

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2022

Aufsätze

Manfred Löwisch und Jonathan Jocher Relevanz des FfPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen **147-154**

Joachim Welz Universitäten der Bundeswehr - 50 Jahre Gründungsprozess **155-166**

Daniel Feuerstack Menschenrechtliche Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen und deren Berücksichtigung in bestehenden Regulierungsansätzen **167-180**

Matthias Bode Zwischen Öffnung und Digitalisierung: Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Hochschulzugangsrechts **181-198**

Guido Speiser Eine neue Gemeinschaftsaufgabe Bildung in Art. 91b GG **199-212**

Berichte

Manfred Löwisch Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes **213-214**

Karoline Haake Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen - Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 4.2.2022 **215-222**

Ausgegraben

Karl Jaspers Vom europäischen Geist **223-224**

Manfred Löwisch und Jonathan Jocher

Relevanz des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Am 12. 8. 2021 ist das Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (FöPoG II) in Kraft getreten.¹ Das Gesetz hat das aus dem Jahr 2015 stammende FöPoG I abgelöst. Sein wesentlicher Inhalt sind Änderungen und Ergänzungen des Bundesgremienbesetzungsgesetzes (BGremBG)² und des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleiG)³, sowie ebenfalls der Gleichstellung von Frauen und Männern dienende Sondervorschriften für Gesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes. Der nachfolgende Beitrag geht der Relevanz der Regelungen des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach. Die Erörterung der Änderungen des BGleiG und deren Relevanz für Hochschulen und Forschungseinrichtungen bleibt einem weiteren Beitrag in OdW vorbehalten.

I. Anwendungsbereich des Bundesgremienbesetzungsgesetzes

1. Gesetzliche Regelung

Das BGremBG gilt nach seinem § 2 Satz 1 für Aufsichtsgremien und wesentliche Gremien, für die der Bund Mitglieder bestimmen kann.

- **Aufsichtsgremien** sind nach § 3 Nr. 1 Aufsichts- und Verwaltungsräte sowie vergleichbare Aufsicht führende Organe ungeachtet ihrer Bezeichnung und Rechtsgrundlage, auch wenn deren Mitglieder durch Wahl bestimmt werden.
- **Wesentliche Gremien** sind nach § 3 Nr. 2 solche, bei denen die Bundesregierung als Gesamtheit die Mitgliedschaft mindestens eines Mitglieds zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen hat, sowie solche, die wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von den in § 3 Nr. 3 näher genannten Institutionen des Bundes (Bundesregierung, Bundeskanzleramt, Bundesministerien, Bundesbeauftragte, bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen

Rechts ohne Recht auf Selbstverwaltung) bestimmt worden sind.

- **Vom Bund zu bestimmen** sind nach § 3 Nr. 4 Mitglieder, welche die Institutionen des Bundes einzeln oder gemeinsam in ein Aufsichtsgremium oder in ein wesentliches Gremium unmittelbar und rechtsverbindlich wählen, berufen, entsenden oder für ein solches Gremium vorschlagen können.

2. Anwendung auf Hochschulen

Für eine Anwendung des BGremBG auf **die staatlichen Hochschulen der Länder** fehlt es durchweg an der dritten Voraussetzung. Kein Landesrecht sieht bislang ein irgendwie geartetes Bestimmungsrecht des Bundes für Aufsichtsgremien oder andere Gremien vor. Soweit die Landeshochschulgesetze Bestimmungsrechte der Landesregierung für Hochschulräte vorsehen, legen sie regelmäßig auch geschlechterbezogene Quoten für die vom Land zu bestimmenden Mitglieder fest.⁴

Einen Sonderfall stellt allerdings das Karlsruher Institut für Technologie (KIT) dar. Das KIT vereinigt in einer Rechtsperson eine Universität des Landes Baden-Württemberg und ein zur Helmholtz-Gemeinschaft gehörendes nationales Forschungszentrum, das aus dem Forschungszentrum Karlsruhe hervorgegangen ist. Nach § 7 Absatz 1 Satz 2 des KIT-Gesetzes des Landes Baden-Württemberg⁵ benennen Bund und Land jeweils einen Vertreter als Mitglied in dem insgesamt aus elf Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat.

Für ihr Zusammenwirken in Fragen der Finanzierung der Großforschungsaufgabe des KIT haben Bund und Land beim KIT eine staatliche Kommission der Finanzmittelgeber eingerichtet, in der sie nach § 19 Absatz 1 Satz 2 KIT-Gesetz die Großforschungsaufgabe des KIT betreffende gemeinsame Fragen beraten und in der Beschlüsse und Entscheidungen, die finanzielle Auswirkungen für einen der beiden Zuwendungsgeber haben, nicht gegen dessen Stimme getroffen werden dürfen. Der Zustimmung der Kommission bedürfen nach § 19 Absatz 1 Satz 6 Nrn. 1 bis 9 unter anderem allgemeine For-

1 Gesetz vom 7. August 2021 (BGBl I 2021 S. 3311).

2 Gesetz vom 24. April 2015 (BGBl I S. 642).

3 Gesetz vom 24. April 2015 (BGBl IS. 642, 643) zuvor zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl I S. 1614).

4 vgl. etwa § 20 Abs. 3 Satz 1 LHG Baden-Württemberg wonach mindestens 40 % der Mitglieder Frauen sein müssen.

5 Gesetz über das Karlsruher Institut für Technologie vom 14. 7. 2019 (GBl. 2009, 317).

schungsziele und wichtige forschungspolitische und finanzielle Angelegenheiten (Nr. 1), der Struktur- und Entwicklungsplan (Nr. 2) und die Grundsätze für die Verwendung der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse, die bei der Wahrnehmung der Großforschungsaufgabe gewonnen werden (Nr. 6).

Nach § 19 Absatz 1 Satz 3 des Gesetzes werden die Mitglieder der Kommission vom Bund und vom Land benannt und vom Wissenschaftsminister Baden-Württemberg bestellt. Derzeit benennt der Bund zwei Mitglieder.

Auch auf die beiden **Bundeswehruniversitäten** in München und Hamburg ist das Gesetz nicht anwendbar. Denn für kein Gremium dieser Hochschulen ist ein irgendwie geartetes Mitgliederbestimmungsrecht des Bundes gesetzlich vorgesehen. Das **Bildungszentrum der Bundeswehr**, das den Bildungs- und Qualifizierungsprozess unterhalb der ministeriellen Ebene steuert und koordiniert, ist eine Bundesoberbehörde.

Hingegen besteht bei der **Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung** in Mannheim nach § 22 der Grundordnung ein Kuratorium, in welches das Bundesministerium des Innern, das Bundesministerium für Bildung und Forschung und zuständige Bundesbehörden Kuratoren entsenden.⁶ Hauptaufgabe des Kuratoriums ist die Aufsicht über die Fachbereiche der Hochschule. Es entscheidet aber auch über grundsätzliche Ziele der Hochschule in Lehre und anwendungsbezogener Forschung.⁷

Der Bund ist einer der Träger der **Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften** Speyer. Als solcher entsendet er nach § 62 des Landesgesetzes Rheinland-Pfalz über diese Hochschule einen Vertreter in den Verwaltungsrat der Universität. Der Verwaltungsrat unterstützt die Hochschule bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere der Aus- und Weiterbildung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes, und berät sie in grundsätzlichen Angelegenheiten, insbesondere durch Erarbeitung von Konzepten zur Weiterentwicklung. Zum Erlass von Richtlinien für die wissenschaftliche Aus- und Weiterbildung ist sein Einvernehmen erforderlich.⁸

In der Programmkonferenz der **Deutschen Richterakademie** ist das Bundesjustizministerium mit einer

Stimme vertreten. Die Programmkonferenz legt das Arbeitsprogramm der Richterakademie in seinen Grundsätzen jeweils für ein Kalenderjahr fest und bestimmt insbesondere Zahl, Dauer und Thematik der durchzuführenden Tagungen.⁹

In Deutschland bestehen, soweit zu sehen, keine **Privathochschulen**, an denen der Bund unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Dementsprechend existieren auch keine Mitgliederbestimmungsrechte des Bundes.

3. Anwendung auf Forschungseinrichtungen

Nach dem Beteiligungsbericht 2020 verfügt der **Bund über 14 Beteiligungen** aus dem Bereich des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, nämlich

- CISPA- Helmholtz-Zentrum für Informationssicherheit,
- Deutsches Primatenzentrum –Leibniz-Institut für Primatenforschung,
- Deutsches Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung,
- FIZ Karlsruhe – Leibniz-Institut – für Informationsinfrastruktur,
- Forschungszentrum Jülich,
- Futurium GmbH,
- GSI Helmholtz-Zentrum für Schwerionenforschung,
- Helmholtz-Zentrum München Deutsches Forschungszentrum für Gesundheit und Umwelt,
- Helmholtz-Zentrum Berlin für Materialien und Energie,
- Helmholtz-Zentrum für Infektionsforschung,
- Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung,
- Helmholtz- Zentrum Hereon (früher: Geesthacht Zentrum für Material- und Küstenforschung),
- SPRIND GmbH
- Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung.¹⁰

„Bei diesen Beteiligungen handelt es ganz überwiegend um Mehrheitsbeteiligungen.“ Nur beim Deutschen Primatenzentrum und beim FIZ Karlsruhe beschränkt sich die Beteiligung auf 50,00 Prozent.

Die Einrichtungen, an denen diese Beteiligungen bestehen, sind als GmbHs organisiert. Ihre Gesellschaftsverträge sehen die Bildung von Aufsichtsräten vor und

6 Grundordnung der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung vom 31. 8. 2018, GMBL 2018, 662.

7 Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Kuratorium https://www.hsbund.de/DE/01_Hochschule/15_Organe_Gremien/05_Kuratorium/kuratorium-node.html (abgerufen am 14.5.2022)

8 § 62 Absatz 2 Landesgesetz Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 19. 11.2010, GVBl. 2010, 503.

9 Siehe Verwaltungsvereinbarung über die Deutsche Richterakademie vom 1. 3. 1993.

10 Beteiligungsbericht des Bundes 2020, Seite 6.

räumen dem Bund in unterschiedlichem Umfang Entsenderechte ein. So wird von den neun Aufsichtsratsmitgliedern des CISPA – Zentrums ein Mitglied vom Bund entsandt. Beim Forschungszentrum Jülich sind von zwölf Aufsichtsratsmitgliedern drei vom Bund entsandte Mitglieder, bei Futurium fünf von elf, beim Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung drei von höchstens 13, beim Hereon Zentrum drei von 16 und bei SPRIND drei von mindestens drei und höchstens zehn Mitgliedern. Beim Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung wird der Vorsitzende des dort bestehenden Kuratoriums vom Gesellschafter Bundesrepublik Deutschland benannt; zwei Mitglieder werden im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag von der Gesellschafterversammlung berufen.

Infolge der Entsenderechte des Bundes unterliegen diese Aufsichtsräte nach dessen § 2 in Verbindung mit § 3 Nr. 1 dem BGremBG.

Der Bund ist auch abgesehen von diesen Unternehmen mit weiteren Unternehmen aus dem Bereich von Wissenschaft und Forschung **im Sinne des § 15 AktG** verbunden. Dies gilt etwa für das Deutsche Biomasseforschungszentrum gGmbH, die FIM Forschungsgesellschaft für integrierte Mobilität, die Gesellschaft für Forschung zu innovativen Höhenwindanlagen mbH, die WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH und die juris GmbH.¹¹

Auch für diese Gesellschaften bestehen nach den Gesellschaftsverträgen Entsenderechte des Bundes zum Aufsichtsrat mit der Folge der Anwendbarkeit des BGremBG. So setzt sich der aus fünf Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat der juris GmbH aus drei Vertretern des Gesellschafters Bundesrepublik Deutschland, darunter einem Angehörigen des Bundesministeriums der Justiz als Vorsitzenden und je einem von dem Bundesministerium der Finanzen und dem Bundesministerium des Innern vorgeschlagenen Mitglied sowie zwei weiteren Mitgliedern zusammen.

Weiter gibt es **unselbständige Einrichtungen**, die dem Bund zuzurechnen sind.¹² Aus dem Bereich von Wissenschaft und Forschung sind das u.a. das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, das Bundesinstitut für Sportwissenschaft, das Paul-Ehrlich-Institut und das Robert-Koch-Institut. Auch der Deutsche Ethikrat gehört hierher.¹³

Soweit bei diesen Einrichtungen Gremien bestehen, kommt eine Anwendung des BGremBG in Betracht. Dies gilt etwa für die beim Robert-Koch-Institut gebildete Ständige Impfkommision und den Deutschen Ethikrat. So werden nach § 20 Absatz 2 Infektionsschutzgesetz die Mitglieder der Kommission vom Bundesministerium für Gesundheit im Benehmen mit den obersten Landesgesundheitsbehörden berufen. Nach § 5 Absatz 1 EthRG beruft der Präsident des Deutschen Bundestags die Mitglieder des Deutschen Ethikrats je zur Hälfte auf Vorschlag des Deutschen Bundestags und der Bundesregierung.

Die **Max-Planck-Gesellschaft** zur Förderung der Wissenschaften ist als eingetragener Verein organisiert. Bei ihr besteht ein Senat, der nach § 13 der Satzung über alle Angelegenheiten beschließen kann, die nicht durch die Satzung der Hauptversammlung vorbehalten sind. Gemäß § 12 Absatz 7 der Satzung kann die Bundesregierung zwei Bundesminister oder Staatssekretäre als Mitglieder des Senats benennen. Diese können im Verhinderungsfall die Ausübung des Stimmrechts einem Minister oder Staatssekretär desselben Bundesministeriums überlassen.

Auch die **Fraunhofer-Gesellschaft** zur Förderung der angewandten Forschung ist als eingetragener Verein organisiert. Bei der Gesellschaft besteht ebenfalls ein Senat, dem nach § 12 Nr. 2 und Nr. 3 der Satzung umfassende Zuständigkeiten zukommen. Nach § 10 Nr. 1 b der Satzung gehören dem Senat vier vom Bund entsandte Vertreterinnen oder Vertreter an.

II. Besetzung der Aufsichtsräte

1. Vorgaben des BGremBG

Nach § 4 Absatz Satz 1 BGremBG **sollen** in jedem Aufsichtsgremium mit mindestens zwei vom Bund zu bestimmenden Mitgliedern unter diesen Frauen und Männer zu gleichen Teilen vertreten sein. Steht dem Bund eine ungerade Zahl von Sitzen zu, **darf** das Ungleichgewicht zwischen Frauen und Männern nur einen Sitz betragen. Dies gilt für Neuwahlen, Berufungen und Entsendungen, wobei bestehende Mandate bis zu ihrem Ende wahrgenommen werden können (Absatz 2).

11 Bundesministerium für Finanzen, Alphabetische Zusammenstellung der Unternehmen, die mit der Bundesrepublik Deutschland i.S.d. § 15 AktG verbunden sind sowie Alphabetische Zusammenstellung der rechtlich unselbständigen Einrichtungen des Bundes, die dem Bund als herrschendem Unternehmen zuzurechnen

sind, Stand 31. Dezember 2020.

12 Nachweis wie Fn 10.

13 Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats vom 16.7.2007 (BGBl. I Seite 1385).

Aufsichtsgremien, für welche der Bund gemäß § 3 Nr. 4 BGremBG Mitglieder bestimmen kann, sind bei den in der Rechtsform einer GmbH geführten Forschungseinrichtungen deren Aufsichtsräte. Ein Aufsichtsgremium stellt auch das Kuratorium der Hochschule für öffentliche Verwaltung des Bundes dar.

An sich ist auch der Aufsichtsrat des KIT ein Aufsichtsgremium. Doch scheitert die Anwendung der Vorschrift auf ihn daran, dass der Bund nur ein Mitglied benennt. Gleiches gilt für das CISPA – Zentrum, in dessen Aufsichtsrat der Bund ebenfalls nur ein Mitglied entsendet.

Nicht anwendbar ist die Vorschrift auch auf das Kuratorium des Wissenschaftszentrums Berlin, weil nach dem Gesellschaftsvertrag vom 23.09.2021 nur der Vorsitzende vom Bund als Gesellschafter benannt wird. Zwar werden zwei weitere Mitglieder von der Gesellschafterversammlung im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag berufen; der Deutsche Bundestag zählt aber nicht zu den Institutionen des Bundes im Sinne von § 3 Nr. 3 BGremBG.

Zur Einhaltung der Vorgaben des § 4 Absatz 1 Satz 1 BGremBG sind je nach ihrer Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung nach Art. 20 Absatz 3 GG (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) verpflichtet. Dabei haben sie freilich auch möglicherweise widerstreitende Vorgaben des Grundgesetzes zu beachten. So muss in Rechnung gestellt werden, dass sich das nach Art. 33 Abs. 2 GG bestehende Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt auf sämtliche vom Bund zu vergebende Positionen, gleichgültig ob öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet, bezieht¹⁴ und damit auch das Amt als Aufsichtsratsmitglied erfasst. Eine Bevorzugung wegen des Geschlechts ist damit auch hier nur bei gleichwertiger oder fast gleichwertiger Eignung für das Amt des Aufsichtsrats einer Forschungseinrichtung zulässig.¹⁵ Auch bildet die Wissenschaftsfreiheit eine Schranke. Art. 5 Absatz 3 GG schützt nicht nur die einzelnen Wissenschaftler, sondern auch die wissenschaftlichen Einrichtungen und damit neben den Hochschulen auch privatrechtlich verfasste Wissenschaftseinrichtungen.¹⁶

Die Bestimmung wissenschaftsferner Mitglieder findet hier ihre Grenze.

Wenn nach § 4 Absatz 1 Satz 2 im Falle einer ungeraden Zahl von Sitzen das Ungleichgewicht nur einen Sitz betragen **darf**, bedeutet das nicht, dass Art. 33 Absatz 2 GG und Art. 5 Absatz 3 Satz 1 GG insoweit nicht zu beachten wären. Richtig ist nur, dass die offen gehaltene Entscheidung über einen Sitz in der Regel genügend Spielraum lässt, um sowohl dem Ziel des Gesetzes als auch diesen Grundrechten Rechnung zu tragen.

Droht bei der Bestimmung der Mitglieder des Bundes für einen Aufsichtsrat ein Unterschreiten der Vorgaben des Absatzes 1, hat nach Absatz 3 Satz 2 und 3 je nach Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung unverzüglich das Bundesministerium für Familie, Senioren und Frauen zu unterrichten und die Gründe für die drohende Unterschreitung darzulegen.

Weitere Rechtsfolgen einer Unterschreitung sieht das Gesetz nicht vor. Insbesondere folgt aus der Unterschreitung nicht die Unwirksamkeit der Bestellung des vom Bund bestimmten Mitglieds des Aufsichtsrats.

Allerdings sind bei der Bestimmung von Aufsichtsratsmitgliedern übergangene Bewerberinnen und Bewerber nicht gehindert, ihr aus Art. 33 Absatz 2 GG folgendes Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach den dafür in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und der Arbeitsgerichte entwickelten Grundsätzen geltend zu machen. So kann der bisherige Amtsinhaber rügen, dass bei der Neubesetzung des Aufsichtsratsamts seine gesammelte fachliche Erfahrung unberücksichtigt geblieben ist.¹⁷

2. Vorgaben des Gesellschaftsrechts

a. Gesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes

Das FöPoG II hat in das Gesellschaftsrecht Sondervorschriften bei Beteiligung des Bundes an einer Gesellschaft eingefügt, welche insbesondere auch die gleichmäßige Beteiligung der Geschlechter in den Aufsichtsräten fördern sollen: Nach § 96 Absatz 2 Satz 1 AktG muss sich bei börsennotierten AGs, für die das Mitbestim-

14 Jarass/Pieroth, GG 16. Aufl. 2020, Art. 33 Rn 12; weiter Battis in Sachs, GG 9. Auflage 2021, Art. 33 Rn 24.

15 Jarass/Pieroth, GG 16. Aufl. 2020, Art. 33 Rn 28; vgl. weiter Brosius-Gersdorf in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn 96.

16 BVerfG vom 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; Kempen in Epping/Hillgruber, Bek'scher Online-Kommentar GG (Stand

15.11.2021) Art. 5 Rn. 185.

17 **Zu diesem Gesichtspunkt** VGH Kassel, B 27.03.86 - 1 TG 678/86 -, NVwZ 86,766 -768 = DVBl 87,425 -426; vgl OVG Saarl, U, 30.11.00, - 1_R_10/00 - Dienstliche Beurteilung - SKZ_01,106/26 (L); vgl OVG Saarl, U, 19.11.01, - 1_R_4/01 - Dienstpostenübertragung - SKZ_02,158/26 (L).

mungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt, der Aufsichtsrat zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu 30 Prozent aus Männern zusammensetzen. Dieses Mindestanteilsgebot hat der durch Art. 7 des FÜPoG II in das AktG eingefügte § 393 a in seinem Absatz 2 Nr. 2 für AGs mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes dahin erweitert, dass es **unabhängig** von einer Börsennotierung und einer Geltung der dort genannten Mitbestimmungsgesetze gilt. Nach Absatz 3 des durch Art. 10 FÜPoG II in das GmbHG eingefügten neuen § 77a gilt § 96 Absatz 2 AktG entsprechend auch für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats einer GmbH mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes **unabhängig** von einer Geltung des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes.

Ergänzt werden diese Bestimmungen durch Neuregelungen des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG). Art. 22 Nr. 1 FÜPoG II hat in dessen § 4 einen Absatz 5 eingefügt. Dieser bestimmt, wie das Mindestanteilsgebot in nach dem DrittelbG mitbestimmten AG- und GmbH-Aufsichtsräten mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes zu erfüllen ist.

Dem Zusammenhang dieser Regelungen ist sicher zu entnehmen, dass AGs und GmbHs, auch wenn für sie nicht eines der in § 393 a AktG oder § 77a GmbHG genannten Mitbestimmungsgesetze sondern nur das DrittelbG gilt, nunmehr grundsätzlich der Regelung des § 96 Absatz 2 AktG unterfallen. Wenn Stöhr demgegenüber für die GmbH meint, § 96 Absatz 2 AktG gelte danach „in einer nach dem MitbestG bzw. dem Montan-MitbestG mitbestimmten GmbH“ entsprechend¹⁸, geht das daran vorbei, dass § 77a AktG die entsprechende Geltung gerade unabhängig von der Geltung dieser Mitbestimmungsgesetze anordnet.

Zu klären bleibt, ob § 96 Absatz 2 AktG auch auf AGs und entsprechend auf GmbHs anzuwenden ist, für die überhaupt keine Unternehmensmitbestimmung gilt. Hierzu zählt einmal der Fall, dass eine Gesellschaft die für die Geltung des DrittelbG notwendige Zahl von 500 Arbeitnehmern gar nicht erreicht, und zum andern der Fall, dass eine Gesellschaft, wie das auf Forschungseinrichtungen regelmäßig zutrifft¹⁹, nach § 1 Absatz 4 Nr. 1 MitbestG oder § 1 Absatz 2 Nr. 2 a DrittelbG als Tendenzunternehmen von der Geltung dieser Gesetze ausgenommen ist.

Zum ersten Fall: Weder der **Wortlaut** von § 393 a Absatz 2 Nr. 2 AktG noch der Wortlaut von § 77a Absatz 3

GmbHG unterscheiden nach der Unternehmensgröße. Vielmehr lassen sie die Mehrheitsbeteiligung des Bundes als Anwendungsvoraussetzung genügen. Mehrheitsbeteiligung des Bundes liegt nach § 393 a Absatz 1 Nr. 1 und § 77 a Absatz 1 Nr. 1 GmbHG aber ohne Differenzierung nach der Arbeitnehmerzahl immer dann vor, wenn die Anteile an der Gesellschaft zur Mehrheit vom Bund gehalten werden. Auf die Arbeitnehmerzahl kommt es nur in dem in § 393 a Absatz 1 Nr. 3 AktG und § 77 a Absatz 1 Nr. 3 GmbHG geregelten Ausnahmefall einer mittelbaren Beteiligung des Bundes an.

Vor allem aber das **vom Gesetzgeber verfolgte Ziel** spricht für die Anwendbarkeit unabhängig von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer. Das FÜPoG II will überall dort, wo dem Bund Regelungsbefugnisse zukommen, eine geschlechtergerechte Aufteilung der Aufsichtsratsitze erreichen. Für das Gewicht dieses Ziels spielt die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer keine Rolle.

Dass Aufsichtsräte in nicht mitbestimmten GmbHs ihre Basis allein im Gesellschaftsvertrag haben, ändert nichts. Zwar führt die für einen solchen Aufsichtsrat maßgebende Verweisungsvorschrift des § 52 Absatz 1 GmbHG den § 96 Absatz 2 AktG nicht auf. Doch ist dieser Verweis in der in das GmbHG eingefügten zwingenden Bestimmung des § 77a Absatz 3 GmbHG enthalten. Es wäre ja auch widersprüchlich, könnte sich der Bund in Gesellschaften, an denen er mit Mehrheit beteiligt ist, dem von ihm aufgestellten Mindestanteilsgebot durch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag entziehen.

Zum zweiten Fall: Auch der **Tendenzcharakter** von Forschungseinrichtungen bietet angesichts dieses Ziels keinen Anlass, die direkte oder entsprechende Anwendung von § 96 Absatz 2 AktG auszuschließen. Das zeigt schon der Umstand, dass § 3 Nr. 2 a BGremBG Gremien besonderer wissenschaftlicher Bedeutung ausdrücklich in seine Regelung wesentlicher Gremien einbezieht. Für Aufsichtsräte von Forschungseinrichtungen kann nichts Anderes gelten. Deren begründeten wissenschaftlichen Belangen kann und muss jedoch bei den konkreten Besetzungsentscheidungen Rechnung getragen werden (siehe unter 1).

Die entsprechende Geltung von § 96 Absatz 2 AktG hat zur Folge, dass sich auch die Aufsichtsräte von Forschungseinrichtungen, die als GmbH organisiert sind, zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen müssen. Dabei ist nach § 96 Absatz 2 Satz 4 auf volle Personenzahlen

18 Stöhr, Die Auswirkungen des FÜPoG II auf das GmbHG: Eine kritische Bestandsaufnahme, ZIP 2021, 2267, 2271.

19 Löwisch/Kaiser/Klumpp/Klumpp, BetrVG 7. Auflage 2020, § 118 Rn. 25 mit weiteren Nachweisen.

mathematisch auf- bzw. abzurunden. Unter fünf bis acht Aufsichtsratsmitgliedern müssen damit mindestens zwei Frauen und mindestens zwei Männer sein, unter neun bis elf mindestens jeweils drei, unter zwölf bis 14 jeweils vier, unter 15 bis 18 jeweils fünf, unter 19 bis 21 jeweils sechs und unter 22 bis 24 jeweils sieben.

Dass nach § 4 Absatz 1 BGremBG unter den vom Bund zu bestimmenden Mitgliedern Frauen und Männer zu gleichen Teilen vertreten sein sollen, erleichtert die Erfüllung des Mindestanteilsgebots, kann je nach der Größe des Aufsichtsrats aber auch nicht ausreichen. Reicht die Regelung des § 4 Absatz 1 nicht aus, muss das Mindestanteilsgebot bei der Wahl oder sonstigen Bestimmung der übrigen Mitglieder erfüllt werden.

Nicht anders als bei der Bestimmung der Mitglieder des Bundes nach § 4 Absatz 1 BGremBG ist bei der Quotenregelung des § 96 Absatz 2 AktG die durch Art. 5 Absatz 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit zu beachten. Würde im konkreten Fall die Erfüllung einer 30 – Prozent – Quote dazu führen, dass eine für die wissenschaftsrelevante Arbeit des Aufsichtsrats benötigte Person dem Aufsichtsrat nicht angehören könnte, muss das Mindestanteilsgebot zurücktreten.

Anders als die Nichteinhaltung der Vorgaben des § 4 Absatz 1 BGremBG hat der Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot eine unmittelbare rechtliche Konsequenz: Nach § 96 Absatz 2 Satz 6 AktG sind dann Wahl und Entsendung der Mitglieder des Aufsichtsrats **nichtig**. Nichtigkeit bedeutet dabei, dass für das unterrepräsentierte Geschlecht vorzusehende Sitze unbesetzt bleiben („leerer Stuhl“).²⁰ Wird die Unterrepräsentation nicht behoben, erfolgt nach Maßgabe von § 104 AktG eine Bestellung durch das Gericht. Die insoweit bei der GmbH entstandene Lücke muss durch analoge Anwendung von § 104 AktG geschlossen werden.

b. Zielgrößenbestimmung

AktG wie GmbHG enthalten für Gesellschaften, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, Bestimmungen über die Festlegung von Zielgrößen des Frauenanteils in den Aufsichtsräten. Diese gelten unabhängig davon, ob und in welcher Höhe der Bund an den Gesellschaften beteiligt ist. Voraussetzung ist aber die Geltung der Mitbestimmung mindestens nach dem DrittelbG.

Nach der Neufassung von § 111 Absatz 5 AktG, der nach § 52 Absatz 2 GmbHG auch für die GmbH gilt, müssen Vorstand bzw. Geschäftsführung eine Zielgröße auch für den Aufsichtsrat festlegen, die den angestrebten Frauenanteil beschreiben und bei Angaben in Prozent

vollen Personenzahlen entsprechen muss. Die Festlegung einer Zielgröße Null ist klar und verständlich zu begründen. Liegt der Frauenanteil bei der Festlegung der Zielgröße unter 30 Prozent, darf eine später erneut festgelegte Zielgröße den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten.

Dass die Geltung der Mitbestimmung mindestens nach dem DrittelbG Voraussetzung ist, hat zur Folge, dass **Tendenzunternehmen und damit auch Forschungseinrichtungen** von dieser Regelung nicht erfasst werden (§ 1 Absatz 4 Nr. 1 MitbestG, § Absatz 2 Nr. 2a DrittelbG). Aufgrund ihrer Satzungsautonomie steht es den Gesellschaftern aber frei, im Gesellschaftsvertrag solche Zielgrößen festzulegen. Dafür kann der Bund, wenn er an der Gesellschaft beteiligt ist, seinen Einfluss nutzen.

3. Exkurs: Regelungen für Vorstände und Geschäftsführer

Das FÜPoG II hat auch die Vorschriften für die **Besetzung der Vorstände** von AGs und der Geschäftsführungen von GmbHs weiterentwickelt. Nach § 393 a Absatz 2 in Verbindung mit § 76 a AktG müssen bei Mehrheitsbeteiligung des Bundes in Vorständen, die aus mehr als drei Personen bestehen, mindestens eine Frau und ein Mann Mitglied sein. Gleiches gilt nach § 77a Absatz 2 GmbHG für eine aus mehr als zwei Personen bestehende Geschäftsführung.

Eingeführt worden ist auch eine „**Stay on Board**“-**Regelung**, welche Führungspersonen ihr Amt auch in Fällen sichern soll, in denen sie wegen Schwangerschaft, Elternzeit, Sorge für Familienangehörige oder Krankheit ausfallen: Gemäß § 84 Absatz 3 AktG hat das Mitglied eines Vorstands, der aus mehreren Mitgliedern besteht, das Recht den Aufsichtsrat um den Widerruf seiner Bestellung verbunden mit der Zusicherung der Wiederbestellung nach Ablauf der Schutzfristen zu ersuchen, wenn es wegen Mutterschutz, Elternzeit, der Pflege eines Familienangehörigen oder Krankheit seinen mit der Bestellung verbundenen Pflichten vorübergehend nicht nachkommen kann. Gleiches gilt nach § 38 Absatz 3 GmbHG für die Geschäftsführer einer GmbH, soweit mindestens ein weiterer Geschäftsführer bestellt ist.

4. Übernahme durch die Länder

Nach § 393 a Absatz 3 AktG und § 77a Absatz 4 GmbHG können die Länder die Vorgaben auf die Gesellschaften erstrecken, an denen eine Mehrheitsbeteiligung des Landes besteht.

²⁰ Hüfner/Koch, Aktiengesetz 14. Aufl. 2020, § 96 Rn. 23.

Diese Öffnungsklauseln tragen der mit dem AktG und dem GmbHG als Teil der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes nach Art. 72 Abs. 1 GG an sich verbundenen Sperrwirkung Rechnung. Erfasst werden alle AGs und GmbHs, an denen eine Mehrheitsbeteiligung des betreffenden Landes besteht. Ob die Gesellschaft in dem betreffenden Land auch ihren Sitz hat, ist unerheblich.

III. Besetzung wesentlicher Gremien

1. Bestimmung von mindestens zwei Mitgliedern

Wie die Bezugnahme auf § 4 Absatz 1 Satz 1 BGremBG ergibt, setzt die in § 4 Absatz 1 Satz 3 BGremBG festgelegte Pflicht, auf paritätische Besetzung hinzuwirken, voraus, dass der Bund mindestens zwei Mitglieder des Gremiums zu bestimmen hat. Einen zu bestimmenden Sitz aufzuteilen oder alternierend mit einer Frau und einem Mann zu besetzen, ist nicht vorgesehen.

Dementsprechend ist das BGremBG auf die Vertretung des Bundes im Verwaltungsrat der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften und die Entsendung des Bundesvertreters in die Programmkonferenz der Deutschen Richterakademie nicht anwendbar.

2. Bestimmung der Wesentlichkeit

Kraft Gesetzes als wesentlich gelten nach § 3 Nr. 2 a BGremBG Gremien, bei denen die Bundesregierung als Gesamtheit die Mitgliedschaft mindestens eines Mitglieds zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen hat.

Das trifft auf den **Senat der Max-Planck-Gesellschaft** zu: Die beiden Mitglieder des Bundes im Senat sind nach § 12 Absatz 7 der Satzung von der Bundesregierung zu benennen und damit im Sinne von § 3 Nr. 4 BGremBG von ihr zu bestimmen.

Auch der **Deutsche Ethikrat** gehört hierher, da seine 26 Mitglieder zwar vom Präsidenten des Deutschen Bundestages berufen, aber die Hälfte von Ihnen von der Bundesregierung als Institution des Bundes im Sinne von § 3 Nr. 3 BGremBG vorgeschlagen werden.

Die Wesentlichkeit anderer Gremien setzt nach § 3 Nr. 2 b BGremBG voraus, dass sie wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von der zuständigen Institution des Bundes als wesentliches Gremium bestimmt worden sind.

Das gilt einmal für die **Fraunhofer-Gesellschaft**. Deren Satzung macht in § 10 Nr.1 b die Mitgliedschaft der

Vertreter des Bundes nicht davon abhängig, dass die Bundesregierung über die Entsendung entscheidet. Deshalb muss die zuständige Institution des Bundes, hier das Bundesministerium für Bildung und Forschung, über die Bestimmung als wesentlich entscheiden. Dass dem Senat der Fraunhofer-Gesellschaft angesichts seiner umfassenden Zuständigkeit einerseits und angesichts der Bedeutung der Fraunhofer-Institute für die angewandte Forschung in Deutschland andererseits besondere tatsächliche, wissenschaftliche und zukunftsrelevante Bedeutung im Sinne von § 3 Nr. 2 b BGremBG zukommt, ist zweifelsfrei. Dementsprechend ist das Bundesministerium für Bildung und Forschung gehalten, den Senat als wesentliches Gremium zu bestimmen.

Auch die staatliche Kommission der Finanzmittelgeber für das KIT hat angesichts ihrer Beratungs- und Entscheidungsbefugnisse für die Großforschungseinrichtung KIT besondere tatsächliche, wissenschaftliche und zukunftsrelevante Bedeutung. Die Anwendung des BGremBG auf die Kommission setzt nach § 3 Nr. 2 des Gesetzes ebenfalls voraus, dass die zuständige Institution des Bundes, also das Bundesministerium für Bildung und Forschung, sie als wesentlich bestimmt. Das ist erfolgt.²¹

3. Hinwirkungspflicht

Nach § 4 Absatz 1 Satz 3 BGremBG haben die Institutionen des Bundes bei jedem wesentlichen Gremium darauf hinzuwirken, dass eine paritätische Vertretung von Frauen und Männern nach § 4 Absatz 1 Sätze 1 und 2 geschaffen oder erhalten wird. Wie aus der Bezugnahme auf Satz 1 folgt, ist Ziel eine jeweils gleiche Anzahl von Frauen und Männern in dem betreffenden Gremium. Steht dem Bund eine ungerade Zahl von Sitzen zu, darf das Ungleichgewicht zwischen Frauen und Männern nur einen Sitz betragen (Satz 2). Die Hinwirkungspflicht trifft je nach ihrer Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung. Beim Deutschen Ethikrat ist das für die Hälfte der Mitglieder die Bundesregierung.

Durch **Bezugnahme** auf Satz 1 ist die Hinwirkungspflicht als Sollvorschrift ausgestaltet. Das bedeutet nach allgemeinen Grundsätzen, dass die Verpflichtung im Regelfall strikt einzuhalten ist und Abweichungen nur in atypischen Fällen zulässig sind, in denen konkrete Gründe für das Abweichen von der Norm sprechen.²² Solche Gründe sind auch hier das nach Art. 33 Absatz. 2 GG bestehende Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentli-

²¹ Auskunft des Bundesministeriums für Bildung und Forschung vom 16. 3. 2022.

²² Vgl. *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn. 64.

chen Amt, das eine Bevorzugung wegen des Geschlechts nur bei gleichwertiger oder fast gleichwertiger Eignung zulässt²³, sowie die Wissenschaftsfreiheit der betroffenen Einrichtung, welche der Bestimmung wissenschaftsferner Mitglieder Grenzen zieht.²⁴ Andere Gründe, etwa das Bestreben nach ausgewogener Vertretung der in einer Koalition vertretenen Parteien, reichen nicht aus.

4. Vorlage an das Frauenministerium

Droht bei der Bestimmung der Mitglieder des Bundes für ein wesentliches Gremium ein Unterschreiten der Vorgaben des Absatzes 1, habe nach Absatz 3 Satz 2 und 3 auch hier je nach Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung unverzüglich das Bundesministerium für Familie, Senioren und Frauen zu unterrichten und die Gründe für die drohende Unterschreitung darzulegen.

Weitere Rechtsfolgen einer Unterschreitung sieht das Gesetz auch hier nicht vor. Insbesondere folgt aus der Unterschreitung nicht die Unwirksamkeit der Bestellung

des vom Bund bestimmten Mitglieds des wesentlichen Gremiums.

Allerdings sind auch bei der Bestimmung von Gremienmitgliedern übergangene Bewerberinnen und Bewerber nicht gehindert, ihr aus Art. 33 Absatz 2 GG folgendes Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach den dafür in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und der Arbeitsgerichte entwickelten Grundsätzen geltend zu machen, etwa zu rügen, dass bei der Neubesetzung eines Aufsichtsratsamts die vom bisherigen Amtsinhaber gesammelte fachliche Erfahrung unberücksichtigt geblieben ist.²⁵

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

Jonathan Tim Jocher ist Rechtsreferendar am Landgericht Freiburg

23 Oben unter II 1 iVm Fn 15.

24 Oben unter II 1 iVm Fn 16.

25 Oben unter II 1 iVm Fn 17.

Joachim Welz

Universitäten der Bundeswehr - 50 Jahre Gründungsprozess

Seit dem 24.2.22 herrscht wieder Krieg in Europa und Krieg ist erkennbar für Diktatoren wieder ein Mittel der Politik. Mit dieser „Zeitenwende“ sind Verteidigung und Bundeswehr wieder primäre Staatsziele und statt Auslandseinsätze für Friedensmissionen sind plötzlich Bündnis- und Heimatverteidigung realistische Szenarien, auf die Politik und Bundeswehr materiell und mental vorbereitet sein müssen. Neben zahlreichen anderen Aspekten steht damit auch die Offizierausbildung im Fokus.

1. Die Universitäten der Bundeswehr heute

Kernelement der deutschen Offizierausbildung ist das zivile Offizierstudium an den Universitäten der Bundeswehr, zitiert UniBw.¹ Diese – Universität der Bundeswehr/Helmut-Schmidt-Universität Hamburg, HSU-HH, und die Universität der Bundeswehr München, UniBwM – sind von den Sitzländern anerkannte Hochschulen.² Sie sind nach Größe, Niveau und Anspruch die „Flaggschiffe“ eines weiteren, speziellen Astes im System der tertiären Bildung, nämlich für staatlich getragene, (nur) für ein bestimmtes Ausbildungsziel und einen bestimmten Personenkreis konzipierte staatliche Hochschulen (Bedarfs-, Ressorthochschulen).³

Die Universität der Bundeswehr Hamburg, seit 2003 Helmut-Schmidt-Universität, zitiert HSU-HH, hat rund 2 500 Studierende,⁴ davon fast 500 Frauen, fast 100 Bedienstete, davon 1/3 wissenschaftliches Personal, über 100 Professoren und rund 180 Drittmittelbedienstete. Der Jahreshaushalt beträgt rund 110 Mio. EUR sowie 13,6 Mio. Drittmittel. Sie umfasst vier Fakultäten; der Schwerpunkt liegt bei den Fakultäten für Geistes- und Sozial-

wissenschaften sowie für Wirtschafts- und Sozialwissenschaftsjonasm mit jeweils fast 40% der Studierenden. Demgegenüber ist die Universität der Bundeswehr München, zitiert UniBwM, „Technische Universität“ mit fast 3 700 Studierenden, davon insgesamt über 600 Frauen. Rund 800 studieren in Fachhochschulstudiengängen, womit die UniBwM als „kooperative Gesamthochschule“ zu klassifizieren ist. Sie umfasst 10 Fakultäten, davon sieben universitäre und drei im Bereich angewandte Wissenschaften (Fachhochschul-Fakultäten). Neben auch fast 48% Studierende in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften bilden hier Ingenieurwissenschaften und Informatik mit über 46% einen weiteren Schwerpunkt. Als Alleinstellungsmerkmal bestehen luft- und raumfahrttechnische sowie Cyber-Studiengänge. Der Jahreshaushalt beträgt rund 135 Mio. EUR, davon 30 Mio., also etwa 22%, Drittmittel.

2. Rahmenbedingungen, Motive und Vorgaben

a) Eckpunkte der Offizierausbildung

Da der Offizier kämpfen können, sich auch in extremen körperlichen und psychischen Stresssituationen bewähren, Verantwortung für vergleichsweise viele Anvertraute tragen und notfalls sein Leben einsetzen muss, bleibt Offizier trotz aller Ausdifferenzierung und Annäherung an zivile Berufsbilder ein „Beruf sui generis“, dem auch Auswahl und Ausbildung Rechnung tragen müssen.⁵ Das Adelsprivileg, gleichsam qua Geburt für den Offizierberuf prädestiniert zu sein, hat sich mit der Französischen Revolution und den Reformen in Deutschland, vor allem Preußen, in zwei Richtungen geöffnet, nämlich für Nicht-Adelige sowie dem Bedürfnis nach (militär)

1 Zur Vertiefung sei insbesondere hingewiesen auf das Gutachten der Bildungskommission 1971 „Neuordnung der Ausbildung und Bildung in der Bundeswehr“, zitiert Gutachten; *Thomas Ellwein/Achatz von Müller/Harro Plander*, Hochschule der Bundeswehr zwischen Ausbildungs- und Hochschulreform, 1974, zitiert *Ellwein/Müller/Plander*; Kurzfassung und gewissermaßen authentische Beschreibung Bundesminister der Verteidigung, Die Hochschulen der Bundeswehr, 1974, zitiert BMVg, Hochschulen, sowie auf die Monographien *Christiane Reuter-Boysen*, Vorreiter für die Hochschulreform?, 1995, zitiert *Reuter-Boysen*; *Andrea von Schroeders*, Student und Soldat, Das Studium zwischen Dienstpflicht und akademischer Freiheit an den Universitäten der Bundeswehr, 2007, zitiert *von Schroeders*; *Thomas Georg Weise*, Die Hochschule der Bundeswehr Hamburg

1979, zitiert *Weise*; *Joachim Welz*, Universitäten der Bundeswehr, 2021, zitiert *Welz*.

2 S. u. bei Fn. 33.

3 Abzugrenzen von den Landesuniversitäten mit umfassendem öffentlichem Bildungsauftrag einerseits und „Spartenhochschulen“, die nur ein fokussiertes Fächerspektrum vorhalten, andererseits; s. zu Arten und Abgrenzungen s.u. bei Fn. 52 und 71 ff.

4 Zahlenangaben für beide UniBw <https://rancing.zeit.de/che/de/hochschule/66> bzw.36 sowie Internet-Präsentationen der Hochschulen.

5 Krieger, die kämpfen und auch töten müssen, *Söhnke Neitzel*, Deutsche Krieger, 2020, Umschlagtext, zitiert *Neitzel*; vgl. die Klimax gemeinnütziger, gefährlicher bzw. zur Gewaltausübung verpflichteter Berufe Feuerwehr, Polizei, Militär.

wissenschaftlicher Bildung. Für Rekrutierung und Selektion des Offizier Nachwuchses war traditionell das „Aufstiegsmodell“ dominant, d.h. Eintritt als Rekrut, und „von der Pike auf“ durch Bewährung in der jeweiligen Funktion Beförderung idealtypisch bis zum General. Es setzte sich aber alsbald die Auffassung durch, dass dies nicht ausreichend sei und es überdurchschnittlicher Intelligenz – es wurde angestrebt, das Abitur trotz der damals strengen Selektion als Regelvoraussetzung durchzusetzen – und spezieller Ausbildungseinrichtungen bedürfe. Dabei waren in den grundlegenden Fragen zur Ausrichtung – Kämpfer oder Bildung? Spezialist oder Generalist? praktische, militärfachliche oder wissenschaftliche Komponenten? die alle in der Offizierausbildung enthalten sind und wobei sich die Begriffspaare keineswegs ausschließen – Kompromisse zu finden. Typisch waren waffengattungsbezogene Truppschulen ohne wissenschaftlichen Anspruch; daneben wurden aber spezielle Akademien für die Ausbildung höherer, insbesondere der Generalstabsoffiziere, gegründet, unter denen die preußische Kriegsakademie ein besonderes Niveau und internationalen Ruf erlangt hat.⁶ Die Offizierausbildung, ihre Organisation und die Ausbildungsstätten waren dabei streng in der Hand des Militärs.

Daneben gab es aber auch interessante zivile Bildungsansätze wie die Forderung der Paulskirchenversammlung, für das „höhere militärische Studium“ an zivilen Universitäten „Lehrstühle der Kriegswissenschaft“ zu errichten, sowie die hochrangigen „Führergehilfenkurse“ an Universitäten in der Weimarer Republik.⁷

War im Kaiserreich der Offizier „der erste Stand im Staate“, wurde nach den verlorenen Weltkriegen, insbesondere der totalen Niederlage 1945, das Vertrauen in das Militär und das Image des Offiziers nachhaltig erschüttert, was sich nach 10 ½ Jahren militärloser Zeit von der Gründung der Bundeswehr am 12. November 1955⁸ im Grunde bis heute negativ auswirkt. Dies führte in den späten Sechzigerjahren zu einer tiefen Krise: Der Mentalitätswandel der Gesellschaft – postheroisches Zeitalter –

führte zu politisch-moralischen Legitimationsproblemen der Bundeswehr. Der militärisch-industrielle Komplex wurde ebenso wenig beherrscht wie innere Probleme. Bei den Abiturienten wuchs die Quote der Wehrdienstverweigerer auf über 50% an und zeigte die Entfremdung von Militär und intellektuellen Schichten. Hieraus ergab sich bei der Bundeswehr schließlich ein Fehlbild von 6 000 Offizieren, wobei das schlimmste Defizit bei länger dienenden Zeitoffizieren bestand.⁹ Verstärkt wurde dies durch die politischen und gesellschaftlichen Veränderungen wie Wertewandel, Reformeuphorie mit dem Ruf nach Bildungsreform mit „Öffnung“ der Gymnasien und Hochschulen. Diese Aufbruchsstimmung übertrug die neue sozialliberale Regierung Brandt/Schmidt in Reformen auch für die Bundeswehr. Initial hierfür war das Weißbuch vom Mai 1970.¹⁰ Dies analysierte die Mängel und Defizite und sah tiefgreifende Veränderungen und Reformen vor.¹¹ Absolute Schwerpunkte sollten dabei die Reform von Ausbildung und Bildung sowie die eng damit zusammenhängende Attraktivität der Zeitoffizierlaufbahn sein.

Im Trend von Öffnung, Reformeuphorie und Bildungswelle wollten zwischen 80 und 90% der Oberschüler studieren, und die große Mehrheit der Interessenten für Längerdienende oder Berufsoffiziere wollte ohne Studium nicht zur Bundeswehr, so dass sich ohne Studium das Personalreservoir auf diese Minderheit beschränkt hätte. Dem genügten die rudimentären Ansätze der Bundeswehr für Studium und wissenschaftliche Ausbildung nicht.¹² Auch gegenüber anderen vergleichbaren Armeen war die Bundeswehr zurückgefallen. Die wichtigsten NATO-Partner hatten inzwischen die Offizierausbildung auf B.A. - Niveau angehoben und im Ostblock hatte das Studium auf den Militärhochschulen wissenschaftlichen Rang.¹³ Es war damit notwendig, auch für die Offizierausbildung der Bundeswehr ein akademisches Studium vorzusehen, in der deutschen Militärtradition eine „kopernikanische Wende“. Es sollte sich um ein ziviles Pflichtstudium für alle Berufsoffiziere und

6 Von Scharnhorst 1810 als „Höhere Kriegsschule“ gegründet, seit 1859 Kriegsakademie; Spitzname der Generalstabsoffiziere „Halbgötter“ (*Bismarck*); internationale Beispiele *Welz*, S. 25.

7 Reinhard-Kurse nach dem Kriegsminister *Reinhard* (auch zur Umgehung der durch den Weimarer Vertrag verbotenen Generalstabsausbildung), *Theodor Heuss* war einer der Lehrer; Gesetzentwurf der Frankfurter Nationalversammlung über die deutsche Wehrverfassung, Art. XI, § 60.

8 Geburtstag von *Scharnhorst*, Motor und Repräsentant der Reformen von 1806 ff, Protagonist des „gebildeten Offiziers“ und deshalb gleichsam zum „Patron“ des „neuen“ Militärs bestimmt.

9 Gutachten, Tz 17; *Neitzel*, S. 289; *Reuter-Boysen*, S. 9, 14 f; *Welz*, S. 29 ff.

10 Der Gründungsvorgang hat also in den Jahren 2020 bis 2023

gewissermaßen 50-jähriges Jubiläum

11 Konkret 124 Maßnahmen, darunter 36 Änderungen an 21 Gesetzen und die Änderung von 88 Verordnungen.

12 Zurückgekehrte Offiziere, die in der Nachkriegszeit für eine zivile Karriere studiert hatten, Ärzte, Apotheker, Veterinäre, für die die Bundeswehr Studienplätze im Zulassungsverfahren reserviert hat, Offiziere, die die Bundeswehr zum Studium der von ihr speziell benötigten Fächer an zivile Universitäten entsendet (typisch Ingenieure und Naturwissenschaftler), Laufbahn- und Beförderungsprivilegien für Bewerber, die in anderen benötigten Fächern bereits ein ziviles Studium absolviert haben und schließlich Umwandlung von technischen Schulen in bundeswehreigene Fachhochschulen.

13 Bis hin zu den akademischen Graden Dipl.-Mil., Dr. rer. mil.

länger dienenden Zeitoffiziere handeln, das dem Studium an den Landesuniversitäten gleichwertig sein und den (Zeit)Offizier zu einem akademischen Berufsbild machen sollte.¹⁴

b) Das Offizierstudium an den UniBW

Im Personalwesen des Militärs stellt sich das grundsätzliche Problem, dass – bei der notwendigen hierarchischen Personalstruktur – der höchste Bedarf an jungen Offizieren – Zugführer (Leutnante) und Kompaniechefs (Hauptleute) - besteht, während bei älteren, Staboffizieren, vom Major aufwärts, im Frieden „eigentlich“ zu viele vorhanden sind und damit Beförderungssatus und Überalterung drohen, wenn die „jungen“ Offiziere zu lange im Dienst bleiben. Die Bundeswehr versucht das Problem zu lösen, indem sie auf das Leitbild des Zeitoffiziers setzt. So können nur 20% der Offizieranwärter Berufsoffiziere werden, während 80% die Bundeswehr nach Ablauf ihrer Verpflichtungszeit verlassen müssen.¹⁵ Das erfordert für die Offiziere eine Doppelmotivation, für den Offizierberuf sowie für den anschließenden Zivilberuf, sowie Zuversicht und Selbstvertrauen, in beidem erfolgreich zu sein. Auch wenn kürzere und längere Verpflichtungszeiten möglich sind,¹⁶ ist das Leitbild der Bundeswehr auf den Zeitoffizier mit damals 12, heute 13 Jahren Dienstzeit ausgerichtet. Diese sind damit die typische Zielgruppe für das Offizierstudium. Sie sind bereits Offiziere i.S.d. Soldatengesetzes und beziehen Gehalt, womit die Bundeswehr das Studium finanziert, aber erwartet, dass ihr die Absolventen als akademisch ausgebildete Offiziere als Führer und Ausbilder in der Verpflichtungszeit möglichst lange zur Verfügung stehen.

Deshalb muss das Studium kurz und bedarfsorientiert sein und gegenüber dem Studium an Landesuniversitäten grundlegende Besonderheiten, vor allem eine Effizienzsteigerung, aufweisen. Es ist deshalb nach folgenden Parametern konzipiert:¹⁷ Vollwertiges Studium mit zivilen, allgemein anerkannten Hochschulgraden, d.h. heute Master als Regelabschluss, und einer Studienzzeit bis zum M. A. von vier Jahren. Dies wird ermöglicht durch

- ein Trimester-System,
- ein spezielles Studienkonzept mit Studium in Kleingruppen bei einer traumhaften Dozenten – Studenten-Relation, sowie intensiver individueller Beratung und Betreuung,
- optimale Wohn- und Arbeitsbedingungen durch Campus-Organisation und Unterbringung in Einzelzimmern sowie
- wirtschaftliche und soziale Sicherung durch volles Gehalt und Vergünstigungen wie freier Heilsfürsorge.

Doch auch inhaltlich weist das Offizierstudium Besonderheiten auf:

- auf den Bedarf der Bundeswehr ausgerichtetes eingeschränktes Fächerspektrum;
- spezielle Curricula¹⁸ für das verkürzte Studium und den Dualismus mit den militärischen Anforderungen; - zum Erlernen der speziellen Menschenführung – Offizier als Führer, Ausbilder, Erzieher - in allen Studiengängen integrierte pädagogische und sozialwissenschaftliche Komponente (erziehungs- und gesellschaftswissenschaftliches Anleitungstudium, EGA);
- erhebliche Pflichtanteile Sprachen und Sport und
- Sicherstellung einer militärischen Rest-Komponente: So findet an einem Nachmittag in der Woche eine allgemeine militärische Ausbildung, AMA, im Kampfanzug, statt (Gefechtsschießen, Marschieren, ABC- und San-Ausbildung sowie verteidigungspolitische und militärische Vorträge) und
- nicht verpflichtend, aber erwünscht und nützlich sind regelmäßige militärische „Praktika“ (Wehrübungen).

Trotz entsprechender Angebote aus dem Universitätsbereich und gegen breiten Widerstand war damals wie heute klar, dass solche spezifischen Studiengänge nicht an den allgemeinen staatlichen Hochschulen errichtet werden konnten, die sich mit Überlastung, NC, fehlender Personal- und Sachausstattung und (über)langen Studienzeiten, seit 1968 immer wieder aufflackern den Studentenunruhen und Wehrfeindlichkeit des aka-

14 Die Grundzüge wurden von der Bildungskommission beim Bundesminister der Verteidigung, bestehend aus zwölf Militärs aller Dienstgrade und zwölf zivilen Experten aus Wissenschaft, Wirtschaft und Verwaltung unter dem Vorsitz von Prof. *Thomas Ellwein* im Mai 1971 veröffentlicht; Gutachten zur Neuordnung der Ausbildung und Bildung in der Bundeswehr, s. Fn 1.

15 In Kaiserreich und Weimarer Republik waren die Offiziere grundsätzlich Berufsoffiziere mit einer Dienstzeit von 25 Jahren, aber ab 10 Jahren konnten sie bereits mit lebenslangen Pensionsansprüchen aus dem Militärdienst ausscheiden, § 3 Abs. 2 des

Gesetzes über die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht und die Regelung der Dauer der Dienstverpflichtung vom 19.8.1920.

16 Ab zwei Jahren, wobei i.d.R. der Reserveoffizierstatus erstrebt und erreicht wird, bis zu 25 Jahren Obergrenze, wobei dann aber der Wechsel in den Anschlussberuf entsprechend schwieriger wird.

17 Gutachten, Tz 54; BMVg, Hochschulen, S. 2.

18 Entwickelt vom „wissenschaftlichen Institut Erziehung und Bildung in den Streitkräften“ mit Betonung der „Partizipation als Lernziel“, *Welz*, S. 75 f m.w.N.

demischen Milieus herumschlagen mussten. Für die Anforderungen der Offizierausbildung bedurfte es deshalb spezieller, bundeswehreigener Hochschulen,¹⁹ wofür alsbald die Gründung von zweien, an den Standorten Hamburg und München, in Angriff genommen wurde.²⁰

c) Integration des Studiums in die Offizierlaufbahn

Da die Studierenden bereits Offizieranwärter (Fähnriche) sind und das Studium gezielt die Offiziere ertüchtigen soll, muss es möglichst effektiv in die Offizierkarriere integriert werden: Vor der Einstellung erfolgt zunächst eine Auswahl der Offizierbewerber nach den Laufbahnvoraussetzungen für den gehobenen Dienst und den speziellen Kriterien der Bundeswehr durch das „Assessmentcenter für Führungskräfte der Bundeswehr“. Hier entscheiden sich die Bewerber, eventuell mit Unterstützung des Assessmentcenters, für Ihre Teilstreitkraft²¹ und Waffengattung.²² Die studierwilligen Bewerber müssen sich für 13 Jahre verpflichten, wobei bereits Vorklärungen für das gewünschte Studienfach erfolgen. Zum Erwerb der erforderlichen Mindest-Grundkenntnisse und -Fertigkeiten beginnt die Laufbahn aber in der Truppe mit einem „Vorlauf“ von grundsätzlich 15 Monaten.²³ Nach Grund- und Fachausbildung umfasst dieser Offizierlehrgang 1 mit Offizierprüfung sowie eine dreimonatige Sprachausbildung. Parallel wird in einem individuellen Verfahren das Studienfach abgeprochen.²⁴ Danach werden Offizieranwärter durch das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr zum Studium an die „passende“ UniBW versetzt und beginnen mit dem Studium. Nach weiteren 21 Monaten, also mitten im Studium, erfolgt die Ernennung zum Leutnant, also zum Offizier und damit Aufstieg in den gehobenen Dienst. An das Studium, also 5 ¼ Jahren Dienstzeit, schließt sich ein dreimonatiger Lehrgang an der Offizierschule der Teilstreitkraft und ein

6-9-monatiger Lehrgang an der Schule der Waffengattung an, auf denen das bisher sehr kurz gekommene militärische Fachwissen – Einsatzgrundsätze der Waffengattung, Taktik – für das Niveau Zugführer erlernt wird. Dann erst, also nach 6 ½ Jahren, folgt die erste selbständige Führungsaufgabe, i.d.R. als Zugführer, von der die ersten zwei Jahre noch als „angeleitete Praxis“ verstanden und definiert sind.²⁵

Natürlich sind jetzt – als Zugführer, Vorgesetzter für ca. 30 Soldaten, darunter erfahrene Feldwebel und Unteroffiziere – primär militärische Fähigkeiten erforderlich. Die Offiziere werden also in die andere Welt der Truppenführung geworfen mit Präsenzpflcht, Uniform und militärischen Formen und mit Aufgaben, für die sie intellektuell überqualifiziert und fachlich unterqualifiziert und damit „eigentlich“ falsch ausgebildet sind. Insbesondere können die im Studium erworbenen Kenntnisse nicht angewandt werden.²⁶ Damit ist ein „Praxischock“ unvermeidbar. Dieses Problem wird jedoch nach wenigen Monaten überwunden, weil sich die studierten Offiziere schneller und besser anpassen und in Praxis und Karriere erfolgreicher sind als ihre nichtstudierten Kameraden.

Nach Ablauf der Verpflichtungszeit werden nur 20% der Offiziere Berufsoffiziere, 80% müssen tatsächlich nach 13 Jahren ausscheiden, d.h. Offizier ist nicht mehr Lebensberuf, sondern (nur noch) Lebensabschnittsberuf. „Preis“ des Offizierstudiums für die Bundeswehr ist also, dass die Zeitoffiziere nur die Hälfte ihrer Verpflichtungszeit für den eigentlichen Zweck ihrer Ausbildung, Einsatz als (akademisch ausgebildeter) Offizier, zur Verfügung stehen und für die Bewerber, dass sie nach 1/3 ihres Berufslebens einen gänzlich anderen Beruf ergreifen müssen.²⁷ Außerdem müssen sich die Offiziere gegen Ende der Dienstzeit auf den Anschlussberuf vorbereiten. Da der Offizier bei seinem Ausscheiden also gut 7 ½ Jahre nicht mehr im Stoff seines Studienfachs ist, ist zur Er-

19 Gegen heftige Kritik fast aller Kultusminister, der WRK, der Bundesassistentenkonferenz und starker Kräfte in Minister Schmidts eigener Partei, s. *Welz*, Universitäten der Bundeswehr, S. 42 fm. w. N.

20 Gründe waren die an beiden Standorten zahlreich vorhandenen Ausbildungsstätten und Liegenschaften sowie die „gerechte“ Verteilung auf A- und B-Länder, was natürlich Taktik war, aber auch einen „Aufhänger“ in Art. 36 Abs. 2 GG hat.

21 Traditionell Heer, Luftwaffe, Marine; Katalog inzwischen erweitert und durch den Begriff „Dimensionen“ überlagert.

22 Beim Heer: Infanterie, Panzertruppe, Artillerie, Pioniere, Fernmelder, Technische Truppe (Logistik), um nur die größten zu nennen; bei Luftwaffe und Marine stattdessen differenzierte Verwendungsbereiche.

23 Die Dauer des Vorlaufes war lange umstritten, weil insbesondere das Heer mehr Fachkenntnisse voraussetzen wollte und junge Offiziere dringend für den Alltagsbetrieb benötigt und deshalb auf längeren Vorlauf drängt, was aber für Studium, Attraktivität der

Laufbahn und Gleichbehandlung der Teilstreitkräfte kontraproduktiv ist.

24 Wobei die Chance, ins Wunschfach zu kommen, von jeweiliger Bewerberzahl, Zahl der Studienplätze, Kontingenten der Teilstreitkräfte abhängt, aber insgesamt sehr groß ist; bei Problemen haben leistungsstärkere Bewerber allerdings mehr Chancen und es kommen auch Fälle vor, wo Bewerber die Teilstreitkraft wechseln, um auf dem Kontingent der Neuen doch noch das Wunschstudium zu ergattern.

25 Ziel des Offizierstudiums ist auch nicht die akademische Fachausbildung für konkrete Berufsbilder, sondern generell der akademisch gebildete Offizier!

26 Erst in höheren Stäben und praktisch nur bei Berufsoffizieren kann das Tätigkeitsfeld durch akademische Anforderungen geprägt sein.

27 Euphemistisch „Duale Karriere“, erforderliche Doppelmotivation und zweifache Berufswahl, was sonst eigentlich nur noch bei Leistungssportlern vorkommt, *Welz*, S. 56, 216.

tüchtigung für den anschließenden Zivilberuf eine Auffrischung erforderlich. Dies erfordert großzügiges Coachen, Lehrgangsbesuche und Freistellungen vom Dienst, wobei die Motivation oft schon mehr auf den Anschlussberuf gerichtet ist. Allerdings ist das Studium für den Übergang in einen angemessenen Zivilberuf natürlich ein entscheidender Vorteil; auch werden die Offiziere kompetent und durchaus erfolgreich vom Berufsförderungsdienst der Bundeswehr vorbereitet und unterstützt. So sind erreichter Status und Gehälter nicht nur als angemessen anzusehen, sondern verglichen mit den Absolventen von Landesuniversitäten eher überdurchschnittlich, da sie als ehemalige Offiziere Führungserfahrung haben und als Träger von „Sekundärtugenden“ gelten.²⁸

3. Die UniBW - Flaggschiffe der Bedarfshochschulen

a) Standort im Bildungsföderalismus

Vom Bund getragene Hochschulen der Bundeswehr, die zivile, allgemein anerkannte Hochschulgrade verleihen, waren und sind eine Herausforderung für das föderale Bildungssystem:

Zwar ist Verteidigung verfassungsrechtlich Monopol und spezielle Aufgabe des Bundes.²⁹

Dagegen ist die Kulturhoheit „der“ Kernbereich der Länderkompetenz. Diese schließt auch das staatliche Hochschulmonopol ein, jedenfalls soweit es die „formelle Teilhabe am öffentlichen Berechtigungswesen“ betrifft.³⁰ Bei der restriktiven Auslegung des BVerfG wurde die Offizierausbildung vorsichtigerweise vom BMVg auch nicht als Annexkompetenz der Verteidigung reklamiert; auch eine Grundgesetzänderung für Universitäten des Bundes bzw. Verteidigungshochschulen des Bundes wurde nicht für realisierbar gehalten. Die Hochschulen der Bundeswehr wurden deshalb in der Trägerschaft des Bundes errichtet und mussten von den Sitzländern, nach Vorbild der kirchlichen und privaten Hochschulen, „staatlich“ anerkannt werden, sie sind also „staatlich anerkannte nichtstaatliche Hochschulen,“ was bei dem Bund als tragender Körperschaft nicht nur ironisch klingt, sondern auch die verfassungsrechtlich wenig

überzeugende Situation erkennen lässt.³¹ Diese Konstruktion, die durchaus noch rechtliche Probleme birgt, ist in Politik und Rechtsprechung³² anerkannt, zumal die Sitzländer in ihre Hochschulgesetze ausdrückliche Bestimmungen zu „ihrer“ UniBw aufgenommen haben.³³

Parallel war die Rechtsnatur – das HRG und insbesondere dessen §§ 58 und 70 existierten noch nicht – und die „Hochschulverfassung“ festzulegen. Die Diskussion Einrichtung, Anstalt oder Körperschaft? wurde gelöst durch den Kompromiss (nur) „Einrichtung“, aber detaillierte Garantie von Wissenschaftsfreiheit, Autonomie und Selbstverwaltung analog den Landeshochschulen. Danach sind die UniBw „Einrichtungen des Bildungswesens im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung, die mitgliederschäftlich organisiert sind und die ihre akademischen Angelegenheiten selbst verwalten.“³⁴ Bei dem Schwebestatus zwischen Bund und Land war ein Gesetz als Rechtsgrundlage nicht möglich.³⁵ Status und Verfassung sind deshalb durch „Rahmenbestimmungen“ festgelegt, die alles bestimmen, was üblicherweise in Hochschulgesetzen geregelt ist und deren üblichem Aufbau folgen. Diese wurden mehrfach an Entwicklungen im Hochschulwesen angepasst und mit den Hochschulgesetzen der Sitzländer harmonisiert.

Der Dualismus Autonomie – staatliche Aufgaben mit Einheitsverwaltung ist ebenso wie bei Landesuniversitäten geregelt. Bei der Aufsicht bestehen jedoch die Aufsicht des Sitzlandes und die Aufsicht des BMVg als Träger nebeneinander. § 70 HRG definiert die Anforderungen, die für die Anerkennung einer Nicht-Landeshochschule erforderlich und damit vom Sitzland stets zu kontrollieren sind, Mindestgröße, Qualitätssicherung für Studium, Studienbewerber, Lehrpersonen, sowie Mitwirkung der Angehörigen an der Gestaltung des Studiums. Darüber hinaus haben sich die Sitzländer über die Regelungen zu den UniBw und in ihren Hochschulgesetzen³⁶ die generellen staatlichen Aufsichtsrechte, insbesondere im akademischen Bereich, gesichert. Abgesehen von den Voraussetzungen des § 70 HRG handelt es sich dabei aber nur um eine Mitaufsicht neben dem BMVg, so Rechtsaufsicht in akademischen Angelegenheiten, Genehmigungsvorbehalt bei Grundordnungen

28 *Martin Elbe*, Berufskarrieren ehemaliger Zeitoffiziere, ZMSBw, Forschungsbericht 115, 2018, passim; *Welz*, S. 216 ff m. w. N.

29 Ausschließliche Gesetzgebung, Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG, Pflicht und Zuständigkeit zur Aufstellung von Streitkräften, Art. 87a GG, Zuständigkeit für die Bundeswehr- und Verteidigungsverwaltung einschließlich Personalwesen, Art. 87b Abs. 1 Satz 2.

30 Arg. Art. 30, 70 GG, *Dieter Lorenz*, § 70 HRG, Rn 2, 15 in: *Hailbronner/Geis*, 23. Lfg., 2000.

31 Gutachten, Tz 58; BMVg, Hochschulen, S. 5 f; *Welz*, S. 61 ff; zur Parallelsituation für die Fachhochschulen der Bundeswehr und der Hochschule des Bundes für die öffentliche Verwaltung

Welz, S. 67 f.

32 Inzidenter in BVerwG, DVBl. 1993, S. 52.

33 § 71a HmbgUniG i.d.F. vom 24.7.1973, § 143 des HmbHG vom 22.5.1978, GVBl. I S. 109; BayHSchG vom 21.12.1973, Art. 82 BayHschG vom 23.5.2006 (GVBl. S. 245).

34 „materielle Körperschaft“, für die formale Körperschaft fehlen Gründungsakt und Vollrechtsfähigkeit, *Welz*, S. 84.

35 Dem Bund fehlt die Kompetenz und die Länder können nicht die (Personal)Hoheit für eine Bundeseinrichtung bekommen.

36 § 112 Abs. 6 HambHG, Art. 82 i.V.m. Art. 85 BayHschG.

und Ordnungen, Bestellung von Präsident, Vizepräsidenten, Berufung von Professoren. Dem BMVg stehen als Träger die Weisungsberechtigung für alle sonstigen Angelegenheiten³⁷ sowie die Aufsichts- und Mitwirkungsrechte zu, die üblicherweise nach den Landeshochschulgesetzen den Wissenschaftsministerien obliegen; Einzelheiten, darunter auch Reihenfolge und Koordination, werden von den RahBest geregelt. Durch den Status als Bundeswehreinrichtungen könnten theoretisch auch die Kontrollorgane der Wehrverfassung – Wehrbeauftragter des Bundestages, Verteidigungsausschuss – als zusätzliche Kontrollorgane auch im Universitätsbereich, allerdings außerhalb der akademischen Angelegenheiten – tätig werden.

b) Gründungsprozess und Geschichte

Die Gründungsprozesse verliefen zwar zäh und schwierig, zumal es in beiden Ländern Vorbehalte gegen Bundeswehrhochschulen gab, die Rechtsgrundlage atypisch war, politisch und rechtlich Neuland beschritten wurde und die Bundeswehr-Spezifika keine Präzedenzfälle hatten. Zudem geriet die Gründung der UniBw voll in den Streit zwischen Bund und Ländern bei der parallel laufenden Diskussion des zu schaffenden HRG, in dem letztlich die politische Weichenstellung über die Zukunft des gesamten Hochschulwesens ausgetragen wurde. Hinzu kamen noch Vorbehalte gegen die angedachten Personaltableaus.³⁸ Trotzdem konnten beide nach der formalen Anerkennung durch die Sitzländer und Errichtung durch Erlass des BMVg nur 3 ½ Jahre nach dem Initial im Weißbuch 1970 wie geplant am 1.10.1973 ihren Lehr- und Studienbetrieb aufnehmen,³⁹ eine enorme Leistung aller Beteiligten und insbesondere von Minister Schmidt und den Gründungsteams um Prof. Ellwein als Vorsitzendem der Kommission und beider Gründungsausschüsse.

Mit wichtigen weiteren Entwicklungsschritten wurden die Hochschulen der Bundeswehr in den Folgejahren ausgebaut den Landesuniversitäten gleichgestellt: 1978 wurde ihnen von den Sitzländern das Promotionsrecht und 1980/81 das Habilitationsrecht übertragen.⁴⁰ 1985 wurden sie als „Universitäten“ der Bundeswehr klassifiziert, 1987 auch ihre Professoren zu Universitätsprofessoren, jeweils eine erhebliche Aufwertung. 2001 er-

folgte die Öffnung der BW und damit auch der UniBw für Frauen, was spezielle Betreuungs-, Fürsorge- und Liegenschaftsprobleme mit sich brachte; seither unter den Studierenden gut zwischen 16% Frauen mit leicht steigender Tendenz, aber Bevorzugung „frauenaffiner“ Studiengänge. Ebenso erfolgte 2001, UniBw HH, bzw. 2002, UniBwM, eine eingeschränkte Öffnung für zivile Studenten (Industriestipendiaten, derzeit gut 100 an beiden Hochschulen) sowie nach und nach auch Studierende aus anderen (Bundes)Behörden (z.Z. rund 110), daneben auch Gast- und später Frühstudierende (ca. 10/Jahr an der UniBwM). 2003 erfolgte zur Ehrung des Initiators und Gründungsvaters die Umbenennung der UniBw HH in „Helmut-Schmidt-Universität“. Im Zuge des Bologna-Prozesses wurde 2007-2010 das Studium auf das Bachelor-Master-System umgestellt, womit die Studienzeit auf 3 Jahre bis zum BA und 4 Jahre bis zum MA festgesetzt und damit um ein Jahr verlängert wurde. Um dies für die Standzeit in der Truppe zu kompensieren, wurde parallel die Verpflichtungszeit der Zeitoffiziere auf 13 Jahre verlängert.

c) Personal der UniBw

Die Regelungen für das Personal folgen dem HRG bzw. den Hochschulgesetzen der Sitzländer. Somit sind an den UniBw tätig Professoren, Juniorprofessoren, wissenschaftlicher Mittelbau, sonstiges (nicht hauptberufliches) Lehrpersonal sowie „andere Mitarbeiter“, Lehrbeauftragte sowie wissenschaftliche und studentische Hilfskräfte. Der Status der Professoren entspricht dem an Landesuniversitäten: Die Besoldung erfolgt nach der Besoldungsordnung W,⁴¹ Anl. II Bundesbesoldungsgesetz, das insoweit den Landesregelungen entspricht. Das Lehrdeputat ist an das Trimester-System angepasst mit 6 TWS für Universitäts- und 14 TWS für FH-Professoren. Die Nebentätigkeitsregelungen entsprechen denen für Professoren im Landesdienst, auch wenn die Rechtsgrundlagen etwas pauschal sind. Unterschiede bei Gruppenzugehörigkeit und Mitwirkungsbefugnissen zwischen Universitäts- und FH-Professoren werden offiziell nicht gemacht. Die Voraussetzungen für die Professorenberufung entsprechen den Regelungen des HRG und denen der älteren Landeshochschulgesetze, wobei die Liste zusätzlich den Landesstellen⁴² vorzulegen ist, die

37 Nur Dienststelle im Geschäftsbereich des BMVg, s.o.

38 BMVg, Hochschulen, S. 5 f; Reuter-Boysen, S. 40-66 speziell für Bayern; Welz, S. 71-76.

39 Noch fehlende rechtliche Komponenten zur vollständigen wissenschaftlichen Hochschule wurden schrittweise ergänzt.

40 Nach einer kurzen Zwischenphase als integrierte bzw. vorweggenommene Bologna-Hochschule mussten an der UniBwM für die

Anerkennung die Hochschularten im Zuge des Genehmigungsverfahrens für Promotionen und Habilitationen wieder getrennt werden.

41 80% der Uni- und 20% der FH-Professoren W 3, die Übrigen W 2.

42 Behörde für Wissenschaft und Forschung bzw. Staatsministerium für Unterricht und Kultus.

der Berufung zustimmen müssen. Die Endauswahl und die eigentliche Berufung erfolgt durch den Verteidigungsminister (also nicht dem neueren Trend durch die Hochschulleitung). Die Berufungsverhandlungen werden mit der Universität geführt, die auch die Ausstattung sicherzustellen hat.

Die Juniorprofessoren sind statusmäßig und nach Gruppenzugehörigkeit den Professoren weitgehend gleichgestellt.

Beide Universitäten kennen Privatdozenten; die UniBwM auch apl.- und Honorarprofessoren; die HSU stattdessen eine „akademische Bezeichnung Professor“.

Die Auswahl des Lehrpersonals erfolgt streng „neutral“, d.h. es muss keinerlei „Nähe“ zur Bundeswehr bestehen.⁴³ Dabei dürfte der zivile Charakter der UniBw durchaus ein qualitativer Vorteil bei der Rekrutierung sein: während bei vergleichbaren Ländern ein großer Teil der Dozenten aus (ehemaligen) Offizieren besteht, sind die UniBw auf dem Stellenmarkt auch für Wissenschaftler ohne Affinität zum Militärischen attraktiv und konkurrenzfähig. Somit sind im Lehrkörper nicht selten Personen anzutreffen, die gegenüber Militär und Verteidigung kritisch eingestellt sind (was unter dem Aspekt der Offizierausbildung nicht unproblematisch ist).

d) Promotion, Habilitation, Forschung

Die UniBw haben uneingeschränktes Promotions- und Habilitationsrecht. Es ist aber ein Strukturproblem der UniBw, dass die Kernklientel, Offizierstudenten, schnellstens in ihren Offizierberuf zurückkehren sollen und deshalb für Promotion und Habilitation praktisch nicht in Betracht kommen; deren akademische Karrieren brechen damit ab und für die UniBw fällt die Möglichkeit weg, aus ihrer Hauptklientel wissenschaftlichen Nachwuchs zu generieren.⁴⁴ Inzwischen wird den Jahrgangsbesten von der BW gestattet, bis zur Promotion an den UniBw zu bleiben. In seltenen Fällen, wenn das Thema für die Bundeswehr wichtig ist, werden auch Offiziere aus der Truppe an die UniBw zur Promotion oder – ganz selten – Habilitation abgeordnet; auch ehemalige Zeitoffiziere promovieren nicht selten – z.B. im Rahmen der Berufsförderung – an den UniBw. Für zivile (wissenschaftliche) Mitarbeiter bestehen die üblichen Karrierewege natürlich uneingeschränkt. Soweit, z.B. bei Habilitationsvorhaben, das Potential der UniBw nicht ausreichend ist, wird mit Partnerschaften und Verbänden gearbeitet.

43 Gutachten, S. 51.

44 Weshalb eine Aufnahme in die DFG bisher noch nicht stattgefunden hat.

45 Wovon sich das BMVg als Träger auch nicht leicht gelöst hat, noch zuletzt BT-Drs. 16/5851, S. 2.

Nach Zweck und Entstehungsgeschichte der UniBw stand die Offizierausbildung und damit die Lehre im Vordergrund.⁴⁵ Doch im Bestreben, vollwertige Universitäten zu schaffen, war nach dem Humboldt'schen Ideal von Anfang an über lehrbegleitende und lehrunterstützende Forschung hinaus hochwertige Forschung bis hin zur Grundlagenforschung vorgesehen⁴⁶ – hierfür wurden die Rechtsgrundlagen (Art. 5 Abs. 3 GG, § 22 HRG und die entsprechenden Bestimmungen der beiden Landesgesetze) in die RaBest übernommen und schrittweise realisiert. Die UniBw präsentieren sich heute als forschungsstarke Hochschulen mit Forschungsschwerpunkten, die weit über militärraffine Themen hinausgewachsen sind.⁴⁷ Rechtsgrundlagen und Praxis besonderer Formen – Publikation von Forschungsergebnissen, Forschungsk Kooperationen mit anderen Hochschulen, wissenschaftlichen Einrichtungen und Wirtschaftsunternehmen, Drittmittelforschung, Nebentätigkeit, An-Institute – entsprechen den Landeshochschulen.

e) Gouvernance und Organisation

Beide UniBw werden von Präsidenten geleitet, wobei es sich bei der HSU um eine „monokratische“ Präsidialverfassung handelt (mit Weisungsrecht gegenüber Vizepräsidenten und Kanzler) und bei der UniBwM um eine kollegiale Leitung, bei der die eigentliche Leitung durch das „Leitungsgremium“ – Präsident, Vizepräsidenten, Kanzler – erfolgt.⁴⁸ Der Kanzler ist dabei jeweils Beauftragter für den Haushalt mit den damit nach der Bundeshaushaltsordnung vorgesehenen Sonderrechten (partielles Veto-Recht, Suspensiveffekt). Beide Universitäten sind in Fakultäten sowie Institute gegliedert (die bei der HSU-HH, in der Gründungsphase umstritten, auf einer etwas schwachen Rechtsgrundlage beruhen) und haben zentrale Einrichtungen, wobei im Vergleich zu Landesuniversitäten Sprachenzentrum und Sportzentrum für den speziellen Bedarf zukünftiger Offiziere eine besondere Rolle spielen.

Auffälligster Unterschied zu den Landeshochschulen ist der Studierendenbereich, das (einzige) militärische Element der UniBw. Die Studierenden sind gleichzeitig Soldaten; dieser Doppelstatus war auch hochschulverfassungsrechtlich zu regeln. Alle akademischen Angelegenheiten – Immatrikulation, Belegen von Vorlesungen, Prüfungswesen – werden zwar von der Universität wahrgenommen; daneben bleiben aber zahlreiche militäri-

46 BMVg, Hochschulen, S. 25.

47 Übersicht Welz, S. 122 f; Forschungsberichte der UniBw.

48 Als weitere zentrale Kollegialorgane bestehen „erweiterte Hochschulleitung“, Verwaltungsrat und Universitätsrat.

sche Gegenstände wie truppdienstliche Führung, Rechte und Pflichten nach dem Soldatengesetz, die (rudimentäre) militärische Fortbildung, Personalbearbeitung mit Besoldung, Versorgung, Fürsorge sowie die erwähnte persönliche Betreuung für Studium und Berufsberatung. Hierfür sollte auf einen Restbestand militärischer Organisation und Hierarchie nicht verzichtet werden. Um Zweigleisigkeit mit einem zivilen und einem militärischen Organisationsstrang zu vermeiden, wurde hierfür der Studierendenbereich als dritter Organisationsteil (neben akademischem Bereich und Verwaltung) und damit Spezifikum der UniBw geschaffen. Der Präsident ist zwar Vorgesetzter auch „der Soldaten ... in allgemein dienstlicher Hinsicht“, kann aber als Zivilist nicht militärischer Vorgesetzter sein. „Truppdienstlicher Vorgesetzter“ auch der studierenden Soldaten ist der Leiter des Studierendenbereichs, und der militärische Verwaltungsstrang, insbesondere die Personalvorgänge, sind dem BMVg⁴⁹ zugeordnet, womit der Studierendenbereich partiell eine eigenständige Verwaltung und insoweit Ausnahme von der Einheitsverwaltung ist – allerdings bleibt auch für den Haushalt des Studierendenbereichs die Universitätsverwaltung zuständig. Schnittstellen zwischen beiden Verwaltungen können in aller Regel pragmatisch gelöst werden. Der Studierendenbereich besteht aus etwa 80 Soldaten – die einzigen, die in den UniBw Uniform tragen – ist strukturell militärisch organisiert⁵⁰ und als „Spiegelbild zur akademischen Organisation“ in Studierendenfachbereiche und –fachbereichsgruppen, jeweils mit einem Leiter als (Disziplinar)Vorgesetztem, gegliedert. Schwerpunkt der Aufgaben ist die „Anleitung und Unterstützung“ der Offizierstudenten, also die erwähnte spezifische Betreuung über Studien- bis hin zu privaten Problemen. Entsprechend dem Status als Universitätsorgan gehört der Leiter des Studierendenbereiches den zentralen Universitätsgremien mit beratender Stimme an, analog die Leiter der Studierendenfachbereiche den Fachbereichsgremien.

4. Das Studium – Highlight und Vorbild für Landesuniversitäten?

a) Reformansprüche

Trotz der achtbaren Leistungen in Forschung und Qualifizierung von wissenschaftlichem Nachwuchs ist und bleibt Alleinstellungsmerkmal und „Highlight“ der UniBw das spezifische Studium. Die Konzeption entstand in der Reform euphorie der 1968 ff. Höchst ehrgeizig und selbstbewusst wollten die Väter der UniBw jedenfalls qualitativ an der Spitze dieser Vorstellungen stehen und ein „Modell...für künftige Entwicklungen im Hochschulbereich“ und ein „Aushängeschild für die Universitäten und Hochschulen in der Bundesrepublik“ schaffen und „den Kultusministern vorexerzieren, wie eine Hochschulreform aussehen kann.“⁵¹ Der Fächerkatalog wurde dabei zwar zunächst auf den Bedarf der Bundeswehr ausgerichtet und auch wegen der geringen Größe der UniBw zunächst klein gehalten. Er umfasste aber ein Spektrum verschiedenartiger Fächer, die sich inhaltlich an den entsprechenden Fächern der Landesuniversitäten orientieren; die UniBw sind damit (Voll)Universitäten und keine Spartenhochschulen.⁵² Nach den Vorstellungen der „Gründerväter“ sollten dabei die geistes- und gesellschaftswissenschaftlichen Fächer im Vordergrund stehen.⁵³ Dies erwies sich jedoch als unzweckmäßig – sowohl für den Bedarf der Truppe als auch die spätere Employability der Zeitoffiziere hat sich der Wert technischer Fächer und technischer Fachhochschulstudiengänge (ausschließlich an der UniBwM) gezeigt. Der in der Gründungsphase noch betonte „Berufsfeldbezug“⁵⁴ wurde durch die Rahmenbestimmungen so weit reduziert, dass daraus kein Einfluss auf Lehr- und Studienfreiheit erfolgt und nicht mehr vorgegeben wird als auch im Bologna-Prozess und § 7 HRG vorgesehen. Auch das Fächerspektrum ist aufgefächert – die Offizierstudenten können heute zwischen 37 Studiengängen wählen. Da bei dem unregelmäßigen und volatilen Dienst als Offizier berufs begleitendes Studium

49 Bzw. dem Bundesamt für das Personalmanagement in der Bundeswehr in dessen Geschäftsbereich.

50 Stab-Linienmodell, Leiter Oberst oder entsprechend, Leiter der Studierendenfachbereiche Hauptmann oder entsprechend; Stab rund 20 Personen, Führungsgrundgebiete Personal (zahlenmäßig dominant), mil. Sicherheit, militärische Ausbildung (AMA) und Materialbeschaffung.

51 Spangenberg, Leiter des Bundespräsidialamtes, zitiert nach Hans Georg Löfl, Beilage zur DUZ 10/2003 S 2, und Reuter-Boysen, S. 10.

52 Wie häufig Ausbildungsstätten für den gehobenen Dienst oder

kleine Privatuniversitäten.

53 Dies waren Pädagogik (mit Militärpädagogik anderer Schwerpunkt und größere Bandbreite als an Landeshochschulen), heute umbenannt in Bildungs- bzw. Erziehungswissenschaften, Wirtschaftswissenschaften, alsbald getrennt in Wirtschafts- und Organisationswissenschaften bzw. VWL (staatswissenschaftliche Richtung), Elektrotechnik, Maschinenbau, Luft- und Raumfahrt-technik, Bauingenieurwesen, Vermessungswesen, durchweg mit Fachhochschulstudiengängen.

54 Gutachten Tz 57.

fast nicht möglich ist, ist das Studium als Präsenzstudium konzipiert und neue Studienformen können nur in Nischen Einzug halten – duales Studium für die Pilotenausbildung, Fernunterricht und Aufbaustudiengänge schwerpunktmäßig, wenn auch nicht nur, für Wissensaktualisierung und Auffrischung vor dem Wechsel in den Anschlussberuf.

Neben den bereits erwähnten formalen Alleinstellungsmerkmalen – Pflichtstudienzeiten, Trimester – weist das Studium an den UniBw auch fachlich-inhaltlich Besonderheiten auf. Um die gewünschten Abschlüsse nach drei bzw. vier Jahren erreichen zu können, ist ein spezielles „Lehrbetriebskonzept“ vorgesehen, das auf den Säulen Kleingruppenarbeit und individueller Betreuung beruht. Die dominante Kleingruppenarbeit wurde sowohl in eine außergewöhnlich gute Dozenten-Studenten-Relation wie auch in die Bauplanung umgesetzt mit zahlreichen Arbeits- und Besprechungsräumen.

Die zweite Säule des Lehrbetriebskonzepts ist die individuelle Betreuung und zwar nicht nur durch die Dozenten, sondern vor allem durch das (militärische) Personal des Studierendenbereichs.

Ein weiterer Teil der Reform, innovative Komponenten des Offizierstudiums und Alleinstellungsmerkmal der UniBw sollten spezielle erziehungs- und gesellschaftswissenschaftliche Anteile, abgekürzt EGA, sein. Das Studium sollte hierdurch den besonderen Anforderungen für Offiziere an Menschenführung und psychologischer Kompetenz Rechnung tragen und die gesellschaftliche Eingebundenheit durch rechtliche, historische, politische und ethische Bezüge betont sowie eine allgemeine „Sinn- und Wertevermittlung“, auch als Brücke zur Inneren Führung, erreicht werden. Dabei sollte es sich aber nicht um ein (paralleles) Ergänzungsstudium handeln, vielmehr sollte das Anleitstudium Basis für alle übrigen Studiengänge sein und sich mit diesen gegenseitig durchdringen.⁵⁵

Als Reform i.S.d. 1968 ff ist zweifellos auch der zivile Charakter des Studiums zu werten. Im Vergleich mit den Offizierhochschulen anderer Länder ist Deutschland mit der zivilen Ausrichtung allerdings sehr weit gegangen.

Der zivile Charakter der UniBw zeigt sich schon rein „optisch“: (Trotz Gehalt und Soldatenstatus) keine Uniformpflicht – auf dem Campus sind fast nur Zivilisten zu sehen – keine Präsenzpflcht, kein „Melden“ zu Beginn der Vorlesung. – und es werden grundsätzlich keine Waffen getragen. Die Studenten, immerhin Fähnriche und Leutnante, sind keiner Stammeinheit zugeordnet und haben auch keine Einplanung für einen eventuellen Mobilmachungsfall. Dass trotz Soldatenstatus und Gehalt keine Anwesenheitspflicht und keine Uniformpflicht besteht, war für Beamtenrechtler und militärraffine Beobachter nicht leicht zu „verdauen“.⁵⁶ Allerdings entspricht der Verzicht auf Präsenzpflcht längst der neueren Tendenz an den Landeshochschulen⁵⁷ und in den Landeshochschulgesetzen, neuerdings angetrieben durch die Möglichkeiten des IT-gestützten Lehrens, Lernens und Prüfens.

In der Tat ist im Studium an den UniBw vieles verwirklicht, was die „Reformer“ 1968 ff und weiterer Reformwellen, nicht zuletzt Bologna, wollten: kurze Regelstudienzeit, Kleingruppensystem, günstige Dozenten – Studierendenrelation, ständige, auch individuelle, Beratung, Betreuung und Anleitung vor und im Studium, optimale Rahmenbedingungen mit Campus-Lage und wirtschaftlicher Sicherheit – kurz: das Studienparadies. Auch wenn wegen Massenbetriebs und finanzieller Grenzen nie ernsthaft versucht wurde, die Kerncharakteristika des Studiums an den UniBw auf Landeshochschulen zu übernehmen, ist und bleibt das spezifische Studium Alleinstellungsmerkmal und Glanzstück gegenüber den Landeshochschulen und der Beweis, dass eine deutliche Verkürzung des Studiums ohne Qualitätsverlust möglich ist. Der Preis des Eintritts ist allerdings, Offizieranwärter zu sein.⁵⁸

Inzwischen haben sich die UniBw vorsichtig auch für zivile Studierende geöffnet. Neben Gasthörern – von Anfang an in den regionalen Hochschulverbänden vorgesehen – und Frühstudierenden⁵⁹ sind dies zunächst Industriestipendiaten. Diese haben einen Vertrag mit einem (bundeswehrrahmen) Partnerunternehmen, das gewissermaßen Studienplätze an der UniBw „kauft“. Für diese werden Studiengebühren erhoben, die der zivile

55 Gutachten Tz 61. Hier musste allerdings wegen Realisierungsschwierigkeiten nachgesteuert werden, bis mit ISA (Interdisziplinäre Studienanteile)-Zentrum(HSU-HH) bzw. einer zentralen Einrichtung „Studium +“ (UniBwM) befriedigende Organisations- und Integrationsformen gefunden wurden, Welz, S. 93 f.

56 Und begünstigt mehr den „inneren Schweinehund“ als die Effizienz des Lernens; als nur äußere Formalien ist auch die Herleitung aus der Wissenschaftsfreiheit abwegig.

57 Wobei spätestens Corona zwar die Möglichkeit des fast uneingeschränkten Hochschulbetriebs auf Online-Basis gezeigt, aber

andererseits zu einer Neuorientierung geführt hat, die den Wert von Präsenz und Kontakten im wissenschaftlichen Bereich wieder stärker betont hat.

58 Dabei wurde die (Umgehungs-)Möglichkeit, als Beamter/Offizier jederzeit aus dem Dienst auszusteigen, durch an die Ausbildungszeit gekoppelte Mindestdienstzeiten und Rückzahlungspflicht der Ausbildungskosten verschlossen, insbes. §§ 46 Abs. 3, 55 Abs. 3 SoldG.

59 Hochbegabtenprogramm der UniBwM für Schüler mit ca. 10 Teilnehmern/Jahr, Welz, S. 113.

Arbeitgeber ebenso trägt wie die Vergütung seiner Stipendiaten. Hier ist das Studium i.d.R. dual organisiert, d.h. nach jeweils einem Trimester kehren die Studierenden wieder für eine Praxisphase in ihr Unternehmen zurück. Nach dem gleichen Modell wurden alsbald auch Behördenstudierende geschaffen. Dies sind Mitarbeiter anderer Behörden und Dienststellen von Bund und Ländern, die eine Affinität zum Lehr- und Forschungsspektrum der UniBw haben und zum Studium oder zur Weiterbildung Angehörige dorthin entsenden. Für diese entfällt die militärische Komponente und die Zugehörigkeit zum Studierendenbereich, sie sind aber korporationsrechtlich den Offizierstudenten gleichgestellt. Allerdings ist ihre Zahl so gering, dass sie für den Charakter der UniBw vernachlässigt werden können; doch zeigt dies den Weg in die Zukunft auf, auch andere Zielgruppen vom Reformstudium der UniBw profitieren zu lassen.

b) Schwächen und Probleme

Erscheint das Kompaktstudium mit straffem Plan, Gehalt, Unterbringung und freier Heilfürsorge auf den ersten Blick als Stein der Weisen, so sind trotz der hohen Ansprüche der Gründungsväter die UniBw nicht das „Aushängeschild für die Universitäten und Hochschulen in der Bundesrepublik“ und „Modell für die künftigen Entwicklungen im Hochschulbereich“ geworden, sondern blühen nach wie vor im Verborgenen. In der Tat hat auch das „Reformstudium“ an den UniBw Probleme und Schwächen: Als Pflichtstudium müssen grundsätzlich alle Offizieranwärter studieren, also auch die, denen es bei der Berufswahl mehr um die militärische Laufbahn und weniger um das Studium geht. Das Studium ist auch keine Laufbahnvoraussetzung, z.B. für den Höheren Dienst (Major). Die Definition lautet etwas sperrig „regelmäßig integraler Bestandteil der Ausbildung der Offiziere“. Damit sind das Studium sowie die hierbei erreichten Noten formalrechtlich und laufbahnmäßig keine Voraussetzung und kein Vorteil für die weitere Karriere, die sich grundsätzlich nach dem Aufstiegsmodell – Bewährung und Beurteilungen im praktischen Dienst – richtet, also für Beförderungen, die Auswahl zum Berufsoffizier und zur Generalstabsausbildung (auch wenn das Studium natürlich praktisch als starker Katalysator wirkt). Weiter stehen Studium und Studienfach nicht in Beziehung zu den Aufgaben im praktischen

Dienst. Dies verleitet schon bei der Auswahl dazu, als weniger arbeitsintensiv geltende Fächer zu wählen, wobei deren Studierende weniger Probleme mit den engen Studienzeiten und zusätzlichen Pflichten haben und dadurch bei weniger Leistungsdruck mehr Zeit zur „Profilierung“ in Events, Selbstverwaltung usw. finden. Wenn nicht schon stark der Zweitberuf nach Ablauf der Verpflichtungszeit in den Blick genommen wird, drücken natürlich diese Kriterien stark auf die Studienmotivation und führen zu mehreren (Motivations)„Klassen“ von Studierenden,⁶⁰ was sich durch die strikte Zusammenfassung in Jahrgängen und Gruppen erheblich stärker auswirkt als ähnliche Ansätze bei Landesuniversitäten. Als Hauptproblem wird von den meisten Studierenden der (Zeit)Druck durch das straffe Studienschema empfunden – jährlich 3 x 3 Monate Studienbetrieb, 1 Monat Praktikum/Wehrübung, 1 Monat Urlaub; 3 Jahre bis B. A., 1 weiteres Jahr zum M. A.,⁶¹ wobei die Bundeswehr und die UniBw auf diesen Druck kaum reagieren können – bezahltes Studium und „Standzeit“ müssen in Relation bleiben und Niveausenkung verbietet sich nach dem Anspruch und im Vergleich zu den Landesuniversitäten. Motivationsbruch und Leistungsdruck führen zu einer Abbrecherquote von ca. 25%.⁶² Es entsteht dadurch ein „eigentlich“ nicht vorgesehener Typ nicht-akademischer Offizier, wobei sich allerdings die Bundeswehr bemüht, auch diese sinnvoll zu integrieren und keine formalen Nachteile entstehen zu lassen. Als Abbrecher zählen dabei nur die Offiziere, die bereits im B. A. Studium scheitern – ist der Bachelor erworben, gilt dies als akademischer Abschluss, so dass die B. A. Absolventen offiziell keine Nachteile haben. Bei Schwierigkeiten oder verbrauchter Studien-Motivation führt dies dazu, dass sich viele Offiziere mit dem B. A. zufriedengeben. Dies birgt, anders als die ursprüngliche Konzeption, die Gefahr einer „Verbachelorisierung“ des Offizierskorps.⁶³

5. Lessons to learn?

Nach fast 50 Jahren Erfahrung in der Truppe und in den Anschlussberufen besteht kein Zweifel, dass die UniBw ein Erfolgsmodell sind und dass sich die akademisch gebildeten deutschen Offiziere im Alltagsdienst, in Auslandseinsätzen und im internationalen Vergleich bewährt haben, auch international einen guten Ruf

60 „Vier-Klassen-Gesellschaft“ der Studierenden, *Welz*, S. 96 ff, 229 m.w.N.

61 Wobei Wiederholungen nicht bestandener Prüfungen, Verlängerungen der Studienzeit, Studienfachwechsel und Jahrgangswchsel zwar nicht unmöglich, aber bürokratisch und unattraktiv

– Laufbahnnachteile, Verlängerung der Verpflichtungszeit – sind.

62 Dies entspricht etwa der Quote an den Landesuniversitäten, d.h. der Leistungsdruck und die Vorteile des betreuten und bezahlten Kompaktstudiums gleichen sich in etwa aus, *Welz*, S. 98 f m.w.N.

63 *Welz*, S. 99.

genießen, wobei sie als Master einen Vorsprung gegenüber den Kameraden aus anderen Ländern haben, deren wissenschaftliche Ausbildung sich zumeist mit dem B. A. begnügt. Die Grundsatzentscheidung für den studierten Offizier war also richtig und notwendig, zumal fast jede berufliche Bewährung primär mehr über Intelligenz und Bildung geht, nur so Interessenten aus gehobenen Zielgruppen gewonnen werden können und ein akademischer Background auch im Truppenalltag und im Einsatz ein Gewinn ist.

Das herannahende 50-jährige Jubiläum sollte jedoch auch ein Anlass sein, über mögliche Reformen nachzudenken, zumal die großen Entscheidungen der Gründungszeit ja auch zeitgebunden waren. Hier sollten die UniBw und ihre Verantwortlichen im BMVg über den Horizont der Bedarfshochschule hinausdenken und ihr Entwicklungspotential analysieren und nutzen: Vorangestellt sei, dass Ansehen und Sozialprestige des Militärischen grundlegende Voraussetzung ist. Der „gesellschaftliche Gegenwind“ sowie die Fehlleistungen im militärisch-industriellen Bereich schlagen auf Image und Klientel auch der UniBw durch. So ist Offizier einer der unbeliebtesten Berufe⁶⁴ und Abiturienten mit Spitzennoten sind an den UniBw praktisch nicht vertreten.⁶⁵ Hier könnte nur eine echte „Zeitenwende“ und „Trendwende Mentalität“⁶⁶ nachhaltige Besserung bringen.

Doch auch bei den von den UniBw und ihren Trägern zu steuernden Faktoren sind durchaus Probleme zu analysieren: Aufgrund der Entstehungsgeschichte und Konzeption sollten der zivile Charakter von Stil und Studium nicht angetastet werden. Doch muss nach der „Zeitenwende“ natürlich stärker auch auf militärische Aspekte geachtet werden: Bei der neuen Ausrichtung auf Heimatverteidigung und den Lehren aus dem Ukraine-Krieg ist es unrealistisch, bei der militärischen Planung die 6 000 Offizieranwärter und Offiziere an den UniBw im größten personellen Engpasssektor „außen vor“ zu

lassen. Um die mit den jüngsten Reformen eingeleitete stärkere Bindung an Truppe und Praxis fortzusetzen,⁶⁷ sollten die Studenten einer Stammeinheit zugeordnet bleiben und eine Einplanung für den Mobilmachungsfall erhalten.

Die Trennung von Studium und Laufbahnerfordernis erscheint halbherzig. Zur Aufwertung des Studiums und Steigerung der Motivation sollte das Studium auch rechtlich stärker als Regelvoraussetzung für den höheren Dienst betont⁶⁸ und Studium und Examensnote mit unterschiedlichen Wartezeiten für weitere Beförderungen mit der Laufbahn verknüpft werden.

Zwar kann positiv hervorgehoben werden, dass einige der neuen Studiengänge und Einrichtungen wesentlich „militärischer“ sind, als das den Gründungsvätern vor 50 Jahren vorgeschwebt hat.⁶⁹ Diese Tendenz sollte fortgesetzt werden. So ist kein Grund (mehr) ersichtlich, auf militärwissenschaftliche Studienfächer – Militärgeschichte, Strategie, Führungslehre, Logistik – zu verzichten, was zumindest für spätere Berufsoffiziere – Generalisten – ein Vorteil wäre, zumal nur sehr wenige Absolventen in ihrer weiteren Bundeswehrzeit tatsächlich im Anwendungsbereich ihres Studienfachs eingesetzt sind, und das Studienfach zumindest für die weitere militärische Karriere und zunehmend auch für zivile Berufsbilder immer weniger Bedeutung hat. Dies wäre aber vor allem ein starker Beitrag zur Implementierung militärischen Wissens und Verständnisses in die gesamte Bildungs- und Wissenslandschaft und den (Vor)Politischen Raum mit den UniBw als entsprechende Nuclei und Think Tanks.⁷⁰

Als „Bedarfsuniversität“ (fast) nur für die Offizierausbildung konzipiert, rangieren die UniBw zwangsläufig nach Größe und Fächerspektrum und damit auch an Exzellenz eher unter „ferner liefern“ der Voll-Universitäten der Länder.⁷¹ Ursache und Hauptschwäche ist, dass sie bisher nur auf einen Typ von Studenten ausgerichtet

64 Detlef Bald/Eckehard Lippert/Rosemarie Zabel, Sozialgeschichte der Rekrutierung des deutschen Offizierskorps von der Reichsgründung bis zur Gegenwart, in: Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), Zur sozialen Herkunft des Offiziers, Schriftenreihe Innere Führung, Heft 29, 1977, S. 55, 111, Tab. 2; Marr, Rainer (Hrsg.), Kaderschmiede Bundeswehr?? Vom Offizier zum Manager, 2. Aufl. 2002, S. 12.

65 Bald/Lippert/Zabel, S. 12, 75; Arwed Bonnemann/Ulrike Hofmann-Broll, Studentische Orientierungen zwischen akademischer und soldatischer Lebenswelt, 1999, S. 23 ff.

66 Bartels, Bericht des Wehrbeauftragten 2019, S. 20; Welz, S. 226 f; ob der Ukraine-Krieg dies Initial ist, wird die Zukunft zeigen.

67 BMVg F' SK I 3, Untersuchung zur Neugestaltung der Ausbildung Offiziere im Truppendienst, 2018, S. 4 ff.

68 So z.B. die „Hochschule des Bundes für die öffentliche Verwal-

tung“ für den gehobenen Dienst, Welz, S. 68, 89.

69 Z.B. die M.A. – Studiengänge Intelligence and Security Studies (gemeinsam mit der Hochschule des Bundes für die öffentliche Verwaltung) oder Militärische Führung und internationale Sicherheit (gemeinsam mit der Führungsakademie der Bundeswehr), womit von der Bundeswehr und den UniBw durchaus versucht wird, das angesprochene militärtheoretische Gap zu verkleinern.

70 Es besteht in Deutschland nur eine militärwissenschaftliche Professur (Universität Potsdam)! Die erforderlichen Ressourcen können durch „Andocken“ an bestehende Fächer und Studiengänge klein gehalten werden.

71 Volker Epping, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht 2017, S. 54 f.

sind mit unvermeidbarer Kohortenbindung und Campusfixierung (Ghettobildung), was zu entsprechender tatsächlicher und mentaler Einengung und Gefahr „intellektueller Eindimensionalität“ nicht nur bei den Studierenden, sondern auch den UniBw und den zuständigen Organen des Bundes führt und ein großer Nachteil in der Konkurrenz mit den Landesuniversitäten ist. Lösung wäre hier der Ausbruch aus dem Ghetto der Bedarfs- und Ressorthochschule durch eine großzügige Öffnung für zivile Studenten weit über die bisherigen Kategorien und Zahlen hinaus mit Vergrößerung, Diversifizierung und Aufwertung der UniBw als echte Chance für eine erhebliche Aufgaben- und Horizonsweiterung. Diese Öffnung könnte zeitnah bis an die verfassungsrechtlichen Grenzen vorgenommen und durch (kostendeckende) Studiengebühren finanziert werden.⁷²

Auch muss festgestellt werden, dass gemessen an den Ansprüchen und Vorstellungen der Reformer die UniBw noch kein „Modell...für künftige Entwicklungen im Hochschulbereich“ und ein „Aushängeschild für die Universitäten und Hochschulen in der Bundesrepublik“ und „Beispiel für die Hochschulreform“ geworden sind.

Zwar gibt es bei der Übertragbarkeit der hervorragenden Rahmenbedingungen auf die Landesuniversitäten grundsätzliche Probleme, da natürlich Vergütung, Unterbringung und Betreuungsrelation so nicht auf Landeshochschulen übertragbar sind. Andererseits tun sich diese aber stets mit Reformen, insbesondere Straffungs- und Beschleunigungsbemühungen, schwer, ohne gute Beispiele aufzugreifen. So werden Trimestersystem sehr pauschal als unmöglich erklärt oder angebliche „Verschulungs“Tendenzen negativ gesehen;⁷³ auch sind die Verbesserung der individuellen Betreuung oder Schnellläufer- und Elitekurse über Ansätze nicht hinausgekommen. Schließlich sind Reformansätze, insbesondere Beschleunigungsversuche, nicht zuletzt des Bologna-Prozesses, alsbald am allgemeinen Widerstand von Studierenden, Hochschulorganisationen und Politik gescheitert. Somit sind die UniBw zwar „Vorreiter“ für die

Studienreform, es reitet aber keiner hinterher.⁷⁴ Dies führt zum Hervorsprossen zahlreicher privater (Elite) Hochschulen als Konkurrenz, die die Schranken und Trägheit der Landeshochschulen und Landesministerien, für ihre Sparte durchaus erfolgreich, umgehen. Diese Chance haben die UniBw und der Bund für „seine“ Universitäten bisher nicht genutzt und begnügen sich als Vorbild- und Reformhochschulen mit ihrer Nischeneexistenz, obwohl die Beispiele dieser privaten (Elite) Hochschulen beweisen, dass für Reformmodelle Interesse und Markt vorhanden ist.⁷⁵

Bei grundlegenden Reformüberlegungen des deutschen Universitätssystems taucht stets auch der Gedanke einer Bundesuniversität, etwa nach Vorbild der ETH Zürich, auf.⁷⁶ Dabei wurde in der politischen und verfassungsrechtlichen Diskussion bisher vernachlässigt, dass der Bund mit den UniBw bereits eigene Universitäten hat, wobei es rechtlich und tatsächlich leichter wäre, bestehende Bundesuniversitäten „upzugraden“, als neue zu gründen oder Landesuniversitäten zu „kaufen“. Die UniBw könnten deshalb als Beispiel oder Kern für etwaige Bundes-Universitäten dienen, wobei es dem Bund leichtfiele, seine Universitäten für Professoren und Studenten besonders attraktiv zu machen. Das Zukunftsmodell der UniBw könnte sich also durchaus mental und politisch von der Bedarfshochschule hin zu einer allgemeinen Bundesuniversität – mit dem Offizierstudium als Kern – entwickeln.

Joachim Welz war von 2000 bis 2011 Abteilungsleiter Hochschulen, Wissenschaft und Forschung im Kultusministerium, zuletzt im Ministerium für Wirtschaft, Wissenschaft und Digitalisierung Sachsen-Anhalt, sowie von 2007 bis 2011 Vorsitzender des Hochschulausschusses der Kultusministerkonferenz und Oberstleutnant d.R. Anschließendes Studium der Militärgeschichte, M. A

72 (Unzulässige?) Betätigung des Bundes im Hochschulwesen? Problematisch deshalb generelle Öffnung, aber unbedenklich für bundeswehrraffine Zielgruppen (Verknüpfung mit freiwilligem Wehrdienst, Reserveoffizier); vertretbar auch zivile Studierende bei Fächern/Schwerpunkten mit Alleinstellungsmerkmal; vergl. den „Markt“ für „Privathochschulen“ und spezielle Studienmodelle mit Verkürzung, Betreuung, Anleitung und spezifischem Image gerade für ehrgeizige Studierende.

73 Die Machbarkeit des Trimester-Systems und die Verschulungstendenz sind umstritten und ein Parallelbetrieb mit Schnellläufer- oder Elite-Kursen/Studiengängen wären wegen des dann entstehenden Zwei-Klassen-Systems problematisch.

74 Buchtitel *Reuter-Boysen* s. Fn 1; *Welz*, S. 231.

75 Derzeit in der Bundesrepublik rund 150 nichtstaatliche Hochschulen, allerdings nur rund 6% der Studierenden, davon 21 Universitäten sowie über 30 Ressorthochschulen; nach: Privatstudieren von Berlin bis München: Alle Privathochschulen in Deutschland, *Privathochschulen.net*; *Werner Thieme*, *Privathochschulen*, S. 10 ff; *George Turner*, *Hochschulreformen*, 2018, zitiert *Turner*, S. 299-317 und 336 mit dem pessimistischen? Ausblick, „Eliteschmieden“ wohl nur über nichtstaatliche Hochschulen möglich, S. 312 f.

76 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Universität des Bundes, 29.6.2011, WD 33-3000-206/11, S. 6 ff; (gescheiterte) Initiativen: *Schröder/Bulmahn/Scholz*, 2004 ff und *Schavan* 2011; soweit GG-Änderung erforderlich, erscheint dies aber über rechtlichen oder finanziellen Deal mit den Ländern nicht unlösbar.

Daniel Feuerstack

*Menschenrechtliche Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen und deren Berücksichtigung in bestehenden Regulierungsansätzen**

I. Einleitung

II. Definition von KI-Systemen

III. Das Problem der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen und dessen rechtliche Konsequenzen

1. Ursachen der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen
2. Rechtliche Konsequenzen der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen
3. Qualitative Unterschiede zu anderen „Black Boxes“

IV. Menschenrechtliche Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen

1. Staatliche KI-basierte Entscheidungen
 - a) Begründungspflicht aus dem Willkürverbot
 - b) Begründungspflicht aus dem Recht auf wirksame Beschwerde in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot
2. Nichtstaatliche KI-basierte Entscheidungen
 - a) Keine indirekte Bindung an die Menschenrechte
 - b) Staatliche Schutz- und Sorgfaltspflichten
3. Rechtfertigung
4. Zusammenfassung

V. Transparenz in bestehenden Regulierungsansätzen

1. Die EU-Datenschutzgrundverordnung
2. Der Entwurf der EU-KI-Verordnung
3. OECD-Empfehlungen zu KI

VI. Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung

Entscheidungen, die früher ausschließlich von Menschen getroffen wurden, werden zunehmend an Systeme

der künstlichen Intelligenz (KI-Systeme) delegiert.¹ Wo immer KI-Systeme – indirekt als Entscheidungsunterstützungssysteme oder direkt als autonome Entscheidungsträger – über Menschen entscheiden, ist es für die Betroffenen bisher schwierig nachzuvollziehen, wie es zu der konkreten Entscheidung kam. Diese Intransparenz² KI-basierter Entscheidungen resultiert daraus, dass die Nutzer³ und Entwickler von KI-Systemen entweder nicht willens oder nicht in der Lage sind, die tragenden Gründe für eine KI-basierte Entscheidung offenzulegen.⁴ Aus menschenrechtlicher Sicht problematisch ist dies, wenn KI-Systeme in politisch und sozial sensiblen Bereichen eingesetzt werden, in denen Menschenrechtsverletzungen, insbesondere ungerechtfertigte Diskriminierungen, möglich sind. In den USA werden beispielsweise KI-Systeme zur Bewertung des Rückfallrisikos straffälliger Personen eingesetzt oder zur Prognose künftiger Straftaten im Rahmen des sog. *Predictive Policing*.⁵ In Großbritannien und in den USA unterstützen KI-Systeme zudem Arbeitgeber bei der Personalauswahl, indem sie eigenständige Vorauswahlen treffen.⁶ Viel Aufsehen erregte zudem der 2020 während der COVID-19-Pandemie in Großbritannien eingesetzte Algorithmus, der Schülerinnen und Schüler auf Basis ihrer bisherigen Noten bewerten sollte.⁷ In Deutschland wird der Einsatz KI-basierter automatischer Gesichtserkennung im Rahmen der Strafverfolgung erwogen,⁸ während andere europäische Staaten wie Großbritannien und Frankreich solche Systeme bereits einsetzen.⁹ Zu nennen

* Ich danke Frau Prof. Dr. *Silja Vöneky* sowie *Tobias Crone* und *Daniel Becker* für ihre wertvollen Anmerkungen. Des Weiteren danke ich der Baden-Württemberg Stiftung für die Förderung im Rahmen des Projektes „*AI Trust*“.

1 *Kroll et al.*, *Accountable Algorithms*, University of Pennsylvania Law Review 165 (2017), 633, 636.
2 Das Problem wird auf Englisch häufig mit dem Ausdruck „*opacity*“ (dt. Undurchsichtigkeit/Opazität) umschrieben, vgl. *Burrell*, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, Big Data & Society, 2016, 1; *de Laat*, *Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?*, Philosophy & technology 2018, Vol. 31, 525, 536.
3 Sofern in diesem Aufsatz das generische Maskulinum verwendet wird, und sich dieses nicht ausschließlich auf juristische Personen bezieht, sind alle Geschlechter umfasst.

4 Zusammenfassend *Burrell*, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, Big Data & Society, 2016.

5 *Brayne/Christin*, *Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts*, Social Problems, 2020, 1, 2.

6 *Lischka/Klingel*, *Wenn Maschinen Menschen bewerten – Internationale Fallbeispiele für Prozesse algorithmischer Entscheidungsfindung*, Arbeitspapier der Bertelsmann Stiftung, 05.2017, 22 ff.

7 *Kaun*, *Suing the algorithm: the mundanization of automated decision-making in public services through litigation*, Communication and Society 2021, 2.

8 *Martini*, *Gesichtserkennung im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit*, NVwZ Extra 2022, 2 f.

9 *Martini*, Ebd., 3.

sind auch der Einsatz von Algorithmen zur Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfe in Österreich¹⁰ und Schweden¹¹ sowie der Einsatz von KI-Systemen zur Entscheidung über den Zugang zu Universitäten in Frankreich.¹² Die deutsche Wirtschaftsauskunftei *Schufa* bewertet mithilfe algorithmischer Verfahren die Kreditwürdigkeit einzelner Personen.¹³ Ein von dem Unternehmen Amazon in den USA genutztes KI-System entlässt sogar autonom Arbeitskräfte.¹⁴

In diesen Fällen werden Menschen von KI-Systemen beurteilt und ihnen drohen auf Grundlage dieser Bewertung Nachteile, etwa die Ablehnung einer Bewerbung für einen Ausbildungs- oder Arbeitsplatz, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, die Verweigerung eines Kredits oder die Attestierung eines hohen Rückfallrisikos.¹⁵ Anders als bei KI-gestützten Empfehlungssystemen wie Musik-, Streaming- oder Kaufempfehlungen, bei Spracherkennungs-, Übersetzungs- oder Navigationssystemen nutzen die Betroffenen nicht selbst das KI-System und können sich diesen Entscheidungen daher auch nicht durch Nichtnutzung entziehen.¹⁶

Die statistik- und wahrscheinlichkeitsbasierte Entscheidungsfindung von KI-Systemen ermöglicht zwar genauere und effizientere Entscheidungen,¹⁷ birgt jedoch auch das Risiko statistischer Diskriminierungen.¹⁸ Sofern den Betroffenen weder die tragenden Gründe für die Entscheidung noch sonstige Anhaltspunkte mitgeteilt werden, können sie Diskriminierungen nicht nachweisen und in der Regel nicht vor Gericht geltend machen.¹⁹ Zwar sind auch menschliche Entscheidungen intransparent. Menschen sind jedoch in der Lage, ihre Entscheidungen zu begründen und Betroffenen die

tragenden Gründe für die Entscheidung mitzuteilen. Dadurch kann eine hinreichende Entscheidungstransparenz hergestellt werden.²⁰ Nach hier vertretener Ansicht ist diese Form der Entscheidungstransparenz in manchen Bereichen durch die völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechte vorgeschrieben. Dies gilt einerseits für staatliche Entscheidungen, insbesondere der Exekutive und der Judikative. Andererseits können aber auch Private verpflichtet sein, Betroffenen die tragenden Gründe einer Entscheidung mitzuteilen, wenn sie eine staatsähnliche Funktion besitzen und Dritte von grundlegenden Leistungen, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, ausschließen können.

Diese sich aus den völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechten ergebenden Informations- bzw. Begründungspflichten gelten auch, wenn Entscheidungen von KI-Systemen getroffen werden oder auf diesen basieren. Wenn und soweit eine Begründungspflicht für menschliche Entscheidungen besteht, müssen auch KI-basierte Entscheidungen begründet werden und damit grds. auch begründbar sein.

Mit dem Fokus auf Entscheidungstransparenz durch Begründungen zeigt dieser Beitrag eine konkrete Lösung für das Problem der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen aus menschenrechtlicher Perspektive auf. Gleichzeitig wird der in diesem Kontext vielfach beschworene aber doch häufig abstrakt bleibende Begriff der Transparenz²¹ konkretisiert und rechtlich fassbarer gemacht. Die in der Diskussion um transparente KI verwendeten Begriffe der Erklärbarkeit, Verstehbarkeit, Interpretierbarkeit und Nachvollziehbarkeit²² werden damit nicht abgelehnt. Sie werden vielmehr um

10 *Szigetvari*, Beruf, Ausbildung, Alter, Geschlecht: Der Algorithmus des AMS, *Der Standard*, 15.10.2018, <https://derstandard.at/2000089325546/Beruf-Ausbildung-AlterGeschlecht-Das-sind-die-Zutaten-zum-neuen>.

11 *Kaun*, Suing the algorithm: the mundanization of automated decision-making in public services through litigation, *Communication and Society* 2021, 2.

12 *Martini*, Automatisch Erlaubt? Fünf Anwendungsfälle algorithmischer Systeme auf dem juristischen Prüfstand, Arbeitspapier der Bertelsmann Stiftung, Mai 2020, 12 ff.

13 Siehe hierzu den Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden, ZD 2022, 121, 122.

14 *Crispin*, Welcome to dystopia: getting fired from your job as an Amazon worker by an app, *The Guardian*, 05.07.2021, https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/jul/05/amazon-worker-fired-app-dystopia?CMP=fb_a-technology_b-gdntech.

15 Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz – Gesellschaftliche Verantwortung und wirtschaftliche, soziale und ökologische Potenziale (2020), BT-Drucks. 19/23700, 2020, 63.

16 *Beining*, Wie Algorithmen verständlich werden, 2019, Bertelsmann-Stiftung, 15.

17 Vgl. *Kleinberg et al.*, Discrimination in the Age of Algorithms, *Journal of Legal Analysis* 2018, Vol. 10, 113, 160.

18 Vgl. *Hinsch*, Differences that Make a Difference – Computational Profiling and Fairness to Individuals, in *Vöneky et al.*, *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence – Interdisciplinary Perspectives* (erscheint 2022). Statistische Diskriminierungen sind ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen mithilfe von Ersatzinformationen, vgl. *Orwat*, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2019, 5, mit Nachweisen.

19 Vgl. *UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung*, General Comment No. 36, CERD/C/GC/36 (2020), 7.

20 *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme, AÖR 143 (2018) 1, 55.

21 Zum Begriff der Transparenz allgemein vgl. *Meijer*, Transparency, in *Bovens/Goodin/Schillemans*, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, 2014, 507. Zur Transparenz von KI-Systemen vgl. u.a. *Floridi et al.*, AI4People: An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations, *Minds and Machines* 28 (2018), 689, 700; *Wischmeyer*, Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box, in *Wischnmeyer/Rademacher*, *Regulating Artificial Intelligence* (2019), 76. Zur Kritik der Abstraktheit vgl. *Krishnan*, Against Interpretability: a Critical Examination of the Interpretability Problem in Machine Learning, *Science & Philosophy* 2019, Vol. 33, 487.

eine (mensen-)rechtliche Perspektive ergänzt. Zunächst ist dabei eine Definition von KI-Systemen (II.) und eine Einführung in das Problem der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen erforderlich (III.). Sodann wird untersucht, welche Anforderungen an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen sich aus den völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechten, wie sie im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)²³ verankert sind, ableiten lassen (IV.). Der daraus abgeleitete konkrete Regulierungsvorschlag soll mit bestehenden Regulierungsansätzen kritisch verglichen werden (V.). Schließlich werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst (VI.).

II. Definition von KI-Systemen

Dieser Beitrag orientiert sich an der Definition von KI-Systemen, wie sie in dem von der EU-Kommission im April 2021 veröffentlichten Vorschlag für eine KI-Verordnung²⁴ enthalten ist. Demnach ist ein KI-System „eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren“.

Die im genannten Anhang I aufgeführten Techniken umfassen sowohl Ansätze des maschinellen Lernens, einschließlich *Deep Learning*, als auch logik- und wissensbasierte Ansätze, inklusive Expertensysteme, sowie verschiedene statistische Ansätze, wie etwa Bayessche Netze. Dem Vorschlag zufolge kann die im Anhang enthaltene Liste von der EU-Kommission erweitert und angepasst werden, wenn neue Techniken auftauchen.

Diese Definition vermeidet eine Auseinandersetzung mit dem juristisch kaum zu definierenden Begriff der Intelligenz und beschreibt stattdessen die wesentlichen Eigenschaften und Funktionsweisen von KI-Systemen. Die Definition ist zudem hinreichend bestimmt

und gleichzeitig offen und flexibel hinsichtlich neuer technologischer Entwicklungen im Bereich der KI.²⁵

III. Das Problem der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen und dessen rechtliche Konsequenzen

1. Ursachen der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen

Wenn in diesem Beitrag von der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen gesprochen wird, so ist die fehlende Kenntnis der Gründe für die KI-basierte Entscheidung durch Betroffene gemeint. Diese erfahren nicht, warum die sie betreffende Entscheidung gerade so und nicht anders ausgefallen ist.²⁶ Sie können daher nicht feststellen, aus welchen Gründen ihnen ein KI-System beispielsweise ein hohes Rückfallrisiko oder eine geringe Kreditwürdigkeit attestiert hat, weshalb sie von einem KI-System als Gefährder eingestuft wurden oder weshalb ihre Bewerbung für einen Ausbildungs- oder Arbeitsplatz abgelehnt wurde. Diese Entscheidungsintransparenz hat verschiedene Ursachen, die in der Regel nicht isoliert, sondern kumulativ auftreten.

Informationen, wie etwa die Gewichtung einzelner Daten oder die relevante Vergleichsgruppe, anhand derer die Rückfallgefahr, Kreditwürdigkeit oder Gefährdereigenschaft der betroffenen Person beurteilt werden, sind häufig als Geschäftsgeheimnis geschützt.²⁷ Denn KI-Systeme werden in der Regel von privaten Unternehmen entwickelt, die ein – zum Teil auch verfassungs-²⁸ und völkerrechtlich²⁹ geschütztes – Interesse an der Geheimhaltung dieser Informationen haben. So verneinte bspw. der BGH in seinem *Schufa-Urteil* 2014 in Bezug auf das deutsche Recht einen Anspruch auf Auskunft gegen die *Schufa* über die genaue Gewichtung der Daten bei der Erstellung des Scores, da diese Information als Geschäftsgeheimnis geschützt sei.³⁰

Ein weiterer Grund für die Intransparenz KI-basierter Entscheidungen ist deren hochkomplexes, für Menschen schlechthin nicht mehr nachvollziehbares Zustandekommen. Das gilt nicht für symbolische Ansätze oder lernende Systeme, die ihre Outputs auf lineare Regressi-

22 *Bartneck et al.*, An Introduction to Ethics in Robotics and AI, 2020, 36.

23 International Covenant on Civil and Political Rights, 19.12.1966, 999 UNTS 171.

24 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union COM(2021) 206 final (KI-VO).

25 Kritik jedoch in *Müller*, Der Artificial Intelligence Act der EU: Ein risikobasierter Ansatz zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz, EuZ 1 (2022), A 14, wonach der Begriff der algorithm-

mischen Entscheidungsfindung (ADM) sachgerechter gewesen wäre.

26 Vgl. *Burrell*, How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms, Big Data & Society, 2016, 1.

27 Hierauf beruft sich bspw. die *Schufa* bzgl. des von ihr verwendeten Algorithmus, AG Wiesbaden, ZD 2022, 121, 123 Rn. 29.

28 Für die deutsche Verfassung mit zahlreichen Nachweisen vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 37 ff.

29 *Siehe unten unter III.3.*

30 BGH NJW 2014, 1235, 1237.

onen oder Entscheidungsbäume stützen,³¹ wohl aber für solche KI-Systeme, die auf tiefen neuronalen Netzen und der Methode des Deep Learning basieren.³² Die nichtlineare Interaktion der verschiedenen neuronalen Knoten, die Gewichtung und Kombination einer Vielzahl abstrakter Variablen sowie die riesigen Datenmengen, die von den Systemen verarbeitet werden, machen es auch für die Entwickler unmöglich, die genauen Gründe für einen konkreten Output eines KI-Systems festzustellen.³³ Zudem ändern sich die Verknüpfungen der verschiedenen Knoten und damit die Gewichtung und Kombination der Variablen mit jedem Lernprozess.³⁴ Dadurch lässt sich kaum noch bestimmen, welche Variablen zum Zeitpunkt einer bestimmten Ausgabe signifikant waren, da sich deren Klassifizierung möglicherweise bereits geändert hat. Aus diesem Grund werden solche KI-Systeme häufig als „Black Boxes“³⁵ bezeichnet, deren Innenleben für uns „opak“ ist.³⁶ Ob das System bei einer bestimmten Entscheidung an unzulässige, diskriminierende Parameter angeknüpft hat, können insofern weder die Betroffenen noch die Entwickler selbst feststellen.

2. Rechtliche Konsequenzen der Intransparenz KI-basierter Entscheidungen

Die Intransparenz KI-basierter Entscheidungen hat zur Folge, dass sich ungerechtfertigte Diskriminierungen in

einzelnen Fällen nicht nachweisen lassen.³⁷ Bewertet ein KI-System Menschen, so besteht eine nicht zu unterschätzende Gefahr statistischer Diskriminierungen.³⁸ Menschen werden anhand bestimmter Eigenschaften einer Vergleichsgruppe zugeordnet und auf Grundlage von dieser Gruppe anhaftenden Wahrscheinlichkeitswerten beurteilt.³⁹ Dabei können geschützte Merkmale wie ethnische Herkunft, Geschlecht, Religionszugehörigkeit oder Alter direkt oder indirekt⁴⁰ als Variablen in die Vergleichsgruppenbildung einfließen. Führt die derartige Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal zu einer für die betroffene Person nachteiligen Entscheidung, so kann dies eine *prima facie* verbotene (statistische) Diskriminierung darstellen.

Ein Beispiel für eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe ist die Software *COMPAS*. Das System wird in den USA von Gerichten verwendet, um das Rückfallrisiko von straffälligen Personen zu bewerten.⁴¹ Die für die Risikoeinschätzung erforderlichen Informationen bezieht *COMPAS* aus den Strafakten und aus Selbstauskünften der Angeklagten.⁴² Obwohl *COMPAS* bei der Erstellung des Scores keine Informationen über die ethnische Zugehörigkeit erhält, wurde Personen mit dunkler Hautfarbe fast doppelt so häufig ein hohes Rückfallrisiko attestiert wie Personen mit heller Hautfarbe, ohne dass sich dieses realisierte.⁴³ Da sich der Entwickler über die interne Logik und Funktionsweise des Systems

31 Bibal et al, 'Legal requirements on explainability in machine learning' (2021) 29 Artificial Intelligence and Law 149, 149, 161.

32 Burrell, How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, Big Data & Society, 2016, 5. Diese Form der KI ist in ihrer Funktion dem menschlichen Gehirn nachempfunden. Sie bestehen aus mehreren Schichten miteinander verknüpfter sog. künstlicher neuronaler Netze. Jeder einzelne neuronale Knoten kombiniert einen bestimmte Inputwert, um einen Outputwert zu erzeugen, der wiederum an die andere nachgeschaltete Einheit weitergegeben wird, vgl. etwa Kelleher, Deep Learning (2019), 65 ff.

33 Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 41, Zednik, Solving the Black Box Problem: A Normative Framework for Explainable Artificial Intelligence, Philosophy & Technology, Philosophy & Technology (2019), 3.

34 Burrell, How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms, Big Data & Society, 2016, 5.

35 Vgl. de Laat, Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?, Philosophy & technology 2018, Vol. 31, 525, 536. Zum Begriff der Black Box aus techniksoziologischer Perspektive vgl. Miebach, Soziologische Handlungstheorie, 5. Aufl. 2022, 613.

36 Krishnan, Against Interpretability: a Critical Examination of the Interpretability Problem in Machine Learning, Science & Philosophy, Philosophy and Technology 2019, Vol. 33, 487, 488.

37 UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, General Comment No. 36, CERD/C/GC/36 (2020), 7.

38 Barocas/Selbst, Big Data's Disparate Impact, California Law Review 2016, Vol. 104, 671.

39 Martini, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017, 1018.

40 Eine indirekte Einbeziehung geschützter Merkmale liegt vor, wenn Variablen, wie bspw. der Wohnort oder das Einkommen stark mit dem geschützten Merkmal korrelieren.

41 Lischka/Klingel, Wenn Maschinen Menschen bewerten – Internationale Fallbeispiele für Prozesse algorithmischer Entscheidungsfindung, Arbeitspapier der Bertelsmann Stiftung, 05.2017, 9.

42 Supreme Court of Wisconsin, State v. Lomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), Rn. 13.

43 Angwin et al., Machine Bias, ProPublica, 23.05.2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Dieses Ergebnis wurde jedoch vom Entwickler Northpointe bestritten und den Autoren wurden statistische Fehler vorgeworfen, Dietrich/Mendoza/Brennan, COMPAS Risk Scales:

Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity, 2016, 1, 20 ff. In diesem Streit wurden unterschiedliche, miteinander nicht vereinbare Fairnesskonzepte zugrunde gelegt. Dass am Ende jedenfalls ein System steht, dass bei dunkelhäutigen Betroffenen doppelt so häufig wie bei hellhäutigen fälschlicherweise eine hohe Rückfallgefahr annimmt, wird von Northpointe allerdings nicht bestritten. Die diskriminierenden Tendenzen bei der KI-basierten Bewertung des Rückfallrisikos wurden zudem auch bei anderen Modellen nachgewiesen, vgl. etwa Tolan et al., Why Machine Learning May Lead to Unfairness: Evidence from Risk Assessment for Juvenile Justice in Catalonia, ICAIL '19, 17-21. Juni 2019.

bedeckt hält, konnte dies erst nach statistischer Auswertung von über 11 000 Fällen festgestellt werden.⁴⁴ Welche Entscheidung im Einzelfall tatsächlich diskriminierend war, lässt sich über solche statistischen Methoden nicht feststellen, was jedoch aus juristischer Sicht erforderlich ist.⁴⁵ Gerechtigkeit ist individualisiert⁴⁶: Nur durch die Möglichkeit, eine im konkreten Fall sie betreffende Diskriminierung festzustellen, können die jeweils Betroffenen ihre subjektiven Rechte effektiv wahrnehmen.⁴⁷

3. Qualitative Unterschiede zu anderen „Black Boxes“

Problematisch ist die Intransparenz KI-basierter Entscheidungen besonders dort, wo sie sich qualitativ von anderen Transparenzproblemen unterscheidet und bestehende rechtliche Lösungskonzepte daher nicht unmittelbar anwendbar sind bzw. angepasst werden müssen. So benutzen Menschen im Alltag häufig komplexe Technologien, deren genaue Funktionsweise sie nicht verstehen, seien dies Autos, Computer oder Smartphones. Auch bei vielen Arzneimitteln kann zwar festgestellt werden, dass sie wirken, nicht jedoch erklärt werden, warum dies der Fall ist.⁴⁸ In diesen Bereichen nehmen die Nutzer Intransparenz jedoch in Kauf, da der Nutzen die Risiken überwiegt.

Eine solche Risiko-Nutzen-Abwägung überzeugt bei KI-basierten Entscheidungen, denen Menschen unfreiwillig ausgesetzt und bei denen die Betroffenen nicht die Nutzer des Systems sind, jedoch nicht. Ein solch utilitaristischer Ansatz würde dem Grundsatz der Universalität und Unveräußerlichkeit der Menschenrechte⁴⁹ widersprechen.⁵⁰

Vor allem geht es bei Arzneimitteln und anderen teilweise in ihrer Wirkungsweise intransparenten Produkten und Technologien nicht um die Intransparenz von Entscheidungen. KI-Systeme sind die einzige Technologie, die autonom Outputs erzeugen und damit aufgrund eigener Schlussfolgerungen diskriminieren kann.

Die sich insofern von anderen Formen der Intransparenz qualitativ unterscheidende Intransparenz von Entscheidungen existiert zwar auch, wenn Menschen Entscheidungen treffen. Auch Menschen sind in diesem Sinne „Black Boxes“.⁵¹ Sie sind jedoch in der Lage, Betroffenen die tragenden Gründe für die Entscheidung mitzuteilen und können dadurch Entscheidungstransparenz herstellen. Zwar sind dies nicht immer die ursächlichen Gründe, sie versetzen Betroffene und Gerichte jedoch in die Lage zu prüfen, ob die Entscheidung auf diskriminierenden Parametern oder unzutreffenden Annahmen basiert. Sofern jedoch weder Nutzer noch Entwickler in der Lage oder willens sind, die tragenden Gründe für eine KI-basierte Entscheidung offenzulegen, sind diese keiner derartigen Überprüfung zugänglich.

IV. Menschenrechtliche Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen

Die völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechte sind sowohl in universellen Menschenrechtsverträgen wie dem IPBPR mit 173 Vertragsparteien⁵², als auch in regionalen Abkommen wie der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁵³ sowie zum Teil auch völkergewohnheitsrechtlich⁵⁴ verankert. Aufgrund dieser Verbreitung und Verankerung stellen sie eine hinreichend legitimierte Basis für eine verhältnismäßige KI-Regulierung dar.⁵⁵ Die für menschliche Entscheidungen aus den Menschenrechten ableitbaren Transparenzanforderungen lassen sich auch auf KI-basierte Entscheidungen anwenden. Dadurch kann die in der Literatur häufig abstrakt bleibende Forderung nach Transparenz von KI-Systemen angemessen und interessengerecht konkretisiert werden. Nachfolgend werden exemplarisch einige relevante Rechte, wie sie im IPBPR enthalten sind erörtert. Zu unterscheiden ist zwischen Entscheidungen staatlicher und nichtstaatli-

44 Larson/Mattu et al., How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm, ProPublica, 23.05.2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>.

45 Kleinberg et al., Discrimination in the Age of Algorithms, Journal of Legal Analysis 2018, Vol. 10, 113, 129.

46 Vgl. Zu Art. 14 IPBPR Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 32, CCPR/C/GC/32, 23.08.2007, Rn. 9.

47 Zu der Frage, ob eine solche Diskriminierung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, ist damit freilich noch nichts gesagt. Die Ebene der Rechtfertigung kann jedoch erst erörtert werden, wenn bekannt ist, ob überhaupt eine per se diskriminierende Entscheidung vorliegt. Insofern ist die Forderung nach Entscheidungstransparenz der Frage der Rechtfertigung algorithmischer Ungleichbehandlungen vorgelagert.

48 Vgl. Zittrain, Intellectual Debt: With Great Power Comes Great Ignorance, Berkman Klein Center Collection, 2019, <https://medium.com/berkman-klein-center/from-technical-debt-to-intellectual-debt-in-ai-e05ac56a502c>.

49 Vgl. World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, I.5: „All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated.“

50 Vgl. Vöneky, Key Elements of Responsible AI, OdW 2020, 9, 19.

51 Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018) 1, 54. Vgl. auch die systemtheoretische Begründung Luhmanns, wonach psychische Systeme Black Boxes sind, zu denen nur sehr eingeschränkter Zugang besteht, vgl. Miebach, Soziologische Handlungstheorie, 5. Aufl. 2022, 689.

52 International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en.

53 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.1950, ETS No. 005.

54 Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, 9. Aufl. 2019, 618.

55 Für eine menschenrechtsbasierte KI-Regulierung argumentiert auch Vöneky, Key Elements of Responsible AI, OdW 2020, 9, 19.

cher (privater) Akteure, da sich bei diesen Fallgruppen jeweils verschiedene menschenrechtliche Vorgaben ergeben.

1. Staatliche KI-basierte Entscheidungen

Nutzen Staaten KI-Systeme, so sind sie bei der Nutzung stets an die Menschenrechte gebunden, die für sie vertraglich oder gewohnheitsrechtlich gelten. Dass die Entscheidung direkt oder indirekt durch ein KI-System und nicht von einem Menschen getroffen wird, ändert an der Anwendbarkeit dieser Menschenrechte nichts.⁵⁶

a) Begründungspflicht aus dem Willkürverbot

Wird bei einer KI-gestützten Bewertung bspw. der Rückfallgefahr oder der Gefährdereigenschaft einer Person direkt oder indirekt an Kriterien wie Hautfarbe, Herkunft, Geschlecht oder Religionszugehörigkeit angeknüpft, kommt ein Verstoß gegen das Recht auf Nichtdiskriminierung aus Art. 26 IPBPR in Betracht.⁵⁷ Ebenso verhält es sich, wenn Personen aufgrund der genannten Kriterien staatliche Leistungen versagt⁵⁸ oder sie von einer Gesichtserkennungssoftware falsch identifiziert und dadurch fälschlicherweise verdächtigt werden.⁵⁹ Sofern eine staatliche Entscheidung jedoch mit einem hohen, durch ein KI-System berechneten Risikowert begründet wird, ohne dessen Zustandekommen zu begründen, kann allein aufgrund dieses Scores im Einzelfall weder durch die Betroffenen noch durch die Gerichte ermittelt werden, ob die Entscheidung diskriminierend war oder nicht.

Solche intransparenten Entscheidungen staatlicher Stellen können bereits für sich genommen einen Verstoß gegen das in Art. 26 S. 1 IPBPR verankerte Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz darstellen: Dem Gleichheitssatz lässt sich ein allgemeines Willkürverbot für Entscheidungen der Gerichte und der Verwaltung entnehmen.⁶⁰

Das Willkürverbot ist verletzt, wenn eine nachteilige Entscheidung nicht auf vernünftigen und objektiven Gründen beruht und sich daher nicht rechtfertigen lässt.⁶¹ Sofern sich eine für den Betroffenen nachteilige staatliche Entscheidung ausschließlich auf den Output eines intransparenten KI-Systems stützt, dürfte dies eine Verletzung des Willkürverbotes darstellen, da das Vorliegen vernünftiger und objektiver Gründe im Einzelfall nicht überprüfbar ist. Die Verwendung intransparenter KI-Systeme durch die Gerichte sowie die Eingriffs- und Leistungsverwaltung bei der Entscheidungsfindung verstößt folglich gegen den Gleichheitssatz.⁶²

b) Begründungspflicht aus dem Recht auf wirksame Beschwerde in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot

Ein Recht auf Information über die tragenden Gründe einer Entscheidung kann sich nach hier vertretener Auffassung zudem aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde (engl. *effective remedy*) in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot ergeben. Art. 2 Abs. 3 lit. a IPBPR bestimmt, dass „jeder der in seinen Rechten verletzt worden ist, das Recht hat, eine wirksame Beschwerde einzulegen“. Entgegen dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 lit. a) IPBPR muss aber eine Menschenrechtsverletzung nicht bereits stattgefunden haben, damit das Recht auf wirksame Beschwerde zum Tragen kommt.⁶³ Vielmehr genügt bereits die glaubhafte Geltendmachung – sog. *arguable claim*⁶⁴ – einer Menschenrechtsverletzung.⁶⁵ Wann eine Beschwerde *wirksam* ist, kann nur in Bezug auf die Verletzung eines anderen im IPBPR enthaltenen Rechts beurteilt werden.⁶⁶ Geht es um Verletzungen des Diskriminierungsverbotes aus Art. 26 IPBPR, so ist eine Beschwerde im Einzelfall nur wirksam, wenn der betroffenen Person diejenigen Informationen mitgeteilt werden, die sie benötigt, um eine Diskriminierung nachzu-

56 *Fundamental Rights Agency*, Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights, 2020, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf, 75; Kriebitz/Lütge, Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment, *Business and Human Rights Journal* 5 (2020), 84, 89.

57 Vgl. Barfield/Pagallo, *Law and Artificial Intelligence*, 2020, 25.

58 Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 70.

59 *UN-Menschenrechtsrat*, Surveillance and human rights – Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/41/35, 28.05.2019, Rn. 12.

60 Schabas, Nowak's CCPR Commentary, 3. Ed. 2019, Article 26, Rn. 16.

61 Schabas, Ebd., Rn. 17; *Menschenrechtsausschuss*, Borzov v. Estonia, Communication No. 1136/2002, CCPR/C/81/D/1136/2002, 25.08.2004, Rn. 72; zur deutschen Verfassung vgl. u.a. *BVerfG* NJW 1954, 1153, 1153.

62 Ähnlich argumentiert auch die die UN-Sonderberichterstatterin für

gegenwärtige Formen des Rassismus: Sie entnimmt dem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung aus der UN-Rassendiskriminierungskonvention die Pflicht der Staaten, im öffentlichen Sektor bei der Nutzung neuer digitaler Technologien Transparenz zu gewährleisten, indem nur überprüfbare Systeme verwendet werden, *UN-Menschenrechtsrat*, Racial discrimination and emerging digital technologies: a human rights analysis – Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, A/HRC/44/57 (2020), Rn. 57.

63 *Menschenrechtsausschuss*, Kazantis v Cyprus, Communication No. 972/2001 (2003), Rn. 6.6.

64 *EGMR*, Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy (last updated 31.08.2021) https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf, Rn. 10 ff.

65 *Menschenrechtsausschuss*, Kazantis v Cyprus, Communication No. 972/2001 (2003), Rn. 6.6.

66 Schabas, Nowak's CCPR Commentary, 3. Ed. 2019, Article 2 CCPR, Rn. 73.

weisen und geltend zu machen. Nach hier vertretener Auffassung müssen sich Betroffene demnach über die tragenden Gründe der sie betreffenden Entscheidung informieren können.⁶⁷

Eine solche Informations- bzw. Begründungspflicht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 3 lit. a IPBPR in Verbindung mit Art. 26 IPBPR freilich nicht ausdrücklich. Jedoch können völkerrechtliche Verträge nach dem Grundsatz der „*necessary implication*“⁶⁸ auch nicht explizit garantierte Rechte enthalten, wenn dies zur Erreichung des Regelungsziels erforderlich ist.⁶⁹ Dies ergibt sich auch aus dem völkerrechtlich weithin anerkannten Effektivitätsgrundsatz⁷⁰, wonach Verträge so auszulegen sind, dass sie ihren Zweck bestmöglich erreichen.⁷¹ Bei Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze gelangt man zu einer staatlichen Pflicht, Betroffenen in Bereichen, in denen Diskriminierungen möglich sind, Informationen über die tragenden Gründe der Entscheidung mitzuteilen. Ohne eine solche Pflicht wäre kein effektiver Schutz des Diskriminierungsverbotes und des Rechts auf eine wirksame Beschwerde möglich, da Diskriminierungen im Einzelfall weder identifizierbar noch nachweisbar wären.⁷² Der Annahme einer Begründungspflicht ließe sich zwar entgegenhalten, dass eine wirksame Beschwerde bereits bei einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Diskriminierung möglich wäre.⁷³ Da die Widerlegung einer Diskriminierung jedoch nur durch die Darlegung der tragenden Gründe für die Entscheidung möglich wäre, liefe eine solche Beweislastumkehr letztlich ebenfalls auf eine Begründungspflicht hinaus.

Dieses Recht auf Information über die tragenden Gründe einer Entscheidung muss auch gelten, wenn Staaten für die Entscheidungsfindung KI-Systeme nut-

zen. Dies ergibt sich aus einer dynamischen Vertragsauslegung⁷⁴ und unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des IPBPR, möglichst effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten.⁷⁵ Denn gegen eine un gerechtfertigte Diskriminierung durch ein KI-System können Betroffene nur vorgehen, wenn ihnen Informationen zur Verfügung gestellt werden, die die Identifikation oder jedenfalls die glaubhafte Geltendmachung einer Diskriminierung ermöglichen. Bei staatlichen KI-basierten Entscheidungen müssen sich diese Informationen auf das konkrete Zustandekommen des Outputs beziehen. Die Betroffenen müssen wissen, welcher Vergleichsgruppe sie aufgrund welcher Eigenschaften zugeordnet wurden.⁷⁶ Da es sich bei den genannten Informationen um die tragenden Gründe der Entscheidung handelt, kann insofern auch hier von einer Begründungspflicht gesprochen werden.⁷⁷

2. Nichtstaatliche KI-basierte Entscheidungen

Die Hauptentwickler und -verwender von KI-Systemen sind jedoch keine staatlichen, sondern private Akteure, insbesondere multinationale Großkonzerne.⁷⁸

a) Keine indirekte Bindung an die Menschenrechte

Inwieweit Private und insbesondere Wirtschaftsunternehmen an die Menschenrechte gebunden sind, ist im Einzelnen umstritten. Nach ganz überwiegender Auffassung sind die Menschenrechte nicht direkt horizontal anwendbar.⁷⁹ Eine unmittelbare Bindung transnationaler Unternehmen (engl. *transnational corporations*, kurz TNCs) an die Menschenrechte scheitert zum einen an deren begrenztem Völkerrechtssubjektstatus⁸⁰, zum anderen am Fehlen einer universellen völkervertragli-

67 Zur Herleitung einer Begründungspflicht aus Art. 13 EMRK vgl. EGMR, Al-Nashif v. Bulgarien, No. 50963/99, § 13. Zur Begründungspflicht aus Art. 47 EU-Grundrechtecharta vgl. EuGH, Rs. C-372/09, 373/09 BeckRS 2011, 80245 Rn. 63. Zur Herleitung einer Begründungspflicht aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG vgl. BVerfGE 103, 142, 160 f.

68 IGH, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Gutachten) ICJ Rep. 1949, 174 (182).

69 v. Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 231.

70 Fitzmaurice, Interpretation of Human Rights Treaties, in Shelton, The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 751 f.

71 v. Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 231. Mit dieser Methode entnahm der EGMR in *Golder v United Kingdom* dem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK das Recht auf Zugang zu einem Gericht, vgl. Smith, International Human Rights Law, 10. Aufl. 2022, 188.

72 Dass Personen, in deren Rechte die Verwaltung eingreift, nur durch Begründungen ihre Rechte sachgemäß verteidigen können, vertritt auch BVerwG, DVBl 1982, 198 f.

73 So etwa Martini, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017, 1023 f.

74 EGMR, Tyrer v. UK, BeckRS 1978, 108297, Rn. 31; Menschen-

rechtsausschuss, Judge v. Canada, 13.8.2003, Communication No. 829/1998, § 10.3.

75 Vgl. Shelton, Advanced Introduction to International Human Rights Law, 2. Aufl. 2020, 114 ff.

76 In diese Richtung auch Martini, Blackbox Algorithmus – Grundlagen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 72, allerdings nur zum deutschen Verfassungsrecht.

77 Zu einer sich aus Art. 3 GG ergebenden Begründungspflicht in Bezug auf algorithmenbasierte Entscheidungen vgl. Kischel in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 218c.

78 UN-Menschenrechtsrat, Racial discrimination and emerging digital technologies: a human rights analysis – Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, A/HRC/44/57, 18.06.2020, Rn. 15.

79 Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26.05.2004, Rn. 8.

80 Mucholinsky, Corporations in International Law, MPEPIL, 2014, Rn. 30; Weilert, Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards, ZaöRV 2009, 883 910.

chen oder -gewohnheitsrechtlichen Regel, die TNCs unmittelbar an die Menschenrechte bindet.⁸¹

Zwar existieren auf internationaler Ebene inzwischen zahlreiche Verhaltenskodizes, die sich direkt an TNCs richten, allen voran die *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*,⁸² der von der UN initiierte *Global Compact*⁸³, die *OECD-Guidelines for Multinational Enterprises*⁸⁴ sowie die *Tripartite Declaration* der ILO.⁸⁵ Diese Verhaltenskodizes sind als internationales *soft law* jedoch für TNCs nur moralisch,⁸⁶ nicht aber rechtlich verbindlich.⁸⁷ In jüngster Zeit gab es zwar verstärkt Bemühungen durch Gerichte, teilweise über die *UN Guiding Principles*⁸⁸, teilweise über bilaterale Investitionsschutzabkommen⁸⁹, TNCs rechtsverbindliche Menschenrechtspflichten aufzuerlegen. Diese Bemühungen konnten jedoch bislang keine (völkergewohnheits-)rechtskonstituierende Kraft entfalten.

b) Staatliche Schutz- und Sorgfaltspflichten

Es besteht jedoch eine mittelbare Bindung transnationaler Unternehmen an die Menschenrechte, die sich aus staatlichen Schutzpflichten ergibt.⁹⁰ Wie sich auch aus Art. 2 Abs. 1 und 2 IPBPR ergibt, enthalten die Menschenrechte nicht nur negative, sondern auch positive Pflichten.⁹¹ Die Staaten sind verpflichtet, Menschenrechtsverletzungen durch nichtstaatliche Akteure im Rahmen der gebotenen Sorgfalt (*due diligence*⁹²) zu verhindern.⁹³

Bei der Wahrnehmung dieser Schutzpflicht haben die Staaten bzgl. der geeigneten Mittel zwar einen großen Ermessensspielraum.⁹⁴ Dieser ist jedoch durch das Untermaßverbot begrenzt.⁹⁵ Jedenfalls dort, wo gar keine oder nur offenkundig ineffektive Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte ergriffen werden, verletzen die Staaten ihre Schutzpflichten.⁹⁶

Auch aus dem Wortlaut von Art. 26 S. 2 IPBPR ergibt sich, dass die Staaten auch vor Diskriminierungen durch Private wirksamen Schutz gewährleisten müssen. Es besteht jedoch Einigkeit, dass sich diese Schutzpflicht nicht auf die Verhinderung jedweder Diskriminierung im Alltag beziehen kann.⁹⁷ So gehört es zu den Freiheiten jeder Person, nach eigenen Präferenzen zu bestimmen, mit wem sie unter welchen Bedingungen Verträge abschließen will.⁹⁸ Effektive Schutzmaßnahmen gegen Diskriminierungen Privater müssen die Staaten jedoch nach herrschender Ansicht im sog. „quasi-öffentlichen Sektor“ ergreifen.⁹⁹ Dies betrifft solche Bereiche, in denen Private die Entscheidungsmacht besitzen, Dritte von existenziellen Leistungen und der Teilhabe an wichtigen Ressourcen des täglichen Lebens auszuschließen.¹⁰⁰ In einer solchen Stellung befinden sich unter anderem Arbeitgeber.¹⁰¹ Auch Wirtschaftsauskunfteien wie die *Schufa*, die durch ihre Bewertungen Menschen faktisch von der Gewährung eines Kredits ausschließen können, dürften darunter fallen. Werden KI-Systeme von Arbeitgebern bei der Einstellung von Arbeitskräften oder von Kredit-

81 Mucholinsky, Ebd., Rn. 31; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Aufl. 2019, 630.

82 *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21.03.2011.

83 *UN-Wirtschafts- und Sozialrat*, Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26.8.2003.

84 OECD, *OECD-Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

85 ILO, Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE declaration), 5. Aufl. 2017.

86 Clapham, Non-State Actors, in Moeckli/Shah/Sivakumaran, *International Human Rights Law*, 3. Aufl. 2018, 557, 569.

87 Shaw, *International Law*, 9. Aufl. 2021, 198; Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 3. Aufl. 2017, Rn. 63.

88 Vgl. *Rechtbank Den Haag*, Milieudéfense v. Royal Dutch Shell PLC, C/09/571932/HA ZA 19-379 (englische Version), Rn. 4.4.11. ff.

89 Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 08.12.2016, Rn. 1194 ff.; Krajewski, A Nightmare or a Noble Dream?, *Business and Human Rights Journal* 5:1 (2020), 105, 121 ff.

90 v. Arnould, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2019, Rn. 633.

91 Vgl. *Menschenrechtsausschuss*, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26.05.2004, Rn. 6-8.

92 Zum genauen Inhalt von menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten vgl. Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, 2021, 204 ff.

93 *Menschenrechtsausschuss*, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26.05.2004, Rn. 8; *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/17/31 (2011), Rn. 1 ff.

94 v. Arnould, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2020, Rn. 665.

95 Ebd., Rn. 665.

96 Stahl, *Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik*, 2012, 315.

97 Schabas, *Nowak's CCPR Commentary*, 3. Ed. 2019, Article 26, Rn. 100.

98 So das BVerfG in seiner Entscheidung zum Stadion-Verbot, vgl. BVerfG NVwZ 2018, 813, 816; diese Argumentation gilt auch für den IPBPR, vgl. Schabas, *Nowak's CCPR Commentary*, 3. Ed. 2019, Article 26, Rn. 100 mit Nachweisen.

99 *Englisch*: „quasi-public sector“, vgl. *Menschenrechtsausschuss*, Nahlik v. Australia, Communication No. 608/1995 (1996), Rn. 8.2; Schabas, *Nowak's CCPR Commentary*, 3. Ed. 2019, Article 26, Rn. 100 f.

100 Vgl. BVerfG, NVwZ 2018, 813, 815 Rn. 33.

101 Schabas, *Nowak's CCPR Commentary*, 3. Ed. 2019, Article 26, Rn. 100 f.

instituten bei der Bewertung von Kreditbewerbern verwendet, so entfaltet das Diskriminierungsverbot mittelbare Bindungswirkung. Folgerichtig muss auch in diesen Fällen eine wirksame Beschwerde gegen Diskriminierungen möglich sein. Dies kann einerseits ebenfalls aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde aus Art. 2 Abs. 3 lit. a IPBPR abgeleitet werden. Andererseits ergibt es sich aus der Pflicht aus Art. 26 S. 2 IPBPR, wirksamen Schutz gegen Diskriminierungen im quasi-öffentlichen Sektor zu gewährleisten.

Begründet man eine mittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots mit einer quasi-staatlichen Funktion, so kann daran auch eine Informations- bzw. Begründungspflicht bei intransparenten Entscheidungen angeknüpft werden.¹⁰² Ohne Mindestinformationen über die tragenden Gründe einer Entscheidung wären Betroffene andernfalls gänzlich schutzlos gestellt. Der Beweis einer Diskriminierung, auch der Beweis von Indizien für eine solche, wäre kaum möglich.¹⁰³ Freilich ist hier der souveränitätsbedingt weite staatliche Ermessensspielraum, sowie die abgestufte, mittelbare Bindung der privaten Akteure zu beachten. Dies kann berücksichtigt werden, indem in einfachgesetzlichen Konkretisierungen nur das geringste Mindestmaß an Informationen über das konkrete Zustandekommen der Entscheidung gefordert wird.¹⁰⁴

3. Rechtfertigung

Einschränkungen der Menschenrechte können jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Ziels erforderlich und angemessen sind.¹⁰⁵ In der Diskussion um KI-Systeme wird häufig argumentiert, dass deren Einsatz schnellere, genauere und objektivere Ergebnisse hervorbringe. Allein dieses Argument vermag die Intransparenz KI-basierter Entscheidungen und die Hinnahe etwaiger Diskriminierungen jedoch nicht zu rechtfertigen.

Zum einen wird die Behauptung, KI-basierte Prognoseentscheidungen seien genauer und objektiver als

menschlichen Entscheidungen berechtigterweise in Zweifel gezogen. So ergab eine Studie etwa, dass *COMPAS* nicht genauer entscheidet als zufällig ausgewählte Internetnutzer.¹⁰⁶ Jedenfalls darf die Intransparenz einer Entscheidung zugunsten von mehr Effizienz nicht dazu führen, dass Betroffene gar keine wirksame Beschwerde gegen KI-basierte Diskriminierungen erheben können. Dies wäre eine unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts auf wirksame Beschwerde.

Bei der Nutzung von KI-Systemen durch Private hat der Staat bei der Ergreifung angemessener Schutzmaßnahmen indes auch die Menschenrechte und sonstige rechtlich geschützte Interessen der Nutzer bzw. Entwickler zu berücksichtigen. Dem Interesse der Betroffenen, die Gründe für die Entscheidung zu erfahren, um dagegen rechtlich vorgehen zu können, steht das Interesse der Entwickler gegenüber, die genaue Funktionsweise aus wirtschaftlichen Gründen geheim zu halten. Je nach Konstellation können KI-Systeme bspw. als Investition in den Schutzbereich bilateraler oder multilateraler Investitionsschutzabkommen fallen.¹⁰⁷ Computerprogramme und Geschäftsgeheimnisse werden zudem explizit im TRIPS-Abkommen¹⁰⁸ geschützt.¹⁰⁹ Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen kann jedoch nicht so schwer wiegen, dass er komplette Intransparenz zu rechtfertigen vermag. Vielmehr sind die kollidierenden Interessen miteinander in Ausgleich zu bringen.¹¹⁰ Die Pflicht der vollständigen Offenlegung des Quellcodes gegenüber der betroffenen Person dürfte dabei unverhältnismäßig, aber auch nicht zielführend sein: Da die meisten Menschen nicht in der Lage sind, Computercodes zu lesen und zu verstehen, dürfte dies ohnehin für die wenigsten Betroffenen von Nutzen sein. Vielmehr genügt es, wenn Betroffene über die vom System verwendeten Daten, deren Gewichtung im Einzelfall und die Einordnung in die jeweilige Vergleichsgruppe informiert werden. Zwar werden auch hierdurch bereits sensible Details über die Funktionsweise des verwendeten KI-Systems offenbart.¹¹¹ Dies ist jedoch hinzunehmen, da andernfalls für

¹⁰² So auch das *BVerfG* in seiner Entscheidung zum Stadionverbot, NVwZ 2018, 813, 816 Rn. 45.

¹⁰³ So müssen Betroffene nach § 22 AGG nur Indizien für eine Diskriminierung beweisen. Indizien für eine ungleiche Bezahlung aufgrund des Geschlechts können allerdings nur bewiesen werden, wenn die betroffene Person Zugang zu Informationen über die Gehälter der Mitarbeiter hat. Hier ergibt sich in Deutschland ein Auskunftsanspruch aus dem Entgelttransparenzgesetz.

¹⁰⁴ Zur Rechtfertigung aufgrund rechtlich geschützter Geschäftsgeheimnisse siehe unten IV.3.

¹⁰⁵ *Menschenrechtsausschuss*, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26.05.2004, Rn. 5.

¹⁰⁶ *Dressel/Farid*, The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism, *Science Advances* 2018 Vol. 4: eaao5580, 1.

¹⁰⁷ In Betracht kommt auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen

über das Recht auf (geistiges) Eigentum gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c IPWSKR oder Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK.

¹⁰⁸ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (as amended on 23 January 2017), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_01_e.htm.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 10 zu Computerprogrammen und Art. 39 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen; *Barfield/Pagallo*, Law and Artificial Intelligence, 2020, 172.

¹¹⁰ Problematisch ist freilich, dass das TRIPS keine allgemeine Schranken Klausel enthält. Inwiefern Einschränkungen von Art. 10 und 39 TRIPS damit überhaupt noch möglich sind und welche Implikationen sich hieraus für den Schutz mit dem Geheimnisschutz kollidierender Menschenrechte ergeben, scheint deshalb fraglich.

¹¹¹ So die Argumentation der *Schufa*, die deshalb diese Informatio-

die Betroffenen kein Menschenrechtsschutz möglich und infolgedessen das Untermaßverbot verletzt wäre. Außerdem lässt sich ein angemessener Interessensausgleich bspw. auch dadurch erzielen, dass die Offenlegung nur gegenüber zur Geheimhaltung verpflichteten unabhängigen Sachverständigen erfolgt.¹¹²

4. Zusammenfassung

Die Menschenrechte schreiben Entscheidungstransparenz sowohl bei staatlichen als auch bei nichtstaatlichen Entscheidungen im quasi-öffentlichen Sektor vor. Die tragenden Gründe für die Entscheidung müssen den Betroffenen dann, aber auch nur dann, mitgeteilt werden, wenn andernfalls kein wirksamer Rechtsschutz möglich ist. Diese Voraussetzung ist bei intransparenten KI-basierten Entscheidungen in Bereichen, in denen Diskriminierungen möglich sind, erfüllt: Ohne Kenntnis der tragenden Gründe für eine Entscheidung kann im Einzelfall eine Diskriminierung nicht festgestellt werden.¹¹³

Aus dieser Erwägung lässt sich folgender Regulierungsvorschlag ableiten: Entscheidungen eines KI-Systems oder auf Basis eines KI-Systems müssen so transparent sein, dass der betroffenen Person diejenigen wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe für die Entscheidung mitgeteilt werden können, deren Kenntnis für den effektiven Schutz der Rechte dieser Person notwendig ist.

Insofern kann auch von der Notwendigkeit der Begründbarkeit KI-basierter Entscheidungen gesprochen werden. Zentral ist die Frage nach dem „Warum“ – nicht in einem kausalen, sondern in einem rechtfertigenden Sinn.¹¹⁴ So geben Menschen, wenn sie eine Entscheidung begründen, nicht notwendig die *wirklich* ursächlichen Gründe für die Entscheidung an. Dies würde etwa die Verknüpfung bestimmter Neuronen beinhalten. Vielmehr beinhaltet eine juristisch tragfähige Begrün-

dung nur diejenigen Gründe, die aus Sicht des Entscheidungsträgers die Entscheidung tragen.¹¹⁵ Nicht erforderlich – und jedenfalls für Laien auch nicht sinnvoll¹¹⁶ – ist es, in diesen Bereichen Betroffenen den Quellcode des Systems offenzulegen. Vielmehr müssen die tragenden Gründe für den Output für die betroffene Person verständlich und nachvollziehbar sein und sie in die Lage versetzen, eine mögliche Rechtsverletzung zu identifizieren und vor Gericht glaubhaft und substantiiert darzulegen. Hierzu kann es bspw. erforderlich sein, die betroffene Person darüber zu informieren, auf welchen Daten die Klassifikation durch das algorithmische System basiert, welcher Vergleichsgruppe sie durch das System zugeordnet wurde, weshalb diese Zuordnung erfolgt ist und wie einzelne Variablen bei der Klassifikation gewichtet wurden.¹¹⁷

Nicht in diesem Sinne transparent müssen indes KI-basierte Entscheidungen sein, bei denen der effektive Schutz der Menschenrechte auch anderweitig erreicht werden kann. Dies betrifft etwa materielle Schäden, bei denen lediglich Kausalitätszusammenhänge nicht durch die betroffene Person nachgewiesen werden können, der Schaden selbst jedoch feststeht. In diesen Fällen können eine erleichterte Beweis- und Darlegungslast¹¹⁸ oder eine Gefährdungshaftung¹¹⁹ Abhilfe schaffen.

V. Transparenz in bestehenden Regulierungsansätzen

Es fragt sich, inwiefern die soeben herausgearbeiteten, sich aus den Menschenrechten ergebenden Vorgaben an die Transparenz von KI-Systemen in bestehenden Regulierungsansätzen bereits berücksichtigt werden.

1. Die EU-Datenschutzgrundverordnung

Die Intransparenz von KI-Systemen wird in der juristischen Literatur hauptsächlich im Zusammenhang mit dem sich aus der EU-Datenschutzgrundverordnung

nen unter Verschluss hält, vgl. VG Wiesbaden, ZD 2022, 121.

¹¹² Vgl. *de Laat*, Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?, *Philosophy & technology* 2018, Vol. 31, 525, 536; *Citron/Pasquale*, The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, *Washington Law Review* 2014, Vol. 89, 1, 28.

¹¹³ Zu diesem Schluss kommt auch *Martini* in *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, 2019, 71.

¹¹⁴ Vgl. *Krishnan*, Against Interpretability: a Critical Examination of the Interpretability Problem in Machine Learning, *Science & Philosophy, Philosophy and Technology* 2019, Vol. 33, 487, 492.

¹¹⁵ Vgl. zu § 39 VwVfG, *Schüler-Harms* in *Schoch/Schneider*, *Verwaltungsrecht*, 2021, § 39 VwVfG, Rn. 56.

¹¹⁶ *Wischmeyer*, *Artificial Intelligence and Transparency: Opening*

the Black Box, in *Wischmeyer/Rademacher*, *Regulating Artificial Intelligence* (2019), 77.

¹¹⁷ Vgl. auch *Martini*, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, 2019, 72. A.A. der BGH in seiner *Schufa*-Entscheidung 2014, der einen solchen Anspruch aufgrund des Schutzes des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ablehnte, vgl. *BGH NJW* 2014, 1235.

¹¹⁸ Etwa am Vorbild von § 34 GenTG oder § 6 UmwHG, vgl. *Zech*, *Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen*, *ZfPW* 2019, 198, 218.

¹¹⁹ *Zech*, Ebd., 214 f; *Wendehorst*, *Liability for Artificial Intelligence – the Need to Address both Safety Risks and Fundamental Rights Risks*, in *Vöneky et al.*, *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence – Interdisciplinary Perspectives* (erscheint 2022).

(DSGVO)¹²⁰ ergebenden Recht auf Erklärung diskutiert.¹²¹ Im Falle einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beruhenden Entscheidung gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO haben betroffene Personen gem. Art. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 2 lit. g, 15 Abs. 1 lit. h DSGVO ein Recht auf „aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung“.

Diese in Art. 15 DSGVO als subjektives Recht ausgestaltete Informationspflicht genügt den sich aus den Menschenrechten ergebenden Anforderungen an Entscheidungstransparenz jedoch nicht. Abgesehen davon, dass sie nur bei ausschließlich automatisierten Entscheidungen ohne menschliche Beteiligung besteht¹²², bezieht sich das behauptete Recht auf Erklärung nur auf abstrakte, nicht jedoch auf konkrete Informationen. Eine Pflicht, Betroffenen die tragenden Gründe für die Entscheidung im Einzelfall offenzulegen, lässt sich daraus nicht ableiten. Dies ergibt sich neben dem Wortlaut der Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g und Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO auch aus deren Systematik. Denn Art. 13 und 14 DSGVO beziehen sich auf den Zeitpunkt der Datenerhebung, zu dem eine Begründung der konkreten Entscheidung noch gar nicht möglich ist und fordern daher nur eine *Ex-ante*-Erklärung.¹²³ Nichts anderes kann somit für das Auskunftsrecht in Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO gelten, das zwar auch nach der Datenerhebung besteht, jedoch mit dem Wortlaut der Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO identisch ist.¹²⁴

Andere versuchen, ein Recht auf Erklärung aus Art. 22 Abs. 3 DSGVO abzuleiten.¹²⁵ Demnach müssen die Verwender des KI-Systems „angemessene Maßnahmen [treffen], um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der

Entscheidung gehört.“ Bereits der Begriff „mindestens“ suggeriert, dass es sich in der Vorschrift lediglich um einen Mindeststandard handelt.¹²⁶ Ein Recht auf Erklärung ergibt sich hieraus nicht. Etwas Anderes kann sich auch nicht in Zusammenschau mit ErwGr 71 der DSGVO ergeben, wonach bei automatisierten Entscheidungen auch eine „Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung“ garantiert werden „sollte“. Die Erwägungsgründe können zwar trotz fehlender Verbindlichkeit bei der Auslegung des operativen Teils der Verordnung von Bedeutung sein.¹²⁷ In Bezug auf die vorliegende Frage spricht hiergegen jedoch der entgegenstehende Wille des Verordnungsgebers. Denn das in ErwGr 71 formulierte Recht auf Erklärung war auch ursprünglich in Art. 22 DSGVO enthalten, wurde jedoch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aus der Vorschrift entfernt.¹²⁸

Die DSGVO enthält folglich keine Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen, die den Menschenrechten hinreichend Rechnung tragen. Denn sie ermöglicht es Betroffenen nicht, die für eine Entscheidung ursächlichen Gründe zu erfahren und ggf. Diskriminierungen festzustellen und vor Gericht zu beweisen.

2. Der Entwurf der EU-KI-Verordnung

In dem im April 2021 von der EU-Kommission verabschiedeten Entwurf zu einer KI-VO findet sich in Art. 13 eine explizite Vorgabe an die Transparenz von Hochrisiko-KI-Systemen. Diese müssen demnach so konzipiert und entwickelt werden, „dass ihr Betrieb hinreichend transparent ist, damit die Nutzer die Ergebnisse des Systems angemessen interpretieren und verwenden können.“

Auch diese Transparenzpflicht ist gemessen an den – oben dargelegten – sich aus den Menschenrechten ergebenden Vorgaben an die Transparenz von KI-Systemen jedoch unzureichend. Insbesondere bleibt völlig unklar, wie der aus juristischer Sicht neue Begriff der Interpre-

¹²⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1.

¹²¹ Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme AöR 143 (2018), 49 ff.; Wachter/Mittelstadt/Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the GDPR, International Privacy Law 7 (2017), 76.

¹²² Wischmeyer, Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box, in Wischmeyer/Rademacher, Regulating Artificial Intelligence (2019), 83, mit Nachweisen. Die Reichweite des Anwendungsbereichs von Art. 22 DSGVO ist im Einzelnen umstritten, vgl. auch die aktuelle Vorlage des VG Wiesbaden, ZD 2022, 121.

¹²³ Wachter/Mittelstadt/Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the GDPR, International Privacy Law 7 (2017), 76, 82.

¹²⁴ Wachter/Mittelstadt/Floridi, Ebd., 82.

¹²⁵ Wachter/Mittelstadt/Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the GDPR, International Privacy Law 7 (2017), 76, 79, mit Nachweisen.

¹²⁶ Wachter/Mittelstadt/Floridi, Ebd., 80.

¹²⁷ EuGH, NVwZ 1998, 269, 270.

¹²⁸ Vgl. Bibal et al., Legal requirements on explainability in machine learning Artificial intelligence and Law, 29 (2021), 149, 152; Wachter/Mittelstadt/Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the GDPR, International Privacy Law, 7 (2017), 76, 81.

tierbarkeit zu verstehen ist. Die Kommission übernimmt einen aus der ethisch-philosophischen Debatte¹²⁹ zu KI stammenden Begriff, ohne diesen zu definieren. Es bleibt zudem unklar, ob lediglich das Ergebnis an sich interpretierbar sein muss oder ob sich die Transparenzpflicht auch auf das Zustandekommen des spezifischen Ergebnisses bezieht. Der Hinweis auf den Zweck der Regelung in Art. 13 Abs. 1 S. 2 KI-VO, wonach Transparenz es den Nutzern von KI-Systemen unter anderem ermöglichen soll, Anbieter über potenzielle Risiken für den Schutz der Grundrechte von Personen zu informieren, kann die Unklarheiten bei der Auslegung des Begriffs der Interpretierbarkeit nicht beseitigen.

Es handelt sich zudem ausschließlich um eine Pflicht der Anbieter gegenüber den Nutzern. Ein Recht von Betroffenen, die ursächlichen Gründe für die sie betreffende Entscheidung zu erfahren und dieses Recht gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen, fehlt demgegenüber und lässt sich auch durch Auslegung nicht herleiten. Hier fällt die neue KI-VO sogar hinter dem Standard der (ebenfalls unzureichenden) DSGVO zurück, deren Recht auf Erklärung jedenfalls ein subjektives und durchsetzbares Recht darstellt. Es bleibt zu hoffen, dass diese Missstände bis zur geplanten Verabschiedung der Verordnung im September 2022¹³⁰ behoben werden.

3. OECD-Empfehlungen zu KI

Einen ersten internationalen Regulierungsansatz stellen die Empfehlungen der OECD zu KI¹³¹ dar. In Prinzip 1,3 heißt es unter der Überschrift „Transparency and explainability“:

„AI Actors should commit to transparency and responsible disclosure regarding AI systems. To this end, they should provide meaningful information, appropriate to the context, and consistent with the state of art [...] to enable those affected by an AI system to understand the outcome, and, [...] to enable those adversely affected by an AI system to challenge its outcome based on plain and easy-to-understand information on the factors, and the logic that served as the basis for the prediction, recommendation or decision.“¹³²

Zwar fehlt ein Verweis auf die tragenden Gründe für

die konkrete KI-basierte Entscheidung. Positiv zu bewerten ist jedoch der deutliche Fokus auf die Rechte der von einer Entscheidung negativ betroffenen Personen.

Negativ zu bewerten ist jedoch der unverbindliche Wortlaut („should“) sowie die Tatsache, dass es sich nur um eine völkerrechtlich unverbindliche Empfehlung, also *soft law*, handelt, die zudem auch nur für die 38 Mitgliedstaaten der OECD.¹³³ Als *soft law* könnten die Empfehlungen jedoch einen Ausgangspunkt für einen universellen völkerrechtlichen Vertrag zu KI darstellen.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die Transparenz von Entscheidungen ist jedenfalls in bestimmtem Umfang durch die bürgerlichen und politischen Menschenrechte vorgeschrieben, wenn sie notwendige Voraussetzung für deren effektiven Schutz ist. Entscheidungstransparenz ergibt sich insbesondere als eine Art „Hintergrundrecht“¹³⁴ aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde und dem Diskriminierungsverbot. Diese Vorgaben lassen sich auch auf Fälle des Einsatzes von KI-Systemen übertragen: Entscheidungen, die auf dem Output eines KI-Systems basieren, müssen begründet werden, wenn dies für den Schutz verbindlicher Menschenrechte erforderlich ist. Dies gilt insbesondere dort, wo andernfalls Diskriminierungen unentdeckt blieben und wo die Gefahr besteht, dass sich Vorurteile zu sozialen Tatsachen verfestigen.

Entscheidungstransparenz muss dabei nicht nur bei staatlichem Handeln im Rahmen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, sondern auch bei privatem Handeln im sogenannten quasi-öffentlichen Sektor gewährleistet werden. Bei der Verwendung von KI-Systemen durch Private besteht jedoch ein großer regulativer Handlungsspielraum der Staaten. Wenn Staaten nicht in der Lage oder nicht willens sind, die erforderlichen gesetzlichen Maßnahmen zu ergreifen, kann dies zu erheblichen Rechtsschutzlücken für Betroffene führen, ohne dass die handelnden Unternehmen juristisch zur Verantwortung gezogen werden können.

Die DSGVO, der Entwurf der neuen KI-VO und die Empfehlungen der OECD richten sich auch an private

¹²⁹ Burri, The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence – Fuzzy Ethics Diffuse into Domestic Law and Sideline International Law, in Vöneky et al., The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence – Interdisciplinary Perspectives (erscheint 2022).

¹³⁰ Zurzeit wird der Entwurf noch im Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO) und im Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) diskutiert. Das KI-Gesetz soll Ende September von den beiden Ausschüssen gemeinsam verabschiedet werden, vgl. <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220429IPR28228/kunstliche->

[intelligenz-eu-soll-weltweit-standards-setzen](https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220429IPR28228/kunstliche-intelligenz-eu-soll-weltweit-standards-setzen).

¹³¹ OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, 22.05.2019, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>; Zur (inoffiziellen) deutsche Übersetzung vgl. „Empfehlung des Rats zu künstlicher Intelligenz“ <http://www.oecd.org/berlin/presse/Empfehlung-des-Rats-zu-kuenstlicher-Intelligenz.pdf>.

¹³² OECD, Ebd.

¹³³ Vgl. hierzu auch umfassender Vöneky, Key Elements of Responsible AI, OdW 2020, 9, 17 f.

¹³⁴ Yeung/Lodge, Algorithmic Regulation, 2019, 72.

Akteure und schließen damit in der EU verbindlich und für die OECD-Staaten als *soft law* zum Teil bestehende Normierungslücken. Aus menschenrechtlicher Perspektive sind jedoch zumindest die in der DSGVO und im Entwurf der KI-VO enthaltenen Vorgaben an die Transparenz von KI-Systemen nicht geeignet, um die entstehenden Rechtsschutzlücken auf Seiten der von KI-basierten Entscheidungen betroffenen Personen zu schließen.

Der Autor ist akademischer Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht (Abt II: Völkerrecht, Rechtsvergleichung) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er ist dort tätig im Teilprojekt „Ethical, Legal and Societal Analysis of the AI-based Assistive System“ (Teilprojektleitung: Prof. Dr. Silja Vöneky, Dr. Philipp Kellmeyer, Prof. Dr. Oliver Müller) des Projektes „AI-Trust: Interpretable Artificial Intelligence Systems for Trustworthy Applications in Medicine“ (Projektleitung: Dr. Philipp Kellmeyer) der Baden-Württemberg Stiftung. Er promoviert bei Prof. Dr. Silja Vöneky zum Thema „Menschenrechtliche Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen“.

Matthias Bode

Zwischen Öffnung und Digitalisierung: Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Hochschulzugangsrechts

Die Frage, wer unter welchen Umständen berechtigt ist, ein grundständiges oder weiterführendes Studium aufzunehmen, ist von hoher gesellschaftlicher, ökonomischer, aber auch grundrechtlicher Bedeutung. Mit der Öffnung, also der Ausweitung auf berufspraktische Qualifikationen, wächst der Kreis der Zugangsberechtigten. Dies gibt Anlass, die grundlegende Systematik dieses Teilbereichs des Hochschulrechts zu beleuchten und dabei auch auf aktuelle Fragen, etwa Chancen und Grenzen der Digitalisierung, einzugehen.

I. Einleitendes

Die Bedeutung des tertiären Bildungsbereichs nimmt weltweit und andauernd zu.¹ Damit einher geht die Frage nach der Berechtigung zum Hochschulzugang. Diese kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden: Traditionell im Rahmen der Schullaufbahn, zunehmend aber auch im Wege beruflicher Qualifikationen. Die Gewähr von Ausbildungsressourcen ist Regelungsgegenstand nationaler Gesetze, in Deutschland im Wesentlichen der Länder. Zugleich sind Hochschulen – von jeher und wesensimmanent – auf internationale Einflüsse angewiesen und Ziel transnationaler Wanderungsbewegungen. Somit begegnen sich hier einerseits Vorstellungen lokaler und bereichsspezifischer Verteilungsgerechtigkeit und andererseits Erfordernisse Bundesländer-übergreifender, bis hin zu internationaler Kompatibilität.²

In rechtlicher Hinsicht müssen die Normen des Zu-

gangsrechts mit dem Grundgesetz und dem EU-Recht vereinbar sein.³ Zugleich sind organisatorische Aspekte im Blick zu behalten, die vielfach der Zugangs- bzw. Zulassungsentscheidung vorgelagert sind und somit einen faktischen Einfluss auf den Hochschulzugang entfalten. Dies betrifft etwa den zeitkritischen Transfer von Dokumenten zwischen Bewerbern und Hochschulen und die Verifikation von Daten. Das „Bürgerrecht auf Bildung“⁴ darf aber gerade nicht zu pauschal unter den Vorbehalt der Verfahrensökonomie gestellt werden, sondern seine möglichst effektive Durchsetzung richtet sich nach den „Möglichkeiten der Datenverarbeitung“, wie das BVerfG 2017 hervorhob⁵ – und dies kann eine Vereinfachung des Bewerbungsprozesses und damit die Reduktion von Hindernissen gebieten.

Traditionell fokussiert sich die hochschulrechtliche Diskussion im Zusammenhang mit der Aufnahme des Studiums auf den Numerus clausus – und damit vor allem auf das Hochschulzulassungsrecht. Dieses regelt die kapazitätsbedingte Auswahl zwischen mehreren prinzipiell in gleicher Weise Berechtigten.⁶ Hier hat das BVerfG 2017 im Rahmen der Numerus clausus III-Entscheidung neue Impulse gegeben.⁷ In diesem Beitrag soll stattdessen auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des Hochschulzugangs eingegangen werden und zwar im grundständigen und im Masterbereich (II.). Weiter werden organisatorische Aspekte beleuchtet und Möglichkeiten der Digitalisierung in den Blick genommen (III.).

1 Dass Menschen kraft ihres Wissens eine gottgleiche Existenz anstreben werden, sieht Yuval N. Harari voraus. Y. N. Harari, *Homo Deus, Eine Geschichte von Morgen*, 2015, S. 38 ff.; zur „Vermehrung, Verdichtung“ und „Verteilung“ des Wissens im 19. Jahrhundert vgl. J. Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt*, 2011, S. 1105 ff. vgl. zum Ganzen P. Burke, *Die Explosion des Wissens*, 2014, S. 294 ff.

2 Vgl. M.-E. Geis, *Bildungsföderalismus und Zentralabitur*, RdJB 2019, 241 (244 f.); M. Bode, *Hochschulzulassungsrecht im Spannungsfeld von gesamtstaatlicher Planung und lokaler Gerechtigkeit – Ein Beitrag zum ersten Numerus clausus-Urteil*, WissR 2013, 348 (359).

3 Vgl. hierzu K. Hailbronner, *Verfassungsrechtliche Fragen des Hochschulzugangs*, WissR 1996, 1 (1 ff.).

4 Vgl. R. Dahrendorf, *Bildung ist Bürgerrecht, Plädoyer für eine aktive Bildungspolitik*, 1966.

5 BVerfGE 147, 253 (320).

6 Vgl. grundlegend J. F. Lindner, in: M. Hartmer/H. Detmer, *Hochschulrecht*, 3. Aufl. 2017, Kap. 11, Rn. 97 ff.; M.-E. Geis, in: ders., *Hochschulrecht im Freistaat Bayern*, 2. Aufl., 2017, Kap. 2, Rn. 57 ff.; ders., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972–1977*, WissR, Beiheft 18, 2007, 9 ff.

7 D. Wolff/P. Zimmermann, *Gesetzgeberische Strategien für die Verteilung von Medizinstudienplätzen*, WissR 2018, 159 (159 ff.); P. Zimmermann, *Die Auswahlkriterien bei der Standplatzvergabe vor dem Hintergrund des dritten Numerus clausus-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, *Wirtschaft und Verwaltung*, 2020, 123 (123 ff.); A. Klafki, *Grundrechtsschutz im Hochschulzulassungsrecht*, JZ 2018, 541 (541 ff.); B. Freiin zu Knyphausen, *Das Hochschulzulassungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, 2021.

II. Hochschulzugang als Rechtsfrage

Der Zugang zum Hochschulstudium als einer Ausbildungsstätte im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG wird verfassungsrechtlich geschützt. Die Konkretisierung obliegt aber in weiten Teilen dem einfachen Gesetzgeber, inzwischen den Ländern (1.). Tendenziell erweitern diese die Möglichkeiten des Hochschulbesuchs, zuletzt etwa für Beruflich Qualifizierte. Auch die Anerkennungsvorschriften des Europäischen Hochschulraumes führen zu einer Ausweitung des Kreises der Berechtigten (2.). Ähnliches gilt für die weiterführenden Studiengänge im Masterbereich, wobei hier die Regelungen stärker von den Besonderheiten des jeweiligen Studienganges abhängen (3.).

1. Verfassungsrechtliche Einordnung

Die Hochschule ist „Ausbildungsstätte“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG; der Zugang zu ihr wird damit von der Berufsfreiheit geschützt.⁸ Für eine Beschränkung der Berufsfreiheit gelten die vom BVerfG im sog. Apotheken-Urteil aufgestellten Grundsätze der Drei-Stufen-Lehre, einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁹ Auf der ersten Stufe stehen bloße Berufsausübungsregelungen, die allein die Art und Weise der Tätigkeit betreffen. Subjektive Berufswahlregelungen stehen auf der zweiten Stufe und betreffen die Aufnahme des Berufes und knüpfen an Kriterien an, die in der Person des Einzelnen liegen. Als objektive Berufswahlregelungen – auf dritter Stufe – sind generelle Untersagungen, etwa aus übergeordneten Gründen heraus, anzusehen. Von Stufe zu Stufe steigen die Rechtfertigungserfordernisse an.¹⁰ Auch wenn diese Lehre in der gerichtlichen Praxis zunehmend einer generellen Verhältnismäßigkeitsprüfung weicht,¹¹ ist sie doch nach wie vor hilfreich, um die Rechtfertigungserfordernisse für staatliche – also parlamentsgesetzliche, verordnungs- oder satzungsrechtliche – Normen zu verdeutlichen.

Der Zugang zur Hochschule lässt sich allerdings nicht pauschal einer dieser genannten Stufen zuordnen; vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände an. Das generelle Erfordernis einer Hochschulzugangsberechtigung zur Aufnahme des Studiums wird als subjektive Zugangsregelung der zweiten Stufe angesehen und ist gerechtfertigt, weil sie die Studienqualität als wichtiges Gemeinschaftsgut absichert.¹²

Soweit ein Überhang an Studienbewerbern für einen grundständigen Studiengang besteht und eine Auswahlentscheidung zwischen diesen erforderlich wird, handelt es sich um eine Frage der Hochschulzulassung. Regelungen in diesem Bereich sind aus Sicht des BVerfG als objektive Berufswahlregelung, also als die intensivste Form der Einschränkung, zu klassifizieren.¹³ Dies solle jedenfalls dann gelten, wenn der betroffene, auf den Beruf vorbereitende Studiengang an allen deutschen Hochschulen zulassungsbeschränkt sei (sog. absoluter Numerus clausus). Soweit das Studium anderenorts zulassungsfrei aufgenommen werden kann, also lediglich eine örtliche Zulassungsbeschränkung vorliegt (sog. relativer Numerus clausus), ist die Einordnung umstritten: Zum Teil wird von einer bloßen Berufsausübungsregelung, also der niedrigsten Stufe, ausgegangen.¹⁴ Diese Ansicht übersieht allerdings, dass bereits das Erfordernis der individuellen Hochschulzugangsberechtigung eine subjektive Berufswahlregelung darstellt. Im Übrigen schützt die Wahl der Ausbildungsstätte auch die Wahl ihres Ortes,¹⁵ insbesondere wenn es sich um einen nahezu bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengang handelt. Dementsprechend ist von einer subjektiven¹⁶ oder sogar einer objektiven Berufswahlregelung auszugehen.¹⁷ Letztere Ansicht dürfte insbesondere bei kleinen, bzw. sehr spezifischen und besonders nachgefragten Studiengängen zuzustimmen sein, da eine Verweisung auf einen anderen Studienort in aller Regel dann ein „anderes“ Studium bedeutet.¹⁸ Auch die Zulassungsbeschränkung zu einem Zweit- oder Drittstudium ist als objektive Zugangsregelung zu verstehen, und es herrscht insoweit Einigkeit,

8 Vgl. grds. BVerfGE 33, 303 (329); *M. Ruffert*, in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Edition, 2022, Art. 12 Rn. 45.1.

9 BVerfGE 7, 377 (377 ff.).

10 Reichen auf der ersten Stufe noch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls, so müssen Eingriffe auf der zweiten Stufe dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes bzw. auf dritter Stufe der Abwendung schwerer und nachweisbarer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen. Vgl. BVerfGE 7, 377 (405 ff.); *M. Ruffert* (Fn. 8), Art. 12 Rn. 93 ff.

11 Die Numerus clausus III-Entscheidung erwähnt die Theorie nicht einmal mehr. Vgl. BVerfGE 147, 253 (253 ff.).

12 *Lindner* (Fn. 6), Rn. 56; *Hailbronner* (Fn. 3), 1 (16).

13 BVerfGE 33, 303 (338).

14 *J. Lüthje*, Umdenken im Kapazitätsrecht, *WissR Beiheft* 18, 2007, 27 (31); *M. Fehling*, Die Verteilung des Mangels - Zum neuen Numerus Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *RdJB* 2018, 100 (110).

15 *BerlVerfGH*, *NVwZ* 2009, 243 (243); *HH OVG*, *Beschl.* v. 17.2.2015 – 3 Nc 260/14 –, *juris*, Rn. 13.

16 *Klafki* (Fn. 7), 541 (549).

17 *Zu Knyphausen* (Fn. 7), S. 103 f.

18 *M. Bode*, Hochschulzugang und Hochschulzulassung, in: *M. E. Geis*, *Hochschulrecht in Bund und Ländern*, 58. Aktualisierung, 2022, Rn. 240, 249 ff.

dass „es objektiv sachgerecht und individuell zumutbar“ ist, „im Interesse einer gerechten Verteilung von Lebenschancen bei Zweitstudienbewerbern, die zum wiederholten Male von ihrem Grundrecht Gebrauch machen, strengere Zulassungsvoraussetzungen“ vorzusehen als im Bereich des Erststudiums.¹⁹ Der Zugang zu postgradualen Studiengängen wird ebenfalls durch die Berufsfreiheit grundrechtlich geschützt.²⁰ Beim Zugang zum Masterstudium handelt es sich um eine subjektive Zugangsbeschränkung, die wiederum dem Schutz der Qualität des Studiums dient.²¹

Staatsangehörige aus anderen EU-Staaten können sich in gleicher Weise wie Deutsche beim Zugang zu Bildungseinrichtungen auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen; der entgegenstehende Wortlaut wird insoweit durch den Anwendungsvorrang des EU-Rechts überspielt.²² Aus Art. 18, 20 AEUV ergibt sich jedoch kein absoluter Anspruch auf Zugang zum Studium, sondern ein Anspruch auf gleiche Behandlung wie deutsche Staatsbürger.²³ Für andere Drittstaatsangehörige, z.B. Staatsangehörige aus den USA oder aus China, bleibt es dagegen beim grundrechtlichen Schutz über die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Im Ergebnis kann diese leichter und weiter eingeschränkt werden, was sich zulassungsrechtlich teilweise in den Auswahlverfahren für sog. Drittstaatler spiegelt, die allein dem Willkürverbot unterliegen; ihnen fehlt auch das – gerade nur aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitete – Recht zur Überprüfung der Kapazitäten.²⁴ Soweit die vorgelegten Bildungsnachweise dem Anwendungsbereich der Lissabon-Konvention unterliegen, wird ihre Gleichwertigkeit, wie zu zeigen sein wird, vermutet.

2. Hochschulzugang im grundständigen Bereich

a. Von schwindender Bedeutung: § 27 HRG

§ 27 HRG normiert seit 1976, wer zum Hochschulstudium berechtigt ist. Die Norm kodifizierte das damals bereits geltende Landesrecht und verleiht ihm bundesrechtlichen Geltungsvorrang. Formal noch immer in Kraft, schwindet jedoch ihre praktische Bedeutung.²⁵ Seit der Föderalismusreform I, mit der die Regelungskompetenz vom Bund auf die Länder übergegangen ist, kann sie nämlich durch Landesrecht ersetzt werden, Art. 125a Abs. 1 GG.²⁶ Neuere Regelungen gehen dann vor.²⁷ Da sich die Kernaussage der Regelung darin erschöpft, dass der Hochschulzugang durch den erfolgreichen Abschluss einer auf das Studium vorbereitenden Schulbildung liegt, lenkt sie den Blick schnell auf das Landesrecht. Gleichwohl wird § 27 HRG, etwa im Kapazitätsrecht, vielfach noch angeführt.²⁸

b. Normen der Landeshochschulgesetze

Ganz überwiegend normieren die Landeshochschulgesetze den Hochschulzugang, indem sie die Vorgaben des § 27 HRG erweitern.²⁹ Dabei kann zwischen schulischen und zwischen berufspraktischen Hochschulzugangsberechtigungen unterschieden werden.

aa. Schulische Zugangsberechtigungen

Die allgemeine Hochschulreife, regelmäßig das Abitur, berechtigt zu einem Studium aller Fachrichtungen an allen Hochschulen.³⁰ Es wird mit der erfolgreichen Abiturprüfung, also mit dem Abschluss der gymnasialen

19 BVerfG, Beschl. v. 3.11.1982 - 1 BvR 900/78 = NVwZ 1983, 277 (279).

20 Ein Zugangsanspruch zu einem konsekutiven Masterstudiengang ergibt sich für beruflich qualifizierte ohne Hochschulabschluss allerdings weder aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG noch aus landesverfassungsrechtlichen Rechtsnormen; es steht dem Landesgesetzgeber jedoch frei, diesen zu eröffnen. Vgl. BayVGh, Beschl. v. 15.1.2013 - 7 CE 12.2407 -, juris = BayVBl 2013, 604 ff.

21 BVerwG, Urt. v. 14.12.2016 - 6 C 19/15 -, BVerwGE 157, 46-54, Rn. 21; VGH München (7. Senat), Beschl. v. 6.5.2019 - 7 CE 18.2023 = BeckRS 2019, 8693, Leitsatz, Rn. 22; Beschl. v. 26.11.2020 - 7 CE 20.2216 -, juris, Rn. 17 f. VG Ansbach, Beschl. v. 27.10.2010 - AN 2 E 10.10315 -, juris, Rn. 14. Vgl. auch C. Tegethoff, jurisPR-BVerwG 6/2017 Anm. 2 zu BVerwG 6. Senat, Urteil vom 14.12.2016, 6 C 19/15; Bode (Fn. 17), Rn. 1161.

22 Vgl. T. Mann/E.-M. Worthmann, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, JuS 2013, 385 (386);

23 Lindner (Fn. 6), Rn. 62 f.

24 Vgl. Bode (Fn. 17), Rn. 58.

25 Für die Wiederbelebung eines bundesweit einheitlichen Zugangsrechts vgl. jedoch L. Giesecke, Mit der Zulassung sollte auch der Zugang zum Studium bundesrechtlich geregelt werden, WissR 2007, 180 (180 ff).

26 Bode (Fn. 17), Rn. 114; ders., Hochschulrecht in Bund und Ländern, 58. Aktualisierung, 2022, § 27 HRG Rn. 19 ff.

27 Zu Knyphausen (Fn. 7), S. 109.

28 Vgl. etwa VG München, Beschl. v. 19.1.2022 - M 3 E 21.5482 -, juris, Rn. 21.

29 Vgl. § 58 Abs. 2 HG BW; Art. 43 f. BayHG; § 10 Abs. 2 BerlHG i.V.m. BerlSchulG; § 9 Abs. 2 BbgHG; § 33 Abs. 1 BremHG; § 37 Abs. 1 HH HG; § 54 Abs. 2 HessHG; § 18 HG M-V; § 18 NHG; § 49 HG NRW; § 41 KHG NRW; § 65 Abs. 1 HG RLP; § 77 SaarHSG; § 17 SächsHG; § 27 HSG LSA; § 39 Abs. 1 HSG SH; § 60 Abs. 1 ThürHG.

30 Vgl. Vereinbarung zur Gestaltung der gymnasialen Oberstufe und der Abiturprüfung, Beschluss der KMK v. 7.7.1972 i.d.F. v. 18.2.2021; Bode (Fn. 17), Rn. 159 ff.

Oberstufe in der Sekundarstufe II, oder dem Abschluss einer in entsprechender Schulform besuchten Oberstufe der Berufsoberschule verliehen. Die im jeweiligen Land erforderlichen Lehrinhalte bestimmen die Gesetz- bzw. Verordnungsgeber.³¹ Das Landesrecht sieht regelmäßig auch das „Abitur für Schulfremde“, das sog. Nichtschülerabitur, vor, welches sich an Personen richtet, die zuvor nicht die gymnasiale Oberstufe besucht zu haben.³²

Die fachgebundene Hochschulreife kann in der gymnasialen Oberstufe ebenso wie an Fachgymnasien, Studienkollegs, Berufskollegs, Berufsakademien, Berufsoberschulen und Fachakademien erlangt werden. Sie befähigt zum Studium einer bestimmten Fachrichtung an einer Universität sowie – teilweise³³ – zum Studium aller Fachrichtungen an einer Hochschule für angewandte Wissenschaften bzw. je nach Landesrecht an Pädagogischen Hochschulen, Kunsthochschulen, der Dualen Hochschule Baden-Württemberg sowie weiteren Einrichtungen. Zum Teil wird auch die Fachhochschulreife fachgebunden ausgegeben.³⁴ Ein Wechsel in eine andere Fachrichtung ist zum Teil nach Ablegung einer Prüfung nach Maßgabe der Hochschule möglich.³⁵

Die Fachhochschulreife, auch als „Fachabitur“ bezeichnet, berechtigt zu einem Studium an Hochschulen für angewandte Wissenschaften sowie nach Maßgabe des Landesrechts zum Studium an weiteren Bildungseinrichtungen, etwa Pädagogischen Hochschulen. Der Abschluss setzt sich aus einem schulischen und einem berufspraktischen Teil zusammen. Der schulische Abschnitt wird mit Abschluss der 11. Klasse eines Gymnasiums,³⁶ eines Berufskollegs, einer Fachoberschule, einer Berufsoberschule³⁷ und – in Abhängigkeit von der Fächerwahl – dem Abschluss einer Fachschule erworben. Der fachliche Teil wird durch ein mindestens halbjähriges oder einjähriges Berufspraktikum oder eine abgeschlossene Berufsausbildung erlangt. Zum Teil kann die Fachhochschulreife je nach Landesrecht auch zur Berechtigung eines universitären Studiums ausgeweitet werden.³⁸

Ein erfolgreich abgeschlossenes grundständiges Hochschulstudium verleiht ebenfalls die allgemeine Hochschulzugangsberechtigung.³⁹ Dies ist vor allem für

Personen relevant, die vor ihrem Abschluss nur über eine fachgebundene Berechtigung verfügten; allerdings ist zu beachten, dass im Falle eines zulassungsbeschränkten Studiengangs die Bewerber als Zweitstudienbewerber zu behandeln sind, was ihre Zulassungschancen tendenziell verringert.

Hinzu treten besondere Zugangswege. So berechtigen etwa eine schulische Qualifikation und eine Aufbauprüfung (sog. Deltaprüfung) in Baden-Württemberg zum Studium eines Bachelorstudiengangs an allen Hochschulen, § 58 Abs. 2 Nr. 4 Baden-Württembergisches HochschulG. Das erfolgreiche Absolvieren eines Kontaktstudiums, eines sog. Studiums mit „Kleiner Matrikel“, verleiht in Bremen eine fachgebundene Hochschulreife, wenn dieses Studium für die angestrebte fachgebundene Hochschulreife fachlich einschlägig ist, § 33 Abs. 5 S. 1 Nr. 2, § 58 Bremisches HochschulG.⁴⁰ In Schleswig-Holstein berechtigt der Erwerb von Leistungspunkten im Umfang von drei Semestern in einem Bachelor-Studiengang an einer Fachhochschule oder einer Berufsakademie zum Studium fachlich verwandter Fächer, § 39 Abs. 5 S. 2 HochschulG Schleswig-Holstein. Nach Landesrecht können weitere schulische oder hochschulische Zugangswege hinzutreten.

Schülern, die noch nicht über eine Hochschulzugangsberechtigung verfügen, kann im Einzelfall der Besuch von Lehrveranstaltungen und der Erwerb von Leistungen gestattet werden, sofern sie „nach dem einvernehmlichen Urteil von Schule und Hochschule besondere Begabungen aufweisen“, wie es etwa § 49 Abs. 6 HochschulG NRW bestimmt. Dieses sog. „Frühstudium“ oder „Studium für Jungstudierende“ ist inzwischen in fast allen Bundesländern vorgesehen.⁴¹ Erworbenere Studienleistungen werden auf Antrag bei einem späteren Studium angerechnet. Üblich ist diese Förderung im Bereich der Kunst- und Musikhochschulen, die besondere Begabungen voraussetzen und im Rahmen der Eignungsfeststellung vielfach sogar auf das Vorliegen einer Hochschulzugangsberechtigung verzichten können.⁴²

Auch Studienortwechslern, die über die Voraussetzungen für den Hochschulzugang im jeweiligen Bundesland ursprünglich gar nicht verfügten, kann das Landes-

31 J. Rux, *Schulrecht*, 6. Aufl. 2018, Rn. 919.

32 Vgl. etwa § 34 ff. Abiturverordnung Gymnasien der Normalform – NGVO Baden-Württemberg.

33 Vgl. § 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HG BW; § 20 Abs. 1 Qualifikationsverordnung Bayern.

34 § 9 Abs. 2 BbgHG.

35 § 18 Abs. 2 NHG.

36 Die Länder Bayern und Sachsen sehen diese Möglichkeit nicht vor. Nr. 12 „Vereinbarung zur Gestaltung der gymnasialen Oberstufe und der Abiturprüfung“, Beschluss der KMK v. 7.7.1972 i.d.F. v. 15.2.2018.

37 Die dort erworbenen Zeugnisse der allgemeinen oder der fachgebundenen Hochschulreife umfassen auch die Fachhochschulreife. Vgl. Nr. 7 „Rahmenvereinbarung über die Berufsoberschule“, Beschluss der KMK v. 25.11.1976 i.d.F. v. 3.12.2010.

38 § 49 Abs. 1 HG NRW.

39 Vgl. statt vieler § 58 Abs. 2 Nr. 8 HG BW.

40 Vgl. Ordnung für ein Probestudium mit Kleiner Matrikel der Universität Bremen v. 26.1.2022.

41 Vgl. etwa § 64 Abs. 2 HG BW.

42 Vgl. § 40 Abs. 5 KHG NRW; A. Lenk, *Kunst- und Musikhochschulen im Reformprozess*, DÖV 2009, 320 (325).

recht den Hochschulzugang einräumen. Ein Jahr erfolgreiches Studium an einer Hochschule eines anderen Bundeslandes berechtigt zur Aufnahme eines Studiums in dem gleichen oder in einem fachlich entsprechenden Studiengang an einer Hochschule derselben Hochschulart in Baden-Württemberg, Brandenburg und Hamburg.⁴³

bb. Berufspraktische Zugangsberechtigungen

Von steigender Bedeutung ist der Hochschulzugang kraft beruflicher Qualifikation, wie ihn die Bundesländer seit etwa 2010 sowohl rechtlich als auch organisatorisch deutlich ausgebaut haben.⁴⁴ Anders als etwa das Nichtschülerabitur knüpft er nicht an schulische, sondern an berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten an. Dies entspricht dem von der EU geförderten Leitbild des „lebenslangen Lernens“.⁴⁵ Hinter der Öffnung der Hochschulen für Beruflich Qualifizierte steht die Vorstellung, dass berufliche Bildung prinzipiell geeignet ist, die für ein Studium erforderlichen Kenntnisse zu vermitteln. Empirische Studien scheinen dieses Konzept zu bestätigen,⁴⁶ wobei sich abzeichnet, dass gerade die ersten Semester und die Anerkennung innerhalb der Hochschule, etwa seitens der Lehrenden, darüber entscheiden, ob das Studium erfolgreich fortgeführt wird.⁴⁷ Auch eine längere berufliche Vorerfahrung korreliert positiv mit dem Studienerfolg.⁴⁸

Die KMK gab mit ihrem Beschluss vom 6. März 2009 einen Rahmen vor, der zwischen sog. Aufstiegsfortbildungen und sonstigen Berufsausbildungen unterscheidet: Die allgemeine Hochschulzugangsberechtigung erhalten Inhaber von Abschlüssen der beruflichen Aufstiegsfortbildung (v.a. Meister, Inhaber von Abschlüssen

von Fachschulen etc.). Die fachgebundene Hochschulzugangsberechtigung steht sonstigen beruflich qualifizierten Bewerbern zu, sofern sie

1. einen Abschluss einer nach Berufsbildungsgesetz bzw. Handwerksordnung und durch Bundes- oder Landesrecht geregelten mindestens zweijährigen Berufsausbildung in einem zum angestrebten Studiengang affinen Bereich und mindestens dreijährige Berufspraxis in einem zum Studiengang affinen Bereich nachweisen (für Stipendiaten des Aufstiegsstipendienprogramms des Bundes reichen zwei Jahre aus) und
2. über den erfolgreichen Abschluss eines Eignungsfeststellungsverfahrens, das durch eine Hochschule oder staatliche Stelle auf der Grundlage einer Prüfungsordnung durchgeführt wird, nachweisen; alternativ genügt hier auch ein erfolgreiches Probestudium.

Die Länder haben diese Rahmenregelung inzwischen konkretisiert.⁴⁹ Ein Eignungsfeststellungsverfahren sehen Baden-Württemberg, Bayern (je nach Studiengang), Berlin (nur falls keine fachliche Nähe zum angestrebten Studiengang besteht), Bremen (bei mindestens fünfjähriger Berufstätigkeit auf Wunsch auch Probestudium), Hamburg (ggf. ersetzbar durch Probestudium), Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen (bei nicht fachverwandtem Studium), Saarland (nach Berufsausbildung mit Abschlussnote 2,5 oder besser und Probestudium), Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen vor. Das Probestudium existiert in Bayern (je nach Studiengang), Bremen (bei mindestens fünfjähriger Berufstätigkeit), Hamburg (ggf. als Ersatz der Eignungsfeststellungsprüfung), Nordrhein-Westfalen (soweit Studiengang nicht zulassungsbeschränkt), im Saarland, in Sachsen-Anhalt und in Schleswig-Holstein

43 § 58 Abs. 2 Nr. 9 HG BW; § 9 Abs. 3 S. 2 BbgHG; § 38 Abs. 5 HH HG; § 27 Abs. 3 HSG LSA.

44 Vgl. hierzu grds. A. Wolter, Von der Öffnung des Hochschulzugangs zur offenen Hochschule, Der Hochschulzugang für Berufstätige im Wandel, RdJB 2015, 291 (291 ff.); Lindner (Fn. 6), Rn. 88 ff.

45 Vgl. J. Ennuschat, Europäische Impulse zur Entstaatlichung des Bildungswesens, WissR 2003, 186 (195 f.); Bericht des Rates (Bildung) an den Europäischen Rat über die konkreten künftigen Ziele der Systeme der Allgemeinen und Beruflichen Bildung, 5980/01 Educ 23, S. 11 ff. Vgl. zum lebenslangen Lernen: A. Hüfner, Das bildungspolitische Konzept der Kultusministerkonferenz zum lebenslangen Lernen im Kontext staatlicher Bildungspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, BuE 2013, 385 (385 ff.).

46 So seien Abbruchquote und Studienerfolg schulischer und nicht traditioneller Studierender ähnlich. M.w.N. G. Dahm/C. Kerst, Wie erfolgreich sind Studierende mit und ohne Abitur?, Ein bundesweiter Vergleich zu Studienerfolg und Studienleistungen, DZHW Brief, 3/2019.

47 Vgl. G. Dahm, C. Kamm, C. Kerst, A. Otto, A. Wolter, Ohne Abitur an der Hochschule – Studienstrategien und Studienerfolg von nicht-traditionellen Studierenden, in: I. Buß, M. Erbsland,

P. Rahn, P. Pohlenz, Öffnung von Hochschulen: Impulse zur Weiterentwicklung von Studienangeboten, 2018, S. 157 (182); K. Engenhorst, Anerkennung als wesentlicher Faktor zur Förderung von Lernerfolg nicht-traditioneller Studierender, in: N. Sturm, Anerkennung als wesentlicher Faktor zur Förderung von Lernerfolg nicht-traditioneller Studierender, 2020, S. 133 (149).

48 T. Grendel/H. Lübke/L. Haußmann, Effekte der Dauer und der Qualität berufspraktischer Vorerfahrungen auf den Studienerfolg beruflich Qualifizierter, Beiträge zur Hochschulforschung, 36. Jahrgang, 4/2014, 40 (58). Hinzu kommen weitere Faktoren, bei Teilzeit-Studierenden etwa die Akzeptanz und die Unterstützung ihrer Arbeitgeber. L. Hillebrecht, Studienerfolg von berufsbegleitend Studierenden Entwicklung und Validierung eines Erklärungsmodells, 2019, S. 300 f.

49 Vgl. § 58 Abs. 2 HG BW; Art. 45 BayHG; § 11 BerlHG; § 9 Abs. 2 BbgHG; § 33 Abs. 3a und 5 BremHG; § 37 Abs. 1, § 38 HH HG; § 60 Abs. 6 HessHG i.V.m. Verordnung über den Zugang beruflich Qualifizierter zu den Hochschulen in Hessen; § 18 Abs. 1, § 19 HG M-V; § 18 Abs. 4 NHG; § 49 Abs. 4 HG NRW i.V.m. BBHZVO; § 41 Abs. 4 KHG NRW; § 65 Abs. 2 HG RLP; § 77 Abs. 3, 5 SaarlHSG; § 17 Abs. 3 bis 5 SächsHG; § 27 Abs. 2 bis 5 HSG LSA; § 39 Abs. 2 bis 4 HSG SH; § 67 Abs. 1, § 69 ThürHG.

(nach Maßgabe der Hochschule). Ergänzend ist teilweise ein Beratungsgespräch vorgesehen.⁵⁰ Weder Eignungsfeststellung noch Probestudium sind erforderlich in Brandenburg und Niedersachsen. In Rheinland-Pfalz wird inzwischen bei Vorliegen eines Berufsabschlusses mit mindestens der Abschlussnote 2,5 oder besser auf die Eignungsfeststellungsprüfung und auf die Berufspraxis verzichtet.⁵¹

Die Eignungsfeststellungsprüfung für beruflich Qualifizierte schreibt – soziologisch betrachtet – die „Gatekeeper-Funktion“ der Hochschule fort; vielfach wird sie als „persönliche[s] Abitur-Äquivalent“ betrachtet.⁵² Der Wissenschaftsrat empfahl 2014, Berufsabschlüsse generell als Hochschulzugangsberechtigung anzuerkennen und damit auf die – in der Praxis komplizierte – Prüfung der Fachbindung zu verzichten.⁵³ Perspektivisch ist jedenfalls weiterer Anpassungsbedarf ersichtlich. So ist es kaum nachvollziehbar, dass bestimmte Ausbildungen, etwa solche, die nach den Empfehlungen der Deutschen Krankenhausgesellschaft absolviert worden sind und auf anerkannten Fachstandards beruhen, nicht in den Anwendungsbereich des Hochschulzugangs für Beruflich Qualifizierte fallen, da sie nicht explizit durch Bundes- oder Landesrecht geregelt sind.⁵⁴

Schließlich kann der Hochschulzugang auch nach einer individuellen Prüfung studiengangspezifisch (also nicht generell fachgebunden) durch die Hochschule eröffnet werden. Dies setzt – je nach Bundesland – neben einer entsprechenden Berufsausbildung und einer daran anknüpfenden Berufstätigkeit von regelmäßig drei Jahren (bzw. entsprechenden Kindererziehungszeiten) wiederum eine Eingangsprüfung oder ein erfolgreiches Probestudium voraus. Hierbei handelt es sich um Vorläufer

der Regelungen über den Hochschulzugang beruflich Qualifizierter. Eine solche Abweichung vom Vorliegen der traditionellen Hochschulzugangsberechtigung für besondere Studiengänge sehen derzeit noch die meisten Bundesländer vor.⁵⁵ Die Einzelheiten bestimmen die Hochschulen.

cc. Eignungsprüfung und weitere Leistungsnachweise

Neben – oder z.T. sogar anstelle der Hochschulzugangsberechtigung⁵⁶ – muss für einige Studiengänge auch eine besondere Eignung nachgewiesen werden.⁵⁷ Dies betrifft vor allem künstlerische bzw. musische Studiengänge oder das Sportstudium. Hintergrund ist, dass die erforderliche Eignung hierfür in der schulischen Hochschulzugangsberechtigung regelmäßig nur unzureichend abgebildet wird. Wer sich als geeignet erwiesen hat, kann aber – falls es einen Überhang geeigneter Bewerber gibt – noch im Zulassungsverfahren scheitern. Insbesondere muss im Rahmen der zulassungsrechtlichen Auswahlentscheidung die Eignung nicht erneut berücksichtigt werden.⁵⁸

Seit Langem wird versucht, das Erfordernis der Eignung auch auf andere Studiengänge zu übertragen, zum Teil als „Abitur plus“ bezeichnet.⁵⁹ Die Gerichte waren hier bislang kritisch und machten den Rückgriff auf Eignungsprüfungen davon abhängig, dass der Studiengang nachweislich besondere Fähigkeiten voraussetzt. So führt der VGH Bayern im Zusammenhang mit dem Zugang zu grundständigen Studiengängen aus, dass Eignungsfeststellungsverfahren nicht „die vom Gesetzgeber als Regelfall konzipierte Hochschulreife aushöhlen“ dürften und auch keine „über die Anforderungen des Studiengangs hinausgehende ‚Niveaupflege‘“ gestatten.⁶⁰

50 Etwa in Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hamburg (nach Wahl der Hochschule), Nordrhein-Westfalen („sollen“), Rheinland-Pfalz (nach Wahl der Hochschule), im Saarland, in Sachsen und Thüringen.

51 § 65 Abs. 2 S. 1 HochschulG Rheinland-Pfalz, vgl. Landtag Rheinland-Pfalz, Drs. 17/11430, 206 f.

52 S. Schreiber-Barsch/H. Gundlach, „Du kannst doch MEHR!“ – Studierfähigkeit als Bewertungskriterium im Hochschulzugang: Validierungsverfahren zwischen subjektiver Deutung und hochschulischem Gatekeeping, ZfW 2019 (42), 69 (91 f.).

53 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Gestaltung des Verhältnisses von beruflicher und akademischer Bildung, Erster Teil, Drs. 3818-14, 13, 89 f.

54 Einige Bundesländer, etwa Bayern, stellen die Ausbildungen inzwischen den nach Bundes- oder Landesrecht geregelten gleich. Vgl. § 29 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 QualifikationsVO Bayern.

55 Vgl. statt vieler § 58 Abs. 2 Nr. 6 HG BW.

56 Vgl. § 58 Abs. 2 Nr. 7 HG BW; Art. 44 Abs. 1, 2 BayHG; § 10 Abs. 4 BerlHGG § 9 Abs. 4 BbgHG; § 33 Abs. 2 BremHG; § 37 Abs. 3,

4 HH HG; § 60 Abs. 4 HessHG; § 18 Abs. 3 HG M-V; § 18 Abs. 5 NHG; § 49 Abs. 11 HG NRW; § 41 Abs. 11 KHG NRW; § 66 Abs. 1 HG RLP; § 17 Abs. 11 SächsHG; § 39 Abs. 6 HSG SH; § 68 Abs. 3 ThürHG.

57 Vgl. § 58 Abs. 6 HG BW; Art. 44 Abs. 1 bis 3 BayHG; § 10 Abs. 4 bis 5 BerlHG; § 9 Abs. 4 BbgHG; § 33 Abs. 2 BremHG; § 37 Abs. 3, 4 HH HG; § 60 Abs. 4 HessHG; § 18 Abs. 3 HG M-V; § 18 Abs. 5 NHG; § 49 Abs. 7, 11 HG NRW; § 41 Abs. 7, 11 KHG NRW; § 66 Abs. 1 HG RLP; § 77 Abs. 7 SaarHSG; § 17 Abs. 9, 11 SächsHG; § 27 Abs. 2 S. 3 HSG LSA; § 39 Abs. 6 HSG SH; § 68 Abs. 2 ThürHG.

58 VG Münster, Beschl. v. 19.5.2021 – 9 L 923/20 –, juris, Rn. 29 ff.

59 V. M. Haug, in: ders., Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2020, Rn. 1325.

60 Eignungsfeststellungsverfahren seien „zur Vermeidung einer hohen Misserfolgs- oder Abbrecherquote nur zulässig, soweit das Studium besondere Anforderungen stellt, bezüglich derer die Abiturnote allein nur begrenzte Aussagekraft hat“. BayVGH, Beschl. v. 2.2.2012 – 7 CE 11.3019 –, juris, Rn. 23.

Gleichwohl ist es vielfach gelungen, dieses Erfordernis zu begründen und Eignungsfeststellungsverfahren zu etablieren.⁶¹

In Studiengängen, die besondere Vorbildungen, eine spezifische Eignung oder praktische berufspraktische Erfahrung erfordern, kann die Eröffnung des Hochschulzugangs vom Nachweis dieser Qualifikationen abhängig gemacht werden. Entsprechende Regelungen, die alle Hochschulgesetze vorsehen,⁶² finden sich beispielsweise im Bereich der Pflege-Studiengänge oder der Hebammenwissenschaft. Es werden vielfach Praktika oder sogar abgeschlossene Ausbildungen vorausgesetzt.⁶³

dd. Ausländische Zugangsberechtigungen

Die Eröffnung des Hochschulzugangs hängt vom Staat ihres Erwerbs, nicht von der Nationalität des Erwerbenden ab. Eine nach deutschem Recht erworbene Qualifikation eröffnet in allen Bundesländern den Hochschulzugang.⁶⁴ Handelt es sich um nicht-Deutsche, so werden sie zu sog. „Bildungsinländern“. Auch im sich vielfach anschließenden Zulassungsverfahren sind sie Deutschen gleichgestellt, nehmen also z.B. an der Verteilung in den sog. Hauptquoten, nicht aber der Quote für Drittstaatler, teil.

Im Ausland erworbene Zugangsberechtigungen qualifizieren dagegen – selbst wenn sie von deutschen Staatsangehörigen erworben werden, nur unter bestimmten Anforderungen zum Studium – wenn sie nämlich als gleichwertig anerkannt sind. Hier wird zwischen dem unmittelbaren, also einem vollkommen den Anforderungen entsprechenden, und dem mittelbaren Hochschulzugang unterschieden, bei dem die vorgelegten Vorbildungsnachweise alleine (noch) nicht zur Aufnahme des Studiums befähigen. In diesem Falle kann ein Studienkolleg besucht werden, das mit einer Feststellungsprüfung abschließt.

Ob eine gleichwertige Hochschulzugangsberechtigung vorliegt, richtet sich nach den bildungspolitischen Rahmenbedingungen. Hier ist zu beachten, ob es sich um Abschlüsse eines Staates handelt, der Mitglied des Übereinkommens über die Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region vom 11. April 1997 (Lissabon-Konvention)⁶⁵ ist. Dies regelt die Anerkennung von Studienzeiten, Abschlüssen und Graden und trägt damit zur Entstehung eines einheitlichen Europäischen Hochschulraumes bei.⁶⁶ Jede Vertragspartei erkennt für den Zweck des Zugangs zu den zu ihrem Hochschulsystem gehörenden Programmen grundsätzlich die von den anderen Vertragsparteien ausgestellten Qualifikationen an, welche die allgemeinen Voraussetzungen für den Zugang zur Hochschulbildung in diesen Staaten erfüllen, Art. IV.1 Konvention. Die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Zeugnisse wird unterstellt.⁶⁷ Die Anwendung der Lissabon-Konvention bewirkt also – im Gegensatz zu anderen Gleichwertigkeitsvereinbarungen – eine Beweislastumkehr zugunsten des Bewerbers und bestimmt, dass unwesentliche Unterschiede zwischen Bildungssystemen anerkannt werden müssen, selbst wenn nach herkömmlicher Betrachtung völlige Gleichwertigkeit vorliegt.⁶⁸

Wesentliche Unterschiede zwischen den Zugangssystemen stehen der Anerkennung allerdings entgegen, sofern diese in dem anerkennenden Staat nachgewiesen werden, Art. IV.1 und 3 der Lissabon-Konvention. Um festzustellen, ob ein solcher Unterschied zwischen den Bildungssystemen vorliegt, greifen die Behörden auf die Erkenntnisse aus der ANABIN-Datenbank der Zentralstelle für das ausländische Bildungswesen (ZAB) der KMK zurück. Den Bewertungsvorschlägen kommt der Charakter eines „antizipierten Sachverständigengutachtens“ zu.⁶⁹ Das bedeutet, dass die Normanwender, etwa Behörden oder Gerichte, sich darüber nur hinwegsetzen

61 So etwa an der TU München. Hier findet in vielen Studiengängen ein zweistufiges Eignungsfeststellungsverfahren statt; dabei wird zunächst pro Bewerber aus schulischen und außerschulischen Qualifikationen ein Punktwert (bis zu 100 Punkte) ermittelt. Liegt dieser – je nach Studiengang – z.B. bei 74 oder mehr Punkten, gilt die Person als geeignet, liegt sie bei 59 oder weniger Punkten, gilt sie nicht als geeignet. Für das mittlere Segment finden dann in einem zweiten Schritt Auswahlgespräche statt. Vgl. Satzung über die Eignungsfeststellung für den Bachelorstudiengang Gesundheitswissenschaft an der TU München v. 13.5.2022, verfügbar unter www.tum.de (31.5.2022).

62 Vgl. etwa § 49 Abs. 7 HG NRW.

63 Vgl. zum Ganzen M. Bode, Linderung in Sicht? Zugang und Zulassung zu Pflegestudiengängen und zum Medizinstudium vor dem Hintergrund des „Pflegenotstandes“, in: R. Lehner, Die Zukunft der Gesundheitsberufe in Bildung und Migration, ineges-Tagung Sep. 2021 (im Erscheinen),

64 Vgl. etwa § 58 Abs. 2 Nr. 10 HG BW.

65 Zur Interpretation vgl. auch BT-Drs. 16/1291, 27 ff. Vgl. Lindner (Fn. 6), Rn. 41.

66 Vgl. hierzu W.-D. Wenzel, Das Übereinkommen über die Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region (sog. Lissabon-Konvention) und seine Auswirkungen auf den rechtswissenschaftlichen Bereich, ThürVBl. 2003, 203 (203 ff.).

67 Zugleich bleibt es den aufnehmenden Staaten unbenommen, besondere Zugangsvoraussetzungen bzw. Fachbindungen vorzusehen oder Zulassungsverfahren durchführen, die auch im Ausgangsstaat üblich sind, Art. IV.3 und 4 Lissabon-Konvention.

68 Vgl. in Bezug auf die Zulassung zum Master VG Bremen, Beschl. v. 18.2.2011 – 5 V 1331/10 –, juris, Rn. 15.

69 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.2.2010 – OVG 5 S 3.10 –, juris, Orientierungssatz. OVG Berlin-Brandenburg (5. Senat), Beschl. v. 9.7.2018 – OVG 5 S 1.18 = BeckRS 2018, 15491; Beschl. v. 7.3.2022 – 7 ZB 20.197 –, juris, Rn. 13; VG Magdeburg (7. Kammer), Urt. v. 26.9.2018 – 7 A 750/16 = BeckRS 2018, 47512.

dürfen, soweit die Empfehlungen „methodisch zweifelhaft oder sachlich überholt“ sind bzw. falls „im jeweiligen Einzelfall Besonderheiten auftreten, die erkennbar nicht bedacht worden sind“.⁷⁰ Soweit ausländische Schulabschlüsse in der Datenbank nicht geführt werden, ist „im Einzelfall“ zu entscheiden, ob eine Anerkennung erfolgt.⁷¹

Wesentliche Unterschiede können entweder in strukturellen Unterschieden der Bildungssysteme oder in individuellen Abweichungen liegen: Als wesentlicher Unterschied ist es etwa zu bewerten, dass in Großbritannien weder die Allgemeine noch die Fachgebundene Hochschulreife als Abschlüsse vorgesehen sind und die Hochschulen auf Grundlage der von ihnen selbst formulierten Anforderungen über den Zugang entscheiden.⁷² Ein englisches General Certificate of Education (GCE A/AS) darf somit nicht als dem deutschen Abitur gleichwertig anerkannt werden, sofern keine erfolgreiche Teilnahme an den Fächern Mathematik oder einer der Naturwissenschaften Biologie, Chemie oder Physik erfolgt ist.⁷³ Das Nachholen entsprechender Kurse ist grundsätzlich möglich.⁷⁴ Ein solcher wesentlicher Unterschied ist auch dann gegeben, wenn ein ausländischer Abschluss nicht im Rahmen der im Ausland hierfür vorgesehenen Sprachen, etwa auf Englisch oder Maori, sondern in deutscher Sprache erworben wurde. Daran ändert es auch nichts, dass für eine deutsche Hochschulzugangsberechtigung der Erwerb auf Deutsch ebenfalls möglich wäre; Sinn der Regelung ist nämlich die Gleichbehandlung ausländischer Abschlüsse, nicht der Schutz unter Umgehung der jeweiligen nationalen Regelungen erworbener Qualifikationen.⁷⁵

Soweit die Lissabon-Konvention im Verhältnis zum

Herkunftsstaat eines Bewerbers nicht anwendbar ist,⁷⁶ findet die vom Europarat initiierte Europäische Konvention über die Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse vom 11. Dezember 1953⁷⁷, Anwendung, sofern die betroffenen Staaten sich unter den 38 Mitgliedstaaten befinden, die bis in das Jahr 2002 beigetreten sind, darunter Litauen, Neuseeland und Russland. Als Grundlage der Bewertung werden zwar ebenfalls die Vorgaben aus ANABIN herangezogen, allerdings findet keine Beweislastumkehr statt, und die Verweigerung der Anerkennung ist auch nicht auf wesentliche Unterschiede beschränkt.

c. Der „Wert“ einer Hochschulzugangsberechtigung

Liegt nach alledem eine Hochschulzugangsberechtigung vor, die zum Studium berechtigt, und sind die sonstigen Formalvoraussetzungen eingehalten, etwa Fristen oder das Erfordernis einer Beteiligung am Dialogorientierten Serviceverfahren (DoSV), so kann die betroffene Person die Immatrikulation beantragen,⁷⁸ sofern es sich um einen zulassungsfreien Studiengang handelt. Geht es dagegen um einen zulassungsbeschränkten Studiengang, so genügt die dichotome, also mit „ja“ oder „nein“ zusammenfassende Feststellung über den Hochschulzugang nicht; vielmehr muss eine Auswahl zwischen konkurrierenden Bewerbern getroffen werden; dies ist die Aufgabe des Hochschulzulassungsrechts. Dieses greift regelmäßig unter anderem auf Informationen zurück, welche in der Zugangsberechtigung bereits angelegt sind. Daneben stehen unabhängige Kriterien, etwa Studierfähigkeitstests oder berufliche Abschlüsse, worauf hier nicht näher eingegangen werden soll.⁷⁹

Gegenwärtig – aber nur vorübergehend – sinkt der Anteil der zulassungsbeschränkten Studiengänge,⁸⁰

70 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.3.2022 – 7 ZB 20.197 –, juris, Rn. 13; BayVG, Beschl. v. 25.1.2022 – 7 CE 21.2684 –, juris, Rn. 6.

71 Es ging um einen Waldorf-Schul-Abschluss. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.3.2022 – 7 ZB 20.197 –, juris, Rn. 15.

72 Die Notwendigkeit eines ausdrücklichen Ausschlusses Großbritanniens von der gegenseitigen Anerkennungspraxis ergibt sich daraus nicht. Auch aus der Unionsbürgerschaft und der Freizügigkeit nach den Art. 20, 21 AEUV folgt angesichts der Kompetenzbeschränkungen im Art. 165 Abs. 1 AEUV keine Pflicht, in anderen Mitgliedstaaten erworbene schulische Qualifikationen anzuerkennen. OVG HH, Beschl. v. 25.8.2010 – 1 Bf 94/10.Z –, juris, Rn. 6, 11 = NVwZ-RR 2010, 975 f. Vgl. auch in Bezug auf die Anerkennung von Abschlüssen VG Dresden, Urt. v. 24.8.2009 – 5 K 1579/08 –, juris.

73 Es ist insofern unerheblich, dass es in Deutschland auch ausreicht, wenn diese Fächer lediglich mit „mangelhaft“ bewertet worden sind; denn insoweit dürfen zumindest Grundkenntnisse angenommen werden. OVG Berlin-Brandenburg (5. Senat), Beschl. v. 9.7.2018 – OVG 5 S 1.18 = BeckRS 2018, 15491.

74 VG Magdeburg (7. Kammer), Urt. v. 26.9.2018 – 7 A 750/16 =

BeckRS 2018, 47512.

75 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.3.2022 – 7 ZB 20.197 –, juris, Rn. 20.

76 Vertragsparteien der Lissabon-Konvention, die gleichzeitig Vertragsparteien der Europäischen Konvention über die Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse sind, a) wenden in ihren gegenseitigen Beziehungen nur das vorliegende Übereinkommen an; b) wenden die Europäische Konvention über die Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse, deren Vertragspartei sie sind, in ihren Beziehungen zu anderen Staaten, die ebenfalls Vertragsparteien jener Übereinkunft, nicht aber der Lissabon-Konvention sind, weiterhin an. Vgl. Art. XI.4 Abs. 1 Lissabon-Konvention.

77 Vgl. Lindner, (Fn. 6), Rn. 40.

78 Vgl. Lindner (Fn. 6), Rn. 152 f.

79 Vgl. Bode (Fn. 17), Rn. 273 ff.

80 Von den ca. 10.920 grundständigen Studienangeboten aller Hochschularten wiesen etwa 6.480 im WiSe 2021/22 keine Zulassungsbeschränkung auf, ca. 830 setzten eine Eignungsprüfung voraus, die übrigen, also rund 3.610, waren zulassungsbeschränkt. HRK, Statistiken zur Hochschulpolitik 1/2021, 2021, S. 10, 68.

während die Zahl der Studienangebote in Deutschland absolut betrachtet ansteigt.⁸¹ Gerade die bewerberstarken „traditionellen“ Fächer wie Medizin, Jura und Ökonomie sind aber ganz überwiegend nach wie vor zulassungsbeschränkt.

Diese drei Kriterien, die dabei herangezogen werden, sind erstens das Gesamtergebnis der Hochschulzugangsberechtigung für das gewählte Studium, wobei auf Note oder Punkte abgestellt werden kann, vgl. Art. 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 1a Staatsvertrag über die Hochschulzulassung (StV). Während traditionell auf die Dezimalnoten (z.B. 1,0 bzw. 1,1 u.s.w.) zurückgegriffen wird, werden im Zentralen Verfahren für die Human-, Zahn- und Tiermedizin sowie die Pharmazie nun auf die Einzelpunkte (840 bzw. 900 Punkte abzüglich der Bestehensgrenze von 280 bzw. 300 Punkten) herangezogen.⁸² Zweitens kann auf gewichtete Einzelnoten der Hochschulzugangsberechtigung abgestellt werden, die über die fachspezifische Eignung Auskunft geben, vgl. Art. 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 1b StV. Dies setzt voraus, dass Einzelnoten, etwa der Leistungs- bzw. der K-Kurse, überhaupt ausgewiesen sind. Soweit dies der Fall ist, stellt sich die Frage, ob die Note als solche herangezogen wird oder allein der Umstand zählt, dass das entsprechende Fach mit besonderem Schwerpunkt belegt worden ist.

Drittens kann auch auf den Zeitpunkt des Erwerbs der Qualifikation abgestellt werden. Die ist immer dann der Fall, wenn es um eine Zulassung nach Wartezeit geht, die nach wie vor in vielen Bundesländern, jedoch nicht mehr im Zentralen Verfahren vorgesehen ist. Nach Kritik des BVerfG ist diese auf maximal sieben Halbjahre zu beschränken, da eine längere Wartezeit als Zulassungskriterium „dysfunktional“ sei.⁸³ Die Wartezeit knüpft an den Zeitpunkt des Erwerbs der Hochschulzugangsberechtigung an. Allerdings kann dieser Wert durch andere Faktoren beeinflusst werden. So gelten etwa Studiensemester an einer deutschen Hochschule nicht als Wartezeit im Sinne des Zulassungsrechts;⁸⁴ z.T. wird dies auch für Studienzeiten an Hochschulen eines

Mitgliedstaates der Europäischen Union oder anderer Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums angenommen.⁸⁵

Für die oben dargestellten besonderen Arten von Hochschulzugangsberechtigungen kann sich die Bestimmung dieser Werte als schwierig erweisen. Hinsichtlich der Fachhochschulreife wird auf die zumeist ausgewiesene Note des schulischen Teils abgestellt, und bei den Fachfortbildungen, etwa dem Meister, ist die Gesamtnote heranzuziehen. Bei den übrigen Beruflich Qualifizierten erfolgt die Notenberechnung – je nach landesrechtlichen Vorgaben – auf unterschiedliche Weise. Die Note bestimmt sich entweder nach dem Ergebnis der beruflichen Fortbildungen oder, falls vorgesehen, dem Ergebnis einer Eignungsprüfung. Die Wartezeit bestimmt sich überwiegend nach dem Zeitpunkt, zu dem die Hochschulzugangsberechtigung „vollwertig“ vorlag; dies ist etwa dann der Fall, wenn die beruflichen Tätigkeiten im erforderlichen Umfang nachweisbar erbracht worden sind oder ein Beratungsgespräch durchgeführt worden ist.

Auch bei im Ausland erworbenen Hochschulzugangsberechtigungen fällt die Bestimmung einer Note regelmäßig schwer, denn bereits die Notenskala ist – soweit überhaupt eine Note ausgewiesen wird⁸⁶ – vielfach eine unterschiedliche. Um diese dem deutschen System anzugleichen, wird die sog. modifizierte Bayerische Formel herangezogen.⁸⁷ Besonderheiten gelten für Feststellungsprüfungen.⁸⁸ Vergleichsweise einfach ist dagegen der Zeitpunkt des Erwerbs der Hochschulzugangsberechtigung zu bestimmen. Es handelt sich regelmäßig um das Datum, zu dem die Voraussetzungen für den Hochschulzugang in Bezug auf den konkreten Bewerber erstmals vorlagen.

Unabhängig hiervon hat das BVerfG bestimmt, dass – zumindest in stark nachgefragten Studiengängen – die Note der Hochschulzugangsberechtigung um föderalistische Unterschiede zu bereinigen ist. Hier schließt sich ein kompliziertes Verrechnungsverfahren unter Rück-

81 Von 11.265 zum WiSe 2007/08 auf 20.951 zum WiSe 2021/22. HRK, Statistiken zur Hochschulpolitik 1/2021, 2021, S. 10. Aber auch die Zahl der Zugangsberechtigten wird in den kommenden Jahren ansteigen. Vgl. KMK, Statistische Veröffentlichungen Nr. 230, Vorausberechnung der Zahl der Schüler/-innen und Absolvierenden 2020 bis 2035, 2021.

82 Kritisch dazu Bode (Fn. 17), Rn. 650 ff.

83 BVerfGE 147, 253 (308 f., 351).

84 Statt vieler: § 6 Abs. 1 S. 4 HG BW.

85 § 14 Abs. 6 HochschulzulassungsVO Berlin.

86 Können ausländische Bildungsnachweise nur indirekt und ohne Notennachweis belegt werden, werden sie mit der untersten Bestehensnote in die Berechnung einbezogen.

87 Vereinfacht besagt sie: Maximalnote minus erreichter Note, geteilt durch Maximalnote verringert um unterste Bestehensnote; das Ergebnis wird mit drei multipliziert und mit eins addiert. „Vereinbarung über die Festsetzung der Gesamtnote bei ausländischen Hochschulzugangszugnissen“, Beschluss der KMK v. 15.3.1991 i.d.F. v. 18.11.2004; vgl. VG Cottbus, Urt. v. 15.11.2006 – 1 K 41/02 –, juris.

88 Soweit der Hochschulzugang erst durch das Bestehen einer Feststellungsprüfung eröffnet wird, ist die Gesamtnote durch die Bildung des arithmetischen Mittels aus der Note der ausländischen Bildungsnachweise und der jeweils abgelegten Prüfung zu errechnen. Beschluss der KMK v. 15.3.1991 i.d.F. v. 12.9.2013, Nr. 1 Abs. 3.

griff auf den Anteil der Länder an den Studienplatzressourcen, den bundesweiten Rangplatz des Bewerbers und Weiteres an.⁸⁹ Hieraus ergibt sich also eine bewerbungsspezifische Anpassung des ausgewiesenen Wertes, die dazu führen kann, dass aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit eine nominal geringwertigere einer höherwertigeren Hochschulzugangsberechtigung vorgezogen wird. Schließlich können im Rahmen des Zulassungsverfahrens Notenwerte oder Wartezeiten auch verbessert werden, wenn dies zum Ausgleich eines erlittenen, nicht selbst zu vertretenden Umstandes erforderlich ist.⁹⁰

Es wird deutlich, dass der „Wert“ einer Hochschulzugangsberechtigung in vielen Fällen, vor allem im Bereich der allgemeinen Hochschulzugangsberechtigungen, relativ einfach zu bestimmen ist; in einigen Konstellationen, insbesondere, sofern bereits studiert worden ist oder soweit Qualifikationsnachweise Beruflich Qualifizierter oder ausländischer Studierender betroffen sind, kann sich die Bestimmung als sehr kompliziert erweisen. Wenn darüber auf Grundlage des Hochschulrechts entschieden wird, etwa in Bezug auf Fachbindungen, Eignungsprüfungen oder Beratungsgesprächen, ist die Entscheidung vielschichtig und kann sogar zu divergenten Prüfungsergebnissen führen, wenn beispielsweise der Hochschulzugang für das gleiche Studienangebot an unterschiedlichen Hochschulen eröffnet bzw. verschlossen ist bzw. der „Wert“ der Berechtigung voneinander abweicht. Insofern handelt es sich hierbei nicht um eine absolute bzw. universelle Legitimation. Vielmehr ist die Eröffnung des Hochschulzugangs relativ zum begehrten Studium und der gewählten Hochschule zu sehen.

3. Hochschulzugang zu weiterführenden Studiengängen

Die Rahmenbedingungen des Masterzugangs sind landesgesetzlich geregelt.⁹¹ Voraussetzung für den Zugang zum Masterstudiengang ist bundesweit zunächst ein ers-

ter berufsqualifizierender Hochschulabschluss. Hinzu kommen – je nach Land bzw. Hochschule unterschiedliche – zusätzliche Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen. Wie weit hier die Note und zusätzlich oder alternativ weitere inhaltliche Eignungs- und Qualifikationskriterien herangezogen werden, unterscheidet sich von Bundesland zu Bundesland und vielfach auch zwischen den Hochschulen.

a. Erster berufsqualifizierender Hochschulabschluss

Die erste Berufsqualifikation in Form eines Hochschulabschlusses ist in aller Regel der Bachelor. Allerdings können auch Staatsexamen, Magister, Diplom oder ein kirchlicher Abschluss nach einem Studium an einer staatlich anerkannten Hochschule zu einem Masterstudiengang berechtigen.⁹² Es kommt nicht darauf an, ob der Abschluss an einer Fachhochschule oder einer Universität erworben worden ist. Anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn der Fachhochschulabschluss „wesensverschieden vom Universitätsabschluss in der gleichen Materie ist und eine wesentliche Verwandtschaft zwischen beiden kaum noch besteht“.⁹³ Unzulässig ist es außerdem, Zugangsvoraussetzungen so zu gestalten, dass praktisch nur eigene Absolventen Zugang finden. Dies wäre der Fall, wenn Prüfungen oder Module vorausgesetzt werden, die nur die eigene Hochschule anbietet.⁹⁴

Es ist nicht erforderlich, dass ein identischer Studienabschluss vorliegt; vielmehr kommt es auf die Vergleichbarkeit an. In diesem Sinne gleichwertig sind Hochschulabschlüsse dann, wenn ihre Regelstudienzeit mindestens drei Jahre umfasst bzw. bei einem Kompaktstudiengang mindestens 180 ECTS beträgt.⁹⁵ Der vollwertig erbrachte Hochschulabschluss ist unverzichtbar und kann auch nicht durch andere Qualifikationen, etwa Fortbildungen⁹⁶ oder Kompetenzen nach dem Deutschen Qualifikationsrahmen für lebenslanges Lernen

89 BVerfGE 147, 253 (338); M. Bode, Zwischen Realität und Utopie, Die „Numerus clausus III“-Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173 (173 ff.); ders., Nach Numerus clausus III: Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Hochschulzulassungsrechts, NVwZ (im Erscheinen).

90 Bode (Fn. 17), Rn. 877 ff., 1014 ff.

91 Vgl. § 59 Abs. 1 S. 2 HG BW; Art. 43 Abs. 5, 6 BayHG; § 10 Abs. 5, 5a BerlHG; § 9 Abs. 5, 6 BbgHG; § 32 Abs. 6, 8 BremHG; § 39 HG HH; § 16, § 20 Abs. 2 Nr. 14 HessHG i.V.m. Satzungen der Hochschulen; § 18 Abs. 4 HG M-V i.V.m. Satzungen der Hochschulen; § 18 Abs. 8 NHG; § 49 Abs. 6 HG NRW; § 41 Abs. 6 KHG NRW; § 19 Abs. 2 HG RLP; § 77 Abs. 6 SaarHG; § 17 Abs. 10 SächsHG; § 27 Abs. 7 und 8 HG LSA; § 49 Abs. 4 bis 6 HSG S-H; § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ThürHG.

92 J. Hofmann, in: C. von Coelln/V. Haug, BeckOK Hochschulrecht

Baden-Württemberg, 14. Edition, § 59 Rn. 12.

93 C. Ernst/J. A. Kämmerer, Berufsfreiheit im Bologna-Prozess. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Zugang zu Bachelor und Master, RdJB 2011, 297 (310).

94 A. Musil, Aktuelle Rechtsprobleme der Masterzulassung in Deutschland, RdJB 2014, 400 (407 f.).

95 C. Colditz, in: C. von Coelln/A. Pautsch, BeckOK Hochschulrecht Niedersachsen, 14. Edition, § 14 Rn. 35.

96 Vgl. E. Albrecht/A. Drescher, in: L. Knopp/F.-J. Peine/H. Topel, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 63 f. Vgl. zur jeweiligen landesspezifischen Rechtslage VG Karlsruhe, Urt. v. 29.1.2015 – 7 K 3300/14 –, juris, Rn. 25 ff.; VG Berlin, Beschl. v. 9.10.2012 – 3 L 524.12 –, juris, Rn. 5. Vgl. Ernst/Kämmerer (Fn. 93), 297 (309 f.).

(DQR),⁹⁷ ersetzt werden. Auch das „Zusammenziehen von fachspezifischen Leistungen aus mehreren Studiengängen“, etwa der BWL und der Psychologie, ist kein zulässiges Instrument, um die Befähigung für ein Masterstudium nachzuweisen.⁹⁸ Beruflich Qualifizierte, die nicht über einen Hochschulabschluss verfügen, können nicht den Zugang zu einem Masterstudiengang beanspruchen,⁹⁹ auch wenn einige Bundesländer den Zugang für bestimmte Masterstudiengänge öffnen.¹⁰⁰

Für ausländische Bildungsabschlüsse gilt auch hier die Lissabon-Konvention, nach der – unabhängig von einer Überprüfung der Lehrinhalte – die Anerkennung erfolgen muss, wenn nicht ein wesentlicher Unterschied zwischen den allgemeinen Zugangsvoraussetzungen in der ausstellenden Vertragspartei und der aufnehmenden Vertragspartei besteht. Entscheidend sind wiederum die Empfehlungen der ZAB.¹⁰¹ Der Abschluss eines sog. Franchise-Studiengangs, bei dem die ausländische Hochschule einen Bachelorgrad verleiht, ist nicht automatisch gleichwertig; entscheidend ist, wer faktisch die Lehre erbringt.¹⁰² Insgesamt können hier komplizierte Fragestellungen auftreten.¹⁰³

b. Zusätzliche Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen

Die Festlegung bestimmter Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen für die einzelnen Studiengänge obliegt den Hochschulen nach Maßgabe des Landesrechts. Als Kriterien in Betracht kommen grundsätzlich die Note des grundständigen Studienganges, eine besondere fachliche Nähe zum angestrebten Masterstudium oder der Nachweis von Einzelleistungen des Bachelors.

aa. Note

Die Frage, ob eine qualifizierte, also eine von vornherein definierte, Note des Bachelorabschlusses zur Zugangsbedingung gemacht werden kann, wird unter den Bundesländern kontrovers beurteilt. Ein Teil der Bundesländer, etwa Bremen und NRW, hält die Heranziehung der Note auf der Zugangsebene für geboten.¹⁰⁴ Anderes gilt allerdings für den Zugang zu reglementierten Berufen wie dem Lehramt.¹⁰⁵ Gerichte anderer Bundesländern, darunter Brandenburg, Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern, erachten den Rückgriff auf eine qualifizierte Note für unzulässig bzw. unverhältnismäßig. Das VG Hamburg etwa geht davon aus, dass § 39 Abs. 1 HG HH die Hochschulen nicht ermächtigt, bestimmte Zugangsnoten festzusetzen; dies überschreite im Übrigen die Satzungsbefugnis der Hochschulen.¹⁰⁶

Soweit eine Heranziehung der Note auf Ebene des Zugangs erfolgt, haben die Literatur und vor allem die Rechtsprechung inzwischen Maßstäbe für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit entwickelt:¹⁰⁷ Anhaltspunkt ist das Notenniveau im entsprechenden Studiengang. Eine Regelung ist nach der Rechtsprechung des VGH Bayern dann angemessen, wenn die Anforderungen in einem Bereich liegen, der dem Ergebnis von über 60 % der Absolventen des Bachelorstudiengangs in den vorigen Jahren entspricht.¹⁰⁸ Unangemessen dagegen ist die Note 1,1, die nur ca. 5 Prozent der Absolventen erreichen, für den unmittelbaren Zugang zum Studium der Psychologie, und zwar auch dann, wenn Bewerber im Bereich von 1,2 bis 1,8 nach Durchführung eines Eignungsverfahrens den Zugang erhalten können.¹⁰⁹ Demgegenüber geht das VG Berlin davon aus, dass sämtliche Zugangsvorausset-

97 OVG Lüneburg (2. Senat), Beschl. v. 21.3.2017 – 2 ME 75/17 = BeckRS 2017, 104446; *Colditz*, (Fn. 95), § 14 Rn. 35.

98 VG Kassel, Beschl. v. 2.12.2019 – 3 L 2696/19.KS –, juris, Rn. 38.

99 BayVGh, Beschl. v. 15.1.2013 – 7 CE 12.2407 –, juris = BayVBl 2013, 604 ff.; BayVGh, Urt. v. 13.7.2015 – 7 BV 14.1507 = BeckRS 2015, 49683; diese Entscheidung bestätigend BVerwG, Urt. v. 14.12.2016 – 6 C 19/15 –, juris; *N. Leiher*, in: V. von Coelln/J. F. Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 15. Edition, Art. 43 Rn. 14.

100 Vgl. § 10 Abs. 6 Nr. 9 BerlHG; § 29 Abs. 3 HH HG (Zugang zu künstlerischen oder weiterbildenden Masterstudiengängen); § 16 Abs. 2; § 23 Abs. 2 HessHG (Zugang zu weiterbildenden oder künstlerischen Masterstudiengängen); § 63 Abs. 3 ThürHG (Zugang zu weiterbildenden Masterstudiengängen).

101 Vgl. zu den Bewertungen der ZAB in Bezug zur Anerkennung von ausländischen Diplomen VG Dresden, Urt. v. 24.8.2009 – 5 K 1579/08 –, juris; VG Freiburg (1. Kammer), Urt. v. 2.3.2016 – 1 K 1511/14 = BeckRS 2016, 43947.

102 Vgl. VG München, Urt. v. 4.5.2016 – M 15 K 14.1191 –, juris, Rn. 29.

103 *Bode* (Fn. 17), Rn. 1276 f.

104 Es ging um eine Mindestnote von 2,5 beim Zugang zum Masterstudiengang „Business Management“: OVG Bremen, Beschl. v. 6.8.2010 – 2 B 133/10 –, juris, Rn. 33; OVG NRW, Beschl. v. 26.1.2011 – 13 B 1640/10 –, juris, Rn. 5; Beschl. v. 16.5.2013 – 13 B 307/13 –, juris, Rn. 3 ff, 18; Beschl. v. 16.2.2016 – 13 B 1516/15 = OVG Münster, NVwZ-RR 2016, 503.

105 Vgl. § 49 Abs. 6 S. 3 HG NRW.

106 VG Hamburg, Beschl. v. 14.11.2014 – 19 E 4290/14 = BeckRS 2015, 51346.

107 Vgl. *R. Brehm/W. Zimmerling*, Eignungsprüfungen und Master-Zulassungsvoraussetzungen als Studienzulassungshürde, NVwZ 2012, 1376 (1378 f.); *H. Maier/R. Brehm*, Zugangs- und Auswahlregelungen zur Aufnahme eines Masterstudiums, OdW 2014, 151 (159 ff.).

108 BayVGh, Beschl. v. 2.9.2013 – 7 CE 13.1084 –, juris, Rn. 32; *Musil*, Fn 94, 400 (407); ähnlich: VG Regensburg, Urt. v. 23.1.2015 – RO 9 K 14.1431 = BeckRS 2015, 43518.

109 BayVGh, Beschl. v. 26.11.2020 – 7 CE 20.2216 –, juris, Rn. 18 f.

zungen für diesen Masterstudiengang auch über das hinausgehen dürften, was Studierende des entsprechenden Bachelorstudiengangs an der entsprechenden Hochschule zu absolvieren hätten, sofern die Erfahrungen und Einschätzungen des Fachbereichs dies erforderlich machten.¹¹⁰ Die Kasuistik zu dieser Frage ist vielfältig.¹¹¹ Keine Bedenken sah etwa das OVG des Saarlandes bei der Note 2,9 im Studiengang „International Management“.¹¹² Das OVG NRW erachtete die Note 2,5 oder besser für den Studiengang Wirtschaftsingenieurwesen (Fachrichtung Maschinenbau) als angemessen;¹¹³ in Psychologie billigte das Gericht die Maßgabe der Hochschule, dass der Bachelorabschluss in Psychologie eine Gesamtnote von mindestens 2,5 aufweisen muss bzw. bei einem noch ausstehenden Abschluss bereits mindestens 132 Leistungspunkte mit einem Notendurchschnitt von mindestens 2,2 vorliegen.¹¹⁴ Eine jährlich schwankende Anpassung der Note an die Bewerberzahlen ist unzulässig, weil sich diese offenkundig nicht nach den Anforderungen an den Studiengang richtet, sondern marktregulatorischen Zwecken dient bzw. den Aufwand der Unterlagenprüfung reduziert.¹¹⁵

Soweit die Note herangezogen wird, stellt sich die Frage der Vergleichbarkeit, schließlich kann nicht geleugnet werden, dass verschiedene Hochschulen im In- und Ausland unterschiedliche Notenniveaus aufweisen. Zwar ist bislang noch offen, ob die strengen Maßstäbe, die das BVerfG im Zusammenhang mit der Hochschulzulassung zumindest bei deutlich nachgefragten Studiengängen für die Vergleichbarkeit von Noten aufgestellt hat,¹¹⁶ auch in Bezug auf den Zugang zum Master gelten.¹¹⁷ Dies lässt sich mit guten Gründen zumindest für stark nachgefragte Studiengänge annehmen. Die Bundesländer haben das Problem bereits frühzeitig erkannt: Mit der Einführung relativer Noten bzw. Prozentränge innerhalb Deutschlands¹¹⁸ und mit der sog. Prozentrangtransformation der KMK in Bezug auf ausländische

Abschlüsse haben sie versucht, die Vergleichbarkeit zu erhöhen.¹¹⁹ Allerdings scheiterten diese Ansätze, wohl unter anderem deswegen, weil keine gemeinsamen Standards, etwa für die Bestimmung der Referenzgruppen, gefunden werden konnten.¹²⁰ Eine Lösung könnte die pauschale Einführung schriftlicher oder mündlicher Prüfungsverfahren bieten, die allerdings für die Hochschulen ausgesprochen aufwändig sind.¹²¹

Die Noten ausländischer Bachelorabschlüsse werden – wie die Schulzeugnisse im grundständigen Bereich – anhand der modifizierten Bayerischen Formel auf das deutsche Notensystem umgerechnet.¹²²

bb. Weitere Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen

Neben oder statt der Note können die Hochschulen weitere Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen festlegen, falls – und nur soweit – dies wegen spezieller fachlicher Anforderungen des jeweiligen Masterstudienganges nachweislich erforderlich ist.¹²³ Über die Auswahl dieser besonderen Zugangsvoraussetzungen, die sich an der Studienordnung und dem Profil des Studiengangs orientieren, entscheidet die Hochschule im Rahmen ihrer Zugangssatzung.¹²⁴ Diese dient der Qualitätssicherung ebenso wie der effektiven Durchführung des Masterstudiums.¹²⁵

Zu den Qualifikationsvoraussetzungen gehören die enge fachliche Nähe zum Masterstudiengang, nachgewiesene Einzelleistungen des ersten berufsqualifizierenden Abschlusses (belegte Fächer nachgewiesen z.B. durch ECTS), fachbezogene Sprachkenntnisse, standardisierte und strukturierte Testverfahren zur Feststellung der Eignung als Hochschulprüfung, ggf. und soweit erforderlich, fachlich einschlägige Berufserfahrung. Dagegen ist es unzulässig, Vorpraktika oder Eignungsfeststellungsprüfungen zu verlangen, soweit keine Rechtsgrundlage hierfür besteht. Auch Motivations schreiben

110 VG Berlin (3. Kammer), Beschl. v. 6.7.2017 – VG 3 L 419.16 = BeckRS 2017, 120681.

111 Vgl. Bode (Fn. 17), Rn. 1280 f.

112 OVG Saarland, Beschl. v. 16.1.2012 – 2 B 409/11 –, juris, Rn. 24 ff.

113 OVG NRW, Beschl. v. 15.6.2015 – 13 B 505/15 –, juris, Rn. 4.

114 OVG NRW, Beschl. v. 16.5.2013 – 13 B 308/13 –, juris, Rn. 2, 6 f.

115 Ernst/Kämmerer (Fn. 93), 297 (311).

116 Vgl. Bode (Fn. 17), Rn. 307 ff.

117 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 15.1.2020 – 13 A 2332/19 –, juris, Rn. 18 ff.

118 Brandenburg hatte dies als einziges Bundesland zwischenzeitlich vorgesehen. M. Bode, in: L. Knopp/E.-J. Peine/H. Topel, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl. 2018, BbgHZG § 2 Rn. 12 ff.

119 Auch der Gesetzgeber in NRW ging offenkundig davon aus, dass es „tabellarischen Prozentrangliste[n]“ bzw. „ähnliche Vergleichsbewertung[en] des Europäischen Hochschulraums“ geben sollte. NRW LT-Drs. 16/5410, 345.

120 Bode (Fn. 89), 173 (186 f.).

121 Leither, in: (Fn. 99), Art. 43 Rn. 18.

122 Vgl. VG Cottbus, Urte. v. 15.11.2006 – 1 K 41/02 –, juris.

123 Vgl. zur Rechtsprechung Brehm/Zimmerling (Fn. 107), 1376 (1378 f.); Maier/Brehm (Fn. 107), 151 (158); S. Kluckert, Gesetzliche Zugangsregelungen für Masterstudiengänge im Land Berlin und das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, DÖV 2008, 905 (905 ff.); C. Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 203 ff.; Bode (Fn. 118), BbgHZG, Vorbem. Rn. 21 ff.

124 VG Potsdam, Beschl. v. 28.5.2014 – 9 L 71/14 –, juris, Rn. 3.

125 A 2.1, Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen, Beschl. der KMK v. 10.10.2003 in der Fassung v. 4.2.2010. Vgl. VerfGH Berlin, Beschl. v. 19.6.2013 – 150/12, 150 A/12 –, juris, Rn. 50; Ernst/Kämmerer (Fn. 93), 297 (305 ff.).

weisen für sich genommen keinen fachlichen Bezug zur wissenschaftlichen Eignung auf und sind überdies missbrauchsanfällig.¹²⁶

Konsequente Master setzen voraus, dass der Bachelor im entsprechenden zugehörigen grundständigen oder in einem „inhaltlich verwandten“ Studiengang erworben worden ist. Dieses Kriterium ist nicht immer leicht zu bestimmen, aber grundsätzlich zulässig.¹²⁷ Hier ist im Einzelnen zu untersuchen, ob die Studiengänge mit dem entsprechenden grundständigen Bachelorstudium vergleichbar sind, wobei nicht allein auf die Bezeichnung, sondern die inhaltliche Ausgestaltung und die Schwerpunkte abgestellt werden muss.¹²⁸ Während etwa der Abschluss im Bachelorstudiengang Sportmanagement dem Masterstudiengang Betriebswirtschaftslehre als inhaltlich verwandt anzusehen ist, da er zu einem maßgeblichen Anteil Leistungen aus der Betriebswirtschaftslehre umfasst,¹²⁹ gilt dies nicht für den Abschluss als Diplom-Biologin im Verhältnis zum Hochschulabschluss in „Theologische Studien/Theological Studies“ weil inhaltlich nicht gleichwertig.¹³⁰ Es steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen, wenn einzelne Fächer an bestimmten Hochschulen nicht gelehrt werden, solange dies durch andere Fächer oder Schwerpunktsetzungen auszugleichen ist.¹³¹ Bei der Feststellung der Gleichwertigkeit eines Abschlusses, die auch auf eine Auswahlkommission delegiert werden kann,¹³² handelt es sich um einen gerichtlich voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff.¹³³

Deutlicher als andere Gerichte betont das OVG NRW den Charakter des ersten berufsqualifizierenden Abschlusses als Ausgangspunkt für den Masterzugang. Dessen Relativierung durch eine Kombination mit weiteren Kriterien hält es für nicht zugänglich. So fehlt es aus Sicht des OVG NRW an einer Rechtsgrundlage für die Heranziehung von Zugangskriterien jenseits der „Qualität des ersten berufsqualifizierenden Abschlusses“, also der Durchschnittsnote bzw. dem Anforderungsprofil in Gestalt von einer Mindestzahl von Leistungspunkten aus bestimmten Gebieten sowie der fachlichen Nähe. Die

Zugangsregelung zum Master¹³⁴ sei abschließend; ein Rückgriff auf andere Kriterien, etwa das der Studiendauer oder besonderer Einzelleistungen, sei damit unzulässig, ebenso wie die Subdelegation der Entscheidung über den Zugang an den Prüfungsausschuss.¹³⁵ Möglich bleiben allerdings studiengangbezogene Vorbildungen, Eignungen und Vortätigkeiten, soweit diese „nicht an den ersten berufsqualifizierenden Abschluss anknüpfen“ und im Einzelfall dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werden.¹³⁶

Sofern Einzelleistungen oder sonstige Kriterien verlangt werden, müssen diese Anforderungen eine fachliche Berechtigung haben.¹³⁷ Für den Studiengang „Management und Marketing“ des Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften darf etwa ein „Mindestanteil von 18 Leistungspunkten in den Grundlagen der Mathematik, Statistik und/oder Ökonometrie“ gefordert werden „sowie der durch Vorlage einer Abschlussarbeit des Bachelorstudiengangs oder durch gleichwertige Leistungen zu erbringende Nachweis der Fähigkeit, Themen aus dem Bereich Management und Marketing nach wissenschaftlichen Methoden bearbeiten zu können“.¹³⁸ Für den Masterstudiengang „Wirtschaftsingenieurwesen“ darf eine „mindestens zweijährige ingenieurspezifische Berufstätigkeit“ oder „ein Hochschulabschluss in einem ingenieurwissenschaftlichen Studiengang und eine mindestens zweijährige kaufmännische Berufstätigkeit“ verlangt werden.¹³⁹ Qualifikationsvoraussetzungen, die bereits Gegenstand des ersten berufsqualifizierenden Hochschulabschlusses waren, etwa die Fähigkeit, ein Thema nach wissenschaftlichen Methoden bearbeiten zu können, gelten mit dem Nachweis des Bachelorstudienabschlusses regelmäßig bereits als nachgewiesen.¹⁴⁰ Unzulässig ist es nach dem VGH Bayern, wenn nur mit der Note 1,1 der unmittelbare Zugang zum Masterstudiengang Psychologie eingeräumt wird und bis zur Notenstufe 1,8 eine Eignungsfeststellungsprüfung folgt, denn hier sei nicht erkennbar, warum in diesem Segment eine besondere Eignung erst noch nachgewiesen werden müsste.¹⁴¹

126 Albrecht/Drescher (Fn. 96), § 9 Rn. 65; kritisch gegenüber Motivationschreiben auch Morgenroth (Rn. 122), Rn. 204.

127 VG Potsdam, Beschl. v. 28.5.2014 – 9 L 71/14 –, juris, Rn. 6; vgl. Leiher (Fn. 99), Art. 43 Rn. 14.

128 Vgl. VG Braunschweig (6. Kammer), Beschl. v. 31.3.2017 – 6 B 434/16 = BeckRS 2017, 106713.

129 VG Potsdam, Beschl. v. 28.5.2014 – 9 L 71/14 –, juris, Rn. 5 f.

130 BayVGh, Beschl. v. 25.04.2012 – 7 CE 12.153 und 7 C 12.154 = BeckRS 2012, 52757.

131 VG Berlin, Beschl. v. 22.11.2011 – 3 L 675.11 –, juris, Rn. 8.

132 OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.8.2021 – 2 NB 57/21 –, juris, Rn. 9 f.

133 OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.8.2021 – 2 NB 57/21 –, juris, Rn. 11.

134 § 49 Abs. 6 S. 3 HG NRW: „Die Prüfungsordnungen können

bestimmen, dass für einen Studiengang [...] ein vorangegangener qualifizierter Abschluss nachzuweisen ist.“

135 OVG NRW, Beschl. v. 15.6.2015 – 13 B 505/15 –, juris, Rn. 5 ff.; Beschl. v. 18.4.2012 – 13 B 52/12 –, juris, Rn. 15; Beschl. v. 26.1.2011 – 13 B 1640/10 –, juris, Rn. 20 ff.

136 OVG NRW, Beschl. v. 15.2.2018 – 13 C 60/17 –, juris, Rn. 17.

137 M.w.N. Bode (Fn. 17), Rn. 1289 f.

138 VG Berlin, Beschl. v. 29.5.2013 – 3 L 408.12 –, juris, Rn. 5 ff.

139 VG Berlin, Beschl. v. 11.12.2012 – 3 L 338.12 –, juris, Rn. 8 ff.

140 VG Berlin, Urt. v. 15.8.2011 – 3 K 267.10 –, juris, Rn. 51 f.; Beschl. v. 22.2.2011 – 3 L 265.10 –, juris, Rn. 59.

141 BayVGh, Beschl. v. 26.11.2020 – 7 CE 20.2216 –, juris, Rn. 19.

Der Zugang zu weiterbildenden Masterstudiengängen setzt regelmäßig einen ersten Hochschulabschluss oder einen gleichwertigen Abschluss sowie eine qualifizierte berufspraktische Erfahrung von in der Regel mindestens einem Jahr voraus. Die Konkretisierung der berufspraktischen Qualifikation obliegt der Hochschule.

c. Ausnahme von den zusätzlichen Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen

Fraglich ist, wie weit diese Zugangsvoraussetzungen unabdingbar sind – so das traditionelle Verständnis – bzw. wie weit im Einzelfall Ausnahmen gemacht werden können. Bislang wurden die Zugangsbedingungen zum Master, insbesondere die Notenerfordernisse, recht streng eingehalten und sind beispielsweise auch dann bindend, wenn im Kapazitätsverfahren weitere Studienplätze zu vergeben sind.¹⁴²

In zeitlicher Hinsicht wird der Zugang zum Master auch dann gewährt, wenn die Hochschule die Eignung „insbesondere anhand einer nach den bislang vorliegenden Prüfungsleistungen ermittelten Durchschnittsnote“ feststellen kann.¹⁴³ Entsprechende Normen dienen der Vermeidung von Verzögerungen und sind unbedenklich, solange sie nicht in einem sich ggf. anschließenden Zulassungsverfahren verzerrende Wirkung entfalten, indem besser qualifizierte Bewerber aufgrund von Prognosefehlern verdrängt werden.¹⁴⁴

Im Zusammenhang mit dem Masterzugang urteilte der VGH München, dass es „zur Wahrung der Zumutbarkeit [...] auch bei zugangsbeschränkenden Qualifikationsanforderungen geboten sein [kann, erg.], in begründeten Ausnahmefällen geringere Qualifikationen ausreichen zu lassen oder Befreiungsmöglichkeiten vorzusehen“.¹⁴⁵ Die Hochschule bestimmte für den Zugang zum Masterstudiengang Psychologie eine Durchschnittsnote von mindestens 1,3 bzw. 1,4 bis 1,8 bei spezifischem Nachweis der Eignung; der VGH Bayern hielt diese Zugangshürde, die von ca. 78 Prozent der Bewerber erreicht wird, für angemessen. Dennoch verpflichtete er die Hochschule, eine Bewerberin mit der Gesamtnote von 2,3 aufzunehmen, die auf den Rollstuhl angewiesen ist und eine Sehbehinderung hat, so dass ihr weder das Studium an einem nicht-rollstuhlgerechten

Campus noch entsprechende Autofahrten zumutbar sind.¹⁴⁶

Der VGH Bayern nahm dabei auf eine Entscheidung des BVerwG Bezug, in welcher dieses zwar die vorhergehende Entscheidung der Vorinstanz aufrecht erhalten und für rechtmäßig befunden hatte, dass der Zugang zu Masterstudiengängen ein fachlich einschlägiges Hochschulstudium voraussetze, zugleich aber „Zugangsbeschränkungen, die darauf angelegt sind, dass sie nur überdurchschnittlich befähigte Bewerber erfüllen können,“ für unverhältnismäßig erklärt hatte; aus Gründen der „Zumutbarkeit“ sei es geboten, Ausnahmen und Befreiungen zuzulassen.¹⁴⁷

Zumindest für nicht zulassungsbeschränkte postgraduale Masterstudiengänge, bei denen „neben einem Hochschulabschluss oder einem vergleichbaren Abschluss“ zusätzliche Qualifikationsvoraussetzungen verlangt würden, dürfte „der Bewerber, der diese weitergehenden Voraussetzungen nicht erfüllt, daher nicht generell darauf verwiesen werden, die Berücksichtigung besonderer Härtegesichtspunkte sei ausgeschlossen“, wie der VGH Bayern weiter ausführte.¹⁴⁸ Qualifikationsvoraussetzungen können also generell angemessen sein, im Einzelfall allerdings eine Abweichung vom Notenerfordernis aus Härtegründen gebieten.¹⁴⁹ In einer weiteren Entscheidung griff der VGH Bayern seine Rechtsprechung wiederum auf, lehnte jedoch den Antrag eines Bewerbers, der über einen entsprechenden ersten Studienabschluss mit der Note 3,1 verfügte, für den Masterstudiengang Elektrotechnik und Informationstechnik, bei dem ein Eignungsfeststellung stattfindet, ab und betonte die engen Voraussetzungen für die Annahme einer entsprechenden Härte. Insbesondere hänge diese nicht zwangsläufig von einer Behinderung ab; vielmehr sei eine „besonders schwerwiegende persönliche Ausnahmesituation“ zu verneinen, sofern der Betroffene „zumutbare Maßnahmen nicht ergreift“.¹⁵⁰

Diese Rechtsprechung des VGH Bayern wird inzwischen auch von anderen Gerichten rezipiert. Für den Zugang zum Masterstudiengang Wirtschaftschemie (Mindestnote von 2,5) verneinte das VG Schleswig-Holstein die Unzumutbarkeit im Fall einer Bewerberin mit der Abschlussnote 3,0. Eine Ausnahmeregelung erscheine

142 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 15.5.2020 – NC 9 S 1346/20 –, juris, Rn. 25.

143 Vgl. § 49 Abs. 6 S. 4 HG NRW.

14 Bode (Fn. 17), Rn. 1306 f.

145 VGH München (7. Senat), Beschl. v. 6.5.2019 – 7 CE 18.2023 = BeckRS 2019, 8693, Leitsatz, Rn. 22.

146 VGH München (7. Senat), Beschl. v. 6.5.2019 – 7 CE 18.2023 = BeckRS 2019, 8693, Leitsatz, Rn. 20 ff.

147 BVerwG, Urt. v. 14.12.2016 – 6 C 19/15 –, juris = BVerwGE 157, 46-54, Rn. 10 f.

148 VGH München (7. Senat), Beschl. v. 6.5.2019 – 7 CE 18.2023 = BeckRS 2019, 8693, Leitsatz, Rn. 23.

149 VGH München (7. Senat), Beschl. v. 6.5.2019 – 7 CE 18.2023 = BeckRS 2019, 8693, Leitsatz, Rn. 25 f.

150 BayVGH, Beschl. v. 4.2.2021 – 7 CE 20.3072 –, juris, Rn. 25, 27.

dann „sachgerecht und gerechtfertigt, wenn sie [...] dazu dient, Schwächen im Grenzbereich zu qualifikations-sichernden Zugangsvoraussetzungen wie einer Mindestnote abzumildern“; dagegen sei „eine qualifikations-unabhängige Ausnahmeregel für Studierende mit Behinderung“ nicht erforderlich.¹⁵¹ Das OVG NRW hält eine Ausnahmeregelung „allenfalls“ dann für angemessen, wenn sie „Schwächen im Grenzbereich zu anderen qualifikations-sichernden Zugangsvoraussetzungen“, etwa einer Mindestnote, ausgleichen soll. Im Fall einer Bewerberin mit der Note 3,4 und einer Behinderung, die sich auf einen Masterstudiengang Betriebswirtschaft mit der Zugangsschwelle von 2,5 bewarb, sah das Gericht diesen Grenzbereich als nicht mehr gegeben an. Dem „allgemeinen Ausgleich von Härten – hier eine geltend gemachte Ortsgebundenheit infolge einer Behinderung – unter einem generellen Verzicht auf den Nachweis einer noch genügenden Qualifikation zur Bewältigung des Studiums“ diene eine solche Ausnahmeregelung jedoch nicht.¹⁵²

Der Grundgedanke dieser Rechtsprechung geht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurück, wie er aus dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip erwächst. Im Einzelfall können hiernach auch Regelungen, für die der Gesetzgeber an sich gebundene Entscheidungen vorsieht, durchbrochen werden, wenn diese die Grenze der Unzumutbarkeit überschreiten.¹⁵³ Dies dürfte allerdings ebenso wenig für das grundsätzliche Erfordernis des ersten berufsqualifizierenden Abschlusses gelten wie es sich auf den Zugang zu grundständigen Studiengängen übertragen lässt. Hierfür besteht auch keine Notwendigkeit, soweit – etwa im Bereich des Zulassungsrechts – Härteklausele und die Möglichkeit des Nachteilsausgleichs vorgesehen sind.

III. Hochschulzugang und Digitalisierung

Der Hochschulzugang ist nicht nur als Rechtsinstitut zu betrachten. Daneben treten auch tatsächliche Bezüge, die einen großen faktischen Einfluss auf die Realisierung eines Zugangsrechts haben können, etwa die Verfügbar-

keit und die Übermittlungswege von Dokumenten, die Einhaltung von Fristen etc. Hier bieten digitale Anwendungen Vereinfachungen (1.). Es lassen sich unterschiedliche Anwendungsfelder skizzieren (2.).

1. Digitalisierung und ihre Chancen

Der Nachweis der Hochschulzugangsberechtigung zieht vielfach tatsächliche Schwierigkeiten nach sich. Zu nennen sind etwa die Aufwände für die Übersendung der Dokumente zur Einhaltung der Ausschlussfristen, das Risiko des Verlusts auf dem Postweg, Kostenfragen und ähnliches. Besonders deutlich wird dies, wenn Zeugnisdokumente abhandenkommen, etwa bei Geflüchteten.¹⁵⁴ Schließlich ergeben sich auch Aufwände des Staates durch die Entgegennahme und Prüfung der Dokumente auf Echtheit.

Es stellt sich daher die Frage, ob diese Risiken und Aufwände nicht unter Rückgriff auf technische Hilfestellungen reduziert werden können, etwa im Rahmen der derzeit viel diskutierten „Digitalisierung“. Hierunter soll zunächst „die Umwandlung von analogen Werten in digitale Formate“ verstanden werden. Dabei ist zwischen einer „basale[n] (oder schwache[n]) Digitalisierung“, die die Abbildung der bisherigen Dienstleistungen in digitalen Formaten umfasst, und einer „starke[n] Digitalisierung“ zu unterscheiden, bei der die digitale Technologie die bisherigen Prozesse nicht nur abbildet, sondern wesentlich verändert.¹⁵⁵ Die auf diese Weise angestoßenen Veränderungen erfassen sowohl technische als auch gesellschaftliche Bereiche und betreffen auch die Hochschulen.¹⁵⁶

Impulse gehen dabei von der nationalen wie von der europäischen Ebene aus. So verpflichtet das Onlinezugangsgesetz Bund, Länder und Kommunen, ihre Dienstleistungen, also etwa Schulzeugnisse, bis Ende 2022 zusätzlich in digitaler Form anzubieten. Die EU hat sich bereits 2018 das Ziel gesetzt, ein „digitales Bildungssystem“ zu erschaffen und europaweit die Fähigkeiten zu einer „digitalen Transformation“ zu fördern. Aus diesem Grund verabschiedete die EU-Kommission den Digital Education Action Plan, der unter anderem die Vorkeh-

151 Schleswig-Holsteinisches VG, Beschl. v. 23.6.2020 – 9 B 6/20 –, juris, Rn. 19.

152 OVG NRW, Beschl. v. 15.1.2020 – 13 A 2332/19 –, juris, Rn. 3, 13 ff.

153 Vgl. R. Pitschas, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 42 Rn. 107 ff.; F. Ossenbühl, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: P. Badura/R. Scholz, FS Peter Lerche, 1993, S. 151 (154).

154 Vgl. M. Bode, Hochschulzugang für Flüchtlinge: Bildungsrechte im entstehenden Integrationsverwaltungsrecht, ZAR 2018, 46 (46

ff.), zu Formvorschriften generell vgl. Bode (Fn. 17), Rn. 1367 ff.

155 T. Klenk/F. Nullmeier/G. Wewer, Auf dem Weg zum Digitalen Staat?, Stand und Perspektiven der Digitalisierung in Staat und Verwaltung, in: dies., Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2020, S. 3 (4 f., 7 f.).

156 Vgl. Klenk/Nullmeier/Wewer (Fn. 155), S. 3 (4 f.); vgl. J. Stember/V. Hasenkamp, E-Government in Deutschland, Ein Überblick, in: J. Stember/W. Eixelsberger/A. Spichiger, Handbuch E-Government, 2019, S. 31 (46 ff.); J. C. A. Pongratz, IT-Architektur für die digitale Hochschule, 2018.

rungen zur „Ausstellung digital zertifizierter Qualifikationen“ vorsieht.¹⁵⁷ Zwar dürfte es sich dabei primär um berufliche Qualifikationen handeln, doch dem Ziel nach geht es der EU-Kommission auch um die Förderung der Mobilität von Studierenden.

Verschiedene Unternehmen und Konsortien versuchen vor diesem Hintergrund, Lösungen für eine digitale Authentifizierung der Bewerber anzubieten: Unter Federführung des Finanzministeriums des Landes Sachsen-Anhalt arbeitete die Bundesdruckerei gemeinsam mit der von der öffentlichen Verwaltung und öffentlich-rechtlichen Unternehmen getragenen Firma govdigital sowie weiteren Bundesländern an einer Digitalisierung der Schulzeugnisse.¹⁵⁸ Damit gewann das Konsortium 2021 den ersten Platz des Berliner Verwaltungspreises in der Kategorie „Innovativer Service für Bürger/innen und Kund/innen“.¹⁵⁹ Der Berliner Datenschutzbeauftragte zeigte sich darüber „erstaunt“, da „die rechtlichen Voraussetzungen für den Start des Projektes [...] derzeit noch nicht gegeben“ seien, überdies fehle „die vollständige technische Dokumentation des Projekts“.¹⁶⁰ Der Testbetrieb wurde im Februar 2022 gestoppt, da Datenschutz-Aktivisten „grundlegende Sicherheitsmängel“ entdeckt hatten, die unter anderem die unproblematische Erstellung eines fiktiven Zeugnisses ermöglicht hätten.¹⁶¹ Die ersten digitalen Zeugnisse sollen 2023 ausgestellt werden. Ein weiteres Pilotprojekt, ebenfalls unter Beteiligung der Bundesdruckerei, läuft derzeit in NRW.¹⁶²

2. Anwendungsfelder

Als Fazit der bisherigen Ausführungen lassen sich einige Anwendungsfelder für eine mögliche digitale Innovation ausmachen. Auf der Hand liegen das Identitäts- und das Dokumentenmanagement. Perspektivisch wäre es vorstellbar, dass nicht nur das Dokument selbst, sondern sein rechtlicher Inhalt auslesbar wird oder sogar mögliche Studienwege prognostiziert werden.

a. Identitätsnachweise

Von zentraler Bedeutung im Bereich des Hochschulzuzugangs- und Hochschulzulassungsrecht ist die Feststellung der Identität der Bewerber, um mehrfache Bewerbungen oder Bewerbungen mit fremden oder gefälschten Zeugnissen zu verhindern. Bislang erfolgt diese Feststellung im Vorfeld der Bewerbung über die Angabe der E-Mail-Adresse und die Selbstangaben; bei der Einschreibung oder im Nachgang wird häufig der Nachweis durch Vorlage von Ausweisdokumenten und Originalzeugnissen gefordert. Die Missbrauchsrate ist gering, doch wäre es wünschenswert, dass eine eindeutige Identifizierung der Bewerber erfolgen könnte. Dies wäre künftig – je nach Verbreitungsstand – durch den elektronischen Personalausweis bzw. die eID-Karte oder über die sog. Steuer-ID, ein gegen Veränderung geschütztes Ordnungsmerkmal, möglich.¹⁶³

b. Dokumentenmanagement und Validierung

Eine elektronische Bereitstellung der Hochschulzugangsberechtigungen in Form von Scan könnte eine erhebliche Erleichterung für die meisten Bewerber darstellen, allerdings ist die Echtheit der vorgelegten Dokumente entscheidend. Anderenfalls drohen vor allem im Zulassungsrecht gefährliche, weil irreversible Verzerrungen der Vergabeergebnisse.

Erforderlich wäre daher eine Authentifizierung der Zeugnisse. In Betracht kommt hierfür die sog. Blockchain-Technologie, die darauf basiert, dass Daten in Blöcken gespeichert und diese fälschungssicher miteinander verbunden werden. Anhand eines Private Key kann sich der legitime Eigentümer der jeweiligen Information ausweisen und anderen Nutzern den Zugriff auf die Information gewähren. Insofern liegt das „Potenzial“ der Blockchain-Technologie für die öffentliche Verwaltung gerade „in der Anwendung als digitales Bescheinigungs- und Nachweiswesen von Rechten“.¹⁶⁴ Sie wird in Testläu-

157 Europäische Kommission, Erasmus+ Programtleitfaden Version 1 (2022): 24-11-2021; vgl. EU-Kommission, Aktionsplan für digitale Bildung, COM(2018) 22 final v. 17.1.2018; EU-Kommission, Aktionsplan für digitale Bildung 2021-2027, COM(2020) 624 final v. 30.9.2020.

158 Vgl. auch das von der EU geförderte Konsortium „Studies+“, bestehend aus der Fancotyp-Postalia Holding AG, der Hochschule Harz, der FU Berlin, den Unternehmen SiXFORM GmbH und der Bundesdruckerei GmbH. Es wurde versucht, den Austausch von Zeugnis- und Prüfungsdaten zu ermöglichen. www.hs-harz.de/forschung/ausgewahlte-forschungsprojekte/studiesplus/ (25.5.2022).

159 Verleihung des Berliner Verwaltungspreises 2021, Pressemitteilung v. 28.10.2021, verfügbar unter: www.berlin.de (31.5.2022).

160 Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit,

Jahresbericht 2021, 2022, S. 48, verfügbar unter: www.datenschutz-berlin.de (31.5.2022). Vgl. S. Gründer, Digitale Zeugnisse wohl noch ohne Rechtsgrundlage, verfügbar unter: www.golem.de (31.5.2022).

161 W. Zehentmeier, Zeugnisse: Deutschlands holpriger Weg in die Digitalisierung, verfügbar unter: www.br.de (31.5.2022).

162 Vgl. www.digiz.nrw (31.5.2022).

163 Beides steht grundsätzlich auch Bewerbern aus der EU und dem Europäischen Wirtschaftsraum zur Verfügung. Vgl. L. Gerrits/M. Wirtz/S. Hemesath, Der elektronische Personalausweis, in: Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2020, S. 539 (545 ff.); vgl. § 1, 3 Identifikationsnummerngesetz.

164 D. Rehfeld, Blockchain in der öffentlichen Verwaltung, in: T. Klenk/F. Nullmeier/G. Wewer, Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2020, S. 63 (64 f., 67).

fen bereits zur Echtheitsprüfung von Zeugnissen verwendet; das Dokument erhält bei seiner Ausstellung eine Transaktions-Identifikationsnummer und einen Hashwert, also einer Zeichenkette, die mittels eines Programms aus dem Zeugnis errechnet wurde. Ein Bewerber etwa kann seinem Arbeitgeber mittels Identifikationsnummer die Validierung gestatten.¹⁶⁵ In gleicher Weise könnten Bewerber künftig den Hochschulen oder der Stiftung für Hochschulzulassung zum Zweck der Zulassung bzw. der Einschreibung ihre Daten zur Verfügung stellen. Hierdurch wäre garantiert, dass die vorgelegten Dokumente echt sind. Wozu sie im Einzelfall berechtigen, bliebe allerdings weiterhin Gegenstand manueller Prüfung.

c. Automatische Auswertung

Ein großer Mehrwert wäre daher die automatische Auslesbarkeit der Dokumente in Bezug auf die Berechtigungen, die sie verleihen. Beispielsweise könnte ein Abiturzeugnis mit seinen vergaberelevanten Werten unmittelbar verwendbar gemacht werden, ebenso wie Zeugnisse der Fachhochschulreife etc. Durch die automatisierte Übernahme von Daten könnten aufwändige Berechtigungsprüfungen erheblich reduziert werden. Auch die Anerkennung von Dokumenten beim Hochschulwechsel wäre wesentlich schneller und ressourcenschonender möglich. Gleiches gilt für den Übergang zum Master und die Prüfung des vergleichbaren Studienganges. Hier dürfte das Problem vor allem in der Etablierung eines einheitlichen fachlichen Standards für die unterschiedlichen Berechtigungsarten liegen.¹⁶⁶ Hochschulen, Schulen und Ministerien müssten sich auf einen Registrator einigen, der die Standards verbindlich festlegt. Weiterhin ist eine verfahrensübergreifende Fortschreibung erforderlich, da viele Zeugnisse erst mit Verzögerung genutzt

werden. Angesichts des aufgezeigten Facettenreichtums der Hochschulzugangsberechtigungen dürfte dies eine erhebliche Hürde darstellen.

d. Digitaler Hochschulzugang

Weitergedacht könnten Algorithmen – im Sinne einer „starken Digitalisierung“ – künftig womöglich auch die ressourcen- und neigungsgerechte Verteilung der Studienplätze begleiten. Freilich ist die Zulassungsentscheidung bereits seit den 1970er Jahren ein klassischer Anwendungsbereich automatisierter Verwaltungsakte, noch bevor § 35a VwVfG überhaupt erlassen worden war.¹⁶⁷ Denn nur die algorithmengesteuerte Verarbeitung von Bewerberdaten auf Ranglisten im „Gemeinsamen Gebietsrechenzentrum Hagen“ konnte die Vergabe der Studienplätze durch die damalige Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS) sicherstellen. An einigen Hochschulen existieren inzwischen bereits nahezu automatisierte Zulassungsverfahren, bei denen anhand der selbst in die Bewerbungsportale eingetragenen Bewerberdaten Ranglisten erstellt und Zulassungen bzw. Ablehnungen erteilt werden.¹⁶⁸ Die Rechtsprechung lotet derzeit aus, wie weit die Pflichten der Behörden reichen, Fehler zu korrigieren, die sich aus Unsicherheiten im Umgang mit bei Portalen bzw. IT insgesamt, ergeben. Hier reflektieren sich einerseits die Anforderungen der Massendatenverarbeitung und andererseits das Postulat des BVerfG, nach welchem „Möglichkeiten der Datenverarbeitung“ zu nutzen sind, um eine möglichst verteilungsgerechte und ohne verfahrenswirtschaftliche Hindernisse belastete Zulassungsentscheidung zu unterstützen.¹⁶⁹

Perspektivisch wäre es denkbar, dass ein digitales Zulassungssystem anhand der Hochschulzugangsberechtigung die Neigungen der Bewerber berücksichtigt und

165 *Rehfeld* (Fn. 164), S. 63 (68). Zur Nutzung unter anderem im Registerwesen der Kommunen vgl. *C. Johannsbauer*, Blockchain in der Kommunalverwaltung – die Technologie hinter Bitcoin als Baustein von E-Government – Anwendungsfelder und aktuelle Projekte, DVBl 2020, 318 (320 f.).

166 Über statistische Kennzahlen zum Bildungswesen verfügt unter anderem das Statistische Bundesamt. Zu den Anforderungen an Standards vgl. *M. Döring/S. Noack*, Standardisierter Datenaustausch, in: T. Klenk/F. Nullmeier/G. Wewer, Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2020, S. 633 (634 f.).

167 Vgl. dazu *M. Martini/D. Nink*, Subsumtionsautomaten ante portas?, Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl 2018, 1128 (1128 ff.);

M. Stegmüller, Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353 (358).

168 Besondere Arten von Bewerbungen, etwa solche, die Härtegründe enthalten, die sich auf ein Zweitstudium beziehen oder die eine Hochschulzugangsberechtigung Beruflich Qualifizierter enthalten, werden allerdings manuell geprüft.

169 BVerfGE 147, 253 (320); vgl. *Bode* (Fn. 17), Rn. 1091 ff.

170 Solche Recommender Systeme gehören zu den Basisanwendungen Künstlicher Intelligenz. *A. Felfernig/M. Stettinger/M. Wundarra* u.a., Künstlicher Intelligenz in der Öffentlichen Verwaltung, in: J. Stember/W. Eixelsberger/A. Spichiger, Handbuch E-Government, 2019, S. 491 (492 ff.).

ihnen spezifische Angebote unterbreitet.¹⁷⁰ Damit käme dem Zulassungsprozess eine beratende und lenkende – aber nicht zwingende¹⁷¹ – Funktion zu.

IV. Fazit

Die Öffnung des Hochschulzugangs gewinnt an Bedeutung und spiegelt die gesellschaftliche Entwicklung zu einer Wissensgesellschaft wider. Die rechtlichen Voraussetzungen der Zugangsberechtigungen diversifizieren sich. Neben Schulnoten treten z.B. Eignungsprüfungen, praktische Anteile, Beratungsgespräche oder besondere Qualifikationsmerkmale. Zum Teil entsteht die Berechtigung sogar erst im Zusammenwirken mit einer – und

nur dieser – aufnehmenden Hochschule (etwa beim Härte-bedingten Absehen von Qualifikationsvoraussetzungen im Masterbereich). Zugleich muss dieses Berechtigungssystem auch kompatibel sein mit allen gleichwertigen Nachweisen aus dem nicht-deutschen Bildungsraum.

Digitale Dokumente können Aufwände für Bewerber reduzieren und damit faktische Hindernisse auf dem Weg zu einem verteilungsgerechten Bildungssystem reduzieren. Zu kurz gegriffen wäre es allerdings, die Digitalisierung von Zeugnissen ausschließlich als Rechtsfrage bzw. allein als IT-Projekt anzusehen.

Dr. iur., M.A. Matthias Bode ist Professor für Staats- und Europarecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung (HSPV) NRW.

¹⁷¹ Eine „Berufslenkung“ bzw. eine „Bedarfsprüfung“ wäre verfassungswidrig. BVerfGE 33, 303 (334).

Guido Speiser

Eine neue Gemeinschaftsaufgabe Bildung in Art. 91b GG

Übersicht

I. Einleitung

II. Grundgesetzliche Regelungen

1. Ausgangskonstellation
2. Neufassung von Art. 91b GG

III. Diskussion

1. Grundsätzliche Überlegungen
2. Bessere Bildungspolitik?
 - a) Konzeption einer Gemeinschaftsaufgabe
 - b) Durchführung einer Gemeinschaftsaufgabe
3. Mehr Geld für die Bildung?

IV. Fazit

Die föderalen Zuständigkeiten in Bildung und Wissenschaft werden seit Gründung der Bundesrepublik diskutiert. In den vergangenen Jahren ist die Debatte besonders intensiv geführt worden und hat zu einer Serie von Grundgesetzänderungen geführt. Die Ampelkoalition hat sich in ihrem Koalitionsvertrag nun für ein „Kooperationsgebot“ in der Bildung ausgesprochen, ohne allerdings die grundgesetzliche Umsetzung zu konkretisieren. In diesem Beitrag wird zunächst die kompetenzrechtliche Ausgangslage im Bildungsbereich skizziert. Es wird eine Neufassung des Art. 91b GG vorgestellt, mit der sich das „Kooperationsgebot“ verwirklichen ließe. Im Anschluss werden die grundlegenden Vor- und Nachteile von Gemeinschaftsaufgaben beleuchtet.

I. Einleitung

Der Koalitionsvertrag der Ampelparteien benennt eine „engere, zielgenauere und verbindliche Kooperation aller Ebenen (Kooperationsgebot)“ in der Bildungspolitik als Ziel. „Soweit erforderlich“ werden Gespräche über eine Grundgesetzänderung angeboten. Eine Arbeitsgruppe von Bund, Ländern und Kommunen zur künftigen Zusammenarbeit soll installiert und ein „Bildungsgipfel“ organisiert werden. Damit sollen eine „neue Kultur der Bildungszusammenarbeit“ begründet und „neue Formen der Zusammenarbeit“ etabliert werden.¹ Jenseits der bildungsbezogenen Ziele ist geplant, den Föderalismus insgesamt zu reformieren. Um eine „transparentere und effizientere Verteilung der Aufgaben“ zu erreichen, soll ein „Föderalismusdialog“ zu verschiedenen Politikfeldern geführt werden.²

Die Koalitionäre bekennen sich zwar nicht unbedingtermaßen zu einer Grundgesetzänderung im Bildungsbereich. Dass sie für erforderlich gehalten wird, zeigen aber die begleitenden Wortmeldungen. Die neue Bildungsministerin Bettina Stark-Watzinger (FDP) hat sich mehrfach dazu bekannt und ein baldiges Angebot an die Länder angekündigt.³ Naturgemäß noch deutlicher fielen die Äußerungen vor der Wahl aus.⁴ Ob und wie eine Grundgesetzänderung politisch umgesetzt werden kann, ist eine hier nicht zu vertiefende Frage. Die erforderlichen Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat, die tat-

1 Alle: SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit (Koalitionsvertrag 2021-2025), https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2022), S. 94.

2 Beide: SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP (Fn. 1), S. 11.

3 In: Wiarda, Jan-Martin, „So, wie es ist, kann es nicht bleiben“ - Interview mit Bettina Stark-Watzinger (9.2.2022), <https://www.jmwiarda.de/2022/02/09/so-wie-es-ist-kann-es-nicht-bleiben/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2022); in: Scholz, Anna-Lena/Spiwak, Martin, „Wir bleiben unter unseren Möglichkeiten“ - Interview mit Bettina Stark-Watzinger, in: Die Zeit (13.1.2022), S. 40; in: Schmoll, Heike/Thiel, Thomas, „Keine zentrale Bildungspolitik“ - Interview mit Bettina Stark-Watzinger, Frankfurter Allgemeine Zeitung (11.12.2021), S. 4.

4 „Der Bildungsföderalismus ist überfordert. [...] Es ist Zeit für einen grundlegenden Systemwechsel [...] Für die Freien Demokraten hätte eine Reform des Bildungsföderalismus bei einer Regierungsbeteiligung höchste Priorität.“ In: Stark-Watzinger, Bettina, Das ist das Ergebnis von 16 Jahren bildungspolitischen

Stillstand (6.8.2021), <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article233379177/Bettina-Stark-Watzinger-Wir-brauchen-eine-Bildungsrevolution.html> (zuletzt abgerufen am 2.2.2022). Vgl. den FDP-Parteichef, in: Lindner, Christian, Mehr Verantwortung für den Bund, in: FAZ (21.2.2020), S. 8; FDP-Anträge: BT-Drs. 19/31173, S. 2; BT-Drs. 19/15767, S. 3. Auch in ihrem Wahlprogramm sprach sich die FDP für eine „Reform des Bildungsföderalismus“ und eine „Grundgesetzänderung“ aus (FDP, Nie gab es mehr zu tun - Wahlprogramm der FDP, https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-08/FDP_BTW2021_Wahlprogramm_1.pdf (zuletzt abgerufen am 13.2.2022), S. 13). SPD und Grüne formulierten in ihren Wahlprogrammen jeweils etwas offener, hatten sich aber zuvor immer wieder für eine Grundgesetzänderung ausgesprochen (Grüne: BT-Drs. 19/29280; S. 3; BT-Drs. 19/27826; S. 3; Grüne/FDP: BT-Drs. 19/4556, S. 2. Zu den zahlreichen Wortmeldungen der Jahre zuvor: Geis, Max-Emanuel, Das „Kooperationsverbot“ des Art. 91b GG oder: Die bildungspolitische Büchse der Pandora, in: ZG 2013 (28. Jg.), S. 305, 313 ff.; Speiser, Guido, Der deutsche Wissenschaftsföderalismus auf dem Prüfstand - der neue Art. 91b Abs. 1 GG, 2017, S. 49 ff.

sächlichen Machtverhältnisse und die daraus folgenden Kompromisserfordernisse sind bekannt.

Angesichts der heutigen Kompetenzregeln, die die Mitwirkung des Bundes in der Bildung zuallererst begrenzen (s. II. 1.), stärkt jede plausible kooperationsfördernde Grundgesetzänderung zugleich die Rolle des Bundes. Auch dieses Ziel wurde vor der Wahl deutlicher artikuliert als im Vertragstext.⁵ Dazu passen die zahlreichen Vorhaben, die der Koalitionsvertrag im Bildungsbereich benennt. Gemeinsam mit den Ländern will der Bund die „öffentlichen Bildungsausgaben deutlich steigern“⁶. Länder und Kommunen sollen „dauerhaft“ bei der Digitalisierung des Bildungswesens unterstützt werden. Neben dem schnelleren Mittelabfluss des laufenden Digitalpakts gehört dazu ein „Digitalpakt 2.0“ mit einer Laufzeit bis 2030. Mit den Ländern sollen Kompetenzzentren für digitales Lernen und Plattformen für Open Educational Resources eingerichtet werden. Mit dem Programm „Startchancen“ sollen 4.000 sozial benachteiligte Schulen gefördert werden. Das Programm umfasst Investitionsmittel, von den Schulen frei einsetzbare Mittel und die dauerhafte Unterstützung schulischer Sozialarbeit. Nochmals 4.000 Schulen sollen mit Zusatzstellen für schulische Sozialarbeit unterstützt werden. Weitere Maßnahmen in den Bereichen frühkindliche Bildung, Ganztagsausbau, Lehrer- und Erwachsenenbildung sowie BAföG kommen hinzu. Vielfach werden die jeweiligen Kosten und Eckdaten der Vorhaben zwar nicht benannt. Unverkennbar ist jedoch die Absicht des Bundes, sich im Bildungssektor stark zu engagieren. Ebenfalls deutlich wird das Bestreben, in verschiedenen Bereichen wie der Digitalisierung national strukturierend und über längere Zeit hinweg tätig zu werden.

II. Grundgesetzliche Regelungen

1. Ausgangskonstellation

Nach Art. 20 GG verfügen die Länder über eine Eigenstaatlichkeit.⁷ Ihnen kommen jeweils eigene Kompeten-

zen in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu. Diese Kompetenzen können zwar durch den verfassungsändernden Gesetzgeber modifiziert werden, aber nicht unbegrenzt. Den Ländern muss stets ein „Kern eigener Aufgaben als ‚Hausgut‘ unentziehbar verbleib[en]“⁸, damit ihre Staatsqualität nicht gefährdet wird. Hinsichtlich der Kompetenzverteilung bringt das Grundgesetz zwei Prinzipien in Anschlag. Zum einen sind Doppelzuständigkeiten – ob bereichsspezifisch, themenbezogen oder generalisiert – nur in Ausnahmefällen vorgesehen bzw. zulässig.⁹ Das kompetenzielle Trennprinzip gilt auch für die Verwaltungsräume. Bund und Länder haben ihre jeweiligen Verwaltungsaufgaben grundsätzlich in eigener Verantwortung zu erfüllen.¹⁰ Die so erzeugte Verantwortungsklarheit ist für die Verwirklichung des Bundesstaats- und Demokratieprinzips erforderlich (Art. 20 Abs. 1-2 GG). Zum anderen gilt die Auffangzuständigkeit der Länder nach Art. 30 GG bzw. Art. 70, 83 und 92 GG. Danach fallen alle Kompetenzen den Ländern zu, wenn das Grundgesetz keine Bundeszuständigkeit festlegt oder zulässt. Kein Kompetenztitel der Länder, aber alle Kompetenztitel des Bundes bedürfen der Rechtfertigung.¹¹ Art. 30 GG ist für alle Staatsfunktionen und Sachmaterien anzuwenden. In Bildung, Kultur und Wissenschaft normiert das Grundgesetz faktisch nur wenige Zuständigkeiten des Bundes. Die sich daraufl ergebende Kulturhoheit der Länder hat das BVerfG schon 1957 als „Kernstück [ihrer] Eigenstaatlichkeit“ bezeichnet.¹²

Nach dem Lastentragungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG müssen Bund und Länder die ihnen jeweils zukommenden Verwaltungsaufgaben finanzieren. Zugleich sind Querfinanzierungen grundsätzlich ausgeschlossen, d.h. eine Gebietskörperschaft darf weder vollständig noch teilweise Aufgaben finanzieren, für die sie nicht zuständig ist.¹³ Von Art. 104a Abs. 1 GG gibt es nur eng begrenzte Ausnahmen.¹⁴ Damit das Querfinanzierungsverbot nicht zur einer defizitären Aufgabenfinanzierung führt, haben Bund und Länder nach Art. 106 Abs. 4 GG Anspruch auf eine jeweils angemess-

5 Der Bund soll „stärker und dauerhafter Verantwortung“ übernehmen: Stark-Watzinger in Wiarda (Fn. 3). Vgl. Stark-Watzinger (Fn. 4); Lindner (Fn. 4), S. 8; Baerbock, Annalena, in: Grußwort zum 29. Gewerkschaftstag der GEW, 10.6.2021; diess., Kinder sind nur so stark wie ihre Chancen – Impulspapier für eine nationale Bildungsoffensive (10.7.2021), <https://www.gruene.de/artikel/kinder-sind-nur-so-stark-wie-ihre-chancen> (zuletzt abgerufen am 20.3.2022).

6 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP (Fn. 1), S. 94.

7 BVerfGE 1, 14 (34); 6, 309 (346f.); 36, 342 (360f.); 81, 310 (334).

8 BVerfGE 34, 9 (19f.). Vgl. Art. 79 Abs. 3 GG, der die Bundestaatlichkeit dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht.

9 BVerfGE 36, 193 (202).

10 BVerfGE 32, 145 (156); 63, 1 (38ff.); 108, 169 (182); 119, 331 (364f.).

11 BVerfGE 15, 1 (17); 88, 203 (332).

12 BVerfGE 6, 309 (346).

13 BVerfGE 26, 338 (390f.); 81, 312 (314); Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Bd. II.), 1980, S. 1138.

14 Siehe unten zu Finanzhilfen III. 2. a)

sene Mittelausstattung. Der Lastenträgungsgrundsatz geht auf historische Erfahrungen zurück. Ab Ende der 1950er Jahre organisierte sich der Bund mit der s.g. Fondswirtschaft über Mitfinanzierungen verfassungsrechtlich fragwürdige Steuerungskompetenzen in Politikbereichen, für die er keine Zuständigkeit besaß.¹⁵ Die weitgehende Verwaltungszuständigkeit der Länder im Bildungsbereich führt deshalb zu deren ebenso weitgehenden Finanzierungspflichten sowie zum Verbot einer aufgabendissoziierten Mitfinanzierung des Bundes. Das kaum beschränkte Finanzierungsverbot für den Bund in der Bildung wird technisch korrekt als „Kooperationsverbot“ bezeichnet. In der politischen Debatte wird der Begriff allerdings uneinheitlich oder gar nicht definiert.¹⁶ Offen ist deshalb auch, was mit dem begrifflichen Gegenstück des „Kooperationsgebots“ im politischen Diskurs gemeint ist.

Die in Abschnitt VIII.a. des Grundgesetzes normierten Gemeinschaftsaufgaben stellen Ausnahmen zu beiden o.g. kompetenzrechtlichen Prinzipien dar. Zum einen etablieren sie eine verwaltungsmäßige Mitzuständigkeit des Bundes in bestimmten Bereichen, v.a. in der gesetzesfreien Verwaltung. Als *lex specialis* zu Art. 30 GG heben sie in diesen Bereichen die Alleinzuständigkeit der Länder auf. Zum anderen ermöglichen oder bestimmen sie eine gemeinsame Aufgabenerfüllung von Bund und Ländern und schaffen so eine Mischverwaltung.¹⁷

Art. 91b Abs. 1 - 2 GG regeln Gemeinschaftsaufgaben in Bildung und Wissenschaft. Die Gemeinschaftsaufgaben sind fakultativ, d.h. Bund und Länder können zusammenwirken, müssen es aber nicht.¹⁸ Die in beiden Absätzen jeweils verlangten Vereinbarungen sind in der politischen Praxis Verwaltungsvereinbarungen, die die Regierungen von Bund und Ländern jeweils ohne zwingende Parlamentsbeteiligung verhandeln und abschlie-

ßen. Mit einer Vereinbarung wird eine gemeinsame Verwaltungszuständigkeit von Bund und den beteiligten Ländern für das Fördergebiet etabliert. Zwar kann das Gebiet sowohl in der originären Zuständigkeit der Länder als ursprünglich auch des Bundes liegen.¹⁹ Mit Blick auf die tatsächliche Zuständigkeitsverteilung ist die erstgenannte Konstellation in der Praxis allerdings weit häufiger. In diesem Fall erhält der Bund eine verwaltungsmäßige Teilzuständigkeit, die er vorher nicht hatte.

Qua gemeinsamer Zuständigkeit wirken die Partner bei der Fördermaßnahme zusammen, etwa hinsichtlich Planung, Durchführung, Steuerung und Wirksamkeitsmessung.²⁰ Nicht umfasst ist allerdings die Durchführung im Einzelfall.²¹ Nach dem Lastenträgungsgrundsatz müssen die Partner die gemeinsame Aufgabe auch gemeinsam finanzieren. In aller Regel bedeutet das, dass der Bund eine Aufgabe mitfinanzieren kann und muss, die vorher allein von den Ländern zu finanzieren war oder aber als solche noch gar nicht existierte. Wie die Kosten aufgeteilt werden, können die Partner nach Art. 91b Abs. 3 GG nach eigenem Ermessen vereinbaren. Möglich ist damit auch die überwiegende oder vollständige Kostenübernahme durch den Bund. Mit der von den Exekutiven abgeschlossenen Vereinbarung werden die Haushaltsrechte der betroffenen Parlamente allerdings nicht beschnitten. Sie müssen die vorgesehenen Ausgaben gemäß ihrer parlamentarischen Rechte im jeweiligen Haushaltsverfahren bewilligen.²²

Art. 91b Abs. 1 GG regelt Gemeinschaftsaufgaben in der Wissenschaft. 2015 wurde der Kooperationsbereich der Norm substanziell erweitert: Zuvor waren im Hochschulsektor nur befristete Projekte förderfähig, seither können Hochschulen auch institutionell und damit dauerhaft gefördert werden.²³ Seitdem können Bund und Länder den gesamten Bereich der Wissenschaft gemein-

15 Zum s.g. „goldene Zügel“: *Kisker, Gunter*, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 36 ff.; *Siekmann, Helmut*, Finanzzuweisungen des Bundes an die Länder auf unklarer Kompetenzgrundlage, in: DÖV 2002 (15), S. 629, 629.

16 *Seckelmann, Margrit*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 49. Erg.-Lfg. II/16 2015, Art. 91b GG, Rn. 3; *Henneke, Hans-Günter*, in: Hofmann/Henneke (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 15. Aufl. 2022, Art. 91b, Rn. 54.

17 *Suerbaum, Joachim/Ratka, Jacqueline*, Der neue Art. 91b Abs. 1 GG – eine erste Zwischenbilanz, in: RdJB 2017 (1), S. 11, 12; *Kienemund, Andreas*, in: Wolf (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 2022, Art. 91a GG, Vorbem./Rn. 1; *Haug, Volker*, Perspektiven der gemeinsamen Bund-Länder-Förderung unter dem neuen Art. 91b GG: Chancen und Streitpunkte, OdW 2017 (4), S. 267, 267; *Siekmann, Helmut*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 91b, Rn. 5.

18 Vgl. die pflichtigen Gemeinschaftsaufgaben des Art. 91a GG: *Seckelmann, Margrit*, Konvergenz und Entflechtung im Wissen-

schaftsföderalismus von 1998 bis 2009 - insbesondere in den beiden Etappen der Föderalismusreform, in: Seckelmann/Lange/Horstmann (Hrsg.), Die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Wissenschafts- und Bildungspolitik, 2010, S. 75. Vgl. *Stern* (Fn. 13), S. 835; *Siekmann* (Fn. 17), Rn. 9.

19 *Heun, Werner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2018, Art. 91b, Rn. 8; *Mager, Ute/Vasel, Jochen*, in: Kämmerer/Kotzur (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (Band 2: Art. 70 bis 146), 7. Aufl. 2021, Art. 91b, Rn. 12.

20 *Werner, Georg*, Abbau von Mischfinanzierungen, ZG 2002 (17), S. 14, 17; *Volkman, Uwe/Kaufhold, Ann-Katrin*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz - Band 3, 7. Aufl. 2018, Art. 91b, Rn. 29.

21 *Siekmann* (Fn. 17), Rn. 12.

22 *Heun* (Fn. 19), Rn. 19; *Mager/Vasel* (Fn. 19), Rn. 33.

23 BT-Drs. 18/2710, S. 6; *Suerbaum/Ratka* (Fn. 17), S. 11 ff. Die neuen Fördermöglichkeiten wurden erstmals für die Förderlinie „Exzellenzuniversitäten“ im Rahmen der Exzellenzstrategie genutzt.

sam fördern.²⁴ Umfasst sind alle Förderformate, Förderempfänger und Fördergegenstände. Auch der allgemeine Hochschulbau ist aus hiesiger Sicht förderfähig.²⁵ Die von der Norm verlangte „überregionale Bedeutung“ einer Fördermaßnahme lässt sich kaum plausibel definieren und bleibt als Kriterium wirkungslos.²⁶

Obwohl als verfassungsrechtliche Ausnahme angelegt, hat Art. 91b Abs. 1 GG eine erhebliche förderpraktische und systemprägende Bedeutung erlangt. Auf die Norm stützen sich die zentralen wissenschaftspolitischen Fördermaßnahmen der vergangenen beiden Dekaden. Dazu zählt der Zukunftsvertrag bzw. zuvor der Hochschulpakt, die Exzellenzstrategie bzw. zuvor die Exzellenzinitiative, der Pakt für Forschung und Innovation sowie zahlreiche weitere Einzelmaßnahmen. Im Jahr 2021 wendeten Bund und Länder ca. 16,5 Mrd. Euro auf Grundlage des Art. 91b Abs. 1 GG auf.²⁷ Art. 91b Abs. 1 GG gilt überdies als paradigmatische und erfolgreiche Form des kooperativen Föderalismus.

In Art. 91b Abs. 2 GG werden Gemeinschaftsaufgaben in der Bildung normiert. Die seit 2006 unveränderte Regelung erlaubt das Zusammenwirken von Bund und Ländern zur Feststellung der internationalen Leistungsfähigkeit des Bildungswesens sowie bei entsprechenden Berichten und Empfehlungen. Auf Grundlage der Norm können bildungssystemrelevante Daten und Informationen erhoben, analysiert und in eine international vergleichende Perspektive gesetzt werden.²⁸ Der

Kooperationsbereich wurde gegenüber der aus dem Jahr 1970 stammenden Vorgängerfassung, die noch auf den weiteren Begriff der Bildungsplanung abhob²⁹, absichtsvoll eng geschnitten. Nicht umfasst sind jegliche Umsetzungsmaßnahmen, die in den Empfehlungen enthalten sind oder sich daraus ableiten lassen.³⁰ Solche Maßnahmen kommen qua originärer Zuständigkeit weiterhin überwiegend den Ländern zu. Durch die Empfehlungen ausgelöste, indirekte Steuerungseffekte bleiben davon gleichwohl unberührt.³¹ Auf die Norm stützt sich ein 2007 geschlossenes Verwaltungsabkommen³², auf dessen Grundlage Bildungsvergleichsstudien wie PISA, TIMSS und IGLU durchgeführt werden.

Während der Förderbereich des Art. 91b Abs. 1 GG also das gesamte Feld der Wissenschaft umfasst, bleiben die Möglichkeiten der gemeinsamen Bildungsförderung äußerst schmal. Auf Grundlage von Art. 91b Abs. 2 GG kann der Bund nicht substantiell im Bildungsbereich mitwirken und mitfinanzieren. Gestattet ist nur die Diagnose, nicht die Therapie von Defiziten. Um das „Kooperationsgebot“ umzusetzen, rücken deshalb eine gegenständliche Erweiterung von Art. 91b Abs. 2 GG oder eine Fusion mit Art. 91b Abs. 1 GG in den Blick.

2. Neufassung von Art. 91b GG

Der Kooperationsbereich des Art. 91b Abs. 2 GG kann in verschiedenen Graden erweitert werden. Denkbar ist eine maximal weite Fassung, etwa mit der Formulierung

24 Der außeruniversitäre Bereich war bereits vor 2015 weitgehend förderfähig. Zum Wissenschaftsbegriff maßgeblich: BVerfGE 35, 79 (113).

25 *Volkman/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 22; *Seckelmann* (Fn. 16), Rn. 19 f. A.A. *Kienemund, Andreas*, in: *Wolff* (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 13. Aufl. 2022, Art. 91b GG, Rn. 6; *Wolff, Johanna*, *Der neue Artikel 91b GG - erweiterte Kooperation im Wissenschaftsföderalismus*, DÖV 2015 (Heft 18), S. 771, 776.

26 *Löwer, Wolfgang*, *Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestags zum Thema „Verfassungsrechtliche Grenzen und Perspektiven einer besseren Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Bildung und Wissenschaft“*, BT-Drs. 17(18)265g, S. 5; *Seckelmann* (Fn. 16), Rn. 28; *Speiser* (Fn. 4), S. 128 ff. In der Literatur ist allerdings auch die Auffassung der Definierbarkeit verbreitet, etwa: *Volkman/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 24; *Heun* (Fn. 19), Rn. 13. Vgl. die ähnliche Problematik des Begriffs „gesamstaatlich bedeutsam“ des Art. 104c Satz 1 GG.

27 *Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK)*, *Gemeinsame Förderung des Bundes und der Länder auf der Grundlage des Artikels 91b GG* (18.11.2021), <https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redak->

[tion/Dokumente/Papers/GemFofoe-2020-2021_final.pdf](https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Papers/GemFofoe-2020-2021_final.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.2.2022). Zur Entwicklung der Ausgaben: *Hintze, Patrick*, *Kooperative Wissenschaftspolitik – Verhandlungen und Einfluss in der Zusammenarbeit von Bund und Ländern*, 2020, S. 323 ff.

28 Ausführlich dazu: *Guckelberger, Annette*, *Bildungsevaluation als neue Gemeinschaftsaufgabe gemäß Art. 91b Abs. 2 GG*, RdJB 2008 (3), S. 267, 267 ff. Vgl. *Heun* (Fn. 19), Rn. 16; BT-Drs. 16/813, S. 10.

29 *Mager/Vasel* (Fn. 19), Rn. 29; *Volkman/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 1; *Heun* (Fn. 19), Rn. 16. Vgl. die wenigen Zuständigkeiten des Bundes in der Bildung, v.a. Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 Alt 1 GG (Ausbildungsbeihilfen) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11/12 GG (berufliche Bildung).

30 *Siekman* (Fn. 17), Rn. 23a; *Seckelmann* (Fn. 16), Rn. 45; *Heun* (Fn. 19), Rn. 16; *Henneke* (Fn. 16), Rn. 48;

31 *Volkman/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 34 f.

32 *Bundesregierung*, *Bekanntmachung des Verwaltungsabkommens über das Zusammenwirken von Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Abs. 2 des Grundgesetzes*, *BAnz Nr. 106* (13.6.2007), S. 5861 ff. Vgl. *Siekman* (Fn. 17), Rn. 32.

„Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen bei der Bildungsförderung zusammenwirken.“³³ Alternativ möglich ist die Streichung des Art. 91b Abs. 2 GG und die Einfügung des Begriffs „Bildung“ in die Aufzählung der Förderbereiche des Art. 91b Abs. 1 Satz 1 GG. Würde zugleich die tautologische Trias „Wissenschaft, Forschung und Lehre“ des Satz 1 auf ein schlichtes, aber ausreichendes „Wissenschaft“ reduziert sowie das wirkungslose Kriterium der „überregionalen Bedeutung“ gestrichen, ergäbe sich die Formulierung: „Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen bei der Förderung von Bildung und Wissenschaft zusammenwirken.“ Auch eine textlich nochmals entschlackte Variante wäre möglich: „Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen Bildung und Wissenschaft gemeinsam fördern.“

Mit der Neufassung wird das föderale Zusammenwirken im gesamten Bildungsbereich³⁴ möglich, soweit die sonstigen Voraussetzungen des Art. 91b GG erfüllt sind. Gegenstand, Format, Empfänger, Dauer und Volumen von Fördermaßnahmen können frei verhandelt werden. Auch die Umsetzungsmodalitäten – etwa hinsichtlich von Gremien, Verfahrenswegen und Ausschüttungsmechanismen – sind ad libitum regelbar. Nach dem unverändert gültigen Art. 91 Abs. 3 GG können die Partner auch die Kostenaufteilung frei verhandeln und müssen diese in der Vereinbarung niederlegen. Möglich wäre etwa diese fiktive Fördermaßnahme: Bund und Länder vereinbaren, dauerhaft bei der Förderung von zusätzlichen, fest angestellten Lehrerinnen in MINT-Fächern an Regelschulen zusammenzuwirken. Um eine Förderung zu erhalten, müssen die Schulen ein pädagogisches MINT-Konzept einreichen und sich in einem wettbewerblichen Verfahren durchsetzen. Das Programm wird vom Wissenschaftsrat administriert und zu 90 Prozent vom Bund finanziert.

Unterhalb der skizzierten, textlichen Maximalvariante lässt sich der Kooperationsbereich des Art. 91b Abs. 2 GG in unterschiedlicher Weise enger fassen. Denkbar ist beispielweise die Variante „Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen bei der Förderung von Bildungsinfrastruktur zusammenwirken.“ Die Formulierung lehnt sich an Art. 104c GG an, ohne aber u.a. die dortige Beschränkung auf kommunale Infrastruktur zu übernehmen.³⁵ Damit sind u.a. Gemeinschaftsaufgaben möglich, mit denen die bauliche und digitale Infrastruktur gefördert wird. Förderungen jenseits der Infrastruktur sind nicht möglich, etwa die dauerhafte Förderung von Personalstellen. Ansonsten können Bund und beteiligte Länder aber auch bei dieser Variante die Modalitäten des Zusammenwirkens frei vereinbaren.

Beide Varianten normieren wie bisher fakultative Gemeinschaftsaufgaben. Sie ermöglichen die Zusammenarbeit von Bund und Ländern, erzwingen sie aber nicht. Notwendig bleiben der Abschluss einer Vereinbarung und damit die politische Verständigung von Bund und Ländern. Allein die im Hinblick auf den Sachbereich neue verfassungsrechtliche Möglichkeit des Zusammenwirkens bedeutet allerdings eine kompetenzielle Verschiebung – zumal diese aus noch zu diskutierenden Gründen in der politischen Praxis intensiv genutzt werden dürfte. Die Gestaltungsmöglichkeiten des Bundes dehnen sich damit auf eine Länderdomäne aus. A fortiori gilt dies, wenn die fakultative zugleich in eine pflichtige Gemeinschaftsaufgabe umgewandelt wird. Analog zu Art. 91a GG lässt sich dies durch den Verzicht auf das Modalverb „können“ erreichen. Ein Kooperationszwang dürfte aber aus Bundessicht wenig attraktiv sein, weil damit der mit der Kann-Norm verbundene, politisch attraktive Handlungsspielraum verloren geht.³⁶ Zugleich wären erhebliche Widerstände von Länderseite zu erwarten. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass der Begriff

33 Die Idee einer „Gemeinschaftsaufgabe Bildung“ ist im politischen Diskurs der vergangenen Jahre immer wieder aufgetaucht, allerdings fast immer ohne Konkretion: FDP: BT-Drs. 19/31173, S. 2; BT-Drs. 19/15767, S. 3; FDP/Grüne: BT-Drs. 19/4556, S. 2; Stark-Watzinger (Fn. 4); Grüne: BT-Drs. 17/1984, S. 2; SPD: BT-Drs. 17/5911, S. 2; Linke: BT-Drs. 18/3162, S. 1; BT-Drs. 18/6875, S. 2; BT-Drs. 18/588, S. 3. Vgl. die vage in diese Richtung deutenden Positionierungen von Länderseite: BR-Drs. 621/17, S. 2; BT-Drs. 18/2710, S. 8; Vgl. überdies Überlegungen in der Literatur: Seckelmann, Margrit, Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91b)“, BT-Drs. 18(18)48d, 2014, S. 6; Wieland, Joachim, Von der Verhinderungsverfassung zur Ermöglichungsverfassung, ZG 2012 (3), S. 266, 273 ff.; GEW, Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91b)“, BT-Drs. 18(18)48g,

2014, S. 3 f.; *Deutscher Städtetag*, Münchner Erklärung des Deutschen Städtetags „Bildung gemeinsam verantworten“ (8. 11. 2012), http://www.miz.org/dokumente/2012_muenchner_erklaerung_staedtetag.pdf (zuletzt abgerufen am 30.1.2022), S. 3 f. Vgl. die kurze Diskussion in: Funke, Ariane, Hochschul- und Wissenschaftsfinanzierung als bundesstaatliche Probleme, 2022, S. 397 f.

34 Zum Umfang des Begriffs: Mager/Vasel (Fn. 19), Rn. 28; Siekmann (Fn. 17), Rn. 23.

35 Vgl. zu Finanzhilfen: III. 2. a). Zum Begriff der Infrastruktur: Siekmann, Helmut, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104c, Rn. 10/12.

36 Der Bund, so Haug mit Blick auf Art. 91b Abs. 1 GG, möchte „vermeiden, in das graue Alltagsgeschäft der allgemeinen [...] Hochschulfinanzierung der Länder hineingezogen zu werden“. Daher ziele er darauf, seine Ressourcen auf „Leuchtturm“-Förderungen [zu] konzentrieren“: Haug (Fn. 17), S. 271.

des „Kooperationsgebots“ nicht im rechtlichen Sinn als bindende Anordnung, sondern im politischen Sinn als Empfehlung (die eben der rechtlichen Ermöglichung bedarf) verstanden wird.

Zeithistorisch betrachtet setzte sich mit einer Erweiterung des Kooperationsbereichs in der Bildung eine Gegenbewegung zur Föderalismusreform von 2006 fort. Mit der Reform sollten die damaligen Kompetenzen von Bund und Ländern entflochten, das Trennprinzip gestärkt und die Eigenständigkeit der Länder gefördert werden.³⁷ Seitdem hat es eine Serie von rückabwickelnden Grundgesetzänderungen gegeben, die den Verflechtungsgrad wieder erhöht und dem Bund mehr Gestaltungs- und/oder Finanzierungsmöglichkeiten im Wissenschafts- und Bildungsbereich eröffnet haben.³⁸ Eine Erweiterung des Art. 91b Abs. 2 GG würde in der Bildung jene Entwicklung spiegeln, die in der Wissenschaft mit der Novelle des Art. 91b Abs. 1 GG im Jahr 2015 bereits vollzogen wurde.³⁹

III. Diskussion

1. Grundsätzliche Überlegungen

Die Vorstellung, mit einer Änderung der kompetenzrechtlichen Regelungen und einer stärkeren Rolle des Bundes zentrale Defizite des Bildungssystems zu beheben oder substanziell zu mildern, ist weit verbreitet. Die zugrundeliegende These ist ein kontrafaktischer Vergleich: Hätte der Bund eine stärkere Stellung, wäre das Politikergebnis gegenüber der weitgehenden Länderzuständigkeit besser. In analoger Weise wird vorgebracht, die Erfüllung der von Bund und Ländern gemeinsam verantworteten Aufgaben sei problematisch und auch hier müssten die Gewichte stärker zum Bund verschoben werden.⁴⁰

Weil sie den Vorzug der empirischen Existenz haben, wird bei diesem Vergleich regelmäßig nur das politische

Handeln der Länder und der Status Quo des Bildungssystems betrachtet. Die Zuständigkeit der Länder, so das Argument, führe zu mehr oder weniger uneinheitlichen, unübersichtlichen, ineffizienten und ineffektiven Lösungen. Der Befund wird auf verschiedene bildungspolitische Teilbereiche bezogen, etwa Schulabschlüsse, Lehrpläne, Lehrerbildung, G8/G9, Ferienregelungen oder die bauliche und digitale Schulinfrastruktur.⁴¹ Von dieser Defizitanalyse wird auf die Notwendigkeit eines stärkeren Bundesengagements geschlossen. Die Überlegenheit von „Bundeslösungen“ hat in Teilen der medialen und politischen Debatte geradezu axiomatischen Status erlangt. Paradigmatisch findet sich das Argument in einem Namensbeitrag von FDP-Parteichef *Lindner* aus dem Jahr 2020. Die länderverantwortete Schulpolitik, so *Lindner*, erbringe insgesamt desolate Ergebnisse. Nötig sei deshalb eine „nationale Koordination für die Gestaltung, Evaluation und Weiterentwicklung von Schulen“ sowie ein „Bundesministerium für Bildungsinnovation & Schulqualität“⁴².

Neue Nahrung hat dieses Argumentationsmuster durch die Corona-Krise erhalten. Die föderal verteilte Bildungszuständigkeit hat sich danach als schlecht gerüstet erwiesen, der Pandemie zu begegnen. In ungeahnter Klarheit habe die Corona-Krise überdies die strukturelle Mangelhaftigkeit des Bildungsföderalismus freigelegt, die sich auch in weiteren Defiziten zeige.⁴³ Der Föderalismus – so ließe sich der Gedanke zuspitzen – ist nicht mehr die richtige Antwort auf die vielen bildungspolitischen Aufgaben der heutigen Zeit.⁴⁴

Mit einem erweiterten Art. 91b GG ließe sich nun eine stärkere Beteiligung des Bundes in der Bildung und damit die zweite Seite des Vergleichs realisieren. Zu diesem Vergleich sind zwei grundsätzliche Bemerkungen zu machen. Erstens ist es unplausibel, dass eine stärker bundesgeprägte Lösung bei allen Bildungsaufgaben überlegen ist. Zum einen sind einige der monierten De-

37 „Entflechtungseuphorie“: *Seckelmann, Margrit*, Die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Wissenschafts- und Bildungspolitik - zur Einleitung, in: *Seckelmann/Lange/Horstmann* (Hrsg.), Die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Wissenschafts- und Bildungspolitik, 2010, S. 18. Vgl. *Meyer, Hans*, Die Föderalismusreform 2006, 2008, S. 239 ff.

38 Siehe zur Veränderung von Art. 104b-c GG III. 2. a).

39 Analoges trifft auf den Verlauf der verfassungspolitischen Debatte zu. Seinerzeit stand der als zu eng aufgefasste Kooperationsbereich des Art. 91b Abs. 1 GG in der Kritik, die schließlich zur Grundgesetzänderung von 2015 führte.

40 Referierend: *Wiarda, Jan-Martin*, Der Traum von einem neuen Bildungsföderalismus, <https://www.jmwiarda.de/2021/11/23/der-traum-von-einem-neuen-bildungs%C3%B6deralismus/> (24.11.2021) (zuletzt abgerufen am 19.1.2022).

41 Beispielhaft: *Lindner* (Fn. 4), S. 8. Vgl. die Problembeschreibungen verschiedener Autoren im Band *Bildungsföderalismus in der Kritik*, ifo-Schnelldienst 2019 (Nr. 72).

42 *Lindner* (Fn. 4), S. 8. Ähnlich *Stark-Watzinger* (Fn. 4).

43 „Brennglas“: *Stark-Watzinger* in *Wiarda* (Fn. 3). Vgl. beispielhaft die abgewogene Analyse: *Illan, Luis*, Bildungsföderalismus in Zeiten der Corona-Krise. *GWP* 2020 (3), 273, passim.

44 Darüber hinaus existieren grundsätzliche Zweifel, ob der Föderalismus in seiner jetzigen Ausprägung die beste aller möglichen Staatsorganisationen ist. Moniert werden u.a. die regulatorische Zersplitterung, die Behäbigkeit und wenig krisentaugliche Komplexität der föderalen Verfahren, die inkonsistente Umsetzung verabreiteter Maßnahmen und die Kosten von Mehrfachstrukturen.

fizite erkennbar gar nicht oder teilweise nicht auf die weitgehende Politikgestaltung durch die Länder und die korrespondierende unterdimensionierte Rolle des Bundes zurückzuführen. Einschlägig können andere Faktoren sein, etwa der politikpraktische Umgang mit den föderalen Strukturen (statt der Strukturen selbst), politisch motivierte Blockaden oder Umsetzungsprobleme auf regionaler bzw. lokaler Ebene. Die Vorstellung des „Mehr Bund ist immer besser“ kann aus diesem Grund nicht überzeugen.

Zweitens ist Art. 91b GG kein Allzweckwerkzeug, um bei jeder Bildungsaufgabe eine stärkere Rolle des Bundes zu organisieren. Die Norm regelt das Zusammenwirken in der gesetzesfreien Verwaltung, wozu die gemeinsame, also bundesmitgetragene Finanzierung von Fördermaßnahmen gehört. Alle sonstigen, weitgehend den Ländern zukommenden Zuständigkeiten in der Bildung bleiben unberührt.⁴⁵ Das gilt etwa für die Schulgesetzgebung, die schulbezogene Haushaltsgesetzgebung und zahlreiche untergesetzliche Zuständigkeiten. Auch die horizontale Abstimmung und gemeinsame Strategiebildung, die sich auf die benannten Materien bezieht, bleibt ungeschmälert Ländersache. Eine Reihe der problematisierten Bildungsaufgaben fällt aber vollständig oder hauptsächlich in diese Kategorie. Vis-a-vis dieser Aufgaben bliebe ein novellierter Art. 91b GG wirkungslos oder jedenfalls wirkungsarm. Würden für diese Aufgaben stärker bundesgeprägte Arrangements angestrebt, wären andere Regelungen anzupassen, etwa Gesetzgebungskompetenzen. Ein erweiterter Art. 91b GG ist damit von vornherein nur für eine Teilmenge jener Bildungsdefizite relevant, für deren Behebung eine größere Rolle des Bundes als sinnvoll erachtet wird.

Nur in diesen einschlägigen Fällen lohnt sich der genaue Vergleich der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung mit der heutigen Konstellation. Die erforderliche aufgabenscharfe Betrachtung kann hier zwar nicht in Gänze geleistet werden. Dargestellt werden können aber die typischen positiven und negativen Wirkungen von Gemeinschaftsaufgaben, die sich bei spezifischen Bildungsaufgaben jeweils unterschiedlich ausprägen.

2. Bessere Bildungspolitik?

a) Konzeption einer Gemeinschaftsaufgabe

Um eine gemeinsame Aufgabenzuständigkeit auf Grundlage von Art. 91b GG zu schaffen, bedarf es der Einigung von Bund und Ländern. Die Vielzahl und unterschiedlichen Interessenlagen der beteiligten Akteure können die Verhandlungen langwierig und kompliziert gestalten.⁴⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gemeinschaftsaufgabe fakultativ und der Einigungsdruck deshalb geringer ist. Zur Komplexität der Verhandlungen trägt überdies bei, dass eine gemeinsame Verwaltungszuständigkeit etabliert wird und deshalb vielfältige Durchführungsdetails der Fördermaßnahme zu regeln sind. Dazu zählen Zweckbestimmung der Mittel, Empfänger, Allokationsmechanismen und Einzelheiten der Mittelverwendung. Auch von den Empfängern zu leistende Berichtspflichten und vorgesehene Evaluationen werden i.d.R. festgelegt.

Zwar sind Bund und Länder gleichberechtigte Verhandlungspartner. Gleichwohl fällt der Einfluss des Bundes auf die Konzeption der Gemeinschaftsaufgabe regelmäßig desto stärker aus, je höher sein Anteil an der Gesamtfinanzierung ist. Die „Asymmetrisierung der Machtverhältnisse“⁴⁷ birgt das Risiko, dass sich Ungleichheiten zwischen den Ländern verschärfen und somit die Kohäsion des Bundesstaats nicht nur nicht gestärkt, sondern geschwächt wird. Zwar ist dem Bund eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Länder verfassungsrechtlich untersagt.⁴⁸ Möglich sind aber Vereinbarungen, die aus sachlichen Gründen nur mit ausgewählten Ländern abschlossen werden, etwa weil nur diese von der Fördermaßnahme betroffen sind. Überdies kann ein vom Bund allen Ländern vorgelegtes Angebot so ausfallen, dass es nicht für alle attraktiv ist. Eine potenzielle Bruchlinie verläuft zwischen den absehbar stark profitierenden und den weniger oder gar nicht profitierenden Ländern. Eine andere Bruchlinie verläuft zwischen den Ländern, die

45 Volkmann/Kaufhold (Fn. 20), Rn. 12.

46 Umfassende Analyse des Einflusses der beteiligten Akteure in der kooperativen Wissenschaftspolitik: Hintze (Fn. 27), S. 13 ff.

47 Seckelmann (Fn. 18), S. 69. Vgl. Hintze (Fn. 27), S. 322/357 ff.; Kisker (Fn. 15), S. 289; Pasternack, Peer, Die föderale Kompetenzordnung im deutschen Hochschulwesen: Entwicklung und Status, in:

Pasternack (Hrsg.), Hochschulen nach der Föderalismusreform, 2011, S. 21, 33.

48 Eine Konsequenz aus dem Gebot zu länderfreundlichem Verhalten: BVerfGE 1, 299 (315); 72, 330 (404). Vgl. die analoge Anforderung bei Finanzhilfen: BVerfGE 12, 205 (255ff.); 41, 291 (300ff.).

die mit der Gemeinschaftsaufgabe einhergehenden Ko-Finanzierungspflichten schultern können, und jenen, die es nicht können. Um derartige Spalteffekte zu vermeiden, liegen länderseitige Veto-Rechte wie in Art. 91b Abs. 1 Satz 2 GG nahe. Dann allerdings wird die Zustimmung eines Landes zum handelbaren Gut.⁴⁹ Dies macht Verhandlungsergebnisse wahrscheinlicher, die für alle Länder hinreichend vorteilhaft sind. Beispielsweise kann die Mittelallokation so konzipiert werden, dass alle Länder auf die ein oder andere Weise profitieren. Ebenso können länderseitige Ko-Finanzierungspflichten „weich“ formuliert werden, um die Anrechnung bereits bestehender Finanzierungsflüsse zu ermöglichen.⁵⁰ Ein verwandtes Risiko sind Lösungen, die andere Gegenstände berücksichtigen als jene, um die es in der Gemeinschaftsaufgabe geht. Dass Verfassungsregeln, die zu Großlösungen, Ausgleichszahlungen und Koppelgeschäften einladen, zur Zielgenauigkeit und Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung beitragen, ist immer wieder bezweifelt worden.⁵¹

Die geschilderten Komplexitäten sind eng mit dem Instrument der Gemeinschaftsaufgaben verknüpft. Strukturell vermeiden lassen sich, indem die inhaltliche Steuerungsmöglichkeit des Bundes reduziert wird. Strebt man dies an (oder nimmt es jedenfalls in Kauf) und möchte zugleich eine finanzielle Beteiligung des Bundes an Bildungsaufgaben organisieren, bieten sich Finanzhilfen an. Unter restriktiven Bedingungen (v.a. der Befristung und Überprüfungsspflichtigkeit der Mittel) ermöglichen Art. 104b GG und insbesondere Art. 104c GG

Finanzhilfen des Bundes an die Länder im Bildungsbereich. Art. 104c GG wurde 2017 ins Grundgesetz eingefügt. Bereits 2019 wurde die Norm verändert, indem der Empfängerkreis erweitert und die finanzierbaren Ausgaben erweitert wurden.⁵² Auch die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes sind mit einer Veränderung des Art. 104b Abs. 2 GG in den Jahren 2017/2019 und der Einfügung von Art. 104c Satz 3 GG im Jahr 2019 erweitert bzw. differenziert worden. Ebenfalls 2017 wurden die Prüfkompetenzen des Bundesrechnungshofs in Art. 114 Abs. 2 Satz 2 GG ausgeweitet.⁵³ Die letztgenannten Veränderungen waren interessanterweise Folge der auf Bundesseite weit verbreiteten Kritik, man könne auf die Verwendung der Finanzhilfemittel zu wenig Einfluss nehmen. Mit dem Anwachsen der Finanzhilfen wurde diese Kritik virulenter.⁵⁴ Überdies ist der maßgeblich vom Bund bestimmte Zweck von Finanzhilfen verbindlich und muss neben anderen Einzelheiten bundesgesetzlich oder per Verwaltungsvereinbarung bestimmt werden.⁵⁵

Dennoch bleiben Finanzhilfen Instrumente der Finanzverfassung. Mit ihrer Nutzung wird die für Gemeinschaftsaufgaben charakteristische gemeinsame Verwaltungszuständigkeit gerade nicht konstituiert. Beispielsweise bleibt die Bildungszuständigkeit der Länder durch den auf Art. 104c GG gestützten Digitalpakt unberührt. Dem Bund ist es auch nicht gestattet, Finanzhilfen an Einvernehmens-, Zustimmungs- oder Genehmigungsvorbehalte und weitere Auflagen zu knüpfen.⁵⁶ Deshalb sind die Länder Empfänger von Finanzhilfen.⁵⁷

49 Speiser (Fn. 4), S. 175.

50 Siehe unten III. 2. b).

51 Scharpf, Fritz, Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, in: PVS 1985 (Heft 4), S. 323, 330 ff.; Werner (Fn. 20), S. 26; Siekmann (Fn. 17), Rn. 7. Ob Gemeinschaftsaufgaben jenseits der geschilderten Phänomene bestmöglich konzipiert werden (u.a. mit Blick auf die Zweckmäßigkeit und Messbarkeit des Förderzwecks, die Evaluations- und Reporting-Mechanismen, die Ausschüttungsmodalitäten und ggf. Haftungstatbestände) und ob der Bund seine inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten hinreichend nutzt, ist eine weitere, vorwiegend politische und offenere Frage. Vgl. die genau aus diesem Grund vehemente Kritik des Bundesrechnungshofs am Hochschulpakt: *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages über die Prüfung der zweckentsprechenden Verwendung restlicher Hochschulpaktmittel und der Bedingungen des Zukunftsvertrags Studium und Lehre stärken, 2020, S. 53 f.

52 Siekmann (Fn. 35), Rn. 7 ff.; Speiser, Guido, Bundesfinanzhilfen im Bildungsbereich - der neue Art. 104c GG, DÖV 2020 (1), 14, passim.

53 Siehe unten III. 2. b) zu weiteren Details.

54 Die Überlegung ist auch heute noch zu hören: „Wir werden [bei der Digitalisierung der Schulen] mehr machen wollen und

müssen, aber wir werden nicht unkontingiert Geld an Länder geben können“: MdB Jarzombek, in: BT-Plenarprotokoll 20/11 (13.1.2022), S. 590. „Derzeit kann der Bund im Schulbereich nur Geld geben [...] Das passt nicht in die Zeit“: Bildungsministerin a.D. Karliczek, in: Burchard, Amory/Birnbaum, Robert, Karliczek fordert mehr Kooperation für die digitale Schule (20.6.2021), <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundesbildungsministerin-fuer-grundgesetzaenderung-karliczek-fordert-mehr-kooperation-fuer-die-digitale-schule/27301702.html> (zuletzt abgerufen am 15.1.2022).

Deutlich auch die in der vergangenen Legislatur für den Bildungsetat zuständigen Haushalter der großen Koalition MdB Rehberg (CDU) und MdB Schulz (SPD), in: Wiarda, Jan-Martin, „Wir müssen nicht die besten Freunde der Regierung sein“ – Interview mit Eckardt Rehberg und Swen Schulz (26.11.2020), <https://www.jmwiarda.de/2020/11/26/wir-m%C3%BCssen-nicht-die-besten-freunde-der-regierung-sein/> (zuletzt abgerufen am 18.2.2022). Vgl. zahlreiche Hinweise in der Literatur, statt aller: Seiler, Christian, Wider die Kompetenzverflechtung, ZG 2018 (33), 329, 330 ff.

55 Art. 104b Abs. 2 Satz 1 GG. Vgl. BVerfGE 39, 96 (115ff.); Siekmann (Fn. 35), Rn. 14b.

56 BVerfGE 39, 96 (120). Vgl. BVerfGE 41, 291 (313); 86, 148 (268).

57 BVerfGE 39, 96 (121f.); 41, 291 (313); Siekmann (Fn. 35), Rn. 7.

Sie setzen die Mittel in eigener haushalterischer Verantwortung ein und leiten sie ggf. an die Kommunen als Letztempfänger weiter. Aus gleichem Grund entkoppeln Finanzhilfen die Bereitstellung und Verwendungssteuerung von Bundesmitteln. Im Gegensatz zu Gemeinschaftsaufgaben durchbrechen sie somit den Lastentransportgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG.⁵⁸ Folglich stehen Finanzhilfen in Spannung zu Art. 109 Abs. 1 GG, nach dem die Haushaltsräume von Bund und Ländern getrennt sind. Das BVerfG hat daher wiederholt den Ausnahmecharakter von Finanzhilfen unterstrichen: Sie dürfen kein Instrument zur dauerhaften finanziellen Beteiligung des Bundes an Länderaufgaben sein.⁵⁹ Verfassungssystematisch haben Finanzhilfen deshalb eine Nutzungsbegrenzung, die allerdings nirgendwo präzise definiert ist.

Sollen die Länder dauerhaft für ihre Bildungsaufgaben finanziell ertüchtigt werden, ohne dem Bund eine stärkere inhaltliche Mitwirkung zu ermöglichen, sind Finanzhilfen deshalb nicht das richtige Instrument. Um einen strukturellen Ressourcenmangel der Länder zu beheben, bietet sich die Anpassung der Regelfinanzierung der Länder bzw. des bundesstaatlichen Finanzausgleichs nach Art. 106/107 GG an.⁶⁰ Damit wird eine Dysbalance zwischen Mittel- und Aufgabenverteilung der Staatsebenen korrigiert, ohne das Konnexitätsprinzip zu durchbrechen. Politisch ist dies allerdings schwierig durchzusetzen, nicht zuletzt weil erst 2020 ein neuer Finanzausgleich in Kraft getreten ist und das Thema damit zunächst als erledigt gelten dürfte.⁶¹ Alternativ kann der Bund die Länder entlasten, indem er höhere Finanzierungsanteile an bereits bestehenden gemeinsamen Aufgaben übernimmt, etwa bei den auf Art. 91b Abs. 1 GG gestützten Fördermaßnahmen in der Wissenschaft. Auf Bundeseite werden diese Lösungen oft skeptisch be-

trachtet, weil sie entweder dem Bundeshaushalt dauerhaft Mittel oder aber länderseitig frei werdende Mittel der eigenen Einflussphäre entziehen.⁶² In beiden Fällen kann der Bund seine Steuerungsinteressen, etwa die gezielte Mittelverwendung im Bildungssektor, nicht wirksam durchsetzen.

Zurück zu einem veränderten Art. 91b GG. Neben der Frage, welchen Einfluss der Bund auf die Konzeption von Gemeinschaftsaufgaben hat, ist von Interesse, welcher Akteur auf Bundesebene diesen Einfluss faktisch ausübt. Bundestagsabgeordnete monieren seit Jahren, das Parlament werde bei wichtigen Vorhaben des Bundes in Bildung und Wissenschaft zu wenig beteiligt. „Das Parlament“, kritisieren die Abgeordneten *Esdar* und *Schulz* (SPD), „wird vor vollendete Tatsachen gestellt und zum Notar degradiert“. Der Bundestag sei gezwungen, die ausverhandelten Programme abzusegnen, ohne inhaltlich Einfluss nehmen zu können oder auch nur adäquat informiert worden zu sein. Dies sei in Zukunft zu ändern, sonst könne man „doch mal aus [...] demokratischen Erwägungen das Geld verweigern“⁶³. Tatsächlich wurde eine solche Mittelsperre 2020 bereits vollzogen, als der Haushaltsausschuss des Bundestags 190 Mio. Euro der Hochschulpaktmittel sowie die Mittel für ein KI-Programm vorläufig sperrte.⁶⁴ Überdies wurde der Maßgabebeschluss gefasst, dass „ohne angemessene Information und Beteiligung des Haushaltsausschusses [...] keine Mittel für Bund-Länder-Vereinbarungen mehr freigegeben“ werden. Damit eskalierte eine Auseinandersetzung zwischen Exekutive und Legislative, die bereits 2019 (dem Jahr des Abschlusses mehrerer großvolumiger Bund-Länder-Vereinbarungen) anhängig gewesen war.

Die Kritik spiegelt grundsätzliche Bedenken wider, die schon seit Jahrzehnten in der Literatur geäußert wer-

58 *Siekmann* (Fn. 35), Rn. 3; *Hellermann, Johannes*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2018 (7. Aufl.), Art. 104c, Rn. 3; BT-Drs. 19/3440, S. 1.

59 BVerfGE 127, 165 (86ff.). Vgl. BVerfGE 39, 96 (115ff.); *Kirchhof, Ferdinand*, Empfehlen sich Maßnahmen, um in der Finanzverfassung Aufgaben- und Ausgabenverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden stärker zusammenzuführen? in: 61. Deutscher Juristentag, Verhandlungen, Band I (S. Gutachten D), 1996, D1, D43; BT-Drs. 16/813, S. 19.

60 *Siekmann* (Fn. 17), Rn. 44. Vgl. Ministerpräsident Kretschmann in: BR-Plenarprotokoll 958 (2.6.2017), S. 268f.; *Bäumerich, Maik/Schneider, Maximilian*, Kooperation von Bund und Ländern – Grundlagen und Grenzen, in: Die Verwaltung 2019 (52), S. 118 ff.

61 Das systematische Gegenstück zur (mitwirkungsfreien) Neuzuweisung von bisherigen Mitteln des Bundes an die Länder ist die (mittelfreie) Neuzuweisung von Aufgaben von den Ländern zum Bund. Diese Überlegung ist allerdings eher theoretisch, weil sie, im Bildungsbereich zumal, auf die Opposition der Länder stoßen dürfte.

62 Vgl. die diesbezügliche Kritik an der vollständigen Übernahme des BAföG im Jahr 2015 und die in diesem Punkt ähnliche Kritik an Finanzhilfen, siehe oben.

63 Alle in: *Esdar, Wiebke/Schulz, Swen*, Den Hochschulpakt besser aufstellen, Tagesspiegel (31.1.2019), S. 21. Vgl. die Abgeordneten *Schulz* und *Rehberg* in *Wiarda* (Fn. 54).

64 BT-Drs. 19/23324, S. 183.

den. Bereits in den Jahren rund um die Einfügung der Gemeinschaftsaufgaben ins Grundgesetz 1969 wurde bemängelt, die darauf gründenden Vereinbarungen werden ausschließlich von den Regierungen von Bund und Ländern verhandelt. Die exekutive Hegemonie höhle die Haushaltsrechte des Parlaments aus.⁶⁵ Formal blieben diese Rechte zwar unberührt, weil Verwaltungsvereinbarungen nur Kompetenzen der Regierungen betreffen und deshalb auch nur von diesen geschlossen werden müssten. Der faktische Druck auf die Parlamente, die in den Vereinbarungen vorgesehenen Haushaltsmittel freizugeben, sei jedoch offenkundig. Überdies wurden Zweifel daran geäußert, dass Teile der Wissenschaftsförderung wie die Exzellenzinitiative dem Gesetzesvorbehalt genügen.⁶⁶

Strukturell ist allerdings eine Vorrangstellung der Exekutiven kaum zu vermeiden. Zum einen ist es Sache der Regierungen, Verwaltungsvereinbarungen zu verhandeln und abzuschließen. Zum anderen wäre die intensive Einbindung der Parlamente in die Verhandlungen wegen der Komplexität der verhandelten Materien und der drohenden Immobilität des dann schwergängigen Prozesses schwierig.⁶⁷ Ähnliches gilt für die Idee, statt Verwaltungsvereinbarungen künftig Staatsverträge einzusetzen. Begleitende Frage-, Auskunfts- und Informationsrechte dürften in der Praxis die weitreichendste Einbindungsmöglichkeit der Parlamente in die Verhandlungen sein.⁶⁸ Das bedeutet aber: Je mehr Mittel über Gemeinschaftsaufgaben vergeben werden, desto relevanter das Problem der Parlamentsbeteiligung.

Auch aus einem weiteren Grund können Gemeinschaftsaufgaben die Haushaltshoheit der Parlamente gefährden. Die Vereinbarungen binden i.d.R. für längere Zeiträume beträchtliche Haushaltsmittel von Bund und Ländern (vgl. etwa den Hochschulpakt bzw. dessen Nachfolgeprogramm Zukunftsvertrag). In der politischen Praxis sind diese Bindungen kaum mehr veränderlich. Die „finanzielle Pfadabhängigkeit“⁶⁹ erstreckt

sich regelmäßig nicht nur über mehrere Haushaltsjahre, sondern über Legislaturperioden und daher u.U. über unterschiedliche Regierungskonstellationen. Dies kann neben den für die Fördermaßnahme selbst aufgewendeten Mitteln auch Zusatz- und Folgekosten betreffen, die im Bildungsbereich fast immer auf Länderseite anfallen. Dazu zählen etwa die langfristige Unterhaltung von Infrastruktur oder die Vorsorge für Personalstellen, inklusive etwaiger Pensionsansprüche.⁷⁰ Das Problem lässt sich zwar durch die Gestaltung der Förderprogramme mildern, etwa deren Entfristung oder das Vorsehen von ausreichenden Overheads. Allerdings sind Ausgaben, deren Nutzen sich erst in der Zukunft entfaltet, in der Gegenwart nicht immer leicht durchzusetzen.

Die Situation kann aus Sicht der jeweiligen Bildungsministerien zwar ein Vorteil sein, weil die Mittel in den Haushalten langfristig reserviert und dem Zugriff des eigenen Finanzministers entzogen sind.⁷¹ Allerdings kann darin eine Einschränkung der Haushaltshoheit von künftigen Bundestagen und Länderparlamenten gesehen werden.⁷² Für den BMBF-Etat ist diese Überlegung insbesondere einschlägig, weil darin der Anteil der entsprechend gebundenen Mittel bereits heute hoch ist.

Zugleich können die Länder politisch gezwungen sein, solche Bindungen „sehenden Auges“ einzugehen. Einer Gemeinschaftsaufgabe nicht beizutreten, ist einer Landesregierung bzw. den sie tragenden Fraktionen zwar möglich, kann aber erhebliche symbolische und materielle Kosten nach sich ziehen. Zum einen verzichtet das Land auf Reputationsgewinne, die vor allem in wettbewerblichen Formaten winken (vgl. die Exzellenzstrategie). Zum anderen verzichtet man auf oft dringend benötigte Mittel. „Gegen den Sog von Zuschüssen“, macht Werner geltend, „haben andere Zwecke [...] kaum eine Chance“⁷³. Die langfristige Mittelbindung bei faktisch fehlender politischer Wahlfreiheit verschärft die Bedenken hinsichtlich der parlamentarischen Rechte.

65 Vgl. *Kommission für die Finanzreform*, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, Tz. 60; *Kisker* (Fn. 15), S. 289 ff.; *Collin, Peter*, Entwicklungslinien verfassungsrechtlicher Konturierung und verfassungsdogmatischer Problematisierung der Gemeinschaftsaufgaben im Bildungs- und Forschungsbereich, in: *Seckelmann/Lange/Horstmann* (Hrsg.), Die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Wissenschafts- und Bildungspolitik, 2010, S. 55; *Werner* (Fn. 20), S. 27 ff.; *Pfost, Heinz/Franz, Thomas*, Mischfinanzierungen zwischen Bund und Ländern - ein Element notwendiger Föderalismusreformen aus Sicht der Finanzkontrolle des Bundes, in: *ZG* 2003 (18), S. 339, 345; *Heun* (Fn. 19), Rn. 19; *Siekmann* (Fn. 17), Rn. 42; *Mager/Vasel* (Fn. 19), Rn. 42.

66 Zur Exzellenzinitiative: *Sieweke, Simon*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung der Exzellenzinitiative, *DÖV* 2009 (Heft 22), S. 946, 948 ff.; *Marzlin, Christian*, Die Exzellenzinitiative von Bund und Ländern auf dem verfassungsrechtlichen

Prüfstand, 2015, S. 81 ff.; *Funke* (Fn. 33), S. 208 ff.; a.A. *Volkmann/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 14. Vgl. die Darstellung in *Suerbaum/Ratka* (Fn. 17), S. 22.

67 *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Einzelfragen zu Bund-Länder-Verwaltungsabkommen (WD 4-3000-003/20), 2020, S. 11.

68 Vgl. *Esdar/Schulz* (Fn. 63), S. 21.

69 *Collin* (Fn. 65), S. 56. Ähnlich *Kirchhof* (Fn. 59), D78; *Werner* (Fn. 20), S. 31.

70 Vgl. die fiktiven Fördermaßnahmen oben II. 2. Hinsichtlich der Exzellenzstrategie: *Stark-Watzinger* in *Schmoll/Thiel* (Fn. 3), S. 4.

71 Zum Wissenschaftsbereich: *Hintze* (Fn. 27), S. 321/442.

72 *Kruis, Konrad*, Finanzautonomie und Demokratie im Bundesstaat, *DÖV* 2003 (Heft 1), S. 10, 12 ff.; Bundesrechnungshof in: *BT-Drs.* 16/160, S. 106.

73 *Werner* (Fn. 20), S. 33.

b) Durchführung einer Gemeinschaftsaufgabe

Ist die Gemeinschaftsaufgabe vereinbart, sind die schon zu Beginn des kooperativen Föderalismus in den frühen 1960er Jahren und seitdem immer wieder beschriebenen Vorteile des staatsebenenübergreifenden Zusammenwirkens einschlägig.

In zentralen Förderbereichen ermöglichen Gemeinschaftsaufgaben eine koordinierte Kräftekonzentration.⁷⁴ Eine nationale Ressourcenbündelung legt nicht zuletzt die zunehmende internationale Konkurrenz in vielen Themenfeldern nahe.⁷⁵ Zuletzt wurde diese Überlegung vor allem bei der Digitalisierung der Schulen vorgebracht, etwa bei digitalen Lern- und Lehrplattformen oder der Zertifizierung von Lern-Apps.⁷⁶

Mit Gemeinschaftsaufgaben wird überdies die finanzielle und administrative Überforderung von einzelnen Ländern und damit die drohende Hierarchisierung in der Ländergemeinschaft vermieden. So werden gleichwertige Lebensverhältnisse im Bundesgebiet gestärkt.⁷⁷ Zugleich werden Mehrfachstrukturen und Doppelförderungen vermieden sowie ggf. Synergie- und Skaleneffekte erzielt.⁷⁸ Überdies kann der Bund als Druckmacher und Integrator wirken, etwa indem gemeinsame Standards, Verfahren und Zwischenziele festgelegt werden.⁷⁹ Dahinter steht ein gewisses – und nach verbreiteter Auffassung auch erfahrungsgesättigtes – Misstrauen hinsichtlich des Koordinationsvermögens der Länder untereinander.⁸⁰

Schließlich lassen sich mit Gemeinschaftsaufgaben s.g. „free-rider“-Effekte vermeiden, bei denen Länder von den Investitionen anderer Länder profitieren und deshalb eigene Investitionen vermeiden.⁸¹ Solche Effekte dürften in der Bildung allerdings weniger ausgeprägt sein als in der Wissenschaft, weil die Anreize für eigene Investitionen oftmals hoch sind (vgl. den mitunter entscheidenden Einfluss der Schulpolitik auf Landtagswahlen).

Zugleich bringen Gemeinschaftsaufgaben potentiell Nachteile für die Qualität der Aufgabenerledigung mit sich. Viele dieser Probleme wurden im Kontext der Föderalismusreform von 2006 diskutiert und sind in ihrer Substanz weiterhin relevant. Gemeinschaftsaufgaben werden moniert, weil sie komplexe, langwierige und ineffiziente Abstimmungsprozesse erfordern können.⁸² Die Zuwendungsgeber sind teilweise intensiv in die Durchführung von Fördermaßnahmen eingebunden, etwa im Rahmen von GWK-Gremien. Auch die Finanzkontrolle kann kompliziert sein, weil die Prüftätigkeiten der beteiligten Rechnungshöfe koordiniert werden müssen. Mit Einfügung des Satz 2 in Art. 114 Abs. 2 GG im Jahr 2017 wurde die Kontrollbefugnis des Bundesrechnungshofs auch auf Stellen außerhalb der Bundesverwaltung und damit auf Stellen im Bereich der Länder ausgedehnt. Die Ermächtigung erfasst ausdrücklich Fälle, in denen „zweckgebundene Finanzierungsmittel zur Erfüllung von Länderaufgaben“ fließen.⁸³

In grundsätzlicher Weise mag man die gegenständliche Erweiterung des Art. 91b GG kritisieren, gerade weil sie die beiden genannten kompetenzrechtlichen Prinzipien des Grundgesetzes durchbricht. Zum einen wird damit das Kompetenzgefüge zulasten der Länder verschoben und Art. 30 GG eine weitere Ausnahme hinzugefügt. Wie skizziert, dehnen sich mit der Neufassung die Bundeskompetenzen in der gesetzesfreien Verwaltung auf die Bildung und damit auf einen traditionell identitätsprägenden Politikbereich der Länder aus. Der Gestaltungsföderalismus, der zuletzt aus vielerlei Gründen unter Druck geraten ist, wird damit weiter geschwächt. Würde diese Entwicklung fortgesetzt, führte sie ab einem gewissen Punkt zu einer Gefährdung der Länderstaatlichkeit und zu einem Konflikt mit Art. 20 Abs. 1 GG.⁸⁴ Vertreter einer Reihe von Ländern, besonders aber Baden-Württemberg, haben diesen grundlegenden staatsorganisatorischen Aspekt wiederholt in die Debatte eingebracht.⁸⁵

74 Zu Art. 91a GG: *Kienemund* (Fn. 17), Rn. 2. Zu Art. 91b GG: *Suerbaum/Ratka* (Fn. 17), S. 12.

75 *Pasternack* (Fn. 47), S. 33 f.

76 Stark-Watzinger in: *Wiarda* (Fn. 3).

77 Siehe bereits das Finanzreformgesetz von 1968: BT-Drs. V/2861, Tz. 9 ff.; *Volkman/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 11. Vgl. Art. 72 Abs. 2 GG und Art. 106 Abs. 3 GG. Auch der Koalitionsvertrag bringt das „Kooperationsgebot“ in Zusammenhang mit gleichwertigen Lebensverhältnissen: *SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP* (Fn. 1), S. 94.

78 Zentrale Probleme, die eine überakzentuierte Kompetenztrennung von Bund und Ländern erzeugt, werden weithin unter dem Stichwort der „Entflechtungsfälle“ gefasst: *Benz, Arthur*, Föderalismusreform in der „Entflechtungsfälle“, in: Europäisches

Zentrum für Föderalismus-Forschung (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus* 2007, 2008, S. 180, 187 ff.

79 *Stark-Watzinger* (Fn. 4).

80 *Volkman/Kaufhold* (Fn. 20), Rn. 11.

81 *Seckelmann* (Fn. 18), S. 83; *Scharpf, Fritz*, Föderalismusreform - Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?, 2009, S. 151.

82 *Kirchhof* (Fn. 59), D77; *Pfost/Franz* (Fn. 65), S. 344 f.; *Suerbaum/Ratka* (Fn. 17), S. 21.

83 Vgl. *Wissenschaftlicher Dienst* (Fn. 67), S. 11 f.

84 Siehe oben II. 1.

85 Vgl. Ministerpräsident Kretschmanns Bedenken gegen den „falschen Geist des Zentralstaats“, in: BR-Plenarprotokoll 958 (2.6.2017), S. 268. Vgl. bzgl. Art. 91b-c: *Bäumerich/Schneider* (Fn. 60), S. 99.

Zum anderen weicht ein novellierter Art. 91b GG das Trennprinzip weiter auf. Auch diese Kritik ist in der Literatur immer wieder formuliert worden. Gemeinschaftsaufgaben führen demnach zu unklaren Verantwortlichkeiten, einer verminderten politischen Zurechenbarkeit und einer einhergehenden Hemmung des Demokratieprinzips. Die „Diffusion der politischen Verantwortung“⁸⁶ wurde in der Vergangenheit z.T. als so gravierend eingeschätzt, dass auch darin eine Gefährdung der Eigenstaatlichkeit der Länder gesehen wurde.⁸⁷ Im Fall eines erweiterten Art. 91b GG sind diese Probleme potenziell gewichtig, weil sie einen politisch und finanziell bedeutenden Politikbereich betreffen. Interessanterweise fordert der Koalitionsvertrag der Ampel-Parteien „transparentere“ und „effizientere“ Zuständigkeiten von Bund und Ländern.⁸⁸ Das „Kooperationsgebot“ steht mit diesem Ziel in Spannung. Jenseits ihrer möglichen Vorteile ist eine stärkere Politikverflechtung einer höheren Verantwortungsklarheit nicht zuträglich.

3. Mehr Geld für die Bildung?

Mit einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung wird fast immer der Vorteil verbunden, dass zusätzliche Mittel für den Förderzweck mobilisiert werden. Nominell bezieht sich diese Erwartung auf Bund und Länder gleichermaßen. Tatsächlich ruhen die Hoffnungen aber meist auf dem Bund. Die Aussicht auf Bundesmittel kann die politische Bewertung einer Gemeinschaftsaufgabe dominieren – was immer dann gut sichtbar wird, wenn die einhergehende inhaltliche Mitsteuerung des Bundes kritisch gesehen wird.⁸⁹ Analog wird i.d.R. die Veränderung des Art. 91b GG als solche bewertet, also die Bedingung der Möglichkeit additiver Bundesmittel. In diesem Sinne wird mit einem novellierten Art. 91b GG eine finanzielle Stärkung des Bildungssektors verbunden.⁹⁰ Als weiterer Vorteil gilt, dass Gemeinschaftsaufgaben ggf. bestehende Zweifel an der Legitimität beste-

hender Mittelflüsse beseitigen können. Problematische Umgehungsfinanzierungen werden vermeidbar.⁹¹

Ist die Erwartung berechtigt, dass mit einem novellierten Art. 91b GG zusätzliche Mittel in den Bildungssektor fließen?

Unzweifelhaft werden mit einer Normänderung die Voraussetzungen dafür geschaffen. Ein erweiterter Art. 91b GG eröffnet einen neuen Finanzierungskanal für den Bund in der Bildung. Im Rahmen des Zusammenwirkens kann der Bund Maßnahmen mitfinanzieren, bei denen dies vorher nicht, sachlich begrenzt bzw. nur unter restriktiven Bedingungen möglich war, etwa mittels Finanzhilfen nach Art. 104c GG. Beispielsweise könnte der Bund die Personalkosten für fest angestellte MINT-Lehrerinnen an Regelschulen mitfinanzieren.⁹²

Allerdings garantiert eine Normänderung den Mittelzufluss nicht. Dafür sind der politische Wille der beteiligten Regierungen, mithin eine Verständigung der jeweiligen Regierungskoalitionen und der Abschluss einer Vereinbarung notwendig. Für all dies wiederum muss der haushalterische Spielraum bei den beteiligten Partnern vorhanden sein. Gerade aus Sicht des Bundes sind die Rahmenbedingungen derzeit schwierig. Zu berücksichtigen sind die in den Corona-Jahren entstandene historische Verschuldung, die ab 2023 mutmaßlich wieder einzuhaltende Schuldenbremse, die ambitionierten Vorhaben der Ampel-Koalition in nahezu allen Politikbereichen, die jüngst avisierten hohen Zusatzausgaben im Verteidigungsbereich, verschärfte Mittelkonkurrenzen zwischen den Ressorts sowie Effizienz-, Umschichtungs- und Priorisierungsdruck in den Einzelplänen. Auch die Tatsache, dass der BMBF-Etat in den vergangenen Jahren regelmäßig stärker gewachsen ist als der Gesamthaushalt, kann bei der Mittelverteilung zum Malus werden.

Sind diese Hürden überwunden und eine Vereinbarung geschlossen, sind die Mittelflüsse, wenn auch nicht

86 Scharpf (Fn. 51), S. 336. Vgl. das umfassendere Konzept der „Politikverflechtung“, ausführlich in: Scharpf, Fritz/Reissert, Bernd/Schnabel, Fritz, Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, 1976. Vgl. auch in dieser Hinsicht die im Zuge der Föderalismusreform 2006 vorgebrachten Argumente, etwa in BT-Drs. 16/813, S. 7 f.

87 Kirchhof (Fn. 59), D77; Kisker (Fn. 15), S. 298 ff. Vgl. die analoge Kritik an Finanzhilfen: Seiler (Fn. 54), S. 330 ff; Stekmann (Fn. 35), Rn. 16.

88 Siehe oben I.

89 Vgl. die von Scharpf zitierte Aussage eines Landesvertreters zum damaligen Art. 91a GG a.F.: „Wenn der Bund den Vorschlag gemacht hätte, wir nehmen die Zahl der Apfelbäume für den Wegebau, und das wäre für mein Land günstig gewesen, ich hätte mich nicht dagegen gewehrt. [...] Entscheidend ist, ich muss für

mein Land etwas Besseres herausholen, bzw. möglichst wenig verlieren“ (Scharpf (Fn. 81), S. 29). Vgl. bzgl. der Wissenschaftspolitik: Hintze (Fn. 27), S. 321; Speiser (Fn. 4), S. 160 ff.

90 Vgl. die politischen Positionierungen in Fn. 4.

91 Es hat immer wieder Beispiele für zweifelhafte Konstruktionen und Vorgänge gegeben, etwa die energetische Schulsanierung im Konjunkturpaket II bzw. im Kommunalinvestitionsförderungsgesetz oder die damalige Bundesfinanzierung des Kita-Ausbaus. Vgl. analoge Fälle in der Wissenschaft, z.B. „Zwittereinrichtungen“ aus AUF und Hochschulen (Suerbaum/Ratka (Fn. 17), S. 14), die problematische Etikettierung von Fördermaßnahmen als „Vorhaben“ oder die Verschiebung des IFM-GEOMAR von der Leibniz-Gemeinschaft zur Helmholtz-Gemeinschaft im Jahr 2012 (beide: Geis (Fn. 4), S. 310 ff.).

92 Siehe das fiktive Beispiel oben II. 2.

haushaltsrechtlich, so doch politisch fixiert. Jenseits dieser „Absicherung nach unten“ können jedoch Substitutionseffekte auftreten. Die im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe eingesetzten BMBF-Mittel können andere bildungsbezogene BMBF-Mittel vollständig oder teilweise ersetzen. Im (eher theoretischen) Extremfall kann sich für den Förderbereich ein Nullsummenspiel ergeben. Alternativ oder zusätzlich möglich ist die Mittelverdrängung im Bereich der Bildungsausgaben des Bundes insgesamt. Beispielsweise ist es denkbar, dass der Bund die Mittel für die fiktive Gemeinschaftsaufgabe zur Förderung von MINT-Lehrerinnen aufbringt, zugleich aber die Mittel für schulbezogene Projektfördermaßnahme kürzt bzw. hierfür vorgesehene Mittelsteigerungen nach unten anpasst. Solche Umschichtungen können schwer nachzuvollziehen sein, u.a. weil sie unspezifisch konzipiert sind (etwa als globale Minderausgabe), zeitlich gestreckt werden und sich auf öffentlich unbekannt planerische Mittelansätze beziehen, also keine „Kürzungen“ nach sich ziehen. Anders formuliert: Die Idee der „zusätzlichen Mittel“, die mit Gemeinschaftsaufgaben verbunden wird, lässt sich nur schwer operationalisieren.⁹³ Verstöße gegen das „Zusätzlichkeitsgebot“ sind deshalb schwierig nachzuweisen.

Analoge Überlegungen lassen zu den jeweils von den Ländern im Rahmen von Gemeinschaftsaufgaben aufgewendeten Mittel anstellen.⁹⁴ Da die Länder das Gros der klassischen Bildungsfinanzierung leisten, bieten sich in ihren Haushalten wesentlich mehr Substitutionsmöglichkeiten. Zugleich fallen die für eine Gemeinschaftsaufgabe jeweils eingesetzten Landesmittel z.T. geringer aus als die Bundesmittel, die Dimension des potenziellen Phänomens ist in solchen Fällen kleiner.

Darüber hinaus können bei gemeinschaftlichen Finanzierungen Landes- durch Bundesmittel substituiert werden. Dies kann insbesondere Landesmittel betreffen, die für den Förderbereich vorgesehen sind und nicht zur landesseitigen Ko-Finanzierung der Gemeinschaftsaufgabe zählen. In der Theorie ist es sogar vorstellbar, dass sich diese Landesmittel um den vollen Betrag der zufließenden Bundesmittel verringern. Substituiert das Land überdies seine eigenen Mittel, würde die Gemeinschaftsaufgabe vertragstreue bedient, es kämen netto aber nicht mehr Mittel im Förderbereich an als vorher. Nur der Finanzierungsmix hätte sich zulasten des Bundes verschoben. Ob eine Substitution von Landes- durch Bundes-

mittel stattfindet, ist aus analogen Gründen wie den genannten schwer festzustellen. Vor diesem Hintergrund sind Gemeinschaftsaufgaben kritisiert worden, weil sie zu einer gefühlten Entpflichtung der Länder führen.⁹⁵

IV. Fazit

Das von der neuen Bundesregierung geplante „Kooperationsgebot“ in der Bildung lässt sich mit einer Neufassung des Art. 91b GG plausibel verwirklichen. Der Kooperationsbereich der Norm kann so erweitert werden, dass der Bildungssektor insgesamt oder in zentralen Teilbereichen erfasst wird. Das Zusammenwirken von Bund und Ländern, das auf dieser Grundlage vereinbart wird, stellt eine doppelte Ausnahme von der kompetenzrechtlichen Ausgangslage des Grundgesetzes dar. Es hebt die Alleinzuständigkeit der Länder für den vereinbarten Förderbereich auf, indem der Bund eine Verwaltungsmitzuständigkeit erhält. Überdies durchbricht es das Trennprinzip, weil Bund und Länder gemeinsam für die betreffende Aufgabe zuständig sind.

Ein novellierter Art. 91b GG eröffnet allerdings nur die Möglichkeit, einem Teil der weithin beklagten Defizite im Bildungssystem zu begegnen. Neben der föderalen Aufgabenverteilung wirken vielfältige weitere Ursachen auf die Politikergebnisse im Bildungssektor ein. Messianische Erwartungen an eine Gemeinschaftsaufgabe Bildung gehen deshalb fehl. Für bestimmte Bildungsaufgaben ist eine Verwaltungszusammenarbeit und die damit einhergehende größere Rolle des Bundes initial jedoch ein aussichtsreicher Lösungsansatz. Um für diese Aufgaben zu einer begründeten Bewertung zu gelangen, ist jeweils die (hypothetische) gemeinsame Zuständigkeit von Bund und Ländern der (faktischen) Alleinzuständigkeit der Länder gegenüberzustellen. Bei einem solchen Vergleich sind die jeweils spezifischen Ausprägungen jener Vor- und Nachteile von Gemeinschaftsaufgaben zu analysieren, die in diesem Beitrag in grundsätzlicher Weise dargestellt wurden.

Vor allem ein potentieller Vorteil von Gemeinschaftsaufgaben spielt in der Debatte eine zentrale Rolle: Die Aussicht auf zusätzliche Bundesmittel für eine bestimmte Bildungsaufgabe. Wie dargelegt, ist nicht garantiert, dass diese Erwartung stets erfüllt wird. Zum einen müssen der budgetäre Spielraum und der politische Wille

93 Hinsichtlich Art. 104b-c GG stellt sich ein analoges Problem: Speiser (Fn. 52), S. 19 ff.

94 Vgl. die kritischen Hinweise zur Gegenfinanzierung des Zukunftsvertrags: *Bundesrechnungshof* (Fn. 51), S. 47 ff. Von Substitutionseffekten zu unterscheiden sind die Fehlverwendung von Mitteln, wozu auch das Bilden von unzulässigen Ausgaberechten

gehört, sowie die intransparente bzw. fehlende Dokumentation der Mittelverwendung. Diese Kritikpunkte hat der Bundesrechnungshof vor allem hinsichtlich des Hochschulpakts bzw. des Zukunftsvertrags vorgebracht: *Bundesrechnungshof* (Fn. 51), S. 16 ff.

95 *Bundesrechnungshof* (Fn. 51), S. 9 f./62.

des Bundes gegeben sein, um die finanziellen Mittel für eine Gemeinschaftsaufgabe aufzubringen. Zum anderen sind Substitutionseffekte möglich, die die Zusätzlichkeit der Mittel im Förderbereich unterlaufen.

Wird mit Gemeinschaftsaufgaben vor allem oder ausschließlich die finanzielle Besserstellung der Länder verbunden, sind sie nicht das richtige Instrument. Dann geht es nicht um die verwaltungsmäßige Mitwirkung des Bundes in der Bildung, sondern um die Korrektur einer kurzfristigen oder strukturellen Dysbalance zwischen Mittel- und Aufgabenverteilung der Staatsebenen. Steht dieses Ziel im Mittelpunkt, bieten sich Finanzhilfen oder eine Anpassung der Regelfinanzierung als geeignetere Optionen an. Vor einer möglichen Veränderung des

Grundgesetzes sollte deshalb eine politische Verständigung darüber stehen, welcher Kernzweck verfolgt wird. Danach sollte sich richten, welches Instrument gewählt wird und ob dasselbe einer Anpassung bedarf.

Guido Speiser ist im Berliner Büro der Max-Planck-Gesellschaft tätig. Der vorliegende Beitrag spiegelt seine Meinung wider, nicht die der Max-Planck-Gesellschaft.

Manfred Löwisch

Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Nach § 8 des 2016 novellierten WissZeitVG waren die Auswirkungen der Novelle im Jahr 2020 zu evaluieren. Diese Evaluation liegt nun vor. Sie ist im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung von der INTERVAL GmbH in Kooperation mit dem HIS-Institut für Hochschulentwicklung e.V. (HIS-HE) erstellt und am 17. Mai 2022 veröffentlicht worden.¹

Der (einschließlich Anhang) 225seitige Bericht basiert auf Befragungen der Personalverwaltungen von Universitäten, Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, außeruniversitären Forschungseinrichtungen und Universitätskliniken, Analyse befristeter Arbeitsverträge an ausgewählten Einrichtungen, der Befragung von Beschäftigten dieser Einrichtungen, Interviews mit Akteursgruppen für Fallstudien an einem Teil dieser Einrichtungen, Experteninterviews und Literaturanalysen sowie Analysen von Sekundärdaten und übernommenen Primärdaten einer parallelen Evaluation, nämlich der Evaluation des Vertrags über gute Beschäftigungsbedingungen des Hochschulpersonals in Nordrhein-Westfalen aus den Jahren 2020/2021.² Auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ausgewertet - bis hin zum Urteil vom 2. Februar 2022 (7 AZR 573/20), welches die Förderung einer wissenschaftlichen Kompetenz, die in irgendeiner Form zu einer beruflichen Karriere auch außerhalb der Hochschule befähigt, als Qualifizierungszweck im Sinne von § 2 Abs. 1 WissZeitVG genügen lässt.

Die Evaluation sollte insbesondere feststellen, ob die 2016 erfolgte Novellierung des WissZeitVG ihren Hauptzweck erreicht hat, nämlich unsachgemäße Kurzbefristungen zu unterbinden und insgesamt die Zahl der Kurzbefristungen zu begrenzen. Die Evaluation zeigt in beiden Punkten signifikante Fortschritte: Nach den Feststellungen des Berichts haben sich die Vertragslaufzeiten nach der Gesetzesnovelle erkennbar verlängert. An den Universitäten hatten die befristeten Arbeitsverträge der wissenschaftlichen Mitarbeiter im Jahr 2015 noch eine mittlere Laufzeit von rund 15 Monaten (nicht promoviert) und 17 Monaten (promoviert). Nach einem Höchstwert im Jahr 2017 (21 bis 22 Monate) lagen diese

Mittelwerte 2019 bei 20 Monaten. 2020 sind sie im Mittel wieder um 2,7 Monate gesunken; nach Meinung des Berichts kann dieser Rückgang aber in Zusammenhang mit der Pandemie stehen. Ähnliche Werte hat der Bericht bei den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften und Außeruniversitäten Forschungseinrichtungen ermittelt. Auch der Anteil der Arbeitsverträge mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr ist nach dem Bericht spürbar zurückgegangen. Lag er vor der Novelle noch in einer Größenordnung von 50 Prozent, war er 2018 und 2019 bei den Universitäten und Hochschulen für Angewandte Wissenschaften auf einen Anteil von einem Drittel und bei den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und im medizinischen Bereich auf einen Anteil von einem Viertel zurückgegangen.

Der Bericht hat sich auch mit dem Verhältnis von Qualifizierungsbefristung (§ 2 Abs. 1 WissZeitVG) und Drittmittelbefristung (§2 Abs. 2 WissZeitVG) befasst. Er stellt fest, dass es zwischen den Einrichtungen erhebliche Abweichungen in der Frage gibt, welche dieser Rechtsgrundlagen gewählt wird, vermerkt aber die Tendenz, im Rahmen eines Drittmittelprojekts, das auch eine Qualifizierung ermöglicht, eher auf die Drittmittelbefristung zurückzugreifen. Zu den Gründen dieser Tendenz zählen auf Seiten der Einrichtungen die als größer erachtete Rechtssicherheit und der Ausschluss der Verlängerungsmöglichkeiten nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG. Auf Seiten der Beschäftigten sind es die als deutlich besser empfundenen Bedingungen für die Arbeit am Qualifizierungsziel, wobei freilich die Qualifizierungsbefristung im Rahmen eines Drittmittelprojekts am besten bewertet wird. Dass die Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht an feste Zeiträume, sondern an die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer gebunden ist, spielt nach den Befragungen für die Wahl des Wegs über § 2 Abs. 2 WissZeitVG ebenso wenig eine Rolle wie die vom BAG weit gezogene Schranke eines Rechtsmissbrauchs.³

Die Bewertung der von der Evaluation gelieferten empirischen Daten obliegt, wie der Bericht am Ende seiner Zusammenfassung richtig sagt, nun dem wissen-

1 Abrufbar unter https://www.bmbf.de/bmbf/de/forschung/wissenschaftlicher-nachwuchs/wissenschaftszeitvertragsgesetz/wissenschaftszeitvertragsgesetz_node.html,

2 Abrufbar unter <https://www.mkw.nrw/hochschule-und-for->

[schung/hochschulen/vertrag-ueber-gute-beschaefigungsbefristungen](https://www.mkw.nrw/hochschule-und-forschung/hochschulen/vertrag-ueber-gute-beschaefigungsbefristungen).

3 BAG 8. 6. 2016, 7 AZR 259/14, EzA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 2; dazu *Löwisch/Anselment*, OdW 2021, 166, 169.

schaftspolitischen Diskussions- und Entscheidungsprozess. Dieser Prozess wird aber zu berücksichtigen haben, dass die Novellierung des WissZeitVG 2016 nicht der von manchen befürchtete Fehlschlag war, sondern durchaus zu Verbesserungen im Sinne des Gesetzgebers geführt hat. Nicht Aufhebung, sondern Weiterentwicklung des WissZeitVG und sachgerechte Handhabung des vom Gesetz gezogenen Rahmens⁴ sind deshalb die von der Evaluation ausgehenden Botschaften.

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

4 Dazu *Krieglstein*, HRK-Vizepräsidentin für Forschung, wissenschaftlichen Nachwuchs, Medizin und Gesundheitswissenschaften, OdW 2021, 209f.

Karoline Haake

Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen

Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 4.2.2022

Am 30.10.2020 und 15.1.2021 veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts bereits zwei Online-Tagungen zu Lehre und Prüfungen in der Corona-Zeit und den damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen.¹ Da die Coronavirus-Pandemie den Hochschulalltag sowie die Durchführung der anstehenden Semesterabschlussprüfungen weiterhin erschwert, bleibt insbesondere der Gesichtspunkt der Online-Prüfungen für die Hochschulen besonders relevant.

Prof. Dr. Volker Epping, Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts, betonte in seiner Begrüßung, dass das Interesse an dem Thema nicht abreiße und die Praxis weiterhin vor vielgestaltige Herausforderungen stelle, was die erneut 190 Teilnehmenden aus Wissenschaft und Praxis unter Beweis stellten. Die Veranstaltung solle insbesondere die Analyse mittlerweile ergangener Rechtsprechung sowie die Diskussion von Fragen aus dem Teilnehmerkreis ermöglichen.

I. Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie

Im ersten Impulsvortrag benannten *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich, LL.M.* (Richter am Verwaltungsgericht Berlin)² zunächst rekurrierend auf die ersten beiden Veranstaltungen die spezifischen Probleme des Prüfungsrechts in der Pandemie, insbesondere bei der Durchführung von Online-Prüfungen und stellten aktuelle Entscheidungen zum Prüfungsrecht während der Pandemie vor.

Zu trennen sei stets zwischen der Verfahrens- und Bewertungsebene einer Prüfung. Daher müssen auch die

Fehlerfolgen auf den beiden Ebenen separat betrachtet werden. Fehler im Prüfungsverfahren würden grundsätzlich zur Wiederholung der Prüfung führen, während Bewertungsfehler im Allgemeinen eine Neubewertung nach sich zögen. Die Pandemie werfe insbesondere hinsichtlich der Verfahrensebene vielfältige prüfungsrechtliche Fragestellungen auf. Pandemiespezifische Herausforderungen stellten sich hinsichtlich der Bewertungsebene hingegen nur vereinzelt, z.B. sofern flächendeckende Täuschungen im Prüfungsverfahren zur Verzerrung des relativen Bewertungsmaßstabs führen würden.³ Mängel im Verfahren dürften nicht durch Verschiebungen auf der Bewertungsebene ausgeglichen werden. Entsprechend kritisch seien einzelne Judikate zu sehen, die andeuteten, eine nachträgliche Anpassung des Bewertungsmaßstabs für denkbar zu halten, sofern die Ergebnisse der unter schwierigen Bedingungen leidenden „Pandemie-Kampagnen“ deutlich von früheren Jahrgängen abwichen.⁴

Bei Betrachtung der Zulässigkeit von Online-Prüfungen müsse man sich die betroffenen Rechtspositionen vor Augen führen. Für die Prüflinge⁵ seien die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, da die Prüfung ein Berufszugangshindernis darstelle, sowie die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG, welche während der Prüfung gewährleistet sein müsse, berührt. Daneben seien aber auch die Rechtspositionen der Allgemeinheit zu beachten. Diese komme mit den beruflichen Leistungserbringungen in Berührung und habe ein Recht darauf, dass die Eignung für den Beruf durch eine zweckmäßige, insbesondere hinreichend aussagekräftige, Prüfung nachgewiesen wurde. Insbesondere im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG müsse der Staat der Allgemeinheit gegenüber Schutzpflichten erfüllen und müsse daher das fachliche Niveau sowie die Vergleich-

1 Berichte dieser Tagungen sind veröffentlicht in *OdW* 2021, 59 ff. und 201 ff.

2 Beide sind Autoren der im März erschienen 8. Auflage des Standardwerks *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht.

3 S. dazu *Haake*, *OdW* 2021, 59 (61).

4 So *VGH Baden-Württemberg*, Beschluss v. 25.1.2021 – 9 S

3423/20; *VG Ansbach*, Beschluss v. 30.11.2020 – AN 2 E 20.01752.

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

barkeit der Prüfungen auch zu Pandemiezeiten gewährleisten.

Aufgrund der Grundrechtsrelevanz der Prüfungen sei ferner der grundgesetzliche Gesetzesvorbehalt zu beachten. Es sei jedoch regelmäßig ausreichend, wenn sich die Rechtsgrundlage für die Prüfungen aus der Prüfungsordnung (insb. Satzungen) ergebe. Sofern die Prüfungsordnung die konkrete Art und Weise der geplanten Prüfungsdurchführung nicht deckt, müsse diese angepasst werden.⁶ Ggf. könne auch mit Einwilligung des Prüflings von der Prüfungsordnung abgewichen werden.⁷

Zwischen den Prüfungsarten werde kompetenzbasiert abgegrenzt. Daher sei die Online-Prüfung keine eigene Prüfungsart, sondern nur eine Durchführungsvariante der klassischen Prüfungsarten z. B. einer mündlichen oder schriftlichen Prüfung. Aus diesem Grund sei aus prüfungsrechtlicher Sicht nicht stets eine gesonderte Rechtsgrundlage für die Durchführung der Prüfung als Online-Prüfung und daher auch keine Änderung der Prüfungsordnung angezeigt.⁸ Zu beachten sei, dass unter einer Klausur vorbehaltlich abweichender Regelungen in den einschlägigen Prüfungsordnungen grundsätzlich eine Aufsichtsarbeit zu verstehen sei. Schriftliche Ausarbeitungen ohne Aufsicht (Open-Book-Arbeiten) seien daher prüfungsrechtlich als Hausarbeiten einzuordnen. Um eine Online-Klausur durchzuführen, sei daher eine Form von Aufsicht notwendig.⁹

In der Praxis hätten sich Täuschungen als wesentliches Problem der Online-Prüfungen erwiesen.¹⁰ Um die Zweckmäßigkeit der Prüfung für die Berufsqualifikation und die Chancengleichheit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG aufrechtzuerhalten, sei es geboten, effektive Täuschungsabwehrmaßnahmen zu entwickeln. Auch aus diesem Grund sprachen sich *Fischer* und *Dieterich* bereits in der Vergangenheit für die Durchführung von Fernklausuren mit Videoaufsicht als Ersatz für Präsenzklausuren aus. Mit der Online-Prüfung erfüllten die Hochschulen wäh-

rend der Pandemie ihre Verpflichtung gegenüber den Prüflingen aus Art. 12 Abs. 1 GG zur (zeitnahen) Durchführung der Prüfung.

Ähnliche Ansichten vertreten auch neuere Judikate seit Beginn der Pandemie.¹¹ So erachtete das OVG Nordrhein-Westfalen nicht nur die Beaufsichtigung über Video- und Tonverbindung als zulässig, sondern auch die vorübergehende Aufzeichnung und Speicherung dieser erhobenen Daten (bei Unregelmäßigkeiten oder auf Antrag).¹² Dies sei auch zur Aufgabenwahrnehmung im Interesse der Allgemeinheit nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO erforderlich, um Täuschungen zur Wahrung der Chancengleichheit zu vermeiden. Es sei auch kein milderes Mittel ersichtlich. Insbesondere sei die Videoaufsicht auch verhältnismäßig im engeren Sinne, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Prüflinge müsse hinter der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG zurücktreten.

Das OVG Schleswig-Holstein setzte sich zudem ausführlich mit den Grundrechtspositionen der Prüflinge bei der Videoaufsicht auseinander.¹³ Die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG sei durch die Videoaufsicht nicht verletzt, da diese nur vor einem „Eindringen“ in die Wohnung schütze. Ein solcher Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts fehle aber bereits, wenn der Prüfling freiwillig Kamera und Mikrofon freigibt und damit an der Online-Prüfung teilnimmt. Zudem finde kein spezifischer Zugriff auf die Wohnung statt, da die Prüfung auch an anderen Orten abgelegt werden könne bzw. der Prüfling den Hintergrund so gestalten könne, dass kein privater Rückzugsort sichtbar ist.

Auch der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung sei durch die Chancengleichheit sowie Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt, die durch die berufsqualifizierenden Anforderungen der Prüfung geschützt würden. Insbesondere sei die Videoaufsicht dazu auch geeignet. Sie bleibe auch erforderlich, da keine milderen Mittel ersichtlich seien: Präsenzprüfungen seien

6 Zur Anpassung der Prüfungsordnung siehe auch die Ausführungen bei *Haake*, OdW 2021, 59 (60). Nach dem VG Berlin rechtfertige die Pandemie zudem nicht mehr die Annahme von pauschalen Eilkompetenzen, Urteil v. 16.8.2021 – 3 K 554/20.

7 So auch zuletzt vom VG Dresden angenommen, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21. Dazu *Haake*, OdW 2021, 59 (60).

8 So auch VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21; VG München, Urteil v. 25.2.2021 – M 3 K 20.4723; VG Dresden, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21 (letztere Entscheidung grenze jedoch die elektronische Prüfung und die Online-Prüfung nicht scharf genug voneinander ab). Eine Online-Prüfung könne jedoch im Einzelfall bei speziellen Regelungen in der Prüfungsordnung (z.B. zur Gewährleistung der Hochschulöffentlichkeit) nicht mit dieser konform sein. Zudem könne eine Änderung der Prüfungsordnung aus Klarstellungsgründen oder wegen des

Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrechts der Prüflinge angezeigt sein. S. auch *Haake*, OdW 2021, 201 (202 f.).

9 So auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE = NJW 2021, 1414, ähnlich VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21.

10 Auch andere Tagungsteilnehmende berichteten aus der Praxis, dass eine steigende Anzahl an Täuschungen und Zusammenarbeit unter den Prüflingen als Reaktion auf die nun schon seit vier Semestern stattfindenden Online-Prüfungen zu beobachten sei.

11 Ausführlich dazu auch *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 ff.

12 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE = NJW 2021, 1414.

13 OVG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21 = NJW 2021, 1407.

zu Hochzeiten der Pandemie nicht möglich. Andere Prüfungsformen wie die Open-Book-Ausarbeitungen ohne Aufsicht seien als Hausarbeiten ein Aliud zur Klausur und keine gleichwertige Alternative, da andere Kompetenzen abgefragt würden.¹⁴

Sollten hingegen Open-Book-Arbeiten durchgeführt werden, bei denen der Gebrauch unbegrenzter Hilfsmittel zulässig ist, sei zur rechtssicheren Täuschungsprävention zu beachten, dass es sich um eine neuartige Prüfungsform handle und daher die Prüflinge nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass eine Zitierpflicht bezüglich verwendeter Quellen bestehe.¹⁵ Hier seien deutliche Hinweise notwendig, zumal die Hochschule für Täuschungsversuche die Beweislast trage und insbesondere den Täuschungsvorsatz des Prüflings nachzuweisen habe. Der Beweis des ersten Anscheins der Täuschung könne nur bei glaubwürdigem Vortrag eines abweichenden atypischen Verlaufs durch den Prüfling entkräftet werden.¹⁶

Für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren gelte die unverzügliche Rügeobliegenheit für den Prüfling, ansonsten könne sich dieser nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen.¹⁷ Bei Verdacht einer „Flucht in die technische Störung“ liege die Befugnis, für die Wiederholungsprüfung eine Einzelprüfung in den Räumen der Hochschule durchzuführen, um eine solche erneute Möglichkeit auszuschließen, im Ermessen der Prüfungsbehörde, welche dafür keine gesonderte Rechtsgrundlage benötige.¹⁸

Ein Anspruch auf Durchführung einer Online-Prüfung anstelle einer Präsenzprüfung bestehe grundsätzlich nicht, könne sich aber im Einzelfall aus der Prüfungsordnung ergeben oder entstehen, wenn sich das Ermessen der Prüfungsbehörde bezüglich der Durch-

führung der Prüfung als Online-Prüfung auf Null reduziere.¹⁹ Auch ein Anspruch auf Präsenz- statt Online-Prüfung bestehe grundsätzlich nicht. Werden Präsenzprüfungen durchgeführt, könnten Prüflinge bei Corona-Symptomen wegen der Schutzpflicht der Hochschule für die Gesundheit der anderen Prüflinge von der Prüfung ausgeschlossen werden, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass keine Covid-19-Infektion vorliegt. Dafür sei jedoch eine hinreichende Rechtsgrundlage erforderlich. Auch für die Anordnung einer Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes während der Prüfung sei eine Rechtsgrundlage notwendig.²⁰ Für die Befreiung eines Prüflings von dieser Pflicht würden hinreichend aussagekräftige Atteste benötigt.²¹

Ein Rücktritt von der Prüfung sei weiterhin nur unter den allgemeinen prüfungsrechtlichen Voraussetzungen möglich, jedoch plädierten *Fischer* und *Dieterich* dafür, den Nachweis des Rücktrittsgrundes im Hinblick auf pandemiebedingte Kapazitätsgrenzen der (Gesundheits- und Hochschul-)Verwaltung zu erleichtern, indem z.B. kein amtsärztliches Attest gefordert werde.²² Auch die Quarantäneanordnung für die Zeit der Prüfung berechtige zum Rücktritt, selbst wenn diese auf fahrlässiges Verhalten des Prüflings zurückzuführen ist, sofern kein missbräuchliches Verhalten vorliege.²³

II. Datenschutz in Zeiten der Corona-Pandemie

Im nächsten Impulsvortrag setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit den datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.²⁴ *Schwartmann* stellte die Beobachtung auf, dass das Datenschutzrecht in vie-

14 Auch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, die Open-Book-Arbeit sei ohne unzulässige Hilfsmittel angefertigt worden, sei kein gleichwertiges Mittel zur Täuschungsprävention.

15 So VG Dresden, Beschluss v. 16.2.2021 – 5 L 5/21.

16 VG Dresden, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21.

17 VG Dresden, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21.

18 VG Düsseldorf, Urteil v. 26.4.2021 – 6 K 957/20.

19 Dies ist abhängig vom Infektionsgeschehen, dem Hygienekonzept vor Ort oder der Zugehörigkeit des Prüflings zu einer Risikogruppe. Restriktiv jeweils OVG Niedersachsen, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20), VG Bremen, Beschluss v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20, VG Gießen, Beschluss v. 5.3.2021 – 9 L 491/21, GI, VG Berlin, Beschluss v. 10.9.2021 – 12 L 237/21.

20 Unter Umständen kann auch auf das Hausrecht der Hochschule zurück gegriffen werden, OVG Niedersachsen, Beschluss v. 20.5.2021 – 2 ME 105/21. Ablehnend zur Maskenpflicht VG Göttingen, Beschluss v. 27.5.2020 – 4 B 112/20, bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

21 Atteste zur Befreiung von der Maskenpflicht müssen dabei gesundheitliche Beeinträchtigungen, deren Ursache und die Grundlage der ärztlichen Einschätzung konkret benennen, OVG NRW, Beschluss v. 24.9.2020 – 13 B 1368/20; VG Düsseldorf, Beschluss v.

24.8.2021 – 29 L 1693/21; VG Münster, Beschluss v. 4.12.2020 – 5 L 1027/20; VG Braunschweig, Beschluss v. 19.11.2020 – 4 B 397/20; VG Regensburg, Beschluss v. 19.11.2020 – RO 14 E 20.2770; VG Düsseldorf, Beschluss v. 25.8.2020 – 18 L 1608/20; VG Aachen, Beschluss v. 2.12.2020 – 9 L 887/20; OLG Dresden, Beschluss v. 6.1.2021 – 6 W 939/20; a.A. außerhalb des (Hoch-)Schulkontexts OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 4.1.2021 – 11 S 132/20.

22 Von weiteren Erfordernissen wie etwa zusätzlich zur positiven Infektion dem Nachweis eines symptomatischen Verlaufs oder dem Nachweis der Infektion einer Kontaktperson rieten *Fischer* und *Dieterich* ebenfalls ab. Jedoch rechtfertige eine Quarantäneanordnung ohne Infektion noch keinen Rücktritt von einer Online-Prüfung.

23 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 23.3.2021 – 14 B 277/21.

24 *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

len Hinsichten strengere Maßstäbe als das Prüfungsrecht anlege.

Anders als ein Verstoß gegen das Prüfungsrecht möge eine datenschutzrechtliche Verletzung nicht zu Fehlern im Verfahren oder der Bewertung der Prüfung führen. Dies könne nach § 46 VwVfG (ggf. analog) nur der Fall sein, wenn sich der datenschutzrechtliche Verstoß auf das Ergebnis der Prüfung auswirke.²⁵

Ein Verstoß gegen die DS-GVO würde vielmehr andere Sanktionen mit sich ziehen: Ein Bußgeld nach Art. 83 DS-GVO sei nach § 43 Abs. 3 BDSG zwar für öffentliche Stellen wie staatliche Hochschulen ausgeschlossen. In Betracht kämen allerdings Schadensersatzansprüche gegen die Hochschule nach Art. 82 DS-GVO. Demnach kann der Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens aufgrund einer Datenschutzverletzung verlangt werden. Ob ein solcher immaterieller Schaden z.B. bei einer Videoaufsicht vorliegt, kann noch nicht abschließend beurteilt werden. Anlass zur Sorge gibt *Schwartmann* aber, dass das Bundesverfassungsgericht kürzlich die Möglichkeit bestätigte, dass eine einzelne unerwünschte Werbemail einen Datenschutzverstoß darstellt, der einen Schmerzensgeldanspruch in Höhe von 500 Euro auslöst.²⁶ Daher warnte *Schwartmann* vor datenschutzrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Schadensersatzforderungen der Studierenden. An die bestehende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Videoaufsicht seien die über die Schadensersatzforderungen entscheidenden Zivilgerichte nicht gebunden.²⁷

Anschließend lieferte *Schwartmann* eine aktuelle Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der in der Pandemie von den Hochschulen zur Durchführung von Prüfungen und Vorlesungen vorgenommenen Maßnahmen.²⁸ Grundsätzlich könne die Datenverarbeitung durch die Hochschulen über Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO gerechtfertigt werden, der es als umsetzungspflichtige Öffnungsklausel erlaube, Ermächtigungsnormen in Landesdatenschutzrecht zu schaffen.²⁹ Demnach sei die Datenverarbeitung gerechtfertigt, wenn sie zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erforderlich sei.

Die Aufzeichnung von Vorlesungen könne demnach gegebenenfalls gerechtfertigt sein. Sei die Aufzeichnung nicht nach lit. e) erforderlich, müssten die Teilnehmenden jedoch in die Aufzeichnung einwilligen nach

Art. 6 Abs. 1 lit. a), 7 DS-GVO. Eine solche Einwilligung genüge dem Freiwilligkeitserfordernis des Art. 7 DS-GVO, da die personenbezogenen Daten in der Vorlesung auch verborgen werden können (durch technische Unkenntlichmachung des Klarnamens, Bilds und Tons), während die Teilnahme an der Vorlesung trotzdem möglich bleibe. Allerdings seien dann im Vorfeld eine Einverständniserklärung sowie eine Datenschutzzinformati-on gem. Art. 13 DS-GVO notwendig. Die Einwilligung der Teilnehmenden bleibe jedoch jederzeit widerruflich und die Aufzeichnung müsse bei Widerruf der Einwilligung gelöscht werden.

Die Aufzeichnungen von Prüfungsleistungen, etwa mündlichen Prüfungen oder der Mitschnitt der Videoaufsicht einer schriftlichen Fernprüfung seien jedoch datenschutzrechtlich unzulässig, da sie zur Aufgabenerfüllung der Hochschule nicht erforderlich seien. Auch in Präsenz erbrachte Prüfungsleistungen werden schließlich nicht aufgezeichnet.

Auch der Durchführung von Fernklausuren mit Videoaufsicht steht *Schwartmann* weiterhin kritisch gegenüber. Zwar erfülle die Hochschule mit der Durchführung von Online-Prüfungen während der Coronavirus-Pandemie den Anspruch der Prüflinge aus Art. 12 Abs. 1 GG. Daher liege in Online-Prüfungen grundsätzlich die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO i.V.m. dem jeweiligen Landesrecht. *Schwartmann* warf jedoch die Frage auf, ob die generellen landesdatenschutzrechtlichen Ermächtigungsnormen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch auf die datenschutzrechtlich sensible Durchführung von Fernklausuren mit Videoaufsicht anwendbar sind. Aus demselben Grund seien daher schon einige konkretere Ermächtigungsnormen durch die Landesgesetzgeber³⁰ oder Landesverordnungsgeber³¹ erlassen worden.

Da die Open-Book-Arbeit ohne Aufsicht als schriftliche Arbeit ein milderes Mittel darstelle, seien Fernklausuren unter Videoaufsicht meist nicht zur Durchführung einer schriftlichen Online-Prüfung erforderlich. Zwar handele es sich um eine andere Prüfungsform, namentlich eine Hausarbeit anstelle einer Klausur, es können aber oft trotzdem ähnliche Kompetenzen wie in einer Klausur abgefragt werden. In vielen Fällen seien daher weniger eingriffsintensive Alternativen vorhanden.

25 Dies lehnten sowohl *Schwartmann* als auch *Fischer* und *Dieterich* bereits in vorherigen Diskussionen ab, *Haake*, OdW 2021, 201 (205).

26 Das BVerfG ordnete in dem ursprünglich vom AG Goslar entschiedenen Fall die Vorlage an den EuGH zur Prüfung des Schmerzensgeldanspruchs an, Beschl. v. 14.1.2021, Az. 1 BvR 28531/19.

27 S. zu den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und mögli-

chen Schadensersatzansprüchen nach Art. 83 DS-GVO *Schwartmann*, Ist volle Kontrolle möglich?, FAZ v. 11.3.2021.

28 Für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit weiterer Maßnahmen s. *Haake*, OdW 2021, 201 (204).

29 Wie z.B. § 3 NDSG, § 3 DSG NRW, Art. 4 BayDSG.

30 Z.B. § 32a LHG Baden-Württemberg.

31 Z.B. die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (Bay-FEV) v. 16.9.2020.

Eine Rechtfertigung der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit e) DS-GVO gelinge daher in vielen Fällen nicht.

Die Durchführung einer Videoaufsicht sei auch nicht durch Einholen einer Einwilligung der Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO zu rechtfertigen. Denn für eine wirksame Einwilligung fehle es an deren Freiwilligkeit i.S.d. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO: Auch wenn die Nichtteilnahme an der Fernklausur keine rechtlichen Konsequenzen (wie etwa die Anrechnung als Fehlversuch) trage, so sei zumindest bei mangelnden Prüfungsalternativen die Teilnahme an der Online-Prüfung nicht freiwillig, da sich bei Nichtteilnahme an der Prüfung zumindest auch die Studiendauer der Prüflinge verlängere.

Entschieden abzulehnen sei zumindest die automatisierte Videoaufsicht mittels einer dafür vorgesehenen Software (Proctoring).³² Dabei wird eine Software auf das private Endgerät der Studierenden geladen, die in das informationstechnische System eingreift. Neben der vollen Kontrolle des Geräts findet über die Software u.a. eine Gesichtserkennung statt, die etwa Blicke des Prüflings vermessen und auf unübliche Aktivität untersuchen kann. Dies stelle eine deutliche Verletzung des Grundrechts der Prüflinge in ihrem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.

Aber auch der weniger intensiven Methode der Videoaufsicht, der Durchführung der Aufsicht durch Hochschulpersonal mittels Videokonferenz ohne Aufzeichnung, begegnete *Schwartzmann* mit Zweifeln: Zur effektiven Täuschungsabwehr sei diese Form der Aufsicht nicht geeignet. Außerhalb des Erfassungsbereichs der Kamera wären Täuschungen problemlos möglich, auch den Bildschirm des Bearbeiters könne die Aufsicht nicht einsehen. Damit könne durch die Videoaufsicht mittels einer einfachen Videokonferenz die prüfungsrechtliche Chancengleichheit nicht gewährleistet werden.

Schwartzmann warf zudem die Frage nach der Rechtsnatur der Mitwirkung der Studierenden während der Anfertigung der Fernklausur, ob die Prüflinge etwa als

Verwaltungshelfer der Hochschulen an der eigenen Aufsicht beteiligt seien, auf.

Ein weiteres Konfliktfeld bleibe neben der Beeinträchtigung der Privatsphäre bei der Online-Lehre und Online-Prüfungen die Auswahl der technischen Systeme, insbesondere vor dem Hintergrund des potentiellen Missbrauchs der generierten Daten durch den Plattformbetreiber. Insbesondere Plattformbetreiber aus den USA stehen unter Verdacht, die Daten der Studierenden weiterzuverarbeiten.³³ Nach Art. 32 DS-GVO sind die Hochschulen aber dazu verpflichtet, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. So müssten neben einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung mit dem Plattformbetreiber zum Beispiel Standardeinstellungen beim Betrieb des Tools zur Gewährleistung dieses Schutzniveaus vereinbart werden, etwa eine standardmäßige Schwärzung des privaten Hintergrunds der Studierenden. Bezüglich der Auswahl datenschutzrechtlich sicherer Tools herrsche auch unter den Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder noch Uneinigkeit. So habe etwa die Berliner Datenschutzbehörde eine behördliche Warnung bezüglich der Verwendung der Software Cisco Webex ausgesprochen.³⁴ Diese und andere Warnungen beziehen sich aber häufig nicht auf konkrete Ermittlungsergebnisse der Datenschutzbehörden, sondern werden pauschal gegen in den USA gehostete Plattformen ausgesprochen. Endgültige Entscheidungen in Form von Untersagungsverfügungen oder gar gerichtlichen Entscheidungen bestehen jedoch noch nicht. Rechtssicherheit bestehe für die Hochschulen daher nur, wenn sie europäisch gehostete Tools verwenden, bei denen jeglicher Datentransfer in sog. unsichere Drittstaaten ausgeschlossen ist.³⁵ Wenn solche Software jedoch nicht dieselbe Funktionalität und Sicherheit wie die der US-Anbieter vorweise, stünden die Hochschulen vor der Frage, entweder einen potentiellen Rechtsverstoß zu begehen oder im harten Lockdown keine Online-Lehre und -Prüfungen betreiben zu können.³⁶ Aufgrund ihres Verfassungsauftrags zur Durchführung von Lehre und Prüfungen müssten sich die Hochschulen aber zumindest die Handlungsfähigkeit beibehalten können. Bis eine konkrete, rechtskräftige

32 Nicht umsonst habe die Proctoring-Software im Jahr 2021 mit dem Big Brother Award einen Negativpreis für die besondere Beeinträchtigung der Privatsphäre erhalten, vgl. <https://bigbrotherawards.de/2021/bildung-proctorio>.

33 Insbesondere bei dem US-Tool Zoom waren zu Beginn der Pandemie im März/April 2020 Mängel entdeckt worden, die eine Ermittlung der US-Generalstaatsanwaltschaft auf den Plan rief.

34 Die FU Berlin erlaubte in dem Fall jedoch im Vertrag mit der Plattform die Weitergabe der Daten der Studierenden an Dritte, Thiel, Aufruf zum Grundrechtsverzicht?, FAZ v. 14.1.2021.

35 Grund dafür sei das im Juli 2020 ergangene „Schrems II“ Urteil des EuGH, in dem das EU-US-„Privacy Shield“, welches den Transfer personenbezogener Daten aus der EU an US-amerikanische Unternehmen (u.a. Zoom, Microsoft) zu kommerziellen Zwecken ermöglichte, für ungültig erklärt wurde.

36 Laut *Schwartzmann* bestehen für die Hochschulen daher beizeiten nur die Alternativen, einen faktischen digitalen Lockdown einzugehen oder einen Rechtsbruch zu begehen, Thiel, Aufruf zum Grundrechtsverzicht?, FAZ v. 14.1.2021.

Entscheidung der Behörden oder Gerichte bezüglich des Tools bestehe, müssen Hochschulen daher eigene datenschutzrechtliche Risikoabwägung bei Auswahl der Tools vornehmen.

III. Fragerunde / Diskussion

Anschließend beantworteten die drei Referenten zunächst im Vorfeld eingereichte Fragen der Tagungsteilnehmenden. Diese Fragerunde und die anschließende Diskussion wurden von *Prof. Ulf Pallme König* und *Dr. Michael Stückradt* moderiert.³⁷

Fischer und *Dieterich* stimmten *Schwartmann* in der Hinsicht zu, dass eine Aufzeichnung und Speicherung der Online-Prüfung, wie sie das OVG NRW erlaube, kritisch anzusehen sei, insbesondere in Parallelbetrachtung zu Präsenzprüfungen, bei denen auch keine Aufzeichnung stattfindet. Auch die Beweislast der Hochschule für Täuschungen rechtfertige nicht grundsätzlich die Aufzeichnung und Speicherung.

Neben der Aufsicht sollten nach *Fischer* und *Dieterich* insbesondere auch „sanfte Maßnahmen“ ergriffen werden, um Täuschungen von vornherein zu minimieren, z.B. das Erfordernis handschriftlicher Ausarbeitungen und das Stellen von Transferaufgaben. Nicht nur für Online-Prüfungen sei aber im Multiple-Choice-Verfahren zu bedenken, dass die Vergabe von Maluspunkten (der Abzug von Punkten, die durch eine richtige Antwort erreicht worden sind, für falsche Antworten) je nach Einzelfallgestaltung prüfungsrechtlichen Grundsätzen widersprechen könnte.³⁸ Diese „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr könnten jedoch keinen Ersatz für eine Aufsicht im Sinne einer Aufsichtsarbeit darstellen, sondern nur zusätzlich ergriffen werden.³⁹ Im Nachhinein müssen Täuschungsversuche rechtssicher nachgewiesen werden. Dabei helfen klare, unmissverständliche Vorgaben zur Zitierpflicht und unzulässigen Formen der Zusammenarbeit und der Einsatz einer Plagiatssoftware. Um die Nachweisfähigkeit zu gewährleisten, seien die Prüfungsleistungen zudem bis zur Bestandskraft der Prüfung zu konservieren, unabhängig

davon, ob sie elektronisch oder in Papierform eingereicht werden.⁴⁰ Bei Verdacht einer Täuschung während der Prüfung schaffe eine Protokollierung Rechtssicherheit. Es könne bei Verdacht auch ein 360-Grad-Schwenk durch den Raum verlangt werden. Einen solchen Schwenk hielt auch *Schwartmann* bei Verdacht für möglich, sofern darin ein den Eingriff in die Privatsphäre rechtfertigender konkreter Anlass liegt.

Fischer warf zudem die Frage auf, ob Studierende bei Online-Prüfungen im Sinne ihrer Mitwirkungspflicht verpflichtet seien, für einen Hintergrund zu sorgen, der möglichst wenig häusliche Privatsphäre abbildet, um Datenschutzverstöße zu minimieren.

Uneinigkeit herrschte zwischen *Schwartmann*, *Fischer* und *Dieterich* bezüglich der Eignung einer Videoaufsicht zur Täuschungsabwehr. *Dieterich* wies darauf hin, dass zwar bei der Videoaufsicht per Videokonferenz der Bildschirm des Prüflings nicht eingesehen werden kann. Es herrsche daher ein geringerer Täuschungsabwehrstandard als bei der Präsenzprüfung. Dies beseitige jedoch nicht automatisch die Eignung der Videoaufsicht, denn die Geeignetheit setze zunächst einmal voraus, dass diese der Täuschungsabwehr förderlich sei und Täuschungen erschwere. Die Videoaufsicht könne zumindest Zusammenarbeit mit anderen Personen im selben Raum unterbinden und psychologisch eine ernsthafte Prüfungsatmosphäre sichern. Dazu kämen die angesprochenen „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr.

Fischer und *Dieterich* sahen zudem die Freiwilligkeit einer Einwilligung in die Videoaufsicht weniger kritisch an als *Schwartmann*. Letztlich werde der Rechtskreis der Studierenden auch erweitert. Ihnen bliebe in der Regel immer noch die Möglichkeit, die Prüfung stattdessen im Hörsaal nachzuholen.

Sei eine Open-Book-Ausarbeitung jedoch ohne erhöhte Täuschungsanfälligkeit dazu geeignet, die in der Prüfung nachzuweisenden Kompetenzen abzufragen, könne auf diese laut *Dieterich* ebenfalls zurückgegriffen werden, insbesondere dann, wenn eine Videoaufsicht durch das Hochschulpersonal per Videokonferenz we-

37 Beide sind Vorstandsmitglieder des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts. *Pallme König* ist Kanzler der Universität Düsseldorf a.D und *Stückradt* ist Kanzler der Universität zu Köln.

38 So OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 16.12.2008 – 14 A 2154/08 = NVwZ-RR 2009, 422; anders aber OVG Niedersachsen, Beschluss v. 20.7.2016 – 2 ME 90/16. Ausführlich dazu *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Rn. 588 ff.

39 Eine Aufsicht lasse sich auch nicht durch die zeitliche Begren-

zung der Bearbeitungszeit auf nur wenige Stunden oder den Ausschluss der Verwendung von Hilfsmitteln ersetzen. Verlange die Prüfungsordnung die Durchführung einer Klausur, sei daher eine Aufsicht erforderlich.

40 Dies gelte jedoch nicht für eventuelle – eh schon von allen Referenten kritisch betrachtete – Aufzeichnungen der Online-Prüfung, die vor dem Hintergrund der Datensparsamkeit so schnell wie möglich zu löschen seien.

gen der hohen Anzahl der Prüflinge nicht sinnvoll möglich sei. Zu beachten sei insbesondere, dass die Prüfung weiter prüfungsordnungskonform durchgeführt werde.

Sobald die Hochschulen wieder (zumindest für Prüfungen) geöffnet sind, sei fraglich, ob Online-Prüfungen noch als Alternative zu Präsenzprüfungen zulässig sein könnten. Eine Videoaufsicht sei dann unter Umständen nicht mehr zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO erforderlich. Gegebenenfalls könnten die Prüflinge jedoch weiterhin in diese nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO einwilligen. Hybride Lösungen, wie etwa die Durchführung von Klausuren nur teilweise in Präsenz und teilweise online, trügen je nach Einzelfallgestaltung das Risiko, gegen das Gebot der Chancengleichheit zu verstoßen. Ein solcher Verstoß läge z. B. bei unterschiedlichen Gestaltungen des Prüfungsumfangs oder -inhalts solcher hybriden Prüfungen vor.

IV. Resümee und Ausblick

In prüfungsrechtlicher Hinsicht sind im Laufe der Pandemie bereits einige gerichtliche Entscheidungen getroffen worden, die den Hochschulen „Rückendeckung“ bei der Durchführung der kommenden Semesterabschlussklausuren geben können. Datenschutzrechtlich stehen solche jedoch noch aus, da über die Auslegung der DSGVO letztendlich der EuGH entscheidet. Bis dahin gibt es insbesondere vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Auffassungen der Landesdatenschutzbehörden nur wenig Sicherheit bezüglich der Zulässigkeit der Online-Prüfungen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass aus Angst

vor Sanktionen gar keine Online-Prüfungen durchgeführt werden sollten, jedoch ist eine stringente Risikoabwägung der Hochschulen vor dem Hintergrund der datenschutzrechtlichen als auch prüfungsrechtlichen Implikationen notwendig.

Auch *Epping* betonte, dass in der Pandemie vor dem Hintergrund des Verfassungsauftrags der Hochschulen deren Handlungsfähigkeit bewahrt werden müsse. Als Präsident der Leibniz Universität Hannover betonte er, dass in der Prüfungspraxis auch die Rechtspositionen der Allgemeinheit nicht zu vernachlässigen seien. Schließlich müssen die Prüfungen eben auch sicherstellen, dass die Prüflinge zur späteren Berufsausübung geeignet sind.

Epping eröffnete zudem die Möglichkeit, im nächsten Jahr bei neuen Rechtsfragen eine erneute Veranstaltung anzusetzen. Abhängig davon, wie lange die Pandemie noch andauere, könne dann auch die Fragestellung beleuchtet werden, welche Prüfungsmodelle sich in die Zeit nach der Pandemie mitnehmen ließen.

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

Karl Jaspers

*Vom europäischen Geist*¹

Freiheit

Freiheit hält den Europäer in Unruhe und Bewegung. Denn er will die Freiheit und weiß zugleich, daß er sie nicht hat. Wo er ihrer sicher im Besitz zu sein glaubt, ist sie schon verloren. Freiheit kommt dem Menschen als Menschen zu. Aber der Europäer ist sich dessen bewußt geworden. Was ist Freiheit ?

Freiheit ist Überwindung der Willkür. Denn Freiheit fällt zusammen mit der Notwendigkeit des Wahren. Bin ich frei, so will ich nicht, weil ich so will, sondern weil ich mich vom rechten überzeugt habe. Der Anspruch der Freiheit ist daher, nicht aus Willkür, nicht aus blindem Gehorsam, nicht aus äußerem Zwang zu handeln, sondern aus eigener Vergewisserung, aus Einsicht. Daher der Anspruch, selbst zu erfahren, gegenwärtig zu verwirklichen, aus eigenem Ursprung zu wollen durch Suchen des Ankers im Ursprung aller Dinge.

In der Freiheit wurzeln nun zwei weitere europäische Phänomene: Das Bewußtsein der Geschichte und der Wille zur Wissenschaft.

Geschichte

Aus der Freiheit wächst der Wille zur Geschichte. Denn der Europäer will konkrete Freiheit, das heißt die Freiheit der Menschen im Einklang miteinander und mit der sie erfüllenden Welt.

Einzig im Abendlande ist im Bewusstsein des Einzelnen die Freiheit gebunden an die Freiheit der Zustände. Da aber die Freiheit niemals für alle und darum im abendländischen Sinne für keine erreicht ist, ist Geschichte notwendig, um Freiheit zu erringen, oder bringt der Drang zur Freiheit die Geschichte hervor.

Unsere Geschichte ist nicht bloßes Anderswerden, nicht bloß Abfall und Wiederherstellung einer zeitlosen Idee, nicht die Verwirklichung eines als bleibend gedachten Totalzustandes, sondern eine sinnhafte Folge des Auseinanderhervorgehens, das sich bewußt wird als Ringen um die Freiheit. Solche Geschichte gibt es jeden-

falls in Europa, wenn auch die Masse des europäischen Geschehens wie überall in der Welt ist: das Forttreiben des Unheils von einer Gestalt in die andere.

Der Schmerz wird zur Geburtsstätte des Menschen, der Geschichte will. Nur der Mensch, der sich innerlich dem Unheil aussetzt, kann erfahren, was ist, und den Antrieb gewinnen, es zu ändern. Daß er sich nicht abkapselt, nicht nur blind sich vernichten läßt oder wartet, bis es vorbei ist, und dann lebt, als ob es gar nicht gewesen sei, das ist Bedingung der Geburt seiner konkreten Freiheit.

Die Größe unserer abendländischen Geschichte sind die Freiheitsbewegungen im Miteinanderreden: in Athen, im republikanischen Rom, im frühen Island, in den Städten des späten Mittelalters, in den Konstituierungen der Schweiz und der Niederlanden, in der Idee der Französischen Revolution trotz ihres Abfalls und ihres Übergangs in Diktatur, in der klassischen politischen Geschichte der Engländer und Amerikaner. Wo die Freiheit in einer Abstraktion zum Ziel gemacht wird, da wird sie eine Phrase auf dem Weg zu irgendeiner neuen Gewaltsamkeit. Wo in Freiheit redliche Selbstbezwingung aller, die miteinander handeln, stattfindet, da geschehen konkrete Schritte zur Verwirklichung der Freiheit der Zustände.

Zur Freiheit gehört es, daß wir uns geschichtlich ein-senken und dabei doch keiner totalen Geschichtsdeutung uns unterwerfen. Aber die weltgeschichtlichen Perspektiven, das unablässige Bewußtmachen des Wirklichen und Möglichen, die Steigerung des geschichtlichen Bewußtseins ist mit der Geschichte selber ein Grundzug unseres europäischen Geistes.

Wissenschaft

Freiheit fordert Wissenschaft, nicht nur als unverbindliche Beschäftigung in der Muße, nicht nur als praktische Technik für Daseinszwecke, nicht nur als Spiel des zwingenden Gedankens, sondern als unbedingtes, Universales Wissenwollen des Wißbaren. Die Leidenschaft der

1 *Karl Jaspers, Vom europäischen Geist, 1947, S. 10-16 (gekürzt).*

Wissenschaft ist ebenso Europa eigen, wie das gewaltige Ergebnis der Wissenschaften in der modernen Forschung.

Europäische Wissenschaft ist schrankenlos allem zugewandt, was ist und denkbar ist. Nichts gibt es, das sich ihr nicht lohne; sie scheint sich ins Endlose zu zerstreuen. Aber, was immer sie erkennt, nimmt sie hinein in Zusammenhänge. Universale Weite vereint sie mit der Konzentration allen Erkennens im Kosmos der Wissenschaften.

Sie duldet kein Verschleiern; sie erlaubt nicht die Ruhe fixierter Meinungen. Ihre erbarmungslose Kritik bringt Tatbestände und Möglichkeiten an den Tag. Ihre kritische Unbefangenheit aber kehrt sie jederzeit auch

gegen sich selber. Sie erhellt ihre Methoden, erkennt die Weiten ihres Wissens, den Sinn und die Grenzen ihres Erkennens.

Was Europa ist als Drang zur Freiheit, als eigentliche Geschichte, als Quelle universaler Wissenschaft, das bedeutet seine grundsätzliche Unvollendbarkeit. Denn Freiheit, Geschichte, Wissenschaft erreichen nie ihr Ziel. Daher ist Europa nicht fertig und daher muß, was wir aus unserem Grunde sein können, sich immer noch zeigen. Jene Wesenszüge müssen, gerade weil sie kein Besitz werden können, uns stets neue Chancen eröffnen. Die Zeitlichkeit ist in Europa ernst.