F. Shoenberg*, At home in the world: Bridging the gap between internationalization and multicultural education, 2007.

22 Well put by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in a document adopted in December 1999. Its work is based on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27.

Ute Mager

*Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht**

Seit den 1990er Jahren hat sich die Hochschulorganisation in den Bundesländern unter dem Einfluss von New Public Management Konzepten und dem Schlagwort von der Stärkung der Hochschulautonomie erheblich ausdifferenziert.¹ Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Frage, der hier nachzugehen ist, lautet, inwieweit das Verfassungsrecht, namentlich die Wissenschaftsfreiheit, Steuerung und Partizipation in der Hochschulorganisation determiniert.

I. Definition der leitenden Begriffe

Die Bearbeitung des Themas erfordert zunächst die drei Begriffe Steuerung, Freiheit und Partizipation zu definieren. Schon die Definition dieser drei leitenden Begriffe bleibt nicht unbeeinflusst von rechtlichem Verständnis. Verfassungsrechtlich ist in einem freiheitlichen Staat der Begriff der Freiheit grundlegend und damit Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite von Steuerung und Partizipation.

Freiheit ist auch nach verfassungsrechtlichem Verständnis Selbstbestimmung.

Steuerung ist dagegen Fremdbestimmung und bedarf deshalb verfassungsrechtlich gesehen der Rechtfertigung.

Partizipation schließlich lässt sich begreifen als die durch Organisations- und damit Steuerungserfordernisse zur Mitbestimmung gewandelte Selbstbestimmung. Im Begriff der Partizipation verbinden sich also freiheitliche Selbstbestimmung und steuernde Fremdbestimmung. Dabei kann Partizipation den Inhalt von Entscheidungen betreffen; sie kann sich aber auch darauf beschränken, die Entscheidungsträger maßgeblich mitzubestimmen.

II. Bestandsaufnahme der Rechtsgrundlagen

1. Verfassungsrecht

Verfassungsrechtliche Grundlage ist zunächst Art. 5 Abs. 3 GG, der lapidar bestimmt: „Wissenschaft, For-

schung und Lehre sind frei.“ Von Hochschulen ist nicht die Rede. Es gibt jedoch in dreizehn Landesverfassungen Bestimmungen, die sich explizit auf Hochschulen beziehen,² von denen wiederum zehn das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze garantieren. Drei Länder (Baden-Württemberg, Sachsen, Nordrhein-Westfalen) sprechen von einer dem besonderen Charakter der Hochschulen entsprechenden Selbstverwaltung. Sechs Bundesländer (Bayern, Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen) verankern explizit die Mitwirkung der Studierenden, zwei Bundesländer nennen auch die Lehrenden und sonstige Mitglieder oder sprechen von der Beteiligung aller Mitglieder an der Selbstverwaltung (Brandenburg, Thüringen). In der überwiegenden Zahl der Landesverfassungen ist also Partizipation ausdrücklich Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie.

Das Bundesverfassungsgericht hat aus der Freiheitsgarantie für Wissenschaft, Forschung und Lehre Maßstäbe für die Hochschulorganisation abgeleitet, die angesichts der Tatsache, dass dem Wortlaut keinerlei organisatorische Anweisungen zu entnehmen sind, von bemerkenswerter Argumentationskunst zeugen. Andererseits betont das Bundesverfassungsgericht den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in organisatorischen Fragen. Tatsächlich haben die Landesgesetzgeber den Spielraum genutzt und sehr unterschiedliche organisatorische Modelle im Spannungsfeld zwischen plural organisierter Selbstverwaltung auf der einen Seite und hierarchischer Leitung auf der anderen Seite verwirklicht, seit das Bundesrecht infolge des 4. Änderungsgesetzes zum Hochschulrahmengesetz von 1999 bis auf § 37 keine Vorgaben mehr für die Hochschulorganisation enthält.

2. § 37 HRG

Interessanterweise betrifft die einzige Vorgabe des Bundesrechts für die Hochschulorganisation die Partizipation. § 37 HRG trägt die Überschrift „Allgemeine Grund-

* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den die Verfasserin am 11.10.2018 im Rahmen der Tagung „Hochschulsteuerung und Wissenschaftsfreiheit“ des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts an der Universität Duisburg-Essen gehalten hat.

1 S. dazu die Vorträge von *Hendler* und *Mager* zum Thema „Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisie-

rung“, *VVDStRL* Bd 65 (2006), S. 238 ff. und S. 274 ff. mit weiteren Nachweisen. S. auch *Kahl*, *Hochschule und Staat*, 2004, § 11.

2 Art. 20 BWVerf; Art. 138 BayVerf; Art. 32 BbgVerf; Art. 34 BremVerf; Art. 60 HesVerf; Art. 16 MVVerf; Art. 5 NdsVerf; Art. 16 NRWVerf; Art. 39 RPVerf; Art. 33 SaarVerf; Art. 107 SächsVerf; Art. 31 LSAVerf; Art. 28 ThürVerf.

sätze der Mitwirkung“: In der Sache gibt die Vorschrift die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1973 zur damaligen Einführung der Gruppenuniversität durch das niedersächsische Hochschulgesetz wieder.³ Er lautet:

„(1) Die Mitwirkung an der Selbstverwaltung der Hochschule ist Recht und Pflicht aller Mitglieder. Art und Umfang der Mitwirkung der einzelnen Mitgliedergruppen und innerhalb der Mitgliedergruppen bestimmen sich nach der Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit der Mitglieder.⁴ Für die Vertretung in den nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Gremien bilden die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, die akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Studierenden und die sonstigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter grundsätzlich je eine Gruppe; alle Mitgliedergruppen müssen vertreten sein und wirken nach Maßgabe des Satzes 2 grundsätzlich stimmberechtigt an Entscheidungen mit. Das Landesrecht regelt die mitgliedschaftsrechtliche Stellung der sonstigen an der Hochschule tätigen Personen. In nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Entscheidungsgremien verfügen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Entscheidung in Angelegenheiten, die die Lehre mit Ausnahme der Bewertung der Lehre betreffen, mindestens über die Hälfte der Stimmen, in Angelegenheiten, die die Forschung, künstlerische Entwicklungsvorhaben oder die Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern unmittelbar betreffen, über die Mehrheit der Stimmen.“⁵

Mit den Kriterien Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit enthält § 37 Abs. 1 S. 2 HRG die wesentlichen verfassungsrechtlich fundierten Kriterien für die Partizipation. Diese Kriterien rechtfertigen die Bildung von Gruppen ebenso wie die vorgeschriebenen Mehrheiten.

3. Kompetenzverteilung zwischen Hochschule und Staat

§ 37 HRG bezieht sich allein auf die hochschulinterne Selbstverwaltung. Ein weiterer Akteur darf jedoch nicht vergessen werden: der Staat insbesondere in Gestalt des Wissenschaftsministeriums.

Spricht man über die Organisation staatlicher Hochschulen, ist zu berücksichtigen, dass diese im Wesentlichen vom Staat finanziert werden und dass ihnen insbesondere mit Ausbildung und Prüfung Aufgaben übertragen sind, für deren ordnungsgemäße Erfüllung der Staat im Interesse der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit der Studierenden und des Gemeinwohls die Verantwortung trägt. In zahlreichen Landeshochschulgesetzen findet diese Pflichtenstellung der Hochschulen Ausdruck in der Formulierung, dass die Hochschulen nicht nur Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern auch staatliche Einrichtungen sind.⁶ Dementsprechend ist den Hochschulen Selbstverwaltung nicht unbegrenzt, sondern nur im Rahmen der Gesetze gewährt.

Herkömmlich wurde zwischen staatlichen Angelegenheiten einerseits, Angelegenheiten der Hochschulen andererseits und Aufgaben, die ein Zusammenwirken von Staat und Universität fordern, unterschieden. Nach dieser Gliederung gehören zu den staatlichen Angelegenheiten insbesondere die Personal-, Wirtschafts-, Haushalts- und Finanzverwaltung. Das Zusammenwirken betrifft unter anderem die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen und anderen wissenschaftlichen Einrichtungen, die Ordnung des Studiums und der Hochschulprüfungen, die im Zuge der Bologna-Reform weitgehend externalisiert wurde – Stichwort Akkreditierung⁷ – sowie die Bestellung des Rektors.⁸ Für die uneingeschränkte Selbstbestimmung der Hochschulen verbleiben die Bereiche, die Forschung und Lehre unmittelbar berühren. Hierzu zählen das Satzungsrecht in akademischen Angelegenheiten, also insbesondere Promotions- und Habilitationsordnungen, die Forschungs- und Lehrplanung sowie die Entscheidungen in Promotions- und Habilitationsverfahren. Letztlich ist die Abgrenzung der Sphären nicht „naturgegeben“, sondern Sache des Gesetzgebers, der dabei die Wissenschaftsfreiheit, die Ausbildungs-/Berufsfreiheit der Studierenden und die aus der Trägerschaft folgende gesamtgesellschaftliche Verantwortung des Staates zu berücksichtigen hat.⁹ Die herkömmliche Sphärenabgrenzung

3 BVerfGE 35, 79 ff.

4 S. dazu BVerfGE 35, 79 (127, 131).

5 Vgl. zu § 37 Abs. 1 S. 2 – 5 den Leitsatz Nr. 8 a – c in BVerfGE 35, 79 ff. § 37 Abs. 2 und 3 HRG lauten: „(2) Die Mitglieder eines Gremiums werden, soweit sie dem Gremium nicht kraft Amtes angehören, für eine bestimmte Amtszeit bestellt oder gewählt; sie sind an Weisungen nicht gebunden. Eine angemessene Vertretung von Frauen und Männern ist anzustreben.“

(3) Die Hochschulmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit in der Selbstverwaltung nicht benachteiligt werden.“

6 Siehe z.B. § 8 Abs. 1 S. 1 HSG BW; § 11 Abs. 1 S. 1 und 2 HSG Bay; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG Berlin; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG Bremen; § 1 Abs. 1

S. 1 HSG Hessen; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG M-V; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG SL; § 2 Abs. 1 HSG Thüringen.

7 S. BVerfGE 141, 143 ff. und dazu *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung, *OdW* 4 (2017), 237 ff. mit weiteren Nachweisen.

8 Vgl. § 60 HRG a.F. und dazu *Kahl* (Fn. 1), S. 72; *Kersten*, Alle Macht den Hochschulräten?, *DVBl.* 1999, 1704 (1706); *Grupp*, Zur Stellung der Universitäten im Zeichen ihres Rückbaus, in: *FS Roellecke*, 1997, 97 (103); *Fehling*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, *Verw* 35 (2002), 399 (408): Bereich der Kooperation dominiert.

9 *Mager* (Fn. 1), S. 282.

lässt sich aber als eine verfassungskonforme Konkretisierung dieser Vorgaben auffassen.

Diese überkommene Kompetenzverteilung zwischen Staat und Hochschulen haben die Landesgesetzgeber im Laufe der 1990er Jahre unter dem Motto „Stärkung der Hochschulautonomie“ erheblich verändert. Insbesondere wurden bisher staatliche Aufgaben im Bereich der Personal-, Haushalts- und Wirtschaftsführung den Hochschulen übertragen. Gleichzeitig wurde der Hochschulrat als seiner Funktion nach neues Organ in die hochschulinterne Struktur aufgenommen,¹⁰ was nahelegt, dass die Kompetenzen des Hochschulrats, abgesehen von einer Beratungsfunktion, nicht über diese bisher staatlichen Aufgaben hinausgehen sollten. Fest steht, dass die Frage der Partizipation innerhalb der Hochschulorganisation durch die Stärkung der Hochschulautonomie komplexer geworden ist, denn Stärkung der Hochschulautonomie bedeutet keineswegs automatisch Stärkung der Wissenschaftsfreiheit.

4. Präzisierung des Untersuchungsgegenstands

Dies zeigt auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen der Hochschulorganisation. Diese Rechtsprechung betrifft im Schwerpunkt das Verhältnis zwischen den plural zusammengesetzten Selbstverwaltungsorganen – im Folgenden: repräsentative Selbstverwaltungsorganen – und den Leitungsorganen, dagegen nicht das Verhältnis zwischen den verschiedenen Gruppen innerhalb der repräsentativen Selbstverwaltungsorganen oder deren Besetzung nach den Anforderungen des Repräsentationsprinzips.¹¹ Auf den von der Rechtsprechung vorgegebenen Schwerpunkt ist die folgende Analyse beschränkt.

III. Art. 5 Abs. 3 S.1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Wie alle Freiheitsrechte ist auch die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre zuallererst ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen. Daneben kommt Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG jedoch ein objektivrechtlicher Gehalt zu, der den Staat verpflichtet, in den Einrichtungen, die er gerade zu dem Zweck schafft, Forschung und wissenschaftliche Lehre zu betreiben, die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft zu schützen sowie durch Organisation, Verfahren und finanzielle Leistung zu fördern.

1. BVerfGE 35, 79 ff. – Niedersachsen

Diese Dimension der Wissenschaftsfreiheit hat das Bundesverfassungsgerichts zum ersten Mal 1973 in seinem

grundlegend gewordenen Urteil zu den Organisationsvorschriften des niedersächsischen Hochschulgesetzes entfaltet:

Der Staat hat „durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist ...“¹²

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bewegt sich also zwischen der Pflicht, den Hochschulangehörigen einerseits freie wissenschaftliche Betätigung zu sichern, andererseits die Funktionsfähigkeit der Hochschule und ihrer Organe zu gewährleisten. Damit wirken zum einen die sachlich identischen Grundrechtspositionen der an der Hochschule tätigen Wissenschaftler gegenseitig begrenzend, zum anderen die Aufgaben der Hochschulen etwa in Ausbildung und Prüfung.

2. BVerfGE 93, 85 ff. – NRW und BVerfGE 111, 333 ff. – Brandenburg

In den folgenden Entscheidungen wird die Reichweite der Wissenschaftsfreiheit unterschiedlich bestimmt. Heißt es in Leitsatz 7 zum niedersächsischen Hochschulgesetz noch, dass die Organisationsnormen den Hochschulangehörigen, insbesondere den Hochschullehrern, einen *möglichst breiten Raum für freie wissenschaftliche Betätigung* sichern sollen, ist in Leitsatz 1 der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 1995 zu lesen:

„Solange gewährleistet ist, dass der *Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung* der Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers vorbehalten bleibt, hat der Gesetzgeber bei der Regelung der akademischen Selbstverwaltung einen weiten Gestaltungsraum.“¹³

In der Entscheidung zum brandenburgischen Hochschulgesetz von 2004 betonte das Gericht dann, dass das Recht der einzelnen Wissenschaftler auf wissenschaftsadäquate Organisation auf die Sicherung ihrer *individuellen Möglichkeit zum Betreiben freier Forschung und Lehre* begrenzt ist. Darüber hinaus soll der Organisationsgehalt der Wissenschaftsfreiheit allein dahin gehen, dass von den Organisationsregelungen, insbesondere von der Kompetenzverteilung, *keine strukturelle Gefährdung* der Wissenschaftsfreiheit ausgehe.¹⁴ Aus der positiven Pflicht, eine wissenschaftsadäquate Organisation zu schaffen, ist negativ das Verbot geworden, eine Organisation zu schaffen, die Wissenschaft „strukturell“ beeinträchtigt. Dies ist nicht mehr als das Verbot an den Staat, nicht in Widerspruch mit sich selbst zu geraten, indem

¹⁰ S. dazu *Hendler* (Fn. 1), S. 251 ff.; *Mager* (Fn. 1), S. 298 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹¹ Dazu insbesondere VerfGH BW, VBlBW 2017, 61 ff.

¹² BVerfGE 35, 79 (115 f.). S. auch Ls. 2.

¹³ BVerfGE 93, 85 (95). Kursivsetzung durch Verfasserin.

¹⁴ BVerfGE 111, 333 (355).

er vermeintlich eine Einrichtung zum Betreiben freier Wissenschaft gründet, ohne dass in ihr freie Wissenschaft tatsächlich möglich ist.¹⁵

3. BVerfGE 127, 87 ff. – Hamburg

Eine Trendwende zeichnete sich in der Entscheidung zum Hamburgischen Hochschulgesetz aus dem Jahr 2010 ab. Dort ist wiederum vom Schutz des *Kernbereichs wissenschaftlicher Betätigung* die Rede. Er wird unter Bezugnahme auf die vorherige Rechtsprechung definiert als die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe. Weiter heißt es, dass den in der Wissenschaft Tätigen zum Schutz dieses Kernbereichs Teilhabe an den öffentlichen Ressourcen und an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs zu gewähren ist. Die Teilhabe der Grundrechtsträger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs sei erforderlich zum Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen.

„Die Garantie ist für jeden Wissenschaftler auf solche hochschulorganisatorischen Entscheidungen beschränkt, die seine eigene Freiheit zu forschen und zu lehren, gefährden können.“¹⁶

Insoweit unterscheidet das Gericht zwischen Entscheidungen, welche die Wissenschaftsfreiheit im Einzelfall verletzen und gegen die sich die betroffene Person im Einzelfall wehren kann, und Strukturen des hochschulorganisatorischen Gesamtgefüges, die sich gefährdend auswirken können. Hierfür sei das Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick zu nehmen.¹⁷ Nach Betonung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers heißt es weiter:

„Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch organisatorische Regelungen verlangt, dass die Träger der Wissenschaftsfreiheit durch ihre Vertreter in Hochschulorganen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können. Der Gesetzgeber muss daher ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger gewährleisten.“¹⁸

Dies sei im Wege einer Gesamtwürdigung zu ermitteln, für die das Gericht die folgende je-desto-Formel aufstellt:

„Je stärker der Gesetzgeber die Leitungsorgane mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Ge-

genzug die direkten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten, ...“¹⁹

Entscheidend für die Verfassungswidrigkeit der Regelungen des Hamburgischen Hochschulgesetzes über die Kompetenzverteilung zwischen Dekanat und Fakultätsrat war letztlich, dass der Fakultätsrat nicht nur aller substanziellen Entscheidungsbefugnisse entledigt war, sondern nicht einmal über die Möglichkeit der Abwahl des Dekans mit Hochschullehrermehrheit verfügte. Das Gremium konnte nur mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit dem Präsidium einen entsprechenden Vorschlag unterbreiten, das für eine Abberufung auch noch der Zustimmung des Hochschulrats bedurfte. Der Fakultätsrat hatte weder Einfluss auf den Struktur- und Entwicklungsplan, noch auf Berufungsentscheidungen, noch auf die Ausrichtung freiwerdender Professuren oder die Mittelverteilung. Als Dekan konnte vom Präsidium ein Externer bestimmt, allerdings nicht gegen den Willen des Fakultätsrats ernannt werden. Informationsrechte waren nicht vorgesehen, nur ein nicht näher bestimmtes Kontrollrecht sowie ein Recht, Stellungnahmen abzugeben.

Das Gericht bewertet das Recht der Wahl und Abwahl dabei ausdrücklich als Einfluss- und Kontrollinstrument, welches Kompetenzerweiterungen des Leitungsorgans und den Entzug direkter Mitwirkungsrechte bei wissenschaftsrelevanten Entscheidungen kompensieren kann.²⁰

Eine Antwort auf die Frage, ob es Grenzen für die Kompensation des Entzugs von inhaltlichen Entscheidungsbefugnissen durch indirekte Einflussmöglichkeiten, also Wahl- und vor allem Abwahlbefugnisse, gibt, lässt sich der Entscheidung zum Hamburger Hochschulgesetz nicht entnehmen.

4. BVerfGE 136, 338 ff. – Medizinische Hochschule Hannover

Weiterführend, wenn auch nicht alles klärend, ist insoweit die Entscheidung zu den Regelungen über die Medizinische Hochschule Hannover von 2014.²¹

In dieser Entscheidung betont das Gericht, dass die mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Mitwirkung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern im organisatorischen Gesamtgefüge einer Hochschule sich auf alle wissenschaftsrelevanten Entscheidungen erstreckt. Konkretisierend heißt es weiter:

15 Mager, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 40; kritisch auch Gärditz, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407 (407, 409).

16 BVerfGE 127, 87 (116), Rn. 91.

17 BVerfGE 127, 87 (116).

18 BVerfGE 127, 87 (117).

19 BVerfGE 127, 87 (117 f.).

20 BVerfGE 127, 87 (129).

21 BVerfGE 136, 338 ff.

„Dies sind nicht nur Entscheidungen über konkrete Forschungsvorhaben oder Lehrangebote, sondern auch über die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung sowie alle den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisationsstruktur und den Haushalt (vgl. BVerfGE 35, 79 <123>; 61, 260 <279>; 127, 87 <124 ff., 126>), denn das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit liefe leer, stünden nicht auch die organisatorischen Rahmenbedingungen und die Ressourcen zur Verfügung, die Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Freiheit sind (vgl. BVerfGE 35, 79 <114 f.>).“²²

Erneut wird aber auch der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unterstrichen, „solange die wissenschaftlich Tätigen an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen hinreichend mitwirken können (vgl. BVerfGE 127, 87 <116 f.>).“²³

Als absolute Grenze jeder Fremdbestimmung, durch repräsentative Selbstverwaltungs- wie durch Leitungsorgane, nennt das Gericht die Angelegenheiten, die der Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers unterliegen.²⁴ Außerhalb dieses engen Bereichs individueller Wissenschaftsfreiheit lehnt das Bundesverfassungsgericht einen grundsätzlichen Vorrang plural zusammengesetzter Organe der Selbstverwaltung gegenüber Leitungsorganen ab.²⁵ Indem es die Qualitäten der jeweiligen Organe beschreibt – funktionaler Pluralismus der Selbstverwaltungsorgane versus straffe Entscheidungsfindung und dynamisches Agieren der Leitungsorgane –,²⁶ legt es eine funktionsadäquate Aufgabenzuweisung nahe, ohne dies jedoch ausdrücklich auszusprechen. In Anknüpfung an die Brandenburg- und Hamburg-Entscheidung heißt es:

„Die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an Leitungsorgane darf jedoch nur in dem Maße erfolgen, wie sie inhaltlich begrenzt und organisatorisch so abgesichert sind, dass eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaft ausscheidet. [...] Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.“²⁷

Neu ist das Aufscheinen einer inhaltlichen Grenze dieser Kompensationsmöglichkeit mit der Aussage: „Der Gesetzgeber ist zum organisatorischen Schutz der Wissenschaftsfreiheit vor Gefährdungen im Regelfall gehalten, gerade bei den Weichenstellungen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, ein Einvernehmen mit dem Vertretungsorgan akademischer Selbstverwaltung zu fordern.“²⁸ Letztlich waren die Regelungen über die Medizinische Hochschule Hannover verfassungswidrig, weil der Senat keinen Einfluss auf maßgebliche Entscheidungen über die Entwicklungsplanung, Organisation und wissenschaftsrelevante Verteilung von Haushaltsmitteln hatte, sich aber auch nicht selbstbestimmt vom Leitungsorgan trennen konnte.

IV. Systematisierung

In Orientierung an den dargestellten, nicht sehr scharfen Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht der Wissenschaftsfreiheit entnommen hat, wird im Folgenden ein Vorschlag zur Strukturierung hinsichtlich Ob und Wie der hochschulinternen Partizipation zwischen Freiheit und Steuerung unterbreitet. Dabei sind vier Bereiche zu unterscheiden:

- der Bereich unzulässiger Steuerung und damit unbeschränkter Freiheit,
- der Bereich notwendig inhaltlicher Partizipation der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane,
- der Bereich der mittelbaren Partizipation der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane durch maßgeblichen Einfluss auf die Wahl und Abwahl der Leitungsorgane und
- der Bereich, der keine Partizipation repräsentativer Selbstverwaltungsorgane erfordert.

1. Die Grenzen der Wissenschaftsfreiheit für jede Form der Fremdbestimmung

Eine absolute Grenze zieht die Wissenschaftsfreiheit jeglicher Fremdbestimmung für die Angelegenheiten, die der Selbstbestimmung der einzelnen Grundrechtsträger unterliegen. Sie dürfen weder Vertretungsorganen noch Leitungsorganen zur Entscheidung zugewiesen wer-

22 BVerfGE 136, 338 Rn. 58.

23 BVerfGE 136, 338 Rn. 59.

24 BVerfGE 136, 338 Rn. 59.

25 So schon BVerfGE 111, 333 (356 f.).

26 BVerfGE 136, 338 Rn. 59: „So können Vertretungsorgane die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung auch der Organisation von Wissenschaft sichern und vor wissenschaftsgefährdenden Entscheidungen schützen, sofern sie pluralistisch zusammengesetzt sind und es so ermöglichen, die auch innerhalb

der Wissenschaft bestehenden Unterschiede in die Organisation sachverständig einzubringen (zum funktionalen Pluralismus BVerfGE 35, 79 <126 ff.>). Kleine Leitungsorgane sind demgegenüber auf straffe Entscheidungsfindung hin angelegt und können in Distanz zu den einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern dynamischer agieren.“

27 BVerfGE 136, 338 Rn. 60.

28 BVerfGE 136, 338 Rn. 76.

den.²⁹ Dies betrifft den Kernbereich individueller Forschung und Lehre, namentlich die Selbstbestimmung hinsichtlich der Auswahl des Forschungsgegenstands, der Fragestellung in Bezug auf den Forschungsgegenstand sowie in Bezug auf die Wahl der Methoden bei der Behandlung des Forschungsgegenstands.³⁰ Die Lehrfreiheit umfasst die Freiheit der Aufbereitung und Darbietung wissenschaftlicher Erkenntnisse einschließlich der Wahl der Vermittlungsmethoden und Vermittlungsmedien.³¹ Die Freiheit der Bestimmung von Zeit und Ort sind dagegen nicht Bestandteil der Lehrfreiheit, soweit sie nicht ausnahmsweise von entscheidender Bedeutung für den Vermittlungserfolg sind.³²

2. Der Bereich notwendiger inhaltlicher Partizipation

Die Antwort auf die Frage nach dem Vorbehalt inhaltlicher Entscheidungsbefugnisse für die repräsentativen Selbstverwaltungsorgane findet ihren Ausgangspunkt darin, dass es jedenfalls nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keinen grundsätzlichen Vorrang der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane vor den Leitungsorganen gibt.³³ Von entscheidender Bedeutung ist der Gesichtspunkt der funktionsadäquaten Aufgabenzuordnung. Dieser Gesichtspunkt wird konkretisiert in dem Grundsatz, dass bei Weichenstellungen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, im Regelfall ein Einvernehmen mit dem repräsentativen Selbstverwaltungsorgan zu fordern sei.³⁴

Meines Erachtens entspricht es einer wissenschaftsadäquaten Ausgestaltung der Hochschulorganisation, sich auch im Hinblick auf die inneruniversitäre Organisation an der Unterscheidung zwischen den universitären Angelegenheiten, den staatlichen Angelegenheiten und denen, die ein Zusammenwirken von Staat und Universität fordern, zu orientieren. Die ausschließlich universitären Angelegenheiten sind gerade diejenigen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, namentlich die Forschungs- und Lehrplanung, die Habilitations- und Promotionsordnungen sowie die Entscheidungen in Promotions- und Habilitationsverfahren. Diese Entscheidungen sind auch inhaltlich den repräsentativen Selbstverwaltungsorga-

nen vorbehalten. Insoweit ist eine Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen auf die Leitungsorgane und damit auch eine Kompensation durch indirekte Einflussnahme ausgeschlossen.

In Bezug auf Aufgaben, die im Zusammenwirken von Staat und Universität angesiedelt sind, kommt es auf die unmittelbare Bedeutung für Forschung und Lehre an. Das Zusammenwirken betrifft – wie schon gesagt – die Ordnung des Studiums und der Hochschulprüfungen einschließlich Evaluationen, Berufungen, die Struktur- und Entwicklungsplanung, die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen und anderen wissenschaftlichen Einrichtungen. Es handelt sich durchweg um Entscheidungen, die entweder inhaltliche Kompetenz erfordern, unmittelbar Forschung und Lehre betreffen und/oder eine unmittelbare Betroffenheit des wissenschaftlichen Personals zur Folge haben, so dass insoweit zwar keine alleinige Zuständigkeit, aber eine maßgebliche inhaltliche Mitwirkung der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane erforderlich ist, die je nach Gegenstand differenziert ausfallen oder auf maßgebliche Zwischenschritte beschränkt sein kann, wie etwa im Fall von Berufungsverfahren.

3. Der Bereich mittelbarer Partizipation

Damit bleibt der Bereich der ehemals staatlichen Angelegenheiten, die im Zuge der Universitätsreformen der 1990er Jahre auf die Hochschulen verlagert wurden. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Personal-, Wirtschafts-, Haushalts- und Finanzverwaltung. Eine Zuordnung dieser Aufgaben zu den Leitungsorganen ist grundsätzlich funktionsgerecht. Insoweit ist zwar, etwa in Bezug auf den Wirtschafts- und Haushaltsplan, Information und Möglichkeit zur Stellungnahme oder die regelmäßige Abgabe von Rechenschaftsberichten gegenüber den repräsentativen Selbstverwaltungsorganen zu fordern, nicht aber zwingend eine inhaltliche Mitbestimmung.³⁵ Ausnahmen können sich im Einzelfall ergeben, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Ressourcenentscheidung und wissenschaftlicher Ausrichtung besteht.³⁶ Im Übrigen ist zu bedenken, dass die inhaltliche Beteiligung an der Struktur- und Entwicklungsplanung bereits Vorentscheidungen auch über die Ressourcenverteilung enthält und auch deshalb die mittelbare Einflussnahme durch maßgebliche Beteili-

29 BVerfGE 127, 87 (118).

30 BVerfGE 35, 79 (113).

31 BVerfGE 35, 79 (113 f.).

32 Kaufhold, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht, 2006, S. 199; a. A. Fehling, in: BK zu Art. 5 Abs. 3 Rn. 88 mit weiteren Nachweisen.

33 BVerfGE 136, 338 Rn. 60. So schon BVerfGE 111, 333 (356 f.); zustimmend Hendler (Fn. 1), S. 250; s. auch Groß, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, DÖV 2016, 449 (450) mit weiteren Nachweisen. Skeptisch Gärditz, Anmerkung zu BVerfG,

1. Senat, Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BVR 3217/07 – Vb gegen organisatorische Hochschulausgestaltung erfolgreich, DVBl. 2014, 1132 (1135) mit weiteren Nachweisen.

34 BVerfGE 136, 338 Rn. 76.

35 Zur fehlenden Tragfähigkeit des Arguments „ehemals staatliche Angelegenheit“ für einen völligen Ausschluss von „der Mitwirkung des einzelnen Wissenschaftlers“, s. Groß (Fn. 33), S. 453.

36 Ein Einvernehmen des Senats in Bezug auf Grundsätze der Mittelverteilung schlägt Groß (Fn. 33), S. 453 vor.

gung an der Bestellung und Abwahl der Leitungsorgane als hinreichende Kompensation angesehen werden kann. Diese Form der Partizipation setzt für ihre sachgerechte Ausübung allerdings voraus, dass sie durch substanzielle Informationsrechte flankiert wird.

4. Der partizipationsfreie Bereich

Als eindeutig partizipationsfreier Bereich bleibt damit die laufende Verwaltung, etwa die laufende Personalverwaltung oder der Vollzug des Wirtschafts- und Haushaltsplans. Insoweit bedarf es keiner Partizipation der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane, ggf. aber regelmäßiger Information.

V. Fazit

Die leitenden verfassungsrechtlichen Kriterien für eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation sind und

bleiben die vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abgeleiteten und in § 37 HRG aufgenommenen Kriterien Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit. Sie lassen hinreichend Spielraum für verschiedene Organisationsmodelle zwischen hierarchischer Leitung und repräsentativ organisierter Selbstverwaltung. Dies gilt auch, wenn die Regelung hinsichtlich Art und Weise der Partizipation sich, wie hier vorgeschlagen, an der herkömmlichen Kompetenzverteilung zwischen Staat und Hochschulen orientiert. Ob und wie die Modelle in der Praxis funktionieren, hängt allerdings entscheidend von tatsächlichen Bedingungen ab. Sie bedürfen der sozialwissenschaftlichen Analyse.³⁷

Ute Mager ist Professorin für Öffentliches Recht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

³⁷ S. dazu *Bielezki*, *The Power of Collegiality. A Qualitative Analysis of University Presidents Leadership in Germany*, 2018.

Thomas Würtenberger

*Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene?**

Private Hochschulen¹ zu gründen und staatlich anerkennen zu lassen, lag bis Mitte des 20. Jahrhunderts außerhalb der bildungspolitischen Vorstellungen. Es galt das Diktum aus dem Preußischen Allgemeinen Landrecht: „Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staates“.² Dies hat sich grundlegend geändert. Es gibt einen gesellschaftlichen und politisch-rechtlichen Wandel zu einem Hochschulsystem, das dem Gedanken der Subsidiarität verpflichtet ist. Die Bildungsangebote des staatlichen Hochschulsystems werden durch staatlich anerkannte private Hochschulen ergänzt, der Pluralität der Gesellschaft entspricht ein *Pluralismus von Konzepten hochschulpolitischer Schwerpunktsetzung und Ausbildung*.

Von den gegenwärtig etwa 400 Hochschulen in Deutschland sind etwa 160 den nichtstaatlichen Hochschulen zuzurechnen; über 2/3 dieser Privathochschulen wurden erst nach dem Jahr 2000 gegründet.³ Die Privathochschulen nehmen mittlerweile etwa 10% der Erstsemester auf, eine Quote, die ebenfalls für die Absolventen von Privathochschulen gilt. Demgegenüber sind an Privathochschulen in Relation zu den öffentlichen Hochschulen weniger Professoren beschäftigt. Noch signifikant geringer ist der Anteil der wissenschaftlichen Mitarbeiter an Privathochschulen. So wundert es nicht, dass die Forschungsleistungen privater Hochschulen jedenfalls in der Forschungsbreite gegenüber denen an staatlichen Hochschulen deutlich abfallen. Allerdings gibt es auch forschungsstarke und exzellente Privathochschulen wie etwa die Bucerius Law School.

Während das staatliche Hochschulwesen überwiegend aus Steuermitteln finanziert wird, finanzieren sich Privathochschulen vor allem durch Studiengebühren, Spenden und oftmals auch durch Zuwendungen ihres Trägers. Die teilweise hohen Studiengebühren sind nicht unbedingt ein Nachteil im Wettbewerb mit staatlichen

Hochschulen. Sie ermöglichen den Privathochschulen Lehrveranstaltungen mit überschaubaren Studierendenzahlen anzubieten. Ihre Distanz zum Betrieb der „Massenuniversitäten“ wird von vielen Studierenden geschätzt.⁴

Wie bei aller Privatisierung vormals staatlicher Aufgaben führt auch der neue „Privathochschulmarkt“ zu der Problematik der Qualitätskontrolle. Hat jede natürliche oder juristische Person Zugang zum „Markt der Privathochschulen“, bedarf es nicht allein zum Schutz der Studierenden und der auf gut ausgebildete Hochschulabsolventen angewiesenen Berufszweige effektiver Mechanismen der Kontrolle und Überwachung. Dabei muss Leitlinie sein, dass Studium und Prüfungen an Privathochschulen im Wesentlichen dem Standard an öffentlichen Hochschulen entsprechen. Diese Vergleichbarkeit der Studien- und Prüfungsbedingungen wird unter anderem durch die (Re-)Akkreditierung von Studiengängen sowie durch Maßnahmen staatlicher Aufsicht gesichert.

Die erforderliche Qualitätskontrolle findet allerdings an der Freiheit, eine Privathochschule zu gründen und zu betreiben, ihre Grenze. Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit den verfassungsrechtlichen Rahmensetzungen für die Qualitätssicherung in der *Gründungsphase* einer Privathochschule. Hier geht es zunächst auf der Grundlage einer grundrechtlich abgesicherten Gründungsfreiheit um den Anspruch auf staatliche Anerkennung (I.). Dieses ministerielle Anerkennungsverfahren bedarf eines besonderen wissenschaftlichen und hochschulorganisatorischen Sachverständigen. Es setzt daher in vielen Bundesländern eine *Prüfung des Hochschulkonzepts* der Privathochschule voraus, mit der zum Beispiel der Wissenschaftsrat betraut wird.⁵ Dies führt zu der Frage, in welchem Umfang das zuständige Wissenschaftsministerium, unterstützt durch

* Dieser Beitrag greift Überlegungen auf, die in einem Rechtsgutachten entwickelt worden sind.

1 Private Hochschulen werden von einem privatrechtlich organisierten Rechtssträger gegründet und unterhalten. Stiftungshochschulen in der Rechtsform des öffentlichen Rechts oder in der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlichen Stiftung zählen nicht zu den privaten Hochschulen.

2 II, 12, § 1 Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794.

3 Statistische Nachweise bei Penßel, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 6.

4 Zu den Unterschieden zwischen staatlichen und privaten Hoch-

schulen im Überblick: Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, OdW 2016, 95.

5 Vgl. § 73 Abs. 1 S. 2 HG NRW: Das Ministerium „kann von der Bildungseinrichtung verlangen, dass sie zuvor (vor der staatlichen Anerkennung, der Verf.) eine erfolgreiche Konzeptprüfung durch den Wissenschaftsrat oder durch eine vergleichbare, vom Ministerium benannte Einrichtung durchlaufen hat“. Nach § 70 Abs. 1 S. 5 LHG BW soll die Anerkennung von der Durchführung eines Akkreditierungsverfahrens abhängig gemacht werden, um die Entscheidungsgrundlagen zu erweitern.

den Wissenschaftsrat, insbesondere die Leitungsstruktur der Privathochschule auf seine Prüfagenda zu setzen vermag (II.). Denn wenn Privathochschulfreiheit grundrechtlich gewährleistet ist, spricht manches dafür, privat(hochschul)rechtlich mehr Freiheit bei der Organisation von Leitungsstrukturen in Anspruch nehmen zu können, als sie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der landesgesetzlichen Regelung der Leitungsstrukturen an staatlichen Hochschulen gestattet.

I. Zum Anspruch des Trägers einer Privathochschule auf staatliche Anerkennung

Die Neugründung einer Privathochschule hat nur dann Erfolg, wenn sie staatlich anerkannt wird. Eine Privathochschule ohne staatliche Anerkennung, die die staatliche Anerkennung der Studienabschlüsse impliziert, wird keine Studierenden finden. Damit geht es in einem ersten Zugriff um den Anspruch des Trägers einer Privathochschule auf staatliche Anerkennung. Die vom Grundgesetz gewährleistete Privathochschulfreiheit bestimmt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine staatliche Anerkennung zu erfolgen hat oder abgelehnt werden kann (1.). Wenn die in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 3 GG gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind, kann der Träger ein subjektiv öffentliches Recht auf staatliche Anerkennung seiner Hochschule (2.) geltend machen.

1. Die vom Grundgesetz gewährleistete Privathochschulfreiheit

Der verfassungsrechtliche Standort der Privathochschulfreiheit wird teilweise in der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes, weit überwiegend aber in Art. 5 Abs. 3 GG gesehen.

a) Aus Art. 2 Abs. 1 sowie aus Art. 12 Abs. 1 GG?

Bisweilen leitet man die Freiheit, eine private Hochschule zu gründen, aus Art. 2 Abs. 1⁶ oder Art. 12 Abs. 1 GG⁷ her. Ein Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit scheidet jedoch aus, wenn man, wie sogleich entwickelt, die Gründung einer Privathochschule dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG zuordnet. Vergleichbares gilt

für die Berufswahl eines „Privathochschulunternehmers“. Dessen unternehmerische Freiheit ist zwar durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Dem Gründer einer Privathochschule geht es aber in der Regel nicht allein um unternehmerische Freiheiten. Mit der Gründung und dem Betrieb einer Privathochschule sollen vielmehr wissenschaftspolitische Zielsetzungen in Organisation, Forschung und Ausbildung verfolgt werden. Soweit es bei der Gründung und bei dem Betrieb einer Privathochschule um diesen wissenschaftsaffinen Bereich geht, gelangt der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG zur Anwendung.

b) Aus Art. 5 Abs. 3 GG

Art. 5 Abs. 3 GG schützt die Freiheit von Wissenschaft und Forschung gegen Eingriffe des Staates. Der Schutzbereich umfasst die auf wissenschaftliche Erkenntnis gerichtete Tätigkeit des Wissenschaftlers und Forschers; juristische Personen in privatrechtlicher Rechtsform, also etwa eines Vereins, einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder Stiftung, können sich ebenfalls auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen.⁸ Nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob Art. 5 Abs. 3 GG auch die Freiheit umfasst, eine private Hochschule zu gründen.

Nach einer älteren⁹ und heute nur von wenigen Autoren vertretenen Ansicht schützt Art. 5 Abs. 3 GG lediglich die auf wissenschaftliche Erkenntnis gerichtete forschende Tätigkeit sowie die freie wissenschaftliche Kommunikation. Das aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende Abwehrrecht wird leistungsstaatlich durch die staatliche Verpflichtung ergänzt, durch rechtliche Rahmenseetzungen darauf hinzuwirken, den durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheitsraum zu sichern. Im Hinblick auf die organisatorische Gestaltung des Wissenschaftsbereichs bestehe jedoch kein Grundrechtsschutz. Aus Art. 5 Abs. 3 GG lasse sich kein Anspruch herleiten, eine staatliche Anerkennung für die Gründung einer privaten Hochschule zu erhalten.¹⁰

Diese restriktive Auslegung des von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten Schutzes folgt der *Tradition des deutschen Hochschulrechts*, in der die Veranstaltung von Hochschulen als staatliche Aufgabe angesehen wurde.¹¹ In diese Richtung zielend hat das BVerfG in einer älteren

6 Karpén, Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität, WissR 1990, 123, 129 ff.; Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 94; Lorenz, Privathochschulen, in: Flämig u. a. (Hg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, S. 1157, 1163 f.

7 Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 344 ff.

8 Maunz/Dürig/Remmert, 84. EL August 2018, GG Art. 19 Abs. 3 Rn. 102 mit weit. Nachw. – Zur hier nicht zu vertiefenden Frage, inwiefern sich Stiftungen des Privatrechts auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen

können: MüKoBGB/Weitemeyer, 8. Aufl. 2018, BGB § 80 Rn. 62 f.

9 Heidtmann, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 189 ff., 214 ff. mit Nachw.

10 BVerfG DÖV 1979, 750; DVBl. 1994, 1366; Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 94.

11 Siehe oben Fn. 2 sowie Köttgen, Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959, S. 70 ff.; Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 92 mit Nachw. in Fn. 2; Heidtmann, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 179 ff., 189 ff., 219 ff.

Entscheidung zu Art. 12 Abs. 1 GG entschieden, der Betrieb einer privaten Fachhochschule sei nicht von der Berufsfreiheit erfasst, wenn der Staat diese Aufgabe im Rahmen seiner Gestaltungskompetenzen monopolisiert habe und durch eigene Lehranstalten wahrnehme.¹² Diese Entscheidung des BVerfG ist allerdings nicht zu Art. 5 Abs. 3 GG ergangen und trägt dem mittlerweile anerkannten Grundrechtsschutz von Fachhochschulen durch Art. 5 Abs. 3 GG offensichtlich noch nicht Rechnung.

Eine historisierende, die Gründung von Privathochschulen ausschließende Auslegung des Art. 5 Abs. 3 GG ist *methodisch verfehlt*.¹³ Denn das Traditionsargument darf nicht Unzeitgemäßes festschreiben und nicht die Offenheit des Verfassungsrechts für eine verfassungsrechtliche Bewältigung gesellschaftlichen Wandels beeinträchtigen. Grundrechte müssen eben aus den heutigen Zeitumständen heraus ausgelegt werden. Die Legitimation des Grundrechtsschutzes liegt nicht in der Vergangenheit, sondern in der Gegenwart. Das Grundgesetz als eine *offene Verfassung* will dem historischen Wandel und der Veränderung der Lebensverhältnisse gerecht werden. In diesem Sinn will Art. 5 Abs. 3 GG dem heutigen Zustand des Privathochschulwesens verfassungsrechtlichen Schutz gewähren und dabei die den pluralistischen Staat kennzeichnende Vielfalt der Wissenschaft und ihrer Organisationsformen sichern, aber nicht alte Formen der staatlichen Monopolisierung oder auch nur Lenkung der Hochschulorganisation festschreiben.

Die restriktive, die Gründungsfreiheit von Privathochschulen ausschließende Auslegung des Art. 5 Abs. 3 GG lässt sich zudem nicht mit dem Schutz von sog. *Grundrechtsvoraussetzungen*¹⁴ vereinbaren. Grundrechtsschutz soll sich auch auf das reale Umfeld der Grundrechtsausübung und insbesondere auf alle

Handlungen und Tätigkeiten erstrecken, die die realen Voraussetzungen von Grundrechtsschutz schaffen: sog. *Entstehungssicherung* von Grundrechtsschutz.¹⁵ Diese Sicherung der Grundrechtsvoraussetzungen gilt unter Anderem für jene Grundrechte, die in aller Regel arbeitsteilig wahrgenommen werden. Diese bedürfen der Organisation, die zu gestalten einem künftigen Grundrechtsträger nicht verwehrt werden kann. Ebenso wie die *Pressefreiheit* unzweifelhaft die Gründung von *Presseunternehmen* garantiert, garantiert die *Wissenschaftsfreiheit* die Gründung und, werden die gesetzlich geregelten Voraussetzungen erfüllt, die *staatliche Anerkennung von privaten Hochschulen*.¹⁶

Letztlich lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der *Staatsfreiheit von Wissenschaft und Lehre* ein an den Staat gerichtetes *Wissenschaftssteuerungsverbot* herleiten.¹⁷ Ohne die Grenzen eines solchen Wissenschaftssteuerungsverbotes an dieser Stelle genauer ausloten zu müssen, lässt sich ihm jedenfalls folgende staatliche Verpflichtung entnehmen: Durch die Versagung der staatlichen Anerkennung einer Privathochschule darf vom Staat keine Wissenschaftspolitik betrieben werden. Gegenüber dem breiten Spektrum vertretbarer Ansätze in Forschung, Lehre und auch Hochschulorganisation muss er *strikte Neutralität* wahren.

Damit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten: Art. 5 Abs. 3 GG *schützt mit der Privathochschulfreiheit auch die Gründungsfreiheit*,¹⁸ soweit mit ihr ein besonderes wissenschaftliches Konzept verfolgt wird. Dies ist *folgenreich*:

Art. 5 Abs. 3 GG gehört zu den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten. Es gibt keinen Vorbehalt des Gesetzes für die Regelung von Eingriffen in die Privathochschulfreiheit. Die wissenschaftsaffine Privathochschulfreiheit unterliegt vielmehr nur verfassungsimma-

12 BVerfGE 37, 314, 322.

13 Zum Folgenden: *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 21, 32 ff.

14 Hierzu zusammenfassend *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. IX, 2011, § 190, Rn. 70 ff, 160 ff.

15 Grundlegend *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, hierzu im Kontext der Gründungsfreiheit von Privathochschulen: *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 285 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 110.

16 In diese Richtung *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. IX, 2011, § 190, Rn. 175, 177.

17 *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980,

S. 243 ff.; in der Sache ebenfalls *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre Finanzierung, 2002, S. 58.

18 *Jarass*, in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 5 GG Rn. 141; *Fehling*, in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 129 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre Finanzierung, 2002, S. 116 ff.; *Penßel*, in: *Geis* (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 41; *Britz*, in *Dreier* (Hg.), Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 24; *Wendt*, in von *Münch/Kunig* (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 5 GG Rn. 105; *Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 34 Rn. 16; *Starck/Paulus*, in von *Mangoldt/Klein/Starck* (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 532; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 120; *Löwer*, Freiheit von Forschung und Lehre, in *Merten/Papier* (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 99 Rn. 19.

nennten Schranken,¹⁹ die allein aus dem Kontext der Verfassung zu ermitteln und durch den Gesetzgeber zu konkretisieren sind. Zu diesen verfassungsimmanenten Schranken gehören insbesondere die Ausbildungsfreiheit der Studierenden und die Qualitätssicherung in der Lehre.

2. Zum Anspruch auf staatliche Anerkennung

Die staatliche Anerkennung einer Privathochschule ist von entscheidender Bedeutung für deren Betrieb. Die staatliche Anerkennung berechtigt die Hochschule, staatlich anerkannte Prüfungen abzunehmen und Leistungsnachweise auszustellen. Für den Träger einer Privathochschule ist dies die zentrale Voraussetzung für den Erfolg auf dem großen Markt der Studien- und Studienabschlussangebote. Privathochschulfreiheit ohne staatliche Anerkennung der Studiengänge an einer Privathochschule wäre ein *nudum ius*, wäre ein grundrechtlicher Schutz, der sich nicht realisieren lässt.²⁰

a) Die rechtlichen Voraussetzungen staatlicher Anerkennung

Die Hochschulgesetzen der Länder regeln die rechtlichen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung von Privathochschulen in aller Regel in Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 GG. Folgende Voraussetzungen müssen nach den hochschulrechtlichen Regelungen²¹ erfüllt sein:

- dass in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sichergestellt ist,²²
- dass das Studium auf eine berufliche Tätigkeit vorbereitet oder der Weiterbildung dient,
- dass eine Mehrzahl²³ von nebeneinander bestehende oder aufeinander folgende und erfolgreich akkreditierte Studiengänge an der Hochschule vorhanden oder im Rahmen einer Ausbauplanung vorgesehen sind,
- dass das Studium und die Abschlüsse auf Grund der Prüfungsordnungen einer kontinuierlichen internen und externen Qualitätssicherung unterliegen,
- dass die Studienbewerber die Voraussetzungen für

die Aufnahme in eine entsprechende Hochschule in der Trägerschaft des Landes erfüllen,

- dass die Lehraufgaben überwiegend von hauptberuflich Lehrenden der Hochschule wahrgenommen werden, die die Einstellungs Voraussetzungen eines Professors erfüllen,
- dass die Mitglieder der Hochschule an der Gestaltung des Studiums und an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung²⁴ der für Hochschulen in staatlicher Trägerschaft geltenden Grundsätze mitwirken,
- dass die den Träger und die Hochschule maßgeblich prägenden natürlichen Personen die freiheitliche demokratische Grundordnung achten und die für den Betrieb einer Hochschule erforderliche Sachkunde und Zuverlässigkeit aufweisen,
- dass der Bestand der Hochschule und des Studienbetriebs sowie die Stellung des Hochschulpersonals wirtschaftlich und rechtlich dauerhaft gesichert sind.

Diese gesetzlichen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung einer privaten Hochschule gestatten es dem Land, seiner Verantwortung für die Qualität des Hochschulwesens nachzukommen.

b) Zum Ermessen im Anerkennungsverfahren

Nach den hochschulrechtlichen Regelungen²⁵ können Hochschulen, die nicht in der Trägerschaft des Landes stehen, vom Wissenschaftsministerium staatlich anerkannt werden. Die Anerkennung einer privaten Hochschule steht damit im Ermessen des Ministeriums und damit des Landes. Fraglich ist, wie diese Ermessensregel verfassungskonform auszulegen ist: Besteht ein „Ablehnungsermessen“, wie es früher bisweilen mit Blick auf die eingangs zitierte deutsche Tradition lediglich staatlicher Hochschulen vertreten wurde? Oder führt die Grundrechtsbindung des Staates zu einer erheblichen Einengung des Ermessensspielraumes? Ist eine Privathochschule immer dann anzuerkennen, wenn sie die gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt?

19 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 26 Rn. 101 ff.

20 Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 95 mit Nachw.

21 Vgl. § 70 Abs. 2 LHG BW; Art. 76 BayHSchG; § 123 BerlHG; § 83 BbgHG; § 112 Abs. 1 BremHG; § 114 HmbHG; § § 91 HessHG; § 108 LHG M-V; § 64 NdsHG; § 72 HG NRW; § 117 RhPffHochSchG; § 88 SaarLUG; § 106 SächHSFG; § 104 HSG LSA; § 76 SchlHHSG; § 101 ThürHG.

22 Zur Begrenzung dieser Freiheit durch privatrechtliche Vereinba-

rung vgl. unten II., 2b.

23 Diese Regelung kann kaum auf die verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 GG zurückgeführt werden. Warum sollte eine Privathochschule allein mit dem Studiengang Rechtswissenschaft ausgeschlossen sein?

24 Dieser Verweis auf das staatliche Hochschulrecht in manchen Hochschulgesetzen ist, wie in Folgendem entwickelt wird, verfassungswidrig, es sei denn „sinngemäß“ wird verfassungskonform ausgelegt.

25 Nachweise in Fn. 21.

aa) Ermessensausübung als „Kompetenz-Kann“ oder „Versagungs-Kann“?

Die hochschulrechtlichen Anerkennungsverfahren regeln das ministerielle Ermessen bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.²⁶ In diesem Ermessensbereich lässt sich zwischen einem „Kompetenz-Kann“ und einem „Versagungs-Kann“ unterscheiden:

Bei einem „Kompetenz-Kann“²⁷ besteht grundsätzlich ein Anspruch des Hochschulträgers auf Anerkennung, wenn die gesetzlichen Anerkennungsvoraussetzungen vorliegen. Die Rechtsfigur des Kompetenz-Kanns führt damit zu einer Einschränkung des Ermessensspielraums in Richtung auf eine *Anerkennungspflicht*. Diese besteht insbesondere dann, wenn an der Privathochschule ein *wissenschaftliches Mindestniveau* und ein den staatlichen Hochschulen vergleichbares Ausbildungsprogramm erreicht werden.²⁸ Nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, etwa bei erheblicher Gefährdung öffentlicher Güter, „kann“ die Anerkennung verweigert werden.

Bei einem „Ermessens-Kann“ hat das Ministerium eine weitreichende Freiheit bei der Anerkennung einer Privathochschule. Im Verfahren der staatlichen Anerkennung kann auf deren Bildungskonzept hingewirkt werden, die Konkurrenzsituation zu anderen privaten und öffentlichen Hochschulen berücksichtigt werden oder eine regionale Lenkung des Ausbildungssektors entscheidungsleitend sein. Mit derartigen Rahmenseetzungen kann das ministerielle Ermessen die Entfaltung von Privathochschulfreiheit nicht nur eng reglementieren, sondern im Ergebnis auch ersticken. Ein solches Ermessen lässt sich geradezu als „Versagungsermessen“ qualifizieren. Ein derartiges „Versagungsermessen“ wäre an der mittlerweile überwundenen Rechtsansicht orientiert, für die Organisation auch des Privathochschulwesens bestehe eine Prärogative der Länder.

Mit einem „Ermessens-Kann“ kann der Gesetzgeber dem zuständigen Ministerium aber auch deutlich be-

grenzt Ermessen bei der Wahrnehmung seiner *Gesamtverantwortung für das Hochschulwesen* einräumen.²⁹ In dieser Perspektive ist zu klären, wie weit die grundrechtlich geschützte Privathochschulfreiheit durch eine von der Verfassung vorausgesetzte staatliche Verantwortung für das Hochschulwesen³⁰ dahin eingeschränkt werden kann, im Einzelfall die beantragte staatliche Anerkennung zu versagen. Dies führt zu der Frage, ob und in welchem Umfang die Leitungsstrukturen einer Privathochschule zum Gegenstand eines Anerkennungsverfahrens gemacht werden können.

II. Privathochschulfreiheit auch bei Festlegung der Leitungsstrukturen

Die Privathochschulfreiheit umfasst auf den ersten Blick auch das Recht des Gründers einer Privathochschule, über deren Leitungsstrukturen zu bestimmen. Dabei geht man teilweise so weit, der Hochschule gegenüber ihrem Träger nur äußerst rudimentäre Selbstverwaltungsrechte einzuräumen.³¹ Dies übersieht allerdings, dass die Autonomie des Hochschulträgers durch die Ausbildungsfreiheit der Studierenden und damit durch die Qualitätssicherung einer Lehre mit wissenschaftlicher Fundierung begrenzt wird. Die Privathochschulfreiheit wird zudem durch die Wissenschaftsfreiheit der an der Hochschule tätigen Professoren und Mitarbeiter sowie durch die Grundsätze akademischer Selbstverwaltung beschränkt.

Wie diese beiden Bereiche gerade an Privathochschulen voneinander abzuschichten sind, ist eine noch nicht abschließend geklärt: Ist insoweit die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Leitungsstrukturen an staatlichen Universitäten maßgeblich (1.)? Inwieweit sind gesetzliche Vorgaben für die Organisation der Hochschule selbstverwaltung Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit des Privathochschulträgers?³² Stehen dem Gründer bzw. Träger einer Privathochschule im Vergleich zur Verfassungslage an staatlichen Hochschu-

26 Zu diesen Handlungsformen der Verwaltung: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 9 Rn. 51 ff.; Württemberg/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 1 Rn. 42 ff.

27 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 9; BVerwGE 23, 25, 29; 44, 339, 342 (Rn. 14); zum Kompetenz-Kann bei der staatlichen Anerkennung einer privaten Hochschule: BeckOK HochschulR Bayern/Penfzel, 9. Ed. 1. 5. 2018, BayHSchG Art. 76 Rn. 41.

28 Zu dieser staatlichen Verantwortung für das Hochschulwesen Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 131.

29 BeckOK HochschulR Hessen/Thürmer, 8. Ed. 1.9.2018, HHG § 91 Rn. 23, der dem Ministerium allerdings auch dann Ermessen

einräumt, wenn im Land die Zahl der Hochschulen oder auch ihre Art begrenzt werden soll. Dies lässt sich mit der aus Art. 5 Abs. 3 GG hergeleiteten Freiheit zu Hochschulgründungen nicht vereinbaren (deulich zurückhaltender jedoch die Kommentierung bei § 91 Abs. 2 Rn. 25).

30 Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 95.

31 Penfzel, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6, Rn. 54 mit dem fragwürdigem Argument, es gebe keine gesetzliche Regelung, die den nichtstaatlichen Hochschulen das Recht auf Selbstverwaltung gegenüber ihrem Träger einräume.

32 Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 243.

len weiter gehende Gestaltungsrechte zu (2., 3.)? Nach einer Abschichtung der Einflussmöglichkeiten des Trägers der Privathochschulfreiheit vom verfassungsrechtlich garantierten Bereich akademischer Selbstverwaltung lässt sich entwickeln, ob sich die Hochschulgesetze der Bundesländer und der Leitfadens des Wissenschaftsrates zur Konzeptprüfung von Privathochschulen in den vom Grundgesetz vorgezeichneten Bahnen bewegen (4.).

1. Die Rechtsprechung des BVerfG zur wissenschaftsadäquaten Regelung von Organisation und Leitungsstrukturen staatlicher Hochschulen auf Privathochschulen nur begrenzt anwendbar

Die hier kurz zusammenfassende Rechtsprechung des BVerfG fordert für die staatlichen Hochschulen eine wissenschaftsadäquate Regelung von Organisation und Leitungsebene.³³ Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als eine objektive wertentscheidende Grundsatznorm verlangt, dass der Staat durch geeignete organisatorische Maßnahmen für die Funktionsfähigkeit der Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebes zu sorgen und dabei den Wissenschaftlern die Teilhabe am Wissenschaftsbetrieb zu ermöglichen hat. Die Wissenschaftsfreiheit muss sich in einem organisatorischen Gesamtgefüge entfalten, „in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so beschaffen sind, dass Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden“.³⁴ Die in der Hochschule tätigen Wissenschaftler haben einen Anspruch auf die Wissenschaftsfreiheit sichernde organisatorische Maßnahmen. Hochschulorganisatorischen Entscheidungen, die die Freiheit des Wissenschaftlers zu forschen und zu lehren gefährden, ist entgegen zu wirken.

Abgesehen von individuellen Kontrollmöglichkeiten des Wissenschaftlers bedarf es organisationsrechtlicher Regelungen, kraft derer die Hochschullehrer über ihre Vertretungen in den Gremien Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre Vorstellung einer gelebten Wissenschaftsfreiheit in die Hochschulorganisation einbringen können. Ziel dieser Regelungen ist die Vermeidung wissenschaftsinadäquater Entscheidungen.³⁵

Bei der Beurteilung, ob sich wissenschaftsinadäquate Entscheidungen vermeiden lassen, ist eine Gesamtsicht

auf das hochschulrechtliche Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Entscheidungskompetenzen, mit seinem verfahrensrechtlich geordnetem Zusammenspiel von Leitungs- und Vertretungsorganen sowie mit all seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten zu wählen.

Eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit ist ausgeschlossen, wenn im wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüge ein hinreichendes Maß an Mitwirkung von Wissenschaftlern an der Planung der Hochschulentwicklung und einzelner Hochschuleinrichtungen, an allen den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisation und den Haushalt sowie am hochschulinternen Satzungsrecht besteht. Leitgedanke ist dabei, die Wissenschaftler nicht allein vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen zu schützen. Sie sollen darüber hinaus ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Hochschule einbringen können.

Nach der hochschulorganisationsrechtlichen je desto-Formel gilt: Je stärker die Kompetenzen der Leitungsorgane, desto stärkere Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Kollegialorgane. Soweit in der Hochschulleitung Präsident bzw. Präsidium/Rektor bzw. Rektorat zu weitreichenden wissenschaftsrelevanten Entscheidungen berechtigt sind, müssen Abwahlregelungen ein Kompetenzgleichgewicht zwischen der Hochschulleitung und dem Senat herstellen. Dabei muss das Abwahlverfahren der Professorenschaft gestatten, sich von einem Präsidiums- oder Rektoratsmitglied zu trennen.

2. Keine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Regelung von Organisation und Leitungsebene von Privathochschulen

Diese Rechtsprechung des BVerfG lässt sich aus mehreren Gründen nicht auf privatautonome Regelungen von Organisation und Leitungsebene privater Hochschulen übertragen.³⁶

a) Unterschiedliche Gefährdungslage

Der Träger einer privaten Hochschule befindet sich gegenüber staatlichen Hochschulen in einer gänzlich anderen Gefährdungslage. Die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Privathochschulfreiheit gestattet, über die

33 Gärditz, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407 ff.; Hartmann, Hochschulorganisation nach dem MHH-Beschluss des BVerfG, WissR 49 (2016), 197 ff.; Goerlich/Sandberger, Hochschulverfassungsrecht – Kontinuität oder Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: FS für Peine, 2016, S. 311 ff.; Würtenberger, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, OdW 2016, S. 1 ff.

34 BVerfG 1 BvR 1501/13, 1682/13 Rn. 68; 1 BvR 3217/07 Rn. 55, 57.

35 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 156; 1 BvR 3217/07 Rn. 56.

36 Anders Sandberger, Governace-Modelle für nichtstaatliche Hochschulen – Zum Akkreditierungsleitfadens des Wissenschaftsrates, OdW, 2016, S. 95, 98, der allerdings der grundrechtlichen Gefährdungslage des Trägers von Privathochschulen nicht völlig gerecht wird.

wissenschaftliche Ausrichtung einer Privathochschule und über deren Organisation zu bestimmen, ohne in dieser Wissenschaftsautonomie vom Staat begrenzt zu werden. Art. 5 Abs. 3 GG schützt den Träger der Privathochschulfreiheit vor Grundrechtseingriffen.

An staatlichen Hochschulen hat der Staat hingegen die ganz andere, weitergehende Aufgabe, die Wissenschaftsfreiheit der dortigen Hochschullehrer bei der Entwicklung und Umsetzung der von ihrer Hochschule zu treffenden wissenschaftsaffinen Entscheidungen zu sichern. Hier kann der Staat nur in engen Grenzen die *wissenschaftliche Ausrichtung* einer Hochschule dirigieren und muss die wissenschaftsadäquate akademische Selbstverwaltung schützen.

b) Wissenschaftsfreiheit durch Anstellungsvertrag begrenzt

Im bürgerrechtlichen Status der Gleichordnung herrscht Vertragsfreiheit. Durch den *Anstellungsvertrag* kann der Umfang der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit begrenzt werden.³⁷ So lässt sich etwa im Anstellungsvertrag regeln, dass die *Hochschulsatzung* mit ihren Einwirkungsmöglichkeiten des Hochschulträgers auf die Hochschulleitung *anerkannt* wird, dass bestimmte Forschungsschwerpunkte verfolgt werden oder dass bestimmte Wissenschaftskooperationen auf den Weg gebracht werden sollen. Davon abgesehen ist davon auszugehen, dass Art. 5 Abs. 3 GG für die Gestaltung der Leitungsebene an einer Privathochschule keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet.³⁸ Denn der Träger einer Privathochschule ist im Gegensatz zum Staat nicht zum Schutz der von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten grundrechtlichen Freiheit verpflichtet. Auch aus Art. 5 Abs. 3 GG als wertentscheidender Grundsatznorm folgt nichts anderes. Wie die Wissenschaftsfreiheit auf den Träger der Privathochschule und auf die Wissenschaftler an der Hochschule zu verteilen ist, folgt nicht aus diesem Konzept, sondern aus einer verhältnismäßigen Zuordnung der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers einerseits und der Wissenschaftler mitsamt ihrer akademischen Selbstverwaltung andererseits.

Deutliche rechtliche Begrenzungen der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit sind im Übrigen selbst an staatlichen Hochschulen üblich und praktiziert. So regelt etwa § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LHG BW eine Begrenzung der Forschungsfreiheit für die Professoren an einer Dualen Hochschule: Zu ihren *Dienstaufgaben* gehört lediglich eine auf die duale Ausbildung bezogene Forschung in Kooperation mit den Ausbildungsstätten – eine bemerkenswerte Verengung der Forschungsfreiheit von Hochschullehrern.

c) Wissenschaftsfreiheit der Träger von Privathochschulen zur Verwirklichung ihrer Organisationshoheit

Soll sich Grundrechtsschutz durch *Organisation und Verfahren* verwirklichen,³⁹ müssen die Träger von privaten Hochschulen weitgehend über das *organisatorische Gehäuse* bestimmen können, in dem sich das Wissenschafts- und/oder Lehrkonzept ihrer Privathochschule entfalten können. Wenn der Träger mit der Gründung einer Privathochschule *eine bestimmte Wissenschaftskonzeption*, ein bestimmtes Lehrkonzept, ein *bestimmtes Credo einer Religionsgemeinschaft* oder auch nur einen Kontrapunkt zum Wissenschaftsbetrieb an staatlichen Hochschulen setzen will, muss er dies durch eine Hochschulorganisation absichern können, die ihm die erforderlichen Einwirkungsrechte gestattet.

Dies führt zu der eingangs gestellten Frage ist, ob die staatliche Anerkennung damit verbunden werden kann, dass die private Hochschule zu einer Gestaltung ihrer Leitungsstrukturen verpflichtet wird, die im Wesentlichen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Leitungsstrukturen an staatlichen Hochschulen oder den Leitungsstrukturen in den Landeshochschulgesetzen entspricht.⁴⁰ Dem steht entgegen, dass das Anerkennungsverfahren die Privathochschulfreiheit des Trägers der Hochschule, wie sie oben entwickelt wurde, zu respektieren hat. Im Anerkennungsverfahren können keine Vorgaben gemacht werden, die mit der von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers nicht vereinbar sind.

37 Zehlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, Ordnung der Wissenschaft, 2018, S. 253, 258 mit Nachw.

38 Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 52: nur mittelbare Drittwirkung; De Wall, Nichtstaatliche Hochschulen, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kap VI, S. 417 mit Fn. 4; Sandberger, Kommentar LHG BW, 2. Aufl. 2015, §§ 70-72, Rn. 2; Lorenz, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 70 HRG, Rn. 37.

39 Hierzu im Überblick: Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 41 ff.

40 So Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 351 ff.; Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, OdW 2016, S. 97 f.

41 Etwa § 72 Abs. 2 Nr. 8 LHG NRW; § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 LHG BW mit Verweis auf die „innere Wissenschaftsfreiheit“, auf einen „akademischen Kernbereich“ „mit maßgeblichem Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung“.

In dieser Perspektive erscheinen hochschulrechtliche Regelungen⁴¹ *verfassungsrechtlich nicht haltbar*, die die wissenschaftspolitischen Konzepte und die wissenschaftsaffine Organisationshoheit der Träger von Privathochschulen einengen, etwa weil das Hochschulgesetz des jeweiligen Bundeslandes auf die Regelung der akademischen Selbstverwaltung von Privathochschulen sinngemäß angewendet werden soll.

3. Praktische Konkordanz bzw. Abwägung zwischen der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers und der Wissenschaftsfreiheit der Professorenschaft sowie der wissenschaftsaffinen Hochschulselbstverwaltung

Wenn sich sowohl der Träger einer privaten Hochschule als auch die dort tätige Professorenschaft auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können, müssen Grundrechtskollisionen aufgelöst werden. Im Privathochschulbereich sind die Kollisionslinien klar ersichtlich: Einerseits: wie weit reichen die Einwirkungsmöglichkeiten des Trägers der Privathochschulfreiheit in die akademische Sphäre „seiner“ Hochschule? Andererseits: wie weit reichen die Wissenschafts- und Lehrfreiheit der an der Hochschule tätigen Professorenschaft sowie ihr akademisches Selbstverwaltungsrecht? Kollisionen wie vorliegend zwischen Grundrechten sind durch *Abwägung* dergestalt aufzulösen, dass zwischen ihren normativen Vorgaben ein *Ausgleich* gefunden wird, der als gerecht erscheint und in dem die Freiheitsgarantien der Verfassung zu *größtmöglicher Wirkung* kommen.⁴²

Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass auch an Privathochschulen neben der Wissenschaftsfreiheit des Trägers der Hochschule die Wissenschaftsfreiheit der Professorenschaft mitsamt der ihnen zustehenden Selbstverwaltung bestehen muss. Bei dieser Abwägung lässt sich danach absichten, was zu den *Vorbehaltsbereichen* der beiden Grundrechtsträger gehört und was in Form einer wissenschaftsadäquaten Kommunikation und Kooperation zu regeln ist.⁴³

a) Zu den Vorbehaltsbereichen des Trägers einer Privathochschule

Zu den *Vorbehaltsbereichen* des Trägers einer Hochschule gehört all jenes, was zu deren finanziellen Ausstattung

und deren wissenschaftlichen Ausrichtung gehört. Dabei steht außer Zweifel, dass die staatlichen Angelegenheiten bei öffentlichen Hochschulen in den Aufgabenbereich des Trägers der Privathochschule fallen. Im Einzelnen:

- Wie bei staatlichen Hochschulen die Personal-, Wirtschafts-, Haushalts- und Finanzangelegenheiten
- Insbesondere die Festlegung des Haushalts der Hochschule, der deren wissenschaftlichem Profil angemessen sein muss
- Die Bestimmung und Sicherung des wissenschaftlichen Profils der Hochschule
- Die Bestimmung des Kanzlers bzw. des an der Hochschule für den Haushalt Verantwortlichen
- Die Ernennung des an der Hochschule tätigen wissenschaftlichen Personals und der Hochschulleitung
- Vorschlags- oder jedenfalls Zustimmungsrecht bei der Ernennung der Hochschulleitung, Veto-Recht bei Abwahl eines Mitglieds der Hochschulleitung⁴⁴

Bei den Vorbehaltsbereichen ist, um akademische Belange jeweils zu berücksichtigen, dem Senat ein Anhörungsrecht einzuräumen oder im Benehmen mit dem Senat zu entscheiden.

Im Ergebnis zählt auch die Festlegung des Struktur- und Entwicklungsplans zu den Vorbehaltsbereichen des Hochschulträgers. Zwar ist bei staatlichen Hochschulen ein Mitgestaltungsrecht des Senates an der Struktur- und Entwicklungsplanung gefordert. Die einzelne Planung bedarf aber der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums, die verweigert werden kann, wenn sie „nicht mit den Zielen und Vorgaben des Landes in struktureller, finanzieller und ausstattungsbezogener Hinsicht übereinstimmt“.⁴⁵ Im Hinblick auf die Privathochschulfreiheit sollte der Träger der Privathochschule im Benehmen mit dem Senat die strukturellen, finanziellen, ausstattungsbezogenen und hochschulpolitischen Orientierungen der Struktur- und Entwicklungspläne beschließen können. Zum mindestens muss dem Hochschulträger ein Zustimmungsrecht eingeräumt sein, das es, wie dem Ministerium de facto bei staatlichen Hochschulen, verfahrensmäßig gestattet, die große Linie der jeweiligen Struktur- und Entwicklungsplanung eigenständig festzulegen.

42 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 22 mit Nachw.

43 Zum Folgenden Mager, Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht, in diesem Heft, S. 7.

44 Anders Sandberger, Governace-Modelle für nichtstaatliche Hoch-

schulen – Zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, Ordnung der Wissenschaft, 2016, S. 95, 101 unter Verweis auf BVerwGE 135, 286, Rn. 57 für die Leitungsebene für Hochschulen mit einem Stiftungsträger in der Rechtsform des öffentlichen Rechts.

45 So § 7 Abs. 2 S. 3 LHG BW.

b) Zu den Vorbehaltsrechten der Professorenschaft und der Selbstverwaltungsgremien der Privathochschule

Zu den Vorbehaltsrechten der Professorenschaft und der Selbstverwaltungsgremien der Privathochschule:

- Freiheit von Forschung und Lehre der Hochschul-lehrer ggf. gemäß den vertraglichen Regelungen, eine Mindestausstattung des Forschungsbereichs, grundsätzlich freie Verwendung der Forschungsmittel
- Kompetenz des Senats in allen akademischen Angelegenheiten, wie z.B. Evaluations- und Auswahlverfahren

c) Zu den Mitentscheidungsbereichen

In folgenden Bereichen muss die Hochschulleitung (Senat oder Rektor/Rektorat) im Einvernehmen mit dem Träger der Hochschule entscheiden:

- Änderung der Grundordnung
- Die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen⁴⁶
- Einrichtung von Forschungsschwerpunkten
- Regelung der Hochschulprüfungen und Studienordnungen
- Grundsätzlich in Berufungsverfahren
- Bei Abwahl der Hochschulleitung durch den Senat; ggf. auch bei der Wahl der Hochschulleitung

Anderes gilt allerdings, wenn die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen oder die Einrichtung von Forschungsschwerpunkten das wissenschaftliche Profil der Hochschule betrifft, das der Träger bestimmt hat oder nach dem Gründungsgeschäft bestimmen kann. Bei Privathochschulen zur Förderung besonderer Wissenschaftskonzepte kann der Träger auch über deren Wissenschaftsorganisation bestimmen. Denn anders als der Staat, der bei seinem Hineinwirken in die staatlichen Hochschulen zu wissenschaftspolitischer Neutralität verpflichtet ist, kann der Privathochschulträger eigene Wissenschaftskonzepte verfolgen.

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das staatliche Hochschulorganisationsrecht zwar grundsätzlich,

aber doch nur begrenzt auf die Regelungen der Leitungsebene privater Hochschulen anzuwenden ist.⁴⁷

4. Zur Verfassungsmäßigkeit der vom Wissenschaftsrat verwendeten Akkreditierungsmaßstäbe im Bereich der Konzeptprüfung

Nach dem Hochschulrecht einiger Bundesländer⁴⁸ kann das Wissenschaftsministerium im staatlichen Anerkennungsverfahren die *Konzeptprüfung neu gegründeter Hochschulen* zum Beispiel dem Wissenschaftsrat übertragen. Was unter Konzeptprüfung zu verstehen ist, wird vom Gesetzgeber allerdings nicht näher definiert. Diese Regelungslücke wird vom Wissenschaftsrat durch die Verabschiedung eines umfangreichen und äußerst detaillierten Leitfadens ausgefüllt.⁴⁹

Dieser Leitfaden begegnet in Randbereichen verfassungsrechtlichen Bedenken (a). Seine sehr vage gehaltenen inhaltlichen Vorgaben geben dem Gründer von nichtstaatlichen Hochschulen zudem keine klaren Vorgaben. Sie sind vielmehr auf ein Verfahren angelegt, in dem der mit der Konzeptprüfung befasste Ausschuss des Wissenschaftsrates das durchzusetzen vermag, was er unter „Hochschulformigkeit“ versteht (b). Auf diesem Hintergrund bedarf es der verfassungsrechtlichen Einhegung des hochschulpolitischen Konzeptprüfungsermessens des Wissenschaftsrates (c).

a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Der „Leitfaden der Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen in Gründung“ begegnet einigen verfassungsrechtlichen Bedenken:

aa) Keine Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit des privaten Hochschulträgers

Im Leitfaden des Wissenschaftsrates wird *nicht explizit berücksichtigt*, dass sich der private Hochschulträger auf den grundrechtlichen Schutz seiner Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Dieses verfassungsrechtliche Defizit führt dazu, dass der Leitfaden und auch die Prüfungspraxis die verfassungsrechtlich geschützten Trägerinteressen an organisatorischer, wissenschaftlicher sowie ausbildungspolitischer Gestaltung und Akzentsetzung nicht hinreichend berücksichtigen.

46 An staatlichen Hochschulen wird die Gliederung in Fakultäten gemäß den hochschulrechtlichen Vorgaben in der Grundordnung geregelt.

47 So Lynen, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 3 Rn. 58; Rüfner,

Kirchliche Hochschulen im staatlichen Recht, in Rhode/Rüfner, Kirchliche Hochschulen, 2012, S. 9, 19.

48 § 73 Abs. 1 S. 1 LHG NRW; § 91 Abs. 3 S. 1 Hess HG.

49 Leitfaden der Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen in Gründung – Drs. 4396-15.

bb) Mangelnde demokratische Legitimation einer „Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen“

Besteht der Gründer einer nichtstaatlichen Hochschule nicht die Konzeptprüfung durch den Wissenschaftsrat, so wird ihm die staatliche Anerkennung versagt. Dies ist ein tiefer Eingriff in dessen Wissenschaftsfreiheit.⁵⁰ Die Voraussetzungen für einen solchen tiefen Grundrechtseingriff sind nach der Lehre vom Gesetzesvorbehalt vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber in klarer Weise zu regeln. Dem genügt der bloße Hinweis auf eine Konzeptprüfung nicht. Der Begriff „Konzeptprüfung“ besagt nur, dass ein hochschulpolitisches Konzept zu prüfen sei, sagt aber nichts darüber aus, welche Maßstäbe an das zu prüfende hochschulpolitische Konzept anzulegen sind.

Zwar wird vom Wissenschaftsrat in eigenständiger Weise die „Hochschulförmigkeit“⁵¹ als zentraler Maßstab der Konzeptprüfung entwickelt und ausdifferenziert. Die Hochschulförmigkeit aber ist kein normativer Begriff des deutschen Hochschulrechts. Eine solche Maßstäblichkeit müsste vom *demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorgegeben* werden, kann aber nicht von einer privaten Organisation als Anerkennungsvoraussetzung in das Anerkennungsverfahren eingebracht werden.

Derartige Pflichten zu gesetzlicher Regelung hat das BVerfG für die Akkreditierungsverfahren entschieden:

„Die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtswirklichkeit maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Was wesentlich ist, ergibt sich aus den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere aus den dort verbürgten Grundrechten. Wie weit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen

Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur im Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen.“⁵²

Da die Konzeptprüfungsverfahren des Wissenschaftsrates dem Schutz der Studierenden und der Qualitätssicherung im Bereich von Privathochschulen dienen, lassen sich auf diese die im Akkreditierungsurteil des BVerfG entwickelten Maßstäbe anwenden. Der Wissenschaftsrat ist, wie das Wissenschaftsministerium, auf die Überprüfung der gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen beschränkt: Die Hochschulgesetze der Länder regeln zwar in uneinheitlicher Weise die Anerkennungsvoraussetzung, dass die akademische Selbstverwaltung auch an Privathochschulen zu sichern sei. Sie machen aber keine konkreten, auf die Privathochschulfreiheit zugeschnittenen Vorgaben für die Leitungsebene an Privathochschulen.⁵³ Der Träger der Privathochschule vermag aus dem Hochschulrecht nicht zu entnehmen, welche Vorgaben er bei der Organisation der Leitungsebene zu berücksichtigen hat. Soweit derartige hochschulrechtlichen Regelungen fehlen, was in den meisten Bundesländern der Fall ist, besteht keine Prüfungskompetenz des Wissenschaftsrates.⁵⁴

cc) Fehlerhafte rechtliche Einordnung der nichtstaatlichen Hochschulen

Nicht zuletzt bleibt zu kritisieren, dass der Wissenschaftsrat die nichtstaatlichen Hochschulen unzutreffend in die Staatsorganisation einordnet. Der Wissenschaftsrat stellt seinen hochschulpolitischen Auftrag mit folgenden Worten dar:

„Der Wissenschaftsrat hat auf der Basis seiner Empfehlungen zur Institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen einen Akkreditierungsausschuss eingesetzt, der im Auftrag der Länder Institutionelle Akkreditierungen und Konzeptprüfungen durchführt. Dabei handelt es sich um Verfahren der länderübergreifenden

50 *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *OdW*, 2018, S. 253, 260 zu den Erwartungen des Wissenschaftsrates, dass die zuständigen Ministerien seine Auflagen und Empfehlungen in die Anerkennungspraxis umsetzen. In dieser Erwartung wird der Wissenschaftsrat nicht enttäuscht: Was von ihm vorgeschrieben wird, findet Eingang in das Anerkennungsverfahren.

51 Vgl. etwa Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Reakkreditierung (Promotionsrecht) der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg vom 27. 4. 2018, Drs. 6974-18, S. 5.

52 BVerfGE 141, 143 Rn. 59; *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, *OdW* 2016, 193 ff.; *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der Akkreditierungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine ver-

fassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags, *OdW* 2017, S. 237 ff.; *Hufen*, *JuS* 2016, 855 ff.

53 So regelt etwa § 91 Abs. 2 Hess HG die privathochschulrechtliche Selbstverwaltung nur sehr rudimentär; für Reglementierungen der Leitungsebene an Privathochschulen bestehen keinerlei rechtliche Grundlagen.

54 *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *OdW* 2018, S. 253, 260; *Otting/Ziegler*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, *NVwZ* 2016, 1064, 1066; BeckOK HochschulR NRW/*Birnbaum*, 8. Ed. 1.8.2018, HG § 73 Rn. 9.

55 Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Reakkreditierung (Promotionsrecht) der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg vom 27. 4. 2018, Drs. 6974-18, S. 5.

Qualitätssicherung nichtstaatlicher Hochschulen in ihrer Eigenschaft als staatlich beliehene Einrichtungen des tertiären Bildungssektors“.⁵⁵

Wenn die nichtstaatlichen Hochschulen staatlich beliehene Einrichtungen sein sollten, müssten sie über eine Beleihung in die Staatsorganisation eingefügt sein. Dem widersprechen allerdings Regelungen nach denen die Hochschule „mit der Anerkennung das Recht erhält, auf privatrechtlicher Grundlage einen Studien- und Prüfungsbetrieb durchzuführen, der mit einem akademischen Grad abschließt“.⁵⁶ So nimmt man denn auch an, dass Privathochschulen keine Hoheitsgewalt übertragen ist und sie dem Zivilrecht unterfallen.⁵⁷ In Bundesländern, in denen eine Beleihung von Privathochschulen angenommen wird, ist diese auf die Bereiche von Prüfung und Graduierung beschränkt. Es gibt eben keinen Akt der Beleihung mit umfassender Hoheitsgewalt im Privathochschulbereich. Nichtstaatliche Hochschulen werden vielmehr lediglich staatlich anerkannt, aber von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich mit Hoheitsgewalt allein im Prüfungsbereich beliehen.⁵⁸

Dies fragwürdige Verständnis des rechtlichen Status von Privathochschulen ist nicht folgenlos: Wer Privathochschulen als staatlich beliehene Einrichtungen ansieht, neigt zu weit reichenden Einwirkungsrechten des Staates auf deren Leitungsebene, die es jedoch im Privathochschulbereich nicht gibt.

b) Kriterien des Wissenschaftsrates bei der Konzeptprüfung von Organisation und Leitungsebene nichtstaatlicher Hochschulen

In seinem „Leitfaden der Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen in Gründung – Drs. 4396-15“, S. 23 ff. entwickelt der Wissenschaftsrat die Kriterien und Maßstäbe, denen die Organisation und Leitungsebene nichtstaatlicher Hochschulen zu folgen haben:

„Leitungsstruktur und Organisation einer Hochschule müssen die grundgesetzlich garantierte Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre sicherstellen. Entscheidend dafür ist zum einen ein diese Anforderung respektierendes Verhältnis zwischen der Hochschule und deren Trägereinrichtung und Betreiber. Zum anderen setzt die Gewährleistung akademischer Freiheitsrechte voraus, dass die Leitungs- und Selbstverwaltungsstrukturen innerhalb der Hochschule so beschaffen sind, dass sich die Hochschul-

mitglieder ihrem jeweiligen Status entsprechend an den akademischen Entscheidungsprozessen beteiligen können. Schließlich muss die Hochschule über eine wissenschaftsadäquate und ihren spezifischen Anforderungen genügende Organisationsstruktur sowie über ein funktionsgerechtes Qualitätsmanagement verfügen“.

Diese sehr allgemeinen Bemerkungen blenden, um es nochmals hervorzuheben, die an sich zu berücksichtigende Wissenschaftsfreiheit des Trägers einer Privathochschule aus. Im Einzelnen werden für die Beurteilung der Leitungsebene an Privathochschulen folgende Prüfkriterien entwickelt:

- Das Verhältnis zwischen den Interessen und Steuerungsmöglichkeiten des Betreibers, der Trägereinrichtung und der geplanten Hochschule ist ausgewogen gestaltet und schützt die Hochschule, ihre Organe und Mitglieder gegen wissenschaftsfremde Einflüsse Dritter.
- Die Organe und akademischen Gremien der geplanten Hochschule verfügen über hinreichende Kompetenzen in sämtlichen akademischen Belangen.
- Die Kompetenzen für die inhaltliche Gestaltung der Rahmenbedingungen von Forschung und Lehre liegen bei den Professorinnen und Professoren, die zu diesem Zweck über eine strukturelle Mehrheit im zentralen Selbstverwaltungsorgan der geplanten Hochschule verfügen.
- Professorinnen und Professoren unterliegen hinsichtlich der Inhalte von Lehre, Forschung und Kunstausübung keiner in ihre verfassungsmäßigen Grundrechte eingreifenden Weisungsbefugnis seitens der Hochschulleitung, der Hochschulträgereinrichtung oder des Betreibers.
- Das zentrale Selbstverwaltungsorgan der geplanten Hochschule hat hinsichtlich der Gestaltung und Änderung der Grundordnung oder Satzung der geplanten Hochschule ein Initiativrecht. Es beschließt die Grundordnung oder Satzung im Einvernehmen mit der Trägereinrichtung oder dem Betreiber.
- Die Bestellung und Abberufung der mit akademischen Angelegenheiten betrauten Mitglieder der Hochschulleitung erfolgt unter maßgeblicher Mitwirkung (Wahlrecht, Vorschlagsrecht oder Zustimmungserfordernis) des zentralen Selbstverwaltungs-

56 § 91 Abs. 4 S. 1 HS 1 Hess HG.

57 *Lynen*, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht. 3. Aufl. 2017, Kap. 3 Rn. 58.

58 Vgl. BeckOK HochschulR Nds/Lange, 8. Ed. 1.6.2018, NHG § 64 Rn. 11; 67 Rn. 3 ff.; BAG NZA-RR 2011, 216 Rn. 52; VKH Kassel,

NJW 2016, 1338 Rn. 3; differenzierend OVG Münster BeckRS 2013, 51556; anders die Rechtslage u. a. in Bayern: BeckOK HochschulR Bayern/Penfel, 10. Ed. 1.8.2018, BayHSchG Art. 77 Rn. 3, 13.

organs der geplanten Hochschule. Die Besetzung der akademischen Leitungsämter nachgeordneter Funktionsebenen erfolgt entsprechend.

- Das zentrale Selbstverwaltungsorgan der geplanten Hochschule kann auf Antrag eines Mitglieds in Abwesenheit von Vertreterinnen und Vertretern der Trägereinrichtung oder des Betreibers, die qua Amt zu seinen Mitgliedern zählen (z. B. die Kanzlerin oder der Kanzler), tagen und Entscheidungen treffen.
- (in Berufungsverfahren) werden in der Regel folgende Grundprinzipien eingehalten: wissenschaftsgeleitete Denomination, öffentliche Ausschreibung, Leistungsevaluation nach transparenten und verbindlichen Kriterien, Einbindung eines akademischen Selbstverwaltungsorgans, Beteiligung externen wissenschaftlichen Sachverständigen, professorale Mehrheit in der Berufungskommission, Ausschluss von Vertreterinnen oder Vertretern des Betreibers und der Trägereinrichtung aus der Berufungskommission, sofern Letztere keine durch das zentrale Selbstverwaltungsorgan legitimierte Funktion in der Hochschulleitung innehaben, zeitnahe und regelmäßige Information der Bewerberinnen und Bewerber über den Stand des Verfahrens. Es ist ferner sichergestellt, dass der Betreiber oder die Trägereinrichtung der Hochschule Berufungsvorschläge nicht aus Gründen ablehnen kann, die die wissenschaftliche Qualifikation der Kandidatinnen und Kandidaten betreffen. Der Qualitätssicherung der Berufungsverfahren dient auch die Einsetzung von Berufsbeauftragten.

In dieser Allgemeinheit kann den vom Wissenschaftsrat entwickelten Maßstäben einer Konzeptprüfung im Grundsatz zugestimmt werden.⁵⁹ Auf eine *Homogenität der Leitungsebene* an privaten und staatlichen Hochschulen darf mit diesem Prüfkonzept allerdings nicht hingewirkt werden. Den vorstehend geäußerten

verfassungsrechtlichen Bedenken lässt sich bei der Prüfung des jeweiligen Hochschulkonzepts Rechnung tragen. Dabei müssen die Prüfungsmaßstäbe einzelfallorientiert in dem Maß zurückgenommen werden, in dem der Hochschulträger *eigene* wissenschaftspolitische Ziele und Organisationsformen verfolgt.

III. Schlussbemerkung

Trotz der grundsätzlichen Zustimmung zur Konzeptprüfung des Wissenschaftsrates in der Gründungsphase einer Privathochschule sei festgehalten: Diese legitime Qualitätskontrolle darf nicht in eine inadäquate und verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende *Fremdbestimmung* des Trägers der Hochschule münden. Dem Hochschulträger ist die Freiheit zu belassen, selbstbestimmte Besonderheiten und Alternativkonzepte zu herkömmlichen und insbesondere staatlichen Modellen der Hochschulleitung zu verfolgen.⁶⁰ In einem pluralistischen Hochschulwesen muss es möglich sein, den vom BVerfG entwickelten Vorgaben für die Hochschulleitung andere Leitungskonzepte entgegen zu setzen. Erst ein solches Experimentieren mit unterschiedlichen Leitungskonzepten ermöglicht, jenseits verfassungsgerichtlicher Rahmensetzungen alternative Leitungskonzepte auf den Prüfstand wissenschaftsadäquater Realisierung zu stellen. Soll etwa der Privathochschulfreiheit der Versuch verwehrt sein, im Ausland erprobte Leitungskonzepte in die deutsche Wissenschaftskultur zu übertragen? Eine Konzeptprüfung des Wissenschaftsrates muss bereits in der Gründungsphase den hochschul- und wissenschaftspolitischen Vorstellungen des Hochschulträgers in angemessener Weise Rechnung tragen.

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

59 Sehr viel großzügiger zu einer vom Wissenschaftsrat erzwungenen Homogenität in der Hochschulorganisation staatlicher und privater Hochschulen: *Lynen*, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht. 3. Aufl. 2017, Kap. 3 Rn.

58, der allerdings, wie er selbst bemerkt, an den Prüfungsausschüssen des Wissenschaftsrates mitwirkt.

60 So nachdrücklich *Hufen*, JuS 2016, 855, 858.

Christoph Ohly

Mit überlegter und prophetischer Entschlossenheit. Aspekte der Neuausrichtung kirchlicher Universitäten und Fakultäten gemäß Veritatis gaudium

I. Anstoß und Verwirklichung

II. Grundkriterien eines erneuerten Studiensystems

1. Dienst der Verkündigung

2. Kennzeichen einer missionarischen Kirche „im Aufbruch“

a) Einführung in das Kerygma

b) Dialog als Kultur der Begegnung

c) Inter- und Transdisziplinarität

d) Bildung von Netzwerken

3. Indispensabler Auftrag der Konstitution

III. Konsequenzen für kirchliche Hochschulen

1. Umsetzung zum akademischen Jahr 2018/2019

2. Fortführung der personellen Öffnung kirchlicher Hochschulen

3. Einrichtung neuer Studiengänge

4. Sonstige kirchliche Fakultäten

5. Fazit

I. Anstoß und Verwirklichung

Die bekannte „Regensburger Vorlesung“, die Papst Benedikt XVI. am 12.9.2006 an seiner ehemaligen Wirkungsstätte als Universitätsprofessor hielt, gehört ohne Zweifel zu den historisch bedeutsamen Texten heutiger Philosophie und Theologie.¹ Sie hat im doppelten Sinne viel in Bewegung gebracht. Neben einer neuen bedeutsamen Etappe im Dialog zwischen Vertretern der Katholischen Kirche und Gelehrten der islamischen Welt vermochte sie mit Blick auf die Beziehung von Glaube, Vernunft und Universität einen Anstoß zu setzen, der in der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium* von Papst Franziskus über die kirchlichen Universitäten und Fakultäten vom 27.12.2017 eine erkennbare Aufnahme und Umsetzung erfahren hat.² Der

inzwischen emeritierte Papst schloss damals seine Überlegungen mit dem Aufruf:

„Mut zur Weite der Vernunft, nicht Absage an ihre Größe – das ist das Programm, mit dem eine dem biblischen Glauben verpflichtete Theologie in den Disput der Gegenwart eintritt. ‚Nicht vernunftgemäß, nicht mit dem Logos handeln ist dem Wesen Gottes zuwider‘, hat Manuel II. von seinem christlichen Gottesbild her zu seinem persischen Gesprächspartner gesagt. In diesen großen Logos, in diese Weite der Vernunft laden wir beim Dialog der Kulturen unsere Gesprächspartner ein. Sie selber immer wieder zu finden, ist die große Aufgabe der Universität.“³

Damit ist so etwas wie das Grundgesetz einer verantwortlichen Theologie im Kontext der universitären und akademischen Welt formuliert und in Erinnerung gerufen worden. Theologie versteht sich als vernunftorientierte Erforschung und Verkündigung des Glaubens, der als solcher in den Disput mit anderen Wissenschaften tritt. Dabei entfaltet sich diese disputative Begegnung in der Haltung eines Dialogs, der auf indispensable Weise sowohl aus dem bereitwilligen Hören des anderen und seiner Position erwächst als auch auf der Erkenntnis beruht, in einer verbindenden Wahrheit zu kommunizieren: „Dialog ohne dieses innere Hören auf den gemeinsamen Grund würde ein Disput von Tauben bleiben.“⁴

Papst Franziskus hat diesen Leitgedanken mit dem spezifischen Blick auf die „Neubelebung der kirchlichen Studien auf allen Ebenen“⁵ aufgenommen und ihn mit der veränderten Situation kirchlicher Verkündigung verbunden. In rechtlicher Hinsicht schließt er dabei mit *Veritatis gaudium* und den zugehörigen *Ordinationes* an die Apostolische Konstitution *Sapientia Christiana* vom 29.4.1979 an, mit der Papst Johannes Paul II. das kirchliche Hoch-

1 Papst Benedikt XVI., Glaube, Vernunft und Universität. Erinnerungen und Reflexionen. Regensburger Vorlesung vom 12.09.2006, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 174, Bonn 2006, 72-84.

2 Papst Franziskus, Apostolische Konstitution *Veritatis gaudium* über die kirchlichen Universitäten und Fakultäten vom 27.12.2017, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 211, Bonn 2018. Im Folgenden: VG. Dazu auch *ders.*, Nachsynodales Schreiben *Evangelii gaudium*, in:

Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 194, Bonn 2013, 132-134.

3 Benedikt XVI., Vorlesung (Anm. 1), 84.

4 Joseph Ratzinger, Vom Wesen des Akademischen und seiner Freiheit, in: *ders.*, Wesen und Auftrag der Theologie. Versuche zu ihrer Ortsbestimmung im Disput der Gegenwart, Einsiedeln 1993, 26-35, hier 28.

5 VG, 1.

schulwesen gemäß den Vorgaben des II. Vatikanischen Konzils neu geordnet hatte.⁶ Nicht nur die „neue Phase der Sendung der Kirche“⁷ in Form veränderter ekklesialer Rahmenbedingungen, sondern auch die seit 1979 erfolgten Rechtsfortschreibungen machen nach Auffassung des Papstes eine aktualisierte Anpassung („aggiornamento“) notwendig, ohne damit *Sapientia Christiana* die bleibende rechtliche Gültigkeit zu entziehen. Vielmehr geht es um eine Art „Update“⁸ der Bestimmungen, die sowohl durch die innerkirchlichen Delegationen der Konstitution (z.B. in Bezug auf die kanonistischen Fakultäten und die kirchlichen Studien der Philosophie) und einschlägigen päpstlichen Lehrdokumente⁹ als auch durch die Reformen im Rahmen des sog. Bologna-Prozesses notwendig geworden sind.¹⁰ Die inhaltlichen und rechtlichen Koordinaten wertet Papst Franziskus als günstiges Zeitfenster, um den kirchlichen Studien „mit überlegter und prophetischer Entschlossenheit“¹¹ eine erneuerte Ausrichtung zu vermitteln.

Die nachfolgenden Überlegungen unternehmen den Versuch, die inhaltlichen Maßgaben der päpstlichen Ausführungen für die kirchlichen Hochschuleinrichtungen zu bestimmen und einige zentrale rechtliche Konsequenzen zu benennen.

II. Grundkriterien eines erneuerten Studiensystems

1. Dienst der Verkündigung

Gemäß c. 815 CIC kommt den kirchlichen Universitäten und Fakultäten der Auftrag der Kirche zu, „die geoffenbarte Wahrheit zu verkündigen“. Die wissenschaftliche Befassung mit der Offenbarung Gottes wird demzufolge „nicht als eine bloße Möglichkeit, sondern gleichsam als eine naturnotwendige Folge aus dem Verkündigungsauftrag der Kirche verstanden.“¹² Die Hochschuleinrichtungen stehen folglich im Dienst der kirchlichen Ver-

kündigung, die ihnen eine Art paradigmatisches Siegel aufdrückt. Sie widmen sich – anders als die Katholischen Universitäten nach c. 807 CIC – vornehmlich der theologischen Wissenschaft und den mit ihr verbundenen Disziplinen und sind als solche vom Apostolischen Stuhl mit allen akademischen Rechten und Pflichten errichtet.¹³

Das Wesen der kirchlichen Forschungs- und Lehrinstitutionen macht damit zugleich ihre Abhängigkeit von den jeweiligen Erfordernissen der kirchlichen Verkündigung deutlich. Wenn Papst Franziskus die aktuelle, mit tiefgreifenden Veränderungen verbundene Phase der Kirche als eine „neue Etappe der Evangelisierung“ kennzeichnet, die zu einer angemessenen „Erneuerung des kirchlichen Studiensystems“ führen muss, in dem sich die philosophisch-theologischen Studien als „eine Art günstiges kulturelles Laboratorium“ verstehen, das fähig ist, eine „performative Interpretation der Wirklichkeit“ zu leisten, „die dem Christuseignis entspringt und sich aus den Gaben der Weisheit und der Wissenschaft speist“, dann wird darin unausweichlich die neue Akzentsetzung durch *Veritatis gaudium* erkennbar.¹⁴ Die Theologie lebt nicht allein aus einem inneren Bezug zur göttlichen Offenbarung und ihrer beständigen Durchdringung. Sie ist als Selbstmitteilung Gottes immer nach außen, und das heißt auf den Menschen, gerichtet. So kann auch ihre Erschließung und Verkündigung nicht von den kontextuellen Gegebenheiten des Hier und Jetzt absehen. Vielmehr müssen die aktuellen Gegebenheiten menschlicher und gesellschaftlicher Existenz stärker in die Ausrichtung und Zielsetzung der Studien mit einfließen.

Der Papst geht in dieser Hinsicht sogar noch weiter. Er verlangt einen „radikalen Paradigmenwechsel“, oder provozierender formuliert, eine „mutige(n) kulturelle(n) Revolution“, innerhalb derer die kirchlichen Universitä-

6 Papst Johannes Paul II., Apostolische Konstitution *Sapientia Christiana* über die kirchlichen Universitäten und Fakultäten vom 29.04.1979, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 9, Bonn 1979. Im Folgenden: SapChr. Siehe dazu Ulrich Rhode, Die Hochschulen, in: HdbkathKR3, Regensburg 2015, 1048-1085; Stephan Haering, Katholische Theologie an wissenschaftlichen Hochschulen. Kanonistische und staatskirchenrechtliche Rahmenbedingungen für Bayern und Deutschland, in: Stephanie von Luttitz / Ludwig Mödl (Hrsg.), Theologie. Und wie es weitergeht, Würzburg 2018, 11-27.

7 VG, 1.

8 Matthias Pulte / Anna-Christina Schmees, Was ist neu in der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium* über das katholische Hochschulwesen?, in: Ansgar Hense / Matthias Pulte (Hg.), Kirchliche Hochschulen und konfessionelle akademische Institutionen im Lichte staatlicher und kirchlicher Wissenschaftsfreiheit (Mainzer Beiträge zu Kirchen- und Religionsrecht 4), Würzburg 2018, 241-271, hier 242.

9 Zu denken ist hier vornehmlich an die Enzykliken *Evangelii nun-*

tiandi und *Populorum progressio* (Paul VI.), *Redemptor hominis*, *Fides et ratio*, *Laborem exercens*, *Sollicitudo rei socialis* und *Centesimus annus* (Johannes Paul II.) sowie *Caritas in veritate* (Benedikt XVI.) und *Laudato si* (Franziskus).

10 Vgl. dazu Matthias Ambros, Sendung nach innen wie nach außen. Die Zukunft der Theologie und der Theologischen Fakultäten im Licht der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium*, in: Stephanie von Luttitz / Ludwig Mödl (Hg.), Theologie. Und wie es weitergeht, Würzburg 2018, 43-69, hier 45-46.

11 VG, 1.

12 Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf, Kanonisches Recht III, Paderborn 2007, 146. Dazu cc. 815-821 CIC.

13 Vgl. SapChr, Art. 1 und 2. Gemäß VG, Art. 2 § 2 zählen dazu auch die theologischen Fakultäten in staatlichen Universitäten und in den katholischen Universitäten (gemäß Art. 1 § 2 der Apostolischen Konstitution *Ex corde Ecclesiae* vom 15.08.1990, in: AAS [1990] 1475-1509). In die nachfolgenden Überlegungen werden diese jedoch nicht eigens einbezogen.

14 VG, 3.

ten und Fakultäten einen entscheidenden Beitrag als Sauerteig innerhalb von Kultur und Gesellschaft zur Verkündigung des Evangeliums zu leisten befähigt werden.¹⁵ Mit anderen Worten: Eine kirchliche Hochschule steht in einem unaufgebbaren Zusammenhang mit dem Auftrag der Evangelisierung, die zugleich bereit ist, beständig den Adressatenraum mit seinen spezifischen Gegebenheiten zu erforschen und, das wird ohne Zweifel konstatiert, aus ihm zu lernen. Für bestehende und künftige kirchliche Hochschuleinrichtungen bringt dies das Desiderat eines erneuerten Zueinanders von hoher wissenschaftlicher Qualität in Lehre und Forschung einerseits und einer der Trias „Wort Gottes – Kirchliche Tradition – Kirchliches Lehramt“¹⁶ verpflichteten Theologie andererseits mit sich, die befähigt ist, eine qualifizierte Ausbildung zu sichern und dabei in eben jenen notwendigen Dialog einzutreten, der den Kontext des Menschen von heute in Gesellschaft, Kultur, Wissenschaft und Arbeitswelt prägen muss.

2. Kennzeichen einer missionarischen Kirche „im Aufbruch“

Für eine inhaltliche Entfaltung dieser Herausforderung gibt *Veritatis gaudium* exemplarisch und doch maßgebend vier Kriterien vor, die für die Konstituierung der kirchlichen Hochschulen als Werkzeuge einer missionarischen Kirche „im Aufbruch“¹⁷ entscheidend sind. Sie finden ihr Fundament in der Überzeugung, dass im Christusereignis nicht nur der Weg Gottes zum Menschen, sondern auch umgekehrt, der Weg des Menschen zu Gott eröffnet ist. Als Wahrheit in Person, nicht als abstrakte Idee, macht Christus „in der Offenbarung des Geheimnisses des Vaters und seiner Liebe dem Menschen den Menschen selbst voll kund und erschließt ihm seine höchste Berufung.“¹⁸ Folglich kann als Kern kirchlicher Verkündigung das Bezeugen dieses Wahrheitsereignisses und die ihm innewohnende Fähigkeit benannt werden, den Menschen und die Welt im Licht dieser Wahrheit zu erschließen. Aufgabe der kirchlichen Hochschuleinrichtungen ist es daher, eine „geistige Atmosphäre der Suche und der Gewissheit, gegründet auf die Wahrheiten der Vernunft und des Glaubens“ zu schaffen, die es erlauben, „Überzeugungen zu erwerben, die die Intelligenz strukturieren und stärken sowie den Willen erhellen.“¹⁹ Dies zu ermöglichen, weist den Philosophen und Theologen in seiner Qualität als Lehrer und Zeuge aus, wenn er

„immer offen für das ‚maius‘ Gottes und der Wahrheit“²⁰ und damit in Entwicklung begriffen verbleibt.

a) Einführung in das Kerygma

Dem ersten Kriterium geht es um eine geistliche, intellektuelle und existentielle Erschließung des Evangeliums Jesu Christi (Kerygma) sowie um eine daraus folgende kirchliche „Mystik des Wir“.²¹ Die kirchliche Hochschule muss in ihrem Inneren darauf ausgerichtet sein, durch das theologische Studium eine intellektuell ausgerichtete Hinwendung zur göttlichen Offenbarung in Jesus Christus zu ermöglichen, deren Bedeutung und Auswirkung im Leben der Kirche nicht nur erfahrbar wird, sondern auch als Zeugnis für die „universalen Brüderlichkeit“ heranreift, „die die heilige Größe des Nächsten zu sehen weiß“.²² Das betrifft daher alle philosophischen und theologischen Disziplinen in den klassischen Fächergruppen der historischen, exegetischen, systematischen und praktischen Theologie.

Ziel dieses Kriteriums ist es, in der theologischen Ausbildung Einseitigkeiten zu vermeiden, die auf Dauer den inneren Zusammenhang von Glaube, Vernunft und Existenz auflösen. Es muss ersichtlich werden, dass der Glaube an Gott vernünftig ist und nur so durchdrungen sowie auf dem Weg des Arguments verantwortlich bezeugt werden kann. Das wiederum schließt eine geistliche und zugleich existentielle Prägung nicht aus. Im Gegenteil, das Argument bedarf ihrer, um zu einer das Leben prägenden Wirklichkeit zu werden, die zum Zeugnis erwächst. Dabei erweist sich das theologische Studium nicht als ein in sich geschlossenes System, sondern als ein Prozess, der im Licht des trinitarischen Gottesglaubens den Menschen in seiner heute veränderten natürlichen und kulturellen Umgebung in den Blick nimmt und die Herausforderungen gelebter Solidarität zwischen den Menschen als Geschöpfe Gottes zu benennen weiß.

b) Dialog als Kultur der Begegnung

Aus der Anforderung einer umfassenden Einführung in das Kerygma geht das zweite Kriterium des Dialogs hervor. Es handelt sich hierbei nach *Veritatis gaudium* nicht um eine „rein taktische Vorgehensweise“, sondern um das fundamentale Bedürfnis, „gemeinsam die Erfahrung der Freude der Wahrheit zu machen und ihre Bedeutung

15 VG, 3.

16 Vgl. II. Vatikanisches Konzil, Dekret *Optatum totius* über die Ausbildung der Priester, Art. 16.

17 VG, 3.

18 II. Vatikanisches Konzil, Pastoralkonstitution *Gaudium et spes*

über die Kirche in der Welt von heute, Art. 22. Vgl. VG, 1.

19 VG, 3.

20 VG, 3.

21 VG, 4a.

22 Dazu auch *Evangelii gaudium* (Anm. 2), 272.

sowie die praktischen Auswirkungen gründlich zu untersuchen.²³ Dialog bezeichnet folglich kein unverbindliches Reden, sondern als *día-logos* jenen Austausch bzw. die Gemeinschaft, welche die Wahrheit, der *lógos*, zu schaffen vermag. Wahrer Dialog redet nicht rechthaberisch aneinander vorbei, sondern schafft ein verantwortliches Handeln in der Überzeugung, von der Wahrheit gemeinsam ergriffen zu sein. Daher fordert der Papst für diesen Dialog als „Kultur der Begegnung“ das Gespräch mit den Christen der anderen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften ebenso wie den Angehörigen anderen Religionen und Weltanschauungen, um entgegenstehende Positionen im Licht der Offenbarung zu betrachten.²⁴ Die kirchlichen Hochschuleinrichtungen müssen somit auf Dauer die Anforderung des dialogischen Prinzips stärker als bisher in den Blick nehmen und im theologischen Studienprogramm nachhaltig – das heißt als kennzeichnendes Profil, nicht als instrumentellen Zusatz – verankern. Gerade hier eröffnet sich für die Zukunft der Einrichtungen ein großer Horizont reicher Möglichkeiten, die zu einer Vertiefung ihrer evangelisierenden Zielsetzung ebenso führt wie zu einer hilfreichen Spezialisierung dialogischer Arbeitsfelder, welche die einzelne Hochschule als profilierte Lehr- und Forschungseinrichtung ausweist. Zu denken ist hier an eine ganze Reihe von spezifischen Dialogfeldern, wie beispielsweise der interreligiöse und -kulturelle Dialog durch örtlich gegebene Spezifika, der institutionelle Dialog durch die Auswirkungen von Globalisierung und der Erfahrung katholischer Weltkirche, oder der Dialog mit der Welt der Medien, die den Menschen von heute wie zu keiner anderen Zeit prägen und begleiten.

c) Inter- und Transdisziplinarität

Ebenfalls als logische Weiterführung der beiden ersten Kriterien benennt *Veritatis gaudium* als dritten Maßstab der künftigen kirchlichen Hochschuleinrichtung „eine im Licht der Offenbarung mit Weisheit und Kreativität ausgeübte Inter- und Transdisziplinarität,²⁵ die nicht lediglich verschiedene Ansätze in den Vergleich zueinander stellt, sondern vom Ziel motiviert ist, alles im Licht der einen Offenbarung Gottes zu durchdringen und zu verstehen. Das gilt für die philosophisch-theolo-

gischen Disziplinen ebenso wie für den Dialog mit nicht-theologischen Wissenschaften. Das Studiensystem soll daher eine große Einheit bieten, die von einer erkennbaren dynamischen Systematik gekennzeichnet ist und zugleich im „heute bruchstückhaften und nicht selten zersplitterten Panorama der Universitätsstudien und mit einem unsicheren, konfliktreichen oder relativistischen Pluralismus der Meinungen und kulturellen Angebote“²⁶ konzentrierende Orientierung zu vermitteln vermag. Neben der Fähigkeit, sich reflektiert an den Entwicklungsprozessen in Wissenschaft, Politik und Kultur zu beteiligen, wird damit nicht zuletzt die Möglichkeit eröffnet, auf Überzeugungen hinzuführen, die von der gesamten Menschheitsfamilie als maßgebende und unverrückbare Grundeinsichten geteilt werden können (z.B. die Menschenrechte).²⁷

Mit John Henry Newman und Antonio Rosmini erinnert die Konstitution folgerichtig an die vier Säulen eines integrativen christlichen Erziehungs- bzw. Bildungswesens im Rahmen einer kirchlichen Studieneinrichtung: „Die Einheit des Wissens, die Vermittlung von Heiligkeit, das gemeinsame Leben, die wechselseitige Liebe.“²⁸ Die kirchliche Hochschule der Zukunft wird sich im Dienst an dieser Einheit verstehen, aber auch messen lassen müssen – eine inter- und transdisziplinär herausgeforderte und zugleich bereicherte Einheit, die den Menschen im Ganzen der Schöpfung und der Menschheit zu verorten weiß.

d) Bildung von Netzwerken

Schließlich geht es dem vierten Kriterium der Konstitution um den Aufbau von Netzwerken kirchlicher Studieneinrichtungen sowie um die Herausbildung von Forschungsschwerpunkten, die sich im Licht des Glaubens und als Ausdruck des kirchlichen Verkündigungsauftrages dem „Studium der epochalen Probleme“ der Menschheit widmen.²⁹ Dieses Erfordernis korreliert mit der verfassungsrechtlichen Struktur der Katholischen Kirche, deren ekklesiologische Koordinaten von der Vielfalt der Realitäten in der Einheit des Glaubens bestimmt werden.³⁰ Entgegen einer lähmenden Uniformierung und einer zerstörenden Pluralisierung, so formuliert es Johannes Paul II., „verfügt das Christentum (...) nicht

23 VG, 4b.

24 VG, 4b mit Verweis auf SapChr, Einleitung, III sowie *Gaudium et spes*, Art. 62.

25 VG, 4c.

26 VG, 4c.

27 Vgl. dazu *Papst Benedikt XVI.*, Ansprache im Deutschen Bundestag vom 22.09.2011, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 189, Bonn 2011, 30–38. Siehe auch *Jürgen Habermas / Joseph Ratzinger*, *Dialektik der Säkularisierung*, Freiburg i. Br. 2005.

28 VG, 4c.

29 VG, 4d.

30 Vgl. dazu die Grundformel katholischer Ekklesiologie. II. Vatikanisches Konzil, Dogmatische Konstitution *Lumen Gentium* über die Kirche, Art. 23.1: „Episcopi autem singuli visibile principium et fundamentum sunt unitatis in suis Ecclesiis particularibus, ad imaginem Ecclesiae universalis formati in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica existit“.

über ein einziges kulturelles Modell, sondern ,es bewahrt voll seine eigene Identität in totaler Treue zur Verkündigung des Evangeliums und zur Tradition der Kirche und trägt auch das Angesicht der vielen Kulturen und Völker, in die es hineingegeben und verwurzelt wird!“³¹ Die Vielfalt fordert die Einheit ebenso heraus, wie umgekehrt die Einheit zur maßgebenden Orientierung für die vielfältigen Wirklichkeiten wird.

Das Erfordernis von netzwerkartigen Kooperationen kann dabei sowohl inhaltlich als Konsequenz aus der Einheit des Glaubens im Sinne ekklesialer Proprietät als auch formal durch die sinnvolle Bündelung von Kräften und Kompetenzen begründet werden. Dafür muss sich die kirchliche Hochschule der Zukunft auf nationale, insbesondere aber auch auf internationale Verbindungen hin orientieren, die den Mikrokontext des jeweiligen Ortes zugunsten des Makrokosmos der universalen Kirche und ihrer vielfältigen Realitäten zu weiten versteht. Institutionalisierte Formen der Kooperation werden seitens der kirchlichen Hochschulen bereits heute umgesetzt, beziehen sich aber nicht selten ausschließlich auf die Gruppe der Studierenden (z.B. Erasmus-Studien als Förderprogramm der Europäischen Union). Zu denken ist daher an umfassende, rechtlich begründete Formen der Kooperation zwischen Einrichtungen der kirchlichen Hochschulen, die fähig sind, im Bereich von Forschung und Lehre zu synergetischen Effekten, aber ebenso zu neu initiierten Erkenntnissen zu führen.

3. Indispensabler Auftrag der Konstitution

Den Überlegungen des Proömiums der Konstitution, die den rechtlichen Bestimmungen vorangestellt sind, eignet keine Unverbindlichkeit. Im Gegenteil! Sie machen als theologisch-ekklesiologischer Leitfadend offenkundig, dass Papst Franziskus die kirchlichen Hochschuleinrichtungen der Zukunft zwar in ihrem Grundbestand als Ausbildungsstätten für kirchliche Berufe bewahren, doch zugleich auf die Herausforderungen heutiger Entwicklungen inhaltlich und strukturell ausrichten will. Dabei verfolgt er das Ziel, die Forschungs- und Lehrinstitutionen der Kirche in ihrem instrumentellen Charakter innerhalb der Heilssendung der Kirche zu bestärken, ohne dadurch jedoch den Anspruch auf höchste wissenschaftliche und methodische Qualität in Zweifel zu stellen.

So ergibt sich für die kirchlichen Hochschuleinrichtungen a longe das unverzichtbare inhaltliche und formale Erfordernis, „den Aufbau und die methodische Dynamik der vom kirchlichen Studiensystem vorgeschlagenen Lehrpläne im Hinblick auf ihre theologische Fragestellung, auf ihre Leitprinzipien und ihre unterschiedlichen Ebenen der fachlichen, pädagogischen und didaktischen Gliederung neu zu prüfen.“³² Dementsprechend sind Zielsetzung und Gliederung der theologischen Disziplinen zu überdenken und zu aktualisieren. Damit ist das Ziel verbunden, „intellektuelle Instrumente zu entwickeln, die sich als Paradigmen eines Handelns und Denkens erweisen, die für die Verkündigung in einer Welt, die von einem ethisch-religiösen Pluralismus geprägt ist, nützlich sind.“³³ Neben einer fundierten theologischen Kenntnis und einem damit verbundenen evangelisierenden Bewusstsein erfordert dies ohne Zweifel den Prozess einer verstärkten Öffnung und dialogalen Struktur der kirchlichen Hochschule, um sich den verändernden kulturellen Kontexten zu stellen, diese lernend zu erkennen und in sie hineinzuwirken. Neben der großen Chance, die damit für die Verkündigung des Evangeliums verbunden ist, bringt das nicht wenige Risiken mit sich, vor allem das Wagnis, theologische Fragestellungen und Antworten verstärkter in das wissenschaftliche und kulturelle Gespräch einzubringen, das sich nicht selten schon von der kirchlichen Realität entfernt hat.³⁴

III. Konsequenzen für kirchliche Hochschulen

Die bisherigen Reaktionen auf *Veritatis gaudium* aus dem Bereich der Kanonistik belegen nachweislich, dass die Konstitution das Recht für die kirchlichen Universitäten und Fakultäten nicht neu erfindet, sondern sich bewusst in die bisherige Gesetzgebung einreicht.³⁵ Die synoptische Gegenüberstellung der beiden Rechtstexte verdeutlicht dies augenscheinlich. Gleichzeitig kann eine Reihe von veränderten Bestimmungen benannt werden, die sich einerseits der Aufnahme der bisherigen Rechtsfortschreibung, andererseits der Konstitution und ihrer inhaltliche Perspektive verdanken. Dazu gehören u.a. die Unterscheidung von Statuten, Studienordnung und Ordnungen, die Mindestzahl von festangestellten Dozenten, Normen zur Errichtung einer kirchlichen Fakultät, Bestimmungen zur Qualitätssi-

31 So Papst Johannes Paul II., Apostolisches Schreiben *Novo Millennio inenute* vom 06.01.2001, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 150, Bonn 2001, hier Nr. 40.

32 VG, 4b.

33 VG, 5.

34 Vgl. dazu Simone d'Agostino, *Veritatis Gaudium*. Un rischioso processo di apertura e dialogo, in: *La Gregoriana* XXIII,5 (2018) 8-10.

35 So Pulte / Schmees, Konstitution *Veritatis gaudium* (Anm. 8), 270, hier mit einem spezifischen Blick auf die Theologischen Fakultäten in staatlichen Universitäten.

cherung, die Aufgabe der Kongregation für das Katholische Bildungswesen als bevollmächtigter Ansprechpartner auf universalkirchlicher Ebene für die Ausbildungsfragen im Rahmen des Bologna-Prozesses und der Lissabon-Konvention, die Frage der Priesterquote im Professorium und anderes mehr.³⁶ Die Frage dabei bleibt, welche unmittelbaren Konsequenzen sich aus der inhaltlichen Neuausrichtung der kirchlichen Hochschulen für die Zukunft ergeben oder ergeben können.

1. Umsetzung zum akademischen Jahr 2018/2019

Gemäß Art. 88 VG findet die Konstitution Anwendung mit Beginn des akademischen Jahres 2018/2019. Die betreffenden Statuten und Studienordnungen der kirchlichen Universitäten und Fakultäten sind im Sinne der vorgelegten Normen zu überarbeiten und bis zum 8.12.2019 der Kongregation zur Approbation vorzulegen.³⁷ Hierbei wird es insbesondere darum gehen, die inhaltliche Ausrichtung mit Hilfe der vier in *Veritatis gaudium* genannten Kriterien zu verankern. Wie weit die Änderungen reichen, hängt sicher immer von den jeweiligen Statuten und Studienordnungen im Einzelnen ab. Doch insbesondere da, wo zukünftig eine kirchliche Hochschule neu errichtet oder eine bestehende umgewidmet würde, ist an eine grundsätzliche Neufassung der entsprechenden Rechtstexte im Geist von *Veritatis gaudium* zu denken.

2. Fortführung der personellen Öffnung kirchlicher Hochschulen

Unter besonderer Beachtung des ersten Kriteriums (Einführung in das Kerygma) wird darauf Wert zu legen sein, dass sich die kirchlichen Hochschulen verstärkt einer breiteren Gruppe von Studierenden öffnen. Sie sind zwar auch heute insbesondere als Theologische Fakultäten vorrangig auf die akademische Priesterausbildung ausgerichtet. Doch gemäß Art. 3 und 68-87 VG dienen sie in umfassender Weise allen Gläubigen – Männern und Frauen – zur Aus- bzw. Weiterbildung hinsichtlich der verschiedenen kirchlichen Dienste, Ämter und Berufe oder grundsätzlich der theologischen Bildung, auf die jeder Gläubige gemäß c. 229 § 2 CIC ein Anrecht besitzt. Gerade hier können die mit dem vierten Kriterium eingeforderten Kooperationen mit anderen kirchlichen und gesellschaftlichen Institutionen greifen, wenn diese auf die

Fort- und Weiterbildung von Mitarbeitenden mit Hilfe von Zertifikatsstudien ausgerichtet sind.³⁸ Die kirchlichen Hochschulen erweisen sich dadurch als Orte jener „performative(n) Interpretation der Wirklichkeit“, die auf dialogische Weise die Wirklichkeiten menschlicher und gesellschaftlicher Existenz durchdringen und zugleich jene Hilfen des Evangeliums bereitstellen, die mit den „Gaben der Weisheit und der Wissenschaft“ vermittelt werden.³⁹

3. Einrichtung neuer Studiengänge

In den kirchlichen Hochschuleinrichtungen – hier vor allem den Theologischen Fakultäten – sind die grundständigen und kanonischen (vom Apostolischen Stuhl errichteten) Studiengänge etabliert, die der Ausbildung zu den kirchlichen Berufen mit der Verleihung der entsprechenden akademischen Grade gemäß Art. 8 § 1 und 35 OrdVG dienen. Dazu gehören universal-kirchlich das Bakkalaureat mit einem nachfolgenden Lizentiat (sowie gegebenenfalls einem Doktoratsstudium) sowie in den deutschsprachigen Gebieten der Magister Theologiae. Dazu gibt es in staatlicher Kooperation eingerichtete und eigens akkreditierte Lehramtsstudiengänge (Bachelor und Master of Education), die auf die Ausbildung künftiger Religionslehrer ausgerichtet sind.

Wenn Art. 52 VG darüber hinaus die Möglichkeit eröffnet, neben den bekannten akademischen Graden auch „andere Titel“ entsprechend der verschiedenen Fakultäten und Studienordnungen zu verleihen, ist daran zu denken, im Rahmen der durch das vierte Kriterium benannten Netzwerkforderung weitere und an den Erfordernissen der Studierenden orientierte Studiengänge zu ermöglichen. Das können theologische und /oder interdisziplinär angelegte Bachelor- und Masterstudiengänge sein, die insbesondere den Erfordernissen des Dialogs als Kultur der Begegnung dienen. Zu nennen sind hier beispielsweise die Notwendigkeiten spezifischer interreligiöser und kultureller Studien, aber auch jene, die sich mit den Anforderungen der Globalisierung, der medizinischen Ethik und Gesundheitsdienste oder der Medialisierung und Digitalisierung menschlichen Lebens auseinandersetzen und mit den theologischen Positionen im Blick auf den Menschen als Geschöpf Gottes konfrontieren. Als hilfreich würde sich hier die Errichtung einschlägiger Lehrstühle

³⁶ Vgl. dazu *Ulrich Rhode*, Rechtliche Änderungen, die sich aus der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium* und den zugehörigen *Ordinationes* ergeben, in: *educatio catholica* 4 (2018) 57-68.

³⁷ Für die Theologischen Fakultäten in staatlichen Universitäten

werden gemäß Art. 92 VG längere Zeiträume ermöglicht.

³⁸ Mit Blick auf eherechtliche Fortbildungen für kirchliche Bedienstete vgl. *Ambros*, Sendung (Anm. 10), 55.

³⁹ VG, 3.

im Bereich der Fakultät selbst oder in Form der Kooperation mit Lehrstühlen anderer Fakultäten oder Fachbereiche erweisen.⁴⁰

Der Ausbau solcher Studiengänge mit einer möglichen Etablierung einschlägiger theologischer Kompetenzzentren vermag die kirchlichen Hochschuleinrichtungen durch eine Balance von wissenschaftlicher, qualitativ anspruchsvoller Theologie und von inter- und transdisziplinären Studien sowohl nach innen als auch nach außen zu einem auskunftsfähigen und herausfordernden Gesprächspartner zu entwickeln.⁴¹

4. Sonstige kirchliche Fakultäten

Über diese möglichen neuen Studiengänge hinaus, die in den (klassischen) kirchlichen Hochschuleinrichtungen (Theologische, Kirchenrechtliche, Philosophische Fakultäten) implementiert werden können, weist Art. 85 VG auf die Errichtungsmöglichkeit „anderer kirchlicher Fakultäten“ hin. Diese können in weitreichenderer Weise dem Anspruch der „kulturellen Laboratorien“ Genüge leisten, die Papst Franziskus in den Bildungsinstitutionen der Kirche sehen möchte. So wären demzufolge kirchliche Fakultäten oder Institute denkbar, die sich in spezifischer Weise speziellen Bereichen der Theologie, des kirchlichen Rechts, der Philosophie oder der Kirchengeschichte ebenso widmen wie Studien- und Forschungsinstitutionen, die sich durch die Konzentration auf und den Dialog mit außerkirchlichen Wissenschaftsbereichen auszeichnen. Dazu gehören beispielsweise die Human- und Literaturwissenschaften ebenso wie zahlreiche geistes- und kulturwissen-

schaftliche Bereiche (wie Kunst und Musik), mit denen Gläubige auf spezifische apostolische Aufgaben angemessen vorbereitet werden können.

5. Fazit

Mit den Bestimmungen der Apostolischen Konstitution wird das Bemühen um Innovation und Kreativität im Blick auf die Verkündigung des Evangeliums im veränderten Kontext des aktuellen Zeitfensters der Kirche offenkundig. Dahinter wird von neuem jener Mut der apostolischen Urkirche erkennbar, sich den Bereichen der Welt als Ort des Evangeliums nicht zu verschließen, sondern mit der Heilbotschaft des Evangeliums die Kultur der Begegnung zu pflegen. Dieser Mut sollte auch und gerade die Begegnung im Licht wissenschaftlicher Forschung und Lehre, akademischer Aus- und Fortbildung sowie inter- und transdisziplinären Arbeitens prägen. *Veritatis gaudium* ruft in Erinnerung, dass diese Begegnung zu den größten kulturellen und spirituellen Herausforderungen der kirchlichen Bildung und Verkündigung im gegenwärtigen Moment der Kirchengeschichte gehört.⁴² Sich ihnen zu versagen, wäre ein Eingeständnis des Verzagens. Sich ihnen hingegen mit der Freude der Wahrheit zu stellen, ist ein Proprium des Christlichen.

Christoph Ohly ist Inhaber des Lehrstuhls für Kirchenrecht an der Theologischen Fakultät Trier sowie Gastprofessor an der Kanonistischen Fakultät der Universität San Dámaso in Madrid.

40 Exemplarisch kann hier auf den in der Bundesrepublik Deutschland einzigartigen Kooperationsvertrag zwischen der Theologischen Fakultät Trier und der Universität Trier verwiesen werden. Über die bestehenden Formen der Vernetzung von Lehrveranstaltungen unterschiedlicher Fachbereiche mit dem theologischen Studium wird derzeit an einer möglichen Etablierung von dialogisch konzipierten Masterstudiengängen gearbeitet. Siehe dazu

<https://www.uni-trier.de/index.php?id=42448> (Zugriff: 02.11.2018).

41 Vgl. dazu VG, 5. Hier kann die Katholische Universität gemäß AK *Ex corde Ecclesiae* (Anm. 13) mit ihren verschiedenen Fakultäten und einer theologischen Studieneinrichtung als Vorbild dienen. Vgl. cc. 807-814 CIC.

42 Vgl. VG, 6.

Robert Brehm
*Konsequenzen der Entscheidung des
Bundesverfassungsgerichts zum Dritten
Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017
aus anwaltlicher Sicht*

- I. Einführung
- II. Rahmenbedingungen für eine Neuregelung
 - 1. Länderstaatsvertrag
 - 2. Umsetzungsfrist
 - a) Technische Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens
 - b) Übergangsverfahren
 - 3. Reichweite einer Neuregelung
- III. Minimallösung oder Neugestaltung des zentralisierten Vergabeverfahrens (SfH)
 - 1. Abiturbestenquote
 - 2. Ortspräferenzen innerhalb der Abiturbestenquote
 - 3. Wartezeitquote
 - 4. Talentquote
 - 5. Wartezeit: Problem der Altwarter
- IV. Das Auswahlverfahren der Hochschulen („AdH“)
 - 1. Ausgestaltung durch Landesrecht
 - a) Eignungskriterien für das Auswahlverfahren
 - aa) Regelungsauftrag des BVerfG
 - bb) Perspektiven
 - b) Wesentlichkeitstheorie / Parlamentsvorbehalt
 - c) Sicherstellung der länderübergreifenden Vergleichbarkeit von Abiturnoten
 - 2. Ausgestaltung durch Satzungsrecht der Hochschulen
 - a) Unmittelbare Verbindlichkeit des Urteils für die bisherigen Regelungen in den Auswahlstatuten der Hochschulen
 - b) Testwiederholung
 - c) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vorauswahl zum Ham-Nat und zum Auswahlgespräch
 - d) Keine Vorauswahl durch Ortspräferenzen bei nicht-individualisierten Auswahlverfahren

I. Einführung

Der dem Aufsatz zugrundeliegende Vortrag im Rahmen des Hochschulrechtstages am 15.5.2018 in Erlangen knüpft an eine vorhergehende Publikation¹ des Verfassers an, welche das Urteil des BVerfG vom 19.12.2017² zur künftigen Ausgestaltung des Studienzulassungsrechts, insbesondere zum künftigen Recht der Vergabe von Studienplätzen in den medizinischen Studiengängen aus-

föhrlich bewertet. Aufgrund der mehr als 40-jährigen Erfahrung des Referenten auf dem Gebiet des Studienzulassungsrechts und der Kenntnis der Praxis der Vergabeverfahren seit 1975 werden konkrete Vorschläge zur künftigen Gestaltung des Vergabeverfahrens unterbreitet. Berücksichtigt werden die Interessen „besonders schutzwürdiger Altwarter“ – um einen Begriff aus früheren Verfassungsgerichtsentscheidungen aufzugreifen – in einem zukünftigen Vergabeverfahren. Die Frage nach deren Schutzbedürftigkeit unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ist Gegenstand eines von der Amtschefkonferenz der Kultusminister in Auftrag gegebenen Gutachtens.

Für den Vortrag haben wir die Folgerungen für (innerkapazitäre) Vergaberechtsstreitigkeiten entsprechend ergänzt, zwischenzeitlich bekannt gewordene Eckpunkte der KMK-Amtschefkonferenz eingearbeitet und abschließend unsere Vorschläge für ein künftiges Vergabeverfahren aus anwaltlicher Sicht zusammengefasst. Für (sog. außerkapazitäre) Verfahren, in denen es um die Ausschöpfung der Ausbildungskapazität geht, spielt die Entscheidung aus anwaltlicher Sicht jedenfalls gegenwärtig keine Rolle.

II. Rahmenbedingungen für eine Neuregelung

These: Die Übergangsfrist für die Schaffung einer den Anforderungen des BVerfG genügenden Regelung bis zum 31.12.2019 fordert eine Neuregelung spätestens zum Sommersemester 2020. Da sich der Bund „geweigert“ hat, selbst tätig zu werden, wird es eine Länderregelung – voraussichtlich in einem Staatsvertrag 2019 – geben. Ohne ein Übergangsverfahren wird es angesichts der rechtlichen und tatsächlichen Probleme nicht gehen.

1. Länderstaatsvertrag

Der Bund hat von der Möglichkeit, durch Änderung und/oder Ergänzung des HRG von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch zu machen oder gar ein eigenes (Bundes-)Hochschulzulassungsge-

1 Brehm/Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ Extra, 08/2018, 1 ff., abrufbar unter: http://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/Extra_8-2018.pdf (27.07.2018).

2 BVerfG, Urteil v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14; NJW 2018, 361 ff.

setz zu erlassen,³ keinen Gebrauch machen wollen. Zu einer weiteren Ratifizierung des bisher nur in 10 Bundesländern ratifizierten Staatsvertrags über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung vom 21.3.2016⁴ wird es nicht mehr kommen.

Bereits im Februar 2018 hat sich eine KMK-Gruppe etabliert,⁵ nach deren Arbeitsbeginn sich die Amtschefs zunächst dafür ausgesprochen haben, dass die Länder die Humanmedizin-Studienplatzvergabe in Eigenregie neu regeln, nachdem das Bundesbildungsministerium zu Zeiten der „geschäftsführenden Regierung“ der KMK informell signalisiert hatte, dass es den Ländern den Vortritt lassen möchte.

2. Umsetzungsfrist

Die KMK-Arbeitsgruppe „Staatsvertrag Hochschulzulassung“ interpretiert – wie auch wir – das Urteil so, dass das neue Zulassungsverfahren bereits zum Sommersemester 2020 greifen muss. Dies bedeutet, dass der neue Staatsvertrag spätestens bis Anfang November 2019 in allen Ländern ratifiziert werden und in Kraft treten muss.

a) Technische Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens

Dafür muss die Stiftung für Hochschulzulassung („SfH“) eine völlig neue Software für das neue Zulassungsverfahren entwickeln, was nach den Medienberichten von Wiarda und Schmoll wohl zeitlich nicht zu schaffen ist.⁶ Daher schlug die Arbeitsgruppe vor, von Anfang an eine Übergangsregelung in den neuen Staatsvertrag einzubauen, der zufolge das Zulassungsverfahren „mit den bestehenden oder nur rudimentär weiterentwickelten EDV-technischen Gegebenheiten durchgeführt werden kann.“ Was dies faktisch bedeuten würde, ist uns (noch) nicht klar. Wir können uns nicht vorstellen, dass der neue Staatsvertrag die bisherige Zulassungspraxis – unverändert – wenn auch nur auf eine bestimmte Zeit verlängern würde.

b) Übergangsverfahren

Da die vom BVerfG gesetzte Frist zur Neuregelung bis zum 31.12.2019 angesichts der Kompliziertheit der Materie, der Einigungspflicht der Länder auf einen neuen Staatsvertrag, dessen Ratifizierung in den Länderparlamenten und der neuen Hard- und Software zu knapp bemessen ist, erscheint es angebracht, zunächst einer Neuregelung ein „Vorschaltgesetz“ im Sinne eines Übergangsverfahrens voranzustellen. Ein solches Übergangsverfahren gab es bereits aufgrund des HRG 1976 und des SV 1978 bis einschließlich zum Sommersemester 1986, bevor dann zum Wintersemester 1986/1987 das Besondere Auswahlverfahren galt.⁷ Auch damals gab es nur eine kurze Zeitspanne zwischen dem Zweiten NC-Urteil vom 8.2.1977 und der Einführung des Übergangsverfahrens zum Besonderen Auswahlverfahren.

Allerdings sehen wir einen wesentlichen Unterschied zwischen damals und heute: Das BVerfG hat im Zweiten NC-Urteil das damalige System zwar als beschleunigt abzulösen, aber noch nicht als „verfassungswidrig“ angesehen. Auch existierte damals bereits ein neues – künftiges – Auswahlverfahren, das vom BVerfG „als solches nicht von vornherein als verfassungsrechtlich bedenklich“ angesehen wurde. Derartiges gibt es derzeit nicht.

Dennoch sollten verfassungsrechtliche Hindernisse für ein solches Übergangsverfahren nicht bestehen. Das BVerfG hat sowohl im Zweiten NC-Urteil als auch im Altwarterbeschluss darauf hingewiesen, dass die Neuregelung eines Auswahlverfahrens ein typischer Anwendungsfall dafür sei, dass dem Gesetzgeber bei komplexen, in der Entwicklung begriffenen Sachverhalten eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen gebühre und dass Mängel einer Regelung erst dann Anlass zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen geben könnten, wenn der Gesetzgeber eine Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechtere Lösung unterlasse.⁸ Diese Grundsätze

3 Zu dem äußerst komplizierten Ineinandergreifen der Kompetenzen: BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 230 ff.; vgl. dazu auch *Lindner*, Aktuelle Entwicklungen im Hochschulzugangrecht, NVwZ-Extra 06/2010, Rn. 18 m.w.N.

4 z.B. https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?anw_nr=6&vd_id=16143&vd_back=N239&sg=1&menu=1 (13.12.18).

5 *Wiarda*, Wer darf Arzt werden?, DIE ZEIT Nr.20/2018 vom 9.5.2018, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2018/20/medizinstudium-arzt-numerus-clausus-bundesverfassungsgericht> (27.7.2018); *ders.*, <https://www.jmwiarda.de/2018/02/16/studienzulassung-f%C3%BCr-medizin-bis-mai-sollen-die-eckpunkte-ei->

[nes-neuen-staatsvertrages-stehen/](https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hochschule/talent-statt-wartezeit-neuordnung-bei-den-medizinern-15585362.html) (27.7.2018); *Schmoll*, Im Streit um Studienplätze, F.A.Z. vom 12.5.2018, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hochschule/talent-statt-wartezeit-neuordnung-bei-den-medizinern-15585362.html> (27.7.2018).

6 *Wiarda* und *Schmoll* a.a.O., Fn. 5.

7 Ausführlich zum Übergangsverfahren: *Bahro*, 1. Aufl., Art. 16 StV 1972, S. 106 ff.; kritisch: *Becker*, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts bis 1982, NVwZ 1983, 204 ff. (208).

8 BVerfG, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvR 1249/80, NVwZ 1982, 97 ff.; BeckRS 1981, 106189 unter Bezugnahme auf auf das zweite NC Urteil.

finden sich in der Rechtsprechung zur Beobachtungspflicht des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers wieder.⁹

Es spricht daher nach unserer Auffassung nichts dagegen, durch Übergangsregelungen Erfahrungen zu sammeln, um dem Gestaltungsauftrag, welcher dem Gesetzgeber obliegt, gerecht werden zu können.

In diesem Übergangsverfahren könnten auch den „besonders schutzwürdigen Altwartern“ noch Zulassungschancen eingeräumt werden.

3. Reichweite einer Neuregelung

These: Das neue Vergabeverfahren muss sämtliche Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens (SfH-Studiengänge) und – nach einer längeren Übergangsfrist – auch die Studiengänge der direkten Hochschulvergabe – Ortsbewerbung oder Dialogorientiertes Serviceverfahren (DoSV) – umfassen. Ausnahmen sind gesetzlich oder staatsvertraglich vorzugeben.

Die Neuregelung muss, dies bestätigen auch die Überlegungen der KMK-Arbeitsgruppe, wenn es auch zeitliche Abstufungen geben kann, nicht nur die Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens (SfH-Studiengänge), sondern auch die der Studiengänge der direkten Vergabe durch die Hochschulen – sei es aufgrund einer reinen Ortsbewerbung oder über die Serviceleistung des dialogorientierten Serviceverfahrens (DoSV) – umfassen.¹⁰ Denn überall dort, wo die Nachfrage von Studienplätzen das Kontingent überschreitet und in der Folge Zulassungsbeschränkungen etabliert sind, besteht im Ausgangspunkt dieselbe Problemlage, wie sie nunmehr vom BVerfG für die Humanmedizin entschieden wurde.¹¹ Dies gilt jedenfalls für die anderen medizinischen Studiengänge; aber auch im Übrigen, gegebenenfalls nur mit abgeschwächter Brisanz.

Da aber für die Studiengänge außerhalb des zentralen Vergabeverfahrens die Fristsetzung des BVerfG nicht gilt, kann hier die Einführung besonderer Vergabeverfahren auf den Erfahrungen aufbauen, die im Übergangsverfahren bis zum Greifen der Neuregelung gemacht werden.

III. Minimallösung oder Neugestaltung des zentralisierten Vergabeverfahrens (SfH)

In der Mai-Sitzung der Amtschefs am 3.5.2018 wurden sodann Eckpunkte beschlossen, die der KMK-Hoch-

schulausschuss auf Basis der Vorarbeiten der eigens eingerichteten KMK-Arbeitsgruppe „Staatsvertrag Hochschulzulassung“ formuliert hatte. Aus diesen Eckpunkten¹² ist zu entnehmen, dass die Länder nicht lediglich die Mängelliste des Verfassungsgerichts im Sinne einer „Minimallösung“ abarbeiten, sondern die Gelegenheit zu einer „Weiterentwicklung mit Gestaltungsmöglichkeiten“ nutzen wollen.

1. Abiturbestenquote

Allerdings soll die vom BVerfG an sich nicht beanstandete Abiturbestenquote nicht abgeschafft werden. Dies lässt sich mit den Schulministern und Senatoren nicht machen, welche wohl die Notenmotivation aufrechterhalten wollen. Es wird also offensichtlich an diesem Kriterium festgehalten, weil man andernfalls eine Entwertung des Abiturs als Abschluss insgesamt fürchtet.

Die Abiturnote soll als bisher mit Abstand wichtigstes Zulassungskriterium nach den Eckpunkten auch weiterhin eine – allerdings deutlich geringere – Rolle spielen. Unstrittig ist, dass es neue Ausgleichsmechanismen zur länderübergreifenden Vergleichbarkeit der Schulensuren geben muss. Dies soll – dem Vernehmen nach – in der Form umgesetzt werden, dass die Abitur-Noten-Verteilung in jedem Bundesland in Prozenstränge übersetzt wird, so dass es beim bundesweiten Vergleich nicht mehr auf die konkrete Ziffer auf dem Zeugnis ankommt.

2. Ortspräferenzen innerhalb der Abiturbestenquote

Die vorrangige Berücksichtigung der Ortspräferenzen in der Abiturbestenquote soll beseitigt werden. Die – dem Autor nicht bekannte – Vorlage der AG „Staatsvertrag Hochschulzulassung“ nennt eine Reihe von Möglichkeiten. So könnten z.B. die Länder für die Abiturbestenquote eine gleichzeitige bundesweite Bewerbung an allen (derzeit) 35 Medizinstandorten erlauben.

3. Wartezeitquote

Die auf der KMK-Amtschefkonferenz diskutierte Frage, ob die Wartezeitquote beibehalten werden soll oder alternativ ganz wegfallen könnte, scheint derzeit im Sinne der zweiten Alternative beantwortet. Wie bereits anfangs erwähnt, sehen wir dies als eines der aus anwaltlicher Sicht zentralen Themen an: So bezweifeln wir, dass es wirklich fairer wäre, wenn Bewerber künftig vier Jahre warteten und dann endgültig und ohne Studienplatz

9 Vgl. dazu im Kapazitätsrecht *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, Band 2, 2012, S. 96 ff, Rn.185 ff.; konkret zur Beobachtungspflicht des Ordnungsgebers beim Krankenversorgungsabzug Tiermedizin VerfGH Berlin, Beschl. v. 15.1.2014 - 109/13, DVBl 2014, 377 ff. m. Anm. *Zimmerling/Brehm*.

10 a.A. wohl v. *Coelln*, NJW 2018, 380.

11 Ausführlich: *Brehm/Brehm-Kaiser*, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra 08/2018, 1 (10 f.).

12 Abrufbar unter: <https://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/richtungsentscheidung-der-kultusministerkonferenz-zur-vergabe-von-studienplaetzen-im-fach-humanmedizi.html> (27.7.2018).

aus dem Verfahren flögen.¹³ Umgekehrt macht aber auch die – insbesondere die sofortige – ersatzlose Streichung der Wartezeitquote die Zulassung nicht gerechter. Immerhin lässt die Erfüllung von Wartezeiten auf eine besonders große Motivation des Bewerbers schließen. Die Länder diskutieren deshalb unter anderem, ob aus dem Warteverfahren gekippte Bewerber sich künftig erneut über standardisierte Eignungstests bewerben dürfen.

4. Talentquote

Die Kultusminister wollen die Wartezeitquote in Höhe von 20 % durch eine von den KMK-Amtschefs sog. Talentquote ersetzen und herausragenden Bewerbern unabhängig von ihrer Note die Chance geben, ihre Eignung nachzuweisen, z.B. über berufliche Vorerfahrungen oder Standardtests. Die genauen Kriterien müssen hier noch festgelegt werden.

Da sich die Beschlüsse der KMK zur Zulassung auf die Studienplatzvergabe in weiteren NC-beschränkten Fächern – und nicht nur auf die drei medizinischen Fächer und die Pharmazie – auswirken werden, wird die Debatte über die künftige Bedeutung und Ausgestaltung standardisierter Tests wie auch der Auswahlgespräche in den nächsten Monaten besonders engagiert geführt werden. So werden strukturierte Eignungsprüfungen eine Möglichkeit sein, die Bedeutung der Abiturnote abzuschwächen.

Bereits 2017 hatte der zwischen Bund und Ländern vereinbarte „Masterplan Medizinstudium 2020“ weitere Eignungskriterien für die Zulassung vorgeschlagen: Vor allem passende berufliche Vorerfahrungen etwa von Krankenpflegern oder Rettungssanitätern. Solche Überlegungen lassen sich auch auf andere Fächer übertragen.

5. Wartezeit: Problem der Altwarter

These: Für die „besonders schutzwürdigen Altwarter“ ist bei Herabsetzung der Wartezeitquote, bei Beschränkung der Wartezeit auf eine bestimmte Zahl von Semestern und erst recht bei deren Abschaffung ein Übergangsverfahren vorzusehen.

Wir halten eine Übergangsfrist für Altwarter von insgesamt drei Jahren seit dem Urteil aus Gründen des Vertrauensschutzes für erforderlich, denn:

Das BVerfG hat die Wartezeitquote nicht als verfassungswidrig verworfen, sondern lediglich eine höhere Quote als 20% untersagt und die Dauer auf 8 Semester

„begrenzt“. Mit einem vollständigen Wegfall der Wartezeitzulassung mussten die Bewerber nach rund 40 Jahren, in denen sie einen Platz „erwarten“ konnten, nicht rechnen. Immerhin sah auch noch der in 10 Bundesländern ratifizierte Staatsvertrag 2016 eine feste Quote von 20% vor. *Bode*¹⁴ hat es zu Recht als „geradezu paradox“ bezeichnet, dass von Altwartern angestoßene Vorlagebeschlüsse zur Abschaffung der Wartezeitzulassung führen.

Die wesentlichen Grundlagen, wie eine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Wartezeitregelung unter Berücksichtigung von Vertrauensschutz Gesichtspunkten aussehen könnte, ergeben sich bereits aus dem Beschluss des BVerfG zu den „Altwartern“ vom 3.11.1981.

Zur besonders schutzwürdigen Gruppe der Altwarter gehören nur diejenigen, die sich spätestens zum Wintersemester 2017/2018 – also vor dem Dritten NC-Urteil – erstmals und sodann kontinuierlich im Wunschstudienfach beworben haben. „Gelegenheitsbewerber“ gehören – anders als das BVerfG meint – nicht dazu: Es ist zwar verfassungsrechtlich nicht unzulässig, jedoch nicht geboten, Gelegenheitsbewerber zu berücksichtigen. Es spricht nichts gegen die dazu im StV 2016 getroffenen Regelungen.

Es empfiehlt sich zur Vermeidung verfassungswidriger Regelungen, insbesondere zu Lasten der Altwarter, in einem neuen Vergabeverfahren Erfahrungen durch ein (erneutes) Übergangsverfahren zu machen.

Der Beginn fachnaher Berufsausbildungen führt neben der Erstbewerbung spätestens zum dem Wintersemester 2017/2018 und – kumulativ – der kontinuierlichen Bewerbung zur Einstufung in die Gruppe der besonders schutzwürdigen Bewerber. Der Gesetzgeber/der Staatsvertrag kann für diese Bewerber im Auswahlverfahren der Hochschulen („AdH“) eine „Sondergruppe“, entsprechend der derzeitigen Regelung z.B. an der Universität Gießen vorsehen.¹⁵ Der Gesetzgeber/der Staatsvertrag können für diese Bewerber auch Aufbesserungen der Hochschulzugangsberechtigungs („HZB)-Note für das AdH und der Wartezeit vorsehen.

IV. Das Auswahlverfahren der Hochschulen („AdH“)

1. Ausgestaltung durch Landesrecht

a) Eignungskriterien für das Auswahlverfahren

These: Die Landesgesetzgeber müssen vorsehen, dass die Hochschulen im AdH jedenfalls zwei weitere Auswahlkri-

13 Das BVerfG hat eine Wartezeit von längstens 4 Jahren für zulässig erachtet, BVerfG a.a.O., Fn. 2 Rn. 225.

14 *Bode*, Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“ -

Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173 (189).

15 <http://www.uni-giessen.de/studium/bewerbung/erststudium/medizinengruppe/med-zahnmed> (27.7.2018).

terien neben der HZB-Note heranziehen. Dies folgt aus der Bezugnahme des BVerfG auf den „Masterplan Medizinstudium 2020“.

aa) Regelungsauftrag des BVerfG

Bereits im Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, verwirft das BVerfG die Regelungen zum AdH deshalb als verfassungswidrig, weil für einen hinreichenden Teil der Studienplätze neben der HZB-Note keine weiteren Auswahlkriterien mit erheblichem Gewicht Berücksichtigung finden. Damit macht das BVerfG deutlich, dass es Sache des Gesetzgebers ist, verschiedene weitere Auswahlkriterien, deren Zahl und deren Kombination zu normieren.

bb) Perspektiven

Wir sind der Auffassung, dass sich aus den vom BVerfG zustimmend zitierten Ausführungen zum „Masterplan Medizinstudium 2020“ ergibt, dass der Gesetzgeber /der Staatsvertrag den Universitäten aufgeben muss, jedenfalls zwei weitere Auswahlkriterien neben der HZB-Note heranzuziehen.¹⁶

So wurde – um das Medizinstudium stärker auf Fähigkeiten auszurichten, die im Arztberuf wichtig sind – im Masterplan vereinbart, im AdH künftig die Anwendung von mindestens zwei weiteren Kriterien neben der HZB-Note vorzuschreiben.¹⁷ Auch die Lösungsvorschläge des Medizinischen Fakultätentages („MFT“) beziehen sich ausdrücklich auf den Masterplan.¹⁸

Wir weisen auch noch auf die Untersuchung „Medizinstudierendenauswahl in Deutschland – Messung kognitiver Fähigkeiten und psychosozialer Kompetenzen – Vorschlag einer Neuregelung der Auswahl“ von Mitgliedern der Arbeitsgruppe – Auswahlverfahren an der Universität Hamburg – hin.¹⁹ Die Leiter der Studie wurden beide auch vom BVerfG in der mündlichen Verhandlung als Gutachter angehört.

Zusammenfassend kommen die Autoren zu folgendem Ergebnis:

„Untersuchungen zeigen, dass die Abiturnote der beste Prädiktor von Studienleistungen ist. Die Auswahl der Bewerberinnen nach Abiturnote gerät jedoch verstärkt in die Diskussion, da die Vergleichbarkeit der Abiturnoten infrage steht

und die Bewerberzahl mit Bestnote stark anwächst. Fähigkeits- und Kenntnistests können inkrementell zur Abiturnote die Vorhersage der Studienleistungen verbessern, wobei insbesondere die naturwissenschaftlichen Anteile bedeutsam sind. Die Messung psychosozialer Kompetenzen in klassischen Interviews ist wenig reliabel und valide. Die reliableren Multiple Mini-Interviews können vor allem praktische Studienergebnisse besser vorhersagen. Im Ausland eingesetzte Situational Judgement Tests (SJTs) werden als reliabel und valide eingeschätzt, die Korrelation eines in Hamburg pilotierten deutschen SJT mit dem Multiple Mini-Interview stimmt vorsichtig positiv“.

Der Artikel endet mit einem Vorschlag, wie der zukünftige Zulassungsweg eines potenziellen Medizinstudierenden unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aussehen könnte und der deutliche Sympathien mit dem bereits erwähnten Vorschlag des MFT und der Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland erkennen lässt, nach dem die Wartezeit- und die Abiturbestenquote abgeschafft werden sollen.

Nach diesem Entwurf können die Bewerberinnen in unterschiedlichen Kategorien Punkte sammeln:

- maximal 40 Punkte für die Abiturnote,
- bis zu 40 Punkte für einen Test kognitiver Fähigkeiten (vorgeschlagen wird eine Kombination des TMS und des HAM-Nat),
- 10 Punkte für eine einjährige berufspraktische Erfahrung und
- 10 Punkte für einen bundeseinheitlichen SJT²⁰ zur Erfassung sozialer Kompetenzen.

Da für Abiturnote und Eignungstests der Forschungsstand zur prädiktiven Validität deutlich besser ist, sollen diese mit der stärksten Gewichtung eingehen. Berufserfahrung und SJT sollen die im Masterplan Medizinstudium 2020 geforderten psychosozialen Kompetenzen abbilden, wobei der Nutzen eines SJTs nur vorsichtig positiv einzuschätzen ist.

Die Hälfte der Studienplätze soll direkt entsprechend der Punktesumme vergeben werden. Für die andere Hälfte der Studienplätze sollen die Fakultäten die verbleibenden Bewerberinnen wiederum aufgrund der Punktesumme zu einem ihrem Profil entsprechenden universitären Auswahlverfahren einladen können, das

16 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 204 ff.

17 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 204 am Ende; Masterplan Medizinstudium 2020, S. 2: abrufbar unter: https://www.bmbf.de/files/2017-03-31_Masterplan%20Beschluss%20text.pdf (27.7.2018).

18 Zu dem Vorschlag eines zweistufigen Vergabeverfahrens: <https://medizinische-fakultaeten.de/studium/themen/aktuelle-themen/zulassung/> (27.7.2018); dabei wird wohl davon ausgegangen, dass

ein weiteres Kriterium neben der HZB-Note ausreichend sei.

19 Hampe/Kadmon u.a., Medizinstudierendenauswahl in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2018, 61: 178 ff., abrufbar unter: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00103-017-2670-2> (27.7.2018).

20 Situational judgement test.

dann auch weitere Tests zur Ermittlung der psychosozialen und kommunikativen Kompetenzen, wie z. B. Multiple Mini-Interviews, umfassen kann.

b) Wesentlichkeitstheorie / Parlamentsvorbehalt

These: Die Gewichtung von Methoden zur Eignungsmessung – Studienfähigkeitstest, Auswahlgespräch – gegenüber den anderen Auswahlkriterien, insbesondere der Note der HZB, bedarf einer gesetzlichen/staatsvertraglichen Regelung.

Die Gewichtung des TMS-Tests im AdH ist bisher weder durch den Staatsvertrag noch durch Landeshochschulzulassungsgesetze vorgeschrieben. Sie erfolgt durch die bzw. in den jeweiligen Auswahlsetzungen der Hochschulen.

So sehen z.B. die Auswahlsetzungen der Universitäten Frankfurt, Halle, Köln und Mainz für HM und ZM jeweils eine Gewichtung von Note der HZB und Test im Verhältnis von 51% zu 49% vor, ebenso die Uni Bochum für HM. Die Uni Leipzig gewichtet 60% HZB zu 40% Testergebnis. Andere Universitäten normieren – je nach Testergebnis – eine Verbesserung der HZB-Note um bis zu 0,8 für 10% der Testbesten, so die Uni Erlangen und die LMU. Als maximale Verbesserung sehen die Unis Göttingen, Freiburg und Kiel jeweils eine halbe Notenstufe – 0,5 – bei den 10%-Testbesten vor. Bei der Medizinischen Universität Lübeck führt ein Prozentwert von 50 oder höher – nicht weiter binnendifferenziert – zur Verbesserung der HZB-Note um 0,4.

Damit ist es angesichts der Bedeutung des Tests und des Vorbehalts des Gesetzes vorbei: Es bedarf einer einheitlichen bundesweiten Regelung – eine dezentrale Normierung kommt nicht in Betracht.

Unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG zum Gesetzesvorbehalt/zur Wesentlichkeitslehre erweist es sich als unumgänglich, dass angesichts der Bedeutung des Tests für eine chancengerechte Auswahl die Gewichtung im Verhältnis zur HZB-Note gesetzlich oder staatsvertraglich normiert wird. Dies gilt in gleicher Weise für die Gewichtung des Auswahlgesprächs für die Zulassung über die AdH-Quote.

Die besondere Bedeutung des Tests, gerade auch für Medizinbewerber mit mittleren Durchschnittsnoten, zeigt das Ergebnis einer Arbeitsgruppe, die untersucht hat, ob die Gewichtung des TMS, die darauf abzielt, die Zulassung potentiell leistungsschwacher Abiturbesten zu reduzieren und stattdessen die Zulassung potentiell

leistungsstarker Bewerber zu fördern, die mittelmäßige Schulabgangsnoten mitbringen, gerechtfertigt ist.²¹

Hierbei wurde der prognostische Beitrag der Abiturnote und des TMS zur Studienleistung und zur Studienkontinuität im vorklinischen Abschnitt des Medizinstudiums an zwei Studierendengruppen untersucht: Abiturbeste (HZB-Note 1,0, Abiturnote 823-900) und mittelmäßige Abiturienten (HZB-Noten 2,0-2,3, Abiturnote 689-660). Sodann wurden beide Gruppen im Verhältnis zu ihren TMS-Ergebnissen verglichen.

Aus den Ergebnissen gewann die Arbeitsgruppe die Erkenntnis, dass der TMS geeignet ist, zwischen potentiell erfolgreichen und weniger erfolgreichen Studierenden beider HZB-Notenbereiche zu differenzieren. Mittelmäßige Abiturienten mit besonders hohen TMS-Ergebnissen erreichten bessere Studienergebnisse im vorklinischen Studienabschnitt als die Abiturbesten, die im TMS nur mittelmäßigen Erfolg hatten. Diese Beobachtungen rechtfertigen die Anwendung des TMS, um die Chancen von Studienbewerbern mit mittelmäßigen HZB-Noten im Wettbewerb um die Studienplätze zu erhöhen.

c) Sicherstellung der länderübergreifenden Vergleichbarkeit von Abiturnoten

These: Mangels Vergleichbarkeit der Abitur- bzw. HZB-Noten in den einzelnen Bundesländern wird es – jedenfalls vorübergehend – wieder zu einer Art Bonus-Malus-System kommen (BVerfG: „Relationierung auf Zentralebene“):

Es ist nicht das erste Mal, dass das BVerfG das Fehlen von Mechanismen für die nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit von HZB-Noten rügt – dieses Mal für das AdH.²² Bereits in der „Bonus-Malus“-Entscheidung des BVerfG von 1974²³ war das Problem virulent. Art. 11 Abs. 8 des damaligen StV sah sogar eine Verpflichtung vor, für die Bewertung der Reifezeugnisse und der Zeugnisse der Fachhochschulreife einheitliche Maßstäbe zu entwickeln, um im gesamten Geltungsbereich des StV eine gerechte Zulassung nach dem Grad der Qualifikation zu gewährleisten:

„(8) Für die Bewertung der Reifezeugnisse und der Zeugnisse der Fachhochschulreife sind einheitliche Maßstäbe zu entwickeln, um im gesamten Geltungsbereich des Staatsvertrages eine gerechte Zulassung nach dem Grad der Qua-

21 Kadmon/Kadmon, Studienleistung von Studierenden mit den besten versus mittelmäßigen Abiturnoten: Gleicht der Test für medizinische Studiengänge (TMS) ihre Prognosen aus?, GMS 2016, 33 ff.

22 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, Rn. 173 – 192.

23 BVerfG, Beschl. v. 03.04.1974 – 1 BvR 282, 305/73; NJW 1974, 1127; BeckRS 1973, 104818.

lifikation zu gewährleisten. Solange solche Maßstäbe noch nicht entwickelt sind, ist nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

Für jedes Land werden jährlich die Durchschnittsnoten aller Reifezeugnisse festgestellt. Aus dem Ergebnis der einzelnen Länder wird eine Gesamtdurchschnittsnote für alle Länder ermittelt. Unterschreitet die Durchschnittsnote eines Landes die Gesamtdurchschnittsnote, so werden für das Vergabeverfahren die Noten der Reifezeugnisse dieses Landes um die Differenz heraufgesetzt, im umgekehrten Fall entsprechend herabgesetzt.

Entsprechendes gilt für Zeugnisse der Fachhochschulreife. Einzelheiten werden vom Verwaltungsausschuss beschlossen“.

Auf eine Landesverfassungsbeschwerde hin erklärte der Bayerische Verfassungsgerichtshof mit Urteil vom 01.08.1975²⁴ den Zustimmungsbeschluss des Bayerischen Landtags zum StV vom 21.02.1973 für verfassungswidrig. Einige Bundesländer wollten dies nicht hinnehmen und klagten beim BVerfG auf Feststellung der Verletzung des Verfassungsrechtssatzes über die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten. Das BVerfG erklärte sich allerdings mit Beschl. vom 07.04.1976²⁵ für nicht zuständig, weil es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handele: Der StV sei kein verfassungsrechtlicher, sondern ein verwaltungsrechtlicher Vertrag.

Der Gesetzgeber ersetzte durch das HRG vom 26.01.1976 – konkret § 32 Abs. 3 Nr. 1 Satz 5 HRG 1976 – das Bonus-Malus-System durch das – in der Abiturbestenquote bis heute geltende und auch vom BVerfG aktuell nicht angetastete – Landesquotensystem: Die Quote eines Landes bemisst sich – unverändert – zu einem Drittel nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Bewerberinnen und Bewerber für den betreffenden Studiengang (Bewerberanteil) und zu zwei Dritteln nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Achtzehn- bis unter Einundzwanzigjährigen (Bevölkerungsanteil); für die Länder Berlin, Bremen und Hamburg werden die sich danach ergebenden Quoten um drei Zehntel erhöht. Bei der Berechnung des Bewerberanteils werden nur Personen berücksichtigt, die eine HZB besitzen, die von allen Ländern gegenseitig anerkannt ist.²⁶

Im Urteil vom 19.12.2017 erklärte das BVerfG die gesetzlichen Vorschriften zum Auswahlverfahren der Hochschulen für verfassungswidrig, soweit im Verfah-

ren HZB-Noten berücksichtigt werden können, ohne einen Ausgleichsmechanismus für deren nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit vorzusehen.²⁷ Die Unterschiede der Aussagekraft der HZB-Noten in den Ländern seien zu gewichtig, als dass sie unter Rückgriff auf eine generalisierende Betrachtung übergangen werden könnten. Daher vermögen auch die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers und die praktischen Schwierigkeiten der Hochschulen den Verzicht auf einen Ausgleichsmechanismus für die Defizite in der länderübergreifenden Vergleichbarkeit der HZB-Noten nicht zu rechtfertigen.²⁸

Das VG Gelsenkirchen hatte im Vorlagebeschluss herausgearbeitet, dass die durchschnittliche HZB-Note in den Jahren 2005 bis 2012 stets je nach Bundesland zwischen etwa 2,25 (Thüringen) und etwa 2,65 (Niedersachsen) lag.²⁹

Vorschläge, wie die Länder damit im Rahmen des neuen Verfahrens umgehen könnten, hat das BVerfG nicht gemacht: Zwar könne es sein, dass die Übertragung des für die Abiturbestenquote vorgesehenen Landesquoten-Prinzips auf das Auswahlverfahren der Hochschulen an Grenzen stoße; ein bestimmter Mechanismus sei aber von Verfassungs wegen nicht vorgegeben. Es sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, eine Regelung zu finden, die eine annähernde Vergleichbarkeit der Noten praktikabel ermögliche, etwa durch eine Relationierung der Noten auf Zentralebene, auf die die Hochschulen dann zurückgreifen könnten. Der Gesetzgeber habe dabei einen weiten Gestaltungsspielraum. Es reiche, zumindest eine annähernde Vergleichbarkeit der HZB-Noten über die Ländergrenzen hinweg herzustellen.³⁰

2. Ausgestaltung durch Satzungsrecht der Hochschulen

a) Unmittelbare Verbindlichkeit des Urteils für die bisherigen Regelungen in den Auswahlsatzungen der Hochschulen

These: Die Übergangsfrist zum 31.12.2019 gilt nicht für das der Entscheidung widersprechende Satzungsrecht der Hochschulen. Dieses ist bereits gegenwärtig verfassungswidrig.

Wir sind der Auffassung, dass sich die Übergangsfrist zur Neuregelung nur an den Gesetz- und Verordnungsgeber, nicht jedoch an die Hochschulen richtet. Diese

24 BayVerfGH, Urt. v. 01.08.1975 – Vf. 11 – VII – 73; NJW 1975, 1733 ff.; BeckRS 1975, 01426.

25 BVerfG, Beschl. v. 07.04.1976 – 2 BvH 1/75; NJW 1976, 1084 m. Anm. Pestalozza; BeckRS 9998, 106153

26 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 3, Abiturbestenquote ohne Erwähnung der Landesquoten gebilligt in Rn. 127 ff.

27 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Leitsatz 5, 4. Spiegelstrich, Rn. 173 ff.

28 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 186 f.

29 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 18.03.2014 – Az. 6z K 4229/13, Rn. 402 ff. (429).

30 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 188; krit. Bode a.a.O., S. 180.

müssen nach unserer Meinung die verfassungswidrigen Regelungen durch unmittelbare und unverzügliche Neuregelung in den Auswahlsetzungen ersetzen. Es gilt folgende verfassungswidrige Regelungen zu vermeiden bzw. zu ändern:

- soweit die Hochschulen bisher neben eignungsbezogenen gesetzlichen Kriterien uneingeschränkt auch auf das Kriterium eines frei zu bestimmenden Ranges der Ortspräferenz zurückgegriffen haben, ohne dass dies durch Besonderheiten des konkreten Auswahlverfahrens (z.B. strukturierte Auswahlgespräche) geboten ist,
- soweit die Hochschulen allein die HZB-Noten berücksichtigt und auf diese Weise 80% der Plätze an die Abiturbesten vergeben haben,
- soweit die Hochschulen im Rahmen der Vorauswahl für Auswahlgespräche und den HAM-Nat die Auswahl wiederum entweder nach der Abiturdurchschnittsnote oder einer Verfahrensnote treffen und so andere Bewerber mit guten bis mittleren Noten keine Chance haben, ausgewählt und über das AdH zugelassen zu werden
- als die Satzung der Universität Heidelberg, die von allen Auswahlsetzungen, die den TMS als Auswahlbestandteil vorsehen, in Bezug genommen wird, für den TMS nicht dessen Wiederholbarkeit vorsieht.

Wir sind sehr erstaunt darüber, dass – soweit ersichtlich – bisher keine einzige Universität durch Änderung ihrer Auswahlsetzung für das WS 2018/2019 auf das Urteil des BVerfG reagiert hat. Wir hätten erwartet, dass wenigstens einzelne Universitäten auch vor Änderung des Staatsvertrags und der Hochschulzulassungsgesetze Konsequenzen ziehen. Hier herrscht offensichtlich „Schockstarre“.

b) Testwiederholung

These: Jedenfalls eine einmalige Wiederholbarkeit des Tests ist zwingend vorzusehen.

Das bisherige Vergaberecht, konkret die TMS-Satzung, „Satzung der Universität Heidelberg für die Zulassungen zu den Studiengängen Medizin (Fakultät Heidel-

berg), Medizin (Fakultät Mannheim) sowie Zahnmedizin jeweils mit Abschluss Staatsexamen nach dem hochschuleigenen Auswahlverfahren vom 17. Dezember 2012 und 11. Februar 2015,³¹ sieht in § 6 Abs. 1 a.E. eine Wiederholung des TMS nicht vor. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Auswahlsetzungen der anderen Hochschulen, die den TMS heranziehen.

Anders ist es beim HAM-Nat, dort schließen die Charité und die Universität Hamburg dessen Wiederholbarkeit nicht aus.³²

Entsprechende Regelungen zur Frage der Wiederholbarkeit des TMS gibt es weder im HRG noch im Staatsvertrag 2008 noch in den Landes-Hochschulzulassungsgesetzen

Für den Ausschluss der Wiederholbarkeit des TMS ist jedoch nicht der Satzungsgeber, sondern der Gesetzgeber zuständig. Dieser muss eine Regelung treffen, denn so weitreichend ist die Satzungsautonomie der Hochschulen nach dem Urteil des BVerfG nicht. Mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage ist der Ausschluss der Wiederholbarkeit des TMS nach unserer Auffassung ab sofort verfassungswidrig.

Die Gesichtspunkte, die 1986 nach Auffassung des OVG Münster³³ die Gründe für eine Wiederholbarkeit des TMS aufgewogen haben, waren zeit- und situationsabhängig: Insoweit verweisen wir auf unseren NVWZ-Online-Aufsatz.³⁴ Heute spielt das Ergebnis des Tests mit bis zu 49%iger Gewichtung und der Mitentscheidung an jedenfalls 22 Unis in der Humanmedizin eine bedeutende Rolle für die Auswahl.³⁵

c) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vorauswahl zum Ham-Nat und zum Auswahlgespräch

These: Das Urteil des BVerfG verbietet es, die Note der HZB oder deren Bestandteile, wie Einzelnoten in bestimmten Fächern, zum Gegenstand der Vorauswahl zu machen.

Während für den TMS – mit Ausnahme des derzeitigen Ausschlusses bei vorheriger Teilnahme – eine Vorauswahl nicht vorgesehen ist, begrenzen sowohl die Charité als auch die Universität Hamburg die Auswahl der Teilnehmer für den Ham-Nat strikt nach Note.³⁶ Gleich-

31 Abrufbar unter: <http://www.tms-info.org/fileadmin/pdf/auszugsatzungtmsbereich.pdf> (27.7.2018).

32 Vgl. etwa die „Satzung über das Auswahlverfahren der Charité – Universitätsmedizin Berlin für die Studiengänge Medizin und Zahnmedizin (Auswahlsetzung)“ vom 20.4.2015.

33 OVG Münster, NJW, 1987, 1505 (1507).

34 *Brehm/Brehm-Kaiser* a.a.O., S. 12 f.

35 Anders als 1986 sind heute für die Entscheidung über die Wiederholbarkeit des Tests als AdH-spezifisches Mit-Auswahlkriterium die Gerichte des in erster Präferenz gewählten Studienorts

zuständig (vgl. VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 29.9.2014 - 6a L 1244/14, Rn.7 ff.; Beschl. vom 2.10.2015 - 6z L 1804/15 und Gerichtsbescheid v. 5.3.2015 - 6z K 3908/15, n.v.; *Brehm/Maier*, DVBl. 2016, 1166 ff. (1173). Dies gilt auch für die Anfechtung der Durchführung oder des Ergebnisses des Auswahlgesprächs.

36 Vgl. § 8 der Satzung über das Auswahlverfahren der Charité – Universitätsmedizin Berlin für die Studiengänge Medizin und Zahnmedizin (Auswahlsetzung) vom 20.04.2015; Die Teilnahme ist auf 850 Bewerber beschränkt.

ches gilt für die Vorauswahl hinsichtlich der Teilnahme am Auswahlgespräch an der Medizinischen Universität Lübeck.³⁷

Danach erfolgt an diesen Universitäten regelhaft eine Auswahl im AdH nach HZB-Note und damit eine fast 80%ige Abiturbestenquote. Diese Auswahl ist verfassungswidrig. Dies hatte im Übrigen auch das VG Mainz bereits 2006³⁸ entschieden: Sinn und Zweck des Kriteriums „Auswahlgespräch“ verbiete es, bei der Frage, wer einzuladen sei, wiederum auf die Qualifikation abzustellen, denn über das Kriterium „Auswahlgespräch“ solle auch gerade den Bewerbern eine Chance eingeräumt werden, die über weniger gute Durchschnittsnoten verfügten. Indem die Uni Mainz die zahlenmäßig begrenzten Teilnehmer für das Auswahlgespräch über die Qualifikationsliste geladen habe, habe sie in das Auswahlkriterium „Auswahlgespräch“ sinn- und satzungswidrig erneut das Qualifikationsmerkmal einfließen lassen.

d) Keine Vorauswahl durch Ortspräferenzen bei nicht-individualisierten Auswahlverfahren

These: Sieht eine Hochschule die Vorauswahl für ein AdH vor, bei dem die Auswahl „rechnergesteuert“ erfolgt, wie z.B. nach der Abitur/Testkombination, darf es keine Einschränkung dieser Vorauswahl durch ein „Verlangen nach Angabe einer Ortspräferenz“ geben.

Der Geschäftsführer der Stiftung für Hochschulzulassung, Bade, hat angesichts des tatsächlichen Befunds, dass im WS 2017/2018 insgesamt 25 Universitäten im Rahmen der Vorauswahl für das AdH die erste Ortspräferenz forderten, bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG am 04.10.2017 die Auffassung vertreten, dass diese Forderung nur für Universitäten gerechtfertigt sei, die eingehende Bewerberüberprüfungen z.B. durch hochschuleigene Tests und Auswahlgespräche durchführten. Vergebe eine Hochschule die Plätze im

AdH nur in einem „maschinengeeigneten Verfahren“, wie Abitur oder Abitur/TMS-Quote, sei das Verlangen nach der Angabe in erster Präferenz weder erforderlich noch sachgerecht.

Dies hat das BVerfG veranlasst, das Vorauswahlverfahren zum AdH insoweit für verfassungswidrig zu erklären, als die Hochschulen neben eignungsbezogenen gesetzlichen Kriterien auch uneingeschränkt auf das Kriterium eines frei zu bestimmenden Ranges der Ortspräferenz zugreifen dürften.³⁹ Das Verlangen nach der ersten Ortspräferenz kann nur als Vorfilter zur Durchführung individuell aufwendiger Auswahlprozesse der Hochschulen in begrenztem Umfang gerechtfertigt sein, um zu gewährleisten, dass der Aufwand auf solche Personen beschränkt bleibt, bei denen es hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass sie den Studienplatz auch annehmen.⁴⁰ Vergeben aber – wie bisher häufig – die Hochschulen ihre Studienplätze im AdH nach Kriterien, die in automatisierter Form angewendet werden könnten, kann auf den Grad der Ortspräferenz nicht zurückgegriffen werden. Die Hochschulen dürfen also das Kriterium des Grades der Ortspräferenz nur bei anspruchsvollen individualisierten – eignungsbezogenen – Auswahlverfahren zugrunde legen und auch dort nur beschränkt,

- wenn es um Studienplätze geht, die tatsächlich im Rahmen eines aufwendigen individualisierten Auswahlverfahrens vergeben werden,
- und kumulativ
- hiervon auch nur ein hinreichend beschränkter Anteil der insgesamt je Hochschule im AdH zu vergebenden Plätze betroffen ist.⁴¹

Dr. Robert Brehm, Sozietät Rechtsanwälte Dres.
Brehm & Zimmerling, Frankfurt/Saarbrücken

37 § 4 Abs. 1 der Satzung der Universität zu Lübeck zur Durchführung des Auswahlverfahrens im Studiengang Humanmedizin vom 14.02.2014.

38 VG Mainz, Urt. vom 04.09.2006 - 6 K 875/04.MZ, n.v. Auf die Berufung der Universität hin wurde das Urteil aus formalen Gründen abgeändert und die Klage abgewiesen: OVG Koblenz, Urt. vom 14.03.2007 - 6 A 11619/06.OVG,n.v.

39 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Leitsatz 5, dritter Spiegelstrich, Rn. 167 ff.

40 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 169.

41 BVerfG a.a.O., Fn. 1, Rn. 170 f.

22 BVerfG a.a.O., Fn.2, Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, Rn. 173 – 192.

23 BVerfG, Beschl. v. 03.04.1974 – 1 BvR 282, 305/73; NJW 1974, 1127; BeckRS 1973, 104818.

24 BayVerfGH, Urt. v. 01.08.1975 – Vf. 11 – VII – 73; NJW 1975,

Silvia Pernice-Warnke

Status und Alter

in der akademischen Selbstverwaltung

I. Einführung

Lässt sich von einer „Gerontokratie“ an Hochschulen¹ sprechen, wird die akademische Selbstverwaltung also zu sehr von Älteren dominiert? Sollte Jüngeren mehr Einfluss in den Hochschulgremien eingeräumt werden, weil dies innovative Impulse und ein Aufbrechen gefestigter, vielleicht teilweise auch überkommener, Strukturen verspricht, weil es eine Mitwirkung derjenigen, die von zukunftsbezogenen Entscheidungen an Hochschulen am längsten betroffen sind, garantiert? Könnte auf diesem Wege „Generationengerechtigkeit“ an den Hochschulen hergestellt werden? Rechtlich gilt es dabei die Frage zu untersuchen, ob Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, aus dem die Mitwirkungsrechte an der Hochschule abgeleitet werden, eine verstärkte Mitwirkung Jüngerer gerade verbietet oder ob das Kriterium „Alter“ insoweit keine Rolle spielen kann.

II. Grundsätzliches zu den Mitwirkungsrechten an der akademischen Selbstverwaltung²

Bei der akademischen Selbstverwaltung handelt es sich um funktionale, um „grundrechtsverwirklichende“, nicht um demokratische Selbstverwaltung.³ Somit ist sie nicht durch demokratisch-egalitäre Partizipation,⁴ sondern durch eine aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgende, abgestufte Mitwirkung der Mitgliedergruppen gekennzeichnet.⁵

Die genauen Anforderungen, die sich aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG für die Mitwirkung ergeben, hat das BVerfG 1973 in seinem Hochschulurteil grundlegend

herausgearbeitet. In dieser Entscheidung werden die Hochschullehrer als „Inhaber der Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens“⁶ bezeichnet, deren besondere Stellung sich aus ihrer „Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit“ ergebe.⁷ Diese herausgehobene Stellung der Hochschullehrer kann freilich – wie vom BVerfG zutreffend dargestellt – nur für wissenschaftsrelevante Angelegenheiten Geltung beanspruchen.⁸

Zu den Hochschullehrern gehören nach dem vom BVerfG in seinem Hochschulurteil geprägten „materiellen Hochschullehrerbegriff“ diejenigen akademischen Forscher und Lehrer, die „aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut“ sind.⁹ Erforderlich sei eine „homogen“ zusammengesetzte Gruppe der Hochschullehrer, die sich durch eine „typische Interessenlage“ auszeichnen müsse.¹⁰

Die Mitwirkungsrechte der wissenschaftlichen Mitarbeiter werden, ebenfalls der überzeugenden Auffassung des BVerfG zufolge, dem Grunde nach auch durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit geschützt.¹¹ Den Studierenden soll das Recht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gleichfalls zustehen, „solange und soweit sie an der Forschung und wissenschaftlichen Lehre“ teilnehmen. Dass dagegen die nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiter nicht unter den Schutzbereich dieses Grundrechts fallen, soll keinen hinreichenden Grund für ihren generellen Ausschluss von der Beteiligung darstellen. Ihre Mitwirkung als solche soll auch nicht in unzulässiger Weise in die verfas-

1 Zur Begrifflichkeit siehe bereits den Beitrag von Paul B. Baltes „Wider die Gerontokratie“ in der „Zeit“ v. 4.4.1997, Ausgabe 15/1997.

2 S. hierzu auch bereits Pernice-Warnke, Die Mitwirkung der Gruppe der Hochschullehrer und der sonstigen Statusgruppen an der universitären Selbstverwaltung, Rechtswissenschaft 2/2017, 227. Der vorliegende Beitrag stellt eine Fortentwicklung der dort angestellten Überlegungen, insbesondere unter Berücksichtigung des Aspekts „Alter“, dar.

3 Zur Abgrenzung der akademischen von der kommunalen Selbstverwaltung als „demokratischer“ Selbstverwaltung und von der übrigen funktionalen Selbstverwaltung Jesaedt, Selbstverwaltung als „Verbundbegriff“, Die Verwaltung 35 (2002), 293 (316); ders., Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 530. Für eine Sonderstellung der akademischen Selbstverwaltung als „Freiheitssicherung für ein sensibles Grundrecht“ auch Schmidt-

Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 96.

4 Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 22 Rn. 33.

5 So auch Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), 399 (402 f.), der die Hochschulselbstverwaltung allerdings über Art. 5 Abs. 3 GG hinaus für grundrechtsgeprägt hält und einen „quasi-demokratischen Ansatz“, der auf „Partizipation und Repräsentation aller Hochschulangehörigen abzielt“, befürwortet.

6 BVerfGE 35, 79 (127).

7 BVerfGE 35, 79 (127, 131).

8 BVerfGE 35, 79 (130 f.).

9 BVerfGE 35, 79 (125 ff.).

10 BVerfGE 35, 79 (134 f.).

11 BVerfGE 35, 79 (125).

sungsrechtlich abgesicherten Mitwirkungsrechte der Hochschullehrer eingreifen.¹² Das Modell der Gruppenuniversität, das eine grundsätzliche Mitwirkung aller Mitgliedergruppen der Hochschule vorsieht, wurde somit in der Entscheidung für mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar befunden.

Die Vorgaben des BVerfG zu den abgestuften Mitwirkungsrechten haben Eingang in die Hochschulgesetze der Länder gefunden, die bestimmen, dass sich Art und Umfang der Mitwirkung der einzelnen Mitgliedergruppen nach Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit der Mitglieder richten.¹³ Teilweise ist aber auch eine viertelparitätische Gremienbesetzung vorgesehen, so beispielsweise im HG NRW für den Senat.¹⁴

III. Die Altersstruktur der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Statusgruppen

Der Altersstruktur der Statusgruppen kommt zwar hinsichtlich der Altersstruktur der Hochschulgremien nur mittelbare Bedeutung zu, weil aus einer Statusgruppe mit überwiegend jüngeren Angehörigen auch gerade die Ältesten und umgekehrt aus Statusgruppen mit überwiegend älteren Angehörigen auch gerade die Jüngsten gewählt werden können. Hinsichtlich des aktiven Wahlrechts stellt sich die Altersstruktur der Statusgruppe jedoch als unmittelbar relevant dar. Bei den folgenden statistischen Angaben zum Durchschnittsalter in den einzelnen Gruppen ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich dieses auf eine Personalgruppe bezieht, die nicht vollumfänglich mit der Zusammensetzung der entsprechenden Statusgruppe an der jeweiligen Hochschule übereinstimmt und dass es sich um hochschulübergreifend ermittelte Durchschnittswerte handelt, die keine Aussage über das Durchschnittsalter in der entsprechen-

den Gruppe an einer einzelnen Hochschule zu treffen vermögen.

1. Die Alterszusammensetzung der Gruppe der Studierenden

Der Großteil der Hochschulzugangsberechtigten nimmt ein Studium im Anschluss an die Schule, in jungem Alter auf,¹⁵ nicht zuletzt auch wegen rechtlicher oder tatsächlicher Höchstaltersgrenzen für die Aufnahme bestimmter Berufe. Insgesamt lag das Durchschnittsalter (Median) der Studienanfänger im Studienjahr 2017/18 bei 21,5,¹⁶ das Durchschnittsalter (Median) der Studierenden im WS 2017/18 bei 24,5¹⁷ und das Durchschnittsalter (Median) zum Zeitpunkt des Studienabschlusses bei universitären Abschlüssen bei 26 Jahren.¹⁸

Teilweise existieren auch Höchstaltersgrenzen. So werden gemäß § 8 Abs. 3 des Staatsvertrags über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung¹⁹ diejenigen, die zum Bewerbungsstichtag das 55. Lebensjahr bereits vollendet haben, am Auswahlverfahren hinsichtlich der im zentralen Verfahren vergebenen Studienplätze²⁰ nur beteiligt, wenn für das beabsichtigte Studium unter Berücksichtigung der persönlichen Situation schwerwiegende wissenschaftliche oder berufliche Gründe sprechen. Die darin liegende, an (Art. 12 i.V.m.) Art. 3 Abs. 1 GG zu messende, Ungleichbehandlung aufgrund des Alters lässt sich dadurch rechtfertigen, dass vorrangig solchen Personen der Zugang zum Studium ermöglicht werden soll, die dieses als Vorbereitung für eine im Anschluss an das Studium aus Altersgründen auch noch tatsächlich in Betracht kommende Berufstätigkeit benötigen.

Auch in Folge des Urteils des BVerfG zur Studienplatzvergabe für das Medizinstudium wird sich die Zahl älterer Studierender zumindest im Fach Medizin (und in den anderen bundesweit zulassungsbe-

12 BVerfGE 35, 79 (126 ff.); zum Streit, ob die Einbeziehung nicht-wissenschaftlicher Mitarbeiter in den Kreis der Hochschulmitglieder sachgerecht erscheint, auch *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 556, Fn. 710 m.w.N.

13 S. z.B. § 11a Abs. 1 HG NRW, § 14 Abs. 1 S. 3 HG SH oder § 10 Abs. 1 S. 1 LHG BW.

14 § 22 Abs. 2 S. 3 HG NRW bestimmt, dass die Stimmen der Vertreter der Gruppen im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1 im gleichen Verhältnis zueinander stehen, es sei denn, es liegt eine Regelung in der Grundordnung nach § 11a Abs. 2 S. 2 vor und das Ministerium hat dies schriftlich gegenüber der Hochschule festgestellt.

15 Von den studienberechtigten Schulabgängern des Jahres 2014 begannen insgesamt 45% ein Studium im Jahr des Studierenerwerbs, 23% ein Jahr danach und 6% zwei Jahre danach. Somit nahmen

rund 73% der Studienberechtigten aus dem Jahr 2014 innerhalb von zwei Jahren ein Studium auf, Statistisches Bundesamt, Hochschulen auf einen Blick, 2018, S. 12.

16 Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Tabellen/StudierendeErstesFSBundeslaender.html>.

17 <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Tabellen/StudierendeInsgesamtBundeslaender.html>.

18 Statistisches Bundesamt, Hochschulen auf einen Blick, 2018, S. 24 f.

19 Staatsvertrag über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung vom 17.3.2016.

20 Derzeit Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin, Pharmazie.

schränkten Studiengängen, bei denen die Bewerberzahl die Gesamtzahl der zur Verfügung stehenden Studienplätze übersteigt)²¹ verringern.²² Die Richter des Ersten Senats des BVerfG führten in diesem Urteil aus, Wartezeitquoten seien zwar verfassungsrechtlich nicht geboten, jedoch zulässig. Dies gelte allerdings nur dann, wenn die Wartezeit in ihrer Dauer begrenzt sei. Denn Studierende mit längeren Wartezeiten wiesen einen geringeren Studienerfolg auf („Verlernen des Lernens“) und brächen ihr Studium häufiger ab als andere Studierende.²³ Ein zu langes Warten beeinträchtigt demnach die Erfolgchancen im Studium und damit die Möglichkeit zur Verwirklichung der Berufswahl. Zugleich würden Bewerber mit größeren Erfolgsaussichten blockiert.²⁴

Zusätzlich werden vielfach auch die externen, d.h. nicht an der Hochschule beschäftigten, Doktoranden der Gruppe der Studierenden zugeordnet.²⁵ Dies führt zu einer Erhöhung des Durchschnittsalters dieser Gruppe und wirft die Frage nach ihrer homogenen Zusammensetzung auf, weil Qualifikation und Interessen der Studierenden einerseits und der Doktoranden andererseits voneinander abweichen.

2. Die Alterszusammensetzung der Gruppe der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter²⁶

Die Gruppe der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter umfasst vor allem befristet beschäftigtes Personal in der Qualifikationsphase nach abgeschlossenem Studium und vor Aufnahme einer Hochschullehrer- oder anderweitigen Berufstätigkeit, insbesondere Doktoranden und Postdocs/Habilitanden, aber auch dauerhaft beschäftigtes wissenschaftliches Personal, regelmäßig auch Lehrkräfte für besondere Aufgaben.²⁷ Dementsprechend ist ein durchschnittliches Alter, das über demjenigen der

Studierenden und unter demjenigen der Hochschullehrer liegt, zu erwarten: 2014 waren 109.880 der dem hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Personal angehörenden Personen unter 35 und 35.047 zwischen 35 und 45 Jahre alt. Dabei ist die Zahl der Nachwuchswissenschaftler unter 35 zwischen 2000 und 2014 um 91%, diejenige der 35-45-Jährigen um 41% gewachsen.²⁸ Das Durchschnittsalter (Median) der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter betrug 2017 32 Jahre²⁹ und ist damit seit 2014 leicht angestiegen.³⁰

3. Die Alterszusammensetzung der Gruppe der Hochschullehrer

a. Grundsätzliches

Die Zusammensetzung der Hochschullehrerschaft und damit auch der Statusgruppe Hochschullehrer wird über die Berufung der Hochschullehrer an die Hochschule gesteuert. Dabei legt Art. 33 Abs. 2 GG mit Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung die für den Zugang zum Hochschullehreramt maßgeblichen Kriterien fest. Der Begriff „Befähigung“ soll allgemein der Tätigkeit zu Gute kommende Fähigkeiten wie Begabung, Allgemeinwissen oder Lebenserfahrung umfassen, der Begriff „fachliche Leistung“ Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach und der Begriff „Eignung (i.e.S.)“ schließlich alle sonstigen geistigen, körperlichen, psychischen und charakterlichen Eigenschaften.³¹ Das Alter wird in Art. 33 Abs. 2 GG gerade nicht genannt. Allenfalls ließe sich darüber nachdenken, ob in manchen, insbesondere geisteswissenschaftlichen, Fächern ein höheres Alter eine höhere Befähigung und bessere fachliche Leistung indiziert oder ob umgekehrt ein geringeres Alter für eine geringere Befähigung und

21 Dazu von *Coelln*, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Unvereinbarkeit der Studienplatzvergabe für Humanmedizin mit dem Grundgesetz, NJW 2018, 361 (380).

22 S. dazu auch die im Juni 2018 von der KMK verabschiedeten Eckpunkte für einen Staatsvertrag zur Vergabe von Studienplätzen im Fach Humanmedizin, die eine Abschaffung der Wartezeitquote vorsehen, <https://www.kmk.org/aktuelles/artikelansicht/richtungsentscheidung-der-kultusministerkonferenz-zur-vergabe-von-studienplaetzen-im-fach-humanmedizi.html>

23 BVerfG, NJW 2018, 361 (375 ff.; insbes. Rn. 224).

24 BVerfG, NJW 2018, 361 (375 ff.; insbes. Rn. 224).

25 S. z. B. § 11 Abs. 1 Nr. 4 HG NRW, § 16 Abs. 2 S. 6 NHG, § 32 Abs. 3 Nr. 2 HHG. Allerdings ermöglicht § 32 Abs. 7 HHG eine abweichende Zuordnung und auch § 11 Abs. 1 S. 3 HG NRW behält der Grundordnung die Schaffung einer eigenen Doktorandengruppe vor. Beispielsweise § 10 Abs. 1 LHG BW sieht für externe Doktoranden eine eigene Gruppe vor und weist den an der Hochschule beschäftigten Doktoranden ein Wahlrecht zu, ob sie der Gruppe

der Mitarbeiter oder der Gruppe der Doktoranden angehören möchten. Gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 2 BremHG bilden Doktoranden eine gemeinsame Gruppe mit den wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeitern.

26 Zur genauen Bezeichnung und Zusammensetzung vgl. die einzelnen Regelungen in den Landeshochschulgesetzen.

27 S. z.B. § 11 Abs. 1 Nr. 2 HG NRW, § 16 Abs. 2 Nr. 2 LHG BW, § 32 Abs. 3 Nr. 3 HHG.

28 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 100.

29 Arithmetisches Mittel: 35,6 Jahre. Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2018, S. 244. Als Hochschulen wurden dabei alle nach Landesrecht anerkannten Hochschulen, unabhängig von der Trägerschaft, ausgewiesen.

30 Arithmetisches Mittel 2014: 35,3 Jahre; Median: 31,7 Jahre; Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2015, S. 161.

31 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 18.

schlechtere fachliche Leistung spricht, weil die Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Faches, mit der grundlegenden Literatur, notwendigerweise eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Letztlich bleibt das Alter in diesem Bereich jedoch ein eignungsfremdes Kriterium, d.h. ein Kriterium, das in keiner unmittelbaren Beziehung zur Eignung i.e.S., zur Befähigung oder fachlichen Leistung, steht.³²

Rein faktisch wird aber ein Großteil der Erstberufenen wegen der regelmäßig zeitaufwendigen Qualifikationsnachweise, die für die Erlangung einer Hochschullehrerposition zu erbringen sind, bereits ein fortgeschrittenes Lebensalter erreicht haben. So sind W2-Professoren bei ihrer Berufung im Durchschnitt 41,4 und W3-Professoren 42,4 Jahre alt (arithmetisches Mittel).³³

Die vergleichsweise hohen Einstellungshöchstaltersgrenzen für Hochschullehrer (s. z.B. § 39a HG NRW) berücksichtigen diese zeitintensive Qualifizierung und dienen damit gerade den Interessen des wissenschaftlichen Nachwuchses. Sie begünstigen zwar keine Verjüngung, führen aber auch nicht zwangsläufig zu einer Alterung der Gruppe der Hochschullehrer, weil sie eine Qualifizierung, Berufung und Zugehörigkeit zur Gruppe der Hochschullehrer in jüngerem Alter nicht verhindern.

Die Möglichkeit des Hinausschiebens des Eintritts in den Ruhestand (s. z.B. §§ 33 Abs. 1 HG NRW, 120 Abs. 1, 32 LBG NRW; § 16 Abs. 7 HmbHG) schließlich führt im Falle ihrer Wahrnehmung zu einem höheren Durchschnittsalter in der Gruppe der Hochschullehrer.

Insgesamt wurde zwar für die Jahre 2002 - 2010 eine Verjüngung innerhalb der Gruppe der Hochschullehrer nachgewiesen,³⁴ für die Jahre 2010 bis 2017 lässt sich dies den Zahlen des Statistischen Bundesamtes jedoch nicht entnehmen: Im Jahr 2010 lag das Durchschnittsalter der Hochschullehrer bei 50,4, der Anteil der Hochschullehrer über 60 an den Hochschullehrern insgesamt bei 16,61% und derjenige der Hochschullehrer unter 45 bei 25,86%.³⁵ Im Jahr 2016

stieg das Durchschnittsalter auf 51,2 (Median)³⁶ und der Anteil der Hochschullehrer über 60 auf 19,11% an. Der Anteil der Hochschullehrer unter 45 sank dagegen auf 22,31%.³⁷

b. Seniorprofessoren

Sind in den Landeshochschulgesetzen so genannte „Seniorprofessuren“ vorgesehen³⁸ und werden die Seniorprofessoren der Hochschullehrergruppe zugeordnet, kann auch dies zu einem Ansteigen des Durchschnittsalters in der Hochschullehrergruppe führen. Für die Selbstverwaltungsgremien an der Hochschule ist das dann relevant, wenn den Seniorprofessoren auch vollumfängliche Mitgliedsrechte zustehen.

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen zur Seniorprofessur treffen beispielsweise die Hochschulgesetze von Hamburg, Schleswig-Holstein und Thüringen. So sieht § 94 Abs. 2 S. 1 ThürHG vor, dass nach dem Eintritt von Professoren in den Ruhestand die vorübergehende Wahrnehmung von Aufgaben aus ihrem bisherigen Fachgebiet im Wege der Beauftragung durch den Präsidenten, am Universitätsklinikum durch den Klinikumsvorstand oder im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses möglich ist. Durch dieses als „Seniorprofessur“ bezeichnete Instrument soll vor allem ein geordneter Übergang bis zur Neubesetzung der Professur sichergestellt und dem Professor der Abschluss bestimmter Projekte ermöglicht werden. Dafür können die Seniorprofessoren von den sonstigen mit der Professur verbundenen Dienstaufgaben entbunden werden.³⁹ Gemäß § 21 Abs. 2 S. 5 ThürHG gehören auch die Seniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer. Die Zulässigkeit dieser Zuordnung erscheint angesichts der vom BVerfG aufgestellten Kriterien der Funktion und Verantwortung bei einer umfangreichen Entbindung von den Dienstaufgaben zweifelhaft, lässt sich wegen des vorübergehenden Charakters jedoch hinnehmen.

§ 16 Abs. 9 HmbHG sieht vor, dass ein Professor der betreffenden oder einer anderen Hochschule aus dem In- oder Ausland, der in den Ruhestand getreten

32 Siehe zu diesem Problemkomplex und zur Unterteilung in eignungs-immanente Kriterien, eignungsergänzende Hilfskriterien und eignungsfremde Kriterien Höfling, Altersgrenzen im (Hochschul-)Recht – eine Problemskizze, in: Anderbrügge/Epping/Löwer, Festschrift für Dieter Leuze zum 70. Geburtstag, 2003, S. 263 (268 f.). Speziell zu Altersgrenzen bei der Berufung von Professoren siehe auch Püttner, Altersgrenzen im Beamtenrecht, DVBl 1997, 259 (260 f.); Roelcke, Altersgrenzen in Berufungsverfahren, VBIBW 1995, 1 (2).

33 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 117.

34 Heinz/Briedis/Jongmanns, Alter(n) und Wissenschaftskarrieren, in: Baur/Besio/Norkus/Petschick, Wissen – Organisation – Praxis, 2016, S. 552 (565 f.).

35 Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2011, S. 158.

36 Arithmetisches Mittel: 51,3 Jahre, Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2018, S. 244.

37 Berechnet aufgrund der Zahlen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2018, S. 244. Im Jahr 2015 lag das Durchschnittsalter bei 50,9 Jahren, der Anteil der Hochschullehrer über 60 bei 17,7% und der Anteil unter 45 bei 23,33%, Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2016, S. 158.

38 Für einen Überblick Detmer, Die Seniorprofessur, FuL 6/17, 516.

39 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Perspektiven des wissenschaftlichen Nachwuchses sowie zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften, LT Drs. 5/7018, S. 24 f.

ist, bei hervorragender Eignung als Professor an der Hochschule beschäftigt werden kann, jedoch nicht länger als bis zum Ende des letzten Monats des Semesters, in dem das 75. Lebensjahr vollendet wird. Die Beschäftigung erfolgt auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, in dem die Rechte und Pflichten des Professors in Forschung und Lehre zu vereinbaren sind. Im Unterschied zu den die Seniorprofessur betreffenden Regelungen im thüringischen Hochschulgesetz lässt das HmbHG auch eine Beschäftigung von Professoren anderer Hochschulen als Seniorprofessoren zu und enthält nicht den Begriff „übergangsweise.“ Vorrangiger Grund für die Regelung im HmbHG ist anders als in Thüringen nicht die Sicherstellung eines geordneten Übergangs bis zur Neubesetzung der Professur, sondern die Überbrückung von Engpässen in der Lehre.⁴⁰

Nach dem HmbHG sind Seniorprofessoren Mitglieder der Hochschule, wenn es sich um eine hauptberufliche Tätigkeit handelt, § 8 Abs. 1 S. 1 HmbHG, da die Seniorprofessur in einem Unterabsatz des § 16 zur dienstrechtlichen Stellung der Professoren geregelt ist, die dem Teil „Mitglieder der Hochschule“ unterfällt. Daraus sowie aus dem Fehlen abweichender Regelungen lässt sich darüberhinaus schließen, dass Seniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer gehören. Die Regelung der genauen Rechte und Pflichten der Mitglieder der Hochschule überlässt § 8 Abs. 2 HmbHG der Grundordnung. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zuordnung zur Gruppe der Hochschullehrer mit den entsprechenden Mitwirkungsrechten hängt im Hinblick auf die Kriterien der Funktion und Verantwortung von der genauen Stellung und den einzelnen Pflichten der Seniorprofessoren ab.

§ 65 Abs. 3 HG SH bestimmt schließlich, dass die Hochschule in ihre Verfassung Regelungen über die Beschäftigung von Hochschullehrern oder anderen Persönlichkeiten aus der wissenschaftlichen oder künstlerischen Praxis aufnehmen kann, die die Voraussetzungen für eine Professur nach § 61 erfüllen und die bereits in den Ruhestand getreten sind oder eine Rente beziehen. Diese Personen können mit der befristeten Wahrnehmung von Aufgaben in Lehre,

Forschung, Weiterbildung und Kunst beauftragt werden und für die Dauer ihrer Beauftragung die Bezeichnung „Seniorprofessor“ führen. Gemäß § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 HG SH sind die Seniorprofessoren nach schleswig-holsteinischem Recht allerdings nur Angehörige der Hochschule. Während § 14 S. 2 HG SH die Mitwirkung an der Selbstverwaltung zum Recht und zur Pflicht aller Mitglieder erklärt, steht Angehörigen, soweit im HG nichts Näheres bestimmt ist, gemäß § 13 Abs. 4 S. 2 HG SH das aktive und passive Wahlrecht nur zu, wenn dies in der Verfassung der Hochschule so festgelegt wird. Dort werden gemäß § 13 Abs. 4 S. 3 HG SH auch die weiteren Rechte und Pflichten der Angehörigen im Rahmen der Selbstverwaltung und bei der Erfüllung der Aufgaben der Hochschule geregelt.

c. Entpflichtete Hochschullehrer

Auch die Zuordnung entpflichteter oder in den Ruhestand versetzter Professoren zur Hochschullehrergruppe führt zu einem Ansteigen des Durchschnittsalters in dieser Gruppe. Für die Selbstverwaltungsgremien an der Hochschule ist dies dann relevant, wenn diesen Professoren auch dieselben Mitwirkungsrechte wie Hochschullehrern im aktiven Dienst zustehen, was jedoch regelmäßig nicht der Fall ist. So sieht bspw. § 9 Abs. 1 S. 2 HG NRW vor, dass es sich bei entpflichteten oder in den Ruhestand versetzten Professoren zwar um Mitglieder der Hochschule handelt, dass sie aber, wenn sie nicht zugleich aus anderen Gründen Mitglieder der Hochschule sind, an Wahlen nicht teilnehmen. § 21 Abs. 3 Nr. 2 ThürHG weist Professoren im Ruhestand ebenso wie Seniorprofessoren den Status „Angehörige der Hochschule“ zu. Die Regelung der gegenüber Mitgliedern regelmäßig weniger weitreichenden Mitwirkungsrechte der Angehörigen überlässt das ThürHG gemäß § 21 Abs. 3 S. 1 der Hochschulordnung, während in § 22 ThürHG die Rechte und Pflichten der Mitglieder näher bestimmt werden. Auch gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 2 HG SH sind die Professoren im Ruhestand nur Angehörige der Hochschule (dazu bereits oben b.). Diese eingeschränkten Mitwirkungsrechte lassen sich mit dem Entfallen⁴¹ der Elemente „Funktion“ und „Verantwortung“ begründen.

40 S. dazu auch die Antwort des Senats auf die Schriftliche Kleine Anfrage v. 31.3.2013, Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 20/6754.

41 Wobei entpflichtete Hochschullehrer vielfach noch zur Betreuung von Dissertationen und Habilitationen berechtigt sind.

d. Juniorprofessoren

Die Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer⁴² trägt zum Absinken des Durchschnittsalters dieser Gruppe bei, denn Juniorprofessoren sind bei ihrer Berufung im Schnitt nur 35,2 Jahre alt (arithmetisches Mittel; W₂-Professoren dagegen wie gezeigt 41,4 und W₃-Professoren 42,4 Jahre alt).⁴³

Gerade diese Zuordnung der Juniorprofessoren zur Hochschullehrergruppe mit vollumfänglichen Mitwirkungsrechten ist indes problematisch. Juniorprofessoren sind zwar mit der selbstständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut. Hinsichtlich des Aufgabenspektrums und jedenfalls regelmäßig bezüglich des Umfangs der (Lehr-)Aufgaben unterscheiden sie sich jedoch von Professoren und sind diesen somit hinsichtlich Funktion und Verantwortung nicht vollumfänglich gleichgestellt. Zudem ist die Juniorprofessur als alternativer Qualifikationsweg zur Habilitation auf dem Weg zur Professur ausgestaltet.⁴⁴ Damit entspricht die Qualifikation (noch) nicht derjenigen der Professoren; vielmehr wird der entsprechende Qualifikationsnachweis gerade erst erbracht. Insgesamt ist die Interessenlage der Juniorprofessoren eher derjenigen der wissenschaftlichen Mitarbeiter vergleichbar. Die Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung zur Gruppe der Hochschullehrer lässt sich somit zumindest erheblich anzweifeln.⁴⁵

IV. Zwischenergebnis

Eine Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer ist zumindest für die Jahre 2010 - 2017 nicht festzustellen. Die Mitwirkungsrechte Studierender und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der universitären Selbstverwaltung wurden zwar teilweise ausgeweitet. Dennoch bleibt der dominierende Einfluss der regelmäßig älteren Hochschullehrer bestehen. Gründe dafür liegen in der Altersstruktur innerhalb der Hochschullehrergruppe und in dem dominierenden Einfluss der Hochschullehrergruppe an sich. Eine Verjüngung der Hochschulgremien kann somit entweder über eine Verjüngung der Status-

gruppen selbst bzw. eine Stärkung der Jüngeren in den Statusgruppen oder über eine Veränderung des Einflusses der Statusgruppen erfolgen.

V. Reformansätze

1. Veränderung der Mitwirkungsrechte der einzelnen Statusgruppen

Eine Verjüngung der Entscheidungsgremien kann zunächst dadurch erreicht werden, dass denjenigen Statusgruppen, denen überwiegend Jüngere angehören, d.h. insbesondere der Gruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter und der Gruppe der Studierenden, mehr Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.

Die Mitwirkungsrechte sind jedoch wie gezeigt Ausprägung des durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vermittelten Schutzes. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG aber lässt sich das Erfordernis, Jüngeren bzw. allen Altersgruppen gleichermaßen Mitwirkungsrechte einzuräumen, nicht entnehmen; das Lebensalter stellt kein für die Ableitung von Mitwirkungsrechten aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG relevantes Kriterium dar. Vielmehr richten sich die Mitwirkungsrechte nach Funktion und Status.

Auch der Anzahl der Mitglieder der jeweiligen Statusgruppe kommt keine unmittelbare Bedeutung für die Mitwirkungsrechte zu, weil die Hochschulselbstverwaltung wie bereits gezeigt nicht durch demokratisch-egalitäre Partizipation, sondern durch eine aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgende, abgestufte Mitwirkung der Mitgliedergruppen gekennzeichnet ist. Dass also der Anteil der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter an sämtlichen Hochschulen am gesamten hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Personal im Jahr 2000 bei 63% und im Jahr 2014 bereits bei 75% lag, während der Anteil der Professoren von 24% auf 19% gesunken ist,⁴⁶ gebietet keine Ausweitung der Mitwirkungsrechte der Statusgruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter.

Möglicherweise müssten aber den mit Jüngeren besetzten anderen Statusgruppen wegen des Kriteriums der Betroffenheit weitreichendere Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. Denn das BVerfG hatte

42 S. bspw. § 11 Abs. 1 Nr. 1 HG NRW, §§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 44 Abs. 1 Nr. 1 LHG BW oder § 42 S. 1 HRG. Infolge der Föderalismusreform 2006 ist die Rahmenkompetenz des Bundes gemäß Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG a.F., entfallen. Gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG gilt das HRG dennoch fort. Das Vorhaben, das HRG aufzuheben (vgl. BT-Drs. 16/6122), wurde bislang nicht realisiert. Die Landesgesetzgeber können gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG das Bundesrecht durch Landesrecht ersetzen.

43 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 117.

44 S. zu dieser Einschätzung auch von Coelln, Das Binnenrecht der Hochschule, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7 Rn. 58.

45 Hellmuth Stumpf, Innere Organisation und Interorganbeziehungen von Hochschulen, DÖV 2017, 620 (625) argumentiert dagegen, dass der Hochschullehrergruppe das für die herausgehobene Stellung konstitutive Element der Homogenität u.a. wegen der landesgesetzlichen Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschule fehle. Überzeugender erscheint es aber, die Homogenität der Hochschullehrergruppe für verfassungsrechtlich geboten und die Zuordnung der Juniorprofessoren zu dieser Gruppe daher für verfassungswidrig zu halten.

46 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 101, Abb. B16.

ausgeführt, dass Hochschullehrer „infolge ihrer regelmäßig längeren Zugehörigkeit zur Universität [...] durch langfristig wirkende Entscheidungen der Hochschulorgane stärker betroffen [würden] als die Gruppen der wissenschaftlichen Mitarbeiter und Studenten“⁴⁷ und damit das Merkmal der Betroffenheit zeitlich und nicht nach Intensität definiert. Aufgrund dessen ließe sich argumentieren, dass gerade Jüngere länger als Ältere von Entscheidungen betroffen sind. Gegen die längere Betroffenheit der Studierenden und wissenschaftlichen Mitarbeiter spricht aber die regelmäßig nur zeitlich begrenzte Zugehörigkeit zur Hochschule bzw. die befristete Beschäftigung. So betrug der Anteil des befristet beschäftigten wissenschaftlichen Personals am hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Personal an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen 2014 73%, derjenige des unbefristet beschäftigten wissenschaftlichen Personals dagegen nur 14%. Insgesamt haben sich die Verhältnisse zugunsten befristeter Beschäftigung verschoben.⁴⁸ Zudem vermöchte sich aber auch eine etwaige längere Betroffenheit der wissenschaftlichen Mitarbeiter nicht gegenüber einer höheren Qualifikation, wichtigeren Funktion oder größeren Verantwortung der Hochschullehrer durchzusetzen.

Wegen der Wissenschaftsnähe der wissenschaftlichen Mitarbeiter und auch wegen des Verschwimmens der Grenzen zwischen den Statusgruppen durch die Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer ließe sich allerdings über eine Aufwertung der Gruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter im Vergleich zu den anderen Gruppen und eine Annäherung der Anzahl der Vertreter der Hochschullehrer und der wissenschaftlichen Mitarbeiter in den Hochschulgremien diskutieren.⁴⁹

Dabei müsste aber die herausgehobene Stellung der Hochschullehrer gewahrt bleiben. Denn die vom BVerfG zur Begründung der herausgehobenen Stellung der Hochschullehrer herangezogenen Argumente ihrer im Vergleich zu den anderen Statusgruppen höheren Qualifikation, wichtigeren Funktion und größeren Verantwortung vermögen auch in heutiger Zeit noch zu überzeugen, weil nur diese die für eine Begründung von aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abgeleiteten Mitwirkungsrechten maßgeblichen Kriterien darstellen können. Damit ist die herausgehobene Stellung

der Hochschullehrer für wissenschaftsrelevante Fragen nach wie vor verfassungsrechtlich geboten⁵⁰ und steht einer Ausweitung von Mitwirkungsrechten anderer Statusgruppen in wissenschaftsrelevanten Fragen in einem die herausgehobene Stellung der Hochschullehrer berührenden Ausmaß entgegen.

2. Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer und Stärkung der Mitwirkungsrechte jüngerer Hochschullehrer innerhalb der Hochschullehrergruppe

a. Zusammensetzung der Gruppe der Hochschullehrer

Zur Gruppe der Hochschullehrer können wegen der Kriterien der Funktion und Verantwortung nur solche Hochschullehrer gehören, die noch vollumfänglich die Pflichten von Hochschullehrern wahrnehmen. Insofern scheidet jedenfalls entpflichtete Hochschullehrer aus, was zu einem Absinken des Durchschnittsalters in der Hochschullehrergruppe beiträgt. Zusätzlich tragen die regelmäßig jüngeren Juniorprofessoren zur Verjüngung dieser Gruppe bei. Gerade die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer ist jedoch wie gezeigt zweifelhaft. Eine Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer und damit der Gremien kann freilich durch veränderte Qualifikationsbedingungen, die eine raschere Qualifikation ermöglichen, erreicht werden, dies aber möglicherweise um den Preis geringerer Befähigung und schlechterer fachlicher Leistung.

b. Stärkung der Mitwirkungsrechte jüngerer Hochschullehrer innerhalb der Hochschullehrergruppe

Schließlich stellt sich die Frage, ob sich über die vom BVerfG aufgestellten Kriterien der Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit, die ursprünglich nur der Abgrenzung gegenüber den anderen Statusgruppen dienen, auch eine Differenzierung innerhalb der Gruppe der Hochschullehrer begründen lässt und die Mitwirkungsrechte der jüngeren Hochschullehrer innerhalb der Gruppe ausgeweitet werden können. Das Merkmal der Qualifikation ermöglicht allerdings keine Differenzierung: Die erforderliche, formale Qualifikation kann nur entweder vorliegen oder nicht vorliegen. Anders stellt sich dies bezüglich der Funktion, Verantwortung und Betroffenheit dar. So erscheint es denkbar, Hochschullehrern mit wichtigerer Funktion und größte-

47 BVerfGE 35, 79 (127).

48 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 102, Abb. B 19.

49 Ein Hinweis darauf mag dem MHH-Urteil des BVerfG zu entnehmen sein, in welchem mehrfach von der Mitwirkung der

„Wissenschaftler“ (und nicht der Hochschullehrer) die Rede ist, BVerfGE 136, 338 (u.a. 377 f.); dazu näher Pernice-Warnke (Fn. 2), Rechtswissenschaft 2/2017, 227 (233).

50 Dazu ausführlicher Pernice-Warnke (Fn. 2), Rechtswissenschaft 2/2017, 227. A.A. Hellmuth Stumpf (Fn. 45), DÖV 2017, 620.

rer Verantwortung mehr Einflussmöglichkeiten zu gewähren. Ebenfalls könnten jüngeren Hochschullehrern, die aufgrund der ihnen verbleibenden Dienstzeit noch länger als ältere Hochschullehrer von Entscheidungen betroffen sind, als logische Konsequenz des vom BVerfG zeitlich definierten Merkmals der Betroffenheit, mehr Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.

Zum einen vermag jedoch das Kriterium der Betroffenheit die anderen Kriterien nicht zu verdrängen. Gerade dienst- und damit häufig auch lebensältere Hochschullehrer werden aber regelmäßig wichtigere Funktionen bekleiden und größere Verantwortung tragen. Genau dies spiegelt sich auch in dem vielfach angewendeten Anciennitätsprinzip wieder, das im Gegensatz zum Senioritätsprinzip zwar an das Dienstalter anknüpft⁵¹ und Dienstälteren eine herausgehobene Position zuweist, damit aber letztlich mittelbar regelmäßig auch Lebensältere begünstigt. Auch das BVerfG hatte diese Kriterien mit einem zeitlichen Aspekt in Verbindung gebracht: „Die Hochschullehrer prägen aufgrund ihrer Vorbildung, ihrer meist langjährigen Tätigkeit und Erfahrung in Forschung und Lehre in erster Linie die Hochschule als wissenschaftliche Einrichtung. Sie tragen kraft ihres Amtes [...] erhöhte Verantwortung [...]“⁵²

So könnte also zum einen selbst eine längere Betroffenheit jüngerer Hochschullehrer keine Gewährung ausgeweiteter Mitwirkungsrechte innerhalb der Hochschullehrergruppe rechtfertigen, wenn sie hinsichtlich der Funktion und Verantwortung hinter älteren Hochschullehrern zurückblieben. Zum anderen ist fraglich, ob jüngere Hochschullehrer tatsächlich grundsätzlich länger als ältere betroffen sind. Einige Hochschulgesetze sehen die Möglichkeit einer Berufung auf Zeit, teilweise auch gerade für den Fall der Erstberufung vor,⁵³ so dass sich eher jüngere als ältere Hochschullehrer in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis befinden und die Hochschule in absehbarer Zeit wieder verlassen werden. Auch aufgrund eines Rufs an eine andere Hochschule kann es

zu einem Hochschulwechsel kommen, wobei diese Möglichkeit freilich nicht auf jüngere Hochschullehrer beschränkt ist. Dass jüngere Hochschullehrer – im Gegensatz zu einem Großteil der Studierenden und wissenschaftlichen Mitarbeiter – der Wissenschaft nicht ganz den Rücken kehren, sondern ihr an einer anderen Hochschule weiterhin dienen werden, kann schließlich bezüglich der Selbstverwaltung einer konkreten Hochschule nicht das maßgebliche Kriterium darstellen. Somit lässt sich die längere Betroffenheit jüngerer Hochschullehrer jedenfalls nicht grundsätzlich bejahen.

Schließlich lassen die gegenüber dem Zeitpunkt des Ergehens des Hochschulurteils veränderten Verhältnisse, insbesondere die Existenz zeitlich befristeter Professuren,⁵⁴ ein Festhalten am Merkmal der Betroffenheit insgesamt problematisch erscheinen. So ist es auch genau dieses Kriterium der längeren Zugehörigkeit, das in einem 2016 ergangenen Urteil des VerfGH BW entfallen ist.⁵⁵ Allenfalls könnte künftig auf die Intensität anstelle der Dauer der Betroffenheit abgestellt werden. Dies allerdings hätte keine Relevanz für die altersbezogene Mitwirkung.

VI. Ergebnis

Aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG lässt sich weder das Erfordernis ausgeweiteter Mitwirkungsrechte der anderen Statusgruppen noch der jüngeren Hochschullehrer innerhalb der Hochschullehrergruppe und insgesamt kein Gebot der Generationengerechtigkeit an der Hochschule ableiten. Eine Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer und damit der Gremien kann freilich durch veränderte Qualifikationsbedingungen wie insbesondere verkürzte Qualifikationszeiten erreicht werden. Ob dies im Hinblick auf die fachliche Leistung und Befähigung erstrebenswert ist, lässt sich bezweifeln. Zudem können innovative Ideen zwar gerade der Fortentwicklung der Wissenschaft dienen. Dass allerdings gerade oder nur jüngere Hochschullehrer solche innovativen Ideen ver-

51 Duden, Das große Fremdwörterbuch, 4. Aufl. 2017, „Anciennitätsprinzip.“

52 BVerfGE 35, 79 (127).

53 § 28 Abs. 1 NHG, u.a. explizit für den Fall der Erstberufung; § 49 LHG BW; Art. 8 Abs. 2 BayHSchPG; § 61 Abs. 5 HHG.

54 S. dazu Statistisches Bundesamt, Hochschulen auf einen Blick, 2018, S. 32.

55 VerfGH BW, VBlBW 2017, 61 (63): „[...] Jedoch ist das Gewicht ihrer Betroffenheit durch die Hochschulstruktur nicht dem der Betroffenheit der Hochschullehrer vergleichbar, die aufgrund ihrer Vorbildung, ihrer meist langjährigen Tätigkeit und Erfahrung in Forschung und Lehre in erster Linie die Hochschule als wissenschaftliche Einrichtung prägen. Sie tragen kraft ihres Amtes und Auftrages erhöhte Verantwortung für die Funktionsfähigkeit und

den wissenschaftlichen Rang der Hochschule. Sie sind nach ihrem Status und ihrer Funktion zur Forschung und Lehre sowie deren Organisation oder Mitorganisation in ihrem Fachbereich verpflichtet und daher mit der Sache der Wissenschaft besonders eng verbunden. Nach der derzeitigen Struktur der Hochschule sind sie die Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens.“ Dies gleicht der entsprechenden Passage des Hochschulurteils, auf das auch Bezug genommen wird. Jedoch fehlt im Urteil des VerfGH BW der im Hochschulurteil folgende Satz: „Infolge ihrer regelmäßig längeren Zugehörigkeit zur Universität werden sie zudem durch langfristig wirkende Entscheidungen der Hochschulorgane stärker betroffen als die Gruppen der wissenschaftlichen Mitarbeiter und der Studenten“, BVerfGE 35, 79 (127).

treten, bleibt eine bloße Hypothese.⁵⁶ Jedenfalls aber ist eine Einbringung, wenn auch nicht Durchsetzung solcher Ideen, bereits durch wenige möglich. Schließlich setzt eine Wahl jüngerer Hochschullehrer in die Vertretungsgremien nicht unbedingt eine Mehrheit derselben in der Hochschullehrergruppe voraus, weil jüngere Hochschullehrer nicht zwangsläufig für jüngere und ältere Hochschullehrer nicht zwingend für ältere stim-

men. Allerdings stellt die Aufgabe der – wenn auch nur faktischen – Orientierung am Anciennitätsprinzip die Vorbedingung für eine Wahl jüngerer Vertreter dar.

Silvia Pernice-Warnke ist Akademische Rätin und Habilitandin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht der Universität zu Köln.

56 Roellecke, Altersgrenzen in Berufungsverfahren, VBIBW 1995, 1 (2) und Höfling, Altersgrenzen im (Hochschul-)Recht – eine Problemskizze, in: Anderbrügge/Epping/Löwer, Festschrift für Dieter Leuze zum 70. Geburtstag, 2003, S. 263 (272 f.) dagegen bejahen die Entwicklung des Faches durch jüngere Hochschullehrer und

deren neue Argumentationsmuster. Die Berufung Jüngerer diene damit der Forschungsfreiheit. Auch Püttner, Altersgrenzen im Beamtenrecht, DVBl 1997, 259 (261) verweist auf die Innovationskraft der Jüngeren.

Cornelia Feldmann

Der Rechtsweg beim Konkurrentenrechtsstreit um eine durch privaten Dienstvertrag zu besetzende Stelle – OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.1.2018, 2 E 10045/18 und LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.8.2018, 2 Ta 77/18

Sowohl das OVG Rheinland-Pfalz als auch das LAG Rheinland-Pfalz mussten sich zuletzt mit der Frage auseinandersetzen, ob bei einem Eilantrag, der auf Sicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierenden Bewerberverfahrensanspruchs gerichtet ist, eine öffentlich-rechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wenn die Anstellung des künftigen Stelleninhabers in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis erfolgen soll. Beide Gerichte kamen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen, was einen näheren Blick in die Entscheidungsgründungen lohnt. Die Entscheidungen sind auch für den Hochschulbereich von wesentlicher Bedeutung, weil zahlreiche Stellen an den Hochschulen nicht (mehr) durch Beamte, sondern von Arbeitnehmern oder freien Dienstnehmern besetzt werden. So hat zuletzt das ArbG Mainz mit Verweis auf die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz für einen bei ihm eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der ein Bewerber die Besetzung einer Professorenstelle verhindern wollte, die durch Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses erfolgen sollte, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für nicht gegeben erachtet und den Rechtsstreit an das VG Mainz verwiesen.¹ Droht damit das Ende des arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreits?

I. Fallkonstellationen und Inhalt der Entscheidungen

1. In dem vom OVG Rheinland-Pfalz² zu entscheidenden Fall ging es um die Besetzung der Stelle des Direktors der Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz, einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Landeszentrale ist selbst nicht dienstherrenfähig, kann also selbst keine Beamtenverhältnisse begründen. Mit dem künftigen Direktor sollte nach dem Willen der Landeszentrale deshalb ein privatrechtlicher Dienstvertrag geschlossen werden. Der Antragsteller begehrte in einem beim VG Neustadt eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass

der Landeszentrale aufgegeben wird, die Stelle nicht zu besetzen, solange nicht über seine eigene Bewerbung bestandskräftig entschieden ist.

a) Die erste Instanz, das VG Neustadt,³ hatte zunächst die Verweisung des Rechtsstreits an die ordentliche Gerichtsbarkeit erwogen. Auch die Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz vertrat die Ansicht, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten im vorliegenden Verfahren nicht gegeben sei. In seinem auf Grundlage einer entsprechenden Anwendung von § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG gefassten Beschlusses entschied das Verwaltungsgericht jedoch sodann, dass der Rechtsweg zu den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet ist. Es handele sich bei dem anhängigen Konkurrentenrechtsstreit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.v. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Es stützte seine Auffassung dabei auf zwei Aspekte. Zum einem handele es sich bei der Stellung des Direktors der Landeszentrale um eine öffentlich-rechtliche Stellung. Der Direktor sei nicht nur eines der gesetzlich vorgesehenen Organe der Landeszentrale, sondern diesem Organ würden ausdrücklich im Landesmediengesetz (§ 42 Nr. 18 und § 44 Abs. 3 Nr. 8 LMG) auch Hoheitsbefugnisse eingeräumt. Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse sei nach Art. 33 Abs. 4 GG als ständige Aufgabe jedoch in der Regel den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorbehalten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Deshalb sei die Stellung als Direktor der Landeszentrale trotz der vorgesehenen privatrechtlichen Ausgestaltung des Dienstvertrages von öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur. Überdies gehe es nach dem Vortrag des Antragstellers in erster Linie um die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung, deren rechtlichen Grundlagen sich aus dem Landesmediengesetz und der Hauptsatzung der Landeszentrale ergäben. Dort sei die Direktorenwahl näher geregelt. Dem Antragsteller gehe es darum, den Abschluss des Dienstvertrages als Folge der von

1 ArbG Mainz, Beschl. 28.3.2018, 1 Ga 3/18, n.v.

2 OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 19.1.2018, 2 E 10045/18,

ZUM-RD 2018, 602.

3 VG Neustadt, Beschl. 27.12.2017, 5 L 1378/17.NW, n.v.

ihm für rechtswidrig gehalten Wahl des Mitbewerbers zu verhindern. Es gehe deshalb um das Ob und nicht um das Wie des Anstellungsvertrages. Das Verwaltungsgericht hielt es deshalb für angezeigt, die Grundsätze der sog. Zwei-Stufen-Theorie – allerdings wohl generell – auch auf die Konkurrentenklage anzuwenden und beim „Ob“ des Anstellungsvertrages von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen. Mangels anderer ausdrücklicher Rechtswegzuweisung kam aus Sicht des VG Neustadt weder eine Verweisung des Rechtsstreits an die Arbeitsgerichte noch an die ordentliche Gerichtsbarkeit in Betracht. Es erklärte deshalb den bestrittenen Rechtsweg für zulässig, § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG. Gegen diesen Beschluss legte die Landeszentrale sofortige Beschwerde beim OVG Rheinland-Pfalz.

b) Das OVG Rheinland-Pfalz wies diese Beschwerde zurück. Zurecht habe das VG Neustadt den Verwaltungsrechtsweg nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG für zulässig erklärt. Die entsprechende Rechtswegzuständigkeit folge aus § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne dieser Norm sei immer anzunehmen, wenn der Antragsteller aus dem vorgetragenen Sachverhalt Rechtsfolgen aus Rechtsnormen des öffentlichen Rechts herleite. Öffentlich-rechtliche Normen seien dadurch gekennzeichnet, dass sie nur auf Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und öffentlich-rechtlich organisierten Trägern, insbesondere Trägern der Staatsverwaltung, Anwendung finden könnten. Ausschlaggebend sei, dass sie ausschließlich einen derartigen Träger berechtigen oder verpflichten. Art. 33 Abs. 2 GG begründe eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt und sei damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Landeszentrale für Medien und Kommunikation nicht dienstherrenfähig ist und mit dem Bewerber ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründet werden soll. Der Landeszentrale sei gemäß § 2 LMG die Aufgabe übertragen, die Verwirklichung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit zu sichern. Auch wenn die Landesmedienanstalten – wie die Landeszentrale – nicht der unmittelbaren Staatsverwaltung angehörten, so übten sie doch hoheitliche Tätigkeit aus. Im übrigen hänge der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit um das „Ob“ eines Anstellungsvertrages nicht von der öffentlich- oder privatrechtlichen Natur des Anstellungsvertrages ab. Denn im Kern stehe das

nach öffentlich-rechtlichen Normen zu beurteilende Auswahlverfahren in Streit.

2. Diesen Gedanken aufgreifend verneinte das ArbG Mainz⁴ gleich in mehreren Beschlüssen den Rechtsweg zu der Arbeitsgerichtsbarkeit hinsichtlich bei ihm eingereichter Konkurrentenklagen, in denen es um durch privatrechtlichen Anstellungsvertrag bzw. Arbeitsvertrag zu vergebende Stellen ging. Der vom LAG Rheinland-Pfalz⁵ zu entscheidende Fall hatte einen Antrag einer Volljuristin zum Gegenstand, der auf Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs hinsichtlich einer Stelle als Sachbearbeiterin in Ausländerangelegenheiten bei einer Stadt gerichtet war. Die künftige Stelleninhaberin sollte nach dem Willen der Stadt, der sich auch aus der Ausschreibung ergab, im Arbeitsverhältnis tätig werden. Mit dem beim ArbG Mainz eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrte die Antragstellerin, der Antragsgegnerin vorläufig zu untersagen, die Stelle endgültig oder kommissarisch zu besetzen, bevor nicht über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes erneut entschieden wurde.

a) Nach Anhörung der Parteien erklärte das ArbG Mainz⁶ nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig und verwies den Rechtsstreit an das VG Mainz. Zur Begründung führte es aus, dass die Antragstellerin den durch einstweilige Verfügung zu sichernden Bewerbungsverfahrensanspruch auf Art. 33 Abs. 2 GG stütze. Diese Bestimmung begründe eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt und sei damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Dies gelte, wie das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Beschluss vom 19.1.2018 (2 E 10045/18) zurecht entschieden habe, auch dann, wenn die Beteiligten über die Begründung eines privatrechtlichen Anstellungsvertrages streiten. Neben dem Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern schütze Art. 33 GG das Interesse des öffentlichen Dienstes an der Bestenauslese. In einem Anbahnungsverhältnis für ein Arbeitsverhältnis würden die Pflichten nach Art. 33 Abs. 2 GG ausschließlich potentielle Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes treffen. Der Rechtsreit sei demnach öffentlich-rechtlicher Natur. Gegen diesen Beschluss legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein, der das ArbG Mainz nicht abholte und deshalb dem LAG Rheinland-Pfalz zur Entscheidung vorgelegt wurde.

b) Auf die sofortige Beschwerde änderte das LAG Rheinland-Pfalz die Entscheidung des ArbG Mainz ab

4 ArbG Mainz, Beschl. 28.3.2018, 1 Ga 3/18, n.v.; ArbG Mainz, Beschl. 30.5.2018, 3 Ga 5/18, n.v. und ArbG Mainz, Beschl. 24.7.2018, 3 Ca 756/18, n.v.

5 LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, 2 Ta 77/18, NZA-RR 2018, 622.

6 ArbG Mainz, Beschl. 30.5.2018, a.a.O.

und erklärte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig. Zu Unrecht habe das ArbG Mainz angenommen, dass es sich bei dem vorliegenden Eilantrag um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Obwohl sich der vorliegend geltend gemachte Bewerbungsverfahrenanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG herleite und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richte, handle es sich doch gleichwohl um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Das Rechtsverhältnis sei maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt, in den öffentlichen Dienst im Angestelltenverhältnis eingestellt zu werden. Da die ausgeschriebene Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden solle, bewege sich die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber ein entsprechender Arbeitsvertrag geschlossen werden soll, auf dem Boden des Privatrechts.

Die Natur des Rechtsverhältnisses werde nicht dadurch verändert, dass das Klagebegehren auf eine grundrechtsgleiche Position gestützt wird und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richtet.

II. Bewertung

Trotz gleichen Ansatzpunktes, nämlich dass sich der im arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit geltend gemachte Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG herleitet, gelangen das OVG Rheinland-Pfalz und das LAG Rheinland-Pfalz also zu unterschiedlichen Rechtswegzuständigkeiten. Dies bedingt eine genauere Prüfung der Rechtslage. Im Einzelnen:

1. Nach § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte „die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zivilsachen) sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind“. Die Verwaltungsgerichte sind nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zur Entscheidung berufen, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“.

Eine ausdrückliche Zuweisung an besondere Gerichte, nämlich die Gerichte für Arbeitssachen, sehen § 2 Abs. 1 und 2 und § 2a ArbGG vor. Nach

§ 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern „aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses“. Dazu gehören nach unbestrittener Ansicht auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf Abschluss eines Arbeitsvertrages und deren Sicherung durch einstweilige Verfügung.⁷ Eine Sonderzuweisung enthalten zudem § 126 Abs. 1, 2 BRRG und § 34 BeamStG. Nach diesen Bestimmungen ist für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

2. Für die beamtenrechtliche Konkurrentenklage fällt vor diesem Hintergrund die Bestimmung des richtigen Rechtswegs einfach. Aufgrund der aufdrängenden Sonderzuweisung in § 126 Abs. 1, 2 BRRG für Bundesbeamte und § 34 BeamStG sowie § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamStG i.V.m. § 126 Abs. 1 und 2 BRRG für Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 1 BeamStG) ist hier stets ausschließlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.⁸ Insofern ist anerkannt, dass diese spezialgesetzlichen Zuweisungsregelungen auch dann greifen, wenn der Bewerber selbst noch nicht Beamter ist, aber im Zuge des Stellenbesetzungsverfahrens zu einem solchen ernannt werden will.⁹ Leitet die „Konkurrentenklage“ ein Beamter ein oder eine Person, die dies werden will, ist also stets der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Nicht entscheidend ist hingegen, in welchem Rechtsverhältnis der zur Besetzung der Stelle Vorgesehene zur Anstellungskörperschaft steht. „Denn der Antragsteller, der selbst Beamter ist, macht in diesem Verfahren seinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf verfahrens- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung gegenüber seinem Dienstherrn [...] geltend. Demzufolge spielt es für die Frage des Rechtsweges keine Rolle, ob die Stelle mit einem beamteten Konkurrenten oder mit einem solchen im Angestelltenverhältnis besetzt werden soll“.¹⁰

3. Wie aber ist nun der Fall zu entscheiden, wenn die in Streit stehende Stelle mit einem Arbeitnehmer oder einem freien Dienstnehmer besetzt werden soll? § 126 Abs. 1, 2 BRRG und § 34 BeamStG greifen dann nicht. Vielmehr wäre hier nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der

7 BAG, Urt. 14.12.1988, 7 AZR 773/87, NJW 1989, 2909.

8 VG Karlsruhe, Beschl. 28.1.2011, 6 K 161/11, VBIBW 2011, 404; *Brinktrine*, Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht, Jura 2015, 1192, 1198; *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. 2017, § 3 Rn. 44.

9 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, 1 E 404.10, DÖD 2010, 225; *Schnellenbach/Bodanowitz*, a.a.O., § 3 Rn. 44.

10 Hamburgisches OVG, Beschl. 3.3.1999, 1 Bs 23/99, NordÖR 1999, 251.

Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben, wenn es sich (auch dann) um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt und nach § 13 GVG und § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (freier Dienstnehmer) und den Arbeitsgerichten (Arbeitnehmer) eröffnet, wenn es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

a) Für den Fall, dass der künftige Stelleninhaber im Arbeitsverhältnis tätig werden soll, haben sowohl das Bundesarbeitsgericht¹¹ als auch das Bundesverwaltungsgericht¹² bislang durchgehend die Ansicht vertreten, dass hier auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben ist. Die Rechtstreitigkeit sei in diesen Fällen bürgerlich-rechtlicher Natur.¹³ Es handle sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und dessen Nachwirkungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG). Dem ist das LAG Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung vom 15.8.2018 unbesehen gefolgt. Das OVG Rheinland-Pfalz widerspricht dieser Ansicht in der zitierten Entscheidung vom 19.1.2018 hingegen. Es ist der Ansicht, dass der Antragsteller sich für sein Begehren im Wesentlichen auf Art. 33 Abs. 2 GG und damit eine öffentlich-rechtliche Norm stütze. Daraus sei abzuleiten, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Da § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit voraussetze, sei er nicht einschlägig. In ähnlicher Weise hatte das VG Mainz¹⁴ bereits im Jahre 2011 bezüglich eines gegen die ZDF-Intendantenwahl angestregten Verfahrens entschieden.

b) Für die Frage, ob eine Rechtstreitigkeit bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, kommt es nicht auf das angestrebte Prozessziel an.¹⁵ Maßgebend ist vielmehr, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, allein die

Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.¹⁶ „Öffentlich-rechtlich sind Streitigkeiten, die aus einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung entstehen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. Entscheidend ist die wahre Natur des Anspruchs, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt, und nicht, ob dieser sich auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft. Bei [...] einer Klage auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung ist daher nicht auf die Rechtsnatur der mit der Klage geforderten Handlung oder Unterlassung, sondern den Charakter des Rechtsverhältnisses abzustellen, aus dem der geltend gemachte Anspruch abgeleitet wird.“¹⁷ Entscheidend ist demnach, ob die gerichtliche Entscheidung über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch nach öffentlichem oder nach bürgerlichem Recht zu treffen ist.¹⁸ Es kommt also auf die Rechtsnatur der streitentscheidenden Norm an.¹⁹ Ist diese öffentlich-rechtlich, ist der Streit öffentlich-rechtlich; ist diese dem Privatrecht zuzuordnen, ist der Streit bürgerlich-rechtlich.

c) Unter dieser Maßgabe ist – wie das OVG Rheinland-Pfalz zurecht angenommen hat – die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, auch im „arbeitsrechtlichen Konkurrenzstreit“ öffentlich-rechtlich geprägt. Soweit die gegenteilige Auffassung²⁰ – wie etwa das LAG Rheinland-Pfalz²¹ – etwas anderes allein deshalb annimmt, weil sie auf die Rechtsnatur des angestrebten Rechtsverhältnisses abhebt, missachtet sie bereits die klare Feststellung, dass es für die Bestimmung des Rechtswegs gerade nicht auf das angestrebte Prozessziel ankommt. Entscheidend ist vielmehr – wie vom Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes²²

11 BAG, Urt. 23.8.1989, 7 AZR 546/88, n.v.; BAG, Urt. 14.12.1988, 7 AZR 773/87, NJW 1989, 2909.

12 BVerwG, Urt. 25.3.1982, 2 C 30/79, NVwZ 1983, 220; vgl. auch BVerwG, Urt. 27.2.1976, VII C 44.74, BVerwGE 50, 255; Bayerischer VGH, Beschl. 7.4.2014, 7 C 14.408, DVBl. 2014, 875.

13 BAG, Urt. 12.10.2010, 9 AZR 554/09, NZA-RR 2011, 216; BAG, Urt. 2.12.1997, 9 AZR 445/96, NZA 1998, 884; BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.; so auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O. und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, 2 Ta 115/18, n.v.; Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklage, Seite 64 f.; Zimmerling, Konkurrenz zwischen Angestellten und Beamten im Beförderungsgeschehen, RdA 2001, 165, 167 f.

14 VG Mainz, Beschl. 6.6.2011, 4 L 566/11.MZ, ZUM-RD 2011, 655 mit dem Hinweis, dass um die Vorschriften zur Intendantenwahl des ZDF-Staatsvertrages gestritten werde, deren Zuordnungssubjekt notwendigerweise ein Träger öffentlicher Verwaltung ist.

15 BVerwG, Beschl. 26.3.2018, 7 B 8/17, n.v.; BAG, Urt. 23.8.1989, a.a.O.; BAG, Urt. 14.12.1988, a.a.O.

16 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes,

Beschl. 4.6.1974, GmS-OG 2/73, BSGE 37, 292; BAG, Urt. 23.8.1989, 7 AZR 546/88, n.v.; BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.;

OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 18.7.2017, 8 B 11116/17; LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O. und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, 2 Ta 115/18, n.v.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, a.a.O.

17 BVerwG, Beschl. 26.3.2018, a.a.O.

18 Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, 34. EL, Mai 2018, VwGO, § 40 Rn. 202.

19 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, a.a.O.; V. Albedyll, in: Bader, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 40 Rn. 14 f.; Pützer, Der Rechtsweg für arbeitsrechtliche Konkurrenzklagen im öffentlichen Dienst, RdA 2016, 287, 289.

20 So BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.; BAG, Urt. 23.8.1989, a.a.O.

21 LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O., im Anschluss daran auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, a.a.O., jeweils mit Verweis auf die Rechtsprechung des BAG und BVerwG.

22 s. Fn. 16.

entschieden – die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Aus einem erst angestrebten Rechtsverhältnis kann sich der geltend gemachte Anspruch aber zwangsläufig nicht ableiten. Dies verkennt die gegenteilige Auffassung, wenn sie auf die Rechtsnatur des noch nicht begründeten und lediglich angestrebten Rechtsverhältnisses abstellt. Das eingeleitete Eilverfahren dient gerade erst der Sicherung des Anspruchs auf die noch ausstehende Begründung dieses Rechtsverhältnisses. Bei diesem Rechtsverhältnis handelt sich schon deshalb zwangsläufig nicht um das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch abgeleitet wird, sondern um das eigentliche Ziel, das mit dem geltend gemachten Anspruch verfolgt wird. Der insofern bestehende Zirkelschluss, wird, wenn das LAG Rheinland-Pfalz bezugnehmend auf die bisher hierzu ergangenen Entscheidungen des BVerwG und BAG darauf verweist, „das Rechtsverhältnis werde maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt“, in den öffentlichen Dienst als Arbeitnehmer eingestellt zu werden, mehr als deutlich. Der geltend gemachte Antrag soll nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz die Natur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, auf dessen Begründung dieser Antrag überhaupt erst abzielt, bestimmen. Entscheidend ist aber nach dem Vorstehenden nicht die Natur des Rechtsverhältnisses, das durch den Klageanspruch erreicht werden soll, sondern „allein die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird“. Erst recht kann insofern nicht entscheidend sein, welche Rechtsnatur die Mitteilung der Auswahlentscheidung hat;²³ aus der Konkurrentenmitteilung leitet sich der geltend gemachte Anspruch nicht ab.

Insofern ist dem OVG Rheinland-Pfalz auch bei der Beurteilung recht zu geben, dass das Rechtsverhältnis – auch beim arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit – auf einer öffentlich-rechtlichen Norm gründet und deshalb der Rechtsstreit als öffentlich-rechtlich zu bewerten ist.²⁴ Der im Konkurrentenrechtsstreit geltend gemachte Anspruch auf Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs stützt sich stets und ausschließlich auf Art. 33 Abs. 2 GG. Die Bestimmung begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien. Sie richtet sich als Verfassungsnorm ausschließlich an die Träger staatlicher Gewalt und ver-

pflichtet sie, bei der Stellenbesetzung und bei Beförderungen den Grundsatz der Bestenauslese gegenüber allen Bewerbern zu wahren. Es handelt sich damit um eine öffentlich-rechtliche Norm.²⁵ Art. 33 Abs. 2 GG selbst begründet insofern das Rechtsverhältnis, aus dem sich der geltend gemachte Anspruch ergibt. Anders als das LAG Rheinland-Pfalz meint, bewegt sich der öffentliche Arbeitgeber bei seiner Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber er einen Arbeitsvertrag schließen will, also keineswegs auf dem Boden des Privatrechts, sondern im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG und damit des öffentlichen Rechts. Der Bewerberverfahrensanspruch verpflichtet ihn nicht als privaten Arbeitgeber, sondern in seiner Funktion als Hoheitsträger.

Insofern erscheint es – wie vom OVG Rheinland-Pfalz angenommen – einzig konsequent, hinsichtlich des durch die arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen zu sichernden Zugangs zum öffentlichen Amte, d.h. des „Ob“ der Anstellung, stets von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen.²⁶

III. Fazit

In allen Fällen, in denen ein Bewerber seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Bewerberverfahrensanspruch durch einen Eilantrag zu sichern versucht, ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Darauf, ob die Einstellung des künftigen Stelleninhabers im Beamtenverhältnis, im Arbeitsverhältnis oder auf Grundlage eines freien Dienstvertrages erfolgen soll, kommt es hierfür nicht an. Denn das „Ob“ der Anstellung richtet sich stets ausschließlich nach Art. 33 Abs. 2 GG und ist damit öffentlich-rechtlicher Natur. Hierüber sind weder die Gerichte für Arbeitssachen noch die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung berufen. Der Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz ist – auch über den entschiedenen Einzelfall hinaus – zu folgen. Die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz ist abzulehnen.

Cornelia Feldmann ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Fachanwältin für Verwaltungsrecht. Sie hat sich auf das öffentlich-rechtliche Dienstrecht spezialisiert und ist regelmäßig als Prozessvertreter in Konkurrentenrechtsstreitigkeiten tätig. Sie ist Partnerin der Kanzlei Dr. Fettweis & Sozien RAe Partnerschaft mbB, Freiburg.

23 Insofern verfehlt Seitz, a.a.O., Seite 64 f.

24 S. dazu Ehlers/Schneider, a.a.O., § 40 Rn. 201, 204; vgl. auch Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 289.

25 Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 289, 291; s. auch Stelkens, in: Stel-

kens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 128, der zurecht darüber Unverständnis zeigt, dass hier die sog. Zweistufentheorie bislang nicht herangezogen wurde.

26 So auch Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 290.

Andreas Schubert und Nikolas Eibel
*Fortführung des bisherigen Namens der Partner-
schaftsgesellschaft durch die nicht promovierten Part-
ner bei Ausscheiden des promovierten Namensgebers*
- Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.5.2018,
II ZB 27/17

Der BGH stellt in seiner Rechtsprechung zum Firmenrecht den Dokortitel einem abgeschlossenen Hochschulstudium gleich. Ob diese qualitative Einstufung des Titels im Firmenrecht gerechtfertigt ist, ist zu bezweifeln.

I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführer sind Partner einer seit einigen Jahren unter dem Namen „Dr. J. & Partner Steuerberatungsgesellschaft“ im Register eingetragenen Partnerschaft. Bis zu seinem Tod im Jahre 2015 gehörte der Partnerschaft auch der Namensgeber Dr. H. J. an. Nach dem Tod des namensgebenden Partners führten die nicht promovierten Beschwerdeführer die Gesellschaft mit Einwilligung der Erben des Dr. J. unter dessen Namen unverändert fort.

Das Registergericht gab im September 2016 den Beschwerdeführern unter Androhung eines Ordnungsgelds auf, den weiteren Gebrauch des bisherigen Namens der Partnerschaft zu unterlassen, da die Fortführung des Dokortitels nach Ausscheiden des einzigen promovierten Partners zur Irreführung geeignet und daher unzulässig sei.

Hiergegen richteten sich die Beschwerdeführer bislang erfolglos. Das Beschwerdegericht wies die Beschwerde zurück. Es war der Ansicht, dass die Festsetzung des Ordnungsgelds weder dem Grunde, noch der Höhe nach zu beanstanden sei. Vielmehr sei das Registergericht zu Recht davon ausgegangen, dass die weitere Verwendung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des verstorbenen Partners Dr. H. J. wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB unzulässig sei. Um eine Irreführung der maßgeblichen Verkehrskreise zu vermeiden, dürfe ein Dokortitel im Namen einer Partnerschaft nur geführt werden, wenn einer der Partner über diesen Titel verfüge. Auch aus dem sich in § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 24 HGB verankerten Grundsatz der Firmenbeständigkeit ergebe sich nichts anderes.

Das Beschwerdegericht ließ jedoch die Rechtsbeschwerde zu.

II. Die Entscheidung des BGH

Der BGH kippte die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Zwar sei grundsätzlich richtig, dass der Name der Partnerschaft nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 PartGG den Namen mindestens eines Partners enthalten müsse und die Namen anderer Personen als der Partner nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden dürften.

Eine Ausnahme gelte jedoch gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 24 Abs. 2 HGB dann, wenn der namensgebende Partner ausscheide und er selbst oder seine Erben in die Fortführung seines Namens eingewilligt hätten. In diesem Fall gestatte § 24 Abs. 2 HGB die Fortführung der bisherigen Firma bzw. des bisherigen Namens der Partnerschaft und durchbreche damit in seinem Geltungsbereich (ebenso wie § 22 HGB) den in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB enthaltenen Grundsatz der Firmenwahrheit, um den ideellen und materiellen Wert der bisherigen Firma zu erhalten.

Diese Fortführungsbefugnis gelte nach § 24 Abs. 2 HGB für die gesamte bisherige Firma und damit auch für den in der bisherigen Firma bzw. im bisherigen Namen der Partnerschaft angegebenen Dokortitel des ausscheidenden Namensgebers. Der Dokortitel sei zwar insofern nicht Bestandteil des bürgerlichen Namens des Ausscheidenden, wohl aber als Namenszusatz Bestandteil des Namens der Gesellschaft.

Zwar gelte der Vorbehalt des Irreführungsverbots entsprechend auch für die Namensfortführung einer Partnerschaft gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. §§ 24 Abs. 2, 18 Abs. 2 HGB, aber die Annahme des Beschwerdegerichts, die Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des ausgeschiedenen namensgebenden Partners sei auch im vorliegenden Fall zur Irreführung gemäß § 18 Abs. 2 HGB geeignet und daher unzulässig, sei jedoch unzutreffend, so der BGH.

Richtig sei zwar, dass der Dokortitel für eine abgeschlossene Hochschulausbildung stehe und an sich geeignet sei, seinem Träger in der breiten Öffentlichkeit – gleich ob zu Recht oder zu Unrecht – ein besonderes Vertrauen in seine intellektuellen Fähigkeiten, seinen guten Ruf und seine Zuverlässigkeit entgegenzubringen.

Ob sich diese generelle Wertschätzung auch gegenüber einem Dokortitel zugunsten des jeweiligen Firmen- bzw. Namensinhabers auswirke, hänge jedoch wiederum von der Art des jeweiligen Unternehmens ab.

Abzustellen sei dabei einerseits auf den Geschäftsbe- reich, in dem das jeweilige Unternehmen tätig sei. Andererseits sei zu berücksichtigen, ob der Grund der besonderen Wertschätzung des Dokortitels, der nach der Rechtsprechung in dem Beleg für eine abgeschlossene Hochschulausbildung liege, nicht auch bei einem nicht promovierten, die Geschicke des Unternehmens maß- geblich mitbestimmenden Partner des jeweiligen Unter- nehmens eingreife, weil dieser bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit als solche – ob mit oder ohne Promotion – eine akademische oder eine dem gleichzusetzende Ausbildung durchlaufen haben müsse. In einem solchen Fall vermöge der Dokortitel keine Irreführung über die Vorbildung der Partner zu begründen und werde das durch die Titelführung begründete besondere Vertrauen in die intellektuellen Fähigkeiten, den guten Ruf und die Zuverlässigkeit in der Sache nicht enttäuscht. Eine unbe- rechtigte Inanspruchnahme einer besonderen Wert- schätzung hinsichtlich der persönlichen Qualitäten der Partner und der Güte der von ihnen angebotenen Dienst- leistungen im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liege dann nicht vor.

Dieser Ansicht folgte der BGH auch im vorliegenden Fall. Der Beschwerdeführer zu 1. war vereidigter Buch- prüfer und Steuerberater, der Beschwerdeführer zu 2. war Rechtsanwalt. An die genannten Berufe seien nach Ansicht des BGH derart hohe Anforderungen gestellt, dass die besondere Wertschätzung, die dem Dokortitel aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden abge- schlossenen Hochschulausbildung von der breiten Öff- fentlichkeit entgegengebracht werde, daher in der Sache auch bei der im Fall zu beurteilenden Partnerschaft und ihren Partnern begründet sei. Eine Eignung zur Irrefüh- rung über wesentliche Umstände, die der Fortführungs- berechtigung nach § 24 Abs. 2 HGB entgegenstehen könnte, liege nicht vor.

III. Bewertung und Folgen für die Praxis

Die Entscheidungen des BGH steht in einem Span- nungsfeld zwischen dem Grundsatz der Firmenbestän- digkeit, welcher dem Bedürfnis der Erhaltung des Fir- menwertes Rechnung trägt¹ und dem Grundsatz der Fir- menwahrheit, welcher die durch die Firma oder Teile

von ihr, angesprochenen Verkehrskreise vor einer Irre- führung hinsichtlich der Art, des Umfangs oder sonsti- ger Verhältnisse des Handelsgeschäfts schützt.² Über § 2 Abs. 2 PartG finden der Grundsatz der Firmenwahrheit des § 18 Abs. 2 HGB und die Ausnahmetatbestände der §§ 21ff. HGB auf Partnerschaftsgesellschaften entspre- chende Anwendung. Die Ausnahme des § 24 Abs. 2 HGB ermöglicht für den Fall eines Ausscheidens eines namensgebenden Gesellschafters die Firma fortzuführen, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter oder des- sen Erben, wie im vorliegenden Fall geschehen aus- drücklich hierzu eingewilligt haben. Trotz Einwilligung muss die Firmenfortführung jedoch unter Berücksichti- gung der neuen Gesellschafterzusammensetzung dem Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB standhalten.

Bei seiner Bewertung einer möglichen Irreführung des angesprochenen Geschäftskreises hinsichtlich einer besonderen Wertschätzung und damit zusammenhän- genden Qualitätsaussage des Dokortitels des scheidenden namensgebenden Partners der Sozietät kommt der BGH letztlich zu dem Schluss eines Gleichlaufes von Hochschulstudium und Dokortitel. Der akademische Titel sei insofern ein Beleg für eine abgeschlossene Hochschulausbildung (BGHZ 53, 65,67). Der BGH stellt den Dokortitel, zumindest dem Wortlaut der Entschei- dung zufolge, einem abgeschlossenem Hochschulstudium gleich, da im vorliegenden Fall eine Zulassungsvor- aussetzung für die Steuerberaterprüfung nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StBerG unter anderem ein abgeschlossenes wirtschafts- oder rechtswissenschaftliches oder anderes Hochschulstudium mit wirtschaftswissenschaftlicher Fachrichtung sei, so dass eine Vergleichbarkeit mit den Voraussetzungen zur Ausübung des Steuerberaterberu- fes und der Wahrnehmung des akademischen Titels des Doktors bestehe.

Dem BGH ist zwar insoweit zuzustimmen, dass ein Dokortitel ein Beleg für eine abgeschlossene Hoch- schulausbildung ist, da die Promotionsordnungen der Universitäten in der Regel den Abschluss eines solchen zur Erlangung des Doktorgrades voraussetzen. Fraglich bleibt bei dieser Ansicht jedoch, ob ein Doktorgrad tat- sächlich einen bloßen Beleg für ein abgeschlossenes Hochschulstudium darstellt. Zieht man beispielsweise etwa die Situation eines examinierten Juristen mit „blo- ßem“ ersten Examen heran, so führt das Bestehen des ersten Examens gerade nicht zur Titelführungsbefugnis „Dr.“, sondern eben „nur“ zur Bezeichnung „Ref.jur.“³ oder „Jurist (Univ.)“ bzw. „Juristin(Univ.)“.⁴ Selbiges gilt

1 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38.Aufl.2018 § 22 Rn 1.

2 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38.Aufl.2018 § 18 Rn 9.

3 So etwa in Baden-Württemberg, siehe etwa § 35 Abs. 3 der Verord-

nung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Juristen (JaPrO).

im Wesentlichen für alle Hochschul-Fachdisziplinen. Zwar löst der BGH, ein rechtlich Problemfeld auf pragmatische Art und Weise. Die Aussage, dass die Titelführungsbefugnis bloßer Nachweis eines Hochschulstudiums ist, kann bezweifelt werden. So sehen Promotionsordnungen, wie etwa die der Universität Freiburg für die Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaftliche Fakultät als allgemeine Zugangsvoraussetzung zur Promotion und damit zur Verleihung des Doktorgrades grundsätzlich den erfolgreichen Abschluss eines wirtschaftswissenschaftlichen Studienganges sowie eine zusätzliche Prüfungsleistung in Form eines Rigorosums voraus.⁵ Die Promotion geht eben gerade nicht mit dem Abschluss eines Hochschulstudiums einher, sondern ist ein „Mehr“ als dieses. Nicht von ungefähr ist auch die gesonderte Immatrikulation zum „Promotionsstudium“ möglich, nicht umsonst steht auch die Promotion immer wieder im Fokus hochschulrechtlicher Debatten. Beispielhaft sei etwa die zuletzt geführte Diskussion um Betreuungsvereinbarungen genannt, die letztlich zur gesetzlichen Verankerung derselben führte, vgl. § 38 Abs. 5 S. 3 LHG BW.⁶ All dies wäre nicht notwendig, wäre der Dokortitel mit dem Abschluss eines Hochschulstudiums gleichzusetzen.

Der Dokortitel stellt neben dem Nachweis für den Abschluss eines Hochschulstudiums vielmehr den Nachweis einer Zusatzqualifikation in Form einer besonderen wissenschaftlichen Leistung dar. Diese weist nicht den Abschluss eines bestimmten Studienganges nach, sondern die Fähigkeit, sich in wissenschaftlicher Art und Weise mit einer Thematik auseinandersetzen zu können.⁷ Diese wissenschaftliche Leistung geht, zumindest in der Regel, mit besonderen Fachkenntnissen auf eben dem der Promotion zugrundeliegenden Themenkreis einher. Mag der Unterschied der Entscheidung des BGH zufolge dem Anschein nach auch marginal sein, so ist er jedenfalls für Promovenden (meist) ein gewaltiger.⁸

Die Verankerung dieses Unterschiedes spiegelt sich im vorliegenden Fall auch in spezialgesetzlichen Vorschriften wieder. Das StBerG selbst liefert den Hinweis, dass ein nicht promovierter Steuerberater in seiner Berufsbezeichnung nicht einem promovierten Steuerberater gleich zu stellen ist: § 43 Abs. 3 StBerG lässt als einzigen Zusatz der Berufsbezeichnung „Steuerberater/in“ einen akademischen Grad zu. Der eine Steuerberater ist so

kraft gesetzlich zulässiger Bezeichnung ausgewiesener Fachmann seiner Disziplin. Der andere Steuerberater ist kraft seiner gesetzlich zulässiger Bezeichnung ausgewiesener Fachmann seiner Disziplin mit Dokortitel. Wenn der nicht promovierte Steuerberater und der promovierte Steuerberater in akademischer Sicht gleichlaufen würden – ein Hochschulstudium haben schließlich beide vorzuweisen – wäre diese Regelung überflüssig. Selbst der Gesetzgeber erachtet so einen Unterschied in der Berufsbezeichnung „StB.“ und „StB. Dr.“.

Anders, wie wie es zumindest der erste Anschein der Entscheidung des BGH vermittelt, besteht ein Unterschied nicht nur aus zwischenmenschlicher Sicht in Bezug auf die Außenwirkung, sondern auch aus akademischer und im Endergebnis eben auch aus rechtliche Sicht hinsichtlich eines promovierten und eines nichtpromovierten Steuerberaters. Aufgrund des akademischen Titels kann zusätzlich zur Ausbildungsexpertise aufgrund des Hochschulstudiums mit besonderen wissenschaftlich vertieften Fachkenntnissen sowie der Befähigung zum wissenschaftlichen Arbeiten gerechnet werden, welche über das im Hochschulstudium angeeignete Wissen hinausgeht.

Ob dieser Unterschied auch geeignet ist, eine Irreführung anzunehmen, wenn der promovierte namensgebende Sozius aus einer Kanzlei ausscheidet, kann vor dem oben Gesagten mit guten Argumenten vertreten werden. Hierfür spricht, dass die nicht promovierten verbliebenen Gesellschafter, eben gerade keine Promotion und somit auch nicht den Nachweis wissenschaftlicher Arbeitsweise führen können und dürfen, sondern auch kraft Gesetzes in ihrer Selbstbezeichnung auf das „StB.“ begrenzt sind. Ein weiteres Argument, welches angeführt werden kann, ist die Frage, an welcher Stelle etwa in solchen Fällen eine Grenze zu ziehen ist, wenn der promovierte Namensgeber ausscheidet und die übrigen Socii nur teilweise einen Dokortitel vorweisen können. Muss die Mehrheit promoviert sein, reichen gesellschaftsrechtliche Grenzwerte einer Sperrminorität von 25,1% oder gar nur ein Titelträger aus? Sind dagegen alle bis auf eine Person in einer Sozietät promoviert, sonnt diese sich dann im Schatten des „Dr.“ der anderen, welche den Dr. des ausgeschiedenen in der Firma mittragen? Müsste diese nicht eigentlich einen Briefkopf ohne

4 Vgl. § 17 Abs. 2 der Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen Bayern (JAPO).

5 So etwa §§ 1, 6 Promotionsordnung der Universität Freiburg Wirtschaft- und Verhaltenswissenschaftliche Fakultät.

6 Vgl. hierzu ausführlich *Löwisch/Würtenberger*, Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren, OdW 2014, S. 103ff.; vgl. weiterführend auch die Frage der Führung ausländischer Ehren-

doktorgrade in Deutschland *Löwisch/Lutz*, OdW 2017, S. 101ff.

7 Vgl. etwa § 38 Abs. 2 LHG BW: „Die Promotion dient dem Nachweis der Befähigung zu vertiefter wissenschaftlicher Arbeit und beruht auf einer selbstständigen wissenschaftlichen Arbeit (Dissertation)(...)“.

8 Kritisch auch *Römermann*, EWiR 2018, 581f. sowie *Juretzek*, DStR 2018, 1942.

„Firmen-Dr.“ verwenden? Der BGH geht insofern mit seiner „Hochschulabschlussvergleichbarkeits-Rechtsprechung“ den pragmatischen Weg und schiebt all diesen Fragen den Riegel vor. Die Betrachtung von Einzelproblemen wird so schmerzlos vermieden. Ob es nicht aber, unabhängig der Frage der Vergleichbarkeit von Promotion und Studienabschluss, ehrlicher gewesen wäre, zumindest dem Irreführungsverbot durch etwaige Firmenzusätze wie „Nachfolger“ oder „in Nachfolge“ Rechnung zu tragen, wie es bereits ebenfalls vom BGH als geeignet erachtet wurde, um eine Irreführung zu vermeiden (BGH I ZR 105/95), bleibt nun hinter dem Urteil des BGH verborgen und jedem selbst überlassen. Der Praxis sei jedoch insofern zumindest empfohlen neben

der Einwilligung des scheidenden Namensgebers bzw. dessen Rechtsnachfolgern zur Fortführung den Zusatz „Nachfolger“ oder „in Nachfolge“ in Erwägung zu ziehen.⁹ Dies vor allen Dingen dann, wenn die personelle Zusammensetzung der Kanzlei im Hinblick auf das Vorhandensein promovierter und nicht-promovierter Gesellschafter vielschichtig ist.

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

Nikolas Eibel ist Rechtsreferendar am LG Freiburg und wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kanzlei Dehmer & Partner in Freiburg.

9 Im Ergebnis auch *Juretzek*, DStR 2018, 1942.

Viktor Kurz

JurOA-Tagung Frankfurt vom 18. und 19. Oktober 2018

Am 18. und 19. Oktober 2018 fand im „Exzellenzcluster Normative Ordnungen“ der Goethe-Universität Frankfurt die Tagung „Open Access der Rechtswissenschaft – Pflicht oder Privatsache?“ statt. Anwesend waren Vertreter eigener Open-Access-Webseiten, Verlage, Vertreter von Bibliotheken, Professoren und sonstige Interessierte. Das Programm kann der Webseite¹ entnommen werden.

Im Rahmen der Tagung wurde eine Reihe von Beispielen und „best Practices“ aus dem Bereich des Open Access in der Rechtswissenschaft vorgestellt, nämlich das German Law Journal (GLJ)², das Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)³, der Völkerrechtsblog⁴ und das sui generis, Zeitschrift und Schriftenreihe⁵.

Ordnung der Wissenschaft (OdW) wurde von *Manfred Löwisch* vorgestellt. Er berichtete über Gründung und Spektrum von OdW, welches von aktuellen Problemen des Hochschulrechts im engeren Sinne, über komplexe wissenschaftsrechtliche und urheberrechtliche Fragen, europarechtliche Zusammenhänge und das Hochschularbeitsrecht bis hin zu den Grundsätzen wissenschaftlicher Ethik reicht.

Herausgeber⁶ der OdW sind mit dem Hochschul- und Wissenschaftsrecht befasste Hochschullehrer, Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Angehörige der Ministerialverwaltung und der Verwaltung der Kirchen, Rechtsanwälte und Leiter außeruniversitärer Forschungseinrichtungen. Diese trifft zugleich die Qualitätskontrolle aller Beiträge in OdW.

OdW verfolgt die Open Access Strategie in der Weise, dass jedermann kostenfrei Zugang zu den Ausgaben im Internet und auch als pdf-Version im Zeitschriftenformat hat. Möglich ist ebenfalls ein Abonnement auf der Webseite, um die Ausgaben automatisch zu erhalten. Aktuell liegt die Zahl der Abonnenten bei rund über 610 Personen. Täglich werden Seiten von OdW⁷ ca. 100 Mal pro Tag aufgerufen. OdW kooperiert mit Juris. Die Eingabe von Stichworten in das Rechercheportal von Juris führt zu den entsprechenden Stellen in OdW.

Die veröffentlichten Beiträge in OdW genießen alle Urheberrechtsschutz, wobei eine Verwendung zu wis-

senchaftlichen Zwecken unter Angabe der Quelle ausdrücklich gestattet ist.

OdW wird von dem Verein „Zeitschrift Ordnung der Wissenschaft e.V.“ getragen. Dieser verfolgt die Förderung von Wissenschaft und Forschung sowie der Volks- und Berufsbildung als steuerlich anerkannte gemeinnützige Zwecke.

Herausgeber, Schriftleitung, Vereinsvorstand und Redaktion arbeiten ehrenamtlich. Autorenhonorare werden nicht gezahlt, was sich aber nicht als hinderlich erweist. Vielmehr wächst der Autorenkreis ständig. Der Sachaufwand besteht in der Nutzung zweier PC im Büro der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg, im Betreiben der Website www.ordnungderwissenschaft.de und in der elektronischen Kommunikation über die Universität mit der Adresse odw@jura.uni-freiburg.de.

Der laufende Bedarf wird durch Mitgliedsbeiträge (100€/Jahr) und Spenden gedeckt.

In einer Paneldiskussion wurde die Sicht der Verlage erörtert. Die Materialien dazu werden auf der Tagungswebseite eingestellt.

Ebenfalls vertreten war die Staatsbibliothek zu Berlin. Diese stellte als zentrale Serviceplattform des Fachinformationsdienstes für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung ihre virtuelle Fachbibliothek <intR>² vor. Sie bietet einen personalisierten Fernleihservice für rechtswissenschaftliche Professoren, einen virtuellen Lesesaal mit einem umfangreichen Angebot an Datenbanken und ein juristisches Fachrepositorium zur Open-Access-Veröffentlichung qualitätsgesicherter Beiträge oder Zweitveröffentlichungen. Dies soll zur Förderung des Open-Access-Publikationsmodells beitragen.

Die Tagung will nicht bloß ein Ort für Diskussionen und Austausch gewesen sein, sondern darüber hinausgehend weitere Anregungen und praktische Umsetzung von rechtswissenschaftlichen Online-Zeitschriften fördern. Zu diesem Zweck wurde ein E-Mail-Verteiler⁸ eingerichtet, bei man sich unter dem

1 <http://www.juroa.de/> (23.11.2018).

2 www.germanlawjournal.com (23.11.2018).

3 www.jipitec.eu (23.11.2018).

4 www.voelkerrechtsblog.org (23.11.2018).

5 www.sui-generis.ch (23.11.2018).

6 Sofern die männliche Form genannt wird, ist stets auch die weibliche mit umfasst. Die Ausführungen beziehen sich entsprechend auch auf künstlerisches Personal.

7 www.ordnungderwissenschaft.de (23.11.2018).

8 jur@openaccess.ch.

Betreff: „Beitritt“ anmelden kann. Dort wird u.a. über das Erscheinen von Tagungsberichten, sowie über den Fortgang des geplanten Sonderheft zur Tagung über eine nächste Tagung zu Open-Access für die Rechtswissenschaft informiert.

Viktor Kurz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts.

Roland Reuß

TOFU¹

Der zunehmende Gebrauch von *e-mail* hat ein schlimmes, im Bereich der Schrift noch nie dagewesenes Phänomen gezeitigt. Der weitaus größte Teil der Leute, die sich mittels *e-mail* austauschen, tut das, ohne einen Gedanken darauf zu verschwenden, wie die Post beim Empfänger ankommt. Die Verantwortung für die Wahrnehmung dessen, was man geschrieben hat, wird nicht mehr übernommen. Beim traditionellen Brief war das unvorstellbar; beim Schreiben bereits über den späteren Empfänger reflektierend, versuchte der Schreiber tendenziell, alle äußeren Merkmale auf das Gegenüber abzustimmen: Papierwahl, Format, Schriftbild etc. waren Momente der zu eröffnenden Kommunikation, die nicht dem Zufall überlassen wurden. Respekt dem anderen gegenüber auch in den äußeren Bestandteilen eines Briefes war eine, vielleicht die wichtigste Bedingung des Gelingens von durch Schrift vermitteltem Austausch.

An die Stelle jenes Respekts tritt heute nicht selten die bekennende Ahnungslosigkeit gepaart mit schonungsloser Nichtüberprüfung der Rechtschreibung. Laufen Sachen schief, meint man sich schon vorweg *generaliter* durch die Technik entschuldigt. Aber so einfach kommt man, Sancho Pansa, nicht davon. Unverschämtes, selbst wenn nicht intendiert, bleibt unverschämt; Mängel der äußeren Form bleiben Mängel, selbst wenn unwissentlich produziert. Die Unwissenheit entschuldigt, wie im allgemeinen, so auch hier nichts. Es ist ja nicht so, daß irgendwo ein Schild steht: »Beim Betreten des *e-mail*-Bereichs lasse alles Nachdenken fahren.« Ein paar Notizen also zu einem formalen *e-mail*-Steller.

Das erste *feature*, das man in seinem *e-mail-client* (Outlook-Express, Eudora, Netscape etc.) abstellen (oder jedenfalls nicht anstellen) sollte, ist jenes, das den Empfänger dazu auffordert, eine Empfangsbestätigung zu verschicken. Abgesehen davon, daß dieses *feature* schon manchen Empfangsrechner gehörig durcheinander gebracht hat, wie würde man eigentlich über einen Freund oder Kollegen denken, der seine Briefe allesamt per Einschreiben schickt? Eben.

Mindestens ebenso nervig sind *e-mails* jener Zeitgenossen, die, weil es auf ihrem Rechner schön aussieht, ein HTML-(wie es heißt)-*Briefpapier* für ihre Post verwenden, ohne sich darüber im klaren zu sein, daß manche Empfänger dieses Format (a) aus technischen Gründen nicht vernünftig interpretieren können, oder (b),

was ohnedies zu empfehlen ist, den Empfang in diesem Format absichtlich deaktiviert haben – weil sie nicht wollen, daß auf ihrem Rechner Sachen passieren, die (hoffentlich) von niemandem erwünscht sind. Das Einfachste ist hier das Beste, denn das kann jeder, gefahrlos, empfangen, und eine Nachricht zu verschicken, die sich selbst durchstreicht, mag ein schönes Beispiel für bestimmte Literaturtheorien sein, als Mittel, mit jemand anderem in Kontakt zu treten, taugt es wenig. Also nicht digitales Büttchen, sondern 8bit-Ascii. Man muß ein bißchen genauer schauen in den Voreinstellungen, dann sollte man das aber schon hinkriegen.

Doch selbst wenn der *e-mail-client* diesbezüglich empfangnerfreundlich konfiguriert ist, passieren immer noch die haarsträubendsten Sachen. Sie hängen mehr oder weniger alle mit einem unvernünftigen Gebrauch des *reply-buttons* zusammen, und gerade hier zeigt sich, daß die goldene Regel, der kategorische Imperativ – verschicke keine *e-mail*, von der du nicht wünschen könntest, sie selbst zu erhalten – nur selten beherzigt wird. Das Geheimnis des *reply-buttons* ist, was man sich eigens zu Bewußtsein führen muß, sein verstecktes Verhältnis zur voreingestellten Zeichenanzahl pro Zeile. Vorweg hierzu: Wer in den diesbezüglichen Optionen gar keine Begrenzung eingestellt hat (auch das kommt vor), hat unter Beweis gestellt, daß Solipsismus doch eine Sicht der Welt sein kann. Denn je nach Bildschirm und gewählter Schrift kann es dann schon passieren, daß der Empfänger Zeilen von 200 bis 300 Zeichen je Zeile vor sich hat, und, wäre nicht irgendwie durch die bloße Existenz der *e-mail* formal angezeigt, daß kommuniziert werden soll, würde es sich empfehlen, die Sendung gleich in die *trash-box* zu entsorgen. Menschenwürdige Zeilenlängen beginnen bei 70 Zeichen pro Zeile abwärts, und um sich das produzierte Erscheinungsbild einigermaßen vorstellen zu können, sollte man auch gleich eine Nicht-Proportionalschrift verwenden (anstelle der allgegenwärtigen Courier empfiehlt sich die kostenlose Andale-Mono von Monotype).

Ist einmal eine vernünftige Zeichenanzahl pro Zeile (65-70) eingestellt, hat man eine Basis, die einen in die Lage versetzt, den *reply-button* geregelt und sinnvoll einzusetzen (richtig: daß man auf eine Maus-Taste drücken kann, reicht hierfür durchaus noch nicht aus). Doch schon tut sich die nächste Falle auf: Im deutschen Usenet

¹ <http://www.textkritik.de/schriftundcharakter/sundcoo8tofu.htm> (20.12.2018).

ist für sie das Akronym TOFU gebräuchlich: Text Oben Fullquote Unten (die Mischung von Englisch und Deutsch, die auch in meinem Text hier verwendet wird, wäre eine eigene Glosse wert). Man bearbeitet den vom Computer erzeugten Zitattext nicht weiter, sondern schreibt einfach seinen Text obendrüber. Faulsein kann schön sein, nicht unbedingt aber, wenn dadurch einfachste Regeln der Sozialität mit Füßen getreten werden. Für empfindliche Empfänger ist das möglicherweise schon dadurch angezeigt, daß einem die Faulheit des Gegenüber in der Form des Vollzitats entgegentritt (wo Löschen doch so einfach ist). Niemand würde auf den Gedanken kommen, einem Antwortbrief den anfänglichen Brief beizulegen – und dafür ist (hoffentlich) nicht nur der Umstand verantwortlich, daß dann das Porto teurer wäre. Im Falle der *e-mail* kommt – goldene Regel, kategorischer Imperativ – hinzu, daß, gesetzt das Gegenüber hätte auch so schlechte Umgangsformen, bei einer weiteren Antwort schon zwei, dann drei usw. *fullquotes* den Weg durch die Kanäle finden, und kein Mensch mehr weiß, wovon die Rede ist.

Der Grund hierfür ist (neben der reinen Textmenge, die überflüssigerweise mitgeschleppt wird), daß jedes automatische *quoting* immer mindestens zwei Zeichen an der Zeilenlänge wegnimmt, eines für das Zitatzeichen (meistens und sinnvollerweise das »>«), eines für das Spatium danach. Immer dort, wo die voreingestellte kritische Zeichenanzahl überschritten wird, macht der *client* automatisch einen Umbruch, so daß meist bereits beim ersten Vollzitat Zeilen, die zitiert aussehen, mit Zeilen wechseln, die aus einem Wort bestehen, das ohne Zitatzeichen daherkommt. Konsequenz: Beim zweiten TOFU verschickt man einen unbedenklichen Buchstabensalat, der im vordigitalen Zeitalter undenkbar, heute gängiger Alltag ist. Wen kümmert's, wie's aussieht.

Will man das nicht, muß man sich beim *reply* die Mühe machen, seine Antwort zu redigieren. Wo man sich nicht direkt auf den vorausgehenden Text bezieht, löscht man ihn (denn es ist zuversichtlich zu hoffen, daß der Vorgänger noch weiß, was er einst geschrieben hat). Wo aber der Wortlaut des anfänglichen Textes zitiert werden muß, stellt man genau diesen Teil des Textes seinen eigenen Ausführungen voran. Die resultierende

e-mail besteht dann aus einer übersichtlichen Folge von fremdem und eigenem Text (und es gibt Programme, die sogar dazu in der Lage sind, beides farblich voneinander abzuheben). Das Problem mit dem Zeilenumbruch des zitierten Textes ist damit natürlich noch nicht umsegelt, und wer Produkte wie Outlook-Express oder Netscape-Messenger verwendet, wird hier viel Handarbeit zu verrichten haben, da man sowohl für den eigenen wie für den fremden Text den Zeilenumbruch am besten manuell durchführt.

Eigens für *e-mail*-Verkehr geschriebene, professionelle Programme wie Eudora oder TheBat! helfen hier bedeutend weiter, ist in ihre Programmierung doch, man glaubt es kaum, Bewußtsein von den formalen Klippen der digitalen Kommunikation eingegangen. Und mit ihnen wäre vielleicht auch wieder ein technischer Fortschritt in der wissenschaftlichen Kommunikation möglich. Jacob Grimm und Georg Friedrich Benecke mußten für ihre Zeit noch eine bestimmte Art wissenschaftlichen Briefwechsels, die »Adversarien«, »erfinden«. Auf die Briefbogen (962 sind überliefert!) wurden einspaltig Fragen geschrieben, die dann mit den Antworten auf der anderen Spalte zurückkamen.

»Zu den mitgetheilten Fragen folgt hier meine beige-schriebene Antwort. Die Einrichtung ist vortrefflich und soll, hoffe ich, zwischen uns bald nicht aufhören. Doppeltes Schreiben wird erspart und eine bestimmte, verständliche Beziehung der Antworten auf die Frage nur so erst leicht gemacht. Freilich behält am Ende blos der Frager die Acten zum Aufheben bei sich, indeßen selbst das nöthigt zu fleißigem Eintragen des Wichtigen, ehe man sie von sich läßt.« (Jacob Grimm an Benecke, 14. Juni 1819)

E-mail-clients gewähren diese Möglichkeit schon von jeher, vorausgesetzt man kann sie bedienen. Zitierenlernen: ein kleiner Schritt für einen selbst, ein großer für den Empfänger.

Roland Reuß ist Professor für neuere deutsche Literatur an der Universität Heidelberg und Mitgründer des Instituts für Textkritik in Heidelberg.