

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2019

Aufsätze

- Stefan Mückl* Der Angebotscharakter der Konkordate und Kirchenverträge - Die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen an den staatlichen theologischen Fakultäten **69-88**
- Volker M. Haug* Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht **89-96**
- Frank Selbmann / Alexander Schwarz* Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen im Hochschulzulassungsrecht **97-110**
- Alexander Kübler-Kreß* Die Hochschullehrermehrheit an privaten Hochschulen – Pflicht oder Kür? **111-118**
- Margrit Seckelmann* Evaluation und Recht. Ansätze zu einem wissenschaftsadäquaten Modell der staatlichen Indienstnahme evaluativer Verfahren **119-124**
- Tobias Mandler / Laura Wegmann* Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 **125-130**
- Frederik Becker* Die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler an Hochschulen (Tagungsbericht)
Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. April 2018, Az.: 2 BvL 10/16 **131-134**

Ausgegraben

- Peter Rieß* Belegverbindung **135-136**

Stefan Mückl

Der Angebotscharakter der Konkordate und Kirchenverträge - Die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen an den staatlichen theologischen Fakultäten

Übersicht

I. Textanalyse: Bestimmungen der Konkordate und Kirchenverträge

- 1. Bayern*
- 2. Regelungen in Preußen sowie Fortgeltung und Änderungen in den Nachfolgeländern*
- 3. Baden und Baden-Württemberg*
- 4. Neue Bundesländer*
- 5. Zwischenergebnis*

II. Historische Genese der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

- 1. Gesetzgebung in der Zeit des sog. „Kulturkampfes“*
- 2. Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Preußenkonkordat*

III. Fortgeltung der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

- 1. Modifizierung durch das Reichskonkordat*
- 2. Erweiterung kirchlicher Rechte durch die Landesverfassungen nach 1945*
- 3. Zwischenergebnis*

IV. Bedeutungswandel theologischer Fakultäten durch geänderte Rahmenbedingungen

- 1. Wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen und Notwendigkeit der staatlichen Universität*
- 2. Theologische Fakultäten als überwiegende Ausbildungsstätten für den geistlichen Nachwuchs*
- 3. Errichtung von theologischen Fakultäten „zur“ wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen*
- 4. Kirchliche Verpflichtungen in besonderen Situationen*

V. Zusammenfassung in Thesen

In zahlreichen Konkordaten und Kirchenverträgen hat sich der Staat gegenüber seinem jeweiligen kirchlichen Vertragspartner zur Einrichtung und Unterhaltung von theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitä-

ten verpflichtet. Bis in die 1970er Jahre hinein dominierte in den Vertragstexten die motivierende Erwägung, dergestalt die „wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ zu gewährleisten. Dieses „Angebot des Staates an die Religionsgemeinschaften“¹ wurde in den seit 1990 abgeschlossenen Staatskirchenverträgen durchweg durch die Garantie zugunsten der Kirchen komplettiert, eigene Hochschulen zu errichten und zu unterhalten sowie nach Maßgabe des allgemeinen Hochschulrechts für diese Institutionen staatliche Anerkennung und Förderung zu erlangen. Von Anfang an war in den Konkordaten mit dem Heiligen Stuhl explizit die Feststellung enthalten, daß jene „wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ auch an anderen Institutionen als an den staatlichen theologischen Fakultäten erfolgen könne.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie sich die in den Staatskirchenverträgen geregelten Garantien „staatliche theologische Fakultäten“ und „kirchliche Hochschulfreiheit“ zueinander verhalten: Stehen sie gleichberechtigt nebeneinander oder besteht umgekehrt der Vorrang der einen gegenüber der anderen? Stellen die staatlichen theologischen Fakultäten – mit der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts – (nur) ein „Angebot des Staates“ dar, oder sind die Kirchen auch rechtlich verpflichtet, sie in Anspruch zu nehmen? Ist die kirchliche Hochschulfreiheit umfassend oder unterliegt sie vertragsimmanenten Schranken, resultierend etwa aus der Existenz einer staatlichen theologischen Fakultät?

Derartige Fragen haben bislang wenig, noch weniger vertiefte, Aufmerksamkeit in Wissenschaft und Praxis gefunden. Lediglich vereinzelt finden sich dazu im älteren Schrifttum einige Äußerungen, die zumeist nur thesenhaft erfolgen und allenfalls knapp begründet werden. Sie lassen sich in zwei grundlegenden Aussagen zusammenfassen:

- Sofern die Errichtung einer staatlichen theologischen Fakultät vertraglich vereinbart wurde, habe „die Kirche“ damit (stillschweigend) die Verpflichtung

1 BVerfGE 122, 89 (111).

tung übernommen, ihre künftigen Geistlichen auch von dieser ausbilden zu lassen.²

- Die staatskirchenvertragliche Bestandsgarantie für die staatlichen theologischen Fakultäten beinhaltet für den kirchlichen Vertragspartner die (Neben-)Pflicht oder zumindest die Obliegenheit, sich mit der Errichtung eigener Hochschulen „zurückzuhalten“.³

Um zu klären, ob diese Thesen die Rechtslage zutreffend wiedergeben und die aufgeworfenen Fragen umfassend und (heute noch) maßgeblich beantworten, bedarf es zunächst einer eingehenden Bestandsaufnahme der bestehenden staatskirchenvertraglichen Bestimmungen (I.). Nach einer Analyse ihrer historischen Hintergründe (II.) ist sodann zu untersuchen, ob diese rechtlich unverändert Bestand haben (III.). Desgleichen bedarf der Klärung, ob und inwieweit mittlerweile eingetretene Veränderungen bei den rechtlichen Rahmenbedingungen wie im Tatsächlichen Geltung oder Interpretation dieser Bestimmungen beeinflussen (IV.). Abschließend werden die Ergebnisse dieser Überlegungen thesenhaft zusammengefaßt (V.).

I. Textanalyse: Bestimmungen der Konkordate und Kirchenverträge

Die Bestandsaufnahme der einschlägigen Vertragsbestimmungen erfolgt in vier Abschnitten, entsprechend der historischen Reihenfolge des Abschlusses der Konkordate und Kirchenverträge. Den Ausgangspunkt bilden die bayerischen Verträge von 1924 (1.), gefolgt von den preußischen von 1929/31 (2.) und den badischen von 1932 (3.). Um die Genese der aktuellen Rechtslage besser nachvollziehen zu können, werden die nachgehenden Fortschreibungen und

Modifizierungen jeweils miteinbezogen. Der vierte Abschnitt widmet sich den seit 1990 mit den neuen Ländern abgeschlossenen Staatskirchenverträgen, sofern diese konstitutiv Neues enthalten und nicht allein die vorherige – preußisch geprägte – Rechtslage aufrechterhalten, modifizieren oder abändern.

1. Bayern

a) Konkordat mit dem Heiligen Stuhl

Das Bayerische Konkordat (BayK)⁴ gewährleistete die (im Vertragstext indes nicht explizit genannten) theologischen Fakultäten an den Universitäten sowie die (gleichfalls staatlichen) philosophisch-theologischen Hochschulen.⁵ Aufgabe beider Institutionen sollte sein, „den Bedürfnissen des priesterlichen Berufes nach Maßgabe der kirchlichen Vorschriften Rechnung (zu) tragen“ (Art. 4 § 1). Für bestimmte Geistliche wurde die erfolgreiche Absolvierung der kirchlich vorgeschriebenen philosophisch-theologischen Studien statuiert, welche alternativ entweder an einer deutschen staatlichen Hochschule, einer den Bestimmungen des c. 1365 CIC/1917 entsprechenden deutschen bischöflichen Hochschule oder an einer päpstlichen Hochschule in Rom zu erfolgen hatten (Art. 13 § 1 lit. c)). Speziell für Ordenskleriker bestand nach Art. 13 § 2 S. 2 zusätzlich die Möglichkeit, die Studien an eigenen Ordensschulen zu absolvieren.

In den 1960er und 1970er Jahren wurden die philosophisch-theologischen Hochschulen aufgehoben und als theologische Fakultäten bzw. Fachbereiche in die erweiterten bzw. neugegründeten Landesuniversitäten integriert.⁶ Deren Zweckbestimmung wurde über die „Be-

2 Soweit ersichtlich, erstmals *Ernst-Lüder Solte*, *Theologie an der Universität. Staats- und kirchenrechtliche Probleme der theologischen Fakultäten*, 1971, S. 103 m. Fn. 5; ähnlich *Heinz Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten im Spannungsfeld von Staat und Kirche. Entstehung und Auslegung der Hochschulbestimmungen des Konkordats mit Preußen von 1929*, dargelegt unter Berücksichtigung des preußischen Statutenrechts und der Bestimmungen des Reichskonkordats, 1979, S. 406; ebenso *Martin Heckel*, *Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat*, 1986, S. 371.

3 Im Ansatz bereits *Werner Weber*, *Der gegenwärtige Status der theologischen Fakultäten und Hochschulen*, in: *Tymbos für Wilhelm Ahlmann. Ein Gedenkbuch*, herausgegeben von seinen Freunden, 1951, S. 309 (323); sodann *Manfred Baldus*, *Die philosophisch-theologischen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland. Geschichte und gegenwärtiger Rechtsstatus*, 1965, S. 113 f. („Obliegenheit“); *Solte*, *Theologie an der Universität* (FN 2), S. 110 f.; *Heckel*, *Die Theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat* (FN 2), S. 369 („Nebenpflicht“); *Rainer Himmelsbach*, *Die Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten Trier, Paderborn, Frankfurt St. Georgen und Fulda*, 1996, S. 30; dies zuletzt aufgreifend *Heribert Schmitz*, *Zukunft katholisch-theologischer Fakultäten in Deutschland*, *MThZ* 51 (2000), 292 (294).

4 Konkordat zwischen Seiner Heiligkeit Papst Pius XI. und dem

Staate Bayern vom 29. März 1924, Abdruck bei *Joseph Lißl*, *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis*, Band I, 1987, S. 289 ff.

5 Erst die Regierungsbegründung zu Art. 3 BayK (Abdruck ebd., S. 303 ff.) führte die bestehenden Institutionen auf: theologische Fakultäten in München und Würzburg, philosophisch-theologische Hochschulen in Bamberg, Dillingen, Freising, Passau und Regensburg (S. 306).

6 1966 Freising/München (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über die Auflösung der Philosophisch-Theologischen Hochschule Freising und die wissenschaftliche Ausbildung der Studierenden der katholischen Theologie an der Universität München vom 2. September 1966, Abdruck ebd., S. 374 f. – Hintergrund war die Verlegung des Priesterseminars der Erzdiözese München und Freising von Freising nach München) und Regensburg (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über die katholisch-theologische Fakultät der Universität Regensburg vom 2. September 1966, Abdruck ebd., S. 378 ff.), 1970 Dillingen/Augsburg (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über den Katholisch-theologischen Fachbereich der Universität Augsburg nebst Schlußprotokoll vom 17. September 1970, Abdruck ebd., S. 399 ff.), 1974 Passau und Bamberg (Art. 3 § 1 n.F. BayK, i.d.F. des

dürfnisse des priesterlichen Berufs“ hinaus auf diejenigen „anderer seelsorgerischer Dienste nach Maßgabe der kirchlichen Vorschriften“ erweitert (Art. 4 § 1 n.F.).⁷ Außerdem fand sich der bayerische Staat zur Gewährleistung der Errichtung und des Betriebs (sowie der weitgehenden Finanzierung) „einer örtlich zusammengefaßten kirchlichen Gesamthochschule“⁸ mit den wissenschaftlichen Studiengänge Katholische Theologie sowie Lehramt bereit,⁹ welche 1980 in „Katholische Universität Eichstätt“ umbenannt wurde.¹⁰ Im wesentlichen unverändert blieben seit 1924 die Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher, von denen seit dem Änderungsvertrag von 1974 bei kirchlichem wie staatlichen Einverständnis abgesehen werden kann.¹¹ Wenn freilich die 1987 staatlicherseits veröffentlichte „bereinigte Fassung“ des Konkordats¹² (die aktuell gleichlautend im Internet zugänglich ist¹³), unverändert auf eine seit 1983 nicht mehr geltende Norm des kanonischen Rechts verweist,¹⁴ indiziert dieser Umstand ein überaus zurückhaltendes Interesse des Staates an deren Effektivierung.

b) Evangelische Kirchenverträge

Ursprünglich war allein die evangelische theologische Fakultät an der Universität Erlangen in ihrem Bestand gesichert.¹⁵ Daneben wurde für bestimmte Geistliche ein mindestens vierjähriges philosophisch-theologisches Studium an einer deutschen staatlichen Hochschule festgeschrieben; allerdings stand es den Kirchen frei, eine mit ihrer Erlaubnis an außerdeutschen Fakultäten verbrachte Zeit auf das vorgeschriebene Studium anzurechnen.¹⁶

Die Vertragsfortschreibungen der Nachkriegszeit – welche nunmehr allein das früher so bezeichnete rechtsrheinische Bayern betreffen – bezogen sich auf die Neugründung der Evangelisch-Theologischen Fakultät an der Universität München¹⁷ sowie die Errichtung von Lehrstühlen für die Religionslehrerausbildung an den übrigen Landesuniversitäten.¹⁸ Der Änderungsvertrag von 1974 enthielt erstmals die Vorgabe, die Fakultäten müßten „insbesondere den Bedürfnissen des Berufs eines evangelischen Pfarrers unter Berücksichtigung der

Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern zur Änderung und Ergänzung des Bayerischen Konkordats vom 29. März 1924 vom 4. September 1974, Abdruck ebd., S. 406 ff.). – Mittlerweile wurden durch das Zusatzprotokoll zum Bayerischen Konkordat vom 29. März 1924 vom 19. Januar 2007 (GVBl. S. 351), bedingt durch das infolge rückläufiger Studentenzahlen entstandene „Mißverhältnis zwischen der Zahl der Lehrenden und der Studierenden“, die Fakultäten in Bamberg und Passau auf 15 Jahre sisziert. Hierzu *Johann Störle*, Anmerkungen zum „Ruhem“ der Kath.-Theol. Fakultäten an den Universitäten Bamberg und Passau, BayVBl 2007, 673 ff.

- 7 Inso weit geht die Regierungsbegründung (LT-Drucks. 7/7108, S. 16) davon aus, daß die Priesterausbildung der zu erfüllende Hauptzweck der Fakultäten und Fachbereiche bleibt, doch auch „der eingetretenen Entwicklung“ Rechnung getragen werden soll, daß „das Lehrangebot auch für Laientheologen (Pastoralassistenten) dienlich sein soll“.
- 8 „Zusammengefaßt“ wurden die Bischöfliche Philosophisch-Theologische Hochschule Eichstätt (1843-1924: Kirchliches Lyzeum) und die 1958 von der Freisinger Bischofskonferenz gegründete und staatlich genehmigte Kirchliche Pädagogische Hochschule Eichstätt. – Näher *Wolfgang Kahl*, Grundlagen. Die Geschichte der bayerischen Hochschulen, in: Max-Emanuel Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern. Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 37; näher *Hubert Gruber*, Die Eichstätter Hochschulen nach 1945, in: Rainer A. Müller (Hrsg.), Veritati et Vitae. Vom Bischöflichen Lyzeum zur Katholischen Universität. Festschrift im Auftrag der Geschichts- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität Eichstätt, 1993, S. 109 ff.
- 9 Art. 5 n.F. BayK.
- 10 Notenwechsel zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über die Umbenennung der Kirchlichen Gesamthochschule Eichstätt vom 1./5. März 1980, Abdruck bei *Listl*,

Konkordate und Kirchenverträge I (FN 4), S. 468 ff. – Seit 2001 führt die Institution die Bezeichnung „Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt“, Grundlage dafür war die durch eine weitere Konkordatsänderung ermöglichte Errichtung einer wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern zur Änderung und Ergänzung des Bayerischen Konkordats vom 29. März 1924, vom 8. Juni 1988 [GVBl. S. 241]).

- 11 Art. 13 § 3 n.F. BayK.
- 12 Bayerische Rechtssammlung, Bd. IV S. 190.
- 13 www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayKonk (Zugriff: 22. März 2019).
- 14 Art. 13 § 1 lit. c) sowie § 2 nehmen Bezug auf c. 1365 CIC (1917). Die Bestimmung trat mit Inkrafttreten des neuen CIC von 1983 außer Kraft; die nun für die wissenschaftliche Vorbildung der Priester geltenden Vorschriften finden sich in cc. 250-252 CIC (1983).
- 15 Art. 2 Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern rechts des Rheins vom 15. November 1924, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I (FN 4), S. 508 ff.
- 16 Art. 26 lit. c. BayEvKV sowie Art. 19 lit. c) des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Vereinigten protestantisch-evangelisch-christlichen Kirche der Pfalz (Pfälzische Landeskirche) vom 15. November 1924, Abdruck ebd., S. 517 ff.
- 17 Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern über die Evangelisch-Theologische Fakultät der Universität München vom 20. Juni 1967, Abdruck ebd., S. 553 f.
- 18 Art. 3 und 4 des Vertrags zwischen dem Freistaat Bayern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern zur Änderung des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924 vom 12. September 1974, Abdruck ebd., S. 566 ff.

kirchlichen Prüfungsordnungen“ sowie ferner den Bedürfnissen der Studenten für das Lehramt aller Stufen Rechnung tragen.¹⁹ Hinsichtlich der Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher wurde eine – vom kirchlichen und staatlichen Einverständnis bedingte – Dispensmöglichkeit geschaffen.²⁰ Ein weiterer Änderungsvertrag von 1978²¹ schließlich stellte – unter explizitem Hinweis auf die Bayerische Verfassung²² – das Studium an einer kirchlichen mit demjenigen an einer staatlichen Hochschule gleich²³ und erhöhte die Anzahl der Lehrstühle für evangelische Theologie an den Universitäten ohne eigene theologische Fakultät.²⁴

2. Regelungen in Preußen sowie Fortgeltung und Änderungen in den Nachfolgeländern

a) Katholische Kirche

Anders als in Bayern gewährleistete das Konkordat des Heiligen Stuhls mit dem Freistaat Preußen (PrK)²⁵ den Fortbestand von vier konkret aufgeführten katholisch-theologischen Fakultäten, welche der „wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ dienen sollten: an den Universitäten Breslau, Bonn und Münster sowie an der Akademie Braunsberg (Art. 12 Abs. 1). Ergänzend erklärte Art. 12 Abs. 2 PrK den Erzbischof von Paderborn sowie die Bischöfe von Trier, Fulda, Limburg, Hildesheim und Osnabrück für „berechtigt, in ihren Bistümern ein Seminar zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zu besitzen“. Derartige Institutionen bestanden im Zeitpunkt des Vertragschlusses bereits in Paderborn (Philosophisch-Theologische Akademie), Trier (Bischöfliches

Priesterseminar), Fulda (Philosophisch-Theologische Lehranstalt) und seit 1926 auch in Limburg (Philosophisch-Theologische Hochschule Frankfurt St. Georgen). Inhaber bestimmter höherer kirchlicher Ämter sowie die kanonischen Pfarrer mußten ein mindestens dreijähriges philosophisch-theologisches Studium (sog. Triennium) nachweisen, das entweder an einer deutschen staatlichen Hochschule, an einem der in Art. 12 PrK aufgeführten bischöflichen Seminare oder an einer päpstlichen Hochschule in Rom zu absolvieren war (Art. 9 Abs. 1 lit. c), Art. 10 Abs. 1).²⁶

Unbeschadet der Auflösung Preußens durch den Alliierten Kontrollrat 1947 blieb das Konkordat auch für die auf ehemals preußischem Staatsgebiet neu entstandenen Länder grundsätzlich in Geltung.²⁷ Die nachfolgenden Konkordate und Verträge zwischen Heiligem Stuhl und den betreffenden Ländern als Rechtsnachfolger Preußens setzen mit Fortschreibungen und Neuregelungen eigene Akzente:

- Dem Bischof des 1956/57 neu errichteten Bistums Essen wurde vertraglich²⁸ der Besitz eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen in seinem Bistum zugestanden (§ 6), die Bestimmungen des Art. 12 Abs. 2 PrK galten fortan auch für dieses Seminar. Als ein Jahrzehnt später das Land an der neugegründeten Ruhr-Universität Bochum eine Katholisch-Theologische Abteilung einrichtete, erklärte der Heilige Stuhl in einem auf die Freundschaftsklausel gem. Art. 13 PrK gestützten Notenwechsel gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen, der Bischof von Essen werde „im Hinblick auf die Geltung dieser Gesamtregelung“ von seinem ihm

19 Art. 5 Abs. 1 und 2 n.F. BayEvKV (Abschnitt I Nr. 1 des in FN 18 genannten Vertrags).

20 Art. 26 Abs. 2 n.F. BayEvKV (Abschnitt I Nr. 8 des in FN 18 genannten Vertrags).

21 Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern zur Änderung des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924, vom 10. Juli 1978, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I (FN 4), S. 579 ff.

22 LT-Drucks. 8/8827, S. 4.

23 Art. 26 Abs. 1 lit. c) n.F. BayEvKV.

24 Art. 3 und 4 n.F. BayEvKV. – Das Zusatzprotokoll zum Vertrag zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924, vom 14. März 2007 (GVBl. S. 556) reduzierte wieder die Lehrstühle an den Universitäten ohne eigene theologische Fakultät (Ziffer II) und erneuerte die Garantie der Fakultäten in Erlangen-Nürnberg und München in ihrer konkreten Ausstattung (Ziffer I).

25 Vertrag des Freistaates Preußen mit dem Heiligen Stuhl nebst Schlußprotokoll vom 14. Juni 1929, Abdruck bei *Joseph Listl*, Die

Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis, Band II, 1987, S. 709 ff.

26 Das Schlußprotokoll zu Art. 9 stellte das an einer österreichischen staatlichen Universität zurückgelegte Studium gleich, nach Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 konnte bei kirchlichem und staatlichem Einverständnis vom in Art. 9 Abs. 1 lit. c) normierten Erfordernis abgesehen werden, ebenso konnte ein an anderen deutschsprachigen (nicht notwendigerweise staatlichen) Hochschulen erfolgtes Studium anerkannt werden.

27 Eingehend zur Problematik *Ulrich Haude*, Die Fortgeltung des preußischen Konkordats vom 14.6.1929 und der preußischen evangelischen Kirchenverträge vom 11.5.1931 in den Ländern Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz, Diss. iur. Bonn 1955.

28 Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit dem Heiligen Stuhl über die Errichtung des Bistums Essen vom 19. Dezember 1956, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II (FN 25), S. 230 ff.

vertraglich eingeräumten Recht keinen Gebrauch machen.²⁹ Freilich bestand in Essen zu keinem Zeitpunkt ein Seminar i.S.v. Art. 12 Abs. 2 PrK.³⁰

Die Regelung des Notenwechsels wurde in einem weiteren Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Heiligen Stuhl vom 26. März 1984³¹ bestätigt (Schlußprotokoll zu Art. II). Im übrigen bekräftigte der Vertrag – dessen Regelungsgehalt ausweislich der Präambel darin bestand, auf der Grundlage der bestehenden vertraglichen Bindungen eine Übereinkunft über die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 PrK (sowie des Schlußprotokolls zu Art. 12 Abs. 1 S. 2 PrK) zu treffen – die Bestandsgarantie zugunsten der katholisch-theologischen Fachbereiche in Bochum, Bonn und Münster (Art. II); ihre Zweckbestimmung wurde wiederum mit der „wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ umschrieben.

- Im Niedersächsischen Konkordat von 1965³² erklärte sich das Land Niedersachsen bereit, „zu gegebener Zeit“ eine katholisch-theologische Fakultät an der Universität Göttingen zu errichten (Art. 4 Abs. 1). Im gleichen Zeitpunkt sollte für die Bischöfe von Hildesheim und Osnabrück Art. 12 Abs. 2 PrK (also die Berechtigung zum Besitz eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen) entfallen (Art. 4 Abs. 2). Die Zurückstellung der (bis heute nicht erfolgten) Errichtung einer Fakultät in Göttingen erklärte die Regierungsbegründung zum

Konkordat mit der Erwägung, die zu erwartende Zahl der Studenten der Diözese Hildesheim, welche allein bisher bereit wäre, eine solche Fakultät zu ihrer ordentlichen Ausbildungsstätte zu bestimmen, würde die Errichtung einer Fakultät nicht rechtfertigen.³³

Für die 1990 wiederbegründeten Länder Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen war hingegen die Fortgeltung des Preußischen Konkordats nicht unumstritten.³⁴ Die von diesen Ländern mit dem Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge enthalten insoweit salvatorische Klauseln,³⁵ nehmen aber in der Sache Neuregelungen vor, die nur noch teilweise den Inhalten des Konkordats von 1929 entsprechen:

- Fast zur Gänze fehlen die tradierten Bestimmungen hinsichtlich der Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher.³⁶ Teilweise erklären die Länder explizit den Vorrang von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV.³⁷
- Für das Erzbistum Hamburg sowie die Bistümer Magdeburg und Erfurt wird das Recht des (Erz-)Bischofs anerkannt, gemäß dem kirchlichen Recht ein Diözesanseminar (Hochschule im Sinne des Kirchenrechts und Priesterseminar) zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zu errichten; nach dem jeweiligen Landesrecht kann dieses Seminar den Status einer staatlich anerkannten Hochschule erhalten.³⁸

29 Notenwechsel zwischen dem Ministerpräsidenten des Landes Nordrhein-Westfalen und dem Apostolischen Nuntius in Deutschland über die Katholisch-Theologische Abteilung der Ruhr-Universität Bochum vom 20./29. Dezember 1967, Abdruck ebd., S. 256 ff.

30 Edmund Biagoni, Essen, in: Erwin Gatz (Hrsg.), Priesterausbildungsstätten der deutschsprachigen Länder zwischen Aufklärung und Zweitem Vatikanischem Konzil. Mit Weihestatistiken der deutschsprachigen Diözesen, 1994, S. 73 f.

31 Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II (FN 25), S. 297 ff.

32 Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Lande Niedersachsen vom 26. Februar 1965, Abdruck ebd., S. 5 ff.

33 Abdruck ebd., S. 37 ff. (42 f.).

34 Zur Problematik *Wolfgang Rüfner*, Geltung des Reichskonkordats, des Preußischen Konkordats und des Preußischen Kirchenvertrags im Beitrittsgebiet, in: Bernd Becker/Hans Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), *Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 343 ff.

35 Die Wendungen lauten: „in Würdigung des Vertrages“ bzw. „unbeschadet einer Fortgeltung des Vertrages“.

36 Ausnahmen bilden das Bistum Dresden-Meißen im Hinblick auf die Besetzung des bischöflichen Stuhls und die Kanonikate des Domkapitels (insoweit gilt gem. Art. 13 Abs. 2 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Sachsen vom 2. Juli 1996, AAS 89 [1997], 613 = GVBl 1997 S. 18, Art. 14 des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich

vom 20. Juli 1933 [Reichskonkordat, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I, S. 34 ff., fort] sowie das Bistum Erfurt (hier werden die tradierten Kautelen des PrK hinsichtlich der höheren Geistlichen, nicht aber hinsichtlich der Pfarrer, fortgeschrieben, s. Art. 5 Abs. 3 und 4 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen vom 11. Juni 1997, AAS 89 [1997], 756 = GVBl S. 266).

37 Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und den Ländern Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Magdeburg vom 13. April 1994, AAS 87 (1995), 129 = SächsGVBl S. 1046; Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg sowie dem Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Görlitz vom 4. Mai 1994, AAS 87 (1995), 138 = SächsGVBl S. 1059; Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen über die Errichtung des Bistums Erfurt vom 14. Juni 1994, AAS 87 (1995), 145 = GVBl S. 791 (jeweils: Schlußprotokoll zu Art. 3 und 4); ebenso Art. 12 Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Sachsen-Anhalt vom 15. Januar 1998, AAS 90 (1998), 470 = GVBl S. 161.

38 So in den in FN 37 genannten Bistumserrichtungsverträgen für Magdeburg und Erfurt (jeweils Art. 6), außerdem Art. 8 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien und Hansestadt Hamburg, dem Land Mecklenburg-Vorpommern und dem Land Schleswig-Holstein über die Errichtung von Erzbistum und Kirchenprovinz Hamburg vom 22. September 1994, AAS 87 (1995), 154 = GVBl MV S. 1026.

– Alle fünf neuen Länder erkennen das Recht der Kirche (sowie ihrer Ordensgemeinschaften und Einrichtungen) zur Errichtung eigener Hochschulen an, deren Anerkennung sich wiederum nach dem jeweiligen Landesrecht sowie ggf. ergänzender Vereinbarung bemisst.³⁹ Während an den Universitäten Dresden und Halle Institute für Katholische Theologie zum Zweck der Religionslehrausbildung bestehen,⁴⁰ wurde allein⁴¹ in Erfurt (bis 1945 preußisch) im Jahr 2002 eine katholisch-theologische Fakultät an der staatlichen Universität errichtet.⁴² Bereits im Vorfeld war im Thüringer Vertrag der Verzicht „der Diözesanbischöfe“ auf die Ausübung des Rechts festgehalten worden, eine eigene Einrichtung für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen zu errichten oder zu unterhalten.⁴³ Um welche Bischöfe es sich dabei gehandelt haben könnte, läßt der Vertragstext indes nicht erkennen.⁴⁴

b) Evangelische Kirchen

Der Preußische Kirchenvertrag (PrEvKV)⁴⁵ erhielt mit der Zielsetzung „für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ die evangelisch-theologischen Fakultäten an den Universitäten in Berlin, Bonn, Breslau, Greifswald, Halle, Kiel, Königsberg, Marburg

und Münster aufrecht (Art. 11 Abs. 1). Für bestimmte kirchliche Ämter war die Absolvierung eines mindestens dreijährigen theologischen Studiums an einer deutschen staatlichen Hochschule Voraussetzung (Art. 8 Abs. 1 lit. c)). Allerdings konnte – bei kirchlichem und staatlichen Einverständnis – auch ein Studium an „anderen deutschsprachigen Hochschulen“ anerkannt werden (Art. 8 Abs. 3). Näheren Anhalt, was darunter zu verstehen sein könnte,⁴⁶ lassen sich dem Vertragstext nicht entnehmen.

Dieser Grundkonzeption des Preußischen Kirchenvertrags folgten diverse Kirchenverträge der 1950er und 1960er Jahre: Die Bestandsgarantien für die evangelisch-theologischen Fakultäten werden erneuert,⁴⁷ ihre Zweckbestimmung liegt weiterhin in der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen, bestimmte Kirchenämter erfordern unverändert ein mindestens dreijähriges theologisches Studium an einer deutschen staatlichen Universität⁴⁸ (oder wenigstens einer deutschsprachigen – nicht notwendigerweise staatlichen – Hochschule)⁴⁹. Gleichwohl wird schon in dieser Phase das überkommene preußische System fortentwickelt:

– Vorsichtig findet sich der Staat bereit, auch die Errichtung kirchlicher Ausbildungsstätten vertraglich zu fixieren, zunächst bezogen auf die „Lehrkräfte in evangelischer Religionspädagogik“ in

39 Art. 6 des SächsKathKV (FN 36); Art. 10 des ThürKathKV (FN 36); Art. 7 KathKV LSA (FN 37); Art. 5 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15. September 1997, AAS 90 (1998), 98 = GVOBl 1998 S. 2; Art. 5 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg vom 12. November 2003, AAS 96 (2004), 625 = GVB. 2004 S. 224.

40 Art. 5 SächsKathKV (FN 36) und Art. 5 KathKV LSA (FN 37).

41 Jeweils Art. 6 KathKV MV und KathKV Bbg (FN 39) sichern zu, eine wissenschaftliche Einrichtung für katholische Theologie oder Religionspädagogik nur aufgrund einer gesonderten Vereinbarung mit dem Heiligen Stuhl zu errichten. Dazu ist es bislang nicht gekommen.

42 Eingliederung der (kirchlichen, indes staatlich anerkannten) Theologischen Fakultät Erfurt in die staatliche Universität Erfurt durch den Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen hinsichtlich der Errichtung einer Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Erfurt vom 19. November 2002, AAS 95 (2003), 237 = GVB. S. 417.

43 Schlußprotokoll zu Art. 11 Abs. 2 ThürKathKV (FN 36).

44 Erst in der Regierungsbegründung zum Vertrag über die Errichtung der Fakultät in Erfurt (FN 42) nennt insoweit die Bischöfe der Diözesen Dresden-Meißen, Erfurt, Görlitz und Magdeburg, welcher ferner ihren „Willen bekräftigt“ hätten, „an der gemeinsamen Ausbildung ihrer Priesteramtskandidaten in Erfurt festzuhalten (LT-Drucks. 3/2824, S. 13). Von einer derartigen Absichtserklärung wußte bereits der Wissenschaftsrat in seiner „Stellungnahme zur Aufnahme der Universität Erfurt in das Hochschulverzeichnis des Hochschulbauförderungsgesetzes“ vom 25. Oktober 1995 zu berichten (Drs. 2273/95, S. 63 f.; zugänglich unter www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2273-95.pdf;

Zugriff: 22. März 2019).

45 Vertrag des Freistaates Preußen mit den Evangelischen Landeskirchen vom 11. Mai 1931, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II (FN 25), S. 760 ff.

46 Das an einer österreichischen staatlichen Universität zurückgelegte Studium wird bereits demjenigen an einer deutschen Universität gleichgestellt (Schlußprotokoll zu Artikel 8 Abs. 1 lit. c)). Kirchliche Hochschulen werden nicht erwähnt.

47 So für Göttingen (Art. 3 Abs. 1 des Vertrags des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19. März 1955, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II [FN 25], S. 109 ff.); Kiel (Art. 4 Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein vom 23. April 1957, Abdruck ebd., S. 665 ff.), Marburg (Art. 13 des Vertrags der Evangelischen Landeskirchen in Hessen mit dem Lande Hessen vom 18. Februar 1960, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I [FN 4], S. 802 ff.), Bonn und Münster (Art. II Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der Evangelischen Kirche im Rheinland, der Evangelischen Kirche von Westfalen und der Lippischen Landeskirche vom 18. September 1984, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II [FN 25], S. 380 ff.).

48 Art. 9 Abs. 1 lit. c) NdsEvKV; Art. 10 Abs. 1 lit. b) EvKV SH; Art. 10 Abs. 1 lit. c) HessEvKV (alle FN 47); außerdem Art. 9 Abs. 1 lit. c) Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Lippischen Landeskirche vom 6. März 1958 (Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II [FN 25], S. 322 ff.).

49 Art. 9 Abs. 3 und 4 NdsEvKV; Art. 10 Abs. 3 EvKV SH (beide FN 47); Art. 9 Abs. 3 und 4 EvKV Lippe (FN 48; hier zudem Erweiterung auf holländische Hochschulen).

Schleswig-Holstein,⁵⁰ sodann im Hinblick auf die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen generell im ehemals lippischen Landesteil Nordrhein-Westfalens.⁵¹

- Zudem nimmt der Staat – zustimmend – zur Kenntnis, daß die für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen erforderlichen theologischen Studien nicht zwingend an einer staatlichen theologischen Fakultät zu absolvieren sind, sondern auch an einer kirchlichen Hochschule erfolgen können (selbst wenn diese außerhalb der Landesgrenzen liegt und/oder obgleich das Land eine oder mehrere staatliche theologische Fakultäten unterhält).⁵²

Wesentlich stärkere Umformungen der Bestimmungen des Preußischen Kirchenvertrags erfolgten auch hier durch die Kirchenverträge zwischen den 1990 wiederbegründeten, ganz oder teilweise auf altem preußischen Staatsgebiet belegenen, Ländern und den jeweiligen evangelischen Landeskirchen.⁵³ Auch in ihnen werden die Bestandsgarantien zugunsten der in Art. 11 Abs. 1 PrEvKV genannten Fakultäten erneuert.⁵⁴ Ihre Zielbestimmung beschränkt sich indes nicht mehr auf diese wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen (welche – neben der „Ausbildung zum Lehramt Evangelische Religionslehre“ – nur noch im Berliner Vertrag genannt wird), sondern bezieht sich in allgemeiner Form auf die Ermöglichung „wissenschaftlich-theologischer Ausbildungsgänge“,⁵⁵ auf die „wissenschaftliche Pflege der evangelischen Theologie“⁵⁶ sowie auf das „wissenschaftliche Studium der Evangelischen Theologie“.⁵⁷ Die Bestimmungen, nach denen Inhaber bestimmter kirchli-

cher Ämter grundsätzlich ein Theologiestudium an einer deutschen staatlichen Universität vorweisen müssen, sind ersatzlos weggefallen. Hingegen wird der Kirche und ihren diakonischen Werken ausdrücklich das Recht eingeräumt, eigene Hochschulen, Fachhochschulen sowie Ausbildungsstätten für kirchlich orientierte Berufe zu errichten und zu betreiben, wobei sich die Einzelheiten nach dem allgemeinen staatlichen Hochschulrecht bzw. nach gesonderten Vereinbarungen richten.⁵⁸

3. Baden und Baden-Württemberg

Die badischen Staatskirchenverträge von 1932 folgen im wesentlichen dem Vorbild der jeweiligen preußischen Abmachungen: Für die „wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ bleiben die theologischen Fakultäten in Freiburg i. Br. (katholisch) und Heidelberg (evangelisch) erhalten, und zwar „mit den zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Rechten“.⁵⁹ Für kirchenleitende Ämter sowie für die dauerende Übertragung des Pfarramtes muß ein mindestens dreijähriges philosophisch-theologisches Studium nachgewiesen sein. Während dieses im Falle der evangelischen Landeskirche im Regelfall an einer deutschen staatlichen Hochschule zu absolvieren ist,⁶⁰ stellt das Badische Konkordat drei Optionen gleichberechtigt nebeneinander: Studium an einer deutschen staatlichen Schule, Studium an einer deutschen kirchlichen Hochschule, Studium an einer päpstlichen Hochschule in Rom.⁶¹ In beiden Verträgen ist die Anerkennung des Studiums an einer anderen (nicht notwendigerweise staatlichen) deutschsprachigen Hochschule möglich, sofern das kirchliche wie staatliche Einver-

50 Art. 5 Abs. 1 EvKV SH (FN 47).

51 Art. 11 Abs. 6 EvKV Lippe (FN 48).

52 Schlußprotokoll zu Art. 10 Abs. 1 lit. c) HessEvKV (FN 47): Anerkennung der theologischen Studien an den kirchlichen Hochschulen Bethel, Wuppertal, Neuendettelsau und Berlin; Schlußprotokoll zu Art. II Abs. 1 EvKv NRW (FN 47): Erklärung der Landeskirchen, daß „gegenwärtig nicht die Absicht besteht, die Kirchlichen Hochschulen Bethel und Wuppertal aufzulösen oder eine weitere kirchliche Einrichtung für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen zu errichten.“

53 Diese neuen Kirchenverträge treten nach dem Willen der Vertragsparteien an die Stelle des PrEvKV, s. Art. 28 Abs. 2 des Vertrags des Landes Sachsen-Anhalt mit den Evangelischen Landeskirchen in Sachsen-Anhalt vom 15. September 1993, GVBl. 1994 S. 173 (sowie Schlußprotokoll); Art. 28 Abs. 2 S. 2 des Vertrags zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche vom 20. Januar 1994, GVOBl. S. 559; Schlußprotokoll zu Art. 27 Abs. 2 des Vertrags des Freistaates Thüringen mit den Evangelischen Kirchen in Thüringen vom 15. März 1994, GVBl. S. 509; Art. 26 Abs. 2 des Vertrags des Freistaates Sachsen mit den Evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen vom 24. März 1994, GVBl. S. 1253

(sowie Schlußprotokoll); Art. 26 Abs. 2 des Vertrags zwischen dem Land Brandenburg und den Evangelischen Landeskirchen in Brandenburg vom 8. November 1996, GVBl. 1997 S. 4; Art. 29 Abs. 2 des Vertrags des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz vom 20. Februar 2006, GVBl. S. 715.

54 Halle (Art. 3 Abs. 1 EvKV LSA), Greifswald (Art. 4 Abs. 1 EvKV MV) und Berlin (Art. 3 Abs. 1 EvKV Berlin).

55 Art. 3 Abs. 1 EvKV LSA (FN 53).

56 Art. 4 Abs. 1 EvKV MV (FN 53).

57 Art. 3 Abs. 1 EvKV Berlin (FN 53).

58 Art. 4 EvKV LSA; Art. 5 EvKV MV; Art. 4 ThürEvKV; Art. 4 SächsEvKV; Art. 4 Abs. 1 lit. a) EvKV Bbg; Art. 4 EvKV Berlin (alle FN 53).

59 Art. IX S. 1 des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Freistaate Baden vom 12. Oktober 1932 (Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge, Band I [FN 4], S. 136 ff.); Art. VII Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Freistaate Baden und der Vereinigten Evangelisch-protestantischen Landeskirche Badens vom 14. November 1932 (Abdruck ebd., S. 215 ff.).

60 Art. V Abs. 1 lit. c) BadKV (FN 59).

61 Art. VII Abs. 1 S. 1 lit. c, Art. VIII Abs. 1 BadK (FN 59).

ständnis vorliegt.⁶² Anders als in Preußen, ist im badischen Konkordat nicht von einem „Seminar zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ die Rede, wohl aber von einem (sog. Pastoral-)Seminar „für die Ausbildung der Kandidaten zum Priesteramte“.⁶³

Während für die katholische Kirche das Badische Konkordat (mit den im Reichskonkordat festgelegten Ergänzungen⁶⁴ und Erweiterungen)⁶⁵ fortgilt, sind für die evangelischen Landeskirchen die noch aus Weimarer Zeit stammenden Kirchenverträge⁶⁶ durch den Evangelischen Kirchenvertrag Baden-Württemberg von 2007 „fortbildend ersetzt“⁶⁷ worden. Nunmehr normiert Art. 3 Abs. 1 eine Bestandsgarantie zugunsten der Evangelisch-Theologischen Fakultäten an den Universitäten Heidelberg und Tübingen. Den Zweck des Bestehens evangelisch-theologischer Fakultäten umschreibt der Vertrag mit der Wendung „für die wissenschaftliche Pflege der evangelischen Theologie ..., die Bestandteil europäischer Wissenschaftskultur ist, und für die wissenschaftliche Vorbildung der Pfarrerinnen und Pfarrer sowie von Lehrkräften für den evangelischen Religionsunterricht“. Das Schlußprotokoll zu Art. 3 Abs. 1 hält, nach dem Hinweis auf die zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende Ausstattung der Fakultäten, fest, Land und Kirchen sähen „sich gemeinsam verpflichtet, im Rahmen ihrer jeweiligen Verantwortung dafür zu sorgen, daß auch in Zukunft eine ausreichende Zahl von Studierenden an den Evangelisch-Theologischen Fakultäten vorhanden sein wird“.⁶⁸ Daneben wird in Art. 11 das Recht der Kirchen und ihrer Gliederungen festgeschrieben, Hochschulen zu errichten und zu betreiben (Abs. 1), welche im Rahmen der allgemeinen staatlichen Förderung angemessen berücksichtigt werden (Abs. 2). Insofern verweist die Begründung der Landesregierung lapidar auf die verfassungsrechtliche Garantie.⁶⁹ Spezifische

Anforderungen an die Inhaber bestimmter kirchlicher Ämter hinsichtlich ihrer universitären Vorbildung sind auch in diesem Vertrag ersatzlos entfallen.

4. Neue Bundesländer

Die Kirchenverträge in den neuen Ländern nehmen nicht nur die Bestimmungen von PrK und PrEvKV auf und schreiben sie fort, sondern enthalten auch konstitutive vertragliche Gewährleistungen: Die traditionsreichen, aber vertraglich nicht abgesicherten evangelisch-theologischen Fakultäten in Rostock (seit 1918: Freistaat Mecklenburg-Schwerin), Jena (seit 1920: Land Thüringen) und Leipzig (seit 1919: Freistaat Sachsen) werden nun in ihrem Bestand garantiert.⁷⁰ Als ihre *ratio essendi* ist allein für Jena noch die „wissenschaftlich-theologische Ausbildung der Geistlichen und der Religionspädagogen“ vereinbart; ansonsten verharren die Umschreibungen im eher allgemeinen („wissenschaftlichen Pflege der evangelischen Theologie“ im Fall Rostock, „für wissenschaftlich-theologische Ausbildungsgänge“ im Fall Leipzig). Die einzige Besonderheit weist das Schlußprotokoll zum Thüringer Vertrag auf, welches die Übereinstimmung der Vertragsparteien vermerkt, daß die Bestandsgarantie der Jenaer Fakultät daran gebunden ist, daß die Pfarrerausbildung auch in Zukunft ganz überwiegend in Form des theologischen Studiums an den staatlichen Hochschulen sowie an den bestehenden kirchlichen Hochschulen (Bethel, Neuendettelsau und Wuppertal stattfindet). Brandenburg hält sich – wie auch gegenüber der katholischen Kirche – die Einrichtung von einem „Ausbildungsgang in evangelischer Theologie oder Religionspädagogik“ an einer Landeshochschule offen;⁷¹ bisher ist es dazu nicht gekommen.

62 Art. VII Abs. 1 S. 2 BadK; Art. V Abs. 3 BadKV (jew. FN 59). – Ferner wird dem Studium an einer deutschen Universität gleichgestellt das Studium an einer österreichischen Universität, im Falle der evangelischen Landeskirche auch an den Universitäten Basel, Zürich und Bern (Schlußprotokoll zu Art. VII Abs. 1 BadK sowie Schlußprotokoll zu Art. V Abs. 3 BadKV).

63 Art. IX S. 3 BadK (FN 59).

64 Art. 20 RK (FN 36) hinsichtlich der Errichtung von philosophischen und theologischen Lehranstalten zur Ausbildung des Klerus; dazu noch unten III. 1.

65 Der in Art. 19 S. 1 RK (FN 36) ausgesprochenen Bestandsgarantie der katholisch-theologischen Fakultäten unterfällt nach *Richard Puza*, Bestandsgarantie und Umbildung von Lehrstühlen und Professorenstellen an staatlichen Katholisch-Theologischen Fakultäten in Deutschland. Unter besonderer Bezugnahme auf die Fakultät in Tübingen, ZRG 119 Kan. 88 (2002), 391 ff., auch die – im übrigen konkordatär nicht erfaßte – katholisch-theologische Fakultät in Tübingen.

66 Neben dem BadEvKV (für den ehemals badischen Landesteil) auch der PrEvKV (für den ehemaligen preußischen Regierungsbezirk Sigmaringen).

67 So LT-Drucks. 14/1940, S. 7, zum Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und mit der Evangelischen Landeskirche in Württemberg vom 17. Oktober 2007, GVBl. 2008 S. 1.

68 Dieser Bestimmung wollen *Michael Frisch/Uwe Kai Jacobs*, Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg, ZevKR 54 (2009), 290 (325) – weitergehend – eine „Zuständigkeit der Evangelisch-theologischen Fakultäten auch ‚für die wissenschaftliche Vorbildung der Pfarrerinnen und Pfarrer‘“ entnehmen.

69 LT-Drucks. 14/1940, S. 10.

70 Art. 4 Abs. 1 EvKV MV; Art. 3 Abs. 1 ThürEvKV; Art. 3 Abs. 1 SächsEvKV (alle FN 53). – 1992 war die Kirchliche Hochschule Leipzig (vor 1990: Theologisches Seminar Leipzig), an der zu DDR-Zeiten ein erheblicher Teil der evangelischen Geistlichen ausgebildet wurde (deren Abschlüsse staatlich freilich nicht anerkannt waren), in die staatliche Fakultät in Leipzig überführt worden. Vertiefend *Werner Vogler* (Hrsg.), Vier Jahrzehnte kirchlich-theologische Ausbildung in Leipzig. Das Theologische Seminar/Die kirchliche Hochschule Leipzig, 1993.

71 Art. 4 EvKV Bbg (FN 53).

5. Zwischenergebnis

Eine präzise Analyse des Textbefundes ergibt, daß sämtliche Konkordate und Verträge für die wissenschaftliche Vorbildung der katholischen Geistlichen drei Optionen vorsehen (staatliche theologische Fakultät, bischöfliches Seminar/kirchliche Hochschule, päpstliche Hochschule in Rom). Von einer Verpflichtung zur Ausbildung an einer konkreten Institution ist in keinem der Vertragstexte die Rede.⁷² Ab den 1950er Jahren nehmen auch die evangelischen Kirchenverträge die Möglichkeit in den Blick, die Geistlichen an kirchlichen Hochschulen wissenschaftlich auszubilden; ebensowenig finden sich in ihnen Aussagen, eine konkrete Institution in Anspruch nehmen zu müssen.

Nur punktuell verhält sich das Staatskirchenvertragsrecht zum gleichzeitigen Bestehen von staatlicher theologischer Fakultät und kirchlicher Ausbildungsstätte, und dies durchweg im Anwendungsbereich des PrK: Im Hinblick auf die tatsächlich erfolgte Einrichtung einer theologischen Fakultät haben die Bischöfe von Essen und Erfurt auf die Ausübung ihres Rechtes zum Besitz eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen verzichtet, gleiches gilt – sollte in Göttingen eine theologische Fakultät errichtet werden – für die Bischöfe von Hildesheim und Osnabrück.⁷³ Damit mag staatlicherseits die Erwartung verbunden sein, die angehenden Geistlichen würden an den jeweiligen staatlichen Fakultäten ausgebildet⁷⁴ – Vertragsbestandteil ist eine solche auch hier nicht.

Allein im ThürEvKV ist der kirchliche Vertragspartner partiell Bindungen eingegangen:⁷⁵ Die Pfarrerausbildung soll auch künftig „ganz überwiegend“ entweder an den staatlichen oder an den *bestehenden* kirchlichen Hochschulen erfolgen. Rechtstechnisch liegt in dieser Wendung – welche eine Bestandsgaran-

tie der Jenaer Fakultät zum Bezugspunkt hat – weniger eine Verpflichtung denn eine Obliegenheit. Insofern liegt, jedenfalls mit dem Focus auf die Pfarrerausbildung, auch eine partielle Einschränkung der kirchlichen Hochschulfreiheit vor; an welcher konkreten Institution diese Ausbildung erfolgt, ist hingegen vertraglich nicht geregelt.

Hingegen lassen sich aus der allgemein gehaltenen „Verpflichtung“ von Staat und Kirchen im EvKV BW,⁷⁶ für eine ausreichende Zahl von Studenten an den Fakultäten Heidelberg und Tübingen Sorge zu tragen, keine konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflichten entnehmen. Der Vertrag verhält sich allein zum „Ob“, nicht aber zum „Wie“ der Realisierung der gemeinsamen Sorge.

II. Historische Genese der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

Unbeschadet der theoretischen Anerkennung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts unter Einschluß des Unterrichtswesens⁷⁷ unternahm es die Staatspraxis des 19. Jahrhundert in zunehmendem Maße, die Ausbildung der künftigen Geistlichen zu kontrollieren und gesetzlich zu reglementieren. Derartige Maßnahmen wurden mit dem juristischen Argument, Geistliche hätten (wie bei der Schulaufsicht und im Personenstandswesen) auch staatliche Aufgaben wahrzunehmen,⁷⁸ sowie mit der allgemeinen Erwägung, sie hätten als Volkserzieher großen Einfluß auf Einstellung und Bildung der Bevölkerung,⁷⁹ gerechtfertigt. Allerdings richtete sich der Focus allein auf die katholische Kirche, welche ihre angehenden Priester teilweise auf fortbestehenden⁸⁰ bzw. neugegründeten⁸¹ theologischen Fakultäten an den staatlichen

72 Allein im Fall der Fakultät in Regensburg äußerte der staatliche Vertragspartner die Erwartung, daß diese die Regelausbildungsstätte für die Theologiestudenten der Diözese Regensburg sein werde (Regierungsbegründung zum Vertrag, BayLT-Drucks. 5/2892, S. 3) Eine vertragliche Pflicht folgt aus einer solchen einseitigen Erwartung indes nicht.

73 Oben FN 29, 33, 43.

74 Im Falle der Fakultät in Erfurt ist die staatliche Erwartung durch eine entsprechende Absichtserklärung der Bischöfe von Dresden-Meißen, Erfurt, Görlitz und Magdeburg verstärkt, auch künftig die Priesterausbildung in Erfurt stattfinden zu lassen (s. FN 44).

75 Oben I. 4.

76 Oben FN 68.

77 So lautete Art. 15 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850: „Die evangelische und die römisch-katholische Kirche, so wie jede andere Religionsgesellschaft,

ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig und bleibt im Besitz und Genuß der für ihre Kultus-, Unterrichts-, und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds.“, Abdruck bei *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Band II, 1986, Nr. 11, S. 37 f.

78 *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 91; *Erwin Gatz*, Der rheinische Weltpriesternachwuchs von der Gründung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn (1818) bis zum Beginn des Zweiten Vatikanischen Konzils, *Römische Quartalsschrift* 88 (1993), 237 (242).

79 *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 91.

80 Breslau, Freiburg, München, Münster und Würzburg.

81 Bonn und Tübingen.

Universitäten, teilweise auf bischöflichen Seminaren⁸² wissenschaftlich auszubilden.⁸³ Demgegenüber studierten die Kandidaten für das evangelische Pfarramt durchweg an den staatlichen Fakultäten.⁸⁴

1. Gesetzgebung in der Zeit des sog. „Kulturkampfes“

In den atmosphärisch aufgeheizten Jahren des sog. „Kulturkampfes“ wurde die rechtspolitische Zielsetzung,⁸⁵ „daß der Staat die Bildung des jungen Clerus überwache“ in Gesetzesform gegossen. Diesem sollten zwei Maßnahmen dienen: die Beibehaltung der katholisch-theologischen Fakultäten und die „Beseitigung der bischöflichen Seminarien“. Damit sollte ein „wissenschaftlicher Clerus“ herangebildet werden, der notwendigerweise „auch ein nationaler sein werde“. Dementsprechend stellte das preußische Gesetz über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen vom 11. Mai 1873⁸⁶ als Voraussetzung für die Bekleidung eines geistlichen Amtes die „Zurücklegung eines dreijährigen theologischen Studiums auf einer Deutschen Staatsuniversität“ auf (§ 4). Alternativ konnten die theologischen Studien an einem der bereits in Preußen bestehenden, zur wissenschaftlichen Vorbildung der Theologen bestimmten Seminaren absolviert werden (§ 6). Diese Möglichkeit war aber in dreifacher Hinsicht beschränkt: Erstens mußten diese Seminare vom Minister der geistlichen Angelegenheiten als dem Universitätsstudium gleichwertig anerkannt worden sein (Abs. 1), am gleichen Ort durfte sich keine theologische Fakultät befinden (Abs. 2) und schließlich bestand die Option des Seminarstudiums allein für die Studenten der jeweiligen Diözese (Abs. 2). Ihre wirksame Absicherung

erfuhren die Bestimmungen über die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen durch das weitere Erfordernis, dem jeweiligen Oberpräsidenten die Kandidaten für die Übertragung eines geistlichen Amtes anzuzeigen, welcher bei Fehlen der gesetzlichen Erfordernisse zur Bekleidung eines geistlichen Amtes (etwa der §§ 4 und 6) seinen Einspruch erheben konnte (§ 15). Auch wenn nach dem Abflauen des „Kulturkampfes“ durch sog. „Milderungs- und Friedensgesetze“ ab 1883 manche dieser Bestimmungen abgeschwächt wurden,⁸⁷ blieb die grundsätzliche Konzeption des Gesetzes von 1873 weiterhin in Kraft: Die Übertragung eines geistlichen Amtes setzte den Nachweis der wissenschaftlichen Vorbildung voraus, welche (im Regelfall) an einer staatlichen Fakultät zu erfolgen hatte, ausnahmsweise auch an einem (vor 1873 bestehenden) bischöflichen Seminar absolviert werden konnte. Indes war das gleichzeitige Bestehen von staatlicher theologischer Fakultät und bischöflichem Seminar am selben Ort ausgeschlossen (allerdings bestand umgekehrt keine Verpflichtung des Bischofs zur Entsendung seines geistlichen Nachwuchses an eine in seiner Diözese belegene staatliche theologische Fakultät).⁸⁸

2. Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Preußenkonkordat

Nach den weitreichenden Verwerfungen des Kulturkampfes sah gerade der staatliche Partner im Konkordatschluß mit dem Heiligen Stuhl ein zu erbringendes „Friedenswerk“.⁸⁹ Freilich bestanden hinsichtlich der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen die verschiedenen Interessenlagen von Kirche und

82 Im hiesigen Kontext meint „Seminar“ nicht das zur praktisch-spirituellen Ausbildung der Priesteramtskandidaten bestehende „Pastoralseminar“, sondern das „Klerikalseminar“ (auch: „tridentinisches Seminar“), das sich der vollständigen – also auch der theologisch-wissenschaftlichen – Ausbildung der Kandidaten widmet. Derartige Seminare bestanden in Eichstätt, Fulda, Hildesheim, Mainz, Paderborn und Trier.

83 Zum gesamten Komplex eingehend Gatz (Hrsg.), *Priesterausbildungsstätten* (FN 30).

84 Berlin, Bonn, Breslau, Erlangen, Gießen, Göttingen, Greifswald, Halle, Heidelberg, Jena, Kiel, Königsberg, Leipzig, Marburg, Rostock und Tübingen. – Baldus, *Die philosophisch-theologischen Hochschulen* (FN 3), S. 107, §pricht von einem „Monopol der evangelisch-theologischen Fakultäten in der wissenschaftlichen Vorbildung der Pfarrer“

85 Zum folgenden *Emil Friedberg*, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche und die Garantien gegen deren Verletzung. Historisch-dogmatische Studie mit Berücksichtigung der deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen und einem Anhang theils ungedruckter Aktenstücke, 1872*, S. 813 ff. (hier auch die Zitate).

86 Abdruck bei *Huber/Huber*, *Staat und Kirche II* (FN 77), Nr. 279, S. 594 ff.

87 Jeweils „Gesetz betreffend Abänderung(en) der kirchenpolitischen Gesetze“; ein erstes vom 11. Juli 1883 beschränkte die Anzeigepflicht auf bestimmte Geistliche (Art. 1), ein zweites vom 21. März 1886 ermöglichte bei Vorliegen einer ministeriellen Ausnahmegenehmigung auch die Aufnahme diözesanfremder Studenten in ein bischöfliches Seminar (Art. 2 Abs. 4). Diese Beschränkung wurde durch ein weiteres Gesetz vom 29. April 1887 ganz aufgehoben (Art. 1 § 2). Im gleichen Gesetz wurde den Bischöfen von Osnabrück und Limburg die (allerdings nicht realisierte) Errichtung eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zugestanden (Art. 1 § 1). Außerdem galt die Anzeigepflicht für zu besetzende Kirchenämter nur mehr für die dauernde Übertragung eines Pfarramtes (Art. 2 § 1). Abdruck der Gesetze bei *Huber/Huber*, *Staat und Kirche II* (FN 77), Nr. 400, S. 845; Nr. 414, S. 867 ff. sowie Nr. 420, S. 883 f.

88 *Baldus*, *Die philosophisch-theologischen Hochschulen* (FN 3), S. 35.

89 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 156.

Staat fort: Während die Bischöfe bereits seit 1920 die vollständige Freiheit bei der Errichtung theologischer Lehranstalten und bei der Errichtung des theologischen Studiums sowie bei der Festsetzung der zur Erlangung des geistlichen Amtes erforderlichen wissenschaftlichen Nachweisungen wünschten,⁹⁰ wollte der Staat eine „Konkurrenz der kirchlichen Seminare mit den Staatsfakultäten“ vermieden wissen.⁹¹

Die letztlich in Art. 9 und 12 PrK getroffenen Regelungen gehen konzeptuell und nahezu bis auf die Details auf einen Entwurf des Breslauer (später Bonner) Kanonisten *Friedrich Heyer*⁹² aus dem Jahr 1926⁹³ zurück, der als Fachberater des preußischen Kultusministeriums fungierte.⁹⁴ Demnach sollte

- die Bestellung bestimmter Geistlicher davon abhängig gemacht werden, daß sie „mit Erfolg die von der kirchlichen Behörde vorgeschriebenen phil. und theol. Studien an einer deutschen Hochschule oder an einem hierfür in Preußen bestimmten kirchlichen Seminare oder an einer päpstlichen Hochschule in Rom gemacht“ haben (= Art. 9 Abs. 1 lit. c), Art. 10 Abs. 1 PrK),
- für „die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen ... die Kath.-Theologischen Fakultäten an den Universitäten in Breslau, Bonn und Münster und an der Akademie in Braunsberg bestehen“ bleiben (= Art. 12 Abs. 1 PrK),
- den Bischöfen von Trier, Paderborn, Fulda, Limburg und Osnabrück die Berechtigung zuerkannt werden, „für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen ein Diözesanseminar zu unterhalten“ (= Art. 12 Abs. 2 PrK).

Inhaltlich steht die von *Heyer* entworfene und dann weitgehend in das Konkordat eingegangene Konzeption noch deutlich in der Kontinuität der seit 1887 in Preußen geltenden Regelungen.⁹⁵ Die sich einander ausschließende Gewährleistungen der bereits bestehenden (oder jedenfalls rechtlich möglichen) staatlichen Fakultäten und bischöflichen Seminaren,

welche für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen in Frage kommen. Neu ist allein die Option, die Studien an einer päpstlichen Hochschule in Rom zu absolvieren, die freilich gegen Vorbehalte selbst des beratenden Kanonisten⁹⁶ wie (erst recht) im späteren parlamentarischen Diskurs durchgesetzt werden mußte.⁹⁷

In der Endfassung des PrK wurde schließlich – von unwesentlichen redaktionellen Änderungen abgesehen – auch dem (von *Heyer* nicht berücksichtigten) Bischof von Hildesheim das Recht zum Besitz eines Seminars für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen zuerkannt, nicht aber den Ordinarien der neu errichteten Jurisdiktionsbezirke (Bistümer Aachen und Berlin sowie Prälatur Schneidemühl). Die insoweit maßgebliche Erwägung bestand darin, daß „eine Zersplitterung der Anstalten“ nicht wünschenswert sei.⁹⁸

In der Summe hat also das PrK weitgehend, wenn gleich rechtsstaatlich purifiziert, die seit 1887 in Preußen geltende Gesetzeslage rezipiert. Der Heilige Stuhl hat dem, letztlich mangels gangbarer Alternativen (zumindest im Hinblick auf Fragen der materiellen Ausstattung eigener kirchlicher Einrichtungen), zugestimmt, ohne im Grundsätzlichen von seinen Forderungen abzurücken. In der Bestimmung des Art. 12 Abs. 2 PrK, welche nur bestimmten (Erz-)Bischöfen den Besitz eines wissenschaftlichen Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zuerkennt, liegt die Wahrung des bestehenden Besitzstandes und die gegenwärtige Bescheidung mit dem Erreichbaren. Darin auch einen für die Zukunft geltenden Verzicht der in Art. 12 Abs. 2 PrK nicht erwähnten (Erz-)Bischöfe auf ein derartiges Seminar zu erblicken,⁹⁹ ist eine Überinterpretation der Bestimmung,¹⁰⁰ welche weder in der Entstehungsgeschichte noch in dem erklärten Parteiwillen des Vertragspartners Heiliger Stuhl eine Stütze findet. Noch weniger läßt sich aus dem gänzlichen Stillschweigen eines Konkordats über die Frage eines Klerikalseminars der „Verzicht“

90 Ebd., S. 170.

91 Ebd., S. 217.

92 Zu ihm *Annekathrin Donath*, Friedrich Hubert Maria Heyer, in: Matthias Schmoeckel (Hrsg.), *Die Juristen der Universität Bonn im „Dritten Reich“*, 2004, S. 347 ff.

93 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 218 f.

94 Ebd., S. 157.

95 Darauf wird nach Abschluß des Konkordats auch ungeschminkt die Regierungsbegründung verweisen, Abdruck bei *Listl*, *Konkordate und Kirchenverträge II*, S. 724 (733).

96 Nachw. bei *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 220.

97 Zu den Polemiken über eine drohende „Entdeutschung“ und

„Romanisierung“ des Klerus s. die Nachw. ebd., S. 316.

98 Dementsprechend vermerkt die Regierungsbegründung, es sei „beachtlich ... daß auch die Neuerrichtung von Diözesen ... eine Vermehrung dieser Seminare nicht zur Folge haben wird“ (FN 95).

99 So aber *Schmitz*, *MThZ* 51 (2000), 292 (306 f., m. Fn. 48).

100 Zutreffend *Adolf Süsterhenn*, *Zur staatskirchenrechtlichen Stellung kirchlicher Hochschulen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen*, *TThZ* 70 (1961), 156 (159); sowie *Alexander Hollerbach*, *Aktuelle Fragen aus dem Recht der Theologischen Fakultäten*, *ThQ* 171 (1991), 251 (253, Fn. 6).

eines Bischofs auf eigene wissenschaftliche Ausbildungsstätten konstruieren.¹⁰¹

Anders als anfangs die preußische „Kulturkampf“-gesetzgebung¹⁰² enthielt das Konkordat keinerlei Vorgaben, welche Studenten an einer bestimmten Ausbildungsstätte aufgenommen werden dürften. Die konkordatäre Systematik (zwei staatliche Fakultäten in zwei Bistümern, Klerikalseminare in sechs weiteren Bistümern) legte es zwar nahe, die Priesteramtskandidaten möglichst nahe am Bischofssitz und „dessen“ Ausbildungsstätte studieren zu lassen, was die nunmehr garantierten bischöflichen Ingerenzen auf die Dozentenauswahl (Art. 12 Abs. 1 PrK) weiter befördern mochten. Doch eine rechtlich faßbare Verpflichtung wurde – soweit ersichtlich – in den Konkordatsverhandlungen nicht thematisiert. Der Angebotscharakter der gewährleisteten Ausbildungsstätten zeigte sich in der Folge darin, daß keineswegs sämtliche der in Art. 12 Abs. 2 PrK genannten Bischöfe auch tatsächlich Seminare zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen besaßen: Fortgeführt wurden allein die vor 1873 bestehenden Einrichtungen in Fulda, Paderborn und Trier, desgleichen die frisch gegründete Philosophisch-Theologische Hochschule Frankfurt St. Georgen (für das Bistum Limburg).¹⁰³ Das 1873 geschlossene Hildesheimer Seminar wurde 1887 allein als Pastorseminar wiedereröffnet, während die Priesteramtskandidaten ihre Studien in Münster bzw. Frankfurt St. Georgen absolvierten.¹⁰⁴ Gleiches galt (und gilt grosso modo bis heute) für das Bistum Osnabrück.¹⁰⁵

Ebenso streitet für die Freiheit der Bischöfe zur Bestimmung des Ausbildungsortes der Priesteramtskandidaten die vertragliche Gewährleistung der Opti-

on „päpstliche Hochschule in Rom“. Im Unterschied zur preußischen Verwaltungspraxis des 19. Jahrhunderts berühmte sich der Staat insoweit keines vorgängigen Erfordernisses einer Erlaubnis mehr¹⁰⁶ und stellte seine anfänglichen Bedenken¹⁰⁷ im Hinblick auf die überschaubare Anzahl von verfügbaren Kollegplätzen sowie aus Erwägungen der Staatsräson zurück.¹⁰⁸

III. Fortgeltung der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

1. Modifizierung durch das Reichskonkordat

Bereits wenige Jahre nach Abschluß der Konkordate mit Bayern, Preußen und Baden setzte das Reichskonkordat von 1933¹⁰⁹ markante neue Akzente. Hinsichtlich der Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher verblieb es noch bei der bekannten Trias „deutsche staatliche Hochschule“ – „deutsche kirchliche akademische Lehranstalt“ – „päpstliche Hochschule in Rom“ (Art. 14 Abs. 2 Nr. 1 lit. c)). Auch die Bestandsgarantie für die katholisch-theologischen Fakultäten an den staatlichen Hochschulen wahrte den erreichten Stand (Art. 19).

Eine konstitutive Neuregelung hingegen enthielt Art. 20 Abs. 1, der generell der „Kirche“ das Recht zuerkannte, „zur Ausbildung des Klerus philosophische und theologische Lehranstalten zu errichten, die ausschließlich von der kirchlichen Behörde abhängen“. Einschränkungen bestanden allein in zweifacher Hinsicht: Es durfte keine andere Vereinbarung vorliegen, und es durften keine staatlichen Zuschüsse verlangt werden. Während die erste Einschränkung ersichtlich auf die Regelung in Art. 12 Abs. 2 PrK zielte,¹¹⁰ entthob

101 Dies versucht *Solte*, *Theologie an der Universität* (FN 2), S. 108 f., im Hinblick auf Art. IX BadK (FN 59) darzutun. Doch aus der vertraglichen Bestimmung, der Freiburger Erzbischof sei „berechtigt, für die Ausbildung der Kandidaten zum Priesteramte Konvikte und ein Priesterseminar zu unterhalten und in seinem Namen zu leiten“ abzuleiten, er dürfe kein Klerikalseminar errichten, überspannt auch hier Wortlaut des Konkordats wie den (kirchlichen) Parteiwillen.

102 Oben II. 1.

103 In den Konkordatsverhandlungen spielte die Existenz dieser Hochschule nur eine untergeordnete Rolle, als „Bedrohung“ oder „Konkurrenz“ der staatlichen theologischen Fakultäten wurde sie jedenfalls nicht wahrgenommen. Zur Sprache kam sie allein im Kontext der Frage der Beteiligung an staatlichen Dotationen (die sie letztlich erhielt). Für die Einzelheiten *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 237, 333.

104 *Hans-Georg Aschoff*, *Hildesheim*, in: *Gatz* (Hrsg.), *Priesterausbil-*

ungsstätten (FN 30), S. 100 f.

105 *Wolfgang Seegrün*, *Osnabrück*, in: ebd., S. 165 f.

106 Erlaß der Minister v. Raumer und v. Westphalen betreffend staatliche Maßnahmen gegen das Studium am Collegium Germanicum zu Rom vom 16. Juli 1852, Abdruck bei *Huber/Huber*, *Staat und Kirche II* (FN 77), Nr. 29, S. 72.

107 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 223.

108 Der an den Verhandlungen beteiligte preußische Finanzminister (und spätere Präsident des BVerfG) *Hermann Höpker-Aschoff* verwies darauf, daß das Collegium Germanicum seinerzeit nur über 80 Plätze verfügte und im übrigen „der Staat ... ein Interesse daran (habe), daß einige Geistliche die römischen Verhältnisse gut kennen“, *Nachw.* bei *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 302 f.

109 FN 36.

110 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 363; *Himmelsbach*, *Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten* (FN 3), S. 24.

die zweitgenannte stillschweigend von den aus dem 19. Jahrhundert fortbestehenden staatlichen Dotationspflichten.¹¹¹

Es war seit Anfang der 1920er Jahre zwischen Kirche und Staat unstrittig, gleichzeitig eine Bestandsgarantie zugunsten der theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitäten wie der Freiheit zur Errichtung kirchlicher Lehranstalten zur philosophisch-theologischen Ausbildung des Klerus vorzusehen.¹¹² Eine vatikanische Punktation von 1921 hatte die Freiheit zur Errichtung kirchlicher Lehranstalten explizit gefordert und die staatlichen theologischen Fakultäten eher implizit zur Kenntnis genommen (was gewiß eine Präferenz für den zu erstrebenden Ort der Priesterausbildung erkennen läßt).¹¹³ Der Konkordatsentwurf des Reichsinnenministeriums von 1924 nahm das Petitum auf und faßte beide Gewährleistungen in zwei Absätzen des gleichen Abschnitts zusammen.¹¹⁴ Dessen Wortlaut entspricht – bis auf die beiden erwähnten Einschränkungen – nahezu vollständig der Endfassung des RK von 1933.¹¹⁵

Die Errichtung von philosophisch-theologischen Lehranstalten in kirchlicher Trägerschaft zur Ausbildung des Klerus hat demnach seit 1933 eine eindeutige konkordatsrechtliche Grundlage. Wegen Art. 12 Abs. 2 PrK gilt sie nicht für Preußen; weitere Einschränkungen bestehen nicht.

2. Erweiterung kirchlicher Rechte durch die Länderverfassungen nach 1945

a) Landesverfassungsgesetzliche Bestimmungen

Die in der unmittelbaren Nachkriegszeit, noch vor Inkrafttreten des Grundgesetzes verkündeten Verfassungen der Länder nahmen die im Reichskonkordat vertraglich geregelte Parallelität von staatlicher theologischer Fakultät einerseits und kirchlicher Ausbildungsstätte andererseits auf. Gewährleistungen beider Institutionen – durchweg ohne den im RK bestimmten Ausschluß staatlicher Zuschüsse – finden sich so in den Verfassungen des Freistaates Bayern,¹¹⁶ des Landes Hessen,¹¹⁷ des Landes Rheinland-Pfalz¹¹⁸ sowie des Saarlandes.¹¹⁹ Bis auf die hessische Ausnahme wird den Kirchen und Religionsgemeinschaften explizit das Recht zur Errichtung eigener Hochschulen im Hinblick auf die Ausbildung ihrer Geistlichen und Religionsdiener eingeräumt.

Eine andere Regelungstechnik wählte die Verfassung von Nordrhein-Westfalen:¹²⁰ Einerseits erkennt sie die preußischen Kirchenverträge von 1929/31 für die ehemals preußischen Gebiete des Landes als geltendes Recht an (Art. 23 Abs. 1) – damit implizit den in Art. 12 Abs. 1 PrK ausgesprochenen Fortbestand der dort genannten theo-

111 Darin dürfte die Ursache dafür liegen, daß es in der angespannten wirtschaftlichen Situation kurz nach Überwindung der Weltwirtschaftskrise nicht zur Errichtung derartiger Lehranstalten kam.

112 Eingehend zur Frühphase der Konkordatsverhandlungen *Rudolf Morsey*, Zur Vorgeschichte des Reichskonkordats aus den Jahren 1920 und 1921, ZRG Kan. 44 (1958), 237 ff.

113 Punktation des Vatikans für ein Reichskonkordat vom 15. November 1921, Punkt V. Abs. 2-5; Abdruck bei *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Band IV, 1988, Nr. 170, S. 282 ff.

114 Art. III § 1 Abs. 1 des Entwurfs („Die katholisch-theologischen Fakultäten an den Hochschulen bleiben erhalten.“) und Abs. 2 („Die Kirche hat das Recht, zur Ausbildung des Klerus philosophische und theologische Lehranstalten zu errichten, die ausschließlich von der kirchlichen Behörde abhängen.“); Abdruck bei *Alfons Kupper*, Staatliche Akten über die Reichskonkordatsverhandlungen 1933, 1969, S. 473 ff. – Schon 1922 erachtete das Reichsinnenministerium die Freiheit zur Errichtung von philosophischen und theologischen Lehranstalten als einen Punkt „vollen oder weiten Entgegenkommens an die Wünsche der Kurie“, während die (ohnedies durch Art. 149 Abs. 3 WRV abgesicherten) staatlichen theologischen Fakultäten und die an ihnen erstrebten bischöflichen Ingerenzen auf die Dozentenwahl, wiewohl als Angelegenheit der Länder bezeichnet, als

„Punkte ohne sachliche Bedenken“ klassifiziert wurden. S. die Zusammenstellung des Reichsministeriums des Innern über noch zu klärende Punkte bezüglich des Reichskonkordats vom 13. März 1922 (Ziff. I. 5 sowie III. a) 1.), Abdruck ebd., S. 455 ff.

115 Auch hinsichtlich der Möglichkeit, die philosophisch-theologischen Studien außer an einer deutschen Hochschule oder einer deutschen bischöflichen akademischen Lehranstalt auch an „einer als gleichwertig anzusehenden Anstalt in Rom“ zu absolvieren, war bereits in Art. I § 6 Abs. 2 Nr. 2 des Konkordatsentwurfs von 1924 (FN 114) enthalten.

116 Art. 150 Abs. 1 (eigene kirchliche Hochschulen) und Abs. 2 (theologische Fakultäten) der Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, GVBl. S. 333.

117 Art. 60 Abs. 2 (theologische Fakultäten) und Abs. 3 (kirchliche theologische Bildungsanstalten) der Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946, GVBl. S. 229.

118 Art. 39 Abs. 1 S. 2 (theologische Fakultäten) sowie Art. 42 (eigene Hochschulen der Kirchen und Religionsgemeinschaften) der Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947, VOBl. S. 209.

119 Art. 36 Abs. 1 (eigene Hochschulen der Kirchen und Religionsgemeinschaften) und Abs. 2 (theologische Fakultäten als Kann-Vorschritt) der Verfassung des Saarlandes vom 15. Dezember 1947, ABl. S. 1077.

120 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950, GV. S. 127.

logischen Fakultäten bekräftigend – und spricht zum anderen den Kirchen und Religionsgemeinschaften das Recht zu, zur Ausbildung ihrer Geistlichen „eigene Anstalten mit Hochschulcharakter zu errichten und zu unterhalten“ (Art. 16 Abs. 2). Dem Modell der vorkonstitutionellen Länderverfassungen wiederum folgen die nach 1990 in Kraft getretenen Verfassungen von Brandenburg (Art. 32 Abs. 4), Sachsen (Art. 111) und Thüringen (Art. 28 Abs. 3).

b) Nachfolgende Rechtspraxis

Aufgrund der genannten Bestimmungen erfolgten bereits in der unmittelbaren Nachkriegszeit Neugründungen wissenschaftlicher Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft, welche zur Vorbildung der Geistlichen bestimmt waren. Bereits 1947 errichtete die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern im mittelfränkischen Neuendettelsau – nur 50 km von Erlangen, dem damals einzigen bayerischen Standort einer evangelisch-theologischen Fakultät, entfernt – die Augustana-Hochschule.¹²¹ Der Staat erblickte darin kein rechtliches Problem, wie ein nachfolgender Schriftwechsel zwischen Kultusministerium und Landeskirchenrat erhellt, in welchem die Übereinstimmung zum Ausdruck gebracht wurde, daß Art. 26 lit. c)

des BayEvKV durch Art. 150 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung „modifiziert“¹²² worden sei.¹²³ 1949 erhielt die Hochschule bereits die staatliche Anerkennung.¹²⁴ Im Jahre 1950 folgte die Errichtung der Theologischen Fakultät Trier durch den Heiligen Stuhl,¹²⁵ welche noch im gleichen Jahr durch die Landesregierung von Rheinland-Pfalz mit allen akademischen Rechten, einschließlich demjenigen der Verleihung akademischer Grade und dem der Habilitation, staatlich anerkannt wurde.¹²⁶

In Nordrhein-Westfalen ermöglichte Art. 16 Abs. 2 der Landesverfassung die Wiederaufnahme der Lehr- und Ausbildungstätigkeit der in der NS-Zeit geschlossenen Kirchlichen Hochschulen in Bethel¹²⁷ und Wuppertal¹²⁸ sowie des Missionspriesterseminars der Steyler Missionare in St. Augustin,¹²⁹ ebenso die Fortführung der Philosophisch-Theologischen Akademie in Paderborn und die Gründung der Philosophisch-Theologischen Hochschule der Franziskaner und Kapuziner. Das Inkrafttreten des neuen Hochschulgesetzes von 1979¹³⁰ führte schließlich zur staatlichen Anerkennung der genannten Institutionen mit allen akademischen Rechten, welche im Falle von Paderborn, Bethel und Wuppertal durch das Gesetz selbst,¹³¹ in

121 Die Hochschule wurde aufgrund eines Beschlusses der Landessynode der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern durch das kirchliche Errichtungsgesetz vom 16. Mai 1947 gegründet (Abdruck: KABL. Landeskirche Bayern S. 42). 1973 erhielt sie nach Maßgabe des Bayerischen Hochschulgesetzes das (in Kooperation mit den staatlichen Fakultäten Erlangen bzw. München ausübende) Promotionsrecht, 1990 schließlich das eigenständige Promotions- und Habilitationsrecht.

122 Der Vertragstext selbst wurde erst 1978 entsprechend angepaßt, s. oben sub I. 1. b), Text zu FN 21-23.

123 Schriftwechsel zwischen dem Evangelisch-Lutherischen Landeskirchenrat und dem Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultur über die Anerkennung der kirchlichen Augustana-Hochschule in Neuendettelsau als Ausbildungsstätte im Sinne des Art. 26 Buchst. c des Staatsvertrags, bekanntgemacht am 26. August 1948, Abdruck: KABL. Landeskirche Bayern S. 79.

124 Vollzugsbekanntmachung des Staatsministers für Unterricht und Kultus vom 29. September 1949, Abl. des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus S. 197. – Aktueller gesetzlicher Status: Art. 81 S. 2 BayHochschulG.

125 Errichtung *ad experimentum* durch Dekret der *Sacra Congregatio de Seminariis et Studiorum Universitatibus* vom 5. Juni 1950, Abdruck in: Kirchliches Amtsblatt Trier S. 111; endgültige Errichtung durch Dekret derselben Kongregation vom 8. September 1955, Abdruck in: AAS 48 (1956), 590 f.

126 Erlaß vom 22. August 1950. Einzelheiten bei *Himmelsbach*, Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten (FN 3), S. 57 ff.; aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Hubert Junker*, Die Errichtung der Theologischen Fakultät Trier und das deutsche Hochschulrecht, *TThZ* 60 (1951), 146 ff.; *Nikolaus Hilling*, Die päpstliche Errichtung und staatliche Anerkennung der Theologischen

Fakultät in Trier. Ein Selbstinterview mit Aktenpublikation, *ArchKathKR* 125 (1951/52), 257 ff.

127 1905 von *Friedrich von Bodelschwingh* als „Theologische Schule“ gegründet (näher *Gisela Heckel*, Der Rechtsstatus der evangelischen kirchlichen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. iur. Köln 1957, S. 14 ff.), waren die dort absolvierten Studien weder staatlich noch kirchlich anerkannt (*Solte*, Theologie an der Universität [FN 2], S. 107). 1945 wurde die Hochschule unter der Trägerschaft der Zionsgemeinde Bethel wiedereröffnet. – Näher zur Geschichte *Frank-Michael Kuhlemann*, Die Kirchliche Hochschule Bethel. Grundzüge ihrer Entwicklung 1905-2005, 2005.

128 Die Kirchliche Hochschule für reformatorische Theologie, Abteilung Elberfeld, entstand 1935 auf Initiative u.a. von *Martin Niemöller* als Ausbildungsstätte des theologischen Nachwuchses der Bekennenden Kirche. 1945 nahm sie als Theologische (dann: Kirchliche) Hochschule Wuppertal den Lehrbetrieb wieder auf, zunächst in Trägerschaft des Altpreußischen Bruderrates, später derjenigen eines eigenen Vereins und seit 1976 in der Evangelischen Kirche im Rheinland. Einzelheiten bei *Hartmut Aschermann/Wolfgang Schneider*, Studium im Auftrag der Kirche. Die Anfänge der Kirchlichen Hochschule Wuppertal 1935 bis 1945, 1985.

129 Das seit 1913 bestehende „Missionshaus St. Augustin“ fungierte seit 1919 als Noviziatshaus, ehe es durch Errichtung des philosophischen (1925) und theologischen (1932) Studienganges zum Missionspriesterseminar ausgebaut wurde.

130 Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20. November 1979, GVBl. S. 926.

131 § 118 Abs. 1 S. 1 HochschulG NRW 1979; aktuell: § 74 Abs. 1 S. 1 HochschulG NRW 2014 (die Hochschulen in Bethel und Wuppertal waren 2005/2007 zur Kirchlichen Hochschule Wuppertal/

den übrigen Fällen durch ministerielle Entscheidung erfolgte.¹³²

In gleicher Weise haben das Land Hessen die Philosophisch-Theologische Hochschule Frankfurt St. Georgen¹³³ sowie die Theologische Fakultät in Fulda,¹³⁴ das Land Rheinland-Pfalz die vormalige Missionsausbildungsstätte der Pallotiner in Vallendar¹³⁵ sowie der Freistaat Bayern die Hochschule für Philosophie in München¹³⁶ anerkannt und mit akademischen Rechten ausgestattet.

c) Rechtliche Würdigung

Die Frage, welche rechtlichen Auswirkungen die genannten landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen auf die Geltung teilweise gegenlautender staatskirchenvertraglicher Normen haben, ist nur vereinzelt im älteren Schrifttum gesehen worden.¹³⁷ Sämtliche Autoren¹³⁸ gelangen zu dem – zutreffenden – Ergebnis, daß jedenfalls der Freistaat Bayern sowie die Länder Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz (als – partielle – Rechtsnachfolger des Freistaates Preußen) auf die das kirchliche Wirken beschränkenden vertraglichen Bestimmungen verzichtet haben.

In seiner für das Konkordatsrecht maßstabsetzenden Habilitationsschrift hat *Alexander Hollerbach* nachgewiesen,¹³⁹ daß ein rechtswirksamer Verzicht auf die Ausübung vertraglicher Rechte jedenfalls dann möglich ist, wenn dieser (1.) durch einen Akt der Gesetzgebung erfolgt und (2.) den Vertragspartner begünstigt, indem er diesem einen Zugewinn an Freiheit einräumt. Formal

wird eine staatskirchenvertragliche Vereinbarung dergestalt nicht geändert – dafür wäre in der Tat eine Modifizierung durch einen *actus contrarius*, d.h. eine Vertragsänderung erforderlich¹⁴⁰ –, wohl aber normativ überlagert: Der verzichtende Teil geht über das Staatskirchenvertragsrecht hinaus,¹⁴¹ wovon der begünstigte Teil Gebrauch machen kann – aber nicht muß. Dergestalt bleibt die Einordnung des Staatskirchenvertrags in das staatliche Rechtsquellensystem gewahrt.¹⁴² Dessen Rechtsanwendungsbefehl durch einen staatlichen Transformationsakt (im Regelfall: durch Parlamentsgesetz) wird für die staatliche Rechtsordnung durch ein zeitlich nachfolgendes Gesetz (*lex posterior*) oder Verfassungsgesetz (*lex superior*) ausgeweitet, so daß sich der kirchliche Vertragspartner auf diese zu seinen Gunsten geänderte Rechtlage berufen kann, ohne durch den zeitlich vorgängigen Vertrag daran gehindert zu sein.

Als praktische Beispiele hat bereits *Hollerbach* Art. 150 Abs. 1 BayLV im Verhältnis zu Art. 26 lit. c) a.F. BayEvKV sowie Art. 16 Abs. 2 LV NRW im Verhältnis zu Art. 12 Abs. 2 PrK genannt.¹⁴³ Auf die Beachtung dieser konkordatären Bestimmung haben überdies auch die anderen Länder mit ehemals preußischen Anteilen, deren Verfassung eine analoge Aussage enthält, verzichtet, also Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Sachsen und Thüringen.

Für die Richtigkeit dieses Verständnisses sprechen nicht zuletzt die oben dargestellten nachfolgenden Vereinbarungen hinsichtlich der Bistümer Essen und Erfurt.¹⁴⁴ In beiden Fällen wurde den betreffenden Bischö-

Bethel zusammengeschlossen worden).

132 Erlasse des Ministers für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21. September 1983, Az. III B 3 – 5299/67/83 (Philosophisch-Theologische Hochschule SVD St. Augustin) sowie Az. III B 3 – 5299/105/83 (Philosophisch-Theologische Hochschule Münster).

133 Bescheid des Hessischen Kultusministers vom 31. März 1980, Abdruck in: ArchKathKR 149 (1980), 217.

134 Bescheid des Hessischen Kultusministers vom 23. Februar 1983, s. *Himmelsbach*, Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten (FN 3), S. 90, 135.

135 Die seit 1896 in Koblenz-Ehrenbreitstein ansässige philosophisch-theologische Bildungsstätte mit dem Ziel der Missionsausbildung wurde 1897 nach Limburg verlegt und 1945 in Vallendar wiedereröffnet. Bis in die 1960er Jahre allein ordensintern ausgerichtet, öffnete sie sich erst für sonstige Priesteramtskandidaten und ab den 1970er Jahren auch für Laien theologen. Die staatliche Anerkennung erfolgte durch Bescheid des Kultusministers von Rheinland-Pfalz vom 2. März 1979, Abdruck in: ArchKathKR 148 (1979), 197.

136 Bescheide des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 24. September 1971 und 17. November 1972. Zu ihnen näher *Manfred Baldus*, Die nichtstaatlichen katholischen Hochschulfakultäten in der Bundesrepublik Deutschland, WissR 10 (1977), 48 (55 f.). – Aktueller gesetzlicher Status: Art. 81 S. 1 BayHochschulG.

137 Erstmals wohl *Werner Weber*, Rechtsfragen der kirchlichen Hochschulen, ZevKR 1 (1951), 346 (348 f.); grundlegend dann *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 174 f.; *Heinrich Flatten*, Zur Rechtsstellung des Kölner Priesterseminars. Konkordatsrechtliche Erwägungen zur Rechtslage im Land Nordrhein-Westfalen, ÖAKR 22 (1971), 290 ff.; *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 406 f.

138 Allein *Weber* zieht aus der Zitation der Normen der Landesverfassungen keine Schlußfolgerungen hinsichtlich einer (nur noch) beschränkten Fortgeltung der Verträge.

139 *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (FN 137), S. 175; ebenso *Flatten*, ÖAKR 22 (1971), 290 (295 f.).

140 Hierauf insiziert *Weber*, ZevKR 1 (1951), 346 (354 f.), im Hinblick auf die in der unmittelbaren Nachkriegszeit modifizierten Erfordernisse des Triennium bei der evangelischen Pfarrerausbildung (die allerdings gerade nicht in Gesetzesform, sondern durch Verwaltungsentscheidungen erfolgten).

141 *Flatten*, ÖAKR 22 (1971), 290 (296).

142 Hierzu im Überblick *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl. 2009, § 159 Rn. 44.

143 *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (FN 137), S. 175, Fn. 1; ebenso *Flatten*, ÖAKR 22 (1971), 290 (293 ff.); dem zustimmend *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 406 f.

fen das Recht zur Errichtung eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zuerkannt, womit in Anbetracht der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits geltenden Landesverfassung deren Gewährleistung lediglich deklaratorisch bekräftigt,¹⁴⁵ nicht aber als Recht erst konstitutiv begründet wurde.¹⁴⁶ Deutlich wird dies insbesondere in § 6 Abs. 2 des Vertrags zur Errichtung des Bistums Essen, welcher explizit festhält, das „Recht aus Art. 16 Abs. 2“ der Landesverfassung bleibe „auch im übrigen unberührt“. Als zu einem späteren Zeitpunkt auf dem Gebiet beider Bistümer eine staatliche theologische Fakultät errichtet werden sollte, ließ dies das *Recht* der Bischöfe zum Besitz eines eigenen wissenschaftlichen Seminars unangetastet, welche allein in einem gesonderten Rechtsakt erklärten, auf die *Ausübung* ihres Rechtes zu verzichten.¹⁴⁷

3. Zwischenergebnis

Während die Bestimmungen der älteren Staatskirchenverträge hinsichtlich des philosophisch-theologischen Triennium größtenteils unverändert gültig sind (bei allerdings reduziertem Interesse und beschränkten Möglichkeiten des Staates, auf deren praktische Beachtung hinzuwirken),¹⁴⁸ haben sich deutliche Verschiebungen bei den Vorgaben ergeben, an welchen Einrichtungen die Studien zu absolvieren sind. Für den Bereich der katholischen Kirche ließ bereits das Reichskonkordat – jenseits des Geltungsbereichs des PrK – kirchliche Lehranstalten zu. Im übrigen haben die nach 1945 bzw. 1990 in Kraft getretenen Landesverfassungen in Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und in Nordrhein-Westfalen sowie in Brandenburg, Sachsen und Thüringen die (tatsächlich bestehenden oder interpretativ angenommenen) Restriktionen in den noch aus Weimarer Zeiten stammenden Staatskirchenverträgen besei-

tigt. Die Kirche ist in der Errichtungen eigener Institutionen frei.

IV. Bedeutungswandel theologischer Fakultäten durch geänderte Rahmenbedingungen

Die Annahme, mit der staatskirchenvertraglichen Einrichtung von staatlichen theologischen Fakultäten habe der kirchliche Vertragspartner implizit die Verpflichtung übernommen, seine künftigen Geistlichen auch an diesen ausbilden zu lassen, beruhte historisch auf drei Prämissen: (1) Aus übergeordneten Gründen des Staatswohls bedürfen die Geistlichen einer wissenschaftlichen Vorbildung, die grundsätzlich nur der Staat zu erbringen imstande ist, (2.) die theologischen Fakultäten werden weit überwiegend von Theologiestudenten genutzt, die sich auf das Priestertum sowie auf das Pfarramt vorbereiten und (3.) die theologischen Fakultäten werden explizit für den Zweck der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen eingerichtet. Alle drei Prämissen sind seit geraumer Zeit nicht mehr tragfähig; allein besondere Konstellationen können (im Fall einer ausdrücklichen Vereinbarung) eine (näher zu bestimmende) kirchliche Verpflichtung begründen (4.).

1. Wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen und Notwendigkeit der staatlichen Universität

Die (einseitige) staatliche Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts wünschte den „wissenschaftlich gebildeten“ Geistlichen.¹⁴⁹ Eine wissenschaftliche Ausbildung, so die noch bis in die 1950er Jahre weit verbreitete Überzeugung,¹⁵⁰ konnte allein der Staat an seinen Universitäten leisten. Dahinter stand die auf das Preußische Allgemeine Landrecht zurückgeführte¹⁵¹ Rechtsansicht vom staatlichen Hochschulmonopol. In dieser Logik (deren

144 FN 28, 38.

145 Typischerweise haben zahlreiche staatskirchenvertragliche Bestimmungen wiederholenden und verstärkenden Charakter: Das vom Staat in seiner Rechts-, besonders seiner Verfassungsordnung bereits Gewährleistete wird auch vertraglich abgesichert, s. Mückl, Grundlagen des Staatskirchenrechts (FN 142), § 159 Rn. 37.

146 Richtig gesehen von Flatten, ÖAKR 22 (1971), 290 (295).

147 FN 29, 43. – Hier lag jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der entscheidende Unterschied zur Rechtslage in Niedersachsen (oben Text zu FN 32, 33): Die seinerzeit geltende Vorläufige Niedersächsische Verfassung von 1951 enthielt als reines Organisationsstatut weder Grundrechte noch Aussagen zum Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Da seinerzeit zudem die Existenz eines staatlichen Hochschulmonopols (dazu sogleich sub IV.) weitgehend unangefochten angenommen wurde, lag der in Art. 4 Abs. 2 NdsK für den Fall einer staatlichen theologischen Fakultät an der Universität Göttingen vorgesehene Wegfall des Rechts aus Art. 12 Abs. 2 PrK für die Bischöfe von Hildesheim

und Osnabrück im Rahmen der seinerzeitigen niedersächsischen Rechtslage. Ob inzwischen auch für Niedersachsen aufgrund der revidierten Verfassung von 1993, welche nunmehr die Freiheit privater Hochschulen enthält (Art. 5 Abs. 2), und der nachfolgenden Hochschulgesetzgebung (§§ 64 ff. NdsHochschulG) ein staatlicher Verzicht auf Art. 4 Abs. 2 NdsK angenommen werden könnte, bedürfte noch gesonderter Untersuchung.

148 Der literarische Protest von Solte, *Theologie an der Universität* (FN 2), S. 104 f., und Heckel, *Die Theologischen Fakultäten in weltlichen Verfassungsstaat* (FN 2), S. 373 f., gegen verschiedene landeskirchliche Aufweichungen ist in der Praxis folgenlos geblieben.

149 Oben II.

150 Arnold Köttgen, *Das Grundrecht der deutschen Universität*, Göttingen 1959, S. 7; Weber, in: Tymbos für Wilhelm Ahlmann (FN 3), S. 309 (311, 317 f.).

151 § 1 II 12 ALR lautete: „Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staates.“

juristische Exegese alles andere als zwingend war¹⁵²) konnte der Staat kirchliche Ausbildungsstätten allenfalls als Ausnahmefall hinnehmen und mußte ihnen detaillierte Vorgaben für ihren Betrieb auferlegen. Gleichwohl galten sie nicht als wissenschaftliche Einrichtungen – keine von ihnen besaß das Recht, mit Wirkung für den staatlichen Rechtskreis Abschlüsse und akademische Grade zu verleihen –, sondern als Bildungsstätten minderen Ranges und Hort obskuranten Dogmatismus.

Vor dem Hintergrund dieser Rahmenbedingungen sind die staatskirchenvertraglichen Bestimmungen in Bayern, Preußen und Baden zu sehen. Jedenfalls die katholische Kirche hatte sich seinerzeit mitnichten „freiwillig“ entschlossen, „ihre Theologenausbildung an den staatlichen Universitäten zu belassen“,¹⁵³ sondern sich mangels gangbarer Alternative zur vertraglichen Absicherung des bereits bestehenden Zustands verstanden. Ein eigenständiges kirchliches Bildungswesen in Schule und Hochschule war und ist ein *essential* der katholischen Kirche, welches vertraglich zu erreichen ihr in den 1920er Jahren zwar nur ansatzweise gelang, das sie aber nicht aufgegeben hat. In jener historischen Situation die staatskirchenvertraglichen Bestimmungen als ein „Angebot“ des Staates zu sehen, welches die Kirche „rechtsverbindlich angenommen“ habe, wodurch die „Erhaltung und Benützung der theologischen Fakultäten ... zu einer rechtlichen Pflicht auch der Kirchen geworden sei“,¹⁵⁴ berücksichtigt und gewichtet die seinerzeitigen Rahmenbedingungen nicht in dem gebotenen Maße.

Vollends brüchig wurden diese Rahmenbedingungen in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg: Das Grundgesetz in seiner ursprünglichen Fassung sah

keine Kompetenz des Bundes für die Hochschulen vor, welche damit der sog. Kulturhoheit der Länder unterfielen. Auch wenn weiterhin im Schrifttum das Bestehen eines staatlichen Hochschulmonopols als „allgemeiner Grundsatz des deutschen Hochschulrechts“ behauptet wurde,¹⁵⁵ hat das Grundgesetz die vorgängige Entscheidung von fünf Landesverfassungen, das (angenommene) staatliche Hochschulmonopol durch die Zulassung von kirchlichen Ausbildungsstätten für die Vorbildung der Geistlichen zu durchbrechen, sanktioniert – letztlich bezweifelte das auch nicht der Protest jener etatistischen Stimmen.¹⁵⁶ Schlußpunkte der Entwicklung waren die infolge der Grundgesetzänderung von 1969 eingeführte Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für das Hochschulwesen¹⁵⁷ und der Erlass des darauf gestützten Hochschulrahmengesetzes von 1976. Darin wurde allgemein die Möglichkeit der Anerkennung nicht-staatlicher Hochschulen mit allen akademischen Rechten geregelt, wovon die Länder in der Folgezeit sowohl bei kirchlichen wie sonstigen privaten Hochschulen umfangreichen Gebrauch machten.¹⁵⁸

Damit ist seit Ende der 1970er Jahre die erste grundlegende Rahmenbedingung für das grundsätzliche Erfordernis, die Geistlichen müßten ihre wissenschaftliche Vorbildung gerade an einer staatlichen theologischen Fakultät erhalten, hinfällig geworden. Ratio der historischen Bestimmungen in den Konkordaten und Kirchenverträgen war die Sicherstellung einer wissenschaftlich fundierten Ausbildung der Geistlichen,¹⁵⁹ nicht aber der Bestandsschutz einer konkreten staatlichen Institution.

152 Bereits die nachfolgende Norm (§ 2 II 12 ALR: „Dergleichen Anstalten sollen nur mit Vorwissen und Genehmigung des Staats errichtet werden.“) machte deutlich, daß nicht-staatliche Institutionen keineswegs verboten, sondern allein unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden sollten. Gleichwohl verfocht die Staatspraxis das Dogma vom staatlichen Hochschulmonopol. Mit den Handelshochschulen wurde dieses erstmals Ende des 19. Jahrhunderts durchbrochen, die Gründung der ersten nicht-staatlichen Universität erfolgte erst 1914 („Königliche Universität zu Frankfurt am Main“).

153 Vgl. *Heckel*, Die Theologischen Fakultäten (FN 3), S. 370.

154 Ebd., S. 371; ähnlich *Weber*, ZevKR 1 (1951), 346 (349), der meint, „die Kirche“ habe in den Konkordaten mit Bayern, Preußen und Baden ein staatliches Hochschulmonopol „wiederholt ausdrücklich anerkannt“.

155 Nachw. FN 150.

156 Nicht ohne resignativen Unterton *Weber*, in: Tymbos für Wil-

helm Ahlmann (FN 3), S. 309 (317): nun sei „das klare staatsrechtliche Gefüge des überlieferten theologischen Hochschulwesens erschüttert“, und weiter: „die staatliche Hochschulhoheit (sei) in manifester Form gesprengt worden“ (S. 321).

157 Das 22. Gesetz der Änderung zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969 (BGBl. I S. 185) wies dem Bund die Kompetenz zu, Rahmenvorschriften über „die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“ zu erlassen (Art. 75 Nr. 1a GG). Die Bestimmung wurde im Zuge der Föderalismusreform I durch ein weiteres Änderungsgesetz (vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034) wieder gestrichen.

158 Hinsichtlich kirchlicher Hochschulen s. die Nachw. in FN 131-136.

159 Die dahinter stehende Motivation der Kontrolle der Geistlichkeit hingegen entbehrt im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat der Legitimation, s. explizit BVerfGE 122, 89 (111).

2. Theologische Fakultäten als überwiegende Ausbildungsstätten für den geistlichen Nachwuchs

Im Zeitpunkt der Staatskirchenverträge und bis weit in die 1960er Jahre studierten an den theologischen Fakultäten weit überwiegend Kandidaten für das Priestertum sowie für das Pfarramt,¹⁶⁰ und zwar in einer Größenordnung, welche die Fortführung bzw. Errichtung einer Fakultät rechtfertigen konnte.¹⁶¹ Das Ausbleiben dieser Personengruppe konnte die Existenz einer theologischen Fakultät beenden¹⁶² oder ihre Entstehung substantiell gefährden.¹⁶³ Ein solches Schicksal drohte zuletzt – bereits kurz nach Aufnahme des Vorlesungsbetriebs im Sommer 1965 – der neugegründeten katholisch-theologischen Fakultät an der Universität Bochum:¹⁶⁴ Diese war ursprünglich nicht für die Priesteramtskandidaten des Bistums Essens gedacht gewesen, sondern für die Ausbildung von Religionslehrern und sonstigen „Nicht-priesteramtskandidaten“. Erst als diese ausblieben,¹⁶⁵ baten die Professoren der Fakultät den Bischof von Essen, die Priesteramtskandidaten (welche zunächst an den theologischen Einrichtungen der Mutterbistümer Köln, Paderborn und Münster, sodann in Bonn studiert hatten) nach Bochum zu transferieren. Zur weiteren Absicherung der Fakultät wurde dann im Dezember 1967 (also über zwei Jahre nach deren Eröffnung) der bekannte Notenwechsel mit dem Verzicht des Essener Bischofs auf ein eigenes Seminar ausgetauscht.¹⁶⁶

Gegenwärtig hat sich hingegen der langfristige Trend verfestigt, daß die Ausbildung des geistlichen

Nachwuchses an den theologischen Fakultäten vom Regel- zum Ausnahmefall mutiert ist. Zwar ist die Anzahl der Theologiestudenten insgesamt annähernd konstant geblieben, was indes den stark angestiegenen Zahlen bei den Lehramts- und Bachelorstudiengängen zu verdanken ist. Die Zahlen bei den sog. Volltheologen sind massiv eingebrochen (im Studium der katholischen Theologie um 50% in den vergangenen 25 Jahren).¹⁶⁷ Die in den landeskirchlichen Listen eingetragenen Studenten der evangelischen Theologie (damit die potentiellen Anwärter auf das Pfarramt) erreichen noch gut 20% des Stands von Ende der 1980er Jahre,¹⁶⁸ die Anzahl der Seminaristen sämtlicher katholischer Diözesen ist allein im Zeitraum von 2009 bis 2017 um nahezu die Hälfte zurückgegangen (und liegt in absoluten Zahlen bei 489 Seminaristen).¹⁶⁹

3. Errichtung von theologischen Fakultäten „zur“ wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

Dem soeben dargelegten rechtstatsächlichen Befund entsprach in den Staatskirchenverträgen der Weimarer Zeit sowie in den ersten beiden Jahrzehnten unter der Geltung des Grundgesetzes der in den Vertragstexten niedergelegte Konnex zwischen Errichtung einer theologischen Fakultät und deren Zweckbestimmung auf die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen. Die zahlenmäßig rasch zunehmende und dann vorherrschende Präsenz von Studenten an den theologischen Fakultäten, welche nicht das Priestertum bzw.

160 Stichprobe: Im Sommersemester 1960 waren von den 363 an der katholisch-theologischen Fakultät der Universität Bonn eingeschriebenen Studenten 237 Priesteramtskandidaten, s. *Gatz*, *Römische Quartalsschrift* 88 (1993), 237 (244).

161 Auch das – kleine – frisch gegründete Bistum Essen zählte 1958 143 Priesteramtskandidaten, 1962 bereits 179, s. *Biagioni*, in: *Gatz*, *Priesterausbildung* (FN 30), S. 73.

162 Historisches Beispiel: Die 1830/31 errichtete katholisch-theologische Fakultät an der Universität Gießen mußte mangels Studenten geschlossen werden, als 1851 der Mainzer Bischof *Wilhelm Emmanuel von Ketteler* für die Seminaristen seiner Diözese das Bischöfliche Priesterseminar als philosophisch-theologische Ausbildungsstätte bestimmte. Eingehend *Uwe Scharfenecker*, *Die Katholisch-Theologische Fakultät Gießen (1830-1859). Ereignisse, Strukturen, Personen*, 1998.

163 Die ebenfalls 1831 konstituierte katholisch-theologische Fakultät an der Universität Marburg nahm ihren Vorlesungsbetrieb erst gar nicht auf, nachdem der Bischof von Fulda sich nicht bereit fand, die philosophisch-theologische Ausbildung am Bischöflichen Priesterseminar einzustellen. Näher *Carl Mirbt*, *Die katholisch-theologische Fakultät zu Marburg. Ein Beitrag zur Geschichte der katholischen Kirche in Kurhessen und Nassau*, 1905.

164 *Heribert Heinemann*, *Die Katholisch-Theologische Fakultät der Ruhr-Universität. Kritische Anmerkungen zu staatskirchenrechtlichen und kirchenrechtlichen Vereinbarungen*, in: *Winfried Aymans/Karl-Theodor Geringer* (Hrsg.), *Iuri Canonico Promo-*

vendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag, 1994, S. 397 (400 f.).

165 Im Wintersemester 1966/67 studierten erst 39 ordentliche Studenten an der bereits mit 11 Ordinarien ausgestatteten Fakultät, s. *Eva Schmidt-Häuer*, *Theologen im Turm*. In der Bochumer Universität beugt man sich den Wünschen des katholischen Klerus, in: *DIE ZEIT*, Nr. 8 v. 24. Februar 1967 (zugänglich unter www.zeit.de/1967/08/theologen-im-turm; Zugriff: 22. März 2019).

166 Oben FN 29.

167 So die vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz erhobenen und vom Katholisch-Theologischen Fakultätentag veröffentlichten Zahlen, s. <http://kthf.de/wp-content/uploads/2015/12/Statistik-der-Studierendenzahlen-2016.pdf> (Zugriff: 22. März 2019).

168 Waren Ende der 1980er Jahre noch etwa 10.000 Studenten in den landeskirchlichen Listen eingeschrieben, waren es (mit weiter abnehmender Tendenz) im Wintersemester 2012/13 noch 2421 Studenten. Einzelheiten bei *Verena Schneider*, *Landeskirchen brauchen dringend junge Pfarrerinnen*. Von der „Theologenwelle“ zur „Pensionierungsdelle“, online zugänglich unter www.pfarrerverband.de/pfarrerblatt/archiv.php?a=show&id=3620 (Zugriff: 22. März 2019).

169 Zwischen 2009 und 2017 sanken die Zahlen von 842 auf 489. Nachw. in der jährlich vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz herausgegebenen *Arbeitshilfe „Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten“*, Ausgabe 2010/11, S. 12; Ausgabe 2017/18, S. 42.

das Pfarramt anstreben, fand hingegen in den Verträgen nur zögerlich textliche Berücksichtigung. Die erste Lockerung im geänderten BayK von 1974 sah – seinerzeit von den Realien noch gedeckt – in der Vorbereitung auf den priesterlichen Beruf unverändert den Hauptzweck einer theologischen Fakultät, nahm aber bereits andere Dienste in den Blick.¹⁷⁰ Demgegenüber hielten zehn Jahre später, als sich der Schwerpunkt bereits deutlich vom geistlichen Nachwuchs auf die sonstigen Theologiestudenten verschoben hatte, die nordrhein-westfälischen Verträge¹⁷¹ unbeirrt an der (alleinigen) Zielsetzung herkömmlichen Zuschnitts fest. Erst die nach 1990 abgeschlossenen Staatskirchenverträge nahmen den rechtstatsächlichen Befund auch normativ adäquat zur Kenntnis und erwähnten (wenn überhaupt¹⁷²) die Zielsetzung der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen als einen Belang unter mehreren.

Diese langfristige Entwicklung ist selbstverständlich den beteiligten Vertragspartnern nicht verborgen geblieben. Wenn sie unter diesen Umständen die bestehenden theologischen Fakultäten weiter aufrecht erhalten, läßt dies nur den Schluß zu, daß der Zusammensetzung der Studentenschaft in einer staatlichen theologischen Fakultät keine rechtlich relevante Bedeutung mehr zukommt.¹⁷³ Damit erschöpft sich die Wendung „zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ in den Verträgen auf die Eignung der betreffenden Fakultät, *auch* diese (weiterhin) zu erbringen.

4. Kirchliche Verpflichtungen in besonderen Situationen

Läßt sich weder historisch noch aktuell aus dem Umstand der Errichtung einer theologischen Fakultät eine Ver-

pflichtung des kirchliche Teils konstruieren, an dieser seine angehenden Geistlichen ausbilden zu müssen, bleibt es infolge der staatskirchenrechtlichen Vertragsfreiheit den Vertragspartnern unbenommen, im Einzelfall spezifischere Bindungen einzugehen. Dies ist der deutschen Praxis der vergangenen Jahrzehnten in unterschiedlichem Ausmaß und in wenigen Fällen geschehen: der Verzicht der Bischöfe von Essen (1967) sowie von Dresden-Meißen, Erfurt, Magdeburg und Görlitz (1997) auf die Ausübung ihres Rechts auf Errichtung und Unterhaltung einer eigenen Einrichtung für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen, außerdem die Beschränkung der Evangelischen Kirchen in Thüringen auf bestimmte Ausbildungsorte der Pfarrerausbildung (1994). Allen drei Fälle lagen besondere Situationen zugrunde: Neugründung bzw. staatliche Übernahme einer Fakultät mit dem entsprechenden Investitionsaufwand (Bochum und Erfurt), weitgehend religionslos geprägtes Umfeld, welche eine Konzentration der Ausbildung der künftigen Geistlichen nahelegte (Erfurt und Jena), prekäre Situation der öffentlichen Finanzen in den Jahren nach der Wiedervereinigung (wiederum Erfurt und Jena).

Weder lassen sich derartige Sondersituationen im Tatsächlichen verallgemeinern, noch kann aus im Einzelfall vereinbarten spezifischeren Bindungen ein allgemeines Prinzip abgeleitet werden. Vielmehr bestätigen gerade die tatsächlichen wie rechtlichen Ausnahmen, daß für den Regelfall – also jenseits einer besonderen Vereinbarung – keine vertraglichen Verpflichtungen des kirchlichen Partners im Hinblick auf ein Handeln (Zuweisung der angehenden Geistlichen an die örtlich „zuständige“ staatliche theologische Fakultät) oder Unterlassen (kein Betrieb einer zu dieser „konkurrierenden“ eigenen Einrichtung¹⁷⁴) bestehen.

170 Oben FN 7.

171 Oben FN 31, 47.

172 Die beiden Thüringer Verträge (FN 42, 43 sowie 70), EvKV Berlin (FN 53) und EvKV BW (FN 67).

173 Aus diesem Befund zog erstmals in einem Vertragstext explizit die rechtlichen Konsequenzen der Notenwechsel zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Nordrhein-Westfalen vom 9. Oktober 2018 zum Fortbestand der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Bochum (bisher nicht veröffentlicht): Nachdem seit dem Wintersemester 2012/13 die Priesterausbildung für das Bistum Essen statt in Bochum in Münster stattfindet, hält nunmehr der Notenwechsel fest, daß „an der Katholisch-Theologischen Fakultät der Ruhr-Universität in Bochum nicht notwendigerweise Geistliche ausgebildet werden“ (Zitat und weitere Einzelheiten im Grußwort des Apostolischen Nuntius in Deutschland bei Gelegenheit der Unterzeichnung des Notenwechsels, zugänglich unter www.nuntiatur.de/detail/

grusswort-von-nuntius-eterovic-zzum-notenwechsel-zwischen-dem-heiligen-stuhl-und-dem-land-nordrhein-westfalen.html; Zugriff: 22. März 2019).

174 *Himmelsbach*, Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten (FN 3), sieht offenbar in den Staatskirchenverträgen ein System wechselseitigen Konkurrenzverbots angelegt: So müsse sich die Kirche „beim Ausbau eines eigenen Hochschulwesens im Bereich der Theologenausbildung in Zurückhaltung ... üben, um nicht ‚vor Ort‘ zu einer konkordatär garantierten theologischen Staatsfakultät in Konkurrenz zu treten“ (S. 30), umgekehrt sei es dem Staat verwehrt, dort staatliche Fakultäten zu errichten, wo die Kirche bereits eine eigene Hochschule unterhält (S. 84 f.). – BVerwGE 101, 309, Tz. 28, hat das Argument des Konkurrenzschutzes für die Errichtung eines Diplomstudiengangs Katholische Theologie an einer staatlichen Universität in unmittelbarer Nachbarschaft zu einer kirchlichen Hochschule nicht gelten lassen.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die älteren Konkordate (BayK, PrK, BadK) gewährleisten explizit oder implizit konkrete staatliche theologische Fakultäten. Die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen konnte außerdem an bestimmten bischöflichen Seminaren sowie an den päpstlichen Hochschulen in Rom erfolgen. Das PrK sah das Bestehen von bischöflichen Seminaren in jenen Diözesen vor, in welchen keine staatliche theologische Fakultät vorhanden war.

2. In seiner Systematik bildete insbesondere das PrK die preußische Gesetzeslage von 1887 – nach der partiellen Entschärfung der „Kulturkampf“-gesetzgebung von 1873 – ab. Der Heilige Stuhl hat mit Abschluß des Konkordats den *status quo* vertraglich abgesichert, ohne von seiner grundsätzlichen Haltung abzurücken. Weder war der Vertragswille des Heiligen Stuhls auf eine dauerhafte Verpflichtung zur Inanspruchnahme der staatlichen theologischen Fakultäten und den dauerhaften Verzicht auf eigene Ausbildungsstätten gerichtet, noch decken die Vertragstexte ein solches Verständnis.

3. Das RK hatte – außer für den Geltungsbereich des PrK – das kirchliche Recht zur Errichtungen eigener philosophisch-theologischer Lehranstalten anerkannt. Die insoweit aus dem PrK abgeleiteten Beschränkungen wurden durch diverse Landesverfassungen nach 1945 bzw. 1990 infolge staatlichen Verzichts gegenstandslos. Die ersten Gründungen derartiger kirchlicher Ausbildungsstätten erfolgten bereits in den ersten Jahren nach 1945.

4. Ebenfalls erhielten die früheren evangelischen Kirchenverträge (BayEvKV, PrEvKV, BadEvKV) konkrete staatliche theologische Fakultäten in ihrem Bestand aufrecht. Da seinerzeit die Anwärter auf das Pfarramt durchweg an diesen Fakultäten studierten, erübrigten sich Bestimmungen über eigene kirchliche Ausbildungsstätten.

5. Derartige kirchliche Ausbildungsstätten wurden bereits in den ersten Jahren nach 1945 errichtet und vom Staat auf der Grundlage der Landesverfassungen aner-

kannt. Ab den 1950er Jahren wurde auch ihr Bestand als kirchliche Rechtsposition explizit in den Kirchenverträgen verankert.

6. Im Einzelfall haben sich die kirchlichen Vertragspartner zur Nicht-Ausübung ihres Rechts auf das Bestehen eigener Ausbildungsstätten bzw. zur Beschränkung auf die bereits vorhandenen verpflichtet. Aus der allgemeinen Selbstverpflichtung, für eine ausreichende Anzahl von Studenten an den theologischen Fakultäten Sorge zu tragen, erwachsen ebenso wenig konkrete Handlungs- oder Unterlassungspflichten wie aus staatlichen Erwartungshaltungen, die nicht Vertragsbestandteil geworden sind.

7. Das Gesamtgefüge von staatlichen theologischen Fakultäten und kirchlichen Ausbildungsstätten hat mit den Landesverfassungen nach 1945 sowie mit dem Hochschulrahmengesetz (1976) erhebliche rechtliche und seit den 1980er Jahren auch wesentliche tatsächliche Veränderungen erfahren. Wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen setzt nach dem Abschied vom staatlichen Hochschulmonopol nicht mehr zwingend das Studium an einer staatlichen Universität voraus. Die zur Zeit der des Abschlusses der ersten Staatskirchenverträge tragende Prämisse, die theologischen Fakultäten dienen ausschließlich oder weit überwiegend der Ausbildung des geistlichen Nachwuchses wurde ab den späten 1960er Jahren brüchig und gilt heute nicht mehr. Angesichts der dramatisch gesunkenen Zahlen der Anwärter auf das geistliche Amt ist aktuell wie künftig keine theologische Fakultät in ihrem Bestand bedroht, wenn diese Anwärter andernorts studieren.

8. Der kirchliche Vertragspartner wird demnach (von Sonderfällen abgesehen, welcher gesonderter Vereinbarung bedürfen) durch die Staatskirchenverträge nicht verpflichtet, seine angehenden Geistlichen durch bestimmte staatliche Institutionen ausbilden zu lassen, noch daran gehindert, eigene Ausbildungsstätten zu errichten und zu betreiben.

Stefan Mückl ist Professor für Kirchenrecht, insbesondere Verkündigungs- und Staatskirchenrecht, an der Päpstlichen Universität Santa Croce in Rom.

Volker M. Haug

*Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht**

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Hintergrund und Gegenstand der Untersuchung

1. Zur Bedeutung von Open Access

2. § 38 Abs. 4 UrhG

3. § 44 Abs. 6 BWLHG

III. Unionsrechts-, Verfassungs- und Bundesrechtswidrigkeit von § 44 Abs. 6 BWLHG

1. Unvereinbarkeit mit der EU-Urheberrechtsrichtlinie

2. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes

3. Verstoß gegen die Publikationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG

4. Verstoß gegen Art. 14 und 12 GG

5. Verstoß gegen das urheberrechtliche Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG

IV. Fazit

I. Einleitung

Ein altes Sprichwort sagt: Gut gemeint ist oft schlecht gemacht. Selten hat es so zugetragen wie auf den vom baden-württembergischen Landesgesetzgeber verordneten Zweitveröffentlichungszwang als Versuch, den Open Access zu Forschungsergebnissen voranzubringen. Denn zum einen verstößt diese Regelung nicht nur gegen das Grundgesetz, wie auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einer Vorlageentscheidung gem. Art. 100 GG festgestellt hat,¹ sondern auch gegen das Unionsrecht und das Urheberrechtsgesetz. Zum anderen aber, und das mag vielleicht sogar noch schwerer wiegen, arbeitet der Staat hier mit ihm vertrauten Zwangsinstrumenten in einem Bereich, der dafür mental so wenig zugänglich ist, wie kaum ein anderer.

Die Regelung zeigt, dass die Gesetzesverfasser trotz eines pauschalen Bekenntnisses zur Wissenschaftsfreiheit und Hochschulautonomie² immer noch nicht verstanden haben, wie Wissenschaft „tickt“: Hier entstehen inhaltliche Produkte nicht durch Befehl und Gehorsam, sondern durch Freiwilligkeit, Neugierde und selbstgenerierte Motivation.

II. Hintergrund und Gegenstand der Untersuchung

1. Zur Bedeutung von Open Access

Unter Open Access wird der kostenlose Zugang zu Forschungsergebnissen im Internet verstanden. Dabei unterscheidet man zwischen dem goldenen und dem grünen Weg. Während die erstgenannte Variante von einer Erst- oder Alleinveröffentlichung im Internet ausgeht, bedeutet der grüne Weg eine Online-Zweitveröffentlichung eines zunächst andernorts – i.d.R. in einer anerkannten Print-Zeitschrift – publizierten Beitrags.³ Mit diesen Publikationsformen hält die allgegenwärtige Digitalisierung auch in der Wissenschaft – jedenfalls, was die Weitergabe und Diskussion von Forschungsergebnissen betrifft – Einzug. Nicht zuletzt deshalb fühlt sich die Politik schon seit einiger Zeit dazu aufgerufen, dem Open Access den (rechtlichen) Weg zu bereiten.

Dafür wird zunächst der „gefühlte Gemeingutcharakter“ von Forschungsergebnissen angeführt, die umso weniger dem jeweiligen Entdecker gehören dürfen, desto mehr dieser und seine Forschungsinfrastruktur aus öffentlichen Mitteln finanziert sind.⁴ Die stark steigenden Preise für anerkannte Print-Fachzeitschriften tun ein Übriges, zumal deren Rolle auch zunehmend kritisch als eine nicht mehr zeitgemäße und oligarchisierte Struktur der Informationsweitergabe beäugt wird.⁵ Unter der

* Der Autor dankt Ass. iur. *Moritz Rahmann* für die Rechercheunterstützung zu § 38 Abs. 4 UrhG.

1 VGH BW, 26.9.2017 – Az. 9 S 2056/16 – juris; zur Vorgeschichte und zum VGH-Beschluss vgl. *Löwisch*, Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht, *OdW* 2018, S. 43.

2 Vgl. die Einleitung des Allgemeinen Teils der Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/4684, S. 164.

3 Diese Zeitschrift stellt ein Organ des goldenen Weges dar; näher zu den beiden Varianten *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, *OdW* 2015, S. 137 (143 f.); *Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *OdW* 2014, S. 179.

4 Besonders weitgehend die Piratenpartei, vgl. <wiki.piratenpartei.de/Positionspapiere/Freier_Zugang_zu_öffentlichen_Inhalten> (7.7.2018).

5 BT-Drs. 17/13423, S. 9; zur Problematik der Doppelfinanzierung durch öffentliche Arbeitgeber in Form der Kosten für Gehälter und Forschungsinfrastruktur einerseits und in Form der Kosten für Literaturbeschaffung andererseits (sog. „double-dipping“) vgl. *Götting/Lauber-Rönsberg* (Fn. 3), S. 137 (138); *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, *ZUM* 2004, S. 436 (438, 439); zur Finanzierungskrise öffentlicher Bibliotheken s. *Sprang*, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, *ZUM* 2013, S. 461.

Wucht dieser Argumente droht etwas unterzugehen, dass die tradierten Publikationsformen nicht nur Nachteile haben. So nehmen die Verlage und Fachzeitschriften eine wichtige Qualitätssicherungsfunktion sowohl in inhaltlicher als auch in formaler Hinsicht durch Peer-Review-Verfahren und Lektorierung wahr, was zugleich eine wesentliche Voraussetzung ihrer wissenschaftlichen Reputation darstellt. Hinzu kommt, dass die Kostenlosigkeit von Online-Angeboten zwar der entsprechenden Mentalität vor allem der Netzgemeinde entspricht, zugleich aber den Wert von urheberrechtlich geschützten Werken und Erkenntnissen geringer erscheinen lässt.⁶ Außerdem fällt jedenfalls ein Teil der Kosten auch bei einer (guten) Open Access-Publikation an, nur nicht auf der Seite des Rezipienten, sondern des Wissenschaftlers bzw. seiner Anstellungskörperschaft.⁷ Zugleich bietet Open Access gegenüber den tradierten Publikationsformen auch Chancen. Dazu zählen beispielsweise kürzere Veröffentlichungszyklen und damit eine höhere Aktualität, was den wissenschaftlichen Austausch – auf den Forschung existenziell angewiesen ist – befördert. Denn Forschung ist ein genuin kommunikativer Prozess; sie lebt von der Verbreitung ihrer Erkenntnisse, die wiederum zu neuen Ideen und Folgeüberlegungen führen können.⁸ Aus diesen Gründen tut – wie so oft – auch bei Open Access eine differenzierte Betrachtung Not.⁹

2. § 38 Abs. 4 UrhG

Da viele wissenschaftliche Autoren nach wie vor in den wissenschaftlich renommierten Fachzeitschriften – die weit überwiegend in kostenpflichtiger Print-Form erscheinen – veröffentlichen und dabei ihre Rechte regelmäßig an den jeweiligen Verlag abtreten, ist vor allem der grüne Weg in den Fokus der gesetzgeberischen Bemühungen gerückt. Um diesen zu befördern, enthält § 38 UrhG seit 2014 einen neuen Absatz 4,¹⁰ wonach

jedem Autor ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht zusteht. Danach kann die akzeptierte Manuskriptversion wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sind, nach Ablauf von einem Jahr seit der Erstveröffentlichung in Periodika unter Angabe deren Quelle im Internet veröffentlicht werden. Die Entscheidung über die Inanspruchnahme dieses Rechts liegt – sowohl hinsichtlich des „ob“ als auch des „wie“ – allein beim jeweiligen Urheber.

Leider leidet die Norm zum einen an einigen Unklarheiten, die letztlich mit dem das Recht ausübenden Autoren „heimgehen“:¹¹ Dies beginnt mit der „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit“. Während nämlich die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 38 Abs. 4 UrhG – unter Hinweis auf das damit verbundene besondere staatliche Interesse – darunter (nur) eine öffentliche Projektförderung (z.B. projektbezogene Stipendien oder Projektkostenzuschüsse) oder eine institutionell geförderte außeruniversitäre Forschungseinrichtung versteht,¹² knüpft § 44 Abs. 6 BWLHG – sehr viel weitergehend – ausdrücklich an die normale Diensttätigkeit von Hochschulmitarbeitern an.¹³ Auch der Begriff der öffentlichen Förderung kann in besonderen Fallkonstellationen fraglich sein, etwa bei Einzelpublikationen aus unterschiedlich finanzierten Projektphasen eines Forschungsvorhabens, bei projektübergreifenden Publikationen oder bei interdisziplinären Veröffentlichungen durch mehrere Wissenschaftler mit unterschiedlichen Forschungsfinanzierungshintergründen.¹⁴ Einen weiteren Risikofaktor bildet die Frage, ob § 38 Abs. 4 UrhG im Fall einer Erstveröffentlichung in einer internationalen Fachzeitschrift das ggf. ausländische Vertragsstatut durchbricht; eine zwingende Anwendung wie etwa in § 32b UrhG ist – trotz entsprechender Kritik im Gesetzgebungsverfahren – nicht angeordnet (was auch eine Analogie ausschließt).¹⁵ Daher ist mindestens ungewiss, ob und in-

6 Vgl. <wiki.piratenpartei.de/Positionspapiere/Freie_Verwendung_von_urheberrechtlich_geschützten_Werken_nach_10_Jahren> (7.7.2018).

7 Götting/Lauber-Rönsberg (Fn. 3), S. 137 (138) m.w.N.

8 Blankenagel, AöR 2000, S. 70 (93 f.); BT-Drs. 17/13423, S. 9.

9 Zur Entwicklung sowie zur disziplinären Zuordnung der verschiedenen wissenschaftlichen Lager für oder gegen eine verstärkte Nutzung von Open Access für den wissenschaftlichen Diskurs vgl. Sandberger, Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens – Open Access und Wissenschaftsschranke – Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, OdW 2017, S. 75 (76).

10 BGBl. 2013 I, S. 3728 ff.

11 Soppe, in: Ahlberg/Götting (Hrsg.), BeckOK UrhG, 20. Ed. Stand 20.4.2018, § 38 Rn. 82; Sandberger (Fn. 9), S. 78 f.

12 BT-Drs. 17/13423, S. 9, 14; Soppe (Fn. 11), § 38 Rn. 59 f.; krit. zum Herausfallen der normalen „Dienstforschung“ an Hoch-

schulen die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 17/13423, Anl. 3, S. 21 f.; Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, S. 466 (470), und ders. (Fn. 9), S. 78, sieht in dieser erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Zweitveröffentlichungsrechts eine Diskriminierung der Hochschulforschung.

13 LT-Drs. 15/4684, S. 215; für eine entsprechend erweiternde Auslegung Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 38 UrhG, Rn.17 a.E.; dafür kann auch der Wortlaut herangezogen werden, der die in der Gesetzesbegründung enthaltene Einschränkung nicht wiedergibt.

14 Soppe (Fn. 11), § 38 Rn. 65.1.

15 Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, NJW 2014, S. 6 (11); Fehling (Fn. 3), S. 185, spricht sich dafür aus, einen internationalen Geltungsanspruch aus der Unabdingbarkeit gem. § 38 Abs. 4 S. 3 UrhG abzuleiten.

wieweit sich ausländische Verlage dieses deutsche Zweitveröffentlichungsrecht entgegenhalten lassen müssen.¹⁶

Zum anderen weist die Vorschrift erhebliche Schwächungen des Zweitveröffentlichungsrechts auf. Dies gilt für die Bezugnahme auf die „akzeptierte Manuskriptversion“. Damit will der Gesetzgeber die verlegerische Weiterverarbeitung – insbesondere das Layout des Beitrags – vom Zweitveröffentlichungsrecht des Autors trennen.¹⁷ So nachvollziehbar dies im Hinblick auf die urheberrechtliche Stellung der Verlage ist, so sehr wird damit das Zweitveröffentlichungsrecht entwertet. Denn damit wird nicht nur die wissenschaftlich saubere Zitierfähigkeit des zweitveröffentlichten Beitrags erheblich erschwert, indem nur auf die Online-Fundstelle und nicht auf eine präzise Seitenangabe in der Fachzeitschrift Bezug genommen werden kann. Vielmehr fallen dadurch auch der erst- und der zweitveröffentlichte Text insofern auseinander, als dass alle – nach dem Peer-Review-Verfahren, das der Beitragsannahme („akzeptiert“) vorausgeht – im Herstellungsverfahren der Erstveröffentlichung (in den Druckfahnen) vorgenommenen Änderungen, Korrekturen, Aktualisierungen und Ergänzungen bei der Zweitveröffentlichung unberücksichtigt bleiben müssen.¹⁸ Auch wenn diese Änderungen weniger gravierend als diejenigen im Peer-Review-Verfahren sein mögen, ist diese gerade für den wissenschaftlichen Diskurs ermöglichte Zweitveröffentlichung „für die Wissenschaft von mindermem Wert“.¹⁹ In dieselbe Richtung zielt die Kritik an der Jahresfrist zwischen Erst- und Zweitveröffentlichung, die das Amortisationsinteresse des Verlags schützt²⁰ und dadurch zugleich die Effektivität des Zweitverwertungsrechts angesichts der Schnellebigkeit wissenschaftlicher Entwicklungen – namentlich im naturwissenschaftlichen Bereich – empfindlich beeinträchtigt.²¹

Angesichts dieser Unsicherheiten und Effizienzverluste kann nicht weiter erstaunen, wenn die Neigung zur Inanspruchnahme dieses Zweitveröffentlichungsrechts womöglich hinter den Erwartungen zurückbleibt.

3. § 44 Abs. 6 BWLHG

Die im Rahmen des Dritten Hochschulrechtsänderungsgesetzes vom 1.4.2014 (GBl. S. 99) geschaffene Regelung

des § 44 Abs. 6 BWLHG greift das vorstehend beschriebene bundesrechtliche Zweitveröffentlichungsrecht auf, um den Open Access-Gedanken voranzubringen. So begründet diese systematisch bei den Hochschuldienstrechtswesen verankerte Vorschrift eine Soll-Pflicht der Hochschulen, ihr jeweiliges wissenschaftliches Personal durch Satzung dazu zu verpflichten, ihr Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG wahrzunehmen und die Beiträge geeigneten Hochschul-Repositorien zur Verfügung zu stellen. Beschränkt wird dies *expressis verbis* auf die im Rahmen der Dienstaufgaben erarbeiteten Publikationen. Diese Vorgabe verstößt nicht nur, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, gegen das Unionsrecht und in mehrfacher Hinsicht gegen das Grundgesetz, sondern auch gegen das Urheberrechtsgesetz. Sie ist damit unionsrechts-, verfassungs- und bundesrechtswidrig.

III. Unionsrechts-, Verfassungs- und Bundesrechtswidrigkeit von § 44 Abs. 6 BWLHG

1. Unvereinbarkeit mit der EU-Urheberrechtsrichtlinie

Die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft (UrhRL) hat ausweislich ihres Erwägungsgrundes 5 ausdrücklich zum Ziel, gerade der durch neue technische Publikationsformen vergrößerten Gefahr einer stärkeren Diversifizierung des Urheberrechts entgegenzuwirken. Deshalb sind die „Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe [...] in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt“ (Erwägungsgrund 32). Vor diesem Hintergrund sind die Urheberrechtsschranken in Art. 5 Abs. 2 und 3 UrhRL als abschließend zu verstehen.²² Art. 3 Abs. 1 UrhRL gibt den Mitgliedstaaten das ausschließliche Recht der Urheber vor, über das „ob“ und das „wie“ der – wie auch immer gearteten – öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung ihrer Werke zu entscheiden. Hierunter fällt auch die Open-Access-Publikation im Internet. Einschränkungen dieses Rechts sind nur nach Maßgabe von Art. 5 Abs. 3 UrhRL mög-

16 Instrukтив, aber auch ernüchternd sind die näheren Überlegungen von *Fehling* (Fn. 3), S. 183 ff.

17 BT-Drs. 17/13423, S. 14.

18 *Fehling* (Fn. 3), S. 180; *Sandberger* (Fn. 12), S. 466 (470); danach ist diejenige Fassung als „akzeptiert“ anzusehen, die erst nach dem Peer-Review-Verfahren in Absprache mit dem Verlag entstanden ist und bereits die Original-Seitenzahl enthält. Letzteres erscheint, so wünschenswert es auch wäre, angesichts des Manuskriptbegriffs und der zu diesem Zeitpunkt bereits getätigten

erheblichen Investitionen und der tangierten Grundrechtspositionen des Verlags jedoch wenig haltbar, vgl. BVerfG, 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01 – juris, Rn. 22 ff.; *Sprang* (Fn. 5), S. 461 (465).

19 Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/7031, S. 6.

20 BT-Drs. 17/13423, S. 10; *Soppe* (Fn. 11), § 38 Rn. 76.

21 *Fehling* (Fn. 3), S. 181.

22 *Sprang* (Fn. 5), S. 465; BGH, 27.7.2017 – I ZR 228/15 – juris, Rn. 24; offen gelassen in BVerfGE 142, S. 74 (112 f.).

lich.²³ Da § 44 Abs. 6 BWLHG (mittelbar) eine zwingende Verpflichtung wissenschaftlicher Autoren zur Zweitveröffentlichung vorsieht, bewirkt die Vorschrift – anders als der in Bezug genommene und nur ein Recht einräumende § 38 Abs. 4 UrhG²⁴ – eine Einschränkung der (Publikations-)Freiheit der betroffenen Urheber. Damit aber stellt § 44 Abs. 6 BWLHG materiell eine Urheberrechtsschranke dar,²⁵ die nicht unter den abschließenden Katalog möglicher Beschränkungen in Art. 5 Abs. 3 UrhRL subsumiert werden kann.²⁶ Damit verstößt die Vorschrift gegen das unionsrechtliche Urheberrecht.

2. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes

Aus Sicht der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 44 Abs. 6 BWLHG – wie auch die systematische Verortung in der Einleitungsvorschrift zu den Personalrechtsnormen – um die Normierung einer an die bundesgesetzliche Option des § 38 Abs. 4 UrhG anknüpfenden dienstrechtlichen Pflicht.²⁷ Für das Landesdienstrecht ist der Landesgesetzgeber nach Art. 70 GG zuständig, da nur das Bundesdienstrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG) und das Statusrecht u.a. der Landesbeamten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegen. Diese Sichtweise ist in mehrfacher Hinsicht zu oberflächlich. Zum Ersten geht es in § 44 Abs. 6 BWLHG – wie in § 38 Abs. 4 UrhG – materiell um eine Ausgestaltung des Urheberrechts, für die das dienstrechtliche Instrumentarium herangezogen wird. Das ändert aber nichts daran, dass der Regelungsgegenstand urheberrechtlicher Natur ist. Auch die Bezugnahme auf die Entstehung des Werks „im Rahmen der Dienstaufgaben“ vermag einen dienstrechtlichen Charakter der Norm nicht zu begründen. Vielmehr wird damit – wie die Begründung auch verdeutlicht²⁸ – nur das Tatbestandsmerkmal einer „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten

Forschungstätigkeit“ als eine von mehreren Voraussetzungen des § 38 Abs. 4 UrhG (zudem in einer gegenüber der dortigen Gesetzesbegründung erweiternden Auslegung, s.o.) subsumiert, was für die „Anknüpfung“ an § 38 Abs. 4 UrhG erforderlich ist. Zum Zweiten verkennt die Gesetzesbegründung ein kleines, aber entscheidendes Detail: § 44 Abs. 6 BWLHG knüpft nicht an § 38 Abs. 4 UrhG an, sondern schiebt ihm landesrechtlich eine bundesrechtlich nicht vorgesehene Pflicht unter. Auch wenn diese Pflicht dienst- oder hochschulrechtlich begründet wird, schafft sie materiell ein in diesem Punkt modifiziertes Urheberrecht. Man kann es also drehen und wenden wie man will, § 44 Abs. 6 BWLHG ist im Schwerpunkt – was maßgeblich ist²⁹ – eine urheberrechtsgestaltende Norm.³⁰ Das Urheberrecht ist jedoch der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG zugewiesen, weshalb § 44 Abs. 6 BWLHG gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung verstößt und folglich verfassungswidrig ist.

3. Verstoß gegen die Publikationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG

Indem § 44 Abs. 6 BWLHG einen wissenschaftlichen Autor (mittelbar) zur Zweitveröffentlichung unmittelbar nach Ablauf der Jahresfrist des § 38 Abs. 4 UrhG verpflichtet und dafür sogar den Satzungsgeber zur exakten Festlegung des Ortes der Zweitveröffentlichung – nämlich ein Hochschul-Repository nach § 28 Abs. 3 BWLHG³¹ – ermächtigt, wird dem Autor nicht nur die Entscheidung über das „ob“, sondern auch über das „wo“ und über das „wann“ dieser Zweitveröffentlichung abgenommen. Diese Entscheidungen bilden jedoch den Kern der Publikationsfreiheit, die ihrerseits einen Unterfall der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG bildet.³² Diese Freiheit umfasst gerade auch die negative Freiheit, sich nicht vorschreiben lassen zu müssen, ob und wenn

23 BGH (Fn. 22), Rn. 24.

24 Völlig zutreffend *Fehling* (Fn. 3), S. 187; a.A. *Sprang* (Fn. 5), S. 465, der sogar bereits darin eine Beschränkung sieht, dass dem Urheber eine völlige Rechtsentäußerung zugunsten des Verlags nicht möglich ist; da aber kein Urheber dazu gezwungen ist, von dem verbleibenden (Zweitveröffentlichungs-)Recht Gebrauch zu machen, überzeugt dies nicht.

25 VGH BW (Fn. 1), Rn. 82.

26 *Krausnick*, Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung – Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 367 (371 f., 378); Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften des Landes Baden-Württemberg, <https://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_3.HRAG_BaWu_20131128.pdf> (7.7.2018), S. 8; ausdrücklich offen gelassen von VGH BW (Fn. 1), Rn. 75.

27 LT-Drs. 15/4684, S. 216.

28 LT-Drs. 15/4684, S. 215, führt aus: „Die Regelung trifft die Autorinnen und Autoren in ihrer Eigenschaft als Bedienstete des Landes, dessen Mittel die Forschungstätigkeit und die daraus fließende Publikation ermöglicht haben.“

29 VGH BW (Fn. 1), Rn. 85.

30 VGH BW (Fn. 1), Rn. 87; *Krausnick* (Fn. 26), S. 378; *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 441, schlagen für ihre Überlegung eines Publikationszugriffsrechts der Hochschule auf Beiträge ihrer Mitarbeiter daher auch eine Verankerung im UrhG vor.

31 Zu den eher kritischen Perspektiven wissenschaftlichen Renommées solcher Repositorien unter Verweis auf die wenig erfolgreiche Historie von Universitätsverlagen *Sandberger* (Fn. 9), S. 82.

32 *Kempfen*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 37. Ed. Stand 15.5.2018, Art. 5 Rn. 182; *Fehling* (Fn. 3), S. 190 m. zahlr. Nachw.; *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, § 44 Rn. 7; *Krausnick* (Fn. 26), S. 373.

ja, in welchen print- oder eben auch online-veröffentlichten Zeitschriften oder Repositorien ein Autor seine Erkenntnisse publizieren muss. Auch der Einwand, dass im Fall einer Zweitveröffentlichung die Entscheidung über das „ob“ der Veröffentlichung bereits getroffen worden ist, ändert daran nichts: Die Publikationsfreiheit erfasst auch die Entscheidung, wie oft eine Wiederholungsveröffentlichung erfolgt. Dahinter stehen die für Wissenschaftler zentralen Gesichtspunkte der eigenen Reputation und der Publikationsrezeption, die wesentlich davon abhängen, wo (und ggf. warum wiederholend) ein Beitrag publiziert worden ist.³³ Noch weitergehend: § 44 Abs. 6 BWLHG könnte sogar dazu führen, dass baden-württembergische Hochschulbedienstete einen Standortnachteil dergestalt erleiden, dass renommierte Wissenschaftsverlage im Hinblick auf die Zweitveröffentlichungspflicht die Erstveröffentlichung in ihren Publikationsreihen ablehnen, da sie eine Verringerung ihrer ausschließlichen Nutzungsrechte an der Erstverwertung befürchten müssen.³⁴ Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass § 44 Abs. 6 BWLHG jedenfalls einen Eingriff in die Publikations- und damit in die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG darstellt.³⁵

Somit stellt sich die Frage, ob dieser Eingriff gerechtfertigt sein könnte. Da Art. 5 Abs. 3 GG außer der Bindung an die Verfassung keine Schrankenregelung enthält, kommt für eine Rechtfertigung nur eine verfassungsimmanente Schranke in Betracht. Darunter versteht man Grundrechtspositionen anderer (was hier im Verhältnis Staat/Wissenschaftler ausscheidet) oder sonstige Rechtsgüter von Verfassungsrang. Im Fall des § 44 Abs. 6 BWLHG bietet die Entwurfsbegründung zum einen das (etwas populistisch klingende) Argument an, dass ja der Staat die betroffenen Forschungsbeiträge

durch seine Personalkostenfinanzierung überhaupt erst ermöglicht habe. Unabhängig von der Frage, wie und von wem im Einzelnen ein überzeugender Nachweis darüber zu führen wäre, welche Forschungstätigkeiten innerhalb und außerhalb der Dienstzeit erbracht worden sind,³⁶ steht hinter diesem Argument die Vorstellung einer unbeschränkten Verfügungsbefugnis des finanzierenden Staates über die Forschungsergebnisse der bei ihm beschäftigten Wissenschaftler. Doch genau dieser Ansatz konterkariert die ratio legis von Art. 5 Abs. 3 GG, die dem Wissenschaftler einen wichtigen Entscheidungsspielraum auch gegenüber dem ihn finanzierenden Staat verschaffen will. Deshalb kann die Arbeitgeberstellung gerade nicht zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit herangezogen werden.³⁷ Insbesondere kann die staatliche Finanzierung als solche keine verfassungsimmanente Schranke darstellen.³⁸

Ein weiteres in der Entwurfsbegründung angeführtes Argument stellt auf den verfassungsmäßigen Kultur- und Bildungsauftrag des Staates ab, woraus eine Pflicht seiner Bediensteten folge, „für eine angemessene Verbreitung der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu sorgen.“ So richtig dies in dieser Allgemeinheit ist, so wenig können damit konkrete Zwangsvorgaben zur Ausübung der Publikationsfreiheit gerechtfertigt werden. Das folgt bereits aus dem Grundsatzcharakter dieser Verbreitungspflicht, die weder konkrete Publikationsverpflichtungen bezüglich bestimmter Forschungsergebnisse noch eine pauschale Zweitveröffentlichungspflicht begründen können, ohne die Wissenschaftsfreiheit ad absurdum zu führen.³⁹ Vielmehr bringt dieser Grundsatz – ganz allgemein – zum Ausdruck, dass Wissenschaft ein genuin kommunikativer Prozess ist und deshalb auf einem Austausch von Forschungsergebnissen basiert. Genau das ist aber auch alltäglich in allen Wissenschaftsdis-

33 Ebenso *Sandberger* (Fn. 9), S. 79, mit zahlr. Nachw.; *Fehling* (Fn. 3), S. 190, benennt beispielhaft die Bedeutung des sog. Impact-Faktors, und verweist außerdem auf Missbrauchs- und Verwirrungspotenziale bei Zweitveröffentlichungen im Internet (a.a.O., S. 191); a.A. *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), die eine Betroffenheit von Art. 5 Abs. 3 GG verneinen, „sofern der Ort der Veröffentlichung noch wissenschaftsadäquat ist“.

34 Angedeutet von *Mohr Siebeck*, vgl. LT-Drs. 15/4684, S. 336; ähnlich auch HAW BW und vhw, LT-Drs. 15/4684, S. 335; *Sandberger* (Fn. 9), S. 79; *Krausnick* (Fn. 26), S. 379; insofern erscheint die Vorstellung der Parallel(!)-Einreichung eines Beitrags bei einem Hochschulserver und bei einer anerkannten Fachzeitschrift eher unrealistisch, vgl. *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 443.

35 Argumentationsmustern, die die Wissenschaftsfreiheit nur dienend und daher die Publikationspflicht nur als Schutzbereichsbegrenzung verstehen wollen, hat das BVerfG zu Recht eine klare Absage erteilt, vgl. *Fehling* (Fn. 3), S. 192 f. m.w.N.; differenziert *ders.* zur Frage, ob sogar bereits in einer Abhängigmachung öffentlicher Drittmittel von einer Open-Access-Zusage eine Eingriffswirkung in die Publikationsfreiheit zukommt, a.a.O.,

S. 194 ff.

36 Zu den Grenzen arbeitszeitrechtlicher Zuordnung von Forschungstätigkeiten vgl. *Thomas Würtenberger*, Forschung nur noch in der „Freizeit“? Eine Studie zur Arbeitsbelastung der Professoren, *Forschung & Lehre* 2003, S. 478-480.

37 Deshalb hat das BVerfG den Erfindungsschutz ausdrücklich dem Grunde nach für unabhängig von einem bestehenden Arbeitsverhältnis erklärt, BVerfG, 24.4.1998 – 1 BvR 587/88 – juris, Rn. 16 – 18.

38 *Sandberger* (Fn. 32), § 44 Rn. 7.

39 A.A. *Fehling* (Fn. 3), S. 197 f., wonach die Wissenschaftsfreiheit in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension das kollektive Interesse an einem möglichst leichten Zugang zu Forschungsergebnissen zu erfassen vermag; allerdings räumt er ein, dass die objektiv-rechtliche Wissenschaftsfreiheit nicht das subjektive Abwehrrecht konterkarieren darf (a.a.O., S. 198 m.w.N.); deshalb ist auch der auf ein optionales Zugriffsrecht der jeweiligen Hochschule zielende Vorschlag von *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 441 f., verfassungsrechtlich nicht haltbar.

ziplinen erfüllt, ohne dass es insoweit dirigistischer Vorgaben des grundrechtsgewährenden Staates bedürfte. Die in diesem Zusammenhang gern zitierte BGH-Entscheidung zu den Grabungsmaterialien, bei der ein Streit über Zugriffsrechte zwischen Wissenschaftlern (bzw. deren Erben) und der Hochschule zugunsten Letzterer entschieden wurde,⁴⁰ führt in den hier relevanten Fragen nicht weiter. Denn dort ging es nicht um geistige Beiträge wie etwa Aufsätze in Periodika, sondern um verkörperte Forschungsdaten in Gestalt von Grabungsdokumentationen und um amtliche Korrespondenzen, weshalb der BGH ausdrücklich nicht das Urheberrecht, sondern das Sachenrecht zur Anwendung bringt. Insbesondere sei die Forschungsarbeit eines Hochschullehrers „nicht darauf gerichtet, dem Dienstherrn Arbeitsergebnisse für seine Zwecke zur (wirtschaftlichen und/oder wissenschaftlichen) Nutzung zur Verfügung zu stellen.“ Soweit der BGH in diesem Kontext eine Veröffentlichungspflicht anspricht, betont er sowohl die Einzelfallabhängigkeit als auch die mögliche Überlagerung durch das Urheberrecht.⁴¹ Ebenso kann die Transparenz der Forschung nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil die Ausübung von Grundrechten keinem generellen Transparenzgebot unterliegt.⁴²

Schließlich argumentiert die Entwurfsbegründung mit der aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleiteten Pflicht, „ein funktionierendes und effizientes Wissenschaftssystem vorzuhalten“. Wenngleich auch dieser Ansatz im Grunde richtig ist, so vermag er doch den Eingriff des § 44 Abs. 6 BWLHG ebenfalls nicht zu tragen. Denn dies würde voraussetzen, dass ohne eine solche Zweitveröffentlichungspflicht das Wissenschaftssystem erhebliche Funktions- und Effizienzeinbußen aufweisen würde. Der bloße Umstand, dass viele Bibliotheken die teuren Abonnements verschiedener renommierter Fachzeitschriften (namentlich im naturwissenschaftlichen und internationalen Bereich) mit den vorhandenen Mitteln nicht mehr vollständig finanzieren können, kann dafür aber nicht ausreichen.⁴³ Sonst läge die Entscheidung über Grundrechtseingriffe stets in der Hand des Staates, durch eine Unterfinanzierung ein Funktions- und Effizienzdefizit zu erzeugen. Vielmehr bedingt die Grundrechtsordnung

gerade, dass der Staat seine Pflichten möglichst grundrechtsschonend zu erfüllen hat. Hinzu kommt, dass Grundrechtseingriffe rechtfertigende Funktions- und Effizienzeinbußen des Wissenschaftssystems jedenfalls solange nicht vorliegen, wie die wissenschaftliche Kommunikation über Forschungsergebnisse noch gelingt.⁴⁴

Somit ist festzuhalten, dass sich für den mit § 44 Abs. 6 BWLHG verbundenen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit keine Rechtfertigung finden lässt. Folglich verstößt diese Vorschrift gegen Art. 5 Abs. 3 GG und ist daher auch aus diesem Grund (materiell) verfassungswidrig.⁴⁵ Aus gutem Grund hat der Bundesgesetzgeber in § 38 Abs. 4 UrhG von derartigen Zwangselementen abgesehen.

4. Verstoß gegen Art. 14 und 12 GG

Indem die Zweitveröffentlichungspflicht des § 44 Abs. 6 BWLHG aufgrund ihres Zwangscharakters in die Urheberrechtsposition der Autoren eingreift, betrifft sie auch deren von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes geistiges Eigentum.⁴⁶ Allerdings handelt es sich dabei um eine Regelung der Zweitveröffentlichung – die also eine entsprechende Grundsatzentscheidung zur (Erst-)Veröffentlichung voraussetzt –, die in einem jedenfalls nicht rufschädigenden Kontext erfolgt und zudem der Wissenschaft als kommunikativem Prozess dient. Zudem ist mit dieser Verpflichtung kein Verlust einer konkreten Eigentumsposition verbunden,⁴⁷ sondern § 44 Abs. 6 BWLHG erfüllt angesichts der moderaten Eingriffstiefe im Verhältnis zum Interesse der Allgemeinheit an einer bestmöglichen Wissenschaftskommunikation die Gebote der Gemeinwohlverpflichtung und der Verhältnismäßigkeit⁴⁸ und ist deshalb als eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG anzusehen.

Der Börsenverein des deutschen Buchhandels sieht zudem in der entschädigungslosen Nutzung der einem Verlag eingeräumten Verwertungsrechte einen Eingriff in die Eigentums- und Berufsfreiheit der Verleger.⁴⁹ Zwar trifft es zu, dass die Verlage durch das Zweitveröffentlichungsrecht – das durch § 44 Abs. 6 BWLHG zur Pflicht umgewandelt und damit im Gewicht erhöht wird

40 BGH, 27.9.1990 – I ZR 244/88 –, juris.

41 BGH, 27.9.1990 – I ZR 244/88 –, juris, Rn. 25, 26; *Fehling* (Fn. 3), S. 188; erheblich zu weitgehend daher *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 440.

42 *Krausnick* (Fn. 26), S. 373.

43 Siehe dazu auch *Fehling* (Fn. 3), S. 204 f., der auf die kostenmäßige Relativität von Open-Access wegen Kostenverlagerungen verweist.

44 Ähnlich *Sandberger* (Fn. 9), S. 80; dies gilt erst recht, soweit der zur Grundrechtssicherung verpflichtete Staat die dortigen Schwierigkeiten durch Absenkung der Bibliothekshaushalte das Problem

selbst verschärft, vgl. *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 437.

45 Ebenso *Sandberger* (Fn. 32), § 44 Rn. 7.

46 Vgl. statt vieler: *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 82. EL (Jan. 2018), Art. 14 Rn. 197 f. m.w.N.; *Krausnick* (Fn. 26), S. 374; BVerfG, 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01 – juris, Rn. 24 m.w.N.; BVerfGE Bd. 31, S. 229 (Ls. 1).

47 *Krausnick* (Fn. 26), S. 374.

48 Zu den Anforderungen an die Inhalts- und Schrankenbestimmung näher *Papier* (Fn. 46), Art. 14 Rn. 308 ff.; s. auch BVerfGE Bd. 31, S. 229 (Ls. 2).

49 Börsenverein (Fn. 26), S. 10.

– beschwert sind. Dies kann allerdings das Eigentumsrecht schon deshalb nicht tangieren, weil die Verlage ein Verwertungsrecht eben nur noch in dem beschwerten Umfang erwerben können und ihnen deshalb nichts „weggenommen“ wird, das sie zuvor gehabt hätten.⁵⁰ Der Eingriff beschränkt sich damit auf die Berufsfreiheit, indem die Erwerbchancen durch § 44 Abs. 6 BWLHG reduziert sind. Doch wird man darin noch eine – durch den Gemeinwohlbelang der erleichterten Wissenschaftskommunikation gerechtfertigte – Ausübung des Gesetzesvorbehalts zu sehen haben.⁵¹ Denn §§ 38 Abs. 4 UrhG, 44 Abs. 6 BWLHG nehmen durch den eingeschränkten Anwendungsbereich auf mindestens hälftig öffentlich geförderte Forschungsergebnisse und die Bezugnahme auf die akzeptierte Manuskriptversion sowie schließlich durch die Abstandsfrist zwischen Erst- und Zweitveröffentlichung von einem Jahr auf die berechtigten verlegerischen Interessen – insbesondere deren eigene Investitionen und deren Amortisationsinteresse – angemessene Rücksicht, wodurch die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gewahrt ist.⁵²

Ein Verstoß gegen Art. 14 und 12 GG ist demnach nicht festzustellen.

5. Verstoß gegen das urheberrechtliche Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG

Schließlich verstößt § 44 Abs. 6 BWLHG – unabhängig von der fehlenden Gesetzgebungskompetenz – auch inhaltlich gegen das einfache Bundesrecht in Gestalt des § 38 Abs. 4 UrhG. Denn diese Norm räumt dem Urheber ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht ein, um dessen Optionen zu verbreitern und seine Stellung gegenüber demjenigen, dem er das Erstveröffentlichungsrecht übertragen hat (also der Fachzeitschrift oder dem Wissenschaftsverlag), zu stärken.⁵³ Dieses Optionsrecht wird durch § 44 Abs. 6 BWLHG in eine Pflicht umgewandelt, wodurch die bundesgesetzlich eingeräumte Berechtigung und Entscheidungsfreiheit zur Nichtausübung des Zweitveröffentlichungsrechts landesgesetzlich abgeschafft wird.⁵⁴ Dadurch wird das Regelungskonzept des Bundes derart erheblich qualitativ verändert, wenn nicht sogar „konterkariert“,⁵⁵ dass insoweit keine inhaltliche Übereinstimmung mehr zwischen dem Bundes- und Landesrecht besteht.

Hinzu kommt, dass die Bundesregierung in ihrer Entwurfsbegründung zu § 38 Abs. 4 UrhG dessen Tatbestands-

merkmal, wonach das Zweitveröffentlichungsrecht für eine „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderter Forschungstätigkeit“ gilt, verengt dahin ausgelegt hat, dass dies nur bei öffentlichen Projektförderungen oder bei institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtungen gelten soll (s.o.). Dies umfasst folglich gerade nicht die von Hochschulbediensteten im Rahmen ihrer regulären Tätigkeit erarbeiteten Erkenntnisse.⁵⁶ Indem aber § 44 Abs. 6 BWLHG die Zweitveröffentlichungspflicht auf alle landesseitig durch Personalfinanzierung ermöglichten Forschungsergebnisse erstreckt, nimmt der Landesgesetzgeber eine ihm nicht zustehende abweichende Auslegung bundesgesetzlicher Tatbestandsmerkmale vor.

IV. Fazit

Open Access ist eine im digitalen Zeitalter an Bedeutung stetig zunehmende Publikationsform zur Förderung des wissenschaftlichen Austausches. Deshalb verdient Open Access jede geeignete Förderung. Allerdings ist eine staatlich-repressive Zwangsmaßnahme wie § 44 Abs. 6 BWLHG aus wissenschaftspolitischen und rechtlichen Gründen dafür ungeeignet. Wesentlich wissenschaftsadäquater (und rechtlich unbedenklicher) wäre ein Anreizmodell, wie es im Koalitionsvertrag der grün-schwarzen Landesregierung zumindest anklingt. Danach kündigen die Regierungsparteien an, die „Open-Access-Strategie des Landes gemeinsam mit Hochschulen und Bibliotheken weiterzuentwickeln“ und zu „prüfen, ob baden-württembergische Open-Access-Zeitschriften durch das Land gefördert werden können und ob die Zweitveröffentlichungspflicht aufrechterhalten werden soll.“⁵⁷

So erfreulich diese Ankündigungen sind, so bedauerlich ist es, dass in den über zwei Jahren seit Abschluss dieses Koalitionsvertrags noch keine diesbezüglichen Aktivitäten zu erkennen sind. Das Land ist daher nur nochmals und eindringlich aufzufordern, nun spätestens den Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichtshofs zum Anlass zu nehmen, ein neues und überzeugenderes Open-Access-Förderkonzept ohne Zweitveröffentlichungszwang vorzulegen und umzusetzen.

Volker M. Haug ist Honorarprofessor im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul-, Medien- und Verfassungsrecht.

50 Fehling (Fn. 3), S. 186; a.A. Sprang (Fn. 5), S. 465.

51 Krausnick (Fn. 26), S. 375.

52 Bezüglich § 38 Abs. 4 UrhG: BT-Drs. 13423, S. 10; näher dazu Fehling (Fn. 3), S. 186; a.A. Sprang (Fn. 5), S. 465.

53 BT-Drs. 17/13423, S. 9 f.

54 Diesen Unterschied betont auch die Allianz der Wissenschaftsorganisationen, die § 44 Abs. 6 BWLHG deshalb als „problematisch“ bezeichnet hat, vgl. LT-Drs. 15/4684, S. 335; a.A. Krausnick

(Fn. 26), S. 378.

55 So der VGH BW (Fn. 1), Rn. 114; ebenso der Börsenverein (Fn. 26), S. 8, und der DHV, in: LT-Drs. 15/4684, S. 335.

56 Soppe (Fn. 11), § 38 Rn. 60.

57 Bündnis 90/Die Grünen Baden-Württemberg/CDU Baden-Württemberg, Baden-Württemberg gestalten: Verlässlich. Nachhaltig. Innovativ., S. 40 f.

Frank Selbmann / Alexander Schwarz

Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen im Hochschulzulassungsrecht

ÜBERSICHT

- I. Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch
- II. Der Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen aus den Landesverfassungen
- III. Anspruch auf Gleichstellung von Bildungsinländern aufgrund von Regelungen im Studienplatzvergabeverfahren
- IV. Resümee

I. Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch

In den medizinischen Studiengängen ist ein Trend zu verzeichnen, nach dem die Zahl der in Kapazitätsrechtsstreiten aufgedeckten verschwiegenen Studienplätze kontinuierlich abnimmt. Umso wichtiger ist die Frage, wer an einem gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren von außerkapazitären Studienplätzen zu beteiligen ist. Das BVerwG billigte in seinem Urteil vom 23.03.2011 für die Studiengänge, die in das zentrale Vergabeverfahren einbezogen sind, eine Bindung an das Auswahlverfahren der Hochschule.¹ Am zentralen Vergabeverfahren nehmen deutsche Staatsangehörige, Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union sowie ausländische Staatsangehörige und Staatenlose mit einer deutschen Hochschulzugangsberechtigung (so genannte Bildungsinländer) teil.² Nicht-EU-Ausländer mit einer ausländischen Hochschulzugangsberechtigung werden nicht in das Auswahlverfahren der Hochschulen einbezogen. Sie können daher in den Bundesländern, in denen wirksam eine Bindung der Vergabe gerichtlich zugewiesener Studienplätze an das Auswahlverfahren der Hochschule angeordnet wurde, faktisch nicht an der Verteilung gerichtlich zugewiesener Studienplätze partizipieren.³ Der Ausschluss von gerichtlichen Vergabeverfahren erfolgt bereits aufgrund der Regelungen der landesrechtlichen Studienplatzvergabeordnungen, ohne dass es auf die Frage des Verhältnisses von Grundgesetz und landesrechtlichen Grundrechten ankommt. Verfas-

sungsrechtlicher Hintergrund ist, dass der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet wird, der als einheitliche Gewährleistung der Berufsfreiheit das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte und – in Verbindung mit dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip – auf Teilhabe an den staatlichen Ausbildungsressourcen umfasst.⁴ Art. 12 Abs. 1 GG ist ein Deutschen-Grundrecht, so dass sich Ausländer nicht auf dieses berufen können.⁵ Die Entscheidung, dass Art. 12 Abs. 1 GG nur auf Deutsche beschränkt ist, stellt eine ausdrückliche Entscheidung des Verfassungsgebers dar, die nicht unterlaufen werden darf.⁶ Ausländische Staatsangehörige können sich zwar grundsätzlich auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Insoweit besteht jedoch eine Einschränkung, dass diese Norm nur vor Eingriffen schützt, die nicht vom Regelungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst werden.⁷ Ein Anspruch von Nicht-EU-Ausländern ohne deutsche Hochschulzugangsberechtigung auf Gleichstellung besteht nicht. Dennoch leitete beispielsweise das VG Hannover die Rechte von Ausländern auf Beteiligung an einem gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren um freie außerkapazitäre Studienplätze, im konkreten Fall eines afghanischen Staatsangehörigen mit deutscher Hochschulzugangsberechtigung, aus Art. 2 Abs. 1 GG her.⁸ Landesverfassungen enthalten z.T. weitergehende Grundrechte als Art. 12 GG. Nach Auffassung des BVerwG besteht für die Verteilung von gerichtlich festgestellter Restkapazität kein verfassungsrechtliches Gebot der Bundeseinheitlichkeit.⁹ Daher ist zu untersuchen, ob und inwieweit ein gerichtlicher Kapazitätsüberprüfungsanspruch aus den jeweiligen Landesverfassungen abgeleitet werden kann. Bezüglich der Bildungsinländer gehen einige Verwaltungsgerichte von einem Anspruch auf Gleichbehandlung aus den jeweiligen Studienplatzvergabeordnungen aus, während andere Gerichte dies ablehnen. Ein Anspruch auf Gleichstellung kann sich weiterhin aus völkerrechtlichen Verträgen bzw. aus Unionsrecht sowie Vereinbarungen der

1 BVerwG, Urt. v. 23.03.2011, 6 CN 3/10, NVwZ 2011, 1135.

2 Art. 5 Abs. 2 StV 2008.

3 Allgemein zum Hochschulzugang ausländischer Staatsangehöriger: Bode, Hochschulzugang für Flüchtlinge: Bildungsrechte im Integrationsverwaltungsrecht, RAR 2018, 46.

4 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, BVerfGE 33, 303.

5 Kämmerer in v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar I,

6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 43,.

6 BVerfG, Beschl. v. 10.05.1988, 1 BvR 482/84 und 1166/85 = BVerfGE 78, 179, 196.

7 BVerfGE 78, 179, 196.

8 VG Hannover, Beschl. v. 19.05.2009, 8 C 1400/09 u.a.

9 BVerwG, Urt. v. 08.02. 1980, 7 C 93.77, NJW 1980, 2766.

Europäischen Union mit Drittstaaten ergeben. Staatsangehörige von EU-Mitgliedsstaaten sind Deutschen in Kapazitätsrechtsstreiten aufgrund des europarechtlichen Diskriminierungsverbotes grundsätzlich gleichgestellt¹⁰ und werden daher in die Vergabe gerichtlich zugewiesener Studienplätze einbezogen. Das OVG Münster verweist überdies darauf, dass sich ggf. ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch für türkische Staatsangehörige aus Art. 9 des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates EWG - Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 (ARB 1/80) ergeben kann.¹¹ Europarechtliche und völkerrechtliche Gesichtspunkte sollen jedoch an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden, da sie gesondert betrachtet werden müssen und eine Prüfung des europäischen Sekundärrechts den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.

II. Der Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen aus den Landesverfassungen

1. Abgrenzung von Grundrechten und Staatszielbestimmungen

In den 1990er Jahren wurden mehrere neue Landesverfassungen geschaffen bzw. novelliert. Neben den ostdeutschen Bundesländern betraf dies u.a. das Land Niedersachsen, das im Jahr 1993 seine Landesverfassung modernisierte.¹² Als Antwort auf eine vierzigjährige willkürliche Planung und Gängelung wurde in den ostdeutschen Landesverfassungen nach der Wiedervereinigung und der Neugründung der ostdeutschen Bundesländer in unterschiedlicher Ausprägung ein einklagbares Recht auf Zugang zu Bildungseinrichtungen geschaffen. Insoweit sind die ostdeutschen Landesverfassungen als Reaktion auf konkrete Unrechtserfahrungen in der DDR anzusehen, wo der Zugang zu Bildungseinrichtungen, seien es Erweiterte Oberschulen oder Universitäten, streng reglementiert wurde, und die Auswahlentscheidung vor allem von der sozialen Herkunft des Schul-/Studienbewerbers sowie der politischen Gesinnung abhängig gemacht wurde. Bei der Erarbeitung der Landesverfassungen wurde ein etwaiger Kreis von möglichen „Studienplatzklägern“ von den Verfassungsgebern selbstverständlich nicht in die Erwägungen einbezogen. Dass die gleichberechtigte Teilhabe an Bildung in den

ostdeutschen Landesverfassungen eine zentrale Rolle einnimmt, liegt jedoch historisch bedingt auf der Hand. Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich bei den jeweiligen Regelungen um Staatszielbestimmungen handelt oder um Grundrechte. Diese Unsicherheiten resultieren daraus, dass es Doppelregelungen in den Landesverfassungen gibt. Anders als Grundrechte haben Staatszielbestimmungen einen rein objektiven rechtlichen Inhalt.¹³ Die Staatsgewalt muss die Staatszielbestimmungen beachten. Ein Grundrechtsträger kann sich jedoch nicht zur Begründung von Ansprüchen wegen rechtswidrigen bzw. verfassungswidrigen staatlichen Handelns auf diese berufen.¹⁴ Sie dienen lediglich als Interpretationshilfe des einfachen Rechts.¹⁵ Landesrechtliche Grundrechte sind dagegen anders als Staatszielbestimmungen einklagbar.¹⁶

2. Sachsen-Anhalt

Doppelte Regelungen bezüglich des Zugangs zu Bildungseinrichtungen finden sich in der Landesverfassung des Landes Sachsen-Anhalt (VerfLSA). Art. 16 VerfLSA ist Art. 12 Abs. 1 GG nachgebildet und enthält ein reines Deutschen-Grundrecht. Daneben gewährleistet Art. 25 Abs. 1 VerfLSA ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen für alle jungen Menschen. Die Regelung ist systematisch in den Abschnitt „Einrichtungsgarantien“ der VerfLSA eingeordnet, nach der Rechtsprechung des OVG Magdeburg jedoch ein Grundrecht. Umfasst ist nach dem OVG Magdeburg auch der Zugang zu den Hochschulen des Landes. Das Gericht schränkt insoweit in Übereinstimmung mit dem BVerfG ein, dass der Anspruch auf Teilhabe unter dem Vorbehalt des Möglichen steht, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.¹⁷ Mit Urteil vom 19.11.2011 entschied das OVG Magdeburg in einem Normenkontrollverfahren, in dem über die Zulässigkeit der Bindung außerkapazitärer Zulassungsansprüche an das Auswahlverfahren der Hochschule zu entscheiden war, dass das Teilhaberecht aus Art. 25 Abs. 1 VerfLSA anders als die Grundrechte Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 16 Abs. 1 VerfLSA nicht ausschließlich Deutschen vorbehalten sei, sondern jedem jungen Menschen und damit auch ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen. Für eine Auslegung als Grundrecht und nicht lediglich als

10 OVG Münster, Beschl. v. 23.08.1994, 13 C 129/94; OVG Weimar, Beschl. v. 20.10.2010, NcO 589/10 u.a.

11 OVG Münster, Beschl. v. 31.01.2017, 13 C 42/16.

12 *Berlit*, Die neue Niedersächsische Verfassung – Zur Ablösung eines provisorischen Organisationsstatuts, NVwZ 1994, 11.

13 *Peters*, Art. 20 a GG – Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, 555.

14 *Peters*, Fn. 13, 555.

15 *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen, 1997, 485.

16 *Fischer*, Staatszielbestimmungen in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer, München 1994, 20.

17 OVG Magdeburg, Urt. v. 19.10.2011, 3 K 330/11, NVwZ-RR 2012, 348, 349.

Staatszielbestimmung spreche der Wortlaut, der das Recht jedem jungen Menschen und nicht nur jedem Deutschen gewährt sowie die Gesetzessystematik der Landesverfassung, die zwischen den „Jedem“ oder „allen Menschen“ zustehenden Rechten und Grundrechten unterscheidet, auf die sich nur Deutsche berufen können. Auch sei der Regelungszusammenhang zu Art. 25 Abs. 2 VerflSA, wonach eine allgemeine Schulpflicht besteht, die sich unterschiedslos auf deutsche und ausländische Schulkinder erstreckt, zu berücksichtigen.¹⁸ Bereits in seinem Urteil vom 19.11.2011 wies das OVG Magdeburg darauf hin, dass die Regelungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 VerflSA einerseits und des Art. 25 Abs. 1 VerflSA andererseits in einer Weise zum Ausgleich zu bringen seien, um beiden verfassungsrechtlichen Normen möglichst weitgehend zur Entfaltung zu verhelfen. Da die Regelung des § 23 Abs. 2 VVOStiftung LSA, über deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht in diesem Verfahren lediglich abstrakt zu entscheiden war, zu einem Komplettausschluss von Ausländern vom Vergabeverfahren um außerkapazitive Studienplätze in den in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengänge führte, wurde diese Regelung für unwirksam erklärt. In einem weiteren Verfahren im Jahr 2014 schränkte das OVG allerdings ein, dass ausländische Staatsangehörige keinen generellen Anspruch auf Teilhabe an der Vergabe außerkapazitärer Studienplätze haben.¹⁹ Zu entscheiden war über die Beschwerde einer russischen Staatsangehörigen gegen einen ablehnenden Beschluss des VG Halle in einem Verfahren auf vorläufige Zulassung zum Studium der Humanmedizin im 1. Fachsemester, in dem das Verwaltungsgericht festgestellt hatte, dass es einen erheblichen Überhang an Antragstellern mit deutscher Staatsangehörigkeit gab.²⁰ Nach Auffassung des OVG führe die Vergabe eines Studienplatzes an einen ausländischen Studienbewerber naturgemäß dazu, dass dieser Platz einem deutschen Studienbewerber vorenthalten würde. In einem solchen Fall sei die Kollisionsregel des Art. 31 GG anzuwenden. Art. 31 GG löse den Konflikt von Landesrecht und Bundesrecht dahingehend, dass Bundesrecht eine landesrechtliche Regelung auch dann breche, wenn es sich um Landesverfassungsrecht handle.²¹ Gerichtliche Eilverfahren von Nicht-EU-Ausländern

und Staatenlosen haben daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Sachsen-Anhalt nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Zahl der durch das Verwaltungsgericht aufgedeckten Plätze die Zahl der gerichtlichen Antragsteller weit übersteigt. Dies wird in den Verfahren um Zulassung zum Studium der Humanmedizin- und der Zahnmedizin regelmäßig nicht der Fall sein.

3. Freistaat Thüringen

Ebenso wie in Sachsen-Anhalt enthält die Thüringer Landesverfassung (ThürVerf) doppelte Regelungen bezüglich des Zugangs zu Bildungseinrichtungen. Gemäß Art. 35 Abs. 1 Satz 1 ThürVerf hat jeder Bürger²² das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Diese Norm ist Art. 12 Abs. 1 GG nachgebildet. Außerdem hat gemäß Art. 20 Satz 1 ThürVerf jeder Mensch das Recht auf Bildung. Gemäß Art. 20 Satz 2 ThürVerf wird der freie und gleiche Zugang zu öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet. Bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des Art. 20 Satz 1 ThürVerf ergibt sich, dass dieser ein individuelles Grundrecht enthält. Dies wird jedoch bestritten.²³ Art. 20 Satz 2 ThürVerf legt fest, dass der freie und gleiche Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet wird. Auch insoweit wird ein individueller Anspruch gewährleistet. Die Formulierung „nach Maßgabe der Gesetze“ stellt lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Dies wird auch von Vertretern der Ansicht, Art. 20 Satz 1 ThürVerf stelle lediglich eine Staatszielbestimmung dar, vertreten.²⁴ Der Grundrechtscharakter lässt sich auch anhand der Entstehungsgeschichte der Norm belegen. Grundlage für die Thüringer Landesverfassung bildeten fünf Entwürfe der in der ersten Legislaturperiode im Thüringer Landtag vertretenen Fraktionen. Der Verfassungsentwurf der CDU-Fraktion postuliert in Art. 31 Abs. 2 Satz 1 ein Jedermanns-Grundrecht auf Zugang zu den Erziehungs-, Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen.²⁵ Im Verfassungsentwurf der SPD-Fraktion ist ein Jedermanns-Grundrecht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte in Art. 27 Abs. 1 Satz 1 enthalten.²⁶ Dieser Entwurf trennte ausdrücklich zwischen Staatsgrundsätzen und Staatszielen in Art. 3 ff. und Grundrechten in Art. 14 ff. Damit wird deutlich, dass systematisch auch

18 OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 348, 349.

19 OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.03.2014, 3 M 66/14, NVwZ-RR 2014, 646.

20 VG Halle, Beschl. v. 17.01.2014, 3 B 440/14 HAL.

21 OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.03.2014, 3 M 66/14, NVwZ-RR 2014, 646.

22 Bürger sind deutsche Staatsangehörige und Flüchtlinge oder Vertriebene mit deutscher Volkszugehörigkeit bzw. deren Ehegatten und Abkömmlinge, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutsch-

land Aufnahme gefunden haben (Art. 104 ThürLV).

23 Für ein Grundrecht: *Neumann*, Staatsziele in der Verfassung des Freistaates Thüringen LKV 1996, 392, 394; dagegen *Jutzi*, Staatsziele in der Verfassung des Freistaates Thüringen, ThürVBl 1995, 54, 55, für eine Kombination aus Grundrechten und Staatszielbestimmungen: *Fischer*, Fn. 16, 146.

24 *Jutzi*, Fn. 23, 55.

25 LT Drs. 1/285 v. 10.04.1991.

26 LT Drs. 1/590 v. 27.07.1991.

die Gewährung eines subjektiven Rechts gewollt war. Der Entwurf des Neuen Forums konzentriert sich auf den Zugang zur Schule, enthält jedoch in Art. 9 Abs. 1 Satz 1 ein Jedermanns-Grundrecht auf Bildung und Ausbildung.²⁷ Auch insoweit ist der Wortlaut des Textentwurfes eindeutig. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 gewährt ein Jedermanns-Grundrecht, die folgenden Regelungen ab Art. 9 Abs. 1 Satz 2 beziehen sich ausschließlich auf das Schulwesen. Der Entwurf der Linken Liste/PDS enthält in Art. 28 Abs. 1 ein Jedermanns-Grundrecht auf Bildung. Darüber hinaus gewährt Art. 28 Abs. 2 ein Jedermanns-Grundrecht auf freien Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen.²⁸ Lediglich der Verfassungsentwurf der FDP-Fraktion orientiert sich in Art. 14 an Art. 12 GG und enthält daneben in Art. 24 ein auf das Schulwesen beschränktes Staatsziel.²⁹ Damit bleibt zu konstatieren, dass alle Verfassungsentwürfe der im 1. Thüringer Landtag vertretenen Fraktionen, mit Ausnahme des der FDP-Fraktion, ein Jedermanns-Grundrecht auf Bildung enthielten.

Das OVG Weimar ging in einem Beschluss vom 28.09.2010 in einem Kapazitätsrechtsstreit eines mazedonischen Staatsangehörigen ohne nähere Begründung davon aus, dass Art. 20 der Thüringer Verfassung lediglich einen Programmsatz darstelle. Art. 35 ThürVerf sei ein Deutschen-Grundrecht.³⁰ Mit Urteil vom 25.09.2012, dem ein Normenkontrollantrag bezüglich der Zulässigkeit der Kopplung des Vergabeverfahrens von außerkapazitären Studienplätzen an das Auswahlverfahren der Hochschule einer Zweitstudienbewerberin mit deutscher Staatsangehörigkeit zugrunde lag, wiederholte das Gericht bezüglich des Art. 20 Satz 2 ThürVerf die Rechtsauffassung, dass dieser kein Grundrecht gewähre, sondern ein Programmsatz sei. Anders als in der VerfLSA sei kein subjektives Recht herzuleiten. Für diese Sichtweise spreche neben dem Wortlaut auch die systematische und teleologische Auslegung.³¹ Auf die Frage, ob Art. 20 Satz 1 ThürVerf ein subjektives Grundrecht enthält, ging das OVG in seiner Entscheidung nicht ein. Im gegen die Entscheidung des OVG Weimar erhobenen Verfassungsbeschwerdeverfahren ergangenen Beschluss wählte der Thüringer Verfassungsgerichtshof eine differenzierte Betrachtungsweise. Der Thüringer Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass Art. 20 Satz 1 ThürVerf, auch deshalb weil das „Recht

auf Bildung“ kaum greifbare Konturen aufweise, eine Staatszielbestimmung sei. Dagegen weise der in Art. 20 Satz 2 ThürVerf geregelte Zugang zu Bildungseinrichtungen rechtlich schärfere Konturen auf. Die ThürVerf verstehe sich als bewusster Gegenentwurf zur Rechtswirklichkeit in der DDR. Wenn sich der Verfassungsgeber vor diesem Hintergrund entscheide, einen freien und gleichen Zugang zu öffentlichen Bildungseinrichtungen zu normieren, dann liege es nahe, dass er auch die Möglichkeit eröffnen wollte, sich gegen Diskriminierungen rechtlich zur Wehr zu setzen.³² Im konkreten Fall wies der Thüringer Verfassungsgerichtshof jedoch die Verfassungsbeschwerde zurück, weil er aufgrund einer Entscheidung des BVerwG an einer Sachentscheidung gehindert sei.³³ Man wird dennoch einen Jedermanns-Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung aus Art. 20 Satz 2 ThürVerf herleiten können, insbesondere, weil der ThürVerfGH darauf verweist, dass der persönliche Schutzbereich des Art. 20 Satz 2 ThürVerf weiter sei, als der des Art. 12 Abs. 1 GG.³⁴ Soweit ersichtlich gibt es jedoch keine neueren verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, in denen diese Problematik thematisiert wird.

4. Mecklenburg-Vorpommern

Das Verwaltungsgericht Schwerin billigte unter Verweis auf das Urteil des OVG Magdeburg vom 19.11.2011 Ausländern und Staatenlosen einen gerichtlichen Kapazitätsüberprüfungsanspruch zu und stellte dabei auf Art. 8 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern (LVerf M-V) ab. Dieser enthalte ein landesrechtliches Teilhaberecht auch für nicht Deutschen gleichgestellte Ausländer und Staatenlose. Durch diese Norm werde das Deutschen-Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG landesverfassungsrechtlich erweitert.³⁵

5. Brandenburg

In Art. 29 der Verfassung des Landes Brandenburg sind sowohl das Recht auf Bildung (Abs. 1) als auch das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen (Abs. 2) als Jedermanns-Grundrecht ausgestaltet. Ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch steht daher in Brandenburg auch Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen zu. Entscheidungen, in denen ausländischen Staatsangehörigen ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch versagt wird, sind nicht bekannt.

27 LT Drs. 1/659 v. 23.08.1991.

28 LT Drs. 1/678 v. 09.09.1991.

29 LT Drs. 1/301 v. 25.04.1991.

30 OVG Weimar, Beschl. v. 28.09.2010, 1 NcO 370/10.

31 OVG Weimar, Urt. v. 25.09.2012, 1 N 260/12.

32 ThürVerfGH, Beschl. v. 19.11.2014, VerfGH 24/12,

BeckRS 2014, 59179.

33 BVerwG, Beschl. v. 22.7.2013, 6 BN 2.13, BeckRS 2013, 54390.

34 ThürVerfGH, Beschl. v. 19.11.2014 – VerfGH 24/12, BeckRS 2014, 59179.

35 VG Schwerin, Beschl. v. 07.09.2012, 3 B 426/11.

6. Sachsen

Ein Staatsziel „Bildung“ wurde in Art. 7 Abs. 1 der Sächsischen Landesverfassung (SächsLV) normiert. Daneben enthält die Sächsische Landesverfassung in Art. 29 eigene Grundrechte mit bildungsrechtlichem Bezug. Gemäß Art. 29 Abs. 1 SächsLV haben alle Bürger das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen. Art. 29 Abs. 2 SächsLV gewährt daneben ein eigenständiges Teilhaberecht auf gleichen Zugang zu Bildungseinrichtungen. Das Recht auf erschöpfende Kapazitätsausnutzung wird aus Art. 29 Abs. 2 SächsVerf abgeleitet.³⁶ Jedoch gilt Art. 29 Abs. 2 SächsVerf ausweislich seines Wortlautes ausschließlich für Bürger, also für deutsche Staatsangehörige.³⁷ Der Freistaat Sachsen ist damit das einzige der ostdeutschen Bundesländer, in dem ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Ausländern nicht aus der Landesverfassung abgeleitet werden kann.

7. Berlin

Gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 1 der Berliner Verfassung (VvB) hat jeder Mensch ein Recht auf Bildung. Das Land Berlin soll den Zugang eines jeden Menschen zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze fördern (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VvB). Art. 17 VvB gewährt daneben einen Anspruch auf Freizügigkeit, der auch das Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte eines Studienbewerbers umfasst.³⁸ Der Berliner Verfassungsgerichtshof stellte in einem Beschluss vom 16.09.2008 fest, dass Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VvB ein Jedermanns-Grundrecht und nicht lediglich eine Staatszielbestimmung ist.³⁹ In Berlin haben damit auch ausländische Staatsangehörige einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch, der sich aus Art. 17 VvB i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VvB ergibt. In einem Beschluss vom 25.08.2009 deutete das OVG Berlin-Brandenburg an, dass ein Anspruch aus der Landesverfassung zu einer Kollision gemäß Art. 31 und Art. 142 GG und somit zu einer Unwirksamkeit des Landesgrundrechts führen könne, stützte seine Zurückweisung einer Beschwerde jedoch auch darauf, dass der Beschwerdeführer ohne inländische Hochschulzugangsberechtigung bereits anderweitig im selben Studiengang immatrikuliert war und die Prozessbevollmächtigten im Beschwerdeverfahren nicht zu möglichen Fehlern der Hochschule in der Kapazitätsberechnung vorgetragen hatten. Nach der Rechtsauffassung des OVG

Berlin-Brandenburg in einem Beschluss vom 22.07.2010 besteht der Anspruch von „Bildungsausländern“ wohl nur im Rahmen einer richtig berechneten Ausländerquote.⁴⁰ Weiterhin fordert das OVG, dass die deutschen Sprachkenntnisse bereits bei Stellung des außerkapazitären Hochschulanschlusses bzw. mit der Hochschulbewerbung nachgewiesen werden müssen. In welcher Form der Nachweis zu erfolgen hat, blieb im streitgegenständlichen Beschwerdeverfahren offen, da die Antragstellerin gegenüber der Hochschule und dem Verwaltungsgericht unwahre Angaben zu ihrer Staatsangehörigkeit gemacht hatte.⁴¹ Das Verwaltungsgericht Berlin bejahte in einem Beschluss vom 01.06.2010 einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch, in Verfahren, in dem die Hochschule zunächst allen deutschen Antragstellern für einen Lehramtsstudiengang einen Zulassungsvergleich angeboten hatte und sich im einzig verbliebenen Verfahren eines bosnischen Staatsangehörigen mit inländischer Hochschulzugangsberechtigung weigerte, Kapazitätsberechnungsunterlagen vorzulegen. Es differenzierte bei der abstrakten Herleitung des Anspruchs zunächst zwischen „Bildungsausländern“ und „Bildungsinländern“ und stellte fest, dass Art. 31 und 142 GG die Bundesländer nicht daran hindern, grundrechtliche Gewährleistungen in personeller oder sachlicher Hinsicht über die Grundrechte des GG hinaus einzuführen. Eine Kollision sei jedoch zu vermeiden. Eine solche liege nur dann vor, wenn ausländische Studienbewerber mit deutschen Staatsangehörigen um dieselben Studienplätze konkurrieren und ausländische Studienbewerber die aus Art. 12 Abs. 1 GG berechtigten Studienbewerber verdrängen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf einen Studienplatz vermittele, der bei rechtmäßiger Kapazitätsermittlung einem ausländischen Bewerber zufalle. Daher spreche einiges dafür, dass für ausländische Studienbewerber mit ausländischer Hochschulzugangsberechtigung ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch aus Art. 17 VvB bestehe, weil ihnen im Rahmen der Ausländerquote ein Studienplatz zustehen kann, für die deutsche Studienbewerber keine besseren Rechte geltend machen könnten. Dagegen könnten sich Bildungsinländer, die im innerkapazitären Zulassungsverfahren deutschen Bewerbern und EU-Ausländern gleichgestellt seien und deshalb nicht im Rahmen der Ausländerquote Berücksichtigung finden können, erst auf Art. 17 VvB berufen, wenn die Zugangs-

36 Rozek, Art. 29, Rn. 10, in Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Aufl. 2011; SächsVerfGH, Beschl. v. 25.04.2013, Vf. 5-IV-13.

37 Art. 115 SächsVerf.

38 Driehaus, Verfassung von Berlin, 3. Aufl. 2009, Art. 17 Rn. 10 f.

39 BerlVerfGH, Beschl. v. 16.09.2008, 81/08, 81 A/08,

NVwZ 2009, 243.

40 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.07.2010 – OVG 5 NC 21.09, BeckRS 2010, 53204.

41 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.07.2010 – OVG 5 NC 21.09, BeckRS 2010, 53204.

rechte der deutschen Studienbewerber nicht beeinträchtigt werden. Ob eine solche Konkurrenzsituation vorliege, könne erst nach einer Überprüfung der Kapazitätsberechnung durch das Gericht festgestellt werden. Eine Überprüfung sei nicht nur dann möglich, wenn auch deutsche Staatsangehörige gerichtliche Verfahren betreiben.⁴²

8. Niedersachsen

Nach Art. 4 Abs. 1 der im Jahr 1993 in Kraft getretenen Niedersächsischen Verfassung (NV) hat jeder Mensch das Recht auf Bildung. Dabei geht Art. 4 Abs. 1 NV von einem weiten Bildungsbegriff aus, der nicht auf die in den Absätzen 2 und 3 näher geregelte Schulbildung beschränkt ist, sondern die berufliche Bildung einschließlich Weiterbildung ebenso erfasst wie die frühkindliche Bildung.⁴³ Als Jedermanns-Recht kommt Art. 4 Abs. 1 NV für Studienbewerber als Grundrecht auf berufsbezogene Ausbildung zum Tragen.⁴⁴ Nach dem VG Göttingen gewährt Art. 4 Abs. 1 NV jeder natürlichen Person ein landesverfassungsrechtliches Grundrecht auf Bildung, welches auch die berufliche Ausbildung umfasst. Es beteiligte daher in der Vergangenheit auch Nicht-EU-Ausländer am Verteilungsverfahren von außerkapazitären Studienplätzen.⁴⁵ Das VG Hannover leitete die Rechte von Ausländern in den Verfahren des Sommersemesters 2009 im Studiengang Humanmedizin – im konkreten Fall eines Bildungsinländers mit afghanischer Staatsangehörigkeit – auf Beteiligung an gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren aus Art. 2 Abs. 1 GG her.⁴⁶ Es änderte jedoch seine Rechtsprechung zum WS 2017/18 in einem Verfahren eines afghanischen Staatsangehörigen, der kein Bildungsinländer ist und lehnte einen einstweiligen Anordnungsantrag auf Zulassung zum Studium der Humanmedizin ab.⁴⁷ Das OVG Lüneburg bestätigte diese Entscheidung mit Beschluss vom 14.12.2017.⁴⁸ Unter Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 20.04.1990 sowie den Beschluss des OVG Magdeburg vom 24.03.2014 argumentierte das Gericht, dass die unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abzuleitende Zuweisung außerkapazitärer Studienplätze nicht ohne

weiteres auf ausländische Studienbewerber auszudehnen sei.⁴⁹ Denn im Fall knapper Studienplätze (wie im Studiengang Humanmedizin) würde jeder Platz, der einem ausländischen Bewerber zugesprochen wird, einem deutschen Studienbewerber verloren gehen, so dass sich die Vergabe an einen ausländischen Studienbewerber im Ergebnis als eine Verschärfung des numerus clausus auswirke.⁵⁰ Nach Auffassung des OVG konnte der Studienbewerber sein Begehren schon deshalb nicht auf Art. 4 Abs. 1 NV stützen, weil zumindest eine gewisse Beziehung eines Menschen zum niedersächsischen Territorium bestehen müsse,⁵¹ um Adressat der genannten Verfassungsnorm zu sein, was aufgrund des Wohnsitzes in Berlin zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht gegeben war. Auf die Frage, ob die Regelung in Art. 4 Abs. 1 NV möglicherweise mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar und insoweit gem. Art. 31 GG unwirksam sei, kam es nach der Auffassung des OVG nicht an. Der Bildungsbegriff in Art. 4 Abs. 1 NV sei zu weit und führe letztlich zu einem unspezifischen Recht auf Bildung. Daher sei notwendigerweise eine Ausformung durch das einfache Gesetz gefordert, so dass sich der Anspruchsinhalt nicht aus der Verfassung, sondern (erst) aus dem einfachen Gesetzesrecht ergeben könne. Dem in Art. 4 Abs. 1 NV formulierten Recht auf Bildung komme mithin (nur) Staatszielcharakter zu.⁵² Der Beschwerdeführer erhob wegen des Komplettausschlusses gegen diese Entscheidung Beschwerde zum UN-Menschenrechtsausschuss und machte eine Verletzung von Art. 26 IPBPR geltend. Über diese Beschwerde wurde noch nicht entschieden. Das VG Göttingen beteiligt Bildungsinländer aufgrund einfachrechtlicher Regelungen weiterhin am Vergabeverfahren um freie Studienplätze.⁵³

9. Baden-Württemberg

Gemäß Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg (LV Ba-Wü) hat „jeder junge Mensch ohne Rücksicht auf Herkunft oder wirtschaftliche Lage das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung.“ Nach Auffassung des VGH Mannheim handelt es sich hierbei nicht um einen bloßen Programmsatz, son-

42 VG Berlin, Beschl. v. 1.6.2010, VG 30 L 1086/09, BeckRS 2010, 49602.

43 Ipsen, Nds. Verfassung, 2011, S. 45; Hageböiling, Nds. Verfassung, 2. Auflage 2011, Art. 4 Anm. 1; Epping, Hann. Kommentar zur Nds. Verfassung, 2012, Art. 4 Anm. 8 f.; Jarass, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, 675 ff.

44 Vgl. Jarass, Fn. 43, 678.

45 VG Göttingen, Beschl. v. 04.11.2011, 8 C 706/11; Hageböiling, Fn. 43, Anm. 1.

46 VG Hannover, Beschl. v. 19.05.2009, 8 C 1400/09.

47 VG Hannover, Beschl. v. 05.12.2017, 8 C 9807/17.

48 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17,

NVwZ 2018, 432.

49 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 9.

50 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 9.

51 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 11.

52 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 13;

ebenso *Berlit*, Fn. 12, 15; a.A.: VG Göttingen, Beschl. v. 05.05.2011, 8 C 1553/10; Hageböiling, Nds. Verfassung, 2. Aufl.

2011, Art. 4, Anm. 1, der von einem Teilhaberecht und einer Einrichtungsgarantie ausgeht, vergleichbar Epping, Hann. Kommentar zur Nds. Verfassung, 2012, Art. 4 Anm. 1.

53 Dazu unter III.

dem um ein Verfassungsgebot für Legislative und Exekutive, dessen Bedeutung u.a. darin besteht, dass entgegenstehendes Gesetzesrecht keine Gültigkeit hat.⁵⁴ Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung des VGH Mannheim Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü als landesrechtliches Grundrecht auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen verstanden.⁵⁵ Dass dieses auch für ausländische Staatsangehörige und Staatenlose gilt, ergibt sich aus dem insoweit unmissverständlichen Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü („Jeder junge Mensch (...)“).⁵⁶ Dabei wird nach herrschender Meinung in den Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü – trotz seines beschränkenden Wortlauts („Erziehung“) – nicht nur das Erziehungs-, sondern auch das gesamte Ausbildungswesen einbezogen, also auch der Bereich der Universitäten.⁵⁷ Hieraus folgt zunächst, dass Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü ein über Art. 12 Abs. 1 GG hinausgehendes Teilhaberecht statuiert, welches auch Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen einen landesverfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf gerichtliche Überprüfung von außerkapazitären Studienplätzen gewährt. Indes ergibt sich aus diesem Befund nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg ein zur Anwendung des Art. 31 GG führender Widerspruch mit Art. 12 Abs. 1 GG, weil das landesverfassungsrechtliche Zugangsrecht des Art. 11 LV Ba-Wü eine Erhöhung der Bewerberkonkurrenz beim Hochschulzugang bewirke und dadurch das bundesverfassungsrechtlich deutschen Staatsangehörigen vorbehaltene Teilhaberecht des Art. 12 Abs. 1 GG Gefahr laufe, eingeschränkt zu werden.⁵⁸ Zur Lösung dieser Kollisionslage bestehe deshalb der Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung von nicht-privilegierten Ausländern nur insoweit, als diese lediglich Studienplätze aus der jeweiligen Ausländerquote beanspruchen können.⁵⁹ In Baden-Württemberg können daher grundsätzlich auch Nicht-EU-Ausländer und Staatenlose gerichtlich geltend machen, dass die festgesetzte Zulassungszahl zu Unrecht die vorhandene Aufnahmekapazität nicht ausschöpft. Ergeben sich bei der gerichtlichen Kontrolle

außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen freie Studienplätze, so sind diese in entsprechender Höhe der jeweiligen Ausländerquote zuzuschlagen und von der Hochschule entsprechend den für Ausländer vorgesehenen Auswahlkriterien an ausländische Studienbewerber zu verteilen. Erst die nach Auffüllung der Ausländerquote verbleibenden Studienplätze stehen den deutschen Studienbewerbern zu.⁶⁰

10. Bayern

Gemäß Art. 128 Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf) hat „jeder Bewohner Bayerns Anspruch darauf, eine seinen erkennbaren Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten.“ Nach der unmissverständlichen Formulierung des Wortlauts handelt es sich hierbei um ein Grundrecht, das dem einzelnen ein subjektives Recht auf Ausbildung einräumt.⁶¹ Da der in Art. 128 Abs. 1 BayVerf enthaltene Ausbildungsanspruch allen „Bewohnern Bayerns“ gewährt wird, spielt auch die Staatsangehörigkeit keine Rolle, so dass namentlich auch Nicht-EU-Bürger und Staatenlose voll erfasst werden.⁶² Dennoch ist die Rechtsnatur des Art. 128 Abs. 1 BayVerf in Rechtsprechung und Schrifttum bis heute stark umstritten.⁶³ Nach der gefestigten Rechtsprechung des BayrVerfGH ist Art. 128 Abs. 1 BayVerf trotz des eindeutigen Wortlauts als objektiver Programmsatz einzustufen, dem es an der Qualität eines subjektiven Grundrechts auf Ausbildung fehle.⁶⁴ Indes finden sich aber auch Entscheidungen, die die Frage, ob Art. 128 Abs. 1 BayVerf nicht doch ein Grundrecht darstelle, ausdrücklich offen lassen.⁶⁵ Was den Kapazitätsüberprüfungsanspruch anbetrifft, sind nach gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung in Bayern Nicht-EU-Ausländer nur in den regulären Verfahren der Studienplatzvergabe mit Deutschen gleichgestellt; sie können daher auf dem Rechtsweg keine Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Ausbildungskapazitäten erstreiten.⁶⁶ Dies gilt ebenso für Nicht-EU-Ausländer, die über eine deutsche Hochschulzugangsberechtigung

54 VGH Mannheim, Beschl. v. 09.03.1993, 9 S 3033/93, NVwZ-RR 1993, 360; Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, Urt. v. 02.08.1969, ESVGH 20, 1 = BWVBl. 1970, 25.

55 VGH Mannheim, Urt. v. 19.02.1974, IV 1050/73; Urt. v. 03.12.1975, IX 1437/74.

56 VGH Mannheim, Beschl. V. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84; Beschl. v. 11.01.1988, NC 9 S 983/87.

57 VGH Mannheim, Urt. v. 10.10.1969, IV 491/69; Beschl. v. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84; Beschl. v. 11.01.1988, NC 9 S 983/87.

58 VGH Mannheim, Beschl. v. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84.

59 VGH Mannheim, Beschl. v. 09.03.1993, 9 S 3033/93, Rn. 3, Beschl. v. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84; BVerwG, Urt. v. 20.04.1990, 7 C 59/87, NJW 1990, 2899.

60 Vgl. BVerwG, NJW 1990, 2899, 2900.

61 *Mösl*, Art. 128, Rn. 5 in: Lindner/Mösl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017; *Gallwas*, Das Grundrecht auf Ausbildung gemäß Art. 128 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung, BayVBl. 1976, 385.

62 Vgl. *Mösl*, Fn. 61, Art. 128, Rn. 6.

63 M.w.N. *Stettner*, in: Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2008, Art. 128, Rn. 4-17.

64 BayVerfGH 13, 141, 146; 17, 30 (LS 1a); 17, 46, 58; 35, 126, 130 f.; 41, 4, 12; 59, 63, 79.

65 BayrVerfGH 28, 143 (162 f.); 34, 14 (20).

66 Zuletzt VG München, Beschl. v. 05.02.2016, M 3 E 15.4305.

verfügen.⁶⁷ Der VGH München ging in einem Beschluss vom 11.05.2010 in einem Kapazitätsrechtsstreit einer kosovarischen Staatsangehörigen ohne nähere Begründung davon aus, dass ausländische Studienplatzbewerber, die keine EU-Staatsangehörigen sind, sich nicht darauf berufen können, dass die Zulassungszahl unter Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung zu niedrig festgesetzt sei. Ihnen fehle die aus dem Deutschen Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete teilhaberechtliche Rechtsposition als verfassungsunmittelbare Grundlage des außerkapazitären Zulassungsanspruchs.⁶⁸ Zwar werden Bildungsinländer in Art. 1 Abs. 1 Satz 3 des Staatsvertrags über die Vergabe von Studienplätzen⁶⁹ sowie in Art. 1 Abs. 2 Satz 3 des Bayerischen Hochschulzulassungsgesetzes (Bay-HZG) vom 9. Mai 2007⁷⁰ und der entsprechenden Ausführungsbestimmung jeweils „Deutschen gleichgestellt“. Diese Vorschriften beziehen sich jedoch nach Auffassung des VGH München allein auf die Studienplatzvergabe im Rahmen der gesetzlich geregelten zentralen bzw. örtlichen Verteilungsverfahren auf der Grundlage der satzungsmäßig festgelegten Zulassungszahlen.⁷¹

11. Hessen

Nach Art. 59 Abs. 2 der Verfassung des Landes Hessen (HV) ist der „Zugang zu den Mittel-, höheren und Hochschulen nur von der Eignung des Schülers abhängig zu machen“. Damit gewährleistet Art. 59 Abs. 2 HV ein jedermann zustehendes landesverfassungsrechtliches Grundrecht auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen. Zum Kreis dieser Grundrechtsbegünstigten gehören folglich auch Nicht-EU-Ausländer und Staatenlose. Allerdings entschied der Hessische VGH bereits in seinem Beschluss vom 25.08.1987, in dem über außerkapazitäre Zulassungsansprüche eines türkischen Studienbewerbers zu entscheiden war, dass Art. 59 Abs. 2 HV mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG „teilweise“ nicht vereinbar und insoweit gemäß Art. 31 GG unwirksam sei.⁷² Die Geltung eines jedermann zustehenden landesverfassungsrechtlichen Grundrechts neben dem Staatsbürgergrundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG würde in absolut zulassungsbeschränkten Studiengängen die Zahl

der Teilhabeberechtigten vergrößern und die Zulassungsaussichten des Einzelnen vermindern.⁷³ Dadurch träte eine dem Zweck des Art. 12 Abs. 1 GG zuwiderlaufende Verschärfung des absoluten numerus clausus ein, weil das hessische Landesverfassungsrecht ausländischen Studienbewerbern eine Rechtsstellung einräume, die geeignet sei, die Rechtsstellung von Grundrechtsträgern nach dem Bundesverfassungsrecht zu verkürzen. Infolgedessen kollidiere Art. 59 Abs. 2 HV mit Art. 12 Abs. 1 GG, soweit das Landesgrundrecht ausländischen Studienbewerbern das gleiche Teilhaberecht einräumt wie deutschen Studienbewerbern. Diese Kollision führe gemäß Art. 31 GG zur Unwirksamkeit des Landesgrundrechts.⁷⁴ In der älteren Rechtsprechung des Hessischen VGH wird daher nur deutschen Studienbewerbern ein Anspruch auf erschöpfende Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten gerichtlich zugestanden.⁷⁵ Nach Auffassung des Hessischen VGH bedeuteten die Feststellungen jedoch nicht, dass ausländische Studienbewerber unter keinen Umständen zum Studium außerhalb der festgesetzten Kapazität zugelassen werden dürften. Allerdings komme der Erlass einer einstweiligen Anordnung in solchen Fällen nur in Betracht, wenn keine andere als die beantragte Entscheidung rechtmäßig sein kann. Davon dürfte jedoch regelmäßig nicht ausgegangen werden, weil in absolut zulassungsbeschränkten Studiengängen die Zulassung eines ausländischen Studienbewerbers regelmäßig privilegierte deutsche Studienbewerber in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG beeinträchtigt, ohne dass dies durch eine gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erforderliche gesetzliche Grundlage gerechtfertigt wäre.⁷⁶ In der aktuellen Rechtsprechung des VG Gießen werden Nicht-EU-Ausländer jedoch zumindest nachrangig bei der Verteilung von Studienplätzen berücksichtigt.⁷⁷

12. Nordrhein-Westfalen

Art. 24 Abs. 1 Satz 3 der Verfassung NRW (LV NRW) lautet: „Jedermann hat ein Recht auf Arbeit.“ Zwar statuiert diese Norm, dass ein Recht auf Arbeit nicht nur Deutschen, sondern allgemein und ohne jede personelle Einschränkung gewährleistet wird. Allerdings ist Art. 24 Verfassung NRW nicht zu entnehmen, dass hierzu auch

67 Ständige Rspr. des VGH München, vgl. zuletzt Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133, Rn. 7 ff.; Beschl. v. 12.3.2008 BayVBl 2008, 569; vgl. auch VG München, Beschl. v. 05.02.2016, M 3 E 15.4305.

68 VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, Az. 7 CE 10.10133, Rn. 7 ff.

69 Vertrag v. 22.6.2006, GVBl 2007 S. 2 – StV.

70 GVBl S. 320, zuletzt geändert durch G. v. 7.7.2009, GVBl S. 256.

71 VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133, Rn. 8, dazu III.

72 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 3.

73 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 4.

74 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 6.

75 Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87 - ESVGH 38, 1 ff.; 07.09.1987 - 6 TG 1953/87, 18.04.1988 - VN G 2424/86 T - NVwZ 1989, 387 und v. 22.11.2001 - 8 TZ 2949/01.

76 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 7.

77 Dazu unter III.

das Recht gehört, die Ausbildungsstätte frei zu wählen.⁷⁸ Darüber hinaus wird Art. 24 Abs. 1 Satz 3 LV NRW allgemein als die staatlichen Stellen verpflichtender Programmsatz und objektiv-rechtliche soziale Staatszielbestimmung ohne anspruchsbegründende Wirkung verstanden.⁷⁹ Eine andere den Hochschulzugang konkret betreffende Norm ist in der LV NRW nicht enthalten. Mangels weiterer Anspruchsnormen scheidet die LV NRW als Grundlage eines individualrechtlichen Anspruchs auf Studienzulassung für Nicht-EU-Bürger und Staatenlose aus. Vor diesem landesrechtlichen Hintergrund verwundert es nicht, dass die obergerichtliche Rechtsprechung in NRW einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Bürgern grundsätzlich ablehnt.⁸⁰ Zuletzt hat das OVG Münster in einem Verfahren, in dem über einen Anspruch eines iranischen Staatsangehörigen auf Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Kapazität zu entscheiden war, festgehalten, dass ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch schon deshalb nicht bestehe, weil sich der Antragsteller als Nicht-EU-Ausländer nicht auf das Teilhaberecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen könne, der nur für Deutsche gelte.⁸¹ Der außerkapazitive Zulassungsanspruch kann nach der Rechtsprechung des OVG Münster nicht mit der Eigenschaft eines Antragstellers als Bildungsinländer begründet werden.⁸²

13. Saarland

Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 der Saarländischen Verfassung (VerfSL) lautet: „Der Zugang zum Hochschulstudium steht jedem offen“. Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes (SVerfGH) hat in seinem Urteil vom 02.05.1983 entschieden, dass Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL ein Grundrecht auf Hochschulzugang gewährt, welches jedermann zusteht und nicht auf deutsche Staatsangehörige oder Saarländer beschränkt wird.⁸³ Dabei werde der teilhaberechtliche Charakter des Grundrechtes bereits aus der Formulierung deutlich und braucht nicht erst, wie dies für Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich war,⁸⁴ aus einem libe-

ralen Freiheitsrecht unter Heranziehung des Gleichheitsgrundsatzes und des Sozialstaatsprinzips hergeleitet zu werden.⁸⁵ Damit ist der Kreis der Grundrechtsinhaber des Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL weiter als derjenige des Artikels 12 Abs. 1 GG. Bemerkenswert ist, dass die Grundrechtsgewährung des Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL nach Auffassung des SVerfGH auch nicht durch Bundesrecht verdrängt wird.⁸⁶ Im Gegensatz zur landesverfassungsrechtlichen Spruchpraxis der meisten Bundesländer, argumentiert der SVerfGH, dass Art. 12 Abs. 1 GG der in Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL enthaltenen Grundrechtsgewährung nicht entgegenstehe. Deshalb komme es nicht zu einer Kollisionslage, die unter Anwendung von Art. 31 GG das saarländische Landesrecht verdrängen könnte.⁸⁷ Eine Kollisionslage sei deshalb nicht gegeben, weil Art. 12 GG nicht besage, dass nur Deutsche das Recht auf Hochschulzulassung haben („Alle Deutschen haben das Recht...“), sondern sprachlogisch einer Norm gerade nicht entgegen stehe, die auch anderen Menschen und sogar allen anderen Menschen dieses Recht einräume.⁸⁸ Auch erhebe Art. 12 Abs. 1 GG keinen Ausschließlichkeitsanspruch, sondern dulde nach Gehalt und Intention auch anderes Landesrecht neben sich. Ein Ausschließlichkeitsanspruch bestehe schon deshalb nicht, weil die Grundrechtsnormen des Grundgesetzes für sich nicht in Anspruch nehmen, einen Maximalstandard aufzustellen, der nicht überschritten werden darf; der Grundrechtskatalog trage vielmehr den Charakter eines Minimums.⁸⁹ Nichts anderes gelte nach Auffassung des SVerfGH für die Vorschrift des § 27 HRG, die trotz ihrer einfachgesetzlichen Qualität der Landesverfassung im Falle einer Kollisionslage gemäß Art. 31 GG vorgehe. Auch hier würde die weitergehende landesrechtliche Norm, die dasselbe Recht an Nichtdeutsche gewährt, nicht „gebrochen“ werden.⁹⁰

Ob die mittlerweile in die Jahre gekommene Rechtsprechung des Saarländischen VerfGH auch heute noch Bestand hat, lässt sich mangels jüngerer Rechtsprechung nicht mit Bestimmtheit sagen. Allerdings hatte das OVG

78 OVG Münster, Beschl. v. 16.11.2009, 13 C 406/09, Rn. 8.

79 Vgl. Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 24 Rn. 17; Düstner, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2002, Art. 24 Rn. 3; Grawert, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2008, Art. 24 Anm. 4; Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Band 1, Der Kapazitätsprozess, Rn. 197.

80 Siehe OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2013, 13 B 981/13; Beschl. v. 16.11.2009, 13 C 406/09; VG Köln, Beschl. v. 17.07.2013, 6 L 216/13.

81 OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2013, 13 B 981/13.

82 OVG Münster, Beschlüsse v. 16.11.2009, 13 C 406/09, WissR 2010, 85, und v. 25.11.2003 - 13 C 42/03 -, NVwZ- RR 2004, 353, dazu unter III.

83 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983,

Lv 2 - 4/82.

84 Vgl. BVerfGE 33, 303.

85 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 20.

86 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 23.

87 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 24 ff.

88 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 25.

89 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 26.

90 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 26.

Saarlouis 2012 im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens zur Regelung des § 23 Satz 2 Vergabeverordnung-Stiftung eine Entscheidung getroffen,⁹¹ in der das Gericht dazu tendierte, der Rechtsauffassung des OVG Magdeburg zu folgen,⁹² musste dies aber nicht abschließend entscheiden, weil es in der entsprechenden landesrechtlichen Regelung eine Verletzung der Rechte der Zweitstudienbewerber erblickte.⁹³ Daher spricht einiges dafür, dass auch aus Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 der VerfSL ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch für Nicht-EU-Bürger und Staatenlose besteht.

14. Rheinland-Pfalz

Aufgrund des Wortlauts von Artikels 39 Abs. 5 der Verfassung für Rheinland-Pfalz („Der Zugang zum Hochschulstudium steht jedermann offen“) hat das OVG Koblenz in seinem Urteil vom 27.02.1970 festgestellt, dass diese Bestimmung nicht nur einen Programmsatz aufstelle, sondern einen unmittelbaren Anspruch auf Zugang zu den Hochschulen begründe.⁹⁴ Trotz des insofern bestehenden Anspruchs auf Hochschulzulassung haben ausländische Staatsangehörigen nach Auffassung des VG Mainz lediglich Anspruch auf Zulassung innerhalb der sogenannten Ausländerquote des § 6 Abs. 1 Nr. 1 Studienplatzvergabeverordnung (StPVLVO). Anderenfalls würden ausländische Studienbewerber mit aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG Berechtigten konkurrieren und deren Chancen beschränken.⁹⁵

15. Bremen

Nach Art. 27 Abs. 1 der Bremer Verfassung hat jeder Mensch „nach Maßgabe seiner Begabung das gleiche Recht auf Bildung“. Der Bildungszugang ist in Bremen demnach als Jedermanns-Grundrecht ausgestaltet, weshalb ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch grundsätzlich auch Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen zusteht. Entscheidungen, in denen ausländischen Staatsangehörigen ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch versagt wird, sind nicht bekannt.

16. Schleswig-Holstein

Die Landesverfassung von Schleswig Holstein enthält keinen eigenen Grundrechtskatalog. Als Begründung für diesen Verzicht wird genannt, dass die ursprünglich als „Landessatzung“ bezeichnete Verfassung die erste

Landesverfassung nach Inkrafttreten des Grundgesetzes gewesen sei.⁹⁶ Der Charakter eines Organisationsstatuts wurde im Rahmen der Verfassungsreform des Jahres 1990 beibehalten.⁹⁷ Ein auf die Landesverfassung gestützter Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern kommt daher nicht in Betracht. Jedoch sind keine Entscheidungen bekannt, wonach Nicht-EU-Ausländer vom Vergabeverfahren um freie außerkapazitären Studienplätze ausgeschlossen wurden.

17. Hamburg

Ebenso verzichtet die Hamburger Verfassung auf einen eigenen Grundrechtskatalog. Daher lässt sich aus dem Landesverfassungsrecht kein Kapazitätsüberprüfungsanspruch ableiten. Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht hatte bereits in einem Beschluss vom 20.09.1996 über die Kapazitätsüberprüfung eines pakistanischen Staatsangehörigen festgehalten, dass es Nicht-EU-Ausländern am verfassungsrechtlich verbürgten Teilhaberecht des Art. 12 Abs. 1 GG fehle, weshalb für diese Statusgruppe das Recht, die Festsetzung der Zulassungszahl gerichtlich überprüfen zu lassen, nicht eröffnet sei.⁹⁸ Entsprechend verneinte das Verwaltungsgericht Hamburg mit einer missverständlichen Begründung in den Verfahren auf Zulassung zum Studium der Pharmazie im WS 2016/17 unter Verweis auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie die Rechtsprechung des OVG Münster Nicht-EU-Ausländern einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung, nur um im nächsten Satz der Begründung darauf hinzuweisen, dass sich Nicht-EU-Ausländer auf einfaches Recht berufen könnten, weshalb die Staatsangehörigkeit der Antragsteller nicht aufgeklärt werden müsse.⁹⁹

III. Anspruch auf Gleichstellung von Bildungsinländern aufgrund von Regelungen im Studienplatzvergabeverfahren

Umstritten ist, ob so genannte Bildungsinländer einen Anspruch aus dem Umstand herleiten können, dass sie eine inländische Hochschulzugangsberechtigung vorweisen können. Eine Gleichstellung erfolgt im zentralen Vergabeverfahren gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2, 3 des Staatsvertrags zur Vergabe von Studienplätzen sowie den Regelungen in den landesrechtlichen Studienplatzverga-

91 OVG Saarlouis, Urteil vom 02.02.2012, 2 C 300/11.

92 OVG Magdeburg, Urteil vom 19.10.2011 – 3 K 326/11; dazu oben unter II. 2.

93 OVG Saarlouis, Urteil vom 02.02.2012, 2 C 300/11, Rn. 51.

94 OVG Koblenz, Ur. v. 27.2.1970, VerfRSpr Art. 12 GG (e) Nr. 64.

95 VG Mainz, Beschl. v. 01.03.2018, 15 L 1045/17.MZ.

96 Rohn, Verfassungsreform in Schleswig-Holstein, NJW 1990, 2782.

97 Rohn, Fn. 96, 2782, 2784.

98 Hamburgisches OVG, Beschl. v. 20.9.1996, Bs III 7/96, Rn. 2.

99 VG Hamburg, Beschl. v. 01.12.2016, 20 ZE Pha WS 2016/17.

bevergabeordnungen.¹⁰⁰ Einige Verwaltungsgerichte leiten aus dieser Gleichstellung richtigerweise einen Anspruch auf Beteiligung am Vergabeverfahren um freie außerkapazitäre Studienplätze her.¹⁰¹ Das Verwaltungsgericht Göttingen hält an dieser Rechtsprechung auch nach der Entscheidung des OVG Lüneburg vom 14.12.2017, die keinen Bildungsinländer betraf, fest.¹⁰² Das OVG Weimar¹⁰³, der Bayerische VGH¹⁰⁴ und das OVG Münster¹⁰⁵ lehnen diese Rechtsauffassung ab. Die Argumentation kann wie folgt zusammengefasst werden: Eine Gleichbehandlung sei lediglich im behördlichen zentralen bzw. örtlichen Verteilungsverfahren gewollt, nicht jedoch für ein gerichtlich angeordnetes außergerichtliches Vergabeverfahren. Diese Rechtsauffassung vermag für Bundesländer wie Thüringen, in denen mittlerweile im zentralen Vergabeverfahren eine Bindung an das Auswahlverfahren der Hochschule erfolgte, nicht zu überzeugen.¹⁰⁶ Ebenso enthält § 29 Abs. 1 Vergabeordnung NRW neben einer Antragsfrist eine materiellrechtliche Regelung zur Vergabe außerkapazitärer Studienplätze. Eine Ausnahme stellt insoweit jedoch weiterhin der Freistaat Bayern dar, in dem es keine verordnungsrechtlichen Regelungen zur Vergabe außerkapazitärer Studienplätze gibt. Das VG Gießen bezieht, wenn ein Losverfahren zur Vergabe vorläufiger Studienplätze angeordnet wird, ausländische Staatsangehörige in das Losverfahren ein, wenn diese zulassungsrechtlich Deutschen gleich gestellt sind, also EU-Ausländer und Bildungsinländer. Nicht-EU-Ausländer mit ausländischer Hochschulzugangsberechtigung werden nachrangig am gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren beteiligt, d.h. wenn in der ersten Gruppe nicht alle Studienplätze angenommen werden.¹⁰⁷

IV. Resümee

1. Die Abwägung zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Landesgrundrechten

Während die Landesverfassungen weitgehend dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ange-

passt sind und sich in der Staatspraxis häufig auf Organisationsstatute reduzieren, zeigt sich, dass die Länder im Hinblick auf den Bildungszugang eine verfassungsrechtliche Eigenständigkeit betonen, aus der in den allermeisten Landesverfassungen ein subjektiver Anspruch auf Ausbildungszugang abzuleiten ist.¹⁰⁸ Von den ostdeutschen Bundesländern ist der Freistaat Sachsen das einzige Bundesland, in dem ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Ausländern nicht aus der Landesverfassung abgeleitet werden kann. In den westdeutschen Landesverfassungen wird in Hamburg und Schleswig-Holstein auf einen eigenständigen Grundrechtekatalog verzichtet. Die LV NRW enthält kein Grundrecht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte, sodass sich in diesen Bundesländern kein landesverfassungsrechtlicher Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung begründen lässt. Mit ihrer Errichtung eines – wenn auch in seinem Umfang strittigen – eigenständigen „Rechts auf (Hochschul-)Bildung“ liegen die übrigen Landesverfassungen auf einer Linie mit überstaatlichen Gewährleistungen (Art. 14 EU-Grundrechtecharta), während sich das GG in Art. 12 Abs. 1 für die Statuierung eines reinen Deutschen-Grundrechts entschieden hat. Die überwiegende landesverfassungsrechtliche Orientierung auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen für jedermann wird der überragenden Bedeutung von Bildung für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und dem Gelingen von Integration gerecht.¹⁰⁹ Wenn nach neueren Studien Kinder und Jugendliche mit Migrationshintergrund nach wie vor statistisch seltener eine höhere Bildung erreichen,¹¹⁰ so zeigt dies, dass der Ausbildungszugang gerade in der Bewältigung der Zuwanderung vor weitreichenden Herausforderungen steht.¹¹¹

Zwar überlagert Art. 12 Abs. 1 GG, welcher die Staatsgewalt der Länder ebenso wie die des Bundes bindet, die Besonderheiten der Länder in ihren Bildungsartikeln. Die führt jedoch nicht zu einem Nivellierungszwang zwischen Bund- und Landesverfassungen, da die Bundesgrundrechte nach Maßgabe des Art. 142 GG nur den Mindeststandard der Freiheit vorgeben sollen, den die

100 Exemplarisch § 2 Satz 2 Nr. 4 Hochschulzulassungsverordnung Bayern, § 2 Satz 2 Nr. 4 Vergabeordnung NRW, § 2 Satz 2 Nr. 4 Vergabeordnung Stiftung Hessen, § 2 Satz 2 Nr. 4 Vergabeordnung Stiftung Niedersachsen sowie § 2 Nr. 4 Thüringer Vergabeordnung.

101 VG Göttingen, Beschl. v. 24. 5. 2005, 8 C 6/05; Beschl. v. 04.11.2011, 8 C 706/11 u.a.; VG Braunschweig, Beschl. v.15. 11. 2005, 6 C 579/05, NVwZ-RR 2006, 702; VG Hamburg Beschl. v. 01.12.2016, 20 ZE Pha WS 16/17.

102 VG Göttingen, Beschl. v. 29.10.2018, 8 C 176/18 u.a.

103 OVG Weimar, Beschl. v. 28.09.2010, 370/10.

104 VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133.

105 OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2013, 13 B 981/13.

106 §§ 24 Abs. 1, 2 Thüringer Vergabeordnung.

107 Exemplarisch VG Gießen, Beschl. v. 14.02.2012, 1 L 2607/11.

MM.W1 u. a. im Verfahren gegen die Universität Marburg, Studiengang Humanmedizin WS 2011/12.

108 Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü; Art. 128 Abs. 1 BayVerf; Art. 20 BV; Art. 29 BbgVerf; Art. 27 BremVerf; Art. 59 HV; Art. 4 Abs. 1 NV; Art. 8 Satz 1 LV M-V; Art. 31, 39 Abs. 5 RhPfVerf; Art. 20 ThürVerf; Art. 25 Abs. 1 Verf LSA.

109 Vgl. *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewandelter Minderheiten, 2001, S. 215.

110 KMK/BMBF, Bildung in Deutschland 2016: Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zu Bildung und Migration, 2016, S. 203 ff.

111 *Mösl*, Fn. 61, Art. 128, Rn. 1.

Landesgrundrechte überschreiten dürfen.¹¹² Das Landesrecht ist vielmehr frei, parallele Grundrechtsverbürgungen vorzusehen und auch über das Bundesrecht hinauszuweisen.¹¹³ Die Rechtsordnungen des Bundes und der Länder existieren gleichberechtigt zueinander.¹¹⁴ Insofern sind die Länder trotz der privilegierten Rechtsstellung der deutschen Studienbewerber nach Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht daran gehindert, deren verfassungsrechtlich gewährleistete Zulassungsansprüche auf ausländische Studienbewerber auszudehnen. Allerdings kann Art. 12 Abs. 1 GG bezüglich der Hochschulzulassung einen engen Rahmen setzen und die eigenständige Entfaltungsmöglichkeit der landesverfassungsrechtlichen Regelungen schmälern.¹¹⁵ Dies gilt insbesondere dann, wenn hiermit eine übermäßige Beschränkung der Zulassungsansprüche deutscher Bewerber verbunden ist.¹¹⁶

Sofern die jeweilige landesverfassungsrechtliche Norm nach Auffassung der Gerichte in Widerspruch zu Art. 12 Abs. 1 GG steht, findet in nahezu allen hier untersuchten Entscheidungen Art. 31 GG Erwähnung. Nach Artikel 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht. Das hat aber nach seinem eindeutigen Wortlaut nur die Folge, dass bei Unvereinbarkeit einer bundesrechtlichen Rechtsnorm mit einer landesrechtlichen Rechtsnorm letztere von ersterer verdrängt, „gebrochen“ wird.¹¹⁷ Dabei wird sowohl in der fachgerichtlichen wie auch der landesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung ein teilweise unterschiedliches Verständnis der Vorschrift angenommen. So nimmt der saarländische Verfassungsgerichtshof an, dass zumindest eine Kollision dann nicht in Betracht komme, wenn Normen denselben Lebenssachverhalt betreffen, jedoch unterschiedlichen Zielen verpflichtet seien. Die Stimmen, die sich auf Art. 31 GG berufen, um einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern aus Landesverfassungen abzulehnen, berücksichtigen nicht, dass Art. 12 Abs. 1 GG den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Regelungen nicht entgegen steht, sondern dass durch Landesverfassungsrecht der Kreis der Anspruchsberechtigten lediglich erweitert wird. Sollten Gerichte dennoch eine Kollision zwischen beiden Rechtsordnungen feststellen, wäre das Verfahren auszusetzen und dem BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG im Wege der konkreten Nor-

menkontrolle vorzulegen.¹¹⁸

2. Anpassungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

Im innerkapazitären „regulären“ Studienplatzvergabeverfahren werden Bildungsinländer deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt. Der Ausschluss von der Vergabe freier außerkapazitärer Studienplätze durch einige Gerichte erscheint dabei gekünstelt. Dass Studienbewerber in dieser Gruppe bislang die deutsche Staatsangehörigkeit noch nicht erworben haben, hat regelmäßig Ursachen, auf die die Betroffenen keinen Einfluss haben, wie die fehlende Mitwirkung des Herkunftsstaates bei der Entlassung aus der ursprünglichen Staatsbürgerschaft oder der Tatsache, dass Termine zur Einbürgerung als Sammeltermine durchgeführt werden, die zeitlich nach den Bewerbungsfristen im Studienplatzvergabeverfahren liegen. Insofern besteht in Bundesländern wie in Bayern, in dem eine Beteiligung von den Gerichten ausgeschlossen wird, die Möglichkeit einer gesetzlichen Klarstellung. Die Befugnis der Regelung des Zugangs zu Bildungseinrichtungen fällt in den Bereich der Kulturhoheit der Länder. Der Bund hat von der Regelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG im Bereich des Hochschulzulsungsrechts bislang keinen Gebrauch gemacht. Den Landesgesetzgebern steht es folglich offen, klarzustellen, dass eine Gleichstellung auch im Verfahren der Studienplatzvergabe außerhalb der festgesetzten Kapazität normativ erfolgen soll. Wegen der insoweit bestehenden Grundrechtsrelevanz müsste eine solche Entscheidung indes vom Gesetzgeber mit hinreichender Klarheit und Bestimmtheit getroffen werden.¹¹⁹ Grundrechtsdogmatisch ergeben sich diese Bestimmtheitsanforderungen aus der Wesentlichkeitstheorie. In Abhängigkeit der landesverfassungsrechtlichen Ausgestaltung des Zugangs zu universitären Ausbildungsstätten ließe sich insoweit regeln, dass auch Nicht-EU-Ausländer ohne deutsche Hochschulzugangsberechtigung an der außerkapazitären Vergabe von Studienplätzen beteiligt werden können, sofern hierdurch die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Privilegierung nicht übermäßig beeinträchtigt wird. Für eine Vereinheitlichung von landesrechtlichen Regelungen zur außerkapazitären Vergabe von Studienplätzen

112 Bereits *Dennewitz*, Das Bonner Grundgesetz und die westdeutschen Länderverfassungen, DÖV 1949, 341, 342.

113 *Mösl*, Fn. 61, Art. 128, Rn. 4.

114 *Dietlein*, Landesverfassungsbeschwerde und Einheit des Bundesrechts, Zu den Kontrollbefugnissen der Landesverfassungsgerichte im Rahmen des „Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahrens“, NVwZ 1994, 6, 8.

115 *Stettner*, in: Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des

Freistaates Bayern, 2008, Art. 128, Rn. 18 ff.

116 Zu dieser Schranke siehe BVerfG Urt. v. 20.4.1990, NJW 1990, 2899.

117 VGH München, Beschl. v. 9.6.1950, VerwRSpr 2, 396.

118 *Meyer* in v. Münch/Kunig, Fn. 5, Art. 100, Rn. 43; für eine Vorlagepflicht der Landesverfassungsgerichte *Dietlein*, Fn. 114, 11.

119 Vgl. VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133, Rn. 9.

spricht ferner, dass die Landesparlamente grundsätzlich zu gewährleisten haben, dass bezüglich des Hochschulzugangs ein einheitlicher Maßstab angelegt wird und eine standardisierte Struktur besteht, die einer diskriminierenden Anwendung vorbeugt. Dies könnte verhindern, dass die im Rahmen der innerkapazitären Vergabe von Studienplätzen bezweckte Gleichstellung leer laufen würde, wenn die Zulassungszahlen zu niedrig festgesetzt werden sollten, und sodann im Verfahren der außerkapazitären Verteilung nur noch deutsche Staatsangehörige zum Zuge kommen.

Frank Selbmann ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Kanzlei Dr. Selbmann, Bergert & Hägele PartmbB.

Alexander Schwarz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht, Universität Leipzig.

Alexander Kübler-Kreß

Die Hochschullehrermehrheit an privaten Hochschulen – Pflicht oder Kür?

Seit dem grundlegenden Hochschul-Urteil¹ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1973 gilt das aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitete Gebot der Hochschullehrermehrheit: Bei Entscheidungen, die unmittelbar die Lehre betreffen, muss die Gruppe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer² über 50 Prozent der Stimmen verfügen, und bei Entscheidungen, die unmittelbar Fragen der Forschung oder die Berufung der Hochschullehrer betreffen, muss ihr gar ein ausschlaggebender Einfluss von über 50 Prozent vorbehalten bleiben. In dieser und weiteren³ die Hochschullehrermehrheit berührenden Entscheidungen ging es um staatliche Hochschulen. Doch was ist mit den nichtstaatlichen, insbesondere privaten⁴ Hochschulen?

Bisher wurde diese Anforderung unter dem Schlagwort der Hochschulformigkeit etwa vom Wissenschaftsrat⁵ (WR) auch für Privathochschulen ohne nähere rechtliche Begründung vorausgesetzt. Der WR formuliert:

„Das maßgebliche Organ für die akademische Selbstorganisation auf zentraler Ebene ist der Senat (statt „Senat“ sind andere Namen möglich), in dem die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit mit weiteren Angehörigen der Hochschulen vertreten sind und in dem die Professorinnen und Professoren über die Mehrheit verfügen müssen.“

Hier stellt sich – im Anschluss an den Beitrag von *Würtenberger* in der vergangenen Ausgabe der „Ordnung der Wissenschaft“⁶ – die Frage, ob das Modell der Gruppenuniversität samt Stimmengewichtung auf die Privathochschulen de lege lata zu beachten ist.

A. Verfassungsrecht

Es sind zunächst drei Verfassungsfragen zu klären: (I.) Wer bildet die Hochschullehrermehrheit und (II.) mit welchen Kompetenzen? Schließlich ist zu prüfen (III.), inwieweit die Hochschullehrermehrheit im Lichte der Privathochschulfreiheit zur Geltung kommt.

I. Materieller Hochschullehrerbegriff

Zur Bestimmung der Mitglieder der korporationsrechtlichen Personengruppe Hochschullehrer ist der materielle Hochschullehrerbegriff heranzuziehen, der sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷ seit dem Hochschul-Urteil herausgebildet hat. Demnach gehören nicht nur Professoren, sondern auch Juniorprofessoren und Privatdozenten als Hochschullehrer zu dieser Gruppe, wenn sie akademisch forschen und lehren, die nach Landesrecht erforderliche Qualifikation⁸ nachgewiesen haben und mit der selbstständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Fachs in Forschung und Lehre betraut sind.⁹

Die Frage, ob zu dieser Personengruppe auch diejenigen Hochschullehrer, die nicht durch Wahl ihrer Kollegen in ein Gremium entsandt wurden, sondern qua Amt (beispielsweise als Dekan) Mitglieder sind, ist umstritten. Nach dem Abwahl-Urteil des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg (VerfGH BW) könne aufgrund des Repräsentationsprinzips in kollegialen Selbstverwaltungsgremien als Vertreter der Gruppe der Hochschullehrer nur gewertet werden, wer von diesen mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat gewählt worden sei. Mitglieder kraft Amtes seien dagegen grundsätzlich keine Vertreter der Hochschullehrer.¹⁰

1 BVerfGE 35, 79, 133ff. (Niedersächsisches Vorschaltgesetz).

2 Im Folgenden wird das generische Maskulinum verwendet; gemeint sind stets Frauen und Männer.

3 Auf eine Stärkung der Statusgruppe der Professorinnen und Professoren rekurrierend BVerfGE 127, 87 (Hamburgisches Hochschulgesetz); BVerfGE 136, 338 (Medizinische Hochschule Hannover); BVerfGE 139, 148 (zur BTUCS - Brandenburg).

4 Gegenstand dieser Untersuchung sind private Hochschulen in dem Sinne, dass sie weder dem Staat noch einer Kirche zurechenbar sind.

5 Wissenschaftsrat, Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Drs. 2264-12, Bremen 25.05.2012, S. 78.

6 *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15 - 26.

7 BVerfGE 43, 242; 47, 327; 51, 369; 56, 192; 61, 240.

8 Einstellungsvoraussetzungen z. B. in § 47 LHG BW.

9 Definition nach BVerfGE 35, 79, 127; 56, 192, 208f.; 95, 193, 211; BVerwGE 100, 346, 351; ausführlich *Fink*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Dienstrecht der Hochschullehrer, DÖV 1999, S. 980 ff.

10 VerfGH BW, Urteil 14.11.2016 – 1 VB 16/15 – Rn. 88 – juris; dieses ist besprochen von *Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? OdW 2017, 63 ff.

Dem VerfGH BW ist zwar insoweit zuzustimmen, als die professoralen Senatoren qua Amt die Gruppe der Hochschullehrer nicht ausschließlich repräsentieren, insbesondere dann nicht, wenn sie auch von Angehörigen anderer Statusgruppen gewählt worden sind. Allerdings haben sie, indem sie selbst unverändert Professoren sind, eine weit mehr dieser als den anderen Gruppen entsprechende Interessenlage.¹¹ Schließlich kommen sie gerade ihrer Aufgabe als Professoren nach, sich als Betroffene an der Selbstverwaltung zu beteiligen, wenn sie ein Amt übernehmen¹², mithin *primi inter pares* auf Zeit sind.

II. Sächlicher Anwendungsbereich

Das Bundesverfassungsgericht hat den Anwendungsbereich des Prinzips der Hochschullehrermehrheit in jüngster Zeit über den Kernbereich von Forschung und Lehre hinaus ausgedehnt auf Entscheidungen unter anderem hinsichtlich der Struktur- und Entwicklungsplanung und sogar des Haushalts.¹³ Der VerfGH BW ging in dem benannten Urteil noch weiter, indem es das bestehende Abwahlverfahren für hauptamtliche Rektorsratsmitglieder mit Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung deswegen für unvereinbar erklärte, weil die Hochschullehrer im Senat sie nicht unabhängig von der Mitwirkung anderer Akteure abberufen könnten.¹⁴ Das Landeshochschulgesetz müsse diesbezüglich den ausschlaggebenden Einfluss der Hochschullehrerschaft sichern.

III. Wissenschaftsfreiheit und Grundrechtsbindung

Grundrechtsadressat der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG ist die öffentliche Gewalt i. S. d. Art. 1 Abs. 3 GG.¹⁵ Aber: Weder die Privathochschule noch ihr Träger

sind Teile des Staates. Der Träger ist formelles und materielles Rechtssubjekt des Privatrechts und seinerseits grundsätzlich ausgestattet mit einem eigenen Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG, der Privathochschulfreiheit.¹⁶

1. Keine Beleihung der privaten Hochschule

Wäre der Träger der Hochschule als juristische Person des Privatrechts dagegen mit Hoheitsgewalt beliehen, wäre er grundrechtsdogmatisch als Teil des Staates anzusehen und würde unmittelbar den Grundrechtsschutz auslösen.¹⁷ Nach richtiger Ansicht¹⁸ führt die staatliche Anerkennung einer nichtstaatlichen Hochschule nach dem jeweiligen Landesrecht jedenfalls nicht zu einer umfassenden Beleihung in ihrer Gesamtheit. Sie dient vielmehr der Bestätigung des Staates,¹⁹ dass es sich bei den mit Kreditpunkten nach dem *European Credit Transfer and Accumulation System* (ECTS) abgeschlossenen Modulen um solche einer Hochschule handelt; dies gilt erst recht für die Studienabschlüsse. Auch das mit der Anerkennung verbundene Prüfungsrecht stellt insoweit keine Beleihung dar, als es sich nicht auf Staatsprüfungen bezieht.²⁰

Selbst wenn man eine Beleihung unterstellte, würde sie sich allenfalls auf das Prüfungs- und Graduierungswesen beziehen und damit auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Träger der Hochschule und den der Prüfungspflicht unterliegenden Studierenden, nicht aber auf die hier in Rede stehende Rechtsbeziehung zwischen Träger und Hochschullehrern.²¹

2. Keine Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 GG kommt auch keine Drittwirkung auf das Innenverhältnis von Träger und Hochschullehrern zu.²² Dies auch nicht mittelbar infolge einer Gebundenheit

11 So das BVerfG in einem Kammer-Beschluss, 03.20.2003 – 1 BvR 1504/03 – Rn. 25 – juris.

12 Ausführlich zum Problem *Pautsch*, Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe – Zu Geltung und Grenzen des demokratischen Repräsentationsprinzips in der Hochschulselbstverwaltung, OdW 2018, 213, 221 li. Sp.

13 BVerfGE 136, 338 ff.

14 VerfGH BW, Urteil 14.11.2016 – 1 VB 16/15, LS Nr. 5 – juris; a. A. *Pautsch*, Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe, OdW 2018, 213, 217 ff.

15 *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz; Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 3, Rn. 495.

16 *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz; Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 3, Rn. 532. Umfassend jüngst *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15 – 26. Ob zusätzlich die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 oder Art. 14 GG einschlägig sind, kann an dieser Stelle offen bleiben.

17 Vgl. zu kirchlichen Hochschulen BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59; *Karpen* in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. (1996), S. 208.

18 BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59; *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 100; *Lorenz* in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. (1996), S. 1167, 1171 f.; *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 124; *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 25; a. A. VGH BW, DÖV 1981, 65; *Fehling* in: Ders. / Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn. 37 f.

19 *Lorenz* in: Hailbronner / Geis (Hrsg.), Hochschulrecht, § 70 HRG Rn. 17; *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 100; *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 124.

20 So auch *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 124.

21 BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59.

22 BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59; *Fehling* in: Bonner Kommentar, Loseblattausgabe 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 53.

des Staates zu institutioneller Sicherung der Wissenschaft²³ oder dem Charakter der Grundrechte als objektiver Wertordnung²⁴. Hieraus kann sich keine Pflicht des Trägers ergeben, die Hochschulverfassung in einer bestimmten Weise,²⁵ etwa unter Berücksichtigung einer Hochschullehrermehrheit, auszugestalten. Allenfalls ist eine mittelbare Drittwirkung bei Fallkonstellationen denkbar, bei denen offene Wertungsbegriffe wie beispielsweise die „Sittenwidrigkeit“ der Schädigung²⁶ ausgelegt werden.²⁷

Daraus folgt, dass sich ein angestellter Professor hinsichtlich der Auswahl und der Art der Durchführung von Forschungsprojekten auf Art. 5 Abs. 3 GG auch in Form der mittelbaren Drittwirkung nicht berufen kann, mithin keinen Anspruch auf besondere Unabhängigkeit geltend machen kann.²⁸ So hat niemand ein Recht darauf, speziell als Wissenschaftler beschäftigt und mit der dafür erforderlichen Unabhängigkeit ausgestattet zu werden.²⁹

3. Keine verkürzte Drittwirkung

In Teilen der Literatur wird der Versuch unternommen, unterhalb der Ebene einer mittelbaren Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit innerhalb der privaten Hochschulen Geltung zu verschaffen.³⁰ Es wird argumentiert, dass sich die Hochschule nur auf die Wissenschaftsfreiheit berufen dürfe, wenn sie selbst ihrem wissenschaftlichen Personal diese gewähre.³¹

Allerdings ergibt sich aus dieser Konstruktion jedenfalls kein eigenes Grundrecht der Professoren gegenüber dem Träger der Hochschule, weshalb auch dieser Ansatz nicht weiterhilft.³²

IV. Zwischenergebnis

Mangels Grundrechtsbindung besteht nach alldem keine verfassungsrechtliche Pflicht der Träger der privaten Hochschulen gegenüber ihren Professoren, eine Hoch-

schullehrermehrheit bei Entscheidungen in Angelegenheiten von Forschung und Lehre zu gewährleisten.

B. Grundrechtsobliegenheit durch staatliche Anerkennung

Wie gezeigt, besteht keine Grundrechtsbindung für die private Hochschule, auch nicht im Sinne einer Drittwirkung. Allerdings wird ihr im Wege der staatlichen Anerkennung eine Art „Grundrechtsobliegenheit“³³ aufgegeben, womit der Staat den Wissenschaftlern an Privathochschulen faktisch ein Mindestmaß an Wissenschaftsfreiheit vermittelt. Doch gehört hierzu auch das Gebot der Hochschullehrermehrheit im Sinne des Bundesverfassungsgerichts?

I. Verpflichtung des Staates

Der Staat ist verpflichtet, neben dem Strukturmodell der staatlichen Hochschule wissenschaftsadäquate Modelle der Privathochschule zuzulassen. Diese Verpflichtung ergibt sich zum einen aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der institutionellen Garantie der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG, zum anderen aus der Schutzpflicht des Staates für grundrechtliche Rechtsgüter sowie – in abgeschwächter Weise – aus dem kulturstaatlichen Einstehen für den nichtstaatlichen Hochschulsektor als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips.³⁴

Der Gesetzgeber hat diese Verpflichtung dadurch erfüllt, dass er die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung normiert hat. Sie sind das Ergebnis einer Abwägung der Wissenschaftsfreiheit der Privathochschulen mit den kollidierenden Verfassungsgütern Ausbildungsfreiheit der Studierenden (aus Art. 12 Abs. 1 GG), Schutz der Öffentlichkeit vor Täuschung über die Gleichwertigkeit der Hochschule und der genannten Wissenschaftsverantwortung des Staates.³⁵

23 Lorenz in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 1167, 1171 f.; a. A. Tiemann, ZRP 1972, S. 117.

24 Würtenberger, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 25; Sandberger, Kommentar LHG BW, 2. Aufl. 2015, §§ 70-72, Rn. 2.

25 Vgl. Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, OdW 2016, 95, 97.

26 BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth-Urteil).

27 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, S. 253, 258.

28 Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 151.

29 Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 352.

30 Übersicht bei Zechlin, OdW 2018, S. 253, 258.

31 Starck/Paulus in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz; Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 3, Rn. 495; Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 352.

32 Würtenberger weist darauf hin, dass im Arbeitsvertrag geregelt werden kann, dass die Hochschulsatzung mit ihren Einwirkungsmöglichkeiten des Hochschulträgers auf die Hochschulleitung anerkannt wird: Würtenberger, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 21.

33 Begriff von Battis/Grigoleit, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, 2005, S. 8, II.2.b).

34 Battis/Grigoleit, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, 2005, S. 6, II.2.b).

35 Vgl. Steinkemper, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 129. Hiervon abweichend Würtenberger, der die Abwägung vornimmt zwischen der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers und derjenigen der Professorenschaft sowie der wissenschaftsaffinen Hochschulselbstverwaltung: Würtenberger, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 22.

II. Anerkennungsvoraussetzungen in den Hochschulgesetzen der Länder

1. Sinngemäße Mitwirkung an der Gestaltung des Studiums

Die relativ weit gefassten Anerkennungsvoraussetzungen in den Hochschulgesetzen der Länder³⁶ verlangen unter anderem, dass die Angehörigen der Hochschule „an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für die staatlichen Hochschulen geltenden Grundsätze“ mitwirken (in Baden-Württemberg geregelt in § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 HS 3 LHG).

Einen „maßgebenden“ oder „ausschlaggebenden“ Einfluss der Statusgruppe der Professoren, insbesondere eine Hochschullehrermehrheit in den Entscheidungsgremien, schreibt die Vorschrift indes nicht vor. Zum einen besteht der Einfluss in einer bloßen Mitwirkung, die zudem beschränkt ist auf die „Gestaltung des Studiums“ und sich lediglich „sinngemäß“ an den entsprechenden Grundsätzen für die staatlichen Hochschulen orientiert. Zum anderen zielt eine Mitwirkung an der Weiterentwicklung der Lehre auf Partizipation und Teilhabe, nicht jedoch auf die Ausübung von Wissenschaftsfreiheit.³⁷

2. Einfachgesetzliche Wissenschaftsfreiheit

In einigen Bundesländern³⁸ wird zusätzlich die Garantie von Wissenschaftsfreiheit als Anerkennungsvoraussetzung normiert. So verlangt das LHG von Baden-Württemberg, dass „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert ist; insbesondere muss die akademische Selbstverwaltung maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung besitzen, und im akademischen Kernbereich muss eine autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein“ (§ 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 HS 1 u. 2 LHG BW).³⁹

Die „innere Wissenschaftsfreiheit“ i. d. S. kann jedoch nicht die Reichweite des entsprechenden Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG haben. Für wen und inwieweit einem Grundrecht Geltungskraft zukommt, bestimmt sich ausschließlich aus der Verfassung und nicht aus einfachem Gesetz.

Vorliegend handelt es sich vielmehr um eine einfachgesetzliche Befugnisnorm für die Exekutive. Diese muss bei ihrer Anerkennungsentscheidung freilich die Grundrechte des Trägers berücksichtigen – was die Reichweite der einfachgesetzlichen Wissenschaftsfreiheit stark einschränkt. Im Ergebnis dürfte diese neu eingeführte Quasi-Wissenschaftsfreiheit jedenfalls nicht weiterreichen als die hergebrachte Regelung der sinngemäßen Mitwirkung.

In § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 HS 2 LHG BW wird zwar „ein maßgeblicher Einfluss“ auf die Bestellung und Abberufung der Mitglieder der Hochschulleitung vorgegeben – jedoch bezieht sich dieser Einfluss auf „die akademische Selbstverwaltung“ insgesamt und nicht auf denjenigen der Statusgruppe der Professoren. Das Gleiche gilt für die autonome Entscheidungsbildung „durch die akademischen Gremien“, auch hier ist die funktionelle Selbstverwaltung als Gesamtheit gemeint, nicht der Einfluss der Professoren.

3. Hochschullehrermehrheit in der Literatur

*Baldus*⁴⁰ geht davon aus, dass „die Entscheidungskompetenz der Professoren als eigenverantwortlich Lehrende und Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit durch Einrichtung eines Gremiums (Senat etc.) mit entsprechenden Mehrheitsverhältnissen zu gewährleisten ist“. Dies folge aus dem (in den Anerkennungsvoraussetzungen verwendeten) Hochschulbegriff, der als Element die Hochschulautonomie hinsichtlich der akademischen Selbstverwaltung beinhalte. Allerdings schränkt *Baldus* ein, dass das Verhältnis von Selbstverwaltung und Bedarfsverwaltung nicht staatlich reguliert sei: „So darf der Träger nach dem Vorbild der alten Kuratorialverfassung eine trägerschaftliche Verwaltung an der Hochschule ohne Beteiligung von Selbstverwaltungsorganen einrichten.“ Nach dieser Ansicht wäre mangels entsprechender Gremien eine Hochschullehrermehrheit i. S. d. Bundesverfassungsgerichts wohl entbehrlich.

*Lee*⁴¹ sieht zwar an sich geeignete Bezugspunkte für eine sinngemäße Mitwirkung, z. B. Gruppenrepräsentation und Professorenmehrheit. Sinn der Vorschriften über die Anerkennung von nichtstaatlichen Hochschu-

36 Sie beispielhaft Art. 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BayHSchG oder § 72 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 HG NRW.

37 Für den Abschnitt: *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *OdW* 2018, S. 253, 257.

38 Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen.

39 *Würtenberger* erscheint diese Norm verfassungsrechtlich nicht haltbar: *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? *OdW* 2019, 15, 22.

40 Für den gesamten Abschnitt: *Baldus*, Rechtsstellung und Aufgaben nichtstaatlicher Fachhochschulen, *WissR* 30, 1997, S. 10.

41 Für den gesamten Abschnitt: *Lee*, Verfassungsrechtliche Grundprobleme des Privathochschulwesens – Privathochschulfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea, 1993, S. 93.

len sei jedoch das „Bekenntnis zum dualen Hochschulsystem“. Dies könne nicht bedeuten, dass das Gesetz für Privathochschulen im Wesentlichen dieselbe Binnenstruktur fordere wie für staatliche Hochschulen.⁴² Denn Gleichwertigkeit reiche aus, während Gleichartigkeit nicht gefordert werden dürfe. Auch nach dieser Ansicht scheidet folglich eine zwingend einzuhaltende Hochschullehrermehrheit aus.

Heidtmann⁴³ hält den Spielraum für eine sinngemäße Anwendung der Grundsätze für die staatlichen Hochschulen ebenfalls für groß. Hinsichtlich der Verteilung der Stimmgewichte seien Abweichungen zulässig, „solange nur für die Privathochschullehrer, Studenten und sonstigen Bediensteten bzw. deren in die Gremien gewählten Repräsentanten insgesamt, per Saldo, also unabhängig von der internen Gewichtung der Stimmrechte, ein im Vergleich zu den staatlichen Hochschulen gleichwertiges Maß an curricularen Mitbestimmungsrechten“ gewahrt sei. Nach dieser (älteren) Ansicht kommt es folglich auf das Ausmaß der Partizipation aller Hochschulangehörigen gegenüber dem Träger und nicht auf das Stimmgewicht der Gruppe der Hochschullehrer an.

III. Zwischenergebnis

Für die Binnenorganisation von privaten Hochschulen ergibt sich ein sehr weiter Spielraum, der noch weit über das hinausgeht, was das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber für die staatlichen Hochschulen zugestanden hat.⁴⁴ Eine zwingend einzuhaltende Hochschullehrermehrheit ergibt sich nach alledem auch nicht aus einfachem Recht.

C. Institutionelle Akkreditierung als Einfallstor?

Die zuständigen Landesministerien für Wissenschaft beauftragen in der Regel den Wissenschaftsrat, um nichtstaatliche Hochschulen zu begutachten.⁴⁵ Ziel ist es zu prüfen, ob die jeweilige Institution die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung (weiterhin) erfüllt.⁴⁶ Hierbei legen die Gutachter des Wissenschaftsrats nicht

ausschließlich die gesetzlichen Kriterien, sondern in Leitfäden und Stellungnahmen ausgeführte weitergehende Prüfsteine zu Grunde. Eines der angewandten Prüfkriterien ist die Anforderung, dass die Professoren „über eine strukturelle Mehrheit im zentralen Selbstverwaltungsorgan der Hochschule (z. B. Akademischer Senat) verfügen“.⁴⁷

I. Keine Rechtsgrundlage

In den meisten Hochschulgesetzen der Länder ist eine Befassung des Wissenschaftsrats nicht geregelt. Anders dagegen in Thüringen: § 101 Abs. 2 Satz 2 Thüringer HG bestimmt, dass innerhalb von fünf Jahren nach ihrer staatlichen Anerkennung „sich die staatlich anerkannte Hochschule einem Akkreditierungsverfahren durch den Wissenschaftsrat zu unterziehen“ habe.

Diese Zuständigkeitsvorschrift kann schon nach dem Wortlaut keine Rechtsgrundlage für implizite, ungenannte Voraussetzungen einer institutionellen Akkreditierung sein, die de facto die Anerkennungsentscheidung der Verwaltung präjudizieren.

Diese Konstellation ähnelt derjenigen, die der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Akkreditierungswesen⁴⁸ zu Grunde liegt.⁴⁹ Im Ausgangsverfahren hat die beklagte Akkreditierungsagentur eine Akkreditierung zweier von einer privaten Fachhochschule angebotener Studiengänge versagt. Diese „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“, denn „Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zutreffen“.⁵⁰ Das BVerfG kam zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber seiner Verpflichtung hier nicht nachgekommen sei.⁵¹

Auch im Falle des Wissenschaftsrats fehlt es an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für seine Akkreditierungsentscheidung. Die Gutachter müssen sich daher in ihrem Prüfungsmaßstab auf die im Gesetz

42 Ebenso *Dallinger* in: HRG Kommentar, § 70 Rn. 14; *Lorenz* in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 1142.

43 *Heidtmann*, Grundlagen der Hochschulfreiheit, 1980, S. 105 Mitte.

44 Zum gleichen Ergebnis kommen *Battis/Grigoleit*, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, 2005, S. 12 f., III.2.

45 Vgl. die Verweise auf den Wissenschaftsrat in § 122 Abs. 2 Satz 2 ThürHG, § 91 Abs. 3 Satz 1 HessHG; § 76 Abs. 2 Satz 4 HSG S-H.

46 Wissenschaftsrat, Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Drs. 4395-15, 2015, S. 15 oben.

47 Wissenschaftsrat, Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Drs. 4395-15, 2015, S. 30.

48 BVerfGE 141, 143; 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 verfassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags, OdW 2017, S. 237 ff.; *Hufen*, JuS 2016, 855 ff.

49 So auch *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253, 260 r. Sp.

50 BVerfGE 141, 143, 170.

51 BVerfGE 141, 143, 172.

aufgeführten Voraussetzungen beschränken⁵², und die Verwaltung darf sie lediglich als erweiterte Grundlage für ihre Ermessensentscheidung in eigener Kompetenz ansehen.

II. Kein vorgelagerter Hochschulbegriff

An diesem Ergebnis ändert auch nicht die Definition eines dem Gesetz vorgelagerten Hochschulbegriffes durch den Wissenschaftsrat.⁵³ Dieser sieht die Erfüllung seiner selbst aufgestellten Voraussetzungen „für die Hochschulformigkeit einer Einrichtung als konstitutiv an“ und nennt als erste Voraussetzung die folgende:

„Lehre, Forschung und Kunstaübung finden unter den Bedingungen der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Wissenschaft und der Kunst statt.“⁵⁴

Auf diese Weise unternimmt es der Wissenschaftsrat, subkutan dem Prinzip der Hochschullehrermehrheit an nichtstaatlichen Hochschulen Geltung zu verschaffen.

Dies steht im Widerspruch zu den Hochschulgesetzen der Länder, die die staatliche Anerkennung als konstitutiv für die Hochschuleigenschaft ansieht. Exemplarisch sei diesbezüglich § 122 Abs. 1 Satz 1 Thüringer HG genannt:

„Eine Bildungseinrichtung kann als Hochschule staatlich anerkannt werden [...]“

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist „eine Bildungseinrichtung“ erst dann eine „Hochschule“, wenn sie staatlich anerkannt ist.

III. Zwischenergebnis

An dem Ergebnis, dass das Prinzip der Hochschullehrermehrheit an nichtstaatlichen Hochschulen keine Anwendung findet, ändert auch die der staatlichen Anerkennungsentscheidung in der Regel vorausgehende und zumeist präjudizierende institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat nichts. Diese vorgelagerte Begutachtung richtet sich teilweise nach Kriterien, die keine gesetzliche Grundlage haben. So liegt es im Falle der geforderten Hochschullehrermehrheit.

D. Fazit und Ausblick

Das Prinzip der Hochschullehrermehrheit findet nach alledem an privaten Hochschulen keine Anwendung. Es ist weder verfassungsrechtlich geboten noch einfachgesetzlich umsetzbar. Gerade an den Privathochschulen ist es daher möglich und wünschenswert, mit alternativen Modellen von Partizipation und Qualitätssicherung neue Akzente im deutschen Hochschulraum zu setzen.

I. Individuell eingeräumte Freiheit

Das Mindestmaß an innerer Wissenschaftsfreiheit, das der Träger der Hochschule im Innenverhältnis zu den Hochschullehrern auf Grund des jeweiligen Hochschulgesetzes des Landes garantieren muss, kann auch ohne Gremien kollektiver Selbstverwaltung wie dem Senat individuell eingeräumt werden. Denkbar ist beispielsweise, dem einzelnen Hochschullehrer arbeitsrechtlich höhere Freiheitsgrade als an einer staatlichen Hochschule üblich zu belassen und ihn in themenbezogenen kleineren Arbeitsgruppen (Task Forces) an der Gestaltung von Curricula und Forschungsschwerpunkten mitgestalten zu lassen. Diese Freiräume in Verbindung mit einer wertschätzenden Führung sind schließlich geeignet, Motivation und Kreativität des Wissenschaftlers zu fördern und der Wissenschaftsfreiheit an privaten Hochschulen Geltung zu verschaffen.

II. Alternativmodelle am Beispiel von Berufungsverfahren im Ausland

Davon ausgehend, dass das Gebot der Hochschullehrermehrheit neben der Gewährung von Partizipation auch ein Instrument der Qualitätssicherung ist, lohnt sich ein Blick über den Tellerrand. Gerade ausländische Hochschulen mit einer vom deutschen Hochschullehrer-Beteiligungsmodell abweichenden Praxis sind nicht selten zu besseren wissenschaftlichen Leistungen als deutsche in der Lage. Dies zeigt sich anschaulich am Beispiel der Ausgestaltung von Berufungsverfahren der folgenden beiden topgerankten Universitäten⁵⁵:

1. Direktberufungen an die ETH

Die Präsidentin oder der Präsident der ETH Zürich kann in Ausnahmefällen dem ETH-Rat einen Antrag auf Ernennung einer von der Universitätsleitung favorisier-

52 Ebenso Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253, 260 r. Sp.

53 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253, 259 f.

54 Wissenschaftsrat, Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Drs. 4395-15, 2015, S. 10.

55 Vgl. <https://www.topuniversities.com/university-rankings/world-university-rankings/2019> /abgerufen am 25. 1. 2019).

ten Person unterbreiten (sog. Direktberufung).⁵⁶ In diesen Fällen kann die Leitung ein reguläres Berufungsverfahren – einschließlich der Arbeit einer von Hochschullehrern dominierten Berufungskommission und einer internationalen Ausschreibung – umgehen.

2. Starke monokratische Leitungsfunktionen in Stanford

Auch an der privaten Stanford University in den USA sind Berufungsverfahren anders ausgestaltet. Neben den Fachbereichen fungieren die Deans als Vorschlagsinstanzen, die ihre Personalvorstellungen an den so genannten Provost der Fakultät weiterleiten. Dieser hohe Verwaltungsbeamte hat beim Berufungsverfahren dafür zu sorgen, dass Fragen von ethnischer, religiöser und geschlechtlicher Gleichstellung eingehalten werden. Neben dem Präsidenten ist auch das Board of Trustees,

ein Gremium vergleichbar dem Hochschulrat, in Berufungsverfahren miteinbezogen.⁵⁷

Es ist wünschenswert, dass auch der Wissenschaftsrat bei Begutachtungen den gegenüber staatlichen Hochschulen verfassungsrechtlich größeren Rahmen beachtet und experimentellen Konzepten von Partizipation und Qualitätssicherung Raum gibt.

RA Alexander Kübler-Kreß war Vizekanzler und interimistisch Universitätskanzler. Aktuell ist er als Justiziar tätig und daneben Lehrbeauftragter für IT- und Wirtschaftsrecht an der Technischen Hochschule Nürnberg Georg Simon Ohm. Er forscht auf dem Gebiet des privaten Hochschulrechts.

56 Art. 7 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung des ETH-Rates über die Professorinnen und Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Professorenverordnung ETH) vom 18. September 2003, vom Bundesrat genehmigt am 26. November 2003.

57 Schmitt/Arnhold/Rüde, Berufungsverfahren im internationalen Vergleich, Arbeitspapier Nr. 53, Centrum für Hochschulentwicklung (CHE), März 2004.

Margrit Seckelmann

Evaluation und Recht. Ansätze zu einem wissenschaftsadäquaten Modell der staatlichen Indienstnahme evaluativer Verfahren¹

I. Das zugrundeliegende Problem und Evaluationen als dessen mögliche Lösung

Evaluationen, Akkreditierungen und andere Steuerungsinstrumente der Wissenschaftspolitik haben in den letzten Jahren enorme Aufmerksamkeit gewonnen. Es gibt kaum noch einen Wissenschaftler² an Universitäten und Forschungsinstituten, der nicht einen beträchtlichen Teil seiner Zeit auf sie verwendet.

Seit der Einführung des New Public Management im Hochschulbereich werden an Evaluations- und Akkreditierungsverfahren wichtige strukturelle und finanzielle Entscheidungen geknüpft, die bis hin zur Schließung eines Studiengangs, einer Universität oder einer außeruniversitären Forschungseinrichtung reichen können. Die Wissenschaftsministerien ziehen sich dabei immer stärker aus den Genehmigungsverfahren zurück und knüpfen ihre Entscheidungen an die Voten von Akkreditierungsagenturen.

Diese Tendenz ist nicht unproblematisch, da die demokratische Legitimation von Akkreditierungsagenturen zumindest dann bislang deutlich zu schwach gesetzlich im Sinne von Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 GG konturiert war, wenn an deren Entscheidungen *unmittelbar* rechtliche Folgerungen für Studiengänge oder gar Universitäten geknüpft werden. Auf der anderen Seite aber wäre es auch nicht zutreffend, evaluativen Verfahren von vorneherein jeglichen *Erkenntniswert* abzusprechen. Denn Evaluationsverfahren stellen Steuerungsinstrumente eines wissensorientierten Gemeinwesens dar. Sie sind für die Gesetzgebung nützliche Hilfsmittel, da sie es erlauben, bei knappen Finanzmitteln und bei der hohen zeitlichen Belastung von Abgeordneten Anhaltspunkte für ihre Entscheidungen zu bieten. Auch die Verwaltung kann von Informationen profitieren, die sie aus (selbst-) evaluativen Verfahren, wie etwa dem Benchmarking ge-

winnt, wenn die Voten von Akkreditierungs- und Evaluationsagenturen eben rechtsstaatlich und demokratisch eingefangen werden.

Was bei aller Euphorie über derartige neue Steuerungsinstrumente jedoch zumeist unterbelichtet blieb, war der Machtaspekt.³ Aufgrund evaluativer Verfahren werden, namentlich im Wissenschaftsbereich, enorme Summen verschoben, man denke nur an die deutsche Exzellenzinitiative bzw. -strategie oder die Forschungsrahmenprogramme der Europäischen Union.

Der Einsatz evaluativer Verfahren, insbesondere im grundrechtsakzessorischen Bereich (wie bei der Evaluation einzelner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler) wirft daher enorme legitimatorische Fragen auf. Diese rufen nach einer Verrechtlichung – und aktivieren bei Staatshandeln mit Grundrechtsberührung sogar den institutionellen Gesetzesvorbehalt der betroffenen subjektiven Rechte von Verfassungsrang (wie hier der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG).

Die vorzustellende Habilitationsschrift, die an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften entstand, beschäftigt sich mit diesen Fragen. Die Autorin hat die Habilitationsschrift berufsbegleitend zu ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung in Speyer angefertigt und verfügt über vielfältige praktische Erfahrungen mit evaluativen Verfahren.

II. Forschungsfragen und Gang der Untersuchung

1. Erkenntnisleitendes Interesse

Evaluation heißt letztlich nichts anderes als Einschätzung oder Bewertung. Und auch Wissenschaft und wissenschaftlichen Sozialisationsprozessen ist Bewertung immanent, man denke nur an das Verfahren zur Besetzung eines Lehrstuhls. Die Leitfragen der Arbeit lautet

1 Vorstellung des Buches von Margrit Seckelmann, *Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-)Evaluationen*, Tübingen 2018. Der Autorin wurde für diese Arbeit der vom Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts ausgelobte Preis für Wissenschaftsrecht verliehen.

2 Oder eine Wissenschaftlerin.

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

daher, inwieweit ein ursprünglich durchaus wissenschaftsadäquates Instrument der *Selbstbewertung* von Professionen von Gesetzgebung und Verwaltung als Instrument der *Fremdbewertung* in Dienst genommen wurde und welche rechtlichen Rahmenbedingungen (und Grenzen) zu beachten sind, um diese Entwicklung demokratie- wie wissenschaftskonform zu begleiten.

Denn die Indienstnahme eines wissenschaftlichen Selbstbewertungsinstruments durch den Staat führt, erstens, zu einer *Hybridisierung* zwischen Selbst- und Fremdkontrolle sowie zwischen Instrumenten des privaten wie des öffentlichen Rechts. Daraus folgt, dass die Zuordnung des Evaluationsvorgangs zu einem der beiden Rechtskreise nicht immer leicht fällt, wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Studiengangakkreditierung vom 17. Februar 2016 (BVerfGE 141, 143) gezeigt hat. Eine zentrale These der Arbeit ist daher, dass sich der Staat seiner Verantwortung zur demokratischen und grundrechtskonformen Verfahrensgestaltung⁴ nicht durch eine *Flucht in die Selbstregulierung*⁵ entziehen darf.

Neben der Hybridisierung von Verfahren ist, zweitens, im Zuge der zunehmenden Umstellung der Forschungsfinanzierung auf Drittmittelnahmen eine *Projektifizierung* von Wissenschaft zu beobachten, die dadurch gekennzeichnet ist, dass Wissenschaft mit einem „Lebenszyklus“, also einem „Angang“ und einem „Ende“ versehen wird.⁶ Zunehmend müssen sich nicht nur Drittmittelanträge, sondern sogar Einzelforscher selbst als *Projekt* begreifen, wie anhand der Juniorprofessuren mit ihrer Zwischenevaluation deutlich wird. Und zwischen Projekten und Evaluationen besteht ein enger Zusammenhang. Projektifizierung erzwingt Evaluationen – und Evaluationen setzen ihrerseits eine projektförmige Dimensionierung des zu Untersuchenden voraus. Daher wird in der Arbeit davor gewarnt, nunmehr alles,

also auch die Wissenschaft, nur noch als „Projekt“ zu begreifen, auch wenn das die Funktionslogik evaluativer Verfahren nahelegt.

2. Forschungsstand

Evaluationen wurden bislang von der Rechtswissenschaft eher stiefmütterlich behandelt. Erst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Akkreditierungsagenturen vom 17. Februar 2016 (also zu einem Zeitpunkt, in dem das der Arbeit zugrundeliegende Habilitationsverfahren bereits abgeschlossen war) hat die Thematik intensiver unter rechtlichen Aspekten analysiert. Die Entscheidung lag auf der Linie der in der Habilitationsschrift bereits angestellten Überlegungen; sie wurde in die Druckfassung integriert.

Die Untersuchung ist durch zwei große Stränge gekennzeichnet: Zum einen will sie aufklärerisch die Möglichkeiten der ideologischen Vereinnahmbarkeit von Evaluationsverfahren aufzeigen. Zum anderen konturiert sie – und das ist das eigentlich Neue – rechtliche Rahmenbedingungen, wie derartige Vereinnahmungsversuche künftig mit Mitteln des Rechts abgewehrt werden können. § 11 der Arbeit, der in gewisser Weise ihr praxeologisches Herzstück darstellt, enthält daher grundlegende Überlegungen zu einem „Evaluationsrecht“ und skizziert dessen Umrisse, um die Autonomie von Wissenschaft besser als in den letzten Jahrzehnten mit Mitteln des Rechts gewährleisten zu können.

Die Arbeit geht bezogen auf das spezielle Thema „Evaluationen“ insoweit auch über die große wissenschaftsrechtliche Untersuchung von *Klaus Ferdinand Gärditz* hinaus, die zwar eingehend die Einführung des New Public Management in das Hochschulsystem (und die damit verbundenen Rechtsprobleme) behandelt, jedoch das Thema „Evaluationsverfahren“ in diesem Zusammenhang nur streift (denn seinerzeit stand die Ein-

4 Dazu u. a. auch *Martin Burgi*, Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen – Verfahren als Gegenstand der Regulierung nach Verantwortungsteilung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2002, S. 155–191, 179 f.; *Oliver Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung (§ 4), in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Hrsg.), *Handbuch Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, S. 143–211, Rn. 6; *Achim Seidel*, *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, München 2000, S. 167 ff.

5 Begriff selbst entwickelt in Anspielung auf *Fritz Fleiner*, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 326 („Flucht in das Privatrecht“).

6 Begriff nach *Nina Baur/Cristina Besio/Maria Norkus*, *Organisationale Innovation am Beispiel der Projektifizierung der Wissen-*

schaft. Eine figurationssoziologische Perspektive auf Entstehung, Verbreitung und Wirkungen, in: Werner Rammert/Michael Hutter/Hubert Knoblauch/Arnold Windeler (Hrsg.), *Innovationsgesellschaft heute. Perspektiven, Felder und Fälle*, Wiesbaden 2016, S. 373–402, 373.

7 Das gilt erst recht für *Claus Dieter Classen*, *Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule. Zur Bedeutung von Artikel 5 Absatz 3 Grundgesetz für außeruniversitäre Forschung und Forschungsförderung*, Tübingen 1994.

8 *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen 2009.

9 *Hans-Heinrich Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, Tübingen 1994.

führung evaluativer Verfahren wie der Akkreditierung in das deutsche Hochschulsystem noch ganz am Anfang⁷).⁸ In mancher Hinsicht bezieht sich die Arbeit auch zurück auf die Fragen der bedeutenden Habilitationsschrift von *Hans-Heinrich Trute*,⁹ welche jedoch Evaluationen primär in der Sphäre der wissenschaftlichen Selbstbewertung verortet.¹⁰ Interessant waren natürlich auch die von *Cristina Fraenkel-Haeberle* beschriebenen Erfahrungen mit dem italienischen und österreichischen (und deutschen) Modell der Akkreditierung von Studiengängen¹¹ und die von *Daniel Krausnick* analysierte Verbindung des Neuen Steuerungsmodells im Hochschulbereich mit dem Modell des Gewährleistungsstaats,¹² um nur die einschlägigen juristischen Habilitationsschriften zu nennen.¹³

3. Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert, die von einem Eingangs- und einem Schlusskapitel umrahmt werden (§§ 1 und 14). Die §§ 2-6 widmen sich als eine Art „Allgemeiner Teil“: der Herkunft evaluativer Verfahren und ihren theoretischen Grundannahmen. Dabei wird in § 2 das Modell eines *Evaluationsrechts* als Teil eines *Informationsrechts* entwickelt. Daher werden in diesem Abschnitt die erkenntnisleitenden Fragen der Arbeit in den aktuellen Forschungsstand zum Informationsrecht eingebettet.

a) „Allgemeiner Teil“ eines Evaluationsrechts: Grundlagen und methodisch-theoretische Annahmen

In § 3 der Arbeit wird die Frage aufgerufen, ob Gesetzgebung und Verwaltung nicht sogar eine Evaluationspflicht in Form einer Beobachtungspflicht trifft. So hat es das Bundesverfassungsgericht wiederholt postuliert. In diesem Teil wird herausgearbeitet, dass aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgt, dass den Gesetzgeber nur eine Obliegenheit zur Schaffung eines „guten“ Gesetzes

trifft;¹⁴ anders ist es aber dann, wenn dem Gesetzgeber zuvor ein weiter Prognosespielraum zuerkannt wurde, der zugleich mit einer Grundrechtsberührung verbunden war.

In den §§ 3-6 wird zudem der Frage nachgegangen, inwieweit Evaluationen zu einer „rationalen“ Gesetzgebung beitragen können, wie es in jüngerer Zeit gelegentlich proklamiert wird.¹⁵ Dazu werden zunächst verschiedene Rationalitätsbegriffe (etwa von *Max Weber* und von *Karl Raimund Popper*) analysiert, die zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Insofern ist davor zu warnen, den Rationalitätsbegriff rein „ökonomisch“-affirmativ zu verstehen (und beispielsweise für Kürzungsmaßnahmen heranzuziehen). Die Unterschiede zwischen dem Rationalitätsbegriff, wie er derzeit in den Wirtschaftswissenschaften (und teilweise in der ökonomischen Analyse des Rechts) benutzt wird und der politischen Rationalität, deren Handlungsform gerade der parlamentarische Kompromiss ist, werden aufgezeigt. Im Unterschied zu der kürzlich (jedoch nach Annahme der vorliegenden Schrift) erschienenen Habilitationsschrift von *Armin Steinbach*¹⁶ wird in der vorliegenden Untersuchung indes nicht das *prozedurale Recht* als ein „dritter Weg“ zur Lösung der Probleme angesehen, die sich aus den Unterschieden zwischen politischer und ökonomischer „Rationalität“ ergeben. Denn auch die prozedurale Gesetzgebung kennt Grenzen, soll sie nicht *Warteschleifen* hervorbringen, in der die Bürgerinnen und Bürger zunehmend unwilliger festhängen.

Prozeduralen Ansätzen „lernender“¹⁷ Organisationen und „lernenden“ Rechts, egal, ob sie sich auf Wissenschaftspolitik oder auf andere Felder beziehen, liegt die Annahme zugrunde, dass man den politischen Prozess (in Gesetzgebung wie Verwaltung) in einzelne Schritte aufteilen und entsprechend „abarbeiten“ könne (*policy cycle*¹⁸).

10 Skeptischer hingegen aus jüngerer Zeit *Hans-Heinrich Trute*, In der Grauzone: Akkreditierung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung, RW 2014, S. 341-377, 341.

11 *Cristina Fraenkel-Haeberle*, Die Universität im Mehrebenensystem. Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, Tübingen 2014.

12 *Daniel Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012.

13 Hinsichtlich der Dissertationsschriften ist insbesondere zu verweisen auf *Stefan Kracht*, Das neue Steuerungsmodell im Hochschulbereich. Zielvereinbarungen im Spannungsverhältnis zwischen Konsens und hierarchischem Verwaltungsaufbau, Baden-Baden 2006, sowie *Simon Sieweke*, Managementstrukturen und outputorientierte Finanzierung im Hochschulbereich: Zum Instrumentarium des Neuen Steuerungsmodells im Hinblick auf Wissenschaftsfreiheit und Hochschulautonomie, Baden-Baden 2010 (aus Platzgründen wird an dieser Stelle die inzwischen zahlreiche Literatur zur Akkreditierung von Studiengängen nicht

aufgeführt).

14 Epoche machend insoweit die Ausführungen von *Klaus Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99-146, 109; vgl. aus neuerer Zeit etwa *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 325-343.

15 Vgl. nur *Nils Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Tübingen 2015, S. 271.

16 *Armin Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, Tübingen 2017.

17 Der Gedanke des Lernens von Organisationen und wohl auch Institutionen findet sich angelegt u. a. bei *Chris Argyris/Donald A. Schön*, Die Lernende Organisation: Grundlagen, Methoden, Praxis, Stuttgart 1999.

Diese Vorstellung geht letztlich auf den US-amerikanischen Pragmatismus zurück, eine Philosophierichtung, die in § 4 der Untersuchung näher behandelt wird. In diesem Kapitel werden die theoretischen Voraussetzungen von Evaluationsverfahren und ihre Vorläufer in der Implementationsforschung analysiert. Dabei werden auch die Vorteile von Evaluationen als *Selbstbewertungsverfahren* dargestellt, die sich aus einer kybernetischen, iterativen Dimensionierung von Politik ergeben.

In § 5 werden notwendige Begriffsabgrenzungen vorgenommen und unterschiedliche evaluative Ansätze (*ex ante*-, *ongoing*-/in itinere- und *ex post*-Evaluationen, verschiedene Arten der Gesetzesfolgenabschätzung etc.) vorgestellt. § 6 ist sodann der Auseinandersetzung mit der gängigen Annahme gewidmet, durch Evaluationsverfahren könne Politik sich bzw. die Verwaltung zum „Lernen“ anhalten.¹⁹ Dabei wurde analysiert, wie voraussetzungsvoll der Lernbegriff ist und dass nach modernen sozialwissenschaftlichen Ansätzen Aushandlungs- und Interpretationsprozesse (*framing und bargaining*) im Vordergrund stehen.²⁰

Bedenklich wird es immer dann, wenn nämlich die zugrundeliegenden Machtfragen dadurch verschleiert werden, dass Evaluationen – wie in den §§ 3 und 4 der Arbeit dargestellt – vorgeblich zur einer „Rationalisierung“ (wissenschafts-)politischer Entscheidungen herangezogen werden und dass Wissenschaft selbst als „Projekt“ aufgefasst wird. Denn Projektifizierung erzwingt Evaluationen – und Evaluationen setzen (wie eingangs gezeigt) ihrerseits eine projektförmige Dimensionierung des zu Untersuchenden voraus – nur sollten wir nicht vergessen, dass unserer Annahme, Wissenschaft lasse sich „als Projekt“ auffassen, eine Setzung vorausgeht.

b) „Besonderer Teil“ eines Evaluationsrechts am Beispiel der Wissenschaftspolitik

aa) „Neubegründung“ der Wissenschaftsfreiheit

Im „Besonderen Teil“ der Arbeit, den §§ 7-13, werden diese allgemeinen Vorüberlegungen dann auf den Bereich der Wissenschaft und der Wissenschaftspolitik bezogen. Zunächst werden die Grundlagen der Wissenschaftsfreiheit als rechtlichem Hauptbezugspunkt von Evaluationen (neben dem Demokratieprinzip) neu vermessen (§7). In § 7 wird auch eine eigene, dynamische Begründung der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG entwickelt: Das Grundrecht hat demnach, wie im Einzelnen näher konturiert wird, zwei, sich durchaus in einem Spannungsverhältnis befindende, Pole: *Kreativität* und *Innovativität*. Die Verortung der konkreten Tätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers²¹ innerhalb dieses Spannungsfeldes gibt Aufschluss darüber, auf welche Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit sich der Grundrechtsträger²² beziehen kann: das „bloße“ Abwehrrecht oder mehr.

In § 8 wird die Entwicklung evaluativer Verfahren aus einem Selbstbewertungsinstrument („*peer review*“) dargestellt, das seit der *Royal Society* bekannt ist. Darüber hinaus werden die Gründe für die Einführung „moderner“ Verfahren der Qualitätsbewertung in der deutschen Wissenschaftspolitik, auch unter europäischem Einfluss,²³ analysiert (§ 8) und untersucht, welche Folgen die Anforderung der Evaluierbarkeit für die Wissenschaftsorganisation und die Wissenschaft selbst hat (§ 9). Es wird in den §§ 7-9 herausgearbeitet, wie – etwa durch den Ingenieur und Wissenschaftspolitiker *Vannevar Bush* – Wissenschaft „als Projekt“ dimensioniert wurde²⁴ und wie die Einführung des Neuen Steuerungsmodells

18 Dazu *Werner Jann/Kai Wegrich*, Phasenmodelle und Politikprozesse: Der Policy Cycle, in: Klaus Schubert/Nils C. Bandelow (Hrsg.), *Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0*, 2. Aufl., München 2009, S. 75-113.

19 Siehe die Fußnote zuvor sowie *Marion Albers*, Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen: Schritte von der symbolischen Politik zum lernenden Recht, *VerwArch* 99 (2008), S. 481-508; *Karl-Heinz Ladeur*, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 103 ff.; *Gralf-Peter Callies*, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999, S. 121 f.

20 Dazu Näheres bei *Nils C. Bandelow*, *Politisches Lernen: Begriffe*

und Ansätze im Vergleich, in: Klaus Schubert/ders. (Hrsg.), *Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0*, München 2009, S. 313-347.

21 Oder der einzelnen Wissenschaftlerin.

22 Bzw. die Grundrechtsträgerin.

23 Dazu auch *Arne Pilniok*, *Governance im europäischen Forschungsförderverbund. Eine rechtswissenschaftliche Analyse der Forschungspolitik und Forschungsförderung im Mehrebenensystem*, Tübingen 2011.

24 *Vannevar Bush*, *Science the Endless Frontier. A Report to the President by Vannevar Bush, Director of the Office of Scientific Research and Development*, July 1945.

im Hochschulbereich mit der Etablierung von Zielvereinbarungen und anderen evaluativen Instrumenten einherging.²⁵

In § 10 werden die sozialwissenschaftlichen Standards für Wissenschaftsevaluationen (etwa bezogen auf den [Social] Science Citation Index und den *h-Index*) analysiert und die mit derartigen Verfahren einhergehenden Effekte und möglichen Fehlsteuerungen (wie das „*window dressing*“²⁶) dargestellt. In § 11 finden sich sodann rechtsnormative Leitplanken für ein mögliches Evaluationsgesetz. In den §§ 12 und 13 dieser Arbeit werden abschließend einzelne evaluative Verfahren wie Lehrevaluationen, Juniorprofessuren und Akkreditierungsverfahren analysiert und auf die in § 11 aufgestellten Kriterien bezogen.

Beiden Teilen gemeinsam ist die Frage nach Strukturen, Verfahren und Legitimationsfragen. Letztere stehen besonders im Fokus, da die Frage nach der Legitimationsbegründung (der Indienstnahme) von Politikberatung²⁷ sowohl allgemein in § 6 als auch am Beispiel der staatlichen Wissensbeschaffung durch Akkreditierungsverfahren in § 13 analysiert wird.

Für Praktikerinnen und Praktiker dürfte besonders § 11 interessant sein, in dem unter Reflexion der in § 10 geschilderten sozialwissenschaftlichen Standards ein rechtlicher Rahmen für ein (sowohl allgemeines wie dann auch bereichsspezifisch auf die Frage der Wissenschaftsfreiheit bezogenes) „Evaluationsrecht“ skizziert wird. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass Evaluationsrecht ein *reflexives* Recht ist, da es auf sich selbst angewendet werden kann. So setzte beispielsweise das sogenannte Brandenburger Hochschulurteil (BVerfGE 111, 333) darauf, dass die von (Lehr-)Evaluationen möglicherweise ausgehenden Fehlsteuerungen selbst wieder analysiert werden könnten.

In einem Schlusskapitel (§ 14) wird eine Bilanz der Habilitationsschrift gezogen, und es werden mögliche Perspektiven der Forschung entfaltet. So wäre beispielsweise noch intensiver, als es im Rahmen der Arbeit vorgenommen werden konnte, zu untersuchen, inwieweit sich Instrument und Rechtsfiguren aus anderen Rechts-

bereichen, die sich mit wissenschaftsbasierten Fragen beschäftigen (etwa das Scoping und das Monitoring nach § 2 Abs. 4 S. 2 BauGB) für ein „Besonderes Evaluationsrecht“ nutzbar machen ließen.

III. Folgerungen

Insgesamt ergeben sich folgende Erkenntnisse: Evaluationen können nützliche Hilfsmittel für die Vorbereitung von Entscheidungen öffentlicher Akteure oder die Bewertung des Vollzugs dieser Entscheidungen sein. Sie helfen Gesetzgebung und Verwaltung bei der Gewinnung des zur Entscheidungsvorbereitung nötigen Wissens (§§ 2 und 3) und der gedanklichen Strukturierung des Gesetzgebungsvorgangs, der Abschätzung möglicher Gesetzesfolgen und der Beobachtung der Folgewirkungen eines Gesetzes. Außerdem können sie beim Gesetzesvollzug über Fehlsteuerungen informieren (§§ 4 und 5). Hierfür erheben Evaluatoren Informationen, wählen das nach ihrer Auffassung (im Rahmen der rechtsnormativen Vorgaben) entscheidungserhebliche Wissen aus, bündeln es und nehmen eine (erste) Bewertung in Form eines Votums vor.

Dabei können und sollen evaluative Verfahren durchaus eine Reflexivität entfalten und als *Evaluationen zweiter Ordnung* selbst wieder Informationen über „Effekte und Defekte“²⁸ von Evaluationsverfahren liefern. Sie tun es nur nicht automatisch: Wie in den §§ 6 und 10 beschrieben, gehen Evaluationen Wertungen voraus und das „Lernen“ aus ihnen kann auch ein pathologisches sein – es bedarf also einer *nachvollziehenden Auswertung* der durch Evaluations- und Akkreditierungsagenturen generierten Informationen.²⁹ Denn der Vorgang der Auswahl und Verdichtung der Informationen für das (aus Sicht der Evaluatoren) Wesentliche ist bereits *selbst* ein Akt der Bewertung, der die Komplexität der Realität notwendigerweise simplifiziert. Zudem sollten die mit Evaluationen verbundenen Aushandlungs- und Interpretationsprozesse (*framing und bargaining*) stärker in den Blick genommen werden, als es die rechtswissenschaftliche Literatur bislang zumeist getan hat.³⁰ Insofern

25 Dazu die Nachweise in den Fn. 8 und 11-13 sowie die Beiträge in Jörg Bogumil/Rolf G. Heinze (Hrsg.), *Neue Steuerung von Hochschulen. Eine Zwischenbilanz*, Berlin 2009, S. 67-92.

26 Jostein Askim, *Benchmarking in Local Government Service Delivery: Window-Dressing or a Potent Driver for Improvement? Evidence from Norway*, in: Sabine Kuhlmann/Jörg Bogumil/Helmut Wollmann (Hrsg.), *Leistungsmessung und -vergleich in Politik und Verwaltung. Konzepte und Praxis*, Wiesbaden 2004, S. 277-301.

27 Dazu aus jüngerer Zeit statt vieler Götrik Wewer, *Politikberatung und Politikgestaltung* (unter Mitarbeit von Olaf Bull), in: Klaus Schubert/Nils C. Bandelow (Hrsg.), *Politikfeldanalyse: Dimensionen und Fragestellungen*, Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0,

München 2009, S. 401-428.

28 Dazu die Beiträge in Hildegard Matthies/Dagmar Simon (Hrsg.), *Wissenschaft unter Beobachtung. Effekte und Defekte von Evaluationen*, Wiesbaden 2008.

29 Dazu Ivo Appel, *Privatverfahren*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, § 32, 1. Aufl., München 2008, S. 801-881 sowie Bernward Wollenschläger, *Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung*, Baden-Baden 2006.

30 Ansätze hierzu finden sich aber bei Ino Augsberg, *Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, Tübingen 2014.

können Evaluationsverfahren auch immer nur zur Entscheidungsvorbereitung dienen, Entscheidungen aber nicht ersetzen.

Die mit Evaluationsverfahren einhergehende Selektivität der Wahrnehmung ist zudem keinesfalls unbe denklich. Denn evaluative Verfahren „finden“ keine Realität, sondern sie *erfinden* sie: Sie schreiben Qualität zu und versuchen, diese anhand von Indikatoren zu „messen“. So genau man später Parameter erfassen können mag: Es sollte nie vergessen werden, dass der Festlegung von Indikatoren zuvor *Wertungen* vorausgegangen sind (dazu die §§ 4, 6 und 10 der Untersuchung). Daher bilanziert die Schrift mit dem *Petitur*, eine rechtliche Absicherung der mit der bei Evaluationsverfahren zunehmend schwieriger werdenden nachvollziehenden Amtsermittlung durch eine Verdichtung des *ex ante*-Prozesses vorzunehmen (und wie das in etwa aussehen könnte, wird in § 11 umrissen).

Inwieweit die in der Arbeit formulierte Warnung vor einer *Flucht in die Selbstregulierung* dann auch von den

Wissenschaftsministerien rezipiert wird und inwieweit der Staat seiner Garantiefunktion für die Wissenschaftsfreiheit wieder verstärkt nachkommen wird, bleibt abzuwarten. Mit dem vorliegenden Buch verbindet sich aber die Hoffnung, dazu beigetragen zu haben, das Instrument der staatlichen Wissensbeschaffung durch Evaluationen vorzustellen, handhabbar zu machen, aufklärerisch vor dem mit seiner Nutzung möglicherweise einhergehenden ideologischen Einflüssen zu warnen und die gerade genannten Probleme durch eine Gestaltung des Rechtsrahmens bestmöglich einzuhegen.

PD Dr. iur. Margrit Seckelmann, ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und im Wintersemester 2018/2019 Vertreterin des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Tobias Mandler/Laura Wegmann
*Berechnung der Höchstbefristungsgrenze
gem. § 2 Abs.1 Satz 1 und 2 WissZeitVG –
Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil
vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18*

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in seinem Urteil vom 16. August 2018 dargelegt, dass § 191 BGB für die Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen heranzuziehen ist. Der hierzu angeführten Argumentation und dem, auf dieser Grundlage gefundenen Ergebnis kann jedoch nicht zugestimmt werden. Darüber hinaus gibt der Fall aber auch Anlass, sich mit der Frage der konkreten Berechnung der jahresbezogenen Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 1 Satz 4, 6 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 Satz 1, 2 WissZeitVG vertiefter auseinanderzusetzen.¹

I. Entscheidung des Landesarbeitsgerichts

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts liegt im Kern die Entfristungsklage eines promovierten Diplom-Chemikers zu Grunde, der nach Abschluss seines Studiums auf der Grundlage von insgesamt zwanzig befristeten Arbeitsverhältnissen bei dem beklagten Land zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und später als akademischer Mitarbeiter an der Universität Potsdam zwischen 2004 bis 2017 beschäftigt wurde. Angaben zur konkreten Promotionsdauer, Kindern des Klägers, weiteren Beschäftigungen an einer Hochschule² oder sonstigen Verlängerungstatbeständen, sind der Entscheidung nicht zu entnehmen. Mit seiner Klage greift der Kläger die letzte Befristung vom 6. Januar 2016 an.

Nach Auffassung des Gerichts war die Befristung aufgrund der Überschreitung der Höchstbefristungsgrenzen aus § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG unwirksam. Das arbeitgebende Land habe insoweit übersehen, dass § 191 BGB für die Berechnung eines Höchstbefristungsjahres gem. § 2 Abs. 1 Satz 1, 2 WissZeitVG heranzuziehen sei.

Schaltjahre müssten insoweit für die Bestimmung der Höchstbefristungsdauer außer Betracht bleiben, wohingegen diese bei der Berechnung der tatsächlichen Beschäftigungstage wieder zu berücksichtigen seien.

Die Anwendung des § 191 BGB begründet das Landesarbeitsgericht damit, dass die Befristung gem. § 2 Abs. 1 Satz 1, 2 WissZeitVG – im Gegensatz zur Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG – nicht zusammenhängend verlaufen müsse und in der Höchstbefristungsgrenze aus diesem Grund ein nach Jahren bestimmter Zeitraum iSd. § 191 BGB folge, der „nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht“. Das Höchstbefristungsjahr sei demgemäß mit 365 Tagen anzusetzen gegen das die tatsächlichen Beschäftigungstage gegengerechnet werden müssten.

Demgemäß ergebe sich für den zu entscheidenden Fall ein maximaler Befristungszeitraum von 4.380 Tagen (12 Jahre (Promotions- und Qualifikationsphase) x 365 Tage), die die arbeitgebende Hochschule mit einer Befristungsdauer von 4.382 Tagen zumindest um 2 Tage überschritten habe.³ Die Befristungsabrede sei daher unwirksam.

II. Rechtliche Würdigung

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist nicht zuzustimmen. Gegen die Berechnung der Höchstbefristungsdauer lassen sich im Wesentlichen drei Punkte anführen:

1. Anwendbarkeit

Die §§ 187 bis 193 BGB sind zunächst gem. § 186 BGB entsprechend auch auf die Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 WissZeitVG anwendbar.⁴ Es handelt sich

¹ Das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen 7 AZN 867/18 anhängig. Der Nichtzulassungsbeschwerde der Hochschule wurde nach Auskunft des BAG stattgegeben.

² Der Kläger war zwischenzeitlich bei einer Servicegesellschaft der beklagten Hochschule beschäftigt, die ihrerseits keine Hochschule im Sinne des WissZeitVG war. Da der Kläger seinen Beschäftigungsort bzw. seine Einbindung in den universitären Betrieb während dieser Beschäftigungszeit nicht änderte, macht der Kläger auch insoweit eine Anrechnung der Beschäftigungszeiten geltend. Solange die Servicegesellschaft nicht mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben beliehen wurde, vgl. Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und

Universitätsklinikum in Baden-Württemberg OdW 2016, 217, 222 ff.

³ Die einseharen Entscheidungsgründe zur Berücksichtigung der Schaltjahre, sind Tz 40 zu entnehmen. Allerdings wird dies weder in der nachfolgenden Berechnung berücksichtigt, noch folgt dies aus den zitierten Fundstellen. Bei der Berechnung nach § 191 BGB, bleibt die wirkliche Länge eines Monats ebenso außer Betracht, wie die eines Schaltjahres (BAG NJOZ 2003, 2826: „Geht es um Zeiträume, legt 191 BGB fest, dass das Jahr mit 365 Tagen zu berechnen ist. Schaltjahre spielen deshalb bei der Abrechnung keine Rolle.“; Grothe in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, BGB § 191 Rn. 1).

⁴ Eine Prüfung der Voraussetzungen des § 186 BGB findet sich allerdings nicht in der Entscheidung des LAG.

insoweit um eine in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen oder Rechtsgeschäften „enthaltene Fristbestimmung“. Frist ist schon jeder abgegrenzte, bestimmbare Zeitraum.⁵ Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Höchstbefristungsdauer im Verlauf des Beschäftigungsverhältnisses durch Verlängerungstatbestände verändern kann. Der Zeitraum bleibt insofern noch „bestimmbar“.

2. Wortlaut

Der entsprechenden Anwendung des § 191 BGB steht allerdings dessen Wortlaut entgegen, denn die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist nicht „nach Jahren bestimmt“.

Dies ist zwar nicht auf den ersten Blick erkennbar, denn die Befristung für Promotions-⁶ bzw. Qualifizierungsphase ist an sich „bis zu einer Dauer von neun bzw. sechs Jahren“ zulässig, folgt aber daraus, dass das WissZeitVG aufgrund seiner Verlängerungstatbestände zwingend von einer zumindest tageweisen Berechnung der Höchstbefristungsdauer ausgehen muss.⁷

So ist schon § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zu entnehmen, dass sich die Höchstbefristungsdauer der Qualifizierungsphase „in dem Umfang“ verlängert, „in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach Satz 1 und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach Satz 1 zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben“. Da sich die Promotionszeit⁸ gerade nicht nach Jahren, sondern nach der realen Dauer für die Promotion bestimmt,⁹ ist evident, dass zumindest die sechs bzw. neun Jahre für die Qualifizierungsphase nur dann zu Beginn der Befristung zur Verfügung stehen, wenn die Promotion länger als sechs Jahre gedauert hat. Andernfalls beträgt die Höchstbefristungsgrenze zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bereits sechs Jahre zuzüglich der Differenz zwi-

schen der Promotionsdauer und den vom Gesetzgeber für diese veranschlagten sechs Jahren. Die Höchstbefristungsdauer ist daher in diesen Fällen nicht gem. § 191 BGB „nach Jahren bestimmt“, sondern tageweise zu ermitteln. Das Gesetz geht insofern von einer realen Berechnung der stets veränderlichen Höchstbefristungsgrenze aus.

Ob diese Betrachtung auch für die Promotionsphase gilt, ist nicht ohne weiteres erkennbar, denn § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG kann hier nicht herangezogen werden. Ein tageweises Verständnis der Höchstbefristungsdauer lässt sich aber aus § 2 Abs. 5 WissZeitVG ableiten, der insoweit uneingeschränkt gilt.¹⁰ Danach verlängert sich die Dauer des jeweiligen befristeten Arbeitsvertrages um den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Verlängerungszeitraum, wobei neben einer lediglich teilweisen Geltendmachung eines Verlängerungstatbestandes durch den Arbeitnehmer auch eine Verlängerung für nur wenige Tage oder Monate umfassende Zeiträume in Betracht kommt.¹¹ Gem. § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG werden diese Verlängerungen schließlich nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG „zulässige Befristungsdauer angerechnet“. Der Wortlaut des § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG scheint insofern zwischen einer „Anrechnung“ auf die Höchstbefristungsdauer und der „Verlängerung“ derselben unterscheiden zu wollen, woraus auf eine unterschiedliche Berechnungsmechanik – Höchstbefristungsdauer der Promotionsphase nach Jahren und Nichtanrechnung nach Tagen oder Stunden – zu schließen sein könnte. Allerdings besteht zwischen einer Nichtanrechnung und einer Verlängerung der Höchstbefristungsdauer materiell kein Unterschied. Beide Tatbestände sind nicht an das jeweilige Arbeitsverhältnis gebunden, sondern wirken sich konkret auf die Höchstbefristungsdauer des jeweiligen Arbeitnehmers

5 RGZ 120, 362; BGH NJW 2009, 3153, 3154.

6 Die Bezeichnung als Promotionsphase ist nicht unbedingt zutreffend. Eine Promotion muss während der Beschäftigung nicht zwingend angestrebt werden, vgl. im Einzelnen Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 201.

7 Letztlich ist auch eine Berechnung nach Stunden denkbar, etwa wenn ein Verlängerungstatbestand nur insoweit eingetreten ist.

8 Es ist umstritten, ob die sog. Nettopromotionszeit, d.h. die real für die Promotion aufgewandte Zeit maßgebend ist, oder die Bruttopromotionszeit, d.h. die Zeit zwischen Vergabe des Themas und dem Abschluss der Promotion nach der jeweiligen Promotionsordnung, vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254, Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 9, Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54., Löwisch/AR, 9. Auflage 2019, WissZeitVG § 2 Rn. 3. Zutreffend dürfte eine Berechnung der Nettopromotionszeit sein, bei der kleinere Unterbrechungen

von weniger als 6 Monaten unberücksichtigt bleiben, da der Promotionsvorgang nicht an feste zeitliche Grenzen gebunden ist. Andernfalls könnten etwa auch die Wochenenden, an denen ein Doktorand seiner Promotion nicht nachgegangen ist, begünstigend aus der Promotionszeit herausgerechnet werden. Eine solche Berechnung war jedoch nicht intendiert.

9 Schmidt in: ASP/Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 11 f.

10 Siehe hierzu Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2019, WissZeitVG § 2 Rn. 17 f.; Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG S. 221 ff.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 206 ff.

11 Vgl. Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG S. 226 mwN.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 207; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 178.

aus.¹² So gilt die Verlängerung aufgrund zügiger Promotion, als auch die Nichtanrechnung bei Verlängerungstatbeständen stets gegenüber jeder deutschen Hochschule.¹³ Es ist daher davon auszugehen, dass das Gesetz insofern keine unterschiedlichen Berechnungsmodi fordert, sondern einheitlich von einer durch verschiedene Tatbestände verlängerbaren Höchstbefristungsdauer auch für die Promotionsphase ausgeht. Hierfür spricht zudem, dass dieses Verständnis einen Gleichlauf mit der Verlängerung der Qualifikationsphase durch § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG erzielt und sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf findet, dass insoweit eine abweichende Berechnung gewollt war. Das WissZeitVG geht mithin auch für die Promotionsphase von einer lediglich tageweise zu berechnenden Höchstbefristungsdauer aus, die eine Anwendung des § 191 BGB auch insoweit ausschließt.

Neben einem nach „Jahren“ festgelegten Zeitraum, fehlt es aber auch an einer „Bestimmung“ des Zeitraums.

§ 191 BGB ist letztlich eine Auslegungshilfe, die in den Fällen greifen soll, in denen eine Zeitbestimmung keinen zwischen Anfangs- und Endpunkt zusammenhängenden Zeitraum, sondern eine Summe von nicht notwendig aufeinanderfolgenden Tagen umfasst: Ein Grundstück soll auflagentgemäß „sechs Monate“ im Jahr bewohnt werden; in einem Arbeitsvertrag wird der jährliche Urlaub auf „drei Monate“ festgelegt; ein Geschäftsreisender verpflichtet sich mindestens „neun Monate“ im Jahr zu reisen.¹⁴ Die Beispiele zeigen, dass es dem Gesetzgeber bei § 191 BGB um Fallkonstellationen ging, in denen ein Zeitraum aufgrund seiner Mehrdeutigkeit vorhersehbar bestimmt werden musste. Die Dauer des befristeten Beschäftigungsverhältnisses selbst bestimmt sich aber nach Ausgangs- und Endpunkt und bedarf daher keiner weiteren Auslegung, § 2 Abs. 4 Satz 3 WissZeitVG. Allein die Höchstbefristungsdauer bleibt „unbestimmt“. Allerdings handelt es sich bei der Höchstbefristungsdauer nicht um einen Zeitraum, der zusammenhängend oder nicht zusammenhängend zu verlaufen „braucht“, sondern lediglich um einen Befristungsrah-

men, den Arbeitnehmer und Arbeitgeber für die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Verlängerung nutzen können, aber nicht müssen – solange die Befristungsdauer gegenüber der angestrebten Qualifizierung angemessen bleibt.¹⁵ Ein von vornherein bestimmter Zeitraum existiert damit in Bezug auf die Höchstbefristungsdauer nicht. Dies zeigt sich auch daran, dass der Zeitraum durch Anrechnungs- und Verlängerungstatbestände während des Beschäftigungsverhältnisses veränderlich ist und daher nicht von vornherein „bestimmt“ sein kann oder im wörtlichen Sinne „zu verlaufen braucht“. Das Gesetz formuliert hier im Perfekt und zeigt damit an, dass der Zeitraum seinerseits bereits stimmt sein muss. Die Anwendung des § 191 BGB auf die noch veränderlichen Befristungszeiträume gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist mithin ausgeschlossen.

3. Systematik

Die Anwendung des § 191 BGB ist auch in systematischer Hinsicht ausgeschlossen. § 191 BGB ist eine Aufanglösung und gegenüber der Berechnung nach § 188 BGB nachrangig. Dies war schon seiner früheren Fassung unmittelbar zu entnehmen und ergibt sich heute aus seiner systematischen Stellung gegenüber dem vorstehenden § 188 BGB: „Ist für die Berechnung einer Jahresfrist oder Monatsfrist die Anwendung des § 149 (heute § 188 BGB) ausgeschlossen, so wird das Jahr zu 365, der Monat zu 30 Tagen gerechnet“.¹⁶

Das Landesarbeitsgericht beruft sich insoweit darauf, dass eine Befristung nach § 2 WissZeitVG, im Gegensatz zur Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG, keine zusammenhängende Befristung erfordere, sondern innerhalb des Befristungsrahmens auch eine Neubefristung, mithin eine Unterbrechung der Befristung, erlaube.¹⁷ Die Berechnung müsse sich daher nach § 191 BGB richten.

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist jedoch nach § 188 BGB nicht ausgeschlossen, sondern im Regelfall ohne weiteres möglich. Bei der Ersteinstellung ist noch unbekannt, ob es überhaupt zu einer Unterbrechung des Arbeitsver-

12 Vgl. BT-Drs. 18/6489 S. 13: „Mit der jetzt vorgesehenen Änderung wird für die Nichtanrechnung auf den Befristungsrahmen ausdrücklich an den die Verlängerung nach Satz 1 auslösenden Unterbrechungstatbestand angeknüpft. Damit wird klargestellt, dass eine Unterbrechung der wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung beispielsweise wegen Kinderbetreuung oder Pflege sich auch im Falle eines Arbeitsplatzwechsels nach der Unterbrechungszeit nicht nachteilig auf den Befristungsrahmen auswirkt“.

13 Zum Problem des Übergangsrechts unter § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG vgl. Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 1, 14.

14 Mot I 286; Staudinger, 2004, § 191 Rn. 1.

15 Zur Angemessenheit der Befristung siehe Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff.; zur Novelle weiterführend Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 40; vgl. auch Brötzmann, Die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016, öAT 2016, 48; Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6.

16 Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, S. 35.

17 Zur Abgrenzung zwischen Neubefristung und Weiterbeschäftigung siehe Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG S. 223.

hältnisses kommen wird. Sowohl der Anfang als auch das Ende des Beschäftigungsverhältnisses sind damit gem. §§ 187, 188 BGB bestimmbar. Selbiges gilt für die Berechnung eines zeitlich ununterbrochenen Beschäftigungsverhältnisses. Auch hier erfolgt die Berechnung nach §§ 187, 188 BGB ohne Schwierigkeiten. Dies gilt auch für die Erstbefristung in der Qualifikationsphase, die im intendierten Grundfall ebenfalls ununterbrochen erfolgen soll. Die Anwendung des § 191 BGB ist daher hier bereits systematisch durch den Vorrang der §§ 187, 188 BGB ausgeschlossen.

Auch in den Fällen einer tatsächlichen „unterbrochenen“ Befristung, die das Landesarbeitsgericht als Rechtfertigungsgrund bemüht, ist die Berechnung der zulässigen Höchstbefristungsdauer gemäß § 188 Abs. 2 BGB möglich. Wird das Beschäftigungsverhältnis erstmals begründet, so lässt sich die zulässige Höchstbefristungsgrenze nach § 188 Abs. 2 BGB ermitteln. Kommt es nun im Verlauf der Beschäftigung zu einer Unterbrechung und anschließenden Neubefristung, so bleibt die zum Zeitpunkt der Aufnahme des ersten anrechenbaren Arbeitsverhältnisses ermittelte Befristungsdauer gegenüber allen inländischen Hochschulen erhalten. Die durch die Beschäftigung bis zur Unterbrechung bereits „verbrauchten“ Tage sind dann lediglich von der ermittelten Höchstbefristungsdauer abzuziehen, um die aktuelle Höchstbefristungsgrenze zu ermitteln. Hierdurch wird sichergestellt, dass den Arbeitsvertragsparteien die zulässige Höchstbefristungsdauer vollständig erhalten bleibt, ohne diese dabei durch eine Steuerung der Neueinstellung, bspw. in einem Schaltjahr, künstlich zu erhöhen oder zu verringern. Maßgeblich für die Berechnung bleibt daher in jedem Fall der Zeitpunkt der Ersteinstellung.

4. Telos

Zweck der festgelegten Höchstbefristungsdauer ist es, der Hochschule eine befristete Beschäftigung innerhalb des gesetzten Befristungsrahmens im fortlaufenden Wissenschaftsbetrieb zu ermöglichen. Hierfür sieht das Gesetz im Minimum einen Befristungsrahmen von sechs bzw. neun Jahren vor. Es ist daher aufgrund des vierjährigen Schaltjahresrhythmus klar

erkennbar, dass ein Beschäftigungsverhältnis innerhalb des gesetzten Rahmens mindestens ein bzw. zwei Schaltjahre durchlaufen würde. Es wäre folglich widersinnig, mit § 191 BGB eine Regelung auf die Berechnung der Befristungsdauer anzuwenden, die jene Schaltjahre bewusst unberücksichtigt lässt.¹⁸ Dies gilt im Besonderen auch deshalb, weil Schaltjahre etwa bei der Berechnung der Verlängerungszeitraume nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 5 WissZeitVG wieder zu berücksichtigen wären, da es hier wieder auf eine – reale – tageweise Berechnung ankommt. Es kann daher nicht zutreffen, wenn das Landesarbeitsgericht der arbeitgebenden Hochschule zunächst vorrechnet, dass das Höchstbefristungsjahr 365 Tage hat, um sodann die Unwirksamkeit der Befristung auf die Überschreitung des Befristungsrahmens um zwei – durch Schaltjahre bedingte – Tage zu stützen. Fiktion und Wirklichkeit wären dann nie in Ausgleich zu bringen. Bei einer fortlaufenden Beschäftigung eines Arztes über 15 Jahre müsste das Beschäftigungsverhältnis so mindestens 3 Tage vorher enden – bei einer Ersteinstellung bei Jahresbeginn also kurz nach den Weihnachtsfeiertagen. Dies ist weder intendiert, noch vom Zweck des Gesetzes gedeckt. Insoweit sei auch auf die vierjährige Befristung nach § 14 Abs. 2, 2a TzBfG¹⁹ verwiesen, deren Berechnung sich ebenfalls nach §§ 187, 188 BGB richtet und damit Schaltjahre einschließt.²⁰

III. Ausblick

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 WissZeitVG richtet sich nicht nach § 191 BGB, sondern nach §§ 187, 188 BGB. Maßgeblich ist insoweit der Beginn der ersten anrechnungsfähigen Beschäftigung, der die zulässige Höchstbefristungsgrenze festlegt und auch bei einer Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses als solcher erhalten bleibt. Die so ermittelte Höchstbefristungsgrenze kann schließlich durch die Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 5 WissZeitVG tageweise verschoben werden.

Ungeklärt bleibt, wie die pauschalen Verlängerungen in § 2 Abs. 1 Satz 4 und 6 WissZeitVG sowie die Beschränkung der Verlängerung in § 2 Abs. 5 Satz 1 aE

¹⁸ Vgl. BAG NJOZ 2003, 2826.

¹⁹ Zum Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG siehe *Mandler/Wegmann*, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG OdW 2018, 201 ff.; weiterführend *Löwisch/Schubert*,

Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen, OdW 2018, 263 ff.

²⁰ *Müller-Glöge* in ErfK, 19. Aufl. 2019, TzBfG § 14 Rn. 105.

WissZeitVG zu berechnen sind. Auch insoweit formuliert das Gesetz lediglich eine Verlängerung um „Jahre“. Da es sich bei diesen Verlängerungen aber lediglich um von der eigentlichen Höchstbefristung abhängige Verlängerungstatbestände handelt, die zu dieser hinzuaddiert werden müssen, ist es einleuchtend und praktikabel, das jeweilige Befristungsende gem. §§ 187, 188 BGB auch hier anhand des Kalenders zu verschieben. Wenn gleich die pauschale Berechnung nach § 191 BGB hier den Vorteil hätte, dass kein Kind und keine Behinderung unterschiedlich lang bewertet würden, so ist diese Unregelmäßigkeit aufgrund des nun einmal geltenden gregorianischen Kalenders hinzunehmen. Der Rhythmus der Schaltjahre wird bereits durch das Verschieben des ursprünglichen Höchstbefristungsendes berücksichtigt. Es

macht damit keinen Unterschied, wann ein Kind geboren und die Verlängerung damit eingetreten ist. Selbiges gilt für § 2 Abs. 5 Satz 1 aE WissZeitVG der ohnehin sicherstellen will, dass dem Beschäftigten durch seine Verlängerungszeit kein Nachteil entsteht. Auch hier ist die Verlängerung daher nur kalendermäßig zu beschränken, wobei auf die Tage ab dem Beginn des ersten Verlängerungstatbestandes abzustellen ist, sofern mehrere Verlängerungen derselben Art kumuliert werden sollen.

Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Laura Wegmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

Frederik Becker
*Die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler an
Hochschulen (Tagungsbericht)*
*Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom
24. April 2018, Az.: 2 BvL 10/16*

Aus Anlass der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24. April 2018 befasste sich eine vom Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e. V. ausgerichtete Tagung am 31. Januar 2019 mit der Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler¹ im Gefüge der Hochschulorganisation. Das BVerfG hatte in einem Normenkontrollverfahren die Regelung des brandenburgischen Hochschulrechts, nach der Kanzler nicht auf Lebenszeit, sondern in der Regel in ein Beamtenverhältnis auf Zeit mit einer Amtszeit von sechs Jahren berufen werden (§ 67 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 BbgHG²), für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Die Tagung nahm diesen Beschluss zum Anlass, um das Amt des Hochschulkanzlers in allgemeine beamtenverfassungs- und wissenschaftsrechtliche Grundsätze einzuordnen, einen vergleichenden Blick auf die Rechtslage in den Landeshochschulgesetzen zu werfen sowie die rechtlichen Maßstäbe mit der praktischen Wirklichkeit abzugleichen.

I. Der beamten- und wissenschaftsrechtliche Status des Hochschulkanzlers

Professor *Ulf Pallme König* eröffnete die Tagung als Vorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts mit dem Hinweis, dass die regelmäßigen Novellierungen der landesrechtlichen Regelungen zur Hochschulleitung im Laufe der Zeit auch immer wieder das Amt des Hochschulkanzlers erfasst hätten. Das unterschiedlich ausgeprägte gesetzgeberische Bestreben einer Stärkung der Autonomie der Leitungsebene habe dabei grundsätzlich zwei Regelungsmodelle hervorgebracht. Zum einen sei eine Einbindung des Kanzlers in eine kollegiale Hochschulleitung (Präsidium bzw. Rektorat) verbreitet, die aus einem Präsidenten bzw. Rektor und mehreren Vizepräsidenten

bzw. -rektoren bestehe. In diesem Kollegium bekleide der Kanzler ein hauptamtliches Vizepräsidentenamts mit der Ressortzuständigkeit für die Personal- und Finanzverwaltung und sei zugleich Beauftragter für den Haushalt (BfH). In diesem Modell könne der (teilweise schlicht nur noch als Hauptberuflicher Vizepräsident bezeichnete) „Kanzler“ als Vizepräsident in der Regel vom akademischen Vertretungsorgan (Senat) mit einer qualifizierten Mehrheit abgewählt werden und sei gegenüber diesem rechenschaftspflichtig und verantwortlich. Dies ermächtige ihn zugleich zur Wahrnehmung von wissenschaftsrelevanten Aufgaben der akademischen Selbstverwaltung. Im zweiten Modell werde der Kanzler in einigen Landeshochschulgesetzen – wie im brandenburgischen Fall – dagegen allein von einem monokratischen Leitungsorgan (Präsident bzw. Rektor) berufen und unterliege keiner Abwahlmöglichkeit seitens des akademischen Kollegialorgans. In diesem Regelungsmodell dominiere die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben; der ursprüngliche, aber schon durch die Einheitsverwaltung abgeschwächte Dualismus von akademischen und staatlichen Aufgaben werde durch die Organe Präsident/Rektor und Kanzler weiterhin verkörpert.

In beiden Fällen stellt sich die beamtenverfassungsrechtliche Frage, ob das Amt des Hochschulkanzlers als Lebenszeitamt ausgestaltet werden muss oder ob eine Zeitbeamtenstellung zulässig ist. Angesichts des zu beobachtenden Phänomens einer scheiternden Wiederwahl des Kanzlers habe diese Frage für die Ausgestaltung des Amtes besondere Bedeutung. Der Rechtsstatus als Beamter auf Zeit habe nicht nur Auswirkungen auf die Art und Weise der Amtsausübung und insbesondere die innere Unabhängigkeit des Kanzlers, sondern sei auch entscheidend für die Attraktivität des Amtes für Bewerber, die bereits ein anderes Lebenszeitamt innehaben.

1 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, ist stets die feminine Form des Wortes mitumfasst.

2 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) vom 28. April 2014 (GVBl I Nr. 18).

II. Das Statusrecht aus der Perspektive des Art. 33 Abs. 5 GG

Mit der beamtenverfassungsrechtlichen Dimension der Fragestellung befasste sich der Vortrag von Professor *Dr. Dr. h. c. Lothar Knopp* (Zentrum für Rechts- und Verwaltungswissenschaften, Brandenburgische Technische Universität Cottbus-Senftenberg). *Knopp* hatte den Kläger im Ausgangsverfahren vor dem VG Cottbus,³ dem OVG Berlin-Brandenburg⁴ und dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)⁵ sowie während des verfassungsgerichtlichen Zwischenverfahrens als Prozessbevollmächtigter vertreten. Zwischen dem Antrag an das brandenburgische Wissenschaftsministerium, die erneute, unbefristete Bestellung zum Kanzler vorzunehmen, und der Entscheidung des BVerfG vergingen knapp acht Jahre. Allein die Überlänge des Verfahrens dokumentiere, dass es für ein verwaltungsgerichtliches Verfahren, bei dem die Verfassungsmäßigkeit einer Norm entscheidungserheblich sei, ausreichender finanzieller und fachlicher Ressourcen bedürfe.

Im ersten Teil des Vortrags ordnete *Knopp* die Entscheidung in die vom BVerfG entwickelten, allgemeinen Maßstäbe des Beamtenverfassungsrechts ein. Die Besonderheit der brandenburgischen Regelung bestehe darin, dass der Kanzler von dem monokratischen Leitungsorgan des Präsidenten ohne Mitwirkung des akademischen Vertretungsorgans (Senat) bestellt werde und diesem insoweit zugeordnet sei, dass der Kanzler die Verwaltung der Hochschule unter der Verantwortung des Präsidenten leite. Aufgrund des fehlenden Wahlaktes sei der brandenburgische Fall für eine verfassungsrechtliche Beurteilung, ob die Zeitverbeamtung zulässig sei, geradezu prädestiniert gewesen.

Knopp referierte zunächst die ständige Rechtsprechung des BVerfG, nach der das Lebenszeitprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG verankert sei. Es schütze die persönliche Unabhängigkeit der Amtstätigkeit im Rahmen einer stabilen, unparteiischen und gesetzestreuen Verwaltung. Anders als die Vorinstanzen hatte bereits das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss herausgestellt, dass das Amt des Hochschulkanzlers insoweit einen eigenständigen Status genieße. Das konkret übertragene Amt des Kanzlers sei trotz seiner engen Anbindung an das Hochschulleitungsorgan vom Lebenszeitprinzip geschützt. Dem schloss sich das BVerfG an.

Zentrale Frage sei somit die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Durchbrechung des Lebenszeitprinzips,

für die sich zwei Fallgruppen herausgebildet hätten: Zum einen im Fall von (insbesondere kommunalen) Wahlbeamten, zum anderen im Fall von sog. politischen Beamten. Aufgrund der Weisungsgebundenheit und exklusiven Bestellung durch den Präsidenten waren beide Fallgruppen jedoch nicht einschlägig, sodass die Zeitbeamtstellung verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt war. Anders sei dies in den Fällen zu bewerten, in denen der Kanzler als gleichberechtigtes Mitglied einer kollegialen Leitungsstruktur angehöre sowie aufgrund eines Wahlakts des Selbstverwaltungsorgans bestellt werde und von diesem wieder abberufen werden könne. Mit einer solchen „Aufwertung“ der Verantwortlichkeit des Kanzlers ginge einher, dass der Amtswalter ein sog. hochschulpolitisches Amt innehave, das den Gesetzgeber zu einer Abweichung vom Grundsatz der Lebenszeitberufung berechtige. Die beiden vorherrschenden Modelle führten somit beamtenverfassungsrechtlich zu unterschiedlichen Ergebnissen. Entscheidendes Rechtfertigungskriterium für eine Abweichung vom Lebenszeitprinzip sei die Wahl- und Abwahlmöglichkeit durch das akademische Selbstverwaltungsorgan, die eine formalisierte Verantwortlichkeit begründe. Mit diesem Wahlakt müsse als materielles Element die Einbindung in eine pluralistische Entscheidungsstruktur verbunden sein, wie dies im Fall eines kollegialen Hochschulleitungsorgans gegeben sei.

Im zweiten Teil des Vortrags unternahm *Knopp* den Versuch, die vom BVerfG auf das brandenburgische Gesetz angewandten Maßstäbe auf andere landesrechtliche Regelungen zu übertragen. *Knopp* stellte zunächst heraus, dass sich eine unreflektierte, schematische Übernahme der Maßstäbe verbiete. Es seien stattdessen die jeweiligen den Kanzler betreffenden Normen in eine Gesamtschau der Regelungen über die Hochschulleitung einzubeziehen. Nach einer rechtsvergleichenden Darstellung der unterschiedlichen Regelungsmodelle gelangte *Knopp* zu dem Schluss, dass die Regelungen in den Ländern Berlin (§ 58 Abs. 1 S. 4 BerlHG) und Rheinland-Pfalz (§ 83 Abs. 2 S. 1 HochSchG RP) als verfassungsrechtlich „äußerst kritisch“ zu bewerten seien. Es bestehe legislativer Handlungsbedarf, dem die jeweiligen Landesgesetzgeber trotz einer ihnen vom BVerfG bereits in seiner ersten „Brandenburg-Entscheidung“ im Jahr 2004 (BVerfGE 111, 333 ff.) auferlegten Beobachtungspflicht bislang noch nicht nachgekommen seien. Als mögliches Alternativmodell wies *Knopp* auf die bayerische Regelung hin (Art. 23 Abs. 2 S. 3 BayHSchG), nach der eine Lebenszeitverbeamtung im Anschluss an eine

3 VG Cottbus, Urteil vom 21. April 2011, Az.: 5 K 582/10.

4 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13. November 2014,

Az.: 4 B 31.11.

5 BVerwG, Beschluss vom 23. Juni 2016, Az.: 2 C 1.15.

zweijährige Probezeit erfolgen könne. Eine derartige Verbeamtung auf Probe sei wegen des grundsätzlichen Festhaltens am Lebenszeitprinzip verfassungsrechtlich zulässig, worauf auch das BVerfG hingewiesen habe.

III. Das Statusrecht aus der Perspektive des Art. 5 Abs. 3 GG

Der Vortrag von Professor *Dr. Christian von Coelln* (Universität zu Köln) analysierte die Entscheidung des BVerfG im Hinblick auf die insbesondere durch die Rechtsprechung des Ersten Senats zur Wissenschaftsfreiheit entwickelten Maßstäbe. Das Grundgesetz gebe kein bestimmtes Modell der Hochschulorganisation vor, sodass der Gesetzgeber bei der Normierung des Organisationsrechts der Hochschulleitung über einen weiten Gestaltungsspielraum verfüge. Wenn Leitungsorgane gegenüber den akademischen Selbstverwaltungsorganen aber kompetenziell gestärkt würden, bedürfe dies kompensatorischer Maßnahmen zu Gunsten der in diesem pluralistischen Gremium versammelten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, um eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit auszuschließen. Diese Mitwirkungsrechte müssten insbesondere in Form von Informations-, Kontroll- und (Ab-)Wahlrechten bestehen.

Wenn aber – wie in Brandenburg – nicht der Kanzler, sondern allein der Präsident gegenüber dem akademischen Selbstverwaltungsorgan verantwortlich sei, erfordere das Prinzip der Wissenschaftsadäquanz nicht zwingend eine Abwahlmöglichkeit in Bezug auf den Kanzler. Entscheidend sei, dass weitreichende Kompetenzen des Kanzlers im Bereich der akademischen Selbstverwaltung, die durch den Wahlakt übertragen werden, eine Verantwortlichkeit begründen müssten. Diese rechtliche Verantwortlichkeit des Kanzlers könne primär durch eine Amtszeitbefristung und die Möglichkeit der Abwahl realisiert werden. Insoweit bestehe durchaus eine Konvergenz der Anforderungen aus Art. 5 Abs. 3 GG einerseits und Art. 33 Abs. 5 GG andererseits: Nur wenn das Kanzleramt wie in Brandenburg vergleichsweise kompetenzschwach ausgestaltet sei und das akademische Vertretungsorgan keine Abwahl vornehmen könne, verlange dies aus dem Blickwinkel des Beamtenverfassungsrechts eine Verbeamtung auf Lebenszeit. Werde das Amt hingegen in die kollegiale Verantwortung des Leitungsorgans gegenüber dem Selbstverwaltungsorgan eingebunden und mit weitergehenden, wissenschaftsrelevanten Kompetenzen ausgestattet, rechtfertige dies regelmäßig eine Verbeamtung auf Zeit als Durchbrechung

des Lebenszeitprinzips. Diese Differenzierung überzeuge auch im Hinblick auf die sich aus Art. 5 Abs. 3 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen.

In diesem Zusammenhang sei eine formale Betrachtung der Kompetenzausstattung erforderlich. Die „faktische Macht“ eines einzelnen Amtswalters, die auf der Persönlichkeit und der Überzeugungskraft des jeweiligen Kanzlers beruhen könne, ließe sich nicht als rechtliches Argument heranziehen. Anderenfalls könne eine geringe Entscheidungskraft verfassungsrechtlich durch eine zwingende Verbeamtung auf Lebenszeit „prämiert“ werden. *Von Coelln* wies darauf hin, dass sich aus der Entscheidung des BVerfG umgekehrt keine Pflicht zur Befristung ergebe, wenn das Kanzleramt mit wissenschaftsrelevanten Aufgaben ausgestattet sei. Eine Verbeamtung auf Lebenszeit bleibe auch in Fällen einer bestehenden Abwahlmöglichkeit stets möglich. Insofern seien das Beamten- und das Wissenschaftsverfassungsrecht strikt auseinanderzuhalten. Keine Aussage habe das BVerfG zudem zu der allein an Art. 33 Abs. 4 GG zu messenden Frage getroffen, ob eine Beschäftigung des Kanzlers im Angestelltenverhältnis zulässig sei.

Bemerkenswert sei zudem, dass das Karlsruher Gericht insbesondere die Befristungen der Tätigkeit des wissenschaftlichen Mittelbaus ausdrücklich als gerechtfertigte Durchbrechung des Lebenszeitprinzips hervorgehoben habe. In diesem Bereich sei die Befristung aus Gründen der wissenschaftlichen Qualifikation und der Aufrechterhaltung der Innovationsfähigkeit der Hochschulen gerechtfertigt.

IV. Podiumsdiskussion

Die von *Dr. Michael Stückradt* (Universität zu Köln) moderierte Podiumsdiskussion bot Gelegenheit, die rechtlichen Maßstäbe aus unterschiedlichen Blickwinkeln der Praxis zu reflektieren. *Dr. Roland Kischkel* (Bergische Universität Wuppertal) unterstrich, dass die Berufsrealität des Kanzlers mit der Position eines „Wächters des Rechts“ als „verlängerter Arm des Ministeriums“ nicht hinreichend beschrieben werde. Vielmehr sei es dessen Primäraufgabe, finanzielle Ressourcen mit den Methoden der Mittelverteilung als Gestaltungsinstrument für die Forschenden und Lehrenden in maximaler Eigenverantwortlichkeit nutzbar zu machen. Insofern sei der Kanzler als Teil der kollegialen Hochschulleitung gemeinschaftlich verantwortlich. Auch *Dr. Valérie Schüller* (Hochschule Mainz) unterstrich, dass die Einbindung in strategische Entscheidungen in Forschung und Lehre zugenommen habe. Der Aufgaben- und Verantwort-

tungszuwachs bilde sich in der Befristungsmöglichkeit zwar ab, es sei aber zu berücksichtigen, dass die jederzeit bestehende Abwahlmöglichkeit das Interesse von Bewerbern, die ein anderweitiges Lebenszeitamt innehätten, schmälere. Gremienentscheidungen seien nicht antizipierbar, sodass ohne eine Verdauerung der Stelle erhebliche Risiken drohten. Auch wenn ein Wahlamt insgesamt wegen dessen Dynamik vorzugswürdig erscheine, müsse eine Statussicherung durch eine adäquate Rückfallposition vorgenommen werden. Diese Forderung stieß auf den Widerspruch eines anwesenden Ministerialbeamten, nach dem eine derartige „faktische Lebenszeitversorgung“ ohne ein Lebenszeitamt wissenschaftspolitisch nicht realisierbar sei.

Professor *Dr. Hans Hennig von Grünberg* (Hochschule Niederrhein) betonte, dass die gemeinsame Verantwortung der Hochschulleitung vor allem durch Kollegialität und einen im Diskurs herzustellenden Konsens zwischen Präsident/Rektor und Kanzler zu erzielen sei. Im Bereich der Fachhochschulen habe sich in dieser Hinsicht in den letzten Jahren eine dynamische Entwicklung ergeben. Die alte akademische Idee eines jährlich wechselnden Rektorats bei gleichzeitiger Kontinuität des Kanzleramts könne daher heute nicht mehr verwirklicht werden. Eine „Etablierung“ der Mitglieder der Hochschulleitung sei vielfach erst im Laufe der zweiten Amtszeit möglich. In die gleiche Richtung zielte die Anmerkung *Kischkels*, dass eine geringere Amtszeit als sechs Jahre keinen sinnvollen Gestaltungszyklus erzeugen könne.

Professor *Dr. Volker Epping* (Leibniz Universität Hannover) verdeutlichte, dass durch die Autonomiegewinne der Leitungsebene eine Professionalisierung des Amtes erforderlich geworden sei. In Niedersachsen bestehe mit der gesetzlich angeordneten Ressortverantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder des Präsidiums eine klare Kompetenzverteilung im Leitungsorgan. Gleichwohl ließen sich nur im kollegialen Diskurs intelligente Lösungen erreichen. Die Kontrolle durch den Senat erfasse das gesamte Leitungsorgan in gemeinsamer Verantwortung; auch eine Abwahl beziehe sich zumeist auf das Gesamtorgan, nicht auf einzelne Mitglieder.

Aus der Diskussion ergab sich insbesondere, dass das Statusrecht der Mitglieder der Hochschulleitung eine entscheidende Gelingensbedingung für die Organisation der Wissenschaftsverwaltung ist. Grundtenor der Nachfragen aus den Reihen der Kanzlerinnen und Kanzler

war der Wunsch nach einer verstärkten Berücksichtigung der sich bei einer Verbeamtung auf Zeit stellenden Versorgungsfragen im Hinblick auf Rückfallpositionen und das Besoldungsrecht. Ein Baustein für die Stabilität der Organisation Hochschule könne hierbei der Verzicht auf die Ausgestaltung des Kanzleramts als Wahlamt sein. Bei künftigen Reformen des Hochschulorganisationsrechts, die zuletzt vom Wissenschaftsrat im Oktober 2018 angeregt wurden, müsse berücksichtigt werden, dass der erhebliche Kompetenzzuwachs bei einer gleichzeitig jederzeit bestehenden Abwahlmöglichkeiten eine entscheidende Ursache für die häufig als fehlend wahrgenommene Attraktivität des Amtes sei.

V. Resümee

Ob das Amt des Hochschulkanzlers als Spitzenposition in der Wissenschaftsverwaltung auf Zeit ausgestaltet werden kann, ist nicht nur eine an den Vorgaben des Grundgesetzes zu messende verfassungsrechtliche Frage, sondern auch eine solche der wissenschaftspolitischen Zweckmäßigkeit. Den Referaten der Tagung gelang es, die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler in der Hochschulorganisation in ihren verfassungsrechtlichen Kontext einzuordnen und Impulse für die mögliche Weiterentwicklung bestehender Regelungsmodelle zu geben. Im Hinblick auf das in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Lebenszeitprinzip erfordert die Verbeamtung auf Zeit eine tragfähige Rechtfertigung, die vor allem auf die Einbindung in eine kollegiale Leitungsstruktur und die Abwahl durch das Organ der akademischen Selbstverwaltung gestützt werden kann. Die anschließende Diskussion ließ die Aspekte hervortreten, denen die etwa 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Hochschul- und Ministerialverwaltung besondere Bedeutung zumaßen. Dass die Rückwirkungen der status- und organisationsrechtlichen Stellung des Kanzlers auf die Arbeitsweise der Hochschulleitung und letztlich auf das institutionelle Gesamtgefüge einer Hochschule erheblich sind, machte das durch die Tagung des Vereins für deutsches und internationales Wissenschaftsrecht eröffnete Forum deutlich.⁶

Frederik Becker ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Leibniz Universität Hannover tätig.

6 Die Beiträge von *Knopp* und *von Coelln* werden in einer der nächsten Ausgaben der Zeitschrift für deutsches und europäi-

ches Wissenschaftsrecht (WissR) veröffentlicht.

Peter Rieß

*Belegverbindung**

Unter Belegverbindung verstehen wir die Art, wie eine bestimmte Textpassage mit einem dazugehörigen Beleg in der Fußnote verbunden wird. Entsprechendes gilt bei der Verwendung von Fußnotenfußnoten in bezug auf den Text der Oberfußnote.

Nicht selten fehlt jede explizite Belegverbindung, etwa wenn bei einem wörtlichen Textzitat die Fußnote nur den Autorennamen oder die Fundstelle enthält oder wenn bei einer Textaussage unverbunden Belege folgen. Solche scheinbar unverbundenen Belege besagen in der Regel, dass die Belegstelle den Text stützt.⁵⁹ Es wäre falsch, hier vom Fehlen einer Belegverbindung zu sprechen, richtigerweise handelt es sich um eine stillschweigende (implizite) Belegverbindung. Dem steht die einfache ausdrückliche Belegverbindung gegenüber, die meist in der Form „vergleiche“⁶⁰ auftritt. Wenn einschränkende, ergänzende oder kommentierende Zusätze hinzutreten, läßt sich von komplexen Belegverbindungen sprechen. Sie treten in vielfältiger Form auf⁶¹, zeigen aber dennoch einen Mangel an Phantasie, weil ihnen meist der Überraschungseffekt fehlt.

Es sollte deshalb ernsthaft erwogen werden, neue Formen solcher komplexen Belegverbindungen zu entwickeln, was zugleich die Zahl der Fußnoten vermehren und ihren Umfang vergrößern könnte. So könnte mit der Belegverbindung „vgl. auch, wenn auch nicht einschlägig, so doch nützlich (spannend, erbaulich) zu lesen“ auf fachfremde Literatur hingewiesen werden. Ernsthaft erwogen werden sollte auch die Belegverbindung „vgl. dazu nicht“ mit den beiden alternativ zu verwendenden Zusätzen „obwohl einschlägig, weil nicht lesenswert“⁶³ oder „weil nicht einschlägig und auch sonst langweilig“. Das hätte den großen Vorteil, daß sich umfangreiche Fußnoten ohne großen Arbeitsaufwand erstellen ließen, denn jedermann kennt ohne Zweifel viele nicht einschlägige und zugleich langweilige Publikationen.

Peter Rieß, Ministerialdirektor beim Bundesministerium der Justiz a.D., Honorarprofessor an der juristischen Fakultät der Universität Göttingen.

* Aus „Vorstudien zu einer Theorie der Fußnoten“ von Peter Rieß (vom Verlag Walter de Gruyter „den Autoren und Freunden unseres Hauses zum Jahreswechsel 1983/1984“), S. 20 f.

59 Zur Anwendung der ausdrücklichen Belegverbindung „vgl.“ bestimmen etwa die (unveröffentlichten) Richtlinien eines bekannten Großkommentars: „Vor dem Zitat stehen regelmäßig keine Hinweise wie „siehe“, „vgl.“, etc. Der Hinweis „vgl.“ ist nur zu verwenden, wenn ein folgendes Zitat die referierte Meinung

nicht unmittelbar belegt, aber zum Vergleich dienlich ist.“

60 Abgekürzt „vergl.“ oder „vgl.“, gleichbedeutend auch „siehe“ oder „s.“.

61 Beispiele: „vgl. zum Ganzen (m. weit. Nachw.)“, „vgl. auch“ (regelmäßig in dem Sinne, „obwohl nicht unmittelbar einschlägig“), „vgl. zur histor. Entw.“.

63 Eine solche Belegverbindung enthält zugleich Elemente einer bewertenden Belegverbindung.

