

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2021

Aufsätze

- Kerstin Krieglstein* Alternativlos - Unter dem Hashtag #Ichbin-Hanna wehren sich Forschende gegen das Be-
fristen von Arbeitsstellen. Zu Recht? **209-210**
- Max-Emanuel Geis* Das neue bayerische Hochschulinnovations-
gesetz - Ein symphonischer Werkstattbericht
211-216
- Thomas Würtenberger* Zur Reform der staatlichen Anerkennung und
der institutionellen Akkreditierung privater
Hochschulen **217-232**
- Nikolaus Blum* Juristische Aspekte des Umgangs mit den
Missbrauchsfällen in der Evangelischen Kirche
233-242
- Frank Zeiler* Juristenlehranstalt oder „Forschungsfakultät“?
Zur Rolle der universitären Forschungsori-
entierung in juristischen Fakultäten zur Zeit
des Deutschen Kaiserreichs am Beispiel der
Freiburger Rechtsfakultät **243-250**

Urteilsbesprechung

- Carsten Morgenroth* Wiederholung einer Online-Prüfung bei
fehlender Identitätskontrolle und Aufsicht?
– Eine Analyse des Beschlusses des VG Frank-
furt/Oder vom 11. Mai 2021 **251-256**

Bericht

Karoline Haake Meinungs- und Lehrfreiheit – Was müssen Hochschulen aushalten? Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 24.06.2021 **257-264**

Buchbesprechung

Marie Anselment Ein aktueller Überblick zur Kommentierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes **265-268**

Ausgegraben

Helmut Engler Die Scheu vor Individualentscheidungen **269-270**

Kerstin Krieglstein

Alternativlos

*Unter dem Hashtag #IchbinHanna wehren sich
Forschende gegen das Befristen von Arbeitsstellen.
Zu Recht?¹*

Forscherinnen und Forscher während und nach der Promotion stehen unter Druck: Sie wehren sich gegen befristete Verträge, sie sind unsicher in ihrer Familienplanung, sie haben Angst vor dem Karriere-Aus – und äußern ihre Sorgen tausendfach unter dem Hashtag #IchbinHanna auf Twitter. Im Zentrum der Kritik, mal wieder: das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, das die Befristung von Stellen im akademischen Mittelbau ermöglicht.

Die Ängste der Forschenden sind real, und sie sind ernst zu nehmen. Doch den Wunsch nach deutlich mehr Lebenszeitstellen vor einer Professur sehe ich als Universitätsrektorin kritisch. Anders als die befristet beschäftigten Forscherinnen und Forscher sehen das Bundesministerium für Bildung und Forschung und die Leitungen von Universitäten und Forschungsinstituten einen großen Vorteil des Gesetzes: Um immer wieder Stellen für Promovierende sowie Postdoktorandinnen und Postdoktoranden anbieten zu können, müssen sie alle drei bis sechs Jahre diese Stellen auch wirklich neu vergeben können. Universitäten sind auch wissenschaftliche Ausbildungseinrichtungen. Die Zahl der vorhandenen Stellen im Wissenschaftssystem ist nicht unerschöpflich – wer heute viele Forscherinnen und Forscher unbefristet anstellt, beraubt später ganze Jahrgänge einer wissenschaftlichen Qualifizierung.

Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler schon während der Promotion oder Habilitation umfassend zu entfristen hätte weitreichende Konsequenzen: Diese Dauerstellen wären dann einmalig für 30 bis 40 Jahre besetzt. Außerdem wäre es notwendig, dass diese mit klaren Vorgaben in einem besonders kompetitiven Verfahren vergeben werden. Viele beginnende wissenschaftli-

che Karrieren – auch von denen, die Entfristungen fordern – würden abrupt enden.

Der Grundgedanke des 2016 novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes ist ein positiver: die bisherige Endlosschleife von Befristungen mit sehr kurzer Dauer zu beenden. Seit der Novellierung läuft eine Stelle so lang wie auch das Forschungsprojekt.

Auch ich habe die eingangs formulierten Sorgen in meiner Laufbahn selbst erleben müssen. Gleichwohl sehe ich keine Alternative zu der großen Zahl befristeter Verträge – und auch nicht zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz. Die Universitäten erhalten einen wesentlichen Teil ihres Budgets aus eingeworbenen Forschungsgeldern, den Drittmitteln; sie sind an Forschungsprojekte gekoppelt und zeitlich begrenzt – wenn ein Projekt nur fünf Jahre läuft, kann man keine Lebenszeitstellen anbieten.

Natürlich betrachte auch ich unbefristete Verträge an sich als etwas Gutes. Ja, wir müssen uns der berechtigten Fragen nach einem guten Verhältnis von Be- und Entfristungen im wissenschaftlichen Mittelbau stellen. Doch das Thema ist zu komplex, um die Diskussion entlang eines einzelnen Gesetzes zu führen. Das wäre zu eindimensional und der Situation nicht angemessen.

Die Debatte zeigt: Das Thema drängt. Auch die Leitungen der Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen wissen, dass sie sich der Sache annehmen müssen. Da keine unbegrenzten Ressourcen vorhanden sind, ist es umso wichtiger, die Karrierewege und zusätzlichen Qualifikationen an den wissenschaftlichen Einrichtungen weiterzuentwickeln.

Meine Zustimmung zu zeitlich befristeten Verträgen für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler bedeutet

1 Dieser Artikel ist erstmals in DIE ZEIT 26/2021 erschienen.

nicht, dass ich die Forschenden in ihrer Qualifizierungsphase für austauschbar halte oder ihre wichtige Arbeit nicht wertschätze. Im Gegenteil: Es ist für mich wieder sichtbar geworden, dass wir überdenken müssen, wie wir miteinander umgehen und miteinander sprechen; zynische Formulierungen in Kampagnen und Stellungnahmen sind deplatziert. Die Institutionen und Vorgesetzten müssen den Forscherinnen und Forschern am Beginn ihrer wissenschaftlichen Laufbahn transparent und ehrlich über die Vertragssituation Auskunft geben – und ihre Position, Chancen und Möglichkeiten im Wissenschaftssystem aufzeigen. Das ist nicht nur eine Frage der Personalentwicklung, sondern des Respekts.

Prof. Dr. Kerstin Krieglstein ist Rektorin der Universität Freiburg und HRK-Vizepräsidentin für Forschung, Wissenschaftlichen Nachwuchs, Medizin und Gesundheitswissenschaften.

Max-Emanuel Geis

Das neue bayerische Hochschulinnovationsgesetz

Ein symphonischer Werkstattbericht

I. Präludium, oder: Vorspiel auf diversen Bühnen

Schon 2019 gab es Überlegungen einer umfassenden Reform des bayerischen Hochschulrechts, liegt doch die letzte große Änderung im Jahre 2006 – die durch die Föderalismusreform I verursacht wurde – doch schon eineinhalb Jahrzehnte zurück. Angesichts der seither massiv voranschreitenden Internationalisierung und Globalisierung soll eine weitere Autonomie vor allem durch flexiblere Governancestrukturen, aber auch eine weitere Stärkung der Hochschulleitungen die Voraussetzungen geschaffen werden, um in einer weltweit immer kompetitiveren Hochschulwelt nicht den Anschluss zu verlieren. Immerhin haben es ja auch die verschiedenen Phasen der Exzellenzinitiative/-strategie nicht wirklich geschafft, den deutschen Universitäten in den weltweiten Rankings Riesensprünge nach vorn zu verschaffen, was freilich auch an der „anglophilen“ Rankingmethodik liegen mag.

Die Vorarbeiten zum Gesetzesentwurf dümpelten zunächst etwas vor sich hin, nahmen aber dann Mitte 2020 massiv an Fahrt auf. Anlass war ein Arbeitspapier aus dem Bereich der Technischen Hochschulen, das eine Gleichstellung des Wissens- und Technologietransfers mit den Bereichen Forschung und Lehre forderte, eine deutliche (weitere) Stärkung der Hochschulleitung zu Lasten der kollegialen Selbstverwaltungsorgane verlangte (um angebliche „Blockaden“ der Entscheidungsprozesse zu verhindern) und den Hochschulen durch Einräumung einer weitgehenden Organisationsautonomie die Möglichkeit zu verschaffen, ihre Binnen-Governance auf ihre jeweiligen Bedürfnisse zuzuschneiden. Auch sollten die Hochschulen zu reinen Körperschaften mit Globalhaushalt umgebaut werden. Diese Ideen sind freilich gar nicht so visionär, wie behauptet, wurden sie doch in Baden-Württemberg, in Nordrhein-Westfalen und auch anderen Bundesländern unter dem Siegel „Unternehmerische Hochschule“ schon vor knapp 20 Jahren proklamiert (und zwischenzeitlich in Teilen auch wieder revidiert).

Besagtes Papier wurde in die Bayerische Staatskanzlei lanciert und dort zur „Chefsache“ aufgebaut. Insgesamt blieb der Prozess aber reichlich intransparent: Im Ministerium existierte ein – ständig fortgeschriebenes – Eckpunktepapier, das aber zunächst nur Eingeweihten bekannt war. Es verwundert daher nicht, dass teilweise wüste Gerüchte über die mutmaßlichen Neuregelungen bis hin zum Kahlschlag der Selbstverwaltung kursierten. Dies sorgte zum einen für großen Ärger bei den meisten Hochschulleitungen, die sich nicht als Eingeweihte empfinden durften, zum anderen zu großen Sorgen insbesondere bei den Geisteswissenschaften, die sich schon als Opfer einer neoliberalen Ökonomisierung, eines Vermarktbarkeitsdogmas und als Wissenschaften zweiter Klasse, kurz: eines akademischen Kahlschlags sahen. Zudem wurde bekannt, dass die Staatskanzlei offenbar entschlossen war, das Verfahren in größtmöglicher Schnelle durchzuziehen, idealerweise schon bis zum Jahresende. Diese Unruhe, die sich auch in den Medien abbildete, führte dazu, dass die Opposition im Oktober 2020 eine Sachverständigenanhörung im Wissenschaftsausschuss erwirkte. Diese Anhörung war in mehrfacher Hinsicht grotesk: Zum einen existierte ja noch kein Gesetzesentwurf, das Verfahren bewegte sich gerade einmal noch auf der ministeriellen Referentenebene, so dass die Befassung durch den Wissenschaftsausschuss eigentlich zur Unzeit stattfand. Zum anderen wurde den 10 geladenen Sachverständigen (die mehrheitlich aus Hochschulpräsidenten bestanden) ein Fragenkatalog von 77 Fragen übermittelt, die Zeit der Anhörung war mit gut drei Stunden recht knapp angesetzt. Allerdings konnte man aus der Formulierung der Fragen recht eindeutig sowohl den ungefähren Stand des immer noch apokryphen Eckpunktepapiers als auch der im Hintergrund wirkenden Ideengeber erraten.

In der Anhörung selbst wurde nicht mit Kritik gespart, sowohl am dysfunktionalen Verfahren also auch an den aufgrund der Fragen vermuteten, sich abzeichnenden Inhalte. Es fiel sogar das sarkastisch überhöhte Wort von einer „Einführung des Führerprinzips“ zu

Gunsten der Hochschulleitungen, was auch in der Presse kolportiert wurde und die Gemüter weiter erregte. Kurz nach der Anhörung wurde dann die finale Fassung des Eckpunkteapiers ins Netz gestellt. In den Wochen danach war das Ministerium durch eine vorsorgliche „Charmeoffensive“ erst einmal an einer Deeskalation bemüht. Zwischenzeitlich wurden in Gremien, Verbänden und sonstigen Gruppen wiederum Ziele und rote Linien diskutiert, die von der Gesetzgebung beachtet werden sollten. Zugleich unternahm das bayerische Wissenschaftsministerium eine Charmeoffensive, in der der Minister und hochrangige Ministerialvertreter sowohl in Online-Foren als auch unter Teilnahme an Hochschulratssitzungen für das Projekt warben und den oben geäußerten Gerüchten und Ängsten entgegenwirkten. Zugleich wurde deutlich, dass der anfangs überambitionierte Zeitplan nicht einzuhalten sei.

Mitte Januar 2021 veröffentlichten dann die großen Gruppenverbände (Deutscher Hochschulverband, Hochschullehrerbund, Landesverband Wissenschaftler in Bayern, Landeskonferenz der Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten an bayerischen Hochschulen, LandesAsten-Konferenz) eine gemeinsame Stellungnahme mit folgenden sieben Kernforderungen:

1. Hochschulauftrag ist Forschung und Lehre, dieser muss vollständig staatlich finanziert sein. Hochschulen sollen nur mit Zustimmung ihrer akademischen Kollektivorgane reine Körperschaften werden.
2. Erhalt von selbstverwalteten, fachlichen Einheiten mit eigener selbstgewählter Leitung und Zuständigkeit für Studiengänge; diese haben ein eigenes, selbstgewähltes Kollektivorgan, in dem alle Statusgruppen vertreten sind (berufliche und studentische Heimat).
3. Internes, selbstgewähltes Kollektivorgan, in dem alle Statusgruppen vertreten sind (Senat), das Haushalt und den Stellenplan beschließt sowie die Leitlinien von Forschung und Lehre und der Hochschulentwicklung bestimmt.
4. Beschränkung der Zuständigkeit der Hochschulräte auf Aufsicht und Beratung. Sicherstellung der fachlichen Eignung seiner externen Mitglieder sowie Wahl durch Senat und Vorschlagsrecht aller Statusgruppen.
5. Haushalt mit klarer Mittelzuweisung zu den Aufgaben der Hochschulen und keine Risiken in den Haushalten der Hochschulen, insbesondere einen garantierten Aufwuchs bei Kostensteigerungen.
6. Die Gleichstellung aller Geschlechter und die tatsächliche Gleichstellung der Frauen in der Wissenschaft sind zentrale Querschnittsaufgabe der Hochschulen und deren Leitungen.
7. Es muss ausreichend Zeit für Stellungnahmen der Betroffenen und ihrer Verbände eingeräumt werden. Da eine komplette Neufassung des Gesetzes geplant ist, muss auch allen Hochschulorganen ausreichend Gelegenheit gegeben werden, eine Position zum Gesetzesvorschlag zu entwickeln.

Gerade die letzte Forderung erschien besonders wichtig, war doch schon wieder das Gerücht aufgekommen, dass der neue Zeitplan eine Verabschiedung im Kabinett Anfang März 2021 vorsehe mit einer anschließenden 6-wöchigen Frist für die Verbändeanhörung bis längstens Ende April, so dass das Gesetz noch vor der Sommerpause in Kraft treten könne. Dann wäre aber die leidige (wenngleich nicht unbekannt) Situation eingetreten, dass wegen der in Bayern noch andauernden vorlesungsfreien Zeit eine strukturierte Befassung und Diskussion in den Senaten nahezu unmöglich gewesen wäre. Da hierüber auch in der Regierungskoalition unterschiedliche Auffassungen herrschten, wurde der Zeitplan noch einmal nach hinten verschoben und zwischenzeitlich im Entwurf noch einmal etliche Detailregelungen verändert.

II. Exposition, oder: der lang erwartete Gesetzesentwurf

Dann war es soweit: Am 18. Mai 2021 billigte das bayerische Kabinett den Gesetzesentwurf, der am 11.6.2021 sodann ins Netz gestellt wurde. Der Leser erlebt ein Gesetz, das die interne Organisation und Governance fast völlig den einzelnen Hochschulen zur Regelung in der Grundordnung überlassen wird. Lediglich die Dreiheit von Hochschulleitung (Präsidium), zentralem Kollektivorgan (nicht zwingend Senat genannt) und Hochschulrat als internem Aufsichtsorgan sind vorgegeben, nicht dagegen eine Untergliederung in Fakultäten. Ob und wie eine Hochschule eine „zweite Ebene“ einzieht, bleibt ihr überlassen: Sie kann das herkömmliche Fakultätssystem wählen, aber auch eine moderne Departementstruktur; auch eine Matrixorganisation ist möglich, in der nur die Forschung in Departements organisiert wird, die Lehre hingegen in einer oder mehreren „Schools“ stattfindet. Die neu zu errichtende *TU Nürnberg* bietet hierzu in ihrem Errichtungsgesetz den Prototyp, der jetzt auch von anderen Hochschulen übernom-

men werde können soll. Etwas kryptisch formuliert das Gesetz, dass eine zweite Selbstverwaltungsebene eine Leitung haben müsse (heiße sie nun Dekan, Dean, Chair oder sonstwie). Allerdings verschweigt das Gesetz, wie diese Leitung ins Amt gelangt; theoretisch könnte das auch ein „von oben“ ohne Wahl eingesetzter Dekan sein. Dass dies keine völlig abwegige Konstruktion ist, beweist die jetzige Rechtslage, bei der ein gewählter Dekan durch die Hochschulleitung bestätigt werden muss. Auch in anderen Bundesländern gab es immer wieder Ansätze, das Durchregieren einer übermächtigen Hochschulleitung zu ermöglichen.

Eine nach wie vor aktuelle Frage ist, wie der Freistaat auf den MHH-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Juli 2014 (1 BvR 3217/07) reagieren würde. Danach ist eine Stärkung der Kompetenzen der Hochschulleitung zulässig, wenn im Gegenzug der Senat reziprok die Möglichkeit erhält, diese vorzeitig abzuwählen. Tatsächlich hat Bayern – im Unterschied zu den meisten anderen Bundesländern – bislang keine rechtlichen Konsequenzen aus dieser Entscheidung gezogen. Im jetzt vorliegenden Gesetzentwurf ist neben dem schon bisherigen Abwahlrecht des Hochschulrats auch ein Abwahlrecht durch ein Quorum von 40% der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen selbst vorgesehen. Beide Fälle erfüllen die verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht hinreichend. Zum einen sind nach dem neuen Gesetz – anders als die noch geltende Fassung – die professorale Seite Mitglieder des Hochschulrats nicht mehr automatisch Hochschulratsmitglieder, was die Zuständigkeit des kollektiven Selbstverwaltungsorgans aushöhlt. Zudem hat die professorale Seite auch in diesem Fall keine Mehrheit. Die stattdessen angebotene Abwahlmöglichkeit durch die Professorenschaft ist kaum praktikabel und unrealistisch, da kaum zu erwarten ist, dass die Professorenschaft, die in der Mittelzuweisung letztlich von der Hochschulleitung abhängig sind – v.a. an den Hochschulen für angewandte Wissenschaften – sich zu einer „Rebellion“ verständigen kann. Außerdem sieht der Entwurf ein außerordentliches Abberufungsrecht des/der Präsidenten/-in durch den Staatsminister/die Staatsministerin vor, wenn diese/r seine/ihre Pflichten gröblich verletzt oder sich eines außerdienstlichen oder wissenschaftlichen Fehlverhaltens schuldig macht. Dieses Abberufungsrecht ist allerdings mit dem System des Beamtenrechts inkompatibel, da jedenfalls bei verbeamteten Präsidenten/Präsidentinnen das in diesen Fällen eigentlich statthafte, strikt formalisierte Disziplinarrecht schlicht umgangen wird.

Eine weitere Änderung des Entwurfs sieht vor, den Hochschulen die Rechtsform einer reinen Körperschaft zu ermöglichen, also den Status einer staatlichen Einrichtung zu canceln. War dies im Vorfeld noch als obligatorische Konstruktion nach dem Vorbild des nordrhein-westfälischen Hochschulfreiheitsgesetzes 2006 geplant worden, wurde dies nach erheblichem Gegenwind im Gesetzesentwurf zu einer Optionsklausel gemacht – freilich verbunden mit der ebenfalls optionalen Entscheidung für einen Globalhaushalt, was dogmatisch auch durchaus Sinn macht. Allerdings wurde – nach massiven Initiativen – eine wesentliche Komponente hiervon ausgenommen, nämlich die Dienstherreneigenschaft: Das professorale Personal verbleibt beim Freistaat Bayern und wird definitiv nicht den Hochschulen als Dienstherren zugeordnet. Hier spiegeln sich Erfahrungen aus der niedersächsischen Hochschulreform 2001, die einen Übergang der Beamten auf die Stiftungsuniversitäten vorsah, was seinerzeit extremen Ärger infolge eines – eher psychologischen – Gefühls der Abgesobbenheit erzeugte. In mehreren Diskussionsrunden wurde daher der ganz überwiegende Wunsch an das Ministerium geäußert, dass der Freistaat Dienstherr bleiben solle. Dies wurde im Gesetzesentwurf auch aufgenommen, freilich mit dem Effekt, dass bei einem Wechsel in die reine Körperschaftsform mit dem Personalsektor ein großer Bereich aus dem Globalhaushalt wieder herausgenommen wird und so die angestrebte Flexibilität verringert wird.

III. Durchführung, oder: Die Anhörung und ihre Folgen

Nach der Verabschiedung des Gesetzesentwurfs im Kabinett wurde eine weitere 2-tägige Anhörung im Wissenschaftsausschuss für den 14./15. Juni 2021 (ursprünglich Mai) angesetzt. Diese sprengte die Rekorde: Sie war nicht nur mit zwei vollen Tagen die längste Anhörung in der Geschichte des Bayerischen Landtags, sie stellte auch mit 15 Sachverständigen (!) das bei weitem größten Panel aller Zeiten. Deutlich war aber auch hier wieder das Übergewicht der Funktionsträger und Verbände, die vornehmlich die Gruppeninteressen, erst in zweiter Linie die (verfassungs-) rechtlichen Probleme artikulierten. Zum Teil wurden hier auch wieder die seit den 70er Jahren kursierenden Forderungen aufgefrischt. So monierten die zahlreich vertretenen Hochschulpräsidenten, dass die gleich dreifach gegebene Möglichkeit einer vorzeitigen Abberufung den Stellenwert des Amtes

konterkariere. Die Vertretung des Mittelbaus monierte die prekäre Situation der zeitlich befristeten Beschäftigten, was in der Sache durchaus berechtigt, aber für die große Mehrheit als arbeitsrechtliche Frage gar nicht in die Landeskompetenz fällt. Die Studierendenvertreter der LandesAstenkonferenz forderten routinemäßig die – verfassungsrechtlich nicht begründbare – Viertelparität ein und nahmen die Gelegenheit wahr, über die neuformulierten Hochschulaufgaben der gesellschaftlichen Relevanz und der Nachhaltigkeit einschließlich des Klimaschutzes über die Hintertür ein hochschulrechtliches Mandat in ein allgemeinpolitisches Mandat umzudeuten – ebenfalls ein altbekanntes Déjàvu. Der Verband der Gleichstellungsbeauftragten beschränkte sich auf Gender- und Kaskadenfragen.

Als wirkliches verfassungsrechtliches Problem kristallisierte sich jedoch immer deutlicher die Frage der Wesentlichkeitstheorie heraus: Was muss der Gesetzgeber selbst regeln, was kann er auf die Satzungsebene delegieren? Dieses Grundthema durchzieht letztlich den gesamten Gesetzesentwurf. So sind etwa die Fakultäten, deren Relativierung weitgehend beklagt wurde, keineswegs verfassungsfest. Die renommierte, der französischen ENA nachgebildete *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer* hat von vornherein keine Fakultäten; Matrixorganisationen – wie oben beschrieben – unterliegen dem vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betonten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der eben keiner Bindung an eine althergebrachte Organisationsform unterliegt.¹ Anders ist es hingegen mit der Amtszeit des Präsidenten: Nach dem Gesetzesentwurf wird diese durch die Grundordnung festgelegt. Möglich wäre danach auch eine sehr lange Amtsperiode. Dies widerspricht aber dem Prinzip demokratischer Legitimation, deren unverzichtbares Pendant die Kontrolle ist. Eine effektive Kontrolle kann aber nur stattfinden, wenn die Amtsperioden überschaubar sind, da ansonsten die Kontrolle durch das Vergessen und Verblässen überlagert wird. Dies zeigt ein Blick auf vergleichbare Fälle: Die Amtszeiten der ersten Bürgermeister in Gemeinden (ebenfalls Selbstverwaltungskörperschaften) sind in der Regel auf sechs Jahre limitiert, die längste Amtszeit hat der Bürgermeister in Baden-Württemberg mit acht Jahren. Darüber hinaus ist nur noch das Amt eines Bundesverfassungsrichters auf zwölf Jahre befristet, hier gibt es

jedoch keine Wiederwahl als Akt der Kontrolle. Daraus kann man die Lehre ziehen, dass der Gesetzgeber selbst die Länge der Amtsperiode (nicht die Zahl der Amtsperioden!) bestimmen muss, um nicht durch eine „Putin-Klausel“ die Effektivität der periodischen Kontrollen zu unterlaufen.

Zweites verfassungsrechtliches Problem ist das immer noch nicht stimmig gelöste Dreiecksverhältnis zwischen Hochschulleitung, Senat und Hochschulrat. Der Gedanke eines ausgewogenen *system of checks and balances* wird nach wie vor durch die versteckte partielle Zirkellegitimation konterkariert: Die Hochschulleitung sucht die externen Mitglieder des Hochschulrats aus, die anschließend bei der Wahl der Mitglieder des Hochschulrats mitwirken. Dieser – leider bundesweit verbreitete – Geburtsfehler bei der funktionalen Selbstverwaltung wird durch die Zustimmung des Senats und die Bestellung durch den Wissenschaftsminister/die Wissenschaftsministerin zwar abgeschwächt, aber nicht beseitigt.

Kritisiert wurde auch die Möglichkeit, dass die internen Mitglieder des Hochschulrates mit den Senatsmitgliedern nicht mehr automatisch identisch sein müssen – eine der wesentlichen Vorgaben, die den Bayerischen Verfassungsgerichtshof 2008 veranlasste, die damalige Regelung als (gerade noch) verfassungsgemäß zu erklären. Ungeachtet der Frage, ob dies verfassungsrechtlich noch zulässig ist, ist diese Frage unter Governance-Gesichtspunkten höchst zweifelhaft: Es besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass die internen Mitglieder eine Art Gegensenat oder Parallelsenat bilden, der die Entscheidungsabläufe blockiert und die Hochschulleitungen befähigt, beide „Vertretungen“ gegeneinander auszuspielen.

Ganz massiv – allerdings nicht von den präsidentiellen Sachverständigen – wurde gefordert, dass die Leitung der nachgeordneten Selbstverwaltungseinheiten durch Wahl deren Organe erfolgen muss. Es ist genuiner „Job“ eines Dekans, die Interessen einer Fakultät auch einmal gegenüber der zentralen Ebene zu vertreten und vertreten zu müssen. Eine Einsetzung „von oben“ würde dies dysfunktional unterlaufen.

Ein weiterer strittiger Punkt ist die Einräumung eines (begrenzten) Promotionsrechts an qualifizierte Fachhochschulen. Die bayerische Gesetzgebung knüpft hier – unter starkem Lobbydruck – an bereits bestehende Par-

1 Das steht schon unmissverständlich im berühmten „1. Hochschulurteil“ (BVerfGE 35, 79/ 116 ff.) und wurde seitdem gebetsmühenhaft wiederholt

allelvorschriften in Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein an; weitere Bundesländer schicken sich an, zu folgen. Allerdings ist unübersehbar, dass der Gesetzesentwurf die Voraussetzungen für die temporäre Einräumung des Promotionsrechts deutlich abschwächt. Vergleicht man die gesetzlichen Voraussetzungen mit den Anforderungen, die etwa der Wissenschaftsrat an die Verleihung eines Promotionsrechts an private Hochschulen stellt.² Zwar haben die Empfehlungen und Leitfäden des Wissenschaftsrats keine unmittelbare normative Wirkung, gleichwohl genießen sie ein erhebliches wissenschaftsrechtliches und -politisches Renommée. Daher hat die Kultusministerkonferenz durch Beschluss vom 13.02.2020 einen Musterparagraphen (KMK-MP) geschaffen, in dem die wesentlichen Vorgaben der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen normativiert wurden.³ Darin setzt auf der Grundlage der o.g. Kriterien in § 1 Abs. 4 KMK-MP die Verleihung des Promotionsrechts an eine Hochschule als rechtliche Mindestkriterien voraus, dass

- (1) sie auf der Grundlage von Forschungsschwerpunkten ein erkennbares wissenschaftliches Profil entwickelt hat, das an andere Hochschulen anschlussfähig ist,
- (2) die an der Hochschule erbrachten Forschungsleistungen der Professoren sowie die Forschungsbasierung der Studiengänge den für promotionsberechtigte staatlichen Hochschulen geltenden Maßstäben entsprechen und
- (3) die Hochschule über ein geregeltes, transparentes Promotionsverfahren verfügt.

Diese Kriterien werden als unabdingbar gesehen, um die Qualitätssicherung der Promotionsverfahren zu garantieren.

Der Entwurf des BayHIG hat die Regelungen des KMK-MP in Art. 93 Abs. 2 wörtlich übernommen: Als zwingende Voraussetzung verlangt Art. 93 Abs. 4 Satz 1 BayHIG-E eine gutachterliche Stellungnahme des Wissenschaftsrats oder einer vergleichbaren Akkreditierungseinrichtung zur Überprüfung der in Art. 93 Abs. 2 genannten Kriterien. Die Formulierung ist so gewählt, um – auch aus europarechtlichen Gründen – keine Monopolstellung des Wissenschaftsrats zu begründen. Ungeachtet dessen dürfte der Wissenschaftsrat derzeit aufgrund seiner langjährig gewachsenen, institutionalisierten Sachkunde die einzige Einrichtung sein, die eine ent-

sprechende Stellungnahme objektiv und wissenschaftsadäquat abzugeben vermag. Auch ist der wesentliche Inhalt der Stellungnahme im Sinne größtmöglicher Transparenz nach Art. 94 Satz 2 BayHIG-E zu veröffentlichen; ergänzend wird auf Art. 87 Abs. 2 bis 4 HIG verwiesen.

Vergleicht man nun Art. 93 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 7 BayHIG-E, so ist die Diskrepanz zwischen den Anforderungen sofort greifbar: Bei den Hochschulformen für angewandte Wissenschaften (HaW) soll – lediglich – eine „angemessene Forschungsstärke“ und die Einbettung in eine grundständige akademische Lehre ausreichend sein; weder kommt es auf ein erkennbares wissenschaftliches Profil noch auf eine Anschlussfähigkeit der Hochschule an. Die herausragenden Leistungen der Professorinnen und Professoren in der anwendungsbezogenen Lehre sollen nach Art. 80 Abs. 7 Satz 2 Zf. 1 BayHIG-E höchstens fünf Jahre zurückliegen dürfen; das liest sich zunächst achtbar, schließt aber nicht aus, dass eben in den letzten fünf Jahren keine substantiellen Forschungsergebnisse erbracht wurden. Im Falle der nicht-staatlichen Hochschulen wäre das ein K.-o.-Kriterium. Auch die weiteren Maßgaben des Wissenschaftsrats werden nicht hinreichend aufgenommen und durch weit vagere Regelungen ersetzt. Desgleichen sind Aussagen zu dem Begutachtungsverfahren ganz auf die intransparente Rechtsverordnungsebene verschoben. Der Vorsitzende des Wissenschaftsausschusses versuchte dies in der Anhörung damit zu rechtfertigen, dass es ja beim Wissenschaftsrat „immer so lang dauere“. Gleichwohl ist im Sinne der Qualitätssicherung und Gleichbehandlung zu fordern, dass das vorgesehene Begutachtungsverfahren – wie bei den nichtstaatlichen Hochschulen – ebenfalls nur durch den Wissenschaftsrat oder vergleichbare Akkreditierungseinrichtungen (die es – wie erwähnt – derzeit nicht gibt) durchgeführt werden dürfen bzw. sollen, um auszuschließen, dass eine (womöglich adhoc und ergebnisorientiert zusammengestellte) Feld-Wald-und-Wiesen-Kommission das gewünschte Ergebnis „herbeigutachtet“. Diese Anforderungen müssen analog Art. 93 Abs. 4 BayHIG ebenfalls auf der formalgesetzlichen Ebene geregelt werden. Insgesamt zeigt sich hier eine ganz massive Schwachstelle des Gesetzes. Dass sich hier die Fachhochschullobby systematisch in Salami taktik zum uneingeschränkten Promotionsrecht vorarbeitet, zeigt im Übrigen der Blick nach

2 Wissenschaftsrat, Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen v. 30.1.2015, Drs. 4395-15, sub B V, S. 39 ff.

3 Erhältlich postalisch beim Sekretariat der Ständigen Konferenz

der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, Graurheindorfer Str. 157, 53117. Seltsamerweise wurde der Beschluss nicht – wie ansonsten viele andere – auf www.kmk.org oder an einer andere Stelle einsehbar ins Netz gestellt

Hessen, wo gerade stillklammheimlich der Übergang von der temporären Ausnahmeregelung zu einer Verstärkung geplant ist.⁴

IV. Coda, oder: Wie geht es weiter?

Eine Zwischenbilanz zeigt: Wesentliche grundsätzliche Vorbehalte gegen das BayHIG konnten in der Tat entschärft werden, es kommt jetzt vornehmlich auf die Feinabstimmung an. Dabei hat die letzte Anhörung durchaus effektiv gewirkt: So sollen dem Vernehmen nach wieder die Senatsmitglieder im Hochschulrat sein. Auch ist das Sonderabberufungsrecht des Ministers im Bezug auf den Präsidenten offenbar wieder gestrichen worden. Zwingend ist es auch, das Gesetz mit den beamtenrechtlichen Normen zu harmonisieren. So sind z.B. die Regelungen über die Forcierung des Wissens- und Technologietransfers weitgehend konterkariert, wenn nicht im gleichen Zug eine fundamentale Liberalisierung insbesondere des beamtenrechtlichen Nebentätigkeitsrechts erfolgt, insbesondere hinsichtlich der Abführungspflicht. Wenn die zahlreichen, bislang unter dem Radar bleibenden, beamtenrechtlichen Regelungen, im

Rahmen dieser Hochschulreform an den Telos des BayHIG-E angepasst würden, hätte dieses tatsächlich die Chance auf einen „großen Wurf“; anderenfalls bringt der kreißende Berg wieder einmal mehr nur ein Mäuschen hervor. Allerdings scheint sich die Endfassung des Gesetzesentwurfs deutlich in den Herbst 2021 zu verlagern. Jedenfalls insofern ist von einem bombastischen Schnellschuss keine Rede mehr. Ungeachtet dessen dürften die Popularklagen vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof erwartbar sein.

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis

Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht

Lehrstuhl für Deutschen und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Landesvorsitzender Bayern des Deutschen Hochschulverbandes

4 Vgl. dazu die – natürlich positive – Stellungnahme des CHE als Influencer auf www.che.de (der derzeitige Chef des CHE, *Frank Ziegele*, ist Professor an einer niedersächsischen Hochschule für angewandte Wissenschaften)..

Thomas Würtenberger

Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen

Überblick

I. Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen durch den von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten Musterparagrafen

II. Staatliche Anerkennung privater Hochschulen keine Ermessensentscheidung

III. „Angemessen“ und „Angemessenheit“ als verfassungskonforme Kriterien für Eingriffe in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG?

1. Zu den Angemessenheitsregelungen im Musterparagrafen
2. Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Angemessenheitsvorbehalten bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten
 - a) Zur Abgrenzung- von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit
 - b) Regelung wesentlicher Fragen und Maßstäbe der Hochschulgestaltung nur durch den Gesetzgeber
 - c) Widerspruch zur Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum
3. Zwischenbemerkung

IV. Verfassungsrechtliche Kritik an Einzelregelungen des Musterparagrafen

1. Weder die Frist staatlicher Anerkennung noch das Verhältnis von Fristen und Kosten verfassungskonform geregelt
2. Zum ausreichenden Zugang zu fachbezogenen Medien
3. Ermöglichung eines wissenschaftlichen Diskurses durch Größe und Ausstattung der Hochschule

V. Vernachlässigung eines Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren

1. Exkurs zu den Vorgaben für die Organisation und Verfahren der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat
2. Zu den verfahrensrechtlichen Vorgaben für Verfahren institutioneller Akkreditierung
 - a) Zweifel an der Effektivität wissenschaftsratsinterner Rechtschutzverfahren
 - b) Defizit an verwaltungsinterner Rechtskontrolle?
 - c) Gesetzliche Regelung des Beschwerdeverfahrens gegen Akkreditierungsentscheidungen des Wissenschaftsrates

VI. Schlussbemerkung

Private Hochschulen müssen vor ihrer im jeweiligen Landeshochschulgesetz geregelten staatlichen Anerkennung¹ Verfahren institutioneller (Re-)Akkreditierung durchlaufen. Sowohl die landesrechtlichen Regelungen staatlicher Anerkennung als auch die in aller Regel dem Wissenschaftsrat übertragenen Verfahren der institutionellen Akkreditierung, waren nach Ansicht der Kultusministerkonferenz reformbedürftig. Die Kultusministerkonferenz hat daher im Februar 2020 einen in das Hochschulrecht der Bundesländer umzusetzenden Musterparagrafen für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen beschlossen², was ein Schritt in die richtige Richtung ist. Allerdings wirft dieser unter Ausschluss der Fachöffentlichkeit erarbeitete Musterparagraf für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen einige Zweifelsfragen auf, denen im Folgenden nachgegangen wird.

I. Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen durch den von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten Musterparagrafen

In dieser Zeitschrift wurden wiederholt Zweifel an der Rechts- und Verfassungskonformität der vom Wissenschaftsrat durchgeführten Verfahren der institutionellen Akkreditierung geäußert.³ Einer der zentralen Kritikpunkte war, dass *unterschiedliche Maßstäbe* für die staatliche Anerkennung einer privaten Hochschule einerseits und für ihre institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat andererseits bestehen bzw. bestanden haben. Denn im jeweiligen Landeshochschulgesetz waren bislang die Anerkennungsvoraussetzungen relativ

Herrn Alexander Krüger danke ich für eine kritische Durchsicht des Manuskripts.

- 1 So z. B. nach § 70 Abs. 1 S. 5 LHG BW; § 123 Abs. 3 S. 2 Berl HG; § 84 Abs. 2 S. 1 Bbg HG; § 91 Abs. 3 Hess HG; § 64 Abs. 1 S. 2 Nds HG.
- 2 Kultusministerkonferenz NS. 241. AK, 13.2.2020, Berlin; Beratungsunterlage RS Nr. 48/2020 vom 31.1.2020; eine Veröffentlichung dieses die Landesgesetzgebung bestimmenden Musterparagrafen ist, soweit ersichtlich, nicht erfolgt, was die im

demokratischen Staat gebotene Transparenz nicht eben fördert.

- 3 Würtenberger, Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung, OdW 2020, 215 ff.; ders., Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, 15 ff.; Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253 ff.

kurz und präzise geregelt. Demgegenüber hat der Wissenschaftsrat die ihm von den zuständigen Landesministerien übertragene institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen sehr ausführlich und ohne Rücksicht auf eventuell bestehende landesgesetzliche Regelungen in seinem „Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“⁴ geregelt. Nach diesem Leitfaden ist die vom Wissenschaftsrat eigenständig entwickelte und in keinem Hochschulgesetz als Begriff oder Maßstab genannte *Hochschulformigkeit* Voraussetzung für eine institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen.

Diese *Differenz im Maßstab* für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat hatte bisweilen zur Folge: Privaten Hochschulen musste wegen Beachtung der gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen die staatliche Anerkennung erteilt werden, obgleich der Wissenschaftsrat ihnen die institutionelle Akkreditierung mangels hinreichender Hochschulformigkeit verweigert hatte. Erschwerend kam für diese staatlich anerkannten privaten Hochschulen hinzu, dass der Wissenschaftsrat seine *Ablehnung der institutionellen Akkreditierung*, ohne die betroffene Hochschule zuvor anzuhören, im *Internet veröffentlicht* hatte. Da der Blick in das Internet für Viele eine wichtige Entscheidungshilfe ist, führte die Internetveröffentlichung, sofort von Wikipedia auf der Infoseite zu der betroffenen Hochschule übernommen, zu einer erheblichen Rufschädigung der staatlich anerkannten Hochschule. Denn Privathochschulen sind, wie vom Bundesverfassungsgericht bemerkt, „wegen der Akzeptanz der von ihnen angebotenen Ausbildung auf dem Arbeitsmarkt auf Akkreditierung angewiesen“.⁵ Studierende an einer der betroffenen Hochschulen brachen ihr Studium wegen der vom Wissenschaftsrat publizierten negativen Akkreditierungsgutachten ab oder zogen ihre Einschreibung zurück. Privaten Hochschulen, denen die Reputation institutioneller Anerkennung verweigert wird, erleiden eben erhebliche finanzielle Verluste.

Es ist unbestritten, dass sich die Reform der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Programmakkreditierung zu orientieren hat.⁶ Ebenso wie die Qualitätssicherungsverfahren im Bereich der Studiengänge müssen auch die hochschulbezogenen Qualitätssicherungsverfahren gesetzlich geregelt werden. Denn auch mit diesen Verfahren wird in die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschulen und ihres wissenschaftlichen Personals sowie auch ihrer Träger- und Betreibergesellschaften eingegriffen.

In dem von der Kultusministerkonferenz beschlossenen Musterparagrafen werden nicht nur einige Regelungen getroffen, die bereits in der Akkreditierungspraxis des Wissenschaftsrates zur Anwendung kamen, sondern auch Regelungen, die zur *rechtsstaatskonformen Verfahrensgestaltung* beitragen sollen. Erwartet wird, dass dieser Musterparagraf bei Novellierungen des Landeshochschulrechts in das Landesrecht umgesetzt wird.⁷ Eine Publikation dieses Musterparagrafen mit seiner Begründung ist nicht ersichtlich, ein bedauerlicher Verstoß gegen das Gebot demokratischer Transparenz. Bei entsprechenden Änderungen der Landeshochschulgesetze wird bisweilen freilich auf diesen Musterparagrafen verwiesen.

Mit dem Musterparagrafen wird ein „länderübergreifendes Gesamtgefüge der institutionellen Qualitätssicherung bei nichtstaatlichen Hochschulen auch zur Gewährleistung gleicher Standards bei der staatlichen Anerkennung nichtstaatlicher Hochschulen“ auf den Weg gebracht.⁸ Ziel ist dabei, das Lehr- und Forschungsniveau der nichtstaatlichen dem der staatlichen Hochschulen anzugleichen. Zu diesem Zweck regelt § 1 Musterparagraf ländergemeinsame Kriterien für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen. § 2 Musterparagraf normiert ebenfalls zur ländereinheitlichen Umsetzung die Verfahren der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat.

4 Wiss Rat Drs. 4395-15.

5 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 51.

6 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 1 ff.; *Stucke*, Der Wissenschaftsrat, in Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, 47. Aktualisierung September 2017, Rn. 14; *Geis*, Das BVerfG zur Akkreditierung, OdW 2016, 193, 201; BeckOK HochschulR NRW/Birnbaum, 19. Ed. 1. 6. 2021, HG § 73 Rn. 9; VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 77 mit ausführlicher Begründung.

7 Was in einigen Bundesländern bereits geschehen ist: Baden-Württemberg: Landeshochschulgesetz in der Fassung vom

17.12.2020, GBl. S. 1204 mit erst später in Kraft tretenden Regelungen; Nordrhein-Westfalen: § 73 NRW HG. Vor dem Abschluss: Hessen (https://wissenschaft.hessen.de/sites/default/files/media/hmwk/210507_hhg_volltext_ressortabstimmung_kabinett_i_final.pdf, abgerufen am 28.6.2021); Bayern (Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Bayerisches Hochschulinnovationsgesetz, https://www.stmwk.bayern.de/download/21063_HIG-Begr%C3%BCndung.pdf, abgerufen am 28. 6. 2021); Sa-Anh LT-Drs. 7/6675, S. 13 f.; Nds LT-Drs. 18/9392, S. 37; S-H LT-Drs. 19/289, S. 88.

8 Musterparagraf (Fn. 2), S. 7.

Die landesgesetzliche Umsetzung dieses Musterparagraphen trägt zur erforderlichen Verrechtlichung der Verfahren staatlicher Anerkennung und institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen bei. Gleichwohl besteht Anlass, auf verfassungsrechtliche Defizite der Neuregelung der Anerkennungs- und Akkreditierungsverfahren hinzuweisen. Diese betreffen das aus älteren Schichten des Hochschulrechts stammende Ermessen des zuständigen Ministeriums bei der Anerkennung privater Hochschulen (II.), die weites Ermessen eröffnende „Angemessenheit“ als Voraussetzung für Eingriffe in die Freiheit von Forschung und Lehre (III.), einige verfassungsrechtlich zweifelhafte Einzelregelungen (IV.) sowie mangelhafte Verfahrensregelungen (V.).

II. Staatliche Anerkennung privater Hochschulen keine Ermessensentscheidung

Nach dem Hochschulrecht der Bundesländer steht die staatliche Anerkennung im *Ermessen des zuständigen Landesministeriums*. Ein Anerkennungsermessen besteht selbst dann, wenn alle Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind. § 1 Abs. 3 S. 1 Musterparagraph lässt es offen, ob im Landesrecht ein Anerkennungsermessen geregelt wird: „Die staatliche Anerkennung muss / soll / kann erfolgen, wenn“ die dort im Einzelnen geregelten Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit bislang das Landesrecht gemäß dem Musterparagraphen reformiert wurde, ist die Variante des Anerkennungsermessens gewählt worden.⁹ Verfassungsrechtliche Zweifel bei Grundrechtseingriffen nach Ermessen bestehen offensichtlich weder bei der Kultusministerkonferenz noch beim Landesgesetzgeber.

Im Musterparagraphen werden *keine Ermessensgründe* genannt, die die Verweigerung der staatlichen Anerkennung trotz Erfüllens der Anerkennungsvoraussetzungen rechtfertigen könnten. Wozu also soll dieser Ermessensspielraum dienen? Soll es etwa statthaft sein, regulierend in den Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Hochschulen um die Immatrikulation von Studierenden einzugreifen? Oder soll eine regionale Steuerung des Hochschulangebots erfolgen? Sollen staatliche

Anerkennungen verweigert werden dürfen, weil der lokale Markt nach Ansicht des zuständigen Ministeriums bereits eine derartige Kapazität an Studienplätzen erreicht habe, dass die Neugründung einer privaten Hochschule in diesem Bildungssegment *keine hinreichende Studierendenzahl* erreiche, um sich *finanziell* zu tragen? Derartige Ermessenserwägungen würden an eine Bedarfsprüfung erinnern, die das Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts beendet hat.¹⁰

Die in § 1 Abs. 3 S. 1 Musterparagraph vorgesehene Ermessensregel verstößt gegen den Schutz der Wissenschafts- und Lehrfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Dessen Freiheitsbereich lässt sich nur in Konkretisierung seiner *verfassungsimmanenten Schranken* begrenzen. Diese Begrenzung kann *verfassungskonform* nur durch den Gesetzgeber und auf Grund gesetzlicher Regelung, aber nicht durch die Verwaltung erfolgen. Denn „die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage“. Dafür streiten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratiegebot. Sie verpflichten den *Gesetzgeber* dazu, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen *selbst* ausdifferenzieren.¹¹ Muss der Gesetzgeber regeln, unter welchen Voraussetzungen eine private Hochschule anzuerkennen ist, so folgt: Eine private Hochschule ist immer dann staatlich anzuerkennen, wenn sie die gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt.

Dabei ist von zweierlei auszugehen:

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt zum Einen nicht allein den Hochschulbereich, sondern auch die „privatrechtlich organisierte Wissenschaft“. ¹² *Die Gründungsiniciativen juristischer Personen in privatrechtlicher Rechtsform*, also etwa eines Vereins, einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder Stiftung, können sich ebenso wie private Hochschulen auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen. Für eine Hochschulgründerin, zum Beispiel in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, ist, ebenso wie für die von ihr zu gründende Hochschule, der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet.¹³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn, wie in den meisten Fällen, mit der Hochschulgründung

9 Zum Beispiel § 73 Abs. 2 S. 1 NRW HG.

10 BVerfGE 7, 377.

11 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 59.

12 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 48; *Fehling*, in: BK Art. 5 Abs. 3 Rn. 132; VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 73.

13 Zum Schutz von Gründungsiniciativen durch Art. 5 Abs. 3 GG: *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 19 mit Nachw.; zum Schutz der Forschungs- und Lehrorganisation durch juristische Personen des Privatrechts: *Kempfen*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.8.2020, Art. 5 GG Rn. 185.

besondere wissenschaftspolitische Gestaltungsformen, besondere Konzepte von Lehre oder besondere Forschungszwecke verfolgt werden.

Da Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zum Anderen zu den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten gehört, unterliegt die lehr- und wissenschaftsaffine Privathochschulfreiheit nur *verfassungsimmanenten Schranken*. In deren Wissenschafts- und Lehrfreiheit kann nur „mit Rücksicht auf kollidierendes Verfassungsrecht eingegriffen werden“. Dies gilt ebenfalls für den Schutz der Gründungsinitiative, die vom Träger der Hochschule ausgeht.¹⁴

Eingriffe in die die privaten Hochschulen schützende Wissenschafts- und Lehrfreiheit sind nur aus Gründen „der Erhaltung und Förderung der Hochschulen“ selbst „sowie des Schutzes anderer Grundrechtsträger“ statthaft. Statthaft sind gesetzliche Regelungen¹⁵, die einen Raum freier Forschung und Lehre, ohne die Qualitätssicherung¹⁶ zu vernachlässigen, sowie freier Hochschulselbstverwaltung normieren. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber, wie von *Gärditz* zusammengefasst, die individuelle Freiheit in Forschung und Lehre unter anderem durch „Ausschluss von Weisungsrechten gegenüber Hochschullehrerinnen und -lehrern im wissenschaftlichen Erkenntnis- und Erkenntnisvermittlungsprozess“ zu sichern; die gesetzliche Vorgabe für die Organisationsstruktur muss „einen hinreichenden Einfluss der in Forschung und Lehre Tätigen auf die wissenschaftsrelevante Willensbildung“ sicherstellen; arbeitsrechtlich ist zu unterbinden, dass die Weiterbeschäftigung des hauptberuflich tätigen wissenschaftlichen Personals vom Wohlwollen des Arbeitgebers abhängt.¹⁷ Zu berücksichtigen ist zudem der durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte *Grundrechtsschutz der Studierenden*, da die privaten Hochschulen für angewandte Wissenschaften als Ausbildungsstätten für bestimmte Berufsfelder den Studierenden jenes – auch im Interesse künftiger Arbeitgeber – zu bieten haben, was eine entsprechende staatliche Hochschulausbildung zu leisten hat.

Vom Landesgesetzgeber wird das Anerkennungsermessen bisweilen als eine besondere Form der Abwägung zwischen kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zu rechtfertigen versucht. So soll die Ermessensentscheidung des § 70 Abs. 2 LHG BW

nach der Begründung der Landesregierung zur Neuregelung des LHG BW Folgendem Rechnung tragen:

„Die bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eröffnete Ermessensentscheidung hat den durch Artikel 5 Absatz 3 Satz 1, Artikel 12 Absatz 1 Satz 1 und Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes geschützten Belangen von Hochschule, Trägern und Betreibern, aber auch der objektiven Wertentscheidung des Grundgesetzes für eine Wissenschaftsfreiheit und eine qualitätsgeleitete Wissenschaft sowie eine anschlussfähige Hochschulbildung Rechnung zu tragen.“¹⁸

Mit diesen Ermessensleitlinien versucht der Landesgesetzgeber, die ministerielle Ermessensentscheidung verfassungsrechtlich einzuhegen. Der verfassungsrechtlich gebotene Grundrechtsschutz von Hochschule, Studierenden sowie Trägern und Betreibern soll nach *ministeriellem Ermessen* aus Gründen der Wissenschaftsfreiheit, einer qualitätsgeleiteten Wissenschaft und einer anschlussfähigen Hochschulbildung eingeschränkt werden können.

Der Gesetzgeber kann natürlich die Privathochschulfreiheit aus *Gründen der Qualitätssicherung* oder zur *Sicherung der Funktionsfähigkeit als wissenschaftliche Hochschule* in ihre verfassungslegitimen Schranken verweisen, - wobei sich die einzelnen gesetzlichen Regelungen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung auf ihre Verfassungskonformität stellen müssen. Es ist jedoch *verfassungswidrig*, wenn die Ministerialverwaltung vom Gesetzgeber den Auftrag erhält, durch *eigenständige*, nicht durch gesetzliche Regelungen determinierte (Ermessens-) Entscheidungen die verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu bestimmen.

Die Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken der Privathochschulfreiheit erfolgt nicht nach Ermessen des zuständigen Ministeriums, sondern *allein durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber*, der durch gesetzliche Regelung nach Abwägung mit gegenläufigen Verfassungswerten den Umfang der Privathochschulfreiheit bestimmt. Festzuhalten ist, dass Ermessensentscheidungen Eingriffe der Verwaltung in die grundrechtlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre einer privaten Hochschule nicht rechtfertigen können.¹⁹

14 BVerfG NVwZ 2010, 1285 Rn. 54 mit zahlreichen Rückverweisen; zum Folgenden *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 17 f.

15 Zum Erfordernis gesetzlicher Regelungen VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 81.

16 Zur Qualitätssicherung der Lehre als verfassungsimmanente Schranke des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG: VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 80.

17 Zu diesen Kriterien der zu sichernden Wissenschaftsadäquanz privater Hochschulen: *Gärditz*, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 273 mit Nachweisen.

18 BW LT Drs. 16/1990, S. 97.

19 Anders allerdings ohne Diskussion der Statthaftigkeit von Grundrechtseingriffen nach Verwaltungsermessen: VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 97, 105.

Soweit sich der Träger der privaten Hochschule zum Schutz seiner beruflichen Tätigkeit auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann, gilt der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.²⁰ Auch insoweit bedürfen Eingriffe einer gesetzlichen Grundlage und sind Eingriffe nach Ermessen verfassungswidrig.

III. „Angemessen“ und „Angemessenheit“ als verfassungskonforme Kriterien für Eingriffe in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG?

Im Musterparagrafen werden wichtige Bereiche der Hochschulorganisation und Hochschulselbstverwaltung unter einen *Angemessenheitsvorbehalt* gestellt. Nur wenn die Grundordnung oder weiteres Satzungsrecht der privaten Hochschule „angemessene“ Regelungen trifft, erfüllt sie die Voraussetzungen staatlicher Anerkennung und einer institutionellen Akkreditierung.

1. Zu den Angemessenheitsregelungen im Musterparagrafen

Die im Musterparagrafen und durch Landesrecht umzusetzenden Angemessenheitsregelungen sind von *generalklauselartiger Weite*, so dass sie *Willkür* bei der Erarbeitung von Akkreditierungsstellungen und bei staatlicher Anerkennung nicht ausschließen. Einige dieser Regeln sind zudem inhaltlich nicht haltbar:

(1.) Die „akademische Selbstverwaltung (ist) unter angemessener Berücksichtigung der verschiedenen Beteiligten eigenverantwortlich“ zu organisieren und zu regeln.²¹ Zu fragen wäre zum Beispiel: Wer sind die verschiedenen Beteiligten an der akademischen Selbstverwaltung, etwa auch die Doktoranden? Soll die Einbeziehung der Doktoranden in die akademische Selbstverwaltung „angemessen“ und damit *verpflichtend* sein? Außerdem ist unklar, was „Berücksichtigung“ bedeutet bzw. fordert.

Diese Leerformel gibt keine Antwort für die Lösung konkreter Organisationsfragen – und ist damit fast schon ein Freifahrtschein für Auflagen in Anerkennungs- und Akkreditierungsverfahren oder auch für eine Verweigerung staatlicher Anerkennung oder Ablehnung institutioneller Akkreditierung.

(2.) „Die Inhaber akademischer Leitungämter (werden) in angemessenen Zeiträumen neu benannt“.²²

Diese Regelung legt nicht fest, wie weit die Spanne der angemessenen Zeiträume reichen kann. Wie diese Frist in verfassungskonformer Weise festzulegen ist, wird auch bei der gesetzlichen Regelung anderer Wahlverfahren, insbesondere bei Parlaments- und Präsidentschaftswahlen sowie bei Kommunalwahlen, diskutiert und im Ergebnis klar geregelt.²³ Zwar bestehen zwischen demokratischen und universitären Wahlverfahren erhebliche Unterschiede. Gleichwohl besteht die Möglichkeit, bei Abwägung zwischen der binnendemokratisch zu legitimierenden Verantwortung und der erforderlichen Zeitspanne zu effektiver Hochschulgestaltung für einzelne Gremien und Ämter *Mindest- und Höchstfristen* zu begründen und gesetzlich vorzuschreiben. Ausgeschlossen muss sein, dass in Verfahren staatlicher Anerkennung und institutioneller Akkreditierung von Hochschule zu Hochschule unterschiedlich bestimmt werden kann, was der angemessene Zeitraum für die Ausübung eines akademischen Leitungsamtes ist.²⁴

Die im Musterparagrafen getroffene Angemessenheitsregelung ist zudem *innovationsfeindlich*: Welche Hochschule wagt es, an den Rand noch vertretbarer kurzer oder langer Amtszeiten zu gehen, wenn dies nach Einschätzung der Akkreditierungsinstitution ein Grund für die Nichtakkreditierung sein kann? Derzeit betragen die Amtszeiten von Rektoren und Präsidenten in der Regel zwischen 4 und 6 Jahren. Wäre eine Amtszeit eines Rektors oder Präsidenten von 8 Jahren nicht mehr akkreditierungs- oder genehmigungsfähig?

Die Bestimmung der „angemessenen Amtszeiten“ der Leitungsebene einer Hochschule ist ein *erheblicher Eingriff in deren Recht auf akademische Selbstverwaltung*.²⁵ Nicht das zuständige Ministerium oder der Wissenschaftsrat dürfen bestimmen, was für die einzelne Hochschule angemessen ist, sondern nur der Gesetzgeber kann diesen *Gestaltungsspielraum für private Hochschulen* regeln.

(3.) Es ist sicherzustellen, „dass nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts ihre Lehrangebote von einem dem Hochschultyp angemessenen Anteil von Hochschullehrern, die mit einem mindestens hälfti-

20 Zu diesem Gesetzesvorbehalt *Mann*, in Sachs (Hg.), Grundgesetz, Art. 12 GG Rn. 106 ff., 109 (zur Klarheit und Bestimmtheit berufsregelnder Gesetze).

21 § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. e Musterparagrafen (Fn. 2).

22 § 1 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 lit. b Musterparagrafen (Fn. 2).

23 Zu den Anforderungen des Demokratieprinzips an die Ge-

staltung der Wahlperiode: *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 10 Rn. 23.

24 So auch *Geis*, in diesem Heft, OdW 2021, 211-216

25 Vgl. dazu exemplarisch: *von Coelln* in: ders./Haug, BeckOK Hochschulrecht BW, 20. Edition 1.6.21, § 8 Rn. 17 f.

gen Anteil ihrer Arbeitskraft an der Hochschule beschäftigt sind, sowie von einem dem Hochschultyp angemessenen Anteil von nichtprofessoralem Lehrpersonal erbracht werden“.²⁶ Hierzu präzisiert die Begründung: „Die Angemessenheit richtet sich nach Hochschultyp und fachlichem Profil der jeweiligen Hochschule. Aus dieser Anforderung folgt auch, dass an einer nichtstaatlichen Hochschule eine Mindestzahl an angemessenen qualifizierten Hochschullehrern beschäftigt sein muss“.²⁷

Diese Regelung wirft die Frage auf: Welches ist ein dem *Hochschultyp angemessener Anteil* von Hochschullehrern, die die Hochschullehre zu erbringen haben? Welche *Unterschiede* gibt es insoweit zwischen Universitäten, Hochschulen für angewandte Wissenschaften oder Dualen Hochschulen? Und weiter: Bei welcher Zahl von akkreditierten Studiengängen, die von der Hochschule angeboten werden, ist welche Mindestzahl an Hochschullehrern angemessen? Hierzu finden sich nirgends durch demokratisch legitimierte Organe gesetzte Richtwerte oder konkretere Voraussetzungen, auch nicht in der Begründung des Musterparagraphen. Dies ist schwer verständlich. Denn in der Vergangenheit hat gerade ein Defizit an Hochschullehrer-Stellen immer wieder zur Ablehnung der institutionellen Akkreditierung geführt.²⁸ Die Mindestzahl von Hochschullehrern, die eine Akkreditierung und staatliche Anerkennung voraussetzt, kann nicht mit „Angemessenheitserwägungen“ im Einzelfall festgelegt werden. Eine derart nicht voraussehbare Anforderung an die Ausstattung privater Hochschulen mit Lehrpersonal verstößt auch darum gegen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, weil Eingriffe in Grundrechte voraussehbar sein müssen.

Gleiches gilt für die Forderung nach *Einsatz von nichtprofessoralem Lehrpersonal*. Welcher Einsatz ist hier vom Hochschultyp her vorzusehen und damit angemessen? Mit dieser Regelung könnten private Hochschulen sogar gezwungen werden, wegen ihres Hochschultyps nichtprofessorales Lehrpersonal einzusetzen. Dabei bleibt die Freiheit der Hochschule auf der Strecke, ihren Studierenden nach Möglichkeit nur professorale Lehre anzubieten. Es ist verfassungsrechtlich nicht begründbar, dass Hochschulen

dazu gezwungen werden können, einen Teil ihrer Lehre durch nicht professorales Lehrpersonal anzubieten.

- (4.) Die Hochschule muss „über eine Anzahl von Hochschullehrern verfüg(en), die eine angemessene Erfüllung der Aufgaben der Hochschule ermöglicht“.²⁹ Die Zielrichtung dieser Angemessenheitsregelung ist unklar. Zum einen ist die Hochschule, blickt man auf die bisherigen Regelungen, in der Regel verpflichtet, mehr als die Hälfte ihrer Lehre durch ihre Professorenschaft zu erfüllen. Sie ist zudem verpflichtet, Stellen für ihre Hochschulleitung vorzusehen. Hier lässt sich auch mit Blick auf das zu leistende Lehrangebot genau berechnen, wie viele Professoren und weiteres Lehrpersonal bei welcher Zahl von Studiengängen erforderlich sind. Warum bedarf es dann noch der unklaren Regelung, die Anzahl der Hochschullehrer müsse die angemessene Erfüllung der Aufgaben der Hochschule gestatten? Gründe für diesen Rückschritt hinter bislang klarere rechtliche Regelungen sind nicht ersichtlich.
- (5.) Die Hochschule ermöglicht „nach ihren strukturellen Rahmenbedingungen und ihrer Mindestausstattung eine der Wahrnehmung der Aufgaben nach Nummer 1 angemessene und auf Dauer angelegte Gestaltung und Durchführung des Lehr- und Studienbetriebs sowie von Forschung, Kunstausübung und Verwaltung ...; dazu gehört insbesondere der ausreichende Zugang zu fachbezogenen Medien“.³⁰ Auch hier stellt sich die Frage: Was sind die Kriterien dieser Angemessenheitsprüfung?
- (6.) Die gutachterliche Stellungnahme der Akkreditierungseinrichtung „kann die Akkreditierung oder Reakkreditierung von der Behebung von Mängeln innerhalb von angemessenen Fristen abhängig machen“.³¹ Nicht klar ist, wer darüber entscheidet, welche Frist angemessen ist und ob gerügte Mängel in angemessener Frist erfolgreich behoben wurden. Soll diese Entscheidung in der alleinigen Kompetenz des Wissenschaftsrates liegen, ohne dass ein internes Kontrollverfahren, wie nunmehr für die Akkreditierungsstellungen geregelt, vorgesehen ist?

26 § 1 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 lit. a Musterparagraph (Fn. 2).

27 Musterparagraph (Fn. 2), S. 11.

28 Wiss Rat Drs. 6816 – 18, S. 13 ff., 53; Wiss Rat Drs. 8071-19, S. 17, 37: Akkreditierung unter Auflagen trotz „eindeutiger Verfehlung“

der erforderlichen Zahl hauptamtlichen Lehrpersonals.

29 § 1 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 lit. b Musterparagraph (Fn. 2).

30 § 1 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 lit. d Musterparagraph (Fn. 2).

31 § 2 Abs. 3 S. 3 Musterparagraph (Fn. 2).

2. Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Angemessenheitsvorbehalten bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten

Grundrechtseingriffe, wie durch die Regelungen des Musterparagrafen, unter den Vorbehalt ihrer Angemessenheit zu stellen, ist keine gerade häufig anzutreffende legitime Gestaltung. Man kann nur vermuten, dass diese zahlreichen Angemessenheitsregelungen eine Kontinuität der Akkreditierungsverfahren durch den Wissenschaftsrat sichern möchten. Was dort bislang in dessen Akkreditierungsleitlinien in rechtlich zweifelhafter Weise unter „Hochschulförmigkeit“³² subsumiert wurde, ist nun Gegenstand einer nach wie vor rechtlich nicht kontrollierbaren Angemessenheitsprüfung. Denn zwischen der vom Musterparagrafen geregelten Angemessenheitsprüfung und einer rechtsstaatlich geordneten Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen erhebliche Unterschiede.

a) Zur Abgrenzung von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit

In einem ersten Zugriff wird daher zwischen der klassischen Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen und einer angemessenen Ausgestaltung grundrechtlicher Freiheit abgegrenzt.

In vielen Bereichen grundrechtlich geschützter Freiheit geht es um die *angemessene gesetzliche Gestaltung des grundrechtlichen Freiheit erst ermöglichenden Rechts*.³³ Dies gilt etwa bei der angemessenen Ausgestaltung der Eigentumsordnung, des Vereins- und Versammlungsrechts oder der formalen Organisation der Lehre an Hochschulen.³⁴ Bei dieser sog. *Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit* muss der Gesetzgeber, nicht aber die Verwaltung, die für oder gegen eine rechtliche Regelung sprechenden Belange ermitteln, gewichten, abwägen und zwischen ihnen einen *angemessenen Ausgleich* herstellen. Diese Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit ist mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht identisch.

Dieses gelangt immer dann zur Anwendung, wenn grundrechtliche Freiheit *nicht nur ausgestaltet, sondern in grundrechtliche Freiheit eingegriffen wird*.

Die verfassungsrechtliche Würdigung der im Musterparagrafen geregelten und vom Landesgesetzgeber umzusetzenden Angemessenheitsvorbehalte ergibt, dass der Landesgesetzgeber nicht allein eine angemessene Privathochschulfreiheit gestaltet, sondern in teilweise ganz erheblicher Weise in diesen Freiheitsbereich eingreift. Es handelt sich nicht um eine angemessene gesetzliche Ausgestaltung der Privathochschulfreiheit, sondern es ist davon auszugehen, dass „der mit der Pflicht zur Akkreditierung verbundene Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit ... schwer“ wiegt.³⁵ Will man diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zur Akkreditierung von Studiengängen auf die institutionelle Akkreditierung von Hochschulen übertragen³⁶ und *gewichten*, so regelt der Musterparagraf eine präventive Vollkontrolle von Forschung und Lehre an einer *privaten Hochschule*, was der *schwerstmögliche Eingriff* in die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschafts- und Lehrfreiheit ist.³⁷ Wird doch das gesamte Forschungs- und Lehrprofil einer Hochschule einer rechtlichen Kontrolle unterworfen, kann mit Auflagen in die Forschungs- und Lehrfreiheit eingegriffen werden, wird die Amtszeit der Leitungsorgane bestimmt, wird die erforderliche Zahl von Professuren festgelegt und werden bei Nichterfüllung die institutionelle Akkreditierung und staatliche Anerkennung abgelehnt. Der Zwang zur staatlichen Anerkennung und institutionellen Akkreditierung der Hochschule beschränkt deren Freiheit, über die Organisation ihrer Lehrveranstaltungen, über ihre Formen akademischer Selbstverwaltung, über die Einstellung von Hochschulpersonal oder über ihre Literaturversorgung zu bestimmen. Ein derartiger Genehmigungs- und „Akkreditierungsvorbehalt ist auch ein Eingriff in die Rechte der Lehrenden und der Fakultäten oder Fachbereiche“.³⁸

b) Regelung wesentlicher Fragen und Maßstäbe der Hochschulgestaltung nur durch den Gesetzgeber

Derart schwerwiegende Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte Forschungs- und Lehrfreiheit können nicht mit Angemessenheitsvorbehalten gerechtfertigt werden. Denn *wesentliche Entscheidungen* in Akkreditierungsverfahren muss der Gesetzgeber „unter

32 Zur Kritik an diesem Begriff vgl. Würtenberger, Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung, OdW 2020, 215, 216.

33 Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 454 und passim; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 20 f. mit Nachw.

34 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 55.

35 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 -

1 BvL 8/10 -, Rn. 50, 53.

36 So zum Beispiel: Otting/Ziegler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, NVwZ 2016, 1064, 1066 f.

37 Mann/Immer, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, RdJB 2007, 334, 349, die das Akkreditierungswesen zu Belangen zählen, die dem „Kernbereich“ universitärer Wissenschaft und Lehre zuzuordnen sind.

38 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 52.

Beachtung der Eigenrationalität der Wissenschaft selbst treffen“.³⁹ Was wesentliche Entscheidungen und Entscheidungsmaßstäbe in Verfahren der institutionellen Akkreditierung sind, ist bereichsspezifisch zu klären. Bei der Bestimmung des Wesentlichen sind das Gewicht des vom Grundgesetz intendierten Freiheitsschutzes, die Eigenart des Regelungsgegenstandes und die Besonderheiten des zu regelnden Sachbereichs von Bedeutung.

Je wesentlicher Entscheidungen und Entscheidungsmaßstäbe für die staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung sind, desto höher sind die *Anforderungen an die Normenklarheit*. Die Bestimmtheitsanforderungen „sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage ... die Betätigung von Grundrechten erschwert“.⁴⁰ Insbesondere müssen Eingriffsermächtigungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß so bestimmt sein, dass die *Eingriffe nachprüfbar* und soweit möglich für den Betroffenen *voraussehbar* und berechenbar werden. Das folgt aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Gewaltenteilung und aus der Forderung nach einem möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Eingriffe.⁴¹

Generalklauseln sowie durch Rechtsnormen eingeräumte Gestaltungs- und Ermessensspielräume, etwa durch Angemessenheitsregelungen, stehen dem Gebot der Rechtssicherheit zwar nicht generell entgegen.⁴² Einer zu weit getriebenen Vergesetzlichung steht das Bedürfnis gegenüber, die verfassungsrechtlich garantierte Eigenständigkeit der Exekutive und die notwendige Flexibilität des Verwaltungshandelns zu erhalten. So hat der Wissenschaftsrat als Sachverständigenausschuss bei seinen Stellungnahmen zur institutionellen Akkreditierung einen wissenschaftsaffinen Einschätzungsspielraum. Seine spezifisch wissenschaftsorientierten Bewertungen müssen *nachvollziehbar* sein, unterliegen darüber hinaus aber keiner weitergehenden rechtlichen Kontrolle. Allerdings will die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts derartige Rücknahmen des Rechtsschutzes nun nicht mehr anerkennen.⁴³

Entscheidungen von Gremien, wie dem Wissenschaftsrat, müssen sich an gesetzlichen Vorgaben orientieren. Bei dieser gesetzlichen Rahmensetzung sind die Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit umso höher, je stärker die Regelung in grundrechtlich geschützte Bereiche eingreift. Bei dieser Bestimmung im-

manenter Grundrechtsschranken müssen die gebotenen gesetzlichen Regelungen und muss die gesetzliche Vorbestimmung der Entscheidungen und damit auch die gerichtliche Kontrollmöglichkeit in einer Art von „Gleitformel“ umso dichter sein, je stärker ein Grundrecht durch einen Eingriff betroffen wird und je fundamentaler das betroffene Grundrecht ist. Je belastender Grundrechtseingriffe sind, desto stärker müssen u.a. Beurteilungsspielräume⁴⁴ oder das Verwaltungsermessen⁴⁵ eingeschränkt sein (Je-desto-Formel).

Nun mag man einwenden, die Beurteilung von wissenschaftlicher Qualität, vom Niveau akademischer Lehre und von wissenschaftsadäquater Organisation einer Hochschule lasse sich gesetzlich nicht näher regeln, so dass mit Angemessenheitsregelungen gearbeitet werden müsse. Vergleichen wir ein anderes Regelungsgefüge in dem uns interessierenden Bereich: Die Art. 2 und 3 des Studienakkreditierungsstaatsvertrags regeln präzise normative Vorgaben und das Verfahren der Akkreditierung von Studiengängen. Dies kann ein Modell für die Regelung staatlicher Anerkennung und institutioneller Akkreditierung privater Hochschulen sein.

c) Widerspruch zur Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum

Die hier erörterten Angemessenheitsregelungen für Eingriffe in die Privathochschulfreiheit sind nicht vereinbar mit den „Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), verabschiedet von der Konferenz der Bildungsministerinnen und Bildungsminister in Eriwan (14./15. Mai 2015)“.⁴⁶ Nach diesen Standards und Leitlinien müssen Qualitätssicherungsmaßnahmen im Hochschulbereich auf „eindeutigen, vorab definierten und veröffentlichten Kriterien, die konsistent angewendet werden“, beruhen.⁴⁶ In den Gesetzgebungsverfahren der Bundesländer werden diese Vorgaben allerdings nicht hinreichend berücksichtigt.

3. Zwischenbemerkung

Die Angemessenheitsregelungen des Musterparagrafen und des diesen umsetzenden Hochschulrechts verstoßen gegen den Vorbehalt gesetzlicher Grundlage für Eingriffe in die Forschungs- und Lehrfreiheit. Es handelt sich nicht um die angemessene Gestaltung grundrechtli-

39 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Leitsatz, Rn. 59.

40 BVerfGE 108, 52, 75.

41 BVerfGE 8, 274, 325 f.

42 Zum Folgenden *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 64 und Rn. 41 mit Nachw.

43 BVerwG NVwZ 2020, 233, 238; kritisch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 25 Rn. 38.

44 BVerfGE 83, 130, 142, 145.

45 BVerfGE 49, 89, 126 f., 145 f.

46 https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 32.

cher Freiheit durch den Gesetzgeber, sondern insbesondere mit Blick auf die Folgen eines Verstoßes gegen diese Angemessenheitsregelungen um schwere und tiefe Eingriffe in die verfassungsrechtlich garantierte Privathochschulfreiheit.

IV. Verfassungsrechtliche Kritik an Einzelregelungen des Musterparagraphen

„Eingriffe in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit können zur Verfolgung eines Zieles mit Verfassungsrang gerechtfertigt sein“.⁴⁷ Diesem zentralen Grundsatz der Grundrechtsdogmatik sowie der damit verbundenen Abwägungsdogmatik widersprechen einige Regelungen des Musterparagraphen.

1. Weder die Frist staatlicher Anerkennung noch das Verhältnis von Fristen und Kosten verfassungskonform geregelt

Nach dem Musterparagraphen kann das zuständige Ministerium „in regelmäßigen Abständen eine gutachterliche Stellungnahme einer Akkreditierungseinrichtung einholen, mit der das Vorliegen der in § 1 Abs. 3 genannten Kriterien bei staatlich anerkannten nicht-staatlichen Hochschulen überprüft wird (institutionelle Akkreditierung, Reakkreditierung)“.⁴⁸ Für die Akkreditierungseinrichtung sieht der Musterparagraph allerdings eine *andere Befristung für institutionelle Akkreditierungen vor*: „Akkreditierungen und Reakkreditierungen werden in der Regel auf mindestens fünf Jahre befristet“.⁴⁹ Bei diesen Regelungen besteht die Gefahr, dass die Fristen der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat divergieren. Gravierender als diese legistische Ungereimtheit ist: Für die Geltung der staatlichen Anerkennung werden keine Fristen genannt: Nach Ermessen bestimmt das zuständige Ministerium, wie kurz oder wie lange die regelmäßigen Akkreditierungsabstände sein sollen.

Wenn die staatliche Anerkennung von privaten Hochschulen zeitlich begrenzt werden soll, muss der Gesetzgeber Mindestfristen und kann gegebenenfalls auch Höchstfristen vorsehen. Denn die Fristsetzung für Neubeartragungen staatlicher Anerkennung ist ein tiefer Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privathochschulfreiheit. Die Hochschule muss einen umfangreichen Bericht verfassen, der die Arbeitszeit der Professorenschaft über Monate hinweg bindet. Derartige Kos-

ten für die Akkreditierung von Studiengängen beziffert das BVerfG unter Auswertung einschlägiger Unterlagen auf 30.000 bis 38.000 € für einen *einzigsten Studiengang*. Die weitaus arbeitsaufwändigere institutionelle Akkreditierung einer privaten Hochschule verursacht deutlich höhere interne Kosten. Mindestens 50.000 € dürften nicht zu hoch geschätzt sein. Für die institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat muss man mit Kosten von etwa 30.000 € rechnen. Bezieht man die Kosten der staatlichen Anerkennung mit ein, so kosten die institutionelle Akkreditierung und die staatliche Anerkennung zwischen 80.000 und 90.000 €. Geht man von fünfjährigen Akkreditierungsfristen aus, so muss die Hochschule innerhalb von 10 Jahren etwa 270.000 € für ihre institutionelle Akkreditierung und staatliche Anerkennung aufwenden. Hinzu kommen *beträchtliche Kosten für die Akkreditierung ihrer Studiengänge*.

Wegen der tiefen Grundrechtseingriffe durch kurze Befristungen von staatlicher Anerkennung und institutioneller Akkreditierung einerseits und den damit verursachten immensen Verfahrenskosten andererseits ist zu fordern: Ähnlich wie bei der Festlegung von Fristen bei der Akkreditierung von Studiengängen durch Gesetz oder durch Rechtsverordnung sind die Anerkennungs- und Akkreditierungsfristen rechtlich zu regeln. Bei dieser Regelung ist zu berücksichtigen, dass das zuständige Ministerium Abweichungen vom Anerkennungsbescheid mit *Auflagen oder Widerruf* der Anerkennung rechtsaufsichtlich sanktionieren kann.

2. Zum ausreichenden Zugang zu fachbezogenen Medien

§ 1 Abs. 3 Nr. 3 lit. d Musterparagraph verlangt einen „ausreichende(n) Zugang zu fachbezogenen Medien“. Hiergegen ist nichts zu erinnern. Eine etwas ausführlichere Regelung der Versorgung mit elektronisch zugänglicher und Print-Literatur war vom Wissenschaftsrat bereits in seinem Leitfaden für die institutionelle Akkreditierung getroffen worden: Die Hochschule „verfügt über einen ihrem institutionellen Anspruch und Profil sowie den vertretenen Disziplinen angemessenen und zeitgemäßen Bestand an wissenschaftlicher Fachliteratur (elektronisch und/oder Printversion)“.⁵⁰ Die Akkreditierungsstellen kritisieren fast durchgehend die Bibliotheksausstattung der zu akkreditierenden privaten Hochschule.⁵¹ Gerügt werden der Umfang der bestehenden Bibliothek, zu gering bemessene Bibliotheksmittel, kein hinreichender Zugang zu Internetzeitschriften und

47 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 58 mit Rechtsprechungsnachweisen.

48 § 2 Abs. 1 S. 2 Musterparagraph (Fn. 2).

49 § 2 Abs. 3 S. 4 Musterparagraph (Fn. 2).

50 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 38.

51 Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 37; Drs. 4399-15, 40; Drs. 6172-17, S. 64 f.; Drs. 8256-20, S. 53; Drs. 5423-16, S. 50; Drs. 4877-15, S. 54; Drs. 7836-19, S. 55.

-publikationen sowie einen fehlenden, für die Bibliothek zuständigen Bibliothekar bzw. eine entsprechende Stelle mit zu geringem Deputat.⁵²

Nicht alle Bewertungen der Literaturversorgung wurden von den Hochschulen geteilt. Um nur einige Kritikpunkte an den Akkreditierungsstellungen zu nennen: Es ist nicht ersichtlich, warum die Betreuung zum Beispiel der Online-Bibliothek nicht in der Verantwortung eines Professors der Hochschule liegen darf.⁵³ Das durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Organisationsermessen der Hochschule gestattet es, auch einen Professor mit der Betreuung der Online-Bibliothek zu betrauen. Denn ein Professor an einer privaten Hochschule für angewandte Wissenschaften ist besser als jeder Bibliothekar in der Lage, eigenständig darüber zu bestimmen, welcher Online-Medien und Bücher es in seinem Bereich oder seiner Hochschule für Forschung und Lehre bedarf.

Soweit die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates von den privaten Hochschulen erwarten, mit *beträchtlichen Bibliotheksmitteln* eine eigene Bibliothek aufzubauen⁵⁴, lässt sich darauf verweisen, dass die Studierenden Zugang zu in der Nähe liegenden Universitätsbibliotheken sowie anderen staatlichen oder kommunalen Bibliotheken haben, was vom Wissenschaftsrat nicht immer hinreichend bedacht wird. Für die Studierenden an privaten Hochschulen sollten die gleichen Zugangsrechte, auch gesicherter Zugang, wie für die Studierenden an öffentlichen Hochschulen gewährleistet sein. Diese *Gleichheit bei der Nutzung der Bibliotheksinfrastruktur* mag man damit rechtfertigen, dass die privaten Hochschulen mit ihren Studienplätzen den Staat im Bereich seiner Hochschulfinanzierung entlasten.

3. Ermöglichung eines wissenschaftlichen Diskurses durch Größe und Ausstattung der Hochschule

§ 1 Abs. 3 Nr. 3 lit. c Musterparagraph verlangt für die Erfüllung der den privaten Hochschulen obliegenden Aufgaben, dass „die Hochschule von ihrer Größe und Ausstattung her wissenschaftlichen ... Diskurs ermöglicht“. Dass wissenschaftliche Hochschulen einen wissenschaftlichen Diskurs zwischen ihren Studierenden sowie zwischen den Studierenden und akademischen

Lehrern ermöglichen sollen, ist eine Binsenwahrheit. Der wissenschaftliche Diskurs ist eben nicht hinterfragbarer Bestandteil der Wissenschaftlichkeit von Hochschulen.

Ob überhaupt, zu welchen Themen, in welchen Formen und in welcher Tiefe der wissenschaftliche Diskurs stattfindet, lässt sich nur begrenzt *normativ regeln*. Und ob ein wissenschaftlicher Diskurs stattfindet, lässt sich auch *kaum überprüfen*. Vor allem muss der Versuch fehlen, Hochschulen besonders determinierte Professuren oder Professuren zusätzlich zur ausreichenden Abdeckung des Lehrangebotes aufzuzwingen, damit der wissenschaftliche Diskurs zwischen der Professorenschaft auf *mehr Köpfe* zählen kann. Bietet eine private Hochschule nur zwei Studiengänge mit dem dafür erforderlichen Lehrpersonal an, kann nicht gefordert werden, zur Abrundung des wissenschaftlichen Profils und Erweiterung der Möglichkeiten hochschulinterner wissenschaftlichen Diskussion weitere Hochschullehrer einzustellen.⁵⁵ Ein möglicherweise begrenzter hochschulinterner wissenschaftlicher Diskurs kann durch Teilnahme an wissenschaftlichen Tagungen, durch Forschungs Kooperationen, durch Teilnahme an Drittmittelprojekten und anderes mehr ausgeglichen werden.

Vor allem bei privaten Hochschulen mit Fernstudiengängen hat der Wissenschaftsrat wiederholt kritisiert, dass der Verzicht auf Präsenzlehre den Kontakt der Studierenden untereinander verhindere, den akademischen Austausch zwischen Lehrenden und Lernenden erheblich erschwere und einem hochschulinternen Diskurs entgegen stehe.⁵⁶ Bei dieser Kritik wird nicht hinreichend gewürdigt, dass auch bei Fernstudiengängen alle Studierenden die Möglichkeit haben, sich auf den zur Kommunikation zur Verfügung stehenden Wegen an ihre Dozenten zu wenden. Von dieser *Möglichkeit zu wissenschaftlicher Interaktion*, etwa durch E-Mail oder Telefon, wird von den Studierenden, so berichten diese Hochschulen, rege Gebrauch gemacht, insbesondere bei der Anfertigung von Seminar- und Abschlussarbeiten. Mit den guten Möglichkeiten einer zeitgemäßen Online-Kommunikation und -Lehre, die durch die Hochschulen intensiv genutzt werden können, wird eine besondere Form von Online-Präsenzlehrveranstaltungen, etwa ein

52 Wiss Rat Drs. 7497-19, S. 51.

53 Anders Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 54.

54 Wiss Rat Drs. 7849-19, S. 32; Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 37: Zugang zur am gleichen Ort befindlichen Universitätsbibliothek keine hinreichende „Bibliotheksversorgung“ der Studierenden.

55 Anders aber der „Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Wiss Rat 4395-15, S. 32: „Der akademische Kern einer Hochschule, die ausschließlich Bachelorangebote vorhält, umfasst hauptberufliche Professuren im Umfang von grundsätzlich mindestens sechs Vollzeitäquivalenten (VZÄ)

zuzüglich Hochschulleitung“. Eine derartige einschneidende Vorgabe für die Gestaltung einer privaten Hochschule bedarf einer klaren gesetzlichen Grundlage.

56 So wurde etwa in der Akkreditierung der europäischen Fachhochschule Hamburg (Euro-FH) die Empfehlung ausgesprochen, den Präsenzanteil im Masterstudium zu erhöhen, „um den wissenschaftlichen Diskurs und eine notwendige kritische Auseinandersetzung mit dem Stand der Forschung in den Master-Studiengängen (...) zu verstärken“ (Wiss Rat Drs. 3002-13, S. 13).

Seminar in Form einer Video-Konferenz, ermöglicht.⁵⁷ Hinzu kommt, dass den Studierenden in Fernstudien-gängen die Möglichkeit eröffnet wird, sich in Chats oder anderen Räumen digitaler Kommunikation zu treffen. Dies ist zwar kein voller Ersatz für die Kommunikation der Studierenden untereinander anlässlich von Präsenz-lehre. Immerhin werden jedoch die der jungen Genera-tion geläufigen Formen der Kommunikation in den Hochschulbereich eingebracht.

V. Vernachlässigung eines Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren

Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren ist geboten, wenn Verwaltungsbehörden ein hohes Maß an Verfahrensverantwortung bei Entscheidungen erhalten, die für die Grundrechtsausübung bedeutsame Fragen betreffen. Durch Organisation und Verfahrensgestaltung ist die Effektivität des gebotenen Grundrechtsschutzes⁵⁸ zu sichern, wenn, wie vorliegend, hochschul- und wissenschaftsaffiner Sachverstand in Genehmigungs- und Akkreditierungsverfahren eingebracht werden muss. So müssen die gesetzlich geregelten Kriterien wissenschaftlicher Qualität oder wissenschafts-affiner Hochschulorganisation Raum für wissenschafts-eigene Beurteilungen lassen. Soweit die Eigengesetzlich-keit von Forschung und Lehre zur Eröffnung von Beurteilungsspielräumen zwingt, bedarf es organisatorischer und prozeduraler Verfahrenssicherungen.⁵⁹ Diese grundrechtsschützende Organisation mitsamt dem Ver-fahren ist vom Gesetzgeber und nicht durch Innenrecht der Exekutive zu regeln.⁶⁰

Die Musterparagraph-Regelungen von Organisation und Verfahren des Wissenschaftsrates widersprechen sowohl Vorgaben aus dem Bereich der Europäischen Union als auch des Grundgesetzes.

1. Exkurs zu den Vorgaben für die Organisation und Verfahren der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat

Der Wissenschaftsrat wurde durch das Verwaltungsab-kommen, nicht durch Staatsvertrag, zwischen Bund und Ländern vom 5. September 1957 gegründet.⁶¹ Nach die-

sem Verwaltungsabkommen wird die Behörde Wissen-schaftsrat von den Bundesländern und dem Bund als *öffentlich-rechtlichen Körperschaften*, vertreten durch ihre Regierungen, getragen. Hier lässt sich von einer *hybriden Organisationsform* im Bereich der Bund-Län-der Kooperation sprechen: Der Wissenschaftsrat ist eine gemeinsam von Bund und Ländern getragene Behörde, die in Akkreditierungsverfahren in verbindlicher Weise und mit Information an die Öffentlichkeit die Qualität von Hochschulen bewertet, dabei aber keiner Rechts-kontrolle unterliegt.

Diese Konstruktion der Behörde Wissenschaftsrat lässt sich mit dem *organisationsrechtlichen Gesetzesvor-behalt*⁶² nicht vereinbaren. Denn es bedarf immer dann eines demokratisch legitimierten Gesetzes, wenn eine Behörde errichtet werden soll, die durch ihr Handeln nach außen in Grundrechte, hier von privaten Hoch-schulen und deren Träger, eingreift. Da es an dem erforderlichen Errichtungsgesetz fehlt, fehlen auch gesetzli-che Regelungen der Rechtsaufsicht und des Rechtsschut-zes gegen nach außen wirkende Maßnahmen des Wis-senschaftsrates. Hinzu kommt, dass der Wissenschaftsrat als Verwaltungsbehörde nicht berechtigt ist, Normen zu erlassen, die sein Akkreditierungsverfahren regeln, das in grundrechtliche Freiheit eingreift.

Zweifelhaft ist zudem, ob die Mitwirkung des Wis-senschaftsrates an Akkreditierungsverfahren von der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes getragen ist. Das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Verwaltung („Mischverwaltung“) schließt sich nach dem den kooperativen Föderalismus regelnden Nor-mengefüge der Art. 83 ff., 91a und 91b GG grundsätzlich aus.⁶³ Die in vorliegendem Zusammenhang interessie-rende Gemeinschaftsaufgabe der Forschungsförderung und der Feststellung der Leistungsfähigkeit des deut-schen Bildungswesens im internationalen Vergleich ist in Art. 91b GG geregelt. Ein Zusammenwirken zwischen Bund und Ländern bei der institutionellen Akkreditie-rung von privaten Hochschulen ist vom Wortlaut des Art. 91b Abs. 1 oder Abs. 2 GG wohl kaum noch gedeckt. Allerdings soll nach jüngerer Rechtsprechung des Bun-desverfassungsgerichts ein Zusammenwirken von Bund und Ländern auch ohne verfassungsrechtliche Ermäch-

57 Vgl. dazu auch unter Hinweis auf die Wissenschaftlichkeit der Online-Lehre anlässlich der Covid-Pandemie *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, *OdW* 2021, 137, 140 ff.

58 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 41 f. mit Nachw.

59 VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 82

60 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 42; VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 82.

61 https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2

62 Vgl. *Jarass/Pieroth/Jarass*, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 20 GG Rn. 76; *Jarass/Pieroth/Pieroth*, aaO, Art. 86 GG Rn. 2 a; *Dreier/Schulze-Fielitz*, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 125; von *Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 283.

63 Vgl. *Maunz/Dürig/Schwarz*, Grundgesetz, 94. EL Januar 2021, Art. 91b GG Rn. 9; *Maunz/Dürig/Ibler*, Grundgesetz, 94. EL Januar 2021, Art. 87 GG Rn. 195 jeweils mit Nachweisen.

tigung unter zwei Voraussetzungen zulässig sein: Es muss ein „besonderer sachlicher Grund“ vorliegen und sich um eine „eng umgrenzte Verwaltungsagenda“ handeln.⁶⁴ Beides mag man bei der institutionellen Akkreditierung von privaten Hochschulen durch den Wissenschaftsrat bejahen können.

Die Organisation des Wissenschaftsrates steht allerdings kaum in Einklang mit den Vorgaben der „Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG)“.⁶⁵ Hier wird eine *strikte Unabhängigkeit* der Akkreditierungsinstitutionen, unter anderem von den staatlichen Regierungen, gefordert. Eine Akkreditierungsinstitution, die von Bund und Ländern, jeweils repräsentiert von ihren Regierungen, getragen ist und deren Mitglieder zum Teil von den Regierungen des Bundes und der Länder entsandt bzw. auf deren Vorschlag berufen werden⁶⁶, dürfte kaum die geforderte organisatorische Distanz zum staatlichen Bereich besitzen.

Die Aufgabe des Wissenschaftsrates, die Leistungen privater Hochschule im Rahmen der Akkreditierung zu evaluieren, führt zu der in allen Evaluierungsverfahren gestellten Frage: Wer evaluiert die Evaluierenden? Dies kann eine Fremd- und Selbstevaluation sein. Eine Evaluierung der Tätigkeit des Wissenschaftsrates hat über lange Zeit hinweg nicht mehr stattgefunden. Auch dies widerspricht den Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG). Die dortigen Vorgaben fordern, dass der Wissenschaftsrat sich selbst evaluiert. Er muss Verfahren für seine interne Qualitätssicherung regeln, auf seiner Website veröffentlichen und praktizieren.⁶⁷ Wenn der Wissenschaftsrat die von der Europäischen Union näher geregelten Anforderungen an seine interne Qualitätssicherung umsetzen würde, wäre dies ein wichtiger Beitrag zu einer grundrechtsschonenden Gestaltung dessen Akkreditierungsverfahren. Nicht unerwähnt kann bleiben, dass sich der Wissenschaftsrat nach den Vorgaben der Europäischen Union alle fünf Jahre einer Fremdevaluation unterziehen soll.⁶⁸

2. Zu den verfahrensrechtlichen Vorgaben für Verfahren institutioneller Akkreditierung

In seiner Akkreditierungsentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht präzise vorgeschrieben, wie Akkreditierungsverfahren im Bereich von Forschung und Lehre an Hochschulen zu gestalten sind. Es geht davon aus, dass der Gesetzgeber zur Qualitätssicherung von Forschung und Lehre keine detaillierten Vorgaben machen könne.⁶⁹ Denn der Gesetzgeber dürfe nicht in die grundrechtlich geschützte Eigenständigkeit und Eigenrationalität von Forschung und Lehre eingreifen.

„Kriterien der Bewertung wissenschaftlicher Qualität, an die der Gesetzgeber Folgen knüpft, müssen (daher, vom Verfasser ergänzt) Raum für wissenschaftseigene Orientierungen lassen. Daher ist die Wissenschaftsfreiheit durch den Gesetzgeber in Systemen der Qualitätskontrolle jedenfalls prozedural und organisatorisch zu sichern; neben dem Abwehrrecht gegen punktuelle und personenbezogene Eingriffe steht auch hier eine Garantie hinreichender Teilhabe der Wissenschaft selbst, die vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen sowohl innerhalb der Hochschulen wie auch durch Dritte, im Wissenschaftssystem mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattete Akteure schützt“.

Die damit geforderte Prozeduralisierung des Schutzes von Forschung und Lehre ist folgenreich. Vom Bundesverfassungsgericht wird gefordert:

- (1.) Bei „wertenden grundrechtsrelevanten Entscheidungen“ muss durch Gesetz geregelt werden, „wer diese zu treffen hat und wie das Verfahren ausgestaltet ist“.
- (2.) Für die Qualitätssicherung muss gesetzlich ein Gesamtgefüge geschaffen werden, „in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so ausgestaltet sind“, dass Gefahren für die Freiheit der Lehre auszuschließen sind.
- (3.) „Zur Vermeidung wissenschaftsinadäquater Steuerungspotentiale ist eine angemessene Beteiligung

64 BVerfGE 119, 331, 366; *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 188 ff., 194.

65 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 36 f.

66 https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am 9. 7. 2021), Art. 4 Abs. 2 und 3.

67 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Euro-

päischen Hochschulraum (ESG), https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 39.

68 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 40.

69 Die folgenden Zitate aus BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Februar 2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 60 mit Nachw. zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

der Wissenschaft insbesondere an der Festlegung der Bewertungskriterien unabdingbar. Das gilt erst recht, wenn Bewertungskriterien hochschulextern festgesetzt werden, da damit ein erhöhtes Risiko der Vernachlässigung wissenschaftsadäquater Belange einhergeht, und wenn die Hochschulangehörigen auf die externe Bewertung angewiesen sind⁷⁰.

(4.) Dass die Bewertungskriterien in den verschiedenen Disziplinen differieren können und müssen, muss in Akkreditierungsverfahren beachtet werden. Auch sind Öffnungs- und Experimentierklauseln für innovative Gestaltungen von Forschung und Lehre vorzusehen.

Der Musterparagraph ist insofern ein Schritt in die richtige Richtung, als das bislang rechtsstaatlich problematische Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates jedenfalls zum Teil reformiert wird.

a) Zweifel an der Effektivität wissenschaftsratsinterner Rechtsschutzverfahren

Nachdem bislang das Verfahren der institutionellen Akkreditierung vom Wissenschaftsrat ohne jegliche Rechtsgrundlage durchgeführt wurde, regelt nun § 2 Abs. 2 Musterparagraph einige Eckpunkte für das Verfahren institutioneller Akkreditierung. Der Antrag auf institutionelle Akkreditierung wird nicht von der Hochschule, sondern von dem für die staatliche Anerkennung zuständigen Ministerium gestellt. Dieses entscheidet nach Ermessen darüber, welche Einrichtung mit der Akkreditierung betraut wird. Die vom zuständigen Ministerium beauftragte Akkreditierungseinrichtung setzt eine Gutachterkommission ein, die „mehrheitlich mit externen, unabhängigen, fachlich einschlägig qualifizierten Hochschullehrern besetzt sein (muss), darunter mindestens ein professorales Mitglied einer nichtstaatlichen Hochschule, sowie mit einem studentischen Mitglied (S. 3). Zu dem von der Akkreditierungseinrichtung vorgelegten Gutachten können die nichtstaatliche Hochschule, ihre Trägereinrichtung, ihr Betreiber sowie das Land, welches das Gutachten einholt, Stellung nehmen. Dieses den Hochschulen und ihren Betreibern sowie Trägern bislang vom Wissenschaftsrat nicht eingeräumte Recht zur Stellungnahme ist vom Rechtsstaatsprinzip

und auch nach den Leitlinien der Europäischen Union⁷¹ geboten. Sie erfolgt bereits vor der abschließenden Entscheidung über die Akkreditierung (S. 4).

Für etwaige Streitfälle richtet die Akkreditierungseinrichtung eine interne Beschwerdestelle ein, die mit drei externen Wissenschaftlern besetzt ist. Außerdem regelt die Akkreditierungseinrichtung das Verfahren und die Fristen (S. 5). Nicht geregelt ist die *Qualifikation* der drei externen Wissenschaftler. Um im Bereich des Wissenschaftsrates das nötige Mindestmaß an rechtsstaatlichem Verfahren, wie es in Art. 20 Abs. 3 GG vorausgesetzt wird⁷², zu gewährleisten, muss ein Rechtswissenschaftler mit der Befähigung zum Richteramt und mit Erfahrung im Hochschulrecht an den internen Beschwerdeverfahren beteiligt sein.

Verfassungsrechtlich zweifelhaft ist, die Regelung des Verfahrens völlig in die Hand der Akkreditierungseinrichtung zu legen. Soll es wirklich statthaft sein, eine Verhandlung in mündlicher Form über die Einwände der Hochschule auszuschließen? Dient die *Anhörung* doch dem Schutz subjektiver Rechte und ist Ausprägung des verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutzes.⁷³ Um nur ein Beispiel zu nennen: Soweit der Landesgesetzgeber Verfahren vor den Stadt- oder Kreisrechtsausschüssen geregelt hat⁷⁴, ist aus *Gründen effektiven Rechtsschutzes* eine mündliche Verhandlung vorgesehen.

Nach § 2 Abs. 2 S. 6 Musterparagraph setzt „die abschließende Entscheidung über die Akkreditierung ... die Zustimmung zumindest eines mehrheitlich mit externen Hochschullehrern besetzten Gremiums der Akkreditierungseinrichtung voraus“. Welches Gremium mit dieser abschließenden Entscheidung betraut wird, ist nicht vorgeschrieben. Ist dies ein neues Gremium, über dessen Zusammensetzung der Wissenschaftsrat nach Ermessen entscheidet?

Außerdem muss die kritische Frage gestellt werden: Hat die Entscheidung der internen Beschwerdestelle *keine Bindungswirkung für die abschließende Entscheidung* über die institutionelle Akkreditierung? Kann das interne Beschwerdeverfahren nichts weiter als ein Verfahrensbaustein sein, der nicht präjudiziell für die abschließende Entscheidung ist?

70 Zur angemessenen Beteiligung der Wissenschaft an der Festlegung der Bewertungskriterien: VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 82.

71 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf (abgerufen am 9.7.2021), S. 33: „Es erhöht die sachliche Richtigkeit des Berichts, wenn die Hochschule vor dessen Fertigstellung Gelegenheit erhält, auf sachliche Fehler hinzuweisen“, eine Aufforderung, die

vom Wissenschaftsrat bislang negiert wurde. Gleiches gilt für die Vorgaben für Beschwerdeverfahren (aaO S. 34), die vom Wissenschaftsrat ebenfalls nicht beachtet wurden.

72 Vgl. zu den Anforderungen nur *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 49 ff. mit Nachweisen.

73 *Schoch/Schneider/Schneider*, VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 28 Rn. 5 mit Nachweisen.

74 Vgl. § 16 Abs. 2 RP Landesgesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AGVwGO).

b) Defizit an verwaltungsinterner Rechtskontrolle?

Der Musterparagraf lässt es offen, wer über *Rechtsbeihilfe* gegen Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates entscheidet. Der normale Beschwerdeweg geht an den Rechtsträger, der die Rechts- oder Fachaufsicht über den Wissenschaftsrat führt. Für die Behörde Wissenschaftsrat sind jedoch weder rechts- noch fachaufsichtliche Regelungen ersichtlich.⁷⁵ Dies widerspricht an sich dem Verfassungsprinzip, dass das Verwaltungshandeln grundsätzlich einer Rechtsaufsicht unterliegt. Nur so kann die rechtliche Bindung der Verwaltung, wie vom Rechtsstaatsprinzip geboten, gesichert werden. Außerdem wird bei einem Verzicht auf die Rechtsaufsicht „die parlamentarische Lenkungs- und Kontrollmöglichkeit sowie die Verantwortlichkeit und somit die *Effektivität der demokratischen Legitimation reduziert*“.⁷⁶ Man kann allerdings keine ausnahmslose Staatsaufsicht über alle dezentralen Verwaltungsträger einfordern.⁷⁷ Soweit es, wie bei Akkreditierungsverfahren, um wissenschaftsaffine Stellungnahmen in Verfahren der Entscheidungsfindung geht, lassen sich Ausnahmen von der Rechtsaufsicht rechtfertigen. Da die Ablehnung der institutionellen Akkreditierung *nicht präjudiziell* für die Verweigerung der staatlichen Anerkennung ist, mag man es für verfassungsrechtlich statthaft erachten, den Wissenschaftsrat in einem aufsichts- und damit ministerialfreien Raum⁷⁸ zu belassen.

Bei aufsichts- und ministerialfreien Räumen sind die hierdurch entstandenen Rechtsstaats- und Demokratie-defizite nach Möglichkeit zu kompensieren⁷⁹, was durch *Verfahren effektiver interner Rechtskontrolle* gelingen kann. Zudem sollte Rechtssicherheit durch eine Regelung gestiftet werden, ob Klagen gegen den Wissenschaftsrat als Behörde oder gegen dessen Rechtsträger Bund und Länder zu richten sind. Naheliegend ist, wie in Art. 3 Abs. 7 Studiengangskkreditierungsstaatsvertrag⁸⁰, eine explizite Regelung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

c) Gesetzliche Regelung des Beschwerdeverfahrens gegen Akkreditierungsentscheidungen des Wissenschaftsrates

Bei der landesgesetzlichen Umsetzung des Musterparagrafen gibt es zwei Modelle der Regelung von Beschwerdeverfahren gegen Akkreditierungsentscheidungen des Wissenschaftsrates: Zum einen wird der diesbezügliche Text des Musterparagrafen ohne weitere verfahrensrechtliche Sicherungen in das Landesrecht übernommen. Zum anderen wird das Beschwerdeverfahren im Wissenschaftsrecht eigenständig durch landesrechtliche Verordnung geregelt. Eine solche Verordnungsermächtigung findet sich in § 72 Abs. 4 NRW HG:

„Zur Sicherung der Qualität in Studium, Forschung und Lehre sowie der Grundrechte des Trägers der Hochschule, deren staatliche Anerkennung beantragt ist oder die staatlich anerkannt ist, regelt das Ministerium das Nähere zum Verfahren der Konzeptprüfung, der institutionellen Akkreditierung ... durch Rechtsverordnung. In der Rechtsverordnung sind insbesondere Regelungen zu treffen über

1. die Mitwirkung des Trägers der Hochschule in den Verfahren nach Satz 1,
2. die mehrheitlich mit externen, unabhängigen, fachlich einschlägig qualifizierten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern besetzte Gutachterkommission des Wissenschaftsrates oder der vergleichbaren, vom Ministerium benannten Einrichtung,
3. die Rechte der Hochschule und ihres Trägers betreffend die Gelegenheit, vor der abschließenden Entscheidung in den Verfahren nach Satz 1 Stellung zu nehmen,
4. die Einrichtung einer der Beilegung von Streitfällen dienenden internen Beschwerdestelle des Wissenschaftsrates oder der vergleichbaren, vom Ministerium benannten Einrichtung,
5. die Zustimmung zumindest eines mehrheitlich mit externen Hochschullehrerinnen und Hochschulleh-

75 Im Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern über die Errichtung eines Wissenschaftsrates in der ab 1.1.2008 geltenden Fassung finden sich keine Regelungen der Rechtsaufsicht.

76 Grzeszick, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 20 GG Rn. 198.

77 Krebs, Verwaltungsorganisation, in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 46; Schröder, Grundfragen der Aufsicht in der öffentlichen Verwaltung, JuS 1986, 371 ff.; Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S.

472 ff.

78 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 42 Rn. 12 ff. mit Nachw.

79 Grzeszick, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 20 GG Rn. 200.

80 <https://www.akkreditierungsrat.de/sites/default/files/downloads/2019/Studienakkreditierungsstaatsvertrag.pdf> (abgerufen am 9. 7. 2021).

ern besetzen Gremiums des Wissenschaftsrates oder der vergleichbaren, vom Ministerium Einrichtung als Voraussetzung für die abschließende Entscheidung in den Verfahren nach Satz 1....“.

Durch diese Regelung wird den Anforderungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung getragen, dass, wie soeben zitiert, die „Wissenschaftsfreiheit durch den Gesetzgeber in Systemen der Qualitätskontrolle jedenfalls prozedural und organisatorisch zu sichern“ sei. Bemerkenswert an dieser Regelung ist, dass der Landesgesetzgeber nunmehr für sich die Kompetenz in Anspruch nimmt, das Verfahren der Bund-Länder-Behörde Wissenschaftsrat in allen Einzelheiten zu regeln.

VI. Schlussbemerkung

Trotz bisweilen geäußelter Detailkritik ist es eine bemerkenswerte und gewichtige Leistung des Wissenschaftsrates, den wachsenden Markt der privaten Hochschulen auf die Achtung der Werte und Leitideen einer wissen-

schaftsorientierten Hochschulorganisation zu verpflichten. Dass dabei „aufsichtlich“ zu handeln ist, gehört zu den Selbstverständlichkeiten von Marktregulierungen. Für das Verhältnis von Staat zu Hochschule wird allerdings auch ein *hochschulfreundliches Verhalten* gefordert.⁸¹ Dass der Musterparagraph Anreize für ein hochschulfreundliches Verhalten des Wissenschaftsrates oder der zuständigen Ministerien geben würde, kann man kaum sehen. Wünschenswert wäre die Institutionalisierung eines Dialogs mit den Hochschulen, der auf eine *Optimierung ihrer Fähigkeiten in Forschung und Lehre* zielt.

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

81 Gärditz, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 156

Nikolaus Blum¹

Juristische Aspekte des Umgangs mit den Missbrauchsfällen in der Evangelischen Kirche

Die Fälle von Missbrauch und sexualisierter Gewalt im kirchlichen Umfeld beschäftigen zur Zeit Politik, Medien und Öffentlichkeit. Dieses Thema hat in den vergangenen Jahren die Menschen aufgewühlt, das Vertrauen in die Institution und die Glaubwürdigkeit der Kirchen ausgehöhlt und die Mitgliedszahlen einbrechen lassen. Das liegt unbestritten auch an den großen Schwierigkeiten, die die Kirchen und ihre hochrangigen Vertreter*innen haben, einen offenen und angemessenen Umgang mit dieser Thematik zu finden. Sie darauf zu verkürzen, hieße aber die äußerst vielschichtige Problematik von sexuellem Missbrauch und seiner Aufarbeitung zu verkennen. Neben den konflikträchtigen Fragen des Umgangs zwischen Betroffenen, Tätern² und den Vertretern*innen der Institutionen stehen komplexe Rechts- und Verfahrensfragen im Raum, die den Bereich der reinen Rechtsanwendung überschreiten und die Grenzen des Handelns in juristisch abgesicherten Kategorien aufzeigen.

Um keine Zweifel aufkommen zu lassen: Alle Taten sexualisierter Gewalt stehen in einem eklatanten Missverhältnis zum kirchlichen Auftrag und den ethischen Werten, für die Kirchen stehen wollen. Eine größere moralische Fallhöhe als die der Kirchen in den Missbrauchsfällen ist kaum vorstellbar. Das Verdrängen und Vertuschen solcher Taten im kirchlichen Raum wirkt daher ebenso toxisch wie die Taten selber. In allen diesen Fällen erwarten Kirchenmitglieder und Öffentlichkeit zu Recht die Bestrafung der Täter, Gerechtigkeit für die vom Missbrauch Betroffenen und die notwendigen organisatorischen Konsequenzen von Seiten der Kirchenleitungen. Diese Erwartungen werden in einem rechtsstaatlichen System in der Regel durch Einsatz des zur Verfügung stehenden juristischen Instrumentariums er-

füllt. In den nunmehr aufgedeckten Fällen sexualisierter Gewalt, die überwiegend Jahrzehnte zurückliegen, können die heutigen Erwartungen an einen angemessenen Umgang mit dem bestehenden juristischen Instrumentarium nicht erfüllt werden. Politik und Gesellschaft fordern von den Kirchen die Aufarbeitung der Vorkommnisse. Dieser Forderung versuchen die Kirchen nachzukommen.³

Begleitet werden die Versuche der Aufarbeitung von einer nicht allein an juristischen oder wissenschaftlichen Standards orientierten öffentlichen Berichterstattung. In vielfältigen Äußerungen von unterschiedlichsten Seiten finden sich zum Teil nachvollziehbare Bestrebungen der Emotionalisierung und Moralisierung, aber auch die Verfolgung von Individualinteressen sowie politischer und gesellschaftlicher Zielsetzungen, die insgesamt eine Vielzahl von schwer zu durchdringenden Argumentationsebenen schaffen. Sich in diesem Geflecht zurechtzufinden und den Überblick zu behalten ist auch für die Kirchen und ihre Vertreter*innen eine große Herausforderung.

Der vorliegende Beitrag möchte aus der Perspektive der Evangelischen Kirche⁴ die juristischen Rahmenbedingungen des Umgangs mit sexualisierter Gewalt herausarbeiten und aufzeigen, warum auf diesem Wege keine befriedigenden und befriedenden Ergebnisse zu erreichen sind. Im Anschluss daran wird untersucht, ob ein Aufarbeitungsprozess, wie er von Politik und Gesellschaft gefordert wird, diese Ziele erreichen kann und ob er die Defizite des bestehenden juristischen Instrumentariums ausgleicht. Die Relevanz dieser Überlegungen dürfte über den rein kirchlichen Bereich hinausgehen, weil der Umgang mit sexualisierter Gewalt eine gesellschaftliche Herausforderung ist und es nicht verwun-

1 In dem Artikel kommt ausschließlich die persönliche Sichtweise des Autors zum Ausdruck. Es können keine Rückschlüsse auf Positionen offizieller kirchlicher Organe oder Gremien gezogen werden.

2 In den Fällen aus dem Bereich der Evangelischen Kirche handelt es sich bei den Tätern überwiegend um männliche Personen. Es gibt auch Taten von Frauen, insbesondere im Zusammenhang mit Kindererziehung. Sie stellen jedoch die Ausnahme dar. Mit der Verwendung der männlichen Form Täter wird der Regelfall in den Vordergrund gestellt.

3 Für die Evangelische Kirche siehe z.B. die Zusammenstellung von Aufarbeitungsstudien unter <https://www.ekd.de/sammlung-aufarbeitungsstudien-projekten-und-berichten-64545.htm>

(4.9.2021).

4 Unter diesem Begriff wird hier die Gesamtheit der in der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) zusammengeschlossenen Evangelischen Landeskirchen verstanden. Es ist zu beachten, dass die 20 Gliedkirchen der EKD autonome Körperschaften sind, die ihre Rechtsverhältnisse selbständig regeln, sofern sie nicht Regelungsbefugnisse auf die EKD übertragen haben. Dazu z.B. P. Unruh, Handbuch des evangelischen Kirchenrechts (HevKR), 2016, § 9 Rn. 50 ff; C. Heckel, HevKR § 11 Rn 1 ff; H. Claessen, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, Kommentar, 2006, S 197 ff; Grundordnung der EKD Art. 1, Art 9 – 10b.

dern würde, wenn in den kommenden Jahren noch andere öffentliche Institutionen in die Situation kämen, sich mit Missbrauchsfällen aus der Vergangenheit auseinandersetzen zu müssen.⁵

I. Die Tatbestände und die aktuelle Rechtslage in der Evangelischen Kirche

Zunächst einmal ist zu klären, welche Tatbestände unter Missbrauch und sexualisierte Gewalt fallen. Denn unter der Überschrift Missbrauch und sexualisierte Gewalt werden in der öffentlichen Diskussion eine Vielzahl von Fallkonstellationen behandelt, die von strafrechtlichen Verbrechen über minderschwere Straftaten bis hin zu Belästigungen und Grenzüberschreitungen mit sexuell motiviertem Hintergrund reichen. Im Zentrum stehen die Straftatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen (§§ 174, 176 – 176 d, 182 StGB). Darüber hinaus werden im allgemeinen Sprachgebrauch alle Straftaten, die die sexuelle Selbstbestimmung verletzen und in einem kirchlichen Kontext geschehen, als Missbrauch bezeichnet, auch wenn sie zwischen Erwachsenen oder zwischen Jugendlichen und Kindern vorkommen. Schließlich werden auch Belästigungen, Übergriffigkeiten und Grenzverletzungen oft als Missbrauch bezeichnet, die die Schwelle zu einer Straftat noch nicht überschritten haben.⁶

Die undifferenzierte Verwendung der Bezeichnung Missbrauch führt zu Verzerrungen in der Wahrnehmung von individuellen Fallkonstellationen. Einerseits ist zu beobachten, dass weniger schwerwiegende Taten und Grenzverletzungen auf diese Weise medial aufgewertet und tendenziell übersteigert werden. Andererseits ist nochmals festzuhalten, dass jede Art von sexualisierter Gewalt zu verurteilen⁷ ist und in einem kirchlichen Umfeld nicht hingenommen werden kann. Die umfangreichen Diskussionen waren für die in der EKD zusammengeschlossenen Evangelischen Landeskirchen daher Anlass, generell den Begriff der sexualisierten Ge-

walt im kirchlichen Bereich zu verwenden und ihn näher zu bestimmen, damit eine verlässliche Grundlage besteht, um alle Erscheinungsformen konsequent und wirksam zu unterbinden. Gerade im Bereich unterhalb der Schwelle der normierten Straftatbestände mangelte es an einer hinreichend klaren und belastbaren Definition, um das Vorliegen sexualisierter Gewalt rechtssicher feststellen und wirksam darauf reagieren zu können. Die Richtlinie der EKD zum Schutz vor sexualisierter Gewalt vom 18. Oktober 2019 qualifiziert eine Verhaltensweise als sexualisierte Gewalt, „wenn ein unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der Person verletzt wird“. Es wird klarstellend ergänzt: „Sexualisierte Gewalt kann verbal, nonverbal, durch Aufforderung oder durch Tätlichkeit geschehen. Sie kann auch in Form des Unterlassens geschehen, wenn die Täterin oder der Täter für deren Abwendung einzustehen hat“.⁸ Die Richtlinie findet unmittelbare Anwendung in allen Einrichtungen der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihres Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung e.V. Für die Landeskirchen ist sie verbindlicher Maßstab und enthält die Aufforderung, entsprechende landeskirchliche Regelungen zu erlassen. Dieser Aufforderung kommen die Landeskirchen durch den Erlass entsprechender Präventions- oder Gewaltschutzgesetze nach.

Damit ist unmissverständlich klargestellt, dass in allen kirchlichen und diakonischen Einrichtungen für alle Mitarbeitenden jegliches Verhalten untersagt ist, das als Ausübung sexualisierter Gewalt qualifiziert werden kann. Dieses Verbot gilt für Geistliche genauso wie für Kirchenmusiker, für pädagogisches Personal wie für Verwaltungspersonal, für Hauptamtliche wie für Ehrenamtliche. Konsequenterweise erfassen sowohl die Aufarbeitung als auch die Berichterstattung der Evangelischen Kirche alle Fälle sexualisierter Gewalt in Kirche und Diakonie. Sie sind nicht auf Missbrauchstatbestände des geistlichen Personals gegenüber Kindern und Jugendlichen beschränkt.⁹

5 Siehe dazu den Artikel von R. Bauch und S. Andresen, „Tatort Schule“, in FAZ vom 10.08.2021.

6 Auch wenn keine dieser Taten hingenommen werden kann, muss eine Differenzierung stattfinden. Verbale Übergriffe beispielsweise sind anders zu bewerten als jahrelanger sexueller Missbrauch von Kindern.

7 Jede Art von sexualisierter Gewalt kann bei betroffenen Personen Verletzungen und langfristige Schäden verursachen, auch z.B. abfällige Bemerkungen aus sexueller Motivation oder unerwünschte körperliche Kontakte.

8 § 2 Absatz 1 der Gewaltschutzrichtlinie der EKD vom 18. Oktober 2019 (Abl. EKD 2019, S. 270; Abl. EKD 2020, S. 25; <https://www.uek.recht.de/document/44830> (8.9.21))

9 Der EKD sind aus ihren 20 Landeskirchen knapp 900 Fälle seit 1950 bekannt (<https://www.ekd.de/haeufige-fragen-zu-sexualisierter-gewalt-64520.htm> (04.09.2021)), in denen es zu sexualisierter Gewalt und Missbrauch kam. Die große Mehrheit, fast zwei Drittel, dieser Fälle stammen aus der Heimerziehung (Diakonie und kirchliche Schulen) und fanden überwiegend vor der großen Reform der Jugendhilfe von 1975 statt. Der andere Teil der Fälle stammt aus dem Bereich der verfassten Kirche. In ihm sind die Taten aller kirchlichen Berufsgruppen enthalten (neben Pfarrern auch Diakone, Pädagogen, Sozialarbeiter und Kirchenmusiker), weiterhin ehrenamtlicher Mitarbeiter und die Taten, die sich Kinder und Jugendliche innerhalb ihrer Peergroups antun.

II. Die juristischen Verfahren

Die zur Verfügung stehenden rechtlichen Verfahren für den Umgang mit sexualisierter Gewalt sind klar und stellen in systematischer Hinsicht keine besonderen Herausforderungen dar. Die Taten sind zunächst in strafrechtlicher Hinsicht aufzuklären und zu bewerten. Bei Verdacht von Straftaten sind Polizei und Staatsanwaltschaft einzuschalten. Sie agieren als Ermittlungsbehörden mit besonderen Ermittlungsrechten. Für Straftaten, die in einem institutionellen Kontext geschehen, ist darauf hinzuweisen, dass das deutsche Strafrecht nur die Strafbarkeit von natürlichen Personen kennt, nicht von Organisationen.¹⁰ Wurden Taten vertuscht oder Überwachungspflichten verletzt, so sind auch diesbezüglich die handelnden oder verantwortlichen natürlichen Personen zu ermitteln und zur Verantwortung zu ziehen. Die Aufklärung der Straftaten ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden.

Weiterhin können Geschädigte auf zivilrechtlichem Wege ihre Ansprüche gegen Täter und beteiligte Organisationen aus deliktischem Handeln vor den Zivilgerichten geltend machen und Schadenersatz und Schmerzensgeld einklagen. Sind die zugrundeliegenden Taten in strafrechtlicher Hinsicht verjährt, so ergeben sich Schwierigkeiten. Die Verjährung stellt ein Verfolgungshindernis dar.¹¹ Die Strafverfolgungsbehörden werden dann in aller Regel nicht mehr tätig und stellen die Verfahren ein. Die strafrechtliche Verjährung verhindert zwar nicht die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche, erschwert sie jedoch erheblich, da die Beweislast für die Taten alleine den Geschädigten obliegt und sie keine Unterstützung durch die Ermittlungsbehörden mit ihren besonderen Ermittlungsrechten haben.

Ergänzend zu den Verfahren vor den staatlichen Gerichten gibt es noch die innerkirchlichen Disziplinarverfahren¹² für Pfarrer und Kirchenbeamte, in denen die Täter wegen Verstößen gegen das Dienstrecht von ihren jeweiligen Landeskirchen zur Verantwortung gezogen werden. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Handlungen sexualisierter Gewalt sind immer auch als Verstöße gegen die dienstrechtlichen Verpflichtungen

zu werten.¹³ Disziplinarverfahren können zwar auch bei weit zurückliegenden Taten durchgeführt werden, die in strafrechtlicher Hinsicht verjährt sind. Allerdings bestehen ebenfalls erschwerte Bedingungen, denn es gibt keine Unterstützung durch die staatlichen Ermittlungsbehörden. Auch in den Disziplinarverfahren müssen die zugrundeliegenden Sachverhalte und Taten nach rechtsstaatlichen Standards zweifelsfrei festgestellt werden. Besondere Ermittlungsrechte stehen den kirchlichen Dienststellen nicht zu, so dass sie zur zweifelsfreien Aufklärung der Sachverhalte auf die freiwillige Mitwirkung der Beteiligten angewiesen sind.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, dass Personen, die Opfer von Gewalttaten wurden, Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz beantragen und beziehen können. In Fällen von sexuellem Missbrauch ist dies unter Umständen auch dann möglich, wenn die betroffenen Personen keine Strafanzeige gestellt haben und die Taten verjährt sind.

III. Die Perspektive des evangelischen Kirchenrechts

Ein besonderer Blick muss im Kontext der Missbrauchsthematik auf das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Recht geworfen werden. Dieses Verhältnis hat sich in der deutschen und europäischen Rechtsgeschichte über Jahrhunderte entwickelt und zu tiefgreifenden Auseinandersetzungen geführt.¹⁴ Für Deutschland gelten über Art. 140 GG die institutionellen Garantien der Weimarer Reichsverfassung fort. Seit über hundert Jahren besteht ein modifiziertes Trennungsmodell¹⁵, das den Kirchen als öffentlich-rechtlichen Körperschaften ein weitgehendes Selbstbestimmungsrecht in den eigenen Angelegenheiten zugesteht. Sie dürfen innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes ihre Angelegenheiten selbständig ordnen und verwalten.¹⁶ Die Frage, was unter den eigenen Angelegenheiten zu verstehen ist und welchen Einfluss die Glaubensinhalte auf die Bestimmung der eigenen Angelegenheiten haben, ist in Literatur und Rechtsprechung umfangreich behandelt worden. Im Hinblick auf Straftaten bleibt allerdings festzuhalten, dass die strafrechtlichen Nor-

10 Anders im Ordnungswidrigkeitsrecht.

11 § 78 StGB.

12 Bei den Disziplinarverfahren sind Besonderheiten zu beachten. Es handelt sich nicht um innerkirchliches Strafrecht (s.u. III.). Dem Disziplinarrecht unterliegen nur die beamteten Beschäftigten. Bei Angestellten werden entsprechende arbeitsrechtliche Maßnahmen ergriffen.

13 Bei geringeren Verstößen, die als Akte sexualisierter Gewalt zu qualifizieren sind, ist das jetzt durch die Gewaltschutzrichtlinie

der EKD und die landeskirchlichen Präventionsgesetze zweifelsfrei festgestellt

14 Dazu z.B. A. Thier, HevKR § 2 Rn. 12 ff und M. Otto, HevKR § 3 Rn. 8 ff. Weiterführende Literatur zum deutschen Staatskirchenrecht auch bei de Wall/German, HevKR, § 1 Fn. 7.

15 Hübner, Evangelisches Kirchenrecht in Bayern, 2020, S. 104 ff. mit weiterführenden Literaturhinweisen auf S. 115

16 Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

men des Staates für alle geltende Gesetze sind, die das kirchliche Selbstbestimmungsrecht begrenzen. Die Kirchen und ihre Mitarbeitenden unterliegen uneingeschränkt dem materiellen und prozessualen staatlichen Strafrecht.

Das ist für die Evangelische Kirche und ihr kirchenrechtliches Verständnis keine besondere Herausforderung. Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts sind von Luthers Lehre von den zwei Reichen und den zwei Regimenten¹⁷ sowie von der historischen Erscheinungsform des landes- und stadtherrlichen Kirchenregiments bestimmt. Das Kirchenregiment umfasste das Recht der Obrigkeit, das Kirchenwesen im Herrschaftsgebiet zu regeln, einschließlich der Organisationsstrukturen und des Finanzwesens. Die weltlichen Herrschaftsautoritäten erließen entsprechende Kirchenordnungen. Für die weitere Entwicklung des evangelischen Kirchenrechts bedeutete dies, dass eine enge Verflechtung der staatlichen und kirchlichen Ordnungen entstand¹⁸ und sich das rein kirchlich gesetzte Recht auf ein enges Feld bekenntnisorientierter Normen konzentrierte. So ist es in den Evangelischen Kirchen nie zur Entwicklung eines kirchlichen Strafrechts gekommen.¹⁹

Konkret bedeutet das für alle strafrechtlich relevanten Taten, die von kirchlichen Mitarbeitenden begangen werden oder die sich im kirchlichen Bereich ereignen, dass die staatliche Straf- und Verfolgungsgewalt völlig außer Frage steht. Die Taten sind zur Anzeige zu bringen und die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, also mit Polizei und Staatsanwaltschaft, ist aus kirchlicher Sicht geboten.²⁰ Im Zusammenhang mit den Missbrauchsfällen ist dies von vielen Kirchenleitungen nochmal explizit betont und bekannt gemacht worden.²¹

Als innerkirchliches Verfahren kann in Grenzen auch das bereits angesprochene kirchliche Disziplinarverfahren angesehen werden. Das geltende Disziplinarrecht der EKD ist stark an das Disziplinarrecht der staat-

lichen Beamten angelehnt, wobei den Besonderheiten des kirchlichen Dienstes und speziell des Pfarrdienstes Rechnung getragen wird. Zweck der Disziplinarverfahren ist, das Ansehen der Kirche, die Funktionsfähigkeit ihres Dienstes, eine auftragsgemäße Amtsführung und das Vertrauen in das Handeln der in der Kirche mitarbeitenden Menschen zu sichern.²² Damit steht nicht der Grundgedanke einer Bestrafung für das dienstliche Vergehen im Vordergrund, sondern die Integrität und die Funktionsfähigkeit des kirchlichen Dienstes²³, also der Institution Kirche. Im Gegensatz zum Strafrecht formuliert das Disziplinarrecht nicht bestimmte Tatbestände, an die dann unterschiedliche Sanktionen geknüpft werden. Es gibt nur den einheitlichen Begriff der Amtspflichtverletzung.

Aufgrund dieser, dem rechtlichen Laien in der Regel unbekanntem Ausrichtung des Disziplinarrechts haben die Verfahren in den Fällen, in denen sie wegen strafrechtlich verjährter Missbrauchsvorwürfe eingeleitet wurden, bei den Betroffenen große Enttäuschung und Frustration ausgelöst. Die Erwartungen der Betroffenen gingen regelmäßig dahin, dass mit der Entfernung aus dem Dienst²⁴ gegen die Täter die schärfste Disziplinarmaßnahme verhängt würde. Wegen unzureichender Tatsachenfeststellungen, mangelnder Beweislage²⁵ im Hinblick auf die vorgeworfenen Handlungen und langem Zeitablauf²⁶ konnten Disziplinarmaßnahmen nach vielen Jahren nur in sehr seltenen Fällen verhängt werden. Viele Verfahren endeten mangels Beweisbarkeit der erhobenen Vorwürfe mit Abweisung der Disziplinarlage. Eine weitere Enttäuschung der Betroffenen ergab sich aus der Verfahrensbeteiligung: Sie treten nur als Zeugen auf, können das gesamte Verfahren nur mit großen Einschränkungen verfolgen und die Urteilsfindung nicht nachvollziehen. Die Unmöglichkeit am Verfahren teilzuhaben und die als viel zu milde empfundenen Maßnahmen lösten bei den Betroffenen erneut Ohnmachtsge-

17 Siehe *M. Heckel*, Martin Luthers Reformation und das Recht, 2016, S. 591 ff.

18 *A. Thier* in HevKR, § 2 Rn. 32, 33.

19 Anders in der Römisch-Katholischen Kirche: Der Codex Juris Canonici enthält eigene Strafrechtsnormen.

20 Siehe dazu das explizite Kooperationsgebot mit den staatlichen Strafverfolgungsbehörden in § 6 Abs. 1 Disziplinargesetz.EKD.

21 So auch der Leitfaden „Hinschauen – Helfen – Handeln“ der EKD für den Umgang mit Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, 2012, S. 16, 19, 21 (https://www.hinschauen-helfen-handeln.de/media/2012-08-28_broschuere_hinschauen_helfen_handeln.pdf (06.09.2021)).

22 Siehe § 1 Abs. 3 Disziplinargesetz der EKD (DG.EKD).

23 *De Wall* in HevKR, § 6 Rn.78.

24 Materiell bedeutet die Entfernung aus dem Dienst auch den Verlust der Bezüge und der Versorgung. Bei Pfarrern kann sie darüber hinaus auch mit dem Verlust der Rechte aus der Ordination verbunden sein.

25 Es gibt keine besonderen kirchlichen Ermittlungsrechte. Wenn die Taten abgestritten werden und keine weiteren Zeugen vorhanden sind, was bei sexuellen Übergriffen der Regelfall ist, ist eine gesicherte Grundlage für Disziplinarmaßnahmen kaum zu erreichen.

26 Ein langer Zeitablauf und keine weiteren einschlägigen Vorkommnisse erschweren die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen; siehe auch § 22 DG.EKD.

fühle gegenüber dem Täter und dem „System Kirche“ aus, die häufig zu einer Retraumatisierung führten. Darauf hat die EKD mit einer Änderung des Disziplinarrechts reagiert.²⁷

Auch wenn es nicht Ziel sein kann, das Disziplinarverfahren in ein innerkirchliches Strafverfahren umzuwandeln, so ist doch ersichtlich, dass in den vergangenen Jahren zumindest im Zusammenhang mit den Missbrauchsfällen unzutreffende Maßstäbe angelegt und zweifelhafte Ziele²⁸ verfolgt wurden. Der Vorwurf, dass auch im Disziplinarrecht Täterschutz stattfand, entbehrt nicht konkreter Grundlagen. Manche Entscheidungen sind schlicht nicht akzeptabel.²⁹ Maßstab für die Verhängung disziplinarischer Maßnahmen ist die Schwere der Amtspflichtverletzung.³⁰ Durch die Enthüllungen in den vergangenen Jahren und den Mut einiger Betroffener, über ihre Erlebnisse zu berichten, sind die Leiden und die lebenslangen Schädigungen offenkundig geworden, die mit sexuellem Missbrauch verbunden sein können. Die Folgen für das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Kirche sind verheerend. Deshalb müssen die Maßstäbe, mit denen damit einhergehende Amtspflichtverletzungen bewertet werden, dringend angepasst werden. Es gibt kaum schlimmere Pflichtverletzung im kirchlichen Dienst als sexuellen Missbrauch, insbesondere, wenn er Kinder und Jugendliche betrifft. Diese veränderten Maßstäbe dürfen nicht zu einer Vorverurteilung oder Aufweichung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die Beweiswürdigung führen. Aber es müssen auch von den Disziplinarverfahren klare Signale ausgehen, dass sexualisierte Gewalt in der Kirche nicht toleriert wird und schwerwiegende Konsequenzen hat. Die Klarheit, die die Gewaltschutzrichtlinie der EKD geschaffen hat, muss sich in Zukunft auch in der Praxis auswirken.³¹

Das betrifft auch die Personalführung. Der Umgang mit und der dienstliche Einsatz von Personen, die sich Übergriffe haben zuschulden kommen lassen – oder bei denen ein begründeter Verdacht besteht –, muss kritisch hinterfragt werden. Hier haben die kirchlichen Dienstgeber die herausfordernde Aufgabe, ohne unhaltbare

Vorverurteilung die notwendigen arbeits- oder dienstrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen, um entsprechende Vorfälle in Zukunft auszuschließen (Prävention) und keine Zweifel an der kirchlichen Arbeitsweise aufkommen zu lassen.

Dass die Kirchen als Dienstgeber heute eine aktive Rolle bei der Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Aufarbeitung einnehmen, zeigt eine aktuelle Neuerung im kirchlichen Datenschutzrecht. Das EKD-Datenschutzgesetz wurde so angepasst, dass Schriftgut einschließlich Personalakten ohne Vorlage einer expliziten Einwilligung der betroffenen Personen für die wissenschaftliche Aufarbeitung von sexualisierter Gewalt verwendet werden darf.³² Damit ist auch datenschutzrechtlich eine sichere Grundlage für die transparente, konsequente und umfassende Aufarbeitung geschaffen.

IV. Die Problematik der Verjährung

Es bleibt die Frage, wie mit den bekannt gewordenen Fällen aus der Vergangenheit umzugehen ist. Durch den Eintritt der strafrechtlichen Verjährung ist eine angemessene juristische Behandlung dieser Fälle nicht mehr möglich. In den Verfahren, die das staatliche Rechtssystem und das kirchliche Recht vorsehen, lassen sich keine Ergebnisse erzielen, die aus heutiger Sicht eine adäquate Antwort auf die Taten und die einschneidenden Folgen für die Betroffenen geben. Dass solche Taten für Täter wie beteiligte Institutionen durch Zeitablauf folgenlos bleiben, die Betroffenen aber unter Umständen mit lebenslangen Beeinträchtigungen zu kämpfen haben, wird heute allgemein als ungerecht und gesellschaftlich nicht tolerabel empfunden. Zu der veränderten Wertung haben mehrere Faktoren beigetragen:

1. Tatort Kirche

Die Empörung der Öffentlichkeit über die Missbrauchsfälle in den Kirchen beruht völlig zu Recht auf der Wahrnehmung, dass diese Taten in diametralem Gegensatz zum Auftrag und zur Verkündigung der Kirchen stehen.

27 Aufgrund dieser Erfahrungen wurde das Disziplinargesetz der EKD am 12. November 2014 geändert (Amtsblatt EKD 2014 S. 342). Die Rechtsstellung der Betroffenen, die nach wie vor als Zeugen im Disziplinarverfahren auftreten, wurde gestärkt, z.B. durch Recht auf einen Zeugenbeistand, Übernahme der Kosten des Zeugenbeistands, Teilnahmerechten an nichtöffentlichen Verhandlungen, Möglichkeit zum Ausschluss der Öffentlichkeit bei Zeugenaussagen etc.

28 Verständnis des Disziplinarverfahrens als „Tor zur Versöhnung“. Dazu *de Wall*, *HvKR*, § 6 Rn. 76 m.w.N.

29 Besonders kritisch: Entscheidung des Disziplinarhofes der EKD vom 13.2.2013 (DH.EKD 0125/1-11), *ZevKR* 58, 406 ff. Siehe

dazu die Anmerkungen von *Gansen*, Dürfen schwere Amtspflichtverletzungen folgenlos bleiben?, *ZevKR* 58, 368 ff.

30 § 20 Abs. 1 Satz 2 Disziplinargesetz.EKD.

31 Erfreulich klar ist z.B. das Urteil des Kirchengerichtshofs der EKD vom 04.06.2021 (I-0125/1-2018) (<https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/48626> (06.09.2021)), das feststellt, dass das Eingehen –einer-auch einvernehmlichen – sexuellen Beziehung neben einer bestehenden seelsorgerlichen Beziehung immer einen eindeutigen Verstoß gegen die Amtspflichten von Pfarrerinnen und Pfarrern darstellt.

32 Einfügung des § 50a Datenschutzgesetz EKD.

Hier wurden nicht nur Taten begangen, die allen kirchlichen Lehren und Handlungsmaximen entgegenstehen. Vielmehr nutzen diese Taten die besonderen Schutz- und Vertrauensräume aus, die die Kirchen benachteiligten und verletzlichen Individuen bieten möchten. Als weiteres Unrecht ist hinzugekommen, dass nach Bekanntwerden von Taten die Menschen im kirchlichen Umfeld in vielen Fällen nicht angemessen reagiert haben. Den Betroffenen wurde nicht geglaubt, das Geschehene wurde verharmlost oder auch sogar gezielt vertuscht. Es ist nicht hinnehmbar, dass solches Unrecht durch die Berufung auf Verjährungsvorschriften faktisch ohne Folgen für Täter und ihr Umfeld bleibt.

2. Gesellschaftliche Wertung

Die gesellschaftliche Wertung sexueller Selbstbestimmung und Integrität hat sich in den vergangenen Jahrzehnten grundlegend verändert. In den frühen Jahren der Bundesrepublik gab es diesbezüglich eine weitgehend tabuisierte Privatsphäre. Veränderungen im öffentlichen Umgang mit der sexuellen Selbstbestimmung zeigten sich Anfang der siebziger Jahre in den Debatten über die Strafbarkeit der Abtreibung oder in den achtziger und neunziger Jahren in den Auseinandersetzungen zur Vergewaltigung in der Ehe. Die verschiedenen Reformen des Sexualstrafrechts, aber auch des Ehe- und Familienrechts oder die Entwicklung der Sexualpädagogik geben von diesem Wertewandel Zeugnis. Handlungen, die die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigen, werden heute viel sensibler und kritischer wahrgenommen. Die veränderte Wertung erstreckt sich auch auf die Vorfälle der Vergangenheit. Die aus heutiger Sicht viel zu kurzen Verjährungsfristen der Missbrauchsdelikte wurden allerdings erst im Rahmen der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2013 neugestaltet und erheblich verlängert³³, wobei zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung bereits verjährte Straftaten verjährt bleiben. Die kurzen Verjährungsfristen haben sich faktisch als Täterschutz ausgewirkt. Die Besonderheit der Missbrauchsdelikte besteht gerade darin, dass sie im Verborgenen stattfinden und auch die Opfer aus Ohnmacht oder Scham die Aufklärung vermeiden. Oft bringen sie erst im Erwachsenenalter die Kraft auf, sich mit dem Erlebten auseinanderzusetzen. Dem wurde durch eine weitere Reform in 2015 Rechnung getragen, bei der festgelegt wurde, dass

die Verjährung von Missbrauchstaten erst mit Vervollendung des 30. Lebensjahres der Opfer zu laufen beginnt.³⁴

3. Missbrauch als gesellschaftliche Herausforderung

Auch vor 20 oder 30 Jahren wurden bereits einzelne Missbrauchsfälle bekannt und in die Öffentlichkeit gebracht. Sie wurden aber als Einzelfälle wahrgenommen und führten nicht zu größeren gesellschaftlichen oder politischen Reaktionen. Erst im Jahr 2010 rückten Umfang und Ausmaß des Missbrauchs nachhaltig in das öffentliche Bewusstsein, nicht zuletzt durch die Enthüllung der Vorgänge am Berliner Canisius-Kolleg und in der Odenwaldschule. Die Politik reagierte mit der Einrichtung eines Runden Tisches „Sexueller Missbrauch“ und der Ernennung einer Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des Missbrauchsgeschehens und als Anlaufstelle für Betroffene. Das war der Auslöser für umfangreiche Untersuchungen und Anhörungen, die deutlich machten, dass Missbrauch und sexualisierte Gewalt ein über Jahrzehnte verdrängtes und tabuisiertes Problem der Gesellschaft darstellen, das in institutionellen Kontexten, insbesondere in Kirchen, im Sport, in Schulen und Heimen, aber vor allem in Familien und im engsten Privatbereich in erschreckendem Ausmaß auftritt. Ein besonders wichtiger und wirksamer Schritt bestand darin, dass den Betroffenen ein geschützter Rahmen geboten wurde, ihre Geschichte zu erzählen. Erst dadurch wurden das persönliche Leid und die langfristigen Schäden und Beeinträchtigungen sichtbar, die mit Missbrauch verbunden sind.

V. Aufarbeitung als neues Verfahren der Bewältigung?

Der Runde Tisch Sexueller Kindesmissbrauch hat in seinem Abschlussbericht³⁵ den damals aktuellen Stand des Umgangs mit diesen Untaten festgehalten und eine Vielzahl von Maßnahmen und Gesetzesvorhaben angestoßen. Die Einrichtungen und Institutionen wurden aufgefordert, Verantwortung wahrzunehmen und die Vorgänge aufzuarbeiten.³⁶ Der von der Bundesregierung eingesetzte Unabhängige Beauftragte für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM) hat sich seinem Auftrag entsprechend intensiv mit der Frage beschäftigt, welcher Handlungsbedarf für die Aufarbeitung der Missbrauchsfälle besteht. Durch den engen Austausch

33 Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 29. Juni 2013 (BGBl I 2013, 1805).

34 § 78 b Abs.1 Nr. 1 StGB.

35 <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinforma->

[tionen/Abschlussbericht_RTKM.html](#) (2.9.2021).

36 Abschlussbericht Runder Tisch „Sexueller Kindesmissbrauch“ (Fn 35), S. 19 ff.

mit Betroffenen und mit wissenschaftlicher Begleitung sind die Anforderungen an Aufarbeitung kontinuierlich ausgestaltet und erweitert worden.

Was bedeutet Aufarbeitung nach dem heutigen Verständnis? Die Unabhängige Kommission spricht von gesellschaftlicher Aufarbeitung, die über die juristische Aufklärung der Straftat und die individuelle Therapie zur Verarbeitung des Traumas hinausgeht. Die Aufarbeitung soll die Umstände und Strukturen in Institutionen aufdecken, unter denen der Missbrauch möglich wurde, und zielt auf die Anerkennung des Leids und auf die Rechte und die Unterstützung Betroffener ab. Die Aufarbeitung ist ein öffentlicher Prozess, bei dem alle Schritte und Ergebnisse kommuniziert und veröffentlicht werden.³⁷ Bei der Durchführung wird zwischen dem institutionellen Aufarbeitungsprozess und der individuellen Bearbeitung differenziert.³⁸ Während die institutionelle Aufarbeitung eher die Offenlegung der organisatorischen und kulturellen Schwachstellen betrifft, die den Missbrauch überhaupt erst ermöglicht haben, zielt die individuelle Bearbeitung auf die Anerkennung des erlittenen Leides und geht auf die individuellen Bedürfnisse der Betroffenen im konkreten Einzelfall ein. Für beide Teile des Aufarbeitungsprozesses ist die Beteiligung der Betroffenen unabdingbare Voraussetzung. Konkret wird für den kirchlichen Bereich die Errichtung von Unabhängigen Aufarbeitungskommissionen gefordert, in denen Betroffene, „neutrale“ Personen des öffentlichen Lebens und Vertreter*innen der kirchlichen Institution vertreten sind. Die kirchlichen Vertreter*innen dürfen keine Mehrheit haben.

Aus diesen grob skizzierten Eckpunkten wird deutlich, dass Aufarbeitung weit mehr Ziele verfolgt als offene rechtliche Fragen zu beantworten. Es geht um die Aufdeckung von Machtverhältnissen, die Korrektur von Verhaltensmustern, die Anerkennung und Linderung von Leid, die Stärkung von Betroffenen und Erhöhung ihres Einflusses. In allen diesen Punkten sind juristische Elemente enthalten. Es bleibt aber festzuhalten, dass es sich bei der Aufarbeitung nicht um einen klar definierten juristischen Begriff handelt. Bei näherer Befassung mit seinen unterschiedlichen Aspekten bleiben große Unsicherheiten, unter welchen Bedingungen und mit

Einsatz welcher Mittel die Ziele der Aufarbeitung erreicht werden können.

Damit ist keine Bewertung verbunden, dass ein so verstandener Prozess der Aufarbeitung nicht einen großen Beitrag zur Bewältigung der verjährten Fälle aus der fernerer Vergangenheit leisten kann. Im Gegenteil: es ist klar, dass die desaströsen Folgen im Lichte des eben Ausgeführten nicht allein auf juristischem Weg bewältigt werden können. Weiterhin ist klar, dass Ansehen und Glaubwürdigkeit von Kirchen nicht durch juristische Formalakte wieder aufgebaut werden. Deshalb tun alle kirchlichen Organisationseinheiten, in denen entsprechende Fälle aufgetreten sind, gut daran, sich auf Aufarbeitungsprozesse unter Beteiligung der Betroffenen einzulassen.

Es muss jedoch erlaubt sein, das derzeit vom UBSKM verfolgte Aufarbeitungskonzept unter juristischen und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unter die Lupe zu nehmen. Zum einen, weil mit dem UBSKM eine Stelle der Bundesregierung gestaltend in ein gesellschaftliches Problemfeld eingreift, zum anderen, weil es gerade veraltete Rechtsnormen waren, die eine angemessene juristische Bearbeitung aus heutiger Sicht verhinderten. Es sollte daher der Anspruch bestehen, dass neue Prozesse, die politisch initiiert werden, neben der Verfolgung weiterer Ziele zumindest auch bewirken, dass unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten juristisch vertretbare und befriedende Ergebnisse erreicht werden. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Bemerkungen zu verstehen.

1. Einordnung des Aufarbeitungsprozesses unter rechtlichen Gesichtspunkten

Die Aufarbeitung, die heute von der Kirche gefordert wird, ist ein Prozess, der weder materiell noch prozessual dem geltenden Recht unterliegt. Er ist eher als ein notwendiger Erkenntnis- und Verständigungsprozess zu qualifizieren, der neben dem staatlichen Recht und über dieses hinaus stattfindet. Das ist deshalb wichtig zu betonen, weil in der Debatte um die Aufarbeitung immer wieder Forderungen eingebracht werden, die auf das geltende Recht Bezug nehmen. Dies trifft insbesondere Forderungen nach Schadensersatz und Schmerzensgeld.³⁹

37 Eine (unvollständige) Liste von Aufarbeitungsstudien im Bereich der EKD findet sich unter <https://www.ekd.de/sammlung-aufarbeitungsstudien-projekten-und-berichten-64545.htm> (6.9.2021).

38 Unabhängige Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs, Rechte und Pflichten: Aufarbeitungsprozesse in Institutionen – Empfehlungen zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs, Stand 2020, S. 8 und 9, <https://www.aufarbeitungskommission.de/service-presse/service/meldungen/>

kommission-empfehlungen-aufarbeitung-sexueller-kindesmissbrauch-institutionen/ (3.9.2021).

39 So z.B. die Empfehlungen der Unabhängigen Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung des Verfahrens zur Anerkennung des Leids“ vom 10. September 2019, S. 6 ff. (https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2019/2019-09-24_Anerkennung-Empfehlungen-Unabhaengige_Arbeitsgruppe_10.09.2019-final.pdf (6.9.2021)).

Oder die Forderung nach „Bestrafung“ der Täter. Solche Ansprüche und Forderungen gehören in das staatliche Rechtssystem und sind an die dort geltenden Regeln gebunden. Zu diesen Regeln gehören auch die Verjährungsvorschriften, die Grundsätze der Beweislastverteilung und die Unschuldsvermutung.

Mit diesem Hinweis soll in erster Linie eine eindeutige und unmissverständliche Begrifflichkeit im Kontext der Aufarbeitung erreicht werden. Schadensersatz und Schmerzensgeld sind nicht Gegenstand der Aufarbeitung. Das bedeutet allerdings nicht, dass es keine Zahlungen und Unterstützungen an Betroffene gibt. Im Gegenteil: in den Evangelischen Landeskirchen sind Kommissionen eingerichtet, die Betroffenen Anerkennungs- und Unterstützungsleistungen zusprechen.⁴⁰ Die Kriterien und Maßstäbe für die Gewährung der Leistungen werden innerhalb der EKD schrittweise angeglichen. Für die Feststellung der zum Teil weit in der Vergangenheit liegenden Taten reicht es in aller Regel, dass sie von den Betroffenen plausibel und glaubhaft dargestellt werden. Damit wird im Interesse der Betroffenen von den in Prozessordnungen geltenden Anforderungen an den Beweis als Grundlage für finanzielle Forderungen abgewichen. Die Anerkennungs- und Unterstützungsleistungen sind ein wichtiger Bestandteil der individuellen Bearbeitung und Ausdruck der kirchlichen Bereitschaft, die Betroffenen in ihrer jeweiligen persönlichen Situation wahrzunehmen. In rechtlicher Hinsicht handelt es sich um freiwillige Leistungen, nicht um Schadensersatz oder Schmerzensgeld.

2. Beteiligung der Betroffenen

Ein zentraler Bestandteil des Aufarbeitungsprozesses ist die Beteiligung der Betroffenen. Sie ist unverzichtbares Element, stellt aber gleichzeitig alle Beteiligten vor die größten Herausforderungen. Unverzichtbar ist die Betroffenenbeteiligung wegen der spezifischen Tatkonstellationen in den Fällen sexualisierter Gewalt. Nur mit Hilfe der Betroffenen können die Mechanismen und Zusammenhänge, die die Taten ermöglicht haben, aufgedeckt und wirksame Interventions- und Präventionsmaßnahmen in die Wege geleitet werden. Beteiligung der Betroffenen ist auch für die gelingende individuelle Bearbeitung, die Linderung des zugefügten Leids und die Anerkennung ihrer individuellen Bedürfnisse unverzichtbar.

Ungeklärt ist jedoch die Frage, was Beteiligung über die Einbeziehung einzelner Personen hinaus ganz kon-

kret heißt, wie sie institutionalisiert werden kann und wie Betroffene in Entscheidungsprozesse einbezogen werden können. Politisch wird derzeit ganz klar eine institutionalisierte Beteiligung in Form von Betroffenenbeiräten und die aktive Mitwirkung der Betroffenen in Entscheidungsprozessen der Kirchen gefordert. Die Erfahrungen, die bislang mit der Einrichtung von Betroffenenbeiräten gemacht wurden, sind überaus zwiespältig, auch aus Sicht von Betroffenen – ein Dilemma, aus dem es bislang keinen Königsweg gibt. In der Beteiligung an Entscheidungsprozessen steckt die Gefahr der Instrumentalisierung der Betroffenen, auf die insbesondere Klaus Mertes aufmerksam gemacht hat.⁴¹ Jede Form der Instrumentalisierung ist jedoch den Zielen der Aufarbeitung abträglich.

3. Rollenkonflikte

Der Aufarbeitungsprozess, so wie er derzeit angelegt ist, führt zu erheblichen Rollenkonflikten. Sie treten nicht nur auf Seiten der Betroffenen auf (sind sie unabhängige Berater*innen mit Expertenwissen, Vertreter*innen der eigenen Sache, einer Interessensgruppe oder gar Mitentscheider*innen kirchlichen Handelns?), sondern genauso auf Seiten der Kirchen und ihrer Vertreter. Die Kirchen werden im Aufarbeitungsprozess zur Partei. Es stehen sich nicht mehr Täter und Opfer gegenüber, sondern Kirche und Betroffene. Hat die Kirche in der ersten Konstellation noch die Rolle, quasi als „Dritter“ zur Aufklärung der Taten beizutragen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen (z.B. Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, Durchführung von Disziplinarverfahren, Einleitung von Maßnahmen der Intervention und zur Prävention etc), ist sie in der zweiten Konstellation direkt Konfliktbeteiligte und befindet sich aus öffentlicher Sicht eindeutig auf der Täterseite und der Anklagebank. Das ist aufgrund des institutionellen Versagens, das in vielen Fällen eine Rolle gespielt hat, nicht völlig unberechtigt. Allerdings gerät damit alles, was die Kirche tut und äußert, in das Zwielicht des Selbstschutzes, der Rechtfertigung oder der Beschwichtigung.

In dieser polarisierten öffentlichen Auseinandersetzung zwischen den Kirchen und den Betroffenen gibt es keine neutrale dritte Instanz, die das Verfahren leitet (wie z.B. Richter*innen, Mediatoren, Schlichter*innen etc.). Der UBSKM kann eine solche Rolle nicht ausüben, da er seinem Auftrag entsprechend als Fürsprecher der Betroffenen auftritt und ihnen eine starke Stimme verleiht. Der Verlauf des Aufarbeitungsprozesses und die

40 11-Punkte Plan der EKD Synode und seine Realisierung: Berichte an die Synode von 2019 (<https://www.ekd.de/bericht-beauftragtenrat-sexualisierte-gewalt-synode-2019-51487.htm> (3.9.2021)) und 2020 (https://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/03-TOP-III-

[Bericht-des-Beauftragtenrates.pdf](#) 3.9.2021)).

41 K. Mertes, Gastbeitrag in FAZ vom 17.2.2021 „Gerechtigkeit statt Harmonie“; K. Mertes, Den Kreislauf des Scheiterns durchbrechen, 2021, S. 43 ff.

Bewertung der Ergebnisse sind dem freien Spiel der Kräfte in der öffentlichen Auseinandersetzung überlassen. Spätestens hier wird deutlich, dass Aufarbeitung in diesem Sinne ein politischer und kein juristischer Prozess ist. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass in letzter Zeit die Rufe nach der Einrichtung einer parlamentarischen „Wahrheitskommission“ laut wurden.⁴²

4. Ungewünschte Konsequenzen

Die beschriebene Rollenveränderung wirkt sich zwangsläufig auch belastend auf das Verhältnis der Kirchen zu den Betroffenen aus. Die heutigen Vertreter der Kirchen im Aufarbeitungsprozess werden von den Betroffenen nicht selten an die Stelle der Täter von gestern gesetzt, insbesondere, wenn letztere verstorben oder nicht mehr im Dienst sind. Psychologen und Traumatherapeuten betonen immer wieder, wie wichtig es ist, dass die Vertreter*innen der Kirche den Betroffenen gegenüber mit Empathie und Verständnis auftreten und ihren Berichten uneingeschränkt Glauben schenken. Genau dies wird durch die polarisierte Rollenverteilung im Aufarbeitungsprozess erheblich erschwert. Wer als Gegenspieler wahrgenommen wird, kann nicht gleichzeitig die Rolle des offenen, zuhörenden und empathischen Unterstützers übernehmen.

Eine weitere Nebenfolge dieser Polarisierung könnte auch sein, dass die Kirchen bei der Verhängung von dienstrechtlichen Disziplinarmaßnahmen in Schwierigkeiten geraten. Solche Maßnahmen müssen objektiv und nach rechtsstaatlichen Kriterien beschlossen werden. Sie unterliegen der gerichtlichen Kontrolle. Je stärker die Kirchen unter äußerem Handlungsdruck stehen, desto angreifbarer werden die Maßnahmen. In anderer Hinsicht besteht eine gewisse Diskrepanz bereits jetzt, wenn einerseits gegen einen (potentiellen) Täter wegen Verjährung oder mangelnder Beweisbarkeit der vorgeworfenen Taten keine straf- oder disziplinarrechtlichen Maßnahmen verhängt werden können, andererseits Betroffene aufgrund der geringeren Darlegungsanforderungen für eben diese Taten Anerkennungs- oder Unterstützungsleistungen erhalten.

5. Aufarbeitung als Perspektive für die gesellschaftliche Herausforderung?

Der derzeit verfolgte politische Aufarbeitungsprozess ist im Hinblick auf seinen Verlauf und seine Ergebnisse

nicht vorhersehbar. Nicht nur, dass die zwei Unterprozesse der Aufarbeitung, die institutionelle Aufarbeitung und die individuelle Bearbeitung, getrennt voneinander ablaufen. Der Aufwand und der Zeitablauf ist für beide Teilprozesse nicht kalkulierbar. Insbesondere die individuelle Bearbeitung kann sich in einzelnen Fällen als eine lebenslange Aufgabe erweisen.⁴³ Die Kirchen haben sich in den Gesprächen mit dem UBSKM auf diesen Weg eingelassen und haben bzw. werden dies in gemeinsamen Erklärungen dokumentieren. Das ist aus politischer Sicht und aus der Verantwortung heraus, die die Kirchen tragen, zu begrüßen.

Es darf allerdings bezweifelt werden, dass dieser Weg für andere gesellschaftliche Gruppen und Institutionen einen Vorbildcharakter hat und sie ermutigt, in ihrem Bereich einen Aufarbeitungsprozess zu starten. Die Erfahrungen, die mit Aufarbeitung im Bereich der Kirchen gemacht wurden, lassen eher befürchten, dass es zu massiven Polarisierungen kommt und es nicht gelingt, in überschaubarer Zeit Ergebnisse zu erzielen, die von Betroffenen und der Öffentlichkeit akzeptiert werden. Deshalb werden noch viele weitere Anstrengungen nötig sein, um Kindesmissbrauch und sexualisierte Gewalt als gesamtgesellschaftliches Phänomen einzudämmen und in den Griff zu bekommen.

Aus juristischer Perspektive bleibt als Ergebnis dieser Untersuchungen das Gefühl der Unzufriedenheit. Einerseits gelingt es nicht, mit den Mitteln des Rechtsstaats den heute bekannten und ungeahndet gebliebenen Fällen von Missbrauch und sexualisierter Gewalt in der Evangelischen Kirche beizukommen. Die viel zu schnelle strafrechtliche Verjährung in der Vergangenheit verhindert wirksame Schritte. Andererseits ist es bislang weder Kirchen noch Staat gelungen, außerhalb des staatlichen Rechtsschutzes wirksame Aufarbeitungsprozesse zu etablieren, die auf individueller Ebene die Bedürfnisse der Betroffenen aufgreifen und Ergebnisse erzielen, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als gerecht und angemessen empfunden werden. Der aktuell diskutierte und verfolgte Prozess ist ein politischer, der die Vorgänge auf eine öffentliche Bühne holt, aber als solcher nicht in der Lage ist, in absehbarer Zeit Lösungen für Betroffene und beteiligte Institutionen zu erzielen. So bleibt es weiterhin Aufgabe der Evangelischen Kirchen, in ihrem Wirkungsbereich die Aufarbeitung aus eigenem Antrieb und mit Unterstützung unabhängiger

42 Katsch, Bauer, Haucke in Zeit, Christ & Welt, 18.2.2021, „Die Kirche kann es nicht allein“.

43 Unabhängige Kommission, Empfehlungen (s.o. Fn. 38), S. 9.

Fachleute entschlossen fortzuführen, die bereits etablierten kirchlichen Maßnahmen zu verstärken und sich den Betroffenen mit ideellen und materiellen Unterstützungsangeboten zuzuwenden. Sie sollten dies nicht mit der Zielsetzung tun, in der Öffentlichkeit möglichst schnell wieder als angesehene und moralisch einwandfreie Institution dazustehen.⁴⁴ Sie sollten es tun mit dem Ziel, in möglichst vielen Einzelfällen einen Beitrag zur Linderung des in ihrem Schutzbereich begangenen Unrechts zu leisten, die eigenen Schwächen und Unzulänglichkeiten zu erkennen und ein wirksames Bündel an Interventions- und Präventionsmaßnahmen zu erlassen, um Kindern, Jugendlichen und anderen Schutzbedürftigen ein sicheres Umfeld zu bieten.

Der Verfasser ist Leiter des Landeskirchenamts der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern und Mitglied des Beauftragtenrats zum Schutz vor sexualisierter Gewalt der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD).

44 Hierzu sehr eindrücklich K. Mertes, Den Kreislauf des Scheiterns durchbrechen, 2021, S. 22 ff.

Frank Zeiler
*Juristenlehranstalt oder „Forschungsfakultät“?
Zur Rolle der universitären Forschungsorientierung
in juristischen Fakultäten zur Zeit des
Deutschen Kaiserreichs am Beispiel der Freiburger
Rechtsfakultät*

I. Ausgangspunkt

Die Ära des Deutschen Kaiserreichs sah die endgültige deutschlandweite Etablierung des in seinen Ursprüngen bis zu den Universitäten Halle (gegr. 1694) und Göttingen (gegr. 1737) zurückreichenden Modells der Forschungsuniversität, d. h. einer Bildungseinrichtung, in der die Weitergabe von Wissen wesensmäßig mit der Produktion neuen Wissens vereint ist. Diese Vereinigung unterscheidet die moderne von der vormodernen Universität, deren Lehrkräfte zwar neues Wissen hervorbringen konnten, es aber nicht mussten und in der Regel auch nicht taten. Sie erfüllten die Rollenerwartung mit der Bewahrung, Ordnung und Vermittlung von tradiertem Wissen,¹ weshalb die wesentlichste Voraussetzung für ihr Amt eine gediegene Gelehrsamkeit war. Erst mit der allmählichen Durchsetzung des Forschungsimperativs, der sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts in Preußen herauszubilden begann,² sahen sich Universitätsdozenten im Verlauf des 19. Jahrhunderts der Erwartung ausgesetzt, sich nicht nur ihrer traditionellen Funktion als Vermittler überkommenen Wissens zu widmen, sondern sich darüber hinaus an der „Produktion spezialisierter neuen Wissens im Rahmen einer wissenschaftlichen Disziplin“³ zu beteiligen.⁴

Mit der alten Aufgabe der Weitergabe von Wissen sollte die neue Aufgabe, „selbst an der Wissenschaft zu ar-

beiten“, dem Ideal nach dahingehend verbunden sein, dass die Professoren mit ihrer auf dem aktuellen Wissensstand ihres Faches aufbauenden Lehrtätigkeit in der Lage waren, ihre „Schüler zum wissenschaftlichen Denken anzuleiten [und] wenn möglich auch zur Mitarbeit an der wissenschaftlichen Forschung heranzuziehen“, wie es der Berliner Pädagoge und Philosoph Friedrich Paulsen im Jahr 1898 formulierte.⁵

Als Ort der Verwirklichung dieses Ideals einer Lehre, in der „nicht die blosse Tradition, sondern die Anleitung zur selbständigen Hervorbringung der Erkenntnis“ das Ziel ist,⁶ galt (und gilt) in erster Linie die sich um 1800 von ihrer ursprünglichen propädeutischen Funktion emanzipierende philosophische Fakultät. In dieser im 19. Jahrhundert sowohl Geistes- als auch Naturwissenschaften umfassenden Fakultät trat nach Ansicht von Paulsen der Charakter der „deutschen Universität“ als „Pflanzschule der wissenschaftlichen Forschung“ vorzugsweise zutage, während in den drei auf die Ausbildung von Praktikern gerichteten Fakultäten für Theologie, Recht und Medizin „naturgemäß [...] die Überlieferung und Einprägung von Wissen, das für die technische Ausstattung des Berufs erforderlich ist“, die größere Rolle spielte.⁷ Deshalb werde in diesen Fakultäten auf die Lehrbegabung der Professoren „erheblich größerer Nachdruck“ gelegt als in den philosophischen, wo nicht der Lehrerfolg, sondern die wissenschaftliche Leistung das Kriterium

1 Siehe zu den unterschiedlichen Rollen von Professoren im Lauf der Geschichte Moraw, Der deutsche Professor vom 14. bis zum 20. Jahrhundert, in: ders., Gesammelte Beiträge zur deutschen und europäischen Universitätsgeschichte, Leiden/Boston 2008, S. 353 ff.
2 Vgl. hierzu etwa Turner, The Prussian Professoriate and the Research Imperative 1790-1840, in: Jahnke/Otte (Hg.), Epistemological and Social Problems of the Sciences in the Early Nineteenth Century, Dordrecht/Boston/London 1981, S. 109 ff.
3 Lundgreen, Mythos Humboldt in der Gegenwart, in: Ash (Hg.), Mythos Humboldt. Vergangenheit und Zukunft der deutschen Universität, Wien/Köln/Weimar 1999, S. 157.
4 Vgl. zum Prozess des Rollenwandels des Professors von einem sich durch umfassende Gelehrsamkeit auszeichnenden Lehrer zum

spezialisierten Wissenschaftler, der durch die aktive Teilnahme am Prozess der Wissensgenerierung in seiner Disziplin charakterisiert ist, z. B. Baumgarten, Professoren und Universitätsprofile im Humboldt'schen Modell 1810-1914, in: Schwinges (Hg.), Humboldt International. Der Export des deutschen Universitätsmodells im 19. und 20. Jahrhundert, Basel 2001, S. 107 f.
5 Paulsen, Die akademische Lehrfreiheit und ihre Grenzen, in: Preussische Jahrbücher, Bd. 91 (1898), S. 515.
6 Paulsen, Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium, Berlin 1902, S. 204.
7 Paulsen, Wesen und geschichtliche Entwicklung der deutschen Universität, in: Lexis (Hg.), Die deutschen Universitäten, 1. Bd., Berlin 1893, S. 39.

für die Auswahl der Lehrkräfte sei.⁸ Mithin stand für Paulsen zwar nicht in Zweifel, dass auch die Dozenten der juristischen Fakultät entsprechend der Doppelfunktion der Universität als „*Unterrichtsanstalt und als Werkstätte der wissenschaftlichen Forschung*“ sowohl Lehrer als auch Forscher zu sein hatten, er ging aber davon aus, dass hier die Aufgabe der Weitergabe von Wissen gegenüber jener der Wissenserzeugung eindeutig den Vorrang genieße. Auch nahm er an, dass die Vermittlung der Fähigkeit, wissenschaftlich zu arbeiten, in der juristischen Fakultät am schwersten zu erreichen sei, weil die „*Last des eigentlichen Lernens [...] nirgends so gross*“ sei wie dort.⁹ Demnach war die juristische Fakultät in Paulsens Einschätzung eher eine „*Unterrichtsanstalt*“ denn eine „*Forschungswerkstatt*“, wie er sie, urteilt man nach seinen Beschreibungen, in der philosophischen Fakultät in Reinform verwirklicht sah.

Im Folgenden soll diese – im Hinblick auf die philosophische Fakultät zweifellos idealisierende – zeitgenössische Charakterisierung des Zustandes der deutschen Universitäten und ihrer Rechtsfakultäten zum Ausgangspunkt genommen werden, um einen kleinen Beitrag zur „*Rekonstruktion der ‚Realgestalt‘ der deutschen Universität*“¹⁰ im Hinblick auf die universitätshistoriographisch wenig beachteten juristischen Fakultäten zu leisten, indem anhand der Freiburger Rechtsfakultät untersucht wird, welches Gewicht dem Forschungsimpetus bei der Besetzung vakanter Professuren zukam (II.), inwieweit er die Lehre beeinflusste (III.) und ob durch ihn studentische Wissensproduktion angeregt wurde (IV.).¹¹

II. Zur Rolle der Forschungsorientierung bei der Besetzung juristischer Professuren

Die in der Einleitung beschriebene Doppelfunktion des Professors wurde in der Ära des Kaiserreichs von keiner der an den Besetzungsverfahren für die Lehrstühle der Freiburger Rechtsfakultät beteiligten Stellen zu irgendeiner Zeit in Frage gestellt – nicht vom badischen Kultusministerium, das bereits 1870 an dem Fakultätsvorschlag für die Nachfolge des Kanonisten *Emil Friedberg* bemängelte, dass der als Kandidat ins Auge gefasste *Alfred Boretius* auf kirchenrechtlichem Gebiet – dem Hauptfach der

Professur – noch nicht publiziert habe, ebenso wenig vom akademischen Senat, der 1872 bei der Nachfolge für den Strafrechtler *Karl Binding* unter Hinweis auf die Bedeutung wissenschaftlicher Leistungen die Nennung eines in dieser Hinsicht nicht ausgewiesenen Rechtsanwalts als Kandidaten monierte, und auch nicht innerhalb der Fakultät, bei deren Kandidatensuche sich in diesem Fall – wie aus dem Briefwechsel von *Binding* mit dem zuständigen Referenten im badischen Kultusministerium *Wilhelm Nokk* entnommen werden kann – alles um die „*wissenschaftliche Produktivität*“ der in Frage kommenden Dozenten drehte. Auch sonst behandelten die Ordinarien in ihren Berufungsgutachten – soweit diese überliefert sind – mit Ausnahme des international renommierten und damit über eine Begutachtung erhabenen Römischrechtlers *Otto Lenel* stets die Publikationstätigkeit der in Aussicht genommenen Kandidaten, wogegen die Lehrbefähigung bisweilen gar nicht thematisiert wurde. Wurde sie thematisiert, umfasste die Beurteilung oft nur einen pauschal auf Lehrerfolge hinweisenden Satz, was indes nicht bedeutet, dass die Fakultät das Kriterium der didaktischen Fähigkeiten gering schätzte. Soweit bei wissenschaftlich ähnlich bewerteten Kandidaten die Lehrgabe des einen erwiesenermaßen größer war als die des anderen, kam ihr ohnehin das entscheidende Gewicht zu, und im Fall des 1902 vor allem für die Abhaltung von Übungen eingerichteten Extraordinariats für bürgerliches Recht stellte die Lehrbefähigung sogar das erstrangige Auswahlkriterium dar. Aber auch bei der Besetzung von ordentlichen Professuren gab sich die Fakultät wiederholt Mühe, diesbezügliche Kenntnisse zu erlangen. Bei der Besetzung des Lehrstuhls für bürgerliches Recht und Kirchenrecht im Jahr 1896 sowie des Lehrstuhls für Straf- und Prozessrecht im Jahr 1913 reisten gar eigens zwei Emissäre in das benachbarte Basel, um die Lehtätigkeit des Kandidaten *Ulrich Stutz* bzw. des Kandidaten *Johannes Nagler* in Augenschein zu nehmen, was sich dann in vergleichsweise ausführlichen Thematisierungen dieses Kriteriums in den beiden Berufungsgutachten niederschlug.

Gleichwohl muss die wissenschaftliche Leistung als das für die Fakultät entscheidende Kriterium angesehen werden. Denn sie wurde im Gegensatz zu den didakti-

8 Ebd., S. 66 f.

9 Paulsen, Die deutsche Universität als Unterrichtsanstalt und als Werkstätte der wissenschaftlichen Forschung, in: ders., Gesammelte Pädagogische Abhandlungen, Stuttgart/Berlin 1912, S. 93 f.

10 Paletschek, Die permanente Erfindung einer Tradition. Die Universität Tübingen im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, 2001, S. 9.

11 Die folgenden Ausführungen basieren auf Zeiler, Statik und

Wandel. Die Freiburger Rechtsfakultät im universitären Expansionsprozess des Deutschen Kaiserreichs, Freiburg/München 2009; dort finden sich detaillierte Nachweise sowohl der archivalischen Quellen als auch der Sekundärliteratur. Für biographische Angaben zu den im Text erwähnten Freiburger Dozenten wird verwiesen auf: Zeiler, Biographische Skizzen zum Lehrkörper der Freiburger Rechtsfakultät, 2008, URN: urn:nbn:de:bsz:25opus58711.

schen Fertigkeiten in den Berufungsgutachten (mit der erwähnten Ausnahme von *Lenel*) stets angesprochen und überdies fast immer zuerst abgehandelt, so dass die Ausführungen zur Lehrbefähigung oft nur als ein Anhängsel an die bisweilen recht ausführlichen Darlegungen zu den Publikationen des Kandidaten erscheinen. Dieser Umstand wurde von keiner der an den Berufungsverfahren beteiligten Stellen jemals gerügt. Vielmehr wurde zumindest in der Endphase des Kaiserreichs augenscheinlich die wissenschaftliche Leistung allenthalben für so ausschlaggebend gehalten, dass sich die Fakultät im Jahr 1914 bei der erstmaligen (letztlich erst 1919 mit einem anderen Kandidaten vollzogenen) Besetzung der Stiftungsprofessur für Staats- und Völkerrecht (sog. Schleiden-Professur) zur Rechtfertigung der kleinen Zahl der von ihr vorgeschlagenen Kandidaten zu dem Hinweis genötigt sah, sie habe schließlich „pflichtgemäß“ neben der wissenschaftlichen Arbeit „auch“ die Lehrgabe in Betracht ziehen müssen; gleichzeitig setzte sie den 31-jährigen Extraordinarius *Fritz Marschall von Bieberstein* trotz einer positiven Charakterisierung seiner Lehrtätigkeit ausdrücklich nur als Füllkandidaten auf die Berufsliste, weil er „derzeit“ mangels eines „überzeugenden *Oeuvres*“ nur zu „Hoffnungen“ berechtige.

Diese Einschätzung wurde im großherzoglichen Kultusministerium allem Anschein nach uneingeschränkt geteilt. Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass die Berufung des wissenschaftlich bislang nur mit seiner (wenn auch verschiedentlich gelobten) Habilitationsschrift zur Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn hervorgetretenen *Marschall von Bieberstein* dort jemals erwogen wurde, obwohl die Anstellung einer besoldungstechnisch „billigen“ Nachwuchskraft die einzige Möglichkeit gewesen wäre, die Besetzung des Lehrstuhls mit den vergleichsweise geringen Erträgen der *Schleiden-Stiftung*¹² zu finanzieren. Ganz im Gegenteil ließen die Verantwortlichen in Karlsruhe nichts unversucht, um mit dem von der Freiburger Fakultät favorisierten 57-jährigen Würzburger Ordinarius *Christian Meurer* einen Professor zu gewinnen, der sich als einer der führenden Staatskirchenrechtler seiner Zeit und einer Autorität auf verschiedenen Gebieten des Völkerrechts eines mehr als „überzeugenden

Oeuvres“ rühmen konnte, und sie waren dabei auch wiederholt zu finanziellen Zugeständnissen bereit. Damit kann davon ausgegangen werden, dass die im Jahr 1914 von dem Historiker *Ernst Fabricius* als Vertreter der Albert-Ludwigs-Universität in der ersten Kammer der badischen Landstände getätigte Aussage, wonach der „oberste Grundsatz“ für die Auswahl von Professoren stets sei, nur die „wissenschaftlich beste Kraft“ zu berufen¹³, zumindest zu diesem Zeitpunkt auch für die juristische Fakultät als uneingeschränkt gültig angesehen wurde.

III. Zur Rolle der Forschungsorientierung in der juristischen Lehre

Der Ort, an dem sich die Verbindung von Forschung und Lehre an den Universitäten des Kaiserreichs vorzugsweise realisierte, waren die Seminare und Institute, die geradezu als eine Institutionalisierung dieses Prinzips gelten. Die Einrichtung von Seminaren setzte sich an deutschen Universitäten erstmals in den 1870er Jahren in breiterem Umfang durch. Zuvor waren sie außerhalb der klassischen Philologie, die hier die Vorreiterrolle innehatte, lediglich sporadisch zu finden. Die philologischen Seminare dienten ursprünglich der Lehrerausbildung, doch diese Funktion wurde im Laufe der Zeit durch eine fachwissenschaftliche Ausrichtung verdrängt, deren Ziel es war, die Studenten zu selbständigem Denken zu erziehen und sie durch die Abfassung eigener, im Seminar zu diskutierender philologischer Arbeiten methodisch zu schulen.

Diese Forschungsorientierung wurde im juristischen Bereich nur selten übernommen. Hier stand im Zeichen der stets virulenten Diskussion um die Verbesserung der als mangelhaft empfundenen Ausbildung der Studenten für die juristische Praxis von Anbeginn die Berufsbildungsfunktion im Vordergrund. Deshalb blieben forschungsorientierte Seminare in juristischen Fakultäten eine seltene Ausnahme. Hier dominierten allgemeine Fakultätsseminare, an denen im Unterschied zu den in philosophischen Fakultäten vorherrschenden spezialisierten „*Einmann-Seminaren*“ alle Professoren und Fächer beteiligt waren. Sie zielten vor allem auf die Hebung des Ausbildungsstandes zukünftiger juristischer Prakti-

12 Das Kapital dieser Stiftung bestand aus dem Vermögen des von 1874 bis zu seinem Tod im Jahr 1895 in Freiburg lebenden schleswig-holsteinischen Verwaltungsbeamten, Diplomaten und Abgeordneten *Rudolf Schleiden*. Zweck der Stiftung war die Förderung der wissenschaftlichen Arbeit auf dem Gebiet des Völkerrechts und der Staatswissenschaften durch die alljährliche Ausschreibung

einer Preisaufgabe sowie die Errichtung einer ordentlichen Professur für Völkerrecht und Staatswissenschaften an der Universität Freiburg, sobald die Erträge des Stiftungskapitals hierfür ausreichten.

13 Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogtums Baden, Protokolle der ersten Kammer, 1913/14, Karlsruhe 1914, S. 523.

ker, weshalb die seminaristischen Lehrveranstaltungen, die sich in den juristischen Fakultäten vor allem nach 1900 verstärkt etablierten, ihren Schwerpunkt in Übungen hatten, deren Zielsetzung gerade nicht die Anleitung zu „selbständiger wissenschaftlicher Forschung“ war, sondern in der auf praktische Verwertbarkeit abgestellten Bearbeitung von Rechtsfällen lag. So zeigte sich für den Zeitgenossen Paulsen auch gerade hier am deutlichsten der Unterschied zwischen der juristischen und der philosophischen Fakultät, weil in Letzterer die seminaristischen Lehrveranstaltungen einen „Charakter von Schulen der wissenschaftlichen Forschung“ aufweisen würden.¹⁴ Derart weitreichend konnte die Verbindung von Forschung und Lehre in der juristischen Fakultät angesichts ihrer unzweifelhaft vorherrschenden Funktion der Ausbildung juristischer Praktiker freilich nicht gelten, doch das Prinzip richtete sich ohnehin in erster Linie an den wissenschaftlichen Nachwuchs. Und zumindest für ihn gab es auch in den Rechtsfakultäten seminaristische Lehrveranstaltungen, die der „Förderung der eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit“ dienten und „eigenes Forschen und wissenschaftliche Produktion“ anregen sollten.¹⁵

In Freiburg lässt sich eine derartige Lehrveranstaltung erstmals Ende der 1880er Jahre identifizieren. Damals wurde durch den Privatdozenten *Lassa Oppenheim* eine als „Anleitung zu wissenschaftlichen Arbeiten auf dem Gebiet des Kriminalrechts“ bezeichnete Lehrveranstaltung angeboten, deren Titel in die genannte Richtung weist. Überdies scheint der Adressatenkreis in fortgeschrittenen Studenten bestanden zu haben, denn die Veranstaltung fand, obwohl sich Interessenten meldeten, letzten Endes nicht statt, weil die Kenntnisse der Bewerber als zu gering angesehen wurden. Danach findet sich in den Vorlesungsverzeichnissen längere Zeit keine Lehrveranstaltung mit einer ähnlichen Bezeichnung, wobei sich der Charakter der angebotenen Übungen u. Ä. aus den Ankündigungen nicht immer klar erkennen lässt. So hat beispielsweise der seit 1875 in Freiburg als Professor für deutsches Recht wirkende *Karl von Amira* Anfang der 1890er Jahre zweimal eine „germanistische Übung“ angeboten, die dem Titel nach zu einem Typus gehört, dem der Berliner Rechtshisto-

riker *Heinrich Brunner* im Jahr 1893 den Zweck zuschrieb, eine kleine Zahl von Studenten in das selbständige Studium der Rechtsquellen einzuführen und zur Forschung anzuregen.¹⁶ Eindeutiger wird die Sache erst Ende der 1890er Jahre, als der Kirchenrechtshistoriker *Ulrich Stutz* seine besonderen wissenschaftlichen Interessen durch mehrere als „kirchenrechtliche Seminare“ betitelte Quellenübungen in den seminaristischen Unterricht einbrachte. Da *Stutz*, wie weiter unten gezeigt wird, als Anreger kirchenrechtlicher Arbeiten hervortrat, kann wohl angenommen werden, dass ihm diese Lehrveranstaltungen auch als Plattform für den Kontakt mit fortgeschrittenen und wissenschaftlich interessierten Studenten dienten. Ähnliches könnte für den Privatdozenten *Hermann Kantorowicz* gelten, der seine Beschäftigung mit der mittelalterlichen Rechtswissenschaft in die Lehre einfließen ließ, indem er entsprechende Übungen anbot, die sich mit ihrem ungewöhnlichen Gegenstand ebenfalls kaum an die bloß examensorientierten Durchschnittsstudenten gewandt haben dürften. Darüber hinaus hat *Kantorowicz* im Wintersemester 1909/10 eine als „rechtsphilosophisches Seminar, für Juristen und Philosophen“ betitelte Lehrveranstaltung abgehalten, bei der es sich vielleicht erstmals um ein Seminar im heute geläufigen Sinne des Wortes handelte. Der zum Wintersemester 1911/12 nach Freiburg gekommene Römischrechtler *Joseph Partsch* bot dann ebenfalls als „Seminare“ bezeichnete Lehrveranstaltungen für „Vorgeschickte“ sowie auf den Methoden der Interpolationenforschung basierende Quellenexegesen an, bei denen es sich um wissenschaftliche Lehrveranstaltungen im oben genannten Sinn handelte. Aber auch die nicht rechtsfall- oder examensorientierten Übungen anderer Professoren wie diejenigen des Straf- und Prozessrechtlers *Richard Schmidt* oder des Rechtshistorikers und Kirchenrechtlers *Alfred Schultze* werden wohl in die wissenschaftliche Arbeit eingeführt haben, da auch bei ihnen Lehrer-Schüler-Verhältnisse und Anregungen zur Abfassung von Dissertationen identifizierbar sind, so dass es mindestens seit der Jahrhundertwende auch in der juristischen Fakultät verstärkt Unterweisungen in die Methodik der wissenschaftlichen Arbeit gab.

14 *Paulsen*, Unterrichtsanstalt (Fn. 9), S. 155.

15 So die Formulierung von *Fischer*, Rechtsforschung und Rechtsstudium im allgemeinen, in: *Lexis*, Universitäten (Fn. 7), S. 296.

16 *Brunner*, Deutsches Recht, in: *Lexis*, Universitäten (Fn. 7), S. 323.

IV. Zur Anregung studentischer Wissensproduktion

Mit der allmählichen Etablierung eines Typus von Lehrveranstaltungen, „in denen eigentlich wissenschaftliche Studien getrieben werden“,¹⁷ erlangte auch das dritte Element der universitären Forschungsorientierung, die Wissensproduktion durch Studenten, eine größere Bedeutung. Über die in den angesprochenen Lehrveranstaltungen verfassten Studienarbeiten zu Übungszwecken lässt sich freilich nichts aussagen, so dass die studentische Wissensproduktion nur in Bezug auf Dissertationen und die Bearbeitung von Preisaufgaben genauer untersucht werden kann. Letzteres war ein im 19. Jahrhundert recht verbreitetes Mittel, um Studenten zur Anfertigung wissenschaftlicher Arbeiten anzuregen, indem für die beste Bearbeitung eines von einer Fakultät gestellten Themas ein Preisgeld ausgelobt wurde. An der Universität Freiburg existierte zu diesem Zweck die sog. Jubiläumsstiftung der Stadt Freiburg, aus deren Erträgen jedes Jahr 160 RM als Preis für eine im turnusmäßigen Wechsel von einer der vier Fakultäten gestellten Aufgabe verwendet wurden. Daneben kam die juristische Fakultät nach der Errichtung der Schleiden-Stiftung im Jahr 1896 in den Genuss einer eigenen, mit 1.000 RM dotierten Preisaufgabe, die thematisch allerdings auf völkerrechtliche und staatswissenschaftliche Studien beschränkt war. Ein großer Erfolg war derartigen Preisaufgaben indes nicht beschieden, denn es sind sowohl für die Jubiläums- als auch für die Schleiden-Stiftung Fälle nachweisbar, in denen überhaupt keine oder nur eine einzige Bearbeitung des gestellten Themas einging, und bisweilen waren die eingereichten Arbeiten von einer so schlechten Qualität, dass kein Preis vergeben wurde. Erfolgreicher war dagegen ein 1903 von Ulrich Stutz initiiertes Kirchenrechtspreis, der freilich auf seine Person zugeschnitten war und daher einer anderen Konzeption folgte als die Preisausschreiben der Jubiläums- und der Schleiden-Stiftung. Diese wandten sich undifferenziert an die Gesamtheit der Studierenden, während der stets als Anreger kirchenrechtlicher Studien auftretende Stutz seinen Preis gezielt für die Förderung eigener Studenten einsetzte. Dazu bot sich ihm erstmals 1901 eine Möglichkeit, als die Fakultät ihm für das Preisausschreiben der Jubiläumsstiftung die Stellung einer Auf-

gabe zum Kirchenpatronatsrecht in Baden zubilligte. Diese führte nach Stutz' eigenem Bekunden zu einem außergewöhnlichen Erfolg, weil die eingereichten Studien nicht lediglich das Niveau studentischer Arbeiten, sondern das echter wissenschaftlicher Untersuchungen erreicht hätten. Deshalb wollte er ein Jahr später erneut ein bereits ins Auge gefasstes Thema aus dem badischen Kirchenrecht im Rahmen einer Preisaufgabe bearbeiten lassen. Die Fakultät unterstützte dieses Vorhaben und erklärte sich bereit, das Preisausschreiben in ihrem Namen durchzuführen und im Falle einer Promotion auf der Grundlage der siegreichen Preisarbeit auf die sonst üblichen Promotionsgebühren zu verzichten. Nachdem auch der Senat sein Placet zu dem geplanten Vorhaben gegeben hatte, stellte das Kultusministerium schließlich „ausnahmsweise“ 150 RM als Preis zur Verfügung. Dieser wurde 1903 dem 1880 in Gerolsheim geborenen cand. jur. Fritz Geier für seine Arbeit über die Durchführung der kirchlichen Reformen *Josephs II.* im vorderösterreichischen Breisgau verliehen. Die Arbeit wurde später von der Fakultät als Dissertation angenommen und 1905 in der Reihe „Kirchenrechtliche Abhandlungen“ veröffentlicht. Ein Jahr darauf beantragte Stutz nach dem von ihm behaupteten erneuten großen Erfolg des Preisausschreibens noch einmal 150 RM, um wieder „junge badische Juristen dazu [zu bringen], dem heimatischen Kirchenrecht Aufmerksamkeit zu schenken“, und auch diesem Antrag wurde vom Kultusministerium stattgegeben. Stutz stellte daraufhin das Thema „Die kirchliche Rechtspersönlichkeit im Großherzogtum Baden“ zur Bearbeitung. Der Preis ging 1904 vermutlich an die von Fritz Amann aus Bruchsal verfasste Schrift „Die kirchliche Rechtspersönlichkeit im Großherzogtum Baden (nach Rechtsgrund, Trägerschaft und Inhalt)“, die vier Jahre später von der Fakultät als Dissertation angenommen und im Jahr 1909 als 24. Band des Archivs für öffentliches Recht publiziert wurde.

Mit dem Ausscheiden von Stutz im Jahr 1904 entfiel diese besondere Anregung zur Abfassung von Dissertationen wieder, doch an Promotionswilligen bestand insbesondere in der titelseligen Wilhelminischen Periode nicht gerade ein Mangel. Allerdings war die Qualität der üblicherweise fertig von außerhalb der Universität eingereichten juristischen Doktorarbeiten notorisch

17 So die Formulierung von Paulsen, Geschichte des gelehrten Unterrichts auf den deutschen Schulen und Universitäten, Bd. 2, 2. Aufl., Leipzig 1897, S. 259, der an dieser Stelle erklärt, dass derartige Lehrveranstaltungen nunmehr auch in der juristischen Fakultät existieren würden.

schlecht, was während der gesamten Zeit des Kaiserreichs ein Gegenstand immer wiederkehrender Kritik war. Es gab damals sogar ausgesprochene „Doktorfabriken“, in denen quasi industriemäßig alljährlich Hunderte junger Juristen, die bisweilen lediglich ihre binnen Sechswochenfrist verfassten preußischen Referendararbeiten als Dissertationen vorlegten, promoviert wurden. Das war in Freiburg zwar nicht möglich, aber auch hier waren die Anforderungen für die Annahme einer Dissertation zumindest bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nicht besonders hoch. Im Grundsatz ließ die Fakultät die Vorlage eines *specimen eruditionis* genügen, wodurch der ursprüngliche Charakter der Promotion als Studienabschlussexamen noch deutlich zum Ausdruck kommt: Das primäre Ziel bestand nicht in der Erbringung des Nachweises einer besonderen wissenschaftlichen Befähigung in einem bestimmten Fachgebiet, sondern in der Darbietung des Beweises einer vielseitigen Fachbildung. Mit anderen Worten war nicht der Aspekt der Generierung neuen Wissens, sondern die kunstgerechte Bearbeitung bekannter Themen das (zumindest für die Annahme der Dissertation) entscheidende Kriterium. Aus diesem Grund legte die Fakultät anfangs auch großes Gewicht auf die „Selbständigkeit“ der eingereichten Arbeit sowohl im Hinblick auf ihre Fertigstellung als auch in Bezug auf die Auswahl des Themas. Das heißt, die Kandidaten sollten schon durch das Erkennen eines geeigneten Dissertationsgegenstandes ihre umfassende Beherrschung des Stoffes nachweisen und die Arbeit dann ohne jede Hilfestellung durch die Fakultät oder durch eines ihrer Mitglieder bearbeiten. Besonders *Karl von Amira* war ein entschiedener Vertreter dieser Position. Deshalb protestierte er 1888 gegen ein Votum *Heinrich Rosins*, in dem dieser die Annahme einer von ihm begutachteten Doktorarbeit von detaillierten Änderungsvorgaben abhängig machte. Auch musste nach Meinung von *Amiras* das Thema vom Kandidaten selbst gefunden werden, weil, wie er es ein Vierteljahrhundert später ausdrückte, „ein wissenschaftlich tiefer gebildeter Mann vor allem sein Arbeitsthema selber finden sollte“¹⁸. Grundsätzlich war die Fakultät mit ihm bis in die 1890er Jahre hinein darin auch einer Meinung, denn Anfragen zur Stellung von Dissertationsthemen wurden wiederholt abschlägig beschieden. Allerdings ging zumindest *Rosin* bereits Ende der 1880er Jahre dazu über, die Anfertigung von Doktorarbeiten anzuregen, indem er 1887 einem Studenten ein öffentlich-rechtliches Thema zur

Ausarbeitung empfahl und 1894 eine in einer Übung zum badischen Gemeinderecht entstandene Studienarbeit zur Dissertation ausbauen ließ. Damit bahnte sich hier ein Funktionswandel der Doktorarbeit an, der sich im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts immer stärker bemerkbar machte. Nunmehr wurden Dissertationen von vielen Dozenten ganz offen als Mittel verwendet, um von ihnen erkannte Forschungsdesiderate bearbeiten zu lassen. Das war neben dem genannten *Rosin* und dem bereits weiter oben als Anreger kirchenrechtlicher Studien behandelten *Stutz* vor allem bei *Richard Schmidt* der Fall, für den zwischen 1901 und 1913 mehrere Themenstellungen nachweisbar sind. Aber auch andere Professoren wie *Alfred Schultze* traten als Initiatoren und Betreuer von Studien hervor, und in der ersten Hälfte der zweiten Dekade des 20. Jahrhunderts war die Anregung von Dissertationen durch Dozenten augenscheinlich so selbstverständlich, dass die Fakultät eine entsprechend umfangreiche Tätigkeit auf diesem Gebiet zweimal gegenüber dem Kultusministerium zur positiven Charakterisierung von Professoren-Kandidaten heranzog.

Da der konstatierte Anstieg in der Zahl der nicht von außen fertig eingereichten, sondern intern vergebenen Doktorarbeiten zeitlich mit der Intensivierung des seminaristischen Unterrichts zusammenfällt, kann angenommen werden, dass ungefähr ab der Jahrhundertwende auch in der juristischen Fakultät zunehmend die bereits aus der philosophischen Fakultät bekannte Erscheinung Platz griff, dass Dissertationen „mit eigentlichem wissenschaftlichen Charakter“ vorzugsweise aus Seminaren hervorzugehen pflegten.¹⁹ In diesen Rahmen passt auch, dass in einer Neufassung der Promotionsordnung aus dem Jahr 1904 erstmals der Passus Eingang fand, die Dissertation müsse „wissenschaftlich beachtenswert“ sein und die Fähigkeit des Bewerbers dartun, „selbständig wissenschaftlich zu arbeiten“. Inwieweit diese Klausel, die im Übrigen auch durch die seit dem Ende des 19. Jahrhundert stark steigenden Promotionszahlen veranlasst worden sein könnte, wirklich zu einer Erhöhung der Qualität von Durchschnittsdissertationen führte, muss dahingestellt bleiben; jedenfalls drückt sich in dem erwähnten Paragraphen der fortschreitende Wandel des Charakters der Dissertation von einer bloßen Studienabschlussarbeit zu einer wissenschaftsfördernden Studie aus, die zur damaligen Zeit verstärkt als Voraussetzung für eine erfolgreiche Promotion gefordert wurde.

18 *Von Amira*, Reform der Doktorpromotion, in: Akademische Rundschau, Jg. 1912/13, S. 572.

19 So die Formulierung von *Paulsen*, Unterrichtsanstalt (Fn. 9), S. 155.

V. Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden, dass die drei von Paulsen formulierten Elemente der „deutschen Universität“ – die Arbeit von Dozenten „an der Wissenschaft“, die Anleitung von „Schüler[n] zum wissenschaftlichen Denken“ und die Heranziehung von Studenten „zur Mitarbeit an der wissenschaftlichen Forschung“ – auch in der Freiburger juristischen Fakultät zum Tragen kamen. Für die beiden letztgenannten Elemente galt dies allerdings erst ab dem Ende des 19. Jahrhunderts und nur in Bezug auf einen kleinen Kreis von Studenten. Dagegen wurde der Grundsatz, dass sich Universitätslehrer nicht nur als Vermittler, sondern auch als Mehrere wissenschaftlicher Erkenntnisse zu betätigen hatten, wesentlich früher umgesetzt. Im Hinblick auf die Professoren etablierte er sich endgültig in den 1860er Jahren, nachdem am Anfang dieser Dekade mit dem Hofgerichtsrat *Wilhelm Behaghel* letztmals ein wissenschaftlich gänzlich unausgewiesener Praktiker zum Ordinarius ernannt worden war.²⁰ Nach ihm gelangten nur noch Personen auf einen Lehrstuhl der Fakultät, die zum Zeitpunkt ihrer Berufung mindestens zwei Monographien und meist noch mehrere kleinere Schriften aus dem Fachbereich der jeweiligen Professur publiziert hatten. Im Hinblick auf Privatdozenten

etablierte sich das Prinzip im Jahr 1873. Damals wurde durch den Erlass einer juristischen Habilitationsordnung im Grundsatz die heute bekannte Form der Habilitation eingeführt, so dass die Lehrbefugnis zur Zeit des Kaiserreichs nur unter Vorlage einer (regelmäßig monographischen) Spezialstudie über einen Gegenstand aus dem Fachgebiet, für das die *venia legendi* beantragt wurde, erlangt werden konnte. Damit waren alle seit dem Ende der 1860er Jahre ernannten Professoren und Privatdozenten „Forscher“ im Sinne von aktiv am Prozess der Wissensgenerierung in einer Disziplin beteiligten Personen, die in den rund fünf Dekaden des Kaiserreichs eine zuvor ungesehene Zahl an Schriften publizierten und auf diese Weise die juristische Fakultät in Freiburg zumindest in dieser Hinsicht unzweifelhaft zu einer „Forschungsfakultät“ machten.

Dr. Frank Zeiler ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter mit dem Aufbau einer Medaillendatenbank zum Thema Recht und Gerechtigkeit befasst.

²⁰ Der Fall des verdienten badischen Verwaltungsbeamten *Albert Gebhard*, für den 1890 mit der Einrichtung einer ebenso singulären wie überflüssigen Professur für Reichszivilrecht (die er faktisch nur rund sechs Monate versah) eine Art Sinekure geschaffen worden war, bleibt als völlig atypisch außer Betracht.

Carsten Morgenroth
*Wiederholung einer Online-Prüfung bei fehlender
Identitätskontrolle und Aufsicht? – Eine Analyse des
Beschlusses des VG Frankfurt/Oder vom
11. Mai 2021*

I. Einleitung

II. Darstellung der wesentlichen Gründe der Entscheidung

III. Analyse

1. Besonderheiten durch den Charakter als Online-Prüfung

a. Datenschutzrechtliche Aspekte

b. Klausur ohne Beaufsichtigung als Hausarbeit?

2. Allgemeine prüfungsrechtliche Aspekte

a. Einzelfallgerechtigkeit

b. Wirksames Einverständnis mit von Prüfungsordnung abweichender Durchführung?

IV. Fazit

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hält auch mit Blick auf Entscheidungen zu Online-Prüfungen zunehmend Einzug in die gerichtlichen Entscheidungssammlungen. Nach den vorläufigen Beschlüssen des OVG Schleswig² und des OVG Münster³ in Normenkontrollverfahren, die beide bereits ausführlich besprochen wurden,⁴ liegt nunmehr eine weitere Entscheidung zum Thema vom *VG Frankfurt/Oder* vor. Anders als die beiden vorangegangenen Entscheidungen betrachtet der Beschluss des *VG Frankfurt/Oder* aber nicht eine Prüfungsordnung an sich, sondern bestimmt, dass im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO die hochschulseitig angeordnete sofortige Vollziehbarkeit aufrechterhalten wird, dem Widerspruch einer Studierenden damit keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Nicht nur wegen dieses andersgearteten Settings⁵ enthält diese Entscheidung einige Besonderheiten, die es wert erscheinen lassen, den Beschluss einer näheren Analyse zu unterziehen. Hierfür wird die Entscheidung zur besseren Nachverfolgbarkeit der Leserschaft zunächst in ihren tragenden sachlichen und rechtlichen

Dimensionen dargestellt (II.). Darauf aufbauend lassen sich dann besonders besprechungswürdige Aspekte ausführen (III.). Ein Fazit (IV.) rundet die Darstellung ab.

II. Darstellung der wesentlichen Gründe der Entscheidung

Gegenstand des Beschlusses ist eine Klausurprüfung in Form der elektronischen Prüfung im Pflichtfach „Wirtschaftsinformatik“ im Bachelorstudiengang „Internationale Betriebswirtschaftslehre“ der Hochschule am 26. Februar 2021. Infolge einer schriftlichen Empfehlung der Landesbeauftragten für den Datenschutz unterblieb hierbei eine Prüfungsaufsicht, dafür war die Prüfung unter Zulassung aller sachlichen Hilfsmittel (sog. Open Book Klausur) ausgelegt, allerdings mit dem nach wie vor bestehenden Verbot eines persönlichen Kontakts zu anderen Personen. Eine Identitätskontrolle fand ebenfalls nicht statt. Als sich im Rahmen der Prüfungsbewertung herausstellte, dass von „diversen Studierenden teilweise identische Lösungen“ eingereicht wurden, hob die Hochschule am 15. März 2021 die Prüfung gegenüber den teilnehmenden Studierenden auf, ordnete die Nichtbewertung der Prüfung an und erklärte die Wiederholung für erforderlich. Zugleich ordnete die Hochschule die sofortige Vollziehung der Entscheidung an, ohne diese jedoch zu begründen.

Dagegen wandte sich die Antragstellerin in ihrem Widerspruch vom 23. März 2021 sowie in einem weiteren Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz vom 1. April 2021. Darin machte sie geltend, dass sie selbst keine Täuschung begangen habe, die Entscheidung deshalb einer „Sippenhaft“ gleichkomme. Zudem trug sie vor, eine Wiederholung der Prüfung sei ihr unzumutbar, weil sie für die Betreuung ihrer im gleichen Haushalt lebenden Mutter zuständig sei und die Wiederholung einen erneuten Lern-

1 Az. 1 L 124/21.

2 Beschluss vom 3. März 2021, Az. 3 MR 7/21.

3 Beschluss vom 4. März 2021, Az. 14 B 278/21.NE.

4 *Birnbaum*, NJW 2021, 1356 ff.; *Dieterich*, NVwZ 2021, 551 ff.

5 Ebenfalls in einer individuellen Konstellation entschied das VG Gießen am 5. März zum Anspruch auf Durchführung einer Prüfung als Online-Prüfung wegen weiten Anreisewegs, s. Az. 9 L 491/21.GI.

aufwand für sie bedeutete. Zudem setze eine Präsenzprüfung sie dem Risiko einer Covid-Erkrankung aus.

Die Vorsitzende des Prüfungsausschusses teilte mit Schreiben vom 25. März 2021 mit, dass für alle betroffenen Studierenden die Regelungen über den Freiversuch nach § 22 Abs. 3 des Landeshochschulgesetzes Brandenburg anzuwenden sind.

Das Gericht wies den Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung im Ergebnis ab. Denn es lägen rechtserhebliche Verfahrensfehler vor, die nach den Regelungen der Prüfungsordnung zwingend eine Wiederholung bedingen. Zunächst sei für die Durchführungsart als Fernprüfung keine Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung vorhanden. Selbst wenn man diese unterstellte, lägen mit der fehlenden Identitätskontrolle und der nicht vorhandenen Beaufsichtigung des zu unterbleibenden Kontakts zu anderen Personen erhebliche Verfahrensfehler vor. Deshalb sei das Vorbringen der Antragstellerin unerheblich, auch könne die Wiederholung nicht auf die von den vermeintlichen Täuschungen betroffenen Aufgaben beschränkt, sondern müsse vollständig durchgeführt werden. Soweit weitere Teile der Begründung erheblich für die Analyse der Entscheidung sind, werden diese bei den betreffenden Punkten gesondert dargestellt.

III. Analyse

Auf den ersten Blick erscheint das Ergebnis einleuchtend. Mit der nichtvorhandenen Identitätskontrolle und Beaufsichtigung fehlen gleich zwei Kernbestandteile der erforderlichen Maßnahmen einer Hochschule, um für prüfungsrechtliche Chancengleichheit zu sorgen. Mit der zeitnah angeordneten Neuprüfung für alle Beteiligten wird zudem eine schnelle und praktikable Lösung etabliert.

Dennoch enthält die Entscheidungsbegründung Besonderheiten, die einen näheren Blick als sinnvoll erscheinen lassen. Diese betreffen sowohl Besonderheiten gerade infolge der Durchführung als Online-Prüfung (1.) als auch allgemeine prüfungsrechtliche Aspekte (2.). Diese sollen deshalb näher beleuchtet werden, in der Hoffnung, Erkenntnisgewinn und Rechtssicherheit für

Wissenschaft, Forensik und Hochschulpraxis zu befördern.

1. Besonderheiten durch den Charakter als Online-Prüfung

Besonderheiten gerade durch den Charakter der Prüfung als Online-Prüfung sind datenschutzrechtliche Aspekte (a.) sowie der Bezug des Gerichts auf den Charakter der Prüfung als Hausarbeit (b.).

a. Datenschutzrechtliche Aspekte

Leider hat das *VG Frankfurt/Oder* in seiner Entscheidung datenschutzrechtliche Aspekte ganz ausgelassen. Das überrascht aus zwei Gründen. Erstens haben sich die beiden Leitentscheidungen des *OVG Schleswig* und des *OVG Münster* zum Thema trotz jeweils vorläufiger Entscheidungen mit dem Datenschutz beschäftigt⁶ und sogar bereits erste allgemeine Erwägungen abgeleitet.⁷ Und zweitens hatte im hiesigen Fall eine Empfehlung der Landesdatenschutzbeauftragten zur Nichtdurchführung einer Beaufsichtigung geführt – es hätte also durchaus Grund gegeben, das Datenschutzrecht zumindest flankierend einzubeziehen.

Konkret hätte sich das Gericht mit der Frage befassen können, ob das prüfungsrechtliche Gebot, aus Gründen der Chancengleichheit eine Beaufsichtigung bei Klausuren einzurichten, zu einer entsprechenden datenschutzrechtlichen Verpflichtung führt, entsprechende Beaufsichtigungsdaten auch zu verarbeiten. In diesem Kontext könnte dann interessant sein, welchen Charakter das Gericht der Empfehlung der Landesdatenschutzbeauftragten beigemessen hätte. Gegebenenfalls hätte ein datenschutzrechtlicher Verstoß dann nicht in einem Übermaß an Datenverarbeitung, sondern umgekehrt in dessen Unterlassen liegen können. Diese Thematik hätte dann durch die Frage abgerundet werden können, inwieweit datenschutzrechtliche Verstöße geeignet sind, in beachtlicher Weise, § 46 LVwVfG, auf das Prüfungsverfahren einzuwirken.⁸

b. Klausur ohne Beaufsichtigung als Hausarbeit?

Das *VG Frankfurt/Oder* erwähnt im Rahmen seiner Argumentation zur Erforderlichkeit einer Beaufsichtigung bei Klausuren abrundend, die Prüfung trüge dann

6 *Birnbaum*, oben Fußnote 4.

7 *Dieterich*, oben Fußnote 4.

8 Tendenziell in Richtung einer Unbeachtlichkeit *Dieterich*, oben

Fußnote 4, S. 516 ff.; differenzierend nach durchführungsnahen und durchführungsfernen datenschutzrechtlichen Verstößen *Morgenroth/Wieczorek*, *OdW* 2021, 148, 153.

(ohne Beaufsichtigung) den Charakter einer Hausarbeit. Diese Einlassung wirft ebenfalls eine Reihe ungeklärter Fragen auf.

Zunächst wäre zu überprüfen, ob es diesbezügliche Regelungen in der Prüfungsordnung gegeben hat, weil mit Blick auf die Gestaltung des Prüfungsverfahrens die Prüfungsordnung Vorrang vor allgemeinen Erwägungen hat.⁹

Ist dies nicht der Fall, so fragt sich systematisch, ob dies zwingend der Fall sein muss. Dann das würde nichts Anderes bedeuten, als dass die Hausarbeit negativ definiert würde als Klausur ohne Beaufsichtigung, ohne Rücksicht auf weitere Aspekte. Rein rechtsmethodisch scheint dies bereits vor dem Hintergrund zweifelhaft zu sein, als dies eine abschließende Dualität der Unterfallgruppenbildung im Prüfungstyp¹⁰ „*schriftliche Prüfung*“ suggerieren würde, etwa im Sinne eines „*was von den schriftlichen Prüfungen nicht Klausur ist, ist Hausarbeit*“. Dem Gestaltungsermessens der Hochschule, Prüfungstypen wie die schriftliche Prüfung mit Unterformen, sog. Prüfungsarten, auszugestalten, sind jedoch keine Grenzen gesetzt. Es sind neben Klausur und Hausarbeit viele weitere Arten der schriftlichen Prüfung denkbar, welche diese gedankliche Dualität von Klausur und Hausarbeit unterbrechen und eine andere, positive Form der Typenbildung bzw. Definitionsfindung auch für die Hausarbeit erforderlich werden lassen.¹¹

Diese positive Abgrenzung lässt sich sinnvollerweise nach den abzuprüfenden Lernzielen erreichen.¹² Andere Lernziele oder ähnliche Lernziele in einer anderen Intensitätsstufe erfassen zu können als mit einer Klausur, ist Ausdruck effektiv umgesetzter Freiheit der Lehre nach Art. 5 Abs. 3 GG. Denn da eine Prüfung Mittel zum Zweck ist, eingelegte Kompetenzen bewertend zu erfassen,¹³ ist es sinnvoll, eher ein breites Spektrum an Prüfungsarten vorzuhalten als eine enge Bandbreite einzurichten, um in der zugrunde liegenden Lehrveranstaltung möglichst viele Lernziele und in möglichst umfassender Form einlegen zu können. Neben der Verantwortung der Hochschule für ein funktionierendes Wissenschaftssystem, zu dem Lehre und Prüfung zählen, ist es deshalb auch ein Gebot effektiver Grundrechtsdurchsetzung der Lehrfreiheit des Lehrenden, Prüfungsarten breit aufzustellen, um alle Möglichkeiten für die Lehre vorzuhalten. Dem aus Art. 12 GG folgenden Ge-

bot, die Studierenden hinreichend auf die mit dem verfolgten berufsqualifizierenden Abschluss verbundenen typischen Berufsbilder vorzubereiten,¹⁴ wird dadurch ebenfalls Rechnung getragen.

Schließlich ist es auch prüfungsdidaktisch vorzuzug, eine Hausarbeit hinsichtlich der erfassten Lernziele andersartig einzurichten als eine Klausur. Ein möglichst passgenaues kompetenzielles Streamlining von Lehrveranstaltung und zugehöriger Prüfung, sog. Constructive Alignment,¹⁵ ist neben den soeben beschriebenen verfassungsrechtlichen Implikationen auch didaktisch ein Qualitätskriterium.

Diese Aspekte sind selbstverständlich auch in Prüfungen relevant, die nicht als Online-Prüfung durchgeführt werden. Da dem hiesigen Fall aber eine für Online-Prüfungen typische Durchführungsart der Open Book Klausur gewählt wurde und diese Frage erkennbar erst während der Corona-Pandemie aufkam, sollen sie hier als Besonderheit des Corona-Prüfungsrechts behandelt werden.

2. Allgemeine prüfungsrechtliche Aspekte

Aus der Entscheidung erwachsende allgemeine prüfungsrechtliche Fragestellungen sind die von der Antragstellerin angemahnte Einzelfallgerechtigkeit (a.) und die Thematik, ob im Wege eines Einverständnisses von den Vorgaben der Prüfungsordnung abgewichen werden kann (b.).

a. Einzelfallgerechtigkeit

Die Antragstellerin hatte zur Begründung ihres Widerspruchs unter Anderem vorgebracht, sie habe die Prüfung regelkonform durchgeführt. Die aufgetretenen Unregelmäßigkeiten betrafen sie nicht. Deshalb widerspreche die Annullierung ihrer Prüfungsleistung dem Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit. Das Gericht führt in seiner Entscheidung dazu aus, „*mangels Aufsicht sei nicht gewährleistet, dass die Fernklausur überhaupt durch die hierfür angemeldeten Studierenden in Person abgeleistet wurde, geschweige denn, dass den jeweiligen Prüfungsleistungen keine verdeckte Gruppenarbeit zugrunde liegt (vgl. § 16 Abs. 3 ASPO)*“ und „*[a]ngesichts des Vorstehenden bedarf es im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit des Prüfungsverfahrens keines näheren Eingehens auf die von der Antragsgegnerin zur Begründung der Annullierung*

9 BVerwG, Beschluss vom 25.04.1996, Az. 6 B 49/95.

10 Dieser Begriff wird von Morgenroth, OdW 2021, 117, 123 ff. abgeleitet und vorgeschlagen, in der Praxis auch als „Prüfungsform“ bekannt.

11 Allgemein zu Erwägungen der Typenbildung von Prüfungen gerade vor dem Hintergrund der Entwicklungen infolge des Corona-

Rechts Morgenroth, OdW 2021, 117, 122 ff.

12 OVG Schleswig, oben Fußnote 2, Rn.50.

13 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Auflage, 2021, Rn. 360.

14 BVerfGE 13, 97 ff. – Handwerksrolle.

15 S. hierzu Morgenroth/Wieczorek, oben Fußnote 8, S. 149.

der Prüfungsleistung der Antragstellerin vorgebrachten Unregelmäßigkeiten... Es ist dabei unerheblich, wenn ein Verfahrensmangel – wie hier – im Verantwortungsbereich der Prüfungsbehörde liegt, wenn es um die Wahrung der Chancengleichheit der Prüflinge insgesamt geht (vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, a. a. O., 487, 501). Der Mangel der fehlenden Aufsicht betrifft die Prüfung insgesamt, sodass eine nur teilweise Wiederholung einzelner Prüfungsaufgaben als gebotene ‚*schonende Fehlerbeseitigung*‘ nicht in Betracht kommt.“ Diese Darstellung des Gerichts wirft sowohl inhaltlich als auch mit Bezug auf die Begründung einige Fragen auf.

Inhaltlich hat sich das Gericht mit der Frage der Einzelfallgerechtigkeit erkennbar gar nicht auseinandergesetzt. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass das Gericht dies nicht an einer fehlenden Glaubhaftmachung rechtmäßigen Handelns der Antragstellerin scheitern ließ, selbst deshalb also offenbar hinreichend davon überzeugt war, dass die Antragstellerin die Chancengleichheit der anderen Prüflinge nicht verletzt hat. Damit kann das Gericht diesen Umstand nur für nicht aufklärungsbedürftig gehalten haben. Im Rahmen der summarischen Prüfung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren hängt es stark von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von Komplexität, Eilerfordernissen und Schwere der Belastung für den Antragsteller, ab, ob und gegebenenfalls inwieweit ein vollständige oder eine summarische Prüfung durchgeführt wird.¹⁶ Dem Rechtsschutzinteresse eines Antragstellers, also der Aufklärungspflicht zu seinen Gunsten, ist dabei umso mehr Gewicht beizumessen, je schwerer die ihm auferlegte Belastung wiegt.¹⁷ Hierbei ist zugunsten der Hochschule sicherlich zu berücksichtigen, dass eine Wiederholung der Klausur bereits im April, also ca. 6 bis 7 Wochen nach der Ausgangsprüfung, eine angesichts vielfältiger anderer Aufgaben sehr schnelle Aufarbeitung der Thematik darstellt und den Studierenden bestmöglich entgegenkommt. Dennoch stellt sich die Frage, ob nach den Erkenntnissen zur Vergessenskurve insbesondere von Detailwissen auch angesichts der relativ kurzen verstrichenen Zeit eine erneute umfangreiche, möglicherweise sogar vollständig neue Prüfungsvorbereitung erforderlich wird. Im Zusammenspiel mit der ebenfalls geltend gemachten und gerichtlich offenbar akzeptierten Zusatzbelastung

der Antragstellerin durch die Betreuung von Familienmitgliedern lässt sich mit guten Gründen fragen, ob das Gericht auf diesen Umstand stärker hätte eingehen können bzw. müssen.

Unterstützend wirken die Grundsätze des sog. Beweis des ersten Anscheins. Im Bereich von Hochschulprüfungen wird der Anscheinsbeweis bislang für die Verbindung einer starken Übereinstimmung einer Musterlösung mit den Antworten der Prüflinge und einer damit zusammenhängenden Täuschung angewendet.¹⁸ Selbst beweis erleichternde Instrumente wie der Anscheinsbeweis wirken damit aber lediglich individuell, nicht aber kollektiv. Von der tatsächlichen Grundlage „*diverser gleichlautender Ergebnisse*“ ließe sich auch im Wege des Anscheinsbeweises nicht schließen, dass alle Beteiligten, hier auch die Antragstellerin, getäuscht hätten. Die Antragstellerin war nach dem bekannten Sachverhalt nicht von den „*diversen gleichlautenden Sachverhalten*“ betroffen. Dies ist ein Grund mehr, bei ihr etwas näher hinzuschauen. Ob das Gericht angesichts der Umstände verpflichtet gewesen wäre, der Antragstellerin eine individuelle Täuschung nachzuweisen, kann offen bleiben. Jedenfalls ist die Befassung mit diesen Fragen leider unterblieben.

Auch der Hinweis des Gerichts auf die Fundstelle im Standardwerk zum Prüfungsrecht Niehues/ Fischer/ Jeremias greift im Kontext dieses Falles möglicherweise etwas zu kurz. Denn dort wurde an der zitierten Stelle (Rn. 501) als Beispielfall für einen den Prüfling begünstigenden, dennoch erheblichen Verfahrensfehler die versehentliche Ausgabe von Lösungen beschrieben, welche die Prüfung zu einer reinen Abschreibleistung werden lassen. Da dies dann offenbar für alle Prüflinge der Fall ist, liegt nahe, dass sich tatsächlich auch alle Prüflinge dieser Hilfe bedient und getäuscht haben. Im hiesigen Fall liegen aber keine tatsächlichen Anhaltspunkte vor, die eine Täuschung der Antragstellerin nahelegen. Insbesondere scheint sie auch bei den „*diversen gleichlautenden Ergebnissen*“ nicht dabei zu sein. Unterstützt wird dieser Gedankengang durch eine Passage gleich auf Rn. 502 des Lehrbuchs von Niehues/ Fischer/ Jeremias, die lautet: „*Ist dagegen eine sachgerechte Prüfung trotz des gestörten Prüfungsverlaufs objektiv möglich, so kann es dem Prüfling nicht verwehrt werden, auf eine Rüge zu verzich-*

16 BVerwG NJW 2002, 2225 f.

17 BVerfGE 35, 382, 402.

18 Für schriftliche Prüfungen BVerwG, Beschl. V. 20.02.1984, Az. 7 B

109/83; für mündliche Prüfungen OVG Rheinland-Pfalz NVwZ-RR 2012, 476 ff.

ten, so dass die Prüfung mit der Bewertung der erbrachten Leistungen seinen gewöhnlichen Fortgang nimmt.“ Ist es angesichts des Umstands, dass die Antragstellerin offenbar keine gleichlautenden Ergebnisse abgegeben hat, wirklich von vornherein ausgeschlossen, dass eine sachgerechte Bewertung ihrer Prüfung möglich war? Auch hier sei die Beantwortung dieser Frage der geschätzten Leserschaft überlassen. Wenigstens die Fragestellung ist allerdings nicht so fernliegend, als dass man sie guten Gewissens vollständig ignorieren sollte, wenn nicht besondere Umstände der Eilbedürftigkeit, die hier nicht dargelegt wurden, eine verkürzte Prüfungstiefe rechtfertigen.

Hinzu kommen diverse offene Fragen im Hinblick auf die Begründung der Entscheidung. So benennt das Gericht zunächst den entscheidungserheblichen Verfahrensverstoß („*mangels Aufsicht*“), unterzieht ihn aber keiner Bewertung hinsichtlich dessen Erheblichkeit oder Intensität. Damit ist weder inhaltlich schlüssig noch aus der Begründung ersichtlich, ob das Gericht gerade wegen einer besonderen Schwere des Verfahrensverstößes auf eine Prüfung der individuellen Täuschung der Antragstellerin verzichtet hat. Außerdem suggeriert die Begründung, dass neben einer ggf. vorliegenden besonderen Schwere des Verstoßes auch Erwägungen der Verwaltungseffizienz entscheidungsleitend gewesen sind – immerhin hatte die Hochschule geplant, die Neuprüfung möglichst schnell danach wieder durchzuführen. Überlegungen der Verwaltungseffizienz sind allerdings ebenfalls nicht in der Begründung enthalten. Schließlich weist das Gericht darauf hin, die entscheidungserhebliche Norm in der Prüfungsordnung gewähre kein Ermessen, um dann wenige Sätze später aufzuzeigen, die Belegung gerade auch der Antragstellerin mit der Pflicht zur Wiederholung der Prüfung sei nicht ermessensfehlerhaft.

b. Wirksames Einverständnis mit von Prüfungsordnung abweichender Durchführung?

Das *VG Frankfurt/Oder* deutet an, dass eine von der Prüfungsordnung abweichende Durchführung der Prüfung rechtskonform sein kann, wenn ein wirksames Einverständnis aller Prüfling vorliegt (Rn. 28). Damit übernimmt es eine Argumentationslinie der renommierten

Richterkollegen im Prüfungsrecht *Fischer* und *Dieterich*.¹⁹ Dies ist ein für die Hochschulpraxis prinzipiell begrüßenswertes Signal, dass die Richterschaft gerade in Verfahrensfragen auch Flexibilität fördert und eine gewisse Praktikabilität der Handhabung akzeptiert.²⁰

Nicht als Gegenrede, sondern ausschließlich zur Relativierung dessen seien dennoch einige Gedanken angeführt. Zunächst hat Autor *Fischer* diesen Ansatz selbst in diversen Webinaren der vergangenen Monate zum Recht der Online-Prüfungen in der Corona-Zeit als innerhalb der Richterschaft umstritten dargestellt.²¹ Es sei also der Eindruck vermieden, es handele sich um eine gefestigte Praxis, unabhängig davon, wie man deren Richtigkeit bewertet. Außerdem scheint der Rückgriff auf eine derartige Struktur individueller Willensbildung anstelle von gesetzlicher Geltung gerade für die Corona-Sonderzeit nicht erforderlich. Denn es hat erkennbar flächendeckend Sonderregelungen staatlichen Rechts, insbesondere in Corona-Schutzverordnungen der Länder²² oder sogar Corona-Sondergesetzen²³ gegeben, die es den Hochschulen ermöglicht haben, ihre Regelungen zu Prüfungen schnell und effektiv²⁴ anzupassen. Dies suggeriert zweierlei: Erstens war diese Verfahrensflexibilisierung bereits während der Corona-Zeit zwar willkommen, aber nicht erforderlich. Und zweitens lässt sich deshalb mit guten Gründen fragen, ob und gegebenenfalls inwieweit derartige Strukturen nach Sondersituationen wie der Corona-Pandemie noch gebraucht werden. Auch hier möge sich jede Leserin bzw. jeder Leser eine eigene Meinung bilden, auf der Grundlage der für sie bzw. ihn jeweils geltenden Rahmenbedingungen. Schließlich sei auch vor einer überschießenden Akzeptanz dieser Flexibilisierung gewarnt. Es besteht eine in einigem Ausmaß verbreitete Praxis an den Hochschulen, dass Studierende unter mehreren Prüfungsordnungen, die für einen Studiengang parallel gelten, etwa in der Form verschiedener Studien- bzw. Prüfungspläne für verschiedene Matrikel, eine ihnen genehme Ordnung durch „Einschreibung“ in diese wählen können. Dies ist nicht nur ein tendenzieller Verstoß gegen den in der jeweiligen Satzung beschriebenen personellen Geltungsbereich, sondern stellt die gesetzliche Struktur der abstrakt-generellen Geltung einer Prüfungssatzung als Gesetz im materiellen Sinne ernsthaft in Frage. Ein Einverständnis in bestimmte Prü-

¹⁹ *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661.

²⁰ Insbesondere wegen des gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Bewertungsspielraums des Prüfers lässt sich bisweilen die gegenläufige Tendenz beobachten, dass Entscheidungen oft auf diffizilen Verfahrensfragen beruhen.

²¹ Beispielsweise am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins für deutsches und europäisches Wissenschaftsrecht, an dem der Autor teilgenommen hat.

²² S. etwa die Corona-Epidemie-Hochschulverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17.04.2020 (GVBl. S. 297).

²³ Beispielsweise das Thüringer Hochschul-Pandemie-Gesetz (ThürCorPanG), zuletzt geändert am 23.03.2021 (GVBl. S. 115).

²⁴ So sah die Regelung in NRW Beschlüsse des Rektorats anstelle von Satzungen vor. Die Sondersatzungen nach dem ThürCorPanG konnten ohne Genehmigung des Ministeriums von den Hochschulen allein behandelt werden.

fungsabläufe *praeter legem* könnte diesen Praxi und Strukturen tendenziell Vorschub leisten – auch hier wieder sei die Leserschaft eingeladen, die Folgen für Ihre jeweiligen Häuser selbst abzuschätzen.

IV. Fazit

Das VG *Frankfurt/Oder* hat mit dieser Entscheidung Neuland betreten und einen wertvollen Beitrag zur Erfassung der prüfungsrechtlichen Situation für Online-Prüfungen geleistet. Dafür sowie für die fundierte Aufarbeitung der relevanten Themen gebührt ihm Respekt und Dank. Gerade, weil es sich bei Online-Prüfungen für viele Hochschulen um eine unbekannte Thematik handelt und Erfahrungswerte weitgehend fehlen, sei

jedoch angeregt, die Prüfungstiefe auch im vorläufigen Rechtsschutz – bei allem Verständnis für Corona-bedingten Zusatzaufwand und Eilbedürftigkeit – nicht zu gering anzusetzen und Begründungen von Entscheidungen ausführlich und konsistent abzubilden. Dies wäre eine große Hilfestellung für die Hochschulpraxis, die sich stark an Entscheidungen wie der vorliegenden orientiert.

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers an der Ernst-Abbe-Hochschule Jena. Er ist Referent und Fachautor zum Prüfungsrecht sowie Autor des Kurzlehrbuchs zum Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

Karoline Haake

Meinungs- und Lehrfreiheit – Was müssen Hochschulen aushalten? Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e. V. am 24.06.2021

Die Meinungs- und Lehrfreiheit waren in den letzten Jahren oft Konfliktherd an vielen deutschen Hochschulen. Um dies verfassungsrechtlich, dienstrechtlich sowie wissenschaftspolitisch zu erörtern und vertiefen, veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 24.06.2021 eine online stattfindende Tagung.

Zunächst begrüßte Prof. Dr. Volker Epping, Präsident der Leibniz Universität Hannover und Vorstandsmitglied des Vereins, die knapp 60 Teilnehmenden. Die Meinungs- und Lehrfreiheit sowie ihre Ausübung und Grenzen stellen in den letzten Jahren fast jede Hochschule vor Herausforderungen und Konflikte. Auch an der Leibniz Universität Hannover haben sich in dem Zusammenhang Schwierigkeiten ergeben. Epping plädierte daher für einen offenen, vielgestaltigen Diskurs an der Hochschule, der alles, was den Boden der freiheitlich demokratischen Grundordnung nicht verlässt, aushalten muss.

I. Freie Rede und Diskurs einer Hochschule - was fordert das Verfassungsrecht?

Prof. Dr. Bernd Kempen, Präsident des Deutschen Hochschulverbandes und Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln, ging der Frage nach, welche Anforderungen das Verfassungsrecht an die freie Rede und den Diskurs in einer Hochschule stellt.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen Wissenschaftsfreiheit, welche durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt wird, und der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Meinungsfreiheit.

Die Wissenschaftsfreiheit wird vom Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 GG als vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht geschützt. Das BVerfG definiert Wissenschaft als

„den nach Inhalt und Form ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit.“¹ Planmäßig ist der Versuch, wenn eine rationale und methodengeleitete Vorgehensweise an den Tag gelegt wird, die nur dann als ernsthaft betrachtet werden kann, wenn sie sich mit dem bisherigen gesicherten Erkenntnisstand hinreichend auseinandersetzt.

Krude Verschwörungstheorien fielen daher schon aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit heraus und könnten höchstens noch unter dem Schutz der Meinungsfreiheit stehen. Ansonsten seien die inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit weit zu ziehen, solange ein ernsthafter und planmäßiger Versuch des Erkenntnisgewinns vorliege. Der Ausschluss anderer aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit und Bezeichnung der Forschung anderer als „Nichtwissenschaft“ würde zu einer Verengung der Wissenschaftspluralität führen und letztendlich auch einer wissenschaftlichen Diskussion über das unliebsame Thema den Boden entziehen.

Nicht jede Äußerung eines Wissenschaftlers² müsse jedoch per se in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zählen. Zu unterscheiden sei hier, wenn dazwischen auch oft nur ein schmaler Grat liege, zwischen einer wissenschaftlich fundierten These und einer außerwissenschaftlichen Meinungsäußerung.³ Letztere werde höchstens durch die Meinungsfreiheit geschützt, wenn keine erwiesenen oder bewusst unwahren Tatsachen behauptet werden, falle jedoch nicht in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit.

Die Wissenschaftsfreiheit wird anders als die Meinungsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet und unterliegt daher nur den für jede grundrechtlich geschützte Freiheit geltenden verfassungsimmanenten Schranken. Die in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG normierte Pflicht zur Verfassungstreue stelle insoweit keine zusätzliche Begrenzung, sondern vielmehr eine Privilegierung der Wissenschafts-

1 BVerfGE 35, 79 (112).

2 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

3 Eine außerwissenschaftliche Meinungsäußerung liege regelmäßig wissenschaftlich-kompetenziell außerhalb des Fachgebiets

des Wissenschaftlers und entbehre einer wissenschaftlichen Grundlage, wie etwa die Behauptung eines Physikprofessors, den Ursprung des Coronavirus' in einem Labor in Wuhan gefunden zu haben, dabei aber methodisch-rationale Standards der Virologie verfehlt („Laborunfall“-These).

freiheit gegenüber der beamtenrechtlichen Loyalitätspflicht dar: Von sonstigen Beamten werde aufgrund der in den Beamtengesetzen verankerten Loyalitätspflicht ein aktives Eintreten für die Verfassung verlangt, während Hochschullehrende durch Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG lediglich daran gehindert seien, gegen die Verfassung zu agitieren.

Politische Äußerungen von Hochschullehrenden im Hörsaal seien nicht per se verboten, solange sie sich nicht in plumpem parteipolitischen Werben erschöpfen. Meinungsäußerungen im inneren Zusammenhang mit dem Lehrbetrieb seien erlaubt.

Das beamtenrechtliche Mäßigungsgebot sei jedoch insbesondere in der Lehre einzuhalten. Grundrechtlich geschützte Rechtspositionen anderer, insbesondere Studierender, seien zu achten und Verstöße gegen diese seien nicht durch die Wissenschaftsfreiheit geschützt, sondern disziplinarrechtlich zu ahndende Dienstvergehen. Zu beachten sei jedoch, dass die Universität als Ort der Konfrontation zu verstehen und es zumutbar sei, dort den Freiheitsgebrauch anderer Grundrechtsträger ertragen zu müssen, solange keine eigenen Grundrechte verletzt werden.

Art. 5 Abs. 3 GG gebiete es als „Grundrecht der deutschen Universität“⁴, die Hochschulen als Stätten freiheitlicher Grundrechtsausübung und freien Diskurses zu konstruieren. Als offener Diskursraum müsse in den Grenzen des geltenden Rechts jeder Diskursbeitrag zulässig sein. Daher dürften Diskursteilnehmende auch nicht ohne gesetzliche Grundlage ausgeschlossen werden. Selbstverständlich dürfe die Hochschule nicht zur Bühne strafbarer, volksverhetzender Parolen werden. Sei zu erwarten, dass voraussichtlich gegen Strafvorschriften verstoßen werde, müssen die Personen vom Diskurs ausgeschlossen werden. In der Praxis betreffe dies insbesondere Gastdozierende oder Politiker, die für Vorträge eingeladen werden. Solange kein Gesetzesverstoß drohe, sei dies grundsätzlich für Politiker aller Parteien möglich. *Kempfen* sah es gar als Chance an, in der Hochschule zwischen Wissenschaft und Politik auszutauschen und abzugleichen. Manche „populistische Verirrung“ hätte so durch wissenschaftliche Aufklärung vielleicht vermieden werden können.

Die Hochschulleitung müsse sich vor Hochschulangehörige stellen, die in ihrer Freiheitsausübung von dritter Seite eingeschränkt werden. Dies sei ihr aufgrund ihrer grundrechtlichen Schutzpflicht sowie der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht geboten.

Die Wissenschaftsfreiheit sieht *Kempfen* derzeit in besonderer Art und Weise bedroht, jedoch nicht durch staatliche Akteure, sondern durch die Akteure des Wissenschaftssystems selbst. Besonders kritisch in diesem Zusammenhang sieht er die sog. *Cancel Culture* und dadurch die Engführung des wissenschaftlichen Diskurses. Er beobachtet als Präsident des Deutschen Hochschulverbands eine signifikante Häufung von Fällen, in denen Wissenschaftler sich durch *Political Correctness* in ihrer Wissenschaftsfreiheit eingeschränkt fühlen.⁵ Dies führe zu einem schleichenden Aushöhlungsprozess der Wissenschafts- und Meinungsfreiheit. Die verfassungsrechtlichen Garantien helfen dabei nur begrenzt. Stattdessen müsse dem selbstverschuldeten Verlust der Wissenschafts- und Meinungsfreiheit mit wissenschaftlicher Aufklärung und Lehr- und Meinungsvielfalt entgegengetreten werden.

II. Krisenmanagement einer Hochschulleitung

Als nächstes referierte *Prof. Dr. Birgitta Wolff*, ehemalige Präsidentin der Goethe-Universität Frankfurt am Main, dazu, wie sie als Hochschulpräsidentin mit konkreten Vorgängen und Disputen um die Lehr- und Meinungsfreiheit umging, und sprach Empfehlungen zum diesbezüglichen Krisenmanagement aus.

Die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit sah auch *Wolff* aktuell in einem Spannungsverhältnis zur *Cancel Culture*.

Angesichts der steigenden Verbreitung von *Fake News* und „alternativen Fakten“ müsse der wissenschaftsgeleitete Diskurs an den Hochschulen kultiviert und Spielregeln des Diskurses etabliert werden. Nur so könne es zum „zwanglosen Zwang des besseren, nicht des lauterer Arguments“⁶ kommen. Und nur durch das Plausibilisieren der eigenen Meinung mittels Argumenten und das Sich-Stellen gegenüber Gegenargumenten könne durch Diskurs wissenschaftlicher Fortschritt erzielt werden. Die Hochschule nehme insofern eine wichtige gesellschaftliche Aufgabe wahr.

Die tiefere Krise, mit welcher die Hochschulen umzugehen haben, sei insbesondere die Negation von wissenschaftlichem Diskurs. Die Hochschulen müssen daher kommunikative Instrumente schaffen, um den freien, offenen Diskurs nach wissenschaftlichen Spielregeln zu ermöglichen.

Wolff berichtete von Fällen an der *Goethe-Universität*, bei denen Krisenmanagement in Zusammenhang mit

4 *Köttgen*, Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959.

5 *Petersen*, Forschung und Lehre 2017, 974 ff.

6 *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981.

Lehr- und Wissenschaftsfreiheit nötig war. So sei es zu empfehlen, bei im Vorfeld bekannten stark kontroversen Themen, die öffentlichkeitswirksam adressiert werden sollen, die Hochschulleitung oder Pressestelle zu involvieren, anstelle mit öffentlicher Kritik und Protest dezentral umzugehen. Die Hochschulleitung könne in solchen Fällen durch umfangreiche Erfahrung und Methoden bezüglich Kommunikation und Sicherheit hilfreich zur Seite stehen. Auf Seiten der Hochschulleitung sei es zu empfehlen, einen Krisenstab einzurichten, der im Umgang mit öffentlicher Kritik und medienwirksamen Protestaktionen erfahren sei.

Eine persönliche Involvierung der Hochschulleitung sei grundsätzlich empfehlenswert. Nach eindeutiger Positionierung könne die Hochschulleitung das Krisenmanagement anschließend im Einzelfall delegieren. Nicht zuletzt bleibe dann die Hochschulleitung noch als höhere Eskalationsstufe bestehen.

Insbesondere bei kontroversen Veranstaltungen oder Einladung kontroverser Dozierender komme es immer wieder zu öffentlichem Protest, Forderungen nach Absagen, Ausladungen oder gar Entlassungen. Um solche sich oft hochschaukelnden Situationen zu entschärfen oder aufzulösen, müsse es sich die Hochschule zur Aufgabe machen, der Debatte in geregelter Form eine Plattform zu bieten. Diskurs sei schließlich erwünscht, solange er geordnet und nach klaren wissenschaftlichen Spielregeln ablaufe. Betont werden müsse dabei ebenfalls immer die Bedeutung der grundrechtlich geschützten Wissenschafts- und Meinungsfreiheit. Jeder dürfe im Rahmen der Regeln wissenschaftsgeleiteter Diskurse an der Hochschule sprechen, solange keine eindeutigen verfassungsfeindlichen oder strafbaren Positionen vertreten werden oder zu erwarten seien. Vermieden werden müsse „Moral statt Argument“ oder Angriffe auf Person anstelle von Gegenargumentation.

Eine Lösung in solchen Situationen könne beispielsweise das Organisieren einer öffentlichen Podiumsdiskussion bieten, um einen geordneten Diskurs zu initiieren und den gegenläufigen Positionen in systematischer und ausgewogener Form eine Plattform zu geben.⁷ So könne verhindert werden, dass die Debatte aus dem Ruder läuft. Notwendig sei dabei das Einhalten wissenschaftsgeleiteter Spielregeln: Kein „Niederbrüllen“ der Gegenposition, Raum für unterschiedliche Positionen und Argumente sowie eine starke Moderation. Selbstverständlich sollte ein solches Podium mit Vertretern di-

verser inhaltlicher Positionen besetzt werden und jedem Interessierten die Möglichkeit zur Teilnahme geboten werden.

Bei starken Protesten und Hetzkampagnen gegen Veranstaltungen oder Dozierende sei es zudem wichtig, sich als Hochschulleitung vor seine Hochschulangehörigen zu stellen, um deren Wissenschaftsfreiheit zu schützen.⁸ Als effektiv erwiesen habe sich in solchen Fällen eine schnelle Reaktion und klare Positionierung. Insbesondere was die Pressearbeit angeht, müsse die Hochschule nicht bloß defensiv auf Anschuldigungen reagieren, sondern dürfe auch ruhig aktiv und offensiv kommunizieren.

Auch zu denken sei in solchen Fällen an eine Verstärkung und Instruktion des Sicherheitsdienstes, um die Veranstaltung selbst als auch Veranstaltungsteilnehmende zu schützen. Aus demselben Grund könnten ebenfalls Absprachen mit der Polizei notwendig sein.

In solchen Fällen, in denen im Vorfeld eine sehr hitzige und überregionale Debatte entsteht, könne durch Übertragung der Veranstaltung im Internet oder auf dem Campus die Teilnahme möglichst vieler Interessierter am Diskurs sichergestellt werden. Durch die Raumplanung könne jedoch die Sicherheit der Veranstaltung gewährleistet bleiben: Anstelle die Veranstaltung aufgrund ihrer Kontroversität und des großen Andrangs immer größer werden zu lassen, könne man durch das Abhalten der Veranstaltung in einem Raum mit begrenzter Kapazität bei gleichzeitigem Streaming dafür sorgen, dass die Veranstaltung nicht eskaliert.

Offenen wissenschaftlichen Diskurs zu ermöglichen, sei zwar wichtige Aufgabe der Hochschulen. Gleichzeitig müssten Diskurs, Protest und Meinungsaustausch jedoch in rechtlichen Grenzen ablaufen. Diese müsse die Hochschule ebenfalls klar kommunizieren.

Auch bei der Vermietung von Räumen der Hochschule für externe Veranstaltungen könne es Probleme geben, wenn es sich um eine kontroverse Veranstaltung handelt.⁹ Hier müssen die Hochschulen verstärkt darauf achten, dass auch bei externen Veranstaltungen akademische Standards sichergestellt werden. Denn hier könne der Kontext der Hochschule eine vermeintliche Wissenschaftlichkeit vermitteln, die möglicherweise so nicht gegeben sei. Um weniger Überraschungen beim Vermieten von Räumen für externe Veranstaltungen zu erleben, biete es sich daher an, den internen Prozess zur Vergabe von Mietverträgen klar zu definieren und für das Achten

7 Thiel, FAZ v. 22.01.2018.

8 Kehler/Davydov, FAZ v. 08.05.2019.

9 Schmidt, FNP v. 07.04.2018.

auf wissenschaftlich fragwürdige Veranstaltungen zu sensibilisieren. Insbesondere fachwissenschaftliche Bedenken könnten im Vorfeld besser überprüft werden.

Bei einem öffentlichen *Shitstorm* gegen Dozierende wegen Äußerungen in der Presse müsse diesen die Möglichkeit gegeben werden, zur Sache Stellung zu nehmen und in einem wissenschaftsgeleiteten Dialog gegebenenfalls Missverständnisse auszuräumen.¹⁰ Für die Auswahl der Lehrbeauftragten und Dozierenden und Gestaltung der Lehrprogramme seien jedoch nicht die Hochschulleitung, sondern die jeweiligen Fachbereiche zuständig. Die Vermittlung zwischen dem Lehrbeauftragten und dem Fachbereich delegierte *Wolff* an eine verantwortliche Ansprechperson.

All die von *Wolff* aufgezeigten Instrumente seien solche zur Ermöglichung des Diskurses und zum Krisenmanagement kommunikativer Art. Ein Rückfall auf rechtliche Handlungsoptionen bleibe als *Ultima Ratio* übrig, aber oft seien kommunikative, nicht rechtliche Lösungen für Probleme der Hochschulleitung rund um die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit notwendig.

Hilfreich dabei empfand sie die Sitzungen der einschlägigen Gremien für die Kommunikation innerhalb der Hochschule, den Einsatz lösungsorientierter Kommunikation anstelle von Schuldzuweisungen und den professionellen Einsatz von Medienarbeit.

III. Rechtliche Handlungsoptionen einer Hochschulleitung

In einem dritten Beitrag zeigte *Prof. Dr. Max-Emanuel Geis*, Mitglied des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht und Lehrstuhlinhaber für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg, auf, welche rechtlichen Handlungsmöglichkeiten einer Hochschulleitung im Einzelnen zur Verfügung stehen und welche Ausübungen der Meinungs- und Lehrfreiheit Hochschulleitungen aushalten müssen.

Rechtliche Instrumente seien eher als „restriktive Rückfalloptionen“ anzusehen, in der Praxis würden vordergründig kommunikative Mittel zur Lösung eines Konfliktes gewählt. Gerade bei der Forderung nach der Absage einer Veranstaltung, der Ausladung eines Dozie-

renden oder gar der Entlassung eines Hochschulangehörigen seien die rechtlichen Handlungsoptionen der Hochschulleitung nur begrenzt.

Handlungsmöglichkeiten der Hochschulleitung bestehen zum einen im Erteilen von dienstrechtlichen Weisungen, daneben in der Weigerung, Räume zur Verfügung zu stellen sowie in der Weigerung, personelle und finanzielle Ressourcen bereitzustellen.

Zuständig für dienstrechtliche Weisungen, etwa die Weisung an einen Hochschullehrenden, Vorträge oder Veranstaltungen abzusagen oder Gastredende auszuladen, sei der Vorgesetzte des Beamten i.S.d. § 3 Abs. 3 BeamtStG. Der Präsident der Hochschule sei zwar Dienstvorgesetzter des Hochschullehrenden i.S.d. § 3 Abs. 2 BeamtStG, egal, ob die Hochschule oder das jeweilige Bundesland Dienstherr oder Dienstherrin ist.¹¹ Allerdings haben Hochschullehrende keinen Vorgesetzten nach § 3 Abs. 3 BeamtStG, da diese ihr Amt nach § 43 HRG bzw. den entsprechenden Landeshochschulgesetzen selbstständig und daher grundsätzlich weisungsfrei ausüben.¹² Punktuelle Ausnahmen von der Weisungsfreiheit müssten gesetzlich geregelt sein und bestehen nur im Bereich staatlicher Aufgaben oder zur Sicherstellung des Lehrangebots, wie etwa in der Weisung an den Hochschullehrenden, eine Vorlesung zu halten.

Der gesetzliche Ausschluss der Weisungsrechte gelte auch für den Dienstvorgesetzten. Die Hochschulleitung sei daher grundsätzlich nicht zu inhaltlichen Weisungen berechtigt, die in die durch die Wissenschaftsfreiheit geschützte Forschung und Lehre des Hochschullehrenden eingreifen. Dienstrechtliche Maßnahmen der Hochschulleitung gegenüber Hochschullehrenden seien beschränkt auf statusverändernde Maßnahmen wie die Ernennung, Versetzung, Zuweisung oder das Einleiten eines Disziplinarverfahrens.

Die Behandlung brisanter, politisch aufgeladener Themen sowie die Einladung von auswärtigen Wissenschaftlern oder Politikern, die umstrittenen Einrichtungen oder Parteien angehören, um mit ihnen einen – unter Umständen auch hochkontroversen – wissenschaftsgeleiteten Diskurs zu führen, seien Aufgabe der Hochschulen und der einzelnen Wissenschaftler, und daher grundsätzlich dem Zugriff durch den dienstvorgesetzten Präsidenten ausgeschlossen. Dies sei nur dann nicht der Fall, wenn zu erwarten sei, dass durch die Einladung

10 *Zoske*, FAZ v. 02.04.2019; dazu erschien ein Dialog zwischen dem betroffenen Lehrbeauftragten und einer Professorin desselben Fachbereichs, *Wie lässt sich Flüchtlingspolitik humaner gestalten?*, UniReport Goethe-Universität Frankfurt am Main Nr. 3/2019 v. 29.05.2019, 4 f.

11 *Battis*, in Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwal-*

tungsrecht – Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 87 Rn. 55.

12 *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, Rn. 701; *Epping*, ZBR 1997, 383 (392); *Grzeszick*, in: *Geis* (Hrsg.), HSR-BY, Kap. 3 Rn. 194 f.; *Detmer*, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht*, Kap. 4 Rn. 158.

oder den eigenen Vortrag ein Dienstvergehen begangen werde.¹³ Eine Weisung in Form eines präventiven Verbots der Veranstaltung sei dann dienstrechtlich möglich. Dies sei jedoch im Gleichklang zur Schranke des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG nur dann der Fall, wenn die Veranstaltung oder der Vortrag selbst verfassungsfeindliche Inhalte verbreite, nicht aber, wenn der Vortrag verfassungsfeindliche Inhalte lediglich thematisiere und sich mit diesen auseinandergesetzt werde oder auch „problematische“ Redner eingeladen werden, um ihnen argumentativ und wissenschaftsbasiert Paroli zu bieten.

Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des Dienstherrn gebiete, dass der Präsident sich vor die Hochschullehrenden zu stellen habe. Diese Pflicht werde verletzt, wenn der Präsident sich nicht bloß inhaltlich vom Hochschullehrenden oder dessen Aussagen distanzieren, sondern diesem öffentlich seine Loyalität abspricht. Als Grundsatz des Berufsbeamtentums genieße die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 33 Abs. 5 GG und könne dazu führen, dass die Hochschulleitung zum Schutz seiner Hochschullehrenden zur Heranziehung der Polizei verpflichtet sei.¹⁴

Für angestellte Hochschullehrende gelte die Selbstständigkeitsgarantie gleichermaßen, das Direktionsrechts des Arbeitgebers (je nach Landeshochschulrecht entweder das Land oder die Hochschule) sei gleichermaßen eingeschränkt wie das dienstrechtliche Weisungsrecht für Beamte.

Wollen Hochschullehrende gegen eine dienstrechtliche Weisung vorgehen, sei dagegen nach § 54 BeamStG entweder ein Widerspruch oder eine Anfechtungsklage statthaft. Angestellte müssen gegen eine arbeitsrechtliche Weisung mit einer zivilrechtlichen Leistungs- oder Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht vorgehen.

Eine weitere Handlungsmöglichkeit der Hochschulleitung gegen eine Veranstaltung oder Einladung eines Gastredners wäre die Weigerung, bestimmte Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Diese Möglichkeit folge aus dem Hausrecht des Präsidenten. Die Rechtsgrundlage für dieses ergebe sich entweder schon aus dem Hochschulgesetz des Landes (z.B. § 17 Abs. 8 LHG BW) oder werde zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich hergeleitet. Zivilrechtliche Rechtsgrundlage für das Hausrecht kön-

ne die (ggf. analoge) Anwendung der Besitzstörungsansprüche (§§ 1004, 903 BGB) sein. Öffentlich-rechtlich werde das Hausrecht aus der Anstaltsgewalt des Behördenleiters hergeleitet.¹⁵

Die Ausübung des Hausrechts durch den Präsidenten müsse jedoch zweckgebunden erfolgen, um Forschung und Lehre zu ermöglichen: Es müsse eine Gefahr für öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen. Allein die geistige Auseinandersetzung mit radikalen oder umstrittenen Meinungen sei – zumal im Zentrum einer Hochschule – keine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne, da kein unmittelbarer Schadenseintritt zu erwarten sei. Anders sei dies lediglich, wenn zu erwarten sei, dass die Veranstaltung Gewalt in Form von Tumulten und Schlägereien auslöse und daher unfriedlich zu werden droht. Eine Gefahr könne im Einzelfall auch bestehen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass der Redner durch seinen Auftritt oder Äußerungen Straftaten begeht.

Aus der Erfüllung hochschulischer Aufgaben der Wissenschaftler (z.B. Vorträge und Diskussionen zu veranstalten) folge im Gegenzug auch ein Anspruch auf Nutzung der vorhandenen Räume im Rahmen der Verfügbarkeit.¹⁶ Solange ein Raum frei sei und keine anderen Gründe entgegenstehen, müsse die Nutzung der Räumlichkeit daher gewährt werden. Eine Verweigerung der Zurverfügungstellung aus politischen Gründen oder zur Wahrung des guten Rufs sei nicht zulässig.

Weiterhin könne die Hochschulleitung als Kollegium versuchen, kontroverse Veranstaltungen zu verhindern, indem deren Finanzierung verweigert wird. Regelmäßig liege die Kompetenz zum Vollzug des Haushaltsplans der Universität bei der Hochschulleitung. In diese Kompetenz sei ebenfalls die Finanzierung von Veranstaltung erfasst sowie die Möglichkeit, die Dekanate oder Fakultäten anzuweisen, keine Mittel für eine Veranstaltung vorzusehen.

Entstehen durch die Veranstaltung jedoch gar keine Kosten für die Hochschule, könne deren Finanzierung selbstverständlich auch nicht verweigert werden. Ebenfalls keine Durchsetzungskraft habe die Verweigerung der Finanzierung zudem, wenn die Hochschule bereits im Vorfeld rechtswirksame (Honorar-)Verträge beispielsweise mit Gastrednern abgeschlossen habe, die als rechtswirksame Verpflichtungen einzuhalten seien.

13 *Geis* bezeichnet dies als die „sehenden-Augen-Theorie“, wonach die Hochschulleitung nicht „sehenden Auges“ ein Vergehen abwarten müsse, um einzuschreiten.

14 Z.B. im Fall der Wiederaufnahme des Lehrbetriebs durch *Bernd Lucke* an der Universität Hamburg.

15 Als Behördenleiter sei demnach der Präsident für die Abwehr

von Gefahren für die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt zuständig, VGH Mannheim, DÖV 1974, 751; OVG Lüneburg, NJW 1975, 136; *Thieme*, Hochschulrecht, Rn. 583; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 32 Rn. 31; Sandberger, LHG BW, § 17 Rn. 8.

16 Den Anspruch verglich *Geis* mit dem Anspruch auf Nutzung kommunaler Einrichtungen.

IV. Podiumsdiskussion

An der am Nachmittag stattfindenden Podiumsdiskussion nahmen *Prof. Dr. Jörg Baberowski*, Lehrstuhlinhaber für die Geschichte Osteuropas an der Humboldt-Universität zu Berlin, *Prof. Dr. Susanne Menzel-Riedl*, Präsidentin der Universität Osnabrück, *Dr. Oliver Grundei*, Staatssekretär für Wissenschaft und Kultur im Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur des Landes Schleswig-Holstein und *Prof. Dr. Andreas Fisahn*, Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bielefeld teil. Moderiert wurde die Diskussion von *Heike Schmoll*, Redakteurin der FAZ im gesamten Bereich der Bildungs- und Schulpolitik.

Zunächst berichtete *Prof. Dr. Susanne Menzel-Riedl* von einem Konflikt an der Universität Osnabrück nach der Einladung eines kontroversen Gastredners im Historischen Seminar. In diesem Rahmen wurden mehrere Forderungen – sowohl durch den AstA, Teile der Studierendenschaft als auch Teile des historischen Kollegiums – an die Hochschulleitung nach der Absage der Veranstaltung und Ausladung des Gastredners herangetragen. Gleichzeitig sei im Kollegium ebenfalls ein Konflikt entstanden. Den Absageforderungen sei sie als Präsidentin der Universität entgegengetreten. Die Schwierigkeit habe zudem darin bestanden, dass der Konflikt hauptsächlich über das Internet und soziale Medien ausgetragen worden sei und kaum persönlichen Ansprache oder Kommunikation stattgefunden haben.

Menzel-Riedl betonte in diesem Rahmen, dass die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit zu achten seien und eine Absage nur bei Missachtung der Verfassung oder strafrechtlich relevanten Aussagen in Betracht komme. Eine Verstrickung in fachliche Details sei als Hochschulleitung auch nicht notwendig. Sie habe dabei ähnlich wie *Prof. Dr. Birgitta Wolff* auf klare Kommunikation nach außen und klare Absprachen innerhalb der Hochschulleitung Wert gelegt. Wichtig sei dabei als Hochschulleitung die Differenzierung zwischen interner Kommunikation und der Kommunikation nach außen.

Prof. Dr. Andreas Fisahn merkte an, dass Proteste gegen Veranstaltungen durch Studierende oder Kollegen sowie die Organisation von Gegenveranstaltungen grundsätzlich nicht problematisch sein müssen, sondern gerade als Ausdruck der Wissenschafts- bzw. Meinungsfreiheit einen grundsätzlich wünschenswerten wissenschaftlichen Diskurs herbeiführen können. Dies sei jedoch nicht der Fall beim Unterdrücken oder Verweigern

abweichender Meinungen, Forschung oder Lehre wie etwa das Verbannen von Büchern aus der Universität.

Prof. Dr. Jörg Baberowski berichtete von den wiederholten Angriffen auf seine Forschung, Lehre und sein Privatleben durch eine studentische Splittergruppe an der Universität. So wurden aufgrund seiner Forschung zu osteuropäischen Diktaturen immer wieder Boykottaufrufe und Falschinformationen in Umlauf gebracht, Projekte und Vorträge sabotiert, sogar Mordaufrufe im Internet sowie durch Plakate und Flugblätter in Berlin verbreitet. Eine tatsächliche Auseinandersetzung mit seiner Forschung erfolge jedoch kaum. Andere Wissenschaftler distanzieren sich jedoch ebenfalls, um nicht ebenfalls Ziel ähnlicher Angriffe zu werden. Nach einer Weile bleibe auf diese Weise „etwas hängen“. Die Hochschulleitung habe sich dabei jedoch nicht vor *Baberowski* gestellt und diesen öffentlich verteidigt.

Dr. Oliver Grundei äußerte dazu seine Einschätzung aus Sicht eines Wissenschaftsministeriums als Aufsichtsbehörde der Hochschulleitung. Die Hochschulautonomie sei zwar von großer Bedeutung, sodass ein Einschreiten des Wissenschaftsministeriums bei „Cancel“-Forderungen (nach Entlassungen, Absagen, Ausladungen) nur bei einem hohen Eskalationsgrad in Betracht käme. Im Falle *Baberowskis* könne das zuständige Ministerium jedoch zumindest einen Hinweis an die Hochschulleitung über die Bedeutung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht und die Rechtsauffassung des Landes geben, um auf diesem informellen Weg keine Aufsichtsmaßnahme ergreifen zu müssen. Viele Hochschulleitungen seien durch „Cancel“-Forderungen überfordert und müssten sich klar machen, welche Pflichten sie als Hochschulleitung trifft sowie welche Reichweite die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrenden zukommt, um diese verteidigen können.

Baberowski nannte zudem die sozialen Medien als zentrales Problem des Konflikts. Ohne soziale Medien müssten Angriffe persönlich stattfinden. Im Internet könnten Angriffe und Hetzkampagnen jedoch anonym ausgeführt werden. So könnten Personen mobilisiert und erreicht werden, die ihn und seine Auffassungen, Forschung und Lehre nicht kennen. Ohne persönlichen Kontakt bestehe mehr Eskalationspotential und weniger Mäßigung.

Laut *Menzel-Riedl* könne sich ein Konflikt in den sozialen Medien schneller hochschaukeln und eine Eigendynamik entwickeln. Dadurch ginge es oft mehr um Frontenbildung als um die Fortführung eines wissenschaftlichen Diskurses.

Fisahn sah soziale Medien nicht als Sonderproblem der Hochschulen, sondern als allgemeines Problem der Strafverfolgung anonymer Beleidigungen oder strafbaren Handlungen im Internet an. Zunächst sei es erstmal nicht schlecht, wenn Studierenden mehr Möglichkeiten geboten werden, sich auszutauschen und zu organisieren. „Cancel“-Forderungen und damit die Weigerung, sich mit gegenläufigen Auffassungen auseinanderzusetzen, seien zudem kein neues Phänomen an den Hochschulen. Das Internet und die sozialen Medien bieten lediglich mehr Möglichkeiten dazu.

Dem widersprach *Kempen*, dass die sozialen Medien ganz neue Möglichkeiten des Meinungskampfes bieten, aber eben auch ein „Hinrichten“ Anderer in der Öffentlichkeit ohne rechtliche Mittel zur Gegenwehr ermöglichen. Dem sei ein Entgegenreten mittels Regulation des Internets nicht möglich, sondern nur mit Bildung und Aufklärung. *Fisahn* erkannte an, dass Missbrauchsmöglichkeiten für Hetzkampagnen und Diskriminierungen im Internet bestehen.

Baberowski betonte, dass die Wirkung der sozialen Medien nicht zu unterschätzen sei und eine andere Dimension als beispielsweise negative Berichterstattung in der Presse habe, da Beiträge im Internet nie in Vergessenheit gerieten.

Fisahn stellte die Frage nach den Grenzen des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit. Er fragte sich, ob die Grenzen der Meinungsfreiheit – erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen wie etwa die Leugnung des Holocaust – als „Unwahrheit“ auch auf den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zu übertragen seien.

Prof. Dr. Christian von Coelln, Lehrstuhlinhaber für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht an der Universität Köln, merkte an, dass bereits die Eingrenzung der Meinungsfreiheit auf Schutzbereichsebene nicht unumstritten sei. Er habe Bedenken, ob es angesichts der strukturellen Unabgeschlossenheit des wissenschaftlichen Prozesses überhaupt etwas erwiesenermaßen falsches geben könne, das nicht immer wieder neu ergründet, in Frage gestellt und so zum Zentrum der Forschung und Lehre gemacht werden dürfe. Zumindest sollte eine Eingrenzung des Schutzbereichs und damit das Absprechen der Wissenschaftlichkeit sehr restriktiv erfolgen.

Geis ergänzte, es sei für den Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit nicht entscheidend, ob falsche Tatsachen zu Grunde gelegt werden, da diese nur ein Stein auf dem

Weg zur wissenschaftlichen Erkenntnis seien, sondern nur relevant, ob wider besseren Wissens „Fake News“ als Basis der Forschung und Lehre genutzt werden, um falsch in den wissenschaftlichen Diskurs einzugreifen und diesen zu beschädigen.

V. Resümee

Auch wenn privat jedem frei steht, sich mit anderen Meinungen als der eigenen nicht beschäftigen zu wollen, ist die Verweigerung der Auseinandersetzung mit missliebiger Forschung und Lehre in der Wissenschaft, insbesondere im Kontext der Hochschule nicht möglich. Alle Tagungsmitglieder waren sich einig, dass die Universität stattdessen Stätte für freien und offenen Diskurs sein muss und sachlichen, wissenschaftsgeleiteten Diskurs nicht scheuen darf.

Auch die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit bestehen jedoch nicht grenzenlos. Den Boden des verfassungsrechtlichen Schutzes verlassen insbesondere verfassungsfeindliche oder strafrechtlich relevante Äußerungen. Höchstens in solchen Fällen käme auch das Absagen einer Veranstaltung oder Ausladen eines Gastredners in Betracht, wobei den Hochschulleitungen jedoch rechtlich begrenzte Mittel zur Verfügung stehen.

Insbesondere für Hochschulleitungen, die regelmäßig mit Absage- oder gar Entlassungsforderungen konfrontiert werden, ist es hilfreich, den rechtlichen Handlungsrahmen sowie die rechtlichen Verpflichtungen ihres Amtes zu kennen. Zudem konnte die Tagung Kommunikationsstrategien vermitteln, um Eskalationen zu vermeiden und einen geregelten wissenschaftlichen Diskurs zu ermöglichen.

Wo viele Forschung und Lehre betreiben und Personen mit vielen verschiedenen Meinungen aufeinandertreffen, werden immer wieder Konflikte entstehen. Die Problematik wird Hochschulen daher auch in Zukunft noch beschäftigen, wobei ihnen die Ergebnisse der Tagung und Erfahrungen der Referenten als Anleitung dienen können.

Karoline Haake ist als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Leibniz Universität Hannover tätig.

Marie Anselment

Ein aktueller Überblick zur Kommentierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

In OdW 2018, 41 f. hat Evelina Will bereits einen Überblick über die Kommentierung zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, welches 2016 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetz modifiziert worden ist, veröffentlicht.¹

Die nachfolgende Übersicht ergänzt den von Will veröffentlichten Überblick mit seither neu erschienener und neu aufgelegter Kommentarliteratur zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz.

Marie Anselment ist wissenschaftliche Hilfskraft der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch

Herausgeber	Kommentar	Auflage	Bearbeiter	Umfang
Arnold/Gräfl	Teilzeit- und Befristungsgesetz: Praxiskommentar zum TzBfG und zu angrenzenden Vorschriften	5. Auflage (2021)	Rambach	S. 737-819
Ascheid/Preis/ Schmidt/Linck	Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendi- gung von Arbeits- verhältnissen	6. Auflage (2021)	Schmidt	S. 2659-2708
Boecken/Joussen	Teilzeit- und Be- fristungsgesetz Handkommentar	6. Auflage (2019)	Joussen	S.577-605

¹ Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetz vom 11.03.2016, BGBl I, 422.

Dornbusch/ Krumbiegel/Lö- wisch	AR-Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht	10. Auflage (2021)	Löwisch	S.2923-2935
Bader et Al.	KR- Gemein- schaftskommentar zum Kündigungs- schutzgesetz und zu sonstigen kün- digungsschutz- rechtlichen Vor- schriften	11. Auflage (2016)	Treber	S. 3011-3078
Groeger	Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst	3. Auflage 2020, Juris Online	Groeger	Rn. 22.138-22.164
Henssler/Willem- sen/Kalb	Arbeitsrecht Kommentar	9. Auflage (2020)	Rennpferdt	S. 3240-3241
Joussen	Nomos Bun- desrecht Er- läuterungen Wissenschaftszeit- vertragsgesetz	2. Online Auflage (2018), beck- online	Joussen	
Däubler/Deinert/ Zwanziger	KSchR Kündi- gungsschutzrecht	11. Auflage (2020)	Däubler	S. 2039-2102
Moll	Münchener An- waltshandbuch Arbeitsrecht	5. Auflage 2021, beck-online	Plum	§ 41 Rn. 177-194

Müller-Glöge/ Preis/Schmidt	Erfurter Kom- mentar zum Ar- beitsrecht	21. Auflage 2021	Müller-Glöge	S.3054-3078
Oetker/Preis/ Rolf	Staudinger BGB Buch 2, §§ 620- 630 Beendigung von Dienstver- hältnissen	Neubearbeitung 2019	Preis	S. 294-301
Preis/Ulber	WissZeitVG- Wissenschaftszeit- vertragsgesetz	2. Auflage (2017)	Preis/Ulber	S.1-278
Schaub	Arbeitsrechts- Handbuch	18. Auflage (2019)	Koch	S.326-330
Sievers	TzBfG- Kommen- tar zum Teilzeit- und Befristungs- gesetz	6. Auflage, 2018	Sievers	S. 621-653
Tschöpe	Arbeitsrecht Handbuch	12. Auflage (2021), Juris On- line	Sasse	Rn. 200-215

Helmut Engler

*Die Scheu vor Individualentscheidungen*¹

Daneben gibt es aber auch eine Schwäche, die weit verbreitet ist und eine bestimmte Art von Bürokratie im tadelnswerten Sinne geradezu kennzeichnet: Mancher Beamte hat eine große Scheu vor Individualentscheidungen, die ihn die volle Last der Verantwortung spüren lassen, ihm wohl auch zusätzliche Arbeit machen und ihn insbesondere nötigen, eine spezielle Begründung zu geben, also beispielsweise zu sagen, warum er den Bau eines Hauses mit Flachdach in einer bestimmten Lage ablehnt, obwohl er den Bau eines gleichen Hauses in einem benachbarten Quartier genehmigt hat. Sicher ist es einfacher, Richtlinien zu erlassen und dann nur noch alle vorkommenden Einzelfälle darunter zu „subsumieren“. Die Entscheidungen, die so zustandekommen, sind aber in ihrer Gesamtheit sehr wahrscheinlich schlechter als ein entsprechendes Bündel von Individualentscheidungen.

Ich weiß, daß ich damit eines der Kernprobleme des heutigen Verwaltungshandelns berühre. Ich will und kann in diesen Betrachtungen keinen Beitrag zur Lösung des uralten Konflikts zwischen den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit im Einzelfall leisten. Fälle, die in den wesentlichen, d. h. in den für die anzuwendende Regelung relevanten Merkmalen gleich sind, müssen gleich und dürfen nicht nach Willkür entschieden werden. Welche Merkmale relevant sind, läßt sich nicht immer eindeutig aus dem Gesetz ablesen. Eine Individualentscheidung darf aber nicht voreilig mit der

Begründung abgelehnt werden, daß bestimmte formale Kriterien gegeben sind und die maßgebenden Rechtsnormen auf die Gründe, die der Antragsteller ins Treffen führt, nicht ausdrücklich abstellen. Oder, um es anders, vielleicht ein wenig grob auszudrücken: Eine sachgerechte Lösung darf nicht aus Bequemlichkeit, aus Scheu vor der Verantwortung, aus Furcht vor dem für die Behörde ungünstigen Ausgang einer gerichtlichen Nachprüfung abgelehnt werden, wenn der zur Entscheidung berufene Beamte diese Lösung „eigentlich“ für richtig hält und nicht feststeht, daß sich der Gesetzgeber für eine bestimmte andere Lösung entschieden und dabei in Kauf genommen hat, daß ein Teil der betroffenen Fälle so nicht am besten gelöst werden kann. Ein Beamter, auch ein Ministerium, sollte sein Ermessen nicht weiter binden, als es das Gesetz vorsieht, sofern nicht gewichtige Gründe dies gebieten. Den Mut zur Differenzierung, zur Unterscheidung halte ich für ein vortreffliches Mittel zur Bekämpfung der Bürokratie.

Helmut Engler (1926-2015) war Professor für Bürgerliches Recht an der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät und wurde 1978 der erste Wissenschaftsminister in Baden-Württemberg.

1 *Helmut Engler, Vertrauen und Verantwortung*, hrsg vom Ministerium für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg, 1980, S. 15 f

