

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2017

## Aufsätze

- Michael Fehling* Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? – Anmerkungen zum Urteil des VerfGH BW vom 14. November 2016  
**63-74**
- Georg Sandberger* Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens Open Access und Wissenschaftsschranke Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts **75-96**
- Max-Emanuel Geis* Hochschul-Selbstverwaltung – Ein Impulsreferat **97-100**
- Manfred Löwisch / Susanne Lutz* Führung ausländischer Ehrendoktorgrade in Deutschland **101-106**
- Manfred Novak* Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht im Lichte der Wissenschaftsfreiheit **107-120**
- Louisa Specht* „Bezahlen mit Daten“ – mögliche Auswirkungen des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte auf das nationale Vertrags- und Datenschutzrecht **121-128**

## Buchvorstellungen

- Ulf Pallme König* Besprechung der 3. Auflage des von Hartmer/Detmer herausgegebenen Handbuchs für Hochschulrecht **129-132**
- Patricia Wendel* Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des Öffentlichen Rechts **133-138**

**Information**

*Andreas Schubert* Die Novelle zum Arzneimittelgesetz –  
Neue Rahmenbedingungen für die  
Arzneimittelforschung **139-148**

**Ausgegraben**

*C. F. Koch* Die Schulden der Studierenden nach der  
Kommentierung zum Allgemeinen  
Preußischen Landrecht **149-150**

## *Manfred Löwisch wird 80 Jahre alt*

*Manfred Löwisch* vollendet am 8. März 2017 sein 80. Lebensjahr. Bereits 1961 promovierte *Manfred Löwisch* zu dem Thema *Die Stellung der Produzentenhändler im Wettbewerbsbeschränkungsrecht*. Von 1963-1964 war er zunächst als Richter in Stuttgart tätig und wechselte anschließend als wissenschaftlicher Assistent an die Universität Hamburg, wo er sich 1969 mit einer Schrift zum Deliktschutz relativer Rechte habilitierte. Seit 1969 ist *Manfred Löwisch* ordentlicher Professor an der *Albert-Ludwigs-Universität* Freiburg, deren Rektor er von 1991 bis 1995 war. Von 1980 bis 1989 war er zudem Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe. Im Jahr 1991 wurde ihm die Ehrendoktorwürde der *Ritsumeikan-Universität* in Kyoto verliehen. Seit seiner Emeritierung im Jahr 2005 ist *Manfred Löwisch* als Rechtsanwalt (of Counsel) und als Leiter der *Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht* an der *Albert-Ludwigs-Universität* Freiburg tätig. Im Jahr 2013 wurde auf seine Initiative der Verein *Zeitschrift für Ordnung der Wissenschaft* gegründet. *Manfred Löwisch* ist seitdem Herausgeber und Mitglied der Schriftleitung von *OdW*.

Schriftleitung, Herausgeber und Redaktion gratulieren *Manfred Löwisch* von Herzen zum Geburtstag, danken ihrem spiritus rector für seinen großartigen Einsatz für die „*Ordnung der Wissenschaft*“ und sprechen mit einem ad multos annos alle guten Wünsche für die Zukunft aus.

# Michael Fehling

## *Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden- Württemberg? – Anmerkungen zum Urteil des VerfGH BW vom 14. November 2016\**

### I. Einführung

Auf die Verfassungsbeschwerde eines Hochschullehrers hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg (VerfGH BW) zentrale Regelungen im dortigen Landeshochschulgesetz (LHG BW) über die Kompetenzen von Rektorat, Hochschulrat und Senat für verfassungswidrig erklärt:

„Eine Gesamtabwägung der Befugnisse des Rektorats und des Senats [lässt] ein starkes kompetenzrechtliches Übergewicht des Rektorats erkennen, das ohne ausgleichende Kurations- und Abberufungsbefugnisse der gewählten Vertreter der Hochschullehrer im Senat zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit [führt]“<sup>1</sup>

Dieses Diktum ist umso bemerkenswerter, als es sich auf eine Gesetzesnovelle von 2014 bezieht, mit der die damalige grün-rote Mehrheit in Stuttgart die Kompetenzen des Senats zu Lasten vor allem des Hochschulrates gerade etwas erweitert hatte.<sup>2</sup> Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs ging diese Erhöhung des Partizipationsniveaus<sup>3</sup> gegenüber der konservativ-liberalen Vorgängerversion jedenfalls für die Hochschullehrer noch nicht weit genug.

Am Anfang der materiell-rechtlichen Ausführungen steht ein recht knapp gehaltener Maßstäbeteil,<sup>4</sup> bei dem

wie im gesamten Urteil der hinreichende Einfluss der Hochschullehrer auf die wissenschaftsrelevanten Entscheidungen ganz im Vordergrund steht, andere (Partizipations-)Aspekte sogar vollständig in den Hintergrund drängend. Im Anschluss setzt sich der Verfassungsgerichtshof detailliert mit den einzelnen Kompetenzen des Rektorats und den jeweils korrespondierenden Rechten des Senats und dabei wiederum zentral der dortigen Hochschullehrergruppe auseinander.<sup>5</sup> Den „erheblichen wissenschaftsrelevanten Befugnissen des Rektorats [stünden] keine hinreichenden prozeduralen – gemeint: prozeduralen – „Mitwirkungs- oder Sachentscheidungs-befugnisse des Senats gegenüber.“<sup>6</sup> Auch die kollegiale Zusammensetzung des Rektorats könne die Wissenschaftsadäquanz seiner Entscheidungen nicht hinreichend schützen.<sup>7</sup> Diese Einzelanalyse bereitet eine Würdigung des Gesamtgefüges der Kompetenzverteilung vor, in die das Gericht auch die Zuständigkeiten des Hochschulrats mit einbezieht<sup>8</sup> und einen sehr knappen Seitenblick auf die dezentrale (Fakultäts-)Ebene wirft.<sup>9</sup> Da insoweit noch kein hinreichendes Niveau der Partizipation für die Wissenschaftler und im Besonderen die Hochschullehrer erreicht werde, komme es entscheidend darauf an, ob die starke Stellung des Rektorats durch hinreichende Kurations- und Abberufungsrechte des Senats und der dort vertretenen Hochschullehrer kompensiert wird, was der Verfassungsgerichtshof jedoch verneint.<sup>10</sup>

\* Für wertvolle Hinweise und Recherche zur Organisationspsychologie danke ich meiner studentischen Hilfskraft *Johannes Brinkschmidt*, bei den Nachweisen außerdem meinem wiss. Mit. *Nico Schröter* und meiner studentischen Hilfskraft *Philine Duwe*.

1 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 163; auch abrufbar auf der Homepage des Gerichts ([https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114\\_1VB16-15\\_Urteil.pdf](https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114_1VB16-15_Urteil.pdf)) sowie unter BeckRS 2016, 54632 (mit anderer Randnummernzählung).

2 Begründung des Gesetzentwurf der Landesregierung für ein drittes Gesetz zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften (Drittes Hochschulrechtsänderungsgesetz – 3. HRÄG), LT-Drs. BW 15/4684 S. 188 (Zu § 19, Zu Absatz 1, Zu Satz 2, Zu Nummer 3); *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, S. 1.

3 Zu diesem Maßstab BVerfG, Beschluss v. 20.7.2010, 1 BvR 749/06, E 127, 87, 117; zurückgehend auf *Fehling*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, *Die Verwaltung* 35 (2002), S. 399, 403 f.; siehe auch *Bumke*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), S. 407, 444 f.

4 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 83-92.

5 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 93-125.

6 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 126, im Einzelnen sodann Rn. 127-135.

7 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 136, im Einzelnen sodann Rn. 137-140.

8 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 141-152.

9 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 153.

10 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 154-162.

Obwohl formal das Landesverfassungsrecht den Maßstab bildete und die Bindungswirkung auf Baden-Württemberg begrenzt bleibt, ist die Argumentation des Gerichts doch bundesweit von Interesse. Denn Art. 2 Abs. 1 LV BW inkorporiert die Bundesgrundrechte einschließlich Art 5 Abs. 3 GG; jedenfalls rhetorisch hat sich das Landesverfassungsgericht denn auch die abstrakten Maßstäbe des BVerfG explizit zu Eigen gemacht.<sup>11</sup> Bei näherem Hinsehen wird sich allerdings zeigen, dass der VerfGH BW an entscheidenden Stellen die Akzente doch etwas anders setzt, als dies das BVerfG besonders in seinen jüngeren Leitentscheidungen zum Hamburger Hochschulgesetz<sup>12</sup> und zur Medizinischen Hochschule Hannover<sup>13</sup> getan hat.

In manchen Details legt das Urteil durchaus überzeugend dar, dass die Kompetenzen des Senats immer noch problematisch gering bleiben, doch leidet schon die Einzelanalyse in zentralen Punkten an methodischen Defiziten (sogleich II.). Darüber hinaus verdient die Entscheidung insgesamt sowohl bei einigen verfassungsdogmatischen Eckpunkten (III.) als auch aus übergreifender Perspektive (IV.) Kritik. Als Konsequenz des Urteils muss der Landesgesetzgeber bei den Kompetenzen des Senats und dem Einfluss der dort vertretenen Hochschullehrer nun nachbessern, behält dafür aber verschiedene Optionen (V.).

## II. Zu einzelnen Kompetenzen

### 1. Überzeugende Analyse einzelner Kompetenzdefizite des Senats

In zwei Punkten legt das Urteil überzeugend dar, dass hier, isoliert betrachtet, der Senat keinen hinreichenden Einfluss besitzt. Nachvollziehbar erscheint ferner die Skepsis, ob die kollegiale Struktur des Rektorats wirklich Partizipationsdefizite des Senats kompensieren kann,<sup>14</sup>

denn dafür bleibt die Mitgliederzahl des Rektorats wohl regelmäßig – trotz Möglichkeit der personellen Aufstockung mittels Bestimmung in der Grundordnung (§ 16 Abs. 1 Satz 3 LHG)<sup>15</sup> – zu schmal.<sup>16</sup>

### a) Haushaltsaufstellung und finanzwirksame Zielvereinbarungen

Bei der Aufstellung des Entwurfs des Haushaltsvoranschlags bzw. des Wirtschaftsplans sowie bei finanzierungsrelevanten Zielvereinbarungen und Hochschulverträgen besitzt der Senat nur ein formal sehr schwaches Recht zur Stellungnahme (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bzw. 5 LHG BW), obwohl Finanzierungs- und insbesondere Finanzverteilungsfragen als in hohem Maße wissenschaftsrelevant anerkannt sind.<sup>17</sup>

Verfassungsrechtlich sind sie im Kooperationsbereich von Staat und Hochschule angesiedelt.<sup>18</sup> Auf der einen Seite rechtfertigt die demokratische Budgetverantwortung hier einen hohen Staatseinfluss: Früher mittels direkter Steuerung über den Haushalt des Landes nebst Fachaufsicht und heute im Paradigma des Neuen Steuerungsmodells bei Globalhaushalten der Hochschule (vgl. § 13 Abs. 3 LHG BW) in erster Linie mittels Ziel- und Leistungsvereinbarungen sowie durch die Staatsvertreter im Hochschulrat.<sup>19</sup> Auf der anderen Seite bedarf es aber auch substantieller Mitwirkungsrechte der Wissenschaftler, um strukturelle Gefährdungen ihrer Freiheit durch den „goldenen Zügel“ auszuschließen.<sup>20</sup> Tendenziell muss der staatliche Einfluss umso größer sein, je mehr es um das Finanzierungsvolumen als solches und um grundlegende Hochschulstrukturfragen geht; dagegen muss der Einfluss der Wissenschaftler auf finanzwirksame Entscheidungen in dem Maße wachsen, in dem die konkrete wissenschaftliche Betätigung des einzelnen Wissenschaftlers betroffen ist.

11 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 82, wonach „[d]ie Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum hochschulorganisatorischen Bedeutungsgehalt der Wissenschaftsfreiheit vom Verfassungsgerichtshof bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung übernommen [wurden]“; allerdings klingt eine gewisse Relativierung in der folgenden Formulierung an, die in Art. 20 LV garantierte Wissenschaftsfreiheit sei „im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG auszulegen“.

12 BVerfGE 127, 87 ff.

13 BVerfG, Beschluss v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07, E 136, 338 ff.

14 So allgemein auch *Groß*, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, DÖV 2016, S. 449, 451.

15 Darauf für seine Gegenauffassung hinweisend *Württemberg* (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 7 f.; vgl. allgemeiner auch *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 449 f.

16 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 136 f.

17 Besonders deutlich BVerfGE 136, 338, Rn. 71, darauf nimmt

VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 92 ausdrücklich Bezug; aber auch schon BVerfGE 127, 87, 124; BVerfG, Urteil v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71 u. 325/72, E 35, 79, 123. Weniger klar BayVerfGH, Entscheidung v. 7.5.2008, VfVII-06, NVwZ 2009, S. 177, 179.

18 Statt vieler *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg. März 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 228, 236, 237; *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 75; *Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), S. 274, 283.

19 Zu diesem Wandel zusammenfassend *Fehling*, Hochschule, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn. 47, 60 ff., 82; eingehend *Sieweke*, Managementstrukturen und outputorientierte Finanzierungsstrukturen im Hochschulbereich, 2010, S. 24 ff.; *Krausnick* (Fn. 15), insb. S. 70 ff. u. 458 ff.

20 Statt vieler *Fehling* (Fn. 3), Die Verwaltung 35 (2002), S. 399, 418; vgl. auch *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 553.

Vor diesem Hintergrund erscheint die bloße Befugnis zur Stellungnahme, isoliert betrachtet,<sup>21</sup> sehr wenig. Die Mitwirkung von Hochschulvertretern im Hochschulrat, der den Entwurf des Haushalts- bzw. Wirtschaftsplans beschließt (§ 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 LHG BW) und den vom Rektorat mit dem Ministerium abgeschlossenen Zielvereinbarungen und Hochschulverträgen zustimmt (§ 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 LHG BW), vermag die schwache Stellung des Senats nur in geringem Maße zu kompensieren, weil die Hochschuleseite und erst recht die Hochschullehrer dort nur in einer Minderheit durch interne (Senats-)Mitglieder vertreten sind (vgl. § 20 Abs. 5 LHG BW).

Allerdings hat dies nicht automatisch die Verfassungswidrigkeit zur Folge. Vielmehr müssen, wie auch das Urteil betont, die Einwirkungsmöglichkeiten des Senats im Gesamtgefüge bewertet werden. Dies führt insbesondere zu der unten (2.) näher zu betrachtenden Frage nach der Steuerungskraft der Struktur- und Entwicklungsplanung.

#### b) Möglichkeit der Abwahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder

In der Logik des neuen Steuerungsmodells lassen sich verminderte eigene Entscheidungskompetenzen der Kollegialorgane in gewissem Umfang durch vermehrte Kontrollrechte kompensieren.<sup>22</sup> Mit Blick auf das Partizipationsniveau, das – in Parallele zum Legitimationsniveau – nur in einer Gesamtbetrachtung ermittelt werden kann, ist dies durchaus konsequent. Allerdings bleiben Kontrollrechte,

vor allem indirekt über Personalentscheidungen, in ihrer Steuerungskraft und -genauigkeit typischerweise hinter (Sach-)Entscheidungsbefugnissen zurück, so dass keine Verrechnung 1:1 erfolgen darf.

Die indirekte Kontrolle des Rektorats durch die Möglichkeit der Abwahl erachtet der Verfassungsgerichtshof schon deshalb als unzureichend, weil die Hochschullehrergruppe im Senat auch bei Einbeziehung der Dekane (dazu unten III.) die erforderliche 2/3-Mehrheit (§ 18 Abs. 5 Satz 4 LHG BW) allein nicht erreichen kann, sondern dafür auf Allianzen mit Vertretern anderer Gruppen angewiesen ist.<sup>23</sup> Diese Sichtweise kann sich auf einige – freilich keineswegs klare – Andeutungen in der Rechtsprechung des BVerfG<sup>24</sup> und Stellungnahmen im Schrifttum<sup>25</sup> stützen. Doch betrifft die Abwahl der Hochschulleitung nicht derart unmittelbar – sondern nur höchst mittelbar<sup>26</sup> – Fragen von Forschung und Lehre, als dass dafür im Senat unter allen Umständen die Stimmen der Hochschullehrer allein ausreichen müssten.<sup>27</sup>

Zu Recht moniert das Gericht jedoch, dass das Gesetz weitere hohe Hürden für die Abwahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds errichtet, die auch im Rechtsvergleich der Bundesländer einzigartig sind.<sup>28</sup> Eine Abwahl kann nur im Zusammenwirken von Senat, Hochschulrat und Wissenschaftsministerium erfolgen (§ 18 Abs. 5 Satz 1 LHG BW). Selbstverständlich ist eine direkte oder indirekte Mitwirkung des Staates an der Abberufung wie auch der Bestellung eines Mitglieds der Hochschulleitung verfassungsrechtlich un-

21 Beiläufig statuiert, wohl als gebotene verfassungskonforme Handhabung gemeint, allerdings *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, § 19 Rn. 3 a.E., der Hochschulrat dürfe sich bei Entscheidungen, die „den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit betreffen, zu denen [...] Grundsätze der Mittelverwendung zählen, [...] nicht über begründete Einwände des Senats hinwegsetzen“.

22 Anerkannt seit BVerfG, Beschluss v. 26.10.2004, 1 BvR 911, 927, 928/00, E 111, 333, 356; besonders deutlich BVerfGE 136, 338, Rn. 60; vgl. schon *Fehling* (Fn. 3), *Die Verwaltung* 35 (2002), S. 399, 418.

23 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 161.

24 BVerfGE 127, 87, 130 f., dort freilich auf die wissenschaftsnähere Fakultätsebene (Abwahl des Dekans) bezogen, in BVerfGE 136, 338, Rn. 95 ist insoweit nicht mehr von Hochschullehrern, sondern allgemeiner von „Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen“ die Rede. Siehe dazu auch unten III. 1. mit Fn. 45-49.

25 Konkret auf das 2/3-Quorum im LHG BW bezogen *Württenberger* (Fn. 2), *OdW* 2016, S. 1, 15; vgl. auch *ders./Krohn*, Abwahl des Rektors einer Hochschule – Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016, *OdW* 2016, S. 203, 204 f.

26 BVerfGE 111, 333, 363 („jedenfalls mittelbar“); zustimmend *Kahl*, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung, *AöR* 130 (2005), S. 225, 257 f.

27 Die Verfassungsrechtsprechung hatte einen besonderen Wissenschaftsbezug der Rektorwahl zunächst verneint (BVerfGE 35, 79, 141, zur Zuständigkeit des Konzils für die Rektorwahl 87), ist dann angesichts des Ausbaus der Befugnisse der Hochschul-

leitung allerdings vorsichtiger geworden (BVerfG, Beschluss v. 20.10.1982, 1 BvR 1470/80, E 61, 260, 283 bzw. 285), hat aber sogar noch im Kammerbeschluss zum schleswig-holsteinischen Hochschulgesetz (BVerfG, Beschluss v. 7.5.2001, 2 BvR 2206/00, DVBl. 2001, 1137, 1138 f.) festgestellt: „Hinsichtlich der Rektorswahl ergibt sich ein weitgehender Einfluss der Gruppe der Hochschullehrer im Konsistorium bereits daraus, dass die Mitglieder des Rektorats sämtlich auf Vorschlag des Senats gewählt werden [...]. Hierdurch können die Hochschullehrer sicherstellen, dass nur Personen vorgeschlagen werden, welche die für das Amt aus der Sicht der Hochschullehrer erforderliche Qualifikation aufweisen. Die Wissenschaftsfreiheit verlangt nicht, dass die Hochschullehrer auch bei der weiteren Auswahl im Konsistorium entscheidenden Einfluss haben; die weitere Auswahl muss sich nicht allein an wissenschaftsrelevanten Qualifikationsunterschieden orientieren. Der Einfluss der Gruppe der Hochschullehrer im Senat auf die Bildung des Senatsvorschlages ist auch ausreichend. Zwar haben die Hochschullehrer aufgrund der für die meisten Rektoratsmitglieder erforderlichen Zweidrittelmehrheit lediglich eine Sperrminorität. Dadurch entsteht in der Tat ein Druck zur Verständigung mit anderen Senatsmitgliedern.“ In den jüngeren Entscheidungen (vgl. vorige Fn.) findet sich keine derart ausführliche Erörterung der Problematik mehr.

28 Dargelegt von *Württemberg/Krohn* (Fn. 25), *OdW* 2016, S. 203 f. Demgegenüber begrüßt *Sandberger* (Fn. 21), *Einl. Rn. 14 u. § 19 Rn. 2*, die Neuregelung zur Wahl und zur Abwahl der Hochschulleitung als eine Stärkung des Senats.

bedenklich,<sup>29</sup> weil die Hochschulleitung nicht allein Selbstverwaltungsaufgaben zum Gegenstand hat.<sup>30</sup> Doch begnügen sich alle anderen Bundesländer mit der Beteiligung höchstens eines weiteren Gremiums (typischerweise des auch mit Staatsvertretern besetzten Hochschulrats) an der Abwahl. Die zusätzliche Beteiligung einer dritten Stelle schon am Abwahlverfahren marginalisiert in einer Gesamtwürdigung die Einwirkungsmöglichkeiten der Hochschullehrer noch einmal zusätzlich.

Auch diese Regelung darf indes nicht in isolierter Betrachtung vorschnell als verfassungswidrig gebrandmarkt werden. Auch sie muss im Gesamtgefüge der Machtverteilung zwischen Senat und Hochschulleitung gewürdigt werden. Je geringer die Mitwirkungsbefugnisse des Senats bei Einzelentscheidungen sind, umso mehr muss kompensatorisch seine Rolle bei Kreation und Abwahl der Rektoratsmitglieder gestärkt werden, damit in der Summe ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Hochschulmitglieder und besonders der Hochschullehrer erreicht wird.

## 2. Methodische Defizite besonders bei Würdigung der Struktur- und Entwicklungsplanung: Wortlautfixierung und Entkontextualisierung

Bei der Einzelanalyse der Kompetenzverteilung bleibt das Gericht ganz auf den Gesetzeswortlaut fixiert. Damit lässt es zum einen traditionelle akademische Bräuche in der Verfahrensweise von Hochschulgremien und -organen bei der Interpretation entgegen dem Plädoyer von Würtenberger<sup>31</sup> außer Betracht. Dies erscheint indes dadurch gerechtfertigt, dass sich solche konsentierten Usancen wohl allenfalls in den traditionellen Universitäten nachweisen lassen und bei der heutigen Heterogenität des Hochschulsektors<sup>32</sup> auch in Baden-Württemberg nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig erscheinen. Zum anderen vernachlässigt die Entscheidung in

ihrer Wortlaut- und Begriffsfixierung an wichtigen Stellen den teleologischen Kontext. Einzelne Steuerungsinstrumente müssen in ihrer Bedeutung für das gesamte Steuerungsmodell gewürdigt und entsprechend ausgelegt werden.

Dies zeigt sich besonders bei der Analyse der Steuerungsmöglichkeiten, die der Senat im Rahmen der Struktur- und Entwicklungsplanung besitzt. Das Gericht sieht sehr wohl, dass der Senat insoweit wegen des neu eingeführten<sup>33</sup> Erfordernisses seiner Zustimmung (§ 19 Abs. 1 Nr. 3 LHG BW) über eine „Veto-Position [verfügt], die ihn zwar nicht befähigt, selbst Änderungen zu beschließen, die ihm jedoch gleichwohl einen Einfluss auf einzelne Inhalte der Rektoratsvorlage geben kann“.<sup>34</sup> Erwähnung findet dabei auch der von den Fakultäten ausgehende „bottom-up-Prozess“, wobei die dortige Planung der Zustimmung des Fakultätsrats bedarf (§ 25 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LHG BW). Diese zweifache Mitwirkung der Wissenschaftler soll jedoch nicht ausreichen, um „die wesentliche Tätigkeit des Rektorats zu steuern“, weil der Verfassungsgerichtshof von einer sehr geringen Verbindlichkeit der Planung ausgeht. Allein auf den Gesetzeswortlaut „Festlegungen“ fixiert hält das Gericht den Struktur- und Entwicklungsplan gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 LHG BW nur für die Verwendung der künftig frei werdenden Professorenstellen für „relativ verbindlich“. Im Übrigen habe die Planung, von einigen Verfahrenserleichterungen bei deren Umsetzung abgesehen, nur eine „sehr theoretische Bindungswirkung“, zumal „Sanktionen für eine Abweichung [...] nicht vorgesehen“ seien.<sup>35</sup>

Dies wird der Bedeutung der Struktur- und Entwicklungsplanung im gesetzlichen Steuerungskonzept in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht: Erstens sind Planungen auch unterhalb vollumfänglicher strikter Bindungen prozedurale Berücksichtigungspflichten immanent; sie schaffen bei der Konkretisierung mindestens Darle-

29 Deutlich BVerfGE 136, 338, Rn. 60: „Aus der Wissenschaftsfreiheit ergibt sich dabei zwar kein Recht, die Personen zur Leitung einer wissenschaftlichen Einrichtung ausschließlich selbst zu bestimmen (vgl. BVerfGE 111, 333 [365]). Doch ist das Recht eines plural zusammengesetzten Vertretungsorgans zur Bestellung und auch zu Abberufung von Leitungspersonen ein zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der wissenschaftlich Tätigen auf die Organisation. Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen (vgl. BVerfGE 127, 87 [130 f.]).“ Diese Differenzierungen vernachlässigt VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 161 in der Formulierung, „die in ein Selbstverwaltungsorgan gewählten Vertreter der Hochschullehrer [müssen sich] von einem mit starken wissenschaftsrelevanten Befugnissen ausgestatteten Leitungsorgan, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, [...] ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organs oder des Staats angewiesen zu sein“.

30 Würtenberger (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 15; Fehling, in: BK-GG (Fn. 18), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 213.

31 Würtenberger (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 6 (dort zur Meinungsbildung im Fakultätsrat nach Unterrichtung durch den Dekan) u. S. 10 (dort zum Charakter der Zustimmung des Senats zu planerischen Vorlagen der Hochschulleitung).

32 Überblick zur Ausdifferenzierung bei Epping, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 2 Rn. 4 ff.

33 LT-Drs. BW 15/4684 S. 188 (Zu § 19, Zu Absatz 1, Zu Satz 2, Zu Nummer 3).

34 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 100.

35 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 98-99; insoweit in Anlehnung an Haug, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum LHG BW, Stand: 1.11.2016, § 19 LHG Rn. 7.

gungs- und Begründungslasten.<sup>36</sup> Verstöße dagegen können auch ohne gesetzliche Sanktionsregelungen die entsprechenden Entscheidungen rechtswidrig machen. Im Übrigen sind Rektorat und Senat auf eine dauerhaft funktionierende Zusammenarbeit angewiesen; das Rektorat wird daher unabhängig von der Androhung förmlicher Sanktionen schon aus Eigeninteresse typischerweise – von bereits gänzlich zerrütteten Verhältnissen abgesehen – keinen derart schweren Vertrauensbruch wagen, wie er im Negieren der gemeinsam beschlossenen Struktur- und Entwicklungsplanung läge. Zweitens entfaltet ein Struktur- und Entwicklungsplan über die darin konkret geregelten Gegenstände hinaus (finanzielle) Folgewirkungen, welche die Bindungen der Planung verstärken. Konkret ziehen vor allem die „Festlegungen“ zur künftigen Verwendung freierwerdender Professorenstellen finanzielle Verpflichtungen zur (Mindest-)Ausstattung nach sich, die bis in die bauliche Entwicklung hinein reichen können. Drittens schließlich muss, wie Würtenberger überzeugend dargelegt hat,<sup>37</sup> der Struktur- und Entwicklungsplan seinem Sinn und Zweck entsprechend als Herzstück der strategischen Hochschulsteuerung verstanden werden. Damit er diesem Anspruch genügen kann, ist auch seine Bindungswirkung teleologisch tendenziell weit auszulegen. Ergänzt durch Zielvereinbarungen und Hochschulverträge (bei denen die Zielsetzungen aus den Struktur- und Entwicklungsplänen zu beachten sind, § 13 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 2 LHG<sup>38</sup>), bildet diese Planung im neuen Steuerungsmodell das zentrale Instrument, um die übergeordneten (Landes- und Hochschul-) Interessen sowie die Bedürfnisse der einzelnen Fächer und Einrichtungen wissenschaftsadäquat auszugleichen.<sup>39</sup> Auf diese zentrale strategische Bedeutung deutet nicht zuletzt auch die Stellung von § 7 LHG BW bei den allgemeinen Vorschriften hin.

Da die Wissenschaftler sowohl auf Fakultäts- als auch auf zentraler Ebene in die Planung eingebunden sind, hätte dies bei der Gesamtwürdigung des Partizipationsniveaus zentrale Bedeutung gewinnen müssen.

### III. Einseitige Ausrichtung auf Legitimation der Senatstätigkeit durch verkürzt verstandene Hochschullehrerepräsentation

#### 1. Verzerrte Rezeption der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bei der Ermittlung des Partizipationsniveaus im LHG BW legt der Verfassungsgerichtshof in zweifacher Hinsicht einen verengten Blickwinkel zugrunde.

Erstens berücksichtigt das Gericht ausschließlich die Gruppe der Hochschullehrer. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter werden nur einmal ganz am Rande als Träger der Wissenschaftsfreiheit genannt,<sup>40</sup> ohne dass daraus irgendwelche Folgerungen gezogen würden. Die Studierenden finden gar keine Erwähnung. Diese Hochschullehrerfixierung wird durch das BVerfG nur insoweit gestützt, als in ständiger Rechtsprechung<sup>41</sup> für Entscheidungen, die unmittelbar die Forschung betreffen, ein ausschlaggebender (Mehrheit) und für Entscheidungen, welche unmittelbar die Lehre tangieren, ein maßgeblicher Einfluss (mindestens Veto-Position) der Vertreter der Hochschullehrer in den gruppenmäßig zusammengesetzten Kollegialorganen gefordert wird.<sup>42</sup> Daraus darf jedoch nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, die Vertreter der anderen Gruppen könnten zur Sicherung des notwendigen Partizipationsniveaus (fast) nichts beitragen. Dies stünde im Widerspruch zu der immer wieder bekräftigten Feststellung, das Organisationsprinzip der Gruppenuniversität und damit die Abkehr von der Ordinarienuniversität sei verfassungsgemäß.<sup>43</sup> Eine Gruppenrepräsentation, in der der Vertretung anderer Gruppen außer den Hochschullehrern – d.h. bei forschungsbezogenen Entscheidungen der wissenschaftlichen Mitarbeiter, bei die Lehre betreffenden Entscheidungen auch der Studierenden – keine legitimatorische Bedeutung beigemessen wird, wäre ein Widerspruch in sich.<sup>44</sup> Dementsprechend hat das BVerfG im Hamburger Hochschulurteil beim „hinreichende[n] Niveau der Partizipation“ auch allgemein auf „die Träger der Wissen-

36 Zur gesteigerten Begründungslast bei Abweichungen im Vollzug insbesondere Würtenberger, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 636; Coing, Begriff und Institut des Plans, in: Kaiser (Hrsg.), Planung, Band 2, 1966, S. 222; speziell zur Forschungsplanung der Hochschulen Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 506.

37 Hierzu und zum Folgenden eingehend Würtenberger (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 8 f.

38 Dies erwähnt auch VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 87, hält dies jedoch, erneut unter Ausblendung des Kontextes, für zu „unklar“ und für einen „schwachen inhaltlichen Einfluss“.

39 So schon zur Gesetzesnovelle von 1999 LT-Drs. BW 12/4404,

S. 244 (zu Nummer 37 - § 36); aufgegriffen und betont von Sandberger, LHG BW (Fn. 21), § 7 Rn. 2.

40 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 86. Dies war schon in BVerfGE 35, 79, 125 als „keiner näheren Begründung [bedürftig]“ anerkannt worden.

41 Beginnend mit dem ersten Hochschulurteil BVerfGE 35, 79, 130 ff.

42 Aufgegriffen in VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 87.

43 Erneut grundlegend BVerfGE 35, 79, 125 ff.

44 Vgl. Groß (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 554: Wenn man allein auf die Hochschullehrerinnen und -lehrer abstellt, „blitzt wieder die alte Ordinarienuniversität auf“.



schaftsfreiheit“ bzw. die „in der Wissenschaft Tätigen“ abgestellt.<sup>45</sup> Ähnlich ist im Beschluss zur Medizinischen Hochschule Hannover von der Mitwirkung der „Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen“<sup>46</sup> und eben nicht allein der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen die Rede. Allein zur Abwahl des Dekans stellt das Hamburger Hochschulurteil ergänzend darauf ab, dass die erforderliche  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für den Vorschlag auf Abberufung des Dekans „von den im Fakultätsrat vertretenen Hochschullehrern allein nicht erreicht werden kann und deshalb zur Einigung mit anderen im Fakultätsrat vertretenen Gruppen zwingt“.<sup>47</sup> Dies verwendet jedoch das BVerfG dort nur als einen Wertungsgesichtspunkt unter mehreren, denn ergänzend wird sogleich die fehlende Bindungswirkung des Abberufungsverlangens hervorgehoben. Schon zuvor war im Brandenburger Hochschulgesetz ein  $\frac{2}{3}$ -Abberufungsquorum unbeanstandet geblieben,<sup>48</sup> obwohl auch dort die Hochschullehrergruppe allein nicht über eine solch qualifizierte Mehrheit verfügte. In der bislang letzten Entscheidung zur Medizinischen Hochschule Hannover hat das Gericht denn auch wieder allgemeiner darauf abgestellt, dass das Quorum „von den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern allein nicht erreicht werden kann“.<sup>49</sup>

Zweitens will der Verfassungsgerichtshof die Dekane im Senat nicht als Vertreter der Hochschullehrer mitzählen. Dies wird nur äußerst knapp begründet:

„Aufgrund des Repräsentationsprinzips kann in kollegialen Selbstverwaltungsgremien als Vertreter der Hoch-

schullehrer nur gewertet werden, wer von diesen mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat gewählt wurde. Mitglieder kraft Amtes sind dagegen grundsätzlich keine Vertreter der Hochschullehrer. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Amtsmittglied nicht allein von der Gruppe der Hochschullehrer bestimmt wurde und wenn seine amtliche Aufgabe jedenfalls nicht vorrangig in der Repräsentation der Hochschullehrer besteht“.<sup>50</sup>

Diese Auffassung wird im Schrifttum selten vertreten<sup>51</sup> und findet in der Judikatur des BVerfG keinerlei Vorläufer; im Gegenteil deutet insbesondere eine Kammer-Eilentscheidung in die andere Richtung.<sup>52</sup> Ein Stück weit wird dies dadurch verdeckt, dass der Verfassungsgerichtshof sogleich einen weiteren wohl unstrittigen Grundsatz hinzufügt (keine Vertretung durch Personen, die nicht Mitglieder der Hochschule sind) und diesen – aber eben nur diesen – ausführlich belegt.

## 2. Sicherung des Wissenschaftspluralismus und/oder demokratieanaloge Legitimationsstrukturen?

Letztlich geht es der Dekane-Frage um das Strukturprinzip, das hinter Gruppenuniversität einerseits und Hochschullehrereinfluss andererseits steht. Der Verfassungsgerichtshof sieht insoweit mit den Schlüsselbegriffen „Repräsentationsprinzip“ und „Repräsentationsmandat“ eine enge Verbindung zur demokratischen Repräsentation bei staatlichen Wahlen. Nur unter dieser Prämisse ist die Ausklammerung der Dekane aus der Hochschullehrergruppe aufgrund andersartiger Legitimation ihrer

45 BVerfGE 127, 87, 117; im Subsumtionsteil wird allerdings an einigen Stellen explizit auf die „Hochschullehrer“ oder „Professoren“ Bezug genommen, so bei Berufungsverfahren (S. 121 ff.) und der Abwahl des Dekans (S. 130 ff.).

46 BVerfGE 136, 338, Rn. 57, 58, 61 a.E. (allgemein) und Rn. 83, 84 (Findungskommission), Rn. 95 (Abberufung von Leitungsorganen), vgl. auch Rn. 60: „den Grundrechtsberechtigten“ (zur Kompetenzverteilung zwischen Leitungs- und Kollegialorganen); Rn. 61: „Mitwirkung der wissenschaftlich Tätigen“, sodann allerdings weniger klar „Grundrecht der medizinischen Hochschullehrer“.

47 BVerfGE 127, 87, 130 f.; aufgegriffen von VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 161.

48 BVerfGE 111, 333, 364.

49 BVerfGE 136, 338, Rn. 95. Diese unterschiedliche Wortwahl negiert der VerfGH BW, indem er sich aaO. (Fn. 47) für seine Formulierung auf beide BVerfG-Entscheidungen stützt.

50 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 88.

51 Wie der VerfGH für eine Legitimation der Senatsmitglieder ausschließlich durch direkten Wahlakt *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 496 f.; ohne Begründung gegen eine Anrechnung der Dekane auf die Hochschullehrerrepräsentation im Senat von *Coelln*, Das Binnenrecht der Hochschule, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7 Rn. 112.

52 BVerfG (Kammer), Beschluss v. 2.10.2003, 1 BvR 1504/03, WissR

37 (2004), S. 70, 72 f.: „Bei den Dekanen ist aufgrund des Wahlverfahrens sichergestellt, dass sie nicht nur ihre Fakultät vertreten, sondern auch das Vertrauen der Hochschullehrer ihrer Fakultät haben, da sie zur Wahl nicht nur eine Mehrheit im Fakultätsrat, sondern auch einer Mehrheit der dem Fakultätsrat angehörenden Hochschullehrer bedürfen.“ – An einem solchen Erfordernis der doppelten Mehrheit fehlt es allerdings in § 24 Abs. 3 LHG BW. – „Die Beschwerdeführer haben über ihre Mitwirkungsrechte in der Fakultät Gelegenheit, Einfluss auf ihren Dekan zu nehmen; auch hier überwiegt der Einfluss der Hochschullehrer den der Fakultätsmitglieder anderer Gruppen [...]. Im übrigen gilt für alle Senatoren kraft Amtes, dass sie zwar die Gruppe der Hochschullehrer nicht ausschließlich repräsentieren, jedoch, indem sie selbst Professoren sind, eine weit mehr dieser als den anderen Gruppen entsprechende Interessenlage haben“; im Wesentlichen ebenso zuvor OVG Sachsen, Beschluss v. 22.7.2003, 2 BS 176/03, juris Rn. 19 u. 22; so im Ergebnis (Anrechnung der Dekane auf die Professorenmehrheit), wengleich in der Begründung eine indirekte Repräsentation der Hochschullehrergruppe durch die Dekane durch Wahl in der Fakultät ablehnend, auch die Vorinstanz VG Dresden, Urteil v. 9.12.2002, 6 K 433/00, WissR 36 (2003), S. 156, 161. Vgl. außerdem BVerfGE 61, 260, 281, wonach die Professoreneigenschaft des Rektors zur Wissenschaftsadäquanz der Entscheidungen beitrage; daran zweifelnd allerdings *Britz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 101.

Senatsmitgliedschaft wenigstens ansatzweise folgerichtig. Und nur bei prägender Analogie zum staatlich-politischen Bereich ließe sich erwägen, die wissenschaftlichen Mitarbeiter gleichsam als „gegnerische Fraktion“ auszublenden. Das BVerfG hat demgegenüber stets einen anderen Aspekt<sup>53</sup> in den Vordergrund gestellt, nämlich die Repräsentation von Sachverstand und wissenschaftlicher Pluralität.<sup>54</sup> Dies trifft sich mit dem Leitbild der wissenschaftsadäquaten Organisationsstruktur mit Ausschluss struktureller Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit. Aus diesem Blickwinkel sind die Dekane im Senat ein Pluralitätsgewinn, denn sie repräsentieren in besonderem Maße die fachspezifisch ausdifferenzierte Sicht auf Grundsatzfragen von Forschung und Lehre.<sup>55</sup> Wissenschaftliche Mitarbeiter steuern aufgrund ihrer andersartigen Funktion im arbeitsteiligen Wissenschaftsbetrieb wiederum eine andere Perspektive bei.

Eine weitreichende Gleichsetzung der Repräsentation in der Gruppenuniversität mit staatlich-demokratischen Strukturen vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil aus diesem Blickwinkel das Gruppenmodell als vordemokratisch-ständisch gebrandmarkt werden müsste.<sup>56</sup> Der Unterschied zwischen den beiden Legitimationsmodi deutet sich auch in der Forderung nach einem hinreichenden Niveau der Partizipation an, denn Legitimation durch Partizipation wird im juristischen Diskurs regelmäßig von demokratischer Legitimation durch Wahl unterschieden.<sup>57</sup> Freilich dürfen die Gegensätze auch nicht überzeichnet werden. So ist in der Literatur zu gruppenplural zusammengesetzten Gremien

weitgehend anerkannt, dass sich die Sicherung pluralen Sachverstands und die Interessenvertretung, wie sie auch demokratischen Wahlen eigen ist, oftmals überschneiden und nicht klar trennen lassen.<sup>58</sup> Dementsprechend bringt die Gruppenuniversität auch die Interessen der unterschiedlichen Statusgruppen zum Ausdruck.<sup>59</sup> Vertreter wissenschaftlicher Mitarbeiter werden wegen ihrer arbeitsrechtlichen Abhängigkeit und ihren – typischerweise – Bedürfnissen nach wissenschaftlicher Weiterqualifikation teilweise abweichende Interessen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten artikulieren als die Professoren; Studierendenvertreter werden ihr Ausbildungsinteresse in den Vordergrund rücken. Diese Überschneidungen ändern jedoch nichts daran, dass in der Hochschulorganisation das „Bauprinzip“ des Wissenschaftspluralismus, nicht das der demokratischen Repräsentation überwiegt.

Allerdings hat das BVerfG immer wieder deutlich gemacht, dass der hinreichende Professoreinfluss in der Gruppenuniversität nur gesichert werden kann, wenn die Professorengruppe hinreichend homogen zusammengesetzt ist. Hier und nicht bei Analogien zur demokratischen Wahl entscheidet sich, ob die Dekane im Senat der Hochschullehrergruppe zugerechnet werden können oder aufgrund anderer Interessenlage getrennt einzuordnen sind. Insoweit erscheint, über die vom BVerfG zur Beurteilung der Gruppenhomogenität bislang herangezogenen Aspekte der Qualifikation und der Betroffenheit<sup>60</sup> hinaus, ein Seitenblick auf die Organisationspsychologie hilfreich. Unter dem gleichen Gesichtspunkt ist auch die Frage zu beantworten, ob die Hoch-

53 Der VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 90, bezieht sich auf *Gärditz*, Anmerkung zu BVerfG, 1. Senat, Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BvR 3217/07 – Vb gegen organisatorische Hochschulausgestaltung erfolgreich, DVBl. 2014, 1127, 1134 f., doch dieser entwickelt seine Betonung der Legitimation durch Repräsentation ausdrücklich in Kritik am BVerfG: „[Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen] erfasst das dahinter liegende Problem nur unvollständig“; überzeugend gegen *Gärditz* insoweit *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 454: „allenfalls [...] partielle Annäherung an das Organisationsmodell Parlament – Regierung“; vgl. auch *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn. 51), S. 447 ff., insb. S. 460, mit einer gegenüber seiner Urteilsanmerkung differenzierteren Analyse, die aber auch die Gemeinsamkeiten mit dem Demokratieprinzip betont.

54 Besonders deutlich zuletzt BVerfGE 136, 338, Rn. 59: Vertretungsorgane können „vor wissenschaftsgefährdenden Entscheidungen schützen, sofern sie pluralistisch zusammengesetzt sind und es so ermöglichen, die auch innerhalb der Wissenschaft bestehenden Unterschiede in der Organisation sachverständig einzubringen“, „zum funktionalen Pluralismus“ wird sodann bereits auf BVerfGE 35, 79, 126 ff. verwiesen. Vgl. auch BVerfGE 127, 87, 117: „durch ihre Vertreter in Hochschulorganen [...] ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können“. Zusammenfassend statt vieler *Britz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 94.

55 So auch *Hagmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum LHG BW (Fn. 35), § 19 Rn. 27.1., vgl. ferner Rn. 32, 33. Allgemein

zur Bedeutung disziplinären Sachverstands im Senat *Gärditz*, Anmerkung, JZ 2011, S. 314, 316; vgl. auch *ders.*, Hochschulorganisation (Fn. 51), S. 478 ff., dort allerdings ohne Bezug zur Zusammensetzung des Senats; *Britz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 102, vgl. auch Rn. 100.

56 Besonders deutlich insoweit *Thieme*, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 618, 620.

57 Siehe insoweit nur *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329, 371 ff.; für pluralistische Gremien *Schreyer*, Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, 1982, S. 113 ff.; die Gemeinsamkeiten stärker betonend *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, insb. S. 236 ff., 335 ff.; zur historischen Entwicklung des Partizipationsdiskurses *Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, S. 136 ff.

58 Für die Wissenschaft *Trute*, Die Forschung (Fn. 36), S. 319 f.; allgemeiner zusammenfassend *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 413 ff.

59 Zu den Interessengegensätzen bereits BVerfGE 35, 79, 129 f.

60 Vgl. BVerfGE 35, 79, 126 f.; BVerfG, Urteil v. 8.2.1977, 1 BvR 79/278, 282/70, E 43, 242, 268 u. 271 ff.; BVerfG, Beschluss v. 1.3.1978, 1 BvR 333/75 u. 174, 179, 191/71, E 47, 327, 388 ff.; BVerfG, Beschluss v. 11.2.1981, 1 BvR 303/78, E 56, 192, 208 ff.; BVerfGE 61, 210, 239; zusammenfassend statt vieler *Fehling*, in: BK-GG (Fn. 18), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 198 ff.; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 3 Rn. 391.

schullehrer im Hochschulrat als taugliche Repräsentanten der Hochschullehrer in die Gesamtwürdigung des Kompetenzgefüges einbezogen werden können und müssen.

### 3. Zur Rolle der Dekane und der in den Hochschulrat gewählten Hochschullehrer aus organisationspsychologischer Perspektive

Ganz allgemein lehrt uns die (Organisations-)Psychologie, dass die professionelle Problemwahrnehmung wesentlich von der beruflichen Sozialisation sowie der jeweiligen konkreten Rolle und Funktion geprägt wird. Jedermann ist in der Wahrnehmung der Wirklichkeit in beträchtlichem Umfang durch seine Umwelt und seinen Erfahrungshorizont beeinflusst und so neigt auch ein Amtsträger tendenziell dazu, Entscheidungsalternativen aus seinem fach- und aufgabenspezifischen Blickwinkel zu betrachten.<sup>61</sup>

Dabei kann es allerdings zu Rollenkonflikten kommen, die das Entscheidungsverhalten auf komplexe Weise beeinflussen. Solche Konflikte hat man unter anderem bei Dekanen eingehend untersucht.<sup>62</sup> Durch die berufliche Sozialisation als Hochschullehrer werden bestimmte Persönlichkeitsmerkmale verändert und gefestigt, Motive geformt und spezielle Einstellungen und Vorstellungen entwickelt.<sup>63</sup> Diese Effekte dauern an, auch wenn sich mit der Berufung zum Dekan die Perspektive und die Aufgaben innerhalb der Universität verändern. Wenig überraschend fühlen sich Dekane daher mehrheitlich sowohl der administrativ geprägten Hochschulleitung als auch weiterhin der Gruppe der Hochschullehrer zugehörig.<sup>64</sup>

Gewiss hat sich das Aufgabenprofil der Dekane im Zuge der Reformen ein Stück weit in Richtung Wissensschaftsmanagement verschoben. Obwohl der Dekan sein Amt mittlerweile als Hauptaufgabe wahrnimmt (§ 24 Abs. 3 Satz 5 LHG BW), bleibt er oder sie – sofern wie regelmäßig Mitglied der Fakultät und nicht von außerhalb kommend, was § 24 Abs. 3 Satz 1 LHG BW „in besonderen Fällen“ zulässt – typischerweise in zeitlich einge-

schränktem Umfang in Forschung und Lehre verwurzelt; außerdem kehren Dekane dahin nach Ende ihrer Amtszeit meist in vollem Umfang zurück. Dies spricht gegen eine weitreichende Entfremdung von der Hochschullehrerperspektive. Zwar verdanken die Dekane in Baden-Württemberg ihr Amt nicht allein der Wahl durch den Fakultätsrat, sondern zugleich einem entsprechenden Vorschlag des Rektors (§ 24 Abs. 3 Satz 1 LHG BW), so dass – gegebenenfalls auch im Hinblick auf eine eventuelle Wiederwahl – eine gegenüber sonstigen Hochschullehrern erhöhte Loyalität zum Rektor nahe liegt. Deutlich intensiver dürften die Dekane jedoch an ihre Fakultät und die dortigen Hochschullehrer rückgebunden bleiben, weil der Fakultätsrat mit Hochschullehrermehrheit die Dekanatsarbeit laufend kontrolliert.<sup>65</sup> Die enge fachliche Zusammenarbeit mit dem Rektorat macht ihre Kontrollaufgabe im Senat zwar einerseits komplexer, befähigt die Dekane andererseits aber auch zu einer effektiveren Kontrolle.

Bleiben schon die Dekane ihrer Sozialisation und ihren Abhängigkeiten gemäß im Kern Hochschullehrer, so muss dies erst recht für die im Hochschulrat vertretenen Professoren gelten. Denn der Hochschulrat tritt im Normalfall nicht allzu oft zusammen (mindestens viermal im Studienjahr, § 20 Abs. 6 Satz 7 LHG BW) und beansprucht die ihm angehörenden Hochschullehrer zeitlich weitaus weniger als das Dekanat. Dementsprechend wird durch die zusätzliche ehrenamtliche Tätigkeit im Hochschulrat typischerweise erst recht keine tiefgreifende Entfremdung von der Hochschullehrerperspektive einhergehen.

Damit wird selbstverständlich nicht in Abrede gestellt, dass die zusätzliche Funktion als Hochschulratsmitglied und besonders als Dekan ein Stück weit auch die Problemwahrnehmung und die Interessen dieser Hochschullehrer beeinflusst. Doch erscheint dieser Einfluss nicht so massiv, als dass er die Zurechnung zur Hochschullehrergruppe in Frage stellen könnte. Die geforderte Homogenität bedeutet nicht Unterschiedslosigkeit.<sup>66</sup>

61 Grundlegend *Simon*, Administrative Behavior, 4. Aufl. 2013.

62 Für einen Überblick siehe *Blümel*, Von der Hochschulverwaltung zum Hochschulmanagement: Wandel der Hochschulorganisation am Beispiel der Verwaltungsleitung, 2015, S. 54 f.

63 Dazu näher *Lempert*, in: Handbuch der Berufsbildung, 2. Aufl. 2006, S. 416 ff.

64 Empirische Untersuchung von *Wolverton/Wolverton/Gmelch*, The Impact of Role Conflict and Ambiguity on Academic Deans, Journal of Higher Education, 1999, S. 80 ff.; vgl. auch von *Richt-hofen*, Einflussmöglichkeiten der Fachbereichsleitungen auf die

Zielorientierung der Lehrenden zur Umsetzung von Studienreformen, 2004, S. 40 f.

65 Dies betont ausdrücklich auch *BVerfG (Kammer)*, WissR 37 (2004), S. 70, 72 f (wörtliches Zitat oben in Fn. 52).

66 Dass es „diese Lager“ – gemeint sind die Statusgruppen – „in Reinform jedoch allenfalls in der Theorie gibt“, betont auch *von Coelln*, in: *Hartmer/Detmer* (Fn. 51), Kap. 7 Rn. 57, verwendet dies aber als Argument gegen die Organisationsform der Gruppenuniversität.

#### IV. Problematische Verengung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Hochschulorganisation

##### 1. Hochschulorganisation im gesellschaftlich-politischen Wandel

In der Hochschulorganisation spiegeln sich politische Leitbilder. Ihr Wandel hängt eng mit den allgemeinen Veränderungen in Politik und Gesellschaft zusammen.<sup>67</sup> Die emanzipatorische Grundstimmung, wie sie im Zuge der 1968er-Protestbewegung von den Hochschulen ausgehend weite Teile der Gesellschaft erfasste, führte in den ersten Hochschulgesetzen zum Übergang von der Ordinarien- zur Gruppenuniversität. Deregulierung und Ökonomisierung und schließlich auch Internationalisierung schlugen sich seit den 1990er Jahren im neuen Leitbild der Managementuniversität nieder, in der gruppenplurale Entscheidungsprozesse zugunsten vermeintlich effizienterer unternehmensähnlicher Leitungsstrukturen zurückgedrängt wurden.<sup>68</sup> In den letzten Jahren wiederum ist im gesellschaftlich-politischen Diskurs die Kritik an neoliberalen Übersteigerungen stärker geworden. Im Hochschulrecht hat dies jedenfalls in einigen Bundesländern<sup>69</sup> wieder zu einer Stärkung der gruppenplural zusammengesetzten Kollegialorgane geführt. Allerdings markiert dies keine vollständige Rückkehr zur Gruppenuniversität der 1970er Jahre. Im Verhältnis zum Staat vertraut man weiterhin auf das flexiblere „Neue Steuerungsmodell“ mit Ziel- und Leistungsvereinbarungen sowie Kooperation im Hochschulrat statt auf überkommene Rechts- und partiell auch Fachaufsicht. Wie zuvor halten die Gesetze im Lichte des internationalisierten Wettbewerbs zwischen den Hochschulen steuerungs-

mächtige Leitungsstrukturen für unabdingbar. Es geht um eine neue Balance zwischen flexibler Steuerung und sachverständiger Partizipation.

Genau dies bezweckte auch die Streitgegenständliche Novelle des LHG BW. Man wollte „das hierarchische Modell der ‚unternehmerischen Hochschule‘ durch eine, an den Prinzipien der Wissenschaftsfreiheit, der Beteiligung der Hochschulmitglieder, der Chancengleichheit und der Transparenz‘ orientierte Hochschulorganisation ablösen. [...] Als Kompensation dafür, dass das Rektorat als Leitungsgremium über wissenschaftsrelevante Kompetenzen verfügt, sei die Stellung des Senats bei der Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder deutlich aufgewertet worden. [...] Auch inhaltlich sei der Senat gestärkt worden“.<sup>70</sup>

Der Verfassungsgerichtshof nimmt diese gesetzgeberische Intention, von einer Zusammenfassung des Prozessvorbringens der Landesregierung abgesehen, nur am Rande bei einzelnen Vorschriften überhaupt zur Kenntnis.<sup>71</sup> Folgerungen für die Gesetzesauslegung werden daraus nicht gezogen, obwohl gerade die historisch-genetische Perspektive statt einer reinen Wortlautfixierung eine partizipationsfreundliche und damit zugleich verfassungskonforme Interpretation nahe gelegt hätte. Dies betrifft im Besonderen die Steuerungswirkungen der Struktur- und Entwicklungsplanung sowie die Rückbindung der Dekane im Senat an das Meinungsbild im jeweiligen Fakultätsrat.<sup>72</sup> Stattdessen bleiben die Formulierungen zur hochschulpolitischen Entwicklung im Maßstäbe-Teil des Urteils gänzlich auf eine Stärkung der Leitungsorgane fixiert und deuten damit darauf hin, dass das Gericht fälschlicherweise noch von der nur in weni-

67 Besonders klar herausgearbeitet von *von Coelln*, in: Hartmer/Detmer (Fn. 51), Kap. 7 Rn. 42 ff., wobei er allerdings die jüngsten Korrekturen an der Managementuniversität noch nicht aufgreift.

68 Einflussreich *Müller-Böling*, Die entfesselte Hochschule, 2000, S. 24 ff., der vom Modell des „Dienstleistungsunternehmens“ spricht und diesem idealtypisch die „Gruppenhochschule“ und die „Gelehrtenrepublik“ (sowie zusätzlich die Universität als „nachgeordnete Behörde“) gegenüberstellt. Zum Einfluss europäischer und internationaler Vernetzung auf die Hochschullandschaft zuletzt *Fraenkel-Häberle*, Die Universität im Mehrebenensystem, 2014, zusammenfassend S. 377 ff.

69 Neben Baden-Württemberg ist vor allem das neue Hochschulgesetz NRW vom 16.9.2014 als Teil des „Hochschulzukunftsgesetzes“ (GVBl. NRW S. 547) zu nennen, dazu *Schütz*, Zu den Änderungen der Hochschulaufsicht in NRW - Der Hochschulrat und seine Aufsichtsfunktionen nach dem „Hochschulzukunftsgesetz“, NWVBl 2015, S. 205 ff.; ferner in Niedersachsen das – allerdings teilweise von BVerfGE 136, 338 ff. erzwungene – „Gesetz zur Stärkung der Beteiligungskultur innerhalb der Hochschulen“ vom 15.12.2015 (GVBl. S. 384).

70 Das entsprechende Vorbringen der Landesregierung paraphrasierend VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 39; knapper LT-Drs. BW

15/4684 S. 1 u. 164. *Sandberger*, LHG BW (Fn. 21), Einl. Rn. 14, sieht allerdings fast nur begrifflich-kosmetische Änderungen.

71 So wird zum Entwurf des Struktur- und Entwicklungsplans beiläufig erwähnt, dass dieser „seit dem hier gegenständlichen 3. HRÄG der Zustimmung des Senats [bedarf], der bislang lediglich Stellung nehmen konnte“ (VerfGH BW - Fn. 1 -, juris Rn. 17). Zu den Informationsrechten und -pflichten heißt es a.a.O. Rn. 131: „Mit dem 3. HRÄG hat der Senat im Gesetz ‚verbrieft‘ Auskunftsrechte gegenüber dem Rektorat erhalten. Sie sollen die Transparenz der Arbeit des Rektorats und die Partizipation des Senats erhöhen (LT-Drs. 15/4684, S. 165 und 189 f.)“. Zum Hochschulrat wird a.a.O. Rn. 150 bzw. 152 angemerkt: „Zwar kann der Hochschulrat nicht (mehr) gegen den Willen des Senats bestellt werden. Diese Änderung beruht auf dem 3. HRÄG, das den Hochschulmitgliedern eine ‚doppelte Legitimation‘ – vom Staat und den Mitgliedern der Hochschule – verleihen wollte (vgl. LT-Drs. 15/4684, S. 193)“. „Die Möglichkeit der Abberufung von Hochschulratsmitgliedern wurde durch das 3. HRÄG eingeführt, um ‚Aufgaben und Zuständigkeiten klarer zuzuordnen und auch Verantwortlichkeiten transparent zu machen‘ (LT-Drs. 15/4684, S. 94).“

72 Siehe oben II. 2. bzw. III. 1. u. III.

gen nebensächlichen Details modifizierten Managementuniversität ausgeht.<sup>73</sup>

## 2. Gefährdete Balance zwischen Entwicklungsoffenheit und grundrechtsschützender Stabilität der Hochschulverfassungsrechtlichen Leitlinien

Vor diesem Hintergrund befinden sich das Hochschulverfassungsrecht und seine (verfassungs-)gerichtlichen Interpreten in einem Dilemma. Einerseits müssen die aus der Wissenschaftsfreiheit abgeleiteten Maßstäbe hinreichend entwicklungs offen bleiben, um Veränderungen im Realbereich verarbeiten zu können<sup>74</sup> und dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, gesellschaftlich-politischen Wandel auch in der Hochschulorganisation abzubilden. Deshalb hat die Verfassungsrechtsprechung stets und seit dem Brandenburg-Beschluss (wieder) in verstärktem Maße betont, dass der „Hochschulgesetzgeber nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden [ist]. Er darf neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben und ist sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren. Ihm stehen dabei hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.“<sup>75</sup> Andererseits können die Grundrechte und hier speziell die Wissenschaftsfreiheit ihre Schutz- und Abwehrfunktion nur erfüllen, wenn dem Gesetzgeber klare Grenzen gesetzt werden.<sup>76</sup> Dementsprechend ziehen sich durch die Judikatur des BVerfG

zur Hochschulorganisation einige Konstanten, besonders den Hochschullehrereinfluss<sup>77</sup> und die Bereiche des legitimen Staatseinflusses betreffend. Wissenschaftliche Betätigung verändert sich und die Mechanismen zu Schutz und Pflege der Wissenschaft einschließlich der organisatorischen Rahmenbedingungen müssen sich mit ändern, doch die Schutzbedürftigkeit gegen strukturelle Gefährdungen freier wissenschaftlicher Betätigung bleibt als solche unverändert bestehen.

Das BVerfG hat diesen Zielkonflikt<sup>78</sup> typischerweise dahingehend aufgelöst, dass es die grundsätzlichen Strukturentscheidungen des Gesetzgebers, namentlich den Übergang zur Gruppenuniversität<sup>79</sup> und später zur Managementuniversität<sup>80</sup> als solches gebilligt, bei der Ausgestaltung im Detail aber immer wieder Korrekturen zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit verlangt hat. Wo sich, wie namentlich bei der Ausgestaltung der Managementuniversität, erst im Zuge der Entwicklung neue Gefährdungsszenarien hinreichend klar herauskristallisierten, hat das Gericht auch die abstrakten Maßstäbe zwecks Effektivierung des Schutzes behutsam nachjustiert, insbesondere mit der expliziten Forderung nach einem hinreichenden Niveau der Partizipation der Wissenschaftler.<sup>81</sup>

Der Verfassungsgerichtshof greift in seinem Maßstäbe-Teil die Aussagen des BVerfG zur Wandelbarkeit der Hochschulorganisation mit keinem Wort auf, während er die grundrechtlichen Anforderungen zum Schutz gegen strukturelle Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit ausführlich und in wesentlichen Punkten sogar in Rich-

73 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 89: „[D]en Hochschulen [ist] in den letzten 20 Jahren im Verhältnis zum Staat im Vergleich zu früher mehr Autonomie übertragen worden und der Staat [hat] sich aus einer weitreichenden Detailsteuerung zurückgezogen, weil zugleich die Leistungsorgane der Hochschule im Verhältnis zu den Selbstverwaltungsorganen erheblich gestärkt wurden“.

74 Dazu aus methodologischer Sicht *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, 2004, S. 9 (53 ff.); allgemein *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2016, insb. S. 108 ff.

75 So besonders deutlich BVerfGE 127, 87, 116; ähnlich BVerfGE 111, 333, 355 f.; vgl. bereits BVerfGE 35, 79, 117; andeutungsweise auch BVerfGE 136, 338, Rn. 57. Im Schrifttum besonders betont zuletzt von *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 455; gegen eine zu weitreichende Konstitutionalisierung des Wissenschaftsrechts auch *Bumke* (Fn. 2), VVDStRL 69 (2010), S. 407, 456; zusammenfassend *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 60), Art. 5 Abs. 3 Rn. 383.

76 Diesen Aspekt rücken Teile des hochschulrechtlichen Schrifttums etwas (zu) einseitig in den Vordergrund, namentlich *Gärditz*, *Hochschulorganisation* (Fn. 51), S. 364 ff. (ohne jede Erwähnung der Entwicklungsoffenheit) und S. 626 ff. (vom ihm präferierte „rechtsstaatliche“ versus „gewährleistungsstaatliche“ Grundrechtsdogmatik); ähnlich *Krausnick* (Fn. 15), S. 89 ff., der der Eigengesetzlichkeit von Wissenschaft sehr enge Grenzen für die staatliche

Institutionalisierung im Rahmen von Gewährleistungsmodellen entnimmt; tendenziell auch *Geis*, *Universitäten im Wettbewerb*, VVDStRL 69, (2010), S. 364, 393 ff. Die Balance während *Kahl* (Fn. 26), AöR 130 (2005), S. 225, 246 ff.

77 Siehe oben III. 1. mit Fn. 42.

78 Der Zielkonflikt zwischen Stabilität und Entwicklungsoffenheit schlägt sich allgemein im Streit um eine wirklichkeitswissenschaftliche Verfassungsauslegung nieder, vgl. *Starck*, *Maximen der Verfassungsinterpretation*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 Rn. 29; vgl. auch bereits *Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982; speziell zur Grundrechtsinterpretation *G. Kirchhof*, *Grundrechte und Wirklichkeit*, 2007; die gegensätzlichen Positionen werden deutlich bei *Hillgruber* bzw. *Volkman*, *Verfassung zwischen normativem Anspruch und politischer Wirksamkeit*, VVDStRL 67 (2008), 7 ff. bzw. 58 ff.

79 Grundlegend BVerfGE 35, 79, 125 ff.

80 Grundlegend BVerfGE 111, 333, 356 ff.

81 BVerfGE 127, 87, 117; insoweit in BVerfGE 111, 333, 355 f. noch nicht enthalten. Diese Kurskorrektur hebt *Gärditz* (Fn. 53), DVBl. 2014, S. 1133, 1137 zu Recht hervor; sie wird wenig überzeugend verneint von *Krausnick* (Fn. 15), S. 108 ff. Die gesamte Entwicklung wird eingehend beschrieben bei *Löwer*, *Hochschulmedizinrecht nach der MHH-Entscheidung des BundeVerfassungsgerichts*, WissR 48 (2015), S. 193, 196 ff.; vgl. auch *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449 f.

tung Ordinarienuiversität übersteigernd und verzerrend<sup>82</sup> referiert. Auch in der weiteren Analyse wird der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum nur an zwei Stellen ganz beiläufig erwähnt und dies an entscheidender Stelle nur mit Blick auf dessen Grenzen.<sup>83</sup> Dies verfehlt schon im Ansatz die gebotene Balance.

## V. Fazit und Ausblick

Der baden-württembergische Gesetzgeber wird nun nachbessern müssen. Zur Stärkung des Senats verfügt er über verschiedenste Optionen. Wenigstens insoweit hat der Verfassungsgerichtshof die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit (noch) nicht verengt. Als „minimalinvasive“ Maßnahme kommt besonders eine Verdeutlichung und Verschärfung der Bindungswirkung des Struktur- und Entwicklungsplans für weitere wissenschaftsrelevante Entscheidungen des Rektorats, besonders, aber nicht nur den Abschluss von Zielvereinbarungen, in Betracht.<sup>84</sup> Bei der Abwahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds könnte die Zustimmung des Ministeriums entfallen, so dass wie in den meisten anderen Bundesländern nur die Übereinstimmung von Senat und Hochschulrat erforderlich wäre.

Weitaus schwieriger gestaltet sich die Stärkung des Hochschullehrereinflusses ohne Eingriff in die „Regelungsphilosophie“. Beim Hochschulrat ließe sich die Zahl der aus dem Senat gewählten Hochschullehrer moderat erhöhen, was jedoch allein kaum ausreichen dürfte. Um die Dekane im Senat auf Hochschullehrerseite mitzählen zu können, wäre im Lichte der zitierten Kammer-Eilentscheidung des BVerfG<sup>85</sup> zu erwägen, die Dekanewahl im Fakultätsrat an eine doppelte Mehrheit – d.h. über die Mehrheit im Gremium hinaus noch der

dortigen Vertreter der Hochschullehrer – zu binden, um die Rückbindung der Dekane an die Hochschullehrer ihrer Fakultät zu akzentuieren. Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob dies dem Verfassungsgerichtshof, der ja diesen BVerfG-Kammerbeschluss gar nicht zur Kenntnis genommen zu haben scheint, bereits genügen würde. Gewiss könnte man die Hochschullehrerbank im Senat zahlenmäßig stärken, doch würde damit das Rad in Richtung Ordinarienuiversität zurückgedreht. Ebenso ließen sich die Dekane im Senat durch gewählte Hochschullehrer ersetzen, doch gingen damit wesentliche Vorteile für Wissenschaftspluralismus und Sachverstand verloren. Dies würde immerhin abgemildert, wenn die Dekane wenigstens ohne Stimmrecht im Senat verblieben. Dagegen dürfte es kaum in Betracht kommen, die dort vertretenen Dekane förmlich an die Meinungsbildung im Fakultätsrat zu binden und so noch deutlicher an die dortige Hochschullehrermehrheit zu koppeln, denn damit käme es zu einem system- und möglicherweise sogar verfassungswidrigen imperativen Mandat.

Das BVerfG hat sich derzeit im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die duale Hochschule Baden-Württemberg ebenfalls mit dem LHG BW und damit erstmals auch mit der neuesten „Reformgeneration“ der Landeshochschulgesetze auseinanderzusetzen. Es bleibt zu hoffen, dass höchstrichterlich die Entwicklungsoffenheit der Hochschulgesetzgebung wieder stärker betont wird.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht III: Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

82 Siehe oben III. 1.

83 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 93, beim Gesamtergebnis, offener aber ebenso kursorisch Rn. 133 zum Berufungsverfahren.

84 Vgl. Hartmann, Zur geplanten Änderung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes, NdsVBl 2015, S. 209, 211: Die Entwicklungsplanung „darf sich nicht auf ‚wolkige Begriffsslyrik‘ beschränken, sondern muss handfeste Festlegungen enthalten, welche die Zielvereinbarung dann nur noch konkretisiert“; ähnlich Frach/Krämer, Mitwirkungsrechte der Hochschulsenate an Strukturmaßnahmen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, LKV 2015, S. 481, 486 f.

85 Siehe oben Fn. 52.



# Georg Sandberger

## *Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens*

### *Open Access und Wissenschaftsschranke*

#### *Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts*

## I. Einleitung

Die Zukunft des wissenschaftlichen Publizierens und dafür notwendige Veränderungen des Urheberrechts spalten die Wissenschaftsgemeinschaft. Wissenschaftsorganisationen, KMK und Wissenschaftsförderorganisationen unter dem Dach der sog. Allianz haben auf der Ebene des geltenden Rechts Konzepte zur Förderung des freien Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen („Open-Access“) entwickelt und kämpfen nach der Ein-

führung des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht um die sog. Wissenschaftsschranke, d.h. die Ablösung der derzeitigen Regelungen des §§ 52a UrhG (Intranet-Plattform für Forschung und Lehre), 52b UrhG (Digitale Arbeitsplätze) und 53a UrhG (Elektronische Dokumentenlieferung) durch eine Generalklausel, die gegen angemessene Entschädigung der Urheber die digitale Nutzung wissenschaftlicher Publikationen auf rechtssicherer Grundlage fördern soll.<sup>1</sup> Die Einführung einer Wissenschaftsschranke ist als Ziel auch im Koaliti-

1 Open Access in Deutschland- Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016. Dazu Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Zur Open Access Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung vom 13.10.2016, abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016\\_10\\_13\\_Allianz\\_Stellungnahme\\_Open\\_Access.pdf](https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016_10_13_Allianz_Stellungnahme_Open_Access.pdf).

Zur Umsetzung vgl. Empfehlungen der Ad-hoc-AG Open-Access-Gold im Rahmen der Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen, 3.2016, abrufbar unter: <http://goedoc.unigoettingen.de/goescholar/bitstream/handle/1/12962/Empfehlungen%20zur%20Open%20Access%20Transformation.pdf?sequence=1>.

Verfassungsrechtliche Fragen behandelt Michael Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG- Förderbedingungen zur Open Access Publikation, OdW 2014, 179 ff.

Vorausgehende Stellungnahmen: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.02.2013 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sowie des Urheberrechtswahrnehmungsgesetz v. 20.2.2013, S. 4 ff; Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Neuregelung des Urheberrechts: Anregungen und Desiderate für einen dritten Korb v. 9.7.2010, abrufbar unter <http://allianzinitiative.de>: früher: Stellungnahme des Aktionsbündnisses für Bildung und Wissenschaft zum RegE 2.Korb vom 22.3.2006. Gemeinsame Presseerklärung der Allianz vom 28.6.2006, abrufbar unter der Homepage des Wissenschaftsrates; Stellungnahme der KMK zum RefE eines 2. Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 27.9.2004. DFG, Publikationsstrategien im Wandel, Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, 2005; Grundlegend: Spindler, Gerald, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, Göttinger Schriften zur Internet-Forschung, Bd. 2, 2006.

Zum Zweitveröffentlichungsrecht vgl. die Aufsatzserie in ZUM 2013, Heft 6: Sprang, Christian, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, S. 441; Georg Sandberger, Zweitverwertungsrecht- Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergrieffener Werke und einer

weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, S. 466.

Zur sog. Bildungs- und Wissenschaftsschranke grundlegend:

Ohly, Ansgar, Urheberrecht in der digitalen Welt-Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 74 ff.; de la Durantaye, Katharina: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, abrufbar unter: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Aufsatzserie anlässlich der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 8.4. 2016 in München: Grünberger, Michael: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Ein angemessener Interessenausgleich?, ZUM 2016, 473 - 474; de la Durantaye, Katharina: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Warum kurz springen? Eine Erwiderung auf Schack (ZUM 2016, 266). ZUM 2016, 475 - 481.

Jani, Ole: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke — Der Gesetzgeber muss erklären, was das Ziel einer solchen Schranke sein soll, ZUM 2016, 481 - 484. Pflüger, Thomas: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484-488. Steinhauer, Eric W.: Angemessene Schranken für Bildung und Wissenschaft – Praktische Probleme und Bedürfnisse für die wissenschaftliche Informationsversorgung sowie das digitale kulturelle Gedächtnis, ZUM 2016, 489 - 495. Herrmann, Guido: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Stellungnahme aus Sicht eines deutschen Wissenschaftsverlages, ZUM 2016, 496 - 498. Staats, Robert: Schranken für Bildung und Wissenschaft – Drei Anmerkungen aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 499-502. Pech, Sebastian: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Ein angemessener Interessenausgleich? Tagungsbericht zu der gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 8. April 2016 in München, ZUM 2016, 503 – 507. Kuhlen, Rainer: Der Heizer sollte nicht auf der E-Lok bleiben - Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke ist nötig und möglich. ZUM 2016, 507 – 513; Lauber-Rönsberg, Anne/Kempfert, Kamila: Das öffentliche Zugänglichmachen von Sprachwerken in der Hochschullehre: Rahmenbedingungen und aktuelle Entwicklungen, GRUR Prax 2016, 234 – 236; Schack, Haimo: Urheberrechtliche Schranken für Bildung- und Wissenschaft, ZUM 2016, 266-284; Artur Arnd Wandtke, Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts, GRUR 2015, 221.



onsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung festgehalten.<sup>2</sup> Hintergrund dieser Forderung ist die Erfahrung, dass die bisherigen kasuistisch gefassten Einzelatbestände trotz zwischenzeitlich erfolgter Auslegung durch den EuGH und den BGH<sup>3</sup> weder auf der Tatbestandsseite noch auf der Rechtsfolgenseite ausreichende Rechtssicherheit über deren Tragweite gebracht und sich damit als wenig praktikabel erwiesen haben.

Diese Entwicklungen stoßen auf der Seite der Verlegerorganisationen und teilweise auch bei wissenschaftlichen Autoren auf schärfsten Widerstand und schärfste Kritik.<sup>4</sup> Auch die FAZ zeigt im Feuilleton Sympathie für diese Haltung.<sup>5</sup> Es wird das Ende des wissenschaftlichen Verlagswesens, vor allem der kleinen und mittelständischen Verlage berufen, die vor allem im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften bis heute traditionell eine große Rolle spielen.

Neue Bewegung gewinnt die seit Jahren geführte Diskussion zum einen durch die Ankündigung des EU-Rats „Wettbewerbsfähigkeit“, dass bis 2010 alle mit EU-Mitteln finanzierten Forschungsvorhaben finanzierten wissenschaftlichen Publikationen im Internet frei verfügbar, also „Open-Access“ gestellt werden sollen sowie die Ankündigung der „Open-Access“-Auflage für alle durch das BMBF geförderten Forschungsprojekte durch ein Strategiepapier des BMBF vom August 2016, das sich seinerseits auf ein von ihm in Auftrag gegebenes Gutachten von Haucap und Spindler zu den ökonomischen Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht vom August 2016 stützt.

Auf europäischer Ebene sollen dafür mit dem Vorschlag der EU-Kommission für eine neue Urheberrechtsrichtlinie (COM(2016) 593 Final) die dafür notwendigen, die nationalen Gesetzgeber bisher durch die

sog. InfoSoc-Richtlinie 2001 begrenzenden Handlungsmöglichkeiten eröffnet werden.

Befürworter und Gegner auf Wissenschaftsseite lassen sich in der Regel unterschiedlichen Fächerkulturen zuordnen. Zahlreiche Befürworter der Open-Access-Bewegung sind national und international organisatorisch vernetzt. Ausgangspunkt ist die von der Budapest Open Access Initiative (BOAI) am 14. Februar 2002 verabschiedete Erklärung, das das Bethesda Statement on Open Access Publishing vom 11. April 2003 und die Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003.<sup>6</sup> National war Vorreiter der Bewegung das Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft (2005) unter Leitung des Konstanzer Informationswissenschaftlers Rainer Kuhlen. Im Übrigen findet sich die Mehrheit der Befürworter unter den Fachvertretern der naturwissenschaftlichen, medizinischen und ingenieurwissenschaftlichen Fächern (sog. SMT-Fächer),<sup>7</sup> während sich die Gegner vor allem in den geistes- und sozialwissenschaftlichen Fächern einschließlich eines Großteils rechtswissenschaftlicher Autoren gruppieren. Als Vorkämpfer dieser Gruppe tritt in regelmäßigen Abständen der Heidelberger Literaturwissenschaftler *Roland Reus* im Feuilleton der FAZ auf.<sup>8</sup>

Eine weitere Zuspitzung hat die Diskussion durch die Entscheidung der Deutschen Nationalbibliothek erfahren, ihre Bestände nicht mehr in Printform, sondern nur noch digital zugänglich zu machen.<sup>9</sup>

## II. Zugang zu Forschungsergebnissen- Konsens über Ziele, Dissens über Wege

Für Wissenschaft, im Sinne von *Karl Popper*<sup>10</sup> verstanden als Suche nach der Wahrheit in einem Prozess von Versuch und Irrtum, im Sinne *W. v. Humboldts* als „etwas

2 »Deutschlands Zukunft gestalten« – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 134, abrufbar unter: [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 24.4.2016).

3 BGH, Urt. v. 28.11.2013, ZUM 2014, 524 – Meilensteine der Psychologie; BGH v. 16.4.2015 – Elektronische Leseplätze II – BGH ZUM 2015, 884.

4 Vgl. Eröffnungsrede des Vorstehers des Börsenvereins Frankfurter Buchmesse v. 18.10.2017, in der die geplanten Maßnahmen in einem Atemzug mit der Beschränkung der Meinungsfreiheit in der Türkei genannt werden; moderater *Georg Siebeck* (Verlag Mohr Siebeck Tübingen), Die Verleger wurden gar nicht erst gefragt, FAZ v. 10.9.2016. Frühere Äußerungen: Börsenverein des deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Gesamtkonzept für die Informationsinfrastruktur in Deutschland (KII-Papier), 2001, abrufbar unter: <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme%20KII%2020111008.pdf> Stellungnahme gemeinsame Resolution der deutschen Buchhändler, Verleger und

Zwischenbuchhändler vom 22.5.2006, Stellungnahme des Börsenvereins zu den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats zum „2. Korb“ (Drs. 257/1/06) v.11.05.2006, abrufbar unter: [http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Allianz-Stellungnahme\\_mit\\_Anmerkungen\\_BoeV\\_29\\_9\\_2010.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Allianz-Stellungnahme_mit_Anmerkungen_BoeV_29_9_2010.pdf),

5 *Adrian Lobe*, Urheberrechtsdebatte – Lehrbücher sind der Frau Ministerin unbekannt, FAZ v. 23.8.2016.

6 Abrufbar unter: <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklärung>.

7 Z.B. *Benedikt Fecher* und *Gerd G. Wagner*, Open Access als Autonomiegewinn für die Universitäten, FAZ, Forschung und Lehre, S,N v.19.10.2016.

8 Zuletzt Staatsautoritarismus, groß geschrieben, FAZ Forschung und Lehre Seite N 4 v. 28.9.2016.

9 Vgl. *Thomas Thiel*, Aufzeichnungen aus dem Kellerloch, FAZ v. 30.11.2016 Nr. 280, S. 9.

10 *Karl Popper*, Logik der Forschung, 6. Auflage 1976 Rn. 85, vgl. dazu auch *Reinhold Zippelius*: Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, § 3 (Versuchsweise Weltorientierung), 3. Aufl., Tübingen 2012.

nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes“<sup>11</sup> ist die Kommunikation der Forschungsergebnisse essenziell. Sie dient der Vermeidung zeit- und sachaufwendiger Forschung, vor allem aber der Kritik und Kontrolle und dem Anstoß nach neuen Wegen der Forschung und Umsetzung in der Praxis. Wissenschaftliche Publikationen sind zugleich der Ausweis der Leistungsfähigkeit der Mitglieder einer wissenschaftlichen Einrichtung, Qualitätskriterium der Institution und Grundlage des Berufswesens.

Wissenschaftliche Forschungsergebnisse aus öffentlich geförderter Forschung werden wegen des Beitrags der öffentlichen Hand zur Wertschöpfungskette als Gemeingut bezeichnet, das der Allgemeinheit zur Verfügung stehen muss.

Über die Notwendigkeit des Zugangs zu Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung besteht im Prinzip kein Streit. Gegenstand der Kontroversen ist nicht das „ob“, sondern das „Wie“ dieses Zugangs.

Diese Frage kann nicht von den Formen und Möglichkeiten der Kommunikation wissenschaftlicher Forschung im digitalen Zeitalter, den urheberrechtlichen, dienstrechtlichen und förderungsrechtlichen Rahmenbedingungen gelöst werden. Angesichts der weltweiten Vernetzung des Wissenschaftssystems und Publikationswesens ist dabei auch die internationale Entwicklung von grundlegender Bedeutung.

#### 1. Ausgangspunkt: Arbeitsteiliges System von Wissenschaftsverlagen und Wissenschaftsbibliotheken

Nach wie vor dominiert im wissenschaftlichen Publikationswesen das als „Bezahlschranke“ bezeichnete System des Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen, in dem die Autoren ihre urheberrechtlichen Verwertungsrechte, insbesondere das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht ausschließlich auf wissenschaftliche Verlage auslizenzieren, die – in nach Fachdisziplinen unterschiedlichen Formen – eine Qualitätskontrolle, die Herstellung und den Vertrieb übernehmen und dafür von den Abnehmern, vor allem den wissenschaftlichen Bibliotheken, Einzel- oder Abonnementpreise erhalten. Das wissenschaftliche Publikationswesen verdankt neben der Erfindung des Buchdrucks seine Existenz der Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts – zunächst in Form des sog. Privilegienwesens für die Verlage, seit dem sog. Queen-Anne-Act von 1710 für die Autoren, das einen Anreiz für die Autoren zur Schöpfung von Werken und die Rahmenbedingungen für die Veröffentlichung und den Vertrieb literarischer, wissenschaftli-

cher und künstlerischer Werke über den Markt schuf. Diese Funktion des Urheberrechts kommt anschaulich in Art. 1 Sect. 8 der US-Verfassung zum Ausdruck. Die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechtes zunächst auf nationaler Ebene, beginnend ab dem 19. Jahrhundert auf internationaler Ebene war konstitutiv für das Entstehen eines nationalen, später internationalen Buch- und Zeitschriftenmarktes mit wettbewerblichen Strukturen.

Das System wissenschaftlicher Literaturversorgung erwies sich auch in der Zeit wachsender Buch- und Zeitschriftenproduktion weitgehend als stabil. Von einer Bibliotheks- oder Zeitschriftenkrise ist erst die Rede, seitdem die Erwerbungssetats und Speicherkapazitäten der wissenschaftlichen Bibliotheken dem mit dem weltweiten Wachstum wissenschaftlicher Veröffentlichungen nicht mehr Schritt halten konnte.

Bereits vor der technischen Revolution durch neue Vervielfältigungstechniken bedurfte es deshalb einer Abkehr vom Ziel der vollständigen Verfügbarkeit des Bestandes wissenschaftlicher Literatur in wissenschaftlichen Bibliotheken, Absprachen über die Schwerpunktbildung und der Einführung eines Fernleihsystems.

#### 2. Auswirkungen neuer Technologien

Ein noch nachhaltiger Einschnitt war und ist mit der Einführung der Reprographie und schließlich der Digitalisierung verbunden.

Beide Techniken, vor allem die Digitalisierung, erleichtern die Vervielfältigung für die Nutzung und Speicherung der für wissenschaftliche Forschung und Lehre am Arbeitsplatz benötigten Literatur und eignen sich vor allem für eine Literaturversorgung in einem arbeitsteiligen Bibliothekssystem. Gleichwohl bewirken sie nachhaltige Änderungen sowohl für das wissenschaftliche Verlagswesen als auch für die Strategie der Literaturversorgung. Die klassischen Kernaufgaben der wissenschaftlichen Bibliotheken im Bereich der Erschließung, Bereithaltung und Ausleihe erweitert sich um die Funktion als „Wissenschaftsintermediäre“ für digitale Publikationen.

Die auf nationaler und internationaler Ebene für die Reprographie und digitale Angebote gezogenen Schrankenregelungen zugunsten von Privatkopien und Kopien für wissenschaftliche Zwecke stießen auf Seiten des Verlagswesens wegen des von den Verlagen befürchteten Umsatzrückgangs trotz der vorgesehenen Kompensation durch die sog. Kopiervergütung auf massiven Widerstand, sowohl die kasuistisch gefassten Schrankentatbestände als auch die in die Kopiervergütung einzubezie-

11 Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Lehranstalten in Berlin, abgedruckt in: Gelegentliche

Gedanken über Universitäten, Reclam Leipzig 1990, S. 273, 275, zitiert in BVerfGE 35, 79, 113- niedersächsisches Hochschulurteil.

henden Gerätehersteller und Betreiber waren Gegenstand zahlreicher höchstrichterlich entschiedener Rechtsstreitigkeiten.

Die Digitalisierung eröffnete für das wissenschaftliche Publikationswesen bei der Herstellung, der Produktion und dem Vertrieb neue Möglichkeiten, Herausforderungen, aber auch Gefahren für die im Print-Zeitalter entwickelten Strukturen wissenschaftlichen Publizierens.

### 3. Neue Geschäftsmodelle- Forderung nach und Wege zum Open-Access

„Aus der Verbindung zwischen bewährter wissenschaftlicher Praxis und neuen technischen Möglichkeiten hat sich die Idee des Open-Access- des unentgeltlichen digitalen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen-in der Wissenschaft entwickelt“.<sup>12</sup>

Dieses Ziel wird seit der Budapester und Berliner Erklärung international und national auf verschiedenen Wegen und in verschiedenen Modellen verfolgt:

Zum einen in der Weiterentwicklung der bisherigen Geschäftsmodelle, d.h. der Umstellung der Bezahlmodelle vom entgeltlichen Vertrieb auf die entgeltliche Produktion und den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen (sog. Goldener Weg), Mischmodelle, die Einstellung in eine frei zugängliche Datenbank (sog. Repositorium), parallel mit der Publikation oder nach Ablauf einer Embargofrist (sog. Grüner Weg).

Die Umstellung der Geschäftsmodelle auf der Angebotsseite, vor allem der sog. Goldene Weg wird heute von einem Großteil der wissenschaftlichen Verlage im In- und Ausland mitgetragen, zumal diese Umstellung im Regelfall mit zusätzlichen Mitteln der Forschungsförderorganisationen unterstützt wird.

Dabei handelt es sich aber um erste Ansätze. Für die vollständige oder weitgehende Umstellung fehlt wegen der dafür notwendigen Umschichtungen der Erwerbungssetats der Bibliotheken und der für eine Übergangszeit notwendigen erheblichen Ressourcen eine Gesamtstrategie.

Wegen der Vielzahl von Entscheidungsträgern auf der Wissenschaftsseite und der Marktdominanz weniger international agierender Wissenschaftsverlage ist dieser Umstellungsvorgang mit hohen Hürden verbunden.

Nach wie vor kontrovers wird dagegen der sog. Grüne Weg beurteilt. Während der Börsenverein im Grünen Weg eine Behinderung des Goldenen Weges bezeichnet,<sup>13</sup> ergibt sich auf Seite der Wissenschaftsverlage eine differenzierte Haltung und Praxis.

Größere Wissenschaftsverlage lassen die Einstellung von Zeitschriftenpublikationen in unterschiedlichen Formaten in sog. Fachrepositorien nach Ablauf einer Embargofrist zu.<sup>14</sup> Gleichwohl bestehen sie darauf, durch entsprechende Gestaltung der Verlagsverträge die Steuerung des „Grünen Weges“ bzw. den Zugang zu den von ihnen verlegten Zeitschriften durch eine Verbindung von entgeltlicher Publikation und freiem Bezug bzw. entgeltlichem Erwerb (sog. Hybridmodelle) in der Hand zu behalten.

Die von den Verlagen festgelegten Embargofristen werden aber wegen des raschen Veraltens von Forschungsergebnissen im Bereich der sog. SMT-Fächer als zu lang angesehen, um das Ziel des Open-Access zu erreichen. Soweit die Publikation in den Repositorien nicht im Originalformat zugänglich gemacht wird, wird dieser Weg selbst bei angemessener Embargofrist nicht als zielführend angesehen.

### 4. Streitfall: Fakultatives oder obligatorisches Zweitveröffentlichungsrecht- Zweitveröffentlichungspflicht

a. Um die Rahmenbedingungen für den grünen Weg zu verbessern, wurde nach kontroverser Diskussion durch die Urheberrechtsgesetznovelle v. 1. Oktober 2013 (BGBl. I, 3728) das bis dato fakultative und damit in die Hand der Verlage gelegte Zweitveröffentlichungsrecht wissenschaftlicher Autoren in ein obligatorisches Zweitveröffentlichungsrecht für aus öffentlicher Forschungsförderung hervorgegangene Publikationen nach Ablauf einer Embargofrist von 12 Monaten umgewandelt, wobei als Format für die Zweitveröffentlichung die vom Verlag angenommene sog. Manuskriptversion festgelegt wurde (§ 38 Abs. 4 UrhG).

Der Gesetzgeber kam damit Forderungen der Wissenschafts- und Wissenschaftsförderorganisationen entgegen.

Allerdings bleibt das Gesetz auf halbem Wege stehen, weil es sich nur auf Publikationen aus Projektforschung und nicht aus grundfinanzierter Forschung bezieht und damit vor allem die universitäre Forschung diskriminiert, ohne dass dafür eine einleuchtende Begründung gegeben wird. Kritisiert wird auch die einheitliche Embargofrist von 12 Monaten, die vor allem in den SMT-Fächern als zu lang angesehen wird. Zudem bestehen zahlreiche weitere Unklarheiten der Gesetzesfassung, die die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen veranlasste, ein FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht

12 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016, S. 5.

13 Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes etc.

vom 20.2.2013, [http://www.boersenverein.de/de/portal/index.html?meldung\\_id=598244](http://www.boersenverein.de/de/portal/index.html?meldung_id=598244).

14 Vgl. die Übersicht der Verlagspolitik abrufbar unter <http://www.dini.de/projekte/sherparomeo/>.

zu verfassen.<sup>15</sup> Viele der Unklarheiten im Gesetz können dort jedoch nur benannt, nicht aber gelöst werden.

Nicht zuletzt bleibt ungeklärt, ob die Regelung auch gegenüber Verlagen mit Sitz im Ausland durchgesetzt werden kann.

Das Zweitveröffentlichungsrecht eröffnet bei einem Verlagsvertrag mit ausschließlichem Verwertungsrecht des Verlegers die Befugnis des Autors, den Beitrag nach Ablauf der Karenzfrist öffentlich zugänglich zu machen. Es ist damit eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für den Open-Access.

b. Bereits vor der Einführung des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht wurden deshalb Vorschläge erörtert, für Autoren, deren Publikation aus öffentlicher Forschungsfinanzierung entstanden ist, eine Zweitveröffentlichungspflicht einzuführen oder die Verwertungsrechte der Autoren durch besondere Schrankenregelungen zugunsten öffentlichen Zugangs zu beschränken.

Rechtssystematisch sollte die Zweitveröffentlichungspflicht durch eine Ergänzung des Urheberdienstrechtes in § 43 UrhG verankert werden, die als Alternative gedachte Schrankenregelung durch Ergänzung der §§ 53ff. UrhG verankert werden.

Vor allem die in einigen Bundesländern bereits hochschulrechtlich umgesetzten Vorschläge, das Zweitveröffentlichungsrecht für Hochschulmitglieder zugunsten von Open-Access durch dienst- und arbeitsrechtliche Regelungen zwingend einzuführen und für öffentlich geförderte Forschung in den Bewilligungsbestimmungen der Forschungsförderorganisationen zu verankern werden als Verstoß gegen die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) kritisiert und für rechtsunwirksam erklärt.

c. In seinem Strategiepapier „Open Access in Deutschland“ tritt das BMBF dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit mit dem Argument entgegen, die Wissenschaftsfreiheit werde nicht eingeschränkt, denn die Entscheidung der wissenschaftlichen Autoren, ob und wann publiziert werde, läge weiter bei diesen.<sup>16</sup>

Mit dieser Argumentation verkennt das BMBF den vom Bundesverfassungsgericht, dem Bundesgerichtshof und dem weit überwiegend in der Literatur vertretenen Wirkungsbereich des Art. 5 Abs.3 GG, der auch die Entschei-

dung über das „Wie“ der Publikation umfasst, da die Wahl des Publikationsmediums wesentlich den Erfolg einer Publikation bestimmt und die Publikation in angesehenen die wissenschaftliche Fachzeitschriften auch die wissenschaftliche Reputation beeinflusst.

d. Die Freiheit der Forschung als Teil der Wissenschaftsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit der Fragestellung und Methodik, sondern auch die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.<sup>17</sup> Dabei ist der Forscher grundsätzlich frei, über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten seiner Publikation frei zu entscheiden.<sup>18</sup>

Als Selbstverwaltungskörperschaften und staatliche Einrichtungen unterliegen die staatlichen Hochschulen nach Art. 1 Abs. 3 GG der Grundrechtsbindung.

Deshalb kann an staatlichen Hochschulen weder das Trägerland als Dienstherr noch die Hochschule Publikationsregelungen treffen, die den Wirkungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG verletzen. Eine Open-Access-Publikationspflicht greift in das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ein und schafft dort entsprechende Rechtfertigungslasten. das „Wo“ der Publikation und damit die positive Publikationsfreiheit.

Eine Verpflichtung zur Publikation auf dem goldenen Wege greift direkt in die Publikationsfreiheit ein.

Eine Verpflichtung zur Publikation auf dem grünen Weg lässt vordergründig die Entscheidung über die Erstpublikation beim Autor, jedoch kann sie Rückwirkungen auf die Erstpublikation haben, wenn der wissenschaftliche Verlag die Erstpublikation ablehnt, weil er dann das obligatorische Zweitveröffentlichungsrecht akzeptieren muss. Dieses Problem kann sich vor allem bei Publikationen in ausländischen wissenschaftlichen Zeitschriften stellen.

Soweit für die Zweitveröffentlichung zwingend eine bestimmte Datenbank vorgeschrieben werden, kann auch darin ein Eingriff in das „Wie“ der Publikationsfreiheit“ liegen, wenn diese in Fachkreisen nicht über einen entsprechenden Bekanntheitsgrad oder wissenschaftliches Ansehen verfügt.

Dem steht kein verfassungsrechtlich geschütztes Verwertungsinteresse der Hochschule gegenüber. Selbst wenn man die Hochschulen als Grundrechtsträger des

15 FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht, abrufbar unter: <http://www.allianzinitiative.de/de/handlungsfelder/rechtliche-rahmenbedingungen/faq-zvr.html>.

16 Open Access in Deutschland- Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016, S. 7.

17 BVerfG 29.5. 1973-1 BvR 4241- 71, BVerfGE 35. 79 ff., 112.

18 BVerfG 14.2.1987 – 2 BvR 523/75 – E 47, 237 – Wahlwerbespot; BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 – E 47, 383 – Hessisches Universitätsgesetz; BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523 f – Grabungsmaterialien; *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg, 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit),

Rn 74; ders. DFG\_ Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, OdW 2014, 173, 190 f.; *Britz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaft), Rn 26; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2001, Art. 5 GG, Rn. 122; *Denninger*, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 25 u. Rn. 47; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 18 (1985), 116; *G. Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Fachpublikationen, FS: für Volker Beuthien z. 70. Geburtstag, 2009, S. 583 ff., 586.

Art. 5 Abs. 3 GG anerkennt,<sup>19</sup> richtet sich der Wirkbereich des Art. 5 Abs. 3 GG zugunsten der Hochschulen vorrangig als Abwehrrecht gegen den Staat oder als objektive Wertentscheidung gegen wissenschaftsinadäquates Organisationsrecht, nicht aber gegen das Individualgrundrecht seiner Mitglieder im Kernbereich des Art. 5 Abs. 3 GG. Der Wissens- und Technologietransfer als Aufgabe der Hochschule stellt als solcher kein verfassungsrechtlich geschütztes Gut dar.<sup>20</sup>

Als Legitimationsgrund kommt deshalb nur die Wissenschafts- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 5 i.V. mit Art. 5 Abs. 1 GG im Verständnis dieser Grundrechte als objektive Garantie freier Wissenschaft in Frage, die immanente Grenzen gegenüber der Publikationsfreiheit der Autoren setzt bzw. nach den Grundsätzen der Verfassungskonkordanz in Einklang mit deren Grundrechten gebracht werden muss.

*Michael Fehling*, der diese Fragestellung im Kontext des Open Access untersucht hat, weist in gründlicher Analyse zutreffend nach, dass bisher weder das Bundesverfassungsgericht noch die Staatsrechtslehre dem objektivrechtlichen Verständnis des Art. 5 Abs. 3 GG eine solche Tragweite als Begrenzung der individuellen Wissenschaftsfreiheit gegeben haben.

Auch in dem grundlegenden Hochschulurteil werden Begrenzungen der individuellen Wissenschaftsfreiheit im Organisationsrecht der Hochschulen nur insoweit als legitimiert angesehen, als diese unter Berücksichtigung der legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist und der Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung unangetastet bleibt.<sup>21</sup>

Eine Analogie zu den Begrenzungen der Hochschulorganisation verbietet sich schon deshalb, weil die Scientific Community weder organisatorisch verfasst ist noch einer organisatorischen Verfassung bedarf.<sup>22</sup>

Ebenso wenig tragfähig ist der Ansatz, aus der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eine verfassungsimmanente Schranke der Publikationsfreiheit abzuleiten. Dies verbietet schon der Gehalt der Informationsfreiheit, der sich auf allgemein zugängliche Quellen bezieht und damit eine Offenlegungspflicht gegenüber Rechtsinhabern aus konkurrierenden Grundrechten wie der Publikationsfreiheit ausschließt.<sup>23</sup>

Art. 5 Abs. 3 GG enthält als verfassungsrechtliche Schranke die Treue zur Verfassung, aber keinen allge-

meinen Gesetzesvorbehalt. Als „schränkenloses Grundrecht“ ist das Recht auf Wissenschaftsfreiheit deshalb nur solchen Einschränkungen unterworfen, die sich aus konkurrierenden Grundrechten oder anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang ergeben. „Allein die Tatsache, dass man bestimmte Ziele als gewichtige Allgemeininteressen einstufen kann, reicht für die Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG nicht aus.“<sup>24</sup>

Soweit nach den dargestellten Maßstäben eine gesetzliche oder auf eine Hochschulsatzung gestützte Open Access Vorschrift Eingriffscharakter hat, ist sie verfassungsrechtlich nicht legitimierbar und wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 3 GG unwirksam.

Betroffen sind deshalb alle Vorgaben für die Primärpublikation. Ebenso sind zwingende Vorgaben für die Ausübung des Zweitveröffentlichungsrechts verfassungsrechtlich angreifbar, wenn sie die Möglichkeit der Primärpublikation behindern oder wesentlich einschränken. Gleiches gilt, wenn dem Autor die Wahl des Mediums für die Zweitveröffentlichung genommen wird.

Das Ziel eines Übergangs zu Open-Access Publikationen ist deshalb nicht durch Zwang, sondern nur durch Anreize zu erreichen, die im Rahmen des bestehenden Publikationssystems den Übergang zu Open Access fördern. Dazu gehören Publikationszuschüsse in Online-Zeitschriften im sog. Goldenen und Grünen Weg oder der Aufbau von Onlineplattformen für die Zweitveröffentlichung.

Auch öffentlich geförderte außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in privater Rechtsform wie die Max-Planck-Gesellschaft, die Helmholtz-Institute oder die Blaue Liste-Institute sind nach ganz überwiegender Ansicht an die Grundrechte gebunden. Bund und Land können sich der Grundrechtsbindung nicht durch Wahl der Rechtsform entziehen.<sup>25</sup>

Im Auftrag der DFG *Michael Fehling* hat die Frage verfassungsrechtlicher Zulässigkeit von Open-Accessregelungen im Kontext der von der DFG geplanten Änderungen der Förderbedingungen zugunsten einer Zweitveröffentlichungspflicht der von der DFG geförderten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler untersucht.<sup>26</sup>

Die Förderungstätigkeit der DFG ist ungeachtet ihrer Selbstverwaltungsstrukturen insbesondere wegen der staatlichen Finanzierung und auch der Beteiligung von Vertretern des Bundes und der Länder im Hauptaus-

19 BVerfGE 68, 193 ff.; 75, 192, 196.

20 So zu Recht *J. Hübner*, *WissR* 2005, 34, 45 ff.

21 BVerfGE 35, 79, 115.

22 So zutreffend *Fehling*, DFG Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173, 193.

23 *Fehling*, S. 198.

24 *Fehling*, S. 197.

25 Vgl. *Fehling*, aaO. S. 193 m.w.N.

26 DFG Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173 ff.

schuss der DFG gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden.<sup>27</sup>

Eine Eingriffswirkung kann nach Fehling nicht deshalb verneint werden, weil es sich um reine Leistungsmodalitäten handelt, denen sich ein Wissenschaftler durch Verzicht auf Forschungsförderung entziehen kann.<sup>28</sup>

Wie er zu Recht ausführt, verkennt eine solche Sichtweise die Realitäten heutiger Forschungsfinanzierung, da nur in wenigen Fächern die Grundausrüstung zur Finanzierung bedingungsfreier Forschung ausreicht.

Gleiche Überlegungen müssen deshalb auch für Förderbedingungen anderer öffentlicher Forschungsförderungsorganisationen gelten.

Inwieweit Open Access Förderbedingungen Eingriffsscharakter haben, ist von deren Ausgestaltung abhängig. Wegen ihres Leistungs- und Teilhabecharakters bedarf die Forschungsförderung zwar grundsätzlich keiner gesetzlichen Ermächtigung. Nach bisherigem Verständnis und Praxis gilt dies auch dann, wenn Grundlagenforschung ohne staatliche Drittmittelförderung nicht mehr stattfinden kann.

Soweit dies der Fall ist, können für die Bestimmung des Eingriffscharakters und seine Legitimation aber keine grundsätzlich anderen Kriterien gelten als für Open-Access Regelungen staatlicher Hochschulen.

Fehling schlägt demgegenüber eine Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung der Open-Access Bedingungen vor, um den Konflikt zwischen der individuellen Publikationsfreiheit und der objektivrechtlichen Seite der Wissenschafts- und Informationsfreiheit im Sinne der Konkordanz und des schonendsten Ausgleichs zu lösen, ohne allerdings den damit verbundenen Widerspruch zu seinen vorausgegangenen grundsätzlichen Ausführungen zur Relevanz des objektivrechtlichen Bedeutung der Wissenschafts- und Informationsfreiheit aufzuklären.<sup>29</sup>

Mit Hilfe dieser Kriterien entwickelt er inhaltliche Anforderungen an die Eignung von Open-Access Bedingungen für die Verwirklichung der Wissenschafts- und Informationsfreiheit, vor allem aber für die Verhältnismäßigkeit von Open-Access Förderbedingungen. Im Ergebnis laufen sie darauf hinaus, dass Open-Access Förderbedingungen geförderte Wissenschaftler nicht zu einer Publikationsweise zwingen dürfen, welche ihre Reputation und den Zugang zu den bisherigen Publikationsmöglichkeiten gefährdet.

Daraus leitet er ein Verbot eines obligatorischen goldenen Weges ab und verbindet dies mit der Verpflichtung, für den grünen Weg Optionen aufzuzeigen bzw. den Aufbau entsprechender Plattformen zu unterstützen.<sup>30</sup> Dies schließt fachspezifische Differenzierungen und Ausnahmeregelungen in nachgewiesenen Härtefällen ein.

Der Untersuchung von Fehling ist eine umfassende Analyse der verfassungsrechtlichen Aspekte von Open Access Verpflichtungen durch Wissenschaftsförderorganisationen zu verdanken.

Die individuelle Wissenschaftsfreiheit garantiert nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der Publikation. Deshalb muss vor allem bei der Erstveröffentlichung die Entscheidung über die Wahl des Publikationsorgans beim Autor verbleiben. Eine obligatorische Zweitveröffentlichung ist dann verfassungsrechtlich bedenklich, wenn sie negative Rückwirkungen auf die Möglichkeit der Erstveröffentlichung hat. Eine grundrechtskonforme Lösung ist dann erreichbar, wenn dem Autor entsprechende Optionen für die Wahl des Zweitveröffentlichungsmediums überlassen werden.

Wissenschaftseinrichtungen und Wissenschaftsförderungseinrichtungen können den Weg zum Open-Access durch Anreize und organisatorische Unterstützung fördern, aber nicht erzwingen.

#### 5. Open-Access als Autonomiegewinn für Wissenschaftseinrichtungen? - Entbehrlichkeit wissenschaftlicher Verlage?

In der in der FAZ ausgetragenen Kontroverse werden die Bestrebungen des BMBW und der Allianz zum Open Access von der einen Seite als Weg in den Staatsautoritarismus, auf der anderen Seite als Chance für einen Autonomiegewinn beschrieben.<sup>31</sup>

Gegenüber solchen, teils mit maßlosen Formulierungen verbundenen Urteilen ist bei der künftigen Gestaltung des wissenschaftlichen Publikationswesens Pragmatismus angebracht. Wissenschaftliche Autoren müssen aus verfassungsrechtlichen Gründen sowohl für die Erstveröffentlichung als auch für die Zweitveröffentlichung die Entscheidungsfreiheit über die Publikationsform und das Publikationsmedium behalten. Das Motiv jedes seriösen wissenschaftlichen Autors, das Publikationsmedium zu wählen, das ein entsprechend hohes fachliches Ansehen und eine optimale Verbreitung in der wissenschaftlichen Fachwelt hat, dürfte sich mit den

27 AaO. S. 193.

28 AaO. S. 193.

29 AaO. S. 200 ff. einerseits, S. 197 ff. andererseits.

30 Fehling, S. 206 ff.

31 Roland Reus, Staatsautoritarismus großgeschrieben, FAZ v.

28. September 2016, Nr.227 N 4- Forschung und Lehre; Benedikt Fecher und Gerd G. Wagner, Open-Access als Autonomiegewinn für die Universitäten, FAZ v.19.10.2016, Nr. 244 N 4- Forschung und Lehre.

Zielen der Forschungspolitik, von Wissenschaftseinrichtungen und Wissenschaftsfördereinrichtungen decken.

In einer international vernetzten Wissenschaftsgemeinschaft mit etablierten, nach Fächerkulturen unterschiedlich international ausgerichteten Fachzeitschriften ist der mit der Digitalisierung verbundene Umstellungsprozess nur mit und nicht gegen die etablierten Wissenschaftsverlage zu erreichen.

Ein Rückblick in die Geschichte von Universitätsverlagen und Verlagen von Fachgesellschaften sollte daran erinnern, dass Universitätsverlage bis auf wenige Ausnahmen wegen ihrer geringen finanziellen und personellen Leistungsfähigkeit gescheitert sind. Auch der Großteil der Fachzeitschriften von Fachgesellschaften wurde in den letzten Jahrzehnten auf professionelle Wissenschaftsverlage übertragen, weil sich die ehrenamtlich wissenschaftlichen Herausgeber mit den organisatorischen und finanziellen Anforderungen an das regelmäßige Erscheinen einer wissenschaftlichen Zeitschrift überfordert sahen.

Die Digitalisierung verändert zwar Produktion und Vertrieb und damit verbunden bestimmte Kostenstrukturen wissenschaftlichen Publizierens, nicht aber den für Qualitätskontrolle, Formatierung und Produktion notwendigen Personaleinsatz. Es erscheint daher illusorisch, eine international anerkannte Fachzeitschrift im Eigenbetrieb einzelner Hochschulen oder Wissenschaftseinrichtungen herauszubringen.

Ebenso erscheint es illusorisch, dass einzelne Universitäten von internationalen Spitzenuniversitäten abgesehen in der Fachwelt anerkannte und wahrgenommene Repositorien für eine Zweitveröffentlichung unterhalten.

Daher sind allenfalls große Wissenschaftseinrichtungen wie die Max-Planck-Gesellschaft oder die Blaue Liste-Institute personell, finanziell und technisch in der Lage, für einzelne in breiter Struktur angelegte Fachgebiete international wahrgenommene Fachzeitschriften anzubieten.

Auf dem Weg zum Open-Access darf die Wissenschaftsgemeinschaft nicht das Ziel aus dem Blick verlieren, im Interesse des Wettbewerbs die Vielfalt des wissenschaftlichen Verlagswesens zu erhalten. Anderenfalls setzt sich der von internationalen Großverlagen dominierte Konzentrationsprozess auf dem nationalen und internationalen Markt wissenschaftlicher Zeitschriften fort, die bereits als Vorreiter des goldenen Weges unter-

wegs sind und ohne Erhaltung der für einen Wettbewerb erforderlichen Vielfalt die Konditionen für den Komplettumstieg auf den Open Access bestimmen können.

Eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten der Wissenschafts- und Wissenschaftsfördereinrichtungen sollte zur deshalb zur Erkenntnis führen, dass diese Umstellung nur in Kooperation mit den etablierten Wissenschaftsverlagen erfolgen kann.

### III. Notwendigkeit, Inhalt und rechtliche Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Wissenschaftsschranke?

Mit den Modellen einer obligatorischen Andienungspflicht, alternativ einer Pflicht für eine Zweitverwertung nach Ablauf einer Karenzzeit nach Erscheinen durch den Verfasser wissenschaftlicher Publikationen aus öffentlich geförderter Forschung wird der Versuch unternommen, auf der Angebotsseite die Rahmenbedingungen für den Zugang zu wissenschaftlichen Fachpublikationen durch sog. Self-Archiving oder durch Datenbanken wissenschaftlicher Fachgesellschaften oder der Träger wissenschaftlicher Forschungseinrichtungen zu schaffen.

Das Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 UrhG ist dafür eine notwendige Voraussetzung, jedoch sind einem dienst- arbeits- oder förderungsrechtlichen Zwang zur Open Access-Publikation die beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzt.

Als Alternative bietet sich an, entsprechend der Systematik Schrankenbestimmungen der §§ 45 ff. UrhG die Verwertungsrechte der Urheber wissenschaftlicher Publikationen und aus der Lizenzierung an Verlage entstandenen Rechte zugunsten der Nutzung von Forschung und Lehre einzuschränken.

Dieser Weg wird erst entbehrlich, wenn der Weg zum Open Access zum Erfolg geführt hat.<sup>32</sup>

Diesen Weg hat der Gesetzgeber mit Sonderregelungen für das Kopie Privileg (§ 53 Abs.2 UrhG), Plattformen für Forschung und Lehre (§ 52a UrhG), digitale Lesplätze (§ 52b UrhG) und Kopienversand (§ 53a UrhG) bereits beschränkt.

Die Forderung nach einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke setzt an Erfahrungen der Nutzerseite mit diesen Regelungen in der Rechtspraxis an, die im Kern darauf hinauslaufen, dass die kasuistisch angelegten Einzelregelungen mit unklaren Voraussetzungen und Rechtsfolgen die mit der Digitalisierung verbunde-

32 Haimo Schack, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266. 281.

nen Möglichkeiten im Bereich von Forschung und Lehre behindern, geschweige denn sachgerecht erfassen.<sup>33</sup> Als Beleg dafür wird das geringe Vergütungsaufkommen für die bisherigen Schrankenregelungen aufgeführt.<sup>34</sup> Als Beleg anführen lassen sich in jedem Fall die zahlreichen, bis zu Vorabentscheidungen des EuGH reichenden Auslegungstreitigkeiten über die Schrankenregelungen.<sup>35</sup>

Die geforderte Bildungs- oder Wissenschaftsschranke soll dieses Defizit durch ein umfassendes Nutzungsprivileg zugunsten wissenschaftlicher Lehre und Forschung beheben.

Die konkrete Ausgestaltung dieses Privilegs ist allerdings unter den Befürwortern höchst kontrovers. Die vorgeschlagenen Modelle unterscheiden sich in vielfacher Hinsicht: nach Art und Umfang der in das Nutzungsprivileg einbezogenen geschützten Werke, nach Art der Nutzung, die entweder generalklauselartig oder in Kombination von exemplarischer Beschreibung und Öffnung für nicht genannte Nutzungen tatbestandlich bestimmt wird, nach dem Verhältnis von Schrankenregelungen und vertraglichen Abmachungen zwischen Organisationen der Verwerter- und Nutzerseite, schließlich nach der Bemessung und dem Zahlungsmodus der für die Einschränkung der Verwertungsrechte zu zahlenden Kompensationen an die Urheber und Inhaber sonstiger Rechte.

Die mit dem Begriff, den Voraussetzungen und Rechtsfolgen verbundenen unscharfen Konturen der sog. Bildungsschranke erinnern an frühere Diskussionen über die sog. Kulturfltrate,<sup>36</sup> deren Modell darauf hinauslief, die lizenzfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke für nichtkommerzielle kulturelle Zwecke gegen Zahlung einer Kulturfltrate zuzulassen, ohne dass dafür klare Konzeptionen zum Erhebungsmodus, zur Rechtsgrundlage Zahlungspflicht, zur Bemessung und Verteilung des Aufkommens an die betroffenen Rechtsinhaber gab.

Die Forderung nach einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke wird deshalb ungeachtet der Plausibili-

tät ihrer rechtspolitischen Ziele solange erfolglos bleiben, solange nicht der Bedarf zwingend begründet (dazu unter 1.), ihre Voraussetzungen systemkonform formuliert und in das Schrankensystem des Urheberrechtsgesetzes eingepasst ( dazu unter 2.), konventions-, richtlinien- und verfassungskonform gestaltet (dazu unter 3) und die Entschädigung der Rechteinhaber angemessen geregelt wird (dazu unter 4).

#### 1. Notwendigkeit

Auf den Prüfstand zu stellen ist die Ausgangsfrage mangelnder Eignung der bestehenden Schranken für die digitale Nutzung wissenschaftlicher Publikationen für Zwecke von Lehre und Forschung.

##### a) Digitale Lehr- und Forschungsplattformen

Im Rahmen der Regelung des § 52a UrhG (Lehr- und Forschungsplattformen) entzündete sich der Auslegungstreit über die Frage des zulässigen Umfangs der Einstellung von Teilen eines Werks in das Intranet zur Veranschaulichung im Unterricht, der Zulässigkeit der Nutzung bei kommerziellen Angeboten, der Zulässigkeit des Downloads und der Bemessung der Vergütung. Nach kontroversen Aussagen in den Vorinstanzen hat der BGH entschieden, dass eine Universität den Teilnehmern einer Lehrveranstaltung nur dann Teile eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf einer elektronischen Lernplattform zur Verfügung stellen darf, wenn diese Teile höchstens 12% des Gesamtwerks und nicht mehr als 100 Seiten ausmachen und der Rechtsinhaber der Universität keine angemessene Lizenz für die Nutzung angeboten hat.<sup>37</sup>

Für die für die öffentliche Zugänglichmachung ist nach § 52a Abs. 4 UrhG eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diese kann wie bei der Kopiervergütung auch im Rahmen sog. Gesamtverträge mit Nutzervereinigungen, im Hochschulbereich mit der KMK- nach § 12 UrhWG a.F. abgeschlossen werden. Diese Verfahren haben sich bislang wegen der im Falle misslungener Einigung vor-

33 Vgl. dazu die in Fn. 1 genannte Aufsatzserie sowie *Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung-, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 74 ff.; *de la Durantaye, Katharina*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, abrufbar unter: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Studie „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) von *Justus Haucap, Ina Loebert, Gerald Spindler* und *Susanne Thorwarth*, 2016, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/144535/1/863760678.pdf>, S.39 ff.

34 Vgl. die in voriger Fn. genannte Studie „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, S. 55 ff., 58 ff.

35 BGH, Urt. v. 28.11.2013 - I ZR 76/12 - Meilensteine der Psychologie= NJW 2014, 2117, GRUR 2014, 549, ZUM 2014, 524; OLG Stuttgart, Urt. v. 4.4.2012 - 4 U 171/11, ZUM 2012, 495; LG Stuttgart, Urt. v. 27.9.2011 - 17 O 671/10, ZUM 2011, 946; BGH, Urt. v. 20.3.2013 - I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; BGH, Urt. v. 16.4.2015 - I ZR 69/11 - Elektronische Leseplätze II=GRUR 2015, 1101; EuGH, Urt. v. 11.9.2014 - C-117/13, GRUR 2014, 1078 = WRP 2012, 1178 - TU Darmstadt/Ulmer; BGH, Beschluss vom 20. September 2012 - I ZR 69/11, GRUR 2013, 503 = WRP 2013, 511 - Elektronische Leseplätze I-.

36 Vgl. dazu monographisch *Zwengel, Wolfgang*, Kulturflratrates, Diss. Tübingen 2012, Baden-Baden 2012 (Nomos).

37 BGH, Urt. v. 28.11.2013 - I ZR 76/12 - Meilensteine der Psychologie= NJW 2014, 2117, GRUR 2014, 549.



gesehenen Schieds- und gerichtlichen Verfahren als schwerfällig erwiesen. Zudem hat der BGH mit seiner Entscheidung zum Gesamtvertrag der KMK mit der VG Wort – „Hochschul-Intranet“ – mit der Anforderung, die Vergütung nicht nach dem Werk oder Werkteil und sondern nach der Zahl der Seiten des Druckwerks, nach der Zahl der Teilnehmer der Veranstaltung sowie linearer Bemessung nach Seiten wie bei der Kopiervergütung, d. h. 0,8 ct/ Seite dem Gesamtvertrag einen praxisfernen von Nutzerseite zu Recht kritisierten Inhalt gegeben.<sup>38</sup>

#### b) Elektronische Leseplätze

Noch weitergehende Kontroversen ergaben sich bei der Exegese des § 52b UrhG (Elektronische Leseplätze). Dazu trug die unklare legislatorische Zielsetzung bei: Schonung der Bibliotheksbestände, Heranführung an die digitale Nutzung und Vereinfachung der Geschäftsabläufe.<sup>39</sup> Limitierender Faktor ist neben der Limitierung der Bildungseinrichtungen die Bindung der Leseplätze an die Bestandsexemplare, die Beschränkung auf Bibliotheken und Archive ohne Erwerbszwecke und die Beschränkung der Nutzung für Forschung und private Studien. Die Auslegungskontroversen entstanden an der weiteren Beschränkung des Nutzungsprivilegs aus der Formulierung: „soweit keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“.

Außerdem war streitig ob § 52b UrhG die sog. Annexkompetenzen, d.h. den Download der Bibliothek und den analogen oder digitalen Download des Nutzers umfasst. Nach der Vorlageentscheidung des Europäischen Gerichtshofs<sup>40</sup> hat der BGH in der Entscheidung „Elektronische Leseplätze II die Nutzung von Werken ihrer Sammlungen an elektronischen Leseplätzen sowie das vorhergehende Digitalisieren gestattet.“<sup>41</sup> Zudem darf es Nutzern ermöglicht werden, an diesen elektronischen Leseplätzen Ausdrucke oder digitale Kopien der dort wiedergegebenen Werke herzustellen. Zugleich hat der BGH darüber entschieden, dass das Lizenzvertragsangebot des Verlags keine „vertragliche Regelung“ i.S.v. § 52b UrhG darstelle und daher dies einer Nutzung nach § 52b UrhG nicht entgegenstünde.

Zum Download der Bibliotheken führt der BGH aus, das Recht zur Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen würde „einen großen Teil seines sachlichen Gehalts und sogar seiner praktischen Wirksamkeit verlieren (...), wenn die Bibliotheken kein akzessorisches Recht zur Digitalisierung der betroffenen Werke besäßen.“<sup>42</sup>

Den Downloads der Nutzer in analoger oder digitaler Form hat der BGH unter Rückgriff auf § 53 Abs. 1 und 2 UrhG bei Vorliegen der dort genannten Limitierungen ebenfalls für zulässig erklärt. Rechte an den elektronisch lesbaren Werken würden auch nicht dadurch verletzt, wenn an den Leseplätzen die Möglichkeit besteht, Kopien auszudrucken oder digitale Kopien herzustellen. Von unbefugten Nutzungen könne nicht ohne Weiteres ausgegangen werden: „Ein Ausdrucken oder Abspeichern von an elektronischen Leseplätzen bereitgestellten Werken kann in vielen Fällen als Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 UrhG zulässig sein.“<sup>43</sup>

Unklar bleibt in der Entscheidung, wie die angemessene Vergütung für die Zugänglichmachung an digitalen Leseplätzen zu bemessen ist. Den Hinweis des EuGH, dass die durch Art. 6 Abs. 3 n RL 2001/29 legitimierte Regelung des § 52b UrhG eine angemessene Entschädigung der Urheber voraussetze, hat der BGH nicht weiter konkretisiert.<sup>44</sup>

#### c) Kopienversand auf Bestellung

Demgegenüber konnten die Auslegungsprobleme des § 53a UrhG (Kopienversand auf Bestellung) durch einvernehmliche Praxis der Verlegerverbände, VG- Wort und Nutzerseite geklärt werden. Die Regelung ist der Abschluss einer über ein Jahrzehnt in zahlreichen Verfahren geführten Kontroverse über die Zulässigkeit des Kopienversand nach § 53 UrhG.<sup>45</sup> Der Gesetzeswortlaut geht auf einen im Gesetzgebungsverfahren akzeptierten Kompromiss zurück.<sup>46</sup> Für die elektronische Dokumentenlieferung legt § 53a UrhG allerdings weitgehende Beschränkungen fest. Dies gilt zum einen für das Erfordernis der Einzelbestellung, für den Gegenstand der Übermittlung: einzelne in Zeitungen oder Zeitschriften erschienene

38 BGH, Urt. v. 20.3.2013 - I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; zur Kritik: LRK Baden-Württemberg Pressemitteilungen Stuttgart, 2. November 2016: Digitale Lehre: Bayerische und baden-württembergische Universitäten lehnen Beitritt zur Rahmenvereinbarung der VG Wort ab <http://www.lrk-bw.de/index.php/pressemitteilungen>. Der Gesamtvertrag ist abrufbar unter: [http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\\_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05\\_Rahmenvertrag\\_zur\\_Verguetung\\_von\\_Anspruechen\\_nach\\_52a\\_UrhG.pdf](http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05_Rahmenvertrag_zur_Verguetung_von_Anspruechen_nach_52a_UrhG.pdf).

39 BT- Drs.16/1828, S. 21.

40 EuGH Urt. v.11.9.2014 Az.: C-117/13, GRUR 2014, 1078 = WRP 2012, 1178 - TU Darmstadt/Ulmer-.

41 BGH Urteil vom 20.3.2013 - I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; BGH Urteil vom 16.4.2015 - I ZR 69/11 - Elektronische Leseplätze II=GRUR 2015, 1101.

42 BGH, aaO., Rn. 38 ff.

43 BGH, aaO., Rn. 51ff.

44 BGH, aaO., Rn. 63.

45 BGH, Urt. v. 25.2.1999, ZUM 1999, 566.

46 Vgl. dazu BT-Dr. 16/1828, S. 27.

Beiträge sowie kleinere Teile eines erschienenen Werks, für das Format der Übermittlung als PDF-Datei, für den Zweck der Nutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke nicht kommerzieller wissenschaftlicher. Zum anderen ist die Dokumentenlieferung nur zulässig, wenn der Zugang den Nutzern zu den Werken „nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird“. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages wurde formuliert, dass „jedenfalls“ dann Offensichtlichkeit vorliegt, wenn Publikation in einem zentralen, kooperativ gepflegten Nachweisinstrument auffindbar ist.<sup>47</sup>

Ein solcher Nachweis wird auf Basis der elektronischen Zeitschriftendatenbank (EZB) in Regensburg aufgebaut.<sup>48</sup> Die Datenbank muss so vollständig sein, dass durch eine Prüfung von dessen Inhalt alle „offensichtlichen“ Angebote enthalten sind. Der von den Rechteinhabern vermittelte Zugriff muss pro Einzelaufsatz möglich sein.

Ebenso unklar ist das Merkmal „zu angemessenen Bedingungen“. Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages hat dazu auf die in ihrer Exegese ebenfalls hochumstrittene Regelung des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG über die Autorenvergütung verwiesen, darüber hinaus aber Anforderungen an die Modalitäten des Nutzungszugangs formuliert.<sup>49</sup>

Die Maßstäbe erweisen sich in der Praxis aber nicht als operational. Angesichts der Marktmacht der bedeutendsten Wissenschaftsverlage vor allem im Bereich der Ingenieur- Naturwissenschaften und Medizin können die für Einzellieferungen vorgesehenen Preise nicht als wettbewerbliche Marktpreise und damit als angemessen angesehen werden. In jedem Fall sind Preise über dem wettbewerblich bestimmten Marktpreisen nicht angemessen.

Dem Kopienversand muss deshalb eine Einzelrecherche der Bibliothek vorausgehen.

Schon dieses Erfordernis, vor allem aber die Unklarheit über den Begriff der „angemessenen Bedingungen“ haben zur Folge, dass die praktische Bedeutung des § 53a UrhG gering geblieben ist.

Verleger, Bibliotheks- und Nutzerorganisationen sind stattdessen dazu übergegangen, im Rahmen sog. Campuslizenzen Lizenzen für die elektronische Nutzung und Dokumentenlieferung wissenschaftlicher Zeitschriften zu vereinbaren.

Für die Dokumentenlieferung wurde zwischen dem Börsenverein für den deutschen Buchhandel, der Inter-

national Association of Scientific Publishers und dem Dokumentenlieferungsdienst Subito e.V., einer Gemeinschaftseinrichtung deutscher, österreichischer und Schweizer Bibliotheken ein Rahmenvertrag vereinbart, dem die einzelnen Verlage beitreten können.<sup>50</sup> Erfasst sind nach neuesten Angaben von Subito 1,5 Millionen Zeitschriften.

#### d) Verleih von E-Books

Im weiteren Kontext des digitalen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen steht auch die Frage der Zulässigkeit des Verleihs von E-Books. In zunehmendem Maße werden auch Lexika, Kommentare oder wissenschaftliche Monographien als E-Books veröffentlicht, sei es neben der Printform oder als reine E-Books. Betroffen ist zum einen die Frage, ob das Verbreitungsrecht nach § 17 UrhG, Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29/EG nach Erwerb des E-Books erschöpft ist, zum anderen, ob dafür eine Ausnahme vom Verleihrecht nach Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115, § 17 Abs. 2 UrhG besteht. Um den Verleih dem Verleih von Printexemplaren gleichzustellen und eine mit dem Kopierprivileg des § 53 UrhG nicht vereinbare, unkontrollierte Vervielfältigung oder auch permanente Speicherung beim Nutzer zu verhindern, bedarf es dazu bestimmter technischer Sicherung.

Durch Urteil des EuGH vom 10. November 2016<sup>51</sup> ist diese Frage nun im Sinne eines vernünftigen Ausgleichs der Interessen der Berechtigten und Nutzer geklärt.

Nach dem Urteil des EuGH erfasst der Begriff „Verleihen“ das Verleihen einer digitalen Kopie eines Buchs, wenn dieses Verleihen so erfolgt, dass die in Rede stehende Kopie auf dem Server einer öffentlichen Bibliothek abgelegt ist und es dem betreffenden Nutzer ermöglicht wird, diese durch Herunterladen auf seinem eigenen Computer zu reproduzieren, wobei nur eine einzige Kopie während der Leihfrist heruntergeladen werden kann und der Nutzer nach Ablauf dieser Frist die von ihm heruntergeladene Kopie nicht mehr nutzen kann.

Unter der Voraussetzung, dass das E-Book aus einer legalen Quelle stammt, könne die Gesetzgebung eines Mitgliedstaates die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115 mit der Bedingung zu verknüpfen, dass die von der öffentlichen Bibliothek zur Verfügung gestellte digitale Kopie eines Buchs durch einen Erstverkauf oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung dieser Kopie in der Europäischen Union durch den Inhaber des Rechts zur Verbreitung an die Öffentlichkeit oder mit dessen Zustimmung iSv Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/29/EG

47 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Dr. 16/3959, S.45.

48 <http://rzblx1.uni-regensburg.de/ezeit/>.

49 BT-Dr. 16/3959, S. 45.

50 Abrufbar unter: [https://www.subito-doc.de/media/files/Eckpunkte%20\\_deutsch.pdf](https://www.subito-doc.de/media/files/Eckpunkte%20_deutsch.pdf).

51 EuGH (Dritte Kammer), Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht), GRUR 2016, 1266.

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in den Verkehr gebracht worden ist.

#### e) Fazit

Die bestehenden Vorschriften digitaler Nutzung enthalten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zahlreiche Unklarheiten, die z.T. auf die europarechtlichen Vorgaben der RL 2001/29, z.T. auf Kompromisse im deutschen Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen sind.

Auch wenn inzwischen eine gewisse Klärung durch höchstrichterliche Rechtsprechung erreicht und damit die Tragweite für die Nutzer verbessert werden konnte, haben sie nicht dazu beigetragen, das mit der Digitalisierung mögliche Nutzungspotential nachhaltig zu verbessern. Dies wurde durch die Umfrage unter den Bibliotheken und quantitativen Erhebungen der Studie von Haucap und Spindler bestätigt.<sup>52</sup>

Die Verbesserung des Zugangs zum digitalen Angebot ist vielmehr neben vorhandenen Verlagsangeboten mit Sonderkonditionen für Hochschulen vor allem der Ausbreitung von Campuslizenzen und dem ebenfalls auf einer Verlagslizenzierung beruhenden Dokumentenlieferungsdienst Subito zurückzuführen.

Unter Hinweis auf diese Verbesserungen wenden sich die Verlegerorganisationen, die im Gesetzgebungsverfahren für den 2. Korb und Musterprozessen die bestehenden Schranken zugunsten lizenzfreier wissenschaftlicher Nutzung bekämpft haben, auch gegen die zur Diskussion stehenden Überlegungen zur Einführung einer Wissenschaftsschranke.<sup>53</sup>

Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass ein Großteil Wissenschaftsverlage die Umstellung auf die Digitalisierung wissenschaftlicher Zeitschriften weitgehend abgeschlossen haben, aber ohne Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen nur zögernd bereit sind, Geschäftsmodelle zu entwickeln, die den digitalen Zugang zu angemessenen Bedingungen gewährleisten oder den freien Zugang fördern. Die Behauptung, die Zeitschri-

tenkrise sei der Unterfinanzierung des Bibliothekssystems zuzuschreiben<sup>54</sup> und nicht den Verlagen anzulasten, lässt sich angesichts der den marktbeherrschenden Oligopolen zuzuschreibenden Preissteigerungen der Zeitschriftenabonnements führender Wissenschaftsverlage nicht halten.

Deshalb wird auch der Vorrang von Verlagsangeboten gegenüber gesetzlichen Nutzungsregelungen, wie die Erfahrungen mit §§ 52a und 53a UrhG keine Lösung sein, wenn die Verlagsangebote nicht mit angemessenen Bedingungen für die Dokumentenlieferung bzw. elektronische Nutzung verbunden sind.<sup>55</sup>

Als Stellschrauben werden in der Literatur sowohl Einschränkungen des Inhalts der Verwertungsrechte der Urheber, als auch und vorrangig Beschränkungen der Verwertungsrechte für bestimmte Nutzungsarten und Nutzergruppen genannt.

Der vor allem von *Schack*<sup>56</sup> in die Diskussion gebrachte Vorschlag der Einschränkung von Verwertungsrechten ist jedoch wegen der damit verbundenen konventions- und unionsrechtlichen Konflikte und nicht absehbarer Tragweite verworfen worden.<sup>57</sup>

Deshalb werden Überlegungen zu einer Neufassung der Schranken lizenzfreier Nutzung weiterverfolgt.

#### 2. Bildungs- und Wissenschaftsschranke- Modelle und Einpassung in das Schrankensystem

Der in der rechtspolitischen Diskussion verwendete Begriff der Bildungs- und Wissenschaftsschranke hat keinen institutionalisierten Inhalt, sondern ist ein Sammelbegriff für Modelle für Forderungen, den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen lizenzfrei gegen eine Nutzungsentschädigung zu ermöglichen.<sup>58</sup>

##### a) Legislatisches Ziel

Als legislatisches Ziel haben die Länder zuletzt mit Beschluss des Bundesrats vom 18. März 2016 gefordert, noch fehlende Voraussetzungen für eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (ABWS) zu schaffen.<sup>59</sup> Dabei nimmt der Bundesrat auf seine Entschlie-

52 „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, die im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) von *Justus Haucap, Ina Loebert, Gerald Spindler* und *Susanne Thorwarth*, 2016, S.45 ff.

53 Die Vorgeschichte schildert anschaulich *Thomas Pflüger*, Ministerialrat im MWK Baden- Württemberg und Beauftragter der KMK in seinem Beitrag: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484.

54 So *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 271, 282 im für den Börsenverein erstellten Gutachten.

55 So zutreffend *Spindler et al.*, aaO. S. 78.

56 *Schack, Heimo*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff.

57 *De la Durantaye, Katharina*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Warum kurz springen, ZUM 2016, 475 ff. m.w. N.

58 Vgl. den zusammenfassenden Überblick bei *Kuhlen, Rainer*, Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, *De Gruyter, Information für Wissenschaft und Praxis* 2016-67 (1), 1 ff., 4 ff.

59 Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Schritte zu einem modernen, europäischeren Urheberrecht COM(2015) 626 final; Ratsdok. 15264/15, BR-Dr. 15/16.

ßung vom 20. September 2013 Bezug, in der er die Einführung einer das bisherige Schrankenregime ersetzenden ABWS gefordert hat, allerdings ohne konkretere Zielvorgaben zu benennen.<sup>60</sup>

Die dazu vorliegenden Vorschläge variieren, wie u.a. die Studie von *Katharina de la Durantaye, Justus Haucap, Gerald Spindler* Spindler et al. und die Aufsatzserie im Heft 6 ZUM 2016 zeigen, von einer allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke ohne und mit Regelbeispielen für erfasste Nutzer, Nutzungsarten und Nutzungszwecke, sog. mittleren Lösungen mit exemplarisch benannten Nutzungsarten und definierter Zweckbindung, bis zu Einzelfallregelungen mit Auffangklauseln. Ebenso variieren sie in der Frage des Verhältnisses zu kollektiven oder individuellen Verlagsangeboten und der Vergütungsmaßstäbe.

Exemplarisch für die erste Kategorie steht der Vorschlag der KMK<sup>61</sup>, ähnlich der Vorschlag von *Katharina de la Durantaye*<sup>62</sup>, für die mittlere Lösung von *Katharina Durantaye* in Betracht gezogene Optionen<sup>63</sup>, exemplarisch für die 3. Kategorie der Vorschlag von *Haimo Schack*.<sup>64</sup>

Es ist hier nicht der Raum, die im Detail stark variierenden Formulierungsvorschläge vorzustellen und einer Einzelanalyse zu unterwerfen.<sup>65</sup>

Stattdessen sollen nur die Grundelemente der Vorschläge, also betroffene Werke, privilegierte Nutzer, Nutzungsarten, Nutzungshandlungen, Nutzungszwecke und Nutzungsvergütung untersucht werden.

Ausgeklammert werden die unter dem Stichwort Bildungsschranke zusammengefassten Vorschläge für eine digitale Nutzung geschützter Werke im Schulunterricht und allgemeinen Bildungseinrichtungen.

#### b) Begünstigte Personen und Institutionen

Von den bestehenden Schrankenregelungen Begünstigte, d.h. zur Vornahme von Nutzungen Befugte sind bei der Vervielfältigung nach § 53 Abs.1 und 2 UrhG natürliche Personen zum privaten Gebrauch, zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch oder sonstigen eigenen Gebrauch, nach § 53

Abs. 3 UrhG auch Schulen, nichtkommerzielle Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie Berufsbildung für Zwecke der Veranschaulichung im Unterricht, Hochschulen einschließlich auch für Zwecke der Durchführung von Prüfungen.

Die gleichen Einrichtungen sind Begünstigte der Regelung über die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung nach § 52a UrhG.

Dagegen wird die Wiedergabe an digitalen Leseplätzen nach § 52b UrhG auf öffentliche Bibliotheken, Museen und Archive, der Kopienversand auf Bestellung auf öffentliche Bibliotheken beschränkt.

Die Vorschläge für eine Bildungs- Wissenschaftsschranke lassen bei der Bestimmung des begünstigten Adressatenkreises keine einheitliche Zielrichtung erkennen. Während Schack sich für eine einheitliche Regelung mit einem einheitlichen Adressatenkreis ausspricht, plädiert *de la Durantaye* für getrennte Regelungen für Bibliotheken, Archive und Museen, für die im Gegensatz zur allgemeinen Wissenschaftsschranke die privilegierten Nutzungsrechte ohne eine weitere Nutzungen erlaubende Generalklausel konkret beschrieben werden sollen.<sup>66</sup> Im Vorschlag der KMK werden als Privilegierte öffentliche Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind, benannt.<sup>67</sup> Allerdings behält der Vorschlag der KMK daneben die bisherige Schranke des § 53 UrhG mit kleineren Modifikationen bei.<sup>68</sup>

Eine einheitliche Regelung mit einem einheitlichen Adressatenkreis erscheint nur dann sinnvoll, wenn für diese im Wesentlichen gleiche durch die Schrankenregelungen privilegierte Nutzungshandlungen gelten. Dies ist aber, wie *de la Durantaye* überzeugend dargelegt hat nicht der Fall. Deshalb erscheint es sinnvoll, die allgemeine Bildungsschranke und die Sonderregelung für die unter dem Sammelbegriff „Infrastruktureinrichtungen“ zusammengefassten Institutionen zu trennen.<sup>69</sup>

Dies kann aber nicht bedeuten, dass die allgemeine Bildungsschranke die Nutzung von urheberrechtlichen Werken zum Zwecke der Bildung und Wissenschaft durch jedermann regelt.<sup>70</sup>

60 BR-Dr. 643/13, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes.

61 Vgl. dazu *Pflüger, Thomas*, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – »Dritter Korb«, ZUM 2010, 938; *ders.* Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484 ff.

62 *De la Durantaye, Katharina*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 214.

63 Optionen 2 und 3 bei *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 200; vgl. auch *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 269 f.

64 *Schack, Haimo* Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff., 282 ff.

65 Eine Zusammenstellung der Lösungsvorschläge findet sich bei *Haimo Schack*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff., sein eigener Lösungsvorschlag auf S. 282 ff.

66 *Schack*, ZUM 2016, ZUM 2016, 266, 273.; *de la Durantaye*, ZUM 2016, 475, 477.

67 *Pflüger*, ZUM 2010, 938, 944.

68 Vgl. *Pflüger*, ZUM 2010, 938, 940.

69 Vgl. *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 214.

70 So die unklare Formulierung und der irreführende Hinweis auf Schack bei *de la Durantaye*, ZUM 2016, 475, 477, Fn. 17; vgl. demgegenüber die eindeutigen Begrenzungen bei *Schack*, ZUM 2016, 266, 282.

Vielmehr sollte das Nutzungsprivileg, wie bisher in § 53 Abs. 2 UrhG für natürliche Personen nur für eigene, nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung beschränkt bleiben. Privilegierte Institutionen sollten Schulen, staatliche Hochschulen, öffentlich geförderte Forschungseinrichtungen und private Forschungs- und Bildungseinrichtungen ohne Erwerbszweck sein.

Die Einbeziehung der Forschung erwerbswirtschaftlicher Unternehmen würde dagegen den mit dem öffentlichen Interesse legitimierbaren Rahmen der Einschränkungen der Verwertungsrechte der Urheber sprengen.

#### c) Betroffene Werke

Schon das geltende Recht nimmt bei den Schrankenbestimmungen für die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG), für Lehr- und Forschungsplattformen (§52a UrhG), digitale Leseplätze (§ 52bUrhG) und für den Kopienversand eine Differenzierung nach Werkkategorien und zulässigem Umfang von Vervielfältigung, Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung und Kopienversand vor. Im Rahmen des § 53 UrhG wird dabei auf die verschiedenen Nutzungszwecke abgestellt. Ganze Werke können nur für den nicht kommerziellen privaten Gebrauch, mit Einschränkungen für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch kopiert werden, während sich die Zulässigkeit des sonstigen eigenen Gebrauchs auf kleinere Teile eines erschienen Werks oder einzelne Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften beschränkt.

§ 52a UrhG lässt lediglich die Einstellung kleinerer Teile eines Werkes oder von Einzelbeiträgen in Zeitschriften in eine Plattform zum Abruf für einen beschränkten Personenkreis und zur Veranschaulichung in konkreten Lehrveranstaltungen bzw. Nutzung für konkrete Forschungsprojekte zu. Dies schließt eine permanente Speicherung auf einer Lehr- und Forschungsplattform zum Abruf explizit aus.

§ 52b UrhG gestattet die Zulässigkeit der Wiedergabe ganzer Werke, bindet diese aber an die Voraussetzung, dass die Digitalisierung der Werke aus dem Bestand, d.h. vorhandener Printexemplare der Bibliothek, dem Archiv oder dem Museum erfolgt und limitiert die zulässigen Leseplätze auf die Zahl der vorhandenen Bestandexemplare.

§ 53a UrhG beschränkt dagegen sowohl den analogen als auch den digitalen Kopienversand auf kleinere Teile eines Werkes oder auf Einzelbeiträge in Zeitungen und Zeitschriften.

Mit dieser Differenzierung wird den konventionsrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben, der sog. Dreischrankenklauseel Rechnung getragen, die fordern, dass Schranken nur in Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werkes, d.h. deren Verkauf auf dem Markt, nicht beeinträchtigt werden.<sup>71</sup>

In allen Schrankentatbeständen wird davon ausgegangen, dass das eingeräumte Nutzungsprivileg keine erheblichen Umsatzeinbuße des geschützten Werks zur Folge hat, weil der privilegierte Nutzer das Werk oder die einzelnen Beiträge nicht entgeltlich erwerben würde bzw. die privilegierte Einrichtung des Werk oder die Zeitschrift bereits in einem oder mehreren Exemplaren entgeltlich erworben hat und für den normalen Leihverkehr zur Verfügung stellen würde.

Ungeachtet dessen wird in allen Entwürfen für eine Wissenschaftsschranke die Aufhebung der Limitierung auf kleinere Teile eines Werkes aus Gründen der Rechtssicherheit verzichtet.<sup>72</sup> Eine Ausnahme bilden Schul- und Lehrbücher und Datenbanken, deren Elemente mithilfe elektronischer Mittel zugänglich sind.<sup>73</sup>

Schul- und Lehrbücher wären bei Zulässigkeit freier Zugänglichmachung und Nutzung besonders im Absatz betroffen, für Lehrbücher mit aufwendigem Herstellungsprozess wie anatomische Atlanten oder andere medizinische Lehrbücher bedeuten sie im Regelgefall das aus.

Die vollständige Verwendung eines Werkes für digitale Nutzungshandlungen bedarf daher aus unionskonventionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen besonderer Rechtfertigung. Die Behauptung von Kühlen, der Begriff der normalen Verwertung müsse von der analogen auf die digitale Welt übertragen werden, wird dem Schutzzweck des sog. Dreistufentests nicht gerecht und würde diesen ins Leere laufen lassen.

Die Auswirkungen freier digitaler Nutzung ganzer Werke können bei der Anwendung des Dreistufentests daher nicht ausgeblendet werden. Viel spricht dafür, die bisherige Differenzierung betroffener Werke nach Nutzungshandlungen (Vervielfältigung, Zugänglichmachung, elektronischer Versand) wegen ihrer unterschiedlichen Auswirkungen auf die Rechte der Urheber und sonstiger Rechteinhaber beizubehalten.

#### d) Privilegierte Nutzungshandlungen und Nutzungszwecke

Die Digitalisierung ermöglicht neben der digitalen Vervielfältigung und Speicherung als Nutzungshandlungen

71 Art. 5 Abs. 3 RL 2001/29 EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS.

72 *De la Durantaye, Katharina*, ZUM 2016, 475, 478, dies., *Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke*, 2014, S. 228 f.; *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 277, allerdings mit Einschränkungen beim Kopienversand; *Pflüger, Thomas* (MWK BW, KMK), ZUM

2010, 938, 944; *Kühlen, Rainer* (Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft) ZUM 2016, 507, 509.

73 Vgl. *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 282. Vorschlag zu § 52a Abs. 3 S. 2 bzw. § 52a Abs. 2 S. 1.

vor allem die öffentliche Zugänglichmachung und den Abruf von Werken, aber auch die digitale Recherche und das Zusammenführen von Daten und Texten.

Ein erheblicher Teil wird bereits in den bestehenden Schrankenbestimmungen der §§ 52a und b, 53 und 53a UrhG erfasst, aber mit den geschilderten zahlreichen Einschränkungen sachlicher, zeitlicher personeller und auf bestimmte Nutzungszwecke festgelegter Art verbunden.

Damit werden nach überwiegender Auffassung die mit der Digitalisierung möglichen Potentiale der Nutzung wissenschaftlicher Werke für Zwecke von Forschung und Lehre nicht ausgeschöpft und wegen der zahlreichen Unklarheiten der Tatbestände auch nicht genutzt.<sup>74</sup>

Als Konsequenz dessen wird in den einzelnen Vorschlägen entweder einer Generalklausel ein Katalog einzelner Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen exemplarisch beigelegt<sup>75</sup> oder einem Einzelkatalog von Nutzungszwecken und Nutzungshandlungen eine generalklauselartige formulierte Auffangklausel für nicht erfasste Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen angehängt.<sup>76</sup>

Die Debatte über die bessere Regelungstechnik wird überschätzt. Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit sind vorrangig von der begrifflichen Klarheit des Inhalts, der Nutzungszwecke und der Begrenzungen der Nutzungshandlungen abhängig, die zugleich die Auslegungskriterien für die Generalklauseln sind.<sup>77</sup>

Unter diesem Aspekt eröffnet der Vorschlag des Aktionsbündnisses »Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft«<sup>78</sup> wegen seiner nahezu unbegrenzten Nutzungsprivilegierungen nicht kommerzieller Lehre und Forschung zahlreiche Interpretationsspielräume und trägt damit nicht zu einer Verbesserung der bei den bisherigen Regelungen vermissten Rechtssicherheit bei.

Gleiches gilt für den Vorschlag der KMK.<sup>79</sup> Demgegenüber zeichnet sich der Vorschlag von Schack<sup>80</sup> durch eine klare Beschreibung der privilegierten Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen aus.

Privilegierte Nutzungshandlungen sind nach dem Vorschlag von Schack die nicht kommerzielle Nutzung (Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe gemäß §§ 19 Abs. 4, 19a, 21, 22) von veröffentlichten Werken in einem durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigten Umfang, ausschließlich für einen bestimmten abgegrenzten Kreis von Personen 1. zur Begleitung und Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrich-

tungen (Schulen, Hochschulen, Berufsschulen und Einrichtungen der frühkindlichen und Erwachsenenbildung), einschließlich des Fernunterrichts und der Prüfungen; 2. für deren eigene wissenschaftliche Forschung. Mit Ausnahme von Schul- und Lehrbüchern zulässig ist die nicht kommerzielle Vervielfältigung von Werken in einem durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigten Umfang auch 1. zu privaten Bildungs- und Studienzwecken; 2. zur Sicherung und Erschließung der Bestände öffentlich zugänglicher Sammlungen (Bibliotheken, Museen, Archive), die keinen kommerziellen Zweck verfolgen.

Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes durch öffentliche Bibliotheken, sofern die Nutzung durch den Besteller nach dieser Vorschrift oder nach § 53 zulässig ist. Zur wissenschaftlichen Forschung und zu privaten Bildungs- und Studienzwecken dürfen Werke aus dem Bestand von öffentlich zugänglichen Sammlungen in deren Räumlichkeiten an eigens hierfür eingerichteten Terminals zugänglich gemacht werden, solange dadurch den Nutzern keine digitalen Vervielfältigungen ermöglicht werden.

Wesentlich ist, dass der zugelassene Download von dem privilegierten Nutzer nicht für eine Weiterverbreitung und öffentliche Zugänglichmachung genutzt werden dürfen.

Unter der Voraussetzung, dass die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht unzumutbar verletzt werden, können nach dem Gesetzesvorschlag von Schack zu den in Abs. 1 und 2 genannten Zwecken und im dort genannten Umfang in besonderen Fällen auch Werke in neuen Nutzungsarten und unter Beachtung von § 12 auch unveröffentlichte Werke genutzt werden.

Der Vorschlag von *de la Durantaye* beinhaltet einen Mittelweg zwischen den Vorschlägen der KMK und der Allianz.

Gegenstand des Nutzungsprivilegs sind alle veröffentlichten Werke. In dem auf individuelle Personen ausgerichteten Vorschlag werden die Normadressaten nicht genannt. Zulässige Nutzungshandlungen sind „die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen oder für Zwecke der

74 So Kühlen, Rainer, aaO.

75 Favorisiert von *de la Durantaye*, ZUM 2016, 475, 477.

76 Favorisiert von *Schack*, ZUM 2016, 266, 277.

77 Vgl. dazu auch *Staats, Roberts*, Schranken für Bildung und Wissenschaft – Drei Anmerkungen aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 499, zu den Vorschlägen von *de la Durantaye* und *Schack*,

aa. *de la Durantaye*, ZUM 2016, 475, 477, die eine Generalklausel mit Regelbeispielen vorzieht.

78 *Kühlen, Rainer* (Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft) ZUM 2016, 507, 509.

79 *Pflüger, Thomas* (MWK BW, KMK), ZUM 2010, 938, 944.

80 ZUM 2016, 266, 282.

wissenschaftlichen Forschung, wenn und soweit die Nutzung in ihrem Umfang durch den jeweiligen Zweck geboten ist und keinen kommerziellen Zwecken dient.“ Exemplarisch dafür werden genannt: „1. durch den Unterrichtenden zur Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, 2. Prüfungen, 3. als Element einer Sammlung, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist, 4. Die eigene Unterrichtung über den Stand der wissenschaftlichen Forschung und 5. die automatisierten Analyse des Informationsgehalts auch ganzer, bereits in elektronischer Form befindlicher Werke, wenn die Vervielfältigung einen integralen und wesentlichen Teil des Verfahrens darstellt.“<sup>81</sup>

Zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung soll auch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werke zulässig sein. §§ 12 bis 14 bleiben unberührt. Das bedeutet aber, dass dafür eine Zustimmung des Urhebers erforderlich ist.

Die Vorschläge stellen eine erhebliche Erweiterung der bisherigen Schranken dar. Z.B. wird die Nutzung elektronischer Lehrplattformen auf den Zweck der Nachbereitung des Unterrichts erweitert und damit eine zeitlich unbegrenzte Speicherung zum Abruf ermöglicht.

Die digitale Vervielfältigung ganzer Werke für wissenschaftliche Zwecke geht über den Rahmen des § 53 Abs. 2 und 3 UrhG geltender Fassung hinaus. Die Digitalisierung und Zugänglichmachung von Bibliotheksbeständen wird wie bisher auf Leseplätze in der Bibliothek beschränkt, aber nicht an die Zahl der Bestandsexemplare gebunden.

#### e) Neuerungen gegenüber den bisherigen Schrankenregelungen

Alle vorliegenden Vorschläge für eine Bildungs- und Wissenschaftsschranke greifen auf Begrifflichkeit, Formulierung der Tatbestände, Nutzungszweck, berechtigter Personenkreis, Nutzungshandlungen und Beschränkungen der bisherigen Schrankenregelungen zurück.

Die Neuerungen bestehen vor allem in der Zusammenfassung und Weiterentwicklung in einer, nur im Falle des Vorschlags von de la Durantaye in zwei Schrankenbestimmungen für Bildungs- Wissenschafts- und wissenschaftliche Infrastruktureinrichtungen.

Der Vorschlag des Aktionsbündnisses für Bildung und Wissenschaft,<sup>82</sup> der Vorschlags der KMK,<sup>83</sup> der Allianz<sup>84</sup> und von *la Durantaye*<sup>85</sup> stellt gegenüber den bestehenden Regelungen eine erhebliche Erweiterung der Nutzungsprivilegierung für nicht kommerzielle Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen dar. Dies gilt sowohl für die Erstreckung auf ganze Werke, als auch Nutzungszwecke neue Nutzungszwecke wie das Data-Mining und die an die Regelung des § 46 Abs. 1 UrhG angelehnte, auch auf Hochschulen ausgedehnte Aufnahme geschützter Werke in Sammlungen, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist. Begrenzendes Merkmal ist bei diesen Vorschlägen nur das „Gebotensein“ für den jeweiligen Nutzungszweck.

Demgegenüber zeichnet sich der Vorschlag von Schack durch eine an den bisherigen Regelungen orientierte Beschreibung der Nutzungshandlungen und Nutzungszwecke aus.

Die generalklauselartig formulierten Vorschläge sind mit erheblichen Interpretationsspielräumen und deshalb auch mit erhöhter Rechtsunsicherheit verbunden.

#### f) Konventions- unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Legitimation

Die Ausweitung der Handlungsspielräume für den Wissenschaftsbetrieb zu Lasten der Urheber stellt einen Eingriff dar, der auf dem Prüfstand sowohl des Konventions- und Unionsrechts als auch des Verfassungsrechts unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots und der Vereinbarkeit mit Art.14 GG Bestand haben muss. Die Legitimation des Eingriffs ist dabei von der Frage der Entschädigung zu trennen.

Im Konventionsrecht und Unionsrecht sehen die meisten Autoren keine Hindernisse für die Einführung einer generalklauselartig gefassten Bildungs- und Wissenschaftsschranke. Teilweise wird sogar behauptet, Art. 5 der RL 2001/29 ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu.<sup>86</sup> Damit wird die Funktion des sog. Dreistufentests verkannt, der für die Ausgestaltung der in Art. 5 Abs.1-4 der Richtlinie genannter Schrankenregelungen eingrenzende Voraussetzungen eines angemessenen von Urheberinteressen und Interessen der Allgemeinheit enthält, der auch eine wirtschaftliche Entschädigung für den Eingriff umfasst.<sup>87</sup> Sie widerspricht zudem ständiger Rechtsprechung des EuGH.<sup>88</sup>

81 § XX Abs. 1.

82 Wiedergegeben bei Schack, ZUM 2016, 266, 267.

83 Wiedergegeben bei Schack, ZUM 2016, 266, 267.

84 Wiedergegeben bei Schack, ZUM 2016, 266, 267.

85 Wiedergegeben bei Schack, ZUM 2016, 266.

86 So Haucap- Spindler et al., S. 80.

87 So auch Haucap- Spindler et al., aaO.

88 EuGH, Urt. v. 10.6.2016 - Rs. C 470/14 - Egeda-; Urt. v. 12.11.2015 - Rs. C-572/13 - Reprobel-.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG stellen das Urheberrecht und die mit ihm verbundenen Nutzungsrechte Eigentum i.S. von Art. 14 Abs. 1 GG dar.<sup>89</sup> Der Urheber hat nach dem Inhalt der verfassungsrechtlichen Garantie des geistigen Eigentums einen grundsätzlichen Anspruch auf Zuordnung des wirtschaftlichen Nutzens seiner geistig-schöpferischen Leistung.<sup>90</sup>

Dabei ist es nach dem Leitsatz des Beschlusses des BVerfG in Sachen Schulbuchverlag vom 7. Juli 1971 Aufgabe des Gesetzgebers, „im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, dass geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch aufgenommen werden dürfen, nicht aber, dass der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss (§ 46 UrhG).

Bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Schranke habe der Gesetzgeber nicht nur Individualbelange zu sichern, sondern er muss „den Bereich des Einzelnen und der Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich bringen.

„Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, dass geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen aufgenommen werden dürfen, nicht aber, dass der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss (§ 46 UrhG).<sup>91</sup>

#### g) Gesetzliche Vergütungsansprüche

Zu den Kernelementen des Urheberschutzes gehört nach § 11 S. 2 UrhG eine angemessene Vergütung des Urhebers und sonstigen Rechteinhabers für die Nutzung seines Werks. Dies gilt als Vorgabe sowohl für das Urhebervertragsrecht als auch für die erlaubnisfreie Nutzung im Rahmen von Schrankenregelungen. Dieses Prinzip ist im Konventionsrecht (Art. 9 Abs. 2 RBÜ). Unionsrecht (Art. 5 Abs.3 RL 2011/29 EU verankert, letztlich aber

Ausfluss des Eigentumsschutzes nach Art. 14 GG, Art. 17 RCh. In seiner Schulbuchentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die mit der Schranke verbundene Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Werts der geschützten Leistung zu einer wesentlichen Beeinträchtigung führe, „wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung nicht durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird. Daher könne der Ausschluss des Vergütungsanspruchs nicht durch jede Gemeinwohlerwägung gerechtfertigt werden, insbesondere reicht das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken nicht aus.“<sup>92</sup> Ein Ermessen des Gesetzgebers, eine Vergütungspflicht auszuschließen, besteht nur in einem engen Rahmen, z.B. in Fällen nicht messbarer oder geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten.<sup>93</sup>

Die von *Kuhlen*<sup>94</sup> und dem Aktionsbündnis Wissenschaft erhobene Forderung einer Vergütungsfreien Wissenschaftsschranke ist daher unionsrechts- und verfassungswidrig. Dass wissenschaftliche Autoren im Regelfall in öffentlich geförderten Wissenschaftseinrichtungen tätig sind, Rechtfertigt keine Freistellung von der Vergütungspflicht, da aufgrund der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis keine gesetzliche Lizenz zur Nutzung ihrer Werke abgeleitet werden kann.

Dem gleichen Einwand sind Vorschläge ausgesetzt, die eine Vergütungspflicht nur auf bestimmte Nutzungshandlungen wie die öffentliche Zugänglichmachung, Aufnahme von Sammlungen und deren Verbreitung beschränken wollen.<sup>95</sup>

Für die Mehrzahl der Nutzungshandlungen sehen allerdings die Vorschläge von *de la Durantaye*, der KMK, der Allianz und *Schack*, wie die bisherigen Schrankenbestimmungen, eine angemessene Vergütung für den Urheber vor, die nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann.<sup>96</sup> *Schack* und die KMK schlagen dafür als Bemessungsmaßstab eine werk- und benutzungsbezogene, an den wirtschaftlichen Auswirkungen für die Rechteinhaber orientierte Regelung vor.<sup>97</sup> Das Ausmaß der Entschädigung ist damit vom Umfang der Beeinträchtigung der Verwertung der betroffenen Werke auf dem Markt abhängig.

89 Vgl. BVerfGE 31, 229 [239] = NJW 1971, 2163; BVerfGE 49, 382 [392] = NJW 1979, 2029; BVerfGE 77, 263 [270] = NJW 1988, 1371; BVerfGE 79, 29 [40f.] = NJW 1992, 1307; BVerfGE 81, 12 [16] = NJW 1990, 896.

90 Vgl. BVerfGE 49, 382 [400] = NJW 1979, 2029.

91 BVerfGE 31, 229 ff., 242 ff. - 1 BvR 765/66 -.

92 BVerfG aaO., 243.

93 BVerfG, Urteil v.31. Mai 2016, - 1 BvR 1585/13 - „Sampling“-Rn.79 ff.

94 Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, De Gruyter, Information für Wissenschaft und Praxis 2016-67 (1). 1 ff., 7 sowie deren Vorschlag zu § 45b Abs. 2 UrhG.

95 So der Vorschlag von *de la Durantaye*, §§ XX Abs. 4.

96 *De la Durantaye*, §§ XX, Abs. 4; KMK, § 52a Abs. 4, Allianz, § 45 b Abs. 4 UrhG, *Schack*, § 52a Abs. 6 UrhG.

97 KMK § 52a Abs. 4 UrhG, *Schack*, § 52 a Abs. 6 UrhG.



Wie die Erfahrungen mit den Kopiervergütungen, vor allem für die Vergütungen für elektronische Plattformen und digitale Leseplätze gezeigt haben, stoßen diese Kriterien an die Grenze der Praktikabilität. Mit den Geräteabgaben und an Seitenzahlen bemessenen Kopiervergütungen werden Hilfsgrößen eingeführt, die zwar einen Zusammenhang zum Nutzungsumfang, aber nicht zu den schwer einzuschätzenden Absatzeinbußen herstellen. Auf diese Hilfsgrößen wurde deshalb auch bei den Gesamtverträgen zu §§ 52a und b UrhG Bezug genommen.

Erhebliche Missverständnisse und scharfe Kritik hat die Feststellung der Studie von Haucap und Spindler ausgelöst, die Einführung einer allgemeinen Wissenschaftsschranke führe nicht zu ökonomischen Einbußen für Verlage und Urheber, weil die Verlage die Absatzeinbußen durch Preiserhöhungen oder Verlagerungen auf den Zugang zu Datenbanken oder einmaligen Content-Angeboten kompensieren könnten.<sup>98</sup> Diese These wurde zu Recht als realitätsfremd kritisiert, da allenfalls Verlage mit einer marktbeherrschenden Position unter Voraussetzung geringer Angebots- und Nachfragesubstituierbarkeit eine Preiserhöhung durchsetzen können.<sup>99</sup>

h) Subsidiarität gegenüber Verlagsangeboten bzw. vertraglichen Vereinbarungen

Die Frage der Subsidiarität einer gesetzlichen Wissenschaftsschranke gegenüber Verlagsangeboten oder vertraglichen Vereinbarungen zwischen Verlegern, Verlegervereinigungen, Wissenschaftseinrichtungen oder deren Vereinigungen wird nach den Erfahrungen mit den bestehenden Schrankenregelungen, die zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten geführt haben,<sup>100</sup> kontrovers beurteilt.<sup>101</sup>

Für eine Lösung spricht vordergründig, dass eine privatautonome Regelung einer gesetzlichen Regelung vorzuziehen ist, weil sie – Gleichheit der Verhandlungsposition der Vertragsparteien vorausgesetzt – zu einem Interessenausgleich führt. Dagegen spricht allerdings, dass keine der Parteien ohne flankierende gesetzliche Regelungen wie den Bestimmungen über Wahrnehmungsverträge zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzervereinigungen zu einem Vertragsschluss gezwungen werden können.

Die Subsidiarität einer Wissenschaftsschranke gegenüber Vertragsangeboten von Verlagen hätte zur Folge, dass die Nutzerseite ohne das Erfordernis angemesse-

ner Vertragskonditionen dem Diktat der Verlage ausgesetzt wäre. Wie die Erfahrungen mit der Regelung der §§ 52a und b sowie § 53a UrhG gezeigt hat, ist die Angemessenheit für den Nutzer mangels Vergleichsbasis entweder schwer zu beurteilen oder wird kontrovers beurteilt. Eine Regelung dieses Inhalts führt entweder dazu, dass eine Nutzung unterbleibt oder jahrelange Rechtsstreitigkeiten zur Folge hat.

Das spricht dafür, in einer Wissenschaftsschranke von der Subsidiarität von Verlagsangeboten Abstand zu nehmen.<sup>102</sup>

Eine gesetzliche Wissenschaftsschranke sollte aber kein Hindernis sein, für die Nutzerseite gegenüber der gesetzlichen Regelung günstigere Nutzungsregelungen abzuschließen.

#### IV. Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft.<sup>103</sup>

Der am 13. Januar 2017 vorgelegte Referentenentwurf folgt der hier vorgeschlagenen Linie, die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen, nach Nutzungsberechtigten, Nutzungsgegenstand und Nutzungsarten zu regeln.

Dieses Vorgehen wird zutreffend mit einer sorgfältigen Analyse der bestehenden konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben für gesetzlich erlaubte Nutzungen begründet.<sup>104</sup> Im Hinblick auf die noch nicht absehbare Revision der unionsrechtlichen Bestimmungen zu erlaubnisfreien Nutzungen durch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt vom 14. September 2016 hat das Bundesjustizministerium entschieden, die Reform der Vorschriften über gesetzliche Erlaubnisse auf Grundlage des derzeit geltenden Unionsrechts durchzuführen.<sup>105</sup>

Im Kern enthält der Referentenentwurf eine systematische Neuordnung der derzeit auf eine Vielzahl gesetzlich erlaubter Nutzungen zugunsten von Unterricht und Wissenschaft verstreuter Einzeltatbestände der §§ 44a UrhG. Soweit nach derzeitigem Unionsrecht zulässig, erweitert der Entwurf zugleich die Erlaubnistatbestände, um insbesondere die Potenziale von Digitalisierung und Vernetzung für Unterricht und Wissenschaft besser zu erschließen. Zu-

98 Haucap- Spindler et al. S. 122 ff., 133.

99 Siebeck, Georg, Die Verleger wurden gar nicht erst gefragt, FAZ v. 10.9.2016.

100 Vgl. BGH GRUR 2013, 503- Elektronische Leseplätze I.

101 Vgl. dazu insbesondere Ohly, Ansgar, Gutachten für den DJT 2014, F 79 ff.

102 So zutreffend Ohly, Gutachten F 80.

103 Abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_UrhWissG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

104 Referentenentwurf unter IV, S. 20 ff.

105 Referentenentwurf unter IV 2 g, S. 24.

gleich werden die Nutzungstatbestände auf weitere Werkskategorien und verwandte Schutzrechte erweitert.

### 1. Übersicht<sup>106</sup>

Die §§ 60a bis 60h UrhG in der Entwurfsfassung (UrhG-E) umfassen die Vorschriften für Unterricht und Lehre (§ 60a), Unterrichts- und Lehrmedien (§ 60b), Wissenschaftliche Forschung (§ 60c), eine neue Vorschrift für das sog. Text und Data Mining, (§ 60d) und Institutionen wie Bibliotheken (§ 60e) und Archive (§ 60f).

Jede Anwendergruppe findet also künftig einen eigenen Tatbestand mit konkreten Angaben zu Art und Umfang der gesetzlich erlaubten Nutzungen vor. Gleichzeitig entfallen diverse, bislang für sie bestehende Bestimmungen entweder vollständig (§§ 47, 52a, 52b, 53a UrhG) oder teilweise (z. B. in § 46 UrhG sowie in der „Privatkopierschranke“ des § 53 UrhG). Viele Begrenzungen aus dem früheren Recht entfallen, z.B. das Tatbestandsmerkmal der „Gebotenheit“ in § 52a UrhG.

#### a) Unterricht und Lehre (§ 60a UrhG-E)

Die Erlaubnis für die Vervielfältigungen (bisher § 53 Abs. 2 Nr.1 UrhG) und für die Nutzung über das Intranet für den Unterricht (§ 52a UrhG) wird für alle Bildungseinrichtungen – also Schulen und Hochschulen – in einer Norm zusammengefasst. Die Vorschrift bestimmt, dass 25 Prozent eines Werkes genutzt werden dürfen. Diese Grenze orientiert sich an bisherigen Gesamtverträgen für die öffentliche Zugänglichmachung. Begrenzungen aus dem bislang geltenden Recht entfallen, z. B. das Verbot, vervielfältigte Materialien öffentlich wiederzugeben.

#### b) Unterrichts- und Lehrmedien (§ 60b UrhG-E)

Für die Hersteller von Unterrichts- und Lehrmedien, wie z. B. Schulbücher, entfallen diverse Formvorschriften wie § 46 Abs.1 UrhG derzeitiger Fassung.

#### c) Wissenschaftliche Forschung (§ 60c UrhG-E)

Es wird im Vergleich zu § 52a UrhG derzeitiger Fassung eine separate Erlaubnis für die Herstellung von Kopien, deren Verteilung und die Online-Nutzung für die nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung eingeführt; bis zu 25 Prozent eines Werkes dürfen hierbei grundsätzlich genutzt werden. In einigen Fällen sind darüber hinausgehende Nutzungen zulässig.

#### d) Text und Data Mining (§ 60d UrhG-E)

Der Entwurf regelt erstmals das Text und Data Mining, bei dem eine Vielzahl von Texten, Daten, Bildern und

sonstigen Materialien ausgewertet werden, um so neue Erkenntnisse zu gewinnen. Die Vorschrift erlaubt insbesondere die mit dieser Methode einhergehenden Vervielfältigungen, sofern diese in urheberrechtlich relevanter Weise das Vervielfältigungsrecht berühren, sowie die Aufbewahrung der ausgewerteten Materialien, insbesondere zur nachträglichen Überprüfung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards.

#### e) Bibliotheken (§ 60e UrhG-E)

Für Bibliotheken wird ein eigener umfangreicher Erlaubniskatalog eingeführt, der ihnen für bestimmte Fälle erlaubt, Kopien herzustellen und diese im Zusammenhang mit Restaurierungen auch zu verbreiten und zu verleihen. Ausstellungsinformationen und Bestandsdokumentationen von Kunstwerken dürfen weitergegeben werden. Die überarbeitete Vorschrift zur Nutzung von Beständen der Bibliothek an Terminals enthält auch eine Regelung zu den erlaubten Anschlusskopien. Zudem reformiert die Norm den Kopienversand technologieneutral und ohne Vorrang von Verlagsangeboten. Damit entfällt die bisher notwendige Recherche der Bibliotheken.

#### f) Archive, Museen und Bildungseinrichtungen (§ 60f UrhG-E)

Auch anderen Einrichtungen, die bedeutsam sind für das kulturelle Erbe und die Bewahrung und Vermittlung von Wissen, nämlich den nicht-kommerziellen Archiven sowie den nicht-kommerziellen öffentlich zugänglichen Museen und Bildungseinrichtungen, werden im Wesentlichen die gleichen Nutzungen erlaubt wie den Bibliotheken. Lediglich der Kopienversand bleibt allein den Bibliotheken vorbehalten.

Die genannten Erlaubnistatbestände stehen nicht zur Disposition durch vertragliche Vereinbarungen, sondern sind nach § 60f E als zwingende Einschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte der Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte ausgestaltet.<sup>107</sup>

### 2. Vergütungsregelungen

Zum Ausgleich für Nutzungen im Bereich der gesetzlichen Schranken erhält der Urheber nach § 60h UrhG-E grundsätzlich eine angemessene Vergütung, und zwar auch dort, wo das Unionsrecht eine Vergütung nicht zwingend verlangt. In Abweichung zum bisherigen § 54a UrhG ist vorgesehen, dass eine pauschale Festlegung der Vergütung auf Basis von Stichproben über die Werknutzung genügt, um eine angemessene Vergütung zu ermitteln. Damit versucht der Gesetzgeber den Erfah-

<sup>106</sup> Vgl. Referentenentwurf, unter III 2, S. 19 ff., Einzellexegese Referentenentwurf unter B 4, S. 34 ff.

<sup>107</sup> Referentenentwurf unter III 5, S. 20.

rungen mit der bisherigen Vergütungsregelung, insbesondere den Schwierigkeiten einer Abrechnung auf der Basis der Einzelerfassung Rechnung zu tragen.<sup>108</sup>

### 3. Bewertung

Der Entwurf stellt gegenüber der bisherigen Rechtslage einen erheblichen Fortschritt dar. Das legislatorische Ziel: Nutzerfreundliche, möglichst konkrete Tatbestände, Verzicht auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe wird erreicht. Die an Nutzern und Nutzungshandlungen orientierten Tatbestände verbessern die Transparenz erlaubter Nutzungshandlungen. Die am geltenden Konventionsrecht und Unionsrecht orientierte vorsichtige Erweiterung der Nutzungstatbestände bewegt sich innerhalb des gebotenen Rahmens eines fairen Interessenausgleichs zwischen Urhebern, Inhaber verwandter Schutzrechte, Verleger und Nutzer.

Die vorgesehene Vergütungsregelung kommt den Nutzerinteressen entgegen. Sie muss bei der Ausgestaltung den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts zur Bemessung der Vergütungssätze genügen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar betont, dass die Festlegung der Vergütungssätze im Einzelnen ein Akt wertender Entscheidung ist.

„Richtlinien, aus denen „das“ angemessene Gesamtaufkommen nach Art einer Berechnung pfenniggenau abgeleitet werden könnte und die allein schon wegen der Verlässlichkeit ihrer Prämissen eine angemessene Zuordnung der privaten Werknutzung garantieren würden, gibt es nicht.“ Gleichwohl fordert das Bundesverfassungsgericht für eine Verfassungskonforme Gestaltung eine Vergütung, „die der Nutzung in etwa angemessen ist“.<sup>109</sup>

## V. Fazit

Der Zugang zu veröffentlichten Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung ist essentiell für den Fortschritt und die Selbstkontrolle der Wissenschaft.

Die Digitalisierung hat die gesamte arbeitsteilige Wertschöpfungskette wissenschaftlicher Forschung von der Entstehung bis zur Publikation ihrer Ergebnisse nachhaltig verändert.

Sie eröffnet für das wissenschaftliche Publikationswesen neue Chancen und erfordert eine Anpassung der Herstellung und ihres Vertriebs von Publikationen.

Ungeachtet weitreichender Umstellungen auf der Seite der wissenschaftlichen Autoren, der wissenschaftlichen Verlage und der Bibliotheken werden die Potentiale der Digitalisierung für den Zugang zu den Ergebnis-

sen wissenschaftlicher Forschung für Zwecke von Forschung und Lehre nicht ausgeschöpft.

1. Als Hindernis wird vor allem das Geschäftsmodell des entgeltlichen Vertriebs von Zeitschriften angesehen (sog. Bezahlschranke), das aufgrund exponentieller Preissteigerungen führender marktmächtiger Wissenschaftsverlage die traditionelle Literaturversorgung durch wissenschaftliche Bibliotheken überfordert.

Die weltweit organisierte Open-Access-Bewegung fordert deshalb eine Umstellung der bisherigen Geschäftsmodelle mit dem Ziel eines freien Zugangs.

Es besteht Einigkeit über die Ziele, aber erhebliche Uneinigkeit über die Wege.

Eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten der Wissenschafts- und Wissenschaftsförderinstitutionen sollte zur Erkenntnis führen, dass diese Umstellung nur in Kooperation mit den etablierten Wissenschaftsverlagen erfolgen kann.

Dies gilt für den sog. goldenen Weg, d.h. die Publikation in elektronischen Zeitschriften mit freiem Zugang, die statt der Vertriebsentgelte durch Publikationsentgelte bezahlt werden.

Dies gilt auch für den in einer längeren Übergangsphase erforderlichen grünen Weg, bei dem der Verzicht auf Vertriebsentgelte möglich ist, wenn die Autoren oder Wissenschaftseinrichtungen Publikationsentgelte an den Verlag entrichten.

Wie die Erfahrungen mit Universitätsverlagen zeigen, sind einzelne Universitäten mit der Aufgabe eines wissenschaftlichen Verlages personell und finanziell überfordert.

Dies trifft im Grundsatz auch für wissenschaftliche Fachgesellschaften zu, die sich aus gleichen Gründen aus dem Betrieb eigener Verlage zurückgezogen, ihre Rechte auf kommerzielle Verlage übertragen haben und nur noch als Herausgeber fungieren.

Eine Verbesserung des Open-Access ist auch durch die sog. Zweitveröffentlichung in einer öffentlich oder für nicht kommerzielle Wissenschaftseinrichtungen erreichbar.

Die Verankerung eines obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht zugunsten wissenschaftlicher Autoren nach § 38 Abs. 4 UrhG ist dafür eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung. Adressatenkreis und Gegenstand des Zweitveröffentlichungsrechts bedürfen einer Änderung, die die Diskriminierung der Wissenschaft und Wissenschaftler wissenschaftlicher Hochschulen beseitigt.

Eine gesetzlich angeordnete oder in Förderbedingungen öffentlich finanzierter Forschungsfördereinrich-

108 Begründung unter III 5. S.20.

109 BVerfGE 79, 1, 25.

tungen zwingend vorgeschriebene Zweitveröffentlichungspflicht ist verfassungsrechtlich nicht zulässig. Die individuelle Wissenschaftsfreiheit umfasst nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch die Entscheidung des Autors über das Publikationsorgan, da von dessen Ansehen und Reichweite der Erfolg wissenschaftlicher Arbeit abhängt.

Wegen ihrer Rückwirkung auf die Erstveröffentlichung gilt dies auch für die Modalitäten Zweitveröffentlichung.

Die grundsätzlich anzustrebende Zweitveröffentlichung ist daher nur im Konsens mit dem Autor möglich, der aber durch geeignete Anreize, vor allem durch Einrichtung entsprechender Datenbanken mit wissenschaftlicher Qualität und wissenschaftlichem Ansehen gefördert werden kann.

2. Open-Access und Wissenschaftsschranke stehen in einer Wechselbeziehung. Mit dem Fortschritt der Open-Accessmodelle wird eine Wissenschaftsschranke entbehrlich.

Die in der Koalitionsvereinbarung vereinbarte, vom Bundesrat schon in der vergangenen Legislaturperiode geforderte Einführung einer Bildungs- und Wissen-

schaftsschranke ist als rechtspolitisches Anliegen angesichts der aufgezeigten Defizite der bisherigen Schrankenregelungen der §§ 52a und b, 53, 53a UrhG zwar grundsätzlich berechtigt. Die Inhalte der dazu vorliegenden Vorschläge weisen auch in die richtige Richtung, bedürfen aber eines weiteren Abgleichs, um eine angemessene Balance der Verlegerinteressen und Nutzerinteressen zu erreichen. Vorzuziehen ist ein Regelungsmodell, in dem die Nutzungshandlungen auf der Basis der bisherigen Regelungen konkret beschrieben werden und das eine Öffnungsklausel für unbekannte Nutzungen enthält.

Eine angemessene, am zu erwartenden Nutzungsumfang orientierte Vergütung ist aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar.

Die gesetzliche Regelung darf nur durch für die Nutzerseite günstigere Vertragsregelungen ersetzt werden.

Georg Sandberger ist Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät und Kanzler a.D. der Eberhard Karls Universität Tübingen.



# Max-Emanuel Geis

## *Hochschul-Selbstverwaltung – Ein Impulsreferat<sup>1</sup>*

### **I. Historisches: Die Sinus-Cosinus-Kurve der akademischen Selbstverwaltung**

Jedem im Hochschulbereich Tätigen sollte dieses Phänomen bekannt sein: Dem Urteil zum Niedersächsisches Vorschaltgesetz 1973 und der Hochschullehrer-Entscheidung folgte in den 1990er Jahren die Rechtsprechungskaskade des Bundesverfassungsgerichts, beginnend mit der Entscheidung zur Auflösung der Akademie der Wissenschaften der DDR über die zum „starken Dekan“ bis hin zu „Brandenburg I“ vom 26.10.2004. Letzteres Urteil galt für viele als Exit der akademischen Selbstverwaltung. Seither hat das Pendel wundersamerweise – wenn gleich aus naturgesetzlicher Perspektive konsequent – die Gegenrichtung eingeschlagen. In den Entscheidungen zum Hamburgischen Hochschulgesetz, zur Medizinischen Hochschule Hannover und zur BTUCS – Brandenburg wurde wieder auf die stärkere Einbindung der Professorenschaft rekurriert. Zwar hat der Hochschulgesetzgeber nach wie vor einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Machtverteilung auf die Hochschulorgane und er kann auch das präsidiale Leitungsorgan mit einer hohen Machtfülle ausstatten, die mit einer Kompetenzbescheidung des Kollektivorgans (Senat) einhergeht. Letztere muss allerdings durch eine höhere Kompetenz kompensiert werden, eine vorzeitige Abwahl von Mitgliedern eines als Kollegium verfassten präsidialen Organs zu erwirken. Diese „Reziprokformel“ ist das eigentlich Neue der Rechtsprechung. Einen „sidekick“ hat diese Schubumkehr auch durch die Akkreditierungsentscheidung vom Februar 2016 erfahren: Hier ging es zwar nicht um die Hochschulgovernance im engeren Sinne, jedoch ganz zentral auch um die maßgebliche Mitwirkung der Professorenschaft an der Erarbeitung der Maßstäbe der Bewertung und von geeigneten Verfahrenselementen.

Den jüngsten „Kracher“ in dieser Richtung hat der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg gezündet. Unter Berufung auf BVerfGE 35, 79 – die „Mutter“ aller Hochschulentscheidungen – weitet er die Stellung der Hochschullehrer sogar noch aus:

1. Vertreter der Professorenschaft kann nur sein, wer von diesen mit einem sog. Repräsentationsmandat gewählt wurde. Mitglieder kraft Amtes (insb. Rektoren,

Präsidenten und Dekane) sind dagegen keine Vertreter der Hochschullehrer.

2. Damit wird Zahlenspielen, wonach Präsidenten/Rektoren, die der Professorenschaft entstammen, dieser auch zugerechnet werden, der Boden entzogen.

3. Weiter liegt ein hinreichendes Mitwirkungs-niveau nur dann vor, wenn ein Selbstverwaltungsgremium mit der Stimmenmehrheit der gewählten Vertreter der Hochschullehrer die Wahl eines Leitungsorganmitglieds verhindern kann. Eine Rektoren- bzw. Präsidentenwahl gegen den Senat (also etwa nur durch den Hochschulrat) ist damit nicht mehr möglich. Auch müssen sich die gewählten Mitglieder eines Selbstverwaltungsorgans von einem Mitglied des Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, ohne auf die Einigung mit den Vertretern anderer Gruppen und ohne Zustimmung eines weiteren Organs (namentlich des Hochschulrats) oder des Staates (durch ein Vetorecht des Ministeriums) angewiesen zu sein.

4. Neu ist auch, dass sich die maßgebliche Mitwirkung der Hochschullehrer nicht mehr auf einen zuvor immer kleiner gewordenen Bereich der „eigentlichen“ Wissenschaft beschränkt, sondern ganz extensiv verstanden wird. War die Kandidatenfindung und Besetzung von Leitungspositionen schon im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Medizinischen Hochschule Hannover von 2014 als wissenschaftsrelevant eingestuft worden, so werden im Urteil des Verfassungsgerichtshofs auch die Struktur- und Entwicklungsplanung sowie Entscheidungen über den Haushalts- oder Wirtschaftsplan definitiv als wissenschaftsrelevant bestätigt. Man erinnere sich: Früher wäre das als dem staatlichen oder gemischt staatlich-universitären Bereich nur schwach oder gar nicht mit Mitwirkungsrechten durchsetzt gewesen. Gemäß dem Leitbild der ökonomisierten Hochschule, „der Manager-Universität“ – das immer noch in etlichen Bundesländern und Köpfen vorherrscht – wurden solche Mitwirkungsrechte geradezu als Systemfehler betrachtet. Sogar der Bayerische Verfassungsgerichtshof hatte in seinem Hochschulurteil 2008 noch den Einfluss der Hochschullehrer zurückgedrängt.

5. Schließlich spricht der Baden-Württembergische Verfassungsgerichtshof auch ein Grundproblem der Willensbildung im Dreiersystem Hochschulleitung – Se-

<sup>1</sup> Gehalten am 8.12.2016 auf dem Symposium „Funktionale Selbstverwaltung im 21. Jahrhundert“ an der Akademie der

Wissenschaften Leopoldina in Halle. Die Vortragsfassung wurde beibehalten, auf Belege daher verzichtet.

nat – Hochschulrat an. Es handelt sich hier zwar nach dem Willen der Erfinder um eine Gewaltenteilungskonstruktion (im untechnischen Sinne) im Sinne eines „system of checks and balances“, das freilich in den Ländern sehr unterschiedlich konstruiert ist. Der Hochschulrat tritt dabei in einigen Bundesländern (z.B. Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen) an die Stelle der früheren ministeriellen Fachaufsicht; dieses behält nur die Rechtsaufsicht als unverzichtbares Element demokratischer Legitimation. In anderen Modellen stehen Hochschulleitung und Hochschulrat faktisch nicht selten in einem engen gegenseitigen Verhältnis: Im niedersächsischen Stiftungsmodell bereitet die Hochschulleitung Sitzungen des Rates vor und erarbeitet Beschlussvorlagen für diesen (§ 61 Abs. 1 NHG). Noch gravierender wirkt es sich aus, dass die Hochschulleitung den Informationsfluss an den Rat kanalisieren und steuern kann. Diese Unwucht bedeutet einen Konstruktionsfehler, der nicht dadurch behoben wird, dass er landauf-landab als innovatives Governancemodell verkauft wird. Wenn dazu – wie an nicht wenigen Hochschulen zu beobachten – die objektive Distanz zwischen den Organen durch die gemeinsame Mitgliedschaft der Organwalter in Parallelgesellschaften (z.B. gesellschaftliche Zirkel aller Art) aufgeweicht wird, verflüchtigt sich die aufsichtliche Kontrolle in einem Netzwerk, während die ministerielle Rechtsaufsicht meist nicht wirklich wahrgenommen wird. Die Forderung der Rechtsprechung nach einer „kraftvollen Rechtsaufsicht“ durch das Ministerium als Korrelat der Machtfülle verhält so häufig im Raum.

Die Reaktion der baden-württembergischen Wissenschaftsministerin Theresia Bauer (und anderer) fiel harsch aus: Das Urteil atme der Geist der 60er Jahre. Das ist natürlich ein eher affirmatives Argument, da es pejorativ suggeriert, dass das Vergangene immer überholt, das Neue immer innovativ sei. Das ist allerdings ein Trugschluss. Ob diese Bewertung auch inhaltlich stimmt, erfordert einige weitere Reflektionen.

## II. Die Diversität der Selbstverwaltungsmodelle

Allen Selbstverwaltungsmodellen wohnt der Gedanke der Betroffenenpartizipation inne. Dennoch ist Selbstverwaltung nicht gleich Selbstverwaltung. Die kommunale Selbstverwaltung ist – grob gesagt – als Demokratie vor Ort konstruiert. Dies erklärt die Geltung der Wahlrechtsgrundsätze, insbesondere der Stimmgleichheit.

Die berufsständische Selbstverwaltung folgt dagegen eher dem Prinzip der vereinigten Fachkundigen.

Die Hochschulselbstverwaltung schließlich vereinigt die Partizipation fachkundiger Betroffener mit der staatlichen Verpflichtung eines objektiven Grundrechts-

schutzes, der den besagten Eigengesetzlichkeiten am besten gerecht wird. Das ist der Grund, warum die Selbstverwaltung auf denen aufbaut, die zur Erkenntnis der Eigengesetzlichkeiten am besten ausgebildet und befähigt sind und ihnen einen maßgeblichen Einfluss verleiht. Mit einem demokratischen Ansatz hat dies nichts zu tun, mit einem quasi-basisdemokratischen Ansatz schon gar nichts. Deswegen sind die immer wieder partei-ideologischen aufflammenden Konzepte einer Drittel- oder gar Viertelparität völlig fehl am Platze. Sie verkennen auch die heterogene Mitgliederstruktur im Hochschulbereich, im Gegensatz zur homogenen Struktur etwa des Kammerwesens. Es gilt ganz klar:

Eigengesetzlichkeit ist keine demokratische Kategorie, der Erkenntnisprozess ist keine Frage der Mehrheitsentscheidung. Beide können aber auch nicht quasi-diktatorisch von oben verordnet werden. Im Grunde sind das Selbstverständlichkeiten, dennoch war es notwendig, dass die erwähnten neueren Judikate dies in zunehmend deutlicherem Maß konsequent herausgearbeitet haben.

## III. Autonomie und Freiheit – ein bewusstes Missverständnis

Ein liebgewordenes Stereotyp der Hochschulpolitik lautet, dass die Reformen der letzten knapp zwei Jahrzehnte den Hochschulen eine größere Autonomie gebracht hätten, die sie auch bräuchten, um sich im Wettbewerb profilieren zu können. Allerdings: „Mehr Autonomie für die Hochschulen“ heißt in Wirklichkeit „Mehr Freiheit für die Hochschulleitungen“ im Sinne des Leitbilds Managementuniversität oder gar „unternehmerische Hochschule“. Zum anderen beruht die These auf einer suggestiven, etymologischen Begriffsvertauschung. Autonomie im strengen staats- und verwaltungsrechtlichen Sinn bedeutete die Befugnis von organisatorisch verselbständigten Hoheitsträgern zur eigenverantwortlichen Setzung objektiven Rechts (Forsthoff, Ossenbühl). Im Wissenschaftsbereich tritt jedoch der eigentliche Wortsinn von Autonomie zutage: Autonomie ist nicht gleich bedeutend mit Freiheit (weder individueller noch institutioneller), sie entspricht vielmehr dem deutschen Begriff der Eigengesetzlichkeit. Und Eigengesetzlichkeit ist geradezu das Wesen der Wissenschaft: Erkenntnisgewinn erfolgt nach je eigenen Methoden, Gesetzen und Verfahren, sich von Disziplin zu Disziplin dabei unterscheidend. Die Denkgesetze des empirischen Naturwissenschaftlers sind andere als die des wertorientierten Philosophen, und wieder andere als die der normativen Wissenschaften. Von da her ist es schon im Ansatz verfehlt, den Effizienz- und Nützlichkeitsgedanken zum all-

gemeinen Signum guter Wissenschaft zu machen. Und das ist auch der tiefere Sinn der akademischen Selbstverwaltung: Es geht darum, der Eigengesetzlichkeit in optimaler Weise dadurch gerecht zu werden, dass eben die Fachkundigsten an den Entscheidungen beteiligt werden. Es ist dabei keinesfalls verboten, Elemente der Aussensicht einzubauen (auch Hochschulräte), um einer gerade infolge Fachkunde drohender Verengung der Perspektive entgegenzuwirken. Als Kontrollinstanz der gesellschaftlichen Relevanz bzw. Nützlichkeit von Forschung ist der Hochschulrat jedoch nicht berufen (anders leider der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seinem Hochschulurteil von 2008). Freiheit und Autonomie sind zwei unterschiedliche Kategorien, die Freiheit der Wissenschaft ist vielmehr zum Schutze der Eigengesetzlichkeiten durch die Partizipation abzusichern.

#### IV. Fazit

Meine Damen und Herren, als Fazit dieses Parforcerittes möchte ich ziehen:

Die politische Idee, Hochschulen zu Einrichtungen umzuformen, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen „gesteuert“ werden sollen, muss denknotwendig mit der Wissenschaftsfreiheit kollidieren, sei es mit der

individuellen des einzelnen Hochschullehrers, sei es mit der objektiven Grundrechtsgarantie. Da sich dieser Ansatz in einer schleichenden Aushöhlung der Freiheitsinhalte manifestiert, nicht so sehr in einem konfrontativen Eingriff, war der Rechtsverlust nicht richtig greifbar. Um so wichtiger ist es, die akademischen Selbstverwaltung dahingehend fortzuentwickeln, dass sie auch diesen schleichenden Aushöhlungen entgegenwirken kann. Das nun anerkannt zu haben, darin sehe ich das Positive der neueren Rechtsprechung.

Und um das Verdikt von Frau Ministerin Theresia Bauer nochmals aufzugreifen: Das Urteil des Baden-Württembergischen Verfassungsgerichtshofs als vorläufig jüngste Manifestation dieser Schubumkehr atmet nicht den Geist der 60er Jahre, es atmet den Geist der Wissenschaftsfreiheit, die auch einmal im Wortsinne konservativ gegen den Zeitgeist zu verteidigen ist.

Max-Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg.





# Manfred Löwisch und Susanne Lutz

## *Führung ausländischer Ehrendoktorgrade in Deutschland*

### I. Gesetzliche Regelungen

Die Hochschulgesetze der Länder enthalten heute im Wesentlichen gleich lautende gesetzliche Bestimmungen über die Führung ausländischer Hochschulgrade in Deutschland. Die Bestimmungen unterscheiden zwischen regulären ausländischen Hochschulgraden und ausländischen Ehrengraden.

Für die Ersteren ist bestimmt, dass ein ausländischer Hochschulgrad, der von einer nach dem Recht des Herkunftslandes anerkannten Hochschule, die zur Verleihung dieses Grades berechtigt ist, aufgrund eines tatsächlich absolvierten und durch Prüfung abgeschlossenen Studiums ordnungsgemäß verliehen worden ist, in der verliehenen Form unter Angabe der verleihenden Hochschule genehmigungsfrei geführt werden kann. Dabei kann die verliehene Form gegebenenfalls in lateinische Schrift übertragen und die im Herkunftsland zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung geführt sowie eine wörtliche Übersetzung in Klammern hinzugefügt werden.<sup>1</sup>

*Ausländische Ehrengrade*, die von einer nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechtigten Hochschule oder anderen Stelle verliehen worden sind, können nach Maßgabe der für die Verleihung geltenden Rechtsvorschriften in der verliehenen Form unter Angabe der verleihenden Stelle geführt werden. Ausgeschlossen von der Führung sind Ehrengrade, wenn die ausländische Institution kein Recht zur Vergabe des entsprechenden Grades besitzt. Auch für ausländische Ehrengrade gilt, dass die verliehene Form gegebenenfalls in lateinische Schrift übertragen und die im Herkunftsland zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung geführt sowie eine wörtliche Übersetzung in Klammern hinzugefügt werden kann.

In den meisten Bundesländer ist eine von den genannten Voraussetzungen abweichende Gradführung „untersagt“ oder „unzulässig“.<sup>2</sup> In Nordrhein-Westfalen

kann eine solche abweichende Gradführung vom Ministerium oder von einer von ihm beauftragten Behörde untersagt werden.<sup>3</sup>

Die gesetzlichen Bestimmungen gehen auf Grundsätze zurück, welche die Kultusministerkonferenz vom 14.4.2000 für die Regelung der Führung ausländischer Hochschulgrade im Sinne einer gesetzlichen Allgemein Genehmigung durch einheitliche gesetzliche Bestimmungen beschlossen hat.<sup>4</sup> Die gesetzlichen Bestimmungen über die Führung regulärer Hochschulgrade stimmen mit Nr. 1 dieser Grundsätze überein. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Führung ausländischer Grade knüpfen an die Nr. 2 dieser Grundsätze an. Allerdings enthalten diese Grundsätze keine Bestimmungen über die Übertragung in die lateinische Schrift, die Führung der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung und die Möglichkeit der Zufügung einer wörtlichen Übersetzung in Klammern. Diese Bestimmungen haben die Landesgesetze hinzugefügt.

In Nr. 4 der Grundsätze ist bestimmt, dass Vereinbarungen und Abkommen der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Staaten über Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich und Vereinbarungen der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, welche die Inhaber ausländischer Grade abweichend von den Regelungen der Grundsätze begünstigen, nach Maßgabe landesrechtlicher Umsetzung diesen Regelungen vorgehen. Eine solche Vereinbarung haben die Länder durch Beschluss vom 21.9.2001 getroffen; sie gilt heute in der Fassung vom 26.6.2015.<sup>5</sup> Sie bestimmt:

- Hochschulgrade aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) sowie Hochschulgrade des Europäischen Hochschulinstituts Florenz und der Päpstlichen Hochschulen können in der Originalform ohne Herkunftsbezeichnung geführt werden (Nr. 1 der Vereinbarung).

- Inhaber von in einem wissenschaftlichen Promotionsverfahren erworbenen Doktorgraden, die in den in

1 § 37 LHG BW, Art. 68 BayHSchG, § 34a BerlHG, § 30 BbgHG, § 64b Bremisches Hochschulgesetz, § 69 HmbHG, § 22 Hessisches Hochschulgesetz, § 42 LHG M-V, § 10 NHG, § 69 HG NRW, § 31 HochSchG RP, § 68 SHSG, § 44 SächsHSFG, § 53 ThürHG, § 57 HSG Schleswig-Holstein, § 19 HSG LSA.

2 Beispiel für Ersteres ist § 37 Abs. 5 S. 1 LHG BW; Beispiel für das Letztere ist Art. 68 Abs. 5 BayHSchG.

3 § 69 Abs. 7 Satz 5 HG NRW.

4 Abrufbar auf der Seite der Kultusministerkonferenz: <https://www.kmk.org/themen/anerkennung-auslaendischer-abschluesse/veroeffentlichungen-und-beschluesse/fuehrung-auslaendischer-hochschulgrade.html#c2325>, abgerufen am 22.2.2017.

5 Abrufbar auf der Seite der Kultusministerkonferenz: <https://www.kmk.org/themen/anerkennung-auslaendischer-abschluesse/veroeffentlichungen-und-beschluesse/fuehrung-auslaendischer-hochschulgrade.html#c2325>, abgerufen am 22.2.2017.

Nr. 1 bezeichneten Staaten oder Institutionen erworben wurden, können anstelle der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung wahlweise die Abkürzung „Dr.“ ohne fachlichen Zusatz und ohne Herkunftsbezeichnung führen (Nr. 2 der Vereinbarung).

- Inhaber des russischen Grades „kandidat“ bestimmter Fachrichtungen können anstelle der zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung ebenfalls die Abkürzung „Dr.“ ohne fachlichen Zusatz, jedoch mit Herkunftsbezeichnung führen (Nr. 3 der Vereinbarung).

- Auch die Inhaber bestimmter Doktorgrade aus Australien, Israel, Japan, Kanada und den USA können anstelle der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung die Abkürzung „Dr.“ jeweils ohne fachlichen Zusatz und Herkunftsbezeichnung führen (Nr. 4 der Vereinbarung).

Mit der Führung akademischer Grade befasst sich auch das Europäische Abkommen über die Anerkennung von akademischen Graden und Hochschulzeugnissen vom 14.12.1959.<sup>6</sup> Es betrifft aber, wie aus seinem Art. 1 folgt, nur die den Abschluss eines Studienabschnitts oder einer Studienzeits bestätigenden Grade und bestimmt dementsprechend in seinem Art. 3, 2 lit. b nur für diese, dass der Inhaber auch eines im Ausland erworbenen Grades zur Führung des Titels unter Angabe der Herkunft berechtigt ist.

## II. Voraussetzungen im Einzelnen

### 1. Verliehene Form

Indem die Landesgesetze für die Führung ausländischer Ehregrade auf die nach Maßgabe der geltenden Rechtsvorschriften verliehene Form abstellen, überlassen sie es der ausländischen verleihenden Institution, die Form zu wählen, in der sie die Verleihung des Doktorgrades vornimmt. Diese Form ist nicht an die Sprache des Herkunftslandes gebunden. Sofern die im Herkunftsland geltenden Vorschriften das zulassen, ist vielmehr auch hinzunehmen, wenn die ausländische Institution die Verleihung in einer anderen als der eigenen Sprache vornimmt. So ist es möglich, Latein als Sprache zu wählen, wie das etwa die Russische Akademie der Wissenschaften tut, indem sie ausländischen

Wissenschaftlern den Grad eines Doktors honoris causa (доктора honoris causa) verleiht.<sup>7</sup> Aus deutscher rechtlicher Sicht ist es auch nicht ausgeschlossen, die Verleihung in der Sprache des Landes vorzunehmen, aus dem der zu Ehrende kommt, also einen Ehrendoktorgrad an einen Deutschen in deutscher Sprache zu verleihen. Auch kann die verleihende Stelle, wenn das nach dem für sie geltenden Recht zulässig ist, die Verleihungsurkunde selbst zweisprachig, nämlich in der eigenen und in der Sprache des zu Ehrenden vornehmen mit der Folge, dass die Notwendigkeit einer Übersetzung in Klammern entfällt.

### 2. Angabe der verleihenden Stelle

Mit der weiter verlangten Angabe der verleihenden Stelle ist die Institution gemeint, die den Beschluss über die Verleihung des Ehregrades gefasst hat. Dies wird regelmäßig eine Hochschule, kann aber auch eine Wissenschaftseinrichtung anderer Art, insbesondere eine Akademie sein. Wie die Angabe der verleihenden Stelle auszugestaltet ist, regeln die Landesgesetze nicht. Aus dem Gesetzeszweck folgt nur, dass die Identität der verleihenden Stelle klar erkennbar sein muss. Das lässt von vornherein die Bezeichnung in deutscher Sprache und lateinischer Schrift zu. Auch genügen Kurzbezeichnungen und in Fällen, in denen in einer Stadt nur eine Hochschule liegt, die Bezeichnung der Stadt.

### 3. Recht zur Vergabe des entsprechenden regulären Grades

Nach den gesetzlichen Bestimmungen dürfen Ehregrade nicht geführt werden, welche von ausländischen Institutionen vergeben worden sind, welche kein Recht zur Vergabe des entsprechenden regulären Grades besitzen. So kann etwa, wie in dem einschlägigen Merkblatt des Ministeriums für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg festgehalten ist, ein von der „United States Sport Academy in Alabama“ verliehene Ehregrad „Doctor of Philosophy Honoris Causa“ nicht geführt werden, da die verleihende Bildungseinrichtung nicht berechtigt ist, den Grad „Doctor of Philosophy“ zu verleihen.<sup>8</sup> In Russland ist eine Berechtigung zur Verleihung des Ehrendoktorgrades nur anzunehmen, wenn die verleihende Hochschule Aspiranturen durchführen darf, weil erst aus diesen ein Doktorgrad resultieren kann.<sup>9</sup>

6 Abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/032.htm>, abgerufen am 22.2.2017.

7 Beschluss des Präsidiums der Russischen Akademie der Wissenschaften vom 11. 12 2007 No 271.; abrufbar unter: <http://www.ras.ru/presidium/documents/directions.aspx?ID=1ffa6977-3a88-4eaf->

b928-1d4d586be00D&print=1, abgerufen am 22.2.2017.

8 Merkblatt des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst zur Führung ausländischer Grade, Titel und Bezeichnungen, Stand März 2016, S. 13.

9 Merkblatt aaO. S. 13.

#### 4. Übertragung in lateinische Schrift und wörtliche Übersetzung in Klammern

Die gesetzlichen Bestimmungen lassen zu, dass die verliehene Form gegebenenfalls in lateinische Schrift übertragen und eine wörtliche Übersetzung in Klammern hinzugefügt wird. Erforderlich ist das nur, soweit die Verleihung im Herkunftsstaat nicht schon in deutscher Sprache oder in einer anderen allgemein verständlichen Sprache, etwa in Latein, erfolgt ist, was wie ausgeführt nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des jeweiligen ausländischen Staates zulässig sein kann.

#### 5. Führung in der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung

Mit der Führung in der „zugelassenen“ Abkürzung meinen die Gesetze Abkürzungen, die staatlich positiv zugelassen sind. Eine solche Abkürzung ist dann ausschließlich maßgeblich. Hat die für die verleihende Stelle geltende Rechtsordnung die Abkürzung in bestimmter Weise geregelt, kann nicht geltend gemacht werden, es gebe auch eine andere Abkürzung, die nachweislich allgemein üblich sei.<sup>10</sup>

Was die nachweislich „allgemeine Üblichkeit“ einer Abkürzung angeht, ist nicht auf den allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auf den Gebrauch der Abkürzung im Verkehrskreis der Wissenschaft abzustellen. Auch ist zu berücksichtigen, welcher Personenkreis im Herkunftsland überhaupt einen Doktorgrad innehat, so dass bei ihm die Führung einer Abkürzung in Betracht kommt. So muss es für die allgemeine Üblichkeit der Abkürzung „Dr.“ in Russland genügen, dass diese einerseits im Russischen Universalwörterbuch als д-р (доктор) ausdrücklich aufgeführt wird,<sup>11</sup> und dass andererseits die Personenverzeichnisse der russischen Universitäten in der englischen Fassung bei den Professoren, die als Habilitierte Inhaber des Doktorgrades sind, die abgekürzte Bezeichnung „Dr. of Sci.“ verwenden.<sup>12</sup> Es wäre ja auch widersinnig, wenn in Deutschland zwar, wie sich aus Nr. 3 der Vereinbarung vom 21.9.2001 ergibt, Inhaber des russischen Grades „kandidat“ (кандидат) die Abkürzung „Dr.“ führen dürfen, die Inhaber eines russischen Ehrendoktorgrades aber nicht.

Ist die Abkürzung „Dr.“ im konkreten Fall positiv zugelassen oder nachweislich allgemein üblich, steht auch

nichts entgegen, dem als weitere Abkürzung „h.c.“ hinzuzufügen, um zu kennzeichnen, dass es sich um einen Ehrendoktorgrad handelt. Die Bestimmung über die Führung der Abkürzung bezieht sich nur auf den Doktorgrad selbst, nicht auf den Grund seiner Verleihung. So wie die jeweilige fachliche Bezeichnung abgekürzt („jur.“, „med.“, „phil.“) hinzugefügt werden kann, ist das auch mit der Bezeichnung „h.c.“ oder „e.h.“ möglich.

#### 6. Privilegierung bestimmter Länder

Indem Nr. 1 der Vereinbarung vom 21.9.2001 auch auf Nr. 2 der Grundsätze vom 14.4.2000 Bezug nimmt, erlaubt sie auch bei Ehrendoktorgraden aus Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums sowie des Europäischen Hochschulinstituts Florenz und der Päpstlichen Hochschulen die Führung in der Originalform ohne Herkunftsbezeichnung.

Sachgerecht ist dieses Privileg nicht. Die Seriosität der Verleihung von Ehrendoktorgraden in anderen Staaten wird durch die Voraussetzung gewahrt, dass die verleihende Stelle den entsprechenden regulären Doktorgrad verleihen kann. Das Privileg schlägt so in eine Abwertung der Hochschulen und Institutionen anderer Staaten um, auf die besser verzichtet werden sollte.

Das Privileg erstreckt sich von vornherein nicht auf die Führung der Abkürzung „Dr.“ anstelle der zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung. Denn dieses Privileg ist den Inhabern von in wissenschaftlichen Promotionsverfahren erworbenen Doktorgraden vorbehalten.<sup>13</sup> Um solche handelt es sich bei Ehrendoktorgraden nicht. Auch bei Ehrendoktorgraden aus den genannten Staaten ändert sich also nichts daran, dass es sich um eine zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung handeln muss.

### III. Genehmigungsfreiheit

Die Vereinbarung vom 14.4.2000 und die diese umsetzenden landesgesetzlichen Regelungen haben das zuvor in den einzelnen Ländern in unterschiedlicher Form geltende Nostrifikationsverfahren abgelöst.<sup>14</sup> Eine Genehmigung der Führung des Ehrendoktorgrades ist nicht mehr erforderlich. Dementsprechend hat der Inhaber

10 VG Arnsberg 27.7.2011, 9 K 259/09, juris, Rn. 50ff, welches deshalb für den Grad des „doktor práv“ der Slowakischen Republik nur die Führung der dort positiv zugelassenen Abkürzung „JUDr.“ für rechtlich zulässig ansieht.

11 Russisches Universalwörterbuch (Online Version), [http://russisch.urz.uni-leipzig.de/online-woerterbuch/ruw.htm?ru=Dr](http://russisch.urz.uni-leipzig.de/online-woerterbuch/ruw.htm?ru=Dr;); siehe auch unter <http://de.bab.la/woerterbuch/deutsch-russisch/dr>.

12 Z.B.: bei der philological Faculty of Lomonosov Moscow State University, abrufbar unter: <http://www.philol.msu.ru/~ruslang/en/staff/>, abgerufen am 22.2.2017.

13 VG Mainz, 16.11.2016, 3 K 1538/15.MZ, juris, Rn. 37.

14 Zu diesem ausführlich *Zimmerling*, Der im In- oder Ausland ehrenhalber verliehene Doktorgrad („Dr.h.c.“), *WissR* 1996, 300, 333 ff.

des Grades selbst zu prüfen und zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Führung des Grades erfüllt sind und ob er den Grad in der zulässigen Form führt.

Dass die meisten landesgesetzlichen Bestimmungen eine von den gesetzlichen Voraussetzungen abweichende Führung des Grades für „untersagt“ oder „unzulässig“ erklären, ändert an der Genehmigungsfreiheit nichts, weil die Gesetze keine behördliche Handhabe vorsehen, um die Untersagung durchzusetzen.<sup>15</sup> Daran ändert auch die in einer Reihe von Landesgesetzen vorgesehene Verpflichtung nichts, die Berechtigung zur Führung des Grades urkundlich nachzuweisen.<sup>16</sup> Denn dafür genügt die Vorlage der Verleihungsurkunde in der nach dem Recht des Herkunftsstaates vorgeschriebenen Form.<sup>17</sup> Lediglich das Land Nordrhein-Westfalen sieht vor, dass das Ministerium oder eine von ihm beauftragte Behörde die abweichende Gradführung untersagen **kann**.

Die Genehmigungsfreiheit erstreckt sich dabei grundsätzlich auch auf die Führung in den öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, denen der Inhaber des Ehrendoktorgrades angehört, etwa in den Hochschulen. Die Genehmigungsfreiheit wäre ad absurdum geführt, hätte die Einrichtung, in der der Inhaber des Grades tätig ist, eine Art eigenes Nostrifikationsverfahren durchzuführen. Die Genehmigungsfreiheit macht nur Sinn, wenn man sie mit einer *Einschätzungsprärogative des Inhabers* verbindet. Diese erstreckt sich zwar nicht auf die zentralen Voraussetzungen der Berechtigung zur Führung des Grades, also darauf, ob die Verleihung durch eine nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechtigten Hochschule oder anderen Stelle erfolgt ist, ob diese auch das Recht zur Vergabe des entsprechenden regulären Grades hat und ob die verleihende Stelle bezeichnet ist. Ob aber die der Ordnung und Klarheit dienenden Vorschriften über die Übersetzung in die lateinische Schrift, die zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung oder die wörtliche Übersetzung in Klammern eingehalten sind, liegt in der Beurteilung des Inhabers des Ehrengrades selbst. Insoweit kann erst eine Untersagungsverfügung, wie sie in Nordrhein-Westfalen möglich ist, zu einer den Inhaber bindenden Feststellung der Rechtslage führen.

#### IV. Sanktionen unzulässiger Führung

Die Genehmigungsfreiheit ändert nichts daran, dass die unzulässige Führung eines Ehrendoktorgrades *Standes- und Berufspflichten* verletzen kann. So kann ein solches Verhalten, wenn es bewusst geschieht, mit der allen an einer Hochschule wissenschaftlich Tätigen obliegenden Pflicht zu wissenschaftlicher Redlichkeit unvereinbar und dementsprechend dienst- oder arbeitsrechtlich zu ahnden sein. Auch kann eine Verletzung der sich aus Berufsordnungen ergebenden Pflicht zu einem dem Ansehen des Berufs würdigen Verhalten mit der Folge berufsrechtlicher Ahndung vorliegen. Etwa verlangt § 43 Satz 1 BRAO vom Rechtsanwalt, dass er sich der Achtung und des Vertrauens, welche der Anwaltsberuf erfordert, würdig erweist, und ermöglicht § 113 Absatz 1 BRAO die Ahndung einer entsprechenden Pflichtverletzung. Gleiches gilt etwa nach den Kammergesetzen der Heilberufe für Ärzte.<sup>18</sup>

Auch als in solchem Sinne standes- oder berufspflichtwidrig wird man die Führung aber nur einordnen können, wenn es an der Verleihung durch eine nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechtigten Hochschule oder Stelle überhaupt fehlt, diese kein Recht zur Verleihung des entsprechenden regulären Grades hat oder wenn die verleihende Stelle nicht benannt wird. Hingegen wird man eine Nichtbeachtung von Ordnungsvorschriften erst dann als standes- oder berufspflichtwidrig ansehen können, wenn der Verstoß offensichtlich ist oder wenn im Falle von Nordrhein-Westfalen an der Führung entgegen einer entsprechenden Untersagungsverfügung festgehalten wird.

Nach § 132a Absatz 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer unbefugt inländische oder ausländische Amts- oder Dienstbezeichnungen, akademische Grade oder, Titel oder öffentliche Würden führt. Dass der ausländische Ehrendoktorgrad einen akademischen Grad in diesem Sinne darstellt, kann man angesichts der Einbeziehung der Ehrengrade in die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Führung ausländischer Grade schwerlich bestreiten.<sup>19</sup>

Als „unbefugte Führung“ im Sinne dieser Strafvorschrift wird man wiederum nur den Fall ansehen kön-

15 Epping/Becker, Handkommentar zum Niedersächsischen Hochschulgesetz, 1. Aufl. 2016, § 10 Rn. 58.

16 Art. 68 Abs. 6 BayHSchG, § 44 Abs. 4 SächsHSFG, § 69 Abs. 6 Satz 2 HmbHG.

17 Reich, Kommentar zum Bayerischen Hochschulgesetz, 5. Aufl. 2007, Art. 68 Rn 16; BeckOK HochschulR Bayern/Aulehner BayHSchG, Art. 68 Rn. 30.

18 Dazu Debong, Führen akademischer Grade und Titel in Deutschland, ArztR 2017, 5, 8.

19 Hohmann, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 132a Rn. 11 und 12; Krauß, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2009, § 132a Rn. 25; a.M., allerdings unter der früheren Rechtslage, Zimmerling aaO. WissR 1996, S. 343f.

nen, dass der Ehrendoktorgrad geführt wird, ohne dass überhaupt eine Verleihung durch eine nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechnigte Hochschule oder Stelle vorliegt, diese kein Recht zur Verleihung des entsprechenden regulären Grades hat oder wenn die verleihende Stelle nicht benannt wird.<sup>20</sup> Hingegen scheidet der Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften, welche die Schreibweise oder die Verwendung von Abkürzungen betreffen im Hinblick auf die Entscheidungsprärogative des Inhabers solange aus, wie nicht eine diese Fragen betreffende Untersagungsverfügung ergangen ist. Das entspricht auch dem bei der Interpretation von § 132a StGB mit zu denkenden Geringfügigkeitsprinzip.<sup>21</sup>

*Wettbewerbsrechtlich* stellt die Verwendung eines Doktorgrades eine geschäftliche Handlung dar. Erfolgt sie unberechtigt, ist sie irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG, weil sie in den betreffenden Verkehrskreisen einen unzutreffenden Eindruck von der besonderen wissenschaftlichen Qualifikation erweckt. Das kann auch für die Führung eines Ehrendoktorgra-

des unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften zutreffen<sup>22</sup> Dabei wird man freilich differenzieren müssen. Gewiss liegt eine Irreführung vor, wenn dem Betroffenen überhaupt kein Ehrendoktorgrad verliehen worden oder die Verleihung durch eine Institution erfolgt ist, die dazu oder auch zur Verleihung des entsprechenden regulären Grades gar nicht berechnigt ist. Auch die fehlende Herkunftsbezeichnung kann irreführend sein.<sup>23</sup> Wird aber die Abkürzung „Dr. h. c.“ unter Hinzufügung der verleihenden ausländischen Institution verwendet, kann man von einer solchen Irreführung nicht sprechen, weil lediglich der – sachlich richtige – Eindruck erweckt wird, es handele sich um den Ehrendoktorgrad einer bestimmten ausländischen Institution.

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

Susanne Lutz ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität.

20 Vgl. OLG Düsseldorf 12. 10. 1999, 2b Ss 224/99 – 101/99 I, NJW 2000, 1052.

21 Kindhäuser/Neumann/Päffgen/Ostendorf, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 132a StGB Rn 16.

22 OLG Stuttgart 18.3.2014, 12 U 193/13, juris. Ebenso im Hauptverfahren OLG Stuttgart 15.10.2015, 2 U 35/15. Die gegen dieses

Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg durch Beschluss vom 21.3.2016, 1 VB 92/15 als unbegründet zurückgewiesen.

23 Dies hat das OLG Stuttgart aaO in einem Fall angenommen, in dem die Bezeichnung „Dr.h.c.“ ohne Hinzufügung der verleihenden Yeditebe Universität İstanbul verwendet wurde.



# Manfred Novak

## *Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht im Lichte der Wissenschaftsfreiheit*

### ÜBERSICHT

- I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage
- II. Publikationsfreiheit, Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht
  1. Einleitung
  2. Beschäftigungsrechtliche Gesichtspunkte
  3. Studienrechtliche Veröffentlichungspflicht
  4. Aufgriffsrecht an Forschungsleistungen
    - a) Erfindungsbegriff
    - b) Patentrechtliche und beschäftigungsrechtliche Belange
      - aa) Unternehmensbegriff und Unternehmensgegenstand
      - bb) Dienstnehmereigenschaft und Arbeitspflicht
    - c) Drittmittelforschung
  5. Schutzbereich und Schrankenwirkung der Wissenschaftsfreiheit
    - a) Rechtsgüterabwägung und Unternehmensgegenstand
    - b) Wertungs- und Regelungskonflikte
    - c) Aufgriffsintention
    - d) Primat der Wissenschafts- und Veröffentlichungsfreiheit
    - e) Eingriffsintensität und Aufgriffsregelung
    - f) Garantienpflicht und Meinungsäußerungsfreiheit
    - g) Interpretatorische Ansätze

### I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die von Art. 17 des österreichischen Staatsgrundgesetzes<sup>1</sup> über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger festgeschriebene Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre meint forschungsbezogen in der Essenz die Wahlfreiheit möglicher Handlungsentschlüsse betreffend den Erkenntnisgegenstand, das Erkenntnisziel und die

Erkenntnismethode sowie implizit auch der Erkenntnisweitergabe oder deren Unterlassung.<sup>2</sup>

Als klassisches liberales Grundrecht ist die Wissenschaftsfreiheit entstehungszeitgeschichtlich als subjektiv-öffentliches Abwehrrecht gegen den obrigkeitlichen Staat konzipiert. Da es keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt, und dementsprechend der einfache Gesetzgeber nicht ermächtigt ist nähere Regelungen über die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit vorzusehen oder Ausnahmen von der Inanspruchnahme der Wissenschaftsfreiheit zu bestimmen, wirkt es insofern absolut, als es sowohl die Gesetzgebung als auch die Vollziehung unmittelbar bindet.<sup>3</sup> Das Recht auf ungehinderte wissenschaftliche Forschung und freie wissenschaftliche Lehre darf demnach grundsätzlich durch Akte der Gesetzgebung oder Vollziehung weder behindert noch beschränkt werden. Intentional auf Einschränkung dieser Freiheiten gerichtete Staatsakte sind damit jedenfalls verfassungswidrig.<sup>4</sup> Über diese enge, an der Eingriffsabsicht orientierte abwehrrechtliche Kernabgrenzung zur Beschränkungsulässigkeit hinaus, wird von Lehre und Rechtsprechung zunehmend eine ganzheitliche Wertung maßgeblicher Abwägungskriterien vertreten, wonach etwa auch auf Zielsetzungen und Auswirkungen Bedacht zu nehmen ist.<sup>5</sup>

Nach aktuellem (österreichischen) Verständnis ist die Wissenschaftsfreiheit generell jedem Staatsbürger funktions- und institutionsunabhängig sowie ohne Bindung an die Absolvierung eines Hochschulstudiums garantiert.<sup>6</sup> Damit unterfallen (nunmehr) im Grunde auch die Tätigkeiten Studierender der Wissenschaftsfreiheit, soweit sie die inhaltlichen Kriterien wissenschaftlicher Tätigkeit erfüllen; einer ausdrücklichen formalen Zuordnung bestimmter Studierendentätigkeiten zur Forschung bedarf es demnach nicht. Jedenfalls sind damit die formal vom UG<sup>7</sup> ausdrücklich als wissenschaftliche Arbeiten bezeichneten Master-,

1 RGrBl. 1867/142, idGF.

2 Vgl. die EB 888 BlgNR 13. GP, 73. VfGH 13.10.1999, B 2118/96 = VfSlg 15.617/1999; 13.10.1958, B 87/58 = VfSlg 3415/1958. *Berka*, Lehrbuch Grundrechte, 2000, S. 133.

3 VfGH 16.6.1988, G 97-100/88 = VfSlg 11.737/1988.

4 VfGH 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994; 25. 3. 1955, B 199/54 = VfSlg 2823/1955.

5 Vgl. die EB 978 BlgNR 15. GP, 2. VfGH 16.6.1988, G 97-100/88 = VfSlg 11.737/1988; 12.3.1985, B 44/84 = VfSlg 10.401/1985. *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983, 289 f.

6 VfGH 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994; 3.10.1977, G 13/76, G 7/77 = VfSlg 8136/1977. Zum vergleichbaren Ergebnis aus unionsrechtlicher Perspektive, mit Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRC, *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Rn. 7, 10 zu Art. 13 GRC – nach VfGH 14.3.2012, U 466/11-18, U 1836/11-13 = VfSlg 19.632 sind die Implikationen des Art. 13 GRC und die bezüglichen Intentionen des EuGH auch unmittelbarer Prüfungsmaßstab für den VfGH.

7 Universitätsgesetz 2002, BGBl. I 2002/120, idGF.



Diplom- und Doktorarbeiten<sup>8</sup> dem Grunde nach dem Schutzbereich der Forschungsfreiheit zuzurechnen; wobei insbesondere für die per definitionem auf Eigenerkenntnis und wissenschaftliche Nachwuchsrekrutierung zugeschnittenen Dissertationen diese Wertung streitet.

Vor diesem Hintergrund ist die Veröffentlichungspflicht betreffend wissenschaftlicher Arbeiten Studierender, gemäß § 86 UG, und das universitäre Aufgriffsrecht an Dienstleistungen, gemäß § 106 Abs. 3 UG, zu werten. Wobei die nunmehr auch in elektronischer Form vorgesehene Übergabe wissenschaftlicher Arbeiten an die Universitätsbibliotheken<sup>9</sup> – mit entsprechend erweiterten Zugriffsmöglichkeiten – und die maßgeblich budgetrelevante Drittmittelforschung – die nunmehr zur Universitätsforschung zählt<sup>10</sup> – der Thematik eine besondere Relevanz verleihen.

## II. Publikationsfreiheit, Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht

### 1. Einleitung

Neben der freien Themen- und Methodenwahl stellt die Möglichkeit zur freien Veröffentlichung wissenschaftlicher Erkenntnisse eine wesentliche Komponente des Schutzbereiches der Wissenschaftsfreiheit dar.

Seine verfassungsrechtlichen Wurzeln findet die Publikationsfreiheit im Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art. 13 StGG, als dessen Sonderfall Art. 17 StGG gilt.<sup>11</sup> Nach Art. 13 Abs. 1 StGG umfasst die Meinungsäußerungsfreiheit das Recht, seine Meinung durch „Wort, Schrift, Druck oder durch bildliche Darstellung“ frei zu äußern. Damit sind bereits in diesem Stamm-Grundrecht die wesentlichen Möglichkeiten und schutzwürdigen Formen zum Transfer wissenschaftlicher Erkenntnisse in Forschung und Lehre (mit-)umrissen.

Die besondere Bedeutung der Publikationsfreiheit, im Rahmen der wissenschaftlichen Forschungsfreiheit, resultiert strukturell aus dem zentralen Forschungspostulat der Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit von Forschungsergebnissen.<sup>12</sup> In diesem Sinne wurde vom VfGH ausdrücklich judiziert, dass die von Art. 17 StGG garantierte Forschungsfreiheit auch das Recht ein-

schließt Forschungsergebnisse aufzuzeichnen und zu veröffentlichen.<sup>13</sup> In Entsprechung dessen sieht der VfGH eine grundrechtsrelevante Behinderung der wissenschaftlichen Forschung etwa dann als gegeben an, wenn eine wissenschaftliche Publikation beanstandet oder untersagt wurde.<sup>14</sup> In einem weiteren Sinne ist die Nachvollziehbarkeit im Wege veröffentlichter Werke ebenso für Qualifikationsbeurteilungen, auch im Zuge etwaiger Rechtsschutzverfahren, von wesentlichem Belang.

Diesem Stellenwert entsprechend kommt den wissenschaftlichen Publikationen im Rahmen universitärer organisations- und beschäftigungsrechtlicher Regelungen tragende Bedeutung als Qualitäts- und Qualifikationsindikator zu. Neben einer in der „scientific community“ traditionell personenbezogen wesentlich renommeebildenden und karrieretragenden Komponente veröffentlichter wissenschaftlicher Leistungen, hat nach aktueller Rechtslage die Qualität und – vermehrt – die Quantität wissenschaftlicher Publikationen auch institutionsbezogen ausschlaggebende profilbildende, wettbewerbsfördernde und budgetwirksame Effekte. Vermittels der in der neueren Dogmatik akkordierten grundrechtlichen Gewährleistungspflicht des Staates und der daraus erfließenden Vorsorgeverantwortung des universitätsrechtlichen Gesetzgebers, ist eine dementsprechende Absicherung in den universitätsrechtlichen Regelungen geboten. Eine Vorgabe, auf welche der Gesetzgeber des UG nicht immer ausreichend Bedacht nimmt.

### 2. Beschäftigungsrechtliche Gesichtspunkte

Im Einklang mit der nach Art. 17 StGG gebotenen Entscheidungsfreiheit, betreffend die Veröffentlichung eigener wissenschaftlicher Forschungsergebnisse, sieht das Beschäftigungsrecht mehrfach dementsprechende Absicherungen vor. So hat schon bisher das Beamtendienstrecht,<sup>15</sup> und inhaltsgleich das Vertragsbedienstetenrecht,<sup>16</sup> für Universitätsassistenten ausdrücklich das Recht normiert, eigene wissenschaftliche Arbeiten selbstständig zu veröffentlichen. Damit soll, nach dem Willen des Gesetzgebers, insbesondere sichergestellt sein, dass es zur Veröffentlichung solcher eigener Arbeiten nicht

8 § 51 Abs. 2 Z. 8, 13, § 72 UG.

9 § 86 Abs. 1 letzter Satz UG.

10 § 26 Abs. 1 UG.

11 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.486/1996; 14. 12. 1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994.

12 Vgl. *Binder*, Die verfassungsrechtliche Sicherung der Wissenschaftsfreiheit in Österreich, *WissR* 6 (1973), S. 3 ff.

13 VfGH 3.10.1956, B 74/56 = VfSlg 3068/1956.

14 VfGH 23.6.1950, B 213/49 = VfSlg 1969/1950; 23.3.1949, B 225/48 = VfSlg 1777/1949. Mit einem grundsätzlichen Vorzensurver-

bot für wissenschaftliche Publikationen idS. gilt etwa auch eine Vorlagepflicht an Ethikkommissionen als unvereinbar (vgl.

*Kopetzki*, Muss Forschung „ethisch vertretbar“ sein?, in: *Jablonek/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger* (Hg.), *Vom praktischen Wert der Methode/FS Mayer*, 2011, S. 266).

15 § 183 BDG 1979 (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. Nr. 333, idGF).

16 § 49p Abs. 3 VBG (Vertragsbedienstetengesetz 1948, BGBl. Nr. 48, idGF).

der Zustimmung des Vorgesetzten bedarf.<sup>17</sup> Insoweit ist diese Regelung in Übereinstimmung mit der grundsätzlichen Weisungsfeindlichkeit der durch die Wissenschaftsfreiheit geschützten Grundrechte.<sup>18,19</sup> In Anlehnung daran, sieht die organisationsrechtliche Regelung des § 106 Abs. 1 UG ein den dienstrechtlichen Bestimmungen textidentisches Veröffentlichungsrecht vor.

In einer konfligierenden Beziehung zum organisations- und beschäftigungsrechtlich zugesicherten Veröffentlichungsrecht, betreffend eigene Forschungsergebnisse, stehen studien- und organisationsrechtlich normierte Veröffentlichungspflichten und Aufgriffsrechte, die, neben eigentumsrechtlichen und urheberrechtlichen Aspekten, wesentlich auch in einem Spannungsverhältnis zur von der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit mitumfassten Entscheidungsfreiheit über die Veröffentlichung wissenschaftlicher Untersuchungen und Erkenntnisse stehen.<sup>20</sup>

### 3. Studienrechtliche Veröffentlichungspflicht

§ 86 Abs. 1 UG sieht die Übergabe von positiv beurteilten Diplom-, Master- und Doktorarbeiten an die jeweilige Universitätsbibliothek, im Falle der Dissertationen zusätzlich an die Österreichische Nationalbibliothek, vor. Diese Übergabe liegt dabei nicht im Ermessen des Studierenden, sondern ist als Ablieferungspflicht festgelegt. Der zwingende Charakter dieser grundsätzlichen Ablieferungspflicht wird noch dadurch verstärkt, dass die Verleihung akademischer Grade die erfolgte Ablieferung dieser Arbeiten voraussetzt.<sup>21</sup>

Durch die Ablieferung – in herkömmlicher Form – wird im urheberrechtlichen Sinne die Arbeit noch nicht als erschienen,<sup>22</sup> jedenfalls aber als veröffentlicht zu werten sein;<sup>23</sup> in diesem Sinne spricht auch die Regelung des

§ 86 UG von einer Veröffentlichungspflicht. Da mit der Ablieferung an die jeweilige Universitätsbibliothek noch kein Erscheinen bewirkt wird, ist damit zumindest dem urheberrechtlichen Verbreitungsrecht<sup>24</sup> entsprochen. Differenziertere Wertungen aber haben für die studienrechtliche Veröffentlichungspflicht vor allem im Lichte der Änderungen durch die UG-Novelle 2015 zu gelten. Die mit der Veröffentlichungspflicht des UG intendierte Zugänglichmachung und Diskursoffenheit sowie Hintanhaltung von Plagiaten,<sup>25</sup> die insoweit wesentlich im Dienste der Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens und damit eines ungeschriebenen wissenschaftlichen Kodex steht, kann angesichts der nunmehr auch in elektronischer Form vorgesehenen Übergabe wissenschaftlicher Arbeiten Studierender<sup>26</sup> in ein spezifisches Spannungsverhältnis aus urheberrechtlicher und grundrechtlicher Sicht geraten.

Patentrechtlichen Erfordernissen ist dabei insoweit noch Genüge getan, als § 86 Abs. 2 UG für Studierende die Möglichkeit vorsieht, bei Gefährdung wichtiger rechtlicher und wirtschaftlicher Interessen einen Benützungsausschluss von bis zu fünf Jahren nach Übergabe der jeweiligen Arbeit zu beantragen. Diese Regelung dient praktisch dem Schutz patentierfähiger, wirtschaftlich verwertbarer, technischer Innovationen, da bereits die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme einer Erfindung in einer wissenschaftlichen Arbeit Studierender, unabhängig von der Einwilligung des Urhebers, die Neuheit und damit die Patentierfähigkeit einer Erfindung ausschließt.<sup>27</sup>

In Abhängigkeit vom faktischen und potentiellen Benützerkreis nunmehr elektronisch erfasster, gespeicherter und zugänglicher Datensätze mit wissenschaftlichen Arbeiten, ist die neue Übergaberegulation des § 86 UG,

17 Vgl. die EB 320 BgNR 17. GP, 36 f.

18 Vgl. etwa *Berka*, Grundrechte, Rn. 347; *Ermacora*, Grundriß der Menschenrechte in Österreich, 1988, Rn. 796; *Koja*, Wissenschaftsfreiheit und Universität, 1976, S. 15 f.

19 In einem weiteren Sinne kann die dienstrechtliche Absicherung der Publikationsfreiheit auch als Ausdruck der Sonderstellung des Universitätslehreramtes insoweit verstanden werden, als im eigentlichen Kernbereich der wissenschaftlichen Tätigkeit die verfassungsrechtliche Individualfreiheit nach Art. 17 StGG den grundsätzlichen Gemeinwohlvorrang eines Amtes, gegenüber Amtswalterinteressen, verdrängt.

20 Auch aus beschäftigungsrechtlichen Vorgaben lässt sich keine Verpflichtung zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten ableiten. So kann aus der Forschungsverpflichtung nach § 155 Abs. 1 und § 165 Abs. 1 sowie § 172 Abs. 1 und § 179 Abs. 1 f. BDG 1979, mit Hinblick auf Art. 17 StGG, nicht auf eine Dienstpflicht zur Publikation von Forschungsergebnissen eines Universitätslehrers geschlossen werden. Vgl. dazu auch VwGH 27.6.2012, 2011/12/0172 = ZfV 2013, 64 f. = zfhr 2012, 218.

21 § 87 Abs. 1 UG.

22 Erscheinen setzt iSv. § 42, §§ 44 ff. iVm. § 16 UrhG (Urheber-

rechtsgesetz, BGBl. 1936/111, idGF.) voraus, dass ein Werk in genügender Zahl feilgehalten oder in Verkehr gebracht – und damit im herkömmlichen Sinne publiziert – ist; diese Qualität ist durch Ablieferung einzelner Exemplare an eine „amtliche Bibliothek“ nicht erfüllt (vgl. *Dillenz*, Rechtsfragen des Urheberrechts, in: Strasser (Hg.), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten, Bd. 14 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1992, S. 108 f.).

23 Die Veröffentlichung ist durch den breiten, für wissenschaftliche Arbeiten Studierender grundsätzlich (mit der marginalen Ausnahme des § 86 Abs. 2 UG) unbeschränkten Benützerkreis der Universitätsbibliotheken erfüllt (vgl. *Dillenz*, aaO., S. 110) – dieses Argument gilt umso mehr für die Aufnahme in die Sammlung der Österreichischen Nationalbibliothek.

24 § 16 Abs. 1 UrhG, wonach dem Urheber das ausschließliche Verbreitungsrecht an seinem Werk zukommt und dementsprechend ein Erscheinen an dessen Einwilligung gebunden ist.

25 Vgl. die EB 588 BgNR 20. GP, 95.

26 § 86 Abs. 1 letzter Satz UG.

27 Vgl. dazu *Schwar*, Erfindungsschutz an Hochschulen, zfhr 2003, 108 f.

gemessen am jeweiligen System, dahingehend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Urheberrecht zu werten, als nunmehr ein urheberrechtlich relevantes Erscheinen gemäß §§ 42 ff. UrhG und damit eine Beeinträchtigung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts gemäß § 16 UrhG gegeben sein kann.

Betreffend die grundrechtlich zugesicherte Wissenschaftsfreiheit gilt, wie oben angesprochen, das Recht der freien Aufzeichnung und Veröffentlichung von Forschungsergebnissen als immanenter Bestandteil der von Art. 17 StGG garantierten Forschungsfreiheit.<sup>28</sup> Die Anwendbarkeit dieser grundrechtlichen Schutzwirkung auf Diplom-, Master- und Doktorarbeiten ergibt sich eben daraus, dass nach der Rechtsprechung betreffend die Adressaten der Wissenschaftsfreiheit nicht auf Formalqualifikationen abzustellen ist,<sup>29</sup> und die genannten Arbeiten vom Gesetzgeber ausdrücklich als wissenschaftliche Arbeiten ausgewiesen werden.<sup>30</sup>

Als wesentliche Komponente der Wissenschaftsfreiheit gilt demnach die Entscheidungsfreiheit über die Inanspruchnahme und Ausübung der durch Art. 17 StGG vermittelten Rechtsposition, und damit auch die Willensfreiheit des Autors, eine wissenschaftliche Arbeit zu veröffentlichen oder nicht.<sup>31</sup> Dabei kann schon fraglich sein, ob sich für eine differenzierte grundrechtliche Wertung und Anknüpfung, je nachdem, ob eine (bloße) Veröffentlichung oder eine in Verkehr gebrachte Publikation vorliegt, sachliche Anhaltspunkte finden lassen. Mit Hinblick auf eine nun etwaig als Erscheinen zu wertende Übergabe wissenschaftlicher Arbeiten Studierender auf elektronischem Wege, verdichtet sich tendenziell das

grundsätzliche Spannungsverhältnis im Lichte einer im Effekt<sup>32</sup> unterbundenen Entscheidungsfreiheit.<sup>33</sup>

#### 4. Aufgriffsrecht an Forschungsleistungen

Zu gleichwertigen grundrechtlichen Friktionen, wie die für Studierende vorgeschriebene Veröffentlichungspflicht, führt die Aufgriffsregelung des § 106 Abs. 2 f. UG, die im Ergebnis auf ein im Ermessen der Universität liegendes Veröffentlichungsverbot hinausläuft.

##### a) Erfindungsbegriff

Die Regelung des § 106 Abs. 2 UG rezipiert zunächst den patentrechtlichen Dienstgeber- und Diensterfindungsbegriff<sup>34</sup> für Erfindungen im Rahmen der Tätigkeit an Universitäten und weitet den Adressatenkreis auf alle in einem Beschäftigungsverhältnis zum Bund oder zur Universität stehenden Universitätsangehörigen aus.<sup>35</sup> Diensterfindungen in diesem Sinne sind damit all jene Erfindungen des Universitätspersonals,<sup>36</sup> die in das aus der Fachzuständigkeit und Zugehörigkeit zu einer bestimmten Organisationseinheit erfließende Tätigkeitsfeld fallen bzw. von der gesetzlich oder vertraglich festgelegten Verwendung und Arbeitsplatzbeschreibung erfasst sind, sofern sie in Erfüllung „dienstlicher Obliegenheiten“ oder durch Anregung aus dem Tätigkeitsfeld zustande kommen, oder durch Nutzung von Erfahrungen oder Hilfsmittel des Unternehmens wesentlich erleichtert werden.<sup>37</sup> Derartige Diensterfindungen sind gemäß § 106 Abs. 3 UG meldepflichtig und unterliegen einem primären Verwertungsrecht durch die Universität, kraft ihrer

28 So schon VfGH 3.10.1956, B 74/56 = VfSlg 3068/1956.

29 In diese Richtung weist auch die Judikatur des EuGH, der Studierende als partielle Träger der Wissenschaftsfreiheit wertet (vgl. etwa EuGH 13.2.1985, 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593; 3. 7. 1974, 9/74, *Casagrande*, Slg. 1974, 773).

30 Dazu die Nachweise unter Kap. I.

31 Dazu die Nachweise unter Kap. I. In diese Richtung, betreffend urheberrechtliche Aspekte, auch *Dillenz*, aaO., S. 110.

32 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996.

33 Vor diesem Hintergrund ist auch zu erwägen, ob die Veröffentlichungspflicht des § 86 Abs. 1 UG mit dem urheberrechtlichen Veröffentlichungs- und Verbreitungsrecht (vgl. §§ 8, 16 UrhG) im Einklang steht, die beide auf die Einwilligung und damit auf eine Optionsmöglichkeit des Urhebers abstellen; zumal nach den Mat. zur substanzgleichen Vorgängerregelung des § 65 UniStG (vgl. die EB 588 BlgNR 20. GP, 95) die jeweilige Arbeit mit der Abgabe an die Bibliothek, unter Erlöschen des Verbreitungsrechts des § 16 UrhG, als automatisch freigegeben und damit im Ergebnis als ex lege veröffentlicht (iSv. § 8 UrhG) gilt.

34 § 7 Abs. 2 f. PatG (Patentgesetz 1970, BGBl. Nr. 259, idGF.).

35 Nach bisheriger (patentrechtlicher) Rechtslage war die Diensterfindungsregelung ex lege auf öffentlich-rechtlich Bedienstete

(Beamte) beschränkt (§ 7 Abs. 2 PatG); bei Beschäftigten auf Basis privatrechtlicher Dienstverhältnisse bedurfte es zur Wahrnehmung der patentrechtlichen Dienstgeberrechte entsprechender arbeitsvertraglicher Vereinbarungen und damit einer Einwilligung des Beschäftigten (§§ 6 ff. PatG).

36 Angesprochen wird damit das in einem aktiven Beschäftigungsverhältnis zur Universität stehende Personal gem. § 94 Abs. 2 f. UG sein, da nur dieses der Universität eine Dienstpflicht bzw. eine Arbeitsleistung schuldet. IdS. spricht § 106 Abs. 2 UG ausdrücklich von Erfindungen „im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses zum Bund oder im Rahmen eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses zur Universität“; in diese Richtung auch die Mat. zu § 106 UG, wo auf „Mitarbeiter der Universität“, unabhängig von deren arbeitsrechtlichen Stellung, abgestellt wird (vgl. die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99). Nach diesem Verständnis kommt die Diensterfindungsregelung des § 106 UG auf Forschungsstipendiaten (§ 95 UG) und emeritierte Universitätsprofessoren bzw. Universitätsprofessoren im Ruhestand (§ 104 UG) nicht zur Anwendung, die per definitionem in keinem (aktiven) Arbeitsverhältnis zu Bund oder Universität stehen.

37 § 7 Abs. 3 lit. a ff. PatG.

Stellung als Dienstgeber; wobei neben dem Aufgriff des Benützungrechts auch die gänzliche Inanspruchnahme durch die Universität vorgesehen ist.

Der vom UG bezogene patentrechtliche Erfindungsbegriff<sup>38</sup> erfasst dabei typischerweise gegenständliche technische Innovationen oder Verfahrensinnovationen, die einer gewerblichen Anwendbarkeit zugänglich sind. Entdeckungen sowie wissenschaftliche Theorien und Methoden scheiden aus der Inanspruchnahme durch die Universität aus.<sup>39</sup> Damit unterfallen dem Anwendungsbereich des § 106 Abs. 2 UG primär Ergebnisse der angewandten Forschung und Entwicklung, die vor allem auch im Drittmittelbereich von zentraler Bedeutung sind, während rein abstrakte Erkenntnisse im Rahmen von Grundlagenforschungen und dogmatischen Untersuchungen, wie sie schwerpunktmäßig in geisteswissenschaftlichen Fächern entstehen, grundsätzlich nicht vom Aufgriffsrecht erfasst sind.

#### b) Patentrechtliche und beschäftigungsrechtliche Belange

Das universitäre Aufgriffsrecht begegnet zunächst schon patentrechtlichen und beschäftigungsrechtlichen Bedenken, wie sie zum staatlichen Aufgriffsrecht gegenüber öffentlich-rechtlich Bediensteten entwickelt wurden<sup>40</sup> und (teilweise) auf die gegenständliche Rechtslage fortwirken.<sup>41</sup> Neben einer wenig überzeugenden entstehungszeitgeschichtlichen Argumentation<sup>42</sup> und einer Bezugnahme auf das – zwischenzeitlich überholte – deutsche Universitätslehrerprivileg,<sup>43</sup> setzt diese Argumentation primär beim Unternehmensgegenstand und den Dienstpflichten des Arbeitnehmers an.

#### aa) Unternehmensbegriff und Unternehmensgegenstand

Betreffend den Unternehmensgegenstand, dem die Dienstleistung patentrechtlich unterfallen muss,<sup>44</sup> wird dabei die grundsätzlich mangelnde immaterialgüterrechtliche Unternehmenseigenschaft der Universitäten ins Treffen geführt.<sup>45</sup> Als wesentlich gilt dabei, dass

der verwertungsorientierte gewerbliche Unternehmensbegriff des PatG mit der (primär) erkenntnisorientierten Ausrichtung der Universitäten nicht im Einklang steht. Dieser Wertung ist insofern nach wie vor etwas abzuzugewinnen, als das UG, trotz tendenziell vermehrter Betonung von Ergebnisrelevanz und Verantwortung gegenüber Staat und Gesellschaft, in seinen handlungsmaßgeblichen Grundsatzregelungen die Bestimmung der Universitäten im Dienste von Forschung, Lehre und Persönlichkeitsbildung, die wissenschaftlichen Freiheitsmaxime und die Aufgabe der Entwicklung der Wissenschaften,<sup>46</sup> an vorderste Stelle reiht. Da die Einleitungsparagraphen 1 bis 3 UG die zentralen Prinzipien und Zwecke der universitären Tätigkeit festlegen, steht die Aufgriffsregelung des § 106 Abs. 2 UG zumindest in einem Spannungsverhältnis zur gesetzlichen Ausrichtung der „Unternehmenskultur“ der Universitäten.<sup>47</sup>

#### bb) Dienstnehmereigenschaft und Arbeitspflicht

Da § 7 PatG in seinen Regelungen betreffend unternehmensbezogener Dienstleistungen durchgehend auf die Dienstnehmereigenschaft abstellt, ergibt sich bereits daraus, dass aufgreifbare Erfindungen solche sind, die in Erfüllung der gesetzlichen oder vertraglichen Arbeitspflichten entstehen. In diesem Sinne wird hinsichtlich der patentrechtlichen Aufgriffsregelung davon ausgegangen, dass patentrechtlich relevante Dienstleistungen solche sind, die als Ergebnis einer darauf gerichteten Arbeitspflicht oder als zufälliges oder durch die Beschäftigung angeregtes Ergebnis, im Zuge der Erfüllung der Arbeitspflicht, auftreten.<sup>48</sup>

In Entsprechung dazu legt die bezügliche Aufgriffsregelung des § 106 UG den Anwendungsbereich mit Erfindungen im Rahmen von Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverhältnissen zum Bund oder zur Universität fest. Die organisationsrechtlichen Verwendungsbilder sowie die beschäftigungsrechtlichen Regelungen der Dienst- und Arbeitspflichten des Universitätspersonals stellen dabei durchwegs sehr allgemein auf die Kernaufgaben Forschung und Lehre sowie gegebenenfalls auch auf

38 Vgl. *Schwar*, aaO., 108 f.; zu allg. patentrechtlichen Bezügen nach Unionsrecht *Thiele*, Gesetzgebung und aktuelle Judikatur im Patentrecht, in: *Staudegger/Thiele* (Hg.), *Jahrbuch Geistiges Eigentum* 2013, 2013, S. 172 ff.

39 So ausdrücklich § 1 Abs. 3 Z. 1 PatG.

40 Dazu insb. *Dillenz*, aaO., S. 117 f., 123 ff., 126; *Geist*, Immaterialgüterrechtliche Probleme der Drittmittelforschung, in: *Strasser* (Hg.), *Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten*, Bd. 14 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1992, S. 158 ff.

41 Als obsolet ist zwischenzeitlich, aufgrund der nunmehrigen Vollrechtsfähigkeit der Universitäten und der gleichwertigen Anwendung des § 106 Abs. 2 UG auf alle Beschäftigtenkategorien,

jedenfalls der argumentierte Aufgriffsausschluss wegen Ungleichbehandlung zwischen Beamten und Vertragsbediensteten sowie wegen des undefinierbaren Unternehmensgegenstandes von Universitäten, als nachgeordnete staatliche Dienststellen, zu werten.

42 In diese Richtung insb. *Dillenz*, aaO., S. 117 f.

43 Dazu insb. *Dillenz*, aaO., S. 118, 123 f. Kritisch dazu schon *Geist*, aaO., S. 154.

44 § 7 Abs. 2 PatG.

45 Vgl. *Geist*, aaO., S. 130, 152.

46 § 1 Satz 1, § 2 Z. 1, § 3 Z. 1 UG.

47 Vgl. dazu etwa *Novak*, *Universitätsidee und „Unternehmenskultur“*, *zfhr* 2016, 19 ff.

48 Vgl. *Schwar*, aaO., 109.

die damit verbundenen Verwaltungsaktivitäten ab;<sup>49</sup> die nähere Konkretisierung hat erforderlichenfalls in den Arbeitsverträgen und Zielvereinbarungen zu erfolgen, wobei, den Eigengesetzlichkeiten wissenschaftlicher Tätigkeit folgend, gängigerweise keine konkreten Arbeitserfolge festgelegt werden.

Davon ausgehend, dass die Dienstleistungsregelungen auf die dem Dienstgeber geschuldeten Leistungen ausgerichtet sind und die maßgeblichen universitätsrechtlichen Regelungen, hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen, im Sinne der disziplinierten und grundlagenorientierten Forschungstradition der Universitäten, grundsätzlich lediglich abstrakt auf Forschungsarbeiten und Lehrtätigkeiten abstellen, wird argumentiert,<sup>50</sup> dass die Herstellung von Publikationen nicht zu den eigentlichen „Dienstpflichten“ im Rahmen von Forschung und Lehre zählt, so dass wissenschaftliche Publikationen nicht der patentrechtlichen Aufgriffsregelung unterfallen können.

Diese Argumentation vermag letztlich nicht zu überzeugen. Zwar sehen die Bestimmungen zur beschäftigungsrechtlichen Forschungspflicht bzw. -aufgabe keine ausdrückliche Publikationsverpflichtung vor, und kann daher die Erfüllung der Forschungsverpflichtung auch durch die Mitwirkung an Forschungsprojekten oder beispielsweise durch Kreation von Computerprogrammen erfolgen, die nicht zwangsläufig in zur Veröffentlichung bestimmte Schriftwerke münden müssen. Abgesehen davon aber, dass die schriftliche Dokumentation von Forschungsleistungen, und seit dem KUOG<sup>51</sup> ebenso von Kunstwerken, auch außerhalb sogenannter „Buchwissenschaften“ im Sinne der Nachvollziehbarkeit wissenschaftlicher (und künstlerischer) Innovation im Grunde geboten ist, und in diesem Sinne etwa auch die Regelungen zu Qualifikationsprüfungsverfahren, wie etwa zur Verleihung der „*venia docendi*“, und die Evaluierung von Forschungsleistungen auf in Druck veröffentlichte Werke abstellen, kann auf sachrationaler Basis nicht begründet werden, dass im Rahmen der Dienstpflichten erbrachte patentfähige Forschungsleistungen einem Aufgriff nur deshalb und dann entzogen sein sollen, wenn sie in eine Publikation münden. Die Gründe

für die allgemein gehaltenen organisations- und beschäftigungsrechtlichen Regelungen zu den Aufgaben und Pflichten liegen erkennbar in der Wahrung einer ausreichenden, dem Wissenschaftsbetrieb angemessenen Flexibilität bei der Erbringung von Forschungsleistungen. Aus Sicht der Dienstpflichtenerfüllung ist damit nicht schlüssig, dass eine im Rahmen der Forschungsverpflichtung entstandene patentfähige wissenschaftliche Innovation diesen Charakter dadurch verlieren soll, dass sie in ein zur Veröffentlichung geeignetes Schriftwerk gefasst wird. Andernfalls könnte jede im Kern patentrechtlich relevante Innovation dem Aufgriff allein durch Fassung in eine bestimmte Form entzogen werden. Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Publikationsverpflichtung kann daher im Ergebnis nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass anfallende Publikationen als außerhalb der Dienstpflicht liegend und damit aufgriffsfeindlich zu werten sind. Vielmehr sind veröffentlichungsfähige Niederschriften eine typische Folge der Erfüllung der Forschungsverpflichtung und daher immanenter Teil der Forschungsaufgabe des Universitätspersonals. Aus beschäftigungsrechtlicher Sicht lässt sich daher aus dem Publikationsargument nichts für einen Aufgriffsausschluss gewinnen.

Ein dienstrechtlicher Aspekt, im Verhältnis des von § 106 Abs. 1 UG normierten Veröffentlichungsrechts und des in § 106 Abs. 2 UG geregelten universitären Aufgriffsrechts, kann auch im Erfordernis einer sachgerechten Abwägung, zwischen der Treuepflicht des Dienstnehmers gegenüber dem Dienstgeber und der Fürsorgepflicht des Dienstgebers zum Schutz der Dienstnehmerinteressen, erblickt werden.<sup>52</sup>

### cc) Drittmittelforschung

Von besonderem Belang ist der dienstpflichtenorientierte Ansatz für die mitunter diffizilen Abgrenzungproblematiken im Rahmen der „Drittmittelforschung“ und damit für die Zuweisung von Aufgriffs- und Verwertungsrechten an im Zuge von extern finanzierter Auftragsforschung entstandenen immaterialgüterrechtlich relevanten Werken.<sup>53,54</sup>

Die vom Gesetzgeber nicht näher kommentierte Regelung des § 26 Abs. 1 UG, wonach drittfundierte Auf-

49 § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 UG; § 155 Abs. 1 f. iVm. §§ 165, 172, 179 BDG 1979; § 49b iVm. §§ 49h, 49n VBG; §§ 25 ff. Uni-KV (Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen der Universitäten, 1. I. 2009, idgF.).

50 Vgl. *Dillenz*, aaO., S. 122 f.

51 Kunstuniversitäts-Organisationsgesetz, BGBl. I 1998/130 – außer Kraft.

52 So *Titscher*, Das Recht auf Veröffentlichung im Spannungsverhältnis zur Drittmittelforschung, zfhr 2008, 175.

53 Angesprochen sind Werke, die im Rahmen von „Ad-personam-Auftragsforschung“ oder „Instituts-Auftragsforschung“ iSv. §§ 26 f. UG entstehen.

54 Zur hinsichtlich der Auftragsforschung im Kern vergleichbaren bisherigen Rechtslage eingehend *Geist*, aaO., S. 135 ff., 151 ff., 158 ff. und *Langeder*, Drittmittelforschung, Wissenschaftsfreiheit und dienstrechtliche Forschungsverpflichtung, in: Strasser (Hg.), Grundfragen der Universitätsorganisation IV, Bd. 10 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1990, S. 135 ff., 143 ff., 158 f., die eine distanzierte Haltung zu einer Aufgriffsautomatik bei Drittmittelforschungsergebnissen einnehmen; wobei Aspekten, wie der (Nicht-)Einschlägigkeit des Arbeitsgebietes, der Mitwirkungsfreiwilligkeit, dem Honorarbezug, der Arbeitnehmereigenschaft und dem Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Übertragung maßgebliche Bedeutung beigemessen wird.

tragsforschung zur Universitätsforschung zählt, deutet zunächst darauf hin, dass solche außenmotivierte und außengerichtete Forschungsaktivitäten (zumindest) organisationsrechtlich als der dem Arbeitgeber Universität geschuldeten Forschungsleistung gleichwertig zu behandeln sind. Für sich betrachtet ließe sich daraus der Schluss ziehen, dass im Zuge von Drittmittelprojekten entstandene, verwertbare Innovationen grundsätzlich gleichermaßen dem universitären Aufgriffsrecht des § 106 Abs. 2 UG unterfallen.<sup>55</sup> Wobei auch diese Annahme jedenfalls unter der Prämisse stehen müsste, dass es sich um die Durchführung von Drittmittelforschung durch Universitätspersonal handelt, da nur dieses „Universitätsforschung“ betreibt,<sup>56,57</sup> und der externe Auftraggeber sich die Verwertungsrechte, die gängigerweise den Hauptgrund für eine externe Projektfinanzierung darstellen, nicht vertraglich zusichern ließ, und damit einem möglichen universitären Aufgriffsrecht schon in seiner Eigenschaft als Auftraggeber und Financier des Forschungsprojektes vorgeht.<sup>58</sup>

Entgegen dieser Annahme scheint aber die Zurechnungsregelung des § 26 Abs. 1 UG, betreffend Universitätsforschung, vielmehr als Zugeständnis an die universitätsrechtlich und hochschulpolitisch deklarierte erwünschte Stärkung universitärer Wissenstransferleistung gegenüber Gesellschaft und Wirtschaft und Intensivierung der Lukrierung außeruniversitärer Finanzierungsquellen zu werten zu sein. Insofern dürfte damit keine Neuorientierung hinsichtlich Aufgriffsmöglichkeiten verwertbarer Innovationen beabsichtigt gewesen sein. Dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass in der Fassung der Voraussetzungen für die Durchführbarkeit der in Rede stehenden Drittmittelprojekte in der

Substanz, gegenüber der Vorgängerbestimmung des UOG 1993,<sup>59</sup> keine wesentliche Änderung eingetreten ist. Insbesondere ist, nach wie vor, neben einer Kostensatzpflicht für die Nutzung von Universitätsressourcen, die Nichtbeeinträchtigung der dem Arbeitsverhältnis erfließenden Rechte und Pflichten von mitwirkendem und nichtmitwirkendem Personal sowie der durch Organisationsregelungen festgelegten Aufgabenerfüllung der beteiligten universitären Organisationseinheit als unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit normiert.<sup>60</sup> Verbunden mit einer im Ermessen des Rektorats liegenden Untersagungspflicht solcher außenfinanzierter Forschung, bei Nichterfüllung einer dieser Voraussetzungen.<sup>61</sup> In diese Richtung deutet vor allem auch die novellierte Fassung des § 155 Abs. 4 BDG, wonach, wie bisher, Drittmittelforschung an Universitäten, gleich der Durchführung von Universitätslehrgängen,<sup>62</sup> ausdrücklich als außerhalb der Dienstpflichten gegebenenfalls stattfindende Nebentätigkeit<sup>63</sup> festgeschrieben wird.<sup>64,65</sup>

Bei Zusammenschau der relevanten organisations-, beschäftigungs- und immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen ist damit erkennbar, dass die patentrechtliche Aufgriffsregelung, im Anwendungsbereich der Universitäten, offenbar auf die Dienstpflichtenerfüllung durch Universitätspersonal ausgerichtet ist. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass für patentfähige Erkenntnisse im Rahmen von Drittmittelforschung grundsätzlich keine Aufgriffskompetenz der Universität besteht. Für diesen Bereich ist daher diesbezüglich auch keine Beschränkung von Veröffentlichungsrechten anzunehmen.

55 In diese Richtung *Nowotny* in: Perthold-Stoitzner (Hg.), UG 2002, 3. Aufl. 2016/*Manz* UG online, Anm. I.2. zu § 26 UG; *Titscher*, aaO., 172, die undifferenziert auf die Funktionalität der Tätigkeitsausübung abstellt. Nicht eindeutig *Oberbauer-Oberparleitner*, Stolpersteine auf dem Weg in die Vollrechtsfähigkeit, zfhr 2004, 20 f.

56 Drittmittelbeschäftigte stehen zwar formal in einem Angestelltenverhältnis zur Universität, schulden in dieser Eigenschaft, die sie nicht zu Universitätsangehörigen macht, ihre Arbeitsleistung aber nicht der Universität, sondern dem Auftraggeber.

57 So im Ergebnis auch *Perthold-Stoitzner*, UG. Universitätsgesetz 2002, 4. Aufl. 2016, Anm. 5 zu § 26 UG, sowie die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99, wo betreffend Aufgriffsrechte auf Mitarbeiter der Universität abgestellt wird.

58 Ungeachtet dessen, dass der Finanzierungsgrund eines Drittmittelgebers (im Unterschied zu einem Subventionsgeber) typischerweise in der möglichst umfangreichen Verwertungs- und Verfügungsmöglichkeit über die Ergebnisse der Auftragsforschung liegt, ist auch hier davon auszugehen, dass keine aus dem Auftragsverhältnis automatisch erfließende Überlassungspflicht an den Auftraggeber gegeben ist, sondern eine solche vielmehr einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf.

59 § 4 leg cit.

60 § 26 Abs. 2 f. UG.

61 § 26 Abs. 4 UG.

62 Welche ebenfalls als sinnvolle, aber nicht notwendige und damit freiwillige Ergänzung zu den eigentlichen Universitätsaufgaben angelegt sind (vgl. § 51 Abs. 2 Z. 21 iVm. § 56 UG samt den EB 1134 BlgNR 21. GP, 91).

63 Zum Nebentätigkeitsbegriff vgl. etwa *Novak*, Das Dienstrecht der Wissenschaftler, Bd. 1 der Schriften zum Wissenschaftsrecht, 2003, Anm. 34 ff. zu § 155 BDG 1979.

64 Dazu auch *Oberbauer-Oberparleitner*, aaO., 20.

65 Da die Neuregelung des § 155 Abs. 4 BDG 1979 nach In-Kraft-Treten der Auftragsforschungsregelungen des UG (vgl. § 143 leg cit) erlassen wurde (Dienstrechts-Nov. BGBl. I 2003/130) und die abgeänderte Fassung gerade die inhaltliche Anpassung an die neuen organisationsrechtlichen Bestimmungen des UG bezweckte, kann auch kein Redaktionsversehen angenommen werden, sondern ist von einer bewussten gesetzgeberischen Zuordnung solcher Aktivitäten zum außerdienstlichen Nebentätigkeitsbereich auszugehen. Zur Neuregelung und Abgrenzung von Dienstpflichten und Nebentätigkeiten vgl. auch § 240a BDG 1979 samt den EB 238 BlgNR 22. GP (zit. bei *Fellner*, Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, Anm. zu § 240a BDG 1979).

## 5. Schutzbereich und Schrankenwirkung der Wissenschaftsfreiheit

Neben den einfachgesetzlichen Wertungen und Abgrenzungen, im Wechselspiel von Veröffentlichungsfreiheit und Aufgriffsrecht, ist dieser Fragenbereich vor allem auch unter dem Aspekt des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit von besonderer Relevanz.

Wie eingangs schon angerissen, impliziert die Forschungsfreiheit des Art. 17 StGG nach Meinungsstand und Judikatur wesentlich auch die Freiheit des Forschers nach eigenem Willen und Ermessen die Ergebnisse seiner wissenschaftlichen Forschungsarbeiten schriftlich abzufassen und zu veröffentlichen.<sup>66</sup> Wobei die Schutzwirkung dieser Freiheit, nach aktuellem Verständnis, sowohl das subjektive Recht des Wissenschaftlers diese Freiheit ungehindert ausüben zu können als auch die objektive Komponente einer entsprechenden einfachgesetzlichen Absicherung einschließt. Die grundrechtlich geschützte Veröffentlichungsfreiheit soll dabei vor allem der Untersagung einer wissenschaftlichen Publikation, als schärfste Einschränkungform, vorbeugen,<sup>67</sup> impliziert aber auch die Freiheit, eine Veröffentlichung nach eigener Entscheidung zu unterlassen. Der Verfassungskonformität können dabei nicht nur intentional, und damit nach dem Regelungszweck auf eine Einschränkung ausgerichtete Bestimmungen widerstreiten, sondern auch solche allgemeiner Natur, soweit sie in ihrer Wirkung auf eine Einschränkung der Veröffentlichungsfreiheit hinauslaufen.<sup>68</sup> Derartige Regelungen bedürfen hinsichtlich ihrer die Wissenschaftsfreiheit tangierenden Effekte einer Rechtsgüterabwägung.

### a) Rechtsgüterabwägung und Unternehmensgegenstand

Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kann im konkreten Zusammenhang, sowohl aus grundrechtlicher als auch aus organisationsrechtlicher Perspektive, grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass, auch entsprechend dem „Unternehmensgegenstand“ der Universitäten, wissenschaftszentrierte und

erkenntnisorientierte Interessen solchen überwiegend fiskalischer Art vorzugehen haben.<sup>69</sup>

Der Gegenstand universitärer Aktivitäten liegt nach der Zielbestimmung des UG<sup>70</sup> darin, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre (bzw. Entwicklung der Künste) zu dienen. Wobei die nähere Konkretisierung im Rahmen dieser Regelung klar die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse als Kernaufgabe der Universitäten hervorhebt, die, im Sinne einer gewissen Außenverantwortung und gesamtgesellschaftlichen Einbindung, in ihrer Wirkung auch, im Sinne einer erwünschten Nebenwirkung, zur Entwicklung der Gesellschaft und Lösung ihrer Herausforderungen beitragen soll. Die Universitäten sind demnach, im Geiste dieser Ausrichtung, primär einem wissenschaftlichen Erkenntnisideal verpflichtet, das sie von einer marktwirtschaftlichen Verwertungsorientierung grundsätzlich unterscheidet. Die Verwertungsrelevanz wissenschaftlicher Erkenntnis ist nach diesem Verständnis ein möglicherweise willkommener, aber nicht handlungsweisender und organisations- und beschäftigungsrechtlich auch nicht gebotener Effekt der eigentlichen Erkenntnisaufgabe. Dafür streitet auch die rechtstextliche Bezugnahme auf das humanistische Ideal der Persönlichkeitsbildung.<sup>71</sup>

Dieses, erstmals ins UG aufgenommene ausdrückliche Rekurrenieren auf den gemeinschaftlichen Erkenntnisgewinn, zum Zweck der Persönlichkeitsentwicklung durch wissenschaftliche Forschung, und damit im Grunde auf humboldtsche und humanistische Bildungsideale, hat seinen bildungspolitischen Hintergrund im Tauziehen um die Rechtsnatur und Ausrichtung der Universitäten im Vorfeld der Einrichtung neuer vollrechtsfähiger Universitäten; wobei, seitens Industrie und Finanz, eine Neustrukturierung der Universitäten als privatisierte Kapitalgesellschaften angedacht und forciert wurde. Insofern kann die gegenständliche Fassung des § 1 UG auch als bewusst gesetztes Bekenntnis des hochschulrechtlichen Gesetzgebers zu einer Kontinuität der österreichischen Universitätsidee, im Sinne einer Ausrichtung der Grundwerte an den Eckpunkten der Humboldt-Ideale, verstanden werden, die damit einer über-

66 Insb. VfGH 3.10.1956, B 74/56 = VfSlg 3068/1956 sowie VwGH 27.6.2012, 2011/12/0172 = ZfV 2013, 64 f. = zfhr 2012, 218.

67 Vgl. insb. VfGH 23.6.1950, B 213/49 = VfSlg 1969/1950; 23.3.1949, B 225/48 = VfSlg 1777/1949.

68 Vgl. etwa *Berka*, Grundrechte, Rn. 344 f.; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht 3: Grundrechte, 2. Aufl. 2015, Rn. 42.211. So auch schon *Pernthaler*, Die Universitätsautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit, Bildungsanstalt und Forschungsunternehmen, in: Strasser (Hg.), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten, Bd. 14 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1992, S. 6 f. Auch

die jüngere Judikatur weist, in Abkehr von der älteren Rechtsprechung, in diese Richtung, wenn der VfGH sowohl Rechtsgrundlagen, die auf eine Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit abzielen als auch Rechtsgrundlagen, die eine solche Beschränkung (lediglich) im Effekt bewirken, gleichermaßen in die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gem. Art. 17 StGG einbezieht (VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.486/1996).

69 So auch schon *Geiß*, aaO., S. 155.

70 § 1 Satz 1 leg cit.

71 § 1 Satz 3 UG.

wiegend verwertungsorientierten, marktwirtschaftlich orientierten Universität eine Absage erteilt.<sup>72</sup>

Diesem Wissenschaftsideal sind auch die Regelungen über die Grundsätze und Aufgaben der Universitäten verpflichtet, welche die Entwicklung der Wissenschaften und die Bildung durch Wissenschaft an vorrangiger Position als universitäre Aufgabe festschreiben<sup>73</sup> und insbesondere die Freiheit der Wissenschaft an die erste Stelle der leitenden Grundsätze der Universitäten reihen,<sup>74</sup> und damit auch einen ausdrücklichen Bezug universitären Handelns zu den von Art. 17 StGG garantierten Freiheiten und Rahmenbedingungen herstellen. Auch diesen Bestimmungen kommt dabei der Charakter maßgeblicher Handlungsvorgaben und Rechtmäßigkeitsmaßstäbe und damit auch wesentliche Bedeutung für das Verständnis der Veröffentlichungs- und Aufgriffsregelung des § 106 UG zu.

Von besonderer Relevanz bei der Rechtsgüterabwägung ist schließlich, dass die Forschung auch an den nunmehr vollrechtsfähigen Universitäten dem Hoheitsbereich zugeordnet wird und deren Sicherung ein wertungsmaßgebliches Allgemeininteresse an der Tätigkeit der Universitäten darstellt, welches in diesem Sinne nach der Judikatur auch von ausschlaggebender Bedeutung für die Qualifizierung von Organakten an Universitäten ist.<sup>75</sup> Dieses überwiegende öffentliche Interesse an der Gestaltung von Forschung, Lehre und Wissenschaftsverwaltung<sup>76</sup> bedingt sach- und rechtslogisch verdichtete rechtsstaatliche Anforderungen hinsichtlich gestaltender Eingriffe in durch die Wissenschaftsfreiheit garantierte Positionen; diese Anforderungen betreffen sowohl die normativen Voraussetzungen für die als auch den Handlungsspielraum der Wissenschaftsverwaltung. Dem grundsätzlichen Abwägungsvorrang überwiegender öffentlicher Interessen bei Grundrechtskonkurrenz<sup>77</sup> kommt demnach für die Wissenschaftsfreiheit spezifische Bedeutung zu.

Diesen Intentionen entsprechend, sollen die einfachgesetzlichen Bestimmungen zum Veröffentlichungsrecht zum einen die der Wissenschaftsfreiheit entsprechende unbeeinflusste Entscheidungsfreiheit garantieren, und zum anderen vor allem auch den Wissenstransfer, die Kritikoffenheit, die meinungsbildende Funktion der Universitäten, den öffentlichen Meinungsdiskurs sowie das Ansehen und die Karrierechancen in der „scientific community“ sichern.<sup>78</sup>

#### b) Wertungs- und Regelungskonflikte

Zu diesen grundrechtlichen und einfachgesetzlichen Intentionen und Implikationen steht die organisationsrechtliche Generalaufgriffsregelung unter verschiedenen Gesichtspunkten im Wertungs- und Regelungs widerspruch. Die von § 106 UG vorgesehene Meldepflicht patentträchtiger Erkenntnisse und das im Ermessen des Rektorats liegende, innerhalb von drei Monaten auszuübende Inanspruchnahmerecht der Universität<sup>79</sup> sind geeignet die Veröffentlichungsfreiheit bzw. das Veröffentlichungsrecht in zweifacher Weise zu behindern: Wenn die Universität die Verwertung der Forschungserkenntnisse in Anspruch nimmt, entfällt einerseits die Freiheit des Wissenschaftlers selbständig umgehend, etwa zum Schutz vor Innovationsverlust durch eine ergebnisähnliche Konkurrenzpublikation, zu veröffentlichen, wobei schon die dreimonatige Wartefrist wissenschaftliche Interessen nachhaltig schädigen kann, und unter einem auch die Freiheit, etwa aus ethischen Erwägungen, nicht zu veröffentlichen.

Die intentionale Unvereinbarkeit von Veröffentlichungs- und Aufgriffsrecht kann aus patentrechtlicher und beschäftigungsrechtlicher Sicht auch nicht durch die Überlegung einer etwaigen Doppelverwirklichung entschärft werden.<sup>80</sup> Zunächst löst die § 12 PatG nach-

72 IdS. kann auch die Haltung des VfGH im Universitäts-Leiterkenntnis aus 2004 verstanden werden, wo, als zentrale Argumentationslinie hinsichtlich der Organ- und Entscheidungsstruktur, darauf abgestellt wird, dass das Regelungskonzept des UG zentral deshalb als verfassungskonform zu werten ist, weil es eine „systemimmanente“ Weiterentwicklung der im UOG 1993 grundgelegten Organisationsstruktur darstellt (VfGH 23.1.2004, G 359/02 = VfSlg 17.101/2004 = ÖJZ 2004, 738 f. = ZfV 2005, 291 ff. = zfhr 2004, 60 ff.; dazu auch *Rath-Kathrein*, Die Universitätsreform im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, in: Weber/Wimmer (Hg.), Vom Verfassungsstaat am Scheideweg/FS Pernthaler, 2005, S. 319 ff.). IdS. auch VfGH 29.6.2013, G 35-40/2013, V 32-36/2013 = zfhr 2013, 142 ff., wo hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Absicherung universitärer (intrinsisch basierter) Handlungsfreiräume auf die bei Erlassung des Art. 81c B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. 1930/1, idgF.) vorgefundenen gesetzlichen Aufgabenzuweisungen nach Maßgabe des Art. 17 StGG und unter Bedachtnahme auf deren Entwicklung abgestellt wird.

73 § 3 Z. 1, 2 UG.

74 § 2 Z. 1 UG.

75 OGH 21.2.2013, 9 ObA 121/12b = zfhr 2013, 181 ff. = JBl 2013, 601 ff.; 25.6.2007, 9 ObA 139/06s; 8 ObA 1/08t = zfhr 2009, 60.

76 Zum überwiegen öffentlichen Interesse vgl. etwa § 1, § 2 Z. 5, § 3 Z. 8, § 4 UG iVm. Art. 81c B-VG samt den EB 1134 BlgNR 21. GP, 71 f.; VfGH 29.6.2013, G 35-40/2013, V 32-36/2013 = zfhr 2013/5, 142 ff. sowie *Berka*, Autonomie und Freiheit der Universität: Ein neuer Verfassungsartikel für die öffentlichen Universitäten, UNILEX 2008, 12.

77 Dazu etwa VfGH 10.12.1993, G 167/92, V 75-78/92 = VfSlg 13.635/1993, der hinsichtlich Beschränkungen nach dem ChemG 1996 von einem Abwägungsnachrang wirtschaftlicher Nutzungsinteressen, im Verhältnis zum Gemeinwohl, ausgeht.

78 Zu der idS. gelebten Praxis vgl. auch *Schwar*, aaO., 113 ff. und *Welan*, Wissenschaftliche Qualität, zfhr 2004, 2 ff.

79 § 106 Abs. 2 f. UG.

80 IdS. auch *Perthold-Stoitzner*, aaO., Anm. 3 zu § 106 UG; *Schwar*, aaO., 108 ff., 113 ff.; a.A., ohne nähere Begründung, *Nowotny*, aaO., Anm. II.2. zu § 106 UG; *Titscher*, aaO., 175.



empfundene unverzügliche Meldepflicht nach § 106 Abs. 3 UG konsequenterweise die patentrechtliche Geheimhaltungspflicht<sup>81</sup> zum Schutz der Dienstgeberinteressen aus, die für sich, nach dem Regelungszweck, einer Veröffentlichung durch den Forscher (ohne Dienstgeberverzicht) zuwiderläuft. Darüber hinaus verhindert das patentrechtliche Neuheitsgebot<sup>82</sup> eine Veröffentlichung vor Patentierung. Wobei eine patentfeindliche Bekanntmachung von Erkenntnissen bereits dann anzunehmen ist, wenn für die Öffentlichkeit lediglich die Möglichkeit einer Kenntnisnahme bestand,<sup>83</sup> der Verlust des Neuheitscharakters setzt damit noch nicht einmal eine qualifizierte Form von Veröffentlichung, etwa in Form einer Publikation in einem Druckwerk, voraus.

Das Melde- und Aufgriffsrecht nach § 106 UG sperrt damit, zumindest während der Wartefrist, das Veröffentlichungsrecht des Forschers und führt im Falle einer Patentanmeldung durch die Universität zu einem durch diese veranlassten Veröffentlichungseffekt, der das Geheimhaltungsrecht des Forschers ausschließt. Im Ergebnis verhindert damit der Gehalt der Aufgriffsregelung des § 106 UG die durch die Veröffentlichungsfreiheit zugestandene Dispositionsmöglichkeit des Wissenschaftlers über seine Erkenntnisse.

#### c) Aufgriffsintention

Für die Gewichtung dieser einfachgesetzlich formalen, aber auch verfassungsrechtlich intentionalen Unvereinbarkeit ist ebenso der Regelungszweck der Aufgriffsbestimmung von ausschlaggebender Bedeutung. Dabei liegt nach den Materialien das substanzielle Kernmotiv für die Aufgriffsregelung des § 106 Abs. 2 f UG darin, dass die Universität besser als der einzelne Forscher in der Lage sei patentfähige Forschungsergebnisse zu werten und wirtschaftlich zu nutzen.<sup>84</sup>

Neben einer etwaigen Unterstützungswirkung für den einzelnen Wissenschaftler, in Form von Verwertungs-know-How und Gebührentragung durch die Universität, die insbesondere bei einer lediglichen Inanspruchnahme des Benützensrechts für diesen von Interesse sein dürfte, liegt der Hauptgrund für diese Regelung aber offenbar in der Verschaffung von Verwertungsvorteilen für die Universität, die sowohl in der wettbewerbsträchtigen Steigerung der Patentzahlen als vor allem auch in der Eröffnung neuer Finanzierungsquellen liegen können.

Darüber hinaus kann die Aufgriffsregelung des § 106 UG auch unter dem Aspekt eines marktwirtschaftlichen Nutzens gesehen werden. Die Annahme dieser gesetzgeberischen Perspektive erschließt sich wesentlich daraus, dass die Materialien ausdrücklich an der diesbezüglichen Novellierung des deutschen Arbeitnehmererfindungsgesetzes anknüpfen,<sup>85</sup> welche, nach amerikanischem Muster, auf eine Intensivierung des Informationstransfers von den Universitäten zur Wirtschaft und eine damit einhergehende Steigerung der wirtschaftlichen Innovationsdynamik ausgerichtet war.<sup>86</sup>

In Summe zeichnet sich damit ein vordringlich monetär motivierter institutioneller Verwertungsprimat als entscheidendes Regelungsmotiv der Aufgriffsbestimmung nach UG und damit ein von externen Interessen- und Nutzenerwägungen getragener Regelungsgehalt ab.

#### d) Primat der Wissenschafts- und Veröffentlichungsfreiheit

Die vorhandenen einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Regelungsdivergenzen zu den patentrechtlichen Aufgriffsbestimmungen nach § 106 UG führen, unter Einbeziehung von Gesetzessystematik und bezüglichen Wertungsmaßstäben, aus verschiedenen Perspektiven zur Annahme eines Vorrangs der Wissenschafts- und Veröffentlichungsfreiheit des einzelnen Forschers.

Wesentliche Argumente dafür ergeben sich zunächst primär aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit selbst.

Im Rahmen einer Abwägung der schützenswerten Rechtsgüter Veröffentlichungsfreiheit und Aufgriffsrecht steht der vorstehend dargestellte erkenntnisorientierte Schutzzweck des Art. 17 StGG, der wesentlich auf die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Forschers betreffend Thema, Methode und Veröffentlichung wissenschaftlicher Erkenntnisse ausgerichtet ist, dem primär ertrags- und marktorientierten Verwertungsrecht patentfähiger Erkenntnisse durch die Universitätsleitung, nach § 106 Abs. 2 ff. UG, gegenüber.

Bei der Gewichtung der Wertigkeiten der Schutzinteressen ist, neben dem Schutz der Verfügungsfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers, insbesondere die rechtlich definierte Aufgabe und Rolle der Universität ins Kalkül zu ziehen. Nach den entscheidungsmaßgeblichen Grundsatzbestimmungen des UG tritt dabei der Primat der wissenschaftlichen Erkenntnis deutlich hervor, wobei vom

81 § 13 PatG.

82 § 3 PatG.

83 Vgl. *Schwar*, aaO., 108 f.

84 Vgl. die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99.

85 Vgl. die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99. Angesprochen ist § 42 ArbEG,

idF. dBGBL. I/2002, 114.

86 Vgl. *Schwar*, aaO., 115, unter Bezugnahme auf *Godt*, Patentschutz für Forschungsergebnisse – eine Herausforderung für die Wissenschaft, *WissR* 36 (2003), S. 30 f.

UG noch ausdrücklich der Konnex zu den von Art. 17 StGG garantierten Freiheiten hergestellt wird.<sup>87,88,89</sup> Im Sinne dieser Ausrichtung tritt neben die Manifestation und Etablierung von Forschungsleistungen im Eigeninteresse des einzelnen Wissenschaftlers auch die Funktion universitärer Forschungserkenntnisse, als wesentlicher Beitrag zur gesamtgesellschaftlichen Meinungsbildung und Kritikoffenheit.<sup>90</sup>

Bei Bedachtnahme auf den Schutzgegenstand von Veröffentlichungs- und Aufgriffsrecht kann daher, vor allem auch im Zusammenhang mit der vom UG den Universitäten zugedachten hoheitlichen Aufgabenstellung im überwiegenden Allgemeininteresse, nicht davon ausgegangen werden, dass institutionelle Verwertungsinteressen eine die Beeinträchtigung der Veröffentlichungsfreiheit rechtfertigende Grundlage darstellen,<sup>91,92</sup> so dass aus diesem Blickwinkel der Abwägungsentscheidung zu Gunsten der Veröffentlichungsfreiheit der Ausschlag einzuräumen sein wird.<sup>93</sup>

#### e) Eingriffsintensität und Aufgriffsregelung

Abgesehen von der Anknüpfung an der relativen Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter ist auch zu erwägen, ob der Aufgriffsbestimmung des § 106 UG durch die Festschreibung der uneingeschränkten Anwendbarkeit des patentrechtlichen Aufgriffsrechts nicht schon ausreichender Intentionalitätscharakter innewohnt, um im Sinne der gängigen Judikatur<sup>94</sup> eine (direkte) Verfassungswidrigkeit nach Art. 17 StGG zu begründen.

Für diese Auffassung kann insbesondere der Umstand sprechen, dass der Gesetzgeber Veröffentlichungs-

freiheit und Aufgriff organisationsrechtlich nunmehr im Rahmen einer Bestimmung regelt. Anders als nach bisheriger Rechtslage, mit dienstrechtlicher Zusicherung der Veröffentlichungsfreiheit und patentrechtlicher Regelung von Aufgriffsrechten<sup>95</sup> und den mit den unterschiedlichen Regelungsbereichen und gesetzgeberischen Zuständigkeiten verbundenen verschiedenartigen Intentionen und Regelungstechniken, mit etwaig unzureichender gegenseitiger Abstimmung und Bedachtnahme, kann bei der nunmehr gegebenen Regelung beider Tatbestände durch den hochschulrechtlichen Gesetzgeber, und unter einem in derselben UG-Bestimmung, von einer bewussten Inbeziehungsetzung und Ausrichtung ausgegangen werden. Wobei sowohl die textliche Fassung, samt der lediglich auf die „Verwertung von geistigem Eigentum“ abstellenden Überschrift des § 106 UG, als auch der aus dem Gesetzgeberwillen hervorleuchtende Regelungsgehalt erkennbar in Richtung eines intendierten Primats der gesamtuniversitären Nutzungsinteressen weisen.

#### f) Garantenpflicht und Meinungsäußerungsfreiheit

Zudem ist die erst kürzlich erlassene Bestimmung des § 106 UG unter dem in der Lehre nunmehr überwiegend vertretenen Aspekt einer Art. 17 StGG erfließenden Garantenpflicht des Staates als kritisch zu betrachten. Entsprechend dieser grundrechtlich gebotenen Pflicht des einfachen Gesetzgebers zur inhaltlichen Regelungs-gestaltung im Sinne der in der Wissenschaftsfreiheit zum Ausdruck kommenden Wertungen scheint vertretbar, dass die im Regelungsgefüge des § 106 UG vorge-

87 §§ 1–3 (§ 2 Z. 1) UG.

88 Im hier gegebenen Zusammenhang ist überdies von Bedeutung, dass im Rahmen der einleitenden dienstrechtlichen Aufgabenregelungen für die Universitätslehrer jene Bestimmungen ausdrücklich als primär auslegungsrelevant für den gesamten die Universitätslehrerrechte und -pflichten betreffenden Regelungskörper (angesprochen sind §§ 156–200 BDG 1979 bzw. §§ 49c–49v VBG) festgelegt sind, welche (neben etwaigen ärztlichen Pflichten) auf die klassische Aufgabentrias: Forschung – Lehre – Appendixverwaltung, abstellen – Tätigkeiten im Rahmen der Auftragsforschung bleiben dabei unberücksichtigt (vgl. § 155 Abs. 7 BDG 1979 bzw. § 49b Abs. 7 VBG).

89 Für diesen Erkenntnisprimat spricht, als europarechtliche Dimension, auch der Motivenbericht zu der von Art. 13 GRC verbrieften Freiheit der Kunst, Forschung und Wissenschaft, wonach der Grundsatz der akademischen Freiheit ein strukturelles Prinzip der Hochschulorganisation darstellt (vgl. *Bernsdorff* in: Meyer (Hg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Anm. 7 zu Art. 13 GRC).

90 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996.

91 In diesem Zusammenhang ist auch von Belang, dass der VfGH im Universitäts-Erk. 1977 (VfGH 3.10.1977, G 13/76, G 7/77 = VfSlg 8136/1977) – lediglich – hinsichtlich der nichtstaatlichen, kommerziell orientierten Industrieforschung Beschränkungen der Wissenschaftsfreiheit, iSd. Unternehmens, als zulässig her-

vorhebt.

92 IdS. auch VfGH 10.12.1993, G 167/92, V 75-78/92 = VfSlg 13.635/1993, dem ein grundsätzlicher Abwägungsnachrang wirtschaftlicher Zwecke gegenüber grundrechtsgestützten öffentlichen Interessen mit Gemeinwohlbezug (insb. etwa mit Hinblick auf den Schutzgegenstand von Gentechnikgesetz und Chemikaliengesetz 1996) entnommen werden kann, der auch zur Wahrung wissenschaftlicher Erkenntnisinteressen effektuiert scheint.

93 Dass einfachgesetzlich vertypete universitäre oder auch gesamtgesellschaftliche Nutzungs- und Verwertungsinteressen keine geeignete Grundlage für Eingriffe in wissenschaftliche Freiheiten darstellen können, folgt auch aus dem grundsätzlichen Abwägungsnachrang solcher Interessenslagen im Rahmen verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Wertekonkurrenzen (vgl. dazu auch Art. 3 iVm. Art. 1, 13 GRC sowie *Borowsky* in: Meyer (Hg.), aaO., Anm. 29 zu Art. 1 GRC; *Jarass*, aaO., Rn. 7 zu Art. 13 GRC). Unter diesem Aspekt erübrigt sich auch die Frage nach der etwaigen (darüber noch hinausgehenden) Annehmbarkeit einer Dienstpflicht zur erfindungsorientierten Forschung (vgl. dazu auch *Gärditz*, Dienstrecht der Hochschulen, in: *Gärditz/Pahlow* (Hg.), Hochschulfinderrecht, 2011, S. 39 ff.).

94 Für die jüngere Vergangenheit etwa VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996; 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994.

95 § 183 BDG 1979 sowie § 7 PatG.

nommenen Gewichtungen als nicht ausreichend verfassungskonform zu werten sind.

Schließlich kann das Aufgriffsrecht in verfassungsrechtlicher Hinsicht auch noch unter dem Gesichtspunkt der Meinungsäußerungsfreiheit als bedenklich gewertet werden, die im Rahmen wissenschaftlicher Forschung wesentlich im Wege der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen verwirklicht wird und welcher von der Judikatur ein mitunter weitreichenderer Schutzbereich zugemessen wird, der, in Abwägung gegenüber grundrechtsimmanenten Schranken, gerade auch im Sinne kritischer Expertenmeinungen zugunsten der freien Meinungsäußerung ausschlagen soll.<sup>96,97</sup>

Anders als die, auf Basis der Meinungsäußerungsfreiheit vom EGMR für die Freiheit der Kunst entwickelten sittlichen Schranken,<sup>98</sup> die, auf Grundlage der in Art. 10 EMRK festgeschriebenen Genehmigungsvorbehalte und Beschränkungsmöglichkeiten für die Meinungsäußerung, einen grundrechtlichen „Moralvorbehalt“ unter der Prämisse der für diese Bereiche wesentypischen Kommunikation subjektiver Werthaltungen argumentierbar machen, ist hinsichtlich der Veröffentlichung von Erkenntnissen wissenschaftlicher Forschung, mit Hinblick darauf, dass diese der objektiven Wahrheitsfindung verpflichtet ist, eine Ex-ante- oder Ex-post-Beschränkung der Publikationsfreiheit in rechtskonformer Weise nicht annehmbar;<sup>99</sup> dies demzufolge auch bei Bedacht darauf, dass die Veröffentlichung wissenschaftlicher Erkenntnisse für sich keinen unmittelbaren Einfluss auf der Menschenwürde affine Werte haben kann.

#### g) Interpretatorische Ansätze

Abgesehen von diesen aus grundrechtlicher Sicht gegebenen Schief lagen der Aufgriffsregelung, finden sich auf einfachgesetzlicher Ebene verschiedene Anknüpfungsmomente zu Gunsten der Veröffentlichungsfreiheit.

So widerspricht das Aufgriffsrecht der ausdrücklich geregelten dienstrechtlichen Zustimmungsfreiheit nach § 183 BDG. Diese ist nach ihrer Intention der grundrechtlichen Forschungsfreiheit verpflichtet,<sup>100</sup> während die von § 106 Abs. 2 UG bezogene patentrechtliche Aufgriffsregelung gewerbliche Verwertungsinteressen des Unternehmers sichern soll. Wollte man diesen Regelungswiderspruch zwischen der im Normengefüge gleichrangigen dienstrechtlichen Veröffentlichungsfreiheit und dem organisationsrechtlichen Aufgriffsrecht nach den allgemeinen Regelungen zur materiellen Derogation lösen, wäre dabei<sup>101</sup> auf die Vorrangigkeit des Regelungszwecks abzustellen. Unter Einbeziehung der regelungssystematischen Gesamtausrichtung des UG, die nach wie vor erkennbar vorrangig der wissenschaftlichen Erkenntnis und der Verwirklichung (klassischer) wissenschaftlicher Prinzipien verpflichtet ist, scheint auch unter diesem Gesichtspunkt der Veröffentlichungsfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers (im Zweifel) der Vorrang gegenüber universitären Verwertungsinteressen einzuräumen zu sein.

Dazu könnte noch, im Sinne der bisherigen Gewichtung von überschneidenden organisationsrechtlichen und beschäftigungsrechtlichen Bestimmungen,<sup>102</sup> die Auffassung vertreten werden, dass hinsichtlich beschäftigungsrelevanter (hier: veröffentlichungsbezogener) Belange im Zweifel die, hinsichtlich der Rechtsposition des Autors, betreffend die Veröffentlichungsfreiheit eindeutiger und tendenziell günstiger ausgewiesene<sup>103</sup> dienstrechtliche Regelung des § 183 BDG, der vom Gesetzgeberwillen nicht besonders unterlegten und damit allgemeineren organisationsrechtlichen Bestimmung des § 106 UG vorgeht.

Auch ein Verständnis des Regelungsgehalts des § 106 UG im Sinne der für den gesamten Regelungskörper des UG primär handlungsdeterminierenden und interpreta-

96 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996; vgl. sinngemäß auch VfGH 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994.

97 Die Meinungsäußerungsfreiheit ist auch unter dem Aspekt von besonderem Belang, dass sie europarechtlich in einem engen Konnex zur Kunst- und Forschungsfreiheit gesehen wird. Vermittels der in diese Richtung weisenden Judikatur des EGMR und des EuGH ist die europäische Grundrechtsregelung der „Freiheit von Kunst und Wissenschaft“, in Art. 13 GRC, in ihrer Entstehung maßgeblich vom Gehalt der Meinungsäußerungsfreiheit mitintendiert (vgl. EuGH 13.12.2001, C-340/00 P, *Cwik*, Slg. 2001, I-10269 Rn. 28 – zur forschungseinschlägigen EuGH-Judikatur vgl. insb. auch *Mann* in: Heselhaus/Nowak (Hg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2017, § 26 Rn. 56 ff.). Der durch Art. 10 EMRK zugesicherten „Freiheit der Meinungsäußerung“ wird, als Freiheit zur Mitteilung und zum Empfang von Ideen und Nachrichten, überdies ein besonderer Bezug zum Schutz der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen zugeschrie-

ben (so *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 312 ff.; *Mann*, aaO., § 26 Rn. 9).

98 EGMR 24.5.1988, Nr. 25/1986/123/174, Serie A/133 = EuGRZ 1988, 543; 20.9.1994, Nr. 11/1993/406/485, Serie A/295 = MR 1995, 35.

99 So im Ergebnis auch *Kopetzki*, aaO., S. 255 ff., 259 ff.

100 Vgl. die EB 320 BlgNR 17. GP, 36 f.

101 Unter der Annahme, dass die später erlassene Bestimmung des § 183 BDG 1979 (in der Stammfassung BGBl. 1988/148, idF. BGBl. I 1999/127, BGBl. I 2003/130), bei gleicher Regelungsspezialität, nicht schon aus diesem Grund der bezogenen Aufgriffsregelung des § 7 PatG vorgeht.

102 Dazu etwa *Basf*, Universitäts-Organisationsgesetz '93, 2. Aufl. 1998, Anm. 7 zu § 21, Anm. 5 zu § 29 UOG 1993.

103 Vgl. die EB 320 BlgNR 17. GP, 36 f., wo insb. die Zustimmungsunabhängigkeit als wesentliche(r) Grund und Komponente des Veröffentlichungsrechts hervorgehoben wird.

tionsrelevanten Ziel-, Grundsatz- und Aufgabenregelungen der §§ 1 bis 3 UG,<sup>104</sup> die maßgeblich und vorrangig an der Verwirklichung wissenschaftlicher Grundwerte ausgerichtet sind, weist in diese Richtung.

In diesem Zusammenhang ist schließlich noch zu erwägen, ob nicht auch im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation des § 106 Abs. 2 UG, im Verhältnis zu Abs. 1 *leg cit.*, mit Hinblick auf die von Art. 17 StGG gesicherte Wissenschaftsfreiheit (und der ihr immanenten Verwertungsnachrangigkeit), der normierten Veröffentlichungsfreiheit,<sup>105</sup> ob der gegebenen Unvereinbarkeiten, der Vorrang vor dem Aufgriffsrecht einzuräumen

wäre.<sup>106</sup> Diesfalls müsste, wollte man den Regelungszweck des § 106 Abs. 2 UG nicht ganz vereiteln, davon ausgegangen werden, dass der den Universitäten eingeräumten Aufgriffsoption lediglich subsidiäre Funktion für den Fall zukommt, dass der Erfinder erklärtermaßen von seinem primär wirksamen Veröffentlichungsrecht nicht Gebrauch machen möchte.

Manfred Novak ist Professor am Institut für  
Universitätsrecht an der Johannes-Kepler-Universität  
Linz.

104 Zum Charakter der §§ 1–3 UG, als übergeordneter Handlungs- und Rechtfertigungsmaßstab für die Universitätsorgane vgl. etwa Mayer in: Perthold-Stoitzner (Hg.), aaO., Anm. I. zu § 1, Anm. III. zu § 2, III. zu § 3 UG; Novak, Universitätsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 29; Perthold-Stoitzner, aaO., Anm. 1 zu § 1 UG.

105 IVm. der von Art. 13 StGG und Art. 10 EMRK garantierten Meinungsäußerungsfreiheit.

106 Dies iSd. Deutungshoheit und Schiedsrichterfunktion des Verfassungsrechts bei interpretationsrelevanten Wertungswidersprüchen einfachgesetzlicher Regelungen (zu dieser Funktion des Verfassungsrechts vgl. Kneihls, Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009, 355).



Louisa Specht

„Bezahlen mit Daten“ - mögliche Auswirkungen des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte auf das nationale Vertrags- und Datenschutzrecht

## I. Einleitung

Am 9.12.2015 haben das EU-Parlament und der Rat einen Entwurf für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte verabschiedet, der Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt ist und die größten vertragsrechtlichen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel mit digitalen Gütern beseitigen soll. Eingeflossen in den Richtlinienvorschlag sind auch die im Zuge der Verhandlungen über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gewonnenen Erfahrungen. Insbesondere ist man von einem fakultativen Modell mit umfassender Regelung abgerückt und hat sich stattdessen auf eine vollständige Harmonisierung ausgewählter Vorschriften verständigt.<sup>1</sup> Etabliert werden sollen beispielsweise einheitliche Haftungsregelungen und Kündigungsmöglichkeiten. Ziel ist es, durch Reduktion von Komplexität und Diversität der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten zu einem rascheren Wachstum des digitalen Binnenmarktes beizutragen.<sup>2</sup>

Mittlerweile haben der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz sowie der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments zu dem Richtlinienvorschlag Stellung genommen. Er gilt gem. Art. 3 Abs. 1 für Verträge auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt. Diese Richtlinie betrifft daher auch die Bereitstellung und den Austausch digitaler Inhalte seitens der Hochschulen im Bereich von E-Learning, Drittmittel- und anderen da-

tenbasierten Kooperationsprojekten. Der Richtlinienvorschlag veranlasst dazu, insbesondere über zwei Problemfelder nachzudenken:

Es stellt sich erstens die Frage, welche Auswirkungen er auf das nationale Vertragsrecht hat. Hierzu ist insbesondere der Anwendungsbereich der Richtlinie aufzuzeigen sowie ein Überblick über die rechtsvereinheitlichenden Vorschriften zu geben. Bemerkenswert ist, dass der Richtlinienentwurf keinen Einfluss auf die vertragstypologische Zuordnung von Verträgen über digitale Inhalte nehmen, sondern einheitliche Regelungen für sämtliche Verträge über digitale Inhalte etablieren will.

Ebenfalls zu erörtern ist das Verhältnis des Richtlinienentwurfs zum Datenschutzrecht, insbesondere zu der im Jahr 2018 in Kraft tretenden Datenschutzgrundverordnung. Diese soll zwar nach dem Richtlinienentwurf unberührt bleiben,<sup>3</sup> allerdings ist das Datenschutzrecht nicht auf die freie privatautonome Disposition über Daten zugeschnitten. So ist etwa die datenschutzrechtliche Einwilligung stets frei widerruflich.<sup>4</sup> Die elementare Bedeutung dieser Widerrufsmöglichkeit für die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung schließt einen Verzicht auf den Widerruf dabei *de lege lata* aus,<sup>5</sup> was an den Interessen des Datengläubigers freilich vorbeigehen dürfte.<sup>6</sup>

Die synallagmatische Hingabe von Daten zum Erhalt eines digitalen Inhaltes ist bei all dem aber kein Phänomen, das erst durch den hier thematisierten Richtlinienentwurf zu Tage tritt. Derartige vertragsrechtliche Konstellationen finden sich bereits heute.<sup>7</sup> Der Richtlinienentwurf stellt das nationale Recht damit nicht in jeder Hinsicht vor gänzlich neue Fragen, er weist aber deutlich darauf hin, dass diese Fragen heute dringender denn je

1 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereit-

stellung digitaler Inhalte v. 09.12.2015, COM (2015) 634 final, Art. 3 Abs. 8, Erwägungsgrund 22 sowie Begründung, S. 13.

4 Statt vieler: *Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffer*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rn. 38 sowie § 7 Abs. 3 DSGVO.

5 *Simitis-Simitis*, BDSG, 8. Auflage 2014, § 4a Rn. 95.

6 *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 636.

7 Vgl. hierzu umfassend: *Müller-Riemenschneider*, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 17 f.; *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 635.

beantwortet werden müssen. Die nachfolgenden Zeilen möchten einen Beitrag hierzu leisten.

## II. Einfluss des Richtlinienentwurfs auf das nationale Vertragsrecht

### 1. Anwendungsbereich

Der Richtlinienentwurf betrifft zunächst allein Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Unter einer Bereitstellung ist dabei sowohl die Zurverfügungstellung, als auch die Zugangsverschaffung zu digitalen Inhalten zu verstehen.<sup>8</sup>

Digitale Inhalte sind gem. Art. 2 Abs. 1 definiert als

a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software,

b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, z.B. Cloud- oder Webhostingdienste,<sup>9</sup> und

c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen, z.B. soziale Netzwerke.<sup>10</sup>

Bereitgestellt werden müssen diese digitalen Inhalte nicht zwingend auch auf digitalem Weg. Die Richtlinie soll vielmehr auch dann Anwendung finden, wenn die digitalen Inhalte fest in eine Ware integriert sind, solange sie nicht nur untergeordnete Funktion haben.<sup>11</sup> Sind die digitalen Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger, wie DVDs und CDs enthalten, gilt die Richtlinie, wenn diese Waren ausschließlich der Übermittlung der digitalen Inhalte dienen.<sup>12</sup> Die Richtlinie soll damit auf sehr verschiedene Leistungsgegenstände Anwendung finden

und dies unabhängig davon, ob der digitale Inhalt dauerhaft und endgültig oder nur zeitweise bereitgestellt oder aber lediglich der Zugang zu digitalen Infrastrukturen wie Online-Spielen oder sozialen Netzwerken vermittelt wird.<sup>13</sup>

Der Richtlinienentwurf erfasst auch solche Verträge, bei denen digitale Inhalte nicht gegen Zahlung eines Preises, sondern gegen andere Leistungen als Geld bereitgestellt werden. Gemeint ist insbesondere eine Gegenleistung in Form einer Hingabe (personenbezogener) Daten, wobei auch die Erklärung der Einwilligung in die Nutzung dieser Daten als Teil dieser Gegenleistung gemeint sein wird, ermöglicht sie doch in der Regel erst die Nutzung der personenbezogenen Daten. Erfasst ist die Hingabe (personenbezogener) Daten weiterhin nur dann, wenn diese aktiv erfolgt (dies ist z.B. zu verneinen bei der Erhebung von Daten durch Cookies) und die Daten nicht bereits für die vertragsgemäße Funktionsweise des digitalen Inhaltes erforderlich sind und die Datenerhebung auch nicht ausschließlich der Erfüllung rechtlicher Anforderungen dient.<sup>14</sup>

Werden Leistungen allerdings persönlich vom Anbieter erbracht und lediglich durch digitale Inhalte an den Verbraucher übermittelt, wie dies etwa bei der Übermittlung einer vom Anbieter erstellten Übersetzung via Email der Fall ist, soll die Richtlinie keine Anwendung finden. Die Bereitstellung der digitalen Inhalte muss vielmehr den Hauptgegenstand der Leistung darstellen.<sup>15</sup>

### 2. Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte

#### a) De lege lata

Bei der Zuordnung von Verträgen zu einem bestimmten Vertragstyp wird de lege lata nach deutschem Recht bei der Überlassung digitaler Inhalte nach dem Gegenstand der Hauptleistungspflicht differenziert. Während die dauerhafte, endgültige Überlassung digitaler Inhalte, beispielsweise eines E-Books, als Kaufvertrag zu qualifizieren ist,<sup>16</sup> ist bei der nur vorübergehenden Überlas-

8 Art. 2 Abs. 10.

9 Hoffmann/van Roesebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 1.

10 Hoffmann/van Roesebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 1.

11 Vgl. Erwägungsgrund 11.

12 Vgl. Erwägungsgrund 12.

13 Hoffmann/van Roesebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 4.

14 Erwägungsgrund 14.

15 Erwägungsgrund 19.

16 Neuber, WRP 2014, 1274, 1277; Zech, ZGE 2013, 368, 385 mwN.; für Software: Grützmacher, ZGE 2013, 46, 52; Hilty, CR 2012, 625, 625 f.; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492 ff.; Redeker, CR 2014, 73, 74; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, 2012, S. 136, 170; Ganzhorn, Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, 2015, S. 96, 101; wohl auch: Grützmacher, ZUM 2006, 302, 304; es besteht hier die Tendenz, das kaufvertragliche Leitbild weg von der klassischen Besitz- und Eigentumsverschaffung hin zur bloß tatsächlichen Überlassung unkörperlicher Güter zu verändern, vgl. Zech, ZGE 2013, 368, 378; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, S. 136 ff.

sung ein atypischer Miet- oder Pachtvertrag anzunehmen.<sup>17</sup>

Wird ein digitaler Inhalt nicht überlassen, sondern der Zugang zu einer digitalen Infrastruktur vermittelt, so kommen recht unterschiedliche Vertragstypen in Betracht. Die vertragliche Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an Online-Spielen etwa stellt die Verpflichtung des Spielanbieters in den Mittelpunkt, den Nutzern die virtuelle Spielwelt und die ihrem Stand entsprechenden Spielmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, wobei die Spielregeln im Einzelnen sehr unterschiedlich ausfallen.<sup>18</sup> Angenommen wird sowohl eine vertragstypologische Qualifikation als reiner Werkvertrag,<sup>19</sup> als auch als typengemischter Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen.<sup>20</sup> Technisch dürfte es sich um ein Application Service Providing Modell (ASP) handeln, das über die bloße Zurverfügungstellung der Online-Spielmöglichkeit weitere Pflichten des Spieleanbieters enthält, etwa die Pflicht zur Aktualisierung der Software, zur Überprüfung der Spielregeln auf ihre Praxistauglichkeit oder auch zur Abwehr von Hackerangriffen.<sup>21</sup> Die reine Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP hat der BGH dagegen als Mietvertrag qualifiziert.<sup>22</sup>

Ähnlich wie die Bereitstellung einer Online-Nutzungsmöglichkeit von Spielen wird die Zurverfügungstellung der Nutzungsmöglichkeit von sozialen Netzwerken beurteilt. Bei Entgeltlichkeit wird ein Miet-, Dienst- oder Werkvertrag angenommen,<sup>23</sup> bei Unentgeltlichkeit ein Leihvertrag oder ein Auftrag.<sup>24</sup>

Die Annahme eines Auftragsverhältnisses ist allerdings bereits deshalb kritisch, weil die Herausgabepflicht gem. § 667 BGB auch die mit den im Rahmen der Nutzung des sozialen Netzwerkes erhobenen Kundendaten generierten Werbeeinnahmen umfassen würde und andersherum der Nutzer als Auftraggeber gem. § 667 BGB zum Ersatz der für die Plattformnutzung erforderlichen Aufwendungen verpflichtet wäre.<sup>25</sup> Das Auftragsrecht

bildet vor diesem Hintergrund weder die Interessen des Plattformbetreibers, noch die Interessen des Plattformnutzers adäquat ab.<sup>26</sup>

Tatsächlich erfolgt die Bereitstellung der Nutzungsmöglichkeit eines als kostenlos bezeichneten sozialen Netzwerkes auch nicht gänzlich unentgeltlich i.S.d. Auftragsrechts. Der Auftrag gehört zu den Gefälligkeitsverträgen, Unentgeltlichkeit bedeutet daher, dass der Beauftragte für seine Tätigkeit keine Gegenleistung verlangen kann.<sup>27</sup> Faktisch erhält der Anbieter sozialer Netzwerke jedoch als Gegenleistung die Einwilligung des Nutzers in die Verwendung der für die Registrierung anzugebenden personenbezogenen Daten.

De lege ferenda will der Richtlinienentwurf auch solche Verträge als synallagmatische Verträge erfassen.<sup>28</sup> De lege lata wird indes eine Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten, wie sie bei der Registrierung in sozialen Netzwerken vorliegt, jedenfalls nicht überwiegend als synallagmatischer Vertrag erachtet. Das Nutzungsverhältnis wird vielmehr gewissermaßen zweigeteilt. Für die vertragstypologische Qualifikation wird auf die unentgeltliche Bereitstellung der digitalen Infrastruktur abgestellt, die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten wird als nicht im Synallagma stehende Verpflichtung des Nutzers erachtet.<sup>29</sup>

Eine Qualifikation als gegenseitiger Vertrag würde die tatsächlichen Verhältnisse aber wohl wesentlich treffender abbilden. In der Literatur finden sich mittlerweile jedenfalls vereinzelt Stimmen, die dies auch so vertreten.<sup>30</sup> Ein solcher synallagmatischer Vertrag, der zur Bereitstellung einer digitalen Infrastruktur auf der einen und zur Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten sowie zur Hingabe derselben auf der anderen Seite verpflichtet, ist als Vertrag mit atypischer Gegenleistung zu qualifizieren.<sup>31</sup> Die Beurteilung erfolgt anhand der Kombinationsmethode: Es sind unter

17 Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationelle Selbstbestimmung, Teil 4 Kapitel 9 B.

18 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1164.

19 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1165.

20 Lober/Weber, CR 2006, 837, 839.

21 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1166.

22 BGH Urt. v. 15.11.2006 - XII ZR 120/04, CR 2007, 75, 75 ff – Rechtsnatur eines ASP-Vertrags; vgl. hierzu aus der Literatur: Witzel, ITRB 2002, 183, 184; Intveen/Lohmann, ITRB 2002, 210, 211; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 719, 730 ff.; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 70 f.; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2008, Rn. M 25.

23 Bräutigam, MMR 2012, 635, 636; Jandt/Rofsnagel wollen auch bei Unentgeltlichkeit einen Dienstvertrag annehmen, vgl. MMR 2011, 637, 639.

24 Hoeren/Sieber/Holznel-Redeker, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 426, 427.

25 Hoeren/Sieber/Holznel-Redeker, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 426, 427; kritisch auch: Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

26 So auch: Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

27 MüKo BGB-Seiler, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 26; HK-BGB-Schulzel Wiese, 9. Aufl. 2017, § 662 Rn. 8.

28 Art. 3 Abs. 1, Erwägungsgrund 37.

29 Vgl. hierzu insb. Bräutigam, MMR 2012, 635, 636 mwN.

30 Müller-Riemenschneider, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 17 f.; Bräutigam, MMR 2012, 635, 635.

31 Müller-Riemenschneider, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 2 ff.; vgl. hierzu MüKo BGB-Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 32.



Beachtung der synallagmatischen Verknüpfung die für die jeweils zu erbringenden Leistungen geltenden Vorschriften des besonderen Schuldrechts anzuwenden.<sup>32</sup>

#### b) De lege ferenda

Durch die de lege lata vorgegebene typologische Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte anhand der zu erbringenden Hauptleistungen ist eine auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnittene Lösung möglich, freilich bringt diese Orientierung an den spezifischen Einzelfallumständen aber auch Rechtsunsicherheit mit sich. Ist eine vertragstypologische Qualifikation bereits im nationalen Recht mit Rechtsunsicherheiten behaftet, so gilt dies erst recht für die unterschiedliche Behandlung dieser Verträge in den einzelnen Mitgliedstaaten. Das unterschiedliche Vertragsrecht der Mitgliedstaaten ist eines der größten Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel.<sup>33</sup> Dies ist der wesentliche Grund des hier näher betrachteten Richtlinienvorschlags.

Die vertragstypologische Qualifikation wird auch im Falle einer Verabschiedung des Richtlinienentwurfs gleichwohl weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>34</sup> Eine Rechtsvereinheitlichung wird aber dadurch vorgenommen, dass die Richtlinie einheitliche Regeln für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über digitale Inhalte vorsieht, die nicht nach den Hauptleistungspflichten des jeweiligen Vertragstyps differenzieren.

#### 3. Rechtsvereinheitlichung durch Vorschriften für sämtliche Verträge über digitale Inhalte

Im Richtlinienentwurf vorgesehen sind u.a. einheitliche Gewährleistungsregeln, die eine vorrangige Haftung auf Nacherfüllung und auf zweiter Stufe eine „Preisminderung“ oder „Vertragsbeendigung“ vorsehen.<sup>35</sup> Das Wahlrecht hinsichtlich der Art der Nacherfüllung liegt beim Anbieter. Der vertragsgemäße Zustand muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne Kosten für den Verbraucher hergestellt werden.<sup>36</sup> Auch ein Schadensersatzanspruch ist vorgesehen, der sich allerdings auf die Fälle

beschränkt, in denen die digitalen Inhalte oder die Hardware des Verbrauchers beschädigt wurden. Seine Geltendmachung richtet sich nach nationalem Recht.<sup>37</sup>

Wird der Vertrag aufgrund der Mangelhaftigkeit des Vertragsinhaltes beendet, so hat der Unternehmer, wenn die Gegenleistung aus Daten bestand, die Nutzung dieser Daten zukünftig zu unterlassen.<sup>38</sup> Auch die vom Verbraucher erzeugten digitalen Inhalte dürfen grundsätzlich nicht weiterverwendet werden, es sei denn, sie wurden von mehreren Verbrauchern erzeugt und werden von diesen noch genutzt.<sup>39</sup> Ein weiteres Recht zur Beendigung von Verträgen ergibt sich bei unbefristeten oder langfristigen Vertragsbindungen von mehr als 12 Monaten.<sup>40</sup> Die Folgen dieser Beendigung langfristiger Vertragsbindungen sind in Art. 16 normiert. Wurden Daten als Gegenleistung übermittelt, darf der Unternehmer diese auch bei dieser Art der Vertragsbeendigung nicht weiter nutzen. Der Unternehmer muss dem Verbraucher technische Mittel zur (grds. für den Verbraucher kostenfreien) Wiedererlangung der Daten bereitstellen,<sup>41</sup> ohne dass der Richtlinienentwurf oder die Erwägungsgründe Beispiele für derartige technische Mittel nennen.

Die Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte richtet sich primär nach den Zusicherungen der Parteien.<sup>42</sup> Fehlt eine solche, müssen die Inhalte für die Zwecke geeignet sein, für die Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden.<sup>43</sup> Erstmals wird auch das Vorhandensein technischer Beschränkungen, beispielsweise durch Regionalcodierungen, als mangelbegründend hervorgehoben.<sup>44</sup> Eine Vertragswidrigkeit liegt aber auch dann vor, wenn der digitale Inhalt unsachgemäß in die Hard- oder Softwareumgebung des Verbrauchers integriert wurde und die Gründe für die unsachgemäße Integration dem Anbieter anzulasten sind.<sup>45</sup> Auch müssen die digitalen Inhalte frei von Rechten Dritter sein.<sup>46</sup> Hier kommen insbesondere Rechte des Geistigen Eigentums in Betracht.

Die Beweislast für die Vertragswidrigkeit wird mit Art. 9 des Richtlinienentwurfs dem Anbieter auferlegt, es sei denn, die digitale Umgebung des Verbrauchers ist

32 MüKo BGB-Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 32; Bräutigam, MMR 2012, 635, 640.

33 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

34 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 7.

35 Art. 12, 13.

36 Erwägungsgrund 36.

37 Art. 14, Erwägungsgrund 44; vgl. auch: Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse

Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 2.

38 Art. 13, Erwägungsgrund 37.

39 Erwägungsgrund 38.

40 Art. 15, Erwägungsgrund 46.

41 Erwägungsgrund 40.

42 Art. 6, Erwägungsgrund 24.

43 Art. 6, Erwägungsgrund 25.

44 Erwägungsgrund 26, vgl. hierzu insb. Mackenrodt, Technologie statt Vertrag, 2015, S. 1 ff.; Specht, Diktat der Technik – Rematerialisierung der Privatautonomie im informationstechnologischen Umfeld, Teil 6 (erscheint vor 2018).

45 Vgl. Art. 7, Erwägungsgrund 30.

46 Erwägungsgrund 31.

nicht kompatibel mit den digitalen Inhalten.<sup>47</sup> Weil digitale Inhalte keiner Abnutzung unterliegen, ist diese Beweislastumkehr zeitlich unbegrenzt ausgestaltet. Auf nationale Verjährungsvorschriften darf allerdings zurückgegriffen werden.<sup>48</sup> Neben der Mängelgewährleistung haftet der Unternehmer dem Verbraucher freilich auch bei Nichtleistung. Art. 17 enthält Regressansprüche des Unternehmers in der Vertragskette.<sup>49</sup>

Die in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften sind subjektiv halbzwingendes Recht. Jede Abweichung zum Nachteil des Verbrauchers ist nicht bindend.<sup>50</sup> Die Richtlinie ist vollharmonisierend.<sup>51</sup>

### III. Verhältnis zu den Grundsätzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Die Vorgaben des Datenschutzrechts, d.h. mit ihrem Inkrafttreten im Jahr 2018 insb. der Datenschutzgrundverordnung, sollen nach Art. 3 Abs. 8 des Richtlinienentwurfs unberührt bleiben.<sup>52</sup> Problematisch hieran ist allerdings, dass das Datenschutzrecht gerade nicht die privatautonome Disposition über personenbezogene Daten bezweckt und vorsieht, sondern seine Grundsätze dem vielmehr zuwiderlaufen. Zu nennen sind hier etwa der Grundsatz der Datensparsamkeit und der Zweckbindung, vor allem aber die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung sowie das Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO. Das Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung erscheint insofern insgesamt schwierig,<sup>53</sup> besonders untersucht werden soll im Folgenden aber v.a. die Problematik der Widerruflichkeit der Einwilligung. Soll sie uneingeschränkt erhalten bleiben, so wäre es für den Nutzer möglich, seine Leistung gewissermaßen „zurück-zuholen“.

Eine solche „Rückholung“ der eigenen Leistung wird dem Unternehmer hingegen häufig nicht möglich sein. Die Nutzung von sozialen Medien etwa kann beim Widerruf der Einwilligung bereits für einen gewissen Zeitraum erfolgt sein, die Leistung damit bereits erbracht. Ebenso liegt es mit anderen Dienstleistungen, die durch die Zurverfügungstellung digitaler Inhalte erbracht werden. Auch im Falle einer zeitweiligen Gebrauchsüberlassung digitaler Güter, wie etwa E-Books, ist die Leistung

des Unternehmers nicht rückholbar, wenn der Widerruf der Einwilligung nach dem Ende des Leistungszeitraums erbracht wird. Im Falle einer dauerhaften Überlassung digitaler Inhalte ließe sich zwar eine Löschungsverpflichtung des Verbrauchers statuieren, die Kontrolle einer Löschung des digitalen Inhalts wird den Unternehmer jedoch vor nicht unerhebliche technische Herausforderungen stellen. Dieser Schwierigkeit einer „Rückholung“ digitaler Inhalte wird im Falle von Fernabsatzverträgen über digitale Güter durch einen Entfall des Widerrufsrechts Rechnung getragen, vgl. § 356 Abs. 5 BGB.

Lösen ließe sich das Dilemma im Verhältnis der Anerkennung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags und den Grundsätzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung wohl nur auf zwei Wegen: Durch Unwiderruflichkeit der Einwilligung oder aber durch Etablierung eines Wertersatzanspruchs des Unternehmers im Falle des Widerrufs der Einwilligung. Beides dürfte datenschutzrechtlich nicht einfach zu vertreten sein.

#### 1. Unwiderruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Begründet wird die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung mit ihrer Bedeutung für die Selbstbestimmung und damit für einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Wert. Bei anderen Fallgruppen des Persönlichkeitsrechts wird jedoch eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung jedenfalls dann angenommen, wenn sie vertraglich erteilt und eine Gegenleistung für sie erhalten wurde.<sup>54</sup> Verwiesen wird auf das Prinzip der Rechtssicherheit und Vertragstreue, von dem eine Ausnahme nur dann zugelassen wird, wenn dem Persönlichkeitsrecht unter bestimmten Aspekten Vorrang zukommt.<sup>55</sup> So kann der Betroffene beispielsweise seine einmal zugunsten einer Veröffentlichung seines Bildnisses erteilte Einwilligung nach Zugang zumindest nicht grundlos widerrufen.<sup>56</sup>

Jedenfalls im Rahmen der von der Richtlinie angeordneten vertraglichen Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als Gegenleistung zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte ließe sich insofern

47 Erwägungsgrund 32.

48 Erwägungsgrund 43.

49 Vgl. auch: Erwägungsgrund 47.

50 Art. 19.

51 Vgl. Art. 4.

52 Vgl. auch: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 09.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 13 sowie Erwägungsgrund 22.

53 Vgl. hierzu eingehend: *Härtling*, CR 2016, 735, 735 ff.

54 BeckOK InfoMedienR-*Herrmann*, KUG, 14. Edition 2016, § 22 Rn. 20 mwN.

55 OLG München *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 KUG Rn. 20.

56 Z.T. wird für eine ausnahmsweise bestehende Widerrufsmöglichkeit auf eine entsprechende Anwendbarkeit des § 42 UrhG verwiesen, vgl. *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 22 KUG Rn. 35; BeckOK InfoMedienR-*Herrmann*, KUG, 14. Edition 2016, § 22 Rn. 20.

durchaus über eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit auch der datenschutzrechtlichen Einwilligung nachdenken.

Die Konsequenzen einer solchen im Grundsatz unwiderruflichen vertraglich erteilten Einwilligung wäre dabei freilich der Verlust der Bestimmungsmöglichkeit über die betroffenen Daten und damit ein Verlust der informationellen Selbstbestimmung. Ob und in welchem Umfang dies tatsächlich gewünscht ist, sollte eingehend überlegt sein. Eine Einschränkung der Einwilligungsmodalitäten (widerruflich/unwiderruflich) mag man als paternalistisch bezeichnen, sie erfolgt letztlich aber zum Schutz der Selbstbestimmung und damit zum Schutz eines Wertes, auf dem unsere Rechtsordnung maßgeblich aufbaut.

## 2. Wertersatzanspruch bei Widerruf

Will man den Weg über eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung nicht gehen, so ließe sich weiterhin darüber nachdenken, im Falle eines Widerrufs der Einwilligung Wertersatzansprüche zu begründen. Diesen Mechanismus kennt das Zivilrecht durch das Rücktrittsrecht nur allzu gut. Statt der Rückgewähr hat der Schuldner gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten, soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Dies ist etwa der Fall bei nicht in Dauerschuldverhältnissen erbrachten Dienstleistungen.<sup>57</sup> Telos des § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist gerade die Abschöpfung der beim Leistungsaustausch erhaltenen Werte unabhängig von der Möglichkeit einer Rückgabe in natura.<sup>58</sup>

Problematisch an einer solchen Regelung ist aber nicht nur, dass der konkrete Wert der Daten zu bestimmen wäre und dies mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, sondern v.a., dass auch mit einem Wertersatzmechanismus die informationelle Selbstbestimmung unterlaufen werden könnte, weil die Pflicht zur Leistung von Wertersatz tendenziell dazu geeignet ist, den Betroffenen von einem Widerruf der erteilten Einwilligung abzuhalten. Eine Wertersatzverpflichtung ließe sich aber jedenfalls als Kompromisslösung argumentativ vertreten.

## IV. Zusammenfassung und Handlungsoption

Der hier diskutierte Richtlinienentwurf würde bei Verabschiedung im nationalen Recht den Erlass einheitli-

cher Vorschriften für digitale Inhalte unabhängig vom Vertragstyp erfordern, während die Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte weiterhin den Mitgliedsstaaten obläge. Nationale Rechtszersplitterung würde durch Fragmentierung der Rechtsvorschriften nach dem Leistungsgegenstand ersetzt. Ein eigenes Rechtsregime für digitale Inhalte unabhängig vom zugrundeliegenden Vertragstyp wäre die Folge.<sup>59</sup> Ob man dies für sinnvoll hält, bleibt subjektiver Beurteilung überlassen.

Problematisch erscheint der besprochene Richtlinienentwurf vor allem in datenschutzrechtlicher Hinsicht. Mit der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung ist dabei hier nur das dringendste datenschutzrechtliche Problem angesprochen, das jedoch auch ganz unabhängig von der Verabschiedung des Richtlinienentwurfs gelöst werden muss. Denn bereits heute finden sich Stimmen, die die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als synallagmatische Gegenleistungspflicht zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte qualifizieren. Derzeit ergibt sich dieses Modell aber zuvorderst im Falle von Nutzungsverträgen sozialer Netzwerke oder anderweitiger zeitweiliger Überlassung digitaler Inhalte. Argumentieren ließe sich hier durchaus, die zeitweilige Nutzungsmöglichkeit der personenbezogenen Daten bis zum Widerruf sei hier Gegenleistung genug, zumal mit dem Widerruf der Nutzungsmöglichkeit der Daten auch die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Inhaltes zurückgezogen werden wird.

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in dem sich die Einwilligung als synallagmatische Gegenleistungspflicht zur dauerhaften, endgültigen Überlassung eines digitalen Inhaltes darstellt und sie nach Überlassung des digitalen Inhaltes widerrufen wird. In einem synallagmatischen Vertrag käme dies einer „nachträglichen Nichterfüllung“ gleich, weshalb auch die Leistung des Unternehmers zurückgerufen werden können müsste. Welche Probleme hieraus resultieren, hat dieser Beitrag versucht, darzulegen.

Die Diskussion um eine Gegenleistung in Form personenbezogener Daten ist dabei zugleich eine solche um ihren Vermögenswert. Es wird nicht länger der Schutz personenbezogener Daten, sondern die umfassende Dispositionsmöglichkeit über sie in den Vordergrund gestellt. Hier sollten die Konsequenzen für den Einwilligenden (Widerruflichkeit/Unwiderruflichkeit der Einwilligung) einerseits und die sich hieran anknüpfenden

<sup>57</sup> Ansonsten wäre das Vertragsverhältnis zu kündigen.

<sup>58</sup> Jauernig-Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, § 346 Rn. 4.

<sup>59</sup> Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 4.

Auswirkungen für die Leistung des Unternehmers andererseits (Rückgewähr/Wertersatzanspruch) gründlich durchdacht sein. Einen Anlass hierfür zu geben, dürfte wohl das größte Verdienst des hier diskutierten Richtlinienentwurfes sein.

Louisa Specht ist Inhaberin des Lehrstuhls für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht an der Universität Passau.



# Ulf Pallme König

## Buchbesprechung\*

Das Hochschulrecht als ein bedeutsamer Teil des überwiegend dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Wissenschaftsrechts hat in den letzten fünf Jahrzehnten eine rasante Entwicklung erfahren, wenn man bedenkt, dass die Länder erst Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre begannen, Hochschulgesetze zu verabschieden, und sich der Bund aufgrund der ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz entschloss, Anfang 1976 ein Hochschulrahmengesetz zu erlassen. Einher gingen damit nicht nur zahlreiche Universitätsneugründungen und der Aufbau von Fachhochschulen, sondern auch und gerade in den letzten 10-15 Jahren – im Wesentlichen auf die Gesetzgebung im Bund und in den Ländern zurückgehend – die Realisierung zahlreicher wissenschaftsrechtlich und wissenschaftspolitisch relevanter Vorhaben.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass nunmehr sieben Jahre nach Erscheinen der 2. Auflage des von Hartmer und Detmer herausgegebenen Handbuchs zum Hochschulrecht eine 3. Auflage erscheint. War die vorherige Auflage maßgeblich durch entscheidende Veränderungen im Hochschulrecht – und hier insbesondere durch die wachsende Autonomie der Hochschulen – bestimmt, die durch die Föderalismusreform (I) hervorgerufen wurden, trägt die neue Auflage maßgeblich dem Umstand Rechnung, dass Entscheidungen des BVerfG in den letzten Jahren etwa zu Hochschulleitungsstrukturen und hier in Sonderheit zur Partizipation von Universitätsorganen (vgl. Beschl. v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07, BVerfGE 136/138 ff.), zur Nachbesserung der W-Besoldung (vgl. Urt. v. 14.2.2012, 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 ff.) und zu der seit der Bologna-Reform greifenden Akkreditierungspraxis (vgl. Beschl. v. 17.2.2016, 1 BvL 8/10, NVwZ 2016, 675) zur Notwendigkeit geführt haben, bisher geltende hochschulrechtliche Sichtweisen nachzujustieren.

Dabei hat sich an der erfolg- und ertragreichen Grundkonzeption des Handbuchs, in 15 Kapiteln wesentliche Bereiche des Hochschulrechtes unter Beibehaltung eines ganzheitlichen Ansatzes der Betrachtung und Behandlung des deutschen – und zum Teil auch europäischen – Hochschulrechts zu erfassen, nichts geändert.

Dies gilt auch für die für die einzelnen Kapitel verantwortlichen Autoren, die sich allesamt als langjährige, im Hochschulrecht ausgewiesene Kenner und Spezialisten erweisen. Als einzige Änderung ist im achten Kapitel lediglich die bisherige Doppelautorenschaft weggefallen. An der Untergliederung im Rahmen der einzelnen Kapitel hat sich im Wesentlichen ebenfalls nichts geändert. Dies alles führt zu einer erfreulichen, dem Anspruch des Handbuchs gerecht werdenden Kontinuität in der Bearbeitung maßgeblich relevanter hochschulrechtlicher Themenkreise.

Die einzelnen Kapitel stellen sich wie folgt dar:

Während sich *Kempen* im ersten Kapitel (Seite 1-52) mit Grundfragen des institutionellen Hochschulrechtes befasst, setzt sich *Epping* im zweiten Kapitel (Seite 53-81) mit der Typisierung von Hochschulen (in erster Linie Universitäten und Fachhochschulen) auseinander. Im dritten Kapitel (Seite 83-138) setzt *Lynen* die Typisierung der Hochschulen fort, indem er u. a. die pädagogischen Hochschulen, Kunst- und Musikhochschulen sowie kirchlichen und privaten Hochschulen in den Blick nimmt. *Detmer* behandelt im vierten Kapitel (Seite 139-240) umfassend das Recht der (Universitäts-) Professoren, wobei er sich vorzugsweise dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlichen Aspekten sowie dem Berufungsverfahren zuwendet. Im fünften Kapitel (Seite 241-298) widmet sich *Hartmer* dem Recht des – auch politisch immer stärker in den Fokus geratenen – wissenschaftlichen Nachwuchses. Das sechste Kapitel (Seite 299-347) stellt *Geis* unter den Titel „Europäisches Hochschuldienstrecht.“ Dem folgen im siebten Kapitel (Seite 349-413) Ausführungen von *von Coelln* zum Binnenrecht der Hochschule und im achten Kapitel (Seite 415-457) Darlegungen von *Lux-Wesener* zu Aspekten der Kooperation des Wissenschaftlers mit der Wirtschaft und des Nebentätigkeitsrechtes der Professoren. *Sandberger* behandelt im neunten Kapitel (Seite 459-558) das komplexe und innerhalb des Hochschulrechtes eine Sonderstellung einnehmende Recht der Hochschulmedizin. Demgegenüber gehen *Löwisch* und *Wertheimer* im zehnten Kapitel (Seite 559-648) umfassend dem Arbeitsrecht des Hochschulpersonals nach. Es schließen sich im elften Kapitel

\* Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis. Hrsg. von Michael Hartmer und Hubert Detmer. 3., neubearbeitete Auflage. C. F. Müller, Heidelberg, 2017. 924 Seiten, geb., Euro 139,99. ISBN: 978-3-8114-4175-0.

(Seite 649-725) Ausführungen von *Lindner* zu Rechtsfragen des Studiums, im zwölften Kapitel (Seite 727-775) Darlegungen von *Schnellenbach* zum Prüfungsrecht und im 13. Kapitel (Seite 777-830) Ausführungen von *Götting* und *Leuze* zum Urheberrecht des wissenschaftlichen Personals an. Das Buch endet in seinem inhaltlichen Teil mit Befassungen von *Kraßler* im 14. Kapitel (Seite 831-872) zum Erfindungsrecht des wissenschaftlichen Personals und von *Möller* im 15. Kapitel (Seite 873-902) zur Hochschulfinanzierung und -steuerung.

Im Interesse der Übersichtlichkeit ist auch zu begrüßen, dass in der neuen Auflage das Autorenverzeichnis gleich nach dem Vorwort an den Anfang gestellt wird und sich jetzt – anders noch als in der 2. Auflage – jeweils am Ende eines Kapitels weiterführende Literaturhinweise finden.

Die Veränderungen, die die Hochschullandschaft, insbesondere verursacht durch die Gesetzgebung und – wie dargelegt – durch die Rechtsprechung des BVerfG, seit Erscheinen der 2. Auflage erfahren hat, spiegeln sich auch im Umfang der 3. Auflage wieder. Umfasste die 2. Auflage noch 752 Seiten ist die neue Auflage auf 924 Seiten angewachsen. Dieser Zuwachs ist allerdings nicht allein auf die Befassung mit der Rechtsprechung des BVerfG zurückzuführen, die in einigen Kapiteln zwangsläufig zu einer Nachjustierung bisheriger Betrachtungsweisen führen musste. Dies gilt insbesondere für die vom BVerfG bezogen auf die hessische Regelung für verfassungswidrig erachtete W2-Besoldung (vgl. dazu viertes Kapitel S. 231 ff.) und für die durch die Entscheidung des BVerfG zur Medizinischen Hochschule Hannover gestärkte akademischen Selbstverwaltung im Bereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen, um so weitreichenden Entscheidungskompetenzen der Leitungsorgane entgegenzutreten (vgl. dazu z. B. erstes Kapitel S. 14 und 48, siebtes Kapitel S. 380 f. und ausführlich neuntes Kapitel Seite 471 ff.). Vielmehr kommt hinzu, dass in den letzten Jahren auch zahlreiche Vorhaben realisiert worden sind, die eine eingehende Erläuterung ihrer zum Teil spezifischen Eigenarten bedurften. Dies wird insbesondere durch Vorhaben in der Hochschulmedizin unterstrichen, so zum Beispiel durch die Gründung einer Medizinischen Fakultät an der Universität Oldenburg (vgl. neuntes Kapitel Seite 529 f.) und durch die Gründung von Private Medical Schools einschließlich der Etablierung sogenannter Franchise Modelle (neuntes Kapitel Seite 536). Für andere Kapitel gilt bezogen auf Vorhaben, die dort relevant sind, Ähnliches. Im Übrigen erklärt sich der dargelegte Zuwachs aber auch daraus, dass unter

Berücksichtigung wachsender Literatur einzelne Problembereiche des Hochschulrechtes noch vertiefter, als in der 2. Auflage ohnehin schon, dargestellt werden.

Dass ungeachtet dessen einige durchaus bedeutsame, das Hochschulwesen prägende Ereignisse bzw. Beiträge des Jahres 2016 keine Berücksichtigung mehr finden konnten, so zum Beispiel die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg vom 14.11.2016 – 1 VB 16/15 – zur Wahl und Abwahl von Hochschulleitungsmitgliedern nach dem Hochschulgesetz des Landes Baden-Württemberg, die Empfehlungen des WR zu „Perspektiven der Universitätsmedizin“ vom 21.10.2016 sowie maßgebliche Beiträge zum europäischen Wissenschaftsrecht (vgl. Beiheft 24 zum Wissenschaftsrecht, 2016, zum Thema „Auf dem Weg zu einem europäischen Wissenschaftsrecht“), dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die entsprechenden Manuskripte zu einem bestimmten Zeitpunkt in 2016 abgeschlossen sein mussten und damit diese Ereignisse bzw. Vorhaben nicht mehr eingearbeitet werden konnten.

Die soeben beispielhaft erwähnten Vorgänge bzw. Ereignisse zeigen aber auch, dass die Dynamik des vielschichtigen und komplexen Hochschulrechtes ungebrochen ist und schon den Zeitpunkt der nächsten Auflage des Handbuches erahnen lässt. Die nunmehr erschiene 3. Auflage lässt jedenfalls bereits jetzt eine Vorfreude auf die nächste Auflage aufkommen.

Dies gilt auch deswegen, weil sich das Buch angesichts der Aufspaltung der Rechtsverhältnisse im Hochschulrecht im Rahmen der föderalistischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland als unverzichtbar erweist. Es gibt einen vertiefenden Überblick zu den wesentlichen Themenkreisen des immer komplizierter werdenden Hochschulrechtes. Daneben gelingt es den Autoren, die Unterschiede in der Gesetzgebung der Länder bezogen auf das Hochschulrecht effizient herauszuarbeiten. Auf diese Weise wird auch demjenigen, der sich – wie etwa ein Nichtjurist – nicht ständig mit hochschulrechtlich relevanten Themen zu befassen hat, der anschauliche und verständliche Einstieg in die vielschichtige Materie ermöglicht. Die einzelnen Beiträge bestehen dadurch, dass sie sich jeweils vertiefend mit praxisrelevanten Einzelfragen bis hin zu Rechtsschutzproblemen beschäftigen und sich dort, wo es die Autoren für angemessen halten, durchaus auch kritisch mit dem Hochschulrecht und der Hochschulpraxis auseinandersetzen. Mit seinem dargelegten und bewährten Gesamtansatz genießt das praxisorientierte und zugleich wissenschaftlichen Ansprüchen in jeder Hinsicht gerecht werdende

Buch alle Vorteile gegenüber den mittlerweile immer zahlreicher werdenden Kommentierungen zu Landeshochschulgesetzen (so z. B. zu den Hochschulgesetzen in Hamburg, Sachsen, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen), deren Aufgabe es naturgemäß in erster Linie ist, sich mit den länderspezifischen Besonderheiten zu befassen.

Dem benutzerfreundlichen Handbuch sollte nach allem ein fester Platz in den (Hand-) Bibliotheken vor allem von Rechtsanwendern in Hochschulen, wissenschaftlichen Einrichtungen und Wissenschaftsorganisationen sowie in Ministerien, Gerichten, Rechnungshö-

fen und Rechtsanwaltskanzleien, die sich mit spezifischen Fragen des Hochschulrechtes auseinandersetzen zu haben, gesichert sein. Es ist aus den dargelegten Gründen uneingeschränkt und nachdrücklich zu empfehlen.

Ulf Pallme König ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Brengenhorn-Wendland (Bochum, Düsseldorf und Magdeburg), Kanzler der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf a.D., Honorarprofessor der dortigen juristischen Fakultät sowie Vorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts.





Patricia Wendel

*Der Hochschulrat – unter besonderer  
Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher  
Körperschaft des Öffentlichen Rechts*

Die Dissertation „Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts“ wurde an der Universität Leipzig erstellt. Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Christoph Degenhart.

## **I. Einführung**

Die Dissertation beschäftigt sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines durch Staat und Hochschule besetzten Kollegialorgans einer Hochschule, dem Hochschulmitglieder und Externe angehören und das mit wissenschaftsrelevanten Aufgaben ausgestattet ist. Hierbei wird untersucht, ob ein Verstoß gegen das Demokratische Prinzip im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG, gegen die aus Art. 5 Abs. 3 GG hergeleitete und in Art. 107 SächsVerf festgeschriebene akademische Selbstverwaltung und gegen das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf vorliegt.

## **II. Die Organisationsstruktur der Hochschule**

Zu Beginn der Arbeit wird die Organisation der Hochschule vorgestellt, da sich hiernach die Anforderungen an die demokratische Legitimation und an die akademische Selbstverwaltung richten. Dabei wird berücksichtigt, dass mit der Hochschulreform in Sachsen – aber auch in den anderen Bundesländern Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, in Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein – die Hochschule von einer Körperschaft und staatlichen Einrichtung zu einer ausschließlichen Körperschaft „verschlankt“ wurde. Mit dieser Neugestaltung hätte auch eine Änderung in der Organstruktur der Hochschule einhergehen müssen. Jedoch ist dies weder im SächsHSG noch im SächsHSFG erfolgt, ebenso wenig wie in den anderen Bundesländern, die den Aufbau ihrer Hochschulen auf eine ausschließliche Körperschaft kürzten.

Der Fokus in dieser Arbeit bleibt allerdings auf den Regelungen des SächsHSFG und dem sich hieraus ergebenden Verwaltungsaufbau der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts nach

dem monistischen Modell gerichtet. Jedoch werden auch die Hochschulräte der anderen Bundesländer mit derartig organisierten Hochschulen sowie die Hochschulorganisation nach dem dualistischen Modell berücksichtigt. Darüber hinaus bleibt auch die Organisation nach dem zweigliedrigen Aufbau als Körperschaft und staatlicher Einrichtung nicht unberücksichtigt und werden die Regelungen zum Hochschulrat in all diesen Organisationsstrukturen auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft.

Eine besonders augenfällige Änderung die mit der Kürzung zur ausschließlichen Körperschaft einhergeht betrifft die Dreiteilung der Hochschulaufgaben. Die drei Aufgabenbereiche der Hochschule – akademische Selbstverwaltung, Kooperationsbereich, staatliche Aufgaben – sind keine Aufgaben unterschiedlicher Qualität, sondern stellen nur den Grad des Zusammenwirkens der beiden Hochschulteile Körperschaft und staatlicher Einrichtung dar. Denn bei einer Hochschule, gleich welcher Organisationsstruktur, wird stets nur zwischen den Selbstverwaltungs- und den staatlichen bzw. den übertragenen oder Weisungsaufgaben unterschieden. Der Kooperationsbereich beschreibt nur, dass bei Aufgaben die die akademische Selbstverwaltung und den staatlichen Bereich berühren eine Zusammenarbeit des körperschaftlichen Teils mit dem staatlichen Teil der Hochschule erforderlich ist. Auf die Qualität der Aufgabe hat das jedoch keine Auswirkung; eine Kooperationsaufgabe bleibt für die Körperschaft eine Selbstverwaltungsaufgabe und für die staatliche Einrichtung eine staatliche Aufgabe.

Wird die Hochschule aber zur ausschließlichen Körperschaft gekürzt ist für eine Kooperation kein Raum mehr. Die klassische Dreiteilung der Hochschulaufgaben wird also obsolet sobald die Hochschule nicht mehr aus zwei Teilen zusammengesetzt ist. Bei Hochschulen dieses „einfachen“ Aufbautyps sind alle Aufgaben allein der Hochschule zur Wahrnehmung übertragen, sei es, dass es sich um die eigenen Aufgaben der Hochschule (monistisches Modell) oder, dass es sich um eigene und übertragene Aufgaben handelt (dualistisches Modell). Eine staatliche Entscheidungsmitwirkung in Form der Mitentscheidung<sup>1</sup> oder der Mitbesetzung eines Ent-

<sup>1</sup> Ausnahmen sind Genehmigungsvorbehalte, die als Aufsichtsbe-  
fugnisse des Staates weiterhin zulässig sind.

scheidungsorgans ist dann – vereinfacht gesprochen – unzulässig (die näheren Gründe für diese Unzulässigkeit beruhen auf der Verletzung des Demokratieprinzips und der akademischen Selbstverwaltung, wie in der Arbeit ausführlich dargestellt wird und in den folgenden Ausführungen kurz skizziert werden soll).

### III. Die demokratische Legitimation

Nach dieser grundlegenden Einführung in die Struktur der Hochschule und der darauf im zweiten und dritten Kapitel folgenden Vorstellung des Hochschulrats nach § 86 SächsHSFG – mit Vergleich zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, zum Rundfunkrat des MDR, zur Vergabekommission der Filmförderungsanstalt, zum board of trustees us-amerikanischer Hochschulen und mit dem Vergleich zum „Vorgängerorgan“ des Hochschulrats, dem Kuratorium nach § 97 SächsHG – wendet sich die Arbeit im vierten Kapitel der demokratischen Legitimation von Staatsgewalt zu. Neben der Vorstellung des Systems der demokratischen Legitimation, werden die Aspekte der Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit eingeführt, die beide die an die Organwalter zu stellenden Legitimationsvoraussetzungen umschreiben und sich auf die personelle und materielle Legitimationskomponente beziehen. Bisher erfolgte die Diskussion zur Legitimation von Staatsgewalt stets nur aus dem Blickwinkel der Legitimierenden, d.h. es wurde gefragt, welche Voraussetzungen an die Wähler oder die Ernennenden zu stellen sind. Inwiefern aber auch an die Legitimierten, also an die Gewählten oder Ernannten, Anforderungen zu stellen sind, wurde bisher nicht erörtert. Das wird mit den Aspekten der Legitimierbarkeit für die personelle Legitimationskomponente und Zugehörigkeit für die materielle Komponente umschrieben.

Dieser Betrachtung der demokratischen Legitimation von Staatsgewalt im Allgemeinen folgt die Untersuchung der demokratischen Legitimation der mittelbaren Staatsverwaltung im Besonderen. Hierbei wird der Frage nachgegangen, ob eine demokratische Legitimation überhaupt möglich oder erforderlich ist und wenn ja, wie sie realisiert wird.<sup>2</sup> Des Weiteren wird das Prinzip der doppelten Mehrheit auf seine Tragfähigkeit unter-

sucht, wonach es in einem Kollegialorgan ausreichen soll, wenn die Mitgliedermehrheit demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung auf den Stimmen dieser Mitgliedermehrheit beruht, und werden darüber hinaus die Aspekte der Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit auch in diesem Verwaltungsbereich berücksichtigt, wobei die sich hier insbesondere auf die Mitgliedschaft in der Körperschaft beziehen und untersucht wird, ob die Organwalter Mitglieder der Körperschaft sein müssen und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt diese Mitgliedschaft bestehen muss. Da der Hochschulrat nach dem SächsHSFG zum überwiegenden Teil mit Externen besetzt ist und das Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst an der Einsetzung mitwirkt, sind insbesondere die Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit in dieser Arbeit von Bedeutung.

Die gefundenen Ergebnisse zur Organisation der Hochschule und zur demokratischen Legitimation werden sodann im fünften Kapitel bei der Untersuchung der demokratischen Legitimation des Hochschulrats nach § 86 SächsHSFG angewendet.

### IV. Die Verfassungsmäßigkeit des Hochschulrats

Zuerst wird hier festgestellt, dass der größte Teil der Aufgaben des Hochschulrats der demokratischen Legitimation bedarf, da dieses Organ überwiegend (Mit-)Entscheidungsbefugnisse hat. Anschließend wird die Einsetzung der Hochschulratsmitglieder im Hinblick auf die demokratische Legitimation untersucht und hierauf folgend wird die demokratische Legitimation der Entscheidungen des Hochschulrats überprüft. Hierbei spielt eine besondere Rolle, dass die Mitglieder dieses Organs u.a. vom Sächsischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst benannt und alle Mitglieder von ihm berufen werden,<sup>3</sup> obgleich es sich um das Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft handelt. Des Weiteren ist der Hochschulrat mehrheitlich mit Externen besetzt und ist es rechnerisch ausgeschlossen, dass alle Mitgliedergruppen der Hochschule in ihm vertreten sind, obgleich der Hochschulrat ausschließlich wissenschaftsrelevante Entscheidungen trifft. Dies ist nicht nur als Problem bei der akademischen Selbstverwaltung zu verorten, sondern betrifft auch die demokratische Legitimation der

2 Des Weiteren werden hier auch u.a. das Weisungsrecht und dessen Freistellung in Gestalt des sog. ministerialfreien Raumes, Befangenheits- und Unvereinbarkeitsregelungen sowie die Periodizität des Amtes als Bestandteile der materiellen demokratischen Legitimation aufgeführt und ebenso untersucht, inwiefern das „Amt“ für die demokratische Legitimation von Bedeutung ist, ebenso wie das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG.

3 Nach § 86 SächsHSFG erfolgt die Besetzung in einem zweistufigen Verfahren: zuerst werden die Mitglieder nach § 86 Abs. 4

SächsHSFG vom Senat und dem SMWK benannt – wobei bei kameralistischer Wirtschaftsführung das Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst die Mehrheit benennt, wohingegen nach Umstellung auf die kaufmännische Wirtschaftsführung die Mehrheit gem. § 86 Abs. 5 SächsHSFG vom Senat benannt wird – und hiernach werden die Benannten vom Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst gem. § 86 Abs. 6 SächsHSFG zu Mitgliedern berufen.

mittelbaren Staatsverwaltung im Sinne der Entscheidungsfindung durch die Selbstbetroffenen. Es wird sodann festgestellt, dass die Regelungen des § 86 SächsHSFG gegen das Demokratieprinzip verstoßen.

Nachdem die Wahrung des Demokratieprinzips beim Hochschulrat einer als ausschließlichen Körperschaft organisierten Hochschule untersucht wurde, erfolgt hiernach die Prüfung, ob die Regelungen des § 86 SächsHSFG mit diesem Prinzip vereinbar sind, sollte die Hochschule als Körperschaft und staatliche Einrichtung errichtet sein. In diesem Fall wären die Aufgaben dieses Organs der akademischen Selbstverwaltung und der Staatsverwaltung zuzuordnen, so dass sich hier ein Kooperationsbereich aufspannen würde. Dementsprechend wäre dann eine zwischen Staat und Körperschaft hälftig aufgeteilte Besetzung zulässig, wobei die von der Körperschaft eingesetzte Mitgliederhälfte wiederum ausschließlich aus Hochschulmitgliedern zu bestehen hätte und dabei alle Mitgliedergruppen vertreten sein müssten. Jedoch wird auch dies mit der Regelung des § 86 SächsHSFG nicht erreicht.

Als nächstes wird im sechsten Kapitel der Arbeit die Wahrung der akademischen Selbstverwaltung durch die Regelungen zum Hochschulrat untersucht, wobei auch hier zuerst die Hochschule als ausschließliche Körperschaft Untersuchungsgegenstand ist und dabei zum einen die Einsetzung durch Senat und Staat untersucht und zum anderen die Entscheidung dieses Kollegialorgans überprüft wird, dessen Mitglieder überwiegend Externe sind. Hierbei wird eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts anhand der Prinzipien der Selbstorganisation (Besetzung der Organe aufgrund der Entscheidung der Mitglieder der Körperschaft), Selbstorganschaft (Besetzung der Selbstverwaltungsorgane mit Mitgliedern) und Selbstentscheidung (Mitwirkung der Mitglieder an Selbstverwaltungsaufgaben) untersucht. Anschließend ist der Hochschulrat als Organ einer Körperschaft und staatlichen Einrichtung Untersuchungsgegenstand. Im Ergebnis kommt es bei beiden Hochschulratsvarianten zu vergleichbaren Ergebnissen wie bei der Frage nach der demokratischen Legitimation, wobei das Selbstverwaltungsrecht – anders als bei der demokratischen Legitimation – auch bei Beratungen zu wahren ist: die Regelungen zum Hochschulrat im SächsHSFG sind nicht mit dem Recht auf akademische Selbstverwaltung vereinbar.

Ebenfalls im sechsten Kapitel wird auch die Wahrung des Leistungsprinzips untersucht und festgestellt, dass § 86 Abs. 2 Satz 4 SächsHSFG keine ausreichende Rege-

lung ist, um das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf durchzusetzen.

Da die Hochschulen nicht nur in Sachsen, sondern auch in Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, in Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein zu ausschließlichen Körperschaften umgeformt wurden, erfolgt im siebten Kapitel eine kurze Analyse der Hochschulräte dieser Bundesländer.

## V. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Urteil des Verfassungsgerichtshofs von Baden-Württemberg vom 14.11.2016

Schließlich wird auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in die Betrachtung einbezogen, wobei insbesondere seine Entscheidungen zum Brandenburgischen Hochschulgesetz,<sup>4</sup> zum Hamburgischen Hochschulgesetz<sup>5</sup> zu den organisatorischen Regelungen der Medizinischen Hochschule Hannover<sup>6</sup> und seine Entscheidung zur Gründung der Technischen Universität Cottbus-Senftenberg<sup>7</sup> berücksichtigt werden. Hierbei ist jedoch festzustellen, dass in keiner dieser Entscheidungen die Frage der demokratischen Legitimation angesprochen, sondern stets nur die Verletzung des Rechtes auf akademische Selbstverwaltung geprüft wurde, wobei hierbei die in Hamburg und Niedersachsen eingeführte Hochschulstruktur als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts keine Berücksichtigung gefunden hat. Darüber hinaus hatte allein die Entscheidung zum Brandenburgischen Hochschulgesetz ein dem Hochschulrat vergleichbares Organ – den Landeshochschulrat – zum Gegenstand, der wiederum nicht Organ einer Hochschule des Landes Brandenburg ist, sondern ein Aufsichtsorgan aller brandenburgischen Hochschulen darstellt, die wiederum als Körperschaft und staatliche Einrichtung konzipiert sind. Insofern waren die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Hochschulrats als Organ einer ausschließlich als Körperschaft organisierten Hochschule nur von begrenztem Wert, wobei aber die in den jüngeren Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht zum Hamburger Hochschulgesetz, zur Medizinischen Hochschule Hannover und zur Technischen Universität Cottbus-Senftenberg im Hinblick auf die akademische Selbstverwaltung getroffenen Schlussfolgerungen, den Ergebnissen in dieser Arbeit entsprechen.

Da das Urteil des Verfassungsgerichtshofs von Baden-Württemberg vom 14.11.2016, Az.: 1 VB 16/15 erst

4 BVerfGE 111, 333.

5 BVerfGE 127, 87.

6 BVerfGE 136, 338.

7 BVerfGE 139, 148.

nach Drucklegung der Arbeit erging, konnte es keinen Weg in diese Untersuchung finden. Jedoch ist festzuhalten, dass auch hier allein die Verletzung des akademischen Selbstverwaltungsrechts untersucht wurde, während ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip ungeprüft bleibt. Darüber hinaus ist die Hochschule in Baden-Württemberg als Körperschaft und staatliche Einrichtung organisiert, so dass die Ergebnisse dieses Urteils auf den Hochschulrat als Organ einer ausschließlichen Körperschaft des öffentlichen Rechts nur beschränkt übertragbar sind. Jedoch entsprechen die Feststellungen zur Besetzung dieses Organs im Hinblick auf die akademische Selbstverwaltung den Ergebnissen in dieser Arbeit.

## VI. Ergebnis

Mit der Dissertation „Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts“ wird nicht nur der Hochschulrat nach dem SächsHSFG einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen, sondern werden die gefundenen Ergebnisse auch auf die Hochschulräte der Bundesländer Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, das Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein angewendet.

Des Weiteren wird deutlich gemacht, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Hochschulrat von der Konstruktion der Hochschule abhängig sind und wird die Verfassungsmäßigkeit dieses Organs für die beiden bestehenden Organisationsstrukturen beispielhaft am sächsischen Hochschulrat geprüft. Damit ist

diese Arbeit nicht nur für das Hochschulrecht in Sachsen von Bedeutung, sondern auch für das Hochschulrecht aller Bundesländer.

Zugleich dient die Arbeit aber auch der weiteren theoretischen Ausarbeitung des Prinzips der demokratischen Legitimation, insbesondere im Hinblick auf die Rolle des Amtes, sowie im Hinblick auf die Voraussetzungen, die an die eingesetzten Amts- und Organwalter zu stellen sind, die hier als Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit bezeichnet werden. Darüber hinaus wird die demokratische Legitimation der mittelbaren Staatsverwaltung genauer untersucht und werden deren Voraussetzungen weiter herausgearbeitet, wobei auch überprüft wird, inwiefern das Prinzip der doppelten Mehrheit in diesem Bereich angewendet werden kann.

Somit ist diese Arbeit nicht nur für das Hochschulrecht von Bedeutung, sondern auch für das Verfassungsrecht und die Frage nach der Ausgestaltung des Demokratieprinzips.

Die Autorin hat Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig studiert. Nach Absolvierung des Rechtsreferendariats am Oberlandesgericht Dresden war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht von Prof. Dr. Christoph Degenhart tätig.

„Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts“ ist 2016 im NOMOS-Verlag erschienen (393 S., broschiert, ISBN 978-3-8487-2827-5). Das Werk ist Teil der Reihe „Schriften zum Bildungs- und Wissenschaftsrecht“, Band 19, 99,- € inkl. MwSt., versandkostenfrei.

# Andreas Schubert

## Die Novelle zum Arzneimittelgesetz - Neue Rahmenbedingungen für die Arzneimittelforschung

### ÜBERSICHT

#### A. Rechtliche Rahmenbedingungen der AMG-Reform

#### B. Ethik-Kommissionen

##### I. Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen nach § 41a AMG

##### II. Verfahrensordnung und Geschäftsverteilungsplan nach § 41b AMG

##### III. Bundesethikkommission

#### C. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung, §§ 40ff. AMG n.F.

##### I. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung nach § 40 AMG n.F.

###### 1. Antragspflicht

###### 2. Validierung des Antrags

###### 3. „Nutzen-Risiko-Bewertung“

###### 4. Prüfung des Schutzes der Prüfungsteilnehmer

###### 5. Ergebnismitteilung

##### II. Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach §§ 40a, 40b AMG im Einzelnen

###### 1. Allgemeine Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40a AMG

###### a) Sponsor

###### b) Verbot der Prüfung an Personen in behördlicher Obhut

###### c) Ausreichender Versicherungsschutz

###### d) Prüfung mit gentechnisch veränderten Organismen

###### e) Geeigneter Prüfungsort

###### 2. Besondere Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40b AMG – Einwilligungspflicht

###### a) Klinische Prüfung mit Minderjährigen

###### b) Klinische Prüfung mit nichteinwilligungsfähigen erwachsenen Personen

#### D. Zusammenfassung

Der Bundestag hat am 11. November 2016 die, vergangenen Jahres stark diskutierte,<sup>1</sup> Arzneimittelreform verabschiedet. Zum Jahreswechsel ist die Novelle zum Arzneimittelgesetz (AMG) in Kraft getreten. Der folgende Bei-

trag zeigt die wichtigsten Neuerungen für die medizinische Forschung auf.<sup>2</sup> Eingegangen wird hierbei insbesondere auf das neue Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen, zur Genehmigung einer klinischen Prüfung sowie zur Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen.

#### A. Rechtliche Rahmenbedingungen der AMG-Reform

Die Änderungen des AMG beruhen auf der VO (EU) Nr. 536/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der RL 2001/20/EG (VO (EU) Nr. 536/2014). Der am 16.6.2014 in Kraft getretenen VO (EU) Nr. 536/2014<sup>3</sup> liegt der von der Kommission am 17.7.2012 veröffentlichte Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG zugrunde.<sup>4</sup> Sinn und Zweck der VO (EU) Nr. 536/2014 sind nach Ansicht der Kommission im Wesentlichen die Förderung klinischer Prüfungen in Europa<sup>5</sup> sowie die Verbesserung der Sicherheit der Probanden.<sup>6</sup> Ziel der auf der VO (EU) Nr. 536/2014 basierenden Novelle des AMG ist die Ermöglichung eines raschen Zugangs zu innovativen Arzneimitteln im Wege eines effektiven und rechtssicheren Genehmigungsverfahrens.<sup>7</sup>

Die nun seitens des Gesetzgebers verabschiedeten Regelungen teilen sich in zwei Blöcke auf. Einerseits in die Regelungen, welche ab dem 24.12.2016 bereits Geltung beanspruchen.<sup>8</sup> Andererseits in Vorschriften, die i.S.d. Art. 13 des Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (AMG-ÄndG) erst sechs Monate nach der Veröffentlichung der Mitteilung der Europäischen Kommission über die

1 Siehe bloß unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw45-de-amg-novelle-dritte-beratung/478106> (abgerufen am 22.2.2017).  
2 Nicht eingegangen wird auf tiermedizinische Besonderheiten der AMG Novelle.  
3 Vgl. Art. 99 Unterabsatz 1 VO (EU) Nr. 536/2014.  
4 Siehe zur Verordnung etwa Jansen, MedR 2016, S. 417, 418ff.; Dienemann, PharmR 2012, S. 429ff.

5 Vgl. COM(2012) 369 final, S. 3.

6 Vgl. etwa COM(2012) 369 final, S. 7f.; hierzu auch Wachenhausen, in: Kügel/Müller/Hofmann (Hrsg.), Arzneimittelgesetz, 2. Auflage 2016, Vorbemerkung zu §§ 40 ff., Rn. 1.

7 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 30.

8 Vgl. Art. 13 des Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher Vorschriften und anderer Vorschriften; BGBl I Nr. 63 (23.12.2016).

Funktionsfähigkeit des EU-Portals und der Datenbank nach Art. 82 VO (EU) Nr. 536/2014 im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft treten. Wann das EU-Portal zur Eingabe der Daten klinischer Studien jedoch kommt und somit der zweite Block tatsächlich in Kraft tritt, ist noch nicht abzusehen.

## B. Ethik-Kommissionen

Nach § 4 Abs. 23 AMG ist unter einer Klinischen Prüfung bei Menschen jede am Menschen durchgeführte Untersuchung zu verstehen, die dazu bestimmt ist, klinische oder pharmakologische Wirkungen von Arzneimitteln zu erforschen oder nachzuweisen oder Nebenwirkungen festzustellen oder die Resorption, die Verteilung, den Stoffwechsel oder die Ausscheidung zu untersuchen, mit dem Ziel, sich von der Unbedenklichkeit oder Wirksamkeit der Arzneimittel zu überzeugen. Nach dem noch geltenden § 40 Abs. 1 S. 2 AMG<sup>9</sup> darf eine solche klinische Prüfung nur durchgeführt werden, wenn die zuständige Ethik-Kommission diese zustimmend bewertet und die zuständige Bundesoberbehörde diese genehmigt hat. Künftig wird sich eine solche Bedingung weiterhin in § 40 Abs. 1 AMG befinden. Allerdings beschränkt sich der Wortlaut der Vorschrift nun nur noch auf die Genehmigung durch die zuständige Bundesoberbehörde. Die im Rahmen des Genehmigungsprozesses der zuständigen Ethik-Kommission notwendige zustimmende Bewertung findet keine gesonderte sprachliche Würdigung in § 40 Abs. 1 AMG n.F. mehr. Vielmehr wird durch die Verankerung der der zuständigen Ethik-Kommission nach dem noch geltenden § 42 AMG<sup>10</sup> zufallenden Aufgaben in den Absätzen 3, 4 und 5 des § 40 AMG n.F. ihre Mitwirkungspflicht vorausgesetzt. Zur Genehmigung einer klinischen Prüfung bleibt es somit bei der bereits vor der AMG-Reform geltenden Kontrollinstanz aus zuständiger Bundesoberbehörde und zuständiger Ethik-Kommission.

Die Befugnis zur Errichtung von Ethik-Kommissionen richtet sich nach Landesrecht<sup>11</sup> und wird grundsätz-

lich im außeruniversitären Bereich den Landesärztekammern<sup>12</sup> und im universitären Bereich den Hochschulen<sup>13</sup> zuteil.<sup>14</sup> Nach der AMG-Novelle darf die Rolle der Kontrollinstanz bei der Arzneimittelforschung nach dem neu eingefügten § 41a Abs. 1 AMG jedoch nur noch durch bei der Bundesbehörde registrierte Ethik-Kommissionen übernommen werden. Nicht registrierten „kleinen“ Ethik-Kommissionen<sup>15</sup> ist der Weg zur Bewertung klinisch-medizinischer Forschungsvorhaben versperrt.<sup>16</sup> Diesen verbleibt als Tätigkeitsfeld nur noch die Prüfung von Medizinprodukten nach den §§ 20ff. MPG sowie die Beratung bei ärztlichen Forschungsvorhaben in den damit verbundenen berufsethischen und berufsrechtlichen Fragen nach § 15 Abs. 1 MBO-Ä.<sup>17</sup>

## I. Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen nach § 41 a AMG

Seit dem 24.12.2016 richtet sich das Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen nach dem neu eingefügten § 41a Abs. 2-5 AMG. Zur Einleitung des Registrierungsverfahrens ist zunächst nach § 41a Abs. 2 AMG ein Antrag vom jeweiligen Träger der öffentlich-rechtlichen Ethik-Kommissionen der Länder bei dem Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zu stellen. Gemeinsam mit dem Paul-Ehrlich-Institut,<sup>18</sup> dem Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel, genehmigt das BfArM dann die Registrierung, sofern nach § 41a Abs. 3 Ziff. 1 bis 7 AMG folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- „1. die erforderliche aktuelle wissenschaftliche Expertise der Mitglieder sowie der externen Sachverständigen,
2. die interdisziplinäre Zusammensetzung der Ethik-Kommission unter Beteiligung von je mindestens einem Juristen, einer Person mit wissenschaftlicher oder beruflicher Erfahrung auf dem Gebiet der Ethik in der Medizin, einer Person mit Erfahrung auf dem Gebiet der Versuchsplanung und Statistik, drei Ärzten, die über Erfah-

9 Näher hierzu unter C.

10 § 42 AMG n.F. regelt nun die durch die zuständige Bundesoberbehörde vorzunehmenden Korrekturmaßnahmen nach Art. 77 VO (EU) Nr. 536/2014.

11 Vgl. etwa § 5 Heilberufe-Kammergesetz Baden-Württemberg (HBKG BW).

12 Vgl. etwa § 5 Abs. 1 HBKG BW; allgemein hierzu *Vogeler*, Ethikkommissionen, 2011, S. 50ff.

13 Vgl. etwa § 5 Abs. 5 HBKG BW; allgemein hierzu *Vogeler*, Ethikkommissionen, 2011, S. 52ff.

14 Ausnahme bilden etwa die öffentlich-rechtliche Ethikkommission des Landes Bremen oder die Ethikkommission des Landes Berlin. Zu den Ethik-Kommissionen bei der unmittelbaren Landesverwaltung siehe *Vogeler*, Ethikkommissionen, 2011, S. 56ff.

15 So *Lippert*, MedR 2016, S. 773, 777.

16 Siehe *Lippert*, MedR 2016, S. 773, 777.

17 *Dienemann*, PharmR 2016 S. 1, 5.

18 *Paul Ehrlich* (\* 14. März 1854 in Strehlen bei Breslau; † 20. August 1915 in Bad Homburg vor der Höhe) war ein deutscher Arzt, Serologe und Immunologe und gilt als Begründer der Chemotherapie. Paul Ehrlich erhielt 1908 für seine Arbeiten auf dem Gebiet der Immunologie den Nobelpreis für Medizin gemeinsam mit Elia Metschnikow. Diese und weitere Infos zur Paul Ehrlich unter <http://www.pei.de/DE/institut/paul-ehrlich/paul-ehrlich-node.html> (abgerufen am 23.1.2017).

rungen in der klinischen Medizin verfügen, davon ein Facharzt für klinische Pharmakologie oder für Pharmakologie und Toxikologie, sowie einem Laien,

3. der Ethik-Kommission gehören weibliche und männliche Mitglieder an und bei der Auswahl der Mitglieder und externen Sachverständigen werden Frauen und Männer mit dem Ziel der gleichberechtigten Teilhabe gleichermaßen berücksichtigt,

4. eine Geschäftsordnung, die insbesondere verpflichtende Regelungen zur Arbeitsweise der Ethik-Kommission trifft; dazu gehören insbesondere Regelungen zur Geschäftsführung, zum Vorsitz, zur Vorbereitung von Beschlüssen, zur Beschlussfassung sowie zur Ehrenamtlichkeit und Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder und externen Sachverständigen,

5. eine Geschäftsstelle mit dem für die Organisation der Aufgaben der Ethik-Kommission erforderlichen qualifizierten Personal,

6. eine sachliche Ausstattung, die es ermöglicht, kurzfristig Abstimmungsverfahren durchzuführen und fristgerecht Stellungnahmen und Bewertungsberichte zu erstellen,

7. die Ethik-Kommission holt zu jedem Antrag Unabhängigkeitserklärungen der beteiligten Mitglieder und externen Sachverständigen ein, die beinhalten, dass diese keine finanziellen oder persönlichen Interessen, die Auswirkungen auf ihre Unparteilichkeit haben könnten, haben.“

Konnten hinsichtlich der Zusammensetzung und der Voraussetzungen der Mitgliedschaft in der Ethikkommission bislang die Universitäten bzw. Landesärztekammern kraft Satzung eigenständig Vorgaben machen,<sup>19</sup> geben nun § 41 Abs. 4 Ziff. 1-7 AMG zwingende Mindestvoraussetzungen für die Besetzung der Ethikkommissionen vor.

Die in Ziff. 2 aufgeführte interdisziplinäre Zusammensetzung gewährleistet hierbei nicht nur die notwendige wissenschaftlich-medizinische Expertise, sondern schafft durch die zwingende Besetzung der Ethikkommission mit juristischem Sachverstand auch, dass die Einhaltung rechtlicher Rahmenbedingungen im Rahmen von Arzneimittelforschung gewährleistet wird.

Die Besetzung der Ethik-Kommission nach Ziff. 3 soll nach Vorstellung des Gesetzgebers bestenfalls ge-

schlechterparitätisch sein und dafür sorgen, dass auch auf Ebene der Organe von Arzneimittelforschungszulassungsverfahren die Gleichberechtigung von Mann und Frau vorangetrieben wird.<sup>20</sup>

Die in Ziff. 5 genannte Geschäftsstelle sowie die zugehörige sachliche Ausstattung in Ziff. 6 ergänzen den wissenschaftlichen Sachverstand der Ethik-Kommission um technisch-organisatorische Ausrüstung. Diese soll insbesondere in Form von IT-Ausstattung gewährleisten, dass die europarechtlich vorgegebenen Fristen eingehalten und Abstimmungsverfahren per Telekommunikation durchgeführt werden können.<sup>21</sup> Durch die sachlich-technisch zwingend vorgeschriebene Ausstattung gepaart mit der zwingend nach fachlichen Gesichtspunkten zusammensetzenden Ethikkommissionen wird ein bundesweit einheitliches Kontrollsystem geschaffen, das letztlich der Professionalisierung und Qualitätssicherung dient<sup>22</sup> und die vom Gesetzgeber durch die AMG-Novelle intendierten raschen Zugang zu innovativen Arzneimitteln<sup>23</sup> gewährleisten dürfte.

Die in Ziff. 7 vorgeschriebene Einholung von Unabhängigkeitserklärungen der Kommissionsmitglieder soll Interessenkonflikte vermeiden, die beispielsweise aufgrund Beteiligung an der jeweiligen klinischen Prüfung oder einer Tätigkeit in der Einrichtung, in der die klinische Prüfung durchgeführt werden soll, bestehen können.<sup>24</sup> Hierdurch soll verhindert werden, dass Eigeninteressen wissenschaftlicher oder auch monetärer Art das Bewertungsergebnis beeinflussen. Allerdings ist eine Falschangabe nach den Vorschriften des AMG weder straf-, noch bußgeldbewährt. Zum Zwecke der Abschreckung wäre eine direkte Verankerung im AMG jedoch wünschenswert gewesen.<sup>25</sup>

## II. Verfahrensordnung und Geschäftsverteilungsplan nach § 41b AMG

Die kooperationstechnischer Seite der Zusammenarbeit zwischen Bundesoberbehörden und der registrierten Ethik-Kommissionen bei der Bearbeitung von Anträgen auf die Genehmigung von klinischen Prüfungen soll nach § 41b Abs. 1 AMG durch eine seitens des Bundesministeriums mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Rechtsverordnung geregelt werden. Die Verfahrensordnung zur Zusammenarbeit soll hierbei insbesondere die Einzelheiten des Registrierungsverfahrens, wie etwa die Fristen für Stellungnahmen registrierter Ethik-Kommissionen oder auch nach Personal- und Sachaufwand für die

19 Vgl. etwa § 5 Abs. 1 und 2 HBKG BW.

20 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 37.

21 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 38.

22 Vgl. Dienemann, PharmR 2016 S. 1, 4.

23 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 30.

24 BT-Drs. 18/8034, S. 38.

25 Unberührt bleibt selbstverständlich eine in Frage kommende Strafbarkeit nach den Vorschriften des StGB.



Stellungnahmen gestaffelte Gebühren- oder Rahmensätze festlegen. Überdies soll die Verfahrensordnung die Kriterien für einen nach § 41b Abs. 1 AMG seitens der Ethikkommissionen anzufertigenden Geschäftsverteilungsplan festlegen. Nach § 41b Abs. 2 AMG haben sodann alle bis zum 30. September 2017 registrierten Ethik-Kommissionen auf Grundlage der Rechtsverordnung einen Geschäftsverteilungsplan anzufertigen. Dieser wird jährlich zum 1. Januar aktualisiert und in seiner aktuellen Fassung durch das BFArM veröffentlicht.

Im Eckpunktepapier für die Verfahrensordnung gem. § 41b AMG der Bundesärztekammer und des Arbeitskreises Medizinischer Ethik-Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland e.V. vom 20. bzw. 14. Januar 2017<sup>26</sup> wird bezüglich des Geschäftsverteilungsplans gefordert, dass der Verteilungsschlüssel für Bewertungsverfahren gleichmäßig ist. Eine solche gleichmäßige Verteilung eingehender Bewertungsanträge könne etwa durch das Verfahren nach D'Hondt erreicht werden. So könne im Zuteilungsverfahren eine Mindestanzahl von zuzuweisenden Anträgen pro Kommission und Jahr festgelegt werden, wobei das Antragsvolumen aus den Jahren 2014–2016 als Kapazitätsmaß für vier Jahre dienen solle. Eine derartige Regelung wäre vor dem Hintergrund der Wirtschaftlichkeit und auch der Schaffung eines hohen Qualitätsniveaus im Rahmen der Prüfungen begrüßenswert. Zudem würde durch einen derartigen Verteilungsschlüssel Rechts- und Planungssicherheit für die einzelnen Ethik-Kommissionen geschaffen.

### III. Bundesethikkommission

Für den Fall, dass die Zahl der Registrierungen der nach Landesrecht gebildeten Ethikkommissionen nicht ausreicht, um die Bearbeitung der Anträge zu gewährleisten, kann nach der Auffangregelung des § 41c AMG<sup>27</sup> eine Bundes-Ethik-Kommission beim BFArM und dem Paul-Ehrlich-Institut durch das Bundesgesundheitsministerium errichtet werden. Für diese gelten die Vorschriften des AMG gleichermaßen.

#### C. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung, §§ 40ff. AMG

Das Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung richtet sich derzeit noch nach den Vorgaben des AMG in seiner bislang geltenden Fassung, vgl. §§ 40ff.

AMG. Wie bereits eingangs erwähnt, treten, sobald die nach Art. 13 AMG-ÄndG erforderliche Veröffentlichung der Mitteilung der Europäischen Kommission über die Funktionsfähigkeit des EU-Portals und der Datenbank nach Art. 82 der VO (EU) Nr. 536/2014 erfolgt ist, die neuen §§ 40, 40a, 40b AMG sechs Monate später in Kraft.

§§ 40ff. AMG n.F. bündeln und ordnen nun die Verfahrensgrundsätze zur Genehmigung einer klinischen Prüfung neu. Während § 40 AMG n.F. allgemeine Verfahrensgrundsätze festschreibt, legen die neu eingefügten § 40a AMG allgemeine und § 40b AMG besondere Voraussetzungen für die klinische Arzneimittelprüfung fest.

#### I. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung nach § 40 AMG n.F.

##### 1. Antragspflicht

Das Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung vollzieht sich in mehreren Schritten. Es beginnt nach § 40 AMG n.F. mit einem in deutscher oder englischer Sprache über das EU-Portal einzureichenden Antrag. Das EU-Portal ist eine von der Europäischen Arzneimittel-Agentur in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und der Kommission geschaffene, zentrale Anlaufstelle für die Übermittlung von Daten und Informationen im Zusammenhang mit klinischen Prüfungen, vgl. Art. 80 VO (EU) Nr. 536/2014. Die Möglichkeit, Anträge auch in englischer Sprache einzureichen, soll Deutschland als Forschungsstandort stärken.<sup>28</sup>

##### 2. Validierung des Antrags

Im zweiten Schritt wird der Antrag nach § 40 Abs. 3 S. 1 AMG n.F. i.V.m. Art. 5 VO (EU) Nr. 536/2014 von der zuständigen Bundesoberbehörde validiert. Die Bundesoberbehörde prüft insofern, ob die beantragte klinische Prüfung in den Geltungsbereich der VO (EU) Nr. 536/2014, spricht die Europäische Union, fällt und ob das Antragsdossier vollständig ist.

Die nach § 40b Abs. 1 AMG zuständige Ethik-Kommission hat im Rahmen des Validierungsprozesses zu den Antragsunterlagen hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 6 a, b und e VO (EU) Nr. 536/2014 Stellung zu nehmen. Sie muss insbesondere bewerten, ob es sich tatsächlich um eine minimalinterventionelle

26 Abrufbar unter [http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/Eckpunkte-VO-AMG.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/Eckpunkte-VO-AMG.pdf) (abgerufen am 13.2.2017).

27 BT-Drs. 18/8034, S. 39.

28 BT-Drs. 18/8034, S. 44; vgl. auch *Dienemann*, PharmR 2016 S. 1, 2, die davon ausgeht, dass deshalb gerade große Pharmunternehmen mit multinationalen Studien Deutschland als Prüfungsort bevorzugen werden.

klinische Prüfung handelt, falls der Sponsor<sup>29</sup> dies geltend gemacht hat<sup>30</sup> und ob die klinische Prüfung den erwarteten therapeutischen Nutzen und den Nutzen für die öffentliche Gesundheit hat. Hierbei hat sie vor allem die Eigenschaften der Prüfpräparate und des Wissens darüber, die Relevanz der klinischen Prüfung sowie unter Einbeziehung des statistischen Ansatzes, des Aufbaus der klinischen Prüfung und der Methodik die Zuverlässigkeit und Belastbarkeit der im Rahmen der klinischen Prüfung gewonnenen Daten zu berücksichtigen. Ferner hat sie die Risiken und Nachteile für den Prüfungsteilnehmer zu bewerten.

Zusätzlich zu den Voraussetzungen des Art. 6 a, b und e VO (EU) Nr. 536/2014 muss die zuständige Ethik-Kommission nach § 40 Abs. 3 S. 2 AMG n.F. im Rahmen des Validierungsprozesses in ihrer Stellungnahme bewerten, ob nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck der klinischen Prüfung eines Arzneimittels, das aus einem gentechnisch veränderten Organismus oder einer Kombination von gentechnisch veränderten Organismen besteht oder solche enthält, unvermeidbare schädliche Auswirkungen auf die Gesundheit Dritter und die Umwelt zu erwarten sind, vgl. § 40a S. 1 Nr. 4 AMG. Zudem hat die Ethik-Kommission zu prüfen, ob im Rahmen einer klinischen Prüfung bei einer volljährigen Person, die nicht in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung zu erkennen und ihren Willen hiernach auszurichten, die betroffene Person zuvor im noch einwilligungsfähigen Zustand nach ärztlicher Aufklärung für den Fall ihrer Einwilligungsunfähigkeit schriftlich in die Teilnahme an klinischen Prüfungen eingewilligt hat, vgl. § 40 Abs. 3 S. 2 AMG n.F. i.V.m. § 40b Abs. 4 S. 3 AMG.

Neben dem Recht zur Stellungnahme hat die zuständige Ethik-Kommission das Vorliegen der unten näher erörterten Voraussetzungen von § 40a S. 1 Nr. 2, 3, 5, S. 2, 3 sowie § 40b Abs. 2, 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 9, Abs. 5, 6 AMG zu bewerten.<sup>31</sup> Diesbezüglich ist die zuständige Bundesoberbehörde im Validierungsprozess beantragter klinischer Studien an die Stellungnahme der jeweiligen Ethik-Kommission gebunden, vgl. § 40 Abs. 3 S. 5 AMG n.F.

### 3. „Nutzen-Risiko-Bewertung“

Ist der Antrag validiert, erfolgt nach § 40 Abs. 4 AMG n.F. in einem dritten Schritt durch die zuständige Bun-

desoberbehörde eine Nutzen-Risiko-Bewertung des jeweiligen Vorhabens vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 lit. b) VO (EU) Nr. 536/2014. Die Nutzen-Risiko-Bewertung hat im Hinblick auf die Voraussetzungen von § 40a Abs. 1 Nr. 1 und 4 AMG sowie § 40b Abs. 4 S. 3 AMG zu erfolgen. § 40a Abs. 1 Nr. 1 AMG stellt bestimmte Anforderungen an die Person des Sponsors der klinischen Prüfung.<sup>31</sup> Nach § 40a Abs. 1 Nr. 4 AMG dürfen von in der klinischen Prüfung zur Anwendung kommenden Arzneimitteln, die aus gentechnisch veränderten Organismen bestehen, keine unvermeidbaren Schäden für Umwelt und die Gesundheit Dritter zu erwarten sein. § 40b Abs. 4 S. 3 AMG wiederum legt gewisse Hürden an den Einbezug nichteinwilligungsfähiger Personen in klinische Prüfungen an.<sup>33</sup>

Die genannten Voraussetzungen der neu eingefügten §§ 40a, 40b AMG sind hierbei nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) i) VO (EU) Nr. 536/2014 hinsichtlich des erwarteten therapeutischen Nutzens und des Nutzens für die öffentliche Gesundheit unter Berücksichtigung

- der Eigenschaften der Prüfpräparate und des Wissens darüber;

- der Relevanz der klinischen Prüfung, einschließlich der Frage, ob die Gruppen der an der klinischen Prüfung teilnehmenden Prüfungsteilnehmer die zu behandelnden Bevölkerungsgruppen abbilden, oder, wenn dies nicht der Fall ist, eine nachvollziehbare Erklärung aufgrund des aktuellen Standes der Wissenschaft, einer Empfehlung von zuständigen Regulierungsbehörden oder des Pädiatrieausschusses gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1901/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates hierfür gegeben ist sowie

- der Zuverlässigkeit und Belastbarkeit der im Rahmen der klinischen Prüfung gewonnenen Daten unter Einbeziehung des statistischen Ansatzes, des Aufbaus der klinischen Prüfung und der Methodik (einschließlich Probenumfang, Randomisierung, Komparatoren und Endpunkte),

zu bewerten.

Hinsichtlich der Risiken und Nachteile für die Prüfungsteilnehmer sind die genannten Voraussetzungen

diagnostischen oder Überwachungsverfahren im Vergleich zur normalen klinischen Praxis nur ein minimales zusätzliches Risiko bzw. eine minimale zusätzliche Belastung für die Sicherheit der Prüfungsteilnehmer darstellen, vgl. Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 VO (EU) Nr. 536/2014.

<sup>31</sup> Siehe unten C. II.

<sup>32</sup> Näher hierzu siehe unten C. II. 1. a).

<sup>33</sup> Näher hierzu siehe unten C. II. 2.

<sup>29</sup> Zum Begriff des Sponsors siehe unten unter C. II. 1. a).

<sup>30</sup> Eine minimalinterventionelle klinische Prüfung ist eine klinische Prüfung, die mit zugelassenen Prüfpräparaten durchgeführt wird und diese gemäß den Bedingungen der Zulassung verwendet werden oder die Verwendung der Prüfpräparate eine evidenzbasierte Verwendung darstellt, die durch veröffentlichte wissenschaftliche Erkenntnisse über Sicherheit und Wirksamkeit dieser Prüfpräparate untermauert ist. Schließlich dürfen die zusätzlichen

der neu eingefügten §§ 40a, 40b AMG nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) ii) VO (EU) Nr. 536/2014 unter Berücksichtigung

— der Eigenschaften der Prüfpräparate und der Hilfspräparate sowie des Wissens darüber;

— der Merkmale der Intervention im Vergleich zur normalen klinischen Praxis;

— der Sicherheitsmaßnahmen, einschließlich der Vorkehrungen zur Risikominimierung, Überwachung und Sicherheitsberichterstattung und des Sicherheitsplans sowie

— des Risikos, das der klinische Zustand, für dessen Behandlung das Prüfpräparat getestet wird, für die Gesundheit des Prüfungsteilnehmer darstellt,

zu bewerten.

Die zuständige Ethik-Kommission hat im Rahmen der Nutzen-Risiko-Bewertung Stellung zu den Voraussetzungen der genannten Vorschriften zu nehmen, vgl. § 40 Abs. 4 S. 2 AMG. Hierbei muss sie ein klares Votum i.S.e. Zustimmung, einer Zustimmung mit Auflagen oder einer Ablehnung sowie eine entsprechende Begründung abgeben. Die Ethik-Kommission ist hierbei frei, eigene wissenschaftliche Erkenntnisse oder auch den Sachverstand Dritter zur Entscheidungsfindung heranzuziehen, vgl. § 41 Abs. 2 AMG n.F.

Die jeweilige Bundesoberbehörde ist hierbei jedoch nicht an die Entscheidung der zuständigen Ethik-Kommission gebunden. Sie muss ein Abweichen von der Stellungnahme jedoch begründen, vgl. § 40 Abs. 8 S. 2 AMG n.F. Dies gilt auch gegenüber der jeweiligen Ethik-Kommission, vgl. § 41 Abs. 3 AMG n.F.

Zusätzlich zu der Nutzen-Risiko-Bewertung hat die zuständige Bundesoberbehörde weitere Voraussetzungen des Art. 6 VO (EU) Nr. 536/2014, wie etwa die Erfüllung von Etikettierungsvorschriften oder die Vollständigkeit und Angemessenheit der Prüferinformationen zu bewerten.

#### 4. Prüfung des Schutzes der Prüfungsteilnehmer

Eine klinische Prüfung darf ferner nur dann durchgeführt werden, wenn ein ausreichender Schutz der Teilnehmer gewährleistet ist. Dies wird durch Art. 7 VO (EU) Nr. 536/2014 deutlich. Die Bewertung des nach Art 7 VO (EU) Nr. 536/2014 vorausgesetzten Schutzes

der Teilnehmer obliegt nach § 40 Abs. 5 AMG n.F. der zuständigen Ethik-Kommission. Diese hat nach Ansicht des Gesetzgebers aufgrund ihrer interdisziplinären Zusammensetzung und der wissenschaftlichen Expertise ihrer Mitglieder hierzu die fachliche Kompetenz.<sup>34</sup> Neben der Wahrnehmung der Aufgaben nach Art. 7 VO (EU) Nr. 536/2014 hat sie zudem zu kontrollieren, dass die Teilnehmer der klinischen Prüfung nicht aufgrund behördlicher Anordnung in einer Anstalt untergebracht sind, § 40a S. 1 Nr. 2 AMG, ein ausreichender Versicherungsschutz für diese vorliegt, § 40a S. 1 Nr. 3, S. 2, 3 AMG, und die klinische Prüfung in einer dafür geeigneten Einrichtung stattfindet, § 40a S. 1 Nr. 5 AMG. Zudem muss die zuständige Ethik-Kommission, wie bereits im Rahmen des Validierungsprozesses prüfen, ob Voraussetzungen der rechtswirksamen Einwilligung des Teilnehmers nach § 40b AMG erfüllt sind. Die zuständige Bundesoberbehörde ist an den Bewertungsbericht der zuständigen Ethik-Kommission gebunden, vgl. § 40 Abs. 8 S. 2 AMG n.F.

#### 5. Ergebnismitteilung

Ist der Prüfungsprozess abgeschlossen, teilt die zuständige Bundesoberbehörde dem jeweiligen Antragsteller über das EU-Portal mit, ob die klinische Prüfung genehmigt, unter Auflagen genehmigt oder eine Genehmigung versagt worden ist, vgl. § 40 Abs. 8 S. 1 AMG n.F. i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VO (EU) Nr. 536/2014. Erhält nur einer der beiden Teile („Nutzen-Risiko-Bewertung“ bzw. Schutz der Prüfungsteilnehmer) ein negatives Votum, ist die Genehmigung insgesamt zu versagen.<sup>35</sup>

Wird durch die zuständige Bundesoberbehörde ein Antrag nicht genehmigt, so hat sie dies auch der Europäischen Kommission und sämtlichen Mitgliedstaaten über das EU-Portal mit einer detaillierten Begründung mitzuteilen, vgl. § 40 Abs. 8 S. 5 AMG n.F. i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 3 VO (EU) Nr. 536/2014.

## II. Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach §§ 40a, 40b AMG

Nachdem nun der Ablauf eines Verfahrens zur Genehmigung einer klinischen Prüfung nach § 40 AMG n.F. dargestellt ist, soll im Folgenden detaillierter auf die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach den neu eingefügten, im Laufe des Jahres in Kraft tretenden §§ 40a, 40b AMG eingegangen werden.

34 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 44.

35 BT-Drs. 18/8034, S. 45.

## 1. Allgemeine Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40a AMG

### a) Sponsor

Die allgemeinen Voraussetzungen für die klinische Prüfung sind in § 40a AMG verankert. Hiernach muss, zusätzlich zu den durch die VO (EU) Nr. 536/2014 aufgestellten Anforderungen, zur Durchführung einer klinischen Prüfung bei Menschen zunächst ein Sponsor vorhanden sein. Nach Art. 2 Abs. 2 Ziff. 14 VO (EU) Nr. 536/2014 ist hierunter eine Person, ein Unternehmen, eine Einrichtung oder eine Organisation zu verstehen, die bzw. das die Verantwortung für die Einleitung, das Management und die Aufstellung der Finanzierung einer klinischen Prüfung übernimmt. Der Sitz des Sponsors bzw. seines Vertreters muss hierbei in der EU oder einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) sein. Durch die Möglichkeit zur Vertretung wird deutlich, dass Sponsoren nicht zwingend aus der EU bzw. dem EWR stammen müssen. Wird jedoch eine klinische Prüfung über eine Vertreterkonstellation angestrebt, hat der Vertreter des Sponsors dafür Sorge zu tragen, dass die Einhaltung der dem Sponsor aus der VO (EU) Nr. 536/2014 erwachsenden Verpflichtungen sichergestellt ist.<sup>36</sup>

### b) Verbot der Prüfung an Personen in behördlicher Obhut

Eine klinische Prüfung darf ferner nicht an Personen durchgeführt werden, die aufgrund behördlicher Anordnung in einer Anstalt untergebracht sind, § 40a S. 1 Nr. 2 AMG. Der Ausschluss eingewiesener Personen gründet sich in dem besonderen Gewaltverhältnis aus einweisendem Staat und eingewiesener Person. Das Gesetz unterstellt eine hieraus resultierende Unfreiheit hinsichtlich der Willensentscheidung der untergebrachten Person.<sup>37</sup>

### c) Ausreichender Versicherungsschutz

Weitere Voraussetzung einer klinischen Prüfung ist nach § 40a S. 1 Nr. 3 lit. a) und b) AMG<sup>38</sup> das Vorhandensein eines Versicherungsschutzes für die an der klinischen Prüfung teilnehmenden Personen für aus der klinischen Prüfung folgenden körperliche oder gesundheitliche Schäden oder gar Todesfälle. Die Versicherung muss bei einem in der EU oder dem EWR zugelassenen Versicherer abgeschlossen und der Höhe nach angemessen sein,

wobei für den Fall des Todes oder der fortdauernden Erwerbsunfähigkeit mindestens 500.000,00 Euro zur Verfügung stehen müssen. Einer solchen Versicherung bedarf es nach § 40a S. 3 AMG jedoch nicht, wenn im Rahmen einer minimalinterventionellen klinischen Prüfung<sup>38</sup> ein anderweitiger Versicherungsschutz für Prüfer und Sponsor gegeben ist. Für xenogene Arzneimittel<sup>40</sup> muss zudem ein Versicherungsschutz für Drittrisiken gegeben sein, vgl. § 40a S. 2 AMG.

### d) Prüfung mit gentechnisch veränderten Organismen

Nach Ziff. 4 lit. a) und b) des § 40a S. 1 AMG dürfen klinischen Prüfungen, bei welchen Arzneimittel verwandt werden, die aus gentechnisch veränderten Organismen bestehen oder solche enthalten, nur durchgeführt werden, wenn keine vertretbaren schädlichen Auswirkungen auf die Gesundheit Dritter oder die Umwelt zu erwarten sind. Die Regelung übernimmt insofern den Inhalt des noch geltenden § 40 Abs. 1 Nr. 2a AMG und weitet wie dieser neben den Risiken für den Probanden die Prüfung auf Dritte und die Umwelt aus.

### e) Geeignete Prüfungseinrichtung

Klinische Prüfungen dürfen überdies nach § 40a S. 1 Nr. 5 AMG nur in geeigneten Einrichtungen durchgeführt werden. Nach Art. 50 i.V.m. Anh. I Nr. 67 VO (EU) Nr. 536/2014 ist die Eignung durch eine angemessen begründete schriftliche Erklärung des Leiters der Klinik oder Einrichtung in der Prüfstelle zu übermitteln, in der die Eignung der klinischen Einrichtung für die Art und die Verwendung des Prüfpräparats bestätigt sowie beschrieben wird, inwiefern geeignete Einrichtungen und Geräte und geeignetes Personal zur Verfügung stehen und geeignetes Fachwissen vorhanden ist.

Von der bislang in § 40 Abs. 1 Nr. 5 AMG geregelten Voraussetzung einer kumulativ erforderlichen angemessenen Qualifizierung eines Prüfers mit mindestens zwei Jahren Erfahrung wird abgerückt. Es gilt durch den Verweis im ebenfalls geänderten § 4 Abs. 25 AMG auf Art. 2 VO (EU) Nr. 536/2014 nunmehr Art. 49 VO (EU) Nr. 536/2014 als personenbezogene Voraussetzung. Bei einem Prüfer muss es sich somit „nur noch“ um einen Arzt oder um eine Person handeln, die einen Beruf ausübt, durch den sie aufgrund der dafür erforderlichen wissenschaftlichen Kenntnisse und Erfahrung bei der Patientenbetreuung in dem betroffenen Mitgliedstaat anerkanntermaßen für die Rolle als Prüfer qualifiziert ist.

36 Zur Thematik des lokalen Ansprechpartners nach Art. 74 Abs. 2 VO (EU) Nr. 536/2014 siehe *Dienemann*, PharmR 2016, S. 1, 3.

37 *Rehmann*, AMG, 4. Aufl. 2014, § 40, Rn. 6.

38 Zuvor inhaltsgleich in § 40 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 AMG geregelt.

39 Zum Begriff siehe Fn. 23.

40 Xenogene Arzneimittel sind zur Anwendung im oder am Menschen bestimmte Arzneimittel, die lebende tierische Gewebe oder Zellen sind oder enthalten, vgl. § 4 Abs. 21 AMG.

## 2. Besondere Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40b AMG – Einwilligungspflicht

Der bereits mehrfach erwähnte § 40b AMG enthält in Ergänzung zu Art. 29 VO (EU) Nr. 536/2014 besondere Voraussetzungen für die Durchführung einer klinischen Prüfung, vgl. § 40b Abs. 1 AMG. § 40b Abs. 2 AMG stellt, wie bereits zuvor in § 40 Abs. 2 AMG geregelt, die klinische Prüfung unter den Vorbehalt der Aufklärung durch einen Arzt oder Zahnarzt, welcher selbst Prüfer oder zumindest Mitglied des Prüfungsteams sein muss. Die Aufklärung hat im Rahmen des nach Art. 29 Abs. 2 lit. c) VO (EU) Nr. 536/2014 im Vorfeld stattfindenden Gesprächs zu erfolgen.

### a) Klinische Prüfung mit Minderjährigen

Bei Minderjährigen, die in der Lage sind, die Tragweite der klinischen Prüfung zu erfassen, darf eine klinische Prüfung nur durchgeführt werden, wenn nach erfolgter umfassender Aufklärung<sup>41</sup> sowohl die Einwilligung von ihm, als auch seines gesetzlichen Vertreters vorliegt, vgl. § 40b Abs. 3 S. 1 AMG. Ist der Minderjährige nicht in der Lage, die Tragweite der klinischen Prüfung zu erfassen und erklärt gleichwohl ausdrücklich den Wunsch, nicht an der Prüfung teilnehmen zu wollen, so ist dies nach Art. 31 Abs. 1 lit. c) VO (EU) Nr. 536/2014 ein Hinderungsgrund zur Durchführung der klinischen Prüfung. Hiermit wird die bisherige Rechtslage nach § 40 Abs. 4 Nr. 3 S. 4 AMG a.F. beibehalten. Die Regelung dient der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts nicht einwilligungsfähiger Personen.<sup>42</sup>

### b) Klinische Prüfung mit nichteinwilligungsfähigen erwachsenen Personen

Die klinische Prüfung mit nichteinwilligungsfähigen erwachsenen Personen ist nach dem neu eingefügten § 40b Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 2 AMG dann möglich, wenn die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 1 und 3 VO (EU) Nr. 536/2014 erfüllt sind. Hiernach muss der nichteinwilligungsfähige Prüfungsteilnehmer umfassend aufgeklärt worden sein<sup>43</sup> und sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung erklärt haben. Zur Wahrung des Selbstbestim-

mungsrechts muss auch hier der Prüfungsteilnehmer ferner so weit wie möglich in den Einwilligungsprozess einbezogen und seine Wünsche berücksichtigt werden. Als expliziter Wunsch in diesem Sinne gilt nach § 40b Abs. 4 S. 2 AMG die Erklärung oder sonstige Ausdrucksweise einer solchen Person, nicht an der klinischen Prüfung teilnehmen zu wollen.

Nach dem Gebot der Subsidiarität des Art. 31 Abs. 1 lit. e) VO (EU) Nr. 536/2014<sup>44</sup> muss die klinische Prüfung im Hinblick auf nichteinwilligungsfähige Prüfungsteilnehmer alternativlos und unerlässlich zur Gewinnung aussagekräftiger Daten sein. Klinische Prüfungen, die nicht im Zusammenhang mit dem klinischen Zustand des Teilnehmers stehen, sind nicht erlaubt. Vielmehr muss die Prüfung für den Teilnehmer einen direkten Nutzen oder zumindest einen Nutzen für die Bevölkerungsgruppe, zu der der Betroffene gehört, zur Folge haben (sog. gruppennützige klinische Prüfung). Das Risiko muss zudem möglichst gering gehalten werden und darf nur minimale Belastungen für den Teilnehmer aufweisen.

Ändert sich an den grundlegenden Voraussetzungen zur klinischen Prüfung bei nichteinwilligungsfähigen Personen nicht allzu viel,<sup>45</sup> stellt die Eröffnung der Möglichkeit der genannten gruppennützigen klinischen Prüfung bei nichteinwilligungsfähigen Personen wohl das bedeutendste Novum der AMG-Novelle dar. Bislang war eine gruppennützige Forschung nur bei Minderjährigen möglich, vgl. den noch geltenden § 41 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) AMG. Bei Erwachsenen hingegen war sie ausgeschlossen, vgl. § 41 Abs. 3 Nr. 1 AMG in seiner noch geltenden Fassung.<sup>46</sup> Die Erklärung ließ sich nur schwerlich mit dem Argument begründen, dass Kinderkrankheiten eben nur an Kindern erforscht werden können.<sup>47</sup> Dass es bei Erwachsenen jedoch ebenfalls Erkrankungen gibt, deren Nutzen sich nicht bloß bei dem einzelnen Individuum erschöpft, lässt sich nicht von der Hand weisen, wurde seitens des Gesetzgebers bislang jedoch – bewusst oder unbewusst – ausgeblendet. Durch die AMG-Novelle werden erwachsene nichteinwilligungsfähige Personen im Rahmen gruppennütziger Forschung aus dem Zustand der „Forschungswaisen“<sup>48</sup> herausgelöst.

41 Vgl. im Einzelnen § 41b Abs. 6 AMG.

42 Taupitz, ZRP 2016, S. 196, 197.

43 Vgl. im Einzelnen § 41b Abs. 6 AMG.

44 Taupitz, ZRP 2016, S. 196, 197.

45 Bislang war nach § 41 Abs. 3 AMG die Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen nur dann möglich, wenn die Anwendung des zu prüfenden Arzneimittels nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft potentiell dazu führen konnte, das Leben der betroffenen Person zu retten, ihre Gesundheit wiederherzustellen oder ihr Leiden zu erleichtern. Außerdem war eine derartige Forschung nur statthaft, wenn sie sich unmittelbar auf einen lebensbedrohlichen oder sehr geschwächten klinischen

Zustand bezog, in dem sich die betroffene Person befand, und mit der klinischen Prüfung für die betroffene Person möglichst wenig Belastungen und anderen vorhersehbaren Risiken verbunden waren. Zudem durfte die klinische Prüfung nur durchgeführt werden, wenn die begründete Erwartung bestand, dass der Nutzen der Anwendung des Prüfpräparates für die betroffene Person die Risiken überwog oder keine Risiken bestanden.

46 Zur Streitlage in der Literatur sowie der Frage der grundrechtlichen Vertretbarkeit gruppennütziger Forschung siehe etwa Taupitz, MedR 2012, S. 583, 585f.

47 Taupitz, MedR 2012, S. 583, 586.

48 Taupitz, MedR 2012, S. 583, 586.

Der Gesetzgeber macht durch den auf Art. 31 Abs. 1 lit. g) II) VO (EU) Nr. 536/2014 basierenden § 41b AMG von der weicheren Regelungsmöglichkeit<sup>49</sup> Gebrauch und weicht von der bisherigen strengeren Gesetzeslage des § 41 Abs. 3 Nr. 1 AMG ab.

Die sich wohl im Laufe des Jahres ändernde Rechtslage eröffnet so für den Forschungsstandort Deutschland größere Möglichkeiten im Hinblick auf gruppennützige Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen etwa im Bereich der Forschung an degenerativen Hirnerkrankungen.<sup>50</sup>

Beachtet werden muss jedoch, dass zum Schutze Nicht-einwilligungsfähiger die gruppennützige Forschung gleichwohl nur in einem engen Rahmen möglich ist. Nach § 41b Abs. 4 S. 2 AMG hängt diese, wie seitens einiger Stimmen in der Literatur schon länger gefordert,<sup>51</sup> vom Vorliegen einer Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S.1 BGB ab. Diese muss zum Zeitpunkt noch bestehender Einwilligungsfähigkeit nach ärztlicher Aufklärung angefertigt worden sein. Die Prüfung der inhaltlichen Übereinstimmung der Festlegungen in der Patientenverfügung mit der konkreten Lebens- und Behandlungssituation obliegt hierbei dem Betreuer, vgl. § 41b Abs. 4 S. 4 AMG i.V.m. § 1901a Abs. 1 S.1 BGB. Dieser ist auch verpflichtet, dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen, vgl. § 41b Abs. 4 S. 4 AMG i.V.m. § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB. Die Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

Bei Personen, die bereits vor Erreichen der Volljährigkeit nicht einwilligungsfähig sind, ist zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts eine klinische Prüfung verboten.<sup>52</sup> Die Abgabe einer wirksamen Patientenverfügung ist bei dieser Patientengruppe ausgeschlossen. Dies wird durch die deklaratorische Vorschrift des § 41b Abs. 4 S. 8 AMG nochmals verdeutlicht.

#### D. Zusammenfassung

– Die Novelle zum AMG schafft ein neues Verfahren zur Zulassung für Ethik-Kommissionen. Die Bewertung

klinisch-medizinischer Forschungsvorhaben bleibt fortan registrierten Ethik-Kommissionen vorbehalten. Das Registrierungsverfahren richtet sich nach dem neu eingefügten § 41a AMG. Der neu eingefügte § 41b Abs. 1 AMG stellt die gesetzliche Grundlage für eine Verfahrensordnung zur Zusammenarbeit der Bundesoberbehörden und den registrierten Ethik-Kommissionen. Die Zusammenarbeit der Ethik-Kommissionen richtet sich gem. § 41b Abs. 2 AMG nach einem von diesen zu erlassenden Geschäftsverteilungsplan. § 41c AMG ermöglicht für den Fall der Knappheit an Ethik-Kommissionen auf Landesebene die Schaffung einer Bundesethik-Kommission.

– Das Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung wird in § 40 AMG n.F. neu gefasst. Der neu eingefügte § 40a AMG enthält diesbezüglich allgemeine, der neu eingefügte § 40b AMG besondere Voraussetzungen für das Genehmigungsverfahren. Das Genehmigungsprüfung erfolgt in einem fünfstufigen Verfahren aus Antrag, Validierung, „Nutzen-Risiko-Bewertung“, Prüfung des Schutzes der Prüfungsteilnehmer sowie der Ergebnismitteilung.

– Hervorzuhebende Neuerung im Rahmen der besonderen Voraussetzungen nach § 40b AMG ist die durch die AMG-Novelle geschaffene Zulässigkeit gruppennütziger Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen. Diese ist maßgebend davon abhängig, ob zum Zeitpunkt noch bestehender Einwilligungsfähigkeit eine Patientenverfügung abgeschlossen wurde, die die Teilnahme an klinischen Prüfungen ermöglicht.

Andreas Schubert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht und Jurist der Stabsstelle Recht des Universitätsklinikums Freiburg.

49 Der europäische Gesetzgeber hat in Art. 31 Abs. 2 VO (EU) Nr. 536/2014 explizit die Möglichkeit offengelassen, mögliche strengere nationale Regelungen einzuführen bzw. beizubehalten, die die Durchführung derartiger klinischer Prüfungen an nicht einwilligungsfähigen Prüfungsteilnehmern verbieten, wenn keine wissenschaftlichen Gründe vorliegen, die erwarten lassen, dass eine Teilnahme an der klinischen Prüfung einen direkten Nutzen für den Prüfungsteilnehmer zur Folge hat, der die Risiken und Belastungen einer Teilnahme an der Prüfung überwiegt.

50 Zur ethischen Vertretbarkeit gruppennütziger Forschung siehe etwa von Kielmannsegg, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/arzeimittelforschung-nichteinwilligungsfahig-ethik/> (abgerufen am 20.2.2017).

51 Hierfür plädierend bereits *Taupitz*, *MedR* 2012, S. 583, 588.

52 BT-Drs. 18/8034, S. 46.



C.F. Koch  
*Die Schulden der Studierenden nach der  
Kommentierung zum Allgemeinen Preußischen  
Landrecht<sup>1</sup>*

§ 99. *Kein Studierender, er mag der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt noch unterworfen sein, oder nicht, kann, so lange er auf Universitäten ist, ohne Vorwissen und Konsens des akademischen Gerichts, gültig Schulden kontrahieren, oder Bürgschaften übernehmen.*

1) Die Honoraria für die Kollegia müssen zur Hälfte von den Studierenden vorausbezahlt, die andere Hälfte aber in der Mitte des halben Jahres zu Johannis oder Neujahr entrichtet werden. In Fällen, wo Lehrer bei dem, durch ein gerichtliches Attest von der Obrigkeit des Geburtsorts bescheinigten, Unvermögen eines Studierenden genötigt sind, ihm die Honoraria für die Kollegia so lange zu stunden, bis er durch Beförderung zu einem öffentlichen Amte, oder durch sonstige Verbesserung seiner Vermögensumstände in den Stand gekommen, dieselben zu bezahlen, verbleibt ihnen bis dahin ihr Anspruch an solchen ungekränkt. Sie müssen aber dafür besorgt sein, dass beim Abgange der Studierenden der Betrag der Schuld, gleich anderen, von dem akademischen Gerichte registriert, und zugleich in dem akademischen Zeugnisse notiert wird.

2) Repetenten, welche die von Anderen gehaltenen Vorlesungen in dem Zeitraume, in welchem sie gehört worden, mit dem Studierenden wiederholen, haben in Ansehung des Honorarii mit dem akademischen Lehrer gleiche Rechte, wegen anderer Privatstunden aber sind sie den Sprach- und Exerzitenmeistern gleich zu achten.

3) Der bisher gestattete Kredit von fünf und zwanzig Thlern. bei Kaufleuten, welche Materialien zur Kleidung liefern, wird wegen des Mißbrauchs, daß diese Materialien häufig verkauft oder versetzt werden, ganz aufgehoben; dagegen den Schneidern in dem Betracht, daß ein angemessenes fertig gemachtes Kleid weniger Gelegenheit zum Mißbrauche giebt, bis auf fünf und zwanzig Thaler inklusive der Materialien zu kreditiren nachgelassen. Buchhändler, Schuhmacher, Aufwärter- und Aufwärterinnen können nur auf zehn Thaler, Buchbinder nur auf drei Thaler Kredit geben, und zwar nicht über ein Vierteljahr.

4) Kostgeld, Waschgeld, Friseur- und Barbierlohn, Stubenmiete, Bettzins, Aufwartung, Arzneien und Arztlohn, auch was für den Unterricht in den Sprachen und Leibesübungen zu bezahlen ist, sollen ebenfalls nicht über ein Vierteljahr geborgt werden.

5) Alle diese von 1-4 gültigen Schulden behalten das Vorrecht gesetzlicher Schulden nur, wenn sie nach dem Ablaufe des Vierteljahres, in welchem sie kontrahiert sind, in dem unmittelbar darauf folgenden Vierteljahre eingeklagt werden.

§ 104. *Alle anderen Privatschulden eines Studirenden sind nichtig und begründen keine Klage.*

<sup>1</sup> Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Kommentar in Anmerkungen von C.F. Koch, 4. Bd., 5. Aufl. 1876, S. 606 ff.



