

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahrgang 2022

ISSN 2197-9197

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahrgang 2022

Herausgeber

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch und

Professor Dr. Thomas Würtenberger,

Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,

Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg

in Verbindung mit

Dr. Nikolaus Blum, Oberkirchenrat, Leiter des Landesamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern *Professor Dr. Christian Picker, Lehrstuhl für bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen*

Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Bucerius Law School Hamburg *Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg *Dr. Sarah Tarantino, Regierungspräsidium Freiburg*

Professor Dr. Volker M. Haug, Professor für öffentliches Recht, insb. Staats-, Europa- und Medienrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

Prof. Dr. Alexander Kurz, Mitglied des Vorstands der Fraunhofer Gesellschaft *Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

Dr. Felix Hornfischer, Richter am Verwaltungsgericht Freiburg *Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/Schwarzwald*

ISSN 2197-9197

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Impressum

Zeitschrift für Ordnung der Wissenschaft e.V. **Erscheinungsweise**
Registernummer 700740 Amtsgericht Freiburg Vierteljährlich

Vorstand **Bindung**
Professor Dr. Thomas Würtenberger Buchbinderei Ehe GmbH, Radolfzell
Professor Dr. Dr. h.c Manfred Löwisch
Dr. Cornelia Feldmann

Redaktion **Urheber- und Verlagsrechte**
Viktor Asal Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind
Alessandra Novelli urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch
Marie Anselment gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen.
Johannes Deutsch Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheber-
Cornelius Wurst rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von OdW unzu-
Viktor Kurz lässig. Eine Verwendung zu wissenschaftlichen Zwe-
 cken unter Angabe der Quelle (Zitat) ist ausdrücklich
 gestattet, auch die Verlinkung auf das Dokument. Für
 jede weitergehende Verwendung ist die Zustimmung
 von OdW und des ausgewiesenen Autors erforderlich.

Kontaktdaten, Schriftleitung und Redaktion
Ordnung der Wissenschaft
c/o Forschungsstelle für Hochschulrecht und
Hochschularbeitsrecht
Prof. Dr. Thomas Würtenberger
Belfortstraße 20 (Rückgebäude)
79098 Freiburg im Breisgau
Internet: www.ordnungderwissenschaft.de
E-Mail: odw@jura.uni-freiburg.de
Telefon: +49 761 203 9475

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Aufsätze

- I. Georg Sandberger* Hochschulrechtsreform in Permanenz
Zur Entwicklung des Hochschulorganisations-
rechts seit der Jahrtausendwende **1-22**
- II. Manfred Löwisch* Sind die Konfuzius-Institute steuerlich
gemeinnützig? **23-30**
- III. Matthias Ruffert* Keine Landeskompetenz für § 110 Abs. 6 Satz 2
BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG (jeweils
i.d.F. vom 25. September 2021) **31-34**
- IV. Manfred Löwisch und Viktor Kurz* Neues Bundespersonalvertretungsgesetz:
Relevanz für das Personalvertretungsrecht der
Hochschulen der Länder **35-38**
- V. Philipp Overkamp und Miriam Tormin* Staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur
Förderung des Teilens von Forschungsdaten
39-54
- VI. Theodor Lammich* Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch
55-66

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Aufsätze

- VII. *Joachim Goebel* Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Governance nichtstaatlicher Hochschulen – zugleich ein Beitrag zur Privathochschulfreiheit und zur Reichweite objektiv-rechtlicher Schutzpflichten im einschlägigen Hochschulorganisationsrecht – **75-103**
- VIII. *Daniel Becker* Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS- GVO **103-114**
- IX. *Simon Pschorr* Die Wechselwirkung von § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG – Zur Betreuungsverlängerung und Anrechenbarkeit von Unterbrechungszeiten bei Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG **115-120**
- X. *Manfred Löwisch und Jonathan Jocher* Relevanz des FüPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen **147-154**
- XI. *Joachim Welz* Universitäten der Bundeswehr - 50 Jahre Gründungsprozess **155-166**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Aufsätze

- XII. Daniel Feuerstack* Menschenrechtliche Vorgaben an die Transparenz KI-basierter Entscheidungen und deren Berücksichtigung in bestehenden Regulierungsansätzen **167-180**
- XIII. Matthias Bode* Zwischen Öffnung und Digitalisierung: Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Hochschulzugangsrechts **181-198**
- XIV. Guido Speiser* Eine neue Gemeinschaftsaufgabe Bildung in Art. 91b GG **199-212**
- XV. Jürgen Heß* Gefesselt vom Kosmos der Universität. Ein fiktiver Dialog mit Peter-André Alt über sein Buch Exzellent!? Zur Lage der deutschen Universität **225-234**
- XVI. Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich und Hendrik Büggeln* Befangenheit im Berufungsverfahren **235-254**
- XVII. Thomas Gergen* Der fakultative Aufsichtsrat einer zu Forschungszwecken gegründeten GmbH **255-266**
- XVIII. Frank Wertheimer* Nichtigkeit privatrechtlicher Zusatzverträge verbeamteter Hochschullehrer in der baden-württembergischen Universitätsmedizin? **267-272**

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Urteilsbesprechungen

- I. Frank Wertheimer* Weiterbeschäftigungsanspruch nach negativer Tenure-Evaluierung? VG München v. 16.9.2021 – M 3 E 21.4116 versus BayVGH v. 25.10.2021 – 7 CE 21.2503 **121-128**
- II. Tobias Mandler und Katharina Schindler* Berücksichtigung vergangener Befristungen gem. WissZeitVG bei der Rechtsmissbrauchskontrolle einer Befristung gem. TzBfG? – Anmerkung zum Arbeitsgericht Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 **129-134**
- III. Carsten Morgenroth* Die Behandlung eines Täuschungsverdachts in Zeiten von Open-book-Prüfungen – Eine Analyse des Beschlusses des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2022 **273-276**
- VI. Johannes Stalberg* Zum Qualifizierungserfordernis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG - Anmerkung zu BAG, Urteil vom 02.02.2022 - 7 AZR 573/20 **277-280**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Buchbesprechungen

- I. Felix Hornfischer* Besprechung von Neukirchen, Mathias / Emmrich, Etienne (Hrsg.), Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch - Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber, Nomos, 2021 **67-70**
- II. Matthias Bode* Carsten Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, Nomos, 3. Auflage 2021, 228 Seiten, ISBN 978-3-8487-7036-6 **143-144**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Berichte

- I. Christoph Pinsdorf* Haben gemeinsame Berufungen Zukunft?
Bericht über die Tagung des Vereins zur
Förderung des deutschen und internationalen
Wissenschaftsrechts e.V. am 11. und
12. Dezember 2021 **135-142**
- II. Manfred Löwisch* Evaluation des novellierten Wissenschaftszeit-
vertragsgesetzes **213-214**
- III. Karoline Haake* Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle recht-
liche Fragestellungen
Bericht über die Tagung des Vereins zur
Förderung des deutschen und internationalen
Wissenschaftsrechts e.V. am 4.2.2022 **215-222**
- VI. Karoline Haake* Gibt es eine angemessene Aufsicht für
Wissenschaftseinrichtungen?
Bericht über die Tagung des Vereins zur
Förderung des deutschen und internationalen
Wissenschaftsrechts e.V. am 5./6.5.2022
281-288

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2022

Ausgegraben

- I. Unterrichtspolizei
Merkwürdiger und nachahmungswerter
Gebrauch der Basler Universität **71-72**

- II. *Graf von Barth-Bartenheim* Zensurvorschriften im Vormärz **145-146**

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

- VI. *Christian Wolf* Berufung, Rückberufung und Ankunft an der
Universität Halle **289-290**

Georg Sandberger

Hochschulrechtsreform in Permanenz

Zur Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts seit der Jahrtausendwende

Übersicht

I. Einleitung

II. Die Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts im Spiegel wandelnder Leitbilder

1. Die Hochschulorganisation im Leitbild der Gelehrtenrepublik
2. Hochschulorganisation und Hochschulleitung in der Gruppenuniversität
3. Neuausrichtung des Leitbilds nach dem 4. HRG-Änderungsgesetz 1998 - Das Konzept der unternehmerischen Hochschule

III. Entwicklungslinien der Hochschulgesetzgebung

1. Auswirkungen auf den Katalog der Hochschulaufgaben
2. Auswirkungen auf den Rechtsstatus der Hochschulen
3. Reform der Leitungsstrukturen
 - 3.1. Grundprinzipien
 - 3.2. Hochschulleitung
 - 3.3. Hochschulrat –Kuratorium
 - 3.4. Senat
 - 3.5. Unterbliebene Gestaltung der Ablaufprozesse
 - 3.6. Vertikale Aufbauorganisation - Fakultäten
 - 3.7. Studienstrukturreform und Qualitätssicherung

IV. Weitere Entwicklungen von 2010 bis 2020

V. Hochschulreformen auf dem Prüfstand des Hochschulverfassungsrechts

1. BVerfGE 35, 72 ff. - Niedersächsisches Vorschaltgesetz
2. Folgeentscheidungen bis 2000
3. Entscheidungen zu den Hochschulgesetzen ab 2000
 - a) BVerfGE 111, 333 - Brandenburgisches Hochschulgesetz
 - b) BVerfGE 127, 87 ff. - Hamburger Dekanatsbeschluss
 - c) BVerfGE 136, 338 ff. - MHH Hannover
 - d) Urteil des VerfGH Baden-Württemberg v. 16.11.2016- HAW
 - e) Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 5.2.2020 - Duale Hochschule

VI. Fazit

I. Einleitung

In der politischen Begriffsgeschichte wird die sog. permanente Revolution als „Abfolge unterschiedlicher sozioökonomischer Transformationen“ definiert, die „die Gesellschaft nicht ins Gleichgewicht kommen“ lassen.¹

Mit der gebotenen Unterscheidung und Distanz gegenüber den politischen und gesellschaftlichen Zielen der verschiedenen Facetten des Konzepts einer permanenten Revolution lassen sich auch die Hochschulrechtsreformen der letzten Jahrzehnte als Transformationen bezeichnen, die die Hochschulen bis jetzt nicht ins Gleichgewicht kommen ließen.

Untersucht man die Änderungsverzeichnisse der Hochschulgesetzgebung der Bundesländer seit der Jahrtausendwende,² so finden sich neben einer oder mehrerer grundlegender Neufassungen des jeweiligen Landeshochschulgesetzes³ in nahezu jedem Jahr Novellierungen einzelner Teilbereiche der Aufgaben der Hochschulen, der Hochschularten, des Organisationsrechtes, des Studien-, Prüfungs- und Zulassungsrechts im Zuge der Studienstrukturreform (Bologna), der Qualitätssicherung, sowie der Personalstruktur, des Haushaltsrechts, der Drittmittelfinanzierung, der Organisation der Studierendenschaft, des Rechts von Niederlassungen ausländischer Hochschulen und nicht staatlicher Hochschulen. Von besonderem Gewicht für die künftige Entwicklung der Hochschulen sind die Regelungen über den Gleichstellungsauftrag und die zu seiner Erfüllung notwendigen Verfahren und Maßnahmen, zur Diversität, zur Studienstrukturreform, zum Zugang zu den Hochschulen, zum Berufungsverfahren und zu den

1 Wikipedia unter „Permanente Revolution“ m.w.N.
2 Abrufbar bei Beck online unter den jeweiligen Landesgesetzen.
3 Vgl. Baden-Württemberg: Landeshochschulgesetz (LHG BW) v. 1.1.2005 (GBl. S. 1), zuletzt geänd. durch Art. 1 Viertes HochschulrechtsänderungsG vom 17.12.2020 (GBl. S. 1204); Bayern: HochschulG (BayHG) v. 23.5.2006 (GVBl. S. 245), zuletzt geänd. d. § 1 des Gesetzes vom 9.4.2021 (GVBl. S. 182); Berlin: HochschulG (Berl.HG) i.d.F. vom 26.7.2011 (GVBl. S. 378), zuletzt geändert d. Art. 1 G vom 4.5.2021 (GVBl. S. 435); Brandenburg:

Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) i.d.F. v. 28. 4 2014 (GVBl. I Nr. 18) zuletzt geänd. d. Art. 1 Erstes G zur Änd. des Brandenburgischen HochschulG vom 23.9.2020 (GVBl. I Nr. 26); Bremen: HochschG i.d.F. v. 9.5.2007 (Brem.GBl. S. 339), zuletzt geänd. d. Art. 1 Zweites G zur Änd. hochschulrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit den Anforderungen aus der Covid-19-Krise vom 24.2.2021 (Brem.GBl. S. 216); Hamburg: Hamburgisches HochschulG (HmbHG) v. 18.7.2001 (GVBl. S. 171), zuletzt geänd. d. Art. 1 G zur Änd. von Vorschriften

Qualifikationspfaden für den Hochschullehrerberuf, insbesondere zur Einführung der Juniorprofessur mit Tenure-Track.

Der Katalog wird zuletzt durch pandemiebedingte Regelungen für die Durchführung von Lehrveranstaltungen, Prüfungen, Gremiensitzungen und Gremienentscheidungen im Onlinebetrieb sowie des Datenschutzes ergänzt.

Es ist in diesem Rahmen nicht möglich, diesen Entwicklungen in der gesamten Breite nachzugehen. Im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen die neuerdings mit dem Terminus „Hochschulgovernance“ bezeichneten Aufgaben der Hochschulen, deren Rechtsstatus und die Hochschulorganisation. Dazu sollen im Anschluss an frühere Querschnittsuntersuchungen des Verfassers⁴ und Empfehlungen des Wissenschaftsrates⁵ - unter Rückgriff auf die in der Hochschulrechtsforschung etablierten Bezeichnungen und Leitbilder - die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Hochschulorganisationsentwicklung in den einzelnen Bundesländern in ihrer zeitlichen Abfolge nachverfolgt werden. Einbezogen werden die richtungsweisenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und einzelner Landesverfassungsgerichte zu den Reformansätzen der jeweiligen Landesgesetze und ihre übergreifende Bedeutung für die Entwicklung des Hochschulverfassungs- und Hochschulrechts.

zur digitalen Fortentwicklung der Hochschulen vom 17.6.2021 (HmbGVBl. S. 468); Hessen: HochschulG i.d.F. v. 14.12.2009 (GVBl. I. S. 666), zuletzt geänd. d. Art. 1 G zur Ermächtigung zum Erlass von RechtsVOen zur Bewältigung der Auswirkungen der SARS-CoV2-Pandemie im Hochschulbereich vom 24.6.2020 (GVBl. S. 435); Mecklenburg-Vorpommern, LandeshochschulG (LHG-MVP) vom 25. Januar 2011 (GVBl. M-V S. 18), zuletzt geänd. d. Art. 1 Sechstes ÄndG zum LandeshochschulG vom 21.6.2021 (GVBl. M-V S. 1018); Niedersachsen: HochschulG (NHG) v. 26.2.2007 (GVBl. S. 69, zuletzt geänd. d. Art. 4 G zur Änd. verschiedener Rechtsvorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 16.3.2021 (Nds. GVBl. S. 133); Nordrhein-Westfalen: HochschulG (HG NRW) v. 16. 9 2014 (GV. NRW. S. 547), zuletzt geänd. d. Art. 2 G zur Änd. des Kunsthochschulgesetzes und zur Änd. weiterer Vorschriften im Hochschulbereich vom 25.3.2021 (GV. NRW. S. 331); Rheinland-Pfalz: Hochschulgesetz (HochSchG) v. 23.9.2020 (GVBl. 2020, 461), zuletzt geändert d. G. vom 22.07.2021 (GVBl. S. 453); Saarland: Saarländisches Hochschulgesetz (SHSG) vom 30.11.2016 (Amtsbl. I S. 1080), Zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 1 G zur Neuorganisation der Wahrnehmung studentischer Angelegenheiten vom 16.6.2021 (Amtsbl. I S. 1762); Sachsen: Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz (SächsHSFG) vom 15. 1 2013 (SächsGVBl. S. 3), zuletzt geänd. d. Art. 11 Haushaltsbegleitgesetz 2021/2022 vom 21.5.2021 (SächsGVBl. S. 578); Sachsen-Anhalt: HochschulG (HG-LSA) v. 14. 12 2010, (GVBl. LSA S. 600, ber. 2011 S. 561), zuletzt geänd. d. § 1 Zweites ÄndG des Hochschulgesetzes LSA vom 18.1.2021

II. Die Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts im Spiegel wandelnder Leitbilder

Im Organisationsrecht der Hochschulen spiegeln sich wandelnde Leitbilder der Hochschulen wieder.

Schlagwortartig wird deren Entwicklung in den letzten Jahrzehnten mit dem Paradigmenwechsel von der **Gelehrtenrepublik** über die mitbestimmte oder **Gruppenhochschule** zur **unternehmerischen Hochschule** beschrieben.⁶

Der in der Wissenschaftsgemeinschaft bis heute hoch umstrittene, 2016 von *Jürgen Mittelstraß* unter dem Titel „Die Universität zwischen Weisheit und Management“⁷ kritisierte Wechsel zur unternehmerischen Hochschule beschreibt den im Zuge der Hochschulrechtsentwicklung derzeitigen Rechtszustand. Dessen Kernelemente sind: Stärkung der Autonomie der Hochschulen gegenüber dem staatlichen Träger, klare Leitungs- und Aufsichtsstrukturen, Organisations- und Finanzautonomie sowie Dienstherreneigenschaft für das Hochschulpersonal.

1. Die Hochschulorganisation im Leitbild der Gelehrtenrepublik

Historischer Ausgangspunkt kritischer Analysen des derzeitigen Hochschulorganisationsrechts ist die Rolle der „Hochschule als Gelehrtenrepublik“. Dieses Leitbild

(GVBl. LSA S. 10); Schleswig-Holstein: HochschulG (HG-SH) v. 5.2.2016, (GVBl. Schl.-H. S. 39), zuletzt geänd. d. Art. 1 G zur Änd. des HochschulG vom 13.12.2020 (GVBl. Schl.-H. 2021 S. 2); Thüringen: HochschulG (ThürHG) v. 10. 5 2018 (GVBl. S. 149), zuletzt geändert d. Art. 7 Zweites Thüringer Covid-19-G zur Umsetzung erforderlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie vom 23.3.2021 (GVBl. S. 115).

- 4 *G. Sandberger*, Organisationsreform und -autonomie: Bewertung der Reformen in den Ländern, *WissR* 35 (2002), 125 ff.; Neuordnung der Leitungsorganisation der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, *WissR* 44 (2011), 118-155.
- 5 Empfehlungen zur Hochschulgovernance v. 19.10.2018, Drs. 7328-18.
- 6 Vgl. z.B. *K.F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 10 ff.; *R. Hendl*, Die Universität im Zeitalter von Ökonomisierung und Internationalisierung, *VVDStL* 65 (2006), 238 ff.; *W. Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 11 ff.; *Th. Oppermann*, Ordinarienuniversität, Gruppenuniversität, Räteuniversität in: *Heß/ Leuze* (Hrsg.), die janusköpfige Rechtsnatur der Universität- ein deutscher Irrweg, *Wissenschaftsrecht, Sonderheft* 15, 2004, S.1 ff.; *D. Müller-Böhl*, Die entfesselte Hochschule, 2000, S. 19 ff.: dem folgend *A. Miechielsen*, Hochschulorganisation und Wissenschaftsrecht, *Diss. München*, 2013, S. 21 ff.
- 7 FAZ- Forschung und Lehre v. 31.8.2016 S. 4, wiedergegeben in: *Jahrbuch des Hochschulverbandes* 2016.

ist jedoch von Nostalgien und historischen Fehldeutungen beeinflusst. Es vernachlässigt Systembrüche, die sich im Zuge der Verfassungsgeschichte des jeweiligen Trägerlandes auch auf die Hochschulverfassungen niedergeschlagen haben.⁸

Als Leitbild der Gelehrtenrepublik wird neben dem Bezug auf die mittelalterlichen und postreformatorischen Universitätsverfassungen oft auf die Gründung der Berliner Universität auf der Grundlage der Denkschrift von *W. von Humboldt* „Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin“ hingewiesen.⁹

Diese Denkschrift enthält nicht nur eine wissenschaftstheoretische Begründung für die Notwendigkeit der Staatsferne und akademischen Freiheit, sondern auch Vorschläge für eine wissenschaftsadäquate Binnenorganisation und das Zusammenwirken von Staat und Hochschule, z. B. bei Berufungen.

Diese Prinzipien der neuen Universität konnten aber weder an der Berliner Universität noch an anderen Standorten verwirklicht werden. Humboldt'sches Ideal und die Realität der Universität waren nie deckungsgleich. Bereits im Gründungsjahr 1810 verlor Humboldt seinen Einfluss und später den Posten als zuständiger Leiter der Unterrichtssektion. Sein Nachfolger v. Schuckmann nahm nicht nur die zur Sicherung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit notwendige Dotation der Domänen zurück, sondern fragte beim preußischen König nach, ob es ratsam sei, „die Hochschule nicht nur in ihrem freien wissenschaftlichen Streben und Wirken sondern auch ihrer Subsistenz auf Dauer vom Oberhaupt des Staates unabhängig zu machen und sie von dieser Seite gegen das Bestehen der jetzigen Verfassung des Königs und seiner Dynastie in den Zustand der Gleichgültigkeit zu versetzen.“

Die Statuten der Universität Berlin von 1816 nehmen zwar in Teilen auf die Humboldt'sche Denkschrift - vor allem auf den Grundsatz der Einheit von Forschung und Lehre und Bildung durch Wissenschaft - Bezug. Sie enthalten jedoch keine Gewährleistung der institutionellen und individuellen Wissenschaftsfreiheit durch den Staat, aber Kernelemente der Selbstverwaltung.

Vielmehr setzen sie die bereits im ALR verankerte Doppelnatur der Universität als staatliche Einrichtung und Körperschaft fort.¹⁰ Formell wird der Senat als das Leitungsorgan der Universität bezeichnet, dem der vom Senat gewählte Rektor präsidiert. Für den Senat wurde bereits eine Repräsentationsverfassung eingeführt, in dem die Professoren durch von ihr gewählte Vertreter repräsentiert, die anderen Mitgliedergruppen aber nicht vertreten waren.

Das eigentliche Machtzentrum war der Kurator als weisungsabhängiger Vertreter des Ministers, dem die gesamte Verwaltung der Universität unterstellt war.¹¹

Dieses sog. Kurator-Modell, gekennzeichnet durch eine Trennung der akademischen Aufgaben im Kernbereich von Forschung und Lehre und der sog. staatlichen Angelegenheiten, war stilbildend für die Hochschulverfassung der preußischen Universitäten und fand nach Ende des 2. Weltkriegs zunächst auch noch Eingang in die Hochschulverfassung der preußischen Nachfolgestaaten wie Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.

Auch die süddeutsche Kanzler-Verfassung ging von einer Trennung der akademischen und staatlichen Angelegenheiten aus. Im Gegensatz zur Kurator-Verfassung wurden die Kanzler vom jeweiligen Herrscher des Trägerlandes aus dem Kreise der Professoren der Universität ernannt.

Eine Erklärung des Zusammenhangs zwischen der bestehenden Leitungsorganisation und dem zweifellos hohen wissenschaftlichen Ansehen deutscher Universitäten vor dem Nationalsozialismus ist angesichts des Zusammenspiels von akademischer Selbstverwaltung und staatlichem Einfluss nahezu unmöglich. Im Wesentlichen wird der Erfolg von Universitäten im Rückblick dem Wirken weitsichtiger Persönlichkeiten in den zuständigen Kultusverwaltungen und Kuratoren zugeschrieben, für die Namen wie Altenstein, Althoff und Becker stehen.¹²

Mit der akademischen Selbstverwaltung durch die Professoren sind die bereits von *W. v. Humboldt* beklagten Schwächen verbunden:

„Gelehrte zu dirigieren ist nicht viel besser als eine Kommödiantengruppe unter sich zu haben ... Mit wie-

8 Exemplarisch sei auf die Eingriffe nach den Karlsbader Beschlüssen durch Einsetzung von Staatskommissaren verwiesen, s.: „Provisorischer Bundesbeschluss über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßregeln“ vom 20. September 1819, § 1; vgl. auch *G. Roellecke*, *Geschichte des Hochschulwesens* in: *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, S. 3, 25 ff.

9 *W. v. Humboldt*, Antrag auf Errichtung der Universität Berlin, Juli 1809 und Denkschrift über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin, u.a. abgedruckt in: *Gelegentliche Gedanken über Universitäten*, Schriften von J.J. Engel, J.B. Erhard, F.A. Wolf, J.G. Fichte, F.D.E. Schleier-

macher, K. F. v. Savigny, W. v. Humboldt, G.F.W. Hegel, Leipzig 1990 (Reclam).

10 Vgl. dazu *Wolfgang Kahl*, *Hochschule und Staat*, 2004, § 4, S. 11 ff.

11 Zur Geschichte des Kuratoren- und Kanzleramtes vgl. auch BVerfGE 149, 1 ff., Rn. 57 ff.

12 Vgl. z. B. *Th. Oppermann*, Fn. 6 S.3 ff.; ders., *Selbstverwaltung und staatliche Verwaltung in Flämig et al.* (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, § 37, S. 1009 ff., 1016; *Th. Nipperdey*, *Preußen und die Universität* in: *Nachdenken über die deutsche Geschichte*, 1986, S. 140 ff., 147.

viel Schwierigkeiten ich ... zu kämpfen habe, wie mich die Gelehrten, die unbändigste und am schwersten zu befriedigende Menschenklasse mit ihren ewig sich durchkreuzenden Interessen, ihrer Eifersucht, ihrem Neid ... ihren einseitigen Absichten umlagern, wo jeder meint, dass nur sein Fall Unterstützung und Förderung verdient, ... davon hast du keinen Begriff“. Das schrieb 1810 Wilhelm von Humboldt an seine Frau Caroline.¹³

Der Dualismus zwischen dem auf Repräsentationsaufgaben beschränkten Rektor und dem Kurator/Kanzler als Repräsentanten des Staates bestand bis zur Gleichschaltung der Universitäten im Nationalsozialismus. Als Leitungsmodell hat der Nationalsozialismus Führer und Gefolgschaft propagiert. Die Freiheit von Forschung und Lehre wurde ebenso wie die akademische Selbstverwaltung, unter dem stetig wachsenden Einfluss von NS-Studentenbund, SD und schwarzem Korps zunächst auf Länderebene, nach Gleichschaltung der Länder durch die Richtlinien des Reichs- und Preußischen Ministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 3. April 1935 außer Kraft gesetzt.¹⁴

2. Hochschulorganisation und Hochschulleitung in der Gruppenuniversität

In der Nachkriegszeit wurden zunächst durch die Militärverwaltungen, nach Bildung der neuen Bundesländer auf der Grundlage ihrer grundrechtlichen und institutionellen Garantien der Wissenschaftsfreiheit in den Landesverfassungen¹⁵ die vor der NS-Zeit geltenden, in Satzungsform gefassten Statuten der Universitäten wiederhergestellt. Eine intensive wissenschaftspolitische und auch rechtswissenschaftlichen Diskussion über den künftigen Rechtsstatus der Universitäten bzw. Hochschulen in den 50-er Jahren kam über Konzeptentwürfe nicht hinaus.¹⁶

Die überkommene Struktur der Universität und ihrer Fakultäten geriet indes bereits durch die Öffnung der Hochschulen, in jedem Fall unter einen unerwarteten Druck, als die Studentenrevolte nicht nur bei den älteren Ordinarien das Trauma der NS-Zeit wachrief, sondern

auch den Gesetzgeber auf den Plan rief, die alsbald so genannte „Gruppenuniversität“ zu installieren.

Gruppenuniversität umschreibt die im Zuge der Studentenunruhe Ende der 60-er Jahre durch Ländergesetze eingeführte, bis zur sog. Drittelparität reichende Gruppenrepräsentation der Mitgliedergruppen in den Kollegialorganen der Universitäten, wissenschaftlichen Hochschulen und neu entstandenen Fachhochschulen.

Im Urteil zum niedersächsischen Vorschaltgesetz erklärte das Bundesverfassungsgericht zwar die Gruppenuniversität für verfassungskonform, setzte aber im Bereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers Grenzen.¹⁷ Dies betrifft vor allem die Mitwirkung und den Einfluss der nicht zur Professorenschaft gehörenden Hochschulmitglieder in den Entscheidungsgremien der Hochschulen bei Entscheidungen im Kernbereich von Lehre und Forschung

Mit dem Hochschulrahmengesetz von 1976 wurden die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze im Verbund mit engen Vorgaben für die Gestaltung der Leitungsstrukturen, der Personalstruktur, des Studien- Prüfungs- und Zulassungsrechts durch die Landeshochschulgesetze umgesetzt. Der Rechtsstatus der Hochschulen als Körperschaft des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen wurde beibehalten. Neu war die Einführung der sog. **Einheitsverwaltung** akademischer und staatlicher Angelegenheiten durch die zuständigen Hochschulgremien unter der Rechtsaufsicht des Ministeriums im Bereich akademischer Angelegenheiten und einer bis in Einzelfallentscheidungen gehenden Fachaufsicht in den sog. staatlichen Angelegenheiten, die neben der Wirtschafts- und Personalverwaltung auch Fragen der Organisation, Planung und Hochschulzulassung umfasst.

Die aus der Hochschultradition überkommene Leitungsstruktur mit dem Senat als allzuständigem Entscheidungsorgan und der auf die Außenvertretung, die Vorbereitung und den Vollzug von Entscheidungen des Senats beschränkte Hochschulleitung, wurde beibehal-

13 Zitiert von *H. Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit- Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, rororo Taschenbuchausgabe, S. 155.

14 RMinAmtsbl. 1935, S.142

15 Württemberg- Hohenzollern 1947, Art. 10; Württemberg-Baden 1946, Art. 12; Baden 1947, Art. 12; Baden-Württemberg 1953, Art. 20, 85; Bayern 1946, Art. 108, 138; Berlin 1950, Art. 21; Bremen 1947, Art. 11; Hamburg 1952, Art. 1, 5 GG; Hessen 1946, Art. 60; Niedersachsen 1951, Art. 5; Nordrhein-Westfalen 1950, Art. 16; Rheinland-Pfalz 1947, Art. 39; Saarland 1947, Art. 33; Schleswig-Holstein 1949, Art. 3, 5 GG.

16 Exemplarisch für die ideengeschichtliche Diskussion *Karl Jaspers*: *Die Idee der Universität*, Berlin 1946; Zur Ideengeschichte vgl.

auch *H. Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, Hamburg 1963, zu den Reformbestrebungen seit 1945, S. 244; für die wissenschaftspolitische Diskussion Wissenschaftsrat (1967): *Empfehlungen zum Ausbau der wissenschaftlichen Hochschulen bis 1970*; Wissenschaftsrat (1968): *Empfehlungen des Wissenschaftsrates zur Struktur und Verwaltungsorganisation der Universitäten*; zur rechtswissenschaftlichen Diskussion *A. Köttgen*, *Freiheit der Wissenschaft und Selbstverwaltung der Universität* in: *Neumann, Nipperdey, Scheuner*, *Die Grundrechte*, 2. Bd. 1954, S. 291 ff.; *H. J. Wolff*, *Die Rechtsgestalt der Universität*, 1956.

17 BVerfGE 35, 72 ff.

ten. Gleiches gilt für die dezentrale Organisation der Fakultäten mit dem Fakultätsrat als allzuständigem Organ und einem mit der Außenvertretung und Leitung des Fakultätsrats betrauten Dekansamt im Nebenamt.

Allerdings haben nach dem Inkrafttreten eine Reihe von Hochschulen von der Option einer monokratischen Präsidialverfassung mit längeren Amtszeiten der Stelleninhaber und der Möglichkeit der Besetzung durch nicht zur Professorenschaft gehörende Bewerber Gebrauch gemacht.

Im Gegensatz zu den Erwartungen des Gesetzgebers, einen Interessenausgleich zwischen den Statusgruppen herzustellen, führte das nach den Vorgaben des HRG gestaltete Hochschulorganisationsrecht vielerorts zu einer Lähmung von Entscheidungsprozessen. Dies hat zugleich den Staatseinfluss auf die Hochschulen massiv verstärkt.

Die Entscheidungsfähigkeit der Hochschulen war in dieser Zeit im Wesentlichen davon abhängig, dass die Hochschulleitungen auch ohne ausdrückliches rechtliches Mandat anstelle der formal allzuständigen Selbstverwaltungsorgane die strategische Führung in der Hochschule übernommen und dafür ihre personelle Legitimation aus den Wahlen durch die Selbstverwaltungsgremien in Anspruch genommen haben.

Dies war nur möglich, wenn und soweit die Grundordnungen längere Amtszeiten für das Amt der Rektoren oder die Präsidialverfassung eingeführt haben. War dies nicht der Fall, wuchs an vielen Standorten den Kanzlern aufgrund ihrer Lebenszeitstellung oder ihrer langen Amtszeiten als Wahlbeamte ein erheblicher Einfluss zu.

Begleitet von einer zunehmenden Regulierung des Hochschulwesens wuchs damit zugleich der Einfluss der Hochschulverwaltung, auf die sich die Hochschulleitung neuen Typs als Machtinstrument statt oder neben den Selbstverwaltungsorganen stützte.

Die damit verbundenen Bürokratisierungsprozesse wurden in gewisser Überspitzung als „Mutation der Hochschule von einer Selbstverwaltungskörperschaft zur Behörde“ umschrieben.

Trotz der zutage getretenen Mängel blieben die Grundelemente der durch das HRG vorgegebenen Hochschulorganisation nahezu 25 Jahre erhalten. Nach der Wiedervereinigung waren die **neuen Bundesländer**

zunächst gezwungen, ihre durch das DDR-Recht beseitigten, nach der Wende durch eine vorläufige Hochschulrechtsverordnung¹⁸ wiederhergestellten Hochschulverfassungen nach der Blaupause der HRG-Vorgaben zu gestalten.¹⁹ Den Gesetzgebungen der 90-er Jahre folgten nach dem Erlass des 4. HRG- Änderungsgesetzes im zeitlichen Gleichlauf mit den Novellen der alten Bundesländer weitere Änderungsgesetze.

3. Neuausrichtung des Leitbilds nach dem 4. HRG- Änderungsgesetz 1998 - Das Konzept der unternehmerischen Hochschule

Mit der Aufhebung der Rahmenvorgaben der §§ 60 ff. HRG für die Binnenorganisation der Hochschulen und die Öffnung für alternative Rechtsformen in der Regelung des § 58 HRG zum Rechtsstatus der Hochschulen war der Weg für die danach einsetzende, meist mit dem Leitbild der „unternehmerischen Hochschule“ bezeichnete Reform der Landeshochschulgesetze geöffnet. Erweiterte Rahmenbedingungen für die Landesgesetzgeber brachte die Aufhebung der Rahmenkompetenz im Zuge der Föderalismusreform im Jahr 2008.

Einfluss- und folgenreich für die neuere Hochschulrechtsentwicklung war das vom CHE als Anführer der Reformbewegung entwickelte Leitbild der Hochschule als Dienstleistungsunternehmen oder unternehmerischen Hochschule.²⁰

Gefordert wird darin zum einen eine umfassende Neugestaltung des Verhältnisses von Staat und Hochschule, zum anderen eine Neuordnung der Leitungsorganisation. Der Zuwachs an externer Autonomie soll mit einer Stärkung der Leitungsorgane zu Lasten der kollegialen Selbstverwaltungsorgane verbunden, der Machtzuwachs der Hochschulleitung durch ein ausschließlich oder überwiegend mit Externen besetzten internes Aufsichtsorgan (Hochschulrat, Kuratorium) unter Kontrolle gestellt werden.

Bis hin zur Bezeichnung der Leitungsorgane als Vorstand und Aufsichtsrat steht dafür die Führungsorganisation von Unternehmen als Vorbild.

Dieses Konzept verwirklicht wesentliche Elemente des New Public Management - dem Grundsatz der Dezentralisierung und Stärkung der Eigenverantwortlichkeit der öffentlichen Verwaltung. Es korrespondiert zugleich in weiten Teilen dem Anglo-

18 V. 18. September 1990, GBl. DDR 1990, 1585

19 Einigungsvertrag v. 31.8.1990, BGBl. II, 859, Kap. XVI

20 Vgl. dazu D. Müller-Böling, Die entfesselte Hochschule, 2000; ihm folgend Monopolkommission, Wettbewerb als Leitbild der Hochschulpolitik, Sondergutachten 30, 2000; Stifterverband für die deutsche Wissenschaft, Qualität durch Wettbewerb und Autonomie, 2002; Wissenschaftsrat, Perspektiven des Wissenschaftssystems, Empfehlungen 2013, Drs. 3228/13; aus rechtswissen-

schaftlicher Sicht kritisch die Habilitationsschriften von Wolfgang Kahl, Hochschule und Staat, 2004, § 11 und 12 sowie K.F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, insbesondere § 1 II. S. 23 ff., § 3, S. 94 ff., § 4, S. 274 ff. aus wissenschaftshistorischer und wissenschaftstheoretischer kritisch J. Mittelstraß, Die Universität zwischen Weisheit und Management, FAZ- Forschung und Lehre vom 31. August S.4.

amerikanischen Modell der Hochschulverfassung. Dieses wurzelt, anders als das deutsche Universitätssystem und das der Universitäten Oxford und Cambridge, nicht im Körperschaftsgedanken, sondern in der Stiftungsorganisation (Trust bzw. Non Profit Corporation) als Verfassung der ursprünglich kirchlichen oder gesellschaftlichen Träger der Hochschulen. Eine mitgliedschaftliche Repräsentation durch die Hochschulangehörigen ist dieser Organisationsstruktur weitgehend fremd.

Weiteres Hauptziel der neuen Organisationsverfassung war es, das als System staatlicher Einzelsteuerung beschriebene und kritisierte Verhältnis von Staat und Hochschule zugunsten einer Stärkung der Entscheidungsautonomie der Hochschulen zu verändern.

Die Reform der Leitungsorganisation steht damit in einem engen Zusammenhang mit der Stärkung der Entscheidungsautonomie der Hochschule nach außen und innen (sog. externe und interne Governance).

Die Stärkung der Entscheidungsautonomie nach außen betrifft den Rechtsstatus der Hochschulen gegenüber ihrem staatlichen Träger. Ansätze für die Entstaatlichung sind die Aufhebung ihres Doppelstatus als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtung, die neben der Rechtsaufsicht über die Wahrnehmung der Selbstverwaltungsangelegenheiten die Fachaufsicht über die Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten auch das Einfallstor für unmittelbare Zuständigkeiten im Bereich des Personalwesens, der Finanzwirtschaft, der Liegenschaftsverwaltung umfasst.

Mit der Beschränkung auf den Rechtsstatus der Körperschaft wird die Forderung nach weitreichender Organisations- und Satzungsautonomie bei der Gestaltung von Studiengängen, Personalhoheit, Finanzautonomie und Bauherrenschaft verbunden.

Die bisherigen Aufsichtsrechte, vor allem die auf die Finanzwirtschaft bezogenen, sollen durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen, Zustimmungs- und Aufsichtsrechte im Bereich der Prüfungs- und Studienordnungen sowie durch Maßnahmen der Qualitätssicherung bei Einrichtung von Studiengängen durch eine externe Akkreditierung, bei der Durchführung von Studiengängen durch eine fortlaufende Evaluation abgelöst werden.

Leitvorstellung für die Neuausrichtung der Binnenorganisation (sog. interne Governance) ist eine Verlagerung der bisher bei den Senaten liegenden All- und Aufgangzuständigkeit für grundsätzliche Entscheidungen über die Entwicklung der Hochschule auf die Hochschulleitung. Damit verbunden ist die Reduzierung der Zuständigkeiten der Kollegialorgane auf Satzungsfragen, auf die Mitwirkung bei Wahlentscheidungen sowie auf die Stellungnahme oder Zustimmung zu wichtigen von der Hochschulleitung vorbereiteten strategischen Entscheidungen. Soweit die Hochschulgesetze einen Aufsichtsrat oder ein Kuratorium vorsehen, wird die Aufsichts- und Zustimmungsfunktion bei Entscheidungen vorrangig finanzwirtschaftlicher oder organisatorischer Art vom Senat auf dieses Organ übertragen. Im Mittelpunkt der Neuordnung der Leitungsorganisation stehen somit die **Neudefinition der Leitung**, ihre Abgrenzung zu den Kompetenzen der weiteren zentralen Hochschulorgane und die Zuordnung der Leitungskompetenz zu einem kollegialen oder monokratischen Leitungsorgan.

III. Entwicklungslinien der Hochschulgesetzgebung seit 2000

In rascher Abfolge wurden in den Bundesländern Bausteine dieses Konzeptes mit unterschiedlichen Akzentsetzungen umgesetzt.

Exemplarisch dafür steht die Novelle des Bayerischen Hochschulgesetzes 2006:²¹

„Um den Hochschulen eine klarere Profilierung und zukunftsfähige Entwicklungen zu ermöglichen, sind Änderungen im gesamten Gefüge der staatlichen Steuerung, der Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Hochschulen und der staatlichen Aufsicht notwendig. Mit der Stärkung der Autonomie und Erweiterung der Kompetenzen der Hochschulen ist eine erhöhte Selbstverantwortung der Hochschulen für Profilbildung und Qualitätssicherung verbunden.

Bei der Neugestaltung des Verhältnisses von Staat und Hochschulen ist die sich aus Art. 138 Abs. 1 Satz 1 der Bayerischen Verfassung ergebende Verantwortung des Staates für die Hochschulen als landesspezifische Verfassungsnorm für die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Hochschulen zu beachten.

Zentrales Steuerungsinstrument bei gleichzeitiger Zurücknahme der staatlichen Detailsteuerung ist künf-

21 LT-Drucksache 15/4396 v. 6.12.2005.

tig der Abschluss von Zielvereinbarungen zwischen Staat und Hochschulen. Mit der Delegation weitgehender Zuständigkeiten auf die Hochschulen wird konsequent der 1998 begonnene Weg fortgesetzt und die Eigenverantwortung der Hochschulen, denen neue Handlungsfreiräume eröffnet werden, gestärkt.

Im Rahmen der Neuordnung der Hochschulorganisationsstruktur werden den Hochschulen hochschulspezifische Gestaltungsspielräume eingeräumt; Entscheidungen über die hochschulinterne Organisation werden weitestgehend vom Staat auf die Hochschulen übertragen.“

1. Auswirkungen auf den Katalog der Hochschulaufgaben

Im Verlauf der Hochschulrechtsnovellen ist der Katalog der Aufgaben der Hochschulen rasant gewachsen, ein Ende ist noch nicht abzusehen.²² Neben der **Primäraufgabe** der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Forschung, Lehre und Weiterbildung in einem freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat, ist ein Katalog von im Einzelfall mehr als zehn Ziffern und weiteren Absätzen die Primäraufgaben konkretisierender und ergänzender **Annexaufgaben** und weiterer **Sekundäraufgaben** getreten, die durch Verordnungsermächtigung noch erweitert werden können. Jüngste Änderungen betreffen die Pflicht zur Nachhaltigkeit und zur Wahrung des Tierschutzes.

Die gesetzlichen Annexaufgaben und die Sekundäraufgaben stehen zwar unter dem Vorbehalt der Verträglichkeit mit den Primäraufgaben und dem Verbot der Überforderung.

In der Hochschulpraxis sind diese Beschränkungen aber im Regelfall wirkungslos, weil die Übertragung der Aufgaben nicht mit dem Gebot entsprechender Finanzausstattung verbunden wird.

In den hochschulartenübergreifenden Hochschulgesetzen wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, das jeweilige Aufgabenprofil der Hochschularten zu definieren. Im Gegensatz dazu ist bei der Formulierung der Aufgaben und Bezeichnung der Hochschulgattungen ein Annäherungsprozess zu beobachten, der zu einer Verwischung der Profile im Wissenschaftssystem führt. Dies gilt für die bisherigen wissenschaftlichen und künstlerischen

Hochschulen, insbesondere aber für deren Verhältnis zu den bisherigen Fachhochschulen, die mit der Erweiterung ihrer Aufgaben im Bereich angewandter Forschung inzwischen die Bezeichnung „Hochschulen für Angewandte Wissenschaften“, in englischer Terminologie die Bezeichnung „University of Applied Science“ erlangt haben. Spiegelbildlich wird die Annäherung zwischen den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften und den Dualen Hochschulen vollzogen. Die Annäherung der Hochschulprofile setzt sich in den Bildungszielen und der Gleichwertigkeit der Abschlüsse fort. Diese Entwicklung hat das Bundesverfassungsgericht zu der konsequenten Schlussfolgerung veranlasst, zunächst den Fachschulen und deren Hochschullehrern, 2020 dann auch den Dualen Hochschulen den Schutz des Art. 5 Abs.3 GG zuzuerkennen.²³

2. Auswirkungen auf den Rechtsstatus der Hochschulen²⁴

Die einleitend zitierten oder ähnlich formulierten Zielsetzungen der Organisationsreform in den Landeshochschulgesetzen wurden allerdings nur teilweise und halbherzig eingelöst:

a) In einigen Bundesländern wurde der Doppelstatus der Hochschulen als **rechtsfähige Körperschaft und staatliche Einrichtung** aufgehoben. Am weitesten ging Nordrhein-Westfalen im sog. Hochschulfreiheitsgesetz, das den Status der rechtsfähigen Körperschaft öffentlichen Rechts mit der Aufhebung der Fachaufsicht und der Übertragung der bislang beim Staat liegenden Finanz-, Personal- und Organisationsverantwortung verband.²⁵ Demgegenüber hielt das Bayerische Hochschulgesetz von 2006 in Art. 11 am bisherigen Doppelstatus der Hochschulen fest und zog in Art. 12 eine scharfe Abgrenzung zwischen Körperschaftsangelegenheiten und staatlichen Angelegenheiten. Der in Abs. 3 aufgeführte Katalog entspricht den überkommenen Definitionen und wird nur bei nicht expliziten Entscheidungsgegenständen durch eine Vermutung zugunsten ihrer Zugehörigkeit zur körperschaftlichen Selbstverwaltung bestimmt.²⁶ Auch die Freiheit der Gestaltung der Aufbauorganisation der zentralen und dezentralen Ebene wurde nur geringfügig erweitert. Die Gestaltung der Grundordnung (Organisationssatzung) der Hochschule

22 BW § 2; BE § 4; BY Art. 2; BB § 3; BR § 4; HH § 3; HE § 3; MVP § 3; NI § 3; NRW § 3; RPF § 2; Saar § 2; SA § 5; SN § 3; SH § 3; TH § 5.

23 BVerfG Beschluss v. 13.4. 2010, BVerfGE 126, 1ff. Rn.45 ff.; Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 5.2. 2020- Duale Hochschule, - 1 BvR 1586/14 -, Rn. 1-37.

24 Vgl. die Hochschulgesetze: BW, § 8, BY Art.3, BB § 4, BR §§ 7, 7a, HH § 2, HE § 1, MVP § 5, NI § 3, RPF § 6, Saar § 2, SA §§ 54-56,

SN § 2, 6, SH § 4, TH § 7.

25 §§ 2, 76 HG NRW, der Abschaffung des Doppelstatus folgend § 2 HmbHG, § 2 SächsHG; § 54 HG-LSA; § 2 HGSH

26 Art. 12 BayHG: (1) Die Hochschulen nehmen eigene Angelegenheiten als Körperschaften (Körperschaftsangelegenheiten), staatliche Angelegenheiten als staatliche Einrichtungen wahr. (2) Körperschaftsangelegenheiten sind alle Angelegenheiten der Hochschule, soweit nichts anderes bestimmt ist.

ist an die Vorgaben des Gesetzes gebunden und unterliegt staatlicher Zustimmung.

Auch in der grundlegenden Baden-Württembergischen LHG-Novelle von 2005 wird die Zielvorstellung der Stärkung der Hochschulautonomie nur zum Teil eingelöst. Sie hielt am Doppelstatus der Hochschulen als rechtsfähige Körperschaft und staatliche Einrichtung fest. Organisationsautonomie wurde mit gesetzlichen Regelbeispielen nur für wissenschaftliche Einrichtungen und Dienstleistungseinrichtungen auf zentraler und dezentraler Ebene der Hochschulen eingeräumt. Statt einer Deregulierung ist das Gesetz den Weg einer Delegation von Zuständigkeiten auf die Hochschulleitung bei der Genehmigung von Satzungen, insbesondere Prüfungsordnungen, in Berufungsangelegenheiten und Ernennungszuständigkeiten gegangen.

Diese Feststellungen lassen sich auch auf Gesetze anderer Bundesländer übertragen, für die die genannten Hochschulgesetze als Modell gedient haben.

b) Einen Sonderweg ist das Niedersächsische Hochschulgesetz von 2002 gegangen, das neben dem Modell der Hochschule in staatlicher Trägerschaft im 4. Kapitel die Option der Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts geschaffen hat. Um dem verfassungsrechtlichen Gebot der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen, werden die bisherigen staatlichen Angelegenheiten und Aufsichtsbefugnisse auf die Stiftung und deren Organe übertragen. Die Selbstverwaltungsangelegenheiten obliegen der unter dem Dach der Stiftung mitgliederschaflich eingerichteten Hochschule als nicht rechtsfähiger Körperschaft, deren Organe auf der Leitungsebene mit denen der Stiftung in Personalunion verbunden sind.

Dieses Modell wurde auch in Hochschulgesetzen in Brandenburg²⁷ und Hessen²⁸ übernommen.

Im Stiftungs-Modell wird zwar der über die Aufsicht ausgeübte unmittelbare Staatseinfluss durch Beteiligung von Vertretern des Ministeriums im Stiftungsrat mediatisiert, er bleibt aber aufgrund der Abhängigkeit von

staatlicher Dotierung vorhanden. Ein endgültiges Urteil darüber, ob damit ein Autonomiegewinn erzielt wird, steht noch aus.

c) Der im neuen Steuerungsmodell geforderte Autonomiegewinn betrifft vor allem die **Finanzwirtschaft**. In finanzwirtschaftlicher Hinsicht wurden den Hochschulen zwar durch die Haushaltsglobalisierung größere Gestaltungsspielräume eingeräumt.²⁹ Der Preis dafür sind aber detaillierte Vorgaben für die Einführung von Kosten- und Leistungsrechnungen und für ein Berichtssystem.³⁰

In personalrechtlicher Hinsicht haben nur wenige Hochschulgesetze den Hochschulen die volle Dienstherreneigenschaft bzw. Arbeitgeberstellung eingeräumt.³¹ Stattdessen werden Entscheidungsbefugnisse des Ministeriums bei Berufungen und die Entscheidung über dem Dienstherren obliegende Statusfragen auf die Leitung der Hochschule delegiert.³²

Gleiches gilt für die **Genehmigung von Satzungen**, Einrichtung von Studiengängen und Erlass von Prüfungsordnungen.³³ Bei diesen wird die Genehmigung des Ministeriums durch externe Akkreditierungsverfahren mit eng gefassten Kriterienkatalogen ersetzt.

Mit dem Instrument der **Zielvereinbarung** bzw. **Hochschulvertrag**³⁴ wird ein **ergebnisorientiertes Steuerungssystem** eingeführt, das nicht nur die Finanzwirtschaft, sondern die Struktur- und Entwicklungsplanung der Hochschulen in ihrem gesamten Aufgabenbereich umfasst und die Finanzzuweisungen mit den in der Vereinbarung enthaltenen Zielvorgaben verknüpft. Nur in wenigen Hochschulgesetzen sind autonomiefreundliche Verfahrensgarantien für das Zustandekommen dieser Zielvereinbarungen im Sinne eines Initiativrechtes der Hochschule enthalten.

Die Einführung von Zielvereinbarungen hat jedoch keineswegs zu einer synchronen Reduktion der staatlichen Fachaufsicht geführt.³⁵ Vielmehr bleibt das Verhältnis von Zielvereinbarungen und Einzelaufsicht offen.

27 Gesetz über die Stiftung Europa Universität Viadrina v. 14.12.2007, GVBl. I Nr. 16, 206.

28 §§ 81 ff. HHG

29 Vgl. z.B. § 13 Abs. 3 LHG BW; § 6 HmbHG; § 11 Abs. 4 SächsHG.

30 § 13 Abs. 3, 8, 9 LHG BW; §§ 10 Abs. 4, 11 Abs. 2, 4, 5 SächsHG.

31 Z.B. §§ 33, 34 HG NRW. In Sachsen für die TU Dresden § 104 SächsHG.

32 Z.B. § 11 Abs. 5 LHG BW; § 78 Abs. 2 SächsHG.

33 Vgl. Art. 13 Abs. 2 BayHG; §§ 34 Abs. 1 LHG BW (PrüfungsO), 38 Abs. 5 LHG BW (PromotionsO), 39 Abs. 5 LHGBW (HabilitationO); § 2 Abs. 4 HG NRW; § 13 Abs. 3 SHG 2008; § 13 Abs. 3 und 4 SächsHG.

34 Z.B. Art. 15 BayHG; § 13 Abs. 2 LHG BW; §§ 2, 6 HmbHG; § 88 Abs. 2 Hess HG; § 6 HG NRW; § 11 SHG; § 57 HSG LSA; § 99 Abs. 2 SHG; §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 7 SächsHG 2008. Zum Instrument der Zielvereinbarungen vgl. G. Sandberger, Finanzierung staatlicher Hochschulen über Ziel- und Leistungsvereinbarungen, in: Fehling/Kämmerer/Schmidt (Hrsg.), Hochschulen zwischen Gleichheit und Elitestreben, Schriften der Bucerius Law School, Bd. I/5 2005, S. 21 ff. m. w. A.

35 Ausnahmen sind NRW: §§ 6 HG, 76 HG NRW. In BW beschränkt sich die Fachaufsicht bei Bestehen von Zielvereinbarungen auf deren Einhaltung, § 67 Abs. 2 Nr. 2 LHG BW.

Auch wenn der mit der Hochschulrechtsreform erreichte Autonomiegewinn spürbar ist, wäre es deshalb verfehlt, darin einen Quantensprung zu sehen.

Der Zugewinn an Verantwortung dient im Verbund mit der Neuordnung der Finanzierungsgrundsätze dem Ziel, Wettbewerbsprozesse zwischen Hochschulen zu stärken. Innerhalb der Hochschulen wird er allerdings vielfach als Entlastungsstrategie der Trägerländer gesehen, im Zeichen der Finanzkrise der staatlichen Haushalte notwendige konfliktträchtige Entscheidungen den Hochschulen zu überlassen.³⁶

Jedenfalls verlangen die neuen Steuerungssysteme aber von den Hochschulen eine stärkere strategische Ausrichtung ihrer Strukturen und Ressourcen auf Gesamtziele,³⁷ die in mittelfristig auszurichtenden Struktur- und Entwicklungsplänen, darauf ausgerichteten Zielvereinbarungen mit dem Trägerland und internen Zielvereinbarungen mit den Untergliederungen der Hochschule konkretisiert werden müssen.

Diese Aufgabe kann nach der Konzeption der Reformgesetzgebung nur von Entscheidungsorganen der Hochschulen mit klar definierten Kompetenzen und Verantwortlichkeiten geleistet werden.

3. Reform der Leitungsstrukturen

Die Reform der Leitungsorganisation steht damit in einem engen Zusammenhang mit der Stärkung der Entscheidungsautonomie der Hochschule nach außen.³⁸

3.1. Grundprinzipien

Leitgedanke der Organisationsreform ist es, die gestärkten Handlungsfreiheiten der Hochschulen mit einer effizienten Entscheidungsorganisation zu verbinden. Bausteine dieses Konzepts sind:

- eine klare Trennung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten von Leitungsorganen auf zentraler Ebene und der Ebene der Fakultäten,
- die Verlagerung der Zuständigkeiten für die Ressourcenzuteilung und bisherigen Allzuständigkeit der Kollegialorgane auf die zentralen und dezentralen Leitungsorgane,
- eine klare Trennung von Leitungs- und Aufsichtsverantwortung,

- schließlich die Beschränkung der Kollegialorgane auf die Wahl der Hochschul- bzw. Fakultätsleitung, auf Satzungsangelegenheiten einschließlich der Organisationsatzung und auf die Zustimmung zu Entscheidungsgegenständen von grundsätzlicher strategischer Bedeutung wie dem Abschluss von Zielvereinbarungen oder den Struktur- und Entwicklungsplänen der Hochschule.

Damit werden die bereits eingangs erwähnten Defizite der bisherigen Leitungsorganisation der Hochschule behoben. Bei dieser klafften Recht und Wirklichkeit auseinander. Die Aufgaben der zentralen und dezentralen Leitungsorgane umfassten de jure die Außenvertretung, die Führung der laufenden Geschäfte, personalrechtliche Kompetenzen, die Leitung der Verwaltung, die Leitung der Selbstverwaltungsorgane, die Vorbereitung und Durchführung ihrer Beschlüsse. Die strategischen Kompetenzen oblagen dagegen den Kollegialorganen. De facto fiel aber die eigentliche strategische Funktion, d. h. die Planung und Durchführung des Zielfindungsprozesses schon bisher der zentralen Hochschulleitung zu.

Die Organisationsreform zeichnet damit in der Hochschulwirklichkeit vorweggenommene Strukturen eines Hochschulmanagements nach und beseitigt die in der bisherigen Hochschulgesetzgebung angelegte Kluft von Kompetenz und Verantwortung, die für die allseits kritisierte Intransparenz der Entscheidungsprozesse verantwortlich ist.

3.2. Hochschulleitung³⁹

Die rechtliche Umschreibung des Funktionswandels der Hochschulleitung spiegelt sich in der umfassend angelegten Leitungskompetenz wieder.

Neben der operativen wird die strategische Gesamtverantwortung der Hochschulleitung für die Struktur- und Entwicklungsplanung einschließlich der Personalentwicklung und Bauplanung besonders hervorgehoben.

Ebenso wurde die bisher überwiegend bei Kollegialorganen (Senatsausschüssen, Verwaltungsrat) angesiedelte Ressourcenverantwortung auf die Hochschulleitung übertragen. Die Grundsätze der leistungs- und leistungsbezogenen Mittelverteilung wurden mit den

36 So auch *P. Lynen* in: Hartmer/ Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap 3, S. 119, Rn. 47

37 Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 30, Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik, 2000, S. 109 ff., Rn. 138 ff.

38 So ausdrücklich die Amtliche Begründung zum UG Baden-Württemberg v. 1.2.2000, LT-Drucksache 12/4404, S. 225.

39 BW §§ 15, 16; BY Art. 19, 20; BE § 52; BB § 64; BR §§ 79, 81; HH §§ 79, 84 ff.; HE § 37; MVP § 82; NI §§ 36, 37; NRW § 18 ff.; SA §§ 68, 70; SN §§ 80, 82; SH §§ 18, 22; TH §§ 28 ff.; dazu Wissenschaftsrat, Hochschulgovernance, S. 65 ff.; *K.F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 527 ff.

Vorgaben der Struktur- und Entwicklungspläne und den Ergebnissen von Forschungs- und Lehrevaluationen verknüpft.

Wegen des erheblichen Machtzuwachses ist gesetzlicher Regeltypus die kollegiale Hochschulleitung (Rektorat, Präsidium, Vorstand). Ihr gehören neben dem Rektor/Präsidenten, mehrere Prorektoren/Vizepräsidenten und die Kanzlerin/der Kanzler/ die (der) Vizepräsident(in) für Verwaltung an. Dabei werden für die akademischen Mitglieder der Hochschulleitung Geschäftsbereiche zur selbständigen Wahrnehmung durch Organisationsakt festgelegt, während die Aufgabe der Wirtschafts- und Personalverwaltung gesetzlich zum Geschäftsbereich der Kanzlerin/des Kanzlers gehört. Soweit das Gesetz nicht der Rektorin/dem Rektor, der Präsidentin/dem Präsidenten nicht besondere Kompetenzen einräumt, handelt das Rektorat als Kollegialorgan.

Innerhalb der Hochschulleitung kommt dem Rektor/Präsidenten eine heraus gehobene, über den Status des Vorstandsvorsitzenden eines Unternehmens hinausgehende Funktion zu. Diese äußert sich in der Außenvertretung der Hochschule, der Stellung als Dienstvorgesetzter, in Vorschlagsrechten bei der Bestellung der weiteren Mitglieder des Rektorats und der Dekane, Veto-rechten und in der Richtlinienkompetenz.

Die Position des Kanzlers (Vizepräsidenten für Verwaltung) wird dabei tendenziell durch Reduzierung des Aufgabenbereichs in Wirtschafts- und Personalangelegenheiten, befristete und relativ kurze Amtszeiten und das Bestellungsverfahren geschwächt. Dies geht teilweise so weit, dass das Rektorat für die Bestellung und Abberufung des Kanzlers zuständig ist (Bayern, Brandenburg). Ob dies die Funktionsfähigkeit der wahrzunehmenden Aufgaben, vor allem eine effiziente Verwaltungsorganisation stärkt, muss nach allen Erfahrungen bezweifelt werden. Dies hat das Bundesverfassungsgericht aus beamten- und hochschulverfassungsrechtlichen Gründen veranlasst, den Beamtenstatus auf Zeit an die Voraussetzung gleichberechtigter Funktionen und die Wahl und Abwahl durch die Wahlorgane der Hochschule zu knüpfen.⁴⁰

3.3. Hochschulrat –Kuratorium⁴¹

Neben der Transformation der Hochschulleitung nach dem Modell eines Unternehmensvorstands ist die Ein-

führung von Hochschulräten/Kuratorien als Aufsichts- und Wahlorgan für die Hochschulleitung und als Zustimmungsorgan für strategisch bedeutsame Entscheidungen die nachhaltigste Änderung der Hochschulorganisation.

Ursprünglich als Ersatz der externen Aufsicht der Ministerien oder als Plattform des Zusammenwirkens von Staat und Hochschule konzipiert, übt der Hochschulrat neben der weiter bestehenden Rechts- und Fachaufsicht des Landes überwiegend nicht mehr staatliche Aufsichtsaufgaben, sondern Körperschaftsinterne Aufsichts-, Entscheidungs- und Beratungsfunktionen aus. Insoweit ist mit der Einführung des Hochschulrats / der Kuratorien keine Verminderung, sondern eine Vermehrung von Entscheidungsebenen eingetreten.

In einigen Bundesländern, z. B. in Brandenburg, hat der Hochschulrat hochschulübergreifende Beratungs- oder Entscheidungsfunktionen.

Auffallend ist die große Bandbreite der Aufgaben, die der Hochschulrat / das Kuratorium im Entscheidungssystem der Hochschulen wahrnimmt. Die Gesetze sehen dabei ein abgestuftes System von Beratung, Stellungnahmen, Mitwirkung, Zustimmung und Endentscheidungen vor.

Bei der Bestellung der Hochschulleitung erhält der Hochschulrat / das Kuratorium in den meisten Bundesländern ein Mitentscheidungsrecht, die endgültige Entscheidung über den Ernennungsvorschlag liegt beim Staat. Gerade diese Kompetenz wird als Eingriff in die Selbstverwaltung angesehen. Dabei ist aber zu bedenken, dass die Hochschulleitung zugleich staatliche Aufgaben wahrzunehmen hat und deshalb als Konsequenz des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG) neben der Legitimation durch die Wahl des Senats/Konzils auch staatlicher Legitimation bedarf (personelle Legitimation)

Endentscheidungen trifft der Hochschulrat/das Kuratorium bei der Feststellung des Jahresabschlusses, bei der Beschlussfassung über die Struktur- und Entwicklungsplanung, über die Grundsätze der Mittelverteilung. In einigen Bundesländern ist er auch bei der Festlegung der Funktionsbeschreibung von Professuren beteiligt.

Eine zentrale Aufgabe des Hochschulrats / des Kuratoriums ist die Aufsicht über die Geschäftsführung des Rektorats und die Verantwortung für die Entwicklung der Gesamtuniversität, insbesondere für Maßnahmen

40 Beschluss des Zweiten Senats vom 24. April 2018- 2 BvL 10/16 - BVerfGE 149, 1 ff., dazu G. Sandberger, Der Funktionswandel des Kanzleramtes an Hochschulen - vom Hochschulorgan zum weisungsgebundenen Verwaltungsleiter?, DÖV 2018, 963 ff.

41 BW § 20; BY Art. 26; BE §§ 64, 65; BB § 77; BR § 80; HH § 84; HE § 42; MVP § 86; NI § 52; NRW § 21; RPF §§ 74, 75; Saar § 20; SA § 74; SN § 86; SH § 19; TH § 34; vgl. dazu Wissenschaftsrat, Hochschulgovernance, S. 80 ff.

der Profilbildung und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit.

Keine einheitliche Linie verfolgen die Länder bei der Zusammensetzung des Hochschulrats/Kuratoriums. Hochschulräte/Kuratorien mit Beratungsfunktionen sind meist extern besetzt. Bei Hochschulräten mit Entscheidungsfunktionen wird überwiegend eine Beteiligung von Hochschulmitgliedern bei mehrheitlich externer Besetzung vorgesehen. Als Anforderungsprofil an externe Mitglieder werden Erfahrungen im Bereich von Wirtschaft, Gesellschaft und Wissenschaft gefordert.

Eine besondere Konstruktion hat der Hochschulrat in Bayern erfahren. Ihm gehören neben den externen, vom Senat zu wählenden Mitgliedern die Wahlmitglieder des Senats an. Dies erleichtert die Vernetzung der strategischen Entscheidungsverantwortung und vermindert die Legitimationsprobleme.

Die Funktion des Hochschulrats / des Kuratoriums als Hochschulorgan erfordert seine Legitimation durch ein hochschulinternes Bestellungs- und Mitwirkungsverfahren, aber zugleich eine Mitwirkung des Trägerlandes. Soweit eine Einigung nicht erzielt wird, stehen Hochschule und Staat meist paritätische Vorschlagsrechte zu. Im Regelfall und bei Ausgestaltung als Organ der Körperschaft auch verfassungsrechtlich (Selbstverwaltungsgarantie) geboten, bedarf die Bestellung der Bestätigung durch den Senat.

Die Funktion des Hochschulrats/Kuratoriums war und ist in der hochschulpolitischen und hochschulrechtlichen Diskussion umstritten. Im Mittelpunkt stehen die ihm übertragenen Kompetenzen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, seine Zusammensetzung mit beherrschendem Einfluss nicht zu den Hochschulangehörigen gehörenden Mitgliedern und die fehlende oder unzureichende personelle Legitimation durch den Senat als zentralem Kollegialorgan.⁴² Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat eine Popularklage gegen seine Einrichtung mit der Begründung verworfen, dass der Hochschulrat keine Aufgaben aus dem Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung erfüllt.⁴³ Die umfassende Kritik an den Aufgaben, der Zusammensetzung und Bestellung des Hochschulrats durch den VerFGH von Baden-Württemberg im Urteil vom 16. 11. 2016 hat nur die

Bedeutung von obiter dicta, war aber nicht Entscheidungsgegenstand.⁴⁴

Die Arbeit des Hochschulrats / des Kuratoriums hat sich nach den zwischenzeitlichen Erfahrungen der Hochschulpraxis überwiegend als ein wichtiger Faktor für die Hochschulentwicklung herausgestellt. Die Beteiligung Externer kann zur Erweiterung der Perspektiven, zur Verankerung der Hochschule in ihrem Umfeld und zur Schlichtung schwieriger interner Konflikte beitragen. Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit ist aber, dass die Mitglieder des Hochschulrats bei Entscheidungen mit akademischem Bezug den internen Sachverstand der Hochschule respektieren und Sensitivität für die hochschulinternen Willensbildungsprozesse entwickeln, die die Integration und Überzeugung der Hochschulmitglieder zu gemeinsamen Handlungszielen und ihrer Realisierung in Forschung und Lehre zu gewährleisten haben. Hierbei kann Führungserfahrung aus anderen Organisationen hilfreich, bei undifferenzierter Übertragung von deren Entscheidungsmodellen auf Hochschulen aber auch hinderlich sein.

Die Integration des Hochschulrats in das Entscheidungssystem der Hochschule ist also ein wechselseitiger Lernprozess der Mitglieder des Hochschulrats und der traditionellen Selbstverwaltung, innerhalb dessen Gespür für die jeweiligen Verantwortlichkeiten entwickelt werden muss.

Dies impliziert auch die Entwicklung informeller Kommunikationsstrukturen neben den gesetzlichen Verfahrensregelungen. Wenn diese bei wichtigen Personalentscheidungen und für die Entwicklung der Hochschule bedeutsamen strategischen Entscheidungen nicht eingehalten werden, können - wie Erfahrungen in einzelnen Hochschulen belegen - lähmende Friktionen entstehen.

3.4. Senat⁴⁵

Die Stärkung der Hochschulleitung und die Einführung des Hochschulrats/Kuratoriums haben erhebliche Verschiebungen von Zuständigkeiten der zentralen Kollegialorgane zur Folge. Die Zuständigkeit des Senats wurde in den Ländern mit Hochschulräten massiv reduziert. Dies stößt wegen der geringen Verankerung des Hoch-

42 Vgl. dazu aus der Zeit der Einführung *Fittschen*, Wider die Einführung von Hochschulräten *Fittschen*, Wider die Einführung von Hochschulräten, *WissR* (39) 1997, 325 ff.; *Hartmer*, in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht 2004, S. 200, Rn. 149 ff.; *J. Kersten*, Alle Macht den Hochschulräten?, *DVBl.* 1999, 1704 ff.; umfassende Darstellung des Streitstandes bei *K.F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 545 ff.; *W. Kahl*, Hochschulräte – Demokratieprin-

zip – Selbstverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Aufsichtsratsmodells in Baden-Württemberg, *AöR* 2005, 225 ff.

43 Beschluss v. 7.5.2008, *NVwZ* 2009, 177.

44 *ESVGH* 67, 124, Rn. 203 ff.

45 *BW* § 19; *BY* Art. 25; *BE* §§ 60, 61; *BB* § 64; *BR* § 80; *HH* § 85; *HE* § 36; *MVP* § 81; *NI* § 41; *NRW* § 22; *RPf* §§ 76, 77; *Saar* § 19; *SA* § 67; *SN* § 81; *SH* § 27; *TH* § 35; vgl. dazu *Wissenschaftsrat*, Hochschulgovernance, S. 75 ff.

schulrats in der Selbstverwaltung auch auf verfassungsrechtliche Kritik. In die Zuständigkeit des Senats fallen nunmehr in der Regel neben der Mitwirkung bei der Wahl der Hochschulleitung vor allem Satzungs-, Berufungs- und Organisationsentscheidungen.

3.5. Unterbliebene Gestaltung der Ablaufprozesse

Bei den dem Hochschulrat / dem Kuratorium obliegenden strategischen Entscheidungen erhält der Senat im Regelfall das Recht der Stellungnahme, insbesondere bei der Struktur- und Entwicklungsplanung. Da innerhalb der Strukturplanung die Festlegung von Schwerpunkten in Forschung und Lehre, auch die Entscheidung über Prioritäten verlangt wird, die wissenschaftlichen Sachverstand voraussetzt, kommt einem breit angelegten Informationsaustausch und der Herstellung eines Konsenses zwischen beiden Gremien in allen Fragen mit vorrangig akademischem Inhalt ein hoher Rang zu. Den dabei gebotenen Ablaufprozessen wird in den neuen Hochschulgesetzen vielfach keine oder nur untergeordnete Bedeutung beigemessen.⁴⁶

3.6 Vertikale Aufbauorganisation⁴⁷ – Fakultäten⁴⁸

Die Neuausrichtung der Fakultätsorganisation als der operativen Grundeinheit für Forschung und Lehre ist neben der Neugestaltung der zentralen Ebene das wichtigste Anliegen der Hochschulreform.

Für die fachliche Gliederung gibt es meist - außer vagen Formulierungen wie: „Zusammenfassung gleicher oder verwandter Fachgebiete“ - keine Vorgaben, dafür werden Mindestgrößen wie eine bestimmte Anzahl von Professuren festgelegt.

Deutlich erkennbar ist die Absicht des Gesetzgebers, die Fakultät nachhaltig auf strategische Ziele, Effizienz des Mitteleinsatzes und auf die Qualitätskontrolle auszurichten. Der Zuwachs an Aufgaben wird mit der Stärkung der Leitungsfunktion der Fakultätsleitung verbunden. Die meisten Hochschulgesetze haben sich für eine kollegiale Fakultätsleitung durch den Fakultätsvorstand entschieden.

Um die Einbindung in die Loyalität gegenüber der Hochschulleitung zu erreichen, sieht das Gesetz die doppelte Legitimation der Fakultätsleitung durch ein Vorschlagsrecht des Rektorats/Präsidiums und die Wahl

durch den Fakultätsrat vor. Spiegelbildlich zum Zuwachs der Aufgaben der Fakultätsleitung ist die Reduktion des Fakultätsrats auf Wahl-, Aufsichts- und Entscheidungskompetenzen in grundsätzlichen Angelegenheiten, insbesondere die **Beschlussfassung** über Berufungsvorschläge, Satzungen und Organisationsentscheidungen vorgesehen.

Unterhalb der Fakultätsebene lassen die neuen Hochschulgesetze erhebliche Gestaltungsspielräume zwischen den nach fachlichen Kriterien zugeschnittenen Instituten und neuen Entwicklungen in der Wissenschaft öffnen, häufig interdisziplinären und auf Zeit eingerichteten Zentren.

Dies erlaubt vor allem eine unterschiedlichen Ordnungsprinzipien folgende Organisation des Lehr- und Forschungsangebots.

3.7. Studienstruktureform und Qualitätssicherung⁴⁹

Die Einführung gestufter Studiengänge im Rahmen der Bologna-Reform hatte nicht nur eine inhaltliche Neuausrichtung der Studiengänge und Prüfungen mit einem international transferierbaren Leistungspunktesystem zur Folge. Im Zuge der Reform wurde auch das bisherige System von der KMK koordinierter Modellstudiengängen durch weitgehende Übertragungen der Entscheidungen über die Einrichtung und inhaltliche Gestaltung auf die Hochschulen abgelöst. Damit verbunden ist die Einführung von Qualitätssicherungsmaßnahmen wie der Systemakkreditierung, Akkreditierung von Studiengängen nach Maßgabe von vereinheitlichten Vorgaben und Verfahren durch externe Akkreditierungsorgane sowie eine interne Qualitätssicherung in Form laufender Lehrveranstaltungsevaluationen.

In das deutsche Hochschulsystem wurden damit Maßnahmen der Qualitätssicherung übernommen, die im angelsächsischen Hochschulsystem schon seit Jahrzehnten etabliert sind. Obwohl über die Notwendigkeit inzwischen weitgehende Einigkeit besteht, wurden bei der Institutionalisierung die mit ihr verbundenen Eingriffe in die Lehr- und Studierfreiheit, die dafür notwendige gesetzliche Grundlage und verfahrensmäßigen Sicherungen durch hinreichende Teilhabe der Wissenschaft vernachlässigt.⁵⁰ Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17.2.2016 hat zwar der Notwendigkeit

46 Auf diese Problematik weist auch der Wissenschaftsrat in seinen Empfehlungen zur Hochschulgovernance, S. 79 hin.

47 Organisationsgrundsätze enthalten folgende Landesgesetze: BW § 15; BE § 75a; BB § 71; BR § 86; HH § 92; HE § 47; NRW § 36; NI § 36; RPf § 71; Saar § 13; SA § 66; SH § 18; TH §§ 38-40.

48 BW §§ 22-26; BY Art. 27, 28; BE §§ 69-72; BB §§ 71-73; BR 86-90; HH §§ 89-92; HE §§ 43-47; MVP §§ 90-92 a; NI §§ 43-45;

NRW §§ 27-28; RPf §§ 85-88; Saar §§ 26-29; SA §§ 76-79; SN §§ 87-91; SH §§ 28-31; TH §§ 38-41.

49 Vgl. dazu A. Kalous, Studium, Lehre Prüfungen in Haug, Das Hochschulrecht Baden- Württemberg, 3. Aufl. 2020, Kap. 3 A, S. 290 ff. m.w.N.; G. Sandberger, Qualitätssicherung, in Haug, aaO. Kap. 3 E, S. 369 ff. m.w.N.

50 Vgl. dazu die Hinweise bei Sandberger, vorige Fn. Rn. 848.

der Akkreditierung von Studiengängen keine Absage erteilt und die Qualitätssicherung unter der Voraussetzung der Einhaltung wissenschaftskonformer Verfahren für geboten und verfassungskonform erklärt. Diesen Anforderungen genügte das bisher auf einem Staatsvertrag der Bundesländer beruhende System nicht. Vor allem war die von Hochschullehrern zu verantwortende wissenschaftliche Sachkompetenz bei der Zusammensetzung der Gremien nicht gewährleistet. Die im Beschluss des BVerfG enthaltenen Anforderungen wurden inzwischen durch den Studienakkreditierungsstaatsvertrag vom 7. 11. 2017 mit Wirkung zum 1.1.2018 umgesetzt.⁵¹

IV. Weitere Entwicklungen von 2010 bis 2020

Die Novellen in den Jahren 2010-2020 betreffen idR nicht die Grundkonzeption der Hochschulverfassung, sondern die in der Einleitung aufgeführten anlassbezogenen Ergänzungen. Schwerpunkte sind der Gleichstellungsauftrag, Förderung von Familie und Studium, Schutz behinderter Studierender, die Haushaltsflexibilisierung, die Qualitätssicherung, insbesondere Akkreditierung das Promotionswesen, der Hochschulzugang, die Wiedereinführung der Studierendenschaft, das Berufungswesen, die leistungsbezogene Besoldung, Korrekturen der Personalstruktur im wissenschaftlichen Dienst und die Einführung der Juniorprofessur als Qualifikationspfad zum Hochschullehrerberuf.

Grundsätzliche Korrekturen seit 2010 stehen demgegenüber in der Regel im Zusammenhang mit einem Regierungswechsel oder sind durch Vorgaben der Verfassungsjudikatur des BVerfG und der Länderverfassungsgerichte veranlasst. Daneben haben einige Bundesländer die zahlreichen Änderungen in einer Neufassung konsolidiert.⁵² Vom Regierungswechsel veranlasst sind insbesondere die Hochschulgesetznovellen in **Nordrhein-Westfalen** in den Jahren 2014 und 2019.

Unter dem Titel „Hochschulzukunftsgesetz“ hat die von der rot-grünen Mehrheit im Landtag getragene Landesregierung trotz eines Bekenntnisses zur Grundkonzeption wesentliche Reformelemente des Gesetzes von 2006 zurückgenommen. Dies betrifft vor allem den Rechtsstatus der Hochschulen und die in ihm erreichte Hochschulautonomie. Diese wurde wieder eingeschränkt, „weil staatliche Deregulierung im Hochschulwesen nicht dazu führen dürfe, das Land gänzlich aus

seiner Verantwortung zu entlassen und Gemeinwohlinteressen weniger Beachtung einzuräumen.⁵³ Die bisher auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkte staatliche Aufsicht, wurde für die Personalverwaltung und die Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheiten wieder eingeführt (§ 33 Abs. 2 und 3 HG 2014). Die gravierendste Beschränkung stellen „Rahmenvorgaben“ nach § 6 Abs. 5 LHG dar, die nicht nur für den Einzelfall gelten, sondern eine Gesamtsteuerung der Hochschulen ermöglichen sollen (vgl. auch § 5 Abs. 9 LHG). Verstöße gegen Rahmenvorgaben konnten das Ministerium berechnen, einen angemessenen Teil des jährlichen Zuschusses (zeitweilig) zurückzubehalten oder (gänzlich) einzubehalten (§ 76 Abs. 6 S. 2 NRW HG 2014). Als Instrument der Steuerung diente ein Landeshochschulentwicklungsplan, der die landespolitisch bedeutsamen Aufgaben der Hochschulen beschrieb und den verbindlichen Rahmen für Hochschulverträge zwischen dem Ministerium und den Hochschulen bildete. Den Landeshochschulentwicklungsplan beschloss das Ministerium auf der Grundlage vom Landtag gebilligter Planungsgrundsätze als Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Landtag (§ 6 Abs. 2 NRW HG 2014).

Mit dem Gesetz zur Änderung des Hochschulgesetzes v. 12.7.2019 wurden diese Beschränkungen, vor allem das Instrument der Rahmenvorgaben durch die von CDU und FDP getragene Landesregierung wieder weitgehend beseitigt. Die Abstimmung von strategischen Zielen erfolgt wieder gemeinsam zwischen den Hochschulen und dem Ministerium. Im Bereich des Hochschulbaus werden die Befugnisse der Hochschulen gestärkt: Ein „Optionsmodell“ erlaubt den Hochschulen, selbst zu Bauherren zu werden (§ 2 Abs. 8 NRW HG 2019).

Mit der Regierungsübernahme durch eine grün-rote Mehrheit im Jahr 2011 und eine grün-schwarze Mehrheit im Jahr 2016 sind auch die zahlreichen Korrekturen des Landeshochschulgesetzes am Leitbild der unternehmerischen Hochschule in **Baden-Württemberg** verbunden.

Das 3. HRÄG setzte sich in seinem hochschulorganisatorischen Teil zum Ziel, die Leitungsstrukturen der Hochschule neu zu justieren. Dies äußerte sich zum einen in der Ersetzung der an die Entscheidungsorganisation von Unternehmen erinnernden Bezeichnungen Vorstand durch Rektorat bzw. Präsidium, Aufsichtsrat

51 Für Baden-Württemberg abgedruckt GBl. 2017, 584.

52 Dazu gehören von den in Fn. 3 Aufgeführten folgende Landesgesetze: Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-

Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen.
53 LTDrs. 16/5410, 293.

durch Hochschul- oder Universitätsrat, Fakultätsvorstand durch Dekanat. Zum anderen wurde die personelle Legitimation der Hochschulleitung aus der Selbstverwaltung durch ein Findungs- Wahl- und Abwahlverfahren mit maßgeblichem Einfluss des Senats gestärkt. Schließlich wurde dem Senat beim Abschluss von Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen das Recht der Stellungnahme eingeräumt.

Die formal zur Verfassungswidrigkeit des Wahl- und Abwahlverfahrens der Hochschulleitung ergangene Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, stellte den Gesetzgeber vor die Wahl, die Mitwirkungsrechte des Senats in Angelegenheiten der Struktur- und Entwicklungsplanung, Bauplanung, Abschluss von Hochschulverträgen, Aufstellung und Vollzug des Haushalts- und Wirtschaftsplans und der Organisation wissenschaftlicher Einrichtung im Sinne von Mitentscheidungskompetenzen zu stärken oder für das Wahl- und Abwahlverfahren einen entscheidenden Einfluss eines aus Wahlmitgliedern der Professorenschaft zusammengesetzten Findungs- und Wahlgremiums zu sichern.

Das HRWeitEG entschied sich für die Beibehaltung des bisherigen Kompetenzgefüges, für die Neugestaltung des Wahl- und Abwahlverfahrens entsprechend den Vorgaben des VerfGH.

Neben dem Abwahlverfahren durch Senat und Hochschulrat wird die Möglichkeit einer Urabwahl durch die Professorenschaft geschaffen.

Einbezogen wurde auch das Wahl- und Abwahlverfahren der Fakultätsleitungen.

Neu gestaltet wurde die bisher von Amtsmitgliedern (Rektorat, Gleichstellungsbeauftragte, Dekane) beherrschte Zusammensetzung des Senats mit dem Ziel der Sicherung der Mehrheit der gewählten Professoren. Um eine angemessene Vertretung der Fächer zu sichern, ist statt einer Listenwahl eine Wahl für eine nach Fakultätsgröße bestimmte Zahl von Sitzen vorgesehen.

Mit dem Regierungswechsel in **Niedersachsen** verbunden ist das Gesetz zur Stärkung der Beteiligungskultur innerhalb der Hochschulen vom 15.12.2015 (Nds. GVBl. 384). Inhalt ist u.a. eine Stärkung der Beteiligungsrechte der Studierenden, Promovierenden und Personalvertretungen bezüglich der Entscheidungen der Hochschule. Zugleich wurde den Auflagen des Beschlusses des BVerfG zur Leitungsorganisation der MH Hannover Rechnung getragen.

Wesentliche Veränderungen sind von dem im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Entwurf des **bayeri-**

schen **Hochschulinnovationsgesetzes**⁵⁴ zu erwarten. Der bisherige Doppelstatus der Hochschulen soll durch ein Körperschaftsmodell abgelöst werden. Damit ist aber nur eine Option für einen Globalhaushalt verbunden, während die Dienstherrnereignischaft beim Freistaat verbleiben soll. In organisationsrechtlicher Hinsicht neu ist, dass das Gesetz die interne Organisation und Leitungsstruktur auf der dezentralen Ebene weitgehend der Grundordnung überlässt. Vorgegeben ist demgegenüber die Leitungsstruktur auf der zentralen Ebene mit einer kollegialen Hochschulleitung, einem kollegial verfassten zentralen Organ (Senat) und dem Hochschulrat als internem Aufsichtsorgan.

Für die dezentrale Ebene bleiben die Anforderungen an die Kompetenzgestaltung und Bestellungsverfahren weitgehend offen.

Auf zentraler Ebene folgt der Entwurf weitgehend der in Baden-Württemberg realisierten Option, die im MHH-Beschluss monierte Beteiligung des Senats in wissenschaftsrelevanten Fragen durch ein neben dem bestehenden Abwahlverfahren durch ein Urabwahlverfahren einer Mehrheit von 40 % der Professorenschaft zu ergänzen.

An diesem Entwurf hat *M. E. Geis* neben dem Problem der Konformität der zentralen Leitungsorganisation mit den Anforderungen des MHH-Beschlusses die Frage aufgeworfen, ob die vorgesehene Regelungsoffenheit mit der Wesentlichkeitstheorie (Art. 20 Abs.2 GG) vereinbar ist.⁵⁵

Das 2021 verabschiedete **Berliner Hochschulgesetz**⁵⁶ behält den Doppelstatus der Hochschulen (§ 2 Abs. 1) und die Dienstherren-/Arbeitgeberstellung für das Hochschulpersonal (§ 2 Abs. 4) bei. Die Aufgabe der Dienstbehörde wird vom Kuratorium auf die Präsidentin oder den Präsidenten übertragen (§ 67). Ebenso wird die Rechtsaufsicht und Fachaufsicht bei der Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten aufrechterhalten. In organisationsrechtlicher Hinsicht orientiert sich das Gesetz an der Organisationsentwicklung der anderen Bundesländer. In die Regelung der Leitungsorganisation gehen zugleich die Erfahrungen ein, die auf der Grundlage der Experimentierklausel mit den Leitungsmodellen in einzelnen Berliner Hochschulen gewonnen wurden. Schließlich trägt die Novelle den im MHH-Beschluss niedergelegten Maßstäben an eine verfassungskonforme Gestaltung Rechnung.

Regeltypus für die Leitung der Hochschule (§ 56) ist künftig eine kollegiale Präsidialverfassung (§ 52), der der

54 Bayrisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Bayerisches Hochschulinnovationsgesetz (BayHIG), Dok- Nr-2210-1-3 WK.

55 *M. E. Geis*, Das neue bayerische Hochschulinnovationsgesetz, OdW 2021, 211 ff., 216.

56 GVBl. 2021, S. 1039 ff.; RegE Drs. 18/ 3818.

Kanzler mit der Aufgabe der Wirtschafts- und Personalverwaltung und Leitung der Hochschulverwaltung gleichberechtigt angehört (§ 58).

An die Stelle des Konzils tritt der für die Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung und den Erlass der Grundordnung zuständige erweiterte Akademische Senat (§ 63). Die Zuständigkeiten des Akademischen Senats werden entsprechend den Maßstäben des MHH-Beschlusses in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten gestärkt (§ 61), der weitreichende Einfluss des Kuratoriums wird entsprechend reduziert (§ 65). Gleiches gilt für die Zuständigkeiten für das Wahl- und Abwahlverfahren der Hochschulleitung. Zu den Zuständigkeiten des Senats gehören auch Entscheidungen über die Flexibilisierung des Haushaltswesens (§ 88a). Im Kuratorium sind künftig die Vertreter der Senatsverwaltung nur noch mit beratender Stimme vertreten. Bei der Zusammensetzung des Senats ist die Professorinnen-Mehrheit zu gewährleisten.

Für die Organisation auf der Ebene der Fachbereiche (§§ 69 ff.) sieht § 75a eine weitreichende Gestaltungsfreiheit nach einem vorgesehenen Regelungskatalog vor.

Im Rahmen des jetzt als Innovationsklausel bezeichneten § 75a können die Hochschulen mit Zustimmung der Senatsverwaltung abweichende Regelungen treffen, soweit diese der Verbesserung der Beteiligungsstrukturen, der Organisation der Entscheidungsfindung und Wirtschaftlichkeit dienen.

V. Hochschulreformen auf dem Prüfstand des Hochschulverfassungsrechts⁵⁷

Bei allen bisherigen Reformschritten der Hochschulgesetzgebung war die Veränderung des Organisationsrechtes Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, meist aufgrund von Verfassungsbeschwerden von Mitgliedern von Hochschulgruppen, die sich durch die Organisationsänderungen in ihren Grundrechten beeinträchtigt sahen.

1. BVerfGE 35, 72 ff.- Niedersächsisches Vorschaltgesetz

Grundlegende Bedeutung für die weitere Entwicklung des Hochschulverfassungsrechts hat die Entscheidung

des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Vorschaltgesetz zum Niedersächsischen Hochschulgesetz aus dem Jahre 1973.⁵⁸ Gegenstand waren diverse Verfassungsbeschwerden gegen die Einführung der Gruppenuniversität in der Form drittelparitätisch zusammengesetzter Kollegialorgane auf der zentralen und dezentralen Ebene der Universität.

Das BVerfG nahm dies zum Anlass grundlegender, aber auch ins organisationsrechtliche Detail gehender Ausführungen zum Inhalt der Wissenschaftsfreiheit, daraus zu ziehender Konsequenzen für das Verhältnis von Staat und Universität sowie der Gestaltung des Organisationsrechts und den dabei vom Gesetzgeber zu beachtenden Grenzen der Gestaltungsfreiheit.

Ausgangspunkt ist die Feststellung des Gerichts, dass Art. 5 Abs. 3 GG neben seinem abwehrrechtlichen individualrechtlichen Gehalt eine objektive Wertordnung verkörpert, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung alle Bereiche des Rechts bindet.

Dabei lässt das Gericht unter Hinweis auf die landesverfassungsrechtliche Garantie der akademischen Selbstverwaltung offen, ob Art. 5 Abs. 3 GG auch ein Grundrecht der deutschen Universität gewährleistet oder gar eine institutionelle Garantie der traditionellen Universitätsorganisation gewährleistet.

Konsequenz der objektiven Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit ist im Verhältnis zum Staat zum einen ein Ingerenzverbot in den Kernbereich von Forschung und Lehre, zum anderen eine Bestandsgarantie und Alimentationspflicht des Staates, soweit und solange freie Wissenschaft auf ein ausreichendes Angebot staatlicher Wissenschaftseinrichtungen angewiesen ist. Bezogen auf die Binnenorganisation definiert das Bundesverfassungsgericht die individueller Entscheidung vorbehaltenen Freiheitsräume der Lehr- und Forschungsfreiheit und grenzt diese von Beschränkungen ab, die für den einzelnen Grundrechtsträger aufgrund der organisatorischen Einbindung in den Wissenschaftsbetrieb unvermeidlich sind. Es betont Regelungen der Hochschulverfassung seien grundsätzlich wissenschaftsneutral und stünden folglich zur Disposition des Gesetzgebers, stellt aber zugleich klar, dass eine wissenschaftsinadäquate Organisation, Entscheidungsstrukturen die sachwidrige

⁵⁷ Die nachfolgenden Zusammenfassungen beruhen auf dem Beitrag von *H. Goerlich* und *Georg Sandberger*, Hochschulverfassungsrecht - Kontinuität oder Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift f. F. J. Peine zum 70. Geburtstag, 2016, S. 297 ff. sowie dies., Zurück zur Professorenuniversität, Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, S. 667 ff.; zur Entwicklung der Judikatur des BVerfG vgl. auch *Th. Württemberg*, zur

Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung nach dem Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.: *W. Löwer*, Organisationsvorhaben für das Hochschulrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Festschrift f. P.M. Lynen, Schiften zum Kunst- und Kulturrecht Bd. 28, 2018, S. 191 ff.

⁵⁸ BVerfGE 35, 79, 115 ff.).

Einflussnahme auf wissenschaftsrelevante Entscheidungen ermöglichen, gegen Art. 5 Abs. 3 GG verstoßen. Dies schließt eine Beteiligung von nicht durch Art. 5 Abs. 3 GG privilegierten Gruppen bei Entscheidungen der Hochschulgremien nicht aus, jedoch müsse die Beteiligung der Statusgruppen nach dem Grad der Betroffenheit in diesem Grundrecht, der Sachkompetenz und Dauer der Zugehörigkeit zur Universität ausdifferenziert werden. Daraus folgert das Gericht, dass bei Entscheidungen von Kollegialorganen über Angelegenheiten von Lehre und Forschung eine Professorenmehrheit in dem Entscheidungsgremium gesetzlich gesichert sein muss.

Ebenso lässt Art. 5 Abs. 3 GG Gestaltungsspielräume zwischen einer unmittelbaren Mitwirkung oder Vertretung in durch Wahlen der Mitglieder legitimierten Repräsentationsorganen. Jedoch fordere Art. 5 Abs. 3 GG ein individuelles Anhörungsrecht des einzelnen Hochschullehrers bei Entscheidungen der Hochschulorgane, soweit sie ihn individuell betreffen.

Ausgehend von einer weit gezogenen Definition wissenschaftsrelevanter Entscheidungen, die neben der Abstimmung des Lehrangebots und der Koordination der Forschung Berufungsverfahren, die Gestaltung der Aufbauorganisation in den Fakultäten und Instituten, Beschlüsse über die Struktur- und Finanzplanung sowie den Haushaltsvollzug umfassen und insoweit eine Professorenmehrheit voraussetzen, erklärt es eine Reihe von Bestimmungen des Vorschaltgesetzes bis hin zu Berufungskommissionen für verfassungswidrig.

2. Folgeentscheidungen bis 2000

Die Kernsätze dieser Entscheidung finden sich stereotyp in Folgeentscheidungen zum hessischen⁵⁹ und nordrheinwestfälischen Hochschulgesetz,⁶⁰ bei denen durchgängig die Kompetenzabgrenzungen zwischen Leitungsämtern und Kollegialorganen vom Grundsatz der Allzuständigkeit der Kollegialorgane bestimmt sind.

3. Entscheidungen zu den Hochschulgesetznovellen ab 2000

Bereits im Urteil zu § 27 UG NRW⁶¹ hat das BVerfG die Tendenz erkennen lassen, die Kontrolldichte seiner Prüfungsmaßstäbe zurückzunehmen und die Stärkung der Leitungsorgane unter der Voraussetzung einer Rückbindung an die Selbstverwaltungsorgane bei grundsätzlichen Angelegenheiten für unbedenklich zu erklären.

a) BVerfGE 111, 333 - Brandenburgisches Hochschulgesetz

Erstmals hatte der 1. Senat des BVerfG mit Beschluss vom 26.4.2004⁶² über Verfassungsbeschwerden gegen das 1999 novellierte Brandenburgische Hochschulgesetz die Verfassungsmäßigkeit eines Landesgesetzes "neuen Typs" zu entscheiden.

Angriffspunkt der Verfassungsbeschwerde sind insbesondere die weit reichenden Entscheidungskompetenzen des Präsidenten bei der Wahl der Dekane, der Ressourcenzuweisung an die Fakultäten bei der Auflösung von Instituten, die Mitwirkung des als hochschulübergreifenden Landeshochschulrates bei der Strukturplanung und Wahl des Präsidenten, die fehlende Vertretung der Fachbereiche im Senat und die Kompetenzen des Dekans für die Koordination von Forschung und Lehre sowie für die fakultätsinterne Ressourcenverteilung.

Die materiellen Prüfungsmaßstäbe liegen im Grundansatz auf der Linie der Rechtsprechung seit dem Niedersachsenurteil. Aus der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates, für funktionstüchtige Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebes zu sorgen, erwächst ein Recht auf Maßnahmen organisatorischer Art, die dafür unerlässlich sind, anders gewendet auf eine wissenschaftsadäquate Organisation.

Dafür bleibt dem Gesetzgeber aber ein erheblicher Gestaltungsspielraum. Die Grenze dafür ist erst überschritten, wenn durch Organisationsnormen die Aufgabenerfüllung strukturell, also nicht individuell gefährdet ist. Deutlicher als in den vorausgehenden Entscheidungen wird aber unter der Voraussetzung eines hinreichenden Maßes organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger die Prärogative des parlamentarischen Gesetzgebers vor der Selbstverwaltung betont, die Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Interessen der Beteiligten unter Wahrung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung zum Ausgleich zu bringen.

Dies umfasst die Kompetenz und die Pflicht des Gesetzgebers, bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgerecht zu reformieren, neue Modelle und Steuerungstechniken zu entwickeln und zu erproben.

Dabei ist er nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden, sondern frei, die Art der Beteiligung der Grundrechtsträger durch direkte

59 BVerfGE 47, 327, bes. S. 403 ff.

60 BVerfGE 61, 261, 277 ff.

61 BVerfGE 93, 85, 96 ff. Dies fand seine Fortsetzung im Beschluss

der 2. Kammer des 1. Senats zum SHHG, DVBl. 2001, 1137.

62 BVerfGE 111, 333.

oder repräsentative Beteiligung, Entscheidungs-, Mitwirkungs-, Aufsichts- Informations- oder Kontrollrechte zu regeln, je nachdem welche Strukturen dem Gesetzgeber für eine funktionsfähige Wissenschaftsverwaltung geeignet erscheinen. Dafür steht dem Gesetzgeber die Einschätzungsprärogative zu.

Der Kernsatz der Schlussfolgerung daraus lautet: „Die zur Sicherung der Wissenschaftsadäquanz von hochschulorganisatorischen Entscheidungen gebotene Teilhabe muss nicht in jedem Fall im Sinne der herkömmlichen Selbstverwaltung erfolgen. Auch hochschulexterne Institutionen können dazu beitragen, einerseits staatliche Steuerung wissenschaftsfreiheitssichernd zu begrenzen, andererseits der Verfestigung von Status quo- Interessen bei reiner Selbstverwaltung zu begegnen.“⁶³

Dies ist zweifelsohne ein Paradigmenwechsel gegenüber der bisherigen Rechtsprechung, in der die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit von Modifikationen rein kollegialer Selbstverwaltung stets mit dem Hinweis der Legitimation und Rückbindung der Leitungsorgane an die Selbstverwaltungsorgane begründet wurde.

Entscheidend war aber bei der Beurteilung des Gesetzes, dass die Kompetenzen der Hochschulleitung und des Dekans im Bereich von Forschung und Lehre nur koordinierender Natur sind und Weisungsrechte in wissenschaftsrelevanten Tätigkeiten, die über das durch die Notwendigkeit des Zusammenwirkens von Grundrechtsträgern notwendige Maß hinausgehen, nicht bestanden.

b) BVerfGE 127, 87 ff. - Hamburger Dekanatsbeschluss

Im Fall des sog. Hamburger Dekanatsbeschlusses des BVerfG vom 20.7.2010⁶⁴ stand aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht die zentrale, sondern die Leitungsorganisation der Fakultät nach deren Umwandlung auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand.

Diese Entscheidung greift zwar in ihrem Ausgangspunkt auf die bisherigen Prüfungsmaßstäbe zurück,⁶⁵ entwickelt diese aber in zwei wesentlichen Punkten mit der Folge einer weitergehenden Kontrolldicht fort. Bei der Beurteilung der Verfassungskonformität der Hochschulorganisation ist das „Gesamtgefüge“ der Hochschulverfassung in den Blick zu nehmen.⁶⁶ Das Gesamtgefüge kann insbesondere dann verfassungswidrig sein, wenn dem Leitungsorgan substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissen-

schaftsrelevanten Bereich zugewiesen werden, dem mit Hochschullehrern besetzten Vertretungsgremium im Verhältnis hierzu jedoch kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.“ Der Gesetzgeber hat die Option, die Verfassungswidrigkeit entweder durch eine Rückverlagerung der wissenschaftsrelevanten Entscheidungskompetenzen auf die Kollegialorgane oder Stärkung von Mitwirkungs- und Kontrollrechten zu vermeiden oder den mit Professorenmehrheit besetzten Kollegialorganen einen entscheidenden Einfluss bei der Wahl und der Abwahl der Hochschulleitung einzuräumen.⁶⁷

Bei der Beurteilung der auf das Dekanat übertragenen Einzelkompetenzen hat das BVerfG vor allem die abschließenden Entscheidungszuständigkeiten über die Verteilung von Mitteln und Stellen und die Auffangzuständigkeit in gesetzlich nicht explizit dem Fakultätsrat zugewiesenen Angelegenheiten beanstandet, die nicht durch geeignete gesetzliche Mitwirkungsmöglichkeiten des Fakultätsrates oder die Möglichkeit vorzeitiger Abberufung der Fakultätsleitung aus dem Amt kompensiert war.⁶⁸

c) BVerfGE 136, 338 ff. - MHH Hannover

Eine weitere Weichenstellung erfolgte durch den Beschluss zur Leitungsorganisation der MHH Hannover v. 24. Juni 2014⁶⁹ Der Beschluss führt den Ansatz der Prüfung des Gesamtgefüges der Kompetenzverteilung mit einem hochdifferenzierten Prüfungsraster fort.

Auf dem Prüfstand steht das Kompetenzgefüge zwischen dem mit der Doppelfunktion als Leitung der Hochschule und des Universitätsklinikums betrauten Präsidium und dem Senat als deren zentralem Kollegialorgan und dem Hochschulrat. Das zu prüfende Kompetenzgefüge betrifft das Bestellungs- und Abberufungsverfahren der Mitglieder der Hochschulleitung durch Senat und Hochschulrat. Des Weiteren sind Prüfungsgegenstand die Zuständigkeit und Verfahren der Abstimmung der Belange von medizinischer Forschung, Lehre und Krankenversorgung zwischen den Vorstandsmitgliedern für Forschung und Lehre, Krankenversorgung und Haushalt. Gegenstand der weiteren Prüfung ist die Frage hinreichender Kompensation von Entscheidungszuständigkeiten des Präsidiums und seiner Mitglieder durch Mitwirkungs-, Kontroll- und Abwahlrechte des Senats. Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung wird neben dem hochdifferenzierten Prüfungsraster der Kreis

63 Rn. 141.

64 BVerfG 127, 87 ff.

65 Entscheidungsgründe, Rn. 88 ff.

66 Leitsatz 2 und Entscheidungsgründe Rn. 95 ff.

67 Entscheidungsgründe

68 Entscheidungsgründe, Rn. 118 ff.

69 BVerfG 136, 338 ff.

wissenschaftsrelevanter Entscheidungen über den Kernbereich wissenschaftlicher Forschung und Lehre auf Entscheidungen über die Struktur- und Entwicklungsplanung, den Abschluss von Zielvereinbarungen, die Aufstellung und den Vollzug des Haushalts und Organisationsentscheidungen über die Einrichtung, Zusammenlegung und Aufhebung wissenschaftlicher Einrichtungen und Einrichtungen der Krankenversorgung erweitert. Zugleich entwickeln die Entscheidungsgründe weitergehende Kriterien, für welche Gegenstände Mitwirkungs- und Kontrollrechte des Senats als verfassungsrechtlich hinreichende Kompensation angesehen werden können und welche abschließender Entscheidungskompetenzen des Senats bedürfen.

Eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit sieht das BVerfG in den nicht hinreichenden Mitwirkungsbefugnissen des Senats an den Entscheidungen des Vorstands über den Wirtschaftsplan (§ 63e Abs. 2 Nr. 3 NHG), und die Aufteilung der Sach-, Investitions- und Personalbudgets auf die Organisationseinheiten (§ 63e Abs. 2 Nr. 10 NHG), sowie über die Bereitstellung von Mitteln für zentrale Lehr- und Forschungsfonds (§ 63e Abs. 2 Nr. 11 NHG).⁷⁰

„Grundlegende ökonomische Entscheidungen wie diejenige über den Wirtschaftsplan einer Hochschule sind nicht etwa wissenschaftsfern, sondern angesichts der Angewiesenheit von Forschung und Lehre auf die Ausstattung mit Ressourcen wissenschaftsrelevant. Haushalts- und Budgetentscheidungen müssen die verfassungsrechtlich in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantierten Anforderungen an den Schutz der Wissenschaftsfreiheit hinreichend beachten. Dennoch hat der Gesetzgeber bei der Entscheidung über den Wirtschaftsplan neben dem Vetorecht des Vorstandsmitglieds für Wirtschaftsführung und Administration kein Vetorecht zugunsten des Vorstands für Forschung und Lehre vorgesehen.“⁷¹

Die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen über die Organisation und Weiterentwicklung von Forschung und Lehre nach § 63e Abs. 4 S. 1 Nr. 1 NHG an das zuständige Mitglied des Vorstands hält nach Auffassung des Gerichts im hier maßgeblichen Gesamtgefüge einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Desgleichen sei jedenfalls im vorliegenden Gesamtgefüge die Entscheidungsbefugnis über die Aufteilung der Mittel für Forschung und Lehre nach § 63e Abs. 4 S. 1 Nr. 2, § 63e Abs. 4 S. 1 Nr. 2 und 4 NHG zu beanstanden.

Auch hier entscheidet das Vorstandsmitglied lediglich im Benehmen mit dem Senat und unterliegt, soweit ersichtlich, keinen weiteren normativen Vorgaben (anders als beispielsweise in Hamburg, wo die Grundsätze für die Ausstattung und die Mittelverteilung vom Hochschulrat beschlossen werden).⁷²

Schließlich stößt aus der Sicht des BVerfG die Ausgestaltung der Kreation des Leitungsorgans der Hochschule bei der derzeitigen Ausgestaltung der Befugnisse des Vorstands insofern auf verfassungsrechtliche Bedenken, als das für Wirtschaftsführung und Administration zuständige Vorstandsmitglied ohne hinreichende Mitwirkung des Senats auf Vorschlag des externen Hochschulrats im Einvernehmen mit dem für Forschung und Lehre zuständigen Vorstandsmitglied bestellt wird.

Durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet es schließlich, der Bestellung einer wie hier mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteten Hochschulleitung ein Findungsverfahren vorzuschalten, in dem – anders als nach dem für sonstige Hochschulen geltenden § 38 Abs. 2 S. 2 NHG – eine Mitwirkung der Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen nicht hinreichend gesichert ist.⁷³

Im Ergebnis bedeutet dies zum einen das Erfordernis einer **personellen Legitimation** bei der Wahl und Abwahl von Mitgliedern des Leitungsorgan mit Zuständigkeiten im Bereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen durch das Selbstverwaltungsorgan als Repräsentationsorgan der Grundrechtsträger, zum anderen die **sachliche Legitimation** wissenschaftsrelevanter Entscheidungen des Leitungsorgans durch Rückbindung an das Selbstverwaltungsorgan oder gesetzliche Vorgaben zum Schutze der Belange von Forschung und Lehre. Zu den wissenschaftsrelevanten Entscheidungen gehören neben der Bestellung und Abberufung des leitenden ärztlichen Personals auch die Struktur- und Finanzplanung sowie Entscheidungen über die Aufteilung des Budgets für Forschung, Lehre und Krankenversorgung und die Grundsätze der Mittelverteilung.

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts führt damit die im Beschluss zur Fakultätsorganisation nach Hamburgischen Hochschulgesetz erkennbare Tendenz fort, die einerseits die Leitung einer Hochschule oder Fakultät durch einen Vorstand (Rektorat, Präsidium, Dekanat) für grundgesetzkonform erklärt, diese Leitungsorganisation andererseits einer personellen und sachlichen

70 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 371 Rn. 70.

71 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 371 Rn. 71.

72 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 373 Rn. 76 u. 77.

73 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 375 Rn. 82 ff.

Legitimation durch die akademische Selbstverwaltung unterwirft.

Die Organisation der Krankenversorgung (Vorstand, Aufsichtsrat) ist davon nur insoweit betroffen, als es um Entscheidungen im Schnittstellenbereich zu Forschung und Lehre geht.

d) Urteil des VerfGH Baden-Württemberg v. 16.11. 2016 - HAW

Mit der 2015 eingeführten Landesverfassungsbeschwerde eines Hochschullehrers einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften wurde der Verstoß der das 3. HRÄG gestalteten Leitungsorganisation der Hochschulen in Baden-Württemberg gegen die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 20 LV geltend gemacht. Da der größte Teil der angegriffenen Vorschriften über die Kompetenzen der Hochschul- und Dekanatsleitung durch das 3. HRÄG unverändert geblieben waren, war die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, soweit das Wahl- und Abwahlverfahren der Hochschulleitung betroffen war.

Gleichwohl nahm der VerfGH die Verfassungsbeschwerde zum Anlass der Prüfung der gesetzlichen Kompetenzzuweisungen in wissenschaftsrelevanten Fragen zwischen den Leitungsorganen und Selbstverwaltungsorganen auf zentraler und dezentraler Ebene, um aus der Feststellung unzureichender Beteiligung der Selbstverwaltungsorgane in Fortführung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und auf die Auslegung des Art. 20 LV übertragen, die Notwendigkeit einer Kompensation des bestimmenden Einflusses der Selbstverwaltungsorgane auf die Wahl und Abwahl der Hochschul- und Fakultätsleitung zu begründen.^{74 75}

In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht weiten die Entscheidungsgründe den Begriff der „Entscheidungen über wissenschaftsrelevante Fragen“, an denen eine Letzt- oder Mitentscheidung der Selbstverwaltungsorgane aus Art. 5 Abs. 3, 20 LV geboten ist, über den Kernbereich der akademischen Angelegenheiten und Satzungsangelegenheiten, Wahl- und Abwahl,

Berufung von Professoren auf Entscheidungen im Bereich der Struktur- und Entwicklungsplanung, Funktionsbeschreibung von Professuren, Bauplanung, Ausstattungspläne, Abschluss von Hochschulverträgen, Qualitätssicherung, Evaluation, Haushaltsaufstellung, Haushaltsvollzug und Mittelverteilung, Abschluss von Zielvereinbarungen, Grundstücks- und Raumverteilung, Besoldungsfragen und Organisation der Hochschule aus.

Den größten Teil der Entscheidungsgründe nimmt eine umfassende Analyse der gesetzlichen Aufbauorganisation und Ablaufprozesse von Entscheidungen einschließlich der Abstufung von Mitentscheidungs- und Mitwirkungskompetenzen im Verhältnis von Leitungs- und Selbstverwaltungsorganen ein. Obwohl nicht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen, werden auch die Zusammensetzung und die Kompetenzen des Hochschulrats in wissenschaftsrelevanten Fragen und seine Kompetenzen bei Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung einbezogen.⁷⁶

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg verlangt in Abwandlung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusätzlich, dass der Senat als entscheidendes Wahlorgan mehrheitlich von gewählten Mitgliedern der Professorengruppe zusammengesetzt sein und Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung von einer Professorenmehrheit getragen sein muss.⁷⁷

Die Entscheidungsgründe münden in die Feststellung, dass die bestehende Kompetenzverteilung zwischen Leitungsorganen und Selbstverwaltungsorganen den Anforderungen an die durch Art. 20 LV, Art. 5 Abs. 3 GG gebotene Mitwirkung der Grundrechtsträger nicht genügt. Ebenso wenig sei in dem bisherigen Wahl- und Abwahlverfahren deren bestimmender Einfluss gewährleistet.⁷⁸

Dementsprechend wurden § 18 Abs. 1 bis 3, 5 S. 1 bis 4 und Abs. 6 S. 1 und 5 des LHG mit Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung für unvereinbar erklärt.

74 VerfGH BW, Ur. v. 14.11.2016, VB 16/15, ESVGH 67, 124 (Leitsatz), WissR 2016, 302-332 (Leitsatz und Gründe); dazu *Michael Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? – Anmerkungen zum Ur. des VerfGH BW vom 14.11.2016, OdW 2017, 63 ff.; *Helmut Goerlich* und *Georg Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zum Ur. des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, vom 14.11.2016, DVBl. 2017, 667 ff.; *Friedhelm Hufen*, JuS 2017, 279-281 (Anmerkung); *Hendrik Jacobsen*, VBIBW 2017, 69-70 (Anmerkung); *Jörg Ennuschat*, RdJB 2017, 34-46 (Entscheidungsbesprechung); *Timo Rademacher/Jens-Peter Schneider*, Die „Hochschullehrermehrheit“ des § 10 Abs. 3 LHG in der Rechtsprechung des baden-württem-

bergischen Verfassungsgerichtshofs, VBIBW 2017, 155 ff.; zur Beurteilung der Leitungsorganisation vor dem Ur. des VerfGH *Thomas Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im LHG von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.

75 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 93 ff. Dazu *Helmut Goerlich* und *Georg Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zum Ur. des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, vom 14.11.2016, DVBl. 2017, 667 ff.

76 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 142 ff.

77 Entscheidungsgründe unter E II, Rn.158.

78 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 163 ff.

Dem Gesetzgeber wurde eine Frist auferlegt, die verfassungswidrigen Regelungen über das Wahl- und Abwahlverfahren bis zum 31.3.2018 durch eine verfassungskonforme Neuregelung zu ersetzen.⁷⁹ Der VerFGH ließ dabei die Option offen, statt der „Kreation und Abberufung der Rektoratsmitglieder“ die Sachentscheidungsbefugnisse der Hochschullehrer im Senat anzupassen. Ebenso hält es der VerFGH für möglich, statt einer Änderung der Zusammensetzung des Senats die Abstimmungsregelungen mit der Hochschulleitung so zu ändern, dass ein bestimmender Einfluss der gewählten Hochschullehrer gesichert wird.⁸⁰

e) Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 5.2. 2020 - Duale Hochschule⁸¹

Eine bereits 2014 beim BVerfG eingereichte Verfassungsbeschwerde eines Hochschullehrers der DHBW richtete sich zunächst gegen die Änderungen des LHG durch das 3. HRÄG. Nach dem Urteil des VerFGH v. 16.11.2016 wurde die Verfassungsbeschwerde modifiziert und richtete sich, erweitert um Verfassungsbeschwerden von 80 weiteren Beschwerdeführern, gegen § 18 Abs. 2 S. 3 bis 6 und Abs. 5 S. 1 bis 4, § 18a und § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 15 LHG, hilfsweise gegen § 27a Abs. 3 S. 1 bis 4, Abs. 4 S. 6 bis 7 LHG i.d.F. des 3. HRÄG sowie § 27e Landeshochschulgesetz HRWeitEG.

Die Verfassungsbeschwerde wurde z.T. wegen Unzulässigkeit, in der Sache aber wegen mangelnder grundsätzlicher Bedeutung nicht angenommen.

Dennoch enthalten die Entscheidungsgründe des Beschlusses eine zusammenfassende Darstellung der bisherigen Judikatur des Gerichts zum Hochschulverfassungsrecht und grundsätzliche Hinweise zur Verfassungskonformität der auch für andere Hochschulen geltenden zentralen Leitungsorganisation und der dezentralen Leitungsorganisation der DHBW. Zugleich setzt sich das Gericht in einigen Punkten von der Entscheidung des VerFGH v. 16.11.2016 ab:

Am Anfang der Entscheidungsgründe stellt der Beschluss klar, dass die Repräsentation der Hochschullehrer in Selbstverwaltungsgremien nur durch von diesen gewählte Vertreter, sich nicht aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ergäbe.⁸² Bestätigt wird dies durch die Bezugnahme auf die Formulierungen voraus-

gehender Entscheidungen, dass „für die Beurteilung der nötigen Mitwirkung der Einfluss der wissenschaftlich Tätigen beziehungsweise der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler insgesamt entscheidend“ sei.⁸³

In einer Gesamtschau der Zuständigkeiten zum Wahlverfahren und der Abstimmung der Entscheidungsbefugnisse zwischen kollegialen Selbstverwaltungsorganen und Leitungsorganen kommt der Beschluss zum Ergebnis, dass das Gesamtgefüge der Organisation der DHBW den Anforderungen des BVerfG an die Kompensation von Leitungskompetenzen der Hochschulleitung durch Mitwirkungsprozesse, Kontrollrechte, Wahl- und Abwahlverfahren der Selbstverwaltungsgremien unter maßgeblichem Einfluss der Hochschullehrer als Grundrechtsträger genügt.⁸⁴

Beim Wahl- und Abwahlverfahren sieht der Beschluss durch die Neufassung des § 18 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 und § 10 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LHG den hinreichenden Einfluss der Hochschullehrer auf die Wahl- und Abwahl gesichert.⁸⁵

Nach einer Analyse der Entscheidungs- und Abstimmungsprozesse zwischen Hochschulleitung und Senat in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, wie den Struktur- und Entwicklungsplänen, der Vorbereitung und dem Abschluss von Hochschulverträgen, Funktionsbeschreibungen von Professuren, Berufungen, Haushalts- und Budgetentscheidungen, Satzungen sowie der bestehenden Berichtspflichten der Hochschulleitung und Informationsrechte des Senats sieht die Kammer die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze für eine wissenschaftskonforme Organisation gewahrt.

Die Entscheidungsgründe zum Wahlverfahren der Hochschulleitung, zum Verhältnis von Entscheidungskompetenzen zwischen Hochschulleitung und Senat betreffende Bestimmungen, gelten nicht nur für die DHBW, sondern für alle Hochschulen. Sie setzen sich zugleich von der Bewertung der umfangreichen obiter dicta des baden-württembergischen VerFGH zum Zusammenspiel der Entscheidungskompetenzen und Abstimmungsverfahren zwischen Hochschulleitung und Selbstverwaltungsgremien ab. Das bedeutet, dass es bei der Frage der Leitungsorganisation bei der jetzigen Regelung des baden-württembergischen HRWeitEG bleiben kann.

79 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 170.

80 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 169.

81 1 BvR 1586/14, vgl. dazu die Entscheidungsanalyse von R. Penßel, Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans - Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts

vom 5.2. und 6.3.2020, OdW 2020, 253 ff.

82 Entscheidungsgründe, Rn. 8.

83 Entscheidungsgründe, Rn. 15, 19.

84 Entscheidungsgründe, Rn. 15 ff.

85 Entscheidungsgründe, Rn. 27.

Ein in den Entscheidungsgründen und im Ergebnis weitgehend gleichlautender Beschluss ist am 6. März 1920 zum **Niedersächsischen Hochschulgesetz** idF. von 2015 ergangen.⁸⁶

VI. Fazit

Die Entwicklungsgeschichte des Hochschulorganisationsrechtes in den Bundesländern weist trotz erkennbarer gemeinsamer Strukturen, bezogen auf den Rechtsstatus der Hochschulen, auf den Grad der Organisations-, Satzungs- und Finanzautonomie und der Binnenorganisation, ein heterogenes Bild auf. Die Aufgabe des Doppelstatus der Hochschulen als Körperschaft und staatliche Einrichtung in einigen Bundesländern ist ohne Einschränkung der Aufsichtsrechte und ohne Stärkung der internen Autonomie nicht zielführend. Von der in Aussicht genommenen Deregulierung ist wenig zu erkennen. Der Autonomiegewinn liegt vorrangig in der Finanzwirtschaft. Die gewonnene Flexibilität wird mit dem Risiko unterfinanzierter Haushalte erkaufte.

Ein Urteil über den Erfolg der Organisationsreformen ist von den dabei anzulegenden Maßstäben und dem jeweiligen Blickwinkel abhängig.

Aus externer Sicht und aus der Sicht der Hochschulleitungen und der sie repräsentierenden HRK wird als wesentlicher Erfolg die Stärkung der Strategiefähigkeit der Hochschulen angesehen, die als Voraussetzung maßgeblich zum Gelingen der Exzellenzinitiative beigetragen hat. Dieser Zusammenhang wird auch durch den Imboden-Bericht betont, der in diesem Zusammenhang zu geringer Reformbereitschaft im deutschen Hochschulsystem anmahnt, von einer Baustelle spricht, aber auch die Wirkungen der Exzellenzinitiative für die Verbesserung der Leitungsstrukturen würdigt.⁸⁷

Dem steht die Sicht der durch die Verschiebung der Entscheidungskompetenzen um ihre Mitwirkungsmöglichkeiten besorgten Mitglieder der Universität gegenüber. Aus dieser Sicht besteht der Autonomiegewinn der Hochschulen nur in einem Autonomiegewinn der Hoch-

schulleitungen.⁸⁸ Aus dieser Perspektive stellt sich die Organisationsreform als eine Gefährdung ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit dar, die mit einem bis zur Indolenz reichenden Motivationsverlust verbunden sein kann.

Diese Einwände haben Gewicht. Gute Führung einer Hochschule kann nur gelingen, wenn sich die Hochschulleitung bei der Ausübung ihrer Leitungsaufgabe von den Prinzipien der Wissenschaft leiten lässt, sich ständig um Einvernehmen in der Bestimmung und Verwirklichung der Ziele bemüht, dabei wechselseitiges Vertrauen, Loyalität und Offenheit untereinander praktiziert, sich der durch weitgehende Freiheiten der Mitglieder und vom Wesen der Wissenschaft bestimmten Struktur einer wissenschaftlichen Hochschule bewusst ist, diese in angemessener Weise an den Entscheidungen teilhaben lässt und Wissenschaft mit wissenschaftskonformen Mitteln unterstützt.

Mit dem „neuen Leitbild“ wurde das bisher die Hochschulorganisation beherrschende Kollegialprinzip durch eine das angemessene Maß überschreitende Hierarchisierung abgelöst. Verstärkt wird diese durch die Einführung von Hochschulräten, deren personelle Legitimation in einigen Bundesländern nicht auf Wahl- und Beststellungsakten der Kollegialorgane beruht. Der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist es zu verdanken, dass im Zuge der Entwicklung die Balance zwischen den Kompetenzen der Leitungsorgane, Mitwirkung und Kontrolle der Kollegialorgane bei grundsätzlichen wissenschaftsrelevanten Entscheidungen wiederhergestellt wurde.

Universitätskanzler a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Sandberger, Juristische Fakultät der Universität Tübingen.

86 BVerfG Beschluss v. 6.3.2020, 1 BvR 2862/16, Rn. 7 ff. und 12 ff.

87 Evaluation der Exzellenzinitiative, Endbericht der internationalen Expertenkommission, 2016, S. 20 ff.

88 So die Formulierung von *Ch. Scholz* und *Volker Stein*, Sag mir wo

die Uni ist..., Eine Systemdiagnose am Rande der Resignation, F&L 2015, S. 552. Darauf nimmt *W. Löwer*, in Festschrift Lynen 2018, S. 194, Bezug.

Manfred Löwisch

Sind die Konfuzius-Institute steuerlich gemeinnützig?

Übersicht

I. Konfuzius-Institute in Deutschland

1. Bestehende Institute

2. Zugrunde liegende Vereinbarungen mit der chinesischen Seite
3. Ausrichtung der Konfuzius-Institute auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur

II. Inanspruchnahme und Relevanz der Gemeinnützigkeit

III. Gemeinnützigkeit und Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

1. Geistige Offenheit als Wesenskern der einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände
2. Unvereinbarkeit mit der Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

IV. Zurechnung an die Konfuzius-Institute

1. Geistige Offenheit in Satzung und Geschäftsführung als Voraussetzung der Steuervergünstigung
2. Satzungsmaßige Verpflichtung auf geistige Offenheit
3. Geschäftsführung

V. Ergebnis

Über die Diskussion um die in Deutschland bestehenden Konfuzius-Institute ist bereits in OdW 2020, 131 ff. an Hand der Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage aus dem Jahr 2019 berichtet worden.¹ Die auf ein breites öffentliches Echo stoßende Absagen von Autorenlesungen aus einem Werk über den chinesischen Staats- und Parteichef *Xi Jinping* durch die Konfuzius Institute an den *Universitäten Duisburg-Essen* und *Hannover* haben diese Diskussion aktualisiert.² Außen vor geblieben ist dabei bislang die Frage der steuerlichen Gemeinnützigkeit der Konfuzius-Institute. Sie ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

- 1 Vgl. Löwisch, OdW 2020, 131 ff., mwN, Kleine Anfrage der Abgeordneten *Jens Brandenburg, Katja Suding, Mario Brandenburg*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Dr. 19/15009 vom 11.11.2019.
- 2 z.B. *Steiner*, Badische Zeitung, Absagen nach Druck aus China, 23.11.2021, <https://www.badische-zeitung.de/absagen-nach-druck-aus-china--205843225.html>, Abruf: 13.12.2021; Welt.de, Bildungsministerin bringt Aus für chinesische Konfuzius-Institute ins Spiel, 29.10.2021, <https://www.welt.de/234721854>, Abruf: 13.12.2021.
- 3 Bericht der Landesregierung NRW zum Thema „Konfuzius-Institute in Nordrhein-Westfalen“ vom 5.1.2020 auf Bitte der

I. Konfuzius-Institute in Deutschland

1. Bestehende Institute

In Deutschland bestehen derzeit 19 Konfuzius-Institute, nämlich in Berlin, Bonn, Bremen, Düsseldorf, Duisburg-Essen, Erlangen-Nürnberg, Erfurt, Frankfurt/Main, Freiburg, Göttingen, Hamburg, Hannover, Heidelberg, Ingolstadt, Leipzig, München, Paderborn, Stralsund und Trier.

Ursprünglich waren die Institute durchweg mit einer Hochschule verbunden. Inzwischen haben die *Universitäten Düsseldorf* und *Hamburg* die Verbindung gelöst. In *Düsseldorf* hat das Rektorat im Jahr 2016 beschlossen, die Kooperation mit dem Konfuzius-Institut nicht mehr zu verlängern und ihm den Status des An – Instituts nicht mehr zu gewähren. Das Rektorat hat den Vertrag auch deshalb nicht mehr weiter verlängert, weil es nicht vollständig ausschließen konnte, dass die chinesische Staatsdoktrin Einfluss auf die Arbeit des Instituts nimmt.³ Die *Universität Hamburg* ist im Juni 2020 aus dem Trägerverein des Hamburger Konfuzius-Instituts ausgetreten und hat der chinesischen Seite die Absicht mitgeteilt die 2007 geschlossene Kooperationsvereinbarung aufzulösen. Als Grund für das beabsichtigte Ende der Zusammenarbeit nannte das Präsidium der Universität die Veränderung der chinesischen Politik im Hinblick auf die Wissenschaft, etwa die Entfernung von wissenschaftlichen Freiheitsklauseln aus den Leitbildern vieler chinesischer Universitäten.⁴ Der Präsident der *Universität Trier* und der Direktor des *Konfuzius-Instituts Trier* haben entschieden, die Aktivitäten des Instituts bis auf Weiteres ruhen zu lassen. Begründet haben sie dies mit jüngsten Schritten der chinesischen Regierung, welche die Frei-

- Fraktion Bündnis 90/die Grünen (Landtagsvorlage 17/2873), S. 3; *Bialdiga*, General-Anzeiger, Diskussion über Chinesisch-Unterricht in NRW, 15.1.2020, https://ga.de/region/koeln-und-rheinland/propaganda-verdacht-uni-duesseldorf-kuendigt-konfuzius-institut_aid-48332663, Abruf: 13.12.2021.
- 4 Forschung & Lehre vom 25.7.2020, Uni Hamburg zieht sich aus Konfuzius Institut zurück, <https://www.forschung-und-lehre.de/management/uni-hamburg-zieht-sich-aus-konfuzius-institut-zurueck-2978/>, Abruf: 11.11.2021; siehe auch PM des Konfuzius-Instituts an der Universität Hamburg vom 28.7.2020, <https://www.ki-hh.de/wp-content/uploads/2020/07/PM-20200728.pdf>.

heit von Forschung und Lehre durch Sanktionen gegen zahlreiche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in ganz Europa und auch gegen das Mercator Institute for China Studies (MERICS) einzuschränken versucht.⁵ In Ingolstadt hat der Gemeinderat nach einem Aufruf von Menschenrechtsorganisationen am 29. 7. 2021 beschlossen, die Mitfinanzierung des dort bestehenden Audi-Konfuzius-Instituts zu beenden.⁶

2. Zugrunde liegende Vereinbarungen mit der chinesischen Seite

Die Konfuzius-Institute sind überwiegend als eingetragene Vereine im Sinne des BGB-Vereinsrechts organisiert. Träger des Konfuzius-Instituts Paderborn ist eine gGmbH. Das Konfuzius-Institut Düsseldorf ist als GmbH firmiert. Meist sind die Konfuzius-Institute auch An-Institute der betreffenden Hochschulen. In Berlin, Göttingen und Trier sind die Konfuzius-Institute allein An-Institute.

Der Gründung der Institute liegen Vereinbarungen mit der chinesischen Seite zugrunde. Partner auf deutscher Seite sind die betreffenden Hochschulen und teilweise auch die jeweiligen Hochschulstädte. In München ist die Stiftung *ex oriente* Trägerin des dortigen Konfuzius-Instituts.

Partner auf der chinesischen Seite waren zunächst die „Konfuzius Institute Headquarters“, welche dem *National Office of Teaching Chinese as a Foreign Language (Hanban)* zugeordnet waren, das seinerseits wiederum dem Zentralen Propaganda Departement der Kommunistischen Partei Chinas unterstellt war.⁷ Teilweise, so in Hamburg, wurden die Vereinbarungen auf chinesischer Seite auch direkt von Hanban abgeschlossen.⁸ Inzwischen sind im Juli 2020 auf der chinesischen Seite an die Stelle des Hanban zwei neugegründete Einrichtungen getreten. Die inhaltliche Ausgestaltung verantwortet das *Center for Language Education and Cooperation*, welches unmittelbar dem chinesischen Erziehungsministerium unterstellt ist. Die Finanzierung wird durch die Chinesische Stiftung für internationale Bildung, einen Zusammenschluss chinesischer Universitäten und Unternehmen, gesichert.⁹

Für die Arbeit der Konfuzius-Institute gilt auf chinesischer Seite des Regelwerk „Constitution and By-Laws of the Confucius Institutes“ aus dem Jahr 2016.¹⁰

Nr. 6 dieses Regelwerks bestimmt, dass die Konfuzius-Institute nicht gegen die Gesetze und Regelungen Chinas verstoßen sollen.

Nach Nr. 7 sollen die Konfuzius-Institute nicht an Aktivitäten teilnehmen, welche nicht mit der Mission der Konfuzius-Institute übereinstimmen.

Nach Nr. 12 erlässt das Headquarter weltweit Richtlinien für die Konfuzius-Institute.

Nach Nr. 35 sollen alle Konfuzius-Institute verpflichtet sein, das Regelwerk zu beachten.

Nach Nr. 39 behält sich das Headquarter das Recht vor, das Regelwerk zu interpretieren.

An Constitution and By-Laws of the Confucius Institutes sind eine Reihe von Konfuzius-Instituten nach den Vereinbarungen in unterschiedlicher Weise gebunden:

In Art. 2 Abs. 2 der zwischen der *Konfuzius Zentrale*, der *Universität Freiburg*, und der *Stadt Freiburg* getroffenen Vereinbarung vom 10.6.2009 heißt es: „Das Konfuzius-Institut an der Universität Freiburg soll sich an den Vorschriften des Konfuzius Instituts [sic!] halten, das deutsche und chinesische Recht sowie Sitten und Gebräuche beider Länder respektieren.“

Art. 5 Nr. 5 der Vereinbarung zwischen den *Headquarters* und der *Universität Heidelberg* vom Juli/August 2015 bestimmt, dass die Aktivitäten des Instituts im Einklang mit dem Regelwerk erfolgen sollen und nicht den deutschen und chinesischen Gesetzen und Regulierungen zuwider laufen dürfen.

Ebenso heißt es in Art. 5 Nr. 4 der Vereinbarung zwischen den *Headquarters* und der *Universität Paderborn* von Mai/Juni 2014, dass die Veranstaltungen des Instituts der Satzung der Konfuzius-Institute entsprechen und die chinesischen und deutschen kulturellen Sitten und Gebräuche berücksichtigen müssen und nicht im Widerspruch zu chinesischen und deutschen Gesetzen stehen dürfen.

5 Siehe *Erklärung zur aktuellen Wissenschaftspolitik Chinas* veröffentlicht unter www.uni-trier.de/forschung/konfuziusinstitut-der-universitaet-trier/aktuelles, Abruf: 24. 11. 2021.

6 Süddeutsche Zeitung, Umstrittenes Konfuzius-Institut: Stadt stellt Fördergeld ein, 29.7.2021, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/kommunen-ingolstadt-umstrittenes-konfuziusinstitut-stadt-stellt-foerdergeld-ein-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210729-99-603510>, Abruf: 13.12.2021.

7 Vgl. Vorbemerkung zur Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der FDP, BT-Dr. 19/11839 vom 27. 11. 2019, wiedergegeben bei Löwisch, Die Bundesregie-

rung zu den Konfuzius Instituten, OdW 2020, 131.

8 So noch im Rahmen der Erneuerung der Kooperationsvereinbarung zwischen dem Confucius-Institute Headquarters und der Universität Hamburg vom 13.8.2018.

9 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von *Jens Brandenburg*, *Gyde Jensen*, *Katja Suding*, und der Fraktion der FDP Abgeordneten der FDP, BT-Dr. 19/24163 vom 9. 11. 2020.

10 Constitution and By-Laws of the Confucius Institutes in der Fassung vom 23.11.2016, https://confucius.nju.edu.cn/_t489/6279/list.htm, Abruf: 11.11.2021.

Nach Art. 5 Nr. 5 der Vereinbarung zwischen den *Confucius-Headquarters* und der *Universität Duisburg-Essen* vom 31. 8. 2009 müssen die Aktivitäten des Instiuts im Einklang mit Constitution und By-Laws erfolgen, die kulturellen Bräuche respektieren und dürfen nicht den Gesetzen und Regelungen in Deutschland und China zuwider laufen.

Soweit zu sehen, sind die Vereinbarungen in diesem Punkt bislang zumeist nicht geändert worden. In *Bonn* wird die Vereinbarung derzeit mit dem Ziel überarbeitet, deutlicher den Werten und Ansprüchen der Universität Bonn zu genügen.¹¹ Auch in *Erlangen-Nürnberg* wird der Kooperationsvertrag aktuell überarbeitet.¹² In der neuen Fassung soll unter anderem ganz deutlich formuliert werden, wie wichtig die Freiheit von Forschung und Lehre ist. Der Kooperationsvertrag zwischen dem *Konfuzius-Institut Erfurt e. V.*, der *Fachhochschule Erfurt* und der *Leitung der Konfuzius-Institute Hanban* in Peking ist gerade überarbeitet worden.¹³ Die *Universitäten Heidelberg* und *Freiburg* sehen bislang keine Probleme. Die Pressestelle der *Universität Heidelberg* hat auf Nachfrage erklärt, dass es keine Einflussnahme durch die chinesische Regierung oder die kommunistische Partei Chinas gebe und die Freiheit von Forschung, Lehre, Kunst und Kultur gewahrt werde.¹⁴ Eine Einflussnahme seitens der chinesischen Regierung auf den Universitätsbetrieb hatte auch der damalige *Rektor der Universität Freiburg* ausgeschlossen.¹⁵

Die chinesische Seite stellt den Konfuzius-Instituten Startkapital und laufende Projektmittel zur Verfügung, stellt Lehrmaterial bereit und entsendet auf ihre Kosten chinesische Dozenten. Die deutsche Hochschule sorgt für die notwendigen Räume und Ressourcen, stellt das Verwaltungspersonal und ebenfalls Lehrpersonal.¹⁶

3. Ausrichtung der Konfuzius-Institute auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur

Nach Kenntnis der Bundesregierung haben der chinesische Staat und die Kommunistische Partei Chinas schon

immer Einfluss auf Veranstaltungen, Lehrinhalte und –materialien der Konfuzius-Institute genommen.¹⁷ Die Zielsetzung dieser Einflussnahme hat sich seit dem Jahr 2018 wesentlich verstärkt. Im Januar 2018 hat die sogenannte „Kleine Führungsgruppe zur Vertiefung umfassender Reformen“, ein zentrales Führungsgremium der Kommunistischen Partei Chinas, unter Vorsitz von Staats- und Parteichef *Xi Jinping* eine Reform der Konfuzius-Institute angestoßen. Künftig sollen die Institute einen Fokus auf den „Aufbau einer sozialistischen Kultur“ und Unterstützung einer „Diplomatie chinesischer Prägung“ legen. Dazu soll eine stärkere ideologische Vorbereitung des ins Ausland entsandten chinesischen Lehrpersonals erfolgen.¹⁸

An der so bestehenden inhaltlichen und personellen Nähe der Konfuzius-Institute zur Kommunistischen Partei Chinas und zum chinesischen Staat hat sich nach den Erkenntnissen der Bundesregierung durch die im Jahr 2020 erfolgten Änderungen der Organisationsstruktur nichts geändert.¹⁹ Die inhaltliche Ausgestaltung der chinesischen auswärtigen Sprachpolitik, zu der die Erarbeitung der Lehrwerke, die Fortbildung Lehrender und Stipendienprogramme gehören, obliegt zwar nunmehr dem neu eingerichteten „Zentrum für Sprachbildung und Kooperation“. Dieses ist aber dem chinesischen Erziehungsministerium direkt unterstellt, das wiederum an die Direktiven der Kommunistischen Partei Chinas gebunden ist. Das für die Finanzierung verantwortliche Konsortium, bestehend aus chinesischen Universitäten und Unternehmen präsentiert sich zwar unter dem Namen „Chinesische Stiftung für internationale Bildung“. Aber auch die der Stiftung angehörenden Universitäten und Unternehmen sind in ihrer Arbeit grundsätzlich den Zielen der Partei verpflichtet.

Die nahe liegende Frage, inwieweit von chinesischer Seite gestellte Co-Direktoren, Lehrkräfte und weitere Mitarbeitende an Konfuzius-Instituten in Deutschland nach Kenntnis der Bundesregierung Anweisungen von Hanban, der chinesischen Botschaft oder chinesischen

11 z.B. *Feldwisch-Dentrup*, Tagesspiegel.de, Erste deutsche Unis überdenken umstrittene Konfuzius-Institute, 22.12.2019, <https://www.tagesspiegel.de/wissen/eine-art-ideen-waesche-erste-deutsche-unis-ueberdenken-umstrittene-konfuzius-institute/25360796.html>, Abruf: 13.12.2021.

12 *Pflug*, Trotz Spionage-Vorwürfen: Uni steht zu Konfuzius-Institut, 4.8.2021, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/trotz-spionage-vorwuergen-uni-steht-zu-konfuzius-institut,SfiiUBH>, Abruf: 24.11.2021.

13 Pressemitteilung der Fachhochschule Erfurt vom 29. 8. 2021, <https://idw-online.de/de/news>, Abruf: 24. 11. 2021.

14 *Fuentes*, Heidelberger Studierendenzzeitung, Lässt die Uni Heidelberg über das Konfuzius-Institut wissentlich chinesische Propaganda zu?, 30. 1. 2021, <https://www.ruprecht.de/2021/01/30/laesst-die-uni-heidelberg-ueber-das-konfuzius-institut-wissentlich->

chinesische-propaganda-zu/, Abruf: 13.12.2021.

15 *Klovert*, Spiegel Panorama 30. 11. 2019, <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/konfuzius-institute-an-deutschen-unis-kultur-aus-pekung-a-1298843.html>, Abruf: 24. 11. 2021.

16 So die Quintessenz der grundlegenden Gründungsvereinbarungen zwischen den Universitäten und den Headquarters.

17 Antwort der Bundesregierung (aaO Fn. 9), BT-Dr. 19/24163 vom 9. 11. 2020, S. 4.

18 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Jens Brandenburg*, *Katja Suding*, *Mario Brandenburg*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Dr. 19/15560 vom 27.11.2019.

19 Antwort der Bundesregierung (aaO Fn. 9), BT-Dr. 19/24163 vom 9.11.2020, S. 3f.

Konsulaten in Deutschland erhalten, hat die Bundesregierung aus Gründen des Staatswohls nicht offen beantwortet. Die Antwort ist im Parlamentssekretariat des Deutschen Bundestages hinterlegt und kann dort nur von Berechtigten eingesehen werden.²⁰ Auch der Verfassungsschutz beschränkt sich auf die Aussage, dass die Konfuzius-Institute bedeutsame Akteure auf dem Feld der Einflussnahme sind, die die akademische Freiheit auf unterschiedlichen Wegen zu unterminieren drohen.²¹

Die Hochschulrektorenkonferenz konstatiert in einem Beschluss aus dem September 2020, dass zunehmende staatliche Einflussnahme auf Inhalte und Abläufe an den chinesischen Hochschulen und eine wachsende Beschneidung der Wissenschaftsfreiheiten, wie sie sich nach kontinentaleuropäischen Verständnis definieren, die Kooperation erschweren und teilweise zum Erliegen bringen.²² Nach den Erkenntnissen der HRK sind chinesische Lehrende angehalten, sich in ihren Vorlesungen an die Linie der Partei zu halten und „schädliche Ideen und Ausdrucksweisen“ zu vermeiden.²³ Auch wenn die Realität sich vor Ort unterschiedlich darstellen werde und innerhalb der chinesischen Wissenschaftscommunity unterschiedliche Wahrnehmungen und Einschätzungen zu diesen Fragestellungen bestünden, sei der potentiell einschüchternde Effekt dieser Anweisung unverkennbar.

Die HRK hat in ihrem Beschluss Leitfragen formuliert, welche sich die Hochschulen vor und bei einer Zusammenarbeit mit chinesischen Hochschulen und Einrichtungen stellen sollen. Zu diesen Leitfragen zählt die Art und Weise, in der die Freiheit von Forschung und Lehre in der Kooperation gewahrt wird. In die gleiche Richtung gehen Handlungsempfehlungen der Deutschen Vereinigung für Chinastudien e.V.²⁴

II. Inanspruchnahme und Relevanz der Gemeinnützigkeit

Soweit die Konfuzius-Institute eingetragene Vereine sind, nehmen sie als Körperschaften durchweg Gemeinnützigkeit im Sinne der §§ 51 ff. AO in Anspruch. Mit der Gemeinnützigkeit verbunden ist die Befreiung von der Körperschaftsteuer (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) und von der Gewerbesteuer (§ 3 Nr. 6 S. 1 GewStG). Auch können die

Konfuzius-Institute als gemeinnützige Körperschaften Stipendien verleihen, die beim Stipendiaten gem. § 3 Nr. 44 S. 2 EStG iVm § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerfrei sind. Des Weiteren können Zuwendungen an die Institute vom Zuwendenden gem. § 10b Abs. 1 S. 1 iVm S. 2 Nr. 2 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG von der Steuer als Sonderausgaben abgezogen werden.²⁵ Die Finanzierungsbeiträge und Zuwendungen der chinesischen Seiten sind als solche unabhängig von der Gemeinnützigkeit zulässig, denn das deutsche Recht enthält keine Beschränkung der Finanzierung von Vereinen mit ausländischen Mitteln.²⁶

Auch für bloße An-Institute ist die Gemeinnützigkeit relevant. Spenden können als Sonderausgaben abgezogen werden (§ 10b Abs. 1 S. 1 iVm S. 2 Nr. 1 EStG). Die Gewährung von Stipendien durch An-Institute ist nach § 3 Nr. 44 S. 1 HS 1 für den Stipendiaten ebenfalls grundsätzlich steuerfrei. Voraussetzung ist nach § 3 Nr. 44 S. 3 aber auch hier, dass die Stipendien einen für die Erfüllung der Forschungsaufgabe oder für die Bestreitung des Lebensunterhalts und die Deckung des Ausbildungsbedarfs erforderlichen Betrag nicht übersteigen und nach den vom Geber erlassenen Richtlinien vergeben werden, und der Empfänger im Zusammenhang mit dem Stipendium nicht zu einer bestimmten wissenschaftlichen oder künstlerischen Gegenleistung oder zu einer bestimmten Arbeitnehmertätigkeit verpflichtet ist.

Gestützt wird die Inanspruchnahme der Gemeinnützigkeit auf in den Satzungen formulierte Vereinszwecke, die den in § 52 AO anerkannten gemeinnützigen Betätigungen Förderung von Wissenschaft und Forschung (Nr. 1), Förderung von Kunst und Kultur (Nr. 5), Förderung der Erziehung, Volks- und Berufsbildung einschließlich der Studentenhilfe (Nr. 7) und (Förderung internationaler Gesinnung, der Toleranz auf allen Gebieten der Kultur und des Völkerverständigungsgedankens (Nr. 13) zuzuordnen sind. Genannt werden in den Satzungen dementsprechend die Förderung der internationalen Gesinnung und der Toleranz auf allen Gebieten der Kultur und des Völkerverständigungsgedankens zwischen China und Deutschland, das Angebot von Veranstaltungen zur Vermittlung chinesischer Sprache und Kultur sowie von Seminaren, Tagungen, Vortragsveranstaltungen und Projekten zur Geschichte, Kunst und Kultur Chinas, die Förderung des deutsch-chinesischen

20 Antwort der Bundesregierung (aaO Fn. 9), BT-Dr. 19/24163 vom 9.11.2020, S. 11.

21 BMiFBuH, Verfassungsschutzbericht 2020, S. 323.

22 HRK, Leitfragen zur Hochschulkooperation mit der Volksrepublik China, Beschluss des Präsidiums vom 9. 9. 2020, S. 3f., https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-01-Beschluesse/HRK_Beschluss_Leitfragen_zur_Hochschulkooperation_mit_der_VR_China_9.9.2020.pdf.

23 Beschluss der HRK vom 9.9.2020, S. 3.

24 Handlungsempfehlungen der Deutschen Vereinigung für Chinastudien e.V. zum Umgang deutscher akademischer Institutionen mit der Volksrepublik China, Stand 29. 12. 2018, <http://www.dvcs.eu/dokumente/handlungsempfehlungen.pdf>.

25 Siehe näher Förster, BB 2011, 663 f.

26 Wissenschaftliche Dienste des BT vom 18.2.2017, WD 3 -3000 -032/17.

Austausches von Experten, Lehrkräften, Studenten und Schülern, die Pflege der chinesisch-deutschen Beziehungen durch die Unterstützung und Zusammenarbeit mit der Sinologie der jeweiligen Universität und die Durchführung von Projekten mit Chinabezug.²⁷

III. Gemeinnützigkeit und Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

1. Geistige Offenheit als Wesenskern der einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände

Die Steuervergünstigung wegen Gemeinnützigkeit setzt nach § 56 AO voraus, dass eine Körperschaft nur ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt. Aus diesem Ausschließlichkeitsgebot folgt umgekehrt, dass eine Körperschaft nicht steuerbegünstigt ist, wenn sie neben ihren steuerbegünstigten Zielen weitere Zwecke verfolgt, die nicht steuerbegünstigt sind.²⁸ Maßgeblich für die Ausschließlichkeit ist dabei die ideelle Zielsetzung. Welche Tätigkeiten entfaltet werden, um das gemeinnützige Ziel zu erreichen, spielt keine Rolle, solange die Mittel dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet sind und nicht zum Selbstzweck werden.²⁹

Ob von der Körperschaft entfaltete Tätigkeiten dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet sind oder einen Selbstzweck verfolgen, ist in Rechtsprechung und Literatur vor allem für wirtschaftliche Betätigungen und politische Aktivitäten erörtert worden. Danach ist bei der wirtschaftlichen Betätigung die Grenze zum Selbstzweck überschritten, wenn es in erster Linie nicht mehr um die Beschaffung von Mitteln für die Verfolgung des gemeinnützigen Zwecks geht, sondern um den wirtschaftlichen Vorteil für die tätig werdenden selbst.³⁰ Die politische Betätigung wird zum Selbstzweck, wenn sie nicht mehr nur der Unterstützung des konkreten gemeinnützigen Zwecks dient, sondern in allgemeinpolitischen Aktivitäten besteht. Deshalb hat sich etwa bei der Förderung der Volksbildung i.S. von § 52 Abs. 2 Nr. 7 AO die Einflussnahme auf die politische Willensbildung und Gestaltung der öffentlichen Meinung auf bildungspolitische Fragestellungen zu beschränken³¹ und darf die allgemeine

Förderung des demokratischen Staatswesens im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 24 AO nicht gezielt auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen wollen.³²

Diese Konstellation des sich verselbständigenden Nebenzwecks erschöpft das Gebot der Ausschließlichkeit aber noch nicht. Der BFH hat am Beispiel des Zwecks der politischen Bildung, vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 24 AO, ausgeführt, dass sich politische Bildung in geistiger Offenheit vollzieht und deshalb nicht förderbar ist, wenn sie eingesetzt wird, um die politische Willensbildung und die öffentliche Meinung im Sinne eigener Auffassungen zu beeinflussen.³³ Dieser Wesenskern der Gemeinnützigkeitstatbestände verlangt über die Tatbestände von § 52 Abs. 2 Nr. 7 und 24 AO hinaus auch sonst Beachtung:

Wissenschaft und Forschung im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO sind nach der auch für das Steuerrecht maßgebenden Wertung des Art. 5 Abs. 3 GG freiheitlich geprägt. Der Wissenschaftsfreiheit liegt der Gedanke zugrunde, dass eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient. Deshalb ist auch Wissenschaft ein grundsätzlich von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung im Sinne der Rechtsprechung des BFH.³⁴ Damit lassen sich die Ausrichtung auf eine bestimmte Ideologie und die Indienstnahme für bestimmte politische Zwecke nicht vereinbaren. Diese stehen deshalb der Förderung entgegen.

Entsprechendes gilt für Kunst und Kultur im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 5 AO und damit auch für die der Kunst zuzurechnende Literatur. Auch die Kunst ist nach Art. 5 Abs. 3 GG frei und in ihrer Freiheit sowohl im Bereich der Werkerschaffung wie im Bereich ihrer nach außen gerichteten Wirkung geschützt.³⁵ Künstler aus Gründen ihrer Person von der Schaffung eines Kunstprojekts auszuschließen oder die Verbreitung eines bestimmten literarischen Werkes zu verhindern oder zu erschweren, steht deshalb dem Ziel der Kunstförderung, so wie es nach § 52 Abs. 2 Nr. 5 AO verstanden werden muss, entgegen.

27 Siehe etwa § 2 der Satzung des Konfuzius-Instituts Heidelberg in der Fassung vom 15.7.2020 und § 2 Nr. 1 der Satzung des Konfuzius-Instituts Leipzig in der Fassung vom 3.11.2020.

28 Anwendungserlass des Bundesministeriums der Finanzen zu § 56 AO in der Fassung vom 31. 1. 2014, Nr. 1.

29 Hüttemann, DStJG 26(2003). 49, 58; Tipke/Kruse/Seer, AO/FGO, 167, Lieferung 09.2021, § 56 AO Rn 2; Hübschmann/Hepp/Spitaler/Musil, AO/FGO, 264, Lieferung 08.2021, § 56 Rn 4.

30 BFH 4. 4. 2007, I R 76/05, DB 2007, 1443.

31 BFH 10.1.2019, V R 60/17, NJW 2019, 877; ebenso BFH 9.2.2011, I R 19/10, HFR 2011, 952.

32 BFH 18. 8. 2021, V B 25/21 (AdV).

33 BFH 10. 1. 2019 aaO, Leitsatz 3 und Rn 23, 27, 29 und 33 und vom 18. 8. 2021 aaO Rn 35.

34 BVerfG 20.7.2010, 1 BvR 748/06, BVerfGE 127, 87 Rn 90.

35 BVerfG 31.5.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 Rn 68, BVerfG 17.7.1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 224.

2. Unvereinbarkeit mit der Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

Die von der chinesischen Seite vorgenommene Ausrichtung der Arbeit der Konfuzius-Institute auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur und damit verbunden einer Diplomatie chinesischer Prägung lässt sich mit der von den Gemeinnützigkeitstatbeständen Wissenschaft und Forschung, Kunst und Kultur, Förderung der Bildung und Toleranz vorausgesetzten geistigen Offenheit nicht vereinbaren. Zwar gehört es zu geistiger Offenheit, sich auch mit einem nicht von geistiger Offenheit geprägten Wissenschafts-, Kunst- oder Bildungsverständnis auseinanderzusetzen. Sich aber an einem solchen nicht offenen Verständnis auszurichten, um einer bestimmten Ideologie, hier derjenigen der kommunistischen Partei Chinas, Geltung zu verschaffen, verfehlt das vom Grundgesetz vorgegebene freiheitliche Verständnis.

IV. Zurechnung an die Konfuzius-Institute

1. Geistige Offenheit in Satzung und Geschäftsführung als Voraussetzung der Steuervergünstigung

Nach § 59 AO wird die Steuervergünstigung nur gewährt, wenn sich aus der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung (Satzung im Sinne dieser Vorschriften) ergibt, dass der von der Körperschaft verfolgte Zweck gemeinnützig ist und dass dieser Zweck ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird. Auch die tatsächliche Geschäftsführung muss sich auf die ausschließliche Verfolgung des in der Satzung festgelegten gemeinnützigen Zwecks beschränken.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird gemäß § 60a AO in einem besonderen Verfahren geprüft, das in einer bindenden Feststellung mündet. Diese Prüfung erstreckt sich einmal auf die rechtliche Vereinbarkeit der Satzung mit den gesetzlichen Bestimmungen. Nach § 60a Abs. 6 AO wird aber auch geprüft, ob die tatsächliche Geschäftsführung mit den satzungsmäßigen Voraussetzungen übereinstimmt. Liegen bis zum Zeitpunkt des Erlasses des erstmaligen Körperschaftssteuerbescheids oder Freistellungsbescheids bereits Erkenntnisse vor, dass die tatsächliche Geschäftsführung gegen die satzungsmäßigen Voraussetzungen verstößt, ist die Feststellung abzulehnen.³⁶ Entsprechendes gilt für die Aufhebung entsprechender Feststellungen.

Im Kontext der von der chinesischen Seite vorgenommenen Ausrichtung auf den Aufbau einer sozialisti-

schen Kultur heißt das für die Gemeinnützigkeit der Konfuzius-Institute, dass die in ihren Satzungen festgelegten, der Förderung von Wissenschaft und Forschung, Kunst und Kultur und Volksbildung dienenden Zwecke nach den Bestimmungen der Satzungen in geistiger Offenheit zu verfolgen sind und dass die tatsächliche Geschäftsführung diese geistige Offenheit wahrt.

2. Satzungsmäßige Verpflichtung auf geistige Offenheit

Wie oben unter II dargelegt, beschränken sich die Vereinszweckbestimmungen in den Satzungen der Konfuzius-Institute bislang auf Beschreibungen, die an den Formulierungen der einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände orientiert sind. Folgte man einfach der im Vereinsrecht herrschenden Auffassung, dass Satzungsbestimmungen allein nach objektiven Maßstäben auszulegen sind,³⁷ führte das zu dem Ergebnis, dass die genannten Zwecke nach den Satzungen in geistiger Offenheit zu verfolgen sind. Denn diese Beschreibungen sind objektiv betrachtet neutral, so dass in Deutschland nach dem allgemeinen Sprachgebrauch davon auszugehen wäre, dass die beschriebenen Ziele in geistiger Offenheit verfolgt werden sollen.

Übertrüge man diese rein vereinsrechtliche Sichtweise auf § 59 AO, müssten bei der Beurteilung der Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit notwendig die der Gründung der Konfuzius-Institute zu Grunde liegenden Vereinbarungen außer Betracht bleiben. Die dort zum Teil enthaltene Verpflichtung auf die Einhaltung des chinesischen Rechts und insbesondere des Regelwerks „Constitution und By Laws of the Confucius-Institutes“ spielte keine Rolle, obwohl die Verpflichtung auf dieses Regelwerk im Widerspruch zum Gebot der geistigen Offenheit steht.

Indessen ist eine solche Sichtweise mit dem steuerrechtlichen Verbot des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten unvereinbar: Nach § 42 Abs. 2 Satz 1 AO liegt ein solcher Missbrauch vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Gestaltet der Steuerpflichtige den Sachverhalt so, dass er gegen den Zweck des Gesetzes eine Steuervergünstigung erwirkt, wird das durch eine zweckentsprechende Gesamtbetrachtung des maßgeblichen Geschehens korrigiert.³⁸ Indiz für die Unangemessenheit der Gestaltung ist dabei auch deren Intransparenz.³⁹ Im Hinblick auf die

³⁶ Anwendungserlass des Bundesministeriums der Finanzen zu § 60a AO in der Fassung vom 31. 1. 2014, Nr. 2.

³⁷ Mit Nachweisen Staudinger/Schwennicke, 2019, § 25 BGB Rn 53, der selbst in Rn 54 für ein weiteres Verständnis plädiert, welches

auch den Willen der Gründe einbezieht.

³⁸ Tipke/Lang/Englisch, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 5 Rn. 116 ff.

³⁹ Tipke/Lang/Englisch, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 5 Rn. 127.

aus der Gemeinnützigkeit folgenden Steuervergünstigungen muss von einer solchen Unangemessenheit der Sachverhaltsgestaltung ausgegangen werden, wenn der Verein seine Satzung zwar so formuliert, dass die Vereinszweckbestimmungen dem allgemeinem Sprachgebrauch nach die Voraussetzungen von Gemeinnützigkeitstatbeständen erfüllen, er aber im gleichen Atemzug rechtliche Verpflichtungen eingeht, die mit diesen Tatbeständen unvereinbar sind.

Von einer Unangemessenheit in diesem Sinne muss bei denjenigen Konfuzius-Instituten ausgegangen werden, die sich in den Vereinbarungen mit der chinesischen Seite verpflichtet haben, das chinesische Recht und insbesondere das Regelwerk Constitution and By-Laws of the Confucius-Institutes einzuhalten. Denn das chinesische Recht und insbesondere dieses Regelwerk implizieren die Verpflichtung, die Arbeit der Konfuzius-Institute an der sozialistischen Kultur auszurichten. Das aber steht im Widerspruch zur geistigen Offenheit welche die hier in Rede stehenden Gemeinnützigkeitstatbestände voraussetzen.

Vermeiden lässt sich dieser Widerspruch nur, wenn in den Vereinbarungen über Errichtung und Arbeit der Konfuzius-Institute auf die Bindung an chinesisches Rechtsvorschriften überhaupt verzichtet oder jedenfalls in transparenter Form klargelegt wird, dass die in Vereinbarung und Satzung festgelegten Zwecke unabhängig von abweichenden chinesischen Rechtsvorschriften und Auffassungen in völliger geistiger Offenheit verfolgt werden. Überarbeitungen der Vereinbarungen wie sie offenbar in Bonn und Erlangen-Nürnberg im Gang sind, sollten diese steuerrechtlichen Anforderungen an die Gemeinnützigkeit in Rechnung stellen.

3. Geschäftsführung

Ob die tatsächliche Geschäftsführung das mit den einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbeständen verbundene Gebot der Zweckverfolgung in geistiger Offenheit wahrt, unterliegt der Beurteilung im Einzelfall.

Die auf Intervention chinesischer Stellen erfolgten Absagen von Autorenlesungen aus Werken, die sich kritisch mit dem chinesischen Staats- und Parteichef befassen, durch die Konfuzius-Institute Duisburg-Essen und Hannover verstießen offenkundig gegen dieses Gebot.

Dieser Verstoß wird auch nicht dadurch „geheilt“, dass die Veranstaltungen ersatzweise von den Hochschulen in eigener Verantwortung durchgeführt worden sind.⁴⁰ Denn für die steuerrechtlichen Tatbestände der Gemeinnützigkeit entscheidend ist allein die tatsächliche Geschäftsführung der Vereine selbst.

Andere Verstöße sind vielfach denkbar. So verletzt die Beschränkung des verwendeten Lehrmaterials auf solches mit bestimmter politischer Zielsetzung die geistige Offenheit. Gleiches gilt für die Auswahl des Lehrpersonals nach Kriterien der politischen Einstellung. Nicht zu vereinbaren mit geistiger Offenheit sind auch die zielgerichtete Aussparung bestimmter als politisch brisant eingeschätzter Themen aus der Projekt- und Programmplanung und die vorherige „Bereinigung“ kritischer Stellen in Publikationen vor deren Veröffentlichung.

Allerdings wäre es unverhältnismäßig, jeweils schon aus einem einzelnen Verstoß gegen das Gebot der Zweckverfolgung in geistiger Offenheit abzuleiten, dass der Verein nicht ausschließlich gemeinnützige Zwecke verfolgt, und ihm deshalb die Steuervergünstigung der Gemeinnützigkeit zu versagen. Lässt aber die tatsächliche Geschäftsführung erkennen, dass der Verein bereit ist, in Konfliktfällen die Wahrung der geistigen Offenheit der Ausrichtung am Aufbau der sozialistischen Kultur unterzuordnen, ist das Gebot der Zweckverfolgung in geistiger Offenheit verletzt.

V. Ergebnis

1. Die für die Konfuzius-Institute einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände setzen die Zweckverfolgung in geistiger Offenheit voraus. Mit dieser ist eine Ausrichtung der Arbeit der Institute am Aufbau einer sozialistischen Kultur unvereinbar.
2. Sind Konfuzius-Institute in ihren Vereinbarungen mit der chinesischen Seite zur Einhaltung chinesischer Regelungen verpflichtet, welche die Arbeit der Institute am Aufbau einer sozialistischen Kultur ausrichten sollen, steht das der Gemeinnützigkeit deshalb entgegen.

⁴⁰ Wittek, Stellungnahme der UDE, <https://www.uni-due.de/2021-10-25-stellungnahme-ude-absage-buchvorstellung-konfuzius-institut>, 25.10.2021, Abruf: 13.12.2021; WDR, Umstrittene Lesung über Chinas Präsidenten findet nun doch statt, <https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/duisburg-chinakritische-lesung-abgesagt-100.html>, 26.10.2021, Abruf: 13.12.2021.

3. Auch wenn die tatsächliche Geschäftsführung erkennen lässt, dass ein Institut bereit ist, in Konfliktfällen das Gebot der geistigen Offenheit der Ausrichtung an der sozialistischen Kultur unterzuordnen, muss das zur Versagung der Gemeinnützigkeit führen.

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

Matthias Ruffert

Keine Landeskompetenz für § 110 Abs. 6

Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG

(jeweils i.d.F. vom 25. September 2021)

Das Berliner Abgeordnetenhaus hat am 2. September 2021 ein neues Hochschulgesetz angenommen. Erst in der Ausschussberatung (und auch nach Anhörung der Berliner Universitäten) wurde ein neuer § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG in das Verfahren eingeführt.¹ Die Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin, Frau Prof. Dr.-Ing. Dr. Sabine Kunst, trat aufgrund der gesetzlichen Neuregelung von ihrem Amt zurück.² Die folgende verfassungsrechtliche Kurzstellungnahme wurde über die Pressestelle der Humboldt-Universität zu Berlin verbreitet.³ Die fragliche Vorschrift lautet:

(6) Mit einem wissenschaftlichen Mitarbeiter oder einer wissenschaftlichen Mitarbeiterin auf einer Qualifikationsstelle kann vereinbart werden, dass im Anschluss an das befristete Beschäftigungsverhältnis der Abschluss eines unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses erfolgen wird (Anschlusszusage), wenn die bei der Anschlusszusage festgelegten wissenschaftlichen Leistungen erbracht wurden und die sonstigen Einstellungs Voraussetzungen vorliegen. ²Sofern der wissenschaftliche Mitarbeiter oder die wissenschaftliche Mitarbeiterin bereits promoviert ist und es sich bei dem im Arbeitsvertrag genannten Qualifikationsziel um eine Habilitation, ein Habilitationsäquivalent, den Erwerb von Lehrerfahrung und Lehrbefähigung oder um sonstige Leistungen zum Erwerb der Berufungsfähigkeit gemäß § 100 handelt, ist eine Anschlusszusage zu vereinbaren.

I. Fragestellung und ihre Bedeutung

Hat das Land Berlin die Kompetenz zum Erlass von § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG (jeweils in der ab dem 25. September 2021 geltenden Fassung)?

Die Frage ist nicht nur abstrakt relevant. Grundrechtseingriffe – wie hier in die in Art. 5 Abs. 3 GG verankerte Hochschulautonomie – sind nur durch formell verfassungskonforme Gesetze zu rechtfertigen.⁴ Verstößen die betreffenden Normen des BerlHG gegen die bundesstaatliche Kompetenzordnung, könnte daher neben einer abstrakten Normenkontrolle auch eine Verfassungsbeschwerde erfolgreich sein, sofern die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bezogen auf den konkreten Beschwerdeführer erfüllt sind.

II. Bundeskompetenz für Befristungsregelungen in der Hochschule

1. Grundsätze der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit dem Bund durch das Grundgesetz keine Gesetzgebungsbefugnisse verliehen werden. Die Kataloge der Art. 73 und 74 GG sowie die sonstigen grundgesetzlichen Bestimmungen zur föderalen Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen gehen von einer vollständigen, abschließenden Kompetenzverteilung entweder auf den Bund oder auf die Länder aus. „Auch wenn die Materie eines Gesetzes Bezug zu verschiedenen Sachgebieten aufweist, die teils dem Bund, teils den Ländern zugewiesen sind, besteht deshalb die Notwendigkeit, sie dem einen oder anderen Kompetenzbereich zuzuweisen.“⁵ Auf diese Weise „wird der Kompetenzbereich der Länder daher grundsätzlich durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt.“⁶ Aus der in Art. 30 und Art. 70 Abs. 1 GG verwendeten Regelungstechnik ergibt sich keine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der

1 Das parlamentarische Verfahren ist abrufbar unter <https://par-dok.parlament-berlin.de/portala/browse.tt.html> zur Drs. 18/3818.
2 <https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/oktober-2021/nr-211026-1>.
3 <https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/november-2021/nr-21111>.
4 Allg. M. Prägnant: *Hufen*, Staatsrecht II, 7. Aufl. 2018, § 34, Rn. 26: „Nur vom zuständigen Gesetzgeber erlassene Gesetze können die

Wissenschaftsfreiheit einschränken.“
5 BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20, NJW 2021, 1377, Rn. 81 (Berliner Mietendeckel) unter Rückgriff auf st. Rspr.
6 BVerfG (Fn. 5), Rn. 82. BVerfGE 135, 155 (196), worauf sich das BVerfG bezieht, verdeutlicht, dass dies auch im Hinblick auf das „Hausgut“ der Länder gilt (konkret: Kultur).

Länder.⁷ Es kommt also darauf an, ob es eine Bundeskompetenz gibt, die einer landesrechtlichen Regelung wie in § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG entgegensteht.

1. „Arbeitsrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Gebiet des Arbeitsrechts. Wenn es sich bei § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG um arbeitsrechtliche Regelungen handelt, steht dem Land Berlin die Befugnis zur Gesetzgebung nur dann zu, wenn der Bund von dieser Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Weitere Einschränkungen der Bundeszuständigkeit (Art. 72 Abs. 2 und 3 GG) bestehen nicht.

Der Begriff des „Arbeitsrechts“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist – wie durchweg die in Art. 73 und 74 GG genannten Materien – als unbestimmter Rechtsbegriff der Auslegung nach den allgemeinen Regeln der Verfassungsinterpretation zugänglich.⁸ Nach allgemeiner Meinung erfasst dieser Begriff alle Regelungen, die auf Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bezogen sind, mithin den gesamten Bereich des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts; auf die Zuordnung zur Privatwirtschaft oder zum öffentlichen Dienst kommt es nicht an.⁹ Das BVerfG hat dementsprechend zahlreiche arbeitsrechtliche Einzelregelungen diesem Kompetenztitel zugeordnet.¹⁰

„Die Zuordnung einer gesetzlichen Regelung zu einem Kompetenztitel von ... Art. 74 GG ... erfolgt anhand ihres (unmittelbaren) Regelungsgegenstands¹¹, ihrer Wirkungen und Adressaten sowie des Normzwecks¹². Ob sich eine Regelung unter einen Kompetenztitel subsumieren lässt, hängt davon ab, ob der dort genannte Sachbereich unmittelbar oder lediglich mittelbar Gegenstand dieser Regelung ist.¹³ Für dessen Ermittlung ist der sachliche – auch aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Regelung im jeweiligen Gesetz zu ermittelnde – Gehalt einer Regelung und nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung maßgebend.¹⁴ Eine gesetzliche Regelung ist – ihrem Hauptzweck entsprechend – dem Kompetenztitel zuzuordnen, den sie speziell und nicht

(lediglich) allgemein behandelt¹⁵, wobei die Regelung in ihrem – kompetenzbegründenden – (Gesamt-)Sachzusammenhang zu erfassen ist.“¹⁶ Der Normzweck ergibt sich „regelmäßig aus dem – durch Auslegung zu ermittelnden – objektivierten Willen des Gesetzgebers“¹⁷. Dieser ist mit Hilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, das heißt anhand des Wortlauts der Norm, ihrer systematischen Stellung, nach Sinn und Zweck sowie anhand der Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte, wobei sich diese Methoden nicht gegenseitig ausschließen, sondern ergänzen. Keine unter ihnen hat einen unbedingten Vorrang vor der anderen.¹⁸ Nicht entscheidend sind allerdings die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder Einzelner ihrer Mitglieder.¹⁹

Nach diesen Maßstäben handelt es sich sowohl bei § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG als auch bei § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG dem Wortlaut nach um arbeitsrechtliche Regelungen. Sie regeln das Verhältnis zwischen der Hochschule und ihren Arbeitnehmern, bei § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG zwischen der Hochschule und der konkreten Gruppe der promovierten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Die Regelungen wirken sich unmittelbar auf die Rechtsverhältnisse der jeweils von ihr betroffenen (wissenschaftlichen) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus. Der Anspruch auf eine Anschlusszusage bzw. das Verbot der sachgrundlosen Befristung ist nicht nur mittelbarer Reflex einer Regelung mit anderem Regelungsgegenstand.

Darauf, dass diese Regelung im Berliner *Hochschulgesetz* getroffen wird, kommt es nach den beschriebenen verfassungsgerichtlich festgelegten Maßstäben nicht an. Nach ihrem erkennbaren Regelungszweck geht es der Regelung auch nicht um eine Reform der Struktur wissenschaftlichen Arbeitens an den Hochschulen, sondern unmittelbar um die Veränderung der Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Mittelbaus, also um Arbeitsrecht, nicht um Hochschulrecht. Die Entstehungsgeschichte macht dies besonders deutlich. Das Gesetz setze „... noch einen besonderen Akzent ... im Bereich der *guten Arbeit*: durch Entfristung nach der Promotion.“ Durch diese unmittelbare Veränderung der Arbeitsbe-

7 BVerfG (Fn. 5), Rn. 82. Das BVerfG kehrt hier endgültig von einer zuletzt 1976 in BVerfGE 42, 20 (28) vertretenen Rechtsprechung ab.

8 BVerfG (Fn. 5), Rn. 99.

9 Statt aller *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 7. Aufl. 2018, Art. 74, Rn. 101.

10 Aufzählung bei *Oeter* (Fn. 9).

11 BVerfG (Fn. 5), Rn. 104 m.w.N.

12 BVerfG (Fn. 5), Rn. 104 m.w.N.

13 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N.

14 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N.

15 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N. zum Schrifttum.

16 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N. zum Schrifttum.

17 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106.

18 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106 m.w.N.

19 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106 m.w.N.

dingungen Promovierter entstände Berlin ein Vorteil im Wettbewerb um den wissenschaftlichen Nachwuchs.²⁰ Bereits die Senatsvorlage für das Abgeordnetenhaus enthält folgende Passage:²¹

„Gute Arbeitsbedingungen sind ein wichtiger Garant für ertragreiche Arbeitsprozesse und zufriedenstellende Arbeitsergebnisse. Wichtige Verabredungen zum Thema gute Arbeit an den Berliner Hochschulen wurden bereits in den aktuellen Hochschulverträgen für die Jahre 2018 bis 2022 getroffen. Im 14. Gesetz zur Änderung des Berliner Hochschulgesetzes wurden im Jahr 2017 bereits wichtige Weichenstellungen gesetzt, um eine verbesserte Grundlage für eine verlässliche Personalentwicklung in den Berliner Hochschulen sowie gute Beschäftigungsbedingungen zu schaffen. Allerdings bestehen auch im Bereich des Personalwesens weitere Änderungsbedarfe.“

Zur seinerzeit generell vorgeschlagenen optionalen Anschlusszusage führt die Begründung des Senats aus:²²

„Für diese an das Modell des Tenure-Track (s. § 102c) angelegte Regelung besteht im Bereich des Hochschularbeitsrechts zwar kein zwingender gesetzgeberischer Regelungsbedarf. Der Gesetzgeber will mit dieser neuen Regelung aber das Interesse daran unterstreichen, möglichst vielen befristeten Beschäftigten frühzeitig Perspektiven für eine Dauerbeschäftigung aufzuzeigen, soweit seitens der Hochschule ein solcher Bedarf gesehen wird und entsprechende Möglichkeiten bestehen.“

Die auf eine arbeitsrechtliche Regelung orientierte Zielrichtung des Gesetzgebers ist offenkundig. Auch für § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG gibt es an dieser Zuordnung keine Zweifel.

2. Umfang der Sperrwirkung

a) Grundsatz

Weil dem Land Berlin die Befugnis zur Gesetzgebung nur dann zusteht, wenn der Bund von dieser Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG), ist nunmehr in den Blick zu nehmen, wie weit die Gesetzgebung des Bundes im Bereich der befristeten Arbeitsverhältnisse im akademischen Mittelbau reicht.

„Macht der Bund von der konkurrierenden Gesetzgebung Gebrauch, verlieren die Länder gemäß

Art. 72 Abs. 1 GG das Recht zur Gesetzgebung in dem Zeitpunkt („solange“) und in dem Umfang („soweit“), in dem der Bund die Gesetzgebungskompetenz zulässigerweise in Anspruch nimmt (sog. Sperrwirkung). Soweit die Sperrwirkung reicht, entfällt die Gesetzgebungskompetenz der Länder²³. Die Sperrwirkung verhindert für die Zukunft den Erlass neuer Landesgesetze und entzieht in der Vergangenheit erlassenen Landesgesetzen die Kompetenzgrundlage, sodass sie nichtig sind beziehungsweise werden. ... In sachlich-inhaltlicher Hinsicht reicht die Sperrwirkung so weit, wie der Bundesgesetzgeber eine erschöpfende, also lückenlose und abschließende Regelung getroffen hat beziehungsweise treffen wollte.“²⁴

b) § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG

Befristete Arbeitsverhältnisse sind bundesrechtlich in § 14 TzBfG geregelt. Die Vorschrift ist gemäß § 1 Abs. 2 WissZeitVG auf wissenschaftliches Personal ausdrücklich anwendbar. Zulässig sind befristete Arbeitsverhältnisse nach dieser Bestimmung nur, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind (§ 14 Abs. 1 TzBfG). In den Absätzen 2, 2a und 3 des § 14 TzBfG regelt der Bundesgesetzgeber abschließend die Fälle, in denen eine sachgrundlose Befristung zulässig ist, einschließlich von Abweichungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien. Der Bundesgesetzgeber hat insofern von seiner Kompetenz abschließend Gebrauch gemacht. § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG schließt sachgrundlose Befristungen generell aus. „Ein deutliches Anzeichen dafür, dass eine landesrechtliche Bestimmung einen Bereich betrifft, den der Bundesgesetzgeber geregelt hat, liegt vor, wenn ihr Vollzug die Durchsetzung des Bundesrechts beeinträchtigt und dieses nicht mehr – zumindest nicht mehr vollständig – oder nur verändert angewandt und sein Regelungsziel lediglich modifiziert verwirklicht werden kann.“²⁵ Genau dies ist hier der Fall: Indem nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG sachgrundlose Befristungen auch in den Fällen der § 14 Abs. 2, 2a und 3 TzBfG nicht mehr möglich sind, wird das beschriebene bundesrechtliche Regelungsschema durchbrochen.

c) § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG

Befristete Arbeitsverträge an Hochschulen sind bundesrechtlich im WissZeitVG geregelt. Dessen § 1 verweist

²⁰ Abgeordnetenhaus von Berlin, 18. WP, Plenarprotokoll der 83. Sitzung vom 2. September 2021, S. 9852 (Abg. Czyborra) – dort Zitat mit Hervorhebung von Verf. – sowie S. 9855 (Abg. Schulze). Ähnlich auch die Einbringung in den Ausschuss durch die Abg. Czyborra, <https://www.youtube.com/watch?v=8hehY-C-gt4&list=PLgqUxMeOmFH3dxbD-zR7kbuaJbeB9SWD&index=36> ab min 39:14.

²¹ Drs. 18/3818 vom 8.6.2021; Vorblatt, S. 3.

²² Drs. 18/3818 vom 8.6.2021; Vorblatt, S. 202. Hervorhebung von Verf.

²³ BVerfG (Fn. 5), Rn. 87 ff. m.w.N. auch zum Schrifttum.

²⁴ BVerfG (Fn. 5), Rn. 92 m.w.N.

²⁵ BVerfG (Fn. 5), Rn. 106, sowie bereits in BVerfGE 102, 99 (115) – Abfallgesetz NRW.

für den Abschluss von Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit (befristete Arbeitsverträge) mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal (außer Hochschullehrer) an staatlichen Hochschulen des Landesrechts auf die §§ 2, 3 und 6 des Gesetzes. Diese Normen regeln im Wesentlichen die Befristungshöchstdauer. Bundesrechtlich ist – mit Modifikationen im Einzelnen – die Befristung bis zu sechs Jahre vor der Promotion und bis zu weitere sechs Jahre nach der Promotion möglich, § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG. Für längere Zeiträume kann wissenschaftliches Personal nur unbefristet eingestellt werden.

Ziel der Befristungsregelungen des WissZeitVG ist es, die Erneuerungsfähigkeit der an den Hochschulen betriebenen Lehre und Forschung sicherzustellen.²⁶ Die Begründung für die 1985 in das Hochschulrahmengesetz (HRG) aufgenommenen §§ 57a ff., die nach der Föderalismusreform I in das WissZeitVG übertragen wurden²⁷, verweist wörtlich auf „den laufenden Zustrom junger Wissenschaftler und Ideen“ und darauf, zu verhindern, dass ohne diesen Zustrom „die Forschung erstarren würde“.²⁸ Vorgehende Generationen dürften die Stellen nicht blockieren, sondern das nachrückende Personal müsse die Chance haben, in den universitären Wissenschaftsbetrieb zu gelangen. Dieses gesetzgeberische Ziel kann jedoch nicht erreicht werden, wenn allen promovierten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern eine Anschlusszusage gemacht werden muss. Sie sind dann im Anschluss an die befristete Beschäftigung unbefristet zu beschäftigen. Auch hierdurch tritt der Fall ein, dass der Vollzug einer landesrechtlichen Regelung die Durchsetzung des Bundesrechts beeinträchtigt und dieses mindestens nicht mehr vollständig oder nur verändert angewandt werden kann bzw. dass sein Regelungsziel modifiziert wird. Auch hier fehlt es mithin an einer Landeskompetenz.

Die klare Zielsetzung der bundesgesetzlichen Regelung verhindert es auch, sie als eine Mindestregelung anzusehen, die einer strengeren Regelung durch den Landesgesetzgeber zugänglich wäre.²⁹ „Strenger“ im Sinne der bundesgesetzlichen Regelung wäre letztlich eine noch größere Flexibilität bei Befristungen.

Das klare Ziel der bundesrechtlichen Regelung steht auch einer Argumentation entgegen, die darauf abstellte, dass § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG die Befristungsregelung nach dem WissZeitVG formaliter nicht berührt, sondern

nur den Zeitraum nach Ablauf der Beschäftigungsfrist betrifft.³⁰ Nach Ablauf einer befristeten Qualifikationsstelle erhalten zwar nur diejenigen Beschäftigten die zugesagte unbefristete Stelle, die die Voraussetzungen dafür erfüllen. Die Einrichtung von Qualifikationsstellen erfolgt aber gerade mit dem Ziel, die Voraussetzungen durch Qualifikation zu erfüllen, so dass die weit überwiegende Zahl der promovierten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Lage sein werden, von der Anschlusszusage Gebrauch zu machen. Damit kommt die befristete Einstellung mit Anschlusszusage einer unbefristeten Einstellung in der Wirkung insofern gleich, als die Erneuerung des Personals in der Wissenschaft mit dem Ziel der Dynamisierung von Forschung und Lehre, wie sie das WissZeitVG erstrebt, nicht mehr möglich wäre. Vorhandene Stellen würden von Personen blockiert, die von ihrer Anschlusszusage Gebrauch gemacht haben. Verschärfend käme mit Blick auf die Intention des Bundesgesetzgebers, die Qualität von Forschung und Lehre zu steigern, hinzu, dass insbesondere solche wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die nicht im Anschluss an die hierfür grundsätzlich befähigende Habilitation auf eine Professur berufen würden, weil es stärkere Bewerberinnen und Bewerber gibt, die Anschlusszusage zur Absicherung des eigenen Lebensunterhalts ausnutzen würden. Das konkretisierte Sinn und Zweck der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung.

III. Ergebnis

Dem Land Berlin fehlt die Kompetenz für den Erlass von § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG. Die gesetzliche Bestimmung ist unwirksam und insoweit auch keine taugliche Grundlage für Grundrechtseingriffe. Auch für § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG besteht keine Landeskompetenz.

Professor Dr. Matthias Ruffert hat an der Humboldt-Universität zu Berlin den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht inne.

26 Zum folgenden auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 173/21 S. 7 f.

27 Zur Erläuterung *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschafts-

zeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479.

28 BT-Drs. 10/2283, S. 6 sub 1.

29 BVerfG (Fn. 5), Rn. 91.

30 Zum folgenden Deutscher Bundestag (Fn. 23), S. 8.

Manfred Löwisch und Viktor Kurz

Neues Bundespersonalvertretungsgesetz: Relevanz für das Personalvertretungsrecht der Hochschulen der Länder

Kurz vor Ende der Legislaturperiode hat der 19. Bundestag ein neues Bundespersonalvertretungsgesetz (BPerVG) beschlossen.¹ Dieses enthält auch für das Personalvertretungsrecht der Länder und damit für deren Hochschulen relevante Änderungen, denen im Folgenden nachgegangen wird.

I. Aufhebung der Rahmenvorschriften

Bislang enthielt das BPersVG in seinem Teil 2 „Personalvertretungen in den Ländern“ in einem ersten Abschnitt Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung (§§ 94 bis 106). Die Rahmenvorschriften hatten nach der Föderalismusreform des Jahres 2006 wegen des Wegfalls der bis dahin in Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG enthaltenen Kompetenz des Bundes zur Rahmengesetzgebung für den öffentlichen Dienst der Länder ihre Rechtsgrundlage nur noch in der Übergangsvorschrift des Art. 125 a Abs. 1 GG. Sie galten als Bundesrecht fort, konnten aber durch Landesrecht ersetzt werden. Diese Rahmenvorschriften hat das neue BPersVG aufgehoben. Nach § 131 sind sie aber übergangsweise bis zum 31. 12. 2024 weiter anzuwenden, sofern sie nicht bis dahin durch Landesrecht ersetzt werden.

Die Aufhebung stellt klar, dass ab 1. 1. 2025 die Landesgesetzgeber ihr Personalvertretungsrecht *frei von Vorgaben des BPersVG* gestalten können. Insbesondere müssen dann auch ohne Tätigwerden des Landesgesetzgebers diejenigen Rahmenvorschriften nicht mehr beachtet werden, denen, wie § 98 Abs. 2 über die gemeinsame Wahl und § 102 Abs. 2 über den gerichtlichen Ausschluss einzelner Mitglieder, der Charakter einer Vollregelung zugemessen worden ist.² Den Rahmenvorschriften

kommt dann auch nicht mehr der Charakter einer Auslegungshilfe zu.

Gebunden sind die Landesgesetzgeber freilich an das Grundgesetz, insbesondere Art. 9 Abs. 3 GG und an die Landesverfassungen. Sehen diese, wie Art. 37 Abs. 1 der Verfassung des Landes Hessen, die Errichtung gemeinsamer Vertretungen der Angestellten, Arbeiter und Beamten der Behörden vor, kann das Landesspersonalvertretungsrecht nicht auf die Errichtung einer Vertretung verzichten oder eine bestimmte Gruppe, etwa die Beamten, von dieser ausnehmen.

Die Aufhebung hat auch zur Folge, dass die Rahmenvorschriften nicht mehr, wie bisher gemäß Art. 31 GG, zur Nichtigkeit ihnen entgegenstehender Vorschriften der Landespersonalvertretungsgesetze führen.³ Freilich leben solche entgegenstehenden Vorschriften am 1.1.2025 nicht einfach wieder auf, sondern müssen vom Landesgesetzgeber neu beschlossen werden.⁴

Nach § 95 Abs. 1 Hs 2 BPersVG konnten die Länder für die Bildung von Personalvertretungen in Dienststellen, die *wissenschaftlichen Zwecken* dienen, besondere Regelungen vorsehen. Das ist in weitem Umfang geschehen.⁵ Die für solche Regelungen vorgeschriebene Beachtung von § 104 BPersVG entfällt. Die Landesgesetzgeber brauchen insoweit nicht mehr eine Regelung anzustreben, wie sie im BPersVG für die Personalvertretungen in Bundesbehörden festgelegt ist. Auch kann in diesem Bereich die Etablierung einer unabhängigen Einigungsstelle in Mitbestimmungsfragen unterbleiben.

Unberührt bleibt auf der anderen Seite das vom BVerfG aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitete und bislang in § 104 Satz 3 BPersVG kodifizierte Verbot, Entscheidungen die wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt

1 Gesetz vom 9. Juni 2021, BGBl I 1614.

2 Dazu *Richardi/Dörner/Weber* in BPersVG, Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2020, § 98 Rn. 13; *Altwater* in BPersVG, Kommentar für die Praxis, 10. Aufl. 2019, § 94 Rn 8.

3 Siehe insoweit zur derzeitigen Rechtslage *Altwater* aaO § 94 Rn 14.

4 Vgl. BVerfGG 4. 6. 1969, 2 BvR 173, NJW 1969, 1806, 1807; BVerfG 19. 12. 2017, 1 BvL 3/14, NJW 2018, 361, Rn 234.

5 Nachweise bei *Altwater* aaO § 95 Rn 15a f.

sind, wie die in personellen Angelegenheiten der Beamten, in der Gestaltung von Lehrveranstaltungen im Rahmen des Vorbereitungsdienstes und in organisatorischen Angelegenheiten, den der Volksvertretung verantwortlichen Stellen zu entziehen.⁶

Auch die Rahmenvorschrift des § 97 BPersVG entfällt. Die Länder können eine von ihren gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung des Personalvertretungsrechts durch *Tarifvertrag oder Dienstvereinbarung* zulassen. Eine entsprechende Regelung könnte sich an § 3 BetrVG orientieren. Insbesondere könnte entsprechend § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zugelassen werden, dass durch Tarifvertrag andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen bestimmt werden. So könnte in Abweichung von der Dienststellendefinition des betreffenden Landespersonalvertretungsgesetzes für einzelne Bereiche, etwa die verschiedenen Kliniken eines Universitätsklinikums, die Bildung eigener Personalvertretungen zugelassen werden.

§ 106 BPersVG bestimmt bislang, dass zur gerichtlichen Entscheidung in Personalvertretungssachen die *Verwaltungsgerichte* berufen sind. Nach Wegfall dieser Vorschrift am 31. 12. 2024 greift an sich § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, nach dem in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Doch ermöglicht § 40 Abs. 1 Satz 2 die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts, zu denen personalvertretungsrechtliche Streitigkeiten gehören, an eine andere Gerichtsbarkeit. Den Ländern steht es also offen, alle oder einen Teil personalvertretungsrechtlicher Streitigkeiten den Arbeitsgerichten zuzuweisen.

II. Aufhebung unmittelbar geltender Vorschriften

Auch die unmittelbar geltenden Vorschriften des § 107 S. 1 über das Behinderungs-, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot und des § 109 BPersVG über die Unfallfürsorge für in einer Landespersonalvertretung tätige Beamte (für welche die früher in Art. 74a Abs. 1 GG enthaltene Kompetenz des Bundes zur konkurrierenden Gesetzgebung in der Föderalismusreform weggefallen ist) werden aufgehoben, sind aber nach § 131 BPersVG n.F. bis zum 31. 12. 2024 weiter anzuwenden.

Landespersonalvertretungsgesetze enthalten schon bislang eigene Behinderungs-, Benachteiligungs- und

Begünstigungsverbote.⁷ In den anderen Ländern ist die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Landespersonalvertretungsgesetze angezeigt. Insbesondere das dem Schutz der Unabhängigkeit dienende Begünstigungsverbot lässt sich mit Vorschriften außerhalb des Personalvertretungsrechts nicht begründen.

III. Aufrechterhaltung unmittelbar geltender Vorschriften

Die bisher in § 108 Abs. 1 und 2 sowie in § 107 Satz 2 in Verbindung mit § 9 BPersVG enthaltenen Vorschriften über den Schutz von Organmitgliedern, Wahlvorständen und Wahlbewerbern bei außerordentlichen Kündigungen, über die Unwirksamkeit von Kündigungen bei fehlender Beteiligung des Personalrats und über die Übernahme Auszubildender, welche Mitglied des Personalrats sind, werden aufrechterhalten. Sie sind nunmehr in § 127 Abs. 1, § 128 und § 127 Abs. 2 in Verbindung mit § 56 BPersVG n.F. enthalten. Die Aufrechterhaltung hat ihre Grundlage in der Auffassung, dass es sich um Vorschriften des Kündigungsrechts als Teil des Arbeitsrechts handelt, für welches dem Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nach wie vor konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zukommt.⁸

Auch in Zukunft bedarf also die außerordentliche Kündigung von Organmitgliedern, Wahlvorständen und Wahlbewerbern grundsätzlich der Zustimmung der zuständigen Personalvertretung, die aber gerichtlich ersetzt werden kann. Dagegen ist der durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz⁹ in Gestalt der Einfügung eines Absatzes 3a in § 15 KSchG eingeführte Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, die eine Betriebsratswahl vorbereiten, nicht auf Beschäftigte erstreckt worden, welche gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 BPersVG n.F. die Initiative zur Einberufung einer Personalversammlung ergreifen, die einen Wahlvorstand wählen soll.

Unabhängig von den Regelungen der Landespersonalvertretungsgesetze bleibt es weiter dabei, dass eine ohne die vorgeschriebene Anhörung des Personalrats ausgesprochene ordentliche oder außerordentliche Kündigung unwirksam ist. Zweifelhaft geblieben ist allerdings, ob auch das Unterbleiben der in manchen Landespersonalvertretungsgesetzen vorgeschriebenen Anhörung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu dessen Unwirksamkeit führt, wie das etwa § 74 Abs. 3 LPersVG NRW vorsieht. Der Aufhebungsver-

6 BVerfG 24.5.1995, 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574.

7 Ilbertz/Widmaier/Sommer in BPersVG, Rechtswissenschaften und Verwaltung, 14. Auflage 2018, § 8 vor Rn 1; Altvater/Nöll aaO, § 107 Rn 5 und § 8 Rn 23.

8 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 19/26820 S. 147; BAG 27. 6. 2019, 2 AZR 28/19, NZA 2019, 1343 Rn 24.

9 Art. 2 des Gesetzes vom 14. 6. 2021, BGBl I 1762.

trag ist, wie § 623 BGB zeigt, ebenso wie das Kündigungsrecht Teil des bundesrechtlichen Arbeitsrechts. Weder § 128 BPersVG n.F. noch eine andere bundesrechtliche Regelung ordnen aber die Unwirksamkeit von Aufhebungsverträgen bei mangelnder Anhörung des Personalrats an. Deshalb liegt es nicht fern, in § 128 BPersVG n.F. eine abschließende Regelung der Frage zu sehen, in welchen Fällen die Nichtbeachtung eines Anhörungsrechts des Personalrats zur Unwirksamkeit einer das Arbeitsverhältnis beendenden Maßnahme führt.

Unverändert bestehen bleibt der Anspruch Auszubildender, welche Mitglied des Personalrats sind, auf Übernahme nach erfolgreicher Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Die ins Einzelne gehende Regelung ist nunmehr in § 56 BPersVG n.F. enthalten.

IV. Fazit

Das neue BPersVG trägt mit der Aufhebung der Rahmenvorschriften für die Landespersonalvertretungsgesetze den Vorgaben der Föderalismusreform für das

Recht des öffentlichen Dienstes der Länder abschließend Rechnung.

Es ist Aufgabe der Länder, den gewonnenen Freiraum für eigene Regelungen des Personalvertretungsrechts auch für Universitäten, andere Hochschulen und für öffentlich-rechtlich organisierte Universitätskliniken zu nutzen.

Die Hochschulen selbst haben nach wie vor die jetzt in § 127 Abs. 1, § 128 und § 127 Abs. 2 in Verbindung mit § 56 BPersVG neu enthaltenen, in der Sache unverändert gebliebenen unmittelbar geltenden Vorschriften über den Schutz von Wahlbewerbern und Organmitgliedern bei außerordentlichen Kündigungen, über die Unwirksamkeit von Kündigungen bei fehlender Beteiligung des Personalrats und über die Übernahme von Auszubildenden, die Mitglied des Personalrats sind, zu beachten.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht. Viktor Kurz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschul-arbeitsrecht.

Philipp Overkamp und Miriam Tormin

Staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur Förderung des Teilens von Forschungsdaten*

Übersicht

I. Hintergrund

II. Staatliche Verhaltenssteuerung

1. Das „Ob“ der Förderung als politische Entscheidung im Rahmen des Rechts

2. Das „Wie“ der Förderung aus der Steuerungsperspektive

a) Verschiedene Steuerungsmodi

b) Der Umfang der Offenlegung

c) Grundrechtsverhältnisse

III. Direkte Steuerung: Die Rechtspflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten

1. Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern

2. Vereinbarkeit mit der Wissenschaftsfreiheit

IV. Indirekte Steuerung der Förderung des Datenaustauschs

1. Informationsmaßnahmen und Empfehlungen

2. Nennung der Datenquelle und Anerkennung für Open-Data-Praktiken

3. Exklusive Open-Science-Datenbanken

4. Data-Sharing als Standardeinstellung im Förderantrag mit Opt-Out-Option

5. Data-Sharing als Entscheidungskriterium bei der Fördermittelvergabe

a) Grundrechtliche Relevanz

b) Steuerungswirkung

c) Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

V. Fazit

I. Hintergrund

Die Open-Science-Bewegung verlangt zunehmend von Forschern¹, dass sie ihre den publizierten Forschungsergebnissen zugrundeliegenden Daten bereitstellen und zugänglich machen. Während der Austausch solcher Daten in einigen Disziplinen – etwa in den Biowissenschaften – schon vergleichsweise weit verbreitet ist, steckt das Data-Sharing in vielen Forschungsbereichen noch in den Kinderschuhen.² Das ist aus wissenschaftspolitischer Sicht misslich: Eine bessere Verfügbarkeit von Forschungs(roh)daten erhöht die Chance auf neue Erkenntnisse durch andere Wissenschaftler, die auf schon existierende Daten zurückgreifen können und deren Kapazitäten nicht durch langwierige neuerliche Datenerhebung gebunden werden.³ Insbesondere die SARS-CoV-2-Pandemie hat gezeigt, welches Beschleunigungspotential das Teilen von Forschungsdaten birgt: Der Austausch von Forschungsdaten trug erheblich zur schnellen Entwicklung der Impfstoffe bei.⁴

Data-Sharing folgt der Idee eines nachhaltigen, ressourcenschonenden Umgangs mit Fördergeldern und Forschungsdaten.⁵ Bereits generierte Informationen können miteinander verknüpft, im Rahmen der Anschlussforschung nachgenutzt und durch andere Forscher mittels Replikations- oder Reproduktionsstudien

* Hervorgegangen aus dem interdisziplinären Forschungsprojekt DATABLIC (<https://www.nct-heidelberg.de/forschung/nct-core-services/nct-epoc/research/datablic.html>), gefördert vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, Projektleitung Dr. Schickhardt, dem die Verfasserin Tormin angehört. Es handelt sich um eine Aufbereitung des Vortrags „Staatliche Steuerung zur Förderung des Austauschs von Forschungsdaten. Ethische Gesichtspunkte und rechtliche Grenzen“, den Tormin (Teilprojekt Recht unter der Leitung von Prof. Fehling, Bucerius Law School) mit Dr. Wendelborn (Teilprojekt Ethik) bei den E-Science-Tagen am 5.3.2021 hielt. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 30.11.2021 aufgerufen.

1 Die im Text verwendete männliche Form umfasst als generisches Maskulin ausdrücklich alle Geschlechter.

2 Für die Biomedizin etwa ist das Teilen von Daten bereits besonders verbreitet im Unterschied zu anderen Disziplinen, vgl. Fecher/Friesike/Hebing, What drives academic data sharing?,

PLOS ONE 2015,1, 13 f.; Corti/van den Eynden, The importance of managing and sharing research data, in: dies./Bishop/Woollard, Managing and Sharing Research Data 2, Auflage, 2019, S. 1, 6; Tal-Socher/Michal/Ziderman, Data sharing policies in scholarly publications, Prometheus 36/2 (2020), 116, 119 f., 129.

3 Zur Bedeutung der Daten für den wissenschaftlichen Fortschritt Tenopir et al., Data sharing, management, use, and reuse: Practices and perceptions of scientists worldwide, PLOS ONE 15/3 (2020), 1, 2, 23.

4 Bundesministerium für Finanzen, Deutscher Aufbau- und Resilienzplan, 2021, S. 335; Cassata, Here's how it was possible to develop COVID-19 vaccines so quickly, Health Line, 11.3.2021, <https://www.healthline.com/health-news/heres-how-it-was-possible-to-develop-covid-19-vaccines-so-quickly>.

5 Ola, Fundamentals of open access, European Intellectual Property Law 2014, 112, 117.

überprüft werden,⁶ was dem Problem geschönter Daten und ergebnisorientierter Forschung⁷ entgegenwirkt. Dieses hängt mit dem sog. publication bias zusammen, der beschreibt, dass ein Thema vor allem wegen seiner guten Publikationsaussichten erforscht wird, wobei (vermeintliche) Ausreißer mitunter außenvorgelassen werden. So versuchen einige Wissenschaftler, Negativergebnisse zu vermeiden, da diese seltener von Verlagen veröffentlicht werden.⁸ Renommierete Fachzeitschriften wie *Nature* oder *Science* wollen dem entgegenwirken, indem sie das Teilen der den Publikationen zugrundeliegenden Daten voraussetzen.⁹

Auch Forschungsförderorganisationen – unter anderem die *Bill & Melinda Gates Foundation*, die *United States National Institutes of Health* und der *European Research Council* – haben eigene Data-Policies,¹⁰ in denen sie ihren Geförderten das Teilen der Daten in einem Repositorium vorschreiben. Das neue Förderprogramm

der Europäischen Union, *Horizon Europe*, verlangt ebenfalls, die im Rahmen des geförderten Projekts generierten Daten bereitzustellen.¹¹

Damit der Forschungsstandort Deutschland in der europäischen und transnationalen Forschung „wettbewerbsfähig“ bleibt, müssen die Potentiale verfügbarer und miteinander verknüpfbarer Daten¹² auch hierzulande ausgeschöpft werden. Noch gibt es nur wenige Vorgaben zum Data-Sharing, die über unverbindliche Empfehlungen¹³ hinausgehen. Es besteht erheblicher Nachholbedarf.¹⁴ Mittlerweile ergeben sich zumindest aus der Datenstrategie der Bundesregierung eine Reihe von Maßnahmen, die die Vernetzung und den Ausbau von Infrastrukturen fördern und eine „innovative und verantwortungsvolle Datennutzung“ steigern sowie „Datenkompetenzen erhöhen und [eine] Datenkultur etablieren“ sollen.¹⁵ Das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat – auch schon vor Erlass der Datenstrate-

- 6 Fecher/Friesike/Hebing/Linek, A reputation economy: how individual reward considerations trump systematic arguments for open access to data, Palgrave Communications 2017, 1, 2 f.
- 7 Hesselmann, Die Bestrafung wissenschaftlichen Fehlverhaltens, 2020, S. 13.
- 8 FitzGerald/Hurst, Implicit bias in healthcare professionals: a systematic review, BMC Medical Ethics 2017, 1, 2 f., 14 f.; Mlinarić/Horvat/Smolčić, Dealing with the positive publication bias: why you should really publish your negative results, Biochem Med 2017, 1, 2, 5.
- 9 Springer Nature, Reporting standards and availability of data, materials, code and protocols, 2019, <https://www.nature.com/nature-portfolio/editorial-policies/reporting-standards>; zum abgestuften System von Springer Nature, 2021, <https://www.springernature.com/gp/authors/research-data-policy/research-data-policy-types>; Science Journals, Editorial policies, 2021, <https://www.science.org/content/page/science-journals-editorial-policies>. Beide Verlagsgruppen haben zudem die Statements “Sharing research data and findings relevant to the novel coronavirus (COVID-19) outbreak”, 2020, <https://wellcome.org/press-release/sharing-research-data-and-findings-relevant-novel-coronavirus-ncov-outbreak> und “On data sharing in public health emergencies”, 2016, <https://wellcome.org/press-release/statement-data-sharing-public-health-emergencies> unterzeichnet.
- 10 Bill & Melinda Gates Foundation, Open Access Policy, 2020 Nr. 3, <https://www.gatesfoundation.org/about/policies-and-resources/open-access-policy>; NIH, Policy for Data Management and Sharing, 2020, <https://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-OD-21-013.html>; NIH, Genomic Data Sharing Policy, https://os.od.nih.gov/wp-content/uploads/NIH_GDS_Policy.pdf; NIH, Grants Policy Statement, I-49, <https://grants.nih.gov/grants/policy/nihgps/nihgps.pdf>; European Research Council, Open Research Data and Data Management Plans, https://erc.europa.eu/sites/default/files/document/file/ERC_info_document-Open_Research_Data_and_Data_Management_Plans.pdf. Auch

- in europäischen Ländern setzen sich Förderorganisationen für Data-Sharing ein, so z.B. das britische *Wellcome Trust*, der *United Kingdom Research Council* und sein *Medical Research Council* sowie die niederländische *Organisation for Scientific Research* (NWO). Zur bedeutenden Rolle von Förderern in diesem Prozess Wallach/Boyack/Ioannidis, Reproducible research practices, transparency, and open access data in the biomedical literature, PLOS Biology 2018, 1, 2.
- 11 Die Forschungsdaten müssen nach dem Prinzip „as open as possible, as closed as necessary“ bereitgestellt werden, *Europäische Kommission*, Horizon Europe, 2021, S. 39, https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/programme-guide_horizon_en.pdf; Yotova/Knoppers, The right to benefit from science and its implications for genomic data sharing, European Journal of International Law 2020, 665, 671.
- 12 Hardwicke et al., An empirical assessment of transparency and reproducibility-related research practices in the social sciences (2014-2017), Royal Society Open Science 7/2 (2020), 1, 2.
- 13 So die Leitlinien der DFG, Leitlinien zur guten wissenschaftlichen Praxis, 2019, Leitlinie 13, 15, 17, https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche_rahmenbedingungen/gute_wissenschaftliche_praxis/kodex_gwp.pdf; DFG, Guidelines on the handling of research data, 2015, https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/grundlagen_dfg_foerderung/forschungsdaten/guidelines_research_data.pdf.
- 14 Grill, Tausende Studien nicht veröffentlicht, 4.7.2021, <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/medizinische-studien-101.html>.
- 15 Datenstrategie der Bundesregierung, Kabinettsfassung vom 27.1.2021, insb. S. 64 ff., <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/992814/1845634/45ae6da9554115398cc6a722abao8cb/datenstrategie-der-bundesregierung-download-bpa-data.pdf?download=1>.

gie – eine Reihe von Förderrichtlinien angeordnet, die den Geförderten vorschreiben, gewonnene Daten zu teilen.¹⁶

Untersucht wird davon anknüpfend den im Folgenden, welche staatlichen Möglichkeiten bestehen, Datenaustausch Vorschub zu leisten. Dabei geht es um Steuerungsmöglichkeiten innerhalb des nationalen Rechts. Es kommen unterschiedliche Data-Sharing-Instrumente des Gesetzgebers und der Wissenschaftsverwaltung in Betracht, die sich hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit sowie der mit ihnen verbundenen (verfassungs-)rechtlichen Herausforderungen teils erheblich unterscheiden. Dabei wird insbesondere untersucht, wann die Eingriffsschwelle erreicht ist. Grundrechtsdogmatische Einzelheiten zu den verschiedenen Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit einschließlich der Bedeutung guter wissenschaftlicher Praxis bleiben dabei einer anderen Publikation vorbehalten.¹⁷

Data-Sharing im hier verstandenen Sinne meint, dass Wissenschaftler die im Rahmen ihrer Forschung genutzten Daten aufbereiten und zu Reproduktions-, Replikations- oder Anschlussforschungszwecken verfügbar machen. Das betrifft einerseits die in der Publikation verwendeten Daten, andererseits aber auch die „nebenbei“ erhobenen Daten, die nicht in absehbarer Zeit zur Grundlage einer Veröffentlichung gemacht werden sollen. Der Zugang zu den Daten kann, muss aber nicht durch Open-Access-Formate gewährt werden. Der Beitrag beschränkt sich auf den rechtlichen Umgang mit Rohdaten, bei denen sich in der Regel keine datenschutz- und urheberrechtlichen Probleme ergeben.¹⁸ Derartige Fragen werden deshalb ausgeklammert.

II. Staatliche Verhaltenssteuerung

1. Das „Ob“ der Förderung als politische Entscheidung im Rahmen des Rechts

Bei der näheren Betrachtung staatlicher Steuerungsansätze stellt sich auf abstrakter Ebene zunächst die Frage nach dem rechtlichen Rahmen der Förderentscheidung. Muss der Staat den Datenaustausch fördern, oder besteht – im anderen Extrem – ein kategoriales verfassungsrechtliches Verbot, die Forscher in Richtung eines freigiebigeren Umgangs mit den erhobenen Datensätzen zu lenken? Beides beraubte den Gesetzgeber seiner grundsätzlichen Handlungsflexibilität. Jedoch bietet das übergesetzliche Recht keinen Anlass für solch absolute Schlüsse.

Determinierende Vorgaben des Unions- oder Völkerrechts lassen sich nicht ausmachen. Zwar schützt auch Art. 13 Satz 1 GRC die Freiheit der akademischen Forschung. Dies gilt aber ausweislich des Art. 51 Abs. 1 GRC i.V.m. Art. 179 ff. AEUV nur für Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union oder für nationale Institutionen bei der Durchführung des Unionsrechts. Die erste Variante betrifft auch die Forschungsförderorganisationen der Europäischen Union, etwa den *European Research Council*, deren Handeln nicht Gegenstand dieses Beitrags ist. Die zweite Variante erlaubt – trotz fortbestehender Irritationen über die Reichweite dieser Einschränkung – im Bereich des Wissenschaftsrechts regelhaft nur dann eine Anwendung der Charta, wenn eine wissenschaftliche Maßnahme zugleich unionsrechtlich überformte Materien betrifft.¹⁹ Davon kann bei der noch recht vage formulierten und

16 In der „Richtlinie zur Förderung von Projekten zur Beschleunigung der Transformation zu Open Access“ müssen die erhobenen Daten spätestens sechs Monate nach Abschluss des Projekts geteilt werden, Bundesanzeiger vom 17.6.2020, Punkt 6. Die Zuwendung nach der „Richtlinie zur Förderung von Projekten zum Thema Aktuelle und historische Dynamiken von Rechtsextremismus und Rassismus“ wird ebenfalls von der Bereitschaft zum Zugänglichmachen der Daten abhängig gemacht, Bundesanzeiger vom 24.6.2021, Punkt 2. Nach der „Förderrichtlinie zur Förderung von Forschungsprojekten zu ethischen, rechtlichen und sozialen Aspekten der Neurowissenschaften“ vom 6.10.2021 sollen alle Originaldaten gem. Punkt 4 zugänglich und langfristig gesichert werden.

17 *Fehling/Tormin*, Das Teilen von Forschungsdaten zwischen Wissenschaftsfreiheit und guter wissenschaftlicher Praxis, *WissR* 2022 (im Erscheinen).

18 Das Datenschutzrecht greift nur, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden, vgl. Art. 2 Abs 1 DSGVO. Bei Rohdaten der Grundlagenforschung handelt es sich aber größtenteils nicht um personenbezogene Daten. Das Urheberrecht ist nur einschlägig, wenn die Daten eine gewisse schöpferische Höhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG erreichen, z.B. nachdem sie textuell verarbeitet wurden. Bei Rohdaten ist das gerade nicht der Fall.

19 So lag der Fall etwa beim ungarischen Hochschulgesetz, s. EuGH, Urt. v. 6.10.2020, Az. C 66/18, Rn. 22 ff.

Umsetzungsspielraum erlaubenden Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 10 Abs. 1 Open-Data-Richtlinie, die offene Zugänglichkeit öffentlich finanzierter Forschungsdaten im Sinne der FAIR-Prinzipien²⁰ durch „einschlägige Maßnahmen“ zu unterstützen, nicht gesprochen werden. Jedenfalls ergibt sich bei einem deutschen Umsetzungsakt angesichts des grundgesetzlichen Schutzniveaus weder der Bedarf noch die rechtliche Notwendigkeit eines Rekurses auf Art. 13 Satz 1 GRC.²¹

Zur Konkretisierung trägt auch die EMRK nicht bei. Ihr weit zu verstehender Art. 10 umfasst zwar auch die Freiheit der wissenschaftlichen (Meinungs-)Äußerung und mithin wissenschaftliche Publikationstätigkeiten.²² Die allgemein gehaltene Kommunikationsfreiheit hat aber einen rein abwehrrechtlichen Charakter, der keinen staatlichen Förderauftrag beinhaltet und keine derart absoluten Aussagen zur Wissenschaftspolitik erlaubt.²³

Aus der grundgesetzlichen Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ergibt sich ein Auftrag, wonach der Staat den Betrieb der Wissenschaft grundsätzlich ermöglichen muss, was sich unter anderem in der staatlichen Unterhaltung und Finanzierung von Hochschulen äußert.²⁴ Eine pauschale Pflicht, spezifische Informationen bereitzustellen – um nichts anderes handelt es sich bei den gegenständlichen Datensätzen – folgt daraus aber nicht, zumal ein unzureichender Datenaustausch die Effizienz der Forschung an sich beeinträchtigen mag, einer ergiebigen Forschungstätigkeit aber nicht kategorial entgegensteht. Wenngleich in Einzelfällen ein auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gestützter Informationsanspruch individueller Wissenschaftler, die auf den Erhalt eines

Datensatzes angewiesen sind, abgeleitet wird,²⁵ verpflichtet das Grundrecht den Staat nicht dazu, situationsunabhängig die Menge der allgemein verfügbaren Forschungsdaten über den Kreis der bereits zugänglichen Daten hinaus zu erhöhen.²⁶

Freilich ist es der öffentlichen Hand aber auch nicht grundsätzlich verwehrt, das Bereitstellen von Daten zu fördern und entsprechende Instrumente zu implementieren. Zwar kann einem staatlich erzeugten Offenlegungsdruck die Forschungsfreiheit der Datenerheber gegenüberstehen. Dies gilt aber zum einen ersichtlich nicht für jeden, gegebenenfalls nur niedrighwelligen Anreiz zum Datenaustausch (etwa für bloße Empfehlungen). Zum anderen lassen sich auch eingriffsintensivere Förderinstrumente, wie ökonomische Anreize mittels Fördervorgaben, unter Umständen rechtfertigen.

Demnach ist schon das „Ob“ der staatlichen Förderung des Datenaustauschs im Wissenschaftsbereich keine determinierte juristische Vorgabe, sondern eine politische Entscheidung. Den staatlichen Entscheidungsträgern – seien es der Gesetzgeber oder staatliche Forschungsförderorganisationen – steht insoweit ein Gestaltungsspielraum zu. Bei der rechtlichen Kontrolle kommt es daher auf die konkrete Art der Nutzung dieses Spielraums an.

2. Das „Wie“ der Förderung aus der Steuerungsperspektive

Der Gesetzgeber hat die Wahl zwischen einer Vielzahl an unterschiedlichen Förderinstrumenten und -strategien. Dabei kann die Rechtswissenschaft aus der Steuerungs-

20 Detaillierte Erklärung der Prinzipien unter *Wilkinson/Dumontier/Mons/et al.*, The FAIR guiding principles for scientific data management and stewardship, *Scientific Data* 3 (2016), Nr. 160018.

21 Freilich ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG grds. vorstellbar, dass der europäische Grundrechtsschutz dann ergänzend Berücksichtigung findet. Dass mit der Heranziehung des europäischen Grundrechts in diesem Fall aber ein veränderter „Grundrechtstandard“ in Form einer Schutzverstärkung durch europäisches Recht einherginge, ist nicht ersichtlich. An den in der Entscheidung zum Recht auf Vergessen I (E 152, 152, 180 f.) geforderten Anhaltspunkte für ein „Mehr“ an Schutz durch Berücksichtigung der Charta fehlt es daher gerade. Für eine aktuelle Zusammenfassung der Geltung der Grundrechtecharta gegenüber den Grundrechten des Grundgesetzes *Pryeßlein*, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta?, *EuR* 2021, 247 ff. Vgl. aber allg. dazu, dass die in der Charta gewährleistete Wissenschaftsfreiheit bei Einflussnahme auf die Forschungsförderung dem Grunde nach betroffen ist, *Ruffert*, in: *Calliess/ders.*, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 13 GRC Rn. 12 f. 22 EGMR, Urt. v. 28. 10. 1999 (GK), Az. 28396/95 – *Wille* /. *Liechtenstein*, Z. 8, 36 ff.; *Grabenwater/Pabel*,

Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 14.

23 Zum Vgl. der spezifischen Verbürgung von Kunst- und Wissenschaftsfreiheit im GG mit der allg. Kommunikationsfreiheit der EMRK *Grote/Wenzel*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, Kapitel 18 Rn. 32.

24 *Ruffert*, *Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, *VVdStRL* 65 (2006), 146, 183 f.; *Gärditz*, in: *Maunz/Dürig*, 88. EL 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 259.

25 Einer im Einzelfall zu einem Informationszuganganspruch verdichteten Förderpflicht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zustimmend *Gärditz* (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 267; *Hevers*, *Informationszugangsansprüche des forschenden Wissenschaftlers*, 2015, S. 85 ff.; *Schoch*, *IFG Kommentar*, 2. Aufl. 2016, Einl. Rn. 71. Einen Anspruch auf Zugang zu wissenschaftlichen Zwecken benötigten Informationen aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ablehnend, *BVerwGE* 121, 115, 130; *Bizer*, *Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung*, 1992, S. 70 ff.; *Gurlit*, *Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, *DVBl.* 2003, 1119, 1122; *Starck/Paulus*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 489.

26 Vgl. *BVerwGE* 121, 115, 130.

perspektive²⁷ mit einer über die dogmatische Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehenden Analyse von Zusammenhängen und Wechselwirkungen des Rechts dienen, um zu beantworten, wie Recht gestaltend als Steuerungsinstrument eingesetzt werden kann.²⁸ Recht und staatliches Handeln – gleich ob es mit Geboten, Verboten oder bloßen Anreizen operiert – wird dabei als Form der Verhaltensbeeinflussung begriffen, die darauf abzielt, unerwünschtes Verhalten zu unterbinden und erwünschtes Verhalten – hier die Bereitstellung von Forschungsrohdaten – herbeizuführen. Im Zuge dessen müssen jene Aspekte berücksichtigt werden, die sich einerseits auf die rechtlichen Voraussetzungen einer Maßnahme auswirken („Bis zu welcher Intensität ist ein Förderanreiz noch nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu rechtfertigen?“), andererseits aber auch die Zweckmäßigkeit der Maßnahme betreffen. So ist etwa ein rechtlich unverbindlicher Appell, Daten offenzulegen, unter grundrechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch und nach hiesiger Auffassung nicht einmal als Eingriff zu qualifizieren.²⁹ Doch hinsichtlich der Effektivität der Zielerreichung – in der Steuerungsdebatte wird von „Treffsicherheit“ gesprochen³⁰ – ist eine solche Maßnahme oft kaum ergiebig, weil der damit zusammenhängende Verhaltensanreiz nicht besonders intensiv ausgeprägt ist. Das wiederum spricht für eine eingriffsintensivere, gegebenenfalls sogar ordnungsrechtliche Maßnahme. In der Sache kann der Staat hier auf einen ganzen „Instrumentenkasten“ zurückgreifen.

a) Verschiedene Steuerungsmodi

Die steuerungsorientierte Rechtslehre unterscheidet bei der Typisierung unterschiedlicher Instrumente grundlegend zwischen direkter und indirekter Steuerung.³¹ Trotz Abgrenzungsschwierigkeiten im Detail lässt sich

die direkte Verhaltenssteuerung als unmittelbar und imperativ geltender Verhaltensbefehl verstehen, der sein Regelungsziel zwar typischerweise treffsicher erreicht, aber aus Sicht der Adressaten auch von erheblicher Eingriffsintensität geprägt ist.³² Dem steht die heterogene Gruppe indirekter Instrumente gegenüber, die sich als informationelle, finanzielle oder organisatorische Anreizinstrumente³³ verstehen lassen oder sich – in Form des Nudgings³⁴ – verhaltenspsychologischer Erkenntnisse zur Steuerung bedienen.

Eine direkte Steuerung liegt etwa vor, wenn eine Rechtspflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten Wissenschaftler mit den Mitteln des Ordnungsrechts zwänge, Rohdaten aus einem Projekt freizugeben. Eine solch einschneidende, imperative Lösung wird vor allem aus Gründen der juristischen Maßstababildung näher betrachtet (III.). Sie ist – das sei vorweggenommen – von einigen Sonderfällen abgesehen kaum realistisch.³⁵ Deutlich wahrscheinlicher ist eine indirekte Steuerung, die Anreize zur Offenlegung der Daten schafft, ohne ein entgegengesetztes Verhalten zu verbieten. Maßgebliches Scharnier für eine solche Form der Verhaltensbeeinflussung ist die Forschungsförderung. Daran anknüpfend kann beispielsweise die Gewährung von Fördergeldern mit dem Zugänglichmachen von Forschungsrohdaten verbunden werden.

b) Der Umfang der Offenlegung

Vor der Wahl eines konkreten Instrumentes muss allerdings die Vorfrage beantwortet werden, welche Daten überhaupt geteilt werden sollen. Betrifft das Data-Sharing nur die Informationen, die bereits in eine Veröffentlichung eingeflossen sind, oder wird ein weitergehender Ansatz gewählt, bei dem sämtliche erhobene Daten adressiert werden? Der erste Fall würde die Forscher

27 Allg. zur Steuerungsperspektive *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders., Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. 2012, § 1; Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz: Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2001, S. 24 ff.; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004, S. 18 ff. Der Konzeption gegenüber kritisch Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung, Beiheft 12, 2017, 105. Dagegen Fehling, Die „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Problem oder Lösung, Die Verwaltung, Beiheft 12, 2017, 65.

28 Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 38.

29 Dazu sogleich unter IV.1.

30 Für den Bereich des Umweltrechts Lübbe-Wolff, Instrumente des

Umweltrechts, NVwZ 2001, 481, 483.

31 So etwa Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 42 f.

32 Freilich lässt sich kein pauschaler Freiheitsvorteil indirekter Instrumente ausmachen, vgl. für das Verhältnis ökonomischer und ordnungsrechtlicher Steuerung insoweit Overkamp, Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht, 2020, S. 148 ff.

33 Grundlegend Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 120 ff.

34 Zurückgehend auf die Arbeiten von Sunstein/Thaler, Nudge, 2008; s. aus rechtswissenschaftlicher Perspektive etwa Purnhagen/Reisch, „Nudging Germany“?, ZEuP 2016, 629 ff.; Wolff, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, RW 2015, 194 ff. Dazu unter IV.4.

35 Vgl. für eine Open-Access-Publikationspflicht Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, 179, 182.

geringer belasten, weil sie weniger Daten aufbereiten und bereitstellen müssten. Dann aber bliebe zum einen das Problem geschönter Datensätze bestehen, da die Datenvorauswahl des Forschers maßgeblich für den Umfang der Offenlegung bleibt. Zum anderen können gerade auch diese Daten Zweitnutzer bei deren Anschlussforschung unterstützen, beispielsweise wenn sie einen Versuch nachbilden wollen. Im Sinne eines größtmöglichen wissenschaftlichen Fortschritts sollten daher möglichst alle potentiell relevanten Daten offengelegt werden. Deshalb geht der Beitrag im Folgenden von einem derart weitgehenden Ansatz des Data-Sharing aus. Das soll jedoch nicht unterschlagen, dass auch eine verhaltenere Förderpolitik möglich ist. Dafür könnte neben der geringeren Belastung der Forscher auch der erhebliche technische Aufwand und Speicherbedarf streiten, der mittelbar wiederum Umweltbelastungen verursacht.³⁶

Ferner bedarf es einer Entscheidung darüber, wem die geteilten Daten überhaupt zugänglich sein sollen. Auch hier gibt es verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten, die von Restricted-Access-Modellen (etwa beschränkt auf die jeweilige Disziplin oder die Scientific Community) bis hin zu einer Bereitstellung für die breite Öffentlichkeit in einem Open-Access Repository reichen. Der aus dem Förderauftrag der Wissenschaftsfreiheit erwachsende Informationszugangsanspruch von Wissenschaftlern gebietet dabei zumindest einen Zugang für jene, die ein wissenschaftliches Nutzungsinteresse plausibilisieren können.³⁷ Dagegen ist eine Beschränkung des Zugangs für jene, die sich nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können, unproblematisch. Auch der Ausschluss der Industrieforschung vom Datenzugang dürfte rechtlich nicht zu beanstanden sein.³⁸

c) Grundrechtsverhältnisse

Bei Erlass eines Gesetzes, das sich unmittelbar an die Forschenden richtet, entsteht ein klassisches zweipoliges

Grundrechtsverhältnis zwischen dem grundrechtsverpflichteten Staat und den grundrechtsberechtigten Adressaten. Ein mehrpoliges Verhältnis kann sich dagegen bei der Einschaltung von Förderorganisationen ergeben: Entweder indem diese Organisationen selbstständig Vorgaben an die Forscher machen, die sich um Fördermittel bewerben, oder aber, indem der Gesetzgeber den Förderorganisationen ein gewisses Vergabeprozess vorschreibt.

Die unmittelbar staatliche Forschungsförderung, wie sie seitens der Bundes- und Landesministerien betrieben wird, unterfällt Art. 1 Abs. 3 GG. Bei der Verteilung von Fördergeldern ist daher die Wissenschaftsfreiheit der Antragsteller zu beachten. Diese sind die unmittelbaren Steuerungsadressaten im zweipoligen Grundrechtsverhältnis.

Davon zu unterscheiden sind semi-staatliche Forschungsförderorganisationen³⁹ wie die *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG). Aufgrund der engen Verschränkung solcher privatrechtlich organisierter Vereine mit der staatlichen Sphäre – unter anderem sind ihre Mitglieder staatlich finanzierte Forschungseinrichtungen und die aufgewendeten Fördermittel stammen zum Großteil aus den Staatshaushalten – muss auch ihre Grundrechtsbindung bejaht werden.⁴⁰ Wenn sich also die DFG autonom entscheidet, entsprechende Vorgaben zu machen, hat sie die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG zu achten. Die Wissenschaftsfreiheit der Forscher bleibt der entscheidende Maßstab. Dagegen ändert sich die Tektonik der grundrechtlichen Belastung, wenn die DFG nur anderweitige staatliche Vorgaben, etwa ein entsprechendes Fördergesetz, umsetzt. Als „verlängerter Arm der Wissenschaft“ gilt sie nicht nur als grundrechtsverpflichtete Einrichtung, sondern zugleich auch als Trägerin des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, das sodann in die Prüfung einbezogen werden muss.⁴¹ Hier offenbart sich eine für die Wissenschaftsfreiheit typische „janusköpfige Grundrechtssituation“.⁴²

36 Einer aktuellen Studie zufolge werde der IKT-Sektor seinen Strombedarf bis 2030 um 50% erhöhen, ein beachtlicher Anteil davon entfalle auf Rechenzentren, *Simon*, EU-Beamter: „Kein Green Deal ohne digitale Technik, EURACTIV 3.11.2021, https://www.euractiv.de/section/digitale-agenda/news/eu-beamter-kein-green-deal-ohne-digitale-technik/?_ga=2.98753371.51477181870.1636376769-703534485.1601626179.

37 *Gärditz*, (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 266 ff.; s. auch IV.3.

38 Es ist nicht eindeutig geklärt, ob die Industrieforschung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG fällt (s. *Britz*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 22 m.w.N.). Überzeugend ist es aber, jedenfalls jene Tätigkeiten auszuklammern, die nicht auf die „Eigengesetzlichkeit der Wissenserzeugung“, sondern auf ökonomische Markt Vorteile jenseits des

Wissenschaftsbetriebes abzielt, s. *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 106 f.; anders aber etwa *Ruffert* (Fn. 24), S. 158 f.

39 *Fehling* (Fn. 35), S. 180.

40 *Fehling* (Fn. 35), S. 193.

41 Zur Doppelrolle der DFG *Fehling*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. 2004, Art. 5 Abs. 3 Rn. 141; *Fehling* (Fn. 35), S. 193. Einschränkung zum Grundrechtsschutz *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 256 f.: „Doch ist dieser Schutz gegenständlich auf solche Entscheidungen beschränkt, die unmittelbar mit der grundrechtlichen Funktion der Einrichtungen zusammenhängen.“

42 *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Rn. 19.

Kein grundrechtliches Problem zeitigt es, wenn die nicht dem Art. 1 Abs. 3 GG unterfallenden und nicht an Grundrechte gebundenen privaten⁴³ Förderer sich entschließen, auf eigene Initiative Veröffentlichungsvorgaben zu machen. Eine mit der Steuerung semi-staatlicher Förderorganisationen vergleichbare doppelte Grundrechtsbetroffenheit ergibt sich dagegen, wenn ein Gesetz entsprechend auf staatsferne, rein private Förderorganisationen einwirkt. Auch in diesem Fall stehen die Förderorganisationen als unmittelbar und direkt gesteuerte Adressaten neben den mittelbar gesteuerten Forschern.

Obgleich in vielen Fällen also nicht nur die Grundrechte der Forscher, sondern zugleich auch die Wissenschaftsfreiheit der Förderorganisationen betroffen sind, ist in der Regel die Rechtsposition der Wissenschaftler maßgeblich. Schließlich wiegt der Eingriff in die ureigene Forschungstätigkeit typischerweise schwerer als die (mittelbare) Beeinträchtigung eines Finanzierungsanliegens. Auch führt die grundrechtliche Betroffenheit verschiedenartiger Akteure durch eine staatliche Maßnahme nur in – hier nicht einschlägigen – Sonderfällen zu einer beachtlichen Kumulationswirkung, welche die Rechtfertigungsanforderungen erhöht.⁴⁴ Das schließt nicht aus, dass auch die Rechte der Forschungsförderorganisationen im Kontext der Data-Sharing-Förderung Wirkung entfalten. Etwa ist eine semi-staatliche Förderorganisation in Ausübung ihrer grundrechtlich verbürgten Autonomie nicht im vergleichbaren Maß auf die Existenz einer Ermächtigungsgrundlage angewiesen, wie das für nicht-grundrechtsberechtignte Verwaltungsstellen gilt.⁴⁵

III. Direkte Steuerung: Die Rechtspflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten

Die Grundrechtsdogmatik orientiert sich noch immer am klassischen Grundrechtseingriff durch Ge- und Verbote.⁴⁶ Nur in solchen Fällen lässt sich die für die Überprüfung des Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme entscheidende Wirkungsintensität typischerweise klar und eindeutig abschätzen, wohingegen die durch Anreizinstrumente verursachte Steuerungs-

wirkung diffuser und in ihrer Wirkweise schwerer zu antizipieren ist. Die Überprüfung eines hypothetischen ordnungsrechtlichen Gebots dient insoweit auch als Orientierungspunkt für die rechtliche Bewertung (niedrigschwelliger wirkender) Anreize.⁴⁷ Mit anderen Worten: Der klassische Eingriff wird zum Maßstab der indirekten Steuerung.⁴⁸ Deshalb soll die Betrachtung einzelner Instrumente mit Ausführung zur direkten Steuerung beginnen: Wäre also ein hypothetisches Gesetz rechtmäßig, das Wissenschaftlern pauschal vorschreibt, alle im Rahmen eines Forschungsprojektes erhobenen Rohdaten mit der Öffentlichkeit zu teilen?

1. Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern

Vorausgeschickt sei, dass die Kompetenz für eine solche Regelung bei den Ländern läge. Es handelt sich beim einschlägigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG („Förderung der wissenschaftlichen Forschung“) um einen Fall der Erforderlichkeitskompetenz.⁴⁹ Dabei ist die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse gemäß Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur einschlägig, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“⁵⁰ – was ersichtlich nicht den Austausch von Forschungsdaten betrifft. Die zweite Tatbestandsvariante, die Wahrung der Rechtseinheit, ist nur betroffen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass andernfalls die Funktionsfähigkeit des Rechtsraums gefährdet ist.⁵¹ Art. 72 Abs. 2 GG schafft gerade keine umfassende Bundeskompetenz zur Angleichung des Rechts. Zuletzt ist auch die Wahrung der Wirtschaftseinheit nach Var. 3 ersichtlich nicht einschlägig. Es zeigt sich, dass – trotz der oben benannten Bemühungen des Bundes – die Länder bei einer gesetzlichen Regelung der steuernde Akteur wären. Schon daraus ergibt sich, dass eine bundeseinheitliche, verwaltungsrechtliche Steuerung über die Anpassung von Forschungsfördermodalitäten (semi-)staatlicher Organisationen wahrscheinlicher ist: Letztlich dürften die Länder kein Interesse daran haben, den

43 Zur Abgrenzung privater und staatlicher Forschungsförderung *Classen* (Fn. 41), S. 139 ff.

44 Sog. horizontale Kumulationen, bei denen ein Gesetz die Freiheitssphären verschiedener Akteure betrifft, sind der rechtsstaatliche „Normalfall“ (s. *Lee*, Umweltrechtlicher Instrumentenmix und kumulative Grundrechtseinwirkungen, 2013, S. 97). Bei der Grundrechtsprüfung ist regelhaft die individuelle Wirkungstiefe und nicht -breite der Betroffenheit maßgeblich. Ausnahmen ergeben sich aber bspw. im Bereich der massenhaften und anlasslosen Datenerhebung, BVerfGE 120, 378, 430.

45 Dazu unter IV.5.b.

46 *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu Abschnitt I Rn. 79.

47 Vgl. *Overkamp* (Fn. 32), S. 148 ff.

48 *Starck* (Rn. 25), Art. 1 Rn. 265 m.w.N.

49 Dazu allg. *Knent*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 2020, Art. 72 Rn. 15 ff.

50 BVerfGE 106, 62, 144.

51 *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 76. EL 2015, Art. 72 Rn. 142.

eigenen Forschungsstandort durch föderal begrenzte, strikte Vorgaben zu schwächen.⁵²

2. Vereinbarkeit mit der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert als subjektives Abwehrrecht⁵³ einen Bereich abseits staatlicher Einflussnahme, in dem selbstverantwortlich und autonom wissenschaftliche Erkenntnisse erlangt und verbreitet werden können.⁵⁴ Es obliegt dem Wissenschaftler, wann er welche Daten in welchem Umfang wem wie verfügbar macht.⁵⁵ Spiegelbildlich schützt die negative Publikationsfreiheit das Recht, Erkenntnisse inklusive der hier gegenständlichen Rohdaten gerade nicht bereitstellen zu müssen.⁵⁶

Eine Pflicht zum Offenlegen von Daten berührt diese negative Publikationsfreiheit der Forscher. Ebenso sind die geschützte Forschungsarbeit und damit die allgemeine Wissenschaftsfreiheit betroffen: Die Rohdaten müssen in der Regel erst einmal so aufbereitet werden, dass sie geteilt und weitergenutzt werden können. Ohne den Ausgleich entstehender finanzieller Kosten und weitere (technische oder rechtliche) Unterstützung entsteht ein zusätzlicher freiheitsbelastender Mehraufwand, der selbst dann als Eingriff wirkt, wenn die Entscheidung über das Datenteilen dem Forschenden an sich gleichgültig ist.

Auf der anderen Seite streiten eine Reihe legitimer Zwecke für eine solche Maßnahme: Die objektiv-rechtliche Komponente der Wissenschaftsfreiheit selbst verlangt vom Staat, für einen funktionsfähigen und effizienten Wissenschaftsbetrieb zu sorgen.⁵⁷ Der Staat hat Rahmenbedingungen zu schaffen, die innovative Forschung ermöglichen,⁵⁸ wobei er innerhalb seiner Einschätzungsprärogative eigenständig Entwicklungen anstoßen kann, die nach seiner Auffassung der Effizienz der Wissenschaft in der Bundesrepublik zugutekommen.⁵⁹ Dazu zählt auch vermehrtes Data-Sharing.

Daneben kommt je nach Einzelfall auch anderen Verfassungsbestimmungen Bedeutung zu: Der Aus-

tausch von Daten aus der medizinischen Grundlagenforschung kann der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechen. Weiterhin kann der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG Rechnung getragen, insbesondere wenn im Bereich des Tierschutzes Ergebnisse aus Tierversuchen infolge der Datenfreigabe wiederholt genutzt und neue Experimente auf Kosten des Tierwohls vermieden werden können.⁶⁰

Trotz dieser Argumente ist zumindest eine pauschale Pflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten nicht mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Letztlich ist der Schutz der freien Entfaltung der Wissenschaftler vor übermäßiger staatlicher Einflussnahme auf den Modus ihrer Betätigung von erheblicher Bedeutung. Demgegenüber mag das Teilen von Forschungsdaten zwar Effizienzgewinne mit sich bringen und ist aus einer wissenschaftspolitischen Perspektive wünschenswert. Doch mitnichten wäre ohne staatliche Intervention zugunsten eines vermehrten Austauschs von Daten die Funktionalität des Wissenschaftsbetriebs an sich gefährdet. Zum einen funktioniert der Forschungsbetrieb auch ohne staatliche Bemühungen in diese Richtung und zum anderen werden Forschungsdaten zunehmend auch aus privater Initiative heraus geteilt. Die zur Rechtfertigung heranzuziehende objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit kann daher kaum so weit reichen, dass sie gegenüber der abwehrrechtlichen Komponente in Form der negativen Publikationsfreiheit überwiegt.

Anderes mag allenfalls in Einzelfällen gelten, in denen ganz bestimmte Daten in Rede stehen und erhebliche negative Konsequenzen drohen, wenn diese nicht geteilt werden. Denkbar ist eine solche Ausnahmekonstellation unter der Prämisse des Tierschutzes etwa für aus Tierversuchen gewonnenen Daten; ferner sind vor dem Hintergrund der Erfahrungen der Corona-Pandemie auch Offenlegungspflichten zugunsten dringender Gesundheitsforschung vorstellbar. Dabei liegt es nahe,

52 Vgl. allg. zur wichtigen Rolle von Förderern *Wallach/Boyack/Ioannidis* (Fn. 10), S. 2.

53 BVerfGE 90, 1, 11; *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Rn. 19; *Gärditz* (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 47.

54 BVerfGE 35, 79, 112 f.; 47, 327, 367 f.; 90, 1, 12; BVerwGE 102, 304, 307 f.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 103.

55 *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Rn. Wissenschaftsfreiheit 74; *Jarass* (Fn. 49), Art. 5 Rn. 138.

56 *Britz* (Fn. 38), Wissenschaftsfreiheit Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 26; *Gärditz* (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 103, 113; a.A. wohl *Dickert*, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 271 ff.; dagegen wiederum *Rieble*, in: Reuß/ders., Autorschaft als Werkherrschaft, 2010, S. 29, 53 f.

57 BVerfGE 93, 85, 95; vgl. *Britz* (Fn. 38), Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

58 Dabei sollten auch die gute wissenschaftliche Praxis und sog. Community-Standards berücksichtigt werden, dazu ausführlich *Fehling/Tormin* (Fn. 17), insb. unter III.

59 *Schmitt Glaeser*, Die Freiheit der Forschung, *WissR* 7 (1974), 107, 122 ff.; *Hailbronner*, Forschungsreglementierung und Grundgesetz, *WissR* 13 (1980), 212, 234 f.; *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Wissenschaftsfreiheit Rn. 45; *von der Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 47.

60 Das entspricht auch den der Tierversuchsrichtlinie 2010/63/EU zugrundeliegenden Erwägungen, s. Cornils, Reform des Europäischen Tierversuchsrechts, 2011, S. 7 ff., 21 ff.

die Forscher zumindest in notstandähnlichen Aufopferungssituationen für die entstehenden Mehrkosten und den Aufwand, der mit der Aufbereitung und Bereitstellung der Daten einhergeht, zu entschädigen.⁶¹

IV. Indirekte Steuerung der Förderung des Datenaustauschs

Während ordnungsrechtliche Verpflichtungen also nur in Ausnahmefällen einen rechtmäßigen Beitrag zur Förderung des Teilens von Forschungsdaten leisten können, sind eine Reihe indirekt wirkender Maßnahmen denkbar und wahrscheinlicher. Im Gegensatz zum vorstehend benannten Gesetz handelt es sich ganz überwiegend um Instrumente, die schon mittels Verwaltungshandelns, vor allem durch Maßnahmen der Forschungsförderorganisationen, implementiert und durchsetzbar sind.⁶²

1. Informationsmaßnahmen und Empfehlungen

Um die Bereitschaft Forschender zum Teilen ihrer Daten zu erhöhen, klären Förderorganisationen sowie Forschungseinrichtungen zunehmend über die Vorteile von Data-Sharing auf.⁶³ Soweit die Informationen und Empfehlungen von einer staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Stelle ausgehen, handelt es sich um eine Form indirekter Steuerung, wobei sich die Steuerungswirkung verstärkt, wenn die Ansprache und Empfehlung an einzelne Wissenschaftler individualisiert stattfindet. Zum einen sind die Adressaten der Materie gegenüber dann aufmerksamer, zum anderen erhöht Personalisierung den individuell empfundenen sozialen Druck.⁶⁴

Verfolgt die öffentliche Hand mit der Bereitstellung von Informationen das konkrete Ziel, Data-Sharing in der Wissenschaft zu fördern, handelt es sich um informationelle Verhaltenssteuerung.⁶⁵ Das gilt auch, wenn die Information mit Empfehlungen und/oder Werturteilen einhergeht. Eine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit in Form eines Grundrechtseingriffs durch diese Art der Steuerung ist allerdings erst dann gegeben, wenn sich das hoheitliche Informationshandeln dem Staat zurechenbar negativ auf den Schutzbereich auswirkt.⁶⁶ Das dürfte in aller Regel zu verneinen sein: Die Wissenschaftsfreiheit ist jedenfalls dann nicht tangiert, wenn die zuständige staatliche⁶⁷ Einrichtung faktenorientiert objektiv-nachvollziehbare Informationen unverzerrt ermittelt. Eine solche Informationstätigkeit kann es dem Empfänger mitunter überhaupt erst ermöglichen, eine fundierte, auf einer erweiterten Informationsgrundlage basierende Entscheidung zu treffen.⁶⁸

Doch auch wenn es sich um eine wertende Empfehlung ohne weitergehenden Informationsgehalt handelt, liegt nicht per se ein Eingriff vor. Es ist nicht schon schädlich, wenn der Staat ein spezifisches Verhalten als wünschenswert bezeichnet.⁶⁹ Das gilt auch im Bereich der Forschungsförderung, wo der Staat solche Prioritäten setzen darf, für die sich sachliche Gründe anführen lassen.⁷⁰ Grundrechte werden in der Regel erst tangiert, wenn damit auch eine (stigmatisierende) Herabsetzung jener Adressaten einhergeht, die der Verhaltensempfehlung nicht nachkommen.⁷¹ Das kann sich aus der Art ergeben, wie die Informationen vermittelt werden, beispielsweise wenn eine öffentliche Erwähnung mit Prangerwirkung stattfindet.⁷² Auch staatliches Handeln, das

61 Dabei handelt es sich um eine gemeinwohlorientierte Aufopferung, für die – unter weiteren Voraussetzungen – Entschädigungspflichten bestehen können, s. *Ossenbühl/Cornüls*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 124 ff., 140 f.

62 Auch solche Maßnahmen können sich aber als Grundrechtseingriff darstellen, für den es dann u.U. – wegen des Vorbehalts des Gesetzes – einer gesetzlichen Grundlage bedarf. S. dazu *Fehling* (Fn. 35), S. 200; sowie unter IV.5.c.

63 Das geschieht einerseits auf den offiziellen Webseiten, andererseits bei eigens initiierten Vorträgen und Workshops: *Deutsche Initiative für Netzwerkinformation*, Datenmanagementpläne zwischen Vorgaben der Förderer und Forschungspraxis, 18.3.2021; *European Open Science Cloud*, Symposium, 15.-17.6.2021; *Harvard University*, The open data assistance program, <https://projects.iq.harvard.edu/odap/benefits-sharing-data>; *Kompetenznetzwerk FDM an den Thüringer Hochschulen*, Thüringer FDM-Tage: Datendokumentation, 21.-25.6.2021; *Nationale Forschungsdaten Infrastruktur*, InfraTalk, 3.5.2021; *SPARC et al.*, Open Science FAIR, 20.-23.9.2021; *Universität Heidelberg*, E-Science-Tage: Share your research data, 4.-5.3.2021.

64 *Schuppert*, in: Schliesky et al., FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 291, 295; *Wolff* (Fn. 34), S. 209.

65 *Wolff* (Fn. 34), S. 209. Dazu allg. *Gusy*, in: GVwR II (Fn. 28), § 23.

66 Vgl. BVerfGE 105, 252, 273; 105, 279; 303; *Lenski*, Staatliches Informationshandeln als Grundrechtseingriff, ZJS 2008, 13, 14 f. Allg. zum erweiterten Eingriffsbegriff *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung als Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, 23 ff.; *Starck* (Rn. 25), Art. 1 Rn. 265 m.w.N.

67 Selbiges gilt auch, wenn die informierende Einrichtung nicht-staatlich ist, aber auf Veranlassung einer staatlichen Stelle tätig wird, s. BVerwG, NJW 2006, 1303, 1304.

68 So wurde auch in dem Glykol-Beschluss argumentiert, der hervorhob, dass Informationshandeln den Bürgern Orientierung biete und sie zur sachgerechten Bewältigung eines bestehenden Missstandes befähige, BVerfGE 105, 252 ff.; *Gusy*, in: GVwR II (Fn. 28), § 23 Rn. 101.

69 Vgl. allg. zur Grundrechtsrelevanz staatlichen Informationshandelns *Voßkuhle/Kaiser*, Informationshandeln des Staates, JuS 2018, 343; *Wolff* (Fn. 34), S. 217.

70 *Schmitt Glaeser* (Fn. 59), S. 122 ff.; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 18 (1985), 116, 133; *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Wissenschaftsfreiheit Rn. 45.

71 *Voßkuhle/Kaiser* (Fn. 69), S. 343; *Wolff* (Fn. 34), S. 217.

72 Vgl. zur Prangerwirkung im Lebensmittelsektor *Monsees*, Behördliches Informationshandeln im Lebensmittelbereich, S. 223 ff.

einen sogenannten Chilling-Effect auslöst, wäre dahingehend bedenklich:⁷³ Dabei entsteht bei den Wissenschaftlern der Eindruck, die Nicht-Befolgung der Empfehlungen verhindere eine Förderung. All dies scheint im hiesigen Fall jedoch eher fernliegend, wobei die Verhinderung des Chilling-Effects wiederum eine Herausforderung für die staatliche Kommunikation gegenüber der Wissenschaft ist, die Empfehlungen und Informationen aus Gründen der Transparenz deutlich von rechtlichen Pflichten abzugrenzen.

Letztlich sind die naheliegenden Formen informationeller Steuerung zugunsten von mehr Data-Sharing aus Sicht der Wissenschaftler grundrechtlich unproblematisch und greifen typischerweise nicht einmal in die Wissenschaftsfreiheit ein. Einer Ermächtigungsgrundlage für entsprechende Maßnahmen bedarf es deshalb in aller Regel nicht.⁷⁴

2. Nennung der Datenquelle und Anerkennung für Open-Data-Praktiken

Auch die zu erwartende öffentliche Anerkennung kann die Adressaten zu einem bestimmten Verhalten motivieren.⁷⁵ So dürfte die namentliche Benennung als Datenerheber für die Wissenschaftler wünschenswert sein und mithin als Anreiz für Data-Sharing wirken. Dies kann sich auch der Staat zunutze machen, indem er die Angabe der Quelle von durch Dritte generierte Daten zur Förderbedingung oder gar zur imperativen Rechtspflicht⁷⁶ erklärt. Ob hier aber tatsächlich nennenswerte Steuerungspotenziale liegen, ob also bislang ein erheblicher Teil der Wissenschaftler entgegen den Grundsätzen wissenschaftlicher Redlichkeit Daten ohne Quellenangabe zweitverwertet, darf bezweifelt werden. Auch wirken Peer-Review-Verfahren schon als internes Korrektiv.

Größeres Steuerungspotenzial dürften Ansätze haben, die auf eine Steigerung der öffentlichen und/oder wissenschaftsinternen Anerkennung für die Praxis des Data-Sharing abzielen. Dies kann beispielsweise durch die Stiftung von Auszeichnungen und Ehrentitel für besonderes Open-Science-Engagement erreicht werden. Derartige Anreize vermitteln Wertschätzung,⁷⁷ steigern die Reputation und beeinflussen so das Verständnis der Scientific Community von guter wissenschaftlicher Pra-

xis. Förderorganisationen und Forschungseinrichtungen könnten zum Beispiel von ihnen geförderte Wissenschaftler, die bereits besonders vorbildlich Daten teilen, auf ihrer Webseite hervorheben oder mit einem Open-Data-Award auszeichnen. Zudem kann ein Open-Science-Siegel die Data-Sharing-Mindeststandards einhaltenden Forschungsprojekte als solche ausweisen.

Als Grundlage des Ganzen ist ein Open-Science-Score denkbar, der unter anderem nachweist, in welchem Maße eine Person bisher Daten bereitgestellt hat.⁷⁸ All diese Ansätze sind als Formen reiner Leistungsgewährung grundrechtlich regelhaft unproblematisch, solange sie nicht mit einer Herabsetzung derer einhergehen, die keine oder wenige Daten teilen.

Problematisch wäre es in diesem Kontext unter Umständen, wenn der Open-Science-Score in einem Ranking öffentlich zugänglich ist. Dann könnte es zu der vorstehend erwähnten Prangerwirkung kommen, die die staatliche informationelle Verhaltenssteuerung in einen Grundrechtseingriff umschlagen lässt, der dann gerechtfertigt werden muss (wobei es freilich auf die Belastungsintensität der ganz konkreten Maßnahme ankommt). Dies kann vermieden werden, indem die Wissenschaftler frei entscheiden können, ob sie überhaupt in dem Score gelistet werden. Ebenso ist es möglich, nur die Spitzenplätze des Rankings zu veröffentlichen.

3. Exklusive Open-Science-Datenbanken

Eine deutlich weitergehende Möglichkeit der Privilegierung derjenigen Wissenschaftler, die zum Teilen von Forschungsdaten bereit sind, läge in der Bereitstellung von „Open-Science-Datenbanken“, die Forschungsdaten speichern, wobei nur diejenigen Zugang zu den Informationen erhielten, die selbst offen mit ihren Forschungsdaten umgehen. Dabei sind verschiedene Ausgestaltungen möglich: So kann etwa auf den vorstehend benannten Open-Science-Score zurückgegriffen werden, der auf das Data-Sharing Verhalten im Allgemeinen rekurriert. Um Nachweisprobleme im Einzelfall zu verhindern, könnte aber auch verlangt werden, dass Wissenschaftler die von ihnen erhobenen Daten just in dieser Datenbank bereitstellen. Letzteres vergrößerte die

73 Das BVerfG spricht dabei u.a. von Einschüchterungseffekten E 115, 166, 188; 125, 260, 332.

74 BVerfGE 105, 252 ff.; Gusy, Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, NVwZ 2015, 700, 701.

75 Sacksofsky (Fn. 28), § 40 Rn. 7.

76 Für ein Gesetz hätten wiederum die Länder die Kompetenz, s. III.1.

77 Vgl. Sacksofsky (Fn. 28), § 40 Rn. 25.

78 Der Score müsste den Grad der wissenschaftlichen Erfahrung

berücksichtigen und ob der Betroffene in einem Bereich arbeitet, in dem Data-Sharing üblich, sinnvoll und rechtlich zulässig ist. Der Score ließe sich versuchsweise in Rechenschaftsberichten und als eines von mehreren Kriterien – bei der Bewilligung von Forschungsförderanträgen einführen, etwa. Die Bedeutung des Open-Science-Scores für Auswahlentscheidungen könnte sukzessive erhöht werden, müsste aber nachrangig bleiben gegenüber originären Forschungsleistungen.

angebotene Menge an Daten und erhöhte so die Anreizwirkung.

Die Einrichtung und Organisation einer solchen nach dem do-ut-des-Prinzip funktionierenden, exklusiven Datenbank von staatlicher Seite, die groß genug ist, um für Forscher attraktiv zu sein, dürfte indes kaum mit der Wissenschaftsfreiheit vereinbar sein. Es handelt sich dabei um eine Steuerung mit erheblicher Eingriffstiefe. Denn hierbei würde der Staat im ureigensten und im Lichte der Wissenschaftsfreiheit hochsensiblen Bereich der Forschungstätigkeit selbst differenzieren und letztlich gezielt jene diskriminieren, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht zum Teilen ihrer Daten bereit sind. Das Beschränken des Zugangs zu ohnehin schon vorhandenen und aufbereiteten Daten hätte faktisch einen Sanktionscharakter. Dabei besteht ein Unterschied zu (den noch zu thematisierenden) unterstützenden finanziellen Anreizen für jene, die ihre Daten teilen: Forschungsfördergelder sind ohnehin nur begrenzt vorhanden und können nicht an alle ausgeschüttet werden. Der Zugang zu den Daten würde dagegen künstlich verknappt. Zwar mag argumentiert werden, es handele sich nicht um ohnehin frei verfügbare Daten, sondern um solche, die sich in einem Repositorium befinden, das eigens für Forscher eingerichtet wurde, die ihre Daten auch selbst teilen. Das lässt aber die aus Art. 5 Abs. 3 GG erwachsende Förderdimension außer Acht, die auch die Bereitstellung wissenschaftlicher Infrastrukturen und den Informationszugang erfasst.⁷⁹ Der Staat ist danach grundsätzlich verpflichtet, die in einem von ihm betriebenen Repositorium gesammelten Daten gegenüber Wissenschaftlern offenzulegen; eine abweichende Praxis ist zumindest rechtfertigungsbedürftig.⁸⁰ Dem staatlichen und grundrechtsgebundenen Betreiber der Datenbanken wäre es ein Leichtes, der Forschung im Allgemeinen durch den Zugang zu den aufbereiteten Daten Vorschub zu leisten. Der Nachteil, den die Forscher mit erschwertem Zugang zu Daten gegenüber anderen Forschern hätten, ist dabei nicht mit der objektiv-rechtli-

chen Komponente der Wissenschaftsfreiheit zu begründen, sondern schadete im Gegenteil eher der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems.⁸¹ Sollte die Datenbank ein Erfolg und der Zugang zu dieser eines Tages unverzichtbar sein, um überhaupt im jeweiligen Bereich zu forschen, könnten Wissenschaftler sogar einer faktischen Offenlegungspflicht ausgesetzt sein, da andernfalls eine sinnvolle Forschungstätigkeit unmöglich wird.⁸² Eine solche Wirkung ist aber, wie unter III. gezeigt, in ihrer Pauschalität nicht mit der Forschungsfreiheit in Einklang zu bringen.

Das verbietet freilich nicht jede steuernde Differenzierung. Angesichts des Anreizpotentials scheint eine Mittellösung erwägenswert: Das Open-Science-Repository könnte Nutzern, die selbst Daten teilen, bevorzugt und weniger bürokratisch Zugriff gewähren. Ihnen könnten beispielsweise Extradienste angeboten werden wie ein Recherche-Tool, das auch auf thematisch ähnliche Informationen hinweist. Den Nutzern, die selbst kein Data-Sharing betreiben, blieben solche Angebote verwehrt.⁸³

4. Data-Sharing als Standardeinstellung im Förderantrag mit Opt-Out-Option

Denkbar ist auch eine Klausel im (elektronischen) Formular für den Förderantrag, die vorschreibt, erhobene Rohdaten zu teilen, aber durch ein Opt-Out abbedungen werden kann. Dabei muss der Geförderte Auskunft geben, warum er seine Daten nicht teilen wird. Verlangt würde hierbei ein formales „comply or explain“, ohne dass die inhaltliche Überzeugungskraft der Erklärung überprüft wird.⁸⁴ Sofern dies von (semi-)staatlichen Förderorganisationen praktiziert, oder aber privaten gesetzlich vorgeschrieben wird, handelt es sich um indirekte Verhaltenslenkung der öffentlichen Hand in Form des Nudgings.

Eine solche verhaltensökonomische Steuerung implementiert keine Rechtspflicht, sondern macht sich den „Status-quo-Bias“ zunutze.⁸⁵ Danach bevorzugen För-

79 Vgl. Gärditz (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 266 ff.

80 *Mayen*, Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat, 1992, S. 136 ff.; *Greb*, Der Anspruch der Wissenschaft auf Überlassung und Nutzung (steuer-)statistischer Daten, Die Verwaltung 44 (2011), 563, 568.

81 Selbst wenn man eine solche Datenbank implementieren wollte, müsste jedenfalls berücksichtigt werden, dass es Forschende gibt, die nicht bereitstellungsfähige Daten erheben, weil ihrer Erhebung etwa ein gesetzliches Verbot entgegensteht oder weil ihre öffentliche Bereitstellung offenkundig ohne verallgemeinerungsfähigen Mehrwert ist. Auch gibt es Nachwuchswissenschaftler, die bislang noch keine Möglichkeit hatten, Daten verfügbar zu machen. In der Praxis dürfte es schwierig sein, ein entsprechend differenzierendes Zugangssystem umzusetzen.

82 Vgl. *Berg*, Informationelle Selbstbestimmung und Forschungs-

freiheit, CR 1988, 234, 237: „Zugangsverweigerung führt zu einem objektiven und absoluten Verbot freier, unabhängiger Forschung“; differenzierend *Mayen* (Fn. 80), S. 132 ff.

83 Vergleichbar ist das mit Apps, die ein kostenloses Basisangebot haben und den zahlenden Nutzern zusätzliche Leistungen anbieten.

84 Stelle man Anforderungen an die Rechtfertigung, käme dies einer Förderbedingung gleich, dazu unter IV.5.

85 *Thaler/Sunstein* (Fn. 34), S. 55 unter Verweis auf *Samuelson/Zeckhauser*, Status quo bias in decision making, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 (1988), 7 ff. S. auch *Korobkin*, in: *Sunstein*, Behavioral law and economics, 2000, S. 116, 118 ff.; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies: The endowment effect, loss aversion, and status quo bias, *The Journal of Economic Perspectives*, 5/1 (1991), 193, 197 ff.

deranwärter, bei der bestehenden Vertragsklausel zu bleiben, um vorerst keinen Aufwand mit der Erklärung zu haben. Die langfristigen Mehrbelastungen, die beim Data-Sharing auf sie zukommen, treten dabei in den Hintergrund. Zudem setzt die Standardklausel an die Veränderungssträgheit der Wissenschaftler an und beeinflusst ihr intuitives Entscheiden.⁸⁶ Darüber hinaus erzeugt eine voreingestellte Klausel zum Datenteilen sozialen Druck. Die Antragstellenden werden womöglich annehmen, die Vorgaben bilden den Standard guter wissenschaftlicher Praxis ab und die Förderorganisation erwarte von ihnen, diesen einzuhalten.

Freilich ist die Treffsicherheit einer solchen Maßnahme mit einigen Unsicherheiten behaftet. Sollen die eigenen Forschungsdaten öffentlich geteilt werden, könnte das Gefühl überwiegen, exklusive Zugriffsrechte zu verlieren. Zudem ist es für die Antragsteller regelmäßig bedeutend einfacher, begründet von der Voreinstellung abzuweichen als die Daten und Metadaten aufzubereiten, und zugänglich zu machen.

Eine Data-Sharing-Voreinstellung greift nicht zwangsläufig in Grundrechte ein.⁸⁷ Der Antragsteller kann frei entscheiden, ob er den Antrag mit oder ohne die Verpflichtung zum Teilen der Daten einreicht. Hängt die Förderzusage ersichtlich nicht von der Entscheidung ab und werden Gründe wie schierer Unwille zum Teilen der Daten akzeptiert, ist das Instrument als rein formale Opt-Out-Option grundrechtlich unproblematisch und entspricht in seiner Wirkung annähernd einer bloßen Empfehlung, die regelhaft keinen Eingriff darstellt. Etwas anderes kann sich bei erheblichem Begründungsaufwand des Antragstellers ergeben. Dann wird es sich aber nicht mehr um Nudging handeln. Stattdessen wird die Überzeugungskraft der Rechtfertigung zur Förderbedingung, dazu sogleich. Das Nudging selbst zeitigt dagegen erst rechtsstaatliche Bedenken, wenn der Staat die Forscher bewusst darüber im Unklaren lässt, ob sich ihre Entscheidung auf die Förderung auswirkt. In diesem Fall kann ein abschreckender oder einschüchternder Effekt entstehen, der eine freie Entscheidung vereitelt und zumindest einen Grundrechtseingriff darstellt.⁸⁸

86 O'Hara, Grundrechtsschutz vor psychisch vermittelter Steuerung, AöR 145 (2020), 135, 140.

87 Eine – wie grds. bei der Grundrechtsprüfung gebotene – differenzierte Betrachtung scheint vorzugswürdig, Wolff (Fn. 34), S. 214 f. Nach a.A. wird z.T. angenommen, Standardeinstellungen tangierten stets jedenfalls die allg. Handlungsfreiheit, van Aaken, Constitutional limits to paternalistic nudging in Germany, Verfblog, 7.1.2015, <https://verfassungsblog.de/constitutional-limits-paternalistic-nudging-germany/>.

88 Vgl. BVerfGE 115, 166, 188; 125, 260, 335.

5. Data-Sharing als Entscheidungskriterium bei der Fördermittelvergabe

Einen wirkmächtigen Steuerungsansatz, der etwa bei den angesprochenen Förderrichtlinien des BMBF genutzt wird,⁸⁹ bietet die Fördermittelvergabe selbst. Grundsätzlich kommen zwei verschiedene Herangehensweisen in Betracht: Zum einen könnte eine Förderorganisation die finanzielle Förderung davon abhängig machen, dass der Geförderte erklärt, er werde die im Rahmen des Projektes erhobenen Daten zugänglich machen oder andernfalls begründet darlegt, warum er die Daten nicht teilen kann.⁹⁰ Zum anderen kann sich die Steuerung auch auf vergangenes Verhalten beziehen. Dann würde die bisherige Data-Sharing-Praxis des Antragstellers bei der Förderentscheidung berücksichtigt. Der bereits angesprochene Open-Science-Score kann auch hier die Vergleichbarkeit herstellen.

a) Grundrechtliche Relevanz

Geht die Berücksichtigung des Open-Data-Verhaltens bei der Fördermittelvergabe auf eine staatliche Intervention – etwa die Entscheidung einer grundrechtsgebundenen Förderorganisation – zurück, handelt es sich um indirekte, ökonomische Steuerung über finanzielle Anreize. Wer dem Verhaltensanreiz folgt und seine Daten teilt, hat die Chance auf einen finanziellen Vorteil, der sich wiederum auf die eigene Forschung auswirkt. In der Sache ist das ein unterstützender Anreiz, da es um die Gewährung finanzieller Vorteile geht. Letztlich kann aber auch in dem Nicht-Erhalt eines markt- bzw. branchenüblichen Vorteils eine erhebliche Belastung für die wissenschaftliche Entscheidungsfreiheit der Adressaten liegen.⁹¹ Dies ist – wenngleich es intuitiv naheliegen mag – nicht pauschal mit Fällen staatlicher Subventionsgewährung zu vergleichen, welche nach verbreiteter Ansicht grundsätzlich keinen Eingriff in die Berufsfreiheit derjenigen darstellt, die nicht mit einer Subvention bedacht wurden.⁹² Das liegt an der überragenden Relevanz der Forschungsförderung in kostenintensiven Disziplinen. Denn das Ausbleiben von Fördergeldern verwehrt es einem Forscher oft, ein Projekt überhaupt zu

89 S. Fn. 16. Auch internationale Förderorganisationen nutzen dieses Instrument, so geschehen im Förderprogramm der *Europäischen Kommission* (Fn. 11), S. 39, bei der *Bill & Melinda Gates Foundation* (Fn. 10), OA-Policy 2020, Nr. 4 und den *NIH* (zu exemplarischen Policies Fn. 10).

90 Bzgl. der Begründung, warum Daten nicht geteilt werden, kann es dann einen beispielhaften oder aber abschließenden Katalog an Rechtfertigungsgründen geben.

91 Vgl. Sacksofsky (Fn. 28), § 40 Rn. 79 ff.

92 Manssen (Fn. 25), Art. 12 Rn. 100.

realisieren. Dadurch wird der Kern der von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Forschungstätigkeit tangiert. Wenn aber die grundrechtlich relevante Tätigkeit selbst gefährdet ist, liegt ein Grundrechtseingriff vor,⁹³ dessen Intensität (und mithin die Möglichkeit grundrechtlicher Rechtfertigung) wiederum vom Einzelfall abhängt: Je stärker der Open-Science-Score oder ein vergleichbares Kriterium bei der Fördermittelvergabe berücksichtigt wird, desto weitgehender schränkt das die Wissenschaftsfreiheit ein. Ist mangelndes Data-Sharing ein Ausschlusskriterium für die Förderzusage, entfaltet die Regelung möglicherweise sogar eine Gebotswirkung, wonach Forschern faktisch keine Wahl bleibt, erhobene Daten zu teilen (es sei denn, sie geben die Forschungstätigkeit selbst auf).⁹⁴

Das gilt jedenfalls, wenn der Forscher auf die konkreten Drittmittel angewiesen ist. Hierbei kommt es darauf an, welcher Maßstab an das „darauf angewiesen sein“ gelegt wird: Ist die Förderung erforderlich, um in der hochrangigen (Exzellenz-)Forschung mitzuspielen, oder bloß, um überhaupt sinnvoll forschen zu können? Die erste Ausgestaltung dürfte regelmäßig grundrechtskonform sein. Denn grundsätzlich ist eine Differenzierung nach leistungsorientierten Kriterien bei der Drittmittelvergabe zulässig.⁹⁵ Vorstellbar ist es dann auch, das Engagement eines Wissenschaftlers für die Scientific Community in Form von Data-Sharing als ein Exzellenzkriterium heranzuziehen. Dies schlägt aber in eine verbotsgleiche Maßnahme und mithin einen Grundrechtsverstoß um, wenn auch die basale Forschungstätigkeit ohne Fördergelder kaum möglich ist und mithin ein „faktischer Zwang“⁹⁶ zur Teilnahme am Verfahren der Mittelvergabe entsteht. Das dürfte insbesondere in Disziplinen der Fall sein, die (vor allem für Experimente) auf erhebliche finanzielle Ausstattung angewiesen sind. Zudem spielt es eine Rolle, inwieweit in der jeweiligen Disziplin die Förderung durch eine Institution wie die DFG reputationsfördernd wirkt und ob Ausweichmöglichkeiten auf andere staatliche oder private, wenngleich weniger renommierte Förderer verbleiben.⁹⁷ Erst wenn die Aufnahme und Finanzierung der Forschungstätigkeit an sich durch

die Berücksichtigung von Data-Sharing-Kriterien merklich erschwert wird, ist die Eingriffsschwelle überschritten.

Auch bei fehlender Ausweichmöglichkeit ist es aber unter Umständen nicht einmal als Eingriff zu qualifizieren, wenn die Bereitschaft zur Offenlegung nur als eines von vielen Kriterien berücksichtigt wird. Maßgeblich ist dann, wie relevant das Data-Sharing für eine Förderzusage ist. Sofern an das bisherige Verhalten angeknüpft wird, sollte es jedenfalls transparent formulierte Ausnahmen geben, falls es sich beispielsweise um sensible Daten handelt, die aus Geheimhaltungsgründen nicht geteilt worden sind. Auch für Nachwuchswissenschaftler, denen eine Offenlegung von Daten mangels Erfahrung bisher nicht möglich war, müssen Ausnahmen gelten. Letztlich braucht eine solche Veränderung der wissenschaftlichen Kultur im Umgang mit Daten Zeit. Übergangsfristen können Wissenschaftlern ermöglichen, ihr Verhalten entsprechend anzupassen, bevor die Relevanz dieses Verhaltens zu einem zunehmend wichtigeren Entscheidungskriterium bei der Förderung wird. Wegen dieser Schwierigkeiten dürfte fürs Erste aber ohnehin eine Herangehensweise vorzugswürdig sein, die nur auf die Offenlegung der im konkret zu fördernden Projekt generierten Daten abzielt und damit nicht an vergangenes, sondern an zukünftiges Verhalten anknüpft. Auch in diesem Fall ist das im Lichte der Wissenschaftsfreiheit legitime Interesse des Betroffenen zu achten, Rohdaten vorrangig für eigene Forschungszwecke nutzen zu können. Dem lässt sich durch Karenzfristen⁹⁸ Rechnung tragen, sei es generell oder bei begründeter Darlegung eines Anschlussnutzungsinteresses.

b) Steuerungswirkung

Der Nutzung von Data-Sharing als Ausschlusskriterium steht also zumindest in den Fällen, in denen eine faktische Zwangswirkung erzeugt wird, regelhaft die Wissenschaftsfreiheit entgegen. Wird es hingegen als ein „weiches“ Evaluationskriterium unter vielen berücksichtigt, dessen Fehlen durch das Vorliegen weiterer Voraussetzungen aufgewogen werden kann, mag das zwar nicht

93 Das gilt auch im Subventionsrecht, wo die Eingriffsschwelle nach einhelliger Auffassung jedenfalls bei sog. Erdrosselungssubventionen erreicht wird, vgl. BVerwGE 30, 191, 197; Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, 489, 493 f. In einem vergleichbaren Kontext von „eingriffsähnlicher Wirkung“ sprechend: *Fehling* (Fn. 35), S. 194 ff.

94 Vgl. *Rieble* (Fn. 56), S. 43; *Fehling* (Fn. 35), S. 195; s. zur Rechtmäßigkeit eines solchen Gebots III.

95 BVerfGE 111, 333, 359. Eine Grundausstattung muss dagegen stets gewährleistet sein, ebd., 362.

96 Begriff in diesem Kontext bei *Sieweke*, Die Verfassungswidrigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder,

DÖV 2011, 435, 437.

97 Näher dazu *Fehling* (Fn. 35), S. 195 f.; bei einer Open-Access-Publikationspflicht in DFG-Förderbedingungen – wegen deren überragender Bedeutung für die Wissenschaftsfinanzierung – von einem „mittelbaren Publikationszwang“ ausgehend, *Rieble* (Fn. 56), S. 43.

98 Dazu schon „Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz“ vom 20. Februar 2013, Rn. 46. Zur Nutzung von Karenzfristen bei Open-Access-Publikationsrechten und -pflichten vgl. § 38 Abs. 4 UrhG (insoweit freilich mit etwas anderer Zielsetzung).

die gleiche Steuerungswirkung haben. Es ist aber durchaus ein noch immer beachtlicher Effekt zu erwarten. Einerseits wird schon durch den bloßen Fakt der Berücksichtigung die Data-Sharing-Praxis öffentlich aufgewertet und anerkannt. Andererseits werden so jedenfalls jene, die dem Data-Sharing indifferent gegenüberstehen, aber gleichzeitig erhebliches Interesse an der finanziellen Förderung ihrer Forschungstätigkeit haben, zum Teilen der Daten veranlasst, um ihrem Förderantrag bestmögliche Chancen zu verschaffen.

Das gilt umso mehr, wenn die Förderung zugleich die finanziellen Mittel beinhaltet, welche die Aufbereitung und Bereitstellung der Daten benötigen, und die Förderorganisation administrative Unterstützung anbietet. In diesem Fall hat der Wissenschaftler, der keine grundlegenden Bedenken gegenüber einer Open-Data Praxis hat, oft keine nachteiligen Folgen zu befürchten, welche die Steuerungswirkung konterkarieren könnten. Anderes kann sich aber beispielsweise ergeben, wenn der Forscher ein Interesse daran hat, die von ihm erhobenen Daten exklusiv zu Anschlussforschungszwecken zu nutzen.

c) Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Ob es einer expliziten Ermächtigungsgrundlage bedarf, hängt wiederum von der Intensität des Eingriffs,⁹⁹ mithin von der Relevanz der Offenlegungsbereitschaft für die Förderentscheidung ab. Zwar zählt die Leistungsverwaltung und somit auch die Forschungsförderung grundsätzlich nicht zu den vom Vorbehalt des Gesetzes erfassten Regelungsbereichen.¹⁰⁰ Anderes gilt aber, wenn die Auswahlkriterien selbst der staatlichen Verhaltenssteuerung dienen sollen und dabei grundrechtsrelevante Bereiche tangieren. In diesen Fällen stellt die Leistungsgewährung insbesondere für jene, die sich dem Verhaltensanreiz nicht beugen, einen Grundrechtseingriff dar.¹⁰¹ Das dürfte jedenfalls zu bejahen sein, wenn die Bereitschaft zum Data-Sharing im Zuge des Auswahlprozesses einen potenziell ausschlaggebenden Charakter erlangt, der droht, einzelne Wissenschaftler von der Förderung in Gänze auszuschließen. Besondere Maßstäbe sind aber anzulegen, wenn das Förderangebot von einer Organisation wie der DFG ausgeht, die sich selbst auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. In derartigen Fällen

muss berücksichtigt werden, dass die grundrechtlich verbürgte Freiheit weitergehende Einschränkungen ermöglicht als sie für nicht grundrechtsberechtigte Verwaltung gelten.¹⁰² Mithin ist eine eigenmächtige Entscheidung einer semi-staatlichen Förderorganisation, das Data-Sharing-Verhalten als Evaluationskriterium heranzuziehen, (freilich in den benannten grundrechtlichen Grenzen), auch ohne explizite gesetzliche Ermächtigung zulässig.

V. Fazit

Der Zugang zu Forschungsrohdaten spielt eine entscheidende Rolle bei der wissenschaftlichen Qualitätssicherung gerade, auch durch Replikationsstudien sowie der Ermöglichung von Anschlussforschung. Da über Ländergrenzen hinweg geforscht wird und die Kultur des Austausches von Forschungsdaten in Deutschland noch wenig ausgeprägt ist, gibt es zwar keine rechtliche Handlungspflicht, wohl aber ein praktisches Bedürfnis für staatliche Förderung der Offenlegung von Daten.

Nimmt man eine rechtswissenschaftliche (Steuerungs-)Perspektive ein und fragt nach dem staatlichen „Instrumentenkasten“, wird offenbar, dass Förderorganisationen als „Geldgeber“ der Wissenschaft eine entscheidende Rolle zukommen dürfte.¹⁰³ Dabei können sie zunächst informierend und ermutigend auf die Wissenschaftler einwirken. Jedoch wird eine informationelle Steuerung kaum ausreichen, um Data-Sharing in dem erwünschten Maße voranzutreiben. Selbiges gilt für weitere Maßnahmen, etwa Auszeichnungen, die lediglich darauf abzielen, die Akzeptanz und Reputationswirkung des Teilens von Daten zu erhöhen. Effizienter und im Vergleich zu (grundrechtlich problematischen) ordnungsrechtlichen Instrumenten zugleich deutlich flexibler ist eine Form der ökonomischen Anreizsteuerung: So können bisherige Datensharing-Bemühungen oder die zukünftige Datensharing-Bereitschaft des Förderanwärters bei der Vergabe von Forschungsmitteln als Evaluationskriterien berücksichtigt werden. Die mit dem Grad der jeweiligen Gewichtung einhergehende Steuerungsintensität kann hier niedrigschwellig angesetzt werden. Gleichzeitig ist der Steuerungsimpuls insbesondere gegenüber jenen, die dem Data-Sharing nicht per se ableh-

99 BVerfGE 49, 89, 127; 98, 218, 252.

100 S. aber zur Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf Bereiche jenseits der Eingriffsverwaltung Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 6 Rn. 11.

101 BVerfGE 90, 112, 126; zur Förderung von Presseorganen s. OVG Berlin, NJW 1975, 1940.

102 Fehling (Fn. 35), S. 200; einschränkend Trute (Fn. 38), S. 687 f.,

wonach aber zumindest die Ausgestaltung des Verfahrens der Fördermittelvergabe weitgehend der autonomen Entscheidung der DFG überlassen werden kann.

103 Corti/van den Eynden (Fn. 2), S. 9; Neylon, Case study: indigenous knowledge and data sharing, Research Ideas and Outcomes 2017, 1, 5; ders., Compliance culture or culture change?, Research Ideas and Outcomes 2017, 1, 12.

nend gegenüberstehen, erheblich. Eine extensive Berücksichtigung im Zuge der Auswahlentscheidung, die ablehnende Wissenschaftler faktisch von staatlicher Förderung ausschließt, ist dagegen – ebenso wie eine imperative Offenlegungspflicht – grundrechtlich nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen. Auch andere Instrumente, wie Standard-Klauseln in Förderbedingungen oder spezifische Datenbanken der Open-Data-Community, sind vorstellbar, zeitigen aber entweder im Hinblick auf ihre Zweck- oder aber Rechtmäßigkeit weitergehende Probleme.

Diese juristischen Erkenntnisse können naturgemäß nur den Rahmen der Forschungspolitik definieren. Um beurteilen zu können, welche Strategien und konkreten Maßnahmen sinnvoll sind (mit welchem „Bild“ dieser Rahmen also zu füllen ist), müssen andere Disziplinen

wie die Sozialwissenschaften, die Verhaltensökonomie und die Ethik zu Rate gezogen werden. Der rechtliche Blick auf die Materie jedenfalls offenbart weite instrumentelle Spielräume.

Dr. Philipp Overkamp ist Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter der Bucerius Law School.

Miriam Tormin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Bucerius Law School, für das Forschungsprojekt „Datablic“.

Theodor Lammich

Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch

Einleitung

Der Gebrauch des plurizentrischen deutschen Sprachsystems im soziokulturellen Raum und Gebiet der sich Befassenden mit den Verhaltensregeln eines personenmehrer Verbundes ist von exponierter Bedeutung, setzt man ihn in Relation zu den Glumanda anderer Fachdisziplinen, welche sich in der internen Kommunikation different erläutern.

Dieser einleitende Satz löst vermutlich bei den meisten Rezipienten ein Gefühl des Unbehagens, womöglich der Genervtheit aus. Er ist, neben überflüssigen Doppelungen, gespickt mit Umschreibungen, welche sich durch einen Begriff ersetzen ließen. Teilweise sind Informationen enthalten, die zwar für sich stimmen mögen, für die Kernaussage aber nicht von Belang sind. In Kombination mit dem inflationären Gebrauch von Fremdwörtern und einem Fantasiebegriff¹ mag man sogar daran scheitern, die Kernaussage überhaupt zu erkennen. Das ist besonders ärgerlich, wenn man sich einem Fachartikel mit der üblichen Motivation nähert: der schnellen, unmissverständlichen Entnahme von Information zu einem bestimmten Thema.

Auch in Bereichen des juristischen Sprachgebrauchs häufen sich derartige Vorwürfe. Der Fokus liegt dabei unter anderem auf der Frage der sprachlichen Sexusdifferenzierung in diversen Bereichen. Der folgende Aufsatz möchte dabei einen Überblick über Ausprägungsansätze geben und sich der Frage widmen, ob und inwiefern hieraus auch Probleme entstehen, die über bloße Gefühle hinausgehen.

Zunächst wird hierfür die linguistische Grundlage der Sexusdifferenzierung dargelegt (I.). Anschließend sollen verschiedene praktizierte Formen aufgezeigt werden (II.). Sodann soll die Regelgrundlage und Praxis in diversen juristischen Bereichen aufgezeigt und anhand der Frage, welche Funktion die Sprache erfüllen sollte, kritisch gewürdigt werden (III.). Abschließend erfolgt das Fazit (IV.).

I. Sexusdifferenzierung

In der Sprachwissenschaft kann zwischen dem grammatischen Geschlecht (Genus) und dem biologischen Geschlecht (Sexus) unterschieden werden. Auf Wörter,

die kein biologisches Geschlecht haben, wie etwa *die Lampe*, kann der Sexus nicht angewandt werden. Das Genus hingegen kann alle Substantive in eine grammatische Klasse einordnen. So ist *die Lampe* beispielsweise feminin. Wie bereits die Existenz des Genus bei einer zweifelsfrei biologisch ungeschlechtlichen Lampe andeutet, sind das Genus und der Sexus voneinander prinzipiell unabhängige Institute. Die einzige Aussage, die das Genus über einen Begriff enthält, ist die korrekte Kongruenz zu anderen Wörtern, wie etwa Artikel, Pronomen oder Adjektive. Im Fall *Lampe* haben diese mit dem femininen Genus übereinzustimmen, also etwa: *die* (Artikel) *schöne* (Adjektiv) *Lampe*, *sie* (Pronomen) *leuchtet*. Leuchtet ein.

Spannend wird es bei Oberbegriffen für Lebewesen mit biologischen Geschlechtern. So hat *der Mensch* ein maskulines Genus bzw. die Person ein weibliches Genus, kann aber auch ein biologisches Geschlecht haben, welches davon abweicht. Auch *die Giraffe* wurde bereits in biologisch männlicher und *der Hund* in biologisch weiblicher Ausgabe dokumentiert. Das biologische Geschlecht, auch semantisches² Geschlecht, lässt sich hier nicht aus dem grammatischen Geschlecht herleiten, obgleich die bezeichneten Lebewesen im Gegensatz zu unserer Lampe ja immerhin die Möglichkeit offenbaren, sie einem biologischen Geschlecht unterzuordnen. In Bewusstsein dieser vertanen Chance, werden diese Oberbegriffe ausdrücklich als sexusunmarkiert bezeichnet. Möchte man nun explizit einen biologisch weiblichen Vertreter eines grammatisch männlichen Oberbegriffs (generisches Maskulinum) bezeichnen, so geschieht das durch sogenannte Movierung. Das ist die Ableitung neuer Wörter zum Zwecke der semantischen Geschlechtsmarkierung, meist durch Suffixe wie etwa „-in“ für den femininen Sexus oder „-rich“ für den maskulinen Sexus. Möchte man nun kennzeichnen, dass sich hinter dem Begriff *der Mensch* ein Vertreter des weiblichen Geschlechts verbirgt, so wird *er*, sexusmarkiert, zu *der* (vom Duden anerkannten) *Menschin*. Andersrum: Erkennt jemand die Erpellocke *einer Ente*, so erzählt er seinen Freunden womöglich anschließend von *dem* beobachteten *Enterich*.

Diese Movierung bezweckt demnach die erkennbare Differenzierung zwischen unterschiedlichen biologischen Geschlechtern; sie bezweckt die Sexusdifferenzie-

1 *Glumanda* ist der Name eines feuerspeienden Monsters aus der japanischen Videospielserie *Pokémon*.

2 Aus dem Altgriechischen *σημαίνειν* (*sēmaínein*), so viel wie bezeichnen.

rung. Der Empfänger der geäußerten Worte soll erkennen, welche Rolle das beschriebene Lebewesen bei der Fortpflanzung seiner Art einnimmt.

II. Varianten der Sexusdifferenzierung

Eine Sexusdifferenzierung durch eine Sexusmarkierung wird in der deutschen Sprache auf verschiedene Weisen praktiziert. Unterschieden werden kann zwischen der vollständigen (1.) und der abgekürzten Paarform (2.). Schließlich gibt es die explizite Sexusindifferenzierung durch geschlechtsneutrale Umschreibungen (3.). Die Praxis all dieser Varianten folgt im Wesentlichen derselben Begründungslinie (4.).

1. Vollständige Paarform

Bei der vollständigen Paarform wird die Bezeichnung für die Angehörigen des Oberbegriffs sowohl sexusunmarkiert als auch andersgeschlechtlich sexusmarkiert ausgeschrieben. Die Trennung erfolgt üblicherweise durch die Bindewörter *und*, *oder*, *sowie*, *wie auch* oder *beziehungsweise*. So werden beispielsweise *die Juristen* als Gruppenbezeichnung als *Juristinnen und Juristen* bezeichnet, *Menschen* als *Menschinnen beziehungsweise Menschen* oder *Schauspieler* als *Schauspieler oder Schauspielerinnen*.

2. Abgekürzte Paarform

Bei der abgekürzten Paarform wird versucht, sowohl die sexusunmarkierte als auch die andersgeschlechtlich sexusmarkierte Variante in einem Wort unterzubringen. Dies versucht man in der Regel durch Sonderzeichen wie etwa den Schrägstrich (*Juristinnen/Juristen*, *Jurist/-innen*, *Jurist/innen*) oder Klammern (*Jurist(innen)*), den Unterstrich (*Jurist_innen*), den Asterisk (*Jurist*innen*) aber auch der Binnenmajuskel (*JuristInnen*). Dabei ist der Asterisk das häufigste verwendete Sonderzeichen.³ In der Praxis folgt die abgekürzte Paarform mit Sonderzeichen fast immer der Regel, dass schlicht die sexusmarkierte weibliche Begriffsform genommen wird und das Sonderzeichen vor den Suffix „-in“ bzw. „-innen“ gesetzt wird. Dass dadurch in vielen Fällen die maskulin

markierenden Suffixe unterschlagen werden⁴, wird in Kauf genommen.

3. Explizite Sexusindifferenzierung

Bei der expliziten Sexusindifferenzierung verwendet man substantivierte Partizipien oder Adjektive und versucht damit Wörter zu verwenden, die von sich aus keinen Genus haben. Die begriffliche Kennzeichnung des Sexus kann hier nicht durch das Substantiv selbst, sondern durch die Verwendung entsprechender bestimmter Artikel geschehen. Eine weitere Variante zur sexusindifferenter Umschreibung ist die Verwendung des Partizip Präsens eines Verbs. Die *Studenten* werden zu *den Studierenden*. Schließlich gibt es noch den Ansatz, den Oberbegriff durch Adjektive, Passivformulierungen oder Relativsätze zu umschreiben. So wird beispielsweise aus *dem Juristen* nun *jemand, der Jura praktiziert* oder aus der Formulierung *„der Kaufmann muss den Jahresabschluss aufbewahren“* nun *„der Jahresabschluss ist aufzubewahren“*.

4. Zweck der Sprachmodifikation

Unabhängig davon, welche zuvor genannte Variante gewählt wird, so wird sie doch in der Regel zum Zwecke der sogenannten „geschlechtergerechten Sprache“ bzw. der sogenannten „gendergerechten Sprache“, kurz auch „Gendern“ verwendet. Dies ist ein Sprachgebrauch, der zum Ziel hat, die biologischen bzw. im Falle der gendergerechten Sprache auch die sozialen Geschlechter (Gender) in gesprochener und geschriebener Sprache möglichst umfassend zu repräsentieren.⁵ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das maskuline Genus in Oberbegriffen wie ein maskuliner Sexus zu werten sei, also ein biologisch männliches Geschlecht bedeute. Diese Sichtweise ist der sogenannten feministischen Linguistik zuzuordnen, welche ihre Anfänge in den späten 1970er Jahren fand.⁶ Nach diesem Gedanken seien Frauen und Diverse bei der Verwendung des generischen Maskulinums lediglich „mitgemeint“. Dies sei nicht nachvollziehbar, ist es doch gesellschaftlicher Konsens, die verschiedenen Geschlechter nur unter sachlichen Gesichtspunkten, die der Natur der Person entspringen,

3 Pieper/Fokken, Der Spiegel 2021 (10), S. 11.

4 Etwa das -en in *Jurist*innen*.

5 Die Geschäftsstelle Gender Mainstreaming der Stadt Freiburg im Breisgau geht noch einen Schritt weiter und ist der Ansicht, dass das generische Maskulinum nicht nur bestimmte Geschlechter, sondern auch Menschen unterschiedlichen Lebensalters, mit unterschiedlichen Behinderungsgraden oder mit unterschiedlichem Glauben unterschlägt. Dem sollen städtische *Mitarbeiter_innen*

mit dem Unterstrich entgegenwirken, siehe Geschäftsstelle *Gender Mainstreaming*, Formen antidiskriminierender Sprachhandlungen, S. 5.

6 Als eines der grundlegenden Werke gilt unter anderem die Sammlung feministischer sprachkritischer Aufsätze und Glossen aus den Jahren 1983–1989 in *Pusch*, Alle Menschen werden Schwestern.

unterschiedlich zu behandeln. Zudem würde man beim Gebrauch grammatisch männlicher Bezeichnungen häufig männliche Bilder assoziieren. Frauen seien also, so die These, *wegen des grammatischen Geschlechts* beim Zuhörer bzw. Leser mental nicht repräsentiert. Die Sexus(in)differenzierung soll sich auf das Verhalten der Rezipienten auswirken: Frauen würden beispielsweise eher berücksichtigt⁷, weibliche Kinder trauten sich eher männlich konnotierte Berufe zu⁸ und man hinterfrage soziale Geschlechterrolle kritischer.⁹

Die Sexusdifferenzierung erzeugt also nach Vorstellung der feministischen Linguistik ein Gegengewicht zu den „männlichen“ Begriffen, die Sexusindifferenzierung versucht, jede geschlechtliche Assoziation durch vermeintlich „geschlechtslose“ Begriffe zu unterbinden.

III. Umsetzung in Sprachvorgaben und Praxis

Auch unter Anwendern des juristischen Sprachgebrauchs gibt es solche, die die unter II. erläuterten Varianten praktizieren. Unterteilt werden soll im Folgenden in die drei großen Bereiche der verschriftlichten Rechtssprache: Gesetzgebung (1.), Rechtsprechung (2.) und Wissenschaft (3.). Für diese werden jeweils die wesentlichen Sprachvorgaben sowie deren praktische Umsetzung dargestellt und das eine als auch das andere kritisch gewürdigt.

1. Gesetzgebung

Wie auch nicht zuletzt das Grundgesetz sind die meisten Gesetzestexte auf Bundes- oder Landesebene unter anderem im generischen Maskulinum formuliert. Die Selbstverständlichkeit der Trennung von Sexus und Genus im Auge des verfassungsgebenden Gesetzgebers zeigt sich nicht zuletzt an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der feststellt, dass niemand wegen *seines* Geschlechtes benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Vergleichbar spricht das Bürgerliche Gesetzbuch vom *Verbraucher*, das Strafgesetzbuch vom *Täter* und die Kosmetikermeisterverordnung vom *Kosmetikermeister*.

a. Regeln der Gesetzessprache

Für Gesetze und Rechtsverordnungen gibt das Bundesjustizministerium das Handbuch der Rechtsförmlichkeit (HdR) heraus. Mit diesem kommt das Ministerium sei-

ner Aufgabe nach, die Entwürfe aus allen Ressorts in rechtlicher und förmlicher Hinsicht zu überprüfen und die Bundesministerien in Rechtsetzungsvorhaben zu beraten. Grundlage für das Handbuch der Rechtsförmlichkeit ist § 42 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO).

Entsprechend seiner Aufgabenzuweisung war es auch das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, das bereits 1991 unter Justizminister *Klaus Kinkel* (FDP) eine Berücksichtigung der feministischen Sprachkritik kundtat: „Die Vorschriftensprache wird kritisiert, weil die Häufung maskuliner Personenbezeichnungen den Eindruck erwecke, als würden Frauen übersehen oder nur „mitgemeint“. Frauen müssten immer ausdrücklich erwähnt werden. Zur Lösung werden verschiedene Formulierungsweisen vorgeschlagen, die jedoch nur zum Teil sachgerecht sind [...].“¹⁰

Eine vollständige Paarform¹¹ sollte, so heißt es im Weiteren, nicht durchgängig verwendet werden, da es die Gesetzestexte unübersichtlich und ungenau machen würde. Zudem würde vom eigentlichen Regelungsgehalt abgewichen werden. Zum Zwecke der Einheitlichkeit der Gesetzestexte soll die vollständige Paarform auch nicht dort eingesetzt werden, wo es im Einzelfall keine Schwierigkeiten bereiten würde.¹² Bei der wörtlichen Angabe von Berufs-, Funktions- und Amtsbezeichnungen soll hingegen eine vollständige Paarform verwendet werden. Dasselbe gilt für Formulare und persönliche Dokumente. Im Übrigen sei aber auch innerhalb dieser Gesetzestexte das generische Maskulinum erlaubt.

Eine abgekürzte Paarform¹³, etwa durch eine Binnenmajuskel, sei nicht erlaubt, da es für diese Form keine Vereinfachung im Singular gebe und der Text nicht präzise mündlich zitierbar sei.¹⁴ Auch wenn andere abgekürzte Paarformen wie etwa mithilfe des Asterisks oder des Unterstrichs erst Jahrzehnte später von einzelnen Anwendern aufgenommen wurde, so würde die damalige Argumentationslinie auch bei diesen greifen.

Soweit möglich, sollen maskuline Personenbezeichnungen durch eine explizit sexusindifferente Umschreibung vermieden werden. So soll beispielsweise der Begriff der *Person* verwendet werden. Dies wird auch in der aktuellen Fassung des Handbuchs für Rechtsförmlichkeit aus dem Jahre 2008 festgestellt. Hiernach verwirklichte die explizit sexusindifferente Umschreibung „die

7 Kollmayer et al., *Frontiers in Psychology* 2018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.00985>.

8 *Vervecken/Hannover*, *Social Psychology* 2015, Vol. 46 Nr. 2, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1027/1864-9335/a000229>.

9 Am Beispiel Finnland, wo man das geschlechtsneutrale Pronomen „hen“ einführte: *Tavits/Pérez*, *PNAS* 2019, Vol. 116 Nr. 34, S. 16781–16786, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1073/pnas.1908156116>.

10 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 1991, Rn. 41.

11 Zum Beispiel *der/die Käufer/Käuferin*.

12 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 1991, Rn. 42.

13 Zum Beispiel *der/die KäuferIn*.

14 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 1991, Rn. 43.

Forderung nach sprachlicher Gleichbehandlung von Männern und Frauen am besten.“¹⁵

b. Praktische Umsetzung

Praktisch umgesetzt werden die Vorgaben mehr oder weniger konsequent. Während einige Modernisierungsgesetze sich darauf konzentrieren, grammatisch männliche Oberbegriffe durch explizit sexusindifferente Begriffe zu ersetzen, stechen andere durch die (unvollständige) Verwendung vollständiger Paarformen hervor. So ersetzt beispielsweise das Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juni 2021¹⁶ die Begriffe *Leiter*, *Prüfer* und *Notaramt* durch *die das Prüfungsamt leitende Person (Leitung)*, *Prüfende* und *notarielles Amt*.¹⁷ Und auch *der Fußgänger* ist seit der Verordnung zur Neufassung der Straßenverkehrs-Ordnung vom 6. März 2013¹⁸ zwar noch im amtlichen Titel des § 25 zu lesen, im Übrigen aber nur als einer der *zu Fuß Gehenden* zu erkennen.

Der Verwendung vollständiger Paarform widmete sich hingegen der Gesetzgeber beispielsweise mit der Neuregelung der Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen. Während zuvor das *Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen* die Materie regelte, schaut der zu Gericht geladene juristische Laie heutzutage anschließend in das *Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten*. Dabei wird ihm auffallen, dass die *Zeuginnen* aus dem Titel noch einmal in § 1 und anschließend gar nicht mehr auftauchen. Schon ab § 2 verzichtet der Gesetzgeber wieder auf die vollständige Paarform und spricht nur noch von *dem Zeugen*. Für *die Richterin* langte die Ausdauer nicht einmal für einen ganzen Paragraphen: In § 1 Abs. 1 Nr. 2 noch so bezeichnet, soll sie bereits in § 1 Abs. 4 auch durch *den Richter* semantisch getilgt sein.

Im Jahr 2020 hatte die damalige Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* (SPD) den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung den Sanierungs- und Insolvenzrechts¹⁹ vorgelegt, in welchem zum größten Teil²⁰ ausschließlich feminin movierte Bezeichnungen wie etwa *Schuldnerin* oder *Gläubigerin* (in der Presseberichterstattung oft als „generisches Femininum“ bezeichnet),

aber auch vollständige Paarformen wie etwa *Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*²¹ verwendet wurden. Vereinzelt wurden auch grammatisch maskuline Oberbegriffe wie *der Sachwalter* oder auch *Arbeitnehmer* verwendet.²² Das Bundesinnenministerium legte gegen die Formulierungen Widerspruch ein und das Gesetz wurde schlussendlich unter Verwendung des generischen Maskulinums verkündet.²³

Während die Bundes- und Landesrechtsetzung hiervon keinen Gebrauch macht, finden sich in einigen kommunalen Normen auch die abgekürzten Paarformen. So berücksichtigt § 5 der Freiburger Stadionverordnung vom 10. November 2020 auch die *Anwohner_innenrechte* der *Anwohner_innen*. Es liegt nahe, dass sich bei dieser Abweichung von Bundes- und Landesstandard die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen gemäß Art. 28 Abs. 2 GG verwirklichen soll.

c. Kritische Würdigung

Die Gesetzessprache steht naturgemäß in einem Dilemma. Als „Prototyp einer Fachsprache“ wie etwa auch die Sprache der Informationstechnik oder die militärische Sprache ist die Rechtssprache zum einen der Terminologisierung, der Präzision und der Systematik unterworfen.²⁴ Dies gilt für die Gesetzessprache in besonderer Form, ist sie doch der „institutionelle und fachliche Kern der Rechtssprache.“²⁵ Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Gesetzessprache aus ihrer demokratischen Basis heraus auch möglichst allgemeinverständlich sein soll. Schließlich besteht ein *demos* nicht nur aus Rechtsgelehrten und hat einen Anspruch darauf, auch erkennen zu können, in welcher konkreten Form sich die normgeprägte Staatsgewalt nun manifestiert. Eine Allgemeinheit kann nichts billigen und damit legitimieren, wenn sie gar nicht oder missversteht, was sie billigen soll. Und würde etwa nur der Richter als Fachsprachler die Gesetzessprache verstehen, wäre sein Sprechen unangreifbar und der Rechtsunterworfenen ganz im Sinne einer totalitären Ordnung sprachlos.²⁶ Dasselbe Problem ergibt sich aber auch bei einer nicht-fachlichen Sprache. Denn nur eine Fachsprache vermag es, konkret und effizient genug zu sein, um Rechtssicherheit im Sinne von Klarheit über den Norminhalt zu schaffen. Beide Seiten der Medaille, sowohl die Erfordernisse der Fachsprachlichkeit als auch die Erfordernisse der Allgemein-

15 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Rn. 116.

16 BGBl Teil I Nr. 38, S. 2154 ff.

17 Vgl. Art. 1 zur Änderung der Bundesnotarordnung.

18 BGBl Teil I Nr. 12, S. 367 ff.

19 Referentenentwurf vom 19.09.2020.

20 Jedenfalls im Entwurf eines Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz.

21 So unter B.

22 Entwurf zu § 270 b InsO.

23 BGBl Teil I Nr. 66, S. 3256 ff.

24 Busse, Hoffmann/Kalverkämper/Wiegand Fachsprachen, S. 1382.

25 Busse, Hoffmann/Kalverkämper/Wiegand Fachsprachen, S. 1383.

26 Christensen/Lerch, Recht verstehen, S. 21, 28.

verständlichkeit, sind sowohl Bedingung als auch gegenseitiges Hindernis für denselben, für einen demokratischen Staat existentiellen, Zweck.²⁷ Es bleibt nichts anderes übrig, als die Allgemeinverständlichkeit bei gleichbleibender Fachsprachlichkeit als dauerhafte, nie in Gänze zu erreichende Optimierungsaufgabe zu betrachten.²⁸

Auch das Regelwerk für die deutsche Gesetzessprache, das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, erkennt die zwei Ziele der Fachsprachlichkeit (Richtigkeit)²⁹ und der Allgemeinverständlichkeit theoretisch³⁰ an. Und – um es allgemeinverständlich zu halten – verkorkst es am Ende durch seinen Kampf um und mit dem Sexus sowohl in die eine als auch die andere Richtung.

aa. Richtigkeit

Die größte Einbuße in der Richtigkeit erfährt Gesetzessprache durch die Vorgabe zur bzw. in der Umsetzung der Sexusdifferenzierung hinsichtlich der Systematik. Begriffe sollten, wenn nicht schon im Sinner einer einheitlichen Rechtsordnung gesetzestextübergreifend, dann jedenfalls innerhalb eines Regelwerkes, in gegenseitiger Beziehung stehend ausgelegt werden können. Während Legaldefinitionen von gemeinsprachlichen Begrifflichkeiten wie *Verbraucher*³¹, *Unternehmer*³² oder *Scheitern der Ehe*³³ einen absoluten semantischen Fixpunkt für die Auslegung der Begriffe im Weiteren gibt, ist auch jeder Begriff schon für sich ein relativer semantischer Fixpunkt für die Auslegung gleichlautender Begriffe. Das bedeutet: Begriffe werden, sofern nicht der Kontext evident dagegenspricht, jedenfalls dahingehend zu definieren sein, dass sie an jeder Stelle dasselbe bedeuten (systematische Wortlautauslegung).

Mit dieser bisher trivial erschienenen Regel kämpft der Gesetzgeber, wenn er grammatisch maskuline, sexusindifferente Oberbegriffe zu biologisch maskulinen Bezeichnungen erklärt, indem er die sexusdifferenzierende vollständige Paarform verwendet. Die vollständige Paarform erklärt eine Nichtanerkennung des Unterschieds von Sexus und Genus, die systematisch dergestalt auf die Semantik der Begriffe einwirkt, dass etwa eine grammatisch männliche Personenbezeichnung auch nur die Be-

deutung einer biologisch männlichen Person hat. Denn würde *der Zeuge* auch weibliche Zeugen bezeichnen, bräuchte es keine explizite Erwähnung *der Zeugin*. Wenn nun das Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz in § 1 Abs. 1 Nr. 3 von *Zeuginnen* und *Zeugen* spricht und die Anspruchsfrist nur für den *Zeugen*³⁴ regelt, bedeutet das, dass die Anspruchsfrist der weiblichen *Zeugen* (*Zeuginnen*) gar nicht geregelt ist. Diese Regelungslücke kann aber nach der bisherigen Methode der Gesetzesexegese nicht planwidrig sein, da das Gesetz ja auch den weiblichen Zeugen kennt und nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 sogar explizit zu behandeln verspricht. Der Gesetzgeber versperrt somit den Weg der analogen Anwendung. Der Rechtsanwender wird gezwungen, die Verfassung heranzuziehen und den Begriff des *Zeugen* entgegen der systematischen Wortlautauslegung nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verfassungskonform so auszuulegen, dass auch weibliche Zeugen hierunter zu fassen sind.

Die Sexusdifferenzierung durch die vollständige Paarform scheidet im Weiteren an der Bezeichnung von Personen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. Mit seinem Beschluss zur personenstandsrechtlichen Registrierung des biologischen Geschlechts stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass es sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch das Grundrecht nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verletze, wenn Personen diversen Geschlechts dazu gezwungen werden, sich als weiblich oder männlich zu registrieren.³⁵ Jede Anzeige eines Sexus, wie etwa in der vollständigen Paarform, ist eine explizite Unterschlagung der Geschlechter, die sich sprachlich nicht anzeigen lassen und führt – wenn auch in stark abgemilderter Form – zu einem Zuordnungszwang, welcher dem Dilemma in besagtem Beschluss dem Prinzip nach gleicht. Dieses Problem gibt es bei der sexusindifferenten Sprache, zu der sowohl alleinstehend grammatisch männliche wie auch alleinstehend grammatisch weibliche Oberbegriffe gehören, nicht. Denn sie enthält keinerlei Aussage über das biologische Geschlecht.

27 Gleich- und einprägsam erkannte auch der Österreichische Verfassungsgerichtshof, dass eine Norm verfassungswidrig ist, wenn sie nur „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und mit einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben verstanden werden kann“, VfGH 29.06.1990, G 81/90-11.

28 Im Ergebnis auch *Schröder/Würdemann*, ZRP 2007, S. 231.

29 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Rn. 53 ff.

30 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Rn. 62.

31 Nach § 13 BGB „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet

werden können“.

32 Nach § 14 BGB „eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“.

33 Nach § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Ehe gescheitert, wenn „die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen“.

34 § 2 Abs. 1 Nr. 2 JVEG.

35 BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, BVerfGE 147, 1-31.

Überdies fällt auf, dass es außerhalb der Umwandlung des generischen Maskulinums keine Klarheit gibt. Nach dem Sprachgebrauch des modernen Gesetzgebungshandwerks, welcher das grammatische Geschlecht in die Semantik einbezieht, muss *die Person*, *die Waise* oder *die Geisel* als Träger eines biologischen Geschlechts ausschließlich einen biologisch weiblichen Menschen darstellen. Möchte der Gesetzgeber auch Männer ansprechen, müssten die Begriffe mittels Movierung maskulin sexusmarkiert werden und in künftigen Fassungen von *der Person und dem Personerich*, *der Waise und dem Waiserich* und *der Geisel und dem Geiselerich* sprechen. Gleiches gilt im Übrigen für vermeintlich sexusindifferente Umschreibungen wie *die Lehrkraft*. Denn kraft ihrer Geschlechtsträgereigenschaft ist *die Lehrkraft* nach der feministischen Sprachlogik auch biologisch am grammatischen Geschlecht zu messen.³⁶

Auch die Präzision als weiteres Erfordernis einer Fachsprache leidet unter den Richtlinien des Bundesjustizministeriums, wenn die explizite Sexusindifferenzierung substantivierte Partizipien verwendet. Denn das substantivierte Partizip hat in aller Regel eine andere Bedeutung als das ersetzte Wort. Seine primäre Daseinsberechtigung in der deutschen Sprache erfährt das substantivierte Partizip in der Beschreibung eines gerade stattfindenden Zustands. So ist *der Teilnehmende* einer Versammlung jemand, der gerade an etwas teilnimmt. Ist er auf dem Nachhauseweg von der Versammlung, so ist er kein *Teilnehmender* mehr, sondern *ein Teilnehmer*, der zugleich *Heimkehrender* ist. Nun ist es richtig, dass auch der prä-feministische Sprachgebrauch substantivierte Partizipien im Sinne einer zeitunabhängigen Personenbezeichnung kannte. So ist beispielsweise *der Vorsitzende* nicht immer in Ausübung seines Vorsitzes, wenn er so bezeichnet wird. Diese gebräuchliche Argumentation, dass der allgemeine Sprachgebrauch auch atypische Verwendungen von substantivierten Partizipien aufweist, hilft aber nicht darüber hinweg, dass auch diese zwingend mit dem Verlust eines zeitbezogenen Präzisierungsinstruments einhergehen. Denn wer *den Teilnehmenden* synonym zu *den Teilnehmern* verwendet, gewinnt eine neue Bezeichnung für *den Teilnehmer* hinzu und verliert die Bezeichnung für den bisherigen *Teil-*

nehmenden. Das ist mitnichten im Sinne einer präzisen Fachsprache.³⁷

bb. Allgemeinverständlichkeit

Die Gesetzessprache war bereits vor dem Sexuskampf schwer verständlich. Ein von der Alltagssprache abweichendes Übermaß an Gerundiven („Die in Bezug auf überlastete Schienenwege *zu befolgenden* Verfahren und *anzuwendenden* Kriterien sind“³⁸), Suffixoiden (sittenwidrig, rechtswidrig), Schachtelsätzen und Substantivkomposita (*Rindfleischetikettierungsüberwachungsaufgabenübertragungsgesetz*³⁹) sowie teilweise veraltete Formulierungen („Der [...] Verpflichtete *wird* des Anspruchs [...] nicht dadurch *verlustig*, [...]“⁴⁰) erschweren die Erschließung des Inhalts. Dies wird freilich nicht besser, wenn an sich präzise allgemeinsprachliche Begriffe durch unübliche Begriffe und Formulierungen verändert werden. So wird es sowohl dem juristischen Laien als auch dem juristisch Geschulten schneller einleuchten, dass es sich bei *dem Fußgänger* um den Verkehrsteilnehmer handeln soll als bei *dem zu Fuß Gehenden*. Es drängt sich für den juristisch Ungeschulten bei derartigen (sexusindifferenten) Formulierungen unweigerlich der Verdacht auf, dass es sich um etwas anderes handeln muss als um *einen Fußgänger* – schließlich, so liegt es nahe, hätte man doch ansonsten den üblichen Begriff verwenden können. Diese Restzweifel durch die Übersetzungen von allgemeinsprachlich stehenden Begriffen in exotische Umschreibungen mindern die Behütetheit der Gesetzeslektüre und somit die Sicherheit im Recht.

Doch nicht nur die neuartigen Formulierungen erschweren die Entnahme der durch den Rechtssatz intendierten Aussage. Als wäre das Phänomen von Schachtelsätzen in Gesetzestexten nicht schon bedrückend genug, wird mit der Implementierung der vollständigen Paarform eine zusätzliche kognitive Barriere geschaffen. So heißt es etwa in Art. 11 Abs. 2 des bayerischen Kommunal-Wahlbeamten-Gesetzes: „Ist die Wahl eines Bezirkstagspräsidenten oder einer Bezirkstagspräsidentin, eines weiteren Bürgermeisters oder einer weiteren Bürgermeisterin bzw. eines gewählten Stellvertreters des Landrats oder der Landrätin bzw. des Bezirkstagspräsidenten oder der Bezirkstagspräsidentin als nichtig festgestellt

36 § 38 Abs. 1 SchG BW wäre bei der nächsten Reform folglich dahingehend zu modernisieren, dass *die Lehrkräfte und Lehrkräfte-riche* im Dienst des Landes stehen.

37 Vgl. auch die sexusindifferent umschriebenen *Busfahrer*, die als

Busfahrende gar nicht mehr zu lokalisieren sind.

38 § 55 Abs. 6 ERegG.

39 Abgekürzt: RfEttÜAÜG M-V.

40 § 616 S. 1 BGB.

oder aufgehoben, so ist kein Beamtenverhältnis begründet worden.“⁴¹ Würde man hier das sexusindifferente generische Maskulinum verwenden, so würde der Satz wie folgt lauten: „Ist die Wahl eines Bezirkstagspräsidenten, eines weiteren Bürgermeisters bzw. eines gewählten Stellvertreters des Landrats bzw. des Bezirkstagspräsidenten als nichtig festgestellt oder aufgehoben, so ist kein Beamtenverhältnis begründet worden.“ Beide Alternativen würden vor jedem Verwaltungsgericht zu gleichem Recht führen, aber nur eine der Alternativen würde beim ersten Ansatz verstanden sein.

Die Verkomplizierungsproblematik lässt sich im Übrigen auch nicht durch abgekürzte Paarformen lösen, da diese auch einer Kongruenz zu Pronomen, Adjektiven oder Artikeln bedürfen, welche ebenfalls jedes Mal aufs Neue aufgelistet werden müssten. Auch diese bringen keinen weiteren rechtlichen Erkenntnisgewinn und auch diese kann man gerade nicht geistig überspringen, ohne sie zunächst erkannt und bewertet zu haben.⁴²

Möchte man die Vorgaben zum Sexusgebrauch in Gesetzestexten also nun beispielsweise unter dem in der Textverständnisforschung allgemein anerkannten⁴³ Hamburger Konzept bewerten, so sieht es schlecht aus. Die hiernach⁴⁴ bestehenden vier Merkmale der Verständlichkeit „Einfachheit“, „Gliederung/Ordnung“, „Kürze/Prägnanz“ und „anregende Zusätze“ werden teilweise mit Füßen getreten. Die Einfachheit fällt – über das bisherige Maß hinausgehenden – ungewohnten Formulierungen zum Opfer; die Kürze geht in doppelt langen und gleich erkenntnisreichen Satzungen unter.⁴⁵ Die Gliederung ist durch die Gesetzssystematik vorgegeben, anregende Zusätze kennt die Gesetzssprache ohnehin nicht.

Nur bestimmte Umformulierungen scheinen in der Hinsicht mit einer nicht weniger verständlichen Gesetzssprache vereinbar. Hierzu zählen insbesondere Ersetzungen von Personenbezeichnungen durch Institutionsbezeichnungen. So kann beispielsweise *der Minister* durch *das Ministerium* oder *der Leiter* durch *die Leitung* ersetzt werden.

2. Rechtsprechung

Die Judikative spricht das Recht in konkreten Fällen und muss schon deswegen über die abstrakt-generell bestimmte Gesetzessprache hinausgehen.

a. Regeln der Gerichtssprache

Hinsichtlich der Sprache sind Gerichte – wie auch sonst in der Verfahrensgestaltung – durch Prozessordnungen gebunden. Als Grundnorm wirkt hierbei § 184 GVG. Nur vereinzelt lassen sich sprachliche Konkretisierungen in Formvorschriften für bestimmte gerichtliche Handlungen entnehmen. So lassen sich etwa für strafrechtliche Urteile Spracherfordernisse aus § 267 StPO, für das zivilrechtliche Urteil Erfordernisse aus § 313 ZPO ziehen. In Betracht kommen schließlich Runderlasse und Beschlüsse der Länder mit der Bindung an das Regelwerk für deutsche Rechtschreibung.

aa. Gerichtsverfassung

Nach § 184 S. 1 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Dies umfasst alle Bereiche der richterlichen Tätigkeit, namentlich vor allem die mündliche Verhandlung sowie alle vom Gericht stammenden und an diese gerichteten Schriftstücke. Die Bestimmung ist zwingender Natur und von Amts wegen zu beachten.⁴⁶ Mit der deutschen Sprache ist in erster Linie die deutsche Hoch- und Schriftsprache gemeint.⁴⁷ Fachbegriffe und Fremdwörter sind jedoch zulässig.⁴⁸ Etliche jüngere Prozessordnungen verweisen zur Sprachfrage auf § 184 S. 1 GVG, etwa in § 55 VwGO, § 52 Abs. 1 FGO, § 17 BVerfGG oder § 8 FGG. Die Vorschrift dient dem Zweck, den Verfahrensbeteiligten das Geschehen verständlich zu machen.⁴⁹ Dabei ist – wie auch § 184 S. 2 GVG⁵⁰ verdeutlicht – die Regelungsreichweite auf die Sprache in den Dimensionen Mutter- oder Fremdsprache zu verstehen. Insoweit ist die Vorschrift auch im zeitlichen Kontext des 19. Jahrhunderts zu sehen, in dem die lateinische Sprache als Gelehrten- und Universitätssprache in greifbarer Konkurrenz zur deutschen Sprache stand. Eine Vorgabe für

41 Zur Problematik, dass *der Stellvertreter* nicht sexusmarkiert als *die Stellvertreterin* auftaucht, siehe unter III. 1. c. aa.

42 Anders als etwa rechtlich funktionslose Normen wie § 90a BGB, denen man geflissentlich, aber guten Gewissens keines Blickes würdigen kann. Bei funktionslosen Bestandteilen innerhalb eines Satzes, der auch funktionale Bestandteile innehat, ist das nicht möglich.

43 So auch *Milde*, Vermitteln und Verstehen, S. 125.

44 *Tausch* et al., Sich verständlich ausdrücken, S. 192.

45 Wobei es sich gerade nicht um eine verständlichkeitsfördernde

Redundanz im Sinne einer inhaltlichen Wiederholung mittels *andersartiger* Formulierung handelt.

46 BGH, Beschluss vom 14. Juli 1981 – 1 StR 815/80 –, BGHSt 30, 182–185, Rn. 2.

47 MüKoZPO/Pabst, 6. Aufl. 2022, GVG § 184 Rn. 5.

48 OLG Hamm, Beschluss vom 22. April 2010 – III-2 RVs 13/10 –, Rn. 21, juris.

49 *Paulus*, JuS 1994, S. 367, 369.

50 „Das Recht der Sorben, in den Heimatkreisen der sorbischen Bevölkerung vor Gericht sorbisch zu sprechen, ist gewährleistet.“

den Sprachgebrauch im Sinne der Verwendung von Begrifflichkeiten innerhalb der Nichtfremdsprache macht die Vorschrift nicht. Mithin lassen sich keine Antworten auf die Fragen der Sexusverwendung entnehmen.

bb. Spezifizierungen für konkrete Handlungen

Zieht man als Beispiel für Spezifizierungen die Formulierung des Tatbestands eines Zivilurteils nach § 313 Abs. 2 ZPO heran, so sind auch etwaige Sexusverwendungen unter dem Leitprinzip der Wesentlichkeit und Verständlichkeit zu bewerten. Überflüssiges und Nebensächliches ist wegzulassen.⁵¹ Denselben Akzent legt der Bundesgerichtshof in langer Tradition⁵² auf die strafrechtlichen Urteile, welche „aus sich heraus verständlich sein müssen“.⁵³ Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob sich die Unverständlichkeit nun aus dem Sprachgebrauch oder aus überflüssigen Verweisungen ergibt, da beides gleichermaßen das inhaltliche Verständnis prägt.

cc. Bindung an das Regelwerk für deutsche Rechtschreibung

Am 7. Juni 1999 erließ das Bundesministerium des Innern zum 1. August 1999 die Einführung der Neuregelung der deutschen Rechtschreibung in den amtlichen Schriftverkehr. Als maßgebliches Werk für die deutsche Rechtschreibung vonseiten Beamter gilt hiernach das im Bundesanzeiger veröffentlichte Werk „Deutsche Rechtschreibung, Regeln und Wörterverzeichnis, Amtliche Regelung“.⁵⁴ Durch Beschlüsse oder Runderlasse wurde die Beachtung dieses Regelwerks auch für den amtlichen Schriftverkehr in den Bundesländern verbindlich.⁵⁵ Für den Kernbereich richterlicher Tätigkeit gilt dies jedoch nicht. Urteile und Beschlüsse, welche der Ausübung originärer rechtsprechender Gewalt unterliegen, unterfallen nach Art. 97 Abs. 1 GG⁵⁶ der richterlichen Unabhängigkeit. Sie sperrt jegliche Einflussnahme auf die rechtsprechende Tätigkeit durch Einzelweisungen, Verwaltungsvorschriften und andere weisende Maßnahmen vonseiten der Exekutive.⁵⁷ Dazu zählen auch Vorgaben zur rechten richterlichen Rechtschreibung. Diese findet allenfalls dort Grenzen, wo sie eine Partei in ihrer

Würde verletzt und dadurch das Ansehen der staatlichen Gerichte beeinträchtigt. Das wäre der Fall, wenn die Urteilsdarstellung erkennen ließe, dass das Gericht die Beteiligten nicht als freie, selbstverantwortliche Prozesssubjekte, sondern als rechtlose Objekte des Staates oder als zum Objekt eines Kollektivs degradierte Menschen behandelt oder sie somit diffamiert oder erniedrigt hat. Verneint werden konnte dies jedenfalls bei an sich sachlichen Urteilsgründen in Knittelversen.⁵⁸

b. Praktische Umsetzung

Die weit überwiegende Praxis in der Rechtsprechung markiert bei natürlichen Personen den Sexus, soweit es sich um eine konkrete Bezeichnung innerhalb des Entscheidungstextes handelt. So wird beispielsweise im Rubrum des Zivilurteils der weibliche Kläger als *Klägerin* definiert und konsequenterweise in jeder Folgebezeichnung, sei es im Tatbestand oder in den Entscheidungsgründen, auch so betitelt. Bemerkenswerterweise werden auch juristische Personen, welche kein biologisches Geschlecht haben, sexusmarkiert. Anknüpfungspunkt ist dabei das Genus der Rechtsformbezeichnung. Ist der Kläger also *eine Gesellschaft*, so wird er zu *der Klägerin*. Lediglich bei abstrakten Ausführungen zur Rechtslage, oftmals in Obersätzen und Definitionen von Entscheidungsgründen, wird – entsprechend dem regelmäßigen gesetzlichen Vorbild – der biologisch geschlechtslose Oberbegriff verwendet. Dieser kann wie bei *einer Person* grammatisch weiblich, aber eben wie auch bei *dem Verbraucher* grammatisch männlich sein. Teilweise, wenn auch selten, lassen sich auch abstrakte Erklärungen in vollständiger Paarform finden. So stellte der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs fest, dass „ein erheblicher Teil der Verbraucherinnen und Verbraucher davon aus[gehe]“⁵⁹, dass für sie als „Patientinnen und Patienten“⁶⁰ nur ein Fachzahnarzt für Kieferorthopädie kieferorthopädische Leistungen erbringen dürfe. Bereits wenige Zeilen später werden auch diese *Verbraucherinnen und Verbraucher* an dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen *Verbraucher* gemessen und zu sexusindifferenten, aber grammatisch maskulinen *Patienten*⁶¹ gemacht. Von *Zahnärztinnen* spricht die Entscheidung namens „Kieferorthopädie“

51 MüKoZPO/Musielak, 6. Aufl. 2020, ZPO § 313 Rn. 12.

52 RGSt 4, S. 367, 370; 62, S. 216; 66, S. 8.

53 BGH, Urteil vom 25. Oktober 1995 – 3 StR 391/95 –, Rn. 8, juris; BGH, Urteil vom 13. Oktober 1981 – 1 StR 471/81 –, BGHSt 30, 225-228, Rn. 16.

54 Beilage zum Bundesanzeiger vom 31. Oktober 1996, Nr. 205a.

55 Vgl. etwa für Brandenburg: Amtsblatt für Brandenburg – Nr. 37 vom 11. September 1998, S. 790.

56 „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterwor-

fen.“

57 BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 1961 – 2 BvL 25/60 –, BVerfGE 12, 67-73, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 09. Mai 1962 – 2 BvL 13/60 –, BVerfGE 14, 56-76, Rn. 44.

58 OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. April 1956 – 2 Ss 27/56 –, juris; lesenswert zur Reimdebatte: *Beaumont*, NJW 1989, S. 372.

59 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – I ZR 114/20 –, Rn. 13, juris.

60 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – I ZR 114/20 –, Rn. 16, juris.

61 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – I ZR 114/20 –, Rn. 18, juris.

kein einziges Mal. Mit diesem offensichtlich zufälligen, systemlosen Wechsel von sexusdifferenter Sprache und sexusindifferenter Sprache steht das Urteil stellvertretend für nahezu alle von dem *Verfasser* gelesenen Urteile, welche sich bei abstrakten Oberbegriffen – jedenfalls ab und an – der vollständigen Paarform hingaben.⁶²

Nur mit aufwendiger Recherche lassen sich auch abgekürzte Paarformen finden. So schreibt das Landgericht Flensburg in einer – erstaunlich bekannt anmutenden⁶³ – Befangenheitsentscheidung zu verteilten Schokoladenweihnachtsmännern in einer Hauptverhandlung über *Ergänzungsschöff*innen*, *Berufsrichter*innen* und *Verteidiger*innen*.⁶⁴ Was zunächst wie ein Ausdruck feministischen Sprachaktivismus anmutet, erscheint bei näherer Betrachtung eher wie ein sarkastischer Seitenhieb gegenüber den Verteidigern. Diese lehnten zuvor (erfolglos) die Vorsitzende aufgrund einer kritischen Anmerkung zu den von den Verteidigern verwendeten „Gendersternchen“ als befangen ab⁶⁵ – in anderen Entscheidungen schreibt der Spruchkörper ohne entsprechende Sonderzeichen.⁶⁶

c. Kritische Würdigung

Die Schreibakte der Gerichte sind sprachlich in einer vermittelnden Funktion zwischen dem Gesetz und den Verfahrensbeteiligten. Das erkennt man in dem Leitprinzip der Verständlichkeit, das sich von der allgemeinen Amtssprache bis hin zur einfachgesetzlichen Formvorgabe einer konkreten Gerichtshandlung durchzieht. In dieser Grenze kann die Gerichtssprache auch von der Verwendung von Systembegriffen abweichen und auch die Rechtschreibregeln vernachlässigen. Ob nun eine inkonsequent genutzte vollständige Paarform oder eine abgekürzte Paarform die Grenze der Verständlichkeit in den weiträumigen Dimensionen der gesetzlichen Vorgaben überschreitet, ist für den Einzelfall zu bewerten und nur im Ausnahmefall zu bejahen. Wer auf Nummer sicher gehen möchte, kann aber jedenfalls die sexusindifferente Sprache nach Art des Grundgesetzes übernehmen, die auch bei grammatisch maskulinen bzw. grammatisch femininen Oberbegriffen allgemein hin als biologisch geschlechtsübergreifend verstanden wird.⁶⁷

3. Wissenschaft

Für den hier sogenannten juristischen Sprachgebrauch in der Wissenschaft sollen vor allem die Erzeugnisse juristischer Fachliteratur, insbesondere Kommentar- und Aufsatzliteratur, beleuchtet werden.

a. Regeln der wissenschaftlichen Sprache

Für den Sprachgebrauch innerhalb von Kommentar- und Aufsatzliteratur gibt es in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung keine formbezogenen staatlichen Regeln außerhalb der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.

Zwischen der Redaktion und dem Autor können hingegen formale Regeln vereinbart werden, die in Redaktionsrichtlinien niedergeschrieben sind. Hinsichtlich der Verwendung von sexusdifferenter bzw. sexusindifferenter Sprache gibt es unterschiedliche Ansätze. Die Redaktionsrichtlinie des Verlags *C.H.BECK/Franz Vahlen* für die Gestaltung von Zeitschriften vom 1. Juni 2018 macht keinerlei Vorgaben zur Rechtschreibung, sondern konzentriert sich vor allem auf die gleichmäßige Form von bestimmten typischen Formulierungen, etwa Rechtsprechungszitate, Zeitschriftenzitate oder die Wiedergabe von Paragraphen. Mangels Bindung an orthographische Vorgaben können demnach auch abgekürzte Paarformen außerhalb der deutschen Rechtschreibung, wie etwa Binnenmajuskel oder Sonderzeichen, verwendet werden. Jedoch gibt es auch innerhalb der Verlage Zeitschriften, die die Regeln für sich spezifizieren. Diese Autorenhinweise beschreiben den abstrakten Aufbau eines Artikels, deren Zeichenzahl und machen im Einzelfall auch orthographische Vorgaben. Beispielsweise erklärt die Zeitschrift *Recht der Transportwirtschaft* (RdTW) in ihren Autorenhinweisen vom September 2012 die neue deutsche Rechtschreibung für anwendbar.⁶⁸ Hier wäre der Gebrauch von rechtschreibwidrigen abgekürzten Paarformen untersagt. Eine andersartige Sexusmarkierung, insbesondere die vollständige Paarform, bleibt jedoch jedem Autor anheimgestellt.

Während es in der Übersicht keine nennenswerten Verbote zur Sexusmarkierung gibt, sehen einzelne Pub-

62 Vgl. beispielsweise BGH, Urteil vom 15. April 2021 – I ZR 134/20 –, juris; BGH, EuGH-Vorlage vom 29. Juli 2021 – I ZR 135/20 –, juris; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 09. September 2021 – 1 U 68/20 –, juris; VG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 29. Juli 2021 – 7 B 2440/21 –, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 16. Dezember 2020 – 9 U 595/20 –, juris; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Januar 2020 – 13 B 1423/19 –, juris.

63 LG Koblenz, Beschluss vom 19. Dezember 2012 – 2090 Js 29752/10 – 12 KLs –, juris.

64 LG Flensburg, Beschluss vom 20. Januar 2021 – V KLs 2/19 –, Rn. 1, juris.

65 LG Flensburg, Beschluss vom 20. Januar 2021 – V KLs 2/19 –, Rn. 6, juris.

66 Vgl. zur 5. Großen Strafkammer: LG Flensburg, Beschluss vom 11. Juni 2021 – V Qs 26/21 –, juris; LG Flensburg, Beschluss vom 27. Mai 2021 – V Qs 17/21 –, juris; LG Flensburg, Beschluss vom 23. September 2021 – V Qs 42/21 –, juris.

67 BGH, Urteil vom 13. März 2018 – VI ZR 143/17 –, BGHZ 218, 96–111, Rn. 37.

68 Anders die *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) in ihren Autorenhinweisen vom August 2016, welche keinerlei Anforderungen an die Rechtschreibung haben.

likationsvertreiber das Gegenteil vor: Wer beispielsweise bei dem Berliner Online-Start-up *juriverse*, welches juristische Übungsfälle sammelt, einen Beitrag veröffentlichen möchte, muss primär eine explizite Sexusindifferenzierung (*Studierende* statt *Studenten*) und hilfsweise eine abgekürzte Paarform mit dem Doppelpunkt (*der:die Autor:in* statt *der Autor*) verwenden. Das Pronomen *man* darf man gar nicht verwenden.⁶⁹

Dieser Ansatz gleicht damit im Wesentlichen den Empfehlungen zur „geschlechtergerechten Sprache“, die auch Dutzende deutsche Hochschulen⁷⁰ für ihr Personal machen, wobei überwiegend die Verwendung des Asterisks als Sonderzeichen für die abgekürzte Paarform vorgeschlagen wird. Teilweise räumen die Hochschulen den Dozenten die Möglichkeit ein, die Verwendung der „geschlechtergerechten Sprache“ als Bewertungskriterium für Prüfungsleistungen heranzuziehen. So hieß es bis April 2021 noch auf der Website der Universität Kassel, es stehe „Lehrenden grundsätzlich frei, die Verwendung geschlechtergerechter Sprache als ein Kriterium bei der Bewertung von Prüfungsleistungen heranzuziehen“. Dem Verfasser liegen auch Korrekturen von Abschlussarbeiten anderer Hochschulen vor, in denen ausdrücklich gerügt wurde, dass für bestimmte Begriffe keine abgekürzte Paarform mittels Sonderzeichen verwendet wurde. Von dem studentischen Prüfling kann nicht erwartet werden, in einer solchen ausdrücklichen Rüge eine Unbeachtlichkeit für die Notengebung zu erkennen. Gerade für Abschlussarbeiten wie etwa Bachelorarbeiten, Masterarbeiten oder Dissertationen ist daher im Einzelfall, abhängig vom Prüfer und der Hochschule, eine informelle und unter Sanktionsdruck durchsetzbare Normierung der Sprache anzunehmen, die auch auf die Sprachverwendung in rechtswissenschaftlichen Texten durchschlagen kann.

b. Praktische Umsetzung

Ein Blick in die letzten Ausgaben gängiger juristischer Fachzeitschriften⁷¹ offenbart – wenig überraschend – hinsichtlich des Sprachgebrauchs ein ähnliches Bild wie die Rechtsprechung. In aller Regel werden klassische

sexusindifferente Oberbegriffe, gegebenenfalls im generischen Maskulinum, verwendet. Die Beiträge schreiben über die Vorgaben für *Verbraucher*, lassen *den Käufer* oder *den Täter* handeln. Kommentierungen, welche Gesetze behandeln, in denen eine vollständige Paarform (beispielsweise *Zeuginnen und Zeugen*) oder eine unübliche explizit sexusindifferente Umformulierung (beispielsweise *zu Fuß Gehende*) verwendet wird, wandeln diese ebenfalls in die klassische sexusindifferente Form um (*Zeuge*⁷² bzw. *Fußgänger*⁷³). Nur gelegentlich wird, wie auch in der Rechtsprechung, in Aufsätzen die vollständige Paarform verwendet. Dies aber mit ähnlich überschaubaren Durchhaltevermögen wie in der Rechtsprechung.⁷⁴

Nur vereinzelt lassen sich in gedruckten Publikationen auch abgekürzte Paarformen finden. So kennzeichnet sich der Kommentar von *Huber/Mantel* zum Aufenthalts- und Asylgesetz in konsequenter Abweichung von gesetzlichen Systembegriffen mit über 2.000 „Gendersternchen“⁷⁵ und etlichen explizit sexusindifferenten Umformulierungen (beispielsweise mit *im Ausland lebenden Personen*). Bemerkenswert sind auch engagierte Wortneuschöpfungen in Form von Sexusmovierungen bei Begriffen mit grammatisch neutralem Geschlecht. So sprechen beispielsweise *Heldt/Klatt* in ihrer Abhandlung zur „Privilegierung der Justizpressekonferenz durch das Bundesverfassungsgericht“⁷⁶ mehrfach, wenn auch nicht durchgehend⁷⁷, von *Mitglieder*innen* der Justizpressekonferenz. Das einzelne *Mitglied* der deutschen Sprachgemeinschaft mag sich wundern.

c. Kritische Würdigung

Es versteht sich in Anbetracht der Notwendigkeit einer möglichst umfangreichen Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit von selbst, dass ein Autor eines rechtswissenschaftlichen Werkes vonseiten des Staates schreiben darf, wie er es für richtig hält. Das gilt insbesondere für Sprachexperimente mit dem Sexus, die in aller Regel keine juristisch, sondern politisch motivierte Kundgabe sind. Während bereits die weniger radikale vollständige Paarform von einer weit überwiegenderen Mehrheit der

69 Autorenhinweise *juriverse.com*.

70 Insgesamt über 80, darunter die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, die Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, die Hochschule Offenburg, die Universität Konstanz, die Humboldt-Universität zu Berlin und die Freie Universität Berlin.

71 Namentlich *Neue Juristische Wochenschrift*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, *Juristische Schulung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.

72 BDZ/Binz, 5. Aufl. 2021, JVEG § 8 Rn. 1; BeckOK KostR/Bleutge, 35. Ed. 1.10.2021, JVEG § 1; Landmann/Rohmer GewO/Bleutge, 86. EL Februar 2021, GewO § 36 Rn. 44.

73 Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Heß, 26. Aufl. 2020, StVO

§ 25 Rn. 1; Geigel Haftpflichtprozess/Freyermann, 28. Aufl. 2020, Kap. 27 Rn. 593 beispielhaft für einen Fachaufsatz mit demselben Begriff *Rabe/Look*, NJW-Spezial 2020, S. 521.

74 Vgl. etwa allein zu der Doppelform Verbraucherinnen und Verbraucher: *Kocher*, ZEuP 2021, 606, 629; *Geiß/Felz*, NJW 2019, 2961, 2965; *Kaßler*, ZWE 2021, 146, 147; *Grunewald*, NJW 2021, 1777, 1778; *Bilsdorfer/Sigel*, NVwZ 2021, S. 594.

75 So jedenfalls die Trefferangabe in der Online-Datenbank *beck-online*.

76 *Heldt/Klatt*, NVwZ 2021, S. 684.

77 Dann *Mitglieder*.

weiblichen und männlichen Deutschen abgelehnt wird⁷⁸, ist die abgekürzte Paarform mit Sonderzeichen ein offenkundiges politisches Statement⁷⁹, das auch in wissenschaftlichen Texten gesetzt werden darf. Entgegen jeder Vorstellung einer offen meinungspluralistischen Gesellschaft und somit unvereinbar mit der verfassungsmäßigen Ordnung ist dementsprechend aber auch der teilweise praktizierte Zwang von Studenten zu derartiger Schreibweise.

Nicht gefeit ist der sprachaktivistische Autor hingegen vor den unterschiedlichen Erwartungen an wissenschaftliche Arbeiten seitens des Verlags. Wie viel Darstellung persönlichen, meist themenfremden politischen Befindens sich in einem Fachtext wiederfinden darf, bleibt eine Geschmackssache. Allerdings ist gerade für juristische Texte zu beachten, dass die wertungs- und bedingungslose Übernahme von Systembegriffen ein Grundbaustein dafür ist, dass der Text auch die Orientierung innerhalb des Systems unterstützt. Ein Gesetzeskommentar, der das kommentierte Gesetz in der Erläuterung nicht auszusprechen vermag, ist, salopp formuliert, nur für denjenigen gut geeignet, der sich an der Komplexität der gesetzlichen Materie langweilt und mit simultaner Sprachübersetzung bei Laune gehalten werden möchte.

Schließlich lässt sich sämtlichen Redigierrichtlinien die Maxime der Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit in der Darstellung entnehmen. Sei es nun durch das Gebot der einheitlichen Quellenangabe oder durch das folgerichtige Gliedern der einzelnen Abschnitte. Begreift man die einzelnen Wörter richtigerweise als Bestandteil der formalen Darstellung, so habe auch sie einheitlich und folgerichtig zu sein – auch hinsichtlich der Sexusdifferenzierung. Hier stellt sich zum einen das Problem, dass unklar ist, wie weit die Sexusdifferenzierung gehen soll. Ist es nun *der*die Bürgermeisterkandidat*in* oder *der*die Bürger*innenmeister*inkandidat*in*? Und was ist mit dem so schonungslos verwendeten *juristisch*? Immerhin handelt es sich bei *-isch* um ein nachgestelltes Wortbildungselement, das ein Adjektiv von einem Substantiv

ableitet – hier: dem grammatisch maskulinen *Jurist-en*. Und selbst wenn man die Frage der anvisierten Reichweite der Einheitlich- und Folgerichtigkeit in dieser Dimension bewältigt hat, bleibt zu fragen: Schafft man es, das auch konsequent durchzuziehen? Der Blick in die bisherige Praxis der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und Wissenschaft lässt daran zweifeln.

IV. Fazit

Die Sexualisierung des juristischen Sprachgebrauchs geht in allen hier beleuchteten Teilgebieten mit Nachteilen einher, die jedoch in unterschiedlicher rechtlicher Relevanz zu Buche schlagen. Eine rechtlich besonders schwerwiegende Beeinträchtigung demokratiebezogener Natur liegt in der Umformulierung von Gesetzestexten. Nur in Einzelfällen kann hier den Richtlinien entsprechend eine Fachsprache abgebildet werden, die nicht sowohl in ihrer Richtigkeit als auch in ihrer Allgemeinverständlichkeit einbüßt. Möchte man den Sexusgebrauch der Gesetzessprache tatsächlich auf dem Gleichberechtigungsförderungsgebot⁸⁰ einer Verfassung beruhen lassen, welche selbst das generische Maskulinum verwendet, so stünden diesen Einbußen jedenfalls ein überwiegendes kollidierendes Verfassungsinteresse entgegen.

Abschließend, um die Eingangsfrage nun weniger präzise aber allgemeinverständlich zu beantworten, bleibt zu sagen: Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch kann nicht nur nerven – er tut dies in etlichen Fällen auch zu *Unrecht*.

Dr. Theodor Lammich ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Lehrbeauftragter der Dualen Hochschule Baden-Württemberg und Rechtsreferendar am Landgericht Freiburg.

78 Vgl. 65 Prozent Ablehnung mit steigender Tendenz *Infratest Dimap*, Gendergerechte Sprache KW 19/2021; 86 Prozent Ablehnung *Mitteldeutscher Rundfunk AdÖR*, MDRfragt-Umfrage KW 29/2021; 82 Prozent Ablehnung *forsa*, RTL/ntv-Trendbarometer KW 17/2021.

79 Sie ist ein Ausdruck der sog. Identitätspolitik.

80 Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.

Felix Hornfischer

Besprechung von Neukirchen, Mathias / Emmrich, Etienne (Hrsg.), Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch - Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber, Nomos, 2021¹

Das im Mai 2021 erschienene Kompendium richtet sich vorrangig an die Verantwortlichen der Hochschulen, die Mitglieder von Berufungskommissionen und Bewerberinnen und Bewerber und will ihnen das hochschulrechtliche Bewerbungsverfahren anhand einer abschnittsweisen Darstellung, Beispielfällen und einer Rechtsprechungssammlung zu einzelnen Problemkreisen und Stichworten näherbringen. Ausgehend hiervon dürften auch Rechtsanwender wie Rechtsanwälte und Richter, die mit berufsrechtlichen Verfahren befasst sind, interessierte Leser dieses Kompendiums sein.

Die Herausgeber und die Autorinnen und Autoren sind allesamt - in verschiedenen Funktionen - in der Hochschulverwaltung tätig. *Neukirchen* war seit September 2017 Kanzler und Mitglied des Präsidiums der Technischen Universität Berlin, bevor er zum 01. Oktober 2020 eine Stelle als Direktor am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz angenommen hat. *Emmrich* ist Dekan der Fakultät II - Mathematik und Naturwissenschaften der Technischen Universität Berlin und war zuvor geschäftsführender Direktor des Instituts für Mathematik der TU Berlin. Die weiteren Autoren und Autorinnen entstammen aus dem Arbeitskreis Hochschulpersonal der Vereinigung der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands: *Büggeln* ist Kanzler der Pädagogischen Hochschule Freiburg; *Breder* ist Justitiar der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg; *Kurlemann* hat an der Universität Potsdam als Justitiar und später als Dezernent für Personal- und Rechtsangelegenheiten jahrelange Erfahrungen zum Thema Berufungen gesammelt; *Rockmann* ist als Leiter der Berliner Geschäftsstelle und Bereichsleiter Grundsatzfragen des Hochschulsystems bei der Hochschulrektorenkonferenz tätig.

Gedanklicher Ausgangspunkt des Kompendiums ist im weitesten Sinne der Widerstreit zwischen der Wissenschaftsfreiheit und dem daraus folgenden personellen Selbstergänzungsrecht der Hochschulen als Wissenschaftsinstitutionen einerseits und dem Erfordernis eines rechtsförmlichen, transparenten und fehlerfreien Bewerbungsverfahrens, das dem Prinzip der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht wird, andererseits. Besonderes Augenmerk legen die Herausgeber und Autoren auf die Besorgnis der Befangenheit, die gerade in kleineren Fachbereichen Bedeutung erlangt, in denen sich die wissenschaftlichen Akteure persönlich kennen oder durch ihren wissenschaftlichen Werdegang jedenfalls bisweilen zahlreiche Berührungen aufweisen. Der - zunehmende - Wettbewerbsdruck der Bewerberinnen und Bewerber führt dazu, dass für sie persönlich nicht erfolgreiche Verfahren häufig auf dem Rechtsweg angegriffen werden. Die hohe Wahrscheinlichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle - gleichgültig ob im Eilverfahren oder (eher selten) im Hauptsacheverfahren - macht es im besonderen Maße erforderlich, das Bewerbungsverfahren zu professionalisieren und etwaigen Fehlern vorzubeugen. Zu diesem Zweck steht die rechtskonforme Ausgestaltung des Bewerbungsverfahrens im Zentrum des Kompendiums, wobei ein Schwerpunkt auf den Problemkreis der Besorgnis der Befangenheit gelegt wird. In der Folge werden auch Fragen des effektiven Rechtsschutzes zur Wahrung des Bewerbungsverfahrensanspruchs beleuchtet. Zu Recht spart das Kompendium Innenrechtsstreitigkeiten innerhalb der Hochschule und zwischen den Hochschulen einerseits und den die Aufsicht ausübenden Ministerien andererseits aus, um die Darstellung nicht zu überlasten.

1 270 Seiten, 72 Euro.

Das Werk gliedert sich in insgesamt sieben Abschnitte, an die sich im Anhang eine Rechtsprechungsübersicht (VIII.) und ein Überblick über das Berufungsverfahren (IX.) anschließen. Ferner enthält es ein vorangestelltes Abkürzungs- und nachgestelltes Literaturverzeichnis. Die Abhandlung besticht durch einen klaren, einleuchtenden und nachvollziehbaren Aufbau. Die Einleitung skizziert unter dem bereits angesprochenen Topos des Widerstreits von wissenschaftlicher Selbstergänzung und Befangenheit die Bedeutung und Herausforderungen des Berufungsverfahrens und bietet abschließend einen Überblick über den Gang der weiteren Darstellung. Hieran schließt sich im zweiten Abschnitt eine Darstellung des Berufungsverfahrens im Einzelnen an. Der dritte Abschnitt wendet sich dann der Befangenheit im Berufungsverfahren und der vierte Abschnitt den Rechtsfolgen der (relativen und absoluten) Befangenheit zu. Während der fünfte Abschnitt die Handlungsoptionen der Hochschulen im Falle von Verfahrensfehlern zum Gegenstand hat, stellt der sechste Abschnitt die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bewerbers oder der unterlegenen Bewerberin dar. Schließlich wird das Kompendium im siebten und letzten Abschnitt zusammengefasst.

In der Einleitung weist das Kompendium zutreffend auf die Fülle der rechtlichen Vorgaben für die fehlerfreie Durchführung eines Berufungsverfahrens hin, die sich nicht nur im grundgesetzlichen Grundsatz der Bestenauslese und den Landeshochschulgesetzen, sondern vor allem auch in den satzungsrechtlichen Berufsordnungen der einzelnen Hochschulen finden. In der Natur der Sache begründet liegt die Konzentration des Kompendiums auf die grundgesetzlichen und - soweit übereinstimmend - die landesrechtlichen Vorgaben. Der zweite Abschnitt bietet eine griffige Darstellung des Ablaufs des Berufungsverfahrens. Vorangestellt findet sich eine übersichtliche und hilfreiche Tabelle über den Verfahrensablauf und die handelnden Akteure. Die einzelnen Verfahrensschritte werden anschließend näher erläutert. Die Unterabschnitte 4. und 5. lenken den Blick schließlich noch auf die Förderung von Frauen und die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten sowie auf die Besonderheiten bei Junior- und Tenure-Track-Professuren.

Erheblichen Raum nimmt sodann der dritte Abschnitt ein, der sich mit der Befangenheit im Berufungsverfahren befasst und damit die im Titel des Kompendi-

ums angelegte Schwerpunktsetzung umsetzt. Einleitend werden die einschlägigen rechtlichen Regelungen, nämlich die Normen der jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetze, der Landeshochschulgesetze und der hochschulinternen Normen dargestellt. Hinsichtlich etwaiger hochschuleigener Verwaltungsvorschriften wird zu Recht darauf hingewiesen, dass diese mangels Rechtsatzqualität allenfalls mittelbar durch eine aufgrund ständiger Übung eintretende Selbstbindung Rechtswirkungen gegenüber Dritten begründen können. Schließlich werden die Standards der Scientific Community, nämlich die Regeln der Deutschen Forschungsgemeinschaft, von den verbindlichen rechtlichen Regelungen abgegrenzt. Im zweiten Unterabschnitt befasst sich das Kompendium ausführlich mit dem Tatbestand der Befangenheit nach den § 20 LVwVfG (absolute Befangenheit) und § 21 LVwVfG (relative Befangenheit), wobei der relativen Befangenheit in der Praxis weit größere Bedeutung zukommen dürfte. Die Autoren beleuchten dabei insbesondere, inwiefern Lehrer-Schüler-Beziehungen oder sonstige Abhängigkeitsverhältnisse sowie Kooperationen oder Konkurrenzen die Besorgnis der Befangenheit begründen können. Hierauf folgt die Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen von absoluter und relativer Befangenheit. Dabei sticht besonders die hochschulspezifische Betrachtung des Widerstreits der Einhaltung der Befangenheitsregelungen einerseits und der Sicherstellung des Fachprinzips andererseits hervor. Das Kompendium stellt kritisch Lösungsansätze dar, die die Autoren für unzureichend halten, um sodann drei Möglichkeiten aufzuzeigen, wie aus ihrer Sicht ein schonender Ausgleich der konfligierenden Prinzipien vorgenommen werden kann. Diese werden anschließend grafisch-schematisch dargestellt. Sodann wird der Prinzipienkonflikt noch spezifisch für Junior- und Tenure-Track-Professuren betrachtet.

Der fünfte Abschnitt behandelt knapp die Handlungsmöglichkeiten der Hochschule bei Fehlern im Berufungsverfahren, nämlich die Heilung des Fehlers oder den Abbruch des Verfahrens. Umfassend befasst sich dann der sechste Abschnitt mit den Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bewerbers, wobei der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu Recht den größten Raum einnimmt. Strukturiert nach Zulässigkeit und Begründetheit des Rechtsbehelfs sowie nach ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln gegen die gerichtliche Entscheidung werden die jeweiligen Vo-

raussetzungen sowie der gerichtliche Kontrollmaßstab dargelegt. Abgerundet werden die Ausführungen durch Überlegungen zum sekundären Rechtsschutz, also insbesondere zu Ansprüchen aus der Staatshaftung. Der sechste Abschnitt fasst die Darstellung insgesamt zusammen.

Das Kompendium besteht nicht nur durch seinen klaren und nachvollziehbaren Aufbau, sondern durch seine große Nähe zur Praxis. Eine bemerkenswerte Leistung ist es, ausgehend von den allgemeinen rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes, der Landeshochschulgesetze und der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, die sich in der Berufungspraxis der Hochschulen stellen, die Probleme zu skizzieren und fundierte Lösungsansätze aufzuzeigen. Das Thema birgt die Gefahr der Überfrachtung, die die Herausgeber und Autoren jedoch durch eine pointierte Darstellung und Konzentration auf das Wesentliche bannen. Den Besonderheiten der in der Praxis an Bedeutung gewinnenden Junior- und Tenure-Track-Professuren wird dabei angemessener Raum eingeräumt.

Für Verantwortungsträger aus der Hochschulverwaltung stellt dieses Kompendium ein absolut alltagstaugliches Hilfsmittel für die effiziente und fehlerfreie Gestaltung von Bewerbungsverfahren dar. Für Rechtsanwender aus Anwaltschaft und Justiz bietet es einen gelunge-

nen Einstieg und Überblick über die Materie mit einer hinreichenden Zahl an Nachweisen. Die angehängte Rechtsprechungsübersicht und der schematische Überblick über das Berufungsverfahren unterstreichen den Anspruch des Werkes, eine praktische Arbeitshilfe zu sein und erfüllen diesen gemeinsam mit der rezensierten Darstellung zweifelsohne.

Dr. Felix Hornfischer

Richter am Verwaltungsgericht Freiburg

Unterrichtspolizei Merkwürdiger und nachahmungswerter Gebrauch der Basler Universität¹

Durch ein Gesetz des Großen Rathes ist seit 1818 die Hochschule zu Basel nach einer neuen Organisation restaurirt, und die neue Einrichtung rückt allmählig ihrer Vollendung näher. Diese Einrichtung hatte unter andern guten Folgen auch die Benutzung der Lehrkurse von Seite der hiesigen Bürgerschaft herbeigeführt, und es ist eine besonders im Winterhalbjahr bleibende Sitte unter dem schönen Geschlechte und unter Männern geworden, einen solchen Kursus zu besuchen. Die Vortheile sind auffallend. Es wächst nicht nur der Stoff für gesellige Unterhaltung, was wir aus guten Gründen hoch angeschlagen dürfen; die Wissenschaft selbst tritt dem Leben näher und befreundet sich dem Laien, der oft aus unnöthiger Scheu von der gelehrten Zunft sich für unwürdig hält, in die Hallen der Weisheit einzutreten. Aus ängstlichen Zweiflern werden entschlossene Freunde der wissenschaftlichen Forschung. Man fängt an einzusehen, daß die gründliche Untersuchung weder zum Umsturze des anerkannten Guten führt, noch die Frivolität und Tadelsucht befördert; vielmehr vor diesen Fehlern der Halbwisserei verwahrt und eine starke Wehr den Angriffen der Starkgeister (*esprits forts*) entgegen setzt. Daher die lobenswerthe Theilnahme der Frauen an Vorlesungen über Moral und Geschichte.

Durch solches Beispiel ermuthigt, sind auch zum öftern, wie die Geschichte vieler Städte zeigt, die Männer zu ähnlichem Streben hingerissen worden. Es ist sehr erfreulich, das die Absichten der hohen Obrigkeit, die den Lehrern an der hiesigen Hochschule einen weiten Berufskreis zu gemeinnütziger Wirksamkeit verschaffen wollte, daß diese wohlthätigen Absichten in einem solchen Grade und so frühe schon erreicht worden sind.

Es ist merkwürdig, wie in den von aller Bildung sonst fern gehaltenen niedern Classen des Erwerbstandes in England und Schottland seit Kurzem ein wissenschaftliches Streben erwacht, wie sich mit ausserordentlicher Schnelligkeit die Bildungsanstalten und Lehrmittel für diese zahlreichste Volksklasse vermehren. Noch wenige Jahre, und die Folgen dieser Verpflanzung der Wissenschaft aus den Hörsälen der Gelehrten in die Werkstätten des Gewerbestandes werden hervortreten. Die Erleichterung des Verkehrs in Verbindung mit den großen Entdeckungen unserer Zeit wird die wichtigsten und unerwartetsten Veränderungen in den Lebens- und Verkehrsverhältnissen herbeiführen, welche den ungemeynen Werth wissenschaftlicher Bildung für alle Stände ausser Zweifel setzen. Dann wird man deutlich einsehen, wie väterlich unsere Obern für ihre Mitbürger gesorgt, welchen sie zur rechten Zeit die Mittel zur Erwerbung solcher Kenntnisse vervielfältigt haben. Möge die Thätigkeit der Lehrer an der Hochschule, und besonders die wohlthätigen Bemühungen derjenigen Lehrer, welche die Wissenschaft ins Leben einführen und eine stets größere Zahl aus allen Ständen ihr befreunden, als eine höchst gemeinnützige, das Bürgerwohl unmittelbar fördernde anerkannt und durch immer regere Theilnahme gefördert werden

1 Allgemeine Deutsche Justiz-, Kameral- und Polizeifam 1826, S.

Manfred Löwisch zum 85. Geburtstag

Am 8. März 2022 wurde *Manfred Löwisch* 85 Jahre alt. Die letzten 53 Jahre verbrachte er in Freiburg, nicht nur als Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht, auch als Prorektor und Rektor der Freiburger Universität sowie als stellvertretender Vorsitzender des Universitätsrates. Seit seiner Emeritierung leitet er an der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät die Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Es ist wohl einmalig, dass ein Emeritus fast 10 Jahre nach seiner Emeritierung die modernen Herausforderungen aufgreift und eine Internet-Zeitschrift mit open access gründet. Würden jüngere Kollegen selbiges, wohlgeachtet ohne äußere Unterstützung, unternehmen, wäre die open-access-Problematik ein Stück weit gelöst. Manfred Löwisch war und ist der spiritus rector unserer „Ordnung der Wissenschaft“. Deren Orientierung ist seine Handschrift: Ihr wissenschaftliches Profil folgt der „Freiburger Tradition des Ordnungsdenkens“, eine Aufforderung, regulierende Prinzipien bei einer Wissenschaftsrechtsdogmatik und –politik im Geist der Freiheit mitzudenken. Dementsprechend ist der thematische Zugriff der „Ordnung der Wissenschaft“ weit gespannt. Sie ist keine schwerpunktmäßig Dogmatik-Zeitschrift, sondern ein Publikationsmedium, welches großen Wert auf aktuellen Praxisbezug legt und neben wissenschaftspolitischen auch ethische, historische und publizistische

Fragen mit einbezieht. Eine beträchtliche Zahl der Beiträge stammt aus der Feder von Manfred Löwisch, zuletzt etwa zur steuerlichen Gemeinnützigkeit von Konfuzius-Instituten, der viel Zustimmung erfahren hat. Seinen Blick auf die Praxis schöpft der Jubilar auch aus seiner fortwährenden anwaltlichen Tätigkeit als Of Counsel einer in der Freiburger Region verorteten Anwaltskanzlei, die neben einem arbeitsrechtlichen auch einen hochschulrechtlichen Schwerpunkt aufweist. Oft sind seine Beiträge mitverfasst von Mitarbeitern der Forschungsstelle, die im Dialog mit ihm, meist am Vormittag in der Forschungsstelle, die Texte diskutieren, ein Arbeitsstil, den ich 1970 als Hilfskraft an seinem Lehrstuhl kennen und schätzen lernte.

Ein herzliches und langwährendes ad multos annos wünscht auch im Namen des Freiburger Herausgeber- und Redaktionsteams

Thomas Würtenberger

Joachim Goebel
*Verfassungsrechtliche Anforderungen
an die Governance nichtstaatlicher Hochschulen
– zugleich ein Beitrag zur Privathochschulfreiheit
und zur Reichweite objektiv-rechtlicher Schutzpflichten
im einschlägigen Hochschulorganisationsrecht –*

Übersicht

I. Staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung

1. *Die institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat: Hochschulorganisation in Gänze sinngemäß zum staatlichen Bereich*
2. *Drei Thesen: Verneinung – Vermittlung – Opulenz*

II. Das ausgeblendete Dritte: Die Privathochschulträgerfreiheit

1. *Einige Begriffsklärungen*
2. *Streitstand zur Privathochschulträgerfreiheit*
 - a. *Das systematische Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit*
 - b. *Das schutzbereichsrechtliche Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit*
 3. *Der Schutz von Kontexten der Produktion von Wissen*
 - a. *Analyse der Motive und der Handlungszusammenhänge*
 - b. *Der grundrechtliche Schutz der Kontexte wissenschaftlichen Handelns*
 - c. *Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung innerhalb der Hochschule?*
 - d. *Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung außerhalb der Hochschule?*
4. *Ergebnis: Schutz der strategischen Entfaltung des Hochschulträgers*

III. Wissenschaftsfreiheit als Gebot organisatorischer Opulenz?

1. *Opulenz I: Organisatorische Rahmung individueller Rechte?*
 - a. *Abwehrrecht gegenüber dem Staat – auch gegenüber dem Träger?*
 - b. *Das Erfordernis arbeitsvertraglich gewährleisteter Freiräume*
 - c. *Folgen arbeitsvertraglich eingeräumter Freiräume für die Governance?*
2. *Opulenz II: Schutzpflicht aufgrund Gefährdungslagen*

a. Streitstand

- b. *Fehlende Ermittlung der Gefährdungslage und fehlende Bestimmung des hinnehmbaren Maßes einer Gefahr*
- c. *Ausweg in Konzepten „inpersonaler“ Grundrechte?*
- d. *Gefährdungen aufgrund des Schutzes vor Gefährdungen?*
- e. *Bloße Regionalität des auf Universalisierung angelegten Gefährdungskonzepts*
- f. *Fazit zum Gefährdungskonzept*
3. *Opulenz III: Das Gebot konsequenten Handelns*
 - a. *In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Anerkennung?*
 - b. *In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Gleichheit?*
 4. *Opulenz IV: Organisationsanforderungen qua Gleichheit?*
 5. *Fazit: Verwerfung der These organisatorischer Opulenz*

IV. Vermittlung: Organisationsrechtliche Sicherung der Episteme

1. *Erwartungsschutz als Gebot konsequenten Handelns*
2. *Epistemische Organisationsanforderungen*
 - a. *Verneinung: Universalisierung versus regionale Tradition*
 - b. *Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation*
 3. *Praktische Konkordanz bei verbleibender kognitiver Unschärfe*
 4. *Organisationsprinzipien im nichtstaatlichen Bereich: Epistemische Adäquanz – epistemische Relevanz – Selbstbezüglichkeit*

V. Zusammenfassung

Nachdem¹ es längere Zeit relativ still war um die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Governance nichtstaatlicher Hochschulen², hat sich dies seit einiger

1 Der Beitrag beruht in seinem Kern auf einem Vortrag des Verfassers auf einer Tagung des Wissenschaftsrates zum Thema „Governance im privaten Hochschulsektor – Akademische Selbstverwaltung als Merkmal der Hochschulformigkeit?“ am 17. November 2021.

2 Unter dem Begriff nichtstaatliche Hochschule werden hier und im Folgenden all jene Bildungseinrichtungen verstanden, die zum einen als Hochschule staatlich anerkannt und zum anderen nicht staatlich und auch nicht vom Staat – auch nicht mittelbar über Stiftungen – als Einrichtungen mittelbarer Staatsverwaltung getragen sind. Damit rechnen auch kirchliche Hochschulen und die Bundeshochschulen (die beiden Bundeswehrhochschulen und die

Hochschulen des Bundes für die Bundesverwaltung) zum Bereich nichtstaatlicher Hochschulen, nicht hingegen die Hochschulen für den öffentlichen Dienst einschließlich der Deutschen Hochschule der Polizei, da diese jeweils durch Landeserrichtungsgesetze errichtet worden sind. Bei Gründungen aus dem Ausland bleiben Fragen der europarechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten im Folgenden ebenso außer Betracht, wie die Frage der Grundrechtsgeltung für ausländische Personen. Siehe zur Begrifflichkeit ansonsten nur *Steinkemper, Ursula*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 18 ff.

Zeit geändert. Ausgangspunkt der hochschulpolitischen Diskussion ist eine Novellierung des nordrhein-westfälischen Hochschulgesetzes im Jahre 2019. Nichtstaatliche Hochschulen müssen künftig in Nordrhein-Westfalen nicht mehr gewährleisten, dass ihre Mitglieder an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung der für staatlich getragene Hochschulen³ geltenden Grundsätze mitwirken können; erforderlich ist nur noch, dass dies bei der Gestaltung des Studiums der Fall ist.⁴ In der Gesetzesbegründung wurde bemerkenswert klar ausgeführt, alles Anderes sei im Lichte der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers nicht darstellbar. Obgleich das Land nur zu der jahrzehntelang geltenden Rechtslage des gleichsam gemeindeutschen Hochschulrechts zurückkehrte⁵, hat diese Novellierung bundesweit in der Szene eine gewisse Aufmerksamkeit erlangt.

Denn häufig wird aus einer Schutzpflicht aus Art. 5 Abs. 3 GG objektiv-rechtlich abgeleitet, die Governance im nichtstaatlichen Bereich sei sinngemäß zum staatlichen Bereich zu regeln. Eine tiefer gehende Begründung für diese Annahme fehlt indes zumeist. Umgekehrt wird häufig eine sog. Privathochschulfreiheit angenommen, ohne dass immer klar wird, ob sich diese auf die Hochschule oder ihren Träger bezieht. Wenn sie auf den Träger bezogen wird, wird die Trägerfreiheit dann gleichwohl – bis auf wenige Ausnahmen in der Literatur⁶ – bei der Frage nach der Schutzpflicht wieder ausgeblendet. Vor diesem Hintergrund soll im folgenden Beitrag beleuchtet werden, was es mit der Wissenschaftsfreiheit des Trägers auf sich hat und ob und inwiefern dem Verfassungsrecht Maximen zur Ausgestaltung der Governance⁷ der nichtstaatlichen Hochschule entnommen werden können.

I. Staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung

1. Die institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat: Hochschulorganisation in Gänze sinngemäß zum staatlichen Bereich

Für die Erteilung der staatlichen Anerkennung ist in Nordrhein-Westfalen mithin die Frage negativ beantwortet worden, ob die Strukturen der Governance nichtstaatlicher Hochschulen jenen im staatlichen Bereich *in Gänze* und damit *unabhängig* von der Frage sinngemäß entsprechen müssen, ob die Sicherung hochschulischer Qualität eine derartige umfängliche Sinngemäßheit erfordert. Anderes gilt in den Verfahren der institutionellen Akkreditierung und Reakkreditierung, die vom Wissenschaftsrat betrieben werden. Der Wissenschaftsrat legt seiner Prüfung einen Leitfaden als Maßstab zugrunde.⁸ Danach soll Ziel der Akkreditierungsverfahren die „umfassende Überprüfung der Hochschulformigkeit“ der Bildungseinrichtung sein.⁹ Der Grundsatz ist: Ohne Hochschulformigkeit keine Akkreditierung. Voraussetzung für die Annahme einer Hochschulformigkeit ist, dass erstens die professoral Beschäftigten mit Blick auf ihre verfassungsrechtlichen Rechte weisungsfrei in Lehre und Forschung handeln dürfen, dass zweitens Leitung und Organisation der Hochschule diese Wissenschaftsfreiheit unter Beteiligung der Hochschulmitglieder sicherstellen – also bei professoral Beschäftigten über eine strukturelle Mehrheit im zentralen Selbstverwaltungsorgan der Hochschule –, dass drittens der Träger dies respektiere und dass viertens schließlich sich all dies in einer wissenschaftsadäquaten Organisations-

3 Im Weiteren werden die Begriffe „staatliche Hochschule“ und „staatlich getragene Hochschule“ weitgehend synonym und primär nach Kriterien sprachlicher Ästhetik verwendet, da diese Unterscheidung für die Zwecke der hiesigen Untersuchung unerheblich ist.

4 Gesetz vom 12. Juli 2019 (GV. NRW. S. 425, ber. S. 593), in Kraft getreten am 1. Oktober 2019.

5 Im Zeitpunkt der Gesetzesnovelle im Jahre 2019 bestand in den Ländern Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen der seitdem auch wieder in Nordrhein-Westfalen geltende Rechtszustand. Das Erfordernis einer sinngemäßen Mitwirkung an der akademischen Selbstverwaltung war erst im Jahre 2014 in das nordrhein-westfälische Hochschulgesetz eingeführt worden.

6 Etwa bei *Würtenberger, Thomas*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leistungsebene?, in: *OdW* 2019, 15, 22 ff.; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, 110. Lfg. 2004, Art. 5 Abs. 3

GG (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 243.

7 Soweit in diesem Beitrag der Begriff der Governance einer Hochschule verwendet wird, soll damit nicht etwa Anklang an Neuerungen der Verwaltungsrechtswissenschaft genommen, sondern der hergebrachte, etwas aus der Mode gekommene Begriff der „Hochschulverfassung“ mit einem vermeintlich „modernen“, aber mittlerweile geläufigen Synonym belegt werden. Es geht also um die „ewigen Fragen“ nach den Organen und Gremien der Hochschule sowie deren Zuschnitt, Aufgaben und Befugnisse.

8 Der derzeit gültige Leitfaden stammt aus Januar 2015, siehe „Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“, *Wissenschaftsrat* Drs. 4395-15.

9 Dazu und zum Folgenden *Wissenschaftsrat* Drs. 4395-15, S. 6, 10 f., 15 (dort das Zitat), 25, 29 ff.. Zu den Hintergründen und der Einbettung in die Diskussionslinien des Wissenschaftsrates siehe *Behrenbeck, Sabine*, „Wat is'n Dampfmaschin?“, Oder: Wie der Wissenschaftsrat eine Hochschule definiert, in: *Das Hochschulwesen* 2018, S. 82 ff. (Teil I), 127 ff. (Teil II).

struktur widerspiegeln. Auch die Bestellung und Abberufung der mit akademischen Angelegenheiten betrauten Mitglieder der Hochschulleitung und Leitungsämter nachgeordneter Funktionsebenen müssten unter maßgeblicher Mitwirkung des einschlägigen Selbstverwaltungsorgans der Hochschule erfolgen.

Der Leitfaden hält den Träger der nichtstaatlichen Hochschule daher dazu an, *in Gänze* eine dem staatlichen Bereich sinnngemäße Hochschulorganisation zu implementieren, widrigenfalls die institutionelle Akkreditierung versagt werden wird. Die verfassungsrechtlichen Prämissen sind dabei:

(1) Die akademischen Belange situieren ausschließlich in der Hochschule und nicht zugleich auch beim Träger der Hochschule.

(2) Die in der nichtstaatlichen Hochschule tätigen Professorinnen und Professoren können sich sowohl gegenüber dem Träger als auch gegenüber dem Betreiber der Hochschule auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen.

(3) Es gibt so etwas wie akademische Freiheitsrechte innerhalb der Hochschule, die zudem hochschulintern durch eine wissenschaftsadäquate Organisation über sachgerechte Mitbestimmungsbefugnisse der rechttragenden Personen gesichert sein müssen, insbesondere durch eine strukturelle professorale Mehrheit in dem zentralen Selbstverwaltungsgremium der Hochschule.

Die Anforderungen des Leitfadens lesen sich wie eine Übernahme der leitenden Prinzipien der Rechtsprechung des BVerfG zur Organisation staatlicher Hochschulen, also der Prinzipien organisatorischer Wissenschaftsadäquanz und der Vermeidung einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit. Nach dieser Rechtsprechung ist der Staat gehalten, durch geeignete organisatorische Maßnahmen die Funktionsfähigkeit der Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebs zu sichern und den wissenschaftlich Tätigen die Teilhabe an diesem Betrieb zu ermöglichen. Es gelte zur Vermeidung wissenschaftsinadäquater Entscheidungen ein organisatorisches Gesamtgefüge zu implementieren, in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so austariert sind, dass eine strukturelle Gefährdung für die Freiheit von Forschung und Lehre

vermieden wird.¹⁰ In einer Gesamtschau auf das organisatorische Gesamtgefüge müsse festgestellt werden, ob den wissenschaftlich Tätigen im Lichte ihrer fachlichen Kompetenz ein hinreichendes Maß an Mitwirkung bei wissenschaftsrelevanten Fragen eingeräumt wird. Je mehr Kompetenzen dabei der Hochschulleitung zuwachsen, desto stärker müssen die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Kollegialorgane, insbesondere mit Blick auf die Abwahl der Leitung, ausgestaltet sein.¹¹

2. Drei Thesen: Verneinung – Vermittlung – Opulenz

Das dogmatische Feld, innerhalb dessen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen angesiedelt ist, lässt sich innerhalb eines Kontinuums abstecken. Dessen Anfang wird markiert durch die Position, es gäbe keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich dieser Binnenorganisation – *These der Verneinung*. Dessen Ende wird markiert durch die Position, die Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen sei *in Gänze sinnngemäß* zu jener im staatlichen Hochschulbereich zu verfassen – im Weiteren etwas pointiert *These organisatorischer Opulenz* genannt. Nach der vermittelnden Position muss die Organisation nichtstaatlicher Hochschulen zumindest in den akademischen Belangen sinnngemäß zum staatlichen Bereich strukturiert sein – *These der Vermittlung*. Es wird sich zeigen lassen, dass weder in der Verneinung noch in der Opulenz, sondern – wie so häufig – in der Vermittlung der sachgerechte Weg gefunden werden kann, das verfassungsrechtliche Feld im Bereich der Binnenorganisation aufzuzäumen.

Mit dem Wissenschaftsrat¹² soll im Folgenden unter einer Hochschule die faktische, organisatorisch durch ein Mindestmaß an Verfestigung abgrenzbare „Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden“ verstanden werden, unter der Trägereinrichtung dieser Hochschule diejenige Gesellschaft, die als juristische Person für die Hochschule handelt, und unter dem Betreiber einer Hochschule eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, die Anteilseigner der Trägergesellschaft sind. Im Folgenden soll zunächst der Fokus auf den privaten Hochschulträger gelegt werden, der als Dritter innerhalb der durchweg bipolar angelegten Diskussion um den Staat und seine Hochschulen

10 BVerfGE 139, 148, 173 – BTU Cottbus; 136, 338, 363 – MHH; BVerfGE 127, 87, 116 ff. – Hamburgisches Hochschulgesetz.

11 BVerfGE 136, 338 (365).

12 Wissenschaftsrat Drs. 4395-15, S. 29 Fn. 47.

zumeist als wissenschaftsfremd konzipiert und als der Hochschule Externer verabsichtigt wird¹³ (dazu unter II.). Sodann wird die Frage behandelt, ob die Governance nichtstaatlicher Hochschulen entsprechend der These der Opulenz *in Gänze* sinngemäß zum staatlichen Bereich organisiert gehört (dazu unter III.). Nachdem sich ein derartiger Ansatz als nicht überzeugend erweisen wird, wird die Perspektive auf die These der Vermittlung umgeschwenkt und damit auf den Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation. Während deren Erörterung wird sich zeigen, dass die These der Verneinung als unzureichend zurückgewiesen werden kann (dazu IV.). Am Ende wird ein Resümee gezogen (dazu V.).

II. Das ausgeblendete Dritte: Die Privathochschulträgerfreiheit

Wenn dem Träger der Hochschule beim Gründungsakt und beim Betrieb seiner Hochschule das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG zur Seite stünde, könnte die von ihm erdachte hochschulische Governance zugleich Ausdruck seiner Wissenschaftsfreiheit sein. Es wäre dann schwierig, die auf die Hochschulorganisation bezogenen Trägerinteressen von vornherein als wissenschaftsfremde, externe Interessen der in der Hochschule versammelten Wissenschaftsfreiheit – so diese besteht – gegenüber und sodann in Gänze hintenanzustellen. Beide Wissenschaftsfreiheiten müssten vielmehr verhältnismäßig einander im Wege praktischer Konkordanz zugeordnet werden.

1. Einige Begriffsklärungen

Häufig ist von der „Privathochschulfreiheit“ die Rede. Diese Begrifflichkeit ist unklar. Unstrittig unterfällt es dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, wenn sich wissenschaftlich Tätige ohne einen Dritten zu einer Hochschule zusammenschließen.¹⁴ Unstreitig ist auch eine private, hinreichend abgrenzbare Organisation der wissenschaftlich Forschenden, Lehrenden und Lernenden Trägerin dieses Grundrechts.¹⁵ In diesen beiden Fällen kann völlig zu Recht von der „Privathochschulfreiheit“ gesprochen werden. Umstritten ist hingegen, ob Art. 5 Abs. 3 GG für einen in seiner Person *nicht selbst* forschenden und lehrenden Dritten (Hochschulträger) greift, welcher wissenschaftlich Tätige zum Zwecke der Lehre und Forschung zusammenruft (Hochschulgründung) und dies sodann mehr und mehr verstetigt (Hochschulbetrieb). Die Freiheit des Dritten, die hier in Rede steht, soll im Rahmen dieser Untersuchung als „Privathochschulträgerfreiheit“ bezeichnet werden.

2. Streitstand zur Privathochschulträgerfreiheit

Oftmals wird verneint, dass der Träger einer nichtstaatlichen Hochschule sich hinsichtlich ihrer Gründung und ihres Betriebs auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Der grundrechtliche Schutz des Trägers wird vielmehr in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG¹⁶, in einer Analogie zur Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4¹⁷, bei kirchlicher Gründung in Art. 4 Abs. 1, 2 GG mit Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG¹⁸, bei

13 Christoph Möllers hat jüngst zu Recht darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Dogmatik der Wissenschaftsfreiheit zwar nicht nur, aber doch maßgeblich ein staatliches Wissenschaftssystem geschützt wird mit der Folge, dass sich „alle interessanten Rechtsfragen und alle großen Fälle“ primär auf dieses System beziehen, siehe ders., Funktionsgrenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Grimm, Dieter u. a. (Hrsg.) Wissenschaftsfreiheit in Deutschland, 2021, S. 35. Es verwundert daher nicht, dass die Wissenschaftsfreiheit des Trägers bislang noch eher am Rande dogmatischen Interesses liegt.

14 Richtigerweise unterfällt dies zwar dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, siehe nur Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140 (die Gründung und der Betrieb einer privaten Hochschule als gesellschaftsrechtliche Konstruktion, die der praktischen Organisation grundrechtlicher Freiheitseinfaltung der selbst Lehrenden und Forschenden dient); Penßel, in: von Coelln/Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 23. Lf. 01.11.2021, Vorbem. zu Art. 76-85 BayHSchG Rn. 4, spielt aber für das hiesige Thema ersichtlich keine Rolle.

15 Die nichtstaatliche Hochschule ist gegenüber dem Staat Trägerin

des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit zumindest dann, wenn sie Wissenschaft zu betreiben befähigt ist und ein Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung erreicht hat, siehe nur BVerfGE 141, 143, 164; Steinkemper, Privathochschulfreiheit, S. 108, 115 f.; Gärditz, Hochschulorganisation, S. 377.

16 Lorenz, Dieter, Privathochschulfreiheit und Bundesrecht, WissR 20 (1987), 22, 33 ff.; ders., Privathochschulen, in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, S. 1157, 1163 f.; Karpen, Ulrich, Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität, WissR 23 (1990), 123, 129; Becker, Stefan, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 92, 94. Art. 2 Abs. 1 GG ist auch dann einschlägig, wenn gemeinnütziges Handeln – und damit auch das eines gemeinnützigem Trägers – nicht unter Art. 12 Abs. 1 GG subsumiert wird, so etwa Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Abs. 1 Rn. 41.

17 So Thieme, Werner, Privathochschulen in Deutschland, Göttingen, 1988, S. 19; ablehnend BVerfGE 37, 313, 320.

18 So Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140 m. w. Nachw. in Fn. 5.

mäzenatisch vorgenommener Investition in Art. 14 Abs. 1 GG¹⁹ oder bei erwerbsorientierter Tätigkeit in dem Berufsgrundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG²⁰ verortet. Andere gehen demgegenüber davon aus, dass dem Träger die Privathochschulträgerfreiheit durchaus zur Seite steht.²¹ Gegen diese Freiheit wird im Wesentlichen ein systematisches und ein schutzbereichsrechtliches Argument vorgetragen.²²

a. Das systematische Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

Während Art. 7 Abs. 4 GG das Recht zur Errichtung privater Schulen eigens gewährleistet, fehlt eine entsprechende Gewährleistung in Art. 5 Abs. 3 GG. Aus diesem Umstand wird vereinzelt im Wege des Umkehrschlusses geschlossen, die Gründung und der Betrieb privater Hochschulen könne nicht der Wissenschaftsfreiheit unterfallen.²³ Ein derartiger Umkehrschluss trägt indes nicht. Schon entstehungsgeschichtlich überzeugt er nicht.²⁴ Implizit setzt das Argument zudem – zu Unrecht – voraus, allein der Staat sei Träger des Hochschulwesens. Denn nur dann kann die Erwartung berechtigt sein, es hätte Anlass bestanden, die Privathochschulfreiheit explizit zu regeln. Art. 7 Abs. 4 GG erklärt sich vielmehr mit Blick auf die im Wissenschaftsbereich nicht gegebene staatsorganisationsrechtliche Regelung des Art. 7 Abs. 1 GG und dem damit für den Schulbereich

gegebenen Bedürfnis nach Klarstellung.²⁵ Der Umkehrschluss ist mithin nicht überzeugend.

b. Das schutzbereichsrechtliche Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

Schutzbereichlich wird gegen die Privathochschulträgerfreiheit vorgetragen, die „investive Hochschulgründung zu Erwerbszwecken (oder aus Mäzenatentum)“ sei nicht von Art. 5 Abs. 3 GG erfasst, weil die „Absicht, mit fremder Forschung und Lehre Erwerbseinnahmen zu erzielen (oder kulturelles Leben zu fördern), nicht den Tatbestand des wissenschaftlichen Forschens und Lehrens erfüll(e)“; der weitere „Wirkbereich“ der Wissenschaftsfreiheit sei mithin nicht durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt.²⁶ Ersichtlich gründet diese Ansicht in der Unterscheidung eines von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Werkbereichs derjenigen Personen, die mit eigenem Erkenntnisinteresse und in eigener Person Lehre und Forschung betreiben, und eines von diesem Grundrecht nicht geschützten Wirkbereichs solcher Personen, die ohne eigene Erkenntnisziele fremde Forschungs- und Lehrtätigkeiten unterstützen oder ermöglichen (wie etwa die Literaturbeschaffung durch das Bibliothekspersonal) oder lediglich instrumentell verwalten (wie etwa die Wissenschaftsverwaltung) oder managen (wie etwa die Hochschulleitung).²⁷ Der Träger ermögliche zwar instrumentell-managerial eine vom Staat distanzierte

19 So Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140.

20 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140; Krausnick, Daniel, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 347.

21 Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 132, 243; Wendt, in: von Münch/ Kunig, Grundgesetz Kommentar, 1. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 164; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 488, 532; Thürmer, in: von Coelln/Thürmer (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Hessen, 20. Aufl., 2020, § 91 vor Rn. 1; Würtenberger, OdW 2019, 15, 16 f.; Steinkemper, Privathochschulfreiheit, S. 111, 116 f.; Classen, Claus Dieter, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 110 f..

22 Das Argument, es gäbe ein verfassungsrechtliches Monopol des Staates, Hochschulen zu gründen und zu betreiben, wird gegen die Trägerhochschulfreiheit ersichtlich nicht mehr eingewandt, siehe zum fehlenden staatlichen Hochschulmonopol nur Krausnick, Staat und Hochschule, S. 86 ff.. Auf die Tragfähigkeit dieses Arguments wird daher im Weiteren nicht mehr eingegangen.

23 So Max-Emanuel Geis, Universität Erlangen-Nürnberg, mündlich auf der eingangs genannten Tagung des Wissenschaftsrates.

24 Dazu nur Heidtmann, Jürgen, Grundlagen der Privathochschul-

freiheit, 1980, S. 206 ff..

25 So schon Lorenz, WissR 20 (1987), 22, 28 ff.; im Übrigen nur Krausnick, Staat und Hochschule, S. 344 f.; Steinkemper, Privathochschulfreiheit, S. 95 ff..

26 Paradigmatisch für diese Auffassung sei hier nur Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 135, 137 ff., 140 (dort auch die Zitate), angeführt; ähnlich Britz, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 27. Das BVerwG hat zwar obiter erkennen lassen, dass Art. 5 Abs. 3 GG nur den Eigenbereich der Wissenschaft garantiere, ansonsten aber offengelassen, ob der geschützte Bereich abschließend umschrieben sei und möglicherweise auch die Gründung privater Wissenschaftseinrichtungen umfasse, siehe BVerwG, DÖV 1979, 750; DVBl. 1994, 1366.

27 So deutlich Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 137 f.; ders, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 379, 536 ff.. Kritisch gegen die Begrifflichkeit von Werk/Wirkbereich ebenfalls deutlich Trute, Hans-Heinrich, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 146.

freie Lehre und Forschung. Das in der Trägerperson tätige Personal verwirkliche indes keine persönlichen Wissenschaftsfreiheitsrechte mit der Folge, dass die juristische Person des Trägers auch nicht als personales Substrat einer nach Art. 19 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundrechtsberechtigung in Betracht käme.²⁸

Andere widerstreiten dieser Engführung wissenschaftsfreiheitsrechtlichen Schutzes auf die unmittelbar erkenntnisleitend Handelnden und unterstellen die Gründung einer nichtstaatlichen Hochschule durch einen ihr externen Träger zumindest dann der Wissenschaftsfreiheit, soweit mit der Gründung ein besonderes wissenschaftliches Konzept verfolgt und damit nicht ausschließlich erwerbswirtschaftlich gehandelt wird.²⁹ Diese Meinung überzeugt. Um dies zu zeigen, soll im Weiteren zunächst der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit analysiert (dazu 3.) und abschließend ein Fazit gezogen werden (dazu 4.).

3. Der Schutz von Kontexten der Produktion von Wissen

a. Analyse der Motive und der Handlungszusammenhänge

Wissenschaft als ernsthafte und planmäßiger Versuch, die Wahrheit zu ermitteln³⁰, ist ein intentionales Verhalten und grenzt sich notwendigerweise durch das tätigkeitsbezogene Motiv dieses epistemisch ausgerichteten „Versuchens“ von anderen Handlungsbereichen ab.³¹ Die Motive bzgl. Hochschulgründung und -betrieb sind vielfältig. Wenn der Träger nicht altruistisch aus Mäzenatentum sein Vermögen verzehrend oder kapitalnutzend einsetzen will, muss er sich notgedrungen etwa über den Markt fremdfinanzieren. Er kann zudem das Motiv haben, mit dem Betrieb der Hochschule Gewinn zu erzielen. Die finanzielle Absicherung der Hochschule über eigenes oder fremdfinanziertes Kapital ist mithin

notwendiges Motiv, die Gewinnerzielungsabsicht *fakultatives* Motiv des Hochschulbetriebs. Ebenfalls *notwendiges* Trägermotiv ist auch, in der Hochschule fortlaufend freie Wissenschaft betreiben zu lassen. Denn ohne einen derartigen Betrieb würde die staatliche Anerkennung entweder schon nicht ausgesprochen oder späterhin wieder aufgehoben. Der Hochschulträger selbst muss daher die Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse durch Dritte betreiben und darauf seine Handlung intentional ausrichten. Es gibt also einen Zusammenhang im sozialen Handeln der selbst wissenschaftlich Tätigen und des Trägers, der durch die Motive identifizierbar ist, Wissenschaft selbst zu betreiben und Wissenschaft durch Dritte betreiben zu lassen. Die entscheidende Frage ist mithin, welche Handlungen, die Teil eines derartigen Handlungszusammenhangs sind, unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fallen.

b. Der grundrechtliche Schutz der Kontexte wissenschaftlichen Handelns

Wenn der Hochschulträger einen kausalen Beitrag zur Produktion von Wissen ausschließlich in der Bereitstellung eigener oder der Sicherstellung fremder finanzieller Mittel setzt, ohne dass er darüber hinaus das Konzept seiner Hochschule strategisch beplant und seine Hochschule in eine besondere wissenschaftliche Ausrichtung bringen will und hierauf den Mitteleinsatz einzusetzen gedenkt, setzt der Träger keinen anderen Beitrag als ein beliebiger Drittmittelgeber. Dieser kann sich hinsichtlich seiner Mittelhingabe auf die Wissenschaftsfreiheit selbst dann nicht berufen, wenn die Förderung des Betriebens von Wissenschaft für ihn notwendiges Motiv ist wie bspw. bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft.³² Hier wie dort ist dieses Motiv zwar notwendig, gleich-

28 Siehe ebenfalls deutlich Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 138.

29 So Württemberg, OdW 2019, 15, 17; siehe ansonsten ohne diese Beschränkung auf konzeptionelle Planungen die Nachw. oben Fn. 21.

30 So die mittlerweile klassisch gewordene Definition des BVerfG im Hochschulurteil, siehe BVerfGE 35, 79, 113. Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 64, weist angesichts richterlicher Erkenntnis zu Recht auf die Schwierigkeiten eines allein an der Wahrheitsermittlung ansetzenden Wissenschaftsbegriffs hin und stellt auf die „Generierung von Wissen“ ab. In dieser Untersuchung ist bisweilen auch von „Produktion von Wissen“ die Rede.

31 Unbestritten ist der Wissenschaftsbegriff modal und damit tätigkeitsbezogen. Aber als Versuch der Wahrheitsermittlung kann

diese Tätigkeit nur dann aus dem Gesamt der erkennbaren Handlungen eines Menschen als Versuch der Wahrheitsermittlung extrahiert werden, wenn ein subjektives Moment hinzukommt. Hier soll daher keineswegs versucht werden, etwa Auftragsforschung aus den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG herauszunehmen, wenn das praktische Verwertungsinteresse so im Vordergrund steht, dass das wissenschaftliche Erkenntnisinteresse sekundär ist, so aber Gärditz, Klaus Ferdinand, Universitäre Industriekooperation, Informationszugang und Freiheit der Wissenschaft, in: WissR Beih. 25 (2019), 64. Wenn die Methodenwahl und die Erkenntnisoperationen den Regeln des Faches entsprechen, ist die Motivlage unerheblich.

32 So zu Recht Gärditz, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 138; ders., in: WissR Beih. 25 (2019), S. 8.

wohl aber nur ein rechtlich unerheblicher Zweck am Rande des Wissenschaftsgeschehens, der bei der weiteren Schutzbereichsanalyse ohne Belang ist.³³

In der sozialen Wirklichkeit wird der Träger indes durchweg mit dem Betrieb seiner Hochschule ein wissenschaftliches Konzept verfolgen und seinen Mitteleinsatz für wissenschaftlich bestimmte Zwecke ausrichten wollen. Nichts Anderes macht indes auch der wissenschaftlich Tätige selbst.³⁴ Er entwickelt ein strategisches Programm seiner Forschungsvorhaben, konzeptioniert neben den Inhalten auch die organisatorische Umräumung seiner akademischen Lehre und beplant den Einsatz der ihm zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel. Bei derartigen strategischen Überlegungen, Konzeptentwicklungen und Finanzplanungen stellt sich nicht die Wahrheitsfrage, mögen diese Tätigkeiten auch unzweifelhaft wissenschaftsrelevant sein. Wird nun die Begrifflichkeit des ernsthaften und planmäßigen Versuchs, die Wahrheit zu ermitteln, eng verstanden und würde mithin „ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen“ keine Wissenschaft betrieben³⁵, würden all diese Tätigkeiten aufgrund ihres mangelnden epistemischen Bezugs nicht dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit unterfallen. Die Planmäßigkeit des Versuchs der Wahrheitsermittlung bezieht sich ja auf diese selbst und damit auf die Methodenfrage³⁶, nicht aber auf von der Metho-

denwahl zu unterscheidenden strategische Fragen.

Offensichtlich überzeugt ein derartig enger Begriff der wissenschaftlichen Tätigkeit nicht, da der Schutzbereich des Grundrechts unangemessen verengt würde und zumindest mittelbar auch der Prozess der Wahrheitsuche selbst beschädigt werden könnte. Dass diese These richtig ist, zeigt sich vor allem, wenn Eingriffsfragen in Rede stehen. Boykottaufrufe bspw. sollen Eingriffe darstellen,³⁷ obwohl sich der Boykott auf das selbst der Wahrheitsfrage nicht verpflichtete kommunikative Handeln Anderer richtet. Ein nicht wahrheitsfähiger Kontext wird dem Schutzbereich ebenfalls dann zugeschlagen, wenn die Organisation der staatlichen Hochschule wissenschaftsinadäquat ist.³⁸ Derartige Organisationsfragen sind keine Wahrheitsfragen; sie sind Freiheitsfragen. Des Weiteren kontextual wird vorgegangen, wenn die Entscheidung der einzelnen forschenden Person über die Verwendung der ihr zugewiesenen sachlichen und personellen Mittel mit Blick auf die Modalitäten des „modernen Wissenschaftsbetriebs“ generell unter den Schutz der Wissenschaftsfreiheit gestellt wird.³⁹ Auch Mittelverwendungs- und die mit ihr verbundenen strategischen Fragen evozieren keine Wahrheitsfragen, sondern werden von Zweckmäßigkeit und instrumenteller Sinnhaftigkeit regiert. Daher werden zu Recht auch kontextuale Flankierungen des Suchens nach Wahrheit vom

33 Anders gesagt: Bei mangelnder Motiverfüllung würde der Drittmittelgeber eben nicht fördern. So betrachtet fördert auch der strategie- und konzeptlose Hochschulträger Wissenschaft nicht, sondern investiert in Wissenschaft bloß so, wie er auch in andere Investments investieren würde, wenn sie gewinnversprechend sind. Für den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist ausschließlich investives Handeln unerheblich.

34 Häufig wird angenommen, hochschulische Wissenschaft sei eher rein von Gewinnstreben. Für das wissenschaftlich auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages tätige Personal – und nur dieses gibt es in der nichtstaatlichen Hochschule – kann dies in dieser Pauschalität indes nicht richtig sein. Hilfreich sind hier die Analyseinstrumente des Privatrechts, namentlich die *causa*-Lehren. Dann wird deutlich, dass arbeitsvertraglich der rechtlich erhebliche Zweck des wissenschaftlich Handelnden nicht etwa dieses Handeln, sondern die Erreichung der Gegenleistung des Arbeitgebers und damit die Vereinnahmung des Gehaltes ist. Es gibt im Nexus des arbeitsrechtlichen Gegenseitigkeitsverhältnisses auch nicht so etwas wie angestaffelte, auf das Betreiben von Wissenschaft gerichtete Zwecke, die das wissenschaftliche Personal als zusätzlicher Zweck im Sinne eines rechtlich geschützten Motivs betreibt. Umgekehrt richtet sich die Leistungserwartung des Arbeitgebers und damit hier des Hochschulträgers auf das Betreiben von Wissenschaft; dies ist dessen rechtlich erheblicher Zweck. Siehe zur Unterscheidung von rechtlich erheblichem Zweck und unerheblichem Motiv einer Leistung nur *Kress, Hugo*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 35 ff.; *Westermann, Harm Peter*, Die *causa* im französischen und deutschen Zivilrecht, 1964; *Ehmann, Horst*, Die Gesamtschuld, 1972; *Kegel*,

Gerhard, Verpflichtung und Verfügung, in: *Festschrift für F. A. Mann*, 1977, 57; *Klinke, Ulrich*, *Causa* und genetisches Synallagma, 1983; *Bremkamp, Till*, *Causa*, Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, 2008, S. 278 ff.. Richtigerweise werden diese Umstände grundrechtlich über die Differenzierung in unterschiedliche Schutzbereiche eingefangen; der Entgelt nexus wird typischerweise nicht in der Wissenschaftsfreiheit, sondern im Berufsgrundrecht abgearbeitet. Gleichwohl wird ebenso richtigerweise bei in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen nicht bestritten, dass ihr Handeln trotz ihres primär erwerbswirtschaftlichen Motivs von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt ist; der Entgelt nexus affiziert hier nicht den Schutzbereich der wissenschaftlichen Tätigkeit. Beim Hochschulträger ist arbeitsvertraglich der rechtlich relevante Zweck seines Handelns – zudem unabhängig davon niedergelegt im Gesellschaftszweck – indes gerade nicht der Entgelt nexus, sondern das Betreiben(lassen) von Wissenschaft durch den Vertragspartner und damit der Hochschulbetrieb. Beim Träger wird gleichwohl dessen erwerbswirtschaftliches Motiv zum Anlass genommen, ihn als Wissenschaft externen Dritten zu konstruieren, obwohl der von ihm verfolgte rechtlich erhebliche Zweck gerade umgekehrt darin liegt, Wissenschaft betreiben zu lassen.

35 So BAGE 62, 156, 165.

36 Siehe nur *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 65, 76 ff..

37 So *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 144.

38 So die in Fn. 10 bereits zitierte Rspr. des BVerfG zur Wissenschaftsadäquanz hochschulischer Organisation.

39 So BVerfGE 43, 242, 282.

Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG erfasst – zumindest dann, wenn die wahrheitssuchende Person selber die diesem Kontext zuzurechnenden Tätigkeiten vornimmt.

c. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung innerhalb der Hochschule?

Nun ist die Hochschule als Organisation mehr als die Summe ihrer Mitglieder. Hochschulen bilden durch die Formen kollektiver Willensbildung und managerialer Entscheidung Foren aus, in denen durch die Transformationsleistungen der Organisation die Kompatibilität divergierender Interessen hergestellt, abweichendes Verhalten über binnenadministrative Verständigungsprozesse umstrukturiert und insofern abnehmbar gemacht und sodann die verbindliche Entscheidung innerhalb eines Konzerts divergierender Positionen koordinierend ermöglicht wird. Obgleich etwa die Ausarbeitung des und der Beschluss über den Hochschulentwicklungsplan eindeutig nicht der Wahrheitsfrage unterliegt und aufgrund der vorgenannten Leistungen der Organisation auch nicht als Ergebnis einer kollektiven Willensbildung aller wissenschaftlich Tätigen begriffen werden kann, unterfällt er im staatlichen Hochschulbereich dem staatsgerichteten Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG ebenso wie die anderen strategisch-planenden Tätigkeiten der Hochschulleitung.⁴⁰ Die Hochschulleitung handelt hier zwar nicht aus eigenem Recht, sondern in Wahrnehmung einer wissenschaftsgegründeten Selbstverwaltungsaufgabe.⁴¹ Das ändert aber nichts daran, dass gegenüber dem Staat die Ausformulierung der Strategie und der Planung nach Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtsgeschützt sein muss.

Das kann verallgemeinert werden: Der Mehrwert organisationalen Handelns, der in der Organisation zur Sicherung der Freiheitsverwirklichung ihrer Mitglieder verwirklicht wird, ist zwar mangels epistemischer Funk-

tion kein Teil von Wissenschaft.⁴² Dieser Mehrwert bedarf aber gleichwohl als Kontext von Wissenschaft des Schutzes der Wissenschaftsfreiheit, da ansonsten eine untragbare Schutzlücke entstanden und der Freiheitschutz der Hochschule am unterkomplexen Leitbild der Gelehrtenrepublik organisiert wäre. Es handelt sich hier nicht einfach um „Wissenschaftsmanagement“, sondern um den Schutz der Kontexte komplex organisierter Wissenschaft, welche sich selbst als arbeitsteilig und vernetzt ausdifferenziert und daher dem Problem ausgeliefert hat, dass diese Arbeitsteilung und Vernetzung im Niveau des grundrechtlichen Schutzes angemessen abgebildet gehört.⁴³ In die Figur des Wissenschaftsmanagements muss daher die Unterscheidung Wissenschaft/Nichtwissenschaft selbst wiedereingeführt werden. Eine Handlung kann daher zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems auch dann unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fallen, wenn sie aufgrund mangelnder epistemischer Funktion selbst keine Wissenschaft ist, sondern häufig als Wissenschaftsmanagement begriffen wird.⁴⁴ Allfällige staatliche Ingerenzrechte werden dann erst auf der Ebene des Eingriffs zu verhandeln sein.

d. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung außerhalb der Hochschule?

Bei einer nichtstaatlichen Hochschule erfolgt die Hochschulentwicklungsplanung und die Verteilung der sächlichen und persönlichen Mittel durchweg durch den Hochschulträger. Dieser nimmt funktional mithin jene Stelle ein, die strategisch-planerisch bei staatlichen Hochschulen zumeist das Rektorat besetzt. Wenn indes die strategisch-planerischen Aufgaben des Rektorates staatlich getragener Hochschulen unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fallen, kann nichts Anderes gelten für den funktional äquivalent handelnden

40 Als Ausprägung der auf die Organisation der Hochschule bezogenen objektiv-rechtlichen Dimension der Wissenschaftsfreiheit siehe nur *Britz*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 27.

41 *Gärditz*, Hochschulorganisation S. 539 f.; *Geis, Max-Emmanuel*, Universitäten im Wettbewerb, in: VVDStRL 69 (2010), 364, 398 f.

42 Hochschulorgane sind „selbst nicht unmittelbar Akteure des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses“, so *Gärditz*, Hochschulorganisation, 451.

43 Für eine Hineinnahme der Forschungs- und Lehrplanung in den

staatsgerichteten Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 bspw. *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 528; *Trute*, Forschung, S. 299.

44 In Rede steht hier Art. 5 Abs. 3 GG gegenüber dem Staat. Hochschulintern kann sich das Rektorat gegenüber den Hochschulmitgliedern selbstverständlich als bloßer Sachwalter der Selbstverwaltungsinteressen nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen. Seine planerischen Befugnisse müssen sich vielmehr in das Konzert organisatorischer Wissenschaftsadäquanz einreihen.

Hochschulträger, mag diese Funktion nun auch nicht mehr einem Hochschulorgan, sondern einer der Hochschule externen juristischen Person des privaten Rechts zugeordnet sein.⁴⁵

Denn die oben dargelegte, durch das Motiv des Trägers gestiftete Verkettung von Handlungen gebiert einen in sich geschlossenen, formal nur auf verschiedene Einheiten verteilten, ansonsten aber unveränderten *Handlungszusammenhang in der Organisation der Produktion von Wissen*. Wenn diese nur formal anders ausgestaltete Verteilung auch in der materiellen Wertung dazu führen würde, dass sie auf die Zuteilung grundrechtlichen Schutzes durchschlägt, wäre der identische Lebenssachverhalt – nämlich die Organisation von Lehre und Forschen innerhalb eines arbeitsteilig arbeitenden und in sich vernetzten Handlungszusammenhangs – in seiner strategischen und planerischen Funktion je nach privater oder staatlicher Trägerschaft unterschiedlich stark geschützt. Das wäre nur dann hinnehmbar, wenn der vorgenannte materielle Handlungszusammenhang aufgrund der formalen Trennung durchgetrennt wäre. Vier Argumente könnten dazu vorgetragen werden; keines ist durchschlagend:

Erstes Gegenargument: Die Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Interessen durch den Hochschulträger lasse die Notwendigkeit wissenschaftsfreiheitsrechtlichen Schutzes entfallen. Nun würde eine erwerbswirtschaftliche Interessenverfolgung in der Person des selbst Lehrenden und Forschenden nichts trennen.⁴⁶ Wieso dies aber bei dem vorgenannten Handlungszusammenhang anders sein soll, bliebe unerfindlich. Bei Lichte betrachtet besagt dieses Argument nur, dass eine erwerbswirtschaftliche Interessenverfolgung nicht unter Art. 5 Abs. 3 GG subsumiert gehört. Es begründet daher nicht, sondern setzt sein Ergebnis als Argument. Bei einem erwerbswirtschaftlich handelnden Träger wird vielmehr nur dann der vorgenannte Handlungszusammenhang

zerstört, wenn er *ausschließlich* erwerbswirtschaftlich handelt und mit dem Betrieb seiner Hochschule keine eigene konzeptionell-strategische Positionierung verfolgt. Doch genau diese Fälle stehen hier gerade nicht in Rede.⁴⁷

Würde umgekehrt dem Träger der Schutz versagt, wäre bei Lichte betrachtet der staatlich getragene Hochschulbereich sogar doppelt geschützt, weil sich aus der staatlichen Trägerschaft in der Leistungsdimension Ansprüche insbesondere hinsichtlich der Finanzierung und Bereitstellung einer geeigneten Wissenschaftsinfrastruktur destillieren lassen⁴⁸, die es im nichtstaatlichen Bereich schon mit Blick auf das nicht abnehmbare Insolvenzrisiko des Trägers in dieser Weise nicht geben kann – was damit dessen grundrechtlichen Schutz über die Wissenschaftsfreiheit gerade im Bereich des Strategisch-Planerischen aufgrund dessen Finanzwirksamkeit umso erforderlicher macht.⁴⁹

Zweites Gegenargument: Bei staatlichen Hochschulen leite sich das strategisch-planerische Handeln des Rektorates zum einen durch Wahl von den Hochschulmitgliedern ab und sei zum anderen durch gefährdungsvermeidende Organisationsnormen flankiert; beides sei bei dem privaten Hochschulträger gerade nicht der Fall. Auch dieses Argument greift nicht. Zwar kann der Hochschulträger offensichtlich keine Zurechnung seines Handelns auf die Hochschulmitglieder qua Repräsentation beanspruchen. Das ist aber unerheblich. Wäre dies anders, würden wissenschaftsrelevante Handlungszusammenhänge in ihrer Gänze nur dann als schützenswert angesehen, wenn sie komplett im Binnenraum der Hochschule angesiedelt wären – dann wäre das Argument aber erkennbar zirkulär. Und wenn es heißt, die strategische Planung gehöre nur dann zum geschützten Kontext der Wissenschaftsfreiheit, wenn sie in einem wissenschaftsadäquat organisierten Umfeld situiere, würde dies voraussetzen, dieses Organisationsgebot

45 *Steinkemper*, Privathochschulfreiheit, S. 111, 116 f., begründet demgegenüber die Privathochschulträgerfreiheit mittels einer „unmittelbaren Verknüpfung“ des Trägerhandelns mit der wissenschaftlichen Tätigkeit, ohne den Begriff der Unmittelbarkeit selbst näher zu entfalten. Auch *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, Lief Mai 1977, Art. 5 Abs. III Rn. 126, subsumiert Verwaltungstätigkeiten dann dem Wissenschaftsgrundrecht, wenn sie „als Wissenschaftsbetrieb unmittelbar der autonomen Ausübung individueller Wissenschaftsfreiheiten dienen“. Als Konzept trägt „Unmittelbarkeit“ indes nicht weit, wenn es nicht entfaltet wird. Bei Lichte betrachtet ist die oben dargestellte Analyse der Motivlagen und der Handlungszusammenhänge einher mit dem Wertungsabgleich grundrechtlich geschützter Handlungen der Modus, mit dem das Konzept der Unmittelbarkeit mit Leben gefüllt werden kann.

46 Fallen erwerbswirtschaftliche und zugleich wissenschaftliche Tätigkeit bei einer Person zusammen, wird das Konkurrenzver-

hältnis zumeist so gelöst, dass entweder Art. 12 Abs. 1 GG für allgemeine, nicht wissenschaftsspezifische Regelungen greift und Art. 5 Abs. 3 GG dann relevant wird, wenn die Produktion von Wissen in Rede steht, so etwa *Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Rn. 283. Oder – bei einem Arbeitsverhältnis – wird der Wissenschaftsfreiheit auf der Ebene der Eingriffsrechtfertigung in das Berufsgrundrecht Rechnung getragen, so BVerfGE 85, 360, 381. Auf jeden Fall bleibt die Wissenschaftsfreiheit relevant, obwohl beim wissenschaftlich in der Hochschule Tätigen notwendigerweise immer ein Bündel des Verfolgens wissenschaftlicher und zugleich erwerbswirtschaftlicher Interessen vorliegt, siehe auch oben Fn. 34.

47 Dazu oben II.3.b..

48 Dazu nur *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 259 m. w. Nachw. zur Rspr. des BVerfG, sowie Rn. 261 ff. zu Fragen der Grundausstattung etc..

49 Zur prekären Lage des Trägers siehe auch unten III.2.d..

könne auch im Bereich nichtstaatlicher Hochschulen begründet werden. Dies ist aber nicht der Fall.⁵⁰

Und selbst wenn *ceteris paribus* die nichtstaatliche Hochschule sinngemäß wissenschaftsadäquat organisiert werden müsste, zerbricht dies nicht den o. g. Handlungszusammenhang. Wäre dies anders, könnten die wissenschaftlich in der Hochschule Tätigen über die objektiv-rechtliche Komponente des Grundrechts gleichsam darauf hinwirken, dass einem Dritten, nämlich dem Hochschulträger, das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 versagt wird – das Gebot wissenschaftsadäquater Organisation ist als objektiv-rechtliche Komponente der Wissenschaftsfreiheit ja Derivat staatsgerichteter Individualgrundrechte und steht resubjektiviert den einzelnen wissenschaftlich Tätigen zur Seite.⁵¹ Eine derartige, auf Schutzbereichsversagung eines Dritten gerichtete Grundrechtswirkung wäre aber im Ergebnis nichts anderes als eine über die Schutzbereichsversagung vermittelte unmittelbare Grundrechtswirkung. Die Grundrechte der in der nichtstaatlichen Hochschule wissenschaftlich Tätigen greifen aber nicht unmittelbar gegen den Träger.⁵² Um den Handlungszusammenhang zu durchbrechen, müsste das Gebot einer wissenschaftsadäquaten Hochschulorganisation daher eine selbstzweckhafte objektive Ordnung errichten, die von den Grundrechten der in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen losgelöst ist. Das lässt sich aber nicht begründen.⁵³

Drittes Gegenargument: Im staatlichen Bereich kann sich die Hochschule gegenüber dem Staat bei der rektoratsseitig vorgenommenen strategischen Planung auf Art. 5 Abs. 3 GG, nicht aber das planende Rektorat hochschulintern in gleicher Weise gegenüber den Hochschulmitgliedern berufen, ergo könne das planerisch-strategi-

sche Handeln des Trägers keine Wissenschaftsfreiheit gegenüber der Hochschule begründen. Dies ist kein Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit. Denn das Verhältnis zwischen dem Träger und seiner Hochschule ist von privatrechtlicher Natur, vermittelt über die Anstellungsverträge mit den in den Betrieb eingegliederten Hochschulmitgliedern.⁵⁴ Hier stellen sich keine unmittelbaren Grundrechtsfragen. Ob und inwiefern dem Träger objektiv-rechtliche Aspekte der Wissenschaftsfreiheit entgegengehalten werden können, wird noch zu klären sein,⁵⁵ hat aber mit der Frage nach der wissenschaftsfreiheitlichen Grundrechtsträgerschaft des Hochschulträgers gegenüber dem Staat nichts zu tun und würde auch hier wieder nur verkappte unmittelbare Grundrechtswirkungen erzeugen.

Viertes Gegenargument: Über eine Schutzbereichsverstärkung der Berufsfreiheit wäre ein äquivalenter Schutz hinreichend gewährleistet⁵⁶, ergo sei dieser nicht notwendig. Mag auch bei bloßen Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten deren Hinausnahme aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG und eine vorsichtige Schutzbereichsverstärkung bei dem dann einschlägigen anderweitigen Grundrecht sachgerecht sein, da der zu zahlende Preis ansonsten eine Trivialisierung des kollidierenden Verfassungsrechts wäre.⁵⁷ Derartige Schwierigkeiten gibt es bei der Privathochschulträgerfreiheit indes gerade nicht, so dass es überzeugender ist, hier um der Klarheit in der Schutzbereichsdogmatik willen auf einen Rückgriff auf die Figur der Schutzbereichsverstärkung zu verzichten.⁵⁸ Fazit ist: Gründe, die den vorgenannten materiellen Schutzzusammenhang zerstören könnten, sind nicht ersichtlich.

50 Dazu siehe unten III.2. bis 4..

51 Siehe zum von ihren Mitgliedern abgeleiteten Freiheitsschutz der Hochschule nur *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 172; ders., *Hochschulorganisation*, 329 ff., 331, dort das Zitat; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 124; *Krausnick*, *Staat und Hochschule*, S. 97 m. w. Nachw. in Fn. 77.

52 Siehe unten III.1.a..

53 Siehe unten III.1.c..

54 Siehe unten III.1.a..

55 Siehe unten IV.

56 Zur Schutzbereichsverstärkung siehe *Krausnick*, *Staat und Hochschule*, S. 149 ff., 348 ff. (dort speziell für den Bereich privater Hochschulen); *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 69, im Gefolge des Schächt-Urteils des BVerfG, BVerfGE 104, 337, 346.

57 *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 69 f., nennt als Beispiel die baurechtlichen Anforderungen an die Errichtung eines Labors.

58 Zumal dogmatisch auch mit einer intensiveren Verhältnismäßigkeitsprüfung gearbeitet werden könnte, ohne die Schutzbereiche der Grundrechte aufzulösen und zu rekombinieren. Siehe zur Kritik an der Figur der Schutzbereichsverstärkung nur *Dreier*, in: ders., *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 156 ff.; Art. 2 Abs. 1 Rn. 40 f. m. w. Nachw. in Fn. 187; sowie *Augsberg, Ino, Steffen*, *Kombinationsgrundrechte*, AöR 132 (2007), 539, 548 ff., 552 ff., 560 ff., 575 ff.. Allg. *Breckwoldt, Maike*, *Grundrechtskombinationen*, 2015, S. 47 ff., 98 ff., die selbst aber versucht, ein eigenständiges dogmatisches Modell grundrechtlicher Kombinatorik zu entwickeln (ebda., insbes. S. 206 ff.), was hier auf sich beruhen muss.

4. Ergebnis: Schutz der strategischen Entfaltung des Hochschulträgers

Als Ergebnis kann notiert werden, dass nur um des Preises erheblicher Wertungswidersprüche in der grundrechtlichen Verfasstheit des staatlich organisierten gegenüber dem privat organisierten Hochschulbereich es zugänglich wäre, das auf die Strategie und die Mittelverteilung bezogene Handeln des Hochschulträgers nicht dem Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG zuzuordnen. Sie stehen daher unter dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit.⁵⁹

Strategie ist dabei denkbar weit zu verstehen und erfasst auch Fragen der internen Organisation des hochschulischen Betriebs von Lehre und Forschung. Denn das Erreichen strategischer Ziele und das Ausrichten der Hochschule auf eine bestimmte wissenschaftspolitische Leitidee ist untrennbar verbunden mit den Foren und Formen der hochschulinternen Willensbildung. Die Implementierung der Leitidee gelingt nur dann, wenn innerhalb der Hochschule diese Ziele und Leitidee in der Gremienarbeit kleingearbeitet werden, die daher bezogen auf die Umsetzung der Strategie organisierbar sein muss. Noch klarer wird die Notwendigkeit einer auf die Regelung der Organisation umfassenden Begrifflichkeit von Strategie, wenn die zuvor herausgearbeiteten Handlungszusammenhänge in den Blick kommen. Wenn im Lichte dieser Zusammenhänge der Hochschulträger sich insbesondere der professoral Beschäftigten als Hilfspersonen bedient, um mit ihrer Hilfe unter Beachtung ihres Rechts auf freie Forschung und Lehre⁶⁰ seine wissenschaftlichen Ziele zu erreichen, muss der Träger in der Organisation dieser Zielerreichung geschützt sein. Mit Blick auf diese Handlungszusammenhänge ist die Entfaltung des strategischen Moments durch den Träger Ausdruck seiner Wissenschaftsfreiheit, die eben *generell* all dasjenige umfasst, welches in einem „unmittelbar objektiv-funktionellen Handlungszusammenhang mit Wissenschaft steht und auch subjektiv wissenschaftlichen Zwecken dient“.⁶¹

59 Mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG schlägt es dabei nicht, dass der Träger eine juristische Person des privaten Rechts ist, die ihrerseits in den Formen des Gesellschaftsrechts, also über das Halten gesellschaftsrechtlicher Anteile, durch den Betreiber als natürliche Person oder als eine juristische Person des privaten Rechts getragen wird. Letztlich verbergen sich in derartigen Staffellungen organisationsrechtlicher Zurechnung nur Substrate individuellen Handelns der Gesellschafter der Betreibergesellschaft oder des Betreibers als natürliche Person. Diese haben indes – vermittelt über den trügergesellschaftlichen Gesellschaftszweck des Betriebs einer Hochschule – an dem vorgenannten Handlungszusammenhang, Wissenschaft zu betreiben, indem Wissenschaft durch Dritte betrieben wird, ebenfalls teil. Folge ist, dass der Trägergesellschaft selbst dann grundrechtlicher Schutz zu gewähren ist,

III. Wissenschaftsfreiheit als Gebot organisatorischer Opulenz?

Mit Blick auf die Privathochschulträgerfreiheit des Hochschulträgers könnte dieser mithin versuchen, die Binnenorganisation seiner Hochschule nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Entsprechend der These organisatorischer Opulenz⁶² nimmt die staatsrechtliche Literatur hingegen gegenüber einem derartigen Ansinnen an, dass *sämtliche* Anforderungen des staatlichen Bereichs sinngemäß zur Ausgestaltung ihrer Binnenorganisation herangezogen werden müssen. Die Privathochschulträgerfreiheit wäre mithin deutlich eingeschränkt. Begründet wird dies auf zwei verschiedene Arten. Zum einen werden dem Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtliche Schutzpflichten sowohl im Verhältnis des einzelnen Wissenschaftlers zu seiner Hochschule als auch im Verhältnis der einzelnen Hochschule zu ihrem Träger als Folge einer nicht hinnehmbaren Gefährdungslage der in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen entnommen (dazu 2.). Zum anderen wird eine dem staatlichen Bereich sinngemäße Organisationsstruktur mit dem Gebot folgerichtigen Handelns zu begründen versucht (dazu 3.). Es wird sich zeigen lassen, dass beide Wege nicht zielführend sind. Abgerundet wird das Ganze durch – erfolglose – Versuche, die These organisatorischer Opulenz mittels eines Verweises auf den Gleichheitssatz zu retten (dazu 4.). Zuvor sollen die Beziehungen zwischen den professoral Tätigen und dem Hochschulträger beleuchtet werden. Denn die objektivrechtlichen Gehalte der Wissenschaftsfreiheit sind herrschender Meinung nach aus den grundrechtlichen Individualgarantien abgeleitet und damit an diese Garantien dienend rückgebunden.⁶³ Es bietet sich daher an, zunächst diese individuellen Grundrechtspositionen auszuloten (dazu 1.).

wenn das telos des Art. 19 Abs. 3 GG nur in einer Unterstützung eines am Individuum orientierten anthropozentrischen Grundrechtsschutzes gesehen werden sollte, der die durch den Verband mediatisierte Freiheitsentfaltung natürlicher Personen schütze. Zu den unterschiedlichen Sichtweisen auf Art. 19 Abs. 3 GG siehe nur *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 95. EL 2021, Art. 19 Abs. 3 Rn. 26 ff.

60 Zu diesen Recht unten III.1.b.

61 *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 68 (dort das Zitat); *Losch, Bernhard*, *Wissenschaftsfreiheit*, *Wissenschaftsschranken*, *Wissenschaftsverantwortung*, 1993, S. 115 ff.

62 Zu dieser These siehe oben I.2..

63 Siehe oben Fn. 51.

1. Opulenz I: Organisatorische Rahmung individueller Rechte?

a. Abwehrrecht gegenüber dem Staat – auch gegenüber dem Träger?

Unstreitig können sich die an der nichtstaatlichen Hochschule beschäftigten Professorinnen und Professoren gegenüber dem Staat auf das Individualgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit zumindest dann berufen, wenn und soweit sie arbeitsvertraglich einen hinreichenden Freiraum für eigenverantwortliche Entscheidungen in Forschung und Lehre besitzen und daher wissenschaftlich tätig sind.⁶⁴ Im arbeitsrechtlichen Verhältnis der an der nichtstaatlichen Hochschule tätigen Professorinnen und Professoren zum Hochschulträger⁶⁵ gelten die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Funktion hingegen nicht. Das alles ist nicht neu. Grundrechtsadressat auch der Wissenschaftsfreiheit sind die in Art. 1 Abs. 3 GG Genannten. Zu diesen rechnet der Träger der nichtstaatlichen Hochschule nicht, und zwar auch nicht deshalb, weil er als juristische Person des Privatrechts mit Hoheitsgewalt beliehen wäre. Denn richtigerweise begründet die staatliche Anerkennung einer Bildungseinrichtung als Hochschule keine umfassende Beleihung.⁶⁶ Und selbst wenn eine Beleihung im Bereich des Prüfungsgeschehens unterstellt würde⁶⁷, würde sie sich in ihrer Wirkung eben auf diesen Bereich beschränken und das arbeitsvertragliche Rechtsverhältnis zwischen den professoral Beschäftigten und deren Arbeitgeber

ber nicht berühren.⁶⁸ Auch die staatliche Anerkennung der Bildungseinrichtung als Hochschule verändert den Rechtsstatus dieser Hochschule nicht und inkorporiert sie nicht in den staatlichen Bereich als Adressaten staatlicher Pflichten.⁶⁹

Die in einer nichtstaatlichen Hochschule wissenschaftlich Tätigen können mithin gegenüber ihrem Träger-Arbeitgeber keinen *grundrechtlich* gesicherten Anspruch auf wissenschaftlichen Freiraum geltend machen.⁷⁰ Es herrscht vielmehr Vertragsfreiheit. Das Eingehen einer arbeitsvertraglichen Bindung beispielsweise im Hinblick auf Gegenstand und Rahmenbedingungen der akademischen Lehre ist damit Ausdruck grundrechtlicher Freiheit der Professorin oder des Professors.⁷¹

b. Das Erfordernis arbeitsvertraglich gewährleisteter Freiräume

Aus diesem grundrechtlichen Befund folgt nun allerdings nicht, dass es einfachrechtlich in das Belieben des Hochschulträger-Arbeitgebers gestellt wäre, seinen professoral Beschäftigten Weisungen beispielsweise hinsichtlich ihrer Forschungsmethoden oder hinsichtlich der Details ihrer Lehrinhalte geben zu dürfen. Denn Wissenschaft setzt Freiheit zumindest in der Methodewahl und der Durchführung der Erkenntnisoperationen den Regeln des Faches entsprechend voraus. Ohne epistemische Offenheit im Gestus des sozialen Handelns, ohne einen hinreichenden Grad an Selbständigkeit und Unabhängigkeit kann dieses Handeln zumindest dann

64 Unstrittig, siehe nur *Steinkemper*, Privathochschulfreiheit, S. 97, 108, jew. m. w. Nachw..

65 Dieses Beschäftigungsverhältnis ist ein Arbeitsvertrag, siehe nur BAG, BeckRS 2000, 30788683, und wird auch nicht deshalb zu einem Dienstvertrag, weil keine Weisungsgebundenheit hinsichtlich Forschung und Lehre besteht, zur fehlenden Weisungsgebundenheit siehe sogleich. Denn eine Weisungsgebundenheit besteht sehr wohl bspw. hinsichtlich der Sicherstellung des Lehrangebotes, wie dies auch beim professoralen Personal staatlicher Hochschulen der Fall ist, siehe etwa § 27 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 HG NRW. Siehe zum Ganzen allg. nur *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 91 ff.

66 Siehe dazu und zum Folgenden BAG, NZA-RR 2011, 216, 220; Krausnick, Staat und Hochschule, S. 100 f.; *Kübler-Kreß, Alexander*, Die Hochschullehrermehrheit an privaten Hochschulen – Pflicht oder Kür?, in: *OdW* 2019, 111, 112; *Steinkemper*, Privathochschule, S. 124.

67 Für Beleihung im Prüfungswesen je nach Landesrecht auch über den Bereich staatlicher Prüfungen hinaus und zum Teil konzipiert als Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben OVG des Saarlandes, Beschluss vom 18. September 1995 – 1 W 6/95; OVG Münster, Beschluss vom 22. April 2009 – 14 E 336/09; Beschluss vom 29. Mai 2013 – 14 E 401/13; Beschluss vom 26. Oktober 2017 – 14 E 817/17; OVG Hamburg, Beschluss vom 4. Juni 2021 –

3 Bs 130/21; VGH Mannheim, Beschluss vom 15.10.2019 – 9 S 1676/19. Nach § 115 Abs. 6 Satz 1 hessisches Hochschulgesetz findet der Prüfungsbetrieb ausdrücklich auf privatrechtlicher Grundlage statt, woraus der Hessische VGH, Beschluss vom 13. Januar 2016 – 9 E 2338/15, zu Recht folgert, eine Beleihung käme nicht in Betracht.

68 So auch *Krausnick*, Staat und Hochschule, S. 100 f..

69 Deutlich BAG, NZA-RR 2011, 216, 220.

70 Die Rechtslage ist hier daher gleich zu jener bei der Presse, bei der das BVerfG den Journalisten gegenüber dem Verleger nicht die Pressefreiheit zur Seite stellt, da dieser als subjektives Recht keine der Staatsgerichtetheit entsprechende Wirkung im Sinne einer „Dritt-Gerichtetheit“ entnommen werden könne, siehe BVerfGE 66, 116, 135, dort auch das Zitat. Zu Recht können sich auch die Mitarbeitenden des privaten Rundfunkbetreibers gegenüber ihrem Arbeitgeber subjektivrechtlich nicht auf die Rundfunkfreiheit berufen, siehe nur *Bethge*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 111. Davon zu unterscheiden sind naturgemäß die objektiv-rechtlichen Funktionen der Pressefreiheit, dazu nur *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 95. EL 2021, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 353 ff..

71 Siehe nur *Bonner Kommentar-Fehling*, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 55, 138; *Würtenberger*, *OdW* 2019, 15, 21.

keine Wissenschaft sein, wenn im Rechtsverkehr aufgrund der Verleihung des Gütesiegels der Anerkennung die Erwartung geweckt wird, hochschulintern entsprechende die Produktion von Wissen in der Person des Tätigen den im staatlichen Bereich vorfindlichen Gegebenheiten – und das sind solche der Freiheit.⁷² Die Landeshochschulgesetze ordnen deshalb als Voraussetzung der staatlichen Anerkennung einer Bildungseinrichtung als Hochschule durchweg an, dass ihr Lehr- und Forschungsgeschehen epistemisch offen und in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sichergestellt ist.⁷³ Damit ist ein freies Direktionsrecht des Hochschulträger-Arbeitgebers im Bereich hochschulischer Lehre und Forschung unvereinbar. Vielmehr müssen die professoralen Anstellungsverträge Freiheit in Forschung und Lehre garantieren⁷⁴ – und zwar angesichts des vorgenannten Schutzes berechtigten Vertrauens zumindest solange unwiderruflich ausgestaltet, als die betreffende Person professorale Aufgaben in der Hochschule wahrnimmt.⁷⁵

c. Folgen arbeitsvertraglich eingeräumter Freiräume für die Governance?

Angesichts dessen könnte versucht werden auszuführen, für die Frage wissenschaftsadäquater Organisation könne es nicht darauf ankommen, ob der Freiraum wissenschaftlicher Betätigung in der Hochschule verfassungsrechtlich, einfachgesetzlich oder einzelvertraglich gewährleistet sei. Relevant sei vielmehr nur, dass es solche Freiräume *wie auch immer rechtlich gesichert* gäbe mit der Folge, dass auch bei nichtstaatlichen Hochschulen eine Wissenschaftsadäquanz ihrer Organisation in Gänze sinngemäß zum staatlichen Bereich von Nöten sei.

Ein derartiges Argument ginge indes fehl. Denn die organisatorischen Gehalte der Wissenschaftsfreiheit entfalten keine *selbstzweckhafte* objektive Ordnung, die immer schon dann zu errichten ist, wenn in einer Hochschule wissenschaftlich Tätige aus welchen Gründen auch immer insofern frei handeln dürfen. Die objektive Ordnung ist nicht losgelöst von dem Umstand, dass *der Staat* Institutionen freier Wissenschaft bereitstellt und damit seiner Gewährleistungsverantwortung nachkommt.⁷⁶ Sie ist vielmehr Folge der in staatlichen Verantwortungs- und Einflussräumen aufscheinenden spezifischen Gefährdungslagen innerhalb eines staatlich institutionalisierten, staatlich finanzierten und staatlich verantworteten Hochschulgeschehens.⁷⁷ Die organisationsrechtliche Schutzpflichtmatrix ist mithin Reflex der systemischen, weit überwiegend staatlich gestalteten Makroebene, auf der in Deutschland das Hochschulwesen angesiedelt ist. Diese Matrix ist keine Reaktion auf die Mikroebene der *irgendwo* wissenschaftlich frei Tätigen oder auf die Mesoebene *irgendeiner* Hochschule als *irgendwie* strukturierte Organisation. Voraussetzung des Organisationsgebots ist mithin die Staatsgerichtetheit individueller Grundrechte, als deren Derivat die objektiv-rechtlichen Gehalte begriffen werden, und damit die staatliche Trägerschaft der Hochschule. Die nichtstaatliche Hochschule ist indes weder über eine etwaige Beileihung noch über ihre Anerkennung ein Teil mittelbarer Staatsverwaltung geworden.⁷⁸ Dem Hochschulträger kann auch nicht einfach unterstellt werden, er würde unumwunden seine wirtschaftlichen Interessen gegen wissenschaftliche Autonomieräume ausspielen mit der Folge, dass die strukturelle Gefährdungslage hier sogar noch größer wäre als jene im staatlichen Bereich.⁷⁹

72 Britz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 24; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 55 ff.; ders., in: WissR Beih 25 (2019), S. 31 f.. Aufgrund dieses Anknüpfens an die schutzwürdigen Erwartungen des Rechtsverkehrs muss nicht auf die Frage eingegangen werden, ob und inwiefern eine epistemisch gegründete Tätigkeit, die innerhalb einer hierarchisch angelegten Organisationsstruktur stattfindet, den Begriff „Wissenschaft“ erfüllt. Bejahend für den Fall eigenständiger Erkenntnisoperationen und Methodenwahl etwa Britz, ebda., Rn. 20; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 477. Zumindest im Hochschulbereich ist individuelle Freiheitlichkeit demgegenüber nach wie vor essentiell aufgrund der in den Rechtsverkehr eingeführten Erwartungen.

73 Siehe nur § 72 Abs. 2 Satz 1 Nummer 1 und 2 HG NRW. Soweit dies nicht explizit geregelt sein sollte, folgt dieses Erfordernis dann implizit aus der Anerkennungsvoraussetzung, äquivalent zum staatlichen Bereich Aufgaben in Forschung und Lehre wahrzunehmen.

74 Dazu nur Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 246; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art.

5 Rn. 532; Classen, Wissenschaftsfreiheit, S. 152; ähnlich Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 158.

75 So im Ergebnis auch Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 273; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 497, 532.

76 Zu Letzterer Britz, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 68, 72.

77 Bezeichnend insofern Trute, Forschung, S. 293 f., 296 ff.; Gärditz, Hochschulorganisation, S. 339; ders., WissR Beih. 25 (2019), S. 76 ff.. Das Erfordernis einer wissenschaftsadäquaten Organisation hat das BVerfG im Hochschulurteil auf den „Bereich des mit öffentlichen Mitteln eingerichteten und unterhaltenen Wissenschaftsbetriebs“ und damit explizit auf den Bereich der „Leistungsverwaltung“ bezogen, siehe BVerfGE 35, 79, 115, dort die beiden Zitate. Auf den Umstand, dass sich Art. 5 Abs. 3 GG nur für den Bereich der „staatliche[n] Wissenschaftspflege“ eine organisatorische Aussage entnehmen lässt, weist auch Lorenz, WissR 20 (1987), S. 22, 35, 38, hin.

78 Siehe oben III.1.a.

79 So Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 142.

Es wird noch weiter unten gezeigt werden, dass dieses Argument in Gänze nicht überzeugt.⁸⁰

Würde allein schon die Freiheitlichkeit des wissenschaftlichen Tätigkeitsfeldes ungeachtet seiner staatlichen Einbettung organisatorische Imperative generieren, müssten zudem auch die Forschungsabteilungen großer Unternehmen zumindest dann wissenschaftsadaquat und damit kollegial und selbstverwaltend verfasst sein, wenn der Unternehmensinhaber den Forschenden arbeitsvertraglich oder aufgrund betrieblicher Übung Freiräume eingeräumt haben sollte.⁸¹ Ein derartiges Organisationsgebot wäre nicht nur absurd und würde tendenziell dazu beitragen, dass derartige Freiräume füglich vermieden würden. Es würde auch elementaren Grundsätzen des Gesellschaftsrechts widerstreiten, welches wissenschaftsadaquate Binnenstrukturen praktisch ausschließt.⁸² Das Organisationsgebot würde damit gerade umgekehrt dazu beitragen, dass die Gewährung von Freiheitsräumen in Forschung betreibenden Unternehmen einfachgesetzlich untersagt wäre. Unter der Hand würde eine objektiv-rechtlich motivierte Freiheitsumhegung dann in eine individuelle Freiheitsverhinderung umschlagen, es sei denn, man nimmt insoweit eine Verfassungswidrigkeit des Gesellschaftsrechts an, was aber noch niemand behauptet hat und was auch nicht zu begründen wäre.

2. Opulenz II: Schutzpflicht aufgrund Gefährdungslagen

Lassen sich der arbeitsvertraglichen Gründung freier Forschung und Lehre mithin keine Hinweise auf die Ausgestaltung der Governance entnehmen, bleibt nur ein Rückgriff auf die tradierten schutzpflichtrechtlichen Konzepte:

a. Streitstand

Des Öfteren wird dem Staat eine Schutzpflicht adressiert, die Freiheit von Forschung und Lehre auch gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Hochschulträgers oder dessen Betreibers zu schützen, weil in nichtstaatlichen Einrichtungen aufgrund der fehlenden Grundrechtsbindung zwischen Privaten die individuelle Wissenschaftsfreiheit strukturell schutzbedürftiger sei als im staatlichen Bereich mit der Folge, dass auch die Binnen-

organisation nichtstaatlicher Hochschulen zumindest anhand der „Beurteilungsmatrix“ des Mindeststandards im staatlichen Bereich auszugestalten sei.⁸³ Das Argument hat die Form eines Dreischritts: (1) Der in der nichtstaatlichen Hochschule wissenschaftlich Tätige ist Träger der Wissenschaftsfreiheit. (2) Im nichtstaatlichen Bereich gibt es zum einen eine Gefährdung dieser Freiheit, die zum anderen nicht hinnehmbar ist. (3) Ergo müsse diese Gefährdung aufgefangen werden durch organisationsrechtliche Sicherungen nicht nur der innerhalb der Hochschule wahrgenommenen epistemischen Funktion, sondern *auch* deren Kontexte. Weder wird indes die Gefährdung begründet noch wird – *ceteris paribus* sei eine Gefährdung vorhanden – dargelegt, dass diese nicht hinnehmbar ist – Einwand gegen Schritt (2). Auch wird in keiner Weise begründet, dass die Rechtsfolge in ihrer Breite (also wissenschaftsadaquate Organisation der epistemischen Funktion *und* deren Kontexte) erforderlich ist – Einwand gegen Schritt (3). Denn:

Das Schutzniveau im bipolaren Verhältnis der zwei gleichgeordneten und mit Wissenschaftsfreiheit ausgestatteten Rechtssubjekte (Hochschulträger auf der einen, wissenschaftlich tätige Person/abgeleitete Hochschule auf der anderen Seite) wird einseitig zu Lasten des Trägers ausgeformt, in dessen Wissenschaftsfreiheit⁸⁴ daher eingegriffen wird. Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt (dazu b.). Zweitens wird das selbst dann nicht anders, wenn auf arrivierte Konzepte „inpersonaler Freiheit“ abgestellt würde (dazu c.). Drittens schließlich aktiviert der Rekurs auf Gefährdungslagen nur ein individualzentriertes Bild der Produktion von Wissen. Das auf Gefahrvermeidung gegründete Schutzmodell kann daher zumindest in einer nichtstaatlichen Hochschule selbst wieder wissenschaftsgefährdend sein (dazu d.). Viertens schließlich zehrt das Gefährdungskonzept von der vermeintlichen Autorität universell vorfindlicher Wissenschaftsstrukturen, obwohl es selbst nur regional angelegt ist. Folge ist, dass die argumentative Architektur des Schutzkonzepts notwendigerweise brüchig wird (dazu e.). Als Ergebnis wird notiert werden können, dass ein gefährdungsgegründetes Schutzpflichtkonzept nicht überzeugt (dazu f.).

80 Siehe unter ad IV.2.

81 Darauf weist auch *Bumke, Christian*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 407, 441.

82 *Gärditz*, Hochschulorganisation, S. 574 f.; ders., in: *WissR Beih.* 25 (2019), S. 89 f., 100; ders., in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 136.

83 Paradigmatisch für eine derartige Argumentation wiederum *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 135, 142; anson-

ten siehe auch *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 28; *Kempen*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 49. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 193; *Krausnick*, *Staat und Hochschule*, S. 129 ff.

84 Diejenigen, die die Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers bestreiten, würden hier auf dessen Privatautonomie und damit auf seine Wirtschaftsgrundrechte rekurrieren mit der Folge, dass die Problemanalyse äquivalent bliebe.

b. Fehlende Ermittlung der Gefährdungslage und fehlende Bestimmung des hinnehmbaren Maßes einer Gefahr

An der Schutzpflichtfigur war schon immer problematisch, dass der Maßstab für die Diagnose des Kräfteungleichgewichts und der Gefährdungslage eher im Unklar-Mäandrierenden blieb und bleibt.⁸⁵ Sinnvollerweise markiert die Figur der Schutzpflicht nur eine „äußerste Grenze“⁸⁶, bei deren Überschreiten ein Eingreifen in privatautonome Verhältnisse zulässig ist. Diese Grenze wird vorliegend nicht überschritten. Anders gesagt: Der relevante Einsatzpunkt, an dem das Verfassungsrecht in das Privatrecht vorstoßen kann, wird eher unterstellt, denn ausgelotet. Im Einzelnen:

Dass es Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit geben mag, ist zunächst irrelevant. Denn Gefahrenlagen sind dem Privatrechtsverkehr immanent. Dieser konnte noch nie sinnvoll als ein risikofreier Raum innerhalb einer Begegnungsidylle sich autonom begegnender, faktisch gleichgeordneter und einander in Respekt und Wohlwollen zugewandter Individuen konzeptionell erfasst werden. Dies allein aktiviert noch keine Schutzpflicht. Es muss um der Freiheitlichkeit des Privatrechtsverhältnisses willen mehr hinzukommen. Es kommt auf die Intensität einer nachgewiesenen Freiheitsgefährdung an, welche in ein Verhältnis gesetzt werden muss zu deren Kontexten und zu den Freiheiten, die gefahrbegründend sind und darüber hinaus noch gefährdet werden können. *Ceteris paribus* habe der Träger sich von den einzelnen wissenschaftlich Tätigen arbeitsvertraglich zu sichern lassen, sie würden sich derjenigen Governance unterwerfen, die der Träger in die Hochschule imple-

mentiert sehen möchte.⁸⁷ Diese freiwillige⁸⁸ Unterwerfung ist zunächst nichts anderes als Ausdruck persönlicher Freiheit der wissenschaftlich Tätigen. Die Unterwerfung kann nur dann schutzpflichtrechtlich gegen den Träger gewendet werden, wenn sich dies im Wertungsabgleich mit denjenigen Maßstäben ergibt, die auch sonst für konfligierende individuelle Interessen in Ungleichgewichtslagen entwickelt worden sind. Der Punkt, an dem eine durch freiwillige Unterwerfung möglicherweise geschaffene Gefahr für die Wissenschaftsausübung des sich Unterwerfenden umschlägt in eine nicht hinnehmbare strukturelle Gefährdung derselben, darf sich daher nicht allzu weit von den hergebrachten Fallgestaltungen gestörter Vertragsparität oder struktureller Ungleichgewichtslagen bei Austauschverträgen entfernen. Zwar sind die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Träger und wissenschaftlich Tätigen dauerschuldvertraglich. Hinsichtlich des Wertungsabgleichs bei Ungleichgewichtslagen knüpft die arbeitsrechtliche Dogmatik aber zu Recht an austauschvertragliche Diskussionen an.⁸⁹ Die Dogmatik der Kontrolle von Austauschverträgen eignet sich daher nach wie vor vorzüglich dazu aufzuzeigen, welche *erhebliche* Schwelle überschritten sein muss, damit in Privatautonomie zur Sicherung derselben als Gewährleistung rechtlicher Selbstbestimmung eingegriffen werden darf.⁹⁰ Es geht mithin um die Frage, ob die arbeitsvertragliche Unterwerfung unter die trägerseitige Governance bei formularmäßiger Verwendung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam oder, im Falle einer Individualabrede, nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig⁹¹ ist oder ob – falls eine solche Vertragsklausel fehlt – die auf die Implementierung der Governance bezogene Ausübung des nach Maßgabe billigen Ermessens auszu-

85 Siehe dazu zu jüngeren Entwicklungen nur jüngst *Becker, Florian*, Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 2019, 1385, 1390; und die grundlegende Kritik bei *Christensen, Ralph, Fischer-Lescano, Andreas*, Das Ganze des Rechts, Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, 2007, insbes. S. 199 ff., 297 ff.

86 *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 150.

87 Auch die hochschulinterne Bindung der Hochschulmitglieder an die Grundordnung und Ordnungen gilt ja nicht schon aufgrund einer Mitgliedschaft. Denn eine solche liegt gesellschaftsrechtlich mangels eigener Rechtssubjektivität der Hochschule nicht vor. Die Bindung kann nur erzeugt werden über arbeitsrechtliche Instrumente, namentlich über einen Einbezug in den jeweiligen Arbeitsvertrag oder ggfls. durch Einordnung in den Betrieb.

88 Da der wissenschaftliche Freiraum der sich unterwerfenden Person gleichwohl gewahrt bleibt und Gegenstand der Unterwerfung die Bindung an die Governance ist, kann keine Rede davon sein, die Unterwerfung sei nicht freiwillig. Zu den Maßstäben von Unfreiwilligkeit siehe etwa BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 6 C 23/02, BVerwGE 119, 123 (127), und umfassend *Gutmann, Thomas*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München, 2001.

89 Jedenfalls bei arbeitsvertraglichen Individualvereinbarungen wird der Schulterschluss in der Wertung zu den Bürgschaftsfällen und weiteren austauschvertraglichen Gestaltungen (dazu sogleich) gesucht, siehe nur *Thüsing*, in: Westphalen, Graf von/ders., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 47. EL 2021, Arbeitsverträge Rn. 21 ff. Ansonsten ist die Rspr. insbes. des BAG aufgrund der besonderen Gefährdungslagen abhängig Beschäftigter zwar bereit, stärker die materiellen Faktoren der arbeitsvertraglichen Vertragsgerechtigkeit zu modellieren, dazu nur *Spinner, Günter*, in: Säcker, Franz Jürgen u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 5. Band, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 57 ff. Bei professoral Beschäftigten privater Hochschulen, die weisungsfrei lehren und forschen, spielen die einschlägig der Rspr. entnehmbaren Fallgestaltungen indes erkennbar keine Rolle.

90 Dazu nur jüngst aus der Fülle *Wendland, Matthias*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, insbes. S. 374 ff..

91 Siehe zum Ausbau des § 138 Abs. 1 BGB als Einflussfaktor einer Materialisierung des Vertrages nur jüngst *Jakl, Bernhard*, Handlungshoheit, Die normative Struktur der bestehenden Dogmatik und ihrer Materialisierung im deutschen und europäischen Schuldvertragsrecht, 2019, S. 138 ff.

übenden (§ 106 GewO) arbeitgeberlichen Direktionsrechts und die damit verbundene Eingliederung in die Betriebsorganisation beanstandungsfähig ist.⁹²

Bei den einschlägigen Bürgschaftsfällen bspw. musste vieles zusammenkommen, damit das Bürgschaftsgeschäft schutzpflichtrechtlich motiviert sittenwidrig und damit nichtig war.⁹³ Dem störenden Teil – also die bürgschaftsbegehrende Bank – mangelte es an einem relevanten Eigeninteresse an der Kreditsicherung. Das geschäftlich offensichtlich unerfahrene, gleichwohl aus Gründen personaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner bürgende Familienmitglied war absehbar hinreichend vermögens- und einkommenslos mit der Folge, dass es das Kreditrisiko des Hauptschuldners auch nicht annähernd hätte absichern können. Realisierte sich das Bürgschaftsrisiko, wäre der bürgende Teil schlicht und einfach ruiniert. Das ökonomische Interesse der Bank hätte dann in Gänze jene Normen sabotiert, die als Ausdruck familiärer Solidarität und wechselseitiger Opferbereitschaft den Binnenraum der Familie bestimmen. Ein familiärer Funktionenschutz war daher unabdingbar; ins Werk gesetzt über das Sittenwidrigkeitsverdict.⁹⁴ Auch in anderen Fallkonstellationen lassen sich ähnliche Spuren einer existentiellen Dramatik finden, verwiesen sei etwa auf die Inhaltskontrolle von Eheverträgen⁹⁵ oder auf die Problematik des Fehlens eines auch nur annähernden Kräftegleichgewichts bei Handelsvertretungen⁹⁶. Im Wege der Fallgruppenbildung lassen sich als Einsatzpunkte der Schutzpflicht⁹⁷ die ungewöhnliche

wirtschaftliche Belastung bei zugleich Angewiesenheit auf die Leistung, die psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit sowie die situativ sich aus der Art und Weise des Vertragsschlusses folgende Unterlegenheit destillieren⁹⁸ – alles „Fälle exzeptionellen Charakters [...], bei denen eine gravierende Paritätsstörung vorliegt und wo die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit einen besonders hohen Intensitätsgrad erreicht“⁹⁹.

Die Konstellation Träger – Hochschule ist mit den vorgenannten Fallgruppen in ihrer Dramatik auch nicht annähernd vergleichbar. Der Träger mag ein wirtschaftliches Eigeninteresse haben. Er verfolgt aber als Motivbündel notwendigerweise zugleich das Interesse, eine dem staatlichen Bereich in Forschung und Lehre gleichwertige Hochschule vorzuhalten.¹⁰⁰ Er wird mithin schon eigenmotiviert einen Raum freier Forschung und Lehre schützen wollen und müssen. Der Grad eines strukturellen Ungleichgewichts ist mit Blick auf diese handlungsleitenden Motive erkennbar abgesenkt.¹⁰¹ Den in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen, die typischerweise nicht geschäftsunerfahren und geschäftsungewandt sind und zu deren Lasten auch keine Informationsasymmetrie diagnostiziert werden kann,¹⁰² steht als wirksamer Schutzwall gegen Überwältigungstendenzen des Hochschulträgers wiederum ihr individuelles, einfachgesetzlich abgesichertes und arbeitsvertraglich auf Dauer gestelltes Recht auf Freiheit in Forschung und Lehre zur Seite.¹⁰³ Die Akteure haben daher – anders als

92 Nichts würde sich am Kern dieser Konzeptionalisierung ändern, wenn anstelle des Wegs über die Vertragskontrolle der Weg über eine den Gesetzgeber adressierende Schutzpflicht gewählt würde. Von der Konstruktion können keine Wertungen abhängen.

93 Siehe zu den Bürgschaftsfällen die treffliche Darlegung – auch zu den vorausgegangenen Streitigkeiten zwischen dem IX. und dem XI. Zivilsenat des BGH – bei *Christensen, Ralph, Andreas Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, S. 288 ff..

94 Zivilrechtlich ausgearbeitet wurden derartige Gedanken erstmals durch *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption?, in: *KritV* 2000, 388 ff., auf der Grundlage einer systemtheoretisch und rechtssoziologisch informierten Analyse der zivilistischen Imparitätsdogmatik in diesem Bereich der Systemreferenzen Familie und Wirtschaft.

95 Dazu nur *Goebel, Joachim*, In guten, nicht in schlechten Tagen?, Sechs Thesen zur richterlichen Kontrolle von Unterhaltsverträgen, in: *FamRZ* 2003, S. 1513 ff..

96 Grundlegend die Handelsvertreterentscheidung BVerfG 81, 242, 255. Grundlegend aus der Literatur etwa *Hönn, Günther*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982.

97 Ob das BVerfG in den Fällen horizontaler Grundrechtswirkung mit dem Schutzpflichtkonzept arbeitet oder nicht, ist dabei unerheblich, siehe zur Analyse nur jüngst *Kulick*, Horizontalwirkung, S. 105 f..

98 Siehe die Analyse der einzelnen Entscheidungen des BVerfG beginnend mit der Handelsvertreterentscheidung, der Bürg-

schaftsentscheidung und der Unterhaltsverzichtsentscheidung über die Zahnarztthonorarentscheidung, die Überschussbeteiligungsgutsentscheidung und der Rückkaufwertentscheidung bis hin zu weiteren Entscheidungen *Wendland*, Vertragsfreiheit, S. 379 ff., sowie die anschließende Fallgruppenbildung bei dems., ebda., S. 403 ff.; und die Übersicht bei *Schmolke, Ulrich Klaus*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 77 ff..

99 So treffend *Schmolke*, Grenzen, S. 80.

100 Siehe oben II.3.a..

101 Das BVerfG sieht arbeitnehmerseitig durchweg eine Situation „struktureller Unterlegenheit“, siehe BVerfGE 92, 365, 395; 84, 212, 229. Aber eben nur „typischerweise“, siehe BVerfGE 85, 191, 213 – zumal diese Diagnose das BVerfG nicht dazu bewogen hat, jemals in Richtung einer zwingenden gesetzlichen Vertragsanpassung zu judizieren; es hat vielmehr den Schutzauftrag immer an die Judikative zurückgegeben, siehe *Schneider, Angie*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis, 2016, S. 44. Beim professoralen Anstellungsverhältnis stellt sich demgegenüber wohl eher die Frage, ob hier nicht umgekehrt „typischerweise“ ein Verhandlungsgleichgewicht oder sogar eher ein Verhandlungsungleichgewicht zu Lasten des berufungswilligen Arbeitgebers gegeben ist.

102 Siehe zur Bedeutung einer Informationsasymmetrie im Vertragsrecht nur *Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Privatrecht, 2000.

103 Siehe oben III.1.b..

in den meisten Fallgruppen einer zivilistischen Ungleichgewichtslage – eine Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und handeln auch in diesem Schatten.¹⁰⁴ Zudem – so viel sei vorweggenommen¹⁰⁵ – wird sich zeigen lassen, dass auch im nichtstaatlichen Bereich die engeren akademischen Belange schutzpflichtrechtlich nach den Prinzipien von Kollegialität und Selbstverwaltung organisiert gehören, womit sich die Gefährungsdiagnose stark relativiert.

Schließlich und endlich ist es viel zu abstrakt, spezifische Gefährdungslagen für Forschung und Lehre mit Blick auf Wirtschaftsinteressen des Trägers zu begründen. Der Aufbau wissenschaftlicher Reputation ist ein wichtiges Outputsignal, um die Hochschule am Bildungsmarkt überhaupt positionieren zu können.¹⁰⁶ Werden nichtstaatliche Hochschulen nach wissenschaftsbestimmten, portfoliobestimmten, gewinnbestimmten sowie zwischen diesen Bestimmungen gemischten Hochschulen geclustert und sodann danach untersucht, ob und inwiefern die trägerseitige Gewinnorientierung den Eigensinn hochschulischen Handelns untergräbt, kann nicht festgestellt werden, dass dieses Handeln durch das Gewinnstreben des Trägers in eine Schieflage gerät.¹⁰⁷ Zudem werden die Studierenden nichtstaatlicher Hochschulen schon im Lichte ihrer Erwartungen hinsichtlich ihrer Bildungsrendite und ihrem angestrebten Reputationserwerb auf dem Arbeitsmarkt über kurz oder lang sehr wohl Signale in Richtung hochschulischer Qualität aussenden,¹⁰⁸ so dass mittelfristig gesehen gute Lehre und Forschung selbst ein wirtschaftliches Kriterium ist.

Angesichts einer Gesamtschau – (1) auf Wissenschaft gerichtetes Eigeninteresse des Trägers, (2) arbeitsver-

traglich gesicherter Freiraum der wissenschaftlich Tätigen, (3) Mitbestimmung und Mitwirkung bei den engeren akademischen Belangen, (4) der Zusammenhang von Wirtschaftlichkeit und hochschulischer Produktion – bleibt nach all dem unerfindlich, wieso ein wirtschaftlich handelnder und eben deshalb zugleich am Erhalt der staatlichen Anerkennung eigeninteressierter Hochschulträger die Binnenorganisation seiner Hochschule typischerweise und damit strukturell ab ovo so ausgestalten sollte, dass die einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler nicht mehr frei ihre Forschung und Lehre betreiben können, obwohl er ihnen genau dies arbeitsvertraglich schuldet und obwohl er genau dies auch will, weil ansonsten die staatliche Anerkennung entfällt. Der unterstellte Tatsachenbefund, der die Grundlage für eine Schutzpflichtdebatte bildet¹⁰⁹, ist daher erkennbar *unplausibel*.¹¹⁰

Es gibt insgesamt gesehen mithin keine plausibel begründete Schutzlücke, die Anlass für schutzpflichtmotivierte Maßnahmen sein könnte. Alles in allem lässt sich eine auf die Governance bezogene staatliche Schutzpflicht mithin zumindest dann nicht begründen, wenn sie mit der Gefährdung des wissenschaftlichen Personals und damit individualistisch aufgezäumt wird. Umgekehrt würde der Rekurs auf Schutzpflichten in dieser Situation bedeuten, erstens sowohl in die Privatautonomie des Trägers *als auch* der sich unter die Governance unterwerfenden wissenschaftlich Tätigen unzulässig einzugreifen¹¹¹, zweitens aufgrund des unvermittelten „Zustoßens“ verfassungsrechtlicher Wertungen in das Privatrecht das Vertrauen in die erprobten Rechtsformen formaler Gleichheit im Privatrechtsverkehr nachhaltig zu beschädigen¹¹² und drittens einen Lebensbereich – näm-

104 Zum Handeln „im Schatten des Rechts“ wegweisend und klassisch *Mnookin, Robert H., Kornhauser, Lewis*: Bargaining in the Shadow of the Law, in: *The Yale Law Journal* 88 (1979), S. 950 ff.

105 Siehe unten IV.2.

106 Dazu und zum Folgenden *Brockhoff, Klaus*, Erfolgsfaktoren privater Hochschulen, in: *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 2011, 5, 17 ff., 23 ff.

107 Siehe *Sperlich, Andrea*, Theorie und Praxis erfolgreichen Managements privater Hochschulen in Deutschland, diss. oec. Mannheim, 2007, S. 147 ff.

108 Dazu *Sperlich*, Theorie, S. 146 f., 158.

109 Dazu klassisch *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, in: *AcP* 184 (1984), 201 (225 ff.); ders., Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 74 ff.

110 Das gilt auch dann, wenn anstelle einer Sittenwidrigkeitsprüfung die Unwirksamkeit der Unterwerfungsklausel aufgrund unangemessener Benachteiligung und damit ein gegenüber der Sittenwidrigkeitskontrolle herabgesetzter Prüfmaßstab in Rede steht. Für die hier allein entscheidende, auf der Ebene des Verfassungsrechts verhandelte Frage ist die einfachgesetzliche, konstruktive Frage belanglos, ob dessen Wertungen über § 138 Abs. 1 BGB oder über § 307 Abs. 1 BGB in das Privatrechtsverhältnis transportiert werden.

111 Es darf nicht vergessen werden, dass mit der Schutzpflicht zugleich auch in die Privatautonomie des vermeintlich Geschützten, nämlich des wissenschaftlich Tätigen, eingegriffen würde – und zwar unabhängig von der Frage, ob der Grund der privatautonom ins Werk gesetzten vertraglichen Bindung willens- oder vertrauens-theoretisch erklärt wird. Wird richtigerweise vertrauens-theoretisch angesetzt (klassisch hierzu *Köndgen, Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981), wird der Eingriff plätsch: Die schutzpflichtrechtlich motivierte Lösung von der vertraglichen Bindung enttäuscht das Vertrauen des einen Teils – hier des Hochschulträgers – auf Bestand der vertraglichen Unterwerfungsklausel, während Sinn der Ausübung der Privatautonomie des anderen Teils – hier des wissenschaftlich Tätigen – es ist, genau dieses Vertrauen durch die ihm zurechenbare Abgabe seiner Willenserklärung nicht zu enttäuschen.

112 Eindringlich insoweit siehe nur *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, 95. EL 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 108. Andererseits ist das Zivilrecht seinerseits aufgerufen, seine ihm zugewachsene gesellschaftliche Funktion mit angemessenen Instrumenten wahrzunehmen, dazu aus der Fülle im Rahmen der Schutzpflichtdebatte *Wielsch, Dan*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Zivilrecht, *AcP* 213 (2013), 718, 728 ff., 734 ff.

lich hochschulisch betriebene Wissenschaft – gegenüber anderen, nicht weniger wichtigen Lebensbereichen grundlos zu privilegieren.

c. Ausweg in Konzepten „inpersonaler“ Grundrechte?

Der Grund, warum der soeben analysierte Gefährdungsansatz nicht greift, liegt offensichtlich an dessen individualistischer Gesamtanlage. Wenn diese verlassen wird, wäre Analyseobjekt die Organisation Hochschule und ihre „die einzelne Grundrechtsbetätigung überschießende transsubjektive ‚Eigenverfassung‘ eines selbstorganisierten Prozesses innerhalb des Funktionssystems ‚Wissenschaft‘“¹¹³. Die konfliktbearbeitende Funktion hochschulischer Organisation innerhalb einer ausdifferenzierten Gesellschaft käme in den Blick.¹¹⁴ Dieser emergente Mehrwert lässt sich aus Abwehrrechten organisationstheoretisch nicht abbilden, sondern ergibt sich „aus einer nichtindividualisierbaren Strukturentscheidung zugunsten der freiheitlichen Verfassung eines bestimmten Sachbereichs“.¹¹⁵ Die Wissenschaftsfreiheit geriete zu einem Modus, Dauerkonflikte zwischen der Eigenlogik gesellschaftlicher Subsysteme zu bearbeiten und einen bestimmten Stand gesellschaftlicher Ausdifferenzierung gegen eine Entdifferenzierung zu schützen.¹¹⁶ Indes wäre der für eine derartige Untersuchungsanlage aus

Sicht herkömmlicher Grundrechtsdogmatik zu zahlende Preis sicherlich zu hoch: Dogmatik wäre gehalten, in Konzepten von „inpersonaler Freiheit“ zu denken. Innerhalb der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich dies nicht mehr abbilden.

Letztlich kann all dies dahin gestellt bleiben. Denn auch bei Zugrundelegung eines entindividualisierten Ansatzes lässt sich keine Gefährdungslage begründen. Die interne Eigenlogik hochschulischer Kommunikation kann aufgrund der vorgenannten Motivlage des Trägers, notwendig hochschulintern Freiheit respektieren zu wollen und zu müssen, zumindest nicht in dem hier allein interessierenden Bereich der Governance im Wege eines Dauerkonflikts so gestört sein, dass sie unrettbar beschädigt wäre.¹¹⁷ Auch besteht keine Gefahr subsystemischer Entdifferenzierung. In der Literatur ist mit Blick auf die nicht kollegial, sondern streng hierarchisch geführten Forschungsabteilungen von Unternehmen nämlich zu Recht darauf hingewiesen worden, dass „kein Gegensatz zwischen Hierarchie und wissenschaftlicher Exzellenz“¹¹⁸ besteht – zumal noch gezeigt werden wird, dass wissenschaftsinadäquat organisierte Hochschulen in ihrer Eigenrationalität und ihren epistemischen Routinen keineswegs beschädigt werden.¹¹⁹

113 *Ladeur, Karl-Heinz*, Die Wissenschaftsfreiheit der „entfesselten Hochschule“, in: DÖV 2005, 753, 759.

114 Dazu und zum Folgenden *Britz*, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 92. Fluchtpunkt der Organisation ist mithin ein gedachtes aggregiertes gemeinsames Interesse der wissenschaftlich Tätigen.

115 So zu Recht *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, Tübingen, 2021, S. 184 ff.; *Bumke*, VVDStRL 69 (2010), 407, 440 f., sowie *Trute*, Forschung, S. 287 (dort das Zitat, bezogen auf die Rundfunkfreiheit).

116 Klassisch dazu *Teubner, Gunther*, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 123 ff., 130 ff., 140 ff.; sowie zuletzt *ders.*, Von „Wirtschaftsverfassung I, II“ zum „selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht“, in: Kritische Justiz 2019, 601, 614 ff.; aus der Fülle siehe ansonsten nur *Ladeur, Karl-Heinz*, Recht – Wissen – Kultur: Die fragmentierte Ordnung, 2016, 134 ff.; *Wielsch, Dan*, Die Zukunft des Rechts, in: Grimm, Dieter, Anne Peters, *ders.*, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, 1, 7 ff.; *Augsberg*, Theorien, S. 118 ff., 127 ff., bezogen auf die Wissenschaftsfreiheit 130 f.. Zu den gerechtigkeitstheoretischen Hintergründen siehe nur *ders.*, Gerechtigkeit als Transzendenzformel, in: Viellechner (Hrsg.), Verfassung ohne Staat, S. 81 ff.

117 Die Hochschule rechnet nicht zu nur einem gesellschaftlichen Subsystem, sondern kann als „Treffraum“ von Funktionssystemen beschrieben werden, indem sie strukturell Wissenschaft und Erziehung koppelt, siehe *Luhmann, Niklas*, Die Wissenschaft

der Gesellschaft, 1990, 676; allg. *Lieckweg, Tania*, Strukturelle Kopplung von Funktionssystemen „über“ Organisationen, in: Soziale Systeme 7 (2001), 267 ff.. Der hiesige Bezug allein auf das Wissenschaftssystem ist damit eine verengende, gleichwohl für das Weitere lässliche Zußpitzung.

118 *Bumke*, VVDStRL 69 (2010), 407, 440. Das Argument lautet daher, Wissenschaft sei auch mit Hierarchie zu haben. Denn die Produktion von Wissen nach den Kriterien der Wissenschaft ist unabhängig von der organisatorischen Einrahmung dieser Produktion immer schon dann Wissenschaft, wenn und soweit Wissenschaft interaktiv an diese Produktion als Wissenschaft anschließt, damit Selbstbezüglichkeit herstellt und so eine Kommunikation nach der Eigenrationalität des Wissenschaftssystems eben diesem zuordnet – und nur das ist entscheidend, siehe zur Bedeutung des Urteils der scientific community nur *Britz*, in: Dreier, Grundgesetz Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 18 m. w. Nachw.. Die Frage, ob schutzbereichseinengend einer Organisation und den in ihr wissenschaftlich Tätigen nur dann die Wissenschaftsfreiheit zugebilligt werden kann, wenn sie in den Binnenstrukturen Autonomie und Mitbestimmung in Forschungsfragen ermögliche, so *Gärditz*, in: WissR Beih. 25 (2019), 65, bzgl. forschenden Unternehmen; ebenso *Dähne, Harald*, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, 2007, S. 429 f., ist daher für das hiesige Argument ohne Belang.

119 Siehe unten III.2.e..

d. Gefährdungen aufgrund des Schutzes vor Gefährdungen?

Drittens spricht gegen die These organisatorischer Opulenz der Umstand, dass wissenschaftlich Tätige sicherlich gut einschätzen können, wie sich bspw. strategische oder finanzwirksame Entscheidungen auf die Rahmenbedingungen ihrer Produktion von Wissen auswirken.¹²⁰ Unerklärlich bleibt indes, warum sich aus diesem Wissensvorsprung und dieser Fachlichkeit Beteiligungsrechte ableiten sollten.¹²¹ Für die Beurteilung nichtepistemischer Allokationsentscheidungen kann das Wissenschaftssystem selbst ja keinen Referenzwert bereitstellen.¹²²

Im staatlichen Hochschulbereich ließen sich Beteiligungsrechte ggfls. noch begründen unter Hinweis auf die Grundsätze kollegialer Repräsentanz grundrechtsgeschützter Individuen. Ob diese Grundsätze im nichtstaatlichen Bereich auch gelten, ist aber noch zu begründen; der Verweis auf diese Grundsätze sind daher kein Argument. Ein Argument ist aber, dass derartige Beteiligungsrechte die Strategiefähigkeit der Organisation und ihre Perpetuierung über extern eingeworbene Finanzmittel erheblich beeinträchtigen können. Beständen im nichtstaatlichen Bereich Beteiligungsrechte, träge die selbstorganisierte Abstimmung der wissenschaftlich Tätigen auf das Erfordernis, die Organisation sowohl gegenüber den Trägerinteressen als auch gegenüber externen heterogenen Interessen in Geltung zu bringen, ohne dazu zu tendieren, gleichzeitig ausschließlich statusquo-Interessen zu stabilisieren oder die Eigeninteressen der Organisation gegenüber ihren Träger durchsetzen zu wollen. Das ist fast ein Ding der Unmöglichkeit.

Besonders prekär wird es, wenn nicht der Staat, sondern ein auf die Einwerbung externer Mittel angewiesener Träger versuchen muss, finanziell-sichernd die Hochschule in der Zeit zu perpetuieren und dabei auf hinreichende Reagibilität im Strategischen angewiesen zu sein. Derartige für den Bestand der Hochschule existentiellen Anforderungen müssten sich dann aber auch in der Hochschulorganisation wiederfinden. Organisationsfragen sind auch, wenngleich nicht nur, Kostenfragen. Wenn der Arbeitsplatz der wissenschaftlich in der

nichtstaatlichen Hochschule Tätigen verloren geht, weil es dem Hochschulträger nicht gelungen ist, die auch strategischen Kosten einer wissenschaftsadäquaten Organisationsstruktur finanziell aufzufangen, wäre zwar der Raum hochschulischer Organisation „rein“ gehalten. Der Preis wäre eine Gefährdung der wissenschaftlichen Tätigkeit der Einzelnen. Diese wollten *diese* Gefährdung *nicht*, da sie in die Unterwerfung unter die Governance des Trägers in Ausübung privatautonomer Freiheit eingewilligt haben. Gerade dies zeigt, dass der Eingriff des Verfassungsrechts in das Privatrechtsverhältnis auf eklatante Fallgestaltungen beschränkt gehört.¹²³ Nur so kann das privatrechtsgesellschaftliche Informationsbeschaffungsmodell als Kern der gesellschaftlich-epistemischen Leistungen der Privatautonomie¹²⁴ und die erwartungsstabilisierenden, vertrauensschützenden und risikoverteilenden Funktionen des Vertrages¹²⁵ bewahrt bleiben. Gegen dieses die Gefährdungsdiaagnose gleichsam gegen sich selbst wendende Gefährdungsargument kann auch nicht eingewendet werden, mit dessen Gesamtanlage seien sachgerechte Ordnungsmodelle gefährdeter Lebensbereiche nicht mehr darstellbar. Es kommt vielmehr darauf an, das richtige Ordnungsmodell und daher nur ein solches zu wählen, welches zum einen die wohlverstandenen Interessen des Trägers und zugleich jene der wissenschaftlich Tätigen berücksichtigt und genau deshalb zum anderen so angelegt ist, dass es die o. g. Informationsbeschaffungsleistungen und vertraglichen Funktionen nicht beschädigt.¹²⁶

Bei der Schutzpflichtdebatte bleibt mithin nicht nur außer Betracht, dass diese selbst geeignet ist, den Bestand einzelner nichtstaatlicher Hochschule und damit die Ausübung wissenschaftlicher Tätigkeit ebendort zu gefährden. Vielmehr drängt sie in ihrer Stoßrichtung aufgrund ihres Absehens von Fragen sachgerechter Mittelallokation dazu, die Institution der nichtstaatlichen Hochschule in Gänze in Frage zu stellen. Die Schutzpflichtdebatte wirkt gleichsam wie der Versuch eines Monopolschutzes für den staatlichen Hochschulbereich. Es geht nicht an, die Gefahren für den Bestand der Hochschule, die bei der Abbildung kollektiver Effekte in individualistisch abgeleitete organisationsrechtliche Vorgaben auftreten können, von vornherein allein deshalb

120 Obgleich gerade bei finanzwirksamen Entscheidungen nicht immer die „notwendige Distanz zum Entscheidungsgegenstand“ gegeben ist, *Fehling, Michael*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, in: *Die Verwaltung* 35 (2002), 399, 405.

121 Siehe dazu und zum Folgenden *Broemel*, Grundrechtstheorie, S. 183 ff..

122 *Fangmann, Helmut*, Gelehrtenrepublik und staatliche Anstalt, in: *Wilkesmann, Uwe, Schmid, Christian J.* (Hrsg.), *Hochschule als Organisation*, 2012, S. 61, 64 f..

123 Auf das Erfordernis, dass rechtspaternalistische Maßnahmen auch Effizienzgesichtspunkte einbeziehen müssen, weist eindringlich *Schmolke*, *Grenzen*, S. 266 ff., hin.

124 Aus der Fülle nur *Ladeur, Karl-Heinz*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, 2004, insbes. S. 31 ff., 58 ff.; *Wielsch, Dan*, *Zugangsregeln*, 2008, S. 83 ff..

125 Zu diesen aus der Fülle nur *Lomfeld, Bertram*, *Die Gründe des Vertrages*, 2015, S. 108 ff., 140 ff..

126 Zu einem derartigen Ordnungsmodell siehe unten IV.

auszublenden, weil das dogmatische Feld ausschließlich individualistisch aufgezäumt wird und damit notgedrungen nicht in der Lage ist, die kommunikativen Anschlusszwänge sowohl des wissenschaftlichen als auch des strategischen Handelns angemessen abzubilden.¹²⁷

Die Stoßrichtung der Schutzpflichtdebatte wird eigentlich nur verständlich, wenn von den Schwierigkeiten hinreichender Finanzierung und der mit ihr zusammenhängenden Strategiefrage abgesehen wird – nicht verwunderlich, wenn Dreh- und Angelpunkt der Organisationsdiskussion im Hochschulbereich nach wie vor der Staat als Hochschulträger ist. Mit Mut zu polemisch-spekulativer Zuspitzung scheint die Vermutung gar nicht so abwegig zu sein, dass gerade das schutzpflichtrechtlich motivierte Insistieren auf eine dem staatlichen Bereich sinngemäße Hochschulorganisation den Träger veranlassen muss, umso stärker auf die Relevanz wirtschaftlicher Fragen zu drängen, was dann wiederum dogmatisch als wirtschaftliches Eigeninteresse rekonstruiert wird, vor dessen Durchschlagen die Hochschule in ihrer Organisation wissenschaftsadäquat per Schutzpflicht geschützt gehört, obwohl doch gerade genau dies Anlass beim Träger war, wirtschaftliche Interessen so sehr nach vorne zu drängen – abyssus abyssum invocat.

e. Bloße Regionalität des auf Universalisierung angelegten Gefährdungskonzepts

Der tiefere Grund für die bisher aufgezeigten Ungeheimtheiten dürfte – viertes Argument – darin liegen, dass das Gefährdungskonzept vorgibt, universalistisch zu sein, obwohl es bei Lichte betrachtet nur regional angelegt ist. Es wird gleichsam so getan, als ob freie Wissenschaft in einer Hochschule nur bei Vermeidung struktureller Gefährdung und nur bei Implementierung einer wissenschaftsadäquaten Organisation funktionieren könne. Diese Annahme ist indes unplausibel. Denn

es gibt international in der Güte ihrer epistemischen Funktion hoch reputierliche Hochschulen, bei denen die Academia nur eine beratende Funktion bei Entscheidungen hat, die nach bundesdeutscher Tradition kollegial mitentscheidend organisiert gehören. Das beste Beispiel hierfür ist die ETH Zürich.¹²⁸ Die Selbstverwaltungsgremien haben dort einfachgesetzlich nur Beratungsbefugnisse gegenüber der Hochschulleitung, die ihre Legitimation nicht einem korporationsrechtlichen Wahlakt, sondern einem demokratischen Ernennungsakt durch den von der schweizerischen Bundesregierung ernannten ETH-Rat verdankt. Das Ganze geht soweit, dass die Präsidentin oder der Präsident auch ohne Beteiligung des Kollegiums Professorinnen und Professoren berufen darf.¹²⁹ Auch in anderen Hochschulen, etwa der ebenfalls hoch reputierlichen Stanford University in den USA, werden die Berufungsverfahren nicht durch die Prinzipien von Selbstverwaltung und Kollegialität regiert.¹³⁰ Und die Hochschulorganisationsrechte anderer rechtsstaatlich verfasster Staaten zeigen, dass es zur Absicherung der Leistungen des Wissenschaftssystems keineswegs notwendig ist, der Hochschullehrerschaft eine maßgebliche Mitwirkung in akademischen Fragen einzuräumen¹³¹; man denke etwa an die Neuberufung professoraler Nachwuchskräfte mittels eines zentralstaatlich und hochschulübergreifend organisierten „concours“ in Frankreich.¹³² Hierarchie und wissenschaftliche Exzellenz schließen sich eben gerade nicht aus.¹³³ Es gibt keinen untrennbaren, gleichsam naturwüchsig-universellen Nexus zwischen der Produktion von Wissen und deren organisationsrechtlicher Abbildung in Prinzipien der Kollegialität und der Selbstverwaltung. Was bleibt, ist eine fragile Regionalität des Gefährdungskonzepts. Das Konzept scheint eher regional verbreiteten sozialen Erwartungen an die Organisation hochschulischer Wissenschaft und den in ihnen

127 In einer ähnlichen Richtung die Kritik bei *Broemel*, Grundrechtstheorie, S. 186 f.. Zur Kritik zudem schon oben ad III.2.c..

128 Siehe Artt. 24, 25, 28 Abs. 1, 30 Abs. 1 Satz 2, 31 des ETH-Gesetzes (AS 1993 210), insbes. Artt. 4 bis 6 der Verordnung ETH-Bereich (AS 2004 305) sowie insgesamt die Professorenverordnung ETH (AS 2003 5033).

129 Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 3 der Professorenverordnung ETH setzt die Präsidentin oder der Präsident zur Vorbereitung des an den ETH-Rat gerichteten Berufungsantrags in der Regel eine Berufungskommission ein, wenn er nicht ausnahmsweise dem ETH-Rat unmittelbar einen eigenen Berufungsantrag unterbreitet, Art. 7 Abs. 2 Satz 4 der Professorenverordnung ETH. Zum Berufungsverfahren bei der ETH siehe ansonsten *Schmitt, Tassilo, Nina Arnhold, Magnus Rüde*, Berufungsverfahren im internationalen Vergleich, Arbeitspapier Centrum für Hochschulentwicklung, 2004, S. 35 ff.

130 Auf Stanford hat *Kühler-Kreß*, in: *OdW* 2019, 111, 117, hingewiesen. Ansonsten siehe zur Pluralität der Governance innerhalb der selbst pluralen Hochschullandschaft der USA und den Umstand, dass akademische Funktionen an einigen amerikanischen Hochschulen auch strikt hierarchisch und damit gerade nicht kollegial und selbstverwaltend erfüllt werden, nur *Kühler, Larissa-Leonore*, Die Orientierung der Reformen im deutschen Hochschulsystem seit 1998 am Vorbild des amerikanischen Hochschulwesens, 2005, S. 388 ff..

131 Zur internationalen Vielfalt siehe den Überblick bei *Locke, William* u. a. (Hrsg.), *Changing Governance and Management in Higher Education*, 2011.

132 *Schmitt, Tassilo, Nina Arnhold, Magnus Rüde*, Berufungsverfahren, S. 46 ff..

133 *Bumke*, *VVDStRL* 69 (2010), 407, 440.

institutionalisierten Werteorientierungen zu entsprechen als auf eine empirisch fundierte Beziehung zwischen Gefährdung und Freiheitsschutz pochen zu wollen.¹³⁴

f. Fazit zum Gefährdungskonzept

Das Fazit nach all dem ist ernüchternd: Jedenfalls soweit versucht wird, die Schutzpflicht über individuelle Gefährdungslagen zu begründen, kann dieser Weg nicht überzeugen.

3. Opulenz III: Das Gebot konsequenten Handelns

Der zweite Ansatz, die These organisatorischer Opulenz zu begründen, ist ein Rückgriff auf die Prämisse, Art. 5 Abs. 3 GG zwingt in seiner objektiv-rechtlichen Funktion den Staat dazu, bei der Regulierung des Hochschulbereichs dem rechtsstaatlichen Gebot der Folgerichtigkeit und konsequenten Verhaltens zu folgen.¹³⁵

a. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Anerkennung?

Folgerichtigkeit würde in dieser Perspektive zunächst bedeuten, dass der Staat mit seiner Anerkennung zugleich eine Gewährleistungsverantwortung für wissenschaftsadäquate Binnenstrukturen an der anerkannten Hochschule übernommen habe mit der Folge, dass innerhalb derselben diese Strukturen über die ganze Breite der akademischen Mitbestimmungsrechte sinngemäß zum staatlichen Bereich organisiert gehörten.¹³⁶

Überzeugend ist dies indes nicht. Es ist schon unklar, warum Konsequenz der Anerkennung die Übernahme einer derartig weit verstandenen Gewährleistungsverantwortung sein soll. Wenn damit gemeint sein sollte, mit der Anerkennung würde im Rechtsverkehr die Erwartung geweckt, die Qualität des Lehr- und Forschungsgeschehens innerhalb der nichtstaatlichen

Hochschule sei jener des staatlichen Bereichs gleichwertig¹³⁷, ergo sei auch die Binnenorganisation sinngemäß zum staatlichen Bereich zu strukturieren, so trägt dies nicht zugleich die Übernahme der weit verstandenen Gewährleistungsverantwortung auch im Organisatorischen. Denn der Rechtsverkehr kann nur dann die Binnenorganisation der nichtstaatlichen Hochschule mit Qualität in Lehre und Forschung verbinden, wenn es ohne eine sinngemäß dem staatlichen Bereich strukturierte Binnenorganisation Gefahren für Lehre und Forschung geben sollte. Dies ist aber nicht der Fall.¹³⁸ Und wenn das Argument so verstanden werden sollte, Konsequenz der Anerkennung sei der Umstand, dass dann Gleiches – der Hochschulbetrieb – auch in der Organisation desselben gleich behandelt werden müsse, so verfährt auch dies nicht. Denn der Grund für die Organisationsstrukturen im staatlichen Bereich ist ja gerade nicht der Hochschulbetrieb, sondern der Schutz staatsgerichteter Individualinteressen.¹³⁹ Insofern gibt es gerade kein Gleiches, welches als Konsequenz der Anerkennung eine organisatorische Sinngemäßheit zum staatlichen Bereich generieren könnte.

b. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Gleichheit?

Das Konsequenzgebot muss daher anders ansetzen. Hier kommt die epistemische Funktion in den Blick. Konsequenz würde dann bedeuten, dass die Organisation der nichtstaatlichen Hochschule zum Schutz der in ihr wahrgenommenen epistemischen Funktionen gleichwohl *in Gänze* sinngemäß dem staatlichen Bereich implementiert werden müsse, weil der Staat Gleiches eben auch im staatlichen Bereich bewerkstellige.

Aber auch dieser Ansatz würde nicht überzeugen. Denn das Gebot, eine wissenschaftsadäquate Organisation zu errichten, hat innerhalb der staatlichen Hochschu-

134 Aus einem institutionstheoretischen Blickwinkel heraus wäre Hochschule eine kognitive Institution, also eine sozial geteilte Konzeption von Welt und ihren Mechanismen (Scott, William Richard, *Institutions and organizations*, 2. Aufl. 2001, S. 57), innerhalb derer die vorgenannte Erwartung konzeptionell gebildet und tradiert und sodann dem Recht adressiert wird, welches diese wiederum als regionale Selbstbeschreibung von Wissenschaft und Ausdruck ihrer Eigenrationalität in die systeminterne Kommunikation des selbst ebenfalls ja regional angelegten nationalen Rechts einbindet.

135 Dazu siehe Trute, *Forschung*, S. 289 ff., insbes. 292 f. (Konsequenzgebot bezogen auf die staatliche Institutionalisierung wissenschaftlicher Einrichtungen); Gärditz, *Hochschulorganisation*, S. 361; Britz, in: Dreier, *Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 83; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Art. 5 Rn. 419; Fehling, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 131, 244; ders., *Die Verwaltung* 35 (2002), 399, 422; bezogen auf Homogenität als Existenzbedingung einer nichtstaatlichen

Hochschule Karpen, Ulrich, *Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität*, in: *WissR* 23 (1990), 123, 130 f.

136 So Fehling, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 246; ders., *Die Verwaltung* 35 (2002), 399, 422.

137 Fehling, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 246, nimmt bei nicht staatlich anerkannten privaten Hochschulen an, hier schreibe „die Wissenschaftsfreiheit keinerlei Selbstverwaltung vor“, mag auch in der Hochschule Wissenschaft betrieben werden. Erklärbar wird dies nur, wenn die objektiv-rechtlichen Gehalte nicht die epistemische Funktion der Wissenschaft schützen wollen – denn dann würden sie auch im Bereich nicht staatlich anerkannter Hochschulen zumindest dann gelten müssen, wenn diese Wissenschaft betreiben. In den Vordergrund objektiv-rechtlichen Schutzes geraten dann vielmehr die durch die staatliche Anerkennung genährten Erwartungen.

138 Siehe oben ad III.2..

139 Siehe oben II.2.b..

le nicht nur eine epistemische, sondern eine weit darüber hinausreichende Funktion, nämlich die Herstellung von Entscheidungen und die Bearbeitung von Konflikten. Nicht jede Entscheidung und erst recht nicht jeder Konflikt ist indes epistemisch angelegt, sondern kann auch im Kontext der Episteme gründen und zudem Ausdruck personaler Darstellung und der Verfolgung partikularer status-quo-Interessen sein.¹⁴⁰ In das Organisationsrecht selbst müsste mithin unterschieden werden nach epistemisch relevant/epistemisch nichtrelevant.¹⁴¹ Das geschieht aber innerhalb der konsequenzgegründeten These organisatorischer Opulenz nicht mit der Folge, dass sich diese These nicht auf dem Gedanken der Folgerichtigkeit gründen lässt.

4. Opulenz IV: Organisationsanforderungen qua Gleichheit?

Als letztes bleibt ein bislang in der wissenschaftsrechtlichen Literatur nicht ausgeloteter, allerdings auch wenig tragfähiger Begründungsstrang, um zu einer in Gänze dem staatlichen Bereich sinngemäßen Governance nichtstaatlicher Hochschulen zu gelangen. In jüngerer Zeit hat das BVerfG vermehrt auf eine unmittelbare Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrechtsverhältnis zurückgegriffen.¹⁴² Analog dazu könnte vorliegend vorgetragen werden, die Freiheit des Hochschulträgers müsse zurückstehen, „wenn der Ausschluss [von einer dem staatlich Bereich sinngemäßen Governance] für die Betroffenen in erheblichen Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen [hier dann: am hochschulischen] Leben entscheidet“¹⁴³. Die im staatlichen Bereich tradierte Organisation hochschulischer Willensbildung ist aber gerade nicht die einzig mögliche Art der Teilnahme am wissenschaftlich-hochschulischen Leben. Auch ansonsten führen gleichheitsrechtliche

Erwägungen nicht weiter. Ungeachtet dessen, wie der einzelne zu einer derartigen Fortentwicklung grundrechtlicher Geltung stehen mag,¹⁴⁴ kann nämlich aus dem Umstand, der Staat organisiere seine Hochschule in einer bestimmten Weise, gerade nicht gefolgert werden, ergo müsse Gleiches dann auch für den nichtstaatlichen Bereich gelten. Denn das Gebot einer wissenschaftsadäquaten Hochschulorganisation ist Frucht staatsgefährdeter Freiheit und gerade nicht unverbrüchlicher Wesenskern einer gleichsam in neoplatonischer Manier ontologisierten Idee von Hochschule.¹⁴⁵ Solange das Gefährdungspotential im nichtstaatlichen Bereich nicht identisch ist – und das ist es nicht, siehe oben –, besteht kein Anlass, die Gleichbehandlungsfrage zu stellen.

5. Fazit: Verwerfung der These organisatorischer Opulenz

Das ernüchternde Fazit ist: Weder aufgrund einer nicht hinnehmbaren Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit, weder aufgrund eines Gebots der Folgerichtigkeit noch aufgrund eines Gleichheitsansinnens ist die These organisatorischer Opulenz¹⁴⁶ verfassungsrechtlich geboten. Damit hat sich zugleich die gesamte Rechtsprechung zur Wissenschaftsadäquanz und zur strukturellen Gefährdung für die Governancefrage im nichtstaatlichen Hochschulbereich erkennbar als nicht einschlägig erwiesen.

IV. Vermittlung: Organisationsrechtliche Sicherung der Episteme

Mit den bisherigen Überlegungen ist freilich der Ansatz am Konsequenzgebot nicht in Gänze ins Leere gefallen. Es muss nur versucht werden, ihn anders auszubuchstabieren – und zwar konsequent zur Seite epistemischer Relevanz.

140 Das BVerfG betont in seiner Brandenburg-Entscheidung innerhalb hochschulischer Selbstverwaltung die Gefahr der Verfestigung hochschulinterner status quo-Interessen, siehe BVerfGE 111, 333, 356.

141 Nicht überzeugend ist es daher, wenn ein verfassungsrechtlicher Nexus zwischen der Sicherung einer freien Wissenschaft und der staatlichen Schutzpflicht mit Blick auf den hochschulinternen Konflikt gestiftet wird, wie dies bspw. bei *Kämmerer, Axel*, Regulierung staatlicher und privater Hochschulen, in: *ders./Rawert* (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, 2003, 119, 125; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 247, der Fall ist.

142 Siehe die Stadionverbots-Entscheidung BVerfGE 148, 267, sowie die facebook-account-Entscheidung BVerfG, NJW 2019, 1935, 1936; sowie zuvor bereits in ähnlicher Tendenz BVerfGE 81, 242; 89, 241; 128, 226; 138, 377; BVerfG, NJW 2015, 2485.

143 BVerfGE 148, 267, 284 – Ls. 2 und Rn. 41 mit dem Begriff „Teilnahme“. Zusätze durch den Verfasser.

144 Befürwortend etwa *Jobst, Simon*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 ff.; *Kulick*, Horizontalwirkung, S. 208 ff.; eher kritisch *Michl, Fabian*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910 ff.; *Neuner, Jörg*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851 ff.. Umfassend allg. zur dogmatischen Frage von Gleichheit und Freiheit im Zivilrecht *Grünberger, Michael*, Personale Gleichheit, 2013; sowie jüngst die Beiträge in dem Sammelband Grundmann, *Stefan, Thiessen* (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, insbes. die Beiträge von *Marietta Auer*, ebda., 68, insbes. 81 ff..

145 *Bumke*, VVDStRL 69 (2010), 407, 414 f., 431 ff., 444, versucht demgegenüber, über einen an Maurice Hauriou und seiner Theorie der Institution orientierten Rückgriff auf die „Idee der Universität“ die „Unumgänglichkeit einer partizipativen Ordnung“ zu begründen.

146 Zu dieser These oben I.2..

1. Erwartungsschutz als Gebot konsequenten Handelns

Wenn der Staat private Bildungseinrichtungen als den staatlichen Hochschulen gleichwertig anerkennt und damit insofern berechnete Erwartungen an die dortige Tragfähigkeit epistemischen Handelns in den Rechtsverkehr einführt¹⁴⁷, ist er konsequenterweise gehalten, in der hochschulischen Binnenorganisation wissenschaftlichen Handelns solche Bedingungen zu gewährleisten, die die Qualität von Forschung und Lehre auf dem Niveau staatlicher Hochschulen sichern. Die Perspektive ist gegenüber dem vorgenannten gefährdungsrechtlichen Ansatz dann freilich eine gänzlich andere: Es geht nicht mehr um den Zusammenhang von Freiheit und Organisation, sondern um jenen zwischen Episteme und Organisation. Der Blick wird auf die Frage gelenkt, welche Leistungen eine Organisation erbringen muss, damit in ihr die Produktion von Wissen qualitativ nach den Eigengesetzlichkeiten des Wissenschaftssystems erfolgen kann. In der Tat wird sich zeigen lassen (dazu 2.), dass die nichtstaatliche Hochschule und die in ihr professoral Tätigen gegenüber dem Staat auf die Gewährleistung einer die Episteme sichernden Organisation pochen können.¹⁴⁸

2. Epistemische Organisationsanforderungen

Die Hochschule selbst lehrt und forscht nicht. Die hierauf bezogenen Hochschulaufgaben werden vielmehr bei staatlichen Hochschulen durch die Hochschulmitglieder auf der Ebene des Fachbereichs wahrgenommen, der „für sein Gebiet die Aufgaben der Hochschule“ insofern erfüllt.¹⁴⁹ Für die häufig anders organisierten nichtstaatlichen Hochschulen treten an die Stelle des Fachbereichs diejenigen Organisationseinheiten, die funktional in Aufgaben und Befugnissen den Fachbereichen staatlicher Hochschulen entsprechen. Aufgrund dieses rechtlichen Befunds sind

organisationsrechtlich die epistemischen Funktionen der Hochschule mithin ausschließlich auf der Fachbereichsebene abbildbar¹⁵⁰ und nicht auf der Zentralebene der Hochschulleitung und des Senats.¹⁵¹

a. Verneinung: Universalisierung versus regionale Tradition

Es gilt mithin zu untersuchen, ob und inwieweit es auf der Ebene der Fachbereiche einen Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme geben kann. Nun wurde oben¹⁵² schon dargelegt, dass es in der Produktion von Wissen reputierliche Einrichtungen gibt, die den Anforderungen organisatorischer Wissenschaftsäquanz keineswegs entsprechen. Die Behauptung, es gäbe einen belastbaren Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation, scheint damit logisch entkräftet zu sein mit der Folge, dass die eingangs vorgestellte These der Verneinung¹⁵³ jeglicher verfassungsrechtlicher Vorgaben für die hochschulische Binnenorganisation umgekehrt bestätigt zu sein scheint. Das wäre freilich vorschnell. Es reicht vielmehr hin, nicht universalistisch und damit aussichtslos nach diesem Zusammenhang zu suchen, sondern regional anzusetzen, indem auf den vorfindlichen organisationsrechtlichen Setzungen des geltenden Hochschulrechts und damit auf den im regionalen Traditionsbestand akademischer Selbstbezüglichkeit verborgenen Zusammenhängen zwischen Episteme und Organisation aufgebaut wird.

Denn die berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs, von denen die Konsequenzgegründete Argumentation ausgeht, sind ebenfalls in diese regionale Tradition eingebettet und daher auf die im gemeindeutschen Hochschulrecht vorfindliche organisationsrechtliche Einhegung der Produktion von Wissen gerichtet. Diese Einhegung kann damit als unhinterfragter Fluchtpunkt rechtlicher Konsequenz verwendet werden.¹⁵⁴ Die These

147 Die Anerkennung wirkt als „Gewährleistungsfunktion“, siehe *Steinkemper*, Privathochschule, 124.

148 Der Hochschule wird es so ermöglicht, die Funktionsbedingungen organisierter Forschung und Lehre als subjektives Recht des Verbandes selbständig auch dort nach außen durchzusetzen, wo eine individuelle Zurechnung der epistemischen Funktion auf die einzeln wissenschaftlich handelnde Person nicht möglich ist, da sich organisationsinterne Komplexität auf diese nicht reduzieren lässt.

149 Siehe exemplarisch bspw. § 26 Abs. 2 Satz 1 HG NRW.

150 Soweit hochschulgesetzlich als Anerkennungsvoraussetzung angeordnet ist, dass die Mitglieder der nichtstaatlichen Hochschule an der Gestaltung des Studiums sinngemäß zum staatlichen Bereich und damit nicht nur auf der Ebene des Fachbereichs, sondern auf allen Organisationsebenen mitwirken müssen (so bspw. § 72 Absatz 2 Satz 1 Nummer 8 HG NRW), ist dieses Gebot nicht epistemisch, sondern freiheitssichernd mit Blick auf die Berufungsrechte der Studierenden gegründet und kann daher für die Zwecke des Weiteren außen vor bleiben.

151 Deshalb bestand im nordrhein-westfälischen Hochschulgesetz bis zum Jahre 2014 ein gesetzliches Verbot, dass der Senat über die Berufungsvorschläge der Fachbereiche in irgendeiner Weise mitbestimmen, ja sogar nur beraten darf. Seit dem Jahr 2014 ist gesetzlich eine derartige Mitbestimmungsbefugnis dem Senat nur eingeräumt, wenn und soweit die Grundordnung vorsieht, dass der fachbereichliche Berufungsvorschlag zur Besetzung einer Professur der Zustimmung des Senats bedarf, siehe § 22 Absatz 1 Satz 3 HG NRW.

152 III.2.e..

153 Siehe oben I.2..

154 Mit diesem Rückgriff auf Tradition wird zudem gesichert, dass die hergebrachten Handlungsroutinen fachlicher Konfliktbewältigung, korporationsinterner Konsensbildung und akademischer Perpetuierung, die in diese Tradition eingebettet und im Habitus professoralen Handelns verfestigt sind, in der Abfolge der Zeit nicht so beschädigt werden, dass diese Beschädigung auf die epistemische Produktion des Wissens selbst durchschlägt.

der Verneinung wäre in diesem Fall nur noch dann begründet, wenn der Ansatz am Konsequenzgebot als solcher nicht überzeugend wäre. Das ist aber nicht der Fall. Denn da das hiesige Gebot folgerichtigen Handelns auf den Schutz berechtigter Erwartungen gründet, ist es konzeptionell hinsichtlich seiner Rationalitätserwartungen weniger anspruchsvoll als ein Konzept gesetzgeberischer Folgerichtigkeit; Konsequenz staatlichen Handelns ist zumindest hier daher ohne Beschädigung des demokratischen Prozesses einlösbar.¹⁵⁵ Nach all dem kann die These der Verneinung nicht überzeugen. Es bleibt die eingangs genannte These der Vermittlung.

b. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation

Leitmaßstab muss sein, dass durch Organisation innerhalb der Hochschule eine Offenheit in der perspektivischen Vielfalt innerhalb von Forschung und Lehre gesichert sein muss.¹⁵⁶ Denn die Sicherung perspektivischer Vielfalt ist Voraussetzung freier Methoden- und Gegenstandswahl und damit Grundlage freier Episteme. Die fachbereichliche Organisationsstruktur nichtstaatlicher Hochschulen muss diese Offenheit sichern. Wenn davon ausgegangen werden darf, dass durch Governance der emergente Mehrwert der Organisation abgebildet und durch Entscheidung eine Koordination konfligierender Standpunkte erreicht werden muss, ist für die Sicherung dieser epistemischen Offenheit entscheidend, dass sich in dem Gremium, welches eine episteme-relevante Entscheidung trifft, perspektivische Vielfalt widerspiegelt. Dies wiederum setzt voraus, dass dieses Gremium nach Kollegialität und Selbstverwaltung plural verfasst ist¹⁵⁷ – wenigstens solange Zurückhaltung im fachlichen Detail dort geübt wird, wo sie aus anderen Gründen erforderlich ist.¹⁵⁸ Es gilt daher zu identifizieren, welche Beschlussgegenstände diesem Gremium zwingend anzuvertrauen sind.

Diese Beschlussgegenstände können nicht identisch sein mit jenen, die nach der Rechtsprechung als wissenschaftsrelevant ausgezeichnet werden. Wissenschaftsrelevant ist vieles und die Unterscheidung nach Relevanz/Nichtrelevanz gründet in Erwägungen staatsgerichteten

Freiheitsschutzes und das sind häufig, aber eben auch *nicht immer zugleich* Erwägungen des Schutzes epistemischer Funktionen. Insbesondere die fachbereichlichen Verfahren zur Vorbereitung der Berufungsvorschläge, zum Beschluss über Promotionen und Habilitationen, zum Erlass von Prüfungs- und Evaluationsordnungen sowie planerische Beschlüsse zur Ausgestaltung der curricula der einzelnen Studiengänge gehören indes unzweifelhaft in die Befugnisse eines kollegial verfassten Selbstverwaltungsgremiums. In ihnen scheinen im Lichte der Tradition genau jene Verbindungen auf, die Organisation und Episteme miteinander verklammern. Die in den vorgenannten Verfahren auffindbare Kommunikationen würden entweder – falls die einzelne wissenschaftlich tätige Person selbst kommuniziert hätte – selbstverständlich zum epistemischen Kern der Wissenschaftsfreiheit rechnen, wie etwa die Entwicklung eines curricula bei einem Privatgelehrten. Oder die Kommunikationen führen dazu, dass der Beitrag eines Gremienmitglieds anhand *wissenschaftlicher* Kriterien durch nachfolgende Beiträge eingeordnet und verwertet wird mit der Folge, dass eine wissenschaftliche Entwicklungsoffenheit gewährleistet ist¹⁵⁹ – und das sind Gegenstände, die sich *selbstbezüglich* auf Wissenschaft beziehen, wie die individualistische Perpetuierung von Wissenschaft durch Wissenschaft anhand der Foren personaler Selbstergänzung qua Promotion, Habilitation und Berufung oder in denen sich Wissenschaft auf Wissenschaft bezieht durch Evaluation. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation wird freilich nicht deshalb durch die vorgenannten Beschlussgegenstände gestiftet, weil nur so den Eigengesetzlichkeiten der Wissenschaft Rechnung getragen würde. Es war schon die Rede davon, dass sich Hierarchie und wissenschaftliche Exzellenz nicht ausschließen¹⁶⁰ und daher Kollegialität und Selbstverwaltung nicht unverbrüchlich zu den Eigengesetzlichkeiten der Produktion von Wissen gehören. Der Zusammenhang wird vielmehr bei nichtstaatlichen Hochschulen deshalb gestiftet, weil diese mit Blick auf die einfachgesetzlich gewährten und arbeitsvertraglich auf Dauer gestellten Freiheiten der wissenschaftlich Tätigen als *hierarchiefreier* Raum begriffen werden müs-

155 Zumindest eine derartige Folgerichtigkeit mittlerer Reichweite rechnet zu den Gerechtigkeitsversprechen der republikanischen Idee. Mit diesem eingeschränkten Folgerichtigkeitsgebot stellen sich hier mithin nicht die gewichtigen verfassungsrechtlichen Fragen, wie es um die Offenheit des politischen Prozesses bestellt ist, wenn dieser trotz der Notwendigkeit politischer Kompromissbildung zugleich immer versprechen müsste, die Wertungseinheitlichkeit der Rechtsordnung aufgrund des Gebots folgerichtigen Handelns zu wahren, dazu siehe nur O'Hara, *Laurence*, Konsistenz und Konsens, Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Folgerichtigkeit der Gesetze, 2018, S. 5. f, 7 ff., 51 f., 53 ff

156 So auch Gärditz, in: *WissR Beih.* 25 (2019), 85.

157 Ebenso Gärditz, in: *WissR Beih.* 25 (2019), 85.

158 Die in einem Selbstverwaltungsgremium gegebene fachliche Breite wird bspw. bei Habilitationsverfahren bekanntlich in der Breite der Fachlichkeit formal gewahrt, da jedes professorale Gremienmitglied stimmberechtigt bleibt, materiell aber aus Gründen zumeist des Berufsgrundrechtsschutzes über die Bindungswirkungen an Verlautbarungen der peers auf die engere Fachlichkeit wieder beschränkt, siehe BVerwGE 95, 237 ff..

159 Dazu siehe Broemel, *Grundrechtstheorie*, S. 175 ff., 183 ff.; Trute, *Forschung*, S. 59 ff..

160 Siehe oben III.2.c..

sen. Bei Episteme-nahen Fragen, die in der Organisation thematisiert werden, muss daher Hierarchie notwendigerweise durch Kollegialität und Selbstverwaltung ersetzt werden – was ja auch zugleich Ausdruck der vorgeannten traditionellen Strukturen des gemeindeutschen Hochschulrechts und der auf diese gerichteten Erwartungen des Rechtsverkehrs ist.

Wird der Schutzbereich der organisatorischen Umgestaltung der Episteme insofern interaktionsbezogen als selbstbezüglicher Definitionsprozess bestimmt, gehören umgekehrt zu derartigen Beschlussgegenständen nicht die Wahl der Leitungsorgane (weder auf Zentral- noch auf Fachbereichsebene), die daher ohne weiteres vom Träger in Ausübung seiner Privathochschulträgerfreiheit bestellt und abberufen werden können, Entscheidungen über die Mittelverteilung, Fragen der allgemeinen strategischen Ausrichtung der Hochschule und der Fachbereiche, Fragen der internen Untergliederung der Hochschule und Ähnliches. Hier bezieht sich Wissenschaft in ihrer Interaktion eben gerade nicht auf Wissenschaft. Weitere Fragen, die gemeinhin auf der Zentralebene verhandelt werden, sind eingangs schon als unerheblich gekennzeichnet worden. Es obliegt daher der Entscheidung des Hochschulträgers, ob er einen beratenden oder auch mitentscheidenden Senat oder ob er überhaupt einen akademischen Senat einrichten möchte, solange der Senat keine epistemischen Funktionen wahrnimmt. Der Träger wird sich dabei von Effizienzgesichtspunkten leiten lassen und genau prüfen, inwiefern die Einrichtung derartiger Kollegialgremien die Leistungsfähigkeit seiner Organisation erhöht. Darüber hinaus sind auch hochschulinterne finanzwirksame Entscheidungen nicht verpflichtend, auch nicht im Wege der Mitbestimmung, in Selbstverwaltungsgremien anzusiedeln, mag es auch manchmal sachdienlich sein, genau dies zu tun, um die spezifischen, aber eben auch nicht umfassenden Wissensressourcen der peers zu aktivieren. Finanzfragen sind nun einmal keine epistemische Kategorie – zumal auch im staatlichen Bereich der Hochschule keine Finanzautonomie verfassungsrechtlich zur Seite steht.¹⁶¹

Es kann mithin notiert werden, dass als Gebot der Folgerichtigkeit der Gesetzgeber gehalten ist, den Träger einer staatlich anerkannten nichtstaatlichen Hochschule darauf zu verpflichten, in ihr eine fachbereichliche Organisation zu verwirklichen, die diesen Anforderungen an

eine Organisation epistemischer Offenheit Rechnung trägt. Da die staatliche Anerkennung nur dann ausgesprochen werden darf, wenn Forschung und Lehre der nichtstaatlichen Hochschule gleichwertig sind mit jener im staatlichen Bereich, wird im Lichte der vorgenannten Verklammerung von Episteme und Organisation anerkennungsrechtlich zugleich vorausgesetzt, dass die hochschulische Organisation die o. g. Anforderungen erfüllt. Leitmotiv der Organisation der nichtstaatlichen Hochschule ist damit nicht mehr – wie im staatlichen Hochschulbereich – ihre Wissenschaftsadäquanz, sondern ihre *epistemische Adäquanz*. Und die Zuordnung der Beschlussgegenstände zu den Modi von Kollegialität und Selbstverwaltung richtet sich nicht mehr danach, ob diese Gegenstände wissenschaftsrelevant sind, sondern danach, ob sie *epistemisch relevant* sind. Epistemisch relevant sind sie wiederum, wenn sie Ausdruck der *Selbstbezüglichkeit* von Wissenschaft auf Wissenschaft sind.

Die Privathochschulträgerfreiheit kann gegen all dem nicht eingewendet werden. Denn notwendiges Motiv des Hochschulträgers ist es, eine dem staatlichen Bereich gleichwertige Forschung und Lehre organisieren zu wollen.¹⁶² Wenn das Eine nicht ohne das Andere geht, wäre es ein Verstoß gegen das venire-Verbot, wenn nur das Eine, nicht aber zugleich auch das mit dem Einen untrennbar zusammengehörende Andere für sich reklamiert wird.

3. Praktische Konkordanz bei verbleibender kognitiver Unschärfe

Welche Gebote zur Organisation epistemischer Offenheit im Genaueren erforderlich sind, wäre Aufgabe einer eigenen Untersuchung. Die bisherigen Überlegungen basieren auf Befunde ins Selbstverständliche abgesunkener Tradition. Der Preis ist eine gewisse Unschärfe. Der Verweis auf Tradition verdeckt ja eher, dass der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation eine Wirklichkeitskonstruktion darstellt, die wie eine jede derartige Konstruktion Wissen über das *soziale* Phänomen einer organisierten Wissenschaft voraussetzt. Tradition fungiert als Chiffre, anhand derer versucht werden kann, „außerjuridische Beschreibungen der Wissenschaft in die rechtliche Konzeption zu integrieren, ohne dabei den Inhalt der außerjuridischen Beschreibung näher exemplifizieren zu müssen“¹⁶³. Wenn der Rekurs auf Tradition

161 Dazu siehe nur Gärditz, Hochschulorganisation, S. 397 f., 581 ff.

162 Siehe oben II.3.a..

163 Broemel, Grundrechtstheorie, S. 172.

nicht überzeugt, bleibt die Notwendigkeit, sich das juristisch relevante Wissen zu beschaffen, mithin weiterhin aufzugeben, wenngleich hier nicht einlösbar.¹⁶⁴

Falls der Hochschulträger daher belastbar aufzeigen kann, dass eine in der Tradition verankerte Organisationsfigur hinsichtlich des Erfordernisses, epistemische Offenheit zu sichern, ersichtlich neutral ist, wird der dann begründete Zweifel zumindest dazu führen müssen, dass das Bezugsfeld rechtlicher Wertung in ein Abwägungsfeld umgewandelt wird. Denn kann der Verweis auf Tradition den Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation nicht mehr belastbar stiften, stehen sich die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule und die Privathochschulträgerfreiheit, die sich dann nicht mehr einem *venire*-Vorwurf stellen muss, hinsichtlich der Beurteilung des sachgerechten Maßes an epistemisch gegründeten Organisationserwartungen gegenüber. Dieser Konflikt sollte nach allgemeinen Kollisionsregeln der praktischen Konkordanz aufgelöst werden.

4. Organisationsprinzipien im nichtstaatlichen Bereich: Epistemische Adäquanz – epistemische Relevanz – Selbstbezüglichkeit

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass die Kriterien der Wissenschaftsadäquanz und der Wissenschaftsrelevanz für den Bereich nichtstaatlicher Hochschulen verabschiedet werden können. Die Organisation ebendort folgt vielmehr den Prinzipien epistemischer Adäquanz und Relevanz, identifiziert jeweils durch die Selbstbezüglichkeit von Wissenschaft auf Wissenschaft. Lässt sich nach all dem nur ein Gebot einer der Produktion von Wissen erforderlichen Organisation nach den Maßstäben epistemischer Adäquanz und Relevanz aufzeigen, bedeutet dies zum einen, dass die eingangs vorgestellten These der Vermittlung¹⁶⁵ als einzige der drei vorgestellten Thesen begründet werden kann. Folge ist zugleich zum anderen, dass all das, was nicht organisationsrechtlich unter dieses Gebot fällt, qua Privathochschulträgerfreiheit in die Regelungskompetenz des Hochschulträgers fällt. Der Gesetzgeber darf in dessen Freiheit regulatorisch nicht eingreifen. Denn dies würde voraussetzen, dass ihm gleichrangige Verfassungsgüter

zur Seite stünden, die indes hier im Grundsatz nicht ersichtlich sind. Denn die in Frage kommenden sonstigen Verfassungsgüter sind entweder bereits im o. g. Gebot epistemegerechter Organisation abgebildet oder werden – wie bei der Berufsfreiheit der Studierenden – über das in den Landeshochschulgesetzen durchweg verankerte Gebot erfasst, alle Mitgliedergruppen sinngemäß zum staatlichen Bereich an der Gestaltung des Studiums mitwirken zu lassen.

Soweit Landeshochschulgesetze daher vorsehen, Voraussetzung staatlicher Anerkennung sei, die Mitglieder der nichtstaatlichen Hochschule müssten an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze und damit überschießend zum Gebot epistemegerechter Organisation mitwirken dürfen, begegnet dies durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die eingangs vorgestellte Novellierung des Hochschulgesetzes in Nordrhein-Westfalen war daher unumgänglich – worauf der Gesetzgeber dann auch selbst in der Begründung hingewiesen hat.

Zudem konnte gezeigt werden, dass die richtigerweise dem Hochschulträger zuzuordnende Wissenschaftsfreiheit zwar eine hinreichende, keineswegs aber eine notwendige Bedingung ist, um das Erfordernis einer dem staatlichen Bereich in Gänze sinngemäßen Governance zu bestreiten. Selbst wenn die Privathochschulträgerfreiheit daher negiert würde, bliebe die Governance nichtstaatlicher Hochschulen gleichwohl nach den Grundsätzen epistemischer Adäquanz und Relevanz zu organisieren. Und wenn umgekehrt die schutzpflichtrechtlich motivierten Ergebnisse des Abschnitts III. nicht überzeugend sein sollten, wohl aber von einer Privathochschulträgerfreiheit ausgegangen würde, wäre das Ergebnis mit Blick auf das Erfordernis praktischer Konkordanz bis auf Abweichungen im Detail praktisch das gleiche, welches hier in Abschnitt IV. aufgezeigt wurde.¹⁶⁶ Anders wäre die Lage nur, wenn sowohl die Argumentationen des Abschnitts III. als auch jene des Abschnitts IV. abgelehnt würden. Diese Argumentationslast muss aber erst noch eingelöst werden.

164 Broemel, Grundrechtstheorie, S. 174, weist richtigerweise gegen Gärditz, Hochschulorganisation, S. 100 ff., 286 ff., 326 ff., darauf hin, dass Rechtsdogmatik interdisziplinär nicht abstinieren darf, sondern auf Beschreibungen anderer Wissenschaften angewiesen bleibt. Das von Gärditz ebda. bemühte Argument, der Rückgriff auf die Erkenntnisse empirischer Wissenschaften würde die Eigenrationalität des Rechts und dessen Wertungen untergraben, ist ein jahrzehntelang in immer wieder neuer Einkleidung vorgetragenes Argument gegen den Einbezug insbes. rechtssoziologischer Erkenntnisse in rechtsdogmatische Überlegungen. Dazu und zur Konstruktion von Wirklichkeit durch Recht siehe

nur Mahlmann, Matthias, Widerständige Gerechtigkeit, 2018; Augsberg, Ino, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, in: Der Staat 51 (2012), 117 ff.; ders., Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben, in: Rechtstheorie 46 (2015), 71 ff.; zur Verschränkung von Faktum und Normativität siehe ders., Die Normalität der Normativität, JZ 2020, 425 ff.; bezogen auf die Lösung konkreter Fälle die Beiträge in Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017.

165 Siehe oben I.2.

166 Siehe etwa die Ergebnisse hinsichtlich der Herbeiführung praktischer Konkordanz bei Württemberg, OdW 2019, 15, 22 ff..

V. Zusammenfassung

Folgendes kann als Ergebnis notiert werden:

1) Die erkenntnisleitenden Thesen lauten wie folgt: Nach der *These der Verneinung* gibt es keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich der Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen. Nach der *These organisatorischer Opulenz* muss diese Binnenorganisation in Gänze sinngemäß zu jener im staatlichen Hochschulbereich verfasst werden. Nach der *These der Vermittlung* gehört diese Organisation zumindest in den akademischen Belangen sinngemäß zum staatlichen Bereich strukturiert (I.2.).

2) Der Hochschulträger kann sich zur Vermeidung untragbarer Wertungswidersprüche zwischen dem nichtstaatlichen und dem staatlichen Bereich hinsichtlich seiner konzeptionell-planerischen Aktivitäten auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen. Zu dieser Privathochschulträgerfreiheit zählt auch, die Governance der Hochschule zu entwerfen und in die Hochschule zu implementieren (II.4.).

3) Die Professorinnen und Professoren können sich gegenüber dem Hochschulträger nicht auf das abwehrrechtliche Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen (III.1.a.). Allerdings ist der Träger aufgrund der staatlichen Anerkennung der Hochschule und der mit dieser Anerkennung verbundenen Qualitätsanforderungen gehalten, den professoral Tätigen seiner Hochschule arbeitsvertraglich Freiheit in Forschung und Lehre für die Dauer ihrer Beschäftigung einzuräumen (III.1.b.). Aus diesem vertraglich gesicherten Freiraum lassen sich indes keine Folgerungen für die Binnenorganisation der Hochschule ableiten (III.1.c.).

4) Die individualistisch gegründete staatliche Schutzpflicht, der Staat sei gehalten, nicht hinnehmbare Gefährdungen für freie Forschung und Lehre des Einzelnen abzuwehren und diese Freiheit nach Maßgabe der These organisatorischer Opulenz zu schützen, greift im Bereich nichtstaatlicher Hochschulen schon tatbestandlich nicht ein. Denn die nicht hinnehmbare Gefährdungslage liegt nicht vor. Weder lässt sich ermitteln, dass eine Gefährdung besteht. Noch wäre diese – ceteris paribus sie bestünde – im Wertungsabgleich in ihrer Intensität mit anerkannten Fallgruppen nicht hinnehmbarer Gefährdungen im Privatrechtsverkehr gleich (III.2.b.). Dem individualistisch gegründeten Gefährdungsgedanken lässt sich mithin keine Schutzpflicht betreffend die Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen entnehmen. Das wird auch dann nicht anders, wenn die individualistische Gründung verlassen und der Schutzpflichtgedan-

ke auf die Organisation Hochschule bezogen wird (III.2.c.). Letztlich kann die gefährdungsgegründete Schutzpflicht umgekehrt in eine Gefährdung der Hochschule selbst umschlagen (III.2.d.). Durch den Hinweis auf den fehlenden Universalismus der Gefährdungsdiagnose erweist sich der gefährdungsgegründete Schutzpflichtgedanke schließlich als bloß regional angelegtes Konstrukt mit der Folge, dass die Figur der Gefährdung insgesamt in der Überzeugungskraft ihrer internen Konfiguration zerbricht (III.2.e.).

5) Auch der Versuch, die These organisatorischer Opulenz nicht mehr gefährdungsbezogen, sondern auf dem Gebot konsequenten Handelns mit Blick auf die staatliche Anerkennung und den daraus folgenden Umstand zu gründen, die auf die Organisation bezogenen Rechte der wissenschaftlich Tätigen seien wie im staatlichen auch im privaten Bereich zu wahren, führt nicht zu einer Pflicht, den Binnenraum der nichtstaatlichen Hochschule in Gänze sinngemäß dem staatlichen Bereich organisieren zu müssen (III.3.a., b.).

6) Auch neuere Bestrebungen, unter gewissen Voraussetzungen eine unmittelbare Horizontalwirkung des Gleichheitssatzes ins Werk zu setzen, führen organisati- onsrechtlich nicht weiter (III.4.).

7) Als Zwischenfazit kann notiert werden, dass die These organisatorischer Opulenz und damit auch die Grundsätze der Wissenschaftsadäquanz und der Wissenschaftsrelevanz, die für die hochschulische Organisation im staatlichen Bereich gelten, für den Bereich nichtstaatlicher Hochschulen keine Geltung beanspruchen können (III.5.).

8) Weiterführend ist hingegen, das Konsequenzgebot auf die durch die staatliche Anerkennung erzeugten Erwartungen des Rechtsverkehrs zu beziehen und sodann diese Erwartungen nach Maßgabe der These der Vermittlung auszubuchstabieren. Diese Erwartungen richten sich darauf, dass in der nichtstaatlichen Hochschule eine Qualität in Lehre und Forschung äquivalent zu jener im staatlichen Bereich vorgehalten wird. In dieser Perspektive muss dann auch die Organisation im nichtstaatlichen Bereich jener im staatlichen Bereich äquivalent sein, wenn diese Organisation qualitätssichernd ist. Die Perspektive wechselt dann von einem gefährdungsgegründeten oder consequenzgebotenen Freiheitsschutz hin zu dem objektiven Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme (IV.1.).

9) Mit Blick auf den Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme kann im Lichte der vorfindlichen organisationsrechtlichen Setzungen des gemeindeutschen Hochschulrechts, auf deren Bestand sich die vor-

genannten Erwartungen des Rechtsverkehrs beziehen, hergeleitet werden, dass die hergebrachten ureigenen akademischen Angelegenheiten in die Entscheidungsbezugnis eines nach den Prinzipien von Kollegialität und Selbstverwaltung verfassten akademischen Gremiums gehören. Zu diesen Angelegenheiten gehören indes nicht strategische Fragen, Fragen der Mittelverteilung und die Bestellung und Abberufung der Leitungsorgane aller Ebenen. Dies sind Angelegenheiten des Trägers (IV.2.). Bestehen Unsicherheiten in dem genauen Zuschnitt der akademischen Belange, wechselt das Feld rechtlicher Wertung in ein solches der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Privathochschulträgerfreiheit und den Wissenschaftsgrundrechten der wissenschaftlich Tätigen (IV.3.). Zugleich konnte gezeigt werden, dass die These der Verneinung nicht überzeugt (IV.2.a.).

10) Die Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen wird durch die Prinzipien der epistemischen Adäquanz und Relevanz regiert, identifiziert jeweils durch die Selbstbezüglichkeit von Wissenschaft auf Wissenschaft (IV.4.).

11) Es hat sich zudem gezeigt, dass sich das Erfordernis einer epistemeadäquaten Binnenorganisation der nichtstaatlichen Hochschule ohne Rückgriff auf die Privathochschulträgerfreiheit begründen lässt. Wird diese Freiheit bestritten, ändert dies mithin nichts daran, dass die nichtstaatliche Hochschule nicht wissenschaftsadäquat sinngemäß zum Freiheitsschutz im staatlichen Bereich, sondern epistemeadäquat sinngemäß zu den regi-

onalen Traditionen des Zusammenhangs zwischen der Hochschulorganisation und der Produktion von Wissen organisiert gehört. Ein im wesentlichen gleiches Ergebnis wird erzielt, wenn der hergebrachte Ansatz der Wissenschaftsadäquanz in eine praktische Konkordanz zur Privathochschulträgerfreiheit gebracht wird (IV.4.).

Insgesamt gesehen konnte gezeigt werden, dass weder mit Verneinung, noch mit Opulenz, sondern allein mit Vermittlung¹⁶⁷ eine Aufbereitung der komplexen trilateralen Grundrechtskomposition im nichtstaatlichen Hochschulbereich gelingt, die weder einseitig die berechtigten Belange des Hochschulträgers verabsichtigt, noch dessen Belange zu stark in den Vordergrund stellt. Die nichtstaatliche Hochschule folgt auch in ihrer Organisation ihren eigenen Logiken. Es sollten zumindest nicht unbesehen jene des staatlichen Bereichs sein.

Joachim Goebel ist Beamter im Ministerium für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen und außerplanmäßiger Professor für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Universität Regensburg. Dieser Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

167 Zu diesen drei Thesen siehe oben I.2..

Daniel Becker

Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS-GVO

Übersicht

I. Einleitung

II. Personenbezogene Daten in der Forschung

III. Der Forschungsbegriff der Datenschutzgrundverordnung

IV. Regulierung vs. Privilegierung der Nutzung personenbezogener Daten in der Forschung durch die DS-GVO

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

2. Verarbeitung von Daten

3. Privilegierungen zu Gunsten der Wissenschaftsfreiheit

a) Der Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

b) Der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO)

c) Die Einwilligung

d) Einschränkung der Betroffenenrechte

V. Die Forschungsfreiheit

VI. Das Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und seine nationale Umsetzung

1. Die Konstruktion von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

2. Grundrechtlicher Maßstab im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“

3. Schlussfolgerungen für die Auslegung

VII. Fazit

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹ im Mai 2017 haben sich die Möglichkeiten für die Nutzung von Forschungsdaten grundlegend gewandelt. Der Regelungsansatz der DS-GVO ist dabei innovationsoffen und forschungsfreundlich ausgestaltet und enthält einen umfangreichen Katalog an Privilegierungen zugunsten der wissenschaftlichen Forschung. Diesen Privilegierungen stehen dabei Garantien und Maßnahmen gegenüber, die von Forschenden zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen gewahrt werden müssen. Im Folgenden wird zunächst die Bedeutung personenbezogener Daten für Forschende exemp-

larisch dargestellt. Im Weiteren werden das Regelungskonzept der DS-GVO knapp beleuchtet und die forschungsprivilegierenden Normen herausgearbeitet. Aufbauend auf einer Analyse der zugrundeliegenden grundrechtlichen Spannungslagen zwischen dem Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten und der Wissenschaftsfreiheit wird abschließend die zentrale Forschungsausnahme aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO beleuchtet. Hierbei wird zum einen das Verhältnis zu Art. 6 DSGVO bestimmt, zum zweiten wird auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG zum „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ das relevante Grundrechtregime bestimmt, also die Frage geklärt, ob die Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh)² oder die des Grundgesetzes (GG)³ relevanter Maßstab der Auslegung sind. Es wird dabei insbesondere auch auf die in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO verankerte Öffnungsklausel für mitgliedstaatliche Regelungen eingegangen und das Verhältnis zur bundesrechtlichen Umsetzung in § 27 Abs. 2 BDSG⁴ sowie zu den landesrechtlichen Umsetzungen dargestellt.

II. Personenbezogene Daten in der Forschung

Personenbezogene Daten finden in vielen Bereichen wissenschaftlicher Forschung Anwendung. Forschungsfelder, die auf die Verwendung personenbezogener Daten angewiesen sind, sind solche, bei denen Menschen im Zentrum der Forschung stehen.⁵ Hierzu gehören u. a. die Humanmedizin, die Psychologie, die Soziologie oder die Erziehungswissenschaften. Personenbezogene Daten werden dabei im Rahmen von Studien und Interviews, aber auch mittels neuer und herkömmlicher Technologien, wie z. B. der Computertomografie erhoben. Neben diesen Forschungsfeldern ist die Verwendung personenbezogener Daten auch in Forschungsbereichen gegeben, bei denen eine Nutzung personenbezogener Daten nicht offensichtlich ist, wie z. B. den

1 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.

2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/92).

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100 1, veröffentlichten

bereinigten Fassung, das durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) zuletzt geändert worden ist.

4 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), das durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist.

5 Roßnagel, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, 157.

Geo- und Umweltwissenschaften.⁶ Das Vorschreiten von Datenauswertungstechniken im Rahmen von Big Data⁷ sowie die vermehrte Nutzung künstlicher Intelligenz (KI)⁸ treibt die Datennutzung zu Forschungszwecken weiter voran. Gute wissenschaftliche Forschung wird, auch wegen des fortschreitenden Einsatzes von KI im Bereich der Forschung, zukünftig noch mehr von der Nutzung personenbezogener Daten, deren Qualität abgesichert ist, abhängig sein. Um der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung von Forschung für das Gemeinwohl gerecht zu werden, ist es mithin erforderlich, dass dieser ein hinreichender Spielraum hinsichtlich der Verwendung dieser Daten eingeräumt wird.

III. Der Forschungsbegriff der Datenschutzgrundverordnung

Die DS-GVO beinhaltet eine Reihe von Vorschriften, die der Privilegierung der „wissenschaftlichen Forschung“ dienen. Eine Definition des Begriffs der „wissenschaftlichen Forschung“ ist in der DS-GVO, trotz des umfangreichen Katalogs von Legaldefinitionen in Art. 4 DS-GVO, jedoch nicht enthalten.⁹ Als Ausgangspunkt wird daher im Folgenden der Begriff der Forschung in der Auslegung des BVerfG als *Orientierungshilfe* herangezogen.¹⁰ Demnach ist Forschung die „Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer

Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“.¹¹ Ausweislich des ErwG 159 S. 2 zur DS-GVO ist der Forschungsbegriff weit auszulegen und umfasst die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung sowie explizit die privat finanzierte Forschung.¹² Zwar handelt es sich bei Erwägungsgründen nicht um rechtlich bindende Normen unionaler Rechtsakte, sie sind aber als Auslegungshilfen von zentraler Bedeutung anerkannt.¹³ Im Rahmen von privat finanzierter Forschung ist es – aus Sicht der Literatur – unerheblich, ob diese auf die Generierung eines ökonomisch verwertbaren Forschungsergebnisses gerichtet ist oder auf ein im öffentlichen Interesse stehendes Forschungsziel.¹⁴ Dies ist überzeugend, da sich dies aus Art. 179 Abs. 1 AEUV ergibt,¹⁵ auf den der ErwG 159 S. 3 verweist.¹⁶ Der weite Forschungsbegriff der DS-GVO ist indes dahingehend einzuschränken, dass nur unabhängige Forschungstätigkeit erfasst ist.¹⁷ Daraus ergibt sich, dass eine direktive Beeinflussung durch Dritte auf den Prozess der Erkenntnisgewinnung ausgeschlossen sein muss.¹⁸ Auch darf sich die wissenschaftliche Forschung nicht wirtschaftlichen oder anderen Interessen unterordnen.¹⁹ Darüber hinaus ist vom Forschungsbegriff nicht die bloße Anwendung bereits bekannter Erkenntnisse umfasst.²⁰ Ebenso sind auch statistische Verarbeitungen, deren Ergebnis zwar *neue* Erkenntnisse darstellen, aber keine *neuartigen* Erkenntnisse, nicht vom Begriff der Forschung umfasst.²¹ Einen

6 Hartmann, Personenbezogene Forschungsdaten in unverdächtigen Forschungsdisziplinen, LIBREAS. Library Ideas (36) 2019, 1f.

7 Big Data bezeichnet Technologien, die zur Erhebung und Analyse großer Datenmengen genutzt werden. Ausführlich zum Big Data-Begriff: Holthausen, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, 19.

8 Der aktuelle Entwurf für eine KI-Verordnung definiert KI-Systeme in seinem Art. 3 als „Software, die mittels einer oder mehrerer Techniken oder Konzepte aus Anhang I entwickelt werden und für eine gegebene Reihe an vom Menschen definierten Zielen Ausgabewerte generieren kann, die aus Inhalten, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen bestehen können, die die Umgebung beeinflussen, mit der sie interagieren“, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence and Amending Certain Union Legislative Acts, COM (2021) 206 final.

9 Weichert, Die Forschungsprivilegierung in der DS-GVO, ZD 2020, 18.

10 So auch: Werkmeister/Schwaab, Auswirkungen und Reichweite des datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegs, CR 2019, 85; Landesdatenschutzbeauftragter Niedersachsen, Forschung und Datenschutz, <https://www.lfd.niedersachsen.de/themen/forschung/datenschutz-und-forschung-56093.html> (zuletzt abgerufen am 2.12.2021).

11 BVerfG Urteil vom 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973,

1176.

12 ErwG 159 S. 2: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken im Sinne dieser Verordnung sollte *weit* ausgelegt werden und die Verarbeitung für beispielsweise die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließen.“

13 Wegener in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 19 EUV, Rn. 16; siehe auch: Paal/Pauly in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Einleitung, Rn. 10 sowie GA Colomer, Schlussanträge EuGH Rs. C-267/06.

14 Geminn, Wissenschaftliche Forschung und Datenschutz, DuD 2018, 640, 643; Werkmeister/Schwaab (Fn. 10), 86; zum Wissenschaftsbegriff der GRCh siehe auch: Teetzmann, Schutz vor Wissen?, 2020, 276, 277.

15 Ruffert in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 179 AEUV, Rn. 1.

16 Hornung/Hoffmann, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 2017, 4.

17 Weichert (Fn. 9), 19.

18 Weichert (Fn. 9), 19.

19 Geminn (Fn. 14), 643.

20 Ibid.

21 Johannes/Richter, Privilegierte Verarbeitung im BDSG-E, DuD 2017, 300, 301.

Grenzfall bildet die Markt- und Meinungsforschung.²² Zusammenfassend kann aus Sicht der Literatur eine Vielzahl von Begriffen unter den Forschungsbegriff der DS-GVO gefasst werden. Prima facie kann daher als Kernbestand des Forschungsbegriffs der DS-GVO für die folgende Abhandlung davon ausgegangen werden, dass er neben der öffentlichen auch die private wissenschaftliche Forschung erfasst, solange diese unabhängig, also frei von direkter Einflussnahme ist, und einem Mindestmaß an wissenschaftlichen Standards genügt.

IV. Regulierung vs. Privilegierung der Nutzung personenbezogener Daten in der Forschung durch die DS-GVO

Soweit eine Tätigkeit dem Forschungsbegriff der DS-GVO unterfällt, ist das Spannungsfeld von Regulierung der Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere durch das Erfordernis einer Verarbeitungsgrundlage, und der Privilegierung der Nutzung dieser Daten zu Forschungszwecken zu untersuchen.

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

Der Schutzgegenstand der DS-GVO sind personenbezogene Daten. Personenbezogenen Daten werden in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legal definiert als:

„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als *identifizierbar* wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, ..., identifiziert werden kann.“²³

Umstritten ist insbesondere die Reichweite der Identifizierbarkeit.²⁴ Überzeugend ist die Annahme des sog. relativen Personenbezugs, der das Wissen Dritter, auf das der Verantwortliche zugreifen kann, berücksichtigt.²⁵ Identifizierbar i. S. d. Norm ist eine Person somit dann, wenn Daten unter Berücksichtigung sowohl des Wissens des Verantwortlichen als auch des Wissens Dritter, auf das der Verantwortliche mit angemessenem Auf-

wand zugreifen kann, die Identifikation möglich machen.²⁶ Zu weitgehend ist der absolute Personenbezugsbegriff, nach dem sämtliches Wissen Dritter, einschließlich solcher, die sich nur auf illegalem Wege Zugriff zu den Daten verschaffen könnten, in die Betrachtung einzufließen haben.²⁷

Der Umfang der Daten, die als personenbezogene Daten einzustufen sind, ist damit maßgeblich davon abhängig, wer im konkreten Einzelfall als Verantwortlicher einzustufen ist. Bei Forschenden, die an Universitäten tätig sind, ist im Regelfall die Universität die Verantwortliche i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.²⁸ Werden Forschende für Unternehmen tätig, sind letztere als Verantwortliche anzusehen.²⁹ Werden Forschende ausschließlich selbst tätig, sind sie selbst Verantwortliche i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.³⁰ Abhängig von dem zur Verfügung stehenden Wissen und den Ressourcen des Verantwortlichen ist mithin für jedes Datum zu prüfen, ob es als personenbezogenes Datum zu qualifizieren ist.

2. Verarbeitung von Daten

Die Verarbeitung von Daten ist in der DS-GVO an das Vorliegen einer Verarbeitungsgrundlage geknüpft. Die möglichen Verarbeitungsgrundlagen werden in Art. 6 DS-GVO enumerativ benannt. Soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden, muss eine der Verarbeitungsgrundlagen vorliegen.³¹ Zentral auch für Forschungszwecke sind einerseits die Einwilligung der betroffenen Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a DS-GVO und andererseits die Verarbeitungsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO. Demnach ist eine Verarbeitung zulässig, wenn dies für die Interessen des Verarbeitenden erforderlich ist und die Rechte der betroffenen Personen nicht überwiegen. Für die Forschung an Hochschulen und anderen öffentlichen Einrichtungen sind demgegenüber die Verarbeitungsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c DS-GVO sowie Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. e DS-GVO maßgeblich.³² Für diese

22 Dafür, dass im Einzelfall auch Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftliche Forschungszwecke i. S. d. DS-GVO einzustufen sind argumentieren: *Hornung/Hoffmann* (Fn. 16), *Geminn* (Fn. 14), 643; dagegen argumentiert für den Fall rein oder vorrangig kommerzieller Marktforschung: *Weichert* (Fn. 8), 20; insgesamt einer Einordnung von Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftlichen Zweck ablehnend gegenüberstehend: *Johannes/Richter* (Fn. 21).

23 Hervorhebung durch den Verfasser.

24 Ausführlich zum Streitstand *Arning/Rothkegel* in Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO, Rn. 33ff.

25 *Dies.* (Fn. 24), m. w. N., Rn. 38.

26 *Dies.* (Fn. 24), Rn. 34.

27 Für diesen aber eintretend *Dregelies*, *Wohin laufen meine Daten?*, VuR 2017, 256, 257.

28 *Rofsnagel* (Fn. 5), 157.

29 *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DS-GVO und ihre praktischen Auswirkungen, ZD 2019, 143.

30 *Rofsnagel* (Fn. 5), 157.

31 *Frenzel* in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 6 DS-GVO, Rn. 7.

32 Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c DS-GVO legitimiert die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für Verpflichtungen des Verantwortlichen notwendig ist. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. e DSGVO regelt die Verarbeitung personenbezogener Daten im öffentlichen Interesse.

eröffnen Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO den Mitgliedsstaaten umfangreiche Spielräume bei der Ausgestaltung der Regelungen für die öffentlichen Stellen.³³

Aus diesem Grund ist bei der universitären Forschung nicht ausschließlich auf die Regelungen der DS-GVO abzustellen, sondern vielmehr eine Gesamtbeurteilung von DS-GVO und mitgliedstaatlichen Regelungen vorzunehmen.³⁴ In Deutschland sind neben der DS-GVO die Datenschutzgesetze der Länder heranzuziehen. Exemplarisch wird vorliegend auf das Landesdatenschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg (LDSG BW)³⁵ abgestellt. Aufgrund der unionsrechtlichen Öffnungsklausel ist im Bereich der Forschung nicht allein die DS-GVO maßgebend, sondern auch auf die entsprechenden Umsetzungsregeln. Die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und den Datenschutzgesetzen der Bundesländer ist vom handelnden Akteur abhängig.³⁶ Soweit die Forschung durch öffentliche Stellen der Länder betrieben wird, sind die Datenschutzgesetze der Länder einschlägig.³⁷ In anderen Fällen ist das BDSG anzuwenden.³⁸ Weitere Besonderheiten ergeben sich im Zusammenhang mit nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO besonders geschützten Daten. Der Artikel benennt enumerativ verschiedene Gruppen von Daten, die als besonders schützwürdig angesehen werden, wie beispielsweise Gesundheitsdaten sowie genetische und biometrische Daten, und verbietet grundsätzlich deren Verarbeitung.³⁹ Dieses Verbot wird jedoch durch einen Katalog von Ausnahmen, die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO festgeschrieben werden, durchbrochen.⁴⁰ Dieser benennt abschließend verschiedene Verarbeitungsvoraussetzungen, die alternativ für eine rechtskonforme Verarbeitung vorliegen müssen.⁴¹ Für Forschungszwecke ist in diesem Rahmen, d. h. als Grundlage für eine Verarbeitung selbst von geschützten Daten nach Art. 9 DS-GVO, einerseits die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO und andererseits die Forschungsausnahme nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO von besonderer Relevanz.

3. Privilegierungen zu Gunsten der Wissenschaftsfreiheit

Neben der Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage enthält die DS-GVO eine Vielzahl weiterer Anforderungen an die rechtskonforme Verarbeitung von Daten. Die Verarbeitung zum Zwecke der Forschung ist nicht nur durch Verarbeitungsgrundlagen privilegiert, sondern auch durch forschungsspezifische Lockerungen.

a) Der Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO dürfen personenbezogene Daten nur für zuvor festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke verarbeitet werden. Der enge Zweckbindungsgrundsatz trägt der Rolle des Verarbeitungszwecks als zentralem Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten im grundrechtlichen Spannungsfeld Rechnung.⁴² Die Verpflichtung, die Zwecke der Verarbeitung zuvor abschließend festzulegen, ermöglicht eine umfassende Abwägung der Belange im Vorhinein. Vom Zweckbindungsgrundsatz ist auch die Weiterverarbeitung der personenbezogenen Daten umfasst.⁴³ Bei Forschungsvorhaben können sich im Fortlauf des Projekts indes weitere Verwendungsmöglichkeiten für bereits verarbeitete personenbezogene Daten ergeben. Dieser Tatsache wird in der DS-GVO durch eine Privilegierung der Forschung bei der Sekundärverarbeitung⁴⁴ Rechnung getragen. In Übereinstimmung mit dem Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine solche (nur) ausgeschlossen, wenn sie mit dem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist. Dies betrifft insofern auch die Weiterverarbeitung durch andere Personen als den ursprünglichen Verarbeiter.⁴⁵ Bei wissenschaftlichen und historischen Forschungszwecken, sowie für statistische Zwecke, gilt daneben die widerlegbare Vermutung, dass die Weiterverarbeitung zu diesen Zwecken „nicht unvereinbar“ mit den ursprünglichen

33 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition 2021, Art. 9 DSGVO, Rn. 56.

34 Roßnagel (Fn. 5).

35 Landesdatenschutzgesetz vom 12. Juni 2018, GBl. 2018, 173.

36 Klar/Kühling in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, § 2 BDSG, Rn. 1.

37 Dies., Rn. 10f.

38 Dies., Rn. 2ff.

39 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition 2021, Art. 9 DSGVO, Rn. 46.

40 Weichert in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 9 DS-GVO, Rn. 7.

41 Ders., Rn. 45.

42 Frenzel in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 5, Rn. 23. Zur Verankerung des Zweckbindungsgrundsatzes im Primärrecht der EU: Sobotta in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 37. Ergänzungslieferung 2021, Art. 16 AEUV, Rn. 37 f.

43 Frenzel (Fn. 42), Rn. 29.

44 Unter Sekundärverarbeitung wird jede weitere Verarbeitung der Daten verstanden, die nach der ursprünglich geplanten Verarbeitung erfolgt.

45 Frenzel (Fn. 42), Rn. 29.

Zwecken ist.⁴⁶ Die negative Formulierung in Form der doppelten Verneinung wird als Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Sekundärverarbeitenden ausgelegt.⁴⁷ Dies bedeutet konkret, dass die betroffene Person dem Verantwortlichen nachweisen muss, dass die Verarbeitung nicht mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar war. Eine rechtmäßige Verarbeitung ist indes nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO an die Einhaltung von „geeigneten Garantien“ nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO geknüpft. Geeignete Garantien können bspw. Anonymisierung und Pseudonymisierung sowie Maßnahmen wie Verschlüsselung der Daten, Kontrolle des Zugangs auf die Daten sowie Geheimhaltungspflichten und Vertraulichkeitsvereinbarungen sein.⁴⁸

Die Fokussierung auf die Notwendigkeit geeigneter Garantien wird als Hinweis auf eine enge Auslegung der auf Art. 89 Abs. 1 DS-GVO verweisenden Vorschriften verstanden.⁴⁹ Dies überzeugt, da die weitreichende Privilegierung der Forschung nur dann als gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn sie an strenge Vorgaben geknüpft ist.⁵⁰

Weiter wird durch Art. 89 Abs. 1 DS-GVO der Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO als Gegengewicht zur Lockerung des Zweckbindungsgrundsatzes etabliert.⁵¹ Der Grundsatz der Datenminimierung besagt, dass nur die personenbezogenen Daten verarbeitet werden dürfen, die für die Erreichung des angegebenen Zwecks erheblich, angemessen und notwendig sind.⁵² Direkte Folge der Pflicht zur Datensparsamkeit ist die Notwendigkeit der unmittelbaren Anonymisierung der erhobenen Daten nach Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DSGVO. Diese Anonymisierung steht aber wiederum unter dem Vorbehalt, dass eine solche nur dann erfolgen muss, wenn dies den verfolgten Zwecken nicht entgegensteht. Die praktischen Notwendigkeiten der wissenschaftlichen Forschung, die beispielsweise bei Langzeitstudien nicht auf anonymisierte Daten zurückgreifen kann, werden damit berücksichtigt.⁵³

Betrachtet man die Umsetzung nach deutschem Recht, so wurde dem unionsrechtlichen Erfordernis geeigneter Garantien im BDSG durch § 22 Abs. 2 BDSG entsprochen.⁵⁴ Dieser benennt einen nicht abgeschlossenen Katalog von Maßnahmen, die unter „Berücksichtigung des Stands der Technik, der Implementierungskosten“ sowie „der Art des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung“ getroffen werden müssen. Im Bereich des LDSG BW wird dem Erfordernis geeigneter Garantien durch § 3 Abs. 1 LDSG BW entsprochen. Dieser entspricht im Wesentlichen § 22 Abs. 2 BDSG. Ergänzt wird er durch die Anforderung der Anonymisierung, sobald dies mit den Zwecken des Forschungsvorhabens vereinbar ist, nach § 13 Abs. 2 LDSG BW.

b) Der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO)

Denselben Regulierungsgedanken wie die Forschungsprivilegierung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO beinhaltet die Privilegierung der Forschung im Rahmen der Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO. Er knüpft unmittelbar an den Zweckbindungsgrundsatz an und erweitert diesen um das Erfordernis des Aufhebens der Verknüpfung zu der betroffenen Person, sobald diese für den Verarbeitungszweck nicht mehr erforderlich ist.⁵⁵ Der Grundsatz der Speicherbegrenzung erfordert, dass der Verantwortliche den Personenbezug der verarbeiteten Daten aufhebt, sobald dieser nicht mehr für den verfolgten Zweck erforderlich ist.⁵⁶ Dies kann durch Anonymisierung oder Löschung erfolgen.⁵⁷ Ausgeschlossen ist von ihm das Anlegen einer Vorratsdatenbank für eine spätere Verwendung zu einem noch unbestimmten Zweck.⁵⁸ Aufgebrochen wird der Grundsatz der Speicherbegrenzung zudem durch Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DSGVO, demzufolge zeitlich längere Speicherzeiträume für Zwecke wissenschaftlicher Forschung zulässig sind. Eine genaue Zeitspanne wird von Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO nicht benannt. Als gute wissenschaftliche Praxis ist ein Zeitraum von 10 Jahren

46 Breyer/Jonas, *Verarbeitungsgrundsätze und Rechenschaftspflicht* nach Art. 5 DS-GVO, DuD 2018, 312, 313.

47 Frenzel (Fn. 42), Rn. 30.

48 Spindler/Horváth in Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Auflage 2019, Art. 89 DSGVO, Rn. 10.

49 Eichler in Wolff/Brink, *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 89 DS-GVO, Rn. 12.

50 Ders., Rn. 13.

51 Ders., Rn. 12.

52 Zu den Begriffen im Einzelnen: Schantz in Wolff/Brink, *BeckOK Datenschutzrecht*, 37. Edition 2021, Art. 5 DSGVO, Rn. 24 ff.

53 Schaar, *DS-GVO: Geänderte Vorgaben für die Wissenschaft – Was sind die neuen Rahmenbedingungen und welche Fragen bleiben offen?*, ZD 2016, 224, 225.

54 Rose in Taeger/Gabel, *DSGVO BDSG*, 3. Auflage, 2019, § 22 BDSG, Rn. 4.

55 Frenzel (Fn. 42), Rn. 43.

56 Herbst in Kühling/Buchner, *DS-GVO BDSG*, 3. Auflage 2020, Art. 5 DSGVO, Rn. 64.

57 Frenzel (Fn. 42), Rn. 45.

58 Schantz (Fn. 52), Rn. 33. Eine Vorratsdatenbank ist eine Sammlung personenbezogener Daten zur späteren Verarbeitung.

anerkannt.⁵⁹ Auch ist der Verantwortliche nach Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO verpflichtet, geeignete Garantien für den Schutz der betroffenen Daten nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO zu treffen. Weitergehend bleibt auch die Anonymisierungspflicht für den Fall der fehlenden Notwendigkeit der Nutzung nicht anonymisierter Daten bestehen. Daraus lässt sich schließen, dass die Privilegierung im Rahmen der Speicherbegrenzung nur zu einer Verschiebung des Maßstabs zugunsten der Forschenden führt. Das heißt, dass Forschenden ein größerer Spielraum bei der Speicherdauer gewährt wird, während die Pflicht zur fortlaufenden Prüfung der Notwendigkeit der Speicherung nicht entfällt.

c) Die Einwilligung

Auch im Rahmen der Einwilligung berücksichtigt die DS-GVO die besonderen Anforderungen wissenschaftlicher Forschung. Die Einwilligung in die Verarbeitung der eigenen Daten muss nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO durch eine freiwillige, unmissverständliche, in informierter Weise abgegebene Willenserklärung von der betroffenen Person für den konkreten Einzelfall erfolgen. Die Festlegung auf einen bestimmten Fall ist umso spezifischer vorzunehmen, desto stärker der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen wiegt.⁶⁰ Da im Rahmen von Forschungsvorhaben regelmäßig bei Erhebung der personenbezogenen Daten noch nicht vorhergesehen werden kann, in welchem Umfang eine Verarbeitung den Zwecken des Forschungsvorhabens dient, oder ob Daten später für weitere Forschungszwecke weiter sinnvoll genutzt werden könnten, ist das Kriterium der Bestimmtheit ein besonderes Hindernis für eine Verarbeitung für Forschungszwecke auf der Grundlage von Einwilligungen. Dies gilt insbesondere bei besonders sensiblen Daten, wie z. B. genetischen Daten und Gesundheitsdaten, wenngleich diese auch von besonderem Interesse für die Wissenschaft sind.

Dieses Problem wird von ErwG 33 aufgegriffen. Nach diesem sollen Betroffene auch in die Verarbeitung ihrer Daten in bestimmten Forschungsbereichen, also nicht nur für einzelne Forschungsvorhaben, einwilligen können.⁶¹ Voraussetzung hierfür ist die „Einhaltung anerkannter ethischer Standards“ durch die Forschenden.⁶² Konkretisiert wird dies durch ErwG 33 S. 3, nach dem auch eine Einwilligung in Teilprojekte eines Forschungs-

bereiches möglich sein soll.

Danach gibt es gute Gründe, das Bestimmtheitserfordernis im Rahmen wissenschaftlicher Forschung großzügiger auszulegen. Es ist überzeugend, den einwilligenden Personen, die Möglichkeit zuzugestehen, ihren Konsens auf bestimmte Forschungsbereiche, wie z. B. die Krebsforschung, zu erstrecken. Daneben wird so auch Forschenden eine praxistaugliche Verwendung der Einwilligung ermöglicht, ohne die Betroffenen schutzlos zu stellen.

So verstanden kann die Einwilligung des Betroffenen im Bereich wissenschaftlicher Forschung eine sinnvolle und auch praktikable Verarbeitungsgrundlage darstellen. Da die Einwilligung als direkter Ausdruck des Rechts auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh eine Verarbeitung ohne Eingriff in das Recht der Betroffenen ermöglicht (vgl. Art. 8 Abs. 2 GRCh), sollten Forschende stets zunächst prüfen, ob eine Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage für das jeweilige Vorhaben vorliegt und hinreichend ist.

d) Einschränkung der Betroffenenrechte

Neben der Bevorzugung durch weitergehende Rechte im Rahmen der Verarbeitung wird die Forschung auch durch die Möglichkeit der Einschränkung der Betroffenenrechte privilegiert. Art. 89 Abs. 2 DS-GVO enthält eine unionsrechtliche Öffnungsklausel, die es den Mitgliedsstaaten erlaubt, die Rechte der Betroffenen zum Schutz ihrer Daten zum Zwecke der Forschung einzuschränken. Dies ist dann zulässig, wenn die Geltendmachung der Datenschutzrechte die Verwirklichung der Forschungszwecke unmöglich machen oder erheblich erschweren würde. Auf Basis der Öffnungsklausel können Mitgliedsstaaten folgende vier Rechte beschränken: das Auskunftsrecht der Betroffenen nach Art. 15 DS-GVO, das Recht auf Berichtigung aus Art. 16 DS-GVO, das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung nach Art. 18 DS-GVO, das Recht auf Widerspruch aus Art. 21 DS-GVO sowie die Mitteilungspflicht aus Art. 19 DSGVO. Die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO wurde in Deutschland durch § 27 Abs. 2 BDSG sowie durch § 13 Abs. 4 LDSG BW umgesetzt.

Beschränkbar ist weiter das Recht auf Datenübertragung aus Art. 20 DS-GVO, wobei dieses bei der Verar-

59 DFG, Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis – Empfehlungen der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“, 2013, 21: Empfehlung Nr. 7 zur Sicherung und Aufbewahrung von Primärdaten; DFG, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, 2019, 22: Leitlinie 17: Archivierung.

60 Ernst in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 4 DS-GVO, Rn. 78.

61 Denkbar wäre insoweit z.B. eine Einwilligung der Verwendung der personenbezogenen Daten für die Zwecke der Krebsforschung.

62 Siehe Erwägungsgrund 33 S. 2.: „Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht.“

beitung von Daten im öffentlichen Interesse oder durch öffentliche Gewalt ohnehin nicht anwendbar ist nach Art. 20 Abs. 3 DS-GVO. Hierdurch ist dieses Recht bei der Forschung durch öffentliche Stellen auch ohne die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO bereits von vornherein ausgeschlossen.⁶³ Auch das Recht auf Löschung aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO ist nicht anwendbar, soweit die Verarbeitung zu Forschungszwecken erforderlich ist nach Art. 17 Abs. 3 lit. d DS-GVO.

Diese weitreichenden Einschränkungen sind dabei durch die Rückkopplung an strenge Bedingungen gut vertretbar. Es ist dabei zu beachten, dass diese Einschränkungen ohnehin nur die Rechte betreffen, die sich nach dem Vorliegen einer legitimen Verarbeitungsgrundlage seitens des Betroffenen ergeben. Das Erfordernis der Verarbeitungsgrundlage wird durch sie nicht berührt. Vorsicht ist indes bei der Auslegung des „unverhältnismäßigen Aufwands“ geboten, der nach § 27 Abs. 2 BDSG bzw. § 13 Abs. 4 LDSG BW eine Einschränkung des Auskunftsrechts begründet. Um dem Sinn der Norm gerecht zu werden sollte dabei ein „unverhältnismäßiger Aufwand“ nur in gut begründeten Ausnahmefällen angenommen werden.

V. Die Wissenschaftsfreiheit

Die Forschungsprivilegierungen der DS-GVO, die oben dargelegt wurden, sind am europäischen Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 13 GRCh zu messen.⁶⁴ Dieses steht in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh und Art. 16 AEUV. Auch im Rahmen der GRCh ist der Begriff der Forschung nicht definiert. Zum Teil wird vor dem Hintergrund, dass Art. 13 GRCh als maßgeblich durch Art. 5 Abs. 3 GG inspiriert gilt,⁶⁵ die Definition des BVerfG als *Orientierungsmaßstab* herangezogen.⁶⁶ Dies erscheint aber zweifelhaft, weil der Grundrechtsschutz auf EU-Ebene sich an den Verfas-

sungsüberlieferungen aller Mitgliedstaaten orientiert und die Stellung der Forschungsfreiheit in der Verfassung des GG außergewöhnlich ist, sowohl im europäischen Vergleich als auch mit Blick auf den Schutz durch die EMRK.⁶⁷ Nach wohl überwiegender Ansicht ist sowohl die private als auch die öffentliche Forschung vom Schutzbereich erfasst.⁶⁸ Es besteht weiter – nach der Literatur – keine Unterscheidung zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschungstätigkeit.⁶⁹

Neben der terminologischen Unschärfe des Forschungsbegriffs hat sich bzgl. der Reichweite des Schutzbereiches bisher kein umfassender Konsens in der Literatur gebildet.⁷⁰ Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wurde die Wissenschaftsfreiheit bisher nicht vertieft diskutiert.⁷¹ Einen ersten Ansatzpunkt, um den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zu skizzieren, bietet die historische Auslegung von Art. 13 GRCh. Bei den Verhandlungen war die Verankerung eines eigenständigen Wissenschaftsrechts umstritten und Teile des Grundrechtekonvents sahen die Wissenschaftsfreiheit, wie in den meisten Mitgliedstaaten und der EMRK, als vom Recht auf Meinungsfreiheit hinreichend geschützt an.⁷² Die Verbindung von Wissenschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit ist auch für die Auslegung der finalen Fassung von Art. 13 GRCh erhalten geblieben. Dies ergibt sich direkt aus den Erläuterungen zu Art. 13 GRCh.⁷³ Nach diesen sind die Einschränkungen, die bei der Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK bestehen, auf die Wissenschaftsfreiheit anzuwenden. Der Bezug zu Art. 10 EMRK macht deutlich, dass die Wissenschaftsfreiheit, als Teil der in Art. 10 EMRK verbürgten Meinungsfreiheit, den nach Art. 52 Abs. 3 GRCh relevanten Mindestschutzgehalt von Art. 13 GRCh beinhaltet.⁷⁴ Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh sind zudem Charta-grundrechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben, im Einklang mit diesen auszulegen. Die Wissenschaftsfreiheit ist aber nicht in allen Verfassungen der Mitglieds-

63 Roßnagel (Fn. 5), 163.

64 Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh umfasst die Freiheit von Forschung und akademischer Lehre (Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2021, Art. 13 GRCh, Rn. 7).

65 Weichert (Fn. 9), 19; Roßnagel (Fn. 5), 159.

66 Dies.

67 Vgl. Ruffert in Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 13 GRCh, Rn. 6.

68 Roßnagel (Fn. 5), 159; Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 13 GRCh, Rn. 8.

69 Augsberg in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 13 GRC, Rn. 5.

70 Vgl. Sayers, in Peers/Hervey/Kenner/Ward, The EU Charter of

Fundamental Rights, 2014, Art. 13 GRC, Rn. 13, 41.

71 M.w.N.: Bernsdorff in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 13 GRCh, Rn. 5.

72 Ders., Rn. 7.

73 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02); dort heißt es zu Art. 13 GRCh: „Dieses Recht leitet sich in erster Linie aus der Gedankenfreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung ab“. Es ist insoweit zu beachten, dass die Erläuterungen nicht rechtsverbindlich sind, aber eine der zentralen Rechtskenntnisquellen der Charta bildet; Scheuing, Zur Grundrechtsbindung der Mitgliedsstaaten, EuR 2005, 162, 185.

74 Schwerdtfeger in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 51 GRCh, Rn. 66.

staaten enthalten.⁷⁵ Dies ist für die Annahme einer gemeinsamen Tradition zwar nicht erforderlich,⁷⁶ lässt in Verbindung mit den Verhandlungen dennoch darauf schließen, dass der Schutzzumfang von Art. 13 GRCh nicht dem hohen Schutzniveau des Vorbilds aus Art. 5 Abs. 3 GG entspricht.⁷⁷ Ob Art. 13 GRCh neben einer abwehrrechtlichen auch eine organisationsrechtliche Dimension zukommt, ist zudem nicht abschließend geklärt.⁷⁸ Die Freiheitsgarantie der Forschungsfreiheit ist durch eine Beschränkung der freien Datennutzung durch Forschende jedenfalls betroffen, soweit Forschende nicht in vollem Umfang die für ihre Forschung nötigen Daten erheben können oder bei dem Erhebungsprozess eingeschränkt sind.

VI. Das Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und seine nationale Umsetzung

Eine zentrale Möglichkeit von Forschenden, Daten auch ohne Einwilligung der betroffenen Personen zu erheben, bildet die Ausnahmegvorschrift des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO. Die Vorschrift stellt dies unter die Voraussetzung einer Abwägung der Interessen der Forschenden und des Betroffenen. Die Verarbeitung ist dabei legitim, soweit die Verarbeitung für die Forschungszwecke erforderlich ist, das Forschungsziel in angemessenen Verhältnis zum Datenschutz der betroffenen Person steht und geeignete Garantien nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO getroffen werden.

1. Die Konstruktion von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

Die Nutzung besonderer Kategorien von Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Uneinigkeit besteht in der Frage, ob die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO benannten Ausnahmen, wie die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder die Forschungsausnahme aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO, eine selbstständige Verarbeitungsgrundlage darstellen oder ob kumulativ eine der Verarbeitungsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 DSGVO, also bspw. eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO oder die Not-

wendigkeit der Verarbeitung für die Wahrung lebenswichtiger Interessen für die betroffene Person nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. d, vorliegen muss. Für eine eigenständige Verarbeitungsgrundlage wird vorgebracht, dass die in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO benannten Voraussetzungen alle Elemente einer Verarbeitungsgrundlage enthalten.⁷⁹ Weiter seien die in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO gefassten Ausnahmen enger als die in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO benannten Verarbeitungsgrundlagen.⁸⁰ Das Erfordernis einer kumulativen Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO würde somit zur reinen Formalität verkommen.⁸¹

Gegen diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 DS-GVO: Demnach führt das Vorliegen einer der Verarbeitungsvoraussetzungen nur dazu, dass das generelle Verarbeitungsverbot aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO nicht gilt.⁸² Daraus ergibt sich noch keine Schutzlosigkeit der Daten, sondern vielmehr sind diese wie personenbezogene Daten zu behandeln.⁸³ Dennoch werden im Regelfall bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO auch die Voraussetzungen der Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO miterfüllt sein. Die Überlagerung von Art. 6 DS-GVO durch Art. 9 DS-GVO steht dabei der Annahme einer parallelen Wirkung nicht entgegen, wenngleich das Bedürfnis einer doppelten Prüfung beider Tatbestände entfällt.⁸⁴ Eine doppelte Prüfung ist aufgrund der höheren Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO gegenüber Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 DS-GVO obsolet.

Vom Erfordernis einer parallel notwendigen Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist ausweichlich der Gesetzesbegründung zu § 27 BDSG auch der Bund beim Erlass des BDSG ausgegangen.⁸⁵ Der bei Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bestehenden Öffnungsklausel wurde durch § 27 Abs. 1 BDSG Rechnung getragen. § 27 Abs. 1 BDSG beinhaltet dabei – im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 1 DS-GVO – die Wertung, dass das Recht der Betroffenen auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten bevorzugt wird. So muss nach § 27 Abs. 1 BDSG das Verarbeitungsinteresse des Verantwortlichen das der

75 Keine Garantie der Wissenschaftsfreiheit beinhalten die Verfassungen von Dänemark, Irland, Malta, Schweden und den Niederlanden.

76 Jarass in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

77 Kritisch zur Übertragung der Wertungen des Art. 5 Abs. 3 GG auch: Ruffert (Fn. 67), Rn. 6.

78 Bernsdorff (Fn. 71), Rn. 15.

79 Buchner/Tinnefeld in Kühling/Buchner (Hrsg), DS-GVO-BDSG-TTDSG, 3. Auflage 2020, § 27 BDSG, Rn. 8; Meßer in Taeger/Gabel (Hrsg), DSGVO BDSunG, 3. Auflage 2019 Art. 9 DS-GVO, Rn. 1.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Auch die englische („Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies“), spanische („El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes“) und französische Sprachfassung („Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie“) sprechen nicht von einer Verarbeitungsgrundlage, sondern nur vom Entfall des Verbots aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO.

83 Pauly in Paal/Pauly (Hrsg), Datenschutz-, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage 2021, § 27 BDSG, Rn. 2.

84 Vgl. Schiff in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 9 DS-GVO, Rn. 32.

85 BT-Drs. 18/11325, 99.

betroffenen Personen „erheblich überwiegen“. Im Rahmen der für Hochschulen in Baden-Württemberg relevanten Regelung des § 13 Abs. 1 LDSG BW ist demgegenüber bereits ein „Überwiegen“ ausreichend, während bei Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bereits ein „angemessenes Verhältnis“ der gegenüberstehenden Interessen von Verantwortlichem und Betroffenen ausreicht. Die Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO und ihre Umsetzungen beinhalten mithin eine Möglichkeit für Forschende, personenbezogene Daten zu verarbeiten, ohne die Betroffenen unangemessen zu benachteiligen.

2. Grundrechtlicher Maßstab im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“

Die Vorschriften des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO sowie des § 27 BDSG und des § 13 Abs. 1 LDSG kodifizieren eine Abwägung zwischen dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner personenbezogenen Daten einerseits und dem Recht der Forschenden auf Nutzung dieser zu Forschungszwecken andererseits. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu untersuchen, ob hierbei auf die Unionsgrundrechte oder auf die Grundrechte des GG abzustellen ist. Das Verhältnis von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten wurde durch die Beschlüsse des BVerfG zu „Recht auf Vergessen I“⁸⁶ und „Recht auf Vergessen II“⁸⁷ neu geordnet. Hiernach ist bei der Auslegung von Vorschriften, die Unionsrecht umsetzen oder auf unionsrechtlichen Öffnungsklauseln beruhen, entscheidend, ob sich die Vorschrift in einem vollständig durch das Unionsrecht determinierten Bereich des Rechts befindet.⁸⁸ Hiernach richtet es sich, ob die nationalen Grundrechte oder die der Grundrechtecharta Anwendung finden.⁸⁹

Soweit es sich um einen *nicht vollständig determinierten* Bereich handelt, sind dem Grunde nach sowohl die Grundrechte der Charta als auch die Grundrechte des GG anwendbar.⁹⁰ Dabei gilt die widerlegbare Vermutung, dass die Chartagrundrechte durch die Grundrechte des GG mitgewährleistet sind.⁹¹ Die Grundrechtecharta bildet damit im Bereich der Regelungen der LDSG und des BDSG das Mindestmaß an Schutz für die Grundrechte der betroffenen Personen. In der Praxis wird dies aufgrund des hohen Schutzniveaus der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie des Rechts

auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nur in seltenen Fällen relevant werden.

Liegt dagegen eine Vorschrift vor, welche durch das Unionsrecht *vollständig determiniert* ist, sind allein die Chartagrundrechte Maßstab der Grundrechtsprüfung.⁹² Es ist somit zunächst abzugrenzen, ob sich die Regelungen des § 27 Abs. 2 BDSG und des § 13 Abs. 1 LDSG BW im vollständig durch das Unionsrecht determinierten Bereich befinden. Entscheidend ist insoweit, dass die Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO einen hinreichenden Spielraum für die Anwendung nationaler Grundrechte belässt. Aus der Tatsache, dass bei der DS-GVO die Rechtsform der Verordnung gewählt wurde, kann nicht geschlossen werden, dass es sich zwangsläufig um einen Bereich des vollständig durch das Unionsrecht determinierten Rechts handelt.⁹³ In Anbetracht der sehr weiten Handlungsspielräume, die die DS-GVO den Mitgliedsstaaten im Rahmen der Forschung durch öffentliche Stellen überlässt, ist dahingehend ein *nicht vollständig determinierter* Bereich anzunehmen. Mithin ist bei § 13 Abs. 1 LDSG BW, sowie anderen die Forschung durch öffentliche Stellen betreffenden landesrechtlichen Regelungen, primär auf die nationalen Grundrechte abzustellen. In Unterscheidung zu § 27 Abs. 1 BDSG kann § 13 Abs. 1 LDSG BW aufgrund der Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO zudem als selbstständige Verarbeitungsgrundlage angesehen werden. Gegenüber der privaten Forschung besteht für die Mitgliedsstaaten hierbei nämlich die Möglichkeit, auch im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 DS-GVO eigene Regelungen zu erlassen.

Demgegenüber ist den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Regulierung privater Forschung ein kleinerer Handlungsspielraum belassen worden, da für diese die Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO gerade keine Anwendung finden. Es ist insoweit fraglich, ob dieser Handlungsspielraum für die Annahme eines *nicht vollständig determinierten* Bereiches dennoch ausreicht. Dagegen spricht, dass Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO nach der hier vertretenen Ansicht gerade keine selbstständige Verarbeitungsgrundlage ist und auch nicht zum Erlass einer solchen durch die Mitgliedsstaaten berechtigt. Es könnte daher angenommen werden, dass der notwendige Rückgriff auf die Verarbeitungsgrundlagen des Art. 6 DS-GVO *keinen* Platz für die Anwendung natio-

86 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300.

87 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314.

88 BVerfG (Fn. 86), Rn. 44; BVerfG (Fn. 87), Rn. 43 ff.

89 Ibid.

90 Kühling, Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG –

November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, 275, 279.

91 Ders., 277.

92 BVerfG (Fn. 87), Rn. 42.

93 BVerfG (Fn. 87), Rn. 78.

naler Grundrechte belässt. Hiergegen spricht jedoch, dass eine Öffnungsklausel im Rahmen einer Vorschrift, deren Kern eine Abwägung bildet, auch für die Anwendung nationaler Grundrechte offen sein sollte. Andernfalls würde eine mitgliedstaatliche Ausgestaltung nur kosmetischer Natur sein. Dass die kumulativ notwendige Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DS-GVO dabei im Bereich der privaten Forschung in Ermangelung einer entsprechenden Öffnungsklausel an den Chartagrundrechten zu messen ist, steht einer Anwendung der nationalen Grundrechte bei der Umsetzungsregel nicht entgegen. Dies gilt insbesondere, da die Verarbeitungsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO bereits in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO inkorporiert ist.⁹⁴ Soweit der Mindeststandard der Unionsgrundrechte dabei nicht unterschritten wird, steht die Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DS-GVO der Anwendung nationaler Grundrechte nicht entgegen. Dies entspricht auch dem vom BVerfG vertretenen Verhältnis von GG und GRCh im nicht vollständig-determinierten Bereich.⁹⁵ Auch § 27 Abs. 1 BDSG ist mithin an den nationalen Grundrechten des GG zu messen, ebenso wie § 13 Abs. 1 LDSG BW. Private Forschung richtet sich dabei nach der Regelung des § 27 Abs. 1 BDSG. Die Norm unterscheidet dabei nicht zwischen privater und öffentlicher Forschung, soweit die private Forschung den oben beschriebenen Kriterien entspricht. Im Rahmen privater Forschungsvorhaben ist aber kritisch zu hinterfragen, ob die Interessen der Forschenden in diesen Fällen erheblich die der Betroffenen überwiegen. Soweit sich die Forschungsinteressen nur auf die Steigerung der Profite des Unternehmens richtet, kann dies ausgeschlossen werden.

3. Schlussfolgerungen für die Auslegung

Dem Charakter der Normen als Ausnahmenvorschriften folgend, sind § 27 Abs. 1 BDSG und § 13 Abs. 1 LDSG zunächst eng auszulegen.⁹⁶ Dies wird bei § 27 Abs. 1 BDSG noch durch den Wortlaut der Norm verstärkt, die, wie oben zitiert, ein „erhebliches Überwiegen“ des Interesses am Forschungsvorhaben fordert. Hierbei ist zugunsten des Forschungsvorhabens jedoch

nicht allein auf die Rechte des Forschenden zu rekurrieren. Vielmehr sind auch die Ziele des Forschungsvorhabens als solche, wie beispielsweise hochrangige Gemeinwohlzwecke wie der Schutz der Gesundheit oder der Umwelt,⁹⁷ in den Blick zu nehmen. Soweit ein Forschungsvorhaben auch den Schutz oder die Förderung anderer Interessen und Grundrechte für sich geltend machen kann, können diese zu einem „erheblichen Überwiegen“ i. S. d. § 27 Abs. 1 BDSG beitragen. Anwendungsfälle, in denen ein erhebliches Überwiegen regelmäßig vorliegt, sind Forschungsvorhaben, die beispielsweise erhebliche Vorteile für die Gesundheit der Bevölkerung mit sich bringen.⁹⁸ Gleiches gilt für Forschungsvorhaben, die der sozialen Sicherung⁹⁹ oder dem Umweltschutz¹⁰⁰ erheblich dienen.

Auch im Rahmen der Forschung zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ist ein Abstellen auf § 27 Abs. 1 BDSG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO möglich. Forschungsvorhaben in diesem Bereich können zunächst erhebliche Vorteile für die öffentliche Gesundheit und die öffentliche Gesundheitsversorgung mit sich bringen. Daneben können sie auch dem Schutz der Fortbewegungsfreiheit dienen, indem sie Kontaktbeschränkungsmaßnahmen und Lockdowns verhindern. Die Forschungsvorhaben greifen damit, wenn sie nicht anonymisierte Personendaten nutzen, zwar in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, können aber für sich u. a. den Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und der Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für sich geltend machen.

Ein weiterer Anwendungsbereich für das Forschungsprivileg ergibt sich im Rahmen der Forschung zur Kontrolle von KI. KI bildet eine Schlüsseltechnologie des 21. Jahrhunderts. Ein diskriminierungsfreier Einsatz dieser Technologien kann dabei, nach einer vordringenden Ansicht, nur bei hinreichender Erklärbarkeit und Transparenz des KI-Systems erreicht werden.¹⁰¹ Dementsprechend ist auch die Forschung an der Verwirklichung von Transparenz und Erklärbarkeit von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung.¹⁰² Die Forschung anhand personenbezogener Daten erfordert dabei zwar,

94 Vgl. *Pauly* (Fn. 83), Rn 2

95 BVerfG (Fn. 87).

96 *Weichert* (Fn. 40), Rn. 48.

97 Der Schutz der Umwelt ist zwar kein Grundrecht, wird aber als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG benannt. Der Umweltschutz ist damit bei Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen und kann auch als Rechtfertigung bei Grundrechtseingriffen herangezogen werden. Siehe hierzu: *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Edition 2021, Art. 20a GG, Rn. 7f. Der Schutz der Umwelt im Sinne des Klimaschutzes hat zudem eine freiheitsrechtliche Dimension, die das BVerfG in seinem Klimaurteil herausgearbeitet hat, BVerfG, Klimabeschluss vom

24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723.

98 *Buchner/Tinnefeld* (Fn. 79), Rn. 12.

99 *Ibid.*

100 Siehe Fn 97.

101 *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 333 ff.

102 *Specht-Riemenschneider/Wagner*, KI kann kontrolliert werden, wenn der Staat nur will, FAZ Einspruch vom 23.11.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-irg-ai5h> (zuletzt abgerufen am: 2.12.2021)

wenn keine Einwilligung vorliegt, einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dient aber auch dessen Schutz beim zukünftigen Einsatz von künstlicher Intelligenz. Die Ausnahmegesetze, die auf Basis des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO erlassen sind, finden somit auf die Forschung in diesem Bereich Anwendung. Dies gilt auch bei der landesrechtlichen Vorschrift des § 13 LDSG BW, wobei bei diesem bereits ein einfaches Überwiegen der Forschungsinteressen ausreicht. Die Anknüpfung an das Forschungsvorhaben ist dabei sowohl bei privat als auch bei öffentlich finanzierter Forschung zu beachten. Wenngleich die DS-GVO auch privat finanzierte Forschung grundsätzlich privilegiert, so ist im Rahmen derselben dennoch kritisch zu prüfen, ob die Forschungsinteressen erheblich überwiegen. Dies kann insbesondere dann ausgeschlossen werden, wenn Forschungsvorhaben dem öffentlichen Interesse sogar entgegenstehen.¹⁰³

VII. Fazit

Die DS-GVO weist grundsätzlich eine ausgewogene Balance zwischen den Interessen wissenschaftlicher Forschung und den Interessen Betroffener am Schutz ihrer personenbezogenen Daten auf. Dies ist der Fall, da sie die Privilegierung der Forschung stets an die Notwendigkeit der Verarbeitung für den Forschungszweck sowie an die Angemessenheit gegenüber den Interessen der Betroffenen bindet.

Insgesamt wird den Mitgliedsstaaten durch die DS-GVO zwar einerseits ein umfangreicher regulatorischer Spielraum eingeräumt, jedoch nicht ohne diese andererseits auf den Mindeststandard zu verpflichten: Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sollten Forschende zunächst stets prüfen, ob die vorgesehene Verarbeitung auch mit anonymisierten Daten erfolgen kann. Dies ist vorzuzugswürdig, da die Verarbeitung so ohne Eingriff in das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten erfolgen kann. Auch ist die Einholung der Einwilligung durch den Betroffenen, soweit sie für das gegebene Forschungsvorhaben möglich ist, grundsätzlich vorzuzugswürdig, um die Rechte Betroffener zu wahren.

Soweit eine Einwilligung nicht erfolgen kann oder für das jeweilige Forschungsvorhaben nicht praktikabel

ist, können Forschende – abhängig davon, für wen sie tätig werden – ihre Forschungsvorhaben auf § 27 Abs. 1 BDSG oder auf die jeweilige landesrechtliche Vorschrift i. V. m. Art. 6 Abs. 1 DSGVO stützen. Hier ist eine Auslegung der Vorschriften im Lichte des GG zwar erforderlich, aber auch ausreichend. Danach ist die Nutzung personenbezogener Daten für die Forschung selbst ohne Einwilligung insbesondere bei solchen Forschungen verfassungskonform und unionsrechtskonform möglich, die auch dem Schutz anderer grundrechtsrelevanter Interessen oder Gemeinwohlziele, wie dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung oder der Umwelt dienen. Wird dagegen von privaten Akteuren nur im Eigeninteresse geforscht, wie im Falle der Forschung zu Marketingzwecken, kann jedenfalls nicht auf das Forschungsprivileg abgestellt werden. Bei dieser sind Forschende auf die Einwilligung der betroffenen Personen angewiesen.

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 „Legal Provisions for Access and Use of Health-Related Data for Research Purposes“ (Sprecherin: Prof. Dr. Silja Vöneky) des BMBF Projektes „Data Access and Data Use in Health Settings“ (Sprecher: PD Dr. Joachim Boldt). Er promoviert bei Prof. Dr. Silja Vöneky zum Thema „Die Verarbeitung von Daten durch Consumer Health Applikationen und Wearables zu Forschungszwecken: Eine datenschutzrechtliche und wissenschaftsrechtliche Betrachtung“.

¹⁰³ Ein Beispiel für ein solches Forschungsvorhaben kann die Marketing-Forschung von Cambridge Analytica zur Beeinflussung von Wahlen sein (siehe hierzu: Kolb, Die schmierigen Geschäfte von Cambridge Analytica, SZ Online vom 23.3.18. <https://www.sued->

[deutsche.de/politik/datenmissbrauch-bei-facebook-die-schmierigen-geschaefte-von-cambridge-analytica-1.3915057](https://www.sued-deutsche.de/politik/datenmissbrauch-bei-facebook-die-schmierigen-geschaefte-von-cambridge-analytica-1.3915057), zuletzt abgerufen am 2.12.21).

Simon Pschorr

*Die Wechselwirkung von § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG
und § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG –
Zur Betreuungsverlängerung und Anrechenbarkeit
von Unterbrechungszeiten bei Drittmittelbefristung
gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG*

I. Einleitung

Gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG ist die Laufzeit aller befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit auf die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG anzurechnen. Anrechnungsfähig sind nur Arbeitsverhältnisse mit einer deutschen Hochschule.¹ Nach allg. Meinung werden weiterhin nur Arbeitsverhältnisse angerechnet, die die Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen gem. § 1 Abs. 1 WissZeitVG zum Gegenstand haben.²

Zu diesen befristeten Arbeitsverhältnissen zählen unter anderem befristete Arbeitsverhältnisse auf Grundlage des § 2 Abs. 2 WissZeitVG (sog. Drittmittelbefristungen).³ Weil Bund und Länder die Hochschulfinanzierung immer stärker von einer soliden Grundfinanzierung hin zu einer Projektfinanzierung über Förderfonds u.ä. verschieben, steigt die Zahl drittmittelbefristeter Beschäftigter stark an. So folgen bei denselben Beschäftigten nicht selten mehrere Drittmittelbefristungen aufeinander und bilden die Lebensgrundlage in einem Lebensalter, in dem die Familiengründung ansteht.

Zum Ausgleich der Härten, die damit einhergehen, Kinder und Qualifikation miteinander vereinbaren zu müssen⁴, sieht § 2 Abs. 1 S. 4, 5, Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 3 WissZeitVG verschiedene Ausgleichsmechanismen vor. Doch ist fraglich, ob diese Ausgleichsmechanismen in jedem Fall ihre vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung entfalten können: § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG könnte diese Mechanismen unterlaufen.

II. Fallkonstellation

Zur Veranschaulichung der Problemstellung dient folgende Fallkonstellation:

Arbeitnehmer A ist erstmals wissenschaftlicher Mitarbeiter an der deutschen Hochschule X. Er ist zur Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen im Drittmittelprojekt „Thinktank Mecklenburgische Seenplatte“ beschäftigt. Sein Arbeitsvertrag ist wirksam aufgrund § 2 Abs. 2 WissZeitVG befristet. Als vertragliche Arbeitszeit sind 35 Stunden/Woche vereinbart. A wird nach sechs Monaten Beschäftigungszeit Vater und nimmt zur Betreuung seines Kindes ein Jahr Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz in Anspruch. Mit Ablauf der Elternzeit endet die vereinbarte Vertragslaufzeit mit der Hochschule X. A beabsichtigt, seine Forschung nunmehr im Rahmen einer auf Grundlage von § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG befristeten Beschäftigung fortzusetzen und fragt sich, wie lang die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG noch ist.

Abwandlung: Was ist, wenn A vor Begründung des gegenständlichen Arbeitsverhältnisses bereits vier Jahre und sechs Monate mehr als ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit an einer deutschen Hochschule beschäftigt war?

III. Ausgangspunkt: Verlängerung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG

Gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG beträgt die Höchstbefristungsdauer der sachgrundlosen⁵ Befristung zur Qua-

1 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 85.

2 BGH AP WissZeitVG § 2 Nr. 10 Rn. 30 ff.; BGH NZA 2020, 42, 46 Rn. 42; BGH NZA 2021, 786, 790 Rn. 34; Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 88.

3 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

4 BT-Drs. 16/3438, S. 9; BT-Drs. 18/6489, S. 8.

5 BT-Drs. 18/6489, S. 10; Maschmann/Konertz, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform: Die Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, NZA 2016, 257, 259; Staudinger/Preis, § 620 Rn. 282b; Pschorr, Qualifikation durch Beschäftigung?, RdA 2021, 237, 238.

lifikation grundsätzlich sechs Jahre bis zum Abschluss der Promotion. Gem. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG wird die Höchstbefristungsdauer um zwei Jahre je betreutem Kind unter 18 Jahren verlängert. Diese Verlängerung erweitert die Gesamthöchstbefristungsdauer⁶, verlängert also die maximal mögliche Gesamtbefristungsdauer bei einem betreuten Kind von 12 Jahren vor und nach der Promotion auf 14 Jahre.⁷ Kann die Promotion angesichts der Kinderbetreuung z.B. erst nach 7 Jahren statt 6 Jahren abgeschlossen werden, kann nach der Promotion höchstens für weitere 7 Jahre befristet beschäftigt werden.

1. Zusammenhang zwischen Befristungszeit und Kinderbetreuung

Umstritten ist, ob es eines Zusammenhangs zwischen Befristungszeit und Kinderbetreuung bedarf. Anders gesagt: Verlängert sich die Höchstbefristungsdauer nur dann, wenn das Kind während der Vertragslaufzeit eines Arbeitsverhältnisses zur Qualifikation gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG betreut wird?

In Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit, Betreuungszeiten vor Beginn der wissenschaftlichen Tätigkeit seien nicht zu berücksichtigen.⁸ Kinderbetreuungszeiten nach Ende der Höchstbefristungsdauer begründen eine Ausweitung nach § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG ebenfalls nicht.⁹ Dies ist angesichts des Normwortlauts nachvollziehbar: „Bei Betreuung“ impliziert, dass eine Betreuung gerade stattfinden muss, nicht stattgefunden hat oder stattfinden wird. Auch der Gesetzgeber will eine Verlängerung der Höchstbefristungszeit für beide Elternteile nur gewähren, wenn sie selbst betreuen.¹⁰ Die Doppelbelastung von Kinderbetreuung und Qualifikation, die mit der Vorschrift kompensiert werden soll, kann auch nur eintreten, wenn die Betreuung während eines Beschäftigungsverhältnisses erfolgt.¹¹

Betreuungszeiten nach Beginn der wissenschaftlichen Tätigkeit werden kontrovers diskutiert. Teilweise wird vertreten, sofern die Betreuung nur während eines Zeitraums stattfindet, in dem eine Vertragsverlängerung nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG in Anspruch genommen würde, fände § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG keine Anwendung.¹² Diese Ansicht tendiert dazu, Betreuungsstunden zu zählen und widerspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG von § 2 Abs. 5 WissZeitVG unabhängig betrachtet wissen will.¹³ Bei nur kurzer Doppelbelastung mit Qualifikation und Kinderbetreuung, z. B. bei frühzeitigem Tod des Kindes, verlängere sich nach einer weiteren Ansicht die Höchstbefristungsdauer nur um den Zeitraum der tatsächlichen Doppelbelastung.¹⁴ Schließlich wird vertreten, § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG käme nur bei einer Kinderbetreuung während der Arbeitswoche, nicht bei „Wochenendkindern“ zur Anwendung.¹⁵ Das *Bundesarbeitsgericht* wendet § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG zutreffenderweise entsprechend seinem Wortlaut als pauschalen¹⁶ Verlängerungstatbestand an: Ungeachtet der noch übrigen Höchstbefristungsdauer bei Eintritt der Kinderbetreuung¹⁷ oder des tatsächlichen Betreuungsbedarfs¹⁸ verlängert sich die Höchstbefristungsdauer automatisch¹⁹ um zwei Jahre. Das *Bundesarbeitsgericht* weist zu Recht darauf hin, dass das Gesetz keine nur anteilige Verlängerung der Höchstbefristungsdauer vorsieht.²⁰

Bei Abschluss des Vertrages können Kinderbetreuungszeiten während der Vertragslaufzeit bei konkreten Anhaltspunkten antizipiert werden – beispielsweise bei einer fortgeschrittenen Schwangerschaft.²¹ Die Höchstbefristungsdauer verlängert sich dann bereits vor Eintritt der Kinderbetreuung um zwei Jahre. Auch dies erfüllt den Zweck des Gesetzes zur Familienförderung; es wäre künstlich, die Verlängerung erst bei Geburt des

6 Zum Begriff *Pschorr*, Corona und Höchstbefristungszeiten im Wissenschaftszeitvertragsrecht, COVuR 2020, 573, 574.

7 BT-Drs. 16/3438, S. 13.

8 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 34; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 27; Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 46; ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a; Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 11.

9 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 34; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 26; BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 53; LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 31213 Rn. 36.

10 BT-Drs. 16/3438, S. 12.

11 Vgl. auch BAG NZA 2018, 1135, 1137 Rn. 29; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 27.

12 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 45.

13 BT-Drs. 16/3438, S. 13.

14 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 45; ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a; so wohl auch Löwisch, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479, 483 („nicht

ganz unerheblicher Zeitraum“).

15 ArbG Halle BeckRS 2018, 54487 Rn. 54; ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a; a.A. wohl LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 31213 Rn. 41 Betreuung „oft nur an Wochenenden“.

16 Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 12.

17 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 34; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 26; BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 52; so auch Boecken/Joussen/Joussen § 2 WissZeitVG Rn. 8.

18 BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 54; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 27; so auch Boecken/Joussen/Joussen § 2 WissZeitVG Rn. 8; Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 12.

19 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 33; LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 31213 Rn. 42; so auch Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Boemke § 2 WissZeitVG Rn. 16.

20 BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 53.

21 Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Boemke § 2 WissZeitVG Rn. 15; Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 11; a.A. wohl ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a.

Kindes eintreten zu lassen, denn dann drohten Kurzzeitbefristungen bis zum Geburtstermin entgegen des Gesetzgeberwillens.²²

2. Verlängerung der Höchstbefristungsdauer nur bei Qualifikationsbeschäftigung?

Fraglich ist schließlich, ob die Betreuung während einer befristeten Beschäftigung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG erfolgen muss. Das *Bundesarbeitsgericht* wendet § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG an, wenn Kinder während einer anrechnungsfähigen Beschäftigung betreut werden.²³ Das Gericht wendet die Vorschrift mithin auf alle Beschäftigungsverhältnisse i.S.d. § 2 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 WissZeitVG an. Leider begründet es dies nicht gesondert. Der Normwortlaut ist für eine Anwendung auf anrechnungsfähige Beschäftigungsverhältnisse offen, deutet aber nicht darauf hin. Die Normsystematik spricht dagegen: § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG steht im systematischen Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 S. 1, 2 WissZeitVG und nicht mit § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG. Für die Auslegung des *Bundesarbeitsgerichts* streitet aber klar der Normzweck: Eine kompensationsfähige Doppelbelastung mit Arbeit und Kinderbetreuung ist unabhängig vom Befristungsgrund. Regelmäßig findet auch in drittmittelbefristeten Arbeitsverhältnissen Qualifikation statt, sodass der Gesetzgeberwille zur Familienförderung nur dann effektiv erreicht wird, wenn § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG durch Kinderbetreuung während jeder Form wissenschaftlicher Beschäftigung ausgelöst wird.

3. Anwendung auf die Fallkonstellation

In der Ausgangsfallkonstellation wird A während eines drittmittelbefristeten Arbeitsverhältnisses Vater. Die Laufzeit des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG auf die Höchstbefristungsdauer anrechenbar. Deshalb verlängert sich die Höchstbefristungsdauer von sechs auf acht Jahre.

Gleiches gilt in der Abwandlung: Zwar kann A hier zu Beginn der Kinderbetreuung nur noch maximal ein Jahr gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG befristet beschäftigt werden: Er war vor Begründung des Arbeitsverhältnisses vier Jahre und sechs Monate beschäftigt und das bestehende Arbeitsverhältnis dauert zum Zeitpunkt der Vaterschaft weitere sechs Monate an. Somit verbliebe grundsätzlich nur ein Jahr zur sachgrundlosen Befris-

tung gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG. Dennoch verlängert sich seine Höchstbefristungsdauer pauschal um zwei Jahre, die vollständig oder teilweise vor Abschluss der Promotion ausgeschöpft werden können.

IV. Anrechenbarkeit von Elternzeit und Mutterschutz

Auf die Höchstbefristungszeit könnte schließlich gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG die Elternzeit von einem Jahr anzurechnen sein.

1. Anrechnungsfähiges Arbeitsverhältnis i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG

Das wäre der Fall, wenn während der Elternzeit ein anrechnungsfähiges Arbeitsverhältnis i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG bestünde. Nach dem Normwortlaut sind alle „befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit, die mit einer deutschen Hochschule oder einer Forschungseinrichtung im Sinne des § 5 abgeschlossen wurden“ anzurechnen. Dies ist hier in zweierlei Hinsicht fraglich: Besteht überhaupt ein Arbeitsverhältnis (fort) und hat dies einen anrechnungsfähigen Umfang?

Ein befristetes Arbeitsverhältnis wurde vorliegend abgeschlossen. Die Tätigkeit des A erfolgte nicht allein aufgrund eines (nicht anrechnungsfähigen) Stipendiums.²⁴ Dieses ist durch Inanspruchnahme der Elternzeit auch nicht aufgehoben worden. Rechtsfolge der Inanspruchnahme der Elternzeit ist (nur) das Ruhen der Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses.²⁵ Gleiches gilt für Zeiten des Mutterschutzes bzw. für Tätigkeitsverbote gem. § 16 Abs. 1 MuSchG.²⁶

Allerdings könnte der Umfang des Arbeitsverhältnisses nicht mehr ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG betragen.

Dabei ist genauer in den Blick zu nehmen, worauf die Vorschrift abstellt: Nach dem Normwortlaut kommt es auf Arbeitsverhältnisse an, die mit deutschen Hochschulen „abgeschlossen“ wurden. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG stellt seinem Normwortlaut nach auf das vereinbarte, nicht auf das gelebte Arbeitsverhältnis ab. Das *Bundesarbeitsgericht* legt § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG so aus, dass die „Arbeitszeitverpflichtung“ maßgeblich dafür ist, ob das Arbeitsverhältnis anrechnungsfähig ist.²⁷ Deshalb kommt es allein auf die vereinbarte Arbeitszeit und nicht

22 Vgl. BT-Drs. 18/6489, S. .

23 BGH NZA 2018, 1135, 1137 Rn. 34.

24 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 89.

25 Grobys/Panzer-Heemeier/Fohrmann Elternzeit Rn. 18; Rancke, Mutterschutz – Elterngeld – Elternzeit – Betreuungsgeld, 5. Auf-

lage 2018, § 15 BEEG Rn. 50; vgl. auch § 22 S. 1 MuSchG.

26 BT-Drs. 18/11782, S. 36; BeckOK ArbR/Dahm § 3 MuSchG Rn. 7.

27 BAG AP WissZeitVG § 2 Nr. 10 Rn. 19; BAG NZA 2020, 42, 46 Rn. 41.

auf den Umfang tatsächlich erbrachter wissenschaftlicher Arbeitsaufgaben an.²⁸ Demnach ist die Laufzeit ruhender Arbeitsverhältnisse grundsätzlich ebenfalls gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG anrechenbar; dass die tatsächliche Arbeitszeit null Stunden beträgt, steht dem nicht entgegen.

2. Anrechnungssperre nach § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG

Allerdings könnte § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG einer Anrechnung entgegenstehen. Hiernach werden Zeiten nach § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 bis 6 WissZeitVG in dem Umfang, in dem sie zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können, nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG zulässige Befristungsdauer angerechnet. Elternzeit, Mutterschutz und Beschäftigungsverbote nach § 16 Abs. 1 MuSchG unterfallen § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 WissZeitVG.

Problematisch ist allerdings, ob § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG auf Unterbrechungszeiten i.S.d. § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG Anwendung findet, die während eines drittmittelbefristeten Arbeitsverhältnisses eintreten. Hiergegen spricht die Normsystematik: § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG a.A. führt nach dem Normwortlaut (nur) zur Verlängerung von Arbeitsverhältnissen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG. Nachdem § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG an Zeiten nach § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG anknüpft, liegt es nahe, dass nur Unterbrechungszeiten während Qualifikationsbeschäftigungen erfasst werden. Auch der Gesetzgeberwille deutet auf eine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG nur auf Verhinderungen während der Qualifikationsbefristung hin: § 2 Abs. 5 WissZeitVG soll eine Anrechnung von Eltern- und Mutterschutzzeit auf die Laufzeit eines konkreten Vertrages verhindern.²⁹ Diese Wirkung hat der Gesetzgeber bewusst auf Arbeitsverhältnisse nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG beschränkt und Arbeitsverhältnisse nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Die Gesetzesgeschichte steht dieser Auslegung jedoch entgegen. § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG hat seine Wurzeln in § 57b Abs. 4 S. 2 HRG a.F.³⁰ Der Normwortlaut der geltenden Regelung ist jedoch mit § 57b Abs. 4 S. 2 HRG a.F. nicht mehr identisch. Nach der nicht mehr geltenden Norm waren „Verlängerung[en]“ gem. § 57b Abs. 4 S. 1 WissZeitVG nicht auf die Höchstbefristungsdauer anzurechnen. Dies wurde zunächst in

§ 2 Abs. 5 S. 2 WissZeitVG a.F. übernommen. 2016 änderte der Gesetzgeber den Normwortlaut. Mittlerweile sind „Zeiten nach Satz 1 Nummer 1 bis 6 [...] in dem Umfang, in dem sie zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können“ nicht anrechnungsfähig. Das Erfordernis einer tatsächlichen Verlängerung fiel weg. Diese Gesetzesänderung erfolgte, um Arbeitnehmerinnen nicht zu benachteiligen, die auf eine Vertragsverlängerung aus privaten Gründen, beispielsweise wegen eines beabsichtigten Umzugs, verzichteten.³¹ Allerdings sperrt der Wortlaut der jetzigen Normfassung eine Anwendung von § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG auf Fälle des § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG: Ausdrücklich soll § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG nur auf solche Zeiten (in dem Umfang) Anwendung finden, die zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können. Zeiten außerhalb von Qualifikationsbeschäftigungen können aber angesichts § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG a.A. (vollumfänglich) nicht zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen. Die Einschränkung, die eigentlich nur zur Übertragung der quantitativen Beschränkung des § 2 Abs. 5 S. 2 WissZeitVG auf die Nichtanrechnung gem. § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG gedacht war³², steht der Normanwendung nunmehr ausdrücklich entgegen.

3. Teleologische Extension

Auf das Fallbeispiel angewandt hieße dies: Die Elternzeit des A würde gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG vollumfänglich auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet. Dies hieße, dass A im Ausgangsfall noch sechs Jahre und sechs Monate Höchstbefristungsdauer, in der Abwandlung zwei Jahre Höchstbefristungsdauer verblieben. Wäre A nicht in einem Drittmittelprojekt, sondern zur Qualifikation beschäftigt worden, betrüge seine Höchstbefristungsdauer im Ausgangsfall sieben Jahre und sechs Monate bzw. in der Abwandlung drei Jahre. Im Ergebnis werden Arbeitnehmer auf Drittmittelstellen somit bei der Berechnung der Höchstbefristungsdauer anders behandelt als zur Qualifikation befristete Arbeitnehmer.

Dies widerspricht dem Gesetzgeberwillen. Dieser beabsichtigte mit § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG zu verhindern, dass die Befristungshöchstgrenzen durch Wechsel des Befristungsgrundes mehrfach ausgeschöpft würden.³³ § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG sollte also eine Gleichbehandlung verschiedener Befristungsgründe erreichen. § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG dient nach dem Gesetzge-

28 BAG NZA 2021, 786, 790 Rn. 33; so auch ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 13b.

29 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

30 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

31 BT-Drs. 18/6489, S. 13; Boecken/Joussen/Joussen § 2 WissZeitVG Rn. 20.

32 BT-Drs. 18/6489, S. 13.

33 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

berwillen dazu, dass die gesamte Qualifikationsphase ausgeschöpft werden kann.³⁴ Dem Gesetzgeberwillen kann nur Rechnung getragen werden, wenn § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG in entsprechender Anwendung auch die Anrechnung von Unterbrechungszeiten i.S.d. § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG vermittelt § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG sperrt. Diese analoge Anwendung der Vorschrift ist schließlich verfassungsrechtlich geboten, nachdem es an einem Sachgrund zur Ungleichbehandlung der beiden wesentlich gleichen Fallkonstellationen i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG fehlt.

V. Endergebnis

Im Ausgangsfall verlängert sich die Höchstbefristungsdauer des A von sechs Jahren durch Kinderbetreuung gem. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG auf acht Jahre. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG verlängert die Höchstbefristungsdauer auch dann, wenn die Kinderbetreuung in einem befristeten wissenschaftlichen Arbeitsverhältnis eintritt, das nicht gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristet ist. Auf diese Höchstbefristungsdauer ist nur die Beschäftigungszeit von sechs Monaten bis zur Elternzeit gem. § 2 Abs. 3 S. 1

WissZeitVG anrechenbar. Der Zeitraum der Elternzeit ist entsprechend § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG nicht auf die Höchstbefristungsdauer anzurechnen. Ihm verbleiben deshalb noch sieben Jahre und sechs Monate Höchstbefristungsdauer. In der Abwandlung wird die Höchstbefristungsdauer genauso gem. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG um volle zwei Jahre verlängert, obschon bei Beginn der Kinderbetreuung nur noch ein Jahr Höchstbefristungsdauer verblieben war. Nach analoger Anwendung des § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG verbleiben A hier noch drei Jahre Höchstbefristungsdauer.

Simon Pschorr ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Konstanz und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er kommentiert §§ 53 ff. HRG in Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern.

Frank Wertheimer

Weiterbeschäftigungsanspruch nach negativer Tenure-Evaluierung? *

VG München v. 16.9.2021 – M 3 E 21.4116 versus
BayVGH v. 25.10.2021 – 7 CE 21.2503

I. Einleitung

§ 44 HRG regelt die Einstellungs Voraussetzungen für Hochschullehrer in einem weiter gesteckten Rahmen, Konkretisierungen hierfür finden sich in den Hochschulgesetzen der Länder.¹ Die für eine Einstellung erforderliche wissenschaftliche Qualifikation kann im Wege der klassischen Habilitation erworben werden, aber auch durch gleichwertige wissenschaftliche Leistungen, die auch außerhalb der Hochschule oder im Rahmen einer Juniorprofessur erbracht worden sein können. Die für Bayern einschlägige Regelung findet sich in Art. 7 Abs. 1 HSchPG. Einen besonderen Qualifikationsweg stellt das sog. Tenure-Track-Verfahren² dar. Hierbei erfolgt eine Berufung auf eine befristete W2 (Junior)Professur, die mit einer Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit³, idR für sechs Jahre, einhergeht. Vor Ablauf der Befristungszeit erfolgt eine Evaluierung, bei der die bis dahin erbrachten Leistungen in Forschung und Lehre, zumeist auch das in die akademische Selbstverwaltung eingebrachte Engagement gewürdigt werden und eine Entscheidung getroffen wird, ob eine Umwandlung der Zeitprofessur in ein Lebensbeamtenverhältnis⁴ auf Basis einer W3 Professur erfolgt. Die Landeshochschulgesetze sehen in dieser Konstellation vor, dass es keiner Ausschreibung dieser W3 Professur bedarf.⁵ Die einzelnen Verfahrensschritte für den Tenure-Track legen die Hochschulen per Satzung fest. Dort finden sich u.a. Bestimmungen über die Durchführung des Evaluationsverfahrens, die dafür zuständigen Gremien, Evaluationskriterien- und Maßstäbe, Ausschreibungsmodalitäten, Mentoring oder Regelungen zur Zwischen- und Abschlussevaluation.⁶

Die am Verfahrensbeteiligte Universität hat im Rahmen ihres Berufungs- und Karrieresystems den Tenure-Track in ihrer Satzung zum Faculty Tenure Track, die zum 1.11.2018 in Kraft getreten ist, näher ausgestaltet.⁷ Diese Satzung enthält in Teil 1 Allgemeine Bestimmungen zum Berufungs- und Karrieresystem und regelt in Teil 2 den Karriereaufstieg vom Assistent Professor zum Associate Professor (Tenure-Verfahren). Teil 3 der Satzung regelt schließlich den Aufstieg zum Full Professor.

Die Entscheidung über den Karriereaufstieg zum Associate Professor – also einer W3 Professur – trifft nach dieser Satzung (§ 9 Abs. 6) das Hochschulpräsidium auf Grundlage der Voten der Evaluierungskommission (deren Besetzung im Einzelnen in der Satzung näher geregelt ist) sowie des Appointment und Tenure Board. Bewertungskategorien sind gem. § 10 Abs. 1 der Satzung „Forschung & Entwicklung“, „Akademische Lehre“ und „Akademisches Engagement“. Eine positive Evaluierung setzt nach § 10 Abs. 2 der Satzung voraus, dass exzellente Leistungen in Forschung & Entwicklung, die im internationalen Vergleich zum Spitzenfeld zählen, sowie sehr gute Leistungen in der Akademischen Lehre, die über gewöhnliche Leistungen hinaus gehen, oder exzellente Leistungen in der Akademischen Lehre sowie sehr gute Leistungen in Forschung & Entwicklung, die im internationalen Vergleich über gewöhnliche Leistungen signifikant hinausgehen, bescheinigt werden. Im Fall einer positiven Entscheidung des Hochschulpräsidiums über den Karriereaufstieg wird der Assistent Professor zum Associate Professor (unbefristete W3 Professur) ernannt. Im Falle eines negativen Evaluierungsergebnisses sieht § 9 Abs. 9 der Satzung die Gewährung einer 12-monatigen Auslaufphase („connecting package“) vor. Mit Been-

* Gewidmet meinem verehrten Lehrer, jetzigen Anwaltskollegen und vertrauten Freund *Manfred Löwisch* zu seinem 85. Geburtstag im März 2022

1 In diesem Beitrag verwendete Personalbegriffe – unabhängig ob in männlicher oder weiblicher Form – sind jeweils geschlechtsneutral zu verstehen.
2 Vgl. dazu allgemein: *Hartmer*, in *Hartmer/Detmer*, HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, 5. Kapitel, Rn. 120 ff.
3 Möglich ist auch der Abschluss eines auf sechs Jahre befristeten Arbeitsvertrages, vgl. Art. 7 Abs. 3 HSchPG; ebenso §§ 51b Abs. 1, 51 Abs. 8 LHG.

4 Bzw. der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages für eine Professur im Angestelltenverhältnis.

5 Z.B. Art. 18 Abs. 3 S. 3 BayHSchPG; siehe auch § 48 Abs. 1 S. 4 LHG BW.

6 Vgl. etwa Satzung und Qualitätssicherungskonzept der Universität Freiburg für Juniorprofessuren und Tenure-Track-Professuren vom 26.9.2018, siehe <https://uni-freiburg.de/zuv/service/tenure/>.

7 Satzung aufgrund § 13 Abs. 1 S. 2 BayHSchG v. 23.5.2006 in der Fassung vom 10.7.2018, aktualisierte Satzung nunmehr vom 15.2.2022.

digung dieser Auslaufphase scheidet der negativ evaluierte Hochschullehrer aus der Universität aus. Das Verfahren zeigt, dass das Tenure-Track Modell letztlich nur eine ungesicherte Exspektanz bedeutet.⁸

Hochschullehrer im Tenure-Track haben einen Anspruch auf ein formell und materiell rechtmäßiges Evaluierungsverfahren.⁹ Im Rahmen von Tenure-Track Evaluierungen sind Verfahrensfehler ebenso möglich wie in normalen Berufungsverfahren. Zu denken ist etwa an die Mitwirkung befangener Mitglieder in der Evaluierungskommission oder sonstige Besetzungen, die mit den satzungsmäßigen Vorgaben nicht korrespondieren. Unterlaufen der Evaluierungskommission Verfahrensfehler, die rechtserheblich sind und zur Rechtswidrigkeit des Votums führen, kann der betroffene Hochschullehrer eine Wiederholung des Evaluierungsverfahrens verlangen, ggfs. muss er diese nach vorgeschaltetem Widerspruchsverfahren gerichtlich erstreiten. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Hochschullehrer, dessen Professorenverhältnis, sei es in einem zeitbefristeten Beamtenverhältnis oder in einem befristeten Anstellungsvertrag, endet oder er bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Evaluierungsverfahren wiederholt worden ist, Weiterbeschäftigung verlangen kann. Diese Frage kann auch dann relevant werden, wenn die Hochschule nicht sicherstellt, dass das Evaluierungsverfahren innerhalb der Tenure-Befristung abgeschlossen wird.

II. Beschluss des VG München vom 16.9.2021¹⁰

1. Sachverhalt

Über einen Fall, der die eingangs beschriebene Problematik zum Gegenstand hat, hatte das Verwaltungsgericht München zu entscheiden. Es ging dort um eine Hochschullehrerin, die auf eine W2 Professur auf Zeit berufen wurde, die Tenure-Phase umfasste sechs Jahre und endete am 30.9.2020. Im Jahr 2020 erfolgte die vorgesehene Evaluierung des Karriereaufstiegs zum Associate Professor (W3 Professur). Das Votum der 9-köpfigen Evaluierungskommission zum Karriereaufstieg fiel mit 4 Stimmen zu 5 Enthaltungen negativ aus, da die Professorin im Bereich Forschung & Entwicklung und in der Akademischen Lehre „nur“ mit jeweils „sehr gut“, aber nicht mit „exzellent“ in mindestens einem der beiden Bereiche bewertet wurde. Nachdem auch das Appointment und Tenure Board die Ablehnung des Tenure-Vorschlags empfahl und eine entsprechende Beschlussvorlage an das Präsidium formulierte, befand das Präsidium der Universität im Juli 2020 negativ über

den Karriereaufstieg. Hierbei blieb das Präsidium auch nach Anhörung der Professorin und stellte im September 2020 erneut die negative Tenure-Evaluierung fest. Der von der Professorin eingelegte Widerspruch wurde mit Bescheid vom 5.3.2021 zurückgewiesen. Ab dem 1.10.2020 befand sich die Professorin sodann in der 12-monatigen Auslaufphase („connecting package“). In dieser Phase erfolgte Ihre Beschäftigung auf Basis einer Beamtenstelle als Akademische Oberrätin, auf die sie für ein Jahr bis zum 30.9.2021 ernannt worden war.

Im April 2021 hatte die Professorin gegen die negative Tenure-Evaluierung Klage beim Verwaltungsgericht München mit dem Antrag erhoben, das Evaluierungsverfahren zu wiederholen. Begründet wurde dies vor allem mit Verfahrensfehlern, die Professorin äußerte ferner Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der Evaluierung. In dieser Phase versuchte sie mit der Universität eine Einigung dahingehend zu erzielen, dass ihr Dienstverhältnis jedenfalls bis zur Wiederholung des Evaluierungsverfahrens verlängert werde, weil das verwaltungsgerichtliche Verfahren bis Ende September 2021 nicht abgeschlossen sein würde und ihr im Falle eines Ausscheidens aus der Universität ein erheblicher Karriereschaden drohe. Die Universität lehnte eine Weiterbeschäftigung ab, worauf die Professorin Anfang August 2021 einen Eilantrag gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO beim Verwaltungsgericht München einreichte, der Universität vorläufig im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, sie ab dem 1.10.2021 weiterzubeschäftigen. Der Hauptantrag ging dahin, eine Weiterbeschäftigung im Angestelltenverhältnis als W2 Professorin zu erreichen, dieser war von Hilfsanträgen begleitet, eine Weiterbeschäftigung als Beamtin auf Zeit (A 14) bzw. als Angestellte nach der Entgeltgruppe E 15 TV-L zu ermöglichen.

2 Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Mit Beschluss vom 16.9.2021 verpflichtete das VG München die Universität vorläufig im Wege der einstweiligen Anordnung, die Professorin unter Beibehaltung ihres Rechts, den Titel „Professorin“ zu führen und aller damit verbundenen Rechte bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens in ihrem Fachgebiet weiterzubeschäftigen.

Das VG ging davon aus, dass die Professorin im Hinblick auf ihr unmittelbar bevorstehendes Ausscheiden aus der Universität und des damit einhergehenden Verlustes des Titels „Professorin“ und der damit einhergehenden Statusrechte einen Anordnungsgrund in Form

⁸ Hartmer, a.a.O., 5. Kapitel, Rn. 122.

⁹ BayVG vom 25.10.2021, 7 CE 21.2503, juris.

¹⁰ M 3 E 21.4116, siehe <https://openjur.de/u/2361767.ppdf>.

der besonderen Dringlichkeit der begehrten einstweiligen Anordnung glaubhaft gemacht habe.

Im Rahmen der summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ging das Verwaltungsgericht ferner auch von einem Anordnungsanspruch aus: Nach Erkenntnis des Gerichts leide das Tenure-Verfahren an durchschlagenden formellen Fehlern, so dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Erfolg der Klage im Hauptsacheverfahren auszugehen sei.

a) Prüfungsmaßstab

Das Verwaltungsgericht führte in seiner Entscheidung aus, dass es sich bei einem Tenure Verfahren um eine Entfristung verbunden mit einem Karriereaufstieg (Berufung) von einer auf 6 Jahre befristeten W2 Professur auf eine unbefristete W3 Professur handelt. Rechtsgrundlage hierfür sei Art. 18 BayHSchPG über die Berufung von Professoren, Professorinnen, Juniorprofessoren und Juniorprofessorinnen, was das Gericht unter Darlegung der Berufungs-Systematik im BayHSchPG sowie der Regelungen der Satzung zum Tenure Faculty Track begründet. Insbesondere gestalte die Tenure-Satzung der Universität das in Art. 18 BayHSchPG geregelte Berufungsverfahren näher aus.

b) Verfahrensfehler

Einen hauptsächlichen Verfahrensfehler sah das VG darin, dass sich 5 von 9 Mitgliedern der Evaluierungskommission bei der Abstimmung über das Tenure-Votum enthalten haben. Bei der von der Kommission zu treffenden Entscheidung handle es sich um eine Prüfungsentcheidung, bei der Stimmenthaltungen nicht zulässig sind; hierbei rekurrierte das Gericht auf eine ältere Entscheidung des OVG Schleswig, das von der Unzulässigkeit einer Stimmenthaltung bei der Abstimmung in einem Habilitationsverfahren ausgegangen war.¹¹ Dieser Fehler, so das VG, sei auch beachtlich, da nicht das absolute Mehr der Kommissionsmitglieder für ein negatives Tenure-Votum gestimmt habe. Weitere Verfahrensfehler sah das Verwaltungsgericht darin, dass entgegen der Tenure-Satzung einem fakultäts- und damit fachfremden Professor der Kommissionsvorsitz übertragen wurde. Schließlich habe entgegen Art. 18 Abs. 5 S. 1 BayHSchPG nicht der Senat zum Tenure-Votum Stellung genommen, hinsichtlich der Beteiligung des sog. Appointment und Tenure Board am Berufungsverfahren

äußerte das VG Bedenken, weil sich hierfür keine gesetzliche Grundlage finde.

c) Weiterbeschäftigung der Professorin

Vor dem Hintergrund der festgestellten Verfahrensfehler nahm das VG eine Interessenabwägung vor, die zugunsten der Hochschullehrerin ausfiel: Durch ein Ausscheiden aus der Universität würde ihre wissenschaftliche Karriere einen nicht mehr zu behebenden Schaden u.a. durch den Verlust von Fördermitteln, den Abbruch von Kooperationen, den Reputationsverlust in der wissenschaftlichen Gemeinschaft und die fehlende Kontinuität der Forschung nehmen. Demgegenüber entstünde der Universität der nur vergleichsweise geringe Nachteil, eine von ihr als sehr gut bewertete Professorin weiterzubeschäftigen.

Zur Sicherung des status quo der Hochschullehrerin hielt das Verwaltungsgericht eine „wie auch immer gear-tete“ Weiterbeschäftigung in ihrem Fachgebiet und deren Statuserhalt als Professorin mit allen damit verbundenen Rechten für ausreichend. Eine Weiterbeschäftigung in einem befristeten Beamtenverhältnis lehnte das Gericht ab, weil die Gefahr der Begründung eines Lebenszeitbeamtenverhältnisses dadurch entstehe und dies einer Vorwegnahme der Hauptsache gleichkomme. Mit möglichen Rechtsgrundlagen für die angeordnete Weiterbeschäftigung befasste sich das Verwaltungsgericht nur ansatzweise und verwies hierbei auf die Regelung in Art. 8 Abs. 3a BayHSchPG, über die eine begrenzte Weiterbeschäftigung auf 12 Monate durchaus möglich sei.

3. Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25.10.2021¹²

Auf die Beschwerde der Universität hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof den Beschluss des VG München abgeändert und den Antrag der Professorin auf vorläufige Weiterbeschäftigung abgelehnt. Selbst im Falle einer Rechtswidrigkeit der Tenure-Evaluierung, zu der sich der VGH in der Entscheidung selbst nicht äußert, folge daraus kein Anordnungsanspruch auf Weiterbeschäftigung, eine solche sei auch aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

a) Kein Anordnungsgrund für eine Weiterbeschäftigung

Der Verwaltungsgerichtshof hebt in seiner Entscheidung darauf ab, dass im Tenure Track Verfahren eine Beru-

11 OVG Schleswig vom 9.2.1996, 3 L 79/95, NVwZ-RR 1996, 443.

12 7 CE 21.2503, juris.

fung zum Assistant Professor der Besoldungsgruppe W2 in einem Beamtenverhältnis auf Zeit für die Dauer von 6 Jahren erfolge. Wie das Verwaltungsgericht orientiert sich der Verwaltungsgerichtshof dabei an Art. 18 BayHSchPG. Für die Evaluierung seien die in diesen 6 Jahren erbrachten Leistungen relevant. Daraus schließt das Gericht, dass eine Weiterbeschäftigung auch im Falle einer zu wiederholenden Tenure-Evaluierung nicht geboten und von den Regelungen des Tenure Track Verfahrens weder direkt noch nach deren Sinn und Zweck vorgesehen sei.

b) Fehlende Rechtsgrundlage für eine Weiterbeschäftigung

Der VGH weist ferner darauf hin, dass der Anordnungsanspruch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich identisch sei mit dem materiellen Anspruch, der im Hauptsacheverfahren geltend gemacht wird. Zwar sei es gem. § 123 Abs. 1 VwGO iVm § 938 Abs. 1 ZPO in das freie Ermessen des Gerichts gestellt, welche Anordnungen zur Erreichen des Zwecks, d.h. zur Sicherung/Regelung des Rechts iSd § 123 Abs. 1 VwGO getroffen werden können, die Anordnung dürfe aber dem materiellen Recht nicht widersprechen. Nach Auffassung des VGH wäre das jedoch der Fall, wenn das Gericht die Universität zur beantragten Weiterbeschäftigung verpflichten würde.

Zur Begründung führt der VGH an, dass die beamteten- und hochschulrechtlichen Bestimmungen ein Verlängerungsverbot der Beschäftigung als Professorin beinhalten. Die Tenure Track-Befristung ende automatisch nach 6 Jahren, Ausnahmen seien nur im Falle des Art. 17 Abs. 2 und 3 BayHSchPG (u.a. bei Unterbrechung durch Elternzeit, wegen eines Stipendiums oder einer Freistellung zur Wahrnehmung von Aufgaben einer Personal- oder Schwerbehindertenvertretung oder einer Frauenbeauftragten) möglich. Hierbei merkt der VGH an, dass schon die einjährige Verlängerung im Rahmen des „connecting package“ mit Art. 8 Abs. 2 BayHSchPG unvereinbar gewesen sei. Auch eine Weiterbeschäftigung als Akademische Oberrätin über den 30.9.2021 hinaus komme nicht in Betracht, dem stehe Art. 22 Abs. 5 S. 2 Halbs. 2 BayHSchPG entgegen. Danach sei eine Verlängerung des Dienstverhältnisses einer nach Art. 22 Abs. 5 S. 2 Halbs. 1 ernannten Akad. Oberrätin abgesehen von den Fällen des Art. 17 Abs. 2 und 3 BayHSchPG oder einer erneuten Ernennung nicht zulässig.

Auch mit Art. 8 Abs. 3a BayHSchPG, auf den das

Verwaltungsgericht in seinem Beschluss hingewiesen habe, sei eine Weiterbeschäftigung nicht begründbar. Die Vorschrift trage Einschränkungen durch die Corona-Pandemie Rechnung und sei auf die hiesige Fallgestaltung nach Sinn und Zweck nicht anwendbar.

Schließlich hält der Verwaltungsgerichtshof auch eine Weiterbeschäftigung in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis nicht für möglich. Art. 8 Abs. 3 BayHSchPG komme nur in besonderen Ausnahmefällen als Grundlage in Betracht, etwa für eine befristete Beschäftigung, um damit kurzfristig das Studienangebot sichern zu können. Voraussetzung sei damit grundsätzlich ein sich aufgrund besonderer Notwendigkeiten des Studienbetriebs ergebender Grund, der die ausnahmsweise Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses rechtfertigt. Dieser ergebe sich vorliegend weder aus dem für das Tenure Track Verfahren maßgeblichen Bayerischen Hochschulpersonalgesetz noch aus der Tenure Satzung der Universität. Im Übrigen stehe einer Weiterbeschäftigung als Professorin in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis nach Art. 8 Abs. 3 der Rechtsgedanke des Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSchPG entgegen, der umgangen würde, wenn die Professorin über die höchst mögliche Befristungsdauer von 6 Jahren weiterbeschäftigt würde.

4. Bewertung der Entscheidungen

a) Rechtswidrigkeit der Tenure-Evaluierung

aa) Unzulässige Stimmenthaltung

Dem Verwaltungsgericht München ist darin zuzustimmen, dass es das negative Tenure-Votum deshalb als verfahrensfehlerhaft erachtet hat, weil sich 5 von 9 Kommissionsmitglieder der Stimme enthalten haben. Soweit ersichtlich, war die Frage des Abstimmungsverhaltens in einer Tenure-Evaluierungskommission zuvor noch nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Bei der in der einschlägigen Tenure Track Satzung der Universität genannten Evaluierungskommission handelt es sich um einen Ausschuss gem. Art. 88 BayVwVfG. Deren Beschlüsse werden gem. Art. 91 S. 1 BayVwVfG mit Stimmenmehrheit gefasst. Dass bzgl. des Tenure Votums eine Abstimmung erforderlich ist, belegt § 9 Abs. 3 S. 3 der Satzung, wenn dort von stimmberechtigten Kommissionsmitgliedern die Rede ist. Grundsätzlich ist bei Abstimmungen in Aus-

schüssen eine Stimmenthaltung zulässig, es sei denn, ein Ausschussverfahren ist so weitgehend einem gerichtlichen Verfahren angeglichen, dass wie dort Stimmenthaltung nicht in Betracht kommt. Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Die Unzulässigkeit von Stimmenthaltungen wird aber auch für Prüfungs- und Leistungsbewertungen angenommen, sofern nichts anderes durch Rechtsvorschrift geregelt ist.¹³

aaa) In mehreren Entscheidungen hat die Rechtsprechung Stimmenthaltungen in Habilitationsverfahren für unzulässig erachtet mit der Folge, dass Beschlüsse des Habilitationsausschusses, bei denen sich einzelne Mitglieder enthalten haben, als rechtswidrig eingestuft wurden. In diesem Zusammenhang wurde etwa ausgeführt, dass es sich bei der Habilitationsprüfung, bei der der entsprechende Kandidat die Fähigkeit zur selbständigen Forschung und Lehre im Rahmen einer Hochschule förmlich nachweist, um eine Berufszulassungsprüfung handelt. In diesem Rahmen sind erbrachte Leistungen des Kandidaten vom Habilitationsausschuss zu beurteilen. Der somit vom Ausschuss zu fassende Beschluss ist nur dann rechtmäßig, wenn er sich an den besonderen Grundsätzen des Prüfungsrechts orientiert. Im Prüfungsrecht ist eine Stimmenthaltung aber nicht zulässig. Soweit nur ein Prüfer bestellt ist, könnte bei einer Stimmenthaltung keine positive Prüfungsentscheidung gefällt werden. Nichts anderes gilt dann, wenn mehrere Prüfer bestellt sind. Der einer Mehrzahl von Prüfern erteilte Auftrag, ein Urteil über die Leistungen des Prüflings abzugeben, unterscheidet sich nicht von dem Auftrag eines Alleinprüfers. Durch die Bestellung mehrerer Prüfer soll nicht die Möglichkeit eröffnet werden, sich der Stimme zu enthalten, weshalb jedes einzelne Prüfungsmitglied an der Meinungsbildung mitzuwirken hat und sich nicht der Stimme enthalten darf.¹⁴

bbb) Diese Rechtsprechung ist auch bei Abstimmungen in den in den Hochschulgesetzen der Länder verankerten Tenure Track-Verfahren zu beachten. Die befristete Professur im Tenure Track stellt in den Landeshochschulgesetzen, so auch in Bayern, einen Qualifikationsweg dar, der zu einer Lebenszeitprofessur führen kann und neben der klassischen Qualifikation, nämlich der Habilitation, steht. So wie es sich bei einer Zwischenevaluation, der sich ein Juniorprofessor (ohne Tenure Track) unterziehen muss, um eine gesetzlich angeordnete Leis-

tungsüberprüfung eines Stelleninhabers handelt,¹⁵ liegt es bei der abschließenden Evaluation eines Stelleninhabers, dessen Professur in einem Tenure Track Verfahren ausgestaltet ist, ebenfalls um eine Leistungsbewertung im Sinne einer Hochschulprüfung. Die Parallele zum Habilitationsverfahren zeigt sich bereits daran, dass der Leistungsbewertung ein hochschulöffentlicher wissenschaftlicher Vortrag mit anschließendem persönlichen Interview vorausgeht.

Dass der Karriereaufstieg von einer Leistungsbewertung – und damit einer Prüfung – abhängig ist, belegt die hier einschlägige Satzung an mehreren Stellen. Von einer Leistungsbewertung ist nicht nur in deren § 9 Abs. 1 („Die Kommission bewertet die Leistungen des Assistant Professors ...“) die Rede, § 9 Abs. 3 S. 1 benennt für die Leistungsbewertung auch verschiedene Kategorien, die bewertet werden sollen, was in § 10 Abs. 1 der Satzung weiter aufgegriffen wird. Die Satzung differenziert unmissverständlich: Während Teil 1, der die allgemeinen Bestimmungen zum Berufungs- und Karrieresystem enthält, dort u.a. das Berufungsverfahren regelt, bestimmt Teil 2 der Satzung den Karriereaufstieg zum Associate Professor. Dieser ist gem. § 10 Abs. 2 der Satzung von einer positiven Leistungsbewertung unter Vorgabe konkreter Bewertungsstufen („exzellent“ in Verbindung mit „sehr gut“ in den Kategorien von Forschung & Entwicklung bzw. in der Akademischen Lehre) abhängig, für die damit ein Mitwirken aller stimmberechtigten Mitglieder der Evaluierungskommission zwingend ist.

ccc) In seiner Entscheidung vom 9.2.1996 hatte das OVG Schleswig hinsichtlich des Stimmenthaltungsverbots als Charakteristikum des materiellen Prüfungsrechts auf die im Bundesland geltende Landesverordnung über die Ordnung des Vorbereitungsdienstes und die zweite Staatsprüfung für Lehrkräfte hingewiesen. Eine entsprechende Bestimmung enthält die bayerische Lehramtsprüfungsordnung II (LPO II) vom 28.10.2004.¹⁶ § 3 Abs. 6 S. 2 dieser Prüfungsordnung erklärt Stimmenthaltungen in Prüfungen für unzulässig, so dass dieser Grundsatz auch dem bayerischen Prüfungsrecht immanent ist. Ausnahmen vom Stimmenthaltungsverbot sind möglich, wenn diese durch Rechtsvorschrift geregelt sind. Weder nach der universitären Satzung zum Faculty Tenure Track ist das der Fall noch ist für eine solche Ausnahme eine andere Vorschrift ersichtlich.

13 Vgl. Nachweise bei Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Hecker, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 91 Rn. 5 mwN.

14 OVG Schleswig vom 9.2.1996, 3 L 79/95, NVwZ-RR 1996, 433; OVG Saarlouis v. 28.10.1987, KMK-HSchR 1988, 316; OVG Münster vom 21.11.1980, KMK-HSchR 1981, 421; OVG Münster vom 8.9.2005, 14 A 3934/03, juris; vgl. auch VG Düsseldorf vom

11.11.2014, 27 K 1801/11, juris Rn. 74.

15 Dazu Hartmer, a.a.O., 5. Kapitel, Rn. 116; Grzeszick, in Geis: Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, 3. Kapitel, Rn. 178.

16 GVBl. S. 428, BayRS 2038-3-4-8-11-K, zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung vom 26.2.2021, GVBl. S. 86.

§ 30 Abs. 5 S. 1¹⁷ der Grundordnung der Universität vom 21.7.2007 in der Fassung der Dreizehnten Änderungsatzung vom 2.9.2021 ist jedenfalls, wie das VG München zurecht ausgeführt hat, erkennbar allgemein gefasst und nicht spezifisch für das Tenure Track Verfahren gedacht.

ddd) Auf Stimmenthaltungen beruhende Verfahrensfehler sind erheblich, wenn das Ergebnis der Prüfung hiervon beeinflusst wird (vgl. § 46 BayLVwVfG).¹⁸ Das war vorliegend der Fall. Vorstellbar ist nämlich, dass die Kommissionsmitglieder, die sich ihrer Stimme enthalten haben, für eine positive Tenure-Evaluierung gestimmt hätten, womit insgesamt ein positives Tenure Votum zustande gekommen wäre.

eee) Dass gem. § 9 Abs. 6 der universitären Satzung das Präsidium über den Karriereaufstieg entscheidet, steht der Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 22.9.2020 sowie des Widerspruchsbescheids vom 5.3.2021 nicht entgegen. Da das rechtswidrige Votum der Evaluierungskommission Grundlage für die Beschlüsse des Appointment und Tenure Board sowie des Präsidiums war (vgl. § 9 Abs. 6 der Satzung), war es als Grundlage für den Beschluss des Präsidiums nicht verwertbar.¹⁹ Das rechtswidrige Tenure-Votum der Evaluierungskommission hat folglich die Beschlüsse des Präsidiums „infiiziert“. Wäre es, was im Bereich des Möglichen liegt, zu einem positiven Votum der Kommission gekommen, wäre auch ein Beschluss des Präsidiums, der den Karriereaufstieg der Professorin bestätigte, durchaus möglich, wenn nicht sogar wahrscheinlich gewesen.

bb) Fehlerhafte Besetzung des Kommissionssitzes: Dem VG München ist ferner darin zuzustimmen, dass das Tenure Verfahren auch deshalb verfahrenfehlerhaft ist, weil die Evaluierungskommission entgegen der eigenen Satzungsvorgabe (§ 8 Abs. 2) mit einem Vorsitzenden aus einer anderen Fakultät besetzt worden ist. Die Formulierung in der Satzung ist eindeutig: mit „Professorin oder Professor der Fakultät“²⁰ kann in Zusammenhang mit Abs. 1 nur eine Professorin oder ein Professor gemeint sein, der der Fakultät angehört, in der die zu evaluierende Professur angesiedelt ist. Soweit im Widerspruchsbescheid argumentiert wurde, Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG enthalte keine Vorgabe, dass der Kommissionsvorsitzende zwingend Mitglied der Fakultät sein muss, verfängt das nicht. Dass Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG das nicht zwingend vorgibt, führt nicht daran vorbei, dass sich die Universität in § 8 Abs. 2 ihrer Satzung darauf festgelegt hat, den Kommissionsvorsitz einem Hoch-

schullehrer der jeweils betroffenen Fakultät zu übertragen. Mit dem Klammerzusatz (Fach-/Strukturkompetenz) macht die Satzung auch deutlich, dass der Vorsitzende jedenfalls über entsprechende Fachkompetenz verfügen soll. Wenn der Kommissionsvorsitzende aus einer anderen Fakultät stammte, war nicht sichergestellt, dass er über Fachkompetenz im Bereich der Professur, deren Evaluierung anstand, verfügte. Auch dieser Verfahrensfehler konnte sich somit auf das negative Votum auswirken.

b) Zum Weiterbeschäftigungsanspruch

Dass das VG München in seinem Beschluss vom 16.9.2021 die Universität zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Hochschullehrerin verpflichtet hat, war in der besonderen Situation, die dem Gericht zur Entscheidung vorlag, richtig und zu begrüßen.

aa) Hinsichtlich des nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderlichen Anordnungsgrundes hat das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt, dass der betroffenen Hochschullehrerin im Falle eines Ausscheidens aus der Universität ein nahezu irreversibler Karriereschaden droht. Bis das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren über die Wiederholung des Evaluierungsverfahrens entscheidet, dürften zumindest einige Monate, wenn nicht gar längere Zeit vergehen, orientiert man sich an der durchschnittlichen Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren. Einzukalkulieren ist ferner eine etwaige zweite Instanz in der Hauptsache, womit die Wiederholung des Evaluierungsverfahrens, welches selbst auch eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, in noch weitere Entfernung rücken kann. In dieser – mitunter länger andauernden – Interimsphase ist die Professorin mit schwerwiegenden Nachteilen belastet, die das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss angeführt hat (u.a. Verlust von Fördermitteln, Abbruch von Kooperationen, Reputationsverlust in der wissenschaftlichen Gemeinschaft, fehlende Kontinuität der Forschung; Verlust der Lehrmöglichkeit). Diese berechtigten Erwägungen kommen in der Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs deutlich zu kurz bzw. fallen letztlich gar nicht erst ins Gewicht. Rein formal gesehen ist es zwar richtig, dass sich die für den Karriereaufstieg durchzuführende Evaluierung nach der gesetzlichen Ausgestaltung nur auf den 6-Jahres-Zeitraum bezieht, auf den die Tenure-Phase befristet war. Wissenschaftliche Leistungen in Forschung und Lehre, die nach diesem Zeitraum erbracht werden, spielen somit im Regelfall für die Evaluierung zwar Rolle mehr.

17 Mehrheitsprinzip bei Abstimmungen, Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegeben Stimmen.

18 OVG Schleswig vom 9.2.1996, a.a.O.; OVG Münster vom 8.9.2005, a.a.O.

19 Siehe hierzu OVG Münster vom 8.9.2005, a.a.O. unter I. 6 der Entscheidungsgründe.

20 In der aktuellen Satzung vom 15.2.2022 ist das geändert.

Der Verwaltungsgerichtshof blendet in seiner Entscheidung aber aus, dass die Unwirksamkeit der Tenure-Evaluierung durch die Organe der Universität dazu geführt hat, dass die Übertragung einer Lebenszeitprofessur nicht schon zum 1.10.2020 erfolgt ist und dieser von der Universität herbeigeführte Schwebezustand bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zu Lasten der Hochschullehrerin gehen darf.

Dem ließe sich entgegen halten, dass einer Universität die greifbare Gefahr einer im Eilverfahren erstrittenen vorläufigen Weiterbeschäftigung stets droht, wenn die Tenure-Evaluierung negativ ausfällt. Aus Universitäts-sicht ist das kein unbeachtlicher Einwand, insbesondere wenn zahlreiche Professuren im Tenure Track besetzt worden sind, wie das bei vielen Universitäten der Fall ist.²¹ Ist die negative Tenure Evaluierung allerdings in einem formell rechtmäßigen Verfahren zustande gekommen, steht nur die in engen Grenzen nachprüfbare inhaltliche Prüfungsentscheidung in Rede; in dieser Situation ist – ungeachtet der Frage, ob ein Anordnungsanspruch gegeben ist – regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass eine einstweilige Anordnung mit einer Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung erlassen wird.²² Die Universitäten haben es im Übrigen selbst in der Hand, eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung zu vermeiden. Wird das Evaluierungsverfahren formell rechtmäßig durchgeführt, muss zwar im Falle eines negativen Tenure-Votums mit einer gerichtlichen Überprüfung gerechnet werden, eine vorläufige Weiterbeschäftigung kann in diesen Fällen aber nicht erstritten werden.

Das Verwaltungsgericht ist somit – in Anbetracht der singulären Ausnahmesituation aufgrund der festgestellten formellen Rechtswidrigkeit des Evaluierungsverfahrens – mit gut vertretbarer Argumentation von einem glaubhaft gemachten Anordnungsgrund ausgegangen. Die Betrachtungsweise des Verwaltungsgerichtshofs mag zwar, da auf die 6 Jahre befristete Tenure-Phase bezogen, abstrakt richtig gewesen sein, wurde aber den Besonderheiten der hier gegebenen Fallgestaltung nicht gerecht. Ein weiterer Aspekt darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt gelassen werden. Wird die Tenure-Evaluierung wiederholt, was im hier entschiedenen Fall durchaus erst zwei Jahre nach Ablauf der Tenure-Phase der Fall sein kann, wirft eine Beschränkung des Evaluierungszeitraums auf die 6 Jahre Probleme auf. Was die Hochschullehrerin gegebenfalls in der Zwi-

schenszeit an Forschungsleistungen erbracht und publiziert hat, müsste von den zu beauftragenden Gutachtern und den Mitgliedern der Evaluierungskommission ausgeblendet werden. Auch wäre die Professorin gezwungen, neue Forschungsrichtungen und -erkenntnisse in ihrem hochschulöffentlichen Vortrag, der auch Teil der zu wiederholenden Tenure-Evaluierung ist, unberücksichtigt zu lassen. Die Sinnhaftigkeit einer solchen Evaluierung darf berechtigterweise in Frage gestellt werden. Das lässt sich zuspitzen: Soll bzw. will die Universität am Ende einer Tenure-Track Professorin, die nach aktuellem Stand die Voraussetzungen für den Karriereaufstieg zur Associate Professorin erfüllen würde, diesen Aufstieg nicht gewähren, weil diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der formal rechtswidrigen Erstevaluation vermeintlich nicht vorlagen?

bb) Kritisch hinterfragen lässt sich auch, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.10.2021 bzgl. der beantragten vorläufigen Weiterbeschäftigung der Professorin einen Anordnungsanspruch verneint hat. Dem bayerischen HSChPG hätte eine vorläufige Weiterbeschäftigung nämlich in der vorliegenden Fallkonstellation nicht widersprochen.

Dass das Gericht wegen Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSChPG eine Verlängerung der auf 6 Jahre befristeten Professur im Beamtenverhältnis als Rechtsgrundlage für eine vorläufige Weiterbeschäftigung ablehnt, ist hinzunehmen. Die Professorin hatte eine vorläufige Weiterbeschäftigung in einem W2-Beamtenverhältnis aber auch gar nicht beantragt. Nachvollziehbar ist auch die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass eine Weiterbeschäftigung nicht auf Art. 8 Abs. 3a HSChPG gestützt werden könne. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Ausnahmemöglichkeit, mit der der Landesgesetzgeber im April 2021 auf Einschränkungen, die aufgrund der Coronapandemie eingetreten sind, reagiert hat. Dem VGH ist daher zuzustimmen, dass die Regelung nach ihrem Sinn und Zweck auf die hier vorliegende Tenure-Situation nicht übertragbar ist.

Ein Anordnungsanspruch hätte sich aber auf Art. 8 Abs. 3 BayHSChPG stützen lassen. Hiernach kann in besonderen Fällen, insbesondere wenn eine befristete Tätigkeit vorgesehen ist, ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründen werden. Dass das Gericht den Ausnahmecharakter der Vorschrift hervorhebt, ist angesichts deren Wortlauts („in besonderen Fällen“) gewiss

21 Basis hierfür ist vorallem das Tenure Track Programm des Bundes und der Länder.

22 Vgl. hierzu die Sachverhalte in OVG Schleswig-Holstein vom

16.11.2018, 2 MB 11/18, juris oder OVG Thüringen vom 30.7.2021, 2 EO 445/21, juris.

zutreffend. In der weiteren Begründung wird beispielhaft auf Art. 18 Abs. 8 S. 1 BayHSchPG verwiesen, der eine befristete Beschäftigung von Professoren im privatrechtlichen Dienstverhältnis gestattet, um die Zeit bis zur beabsichtigten Besetzung der Stelle zu überbrücken. Bereits der Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 BayHSchP verlangt aber nicht, dass eine übergangsweise (Weiter)Beschäftigung nur in den Fällen möglich ist, in denen das HSchPG dies vorsieht – der Gesetzgeber hätte sonst auf den Zusatz „insbesondere“ verzichtet. Mithin gestattet Art. 8 Abs. 3 BayHSchPG auch eine befristete (Weiter) Beschäftigung, wenn ein sonstiger besonderer Ausnahmefall vorliegt. Auch zwingt der Wortlaut der Norm nicht dazu, von einem besonderen Fall nur dann auszugehen, wenn das Interesse der Universität betroffen ist. Die besondere Fallkonstellation, in der sich die Hochschullehrerin vorliegend durch die diversen Verfahrensfehler bei der Tenure-Evaluierung befand, hätte daher eine vorläufige Weiterbeschäftigung gerechtfertigt, letztlich wegen des erheblichen Schadenspotenzials, das der Professorin droht, sogar erfordert. Wäre diese Weiterbeschäftigung in einem nach TV-L ausgestalteten Angestelltenverhältnis unter Wahrung der Statusrechte der Professorin ausgestaltet worden – was diese höchst hilfsweise beantragt hatte – hätte dies auch über die vom Verwaltungsgerichtshof gesehene Hürde des Verlängerungsverbots gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSchPG hinweggeholfen.

Soweit der Verwaltungsgerichtshof eine Weiterbeschäftigung als Akademische Oberrätin wegen Art. 22 Abs. 5 S. 2 2. HS BayHSchPG verneint hat, erscheint auch das nicht zwingend und hätte dem Gericht eine Option eingeräumt. Systematisch ist das befristete Weiterbeschäftigungsverbot hinter den Regelungen über die Höchstbefristungszeiten für Akademische Räte sowie Akademische Oberräte platziert. Da die Hochschullehrerin im sog. „connecting package“ lediglich eine Dienstzeit von einem Jahr als Akademische Oberrätin hinter sich hatte, war die Höchstbefristungszeit bei Weitem nicht ausgeschöpft.

Vor diesem Hintergrund hätte sich ein Anordnungsanspruch begründen lassen. Hätte der Verwaltungsgerichtshof die vom Verwaltungsgericht getroffene Anordnung in Form einer vorläufigen Weiterbeschäftigung gehalten, hätte dies auch rein praktisch einen nicht zu unterschätzenden Effekt nach sich gezogen. Die Tenure-Evaluierung wäre vermutlich rasch wiederholt

worden, womit für beide Seiten nach einem überschaubaren Zeitraum Klarheit bestanden hätte, ob der Karriereaufstieg auf eine W3 Professur erfolgt oder die Hochschullehrerin im Falle einer erneut negativen Evaluierung aus der Hochschule ausscheidet. Nunmehr hängen beide Seiten in der „Warteschleife“, bis das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren entschieden hat, wobei die Nachteile eindeutig bei der Professorin liegen. Der unsichere Zustand bringt aber auch einen Nachteil für die Universität mit sich: Der Verwaltungsgerichtshof hat am Ende seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Universität im Falle des Obsiegens der Professorin sicherstellen muss, dass eine haushaltsrechtliche Planstelle zur Verfügung steht, um darauf gegebenenfalls die begehrte W3 Professur führen zu können.

5. Fazit

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München bedeutet insoweit Neuland, als sie – wenn auch vorab erst im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – klarstellt, dass es sich bei Tenure-Evaluierungen um Prüfungsentscheidungen handelt, auf die die Grundsätze des materiellen Prüfungsrechts anwendbar sind. Stimmenthaltungen sind danach unzulässig und führen zur formellen Rechtswidrigkeit des Votums, wenn sich die Enthaltungen tatsächlich auswirken.

Mit der vom Verwaltungsgerichtshof abgelehnten vorläufigen Weiterbeschäftigung nach einer negativen Tenure-Evaluierung stärkt das Gericht die Position der Universitäten, dem vorliegenden, sicherlich extremen, Einzelfall wird aber die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München besser gerecht. Die Auseinandersetzung mit der Entscheidung zeigt auch, dass letztlich die jeweiligen Bestimmungen der Landeshochschulgesetze einer genauen Analyse bedürfen, ob sie bei einer solchen oder vergleichenden Konstellation eine vorläufige Weiterbeschäftigung materiellrechtlich überhaupt zulassen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

Tobias Mandler und Katharina Schindler
*Berücksichtigung vergangener Befristungen gem.
WissZeitVG bei der Rechtsmissbrauchskontrolle
einer Befristung gem. TzBfG? – Anmerkung zum
Arbeitsgericht Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 –
1 Ca 19/21*

Die rechtfertigende Wirkung von Befristungen gem. WissZeitVG innerhalb von gemischten Kettenbefristungen ist weithin ungeklärt. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Gera vom 27. Oktober 2021 gibt insofern besonderen Anlass zur vertieften Auseinandersetzung, da sich die Befristungstatbestände des WissZeitVG und TzBfG im zugrundeliegenden Fall nicht nur abgewechselt, sondern auch überlappt haben und das Arbeitsgericht hieraus auf die Unerheblichkeit der Befristungszeiten gem. WissZeitVG geschlossen hat.

Die Ausführungen gliedern sich hierzu in eine kurze Zusammenfassung der Entscheidung (I.), rechtliche Würdigung (II.) und einen anschließenden Praxishinweis (III.).

I. Entscheidung des Arbeitsgerichts

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts Gera¹ liegt die Entfristungsklage einer Literaturwissenschaftlerin (Magistra Artium) zugrunde, die von der arbeitgebenden Hochschule wie folgt befristet beschäftigt wurde:

Befristung				
Nr.	von	bis	Tage	Grund
0	23.08.2010	31.12.2010	131	§ 14 Abs. 1 TzBfG
1	01.01.2011	31.12.2011	365	
2	01.01.2012	30.06.2013	547	§ 2 Abs. 2 WissZeitVG
3	16.04.2012	31.12.2016	1721	
4	01.01.2017	31.12.2020	1461	§ 14 Abs. 1 TzBfG
5	19.05.2014	31.12.2014	227	§ 2 Abs. 1 WissZeitVG
6	01.01.2015	31.12.2015	365	
7	01.01.2016	31.12.2016	366	§ 14 Abs. 1 TzBfG
8	01.02.2017	31.12.2017	334	
9	01.02.2018	31.12.2020	1065	

Die Verlängerungen 1-4 sollen dazu auf das sog. „große Arbeitsverhältnis“ (10 Jahre 4 Monate; Entgeltgruppe 12 TV-L) entfallen, für dessen letzte Befristung ein Rechtsmissbrauch aufgrund der Vertragslaufzeit indiziert und mangels besonderer Umstände als unwirksam erkannt wurde. Dass das Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit nach dem WissZeitVG befristet wurde, spielte demgegenüber keine Rolle. Die Beklagte hätte erkennen müssen, dass die Klägerin mit der zuletzt abgeschlossenen Verlängerung „für mehr als 10 Jahre ununterbrochen befristet beschäftigt werden sollte“.²

Die Verlängerungen 5-9 seien hingegen hiervon „rechtlich zu unterscheiden“ und einem sog. „kleinen Arbeitsverhältnis“ (6 Jahre 5 Monate; Entgeltgruppen 13, 12 & 11 TV-L) zuzuordnen, für das eine Rechtsmissbrauchskontrolle schon angesichts der Dauer oder Anzahl der Verlängerungen nicht angezeigt sei.³

II. Würdigung

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts ist nicht zuzustimmen. Sie berücksichtigt die in der Vergangenheit liegenden Befristungen gem. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WissZeitVG nicht hinreichend und verkürzt damit die darin liegende Wissenschaftsfreiheit der arbeitgebenden Hochschule unzulässig.

Werden die in diesen Zeiten liegenden „besonderen Umstände“ entsprechend gewürdigt, scheidet ein Rechtsmissbrauch aus. Im Einzelnen:

1. Zum Maßstab und maßgeblichen Arbeitsverhältnis

Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Arbeitsgericht von der „Befristungsampel“ des Bundesarbeitsgerichts

¹ ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris; die Berufung ist anhängig beim LAG Thüringen unter dem Az. 2 Sa 277/21. Mit einer Entscheidung dürfte Ende des Jahres bzw. Anfang nächsten Jahres zu rechnen sein.

² ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 37.

³ ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 3 f., 42.

aus und prüft – dem punktuellen Streitgegenstandsbe-
griff entsprechend – die zuletzt abgeschlossene Befristung.

In seiner Prüfung geht das Gericht allerdings – ohne dies näher zu begründen – unzutreffend davon aus, dass zwischen dem „großen“ und „kleinen Arbeitsverhältnis“ unterschieden werden müsse.⁴ Die Klägerin wurde aber – soweit erkennbar – nach dem TV-L beschäftigt, weshalb die Annahme zweier verschiedener Arbeitsverhältnisse nur nach den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Satz 1 TV-L in Betracht kommen kann.⁵

Dafür, dass zwischen den Befristungen im Rahmen des „großen“ und „kleinen“ Arbeitsverhältnis kein unmittelbarer Sachzusammenhang besteht, liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor. Insbesondere wurde die Klägerin sowohl im Rahmen des „großen“ als auch des „kleinen Arbeitsverhältnisses“ – im selben Zeitraum – mehrfach nach dem WissZeitVG befristet, wodurch sich ein unmittelbarer Sachzusammenhang zwischen den beiden Verhältnissen ergeben dürfte. Hieran sollten auch die unterschiedlichen Befristungsgründe gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG (eigene Qualifizierung) und § 2 Abs. 2 WissZeitVG (Projekt: „Flexibilisierung individueller Studienverläufe“) nichts ändern. Beide Tätigkeiten sind auf die Durchführung bzw. Unterstützung der Forschung und / oder Lehre der arbeitgebenden Hochschule gerichtet. Die Zuständigkeit verschiedener Dekanate oder Abteilungen oder die – nachträgliche – Umgruppierung beseitigt den Sachzusammenhang nicht.⁶ Selbiges dürfte für die Befristungen gem. § 14 Abs. 1 TzBfG gelten, die zwar gegenüber dem „großen Arbeitsverhältnis“ Befristungslücken ausweisen aber zu keinem Zeitpunkt über dessen jeweiliges Befristungsende hinausgingen und zuletzt auch am selben Tag endeten.⁷

Die Befristungen im Rahmen des „kleinen Arbeitsverhältnisses“ werden daher für die hiesigen Zwecke – und

vorbehaltlich abweichender Feststellungen im Berufsverfahren – als Teil des „großen Arbeitsverhältnisses“ im Sinne einer zeitweisen Befristung eines erhöhten Beschäftigungsumfangs zugrunde gelegt.⁸ Von der Wirksamkeit dieser Befristungen ist – ebenso wie für die übrigen nicht angegriffenen Befristungen – gem. § 17 Satz 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG auszugehen.

Der Entfristungsklage liegt daher *ein* befristetes Arbeitsverhältnis zugrunde, das über einen Zeitraum von 10 Jahren 4 Monaten bestand und dessen Befristung insgesamt *viermal* verlängert wurde. Aus dieser Befristungsdauer (23. August 2010 bis 31. Dezember 2020) folgt damit – wie auch das Arbeitsgericht für das große Arbeitsverhältnis erkannt hat – ein indizierter Rechtsmissbrauch („Rot“), der die Prüfung „besondere Umstände“ erfordert. Im Unterschied zum Arbeitsgericht ist allerdings auch das „kleine Arbeitsverhältnis“ betroffen und somit keiner eigenständigen Rechtsmissbrauchskontrolle zu unterziehen.

2. Zu den besonderen Umständen gem. WissZeitVG

Das Arbeitsgericht misst den Befristungen nach dem WissZeitVG keinerlei Bedeutung zu, da die beklagte Hochschule beim Abschluss der zuletzt abgeschlossenen Befristung hätte erkennen müssen, dass die Klägerin mehr als 10 Jahre beschäftigt war.⁹ Dem ist nicht zuzustimmen.

Anerkanntermaßen verkörpern gerade die Befristungstatbestände in § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 WissZeitVG die grundgesetzlich und europarechtlich verbürgte Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 13 GRCh) und bilden damit im Grundsatz einen „besonderen Umstand“, der im Rahmen der Rechtsmissbrauchsprüfung nicht übergangen werden darf.¹⁰

„Daneben können grundrechtlich gewährleistete Freiheiten von Bedeutung sein (BAG, NZA 2015, 928 = NJW

4 ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 42.

5 § 2 Abs. 2 TV-L: „Mehrere Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber dürfen nur begründet werden, wenn die jeweils übertragenen Tätigkeiten nicht in einem unmittelbaren Sachzusammenhang stehen. Andernfalls gelten sie als ein Arbeitsverhältnis“.

6 Vgl. zu einem ganz analogen Fall: BAG NZA 2016, 824 Rn. 18 ff. zu § 2 II 1 TV-H.

7 Allenfalls denkbar wäre eine Trennung der Beschäftigungsverhältnisse nach dem Befristungsgrund, der insoweit Anhaltspunkt für das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen eines Sachzusammenhangs geben könnte. Hierzu ist dem Urteil aber nichts Stichhaltiges zu entnehmen.

8 Vgl. hierzu etwa BAG NZA 2016, 814 Rn. 34; BAG NZA 2018, 1061 Rn. 36; Müller-Glöge in ErfK, 22. Aufl. 2022, TzBfG § 3 Rn. 18.

9 ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 37. Die Überlegung des Arbeitsgerichts, dass die Beklagte „ihrer Vorbildfunktion als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber nicht gerecht werde“ (ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 38 aE), ist für die Rechtsmissbrauchskontrolle unerheblich und bedenklich, zumal hierdurch rechtlich irrelevante Gesichtspunkte in die Gesamtbetrachtung eingestellt werden und die Entscheidung hierauf beruht. Die Prüfung des Arbeitsgerichts dürfte daher schon aus diesem Grund angreifbar sein.

10 Vgl. BAG NZA 2016, 1463 Rn. 33, 37; BAG NZA 2016, 552; BAG NZA 2012, 385, 389; BAG NZA 2018, 1399; vgl. auch Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15, 30; Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, S. 221 ff.; Maschmann, Missbrauch im Recht der Hochschulbefristung, Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts 2021, 839 ff.; Rambach in Arnold/Gräfl, TzBfG, § 2 Rn. 6.

2016, 185 Rn. 25; NZA 2015, 301 Rn. 38; NZA-RR 2014, 408 Rn. 36 = NZA 2014, 1296 Ls.; BAGE 142, 308 = NZA 2012, 1351 = NJW 2013, 1254 Rn. 47) ...

Die den Befristungen zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen des „Sonderbefristungsrechts“ der vormaligen §§ 57 a ff. HRG dienten ebenso wie die genannten Bestimmungen des Sächsischen Hochschulgesetzes einem angemessenen Ausgleich der Interessen der Hochschule, welche die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 III GG für sich in Anspruch nehmen kann und deren wissenschaftlichem Personal (vgl. BAG, NZA 2016, 758 Rn. 36). Auch § 2 I WissZeitVG ermöglicht seit seinem Inkrafttreten am 18.4.2007 langjährige sachgrundlose Befristungen zur wissenschaftlichen Qualifikation. In diesen Regelungen ist eine Höchstbefristungsdauer festgelegt, was den Anforderungen von § 5 Nr. 1 Buchst. b der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der RL 1999/70/EG genügt (BAGE 139, 109 = NZA 2012, 385 Rn. 35). § 2 I WissZeitVG lässt daher für wissenschaftliches Personal an Hochschulen in weitaus größerem Umfang sachgrundlose Befristungen zu als § 14 II TzBfG. Dabei wirkt die am Qualifikationsziel orientierte Maximalbefristungsdauer der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Befristungsmöglichkeit entgegen.“

Die sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG unterliegt als *lex specialis* ihren eigenen Regeln und ermöglicht auch ohne die Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 3, 5¹¹ WissZeitVG zulässige Befristungen von 12 bzw. 15 Jahren. Für die Sachgrundbefristung in § 2 Abs. 2 WissZeitVG, die an sich keinen Höchstbefristungsgrenzen unterliegt, ist das zwar prinzipiell anders, aber jedenfalls solange im Rahmen der Rechtsmissbrauchskontrolle unbedenklich, wie die konkreten Höchstbefristungsgrenzen – des Wissenschaftlers¹² –

gem. § 2 Abs. 1, 3, 5 WissZeitVG nicht überschritten wurden. Die Befristungstatbestände stehen der Hochschule, den Universitätsklinik und den außeruniversitären Forschungseinrichtungen alternativ zur Verfügung¹³, wobei die Befristungszeiten gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG gem. § 2 Abs. 3 Satz 2 WissZeitVG auf die Höchstbefristungsgrenzen anzurechnen sind.¹⁴

Die insoweit vorliegenden „besonderen Umstände“ werden auch nicht – wie das Arbeitsgericht meint¹⁵ – dadurch entwertet, dass die zuletzt erfolgte Befristung nicht mehr nach dem WissZeitVG, sondern nach dem TzBfG erfolgt ist.

Zwar ist es richtig, dass der Rechtsmissbrauch für die zuletzt vereinbarte Befristung indiziert wird, dies führt aber nicht dazu, dass die für vergangene Befristungen gegebenen besonderen Umstände rückwirkend wieder entfallen oder unerheblich werden.

Erforderlich ist eine *rückschauende Gesamtbetrachtung*, die dem *lex specialis* Verhältnis zwischen WissZeitVG und TzBfG und der daraus folgenden Sperrwirkung des WissZeitVG Rechnung trägt.¹⁶ Das WissZeitVG ist allein für die Befristung wissenschaftlichen Personals zur wissenschaftlichen Qualifizierung maßgeblich und bestimmt infolgedessen auch im Zusammenhang mit einer anschließenden TzBfG-Befristung weiterhin den Bezugspunkt für die Rechtsmissbrauchsprüfung dieser Zeiten.¹⁷ WissZeitVG und TzBfG liegen – insbesondere auch wegen des neu eingefügten Angemessenheitskriteriums in § 2 Abs. 1 WissZeitVG¹⁸ oder den gesetzlichen Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 3, 5 WissZeitVG – unterschiedlichen Voraussetzungen und unterschiedliche Vorstellungen über die zulässigen Befristungslängen zugrunde. Einer Anwendung der Rechtsmissbrauchsgrundsätze des TzBfG für Wiss-

11 Vgl. BAG NZA 2016, 552; Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221; siehe auch Graue, Verlängerungen im Hochschulbereich, PersR 2021, Nr 2, 33-37.

12 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 223; vgl. hierzu auch Löwisch/Anselment, Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen, OdW 2021, 165.

13 Die Angabe des genauen Befristungsgrundes ist nach dem Zitiergebot gem. § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG nicht geschuldet. Ebenso ist es nicht erforderlich auf Satz 4 zu verweisen, wenn Kinder vorhanden sind und diese zur Verlängerung der Höchstbefristungsdauer für eine wirksame Befristung herangezogen werden müssen. Derartige Angaben binden den Arbeitgeber letztendlich nur unnötig – etwa, wenn eine Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 Nr. 1 WissZeitVG möglich ist oder erklärt wurde oder die Voraussetzungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG vorliegen; vgl. BAG NZA 2016, 552; Müller-Glöge in ErfK, 21. Aufl. 2021, WissZeitVG § 2 Rn. 15.

14 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 222; vgl. BAG, Urteil vom 18. Juli

2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48.

15 ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 37.

16 Vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276; BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 259/14 = BeckRS 2016, 73446; BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249; dazu Mandler/Wegmann, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201 ff.

17 Vgl. hierzu Mandler/Wegmann, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201 ff.

18 Vgl. BAG NZA 2021, 786; Maschmann, Befristung - Hochschule - Anrechnung auf die Höchstdauer – angemessene Befristungsdauer, AP Nr 18 zu § 2 WissZeitVG; Boemke, jurisPR-ArbR 39/2021 Anm. 3; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff.; Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016 S. 40 f.

ZeitVG-Befristungen – für die das TzBfG gar nicht anwendbar wäre – muss daher durch die Anerkennung der „besonderen Umstände“ im Rahmen der Gesamtbetrachtung vorgebeugt werden.

Im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung sind daher vergangene WissZeitVG-Befristungen¹⁹ bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs der letzten TzBfG-Befristung nicht einzupreisen, sofern die konkreten Höchstbefristungsgrenzen gem. WissZeitVG noch nicht überschritten waren.²⁰ In diesem Fall ist nicht von einer rechtsmissbräuchlichen Befristung für einen dauerhaften, nicht-wissenschaftsbezogenen Bedarf, sondern von einer zulässigen Befristung zur wissenschaftlichen Qualifizierung auszugehen. Die Wirksamkeit der zurückliegenden WissZeitVG-Befristung wird gem. § 17 Satz 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG vorausgesetzt.²¹ Dies gilt entsprechend auch für Befristungen von Wissenschaftlern gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, solange es sich um die Befristung eines Wissenschaftlers handelt und die Höchstbefristungsgrenzen für eine sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG noch nicht überschritten waren.²²

Darüber hinaus muss die WissZeitVG-Befristung im Rahmen der Missbrauchsprüfung gleich einer (gerechtfertigten) Unterbrechung der TzBfG-Befristung wirken, wenn hierdurch zwei TzBfG-Befristungen so weit voneinander getrennt werden, dass zwischen diesen ein längerer Zeitraum wissenschaftlicher Qualifizierung liegt. In diesem Fall besteht zwischen den TzBfG-Befristungen kein erkennbarer Zusammenhang mehr, aus dem ein indizierter Rechtsmissbrauch durch Zeitablauf oder ein vorwerfbarer, dauerhafter Beschäftigungsbedarf folgen könnte. Von einer entsprechenden Unterbrechungswirkung dürfte – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – jedenfalls dann auszugehen sein, wenn die WissZeitVG-Befristung für mehr als zwei Jahre erfolgt ist²³ und zwischen den

TzBfG-Befristungen somit ein durch besondere Umstände „gerechtfertigter“ Zeitraum von mehr als zwei Jahren liegt. So liegen die Dinge hier.

Auf die WissZeitVG-Befristungen (Nr. 3, 5 & 6) entfallen – unter Berücksichtigung ihrer Überlappung – 4 Jahre und 8 Monate. Die Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG wurde daher eingehalten, sodass sich für die gem. dem WissZeitVG erfolgten Befristungszeiträume besondere, rechtfertigende Umstände ergeben, die für sich einen Rechtsmissbrauch ausschließen.

Der Zeitraum wirkt zudem im vorliegenden Fall auch im Sinne einer Unterbrechung der TzBfG-Befristungen soweit er sich nicht mit der TzBfG-Befristung (Nr. 2, 7) überschneidet, mithin für 2 Jahre und 6 Monate. Die zurückliegenden TzBfG-Befristungen (Nr. 0-2,) können daher für eine Missbrauchsprüfung nicht mehr herangezogen werden. Es verbleibt damit ein zu prüfender Befristungszeitraum von rund 5 Jahren (Nr. 4, 7, 8, 9), dessen Befristungsdauer die Grenzen des Rechtsmissbrauchs weder in Bezug auf den Befristungsumfang noch die Anzahl der – hier nicht gegebenen – Verlängerungen überschreitet.²⁴

III. Praxishinweis & Ausblick

Der vorliegende Fall zeigt anschaulich, welche prozessualen Risiken für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen in Befristungen gem. TzBfG liegen können, die auf langjährige Befristungen gem. WissZeitVG folgen.

Es ist daher anzuraten auf eine derartige Kombination von Befristungen gem. WissZeitVG und TzBfG – jedenfalls innerhalb der Befristungsampel – soweit wie möglich zu verzichten, um den Gerichten erst gar keinen Anlass zur Beanstandung zu geben. Sollte eine Befristung aber dennoch erforderlich sein, ist anzuraten je-

19 § 2 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 WissZeitVG und § 6 WissZeitVG, vgl. zu letzterem BAG NZA 2021, 1483; Bader, jurisPR-ArbR 47/2021 Anm. 2.

20 Zur Berechnung der Höchstbefristungsgrenze siehe jüngst BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19; vgl. Mandler/Wegmann, Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG, OdW 2020, 53 ff.; Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff.

21 Vgl. bspw. BAG NZA 2016, 1463, 1468 Rn. 38.

22 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015 S. 217 ff.; vgl. LAG Sachsen, Urteil vom 6. März 2014 – 6 Sa 676/13; LAG Hessen, Urteil vom 6. August 2015 – 2 Sa 1210/14; LAG Köln, Urteil vom 6. November 2013 – 11 Sa 226/13; ArbG Aachen, Urteil vom 29. Januar 2013 – 5 Ca

3759/12; LAG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juli 2016 – 7 Sa 1208/15 = BeckRS 2016, 74885.

23 Vgl. BAG NZA 2018, 858; BAG NZA 2017, 706.

24 Die Beklagte hat offenbar die „Verlängerung“ der Rechtsmissbrauchsgrenzen durch die WissZeitVG-Zeiten vertreten. Das ist sicherlich auch ein gangbarer Weg und führt im Kern zum selben Ergebnis. Allerdings kann hierdurch die zeitliche und inhaltliche Zäsur zwischen den TzBfG-Befristungen nicht hinreichend berücksichtigt werden, die durch die dazwischenliegenden WissZeitVG-Befristungen entsteht und den Missbrauchsvorwurf gegenüber weit zurückliegenden TzBfG abschneidet. Ohne Unterbrechung beträgt die Befristungsdauer knapp über 8 Jahre und führt somit gleichwohl zur Missbrauchsprüfung („gelb“) – freilich unter Umkehrung der Darlegungslast. Fehlt es an entsprechenden Einlassungen der Klägerin, kann die Frage der Unterbrechung dahinstehen.

denfalls nicht in den „roten“ Bereich der Befristungssampel zu gelangen, um zumindest die prozessualen Risiken entsprechender Darlegungen zum Rechtsmissbrauch auf den Arbeitnehmer zu verlagern. Schließlich kann eine Lösung auch darin liegen, bereits bestehende Verträge auf eine mögliche (sachgrundlose) Neubefristung gem. WissZeitVG zu überprüfen, um damit ggf. auf die noch nicht erreichten Höchstbefristungsgrenzen zurückgreifen zu können. Erfolgt die letzte Befristung nach dem WissZeitVG und innerhalb der Höchstbefristungsgrenzen ist das Vorliegen „*besonderer Umstände*“ nicht bestreitbar.

Ob dieser „*Tausch*“ günstig wäre, ist aber sorgfältig zu überdenken. Schließlich sind die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Befristung gem. WissZeitVG hoch und die darin liegenden Risiken durch Erfordernis eines zwingenden Beschäftigungsumfangs von mehr als

einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit durch das Bundesarbeitsgericht²⁵, der Berechnung von Promotionszeiten²⁶ oder die Annahme weiterer Tatbestandsmerkmale²⁷ nicht geringer geworden. Von der bei Einführung des WissZeitVG noch beabsichtigten einfachen und rechtssicheren Handhabung der Befristungen gem. § 2 WissZeitVG zum Schutze der Wissenschaftsfreiheit und zur Entlastung der Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen ist nicht mehr viel zu erkennen.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Katharina Schindler ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

25 BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 193/20 = NZA 2021, 786; bei Misch Tätigkeiten muss die wissenschaftliche Tätigkeit überwiegen, vgl. *Müller-Glöge*, ErfK, 21. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn. 2b; *Boemke*, jurisPR-ArbR 39/2021 Anm. 3.

26 Vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14, BAG Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14; BAG Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17; dazu *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG, OdW 2020 S. 261 ff.; siehe auch BAG NZA 2012, 385; zum Ausschluss

der Verlängerung nach Ausschöpfung der Promotionszeit vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. März 2021 – 8 Sa 160/20 –, juris.

27 Vgl. LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20; dazu *Pschorr*, Qualifikation durch Beschäftigung?, RdA 2021, 237 ff.; *Mandler/Banerjee*, Die Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung als Tatbestandsmerkmal der sachgrundlosen Befristungen gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG?, OdW 2021 S. 193 ff.

Christoph Pinsdorf

Haben gemeinsame Berufungen Zukunft?

*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung
des deutschen und internationalen Wissenschafts-
rechts e.V. am 11. und 12. Dezember 2021*

Kooperationen zwischen Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen prägen die deutsche Wissenschaftslandschaft. Gemeinsame Berufungen und die adäquate Ausgestaltung der sie begleitenden Berufungsverfahren sind bei diesen Kooperationen ebenso unentbehrlich wie komplex. Zur Umsetzung gemeinsamer Berufungen haben sich Modelle für die Bereitstellung und Besetzung von Professuren etabliert, die allerdings – abhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung – unterschiedliche und zahlreiche Rechtsprobleme aufwerfen.

Angesichts dieser Ausgangslage befasste sich der Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts in einer zweitägigen Online-Veranstaltung am 11. und 12. Dezember 2021 mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das System der gemeinsamen Berufungen noch zukunftsfähig ist. Die ReferentInnen erörterten grundsätzliche strategische und rechtliche Fragestellungen, beleuchteten allgemeine und spezielle wichtige Probleme gemeinsamer Berufungen und Berufungsverfahren ebenso wie die Notwendigkeit und Möglichkeiten der Entwicklung und Erprobung neuer Modelle gemeinsamer Berufungen, um die Zukunftsfähigkeit des Systems gemeinsamer Forschungs Kooperationen gewährleisten zu können.¹

I. Warum gemeinsame Berufungen?

Prof. Dr.-Ing. Matthias Kleiner, Präsident der Leibniz-Gemeinschaft, führte zu Beginn seines Vortrages aus, seit Einführung des Karlsruher Modells der gemeinsamen Berufungen sei eine umfassende Kooperation zwischen Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen erblüht, die für alle Beteiligten einen Mehrwert biete, der mehr als die Summe der einzelnen Teile („Steigerung der Attraktivität der jeweiligen Hochschule“ auf der einen und „Spezialisierung der außeruniversitären Forschungseinrichtung“ auf der anderen Seite) sei. Dies werde auch im internationalen Kontext anerkannt. Zwar kennen viele Staaten gemeinsame Beru-

fungen nicht, diese Staaten erkennen jedoch die Notwendigkeit, die „Versäulung ihres Wissenschaftssystems“ aufzubrechen.

Zusammenfassend widmete sich *Kleiner* der Frage, was das System der gemeinsamen Berufungen attraktiv mache. In der Leibniz Gemeinschaft werden gemeinsame Berufungen als „Nukleus profilierter Wissenschaftsstandorte und als Instrumente verstanden, um Leuchtturmprojekte von internationaler Sichtbarkeit“ zu entwickeln. Hochschulen können durch gemeinsame Berufungen ihr Lehrangebot erweitern, Zugang zu speziellen Forschungsinfrastrukturen und zu besonderer wissenschaftlicher Expertise erhalten und dadurch ihr Forschungsprofil weiter schärfen. Außeruniversitäre Forschungseinrichtungen gewinnen mittels gemeinsamer Berufungen frühen Kontakt zu jungen WissenschaftlerInnen, ermöglichen den eigenen WissenschaftlerInnen eine Qualifikation in der Lehre und erhalten die Möglichkeit zur internationalen Vernetzung sowie zur Betreuung von Promotionen. Im Ergebnis sei daher jede gemeinsame Berufung ein Gewinn.

Es müsse allerdings auch der Blick auf die Hürden und Hemmnisse gemeinsamer Berufungen gerichtet werden. Die zu beobachtende „gewisse Müdigkeit“ seitens der Hochschulen zur Umsetzung gemeinsamer Berufungen habe vielfältige Ursachen: Eine gemeinsame Berufung rechne sich aus finanzieller Sicht der Universität scheinbar nicht. Auch die Angst der Hochschulen vor der Besetzung „normaler“ Professuren durch außeruniversitäre ForscherInnen sei zu erkennen. Dieser Befürchtung könne aber durch eine gute Vernetzung und Einbindung wirksam begegnet werden.

Wenn die Erfolgsfaktoren (Beachtung der Schnittmenge strategischer Interessen, gemeinsames Verständnis wissenschaftlicher Qualität, Klarheit über die jeweiligen Interessen, Zuweisung von Rollen und Handlungsspielräumen durch klare Regeln sowie die Herstellung von Transparenz) und einige praktische Regeln beachtet werden, lohne sich jede gemeinsame Berufung.

¹ Eine ausführliche Version des Tagungsberichts ist auf der Internetseite des Vereins zur Förderung des deutschen & internatio-

nen Wissenschaftsrechts e.V. unter folgendem Link zu finden: <https://www.verein-wissenschaftsrecht.de/publikationen.html>.

Gemeinsame Berufungen seien systemrelevant. Die engen, durch Forscherpersönlichkeiten getragenen Verbindungen seien ein wichtiger Baustein dafür, die Attraktivität und Zukunftsfähigkeit des Wissenschaftsstandorts Deutschland zu erhalten und einen wichtigen Beitrag zur Lösung der gewaltigen Herausforderungen unserer Zeit zu leisten.

II. Gemeinsame Berufungen als Standortfrage

Prof. Oliver Günther, Ph.D., Präsident der Universität Potsdam, stellte zu Beginn seines Vortrages einige Fakten zur Universität Potsdam dar: Dem Anstieg der Studierendenanzahl um 10 % seit dem Jahr 2012 stehe ein Personalzuwachs von 30 % gegenüber. Hervorzuheben sei insbesondere die von 60 im Jahr 2012 auf gegenwärtig 110 gestiegene Zahl der gemeinsam berufenen ProfessorInnen.

In der Folge richtete *Günther* den Fokus auf die 110 gemeinsam berufenen WissenschaftlerInnen an der Universität Potsdam, die an 31 außeruniversitären Instituten tätig seien. Herauszustellen sei das Hasso-Plattner-Institut, auf das 29 der 110 gemeinsamen Berufungen besonderer Prägung entfallen. Im Ergebnis habe die Universität Potsdam bis auf wenige Ausnahmen durchweg positive Erfahrungen mit dem Institut der gemeinsamen Berufungen gemacht. Die Kooperation mit den außeruniversitären Partnern habe einen wesentlichen Teil zum Erfolg der Universität beigetragen.

Im Folgenden ging *Günther* näher auf das innovative Modell der Gründung der Digital Engineering Fakultät ein, die gemeinsam vom Hasso-Plattner-Institut und der Universität Potsdam getragen werde. Möglich sei die Gründung dieser Fakultät erst aufgrund des deutschlandweit einzigartigen § 71 Abs. 4 des Brandenburgischen Hochschulgesetzes (BbgHG) geworden.

In seiner Schlussbetrachtung betonte *Günther*, das von der Universität Potsdam „sehr intensiv und sehr gerne“ genutzte Institut der gemeinsamen Berufungen als Strukturmodell habe geholfen, als größte und forschungsstärkste Universität des Landes Brandenburg noch sichtbarer zu werden. Ein starker externer Partner seien *Prof. Hasso Plattner* und seine Stiftung, die die Einrichtung eines international sichtbaren Schwerpunkts ermöglichen.

Nicht verschweigen dürfe man allerdings auch die Herausforderungen bei gemeinsamen Berufungen: So sei zu beklagen, dass es immer noch zahlreiche wissen-

schaftliche Publikationen aus den außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit gemeinsam berufenen WissenschaftlerInnen gebe, auf denen die Universität nicht als Affiliation aufgeführt sei. Weiterhin sei das Problem der Rückfälle zu benennen. Auch das Tenure-Track-Modell stelle eine Herausforderung, insbesondere im Bereich der arbeitsvertraglichen Unterlegung und Ausgestaltung des jeweils gewählten Berufungsmodells, dar.

III. Modelle gemeinsamer Berufungen

Manfred Nettekoven, Kanzler der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen (RWTH Aachen), stellte in seinem Vortrag die Modelle der gemeinsamen Berufungen vor. Eingangs beschrieb er die zentrale Strategie der RWTH Aachen, bis zum Jahr 2030 qualitatives Wachstum zu erzeugen. An der RWTH Aachen werde bereits fünf Jahre vor der Neubesetzung einer Professur geplant, welcher – auch interdisziplinären – Strukturen es bedarf, um die frei werdende Professur möglichst sinnvoll zu besetzen. Dabei gehe man von vier Gruppen von Berufungen aus: den „Leuchtturm-Berufungen“, den „Nachwuchs-Tenure-Berufungen“, den „Gemeinsamen Berufungen mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen“ und den „Fakultätsübergreifenden Berufungen ohne Planungen“.

Sodann lenkte *Nettekoven* den Blick auf die einzelnen, von der RWTH Aachen bei der Umsetzung der vorstehenden Strategie eingesetzten Berufungsmodelle. Zunächst beschrieb er ausführlich die Strukturen, Merkmale und Unterschiede des Jülicher, Berliner und Karlsruher Modells.

Ausschlaggebend für die künftig vermehrte Anwendung des sogenannten Aachener Modells an der RWTH Aachen sei auch die Problematik der drohenden Umsatzbesteuerung im Berliner Modell. Das Aachener Modell beruhe auf § 39b Abs. 3 des Hochschulgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW). Hiernach könne die Hochschule im Rahmen einer gemeinsamen Berufung die HochschullehrerInnen ohne Bezüge beurlauben. Die Beurlaubung könne auch – das unterscheidet das Aachener vom Jülicher Modell – in geringerem Maße als dem vollen Umfang erfolgen.² Auch bei der Teilbeurlaubung behalten die Berufenen die vollen universitären Rechte und Pflichten. Die Vergütung erfolge durch die Universität entsprechend dem jeweiligen Stelenumfang. Die teilbeurlaubten ProfessorInnen werden

2 Eine Teilbeurlaubung von BeamtInnen ist nicht in allen Bundesländern möglich.

im Umfang der Beurlaubung für eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages tätig. Die außeruniversitäre Forschungseinrichtung übernehme nicht nur die Vergütung für die an ihr geleistete Tätigkeit, sondern zahle auch einen Versorgungszuschlag. Im Regelfall stelle zukünftig eine Berufung in Nebentätigkeit oder verstärkt nach dem Aachener Modell im Vergleich zu einer Berufung im Jülicher Modell die bessere Lösung dar, um die Berufenen stärker an die Universität zu binden.

Aufwändiger als im Jülicher Modell gestalte sich eine gemeinsame Berufung im Aachener Modell allerdings hinsichtlich der Gewährung der Ausstattung: Dabei könne sowohl eine eigene Ausstattung an der Universität (dem Stellenanteil entsprechend) als auch eine eigene Ausstattung an der außeruniversitären Forschungseinrichtung vereinbart werden. Zwar sei eine Anbindung an beide Institutionen teurer, die Hochschule gewinne aber an Profil.

Nettekoven äußerte die Auffassung, es werde auch weiterhin Berufungen nach dem Karlsruher Modell geben. Das Karlsruher Modell leide jedoch an der Schwierigkeit, begründen zu können, dass sich die Leitung eines Forschungsinstituts in Nebentätigkeit meistern lasse. Hier biete sich zur Lösung des geschilderten Problems die Einführung eines Co-Leistungsmodells an. Die RWTH Aachen wolle in Zukunft nicht mehr nach dem in der Praxis aufwändig umzusetzenden Berliner Modell gemeinsam berufen, sondern auf das Aachener Modell zurückgreifen, mit dem man – wie beim Berliner Modell – gewährleisten könne, dass den Berufenen Rechte und Pflichten sowohl an der Universität als auch an der außeruniversitären Forschungseinrichtung eingeräumt bzw. auferlegt werden.

IV. Gestaltung gemeinsamer Berufungsverfahren (Teil I)

Prof. Dr. Klaus Herrmann, Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei Dombert Rechtsanwälte, berichtete über die Mühen der Ebene der komplexen und an manchen Stellen überkomplexen gemeinsamen Berufungen. Er machte klar, dass überall dort, wo öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse begründet werden, der Dienstherr ein Auswahlverfahren eröffnen müsse, das den Bewerbungsverfahrenanspruch der Bewerber verfahrensmäßig absichere.³ Mithin seien die staatlichen Hochschulen an die Pflicht zur Ausschreibung der zu vergebenden Stellen und an das Gebot der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.

Am Beispiel des § 38 Abs. 1 des HG NRW stellte *Herrmann* anschließend heraus, dass die Stellen für ProfessorInnen im Hochschulbereich regelmäßig öffentlich auszuschreiben seien. Auf die Ausschreibung könne lediglich in den abschließend geregelten – von *Herrmann* näher beleuchteten – Ausnahmefällen des § 38 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 - 5 HG NRW verzichtet werden.

Fraglich sei, ob die Aufgaben, die gemeinsam Berufenen neben ihren gesetzlichen universitären Aufgaben an außeruniversitären Forschungseinrichtungen wahrnehmen, ihrerseits gesetzlich verankert werden müssen. Entsprechende Bemühungen zu Verankerungen finden sich nunmehr in § 50 Abs. 11 des Hochschulgesetzes Rheinland-Pfalz (HochSchG RP), § 39b HG NRW und § 97 Abs. 2 des Berliner Hochschulgesetzes (BerIHG). Ohne eine gesetzliche Verankerung im vorgenannten Sinne reiche ein bloßer Hinweis im Ausschreibungstext, dass die Möglichkeit bestehe, neben den gesetzlichen Dienstaufgaben auch Fach- und Führungsaufgaben an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung wahrzunehmen, nicht aus, um Rechte und Pflichten zur Wahrnehmung der Fach- und Führungsaufgaben zu begründen.

Sodann setzte sich *Herrmann* mit den Voraussetzungen der Rufentscheidung auseinander. Es sei zumindest fraglich, ob die Ernennung unter die Bedingung gestellt werden dürfe, dass sich die BewerberInnen und die außeruniversitären Forschungseinrichtung einig werden. Es müsse dringend eine gesetzliche Regelung für die Folgen eines Scheiterns der Berufungsverhandlungen der BewerberInnen mit den außeruniversitären Forschungseinrichtungen geschaffen werden.

Problematisch sei insbesondere die Frage, wie die Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Entscheidungen über die Evaluierung von lediglich befristet eingestellten Bewerbern zusammenwirken, wenn man bedenke, dass sich eine Hochschule regelmäßig nur schwer ein Bild von den zu Evaluierenden machen könne, die fast die gesamte Befristungszeit vornehmlich an der außeruniversitären Forschungseinrichtung tätig geworden seien. Insgesamt sei – vor allem um dem Bewerbungsverfahrenanspruch der BewerberInnen auf eine diskriminierungsfreie Entscheidung gerecht zu werden – an der Ausgestaltung gemeinsamer Berufungsverfahren manches verbesserungswürdig und -fähig.

In den Berufungsverfahren sei ein Vergleich der Leistungen der BewerberInnen anzustellen, bei dem die in einem Berufungsverfahren für eine ausgeschriebene Professur geltenden Anforderungen zu Grunde zu legen

3 OVG Münster, Urteil vom 17.06.2019 – 6 A 1134/17, Rn. 77.

seien. Daher dürfe auch in gemeinsamen Berufungsverfahren nicht ausschließlich auf diejenigen Anforderungen abgestellt werden, die für die Leitung einer außeruniversitären Forschungseinrichtung notwendig seien.

Zunehmend rücken auch die gemeinsamen Berufungskommissionen in den Fokus der Gerichte. Finde sich im Landesrecht keine dem § 40 Abs. 9 des BbgHG entsprechende Regelung bzw. keine Regelung, nach der der Fakultätsrat die durch die außeruniversitäre Forschungseinrichtung bestimmten Mitglieder der Berufungskommission bestätige, müsse die jeweilige Hochschule die richtige Zusammensetzung der Berufungskommissionen sicherstellen und etwa die Zuordnung externer Mitglieder zu den Hochschulgruppen beachten.

V. Gestaltung gemeinsamer Berufungen (Teil II)

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis, Lehrstuhlinhaber an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg und Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, fokussierte sich auf das Problemfeld der Gestaltung von Berufungsverfahren im Bereich der Zusammensetzung von Berufungsausschüssen mit Schwerpunkt auf die Problematik der Befangenheit der Ausschussmitglieder.

Geis stellte zunächst die für die Zusammensetzung und das Verfahren von Berufungsausschüssen anwendbaren Rechtsquellen dar. Regelmäßig sei das gemeinsame Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren. Mit hin finde das (Landes-)Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) des Sitzlandes der ernennenden Hochschule Anwendung. Die Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft⁴, in welchen Fällen Entscheidungen im Hochschulbereich wegen Befangenheit anfechtbar seien, entfalten keine unmittelbare Rechtswirkung. Sie seien als Empfehlungen zu verstehen. Die jeweiligen Hochschulsatzungen, insbesondere die Berufsordnungen, seien allerdings als ergänzende Rechtsquellen heranzuziehen.

Da es sich bei Berufungsausschüssen um Ausschüsse gem. § 88 VwVfG handle, finde subsidiär das in den §§ 88 - 93 VwVfG geregelte Recht der Ausschüsse Anwendung, soweit Rechtsvorschriften nichts Abweichendes bestimmen. Die Landeshochschulgesetze (bzw. im Rahmen einer Ermächtigung die Grundordnungen)

können z. B. – auch für gemeinsame Berufungen – abweichende Sonderregelungen hinsichtlich der Wahl des Vorsitzenden, der Beschlussfähigkeit von Berufungsschüssen⁵ oder des Inhalts der anzufertigenden Niederschriften der Ergebnisse von Ausschusssitzungen vorsehen.

Sodann stellte *Geis* den abschließenden Katalog der Gründe für einen Ausschluss vom Verwaltungsverfahren kraft Gesetzes gem. § 20 Abs. 1, 5 VwVfG dar. Hier nach seien insbesondere die in § 20 Abs. 5 VwVfG aufgeführten Angehörigen, Geschiedene, Pflegeeltern und -kinder auch im Fall des Erlöschens der Verwandtschaftsverhältnisse nach einer Adoption kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die DFG-Hinweise 10.201 – 4/10 können lediglich als Auslegungshilfe bei der Einschätzung der Frage herangezogen werden, ob ein Grund vorliege, der geeignet sei, Misstrauen gegen die unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen.

Anschließend machte *Geis* auf zahlreiche Einzelfallgestaltungen aufmerksam, in denen unter den besonderen Umständen der jeweiligen „Scientific Community“ ein die Besorgnis der Befangenheit begründendes (besonderes) Näheverhältnis angenommen werden könne bzw. ein solches abzulehnen sei.⁶ Insbesondere die Auffassung, nach der ehemalige Betreuende als externe Gutachterinnen und Gutachter zuzulassen seien, weil sie vertiefte Kenntnis der Kandidatinnen und Kandidaten haben,⁷ sei im Sinne der akademischen „Hygiene“ eindeutig abzulehnen.

Wenn der Grund für die Besorgnis der Befangenheit im Laufe des Berufungsverfahrens wieder weg falle, spreche § 20 Abs. 4 S. 4 VwVfG dafür, dass ein Ausschluss für das gesamte Verfahren gelte, wenn dieser einmal festgestellt worden sei.⁸ Vermute ein Bewerber bzw. eine Bewerberin die Besorgnis der Befangenheit, rüge dies aber nicht, so verwirke der Bewerber bzw. die Bewerberin entgegen der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung⁹ sein bzw. ihr Rügerecht nicht analog § 71 Abs. 3 VwVfG. Sei ein Ausschluss wegen der Besorgnis einer Befangenheit nicht erfolgt, führe das Tätigwerden der Befangenen an den Beratungen und offenen Abstimmungen stets zur Rechtswidrigkeit. Eine Heilung dieses Fehlers sei lediglich durch eine Nachnominierung, eine neue Sitzung und erneute Beschlussfassung möglich.¹⁰ Sei hingegen ein Ausschluss erfolgt, der unbegründet ge-

4 DFG-Hinweise 10.201 – 4/10.

5 Sog. „doppelte Mehrheit“ (vgl. Art. 18 Abs. 4 S. 2 BayHSchPG); vgl. auch BVerfG, Urteil vom 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79 ff. (Hochschulurteil).

6 Vgl. etwa VG Hannover, Beschluss vom 19.06.2003 – 6 B 2398/03 oder HmbOVG, Beschluss vom 09.10.1998 – 1 Bs 214/98.

7 OVG Koblenz, Beschluss vom 28.09.2007 – 2 B 10825/07, unter

Berufung auf *Krüger/Leuze* in: Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1, 2000, § 45 HRG Rn. 22.

8 BVerfG, Urteil vom 30.05.1984 – 4 C 58.81; VG Düsseldorf, Urteil vom 03.12.2015 – 15 K 7734/13.

9 OVG Koblenz, Beschluss vom 28.09.2007 – 2 E 1024/07; OVG Greifswald, Beschluss vom 21.04.2010 – 2 M 4/10.

10 Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG.

wesen sei, so führe dieser Ausschluss nicht zu einer Rechtswidrigkeit der Entscheidung, da sich keine Beeinträchtigung der Objektivität der verbliebenen Ausschussmitglieder und der Entscheidungsfindung feststellen lassen könne.

VI. Gemeinsame Berufungen – Ausgewählte Problemstellungen der Besoldung, Vergütung, Versorgung

Dr. Vanessa Adam, Rechtsanwältin und Justitiarin beim Deutschen Hochschulverband, lenkte den Fokus auf gemeinsame Berufungen aus Sicht der Rechtspraxis.

Adam begann mit der Analyse ausgewählter Praxisprobleme im Jülicher Modell. Die besoldungs-, versorgungs-, aber auch beihilferechtlichen Probleme des Jülicher Modells verdeutlichte sie anhand der Vertragsverhältnisse im Dreiecksverhältnis zwischen

- der Hochschule und den ProfessorInnen (Berufungsvereinbarung),
- den ProfessorInnen und der außeruniversitären Forschungseinrichtung (Abschluss eines Angestelltenvertrages) sowie
- der außeruniversitären Forschungseinrichtung und der Hochschule (Kooperationsvertrag zur gemeinsamen Berufung).

In der Praxis zeige sich häufig ein Auseinanderlaufen der Besoldung in der Berufsvereinbarung und der Vergütung durch die außeruniversitäre Forschungseinrichtung. Ideal sei es daher, bei gemeinsamen Berufungen gleichlaufende Angebote zumindest hinsichtlich der Gesamtsumme der Besoldung bzw. Vergütung zu unterbreiten.

Adam stellte anschließend die versorgungsrechtliche Situation der im Jülicher Modell Berufenen dar: Ruhegehaltfähig sei die Zeit der Beurlaubung ohne Dienstbezüge nur, wenn unter anderem ein Versorgungszuschlag für die Dauer der Beurlaubung gezahlt werde.¹¹ Ein für die Ruhegehaltfähigkeit von Leistungsbezügen vorausgesetzter Bezug von unbefristeten Leistungsbezügen bedarf einer Gewährung durch den beamtenrechtlichen Dienstherrn und nicht durch die außeruniversitäre Forschungseinrichtung. Dieses Problem habe inzwischen eine Vielzahl von Ländern erkannt und explizit geregelt,

dass von der Hochschule festgesetzte Leistungsbezüge im Falle von gemeinsamen Berufungen mit einer außeruniversitären Forschungseinrichtung bei einer Beurlaubung ohne Dienstbezüge ruhegehaltfähig seien, soweit dafür ein entsprechender Versorgungszuschlag entrichtet werde.¹²

Beurlaubte ProfessorInnen seien nicht automatisch alleine aufgrund des Bestehens eines Beamtenverhältnisses von der Sozialversicherungspflicht befreit. Eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht in der Beschäftigung beim außeruniversitären Forschungsinstitut könne durch einen Gewährleistungsbescheid seitens des beurlaubenden Dienstherrn erwirkt werden.¹³ Insbesondere solle darüber nachgedacht werden, dem Beispiel Nordrhein-Westfalens folgend, in den „großen Gewährleistungsbescheid“ eine Rücknahmeerklärung des Dienstherrn mitaufzunehmen, um eine unabgesicherte Situation für die beurlaubten BeamtenInnen zu vermeiden.¹⁴

Praxisrelevant sei im Berliner Modell insbesondere die Frage, wie man sicher bewerten könne, dass die für eine Weitergewährung besonderer Leistungsbezüge vorausgesetzten besonderen Leistungen tatsächlich erbracht wurden. Im Idealfall sollten daher nicht nur klarstellende Regelungen im Kooperationsvertrag zwischen Hochschule und außeruniversitärer Forschungseinrichtung, sondern auch im Satzungsrecht der Hochschule getroffen werden, nach denen dem außeruniversitären Forschungsinstitut das Recht der Mitwirkung zur Bewertung der Leistungen zugestanden werde.

Die Gewährung von Funktionsleistungsbezügen sei in vielen Ländern nicht für die Wahrnehmung von Funktionen in außeruniversitären Forschungseinrichtungen möglich. Diesem Problem könne durch weiter gefasste Regelungen, wie sie in Hessen (§ 5 Abs. 1 S. 2 HessBesG), Berlin (§ 3 Abs. 8 S. 5 LBesG Berlin) oder Sachsen (§ 36 Abs. 1 Nr. 2 SächsBesG) zu finden seien, entgegengewirkt werden.

Das Landesrecht fordere regelmäßig für die Gewährung von Forschungs- und Lehrzulagen die Einwerbung von Mitteln privater Dritter für Forschungsvorhaben der Hochschule, nicht aber für Forschungsvorhaben außerhalb der Hochschule. Als ideal zur Lösung dieses Problems stufte *Adam* die in Berlin in § 3 Abs. 7 S. 2 LBesG

11 Vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 BeamtVG.

12 Vgl. § 38 Abs. 9 LBesG BW, § 2 Abs. 4 LBesG Berlin, § 35 Abs. 5 BbgBesG, § 78 Abs. 1 S. 7 HmbBesG, Art. 13 Abs. 1 S. 4 BayBeamtVG; ohne Regelung bisher z. B. Bremen und Thüringen.

13 Zum „kleinen bzw. großen erweiterten Gewährleistungsbe-

scheid“: vgl. RdErl. d. Finanzministeriums NRW - B 6028 - 3.4 IV - v. 16.11.2012.

14 Vgl. RdErl. d. Finanzministeriums NRW - B 6028 - 3.4 IV - v. 16.11.2012 Anlage II (Muster für eine große erweiternde Gewährleistungsentscheidung).

normierte Ausnahme ein.

Schließlich richtete *Adam* das Augenmerk auf ausgewählte Praxisprobleme im Karlsruher Modell. Das Karlsruher Modell stoße an die Grenzen dessen, was das Nebentätigkeitsrecht der Länder zulasse. Problematisch sei insbesondere, dass im Nebentätigkeitsrecht die sogenannte Fünftelvermutung gelte. Da die Fünftelvermutung aber eine Regelvermutung sei, seien sachlich begründete Ausnahmen zulässig. Zudem unterliegen die Einkünfte aus Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst oder im diesem gleich gestellten Dienst regelmäßig einer Ablieferungspflicht an den Dienstherrn, wenn die Einkünfte eine bestimmte Höchstgrenze übersteigen. Im Nebentätigkeitsrecht sei regelmäßig keine Ausnahme von der Ablieferungspflicht für Einkünfte aus einer Leitungstätigkeit an einem außerordentlichen Forschungsinstitut normiert.¹⁵

VII. Gemeinsame Berufungen und steuerrechtliche Auswirkungen

Christine von Vangerow, Vizepräsidentin für Personal und Recht am Karlsruher Institut für Technologie (KIT), beleuchtete in ihrem Vortrag die gemeinsamen Berufungen vor allem aus dem Blickwinkel des Umsatzsteuerrechts. Zunächst stellte sie unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) die Definition des BMF zum Begriff der gemeinsamen Berufungen dar. Diese Definition unterscheide sich signifikant von der Sichtweise der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz.¹⁶ Die unterschiedlichen Blickwinkel des BMF und der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz auf gemeinsame Berufungen bieten Anlass zu einer unterschiedlichen steuerrechtlichen Bewertung.

Die Finanzämter nehmen vor allem bei gemeinsamen Berufungen im Berliner Modell eine Umsatzsteuerpflicht an. Das Steuerrecht streue zunehmend Sand in das Getriebe einer Verzahnung der Wissenschaftssysteme. Es sei daher sehr herausfordernd für die Forschungspartner, die Risiken gemeinsamer Berufungen zu erkennen und die Verträge rechtssicher zu gestalten.

Nach der aktuellen Rechtslage seien Universitäten als juristische Personen des öffentlichen Rechts steuerpflichtig, wenn sie unternehmerisch tätig seien. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts sei grundsätz-

lich als Unternehmer anzusehen, wenn sie selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen (wirtschaftliche Tätigkeit) oder diese Tätigkeit im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art (BgA) ausübe. Sei die außeruniversitäre Forschungseinrichtung, bei der das Personal eingesetzt werde, privatrechtlich organisiert, so müsse es – anders als im Einzelfall bei einer öffentlich-rechtlich organisierten außeruniversitären Forschungseinrichtung – als irrelevant betrachtet werden, in welchem Bereich das Personal eingesetzt werde: Es liege stets ein umsatzsteuerrechtlich relevanter Leistungsaustausch vor. Mit Ablauf der bis zum 31.12.2022 geltenden Übergangsfrist bewirke der ab dem 01.01.2023 anzuwendende § 2b UStG allerdings eine deutliche Veränderung der umsatzsteuerrechtlichen Situation.

Die im Jülicher Modell an die Universitäten zu zahlenden Versorgungszuschläge seien von den Betriebsprüfern als ein umsatzsteuerbarer und umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch zwischen der Hochschule und der außeruniversitären Forschungseinrichtung qualifiziert worden. Das BMF habe im Jahr 2020 einen Lösungsansatz skizziert,¹⁷ nach dem der gezahlte Versorgungszuschlag dann eine Leistung der außeruniversitären Forschungseinrichtungen an die gemeinsam Berufenen sei, mithin nicht als umsatzsteuerrechtlich relevante Zahlung an die Hochschule oder das Land zu bewerten sei, wenn sich insbesondere im Arbeitsvertrag der Berufenen mit der außeruniversitären Forschungseinrichtung die Vereinbarung finde, das Gehalt der Berufenen „zuzüglich des Versorgungszuschlages zu bezahlen“.

Anschließend widmete sich *von Vangerow* der Frage der Umsatzsteuerpflicht von Universitäten, wenn die gemeinsamen Berufungen nach dem Berliner Modell ausgestaltet sind. Eingehend stellte sie zunächst die Argumente der Allianz der Wissenschaftsorganisationen vor. In seinem Antwortschreiben habe sich das BMF mit diesen Argumenten detailliert auseinandergesetzt, diese aber als unbeachtlich qualifiziert. Im Ergebnis liege im Fall der Gestellung von HochschullehrerInnen gegen eine Personalkostenerstattung eine Unternehmereigenschaft vor, da ein Leistungsaustausch gegen Entgelt stattfinde. Das BMF habe darauf hingewiesen, dass es mit der Anwendung des § 2b UStG nicht mehr darauf ankomme, ob die Personalgestellung im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art erfolge und daher empfohlen, ein ge-

15 Vgl. aber z. B. § 8 Abs. 1 Nr. 5 Hochschulnebenberufungsverordnung Nordrhein-Westfalen (HNtV).

16 Ad-hoc-Arbeitsgruppe "Gemeinsame Berufungen" des Ausschusses der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz, Gemeinsame Berufungen von leitenden Wissenschaftlerinnen und

Wissenschaftlern durch Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen – Bericht und Empfehlungen – Fortschreibung – vom 04.02.2014, Heft 37.

17 BMF-Schreiben an das Sekretariat der Kultusministerkonferenz vom 26.11.2020, III C 2 – S 7107/19/10005 :015.

meinsames Berufungsmodell zu wählen, das sich steuerrechtlich nicht auswirke.

Im Einzelfall müsse aufgrund der dargestellten steuerrechtlichen Situation stets eruiert werden, wie durch eine gemeinsame Berufung ein Mehrwert generiert werden könne, ohne rechtlichen Unsicherheiten ausgesetzt zu sein. Möglicherweise sei ein Weg einzuschlagen, bei dem wissenschaftliche Kooperation verstärkt über die Einrichtung von außerplanmäßigen Professuren stattfinde.

VIII. Gemeinsame Berufungen – Vom Titular-Instrument zum strategisch-inhaltlichen Konnektiv

Prof. Dr.-Ing. Wolfgang Marquardt, Vorstandsvorsitzender des Forschungszentrums Jülich sowie Vize-Präsident und Koordinator des Forschungsbereichs Information der Helmholtz Gemeinschaft, stellte im letzten Vortrag der Tagung die Perspektiven gemeinsamer Berufungen dar.

Aus wissenschaftspolitischer Sicht gelte es als gemeinsames Ziel, der Fragmentierung des föderalen Wissenschaftssystems entgegenzuwirken und die Vorteile sowohl der universitären als auch der außeruniversitären Sphäre produktiv und synergetisch zu vereinen. Gemeinsame Berufungen bündeln das Beste aus beiden funktionalen Sphären in personenbezogener Kooperation, um international konkurrenzfähige Voraussetzungen für Spitzenforschung zu schaffen und nicht zuletzt attraktive Entwicklungs- und Karriereperspektiven für NachwuchswissenschaftlerInnen zu gewährleisten.

Wesentlich seien vor allem die Fragen,

- ob gemeinsame Berufungen tatsächlich ein zielführendes Instrument zur Stärkung der Kooperation zwischen den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und den Universitäten seien oder lediglich als Vehikel genutzt werden, um den außeruniversitären Forschungseinrichtungen einen Zugang zu den Funktionalitäten einer Professur zu verschaffen,
- auf welchem Hierarchie- bzw. Karriereniveau gemeinsame Berufungen sinnvoll und zielführend seien, insbesondere mit Blick auf die unterschiedlichen Zielbilder der Stufen der W-Besoldung, und
- mit welchen Rahmenbedingungen und Erfolgsfaktoren sich gemeinsame Berufungen vom Titular zum wirksamen Kooperationsinstrument entwickeln lassen.

Aus der Perspektive der Wissenschaftspolitik müsse eine ausgewogene Interessenbalance zwischen den Interessen der Universitäten und der außeruniversitären Forschungseinrichtungen hergestellt werden. Der Wissenschaftsrat habe daher im Jahr 2013 die Empfehlungen und Leitbedingungen für gemeinsame Berufungen zur Förderung vielfältiger partnerschaftlicher Kooperationen entwickelt. In diesen schlage er vor, gemeinsame Berufungen als „Doppelberufungen“ auszugestalten.¹⁸ Leitbedingung für Doppelberufungen sei vor allem eine echte Doppelzugehörigkeit der berufenen Person zu beiden Einrichtungen, inklusive aller damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Weitere Leitbedingungen seien die Gewährung einer den spezifischen Aufgaben angemessenen institutionellen Ausstattung an beiden Einrichtungen sowie nicht zuletzt eine Zurechnung der erbrachten Leistungen auf die Einrichtungen, an denen sie tatsächlich erbracht werden.

Bei der Umsetzung der Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Herstellung der Interessenbalance müsse darauf geachtet werden, einen breiten Auflagepunkt durch die Verständigung auf verbindliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Besonders geeignet, die anvisierte Balance herbeizuführen, seien die hybriden Modelle gemeinsamer Berufungen (hybrides Berliner Modell in Gestalt eines Teilerstattungsmodells, Aachener Modell als Teilbeurlaubungsmodell und Karlsruher Modell als Nebentätigkeitsmodell). Attraktiv bei den hybriden Modellen sei insbesondere der Umstand, dass auf beiden Seiten eine Ausstattung vorhanden sei. Vielversprechend sei vor allem das Aachener Modell nach § 39b HG NRW (Teilbeurlaubungsmodell), dessen Wirksamkeit es auszutesten gelte, bevor in eine Diskussion über neue Modelle gemeinsamer Berufungen eingestiegen werde. Neuer Modelle bedürfe es daher nicht.

Da man sich für die richtige Umsetzung einer erfolgreichen gemeinsamen Berufung mit dem Ziel, die „besten Köpfe gemeinsam zu gewinnen und zu halten“, der unterschiedlichen Ausgestaltung der „W-Stufen“ in der W-Besoldung bewusst werden müsse, gab *Marquardt* einen detaillierten Überblick über die Zielbilder sowie die strategische Bedeutung der drei „W-Stufen“. Im Ergebnis seien vor allem W₃-Professuren profilbildend und von höchster strategischer Bedeutung. Vor allem diese Berufungen schaffen den Wert für eine Profilierung nicht nur der Universität und der außeruniversitären Forschungseinrichtung, sondern auch des jeweiligen regionalen Standorts. Bei der gemeinsamen Berufung der „Top-

18 Vgl. Wissenschaftsrat, Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems, Drs. 3228 – 13, S. 15, Braunschweig, 12.07.2013.

WissenschaftlerInnen“ sah *Marquardt* die hybriden (Teilbeurlaubungs-)Modelle als Mittel der Wahl an. Bei den gemeinsamen Berufungen auf W2-Professuren verbleibe allerdings wenig Raum für die Anwendung der hybriden Modelle. Hier sei eher das „klassische Jülicher Modell“ geeignet. Auch bei den W1-Berufungen, deren strategische Bedeutung nicht unterschätzt werden dürfe, erkannte er keinen Raum für die Etablierung der hybriden Modelle.

Marquardt machte eine Vielzahl von Vorteilen hybrider (Teilbeurlaubungs-)Modelle bei gemeinsamen Tenure-Track-Berufungen aus: Hierdurch könne man nicht nur eine echte Alternative zu „up or out“ etablieren, sondern vor allem auch Flexibilität für die Berufenen und die berufenden Institutionen schaffen, indem auf den möglicherweise geänderten Bedarf der Universität und der Berufenen eingegangen werden könne.

Eine Vielfalt an Berufungsmodellen sei grundsätzlich funktional, auch wenn nicht alle Modelle gleichermaßen

notwendig sein mögen. Die derzeit angewandten Modelle müssen daher von Wissenschaft und Politik weiter erprobt und fortentwickelt werden. In diesem Entwicklungsprozess versprechen insbesondere die hybriden (Teilbeurlaubungs-)Modelle, mit deren Anwendung jedoch weitere Erfahrungen gewonnen werden müssen, ein Agieren der Partner auf Augenhöhe und das Erreichen eines Interessenausgleichs.

Christoph Pinsdorf ist bei der Generalzolldirektion im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen und beim Deutschen Hochschulverband als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig.

Matthias Bode
*Carsten Morgenroth, Hochschulstudienrecht und
Hochschulprüfungsrecht,
Nomos, 3. Auflage 2021, 228 Seiten, ISBN 978-3-
8487-7036-6*

Mit seinem „Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht“ legt *Carsten Morgenroth* eine sehr verständliche und übersichtliche Darstellung der wesentlichen Rahmenbedingungen ausgewählter Bereiche des Hochschulrechts vor. Der Verfasser wählt den Aufbau eines Lehrbuches und füllt damit eine Lücke in der Landschaft hochschulrechtlicher Literatur. Hier sind einerseits sehr umfassende Handbuch-artige Monographien¹ anzutreffen und andererseits Kommentierungen der jeweiligen Landeshochschulgesetze und sonstigen landesrechtlichen Vorschriften.² Seinem Charakter als Lehrbuch trägt das Werk auch dadurch Rechnung, dass die wichtigsten Rechtsvorschriften auszugsweise im Anhang wiedergegeben werden – abgesehen von den hierfür zu umfangreichen Hochschul- und Hochschulzulassungsgesetzen.

Morgenroth schildert zunächst die „Grundlagen“ des Hochschulsystems, S. 15 ff., und erläutert dabei unter anderem die „Doppelnatur staatlicher Hochschulen“ als Vollzugsorgan staatlichen Rechts und Schöpfer eigenen Rechts, S. 17 f. Dies ist zentral, da hiermit der Eindruck der Hochschule als bloß „nachgeordnete Behörde“ von vornherein vermieden wird. Die Erörterung der relevanten Grundrechte fokussiert auf Art. 12, Art. 3 und Art. 5 GG. Mit dieser Reihenfolge greift der Verfasser bereits die Außensicht des Hochschulrechts auf, nämlich ihre Funktion als Ort der berufsvorbereitenden Bildung. Es gelingt ihm, die Grundlagen komprimiert und ein-

leuchtend zu schildern, ohne sich in Details zu verlieren. Grafische Darstellungen unterstreichen die wesentlichen Aussagen. Eine „Zusammenfassung“ greift die wesentlichen Erkenntnisse auf – dem Lehrbuchcharakter entsprechend wären diese allerdings auch am Ende der weiteren Kapitel wünschenswert. Auf der einfachgesetzlichen Ebene geht der Verfasser unter anderem auf die internationalen Vorgaben ein, etwa die Lissabon-Konvention, deren Einfluss auf das Hochschulrecht nicht zu unterschätzen ist. Zu erwähnen wären hier wohl auch noch die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das allgemeine Diskriminierungsverbot nach AEUV.

Das „Recht des Hochschulstudiums“, S. 65 ff., greift die Aspekte des Zugangs, der Zulassung sowie der Immatrikulation auf. Erwähnung finden auch Zugang und Zulassung zum Master, ebenso wie das Kapazitätsrecht. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Werk hier überblicksartig bleiben muss. Spätestens nach der der Numerus clausus III-Entscheidung und der Anpassung der Zulassungsgesetze hat sich die Vielgestaltigkeit der Zulassungsregelungen deutlich ausgeweitet.³ Vor diesem Hintergrund erläutert der Verfasser die entscheidenden Aspekte verständlich und unter Verweis auf weitführende Literatur.

Im Kapitel „Hochschulprüfungsrecht“, S. 119 ff., unterscheidet *Morgenroth* zwischen dem Leistungsermittlungsverfahren, dem Leistungsbewertungsverfahren

1 Vgl. etwa Hartmer, Michael/Detmer, Hubert (Hrsg.), Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., 2017; Pautsch, Arne/Dillenburger, Anja, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl., 2016. In vielen Punkten überholt, aber dennoch lesenswert sind die „Klassiker“ Thieme, Werner, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., 2004, und Flämig, Christian (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl., 1996.

2 Vgl. etwa Haug, Volker M. (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 3. Aufl., 2020; von Coelln, Christian/Haug, Volker M. (Hrsg.), Hochschulrecht Baden-Württemberg, 2020; Geis, Max-Emanuel (Hrsg.), Das Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl., 2017; von Coelln, Christian/Lindner, Josef-Franz

(Hrsg.), Hochschulrecht Bayern, 2020; Knopp, Lothar/Peine, Topel (Hrsg.), Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl., 2018; Neukirchen/Reußow/Schomburg (Hrsg.), Hamburgisches Hochschulgesetz, 2. Aufl., 2016; von Coelln, Christian/Thürmer, Monika (Hrsg.), Hochschulrecht Hessen, 2020; Epping, Volker (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, 2016; von Coelln, Christian/Pautsch, Arne (Hrsg.), Hochschulrecht Niedersachsen, 2020; von Coelln, Christian/Schemmer, Franz (Hrsg.), Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 2020.

3 Vgl. Bode, Matthias, Hochschulzugang und Hochschulzulassung, in: Geis, Max-Emanuel, Hochschulrecht in Bund und Ländern, 2021.

und dem Rechtsschutz. Hier sind die landesrechtlichen Spielräume etwas kleiner als im Bereich des Zulassungsrechts; mit der Erfahrung eines langjährigen Hochschuljustitiars gelingt es ihm, sowohl die Grundlagen als auch neuere Aspekte, etwa die Bekanntgabe von Prüfungsergebnisse in Portalen, oder Online-Prüfungen verständlich und pointiert zu erläutern. Ebenso wird der in der Praxis relevante Rechtsschutz in einer Form dargestellt, die auch Nicht-Juristen viele hilfreiche Erkenntnisse einbringen wird.

Mit dem Thema „Anerkennung von Leistungen“, S. 183 ff., greift *Morgenroth* schließlich ein Thema auf, das in der Praxis angesichts innerdeutscher, innereuropäischer und weltweiter Bildungsmigration zunehmend an Bedeutung gewinnt. Gegenübergestellt wird die „Anrechnung“ gleichwertiger Leistungen, die – prozessual bedeutsam – im Unterschied zur „Anerkennung“ die Beweislast beim Studierenden belässt.

Besonders hervorzuheben ist, dass der Verfasser mit dem „Corona-Recht: Recht der Online-Lehre“, S. 103 ff., ein sehr aktuelles und für Hochschulen wie Bewerber relevantes Thema aufgreift: Hier ist das Datenschutzrecht ebenso betroffen wie das Urheberrecht durch Einbindung fremder Inhalte. Auch die Verlängerung von Studienzeiten lässt er nicht unbeachtet. Im Bereich des Hochschulprüfungsrechts führt das Lehrbuch in alle wesentlichen Aspekte der Corona-Pandemie ein und unterlegt sie mit Anwendungsfällen bzw. aktueller weiterführender Literatur.

Insgesamt gelingt es *Morgenroth* souverän, die Vielfalt der hochschulrechtlichen Normen zusammenfassend zu erläutern und eine Einführung zu bieten. Je nachdem, in welches spezielle Fachgebiet sich der Leser vertiefen möchte – oder muss – werden Vertiefungshinwei-

se geboten; häufig in Richtung der Rechtsprechung, vielfach auch in die Literatur. So wird des dem Betreffenden gelingen, die Besonderheiten der jeweiligen landes- und hochschulrechtlichen Gegebenheiten herauszuarbeiten.

Dem Werk ist eine weite Verbreitung zu wünschen. Es ist ein wegweisender Schritt in Richtung der Etablierung eines Bildungsverwaltungsrechts als Lehrfach. Zugleich ist es jedem Neueinsteiger am Arbeitsplatz in der Hochschule zu empfehlen. Für die Zukunft wünschenswert wäre freilich die inhaltliche Erweiterung um zusätzliche Aspekte, etwa das Recht der Akkreditierung von Studiengängen. Da die Neuauflage erkennbar eine „Corona-Novellierung“ ist, bestehen angesichts der literarischen Aktivität und Aktualität von *Morgenroth* – siehe insoweit z. B. seine Publikationen in der *OdW* 2021⁴ – jedoch kaum Zweifel, dass eine sich anschließende Neuauflage auch mit anderen relevanten inhaltlichen Themen des Hochschulstudienrechts und Hochschulprüfungsrechts befassen wird.

Der Autor ist Professor für Staats- und Europarecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung (HSPV) NRW.

Zensurvorschriften im Vormärz ¹

Folgende Grundsätze sind bey Censurierung der Bücher und Handschriften handzuhaben. Bey der Beurtheilung der Bücher und Handschriften muß vor Allem genau unterschieden werden:

A. Zwischen Werken, welche ihr Inhalt und die Behandlung des Gegenstandes, nur für Gelehrte und den Wissenschaften sich widmende Menschen bestimmt; und

B. Zwischen Broschüren, Volksschriften, Unterhaltungsbüchern und den Erzeugnissen des Witzes.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für gedruckte Schriften und Werke, sondern auch für Handschriften. Auch hat die Censur jedes zugelassene Werk vor einer neuen Auflage, worüber erst die Bewilligung zum Drucke angesucht wird, zu behandeln, und das Reimprimatur nur in dem Falle zu ertheilen, wenn ein solches Buch in Rücksicht auf die Zeiten und Umstände, und die verschärften Censur-Vorschriften keinem Anstande unterliegt.

Zu einem so genannten gelehrten Werk qualifiziert nicht der Umfang des Buches, sondern die Wichtigkeit und Beschaffenheit des behandelten Gegenstandes, und die Art der Behandlung.

Die gelehrten Werke theilen sich in zwei Classen:

a) In die erste Classe gehören jene Schriften, welche durch neue Entdeckungen, durch eine bündige und lichtvolle Darstellung, durch die Auffindung neuer Ansichten und so weiter sich auszeichnen.

b) In die zweyte, die saft- und marklosen Compilationen und Wiederholungen des hundertmahl Gesagten u. dgl.

Die Werke der ersten Art sollen mit der größten Nachsicht behandelt, und ohne äußerst wichtigen Gründen nicht verbothen werden. Ist eine Beschränkung nöthig, so soll man selbe nicht öffentlich ankündigen.

Werke, in denen die Staatsverwaltung im Ganzen oder in einzelnen Zweigen gewürdigt, die Fehler und Mißgriffe aufgedeckt, Verbesserungen angedeutet, Mittel und Wege zur Erringung eines Vortheils angezeigt, vergangene Ereignisse aufgehellet werden u.s.w. sollen, ohne hinglängliche andere Gründe nicht verbothen werden, wären auch die Grundsätze und Ansichten des Autors nicht jene der Staatsverwaltung.

Nur müssen Schriften der Art mit Würde und Bescheidenheit, und mit Vermeidung aller eigentlichen und anzüglichen Persönlichkeiten, abgefaßt seyn, auch sonst nichts gegen Religion, nichts Sitten- und Staatsverderbliches enthalten.

Schriften, welche das höchste Staatsoberhaupt und dessen Dynastie oder auch fremde Staatsverwaltungen angreifen, deren Tendenz dahin geht, Mißvergnügen und Unruhen zu verbreiten, das Band zwischen Unterthanen und Fürsten locker zu machen, die christliche, oder vorzüglich die katholische Religion zu untergraben, die Sittlichkeit zu verderben, den Aberglauben zu befördern, Bücher, welche den Socinianismus, Deismus, Materialismus predigen, endlich Schmähschriften aller Art, sind so wenig geeignet, das Glück Einzelner und das Wohl des Ganzen zu erhöhen, als sie selbes vielmehr vom Grunde aus zerstören, und können daher so wenig auf Nachsicht, als Meuchelmord auf Duldung, Anspruch machen. Sie sind nach der Strenge der bisher bestehenden Vorschriften zu behandeln.

Alle Schriften, welche öffentliche ... Gesetze und Anordnungen kritisieren und tadeln, sind ganz dem Verbothe zu unterziehen; weil durch Verbreitung solcher Schriften die Folgsamkeit des Unterthans geschwächt, und die Vollziehung der ... Verordnungen erschwert wird.

¹ *Graf von Barth-Barthenheim*, System der österreichischen administrativen Polizey, 1. Band 1829, S. 102 f.

Manfred Löwisch und Jonathan Jocher

Relevanz des FÜPoG 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 (FÜPoG II) in Kraft getreten.¹ Das Gesetz hat das aus dem Jahr 2015 stammende FÜPoG 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 FÜPoG 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 Grundzügen 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 Ethikrat 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 Offiziersnachwuchses 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 Beförderungsschancen 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 Anleitstudium, 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 truppendienstliche 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. „Truppendienstlicher 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 Reformeuphorie 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 aufgefüchert – 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 *Wischmeyer/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*, Kazantzi 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*, Kazantzi 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 scheidet 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 Gesetzgebers. 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 übergangen 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 SaarHG; § 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 Eigenschaftsfeststellung 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/I. 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 SaarHSG; § 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 Hochschulzugangszugzeugnissen“, 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/F.-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, Urt. 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 Motivations schreiben 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 – Härteklauseln 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 Hochschulzugangs- 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 unkonditioniert 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 bildungspolitischem

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; *Volkmann, 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-bildungsfoederalismus/> (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 Überprüfungspflichtigkeit 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-mir-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 unbekannte 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 Mitteln 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 bedienen, 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 Ausgaberesten

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-beschaefitigungsbedingungen](https://www.mkw.nrw/hochschule-und-forschung/hochschulen/vertrag-ueber-gute-beschaefitigungsbedingungen).

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 Datenschutzinformation 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 (BayFEV) 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 Aufsichten 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 Plagiatsoftware. 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.

Jürgen Heß
*Gefesselt vom Kosmos der Universität. Ein fiktiver
Dialog mit Peter-André Alt über sein Buch
Exzellent!?! Zur Lage der deutschen Universität*

Der Autor Peter-André Alt ist Professor für neuere deutsche Literaturwissenschaft, ehemaliger Präsident der Freien Universität Berlin und derzeitiger Präsident der Hochschulrektorenkonferenz, zusätzlich ausgewiesen auch durch frühere universitäre Leitungsämter als Institutsdirektor und Dekan.

Wer ein in der Wolle gefärbter Hochschulmensch ist, der wird von seinem Buch „Exzellent!?! Zur Lage der deutschen Universität“¹ gefesselt, weil man sich dieser vielschichtigen Ausleuchtung der deutschen universitären Welt in jüngerer Geschichte und Gegenwart ebenso wenig entziehen kann wie den Vorschlägen des Autors für Gestaltungspotentiale der zukünftigen Universität. Das Buch nimmt die Leser mit auf eine große Fahrt und fordert sie praktisch auf jeder Seite heraus, die eigenen Positionen mit denen des Autors abzugleichen, wobei man bei der erkennbaren Redlichkeit des Autors vermuten möchte, dass ihm kritische Reflexionen genauso willkommen sind, wie zustimmende.

Von den vielen Beobachtungen, Erkenntnissen und Vorschlägen ganz abgesehen, ist Peter-André Alt schon stilistisch ein Meisterwerk geglückt. In einer fast atemberaubenden Verdichtung gelingt es ihm auf 264 Seiten den Kosmos der deutschen Universität in ihrer Geschichte seit den 1960-Jahren, in ihrer derzeitigen Verfasstheit und mit einer Einschätzung der zukünftigen Chancen und Risiken zu durchleuchten. Das Buch liest sich auch da elegant und flüssig, wo Alt komplexe Abläufe und Wirkungsmechanismen in hochkomprimierter Darstellung gleichsam diagnostisch ausleuchtet.

Diagnose ist ein weiteres Stichwort, das der Rezensent in diese Vorbemerkung einbringen möchte. Es ist der Blick eines Wissenschaftlers, der gewissermaßen mit tiefenpsychologischer Methode die „Wesenheit“ der Universität in der Form einer klassischen Exploration zuerst in ihrer jüngeren Entwicklungsgeschichte aufblättert, daraus in analytischer Methode einen konzeptionellen, organisatorischen, aber vor allem auch mentalen Befund ableitet und im dritten Teil dem untersuchten Wesen Universität Vorschläge für eine erfolgreiche Entwicklung auf den Weg gibt, wobei die Potentiale, die

schon vorhanden sind, besser ausgeschöpft werden sollten.

Für die eiligen Leser, die den nachfolgenden fiktiven Dialog für entbehrlich halten, sei hier der Versuch gemacht, einen thematischen Überblick über das Werk von Peter-André Alt zu skizzieren.

Das Buch spannt in seinem ersten Teil den großen Bogen des permanenten Reformgeschehens ausgehend von der Ordinarienuniversität der frühen Nachkriegsjahre über den universitären Infarkt der 68-Jahre hin zur Gremienuniversität und von dort aus zu den verschiedenen Ausprägungen der Neoliberalen Universität.

In die Liste der großen Themen dieser Umbrüche, bei dem im Dom der Weisheit – überspitzt gesagt – kein Stein mehr auf dem anderen blieb, gehört der mentale und organisatorische Strukturwandel, bei dem die ursprünglich fast unbeschränkte Hoheit der Ordinarien durch die Veränderung der Gewichte innerhalb der Statusgruppen und später in mehreren weiteren Schritten durch die Umsetzung einer neueren Steuerungsphilosophie und durch die Einführung neuer Leitungsstrukturen abgelöst wurde. Während der Umbruch von der Ordinarienuniversität zur Gremienuniversität stark von einer von außen kommenden ideologisch-zeitgeistlichen Einwirkung geprägt war und im wissenschaftlichen Sinn keinen erfolgreichen Reformprozess darstellt, greifen die Vielzahl der Reformschritte der von Alt so bezeichneten Neoliberalen Universität tief in die Frage der Wissenschaftsadäquanz ein. Im Mittelpunkt steht die vielfach umstrittene Frage, wie die Antinomie von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Sinne einer effizienten und innovativen Wissenschaft zu lösen ist. Alt breitet das gesamte Spielfeld des „New Public Managements“ aus, wobei er die wichtigen Instrumente der neuen Steuerung, u.a. Kennzahlen, Evaluation, Drittmittelbelohnung, Zielvereinbarungen usw. in durchaus dialektischer Form begutachtet, also Vorzüge und Risiken benennt. Die Drittmittelthematik verknüpft Alt mit der Situation des wissenschaftlichen Nachwuchses, der häufig auf befristeten Drittmittelstellen arbeitet. Insgesamt räumt Alt in seinem Buch der schwierigen Situation des wissen-

1 C.H.Beck, München 2021, 297 Seiten.

schaftlichen Nachwuchses im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsinnovation und der mit befristeten Stellen verbundenen Existenzsorgen einen breiten Raum ein und votiert für eine Reduktion der befristeten zugunsten von unbefristeten Stellen. Im Ergebnis sieht Alt die wettbewerbliche Ausgestaltung der Neoliberalen Universität als wichtig und überwiegend richtig an, weist aber auch in seiner durchgängig abwägenden Form auf die Nachteile und Risiken der neuen Steuerungsinstrumente hin.

In diese Übersicht ist die von Alt als zentral erachtete Frage aufzunehmen, was von der Humboldtschen Universitätsidee noch übrig ist bzw. welche Elemente dieser Idee heute erneut fruchtbar gemacht werden können. Im dritten Teil unterbreitet Alt dazu Gestaltungsvorschläge, wobei er unterschiedliche Perspektiven wie etwa den Blick auf die Fachhochschulen und einen Vergleich mit den US-amerikanischen und englischen Eliteuniversitäten darstellt. Unter dem Begriff „Multiversität“ spricht Alt ein starkes Plädoyer für das Format der Vielfalt durch die Kraft unterschiedlicher Denkhaltungen aus, etwa durch Erreichen einer Balance unterschiedlicher Interessen und das Produktivmachen von Gegensätzen.

Um nicht – bei herkömmlichen Rezensionen fast unvermeidlich – an der Oberfläche zu bleiben wählt der Rezensent den Weg eines fiktiven Dialogs. Dieser soll über Zustimmung und Kritik hinaus zusätzlich Perspektiven zur Diskussion stellen und in einigen Fällen Lücken schließen.

Wenn ich, sehr geehrter Herr Alt – quasi in klassisch-platonischer Tradition – die Form eines fiktiven Dialogs wähle, so möge darin zum Ausdruck kommen, dass Ihr Buch, vermutlich von Ihnen so gewollt, praktisch an jeder Stelle zum gedanklichen Disput auffordert.

Ich folge gerne dem Pfad Ihrer Darstellung, möchte aber auf einige wesentliche Gesichtspunkte hinweisen, die ich in Ihrem Buch nicht oder nicht hinreichend deutlich gefunden habe. Vielleicht lässt sich durch diesen Dialog ja auch ein gewisser Mehrwert generieren.

Zu einem Dialog gehört, dass sich der nicht bekannte Dialogpartner vorstellt. Dies geschieht hier ausschließlich zu dem Zweck, dass die wechselseitigen Beobachtungsperspektiven vergleichbar gemacht werden. Meine Aussichtsplattform (etwas tiefer als Ihre) ist die eines Zeitzeugen der Hochschulentwicklung in unterschiedlichen Funktionen. Mein persönlicher Beobachtungszeitraum umfasst ähnlich wie Ihrer ein halbes Jahrhundert. In der ersten Phase meines 1964 beginnenden Jurastudiums war ich studentisches Mitglied im akademischen Senat der Universität Tübingen und habe die damalige dramatische Veränderung der universitären

Welt hautnah erlebt. Das galt auch für die sich daran anschließende Zeit als Assistent. Über Stationen im Bank- und Justizbereich war ich seit 1981 praktisch durchgängig im Hochschulbereich tätig u.a. Kanzler einer kleinen Neugründung und danach einer großen und alten Universität und zuletzt in einer kürzeren Phase als Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz. Nach der Beendigung meiner hauptamtlichen Funktionen widmete ich mich der Etablierung des Wissenschaftsmanagements als akademisches Fach an unterschiedlichen Orten.

Wie Sie sehen haben wir viele parallele – wenn auch etwas zeitverschobene – universitäre Erfahrungen, wobei ich mich mit meinen Diskussionspunkten auf den Zeitraum bis ins erste Jahrzehnt dieses Jahrhunderts beziehe. Die von mir hier zur Diskussion gestellten Themenfelder folgen weitgehend, aber nicht immer, der Gliederung Ihres Buches.

(1.) Meine erste Überlegung wird Sie nicht überraschen. Der Titel „Exzellent!?“ ist offenkundig eine ironische Zuspitzung. Der Begriff verbunden mit den Satzzeichen ist natürlich genial gewählt, um gebührende Aufmerksamkeit zu erzeugen, zumal der Begriff der Exzellenzinitiative ja zumindest im universitären Bereich in aller Munde ist. Da Ihr Buch aber alle deutschen Universitäten in den Blick nimmt, die ja bekanntlich sehr verschieden sind, galt die frühere – teilweise gesetzlich verankerte – Fiktion, dass alle gleich gut sind, noch nie. Auf einer Skala unterschiedlicher Qualitäten kann die äußerste Steigerung „exzellent“, wenn überhaupt, nur für einige wenige in Betracht kommen. Daher kann man als Feststellung den Begriff exzellent auf alle deutschen Universitäten bezogen schon aus logischen Gründen so nicht stehen lassen. Das gilt sicher noch mehr für die Ausrufezeichen-/Frageform. Ich erwähne das auch deshalb, weil der Versuch der Bundesregierung durch die Exzellenzinitiative einige Universitäten an die Spitzenuniversitäten in USA und England näher heranzuführen, bei vielen Professorinnen und Professoren höchst unterschiedlich, vielfach sehr kritisch beurteilt wird. Losgelöst von dieser Einschränkung ist die Überschrift sicher geeignet, neugierige Leser anzuziehen. Eine gewisse ironische Provokation darf sein.

(2.) Sie entwickeln den Ausgangspunkt des Reformgeschehens völlig zu Recht mit einer ausführlichen Würdigung der überaus wichtigen Studien von Schelsky (1963), Picht (1964) und Dahrendorf (1965), die mit unterschiedlicher Akzentsetzung gravierende Mängel im Bildungsbereich allgemein und im universitären Bereich im Besonderen identifiziert haben. Freilich sind aus mei-

ner Sicht mit deren Argumenten die schwerwiegenden Defizite (ich vermeide das Picht'sche Wort Katastrophe) der Ordinarienuniversität nur unzureichend beschrieben. Ich muss an dieser Stelle meine eigene Verklärung getragen von der Bewunderung hervorragender professoraler Lehrer, von deren Wissen ich heute noch zehre, ausblenden, weil diese Verklärung den Blick dafür verstellt, dass die Stellung und mehr noch die Mentalität der Professoren (Professorinnen habe ich selbst damals nicht erlebt) in nicht unerheblicher Weise dazu beigetragen haben, dass die gut begründeten Reformvorschläge von der Politik und den Universitäten nicht hinreichend ernst genommen und auf gewisse Weise von dem Chaos der 68er-Bewegung überrollt wurden.

Die Ordinarienuniversität war in zweifacher Hinsicht irgendwie aus der damaligen Zeit gefallen oder besser gesagt, nicht in die Nachkriegsgegenwart, bei der es auch um den Aufbau eines neuen Gesellschaftsbildes ging, hineingewachsen.

Sie hatte auf gewisse Weise eine aristokratische Prägung. Die Ordinarien verstanden sich als Herrscher ihrer Korporation Universität, verteidigten mit großem Einsatz ihre Erbhöfe, akzeptierten keine übergeordnete Instanz und hatten zumindest im geistes- und sozialwissenschaftlichen Bereich nur geringe Neigung zu wissenschaftlicher Kooperation mit Kollegen, um etwa gemeinsame Projekte auf den Weg zu bringen. Insbesondere interpretierten sie das Grundrecht auf wissenschaftliche Freiheit sehr individuell und höchst unterschiedlich entsprechend ihrem ganz persönlichen Lebensplan. Die von mir erwähnten hochgeschätzten Professoren engagierten sich in der Lehre, andere setzten allein auf die eine hohe Reputation gewährleistende Forschung und weniger auf die Lehre. Stellvertretend dafür erwähne ich einen Professor, dessen überragende Gelehrtheit ich erst später erkannte, der aber bei seinen Vorlesungen innerhalb von drei Vorlesungsterminen das zunächst randvolle Audimax bis auf drei verbleibende Studierende leerte und mit dem kleinen Kreis dann statt Vorlesung zu halten ins nahe gelegene Café ging. Warum erwähne ich das? Es gab keine Instanz oder Aufsicht, die bereit war Fälle von offenkundig fehlerhafter Amtsausübung zu rügen bzw. Mängel zu beheben. Bei einem feudalistischen Chorgeist ist eine Intervention von höherer Stelle schlicht nicht vorgesehen. Es hat den Kreis der Gelehrten im meinem Fach offenbar auch nicht gestört, dass der Großteil der Jura-Studierenden mit einem recht hohen finanziellen Aufwand sich beim Repetitor das Wissen holte, das die Fakultät hätte vermitteln sollen. Zudem lag der Anteil der Studienanfänger, der nach Ablegung der beiden Staatsexamina für juristische Berufe qualifiziert war, bei ca. 20% – 25%. In anderen geisteswis-

senschaftlichen Fächern war die Abbrecherquote noch höher. Kein Unternehmen der Welt wäre lebensfähig, wenn nur ein Viertel des Produktionsprozesses letztlich marktfähig ist. Diese bizarre Situation hat aber offenbar niemanden gestört, weder die Universität noch die Politik. Die Universitäten waren ähnlich wie (bis in die jüngste Vergangenheit) die Kirchen praktisch unantastbar.

Ein zweiter Punkt gehört zu einer rückblickenden Bewertung der Ordinarienuniversität dazu. Sie hat offenbar in einer in der Vorkriegszeit petrifizierten Form den politischen Untergang und den – zumindest äußeren – gesellschaftlichen Wandel gewissermaßen untertunnelt und zunächst ohne Selbstreflexion keinen grundlegenden Änderungsbedarf gesehen. Was die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit angeht, so muss man fächerübergreifend sicher zu differenzierenden Beurteilungen kommen. Viele hochengagierte Gelehrte haben sich in vorbildlicher Weise um den Aufbau der demokratischen Gesellschaft verdient gemacht. Freilich ist bedrückend, dass – nicht nur aber vor allem in der Jurisprudenz – zahlreiche hochangesehene Professoren im Zuge des politischen Zusammenbruchs schlichtweg einen Gedächtnisinfarkt erlitten und sich nicht mehr an ihr völlig anderes Wissenschaftsverständnis in ihren Publikationen vor 1945 erinnern konnten. Der Geist der früheren Zeit wehte in subtiler Form bis weit in die 60-er Jahre hinein. Das ist natürlich auch den Studierenden nicht ganz verborgen geblieben. Als Beispiel nenne ich hier nur die Äußerung eines Professors, der in den Hörsaal schauend eine zahlenmäßige Minderheit von jungen Frauen sah und meinte, er bedaure, dass nun Frauen den Männern ihre zukünftigen Arbeitsplätze nehmen. Schwerer als ein solches Beispiel wiegt die Tatsache, dass der Dom der Weisheit diesen unerfreulichen Teil seiner Geschichte nie aufgearbeitet, sondern in den Bereich des kollektiven Vergessens verdrängt hat. Dies war sicher nicht die einzige aber doch eine nicht ganz unerhebliche Ursache dafür, dass sich die 68-er-Tsunamiwelle aufbauen konnte.

(3.) Den Untergang der Ordinarienuniversität im Exzess des 68er-Sturms und den Weg in die Verelendung in Gestalt der Gremienuniversität kann man nicht besser beschreiben als Sie das getan haben. Wenn man hier das Wort Reform verwendet, so allenfalls im Sinne der Kernidee der Nibelungen-Sage, wonach man erst eine alte Welt zerstören muss, um später eine neue aufzubauen. Das ist für diejenigen, zu denen ich gehörte, kein Trost, die erleben mussten, dass viele Lehrveranstaltungen mit massiver Gewalt auch körperlicher Art gesprengt wurden. Die ehemals stolze akademische Elite setzte der Randale, die gesellschaftspolitisch motiviert und auch von außen befeuert war, wenig Widerstand entgegen.

Das hätte sie ohne polizeiliche Hilfe (die meist von der Universitätsleitung abgelehnt wurde) wohl auch nicht können. Der Dom der Weisheit wurde zu einem würdlosen Tollhaus und Ihre Kritik, sehr geehrter Herr Alt, an den Protagonisten dieser ‚Bewegung‘, die offenbar von einigen Rezensenten als völlig überzogen angesehen wird, geht völlig in Ordnung. Freilich schließt Ihre berechtigte und deutliche Kritik nicht aus, dass man Ursachen identifizieren muss, die es brauchte, um eine solche Eruption zu bewirken. Von dem aristokratischen Gestus vieler Gelehrter war schon die Rede, auch von einer nicht aufgearbeiteten Vergangenheit. Als zusätzliche Ursache möchte ich die These anbieten, dass ein großer Teil der Professorenschaft nicht über seine Verantwortung und nicht über seinen Standort in der Gesellschaft und über seine Beziehung zur Außenwelt reflektiert hat. Er hat verkannt, dass das wissenschaftliche Arbeiten zwar immer frei von politischen Einflüssen sein muss, dass aber die Universität als Institution Teil der Gesellschaft und damit auch Teil eines gesamtpolitischen Raumes ist. Das abgegrenzte Eigenleben (Elfenbeinturm!) ist der Universität in den ‚68-Jahren‘ auf die Füße gefallen, ähnlich wie das heute in gewisser Weise auch der Kirche geschieht (viele Universitäten haben danach aus dieser Erfahrung gelernt und zahlreiche Brücken vom Campus in die Gesellschaft geschlagen).

Von der Lähmung durch den 68er-Schock in die häufig fruchtlosen Debattenorgien der Gremienuniversität war es kein weiter Weg. Auch hier tut man sich schwer von einer Reform zu sprechen. Ganz sicher war es für das wissenschaftliche Wirken keine erfolgreiche Reform. Man kann der Gremienuniversität allenfalls insofern etwas Positives abgewinnen, als in einem zähen und stufenweisen Prozess (mit gerichtlicher Hilfe) am Ende eine gewisse Balance der Statusgruppen erreicht wurde.

(4.) Mit dem weiteren Verlauf Ihrer Darstellung der Reformgeschichte habe ich gewisse Probleme, nicht was Ihre im Kern positive Bewertung der Entwicklung angeht, sondern in Bezug auf Zusammenhänge, die zu einem neuen Universitätstypus geführt haben. Sie beschreiben ihn mit dem Begriff ‚Neoliberale Universität‘. Ich finde die Veränderung der Beziehung der staatlichen Seite zur Universität nicht ausreichend beleuchtet (dazu unten Ziff. 5), auch sehe ich den Begriff ‚Neoliberale Universität‘ als problematisch an (dazu unten Ziff. 6) und vermisse einzelne Bausteine der neuen Universitätswelt, die ich für wichtig halte (dazu unten Ziff. 7), auch solche, die nach einem kurzfristigen Dasein gescheitert sind (dazu unten Ziff. 12).

(5.) Ihre im Übrigen glänzende Beschreibung der großen Herausforderungen, die mit der Umgestaltung

bzw. Neugründung von Universitäten in der ehemaligen DDR nach der Wende verbunden waren, erweckt den Eindruck, dass es bei dem Reformgeschehen der Universitäten im Westen bis in die 90-er Jahre hinein einen Stillstand gab und die Konfrontation mit dem Neuerungsbedarf im Osten die entscheidende Schubkraft für eine Reform der Universitäten im Westen auslöste. Das kann ich zumindest aus südwestdeutscher Sicht nicht so stehen lassen. Freilich muss ich dazu mit Blick auf das Steuerungssystem der Universität eine Ebene einziehen, die ich offen gestanden als Ausgangspunkt des danach folgenden Reformenbündels in Ihrer Darstellung nicht behandelt sehe, nämlich die schrittweise und am Ende weitreichende Reduktion des staatlichen Einwirkungspotentials. Für mich stehen alle neuen Steuerungsinstrumente und Leitungsstrukturen unter der großen Überschrift: Der Rückzug des Staates aus der Steuerung der Universität. Zumindest im Lande Baden-Württemberg, das damals in dieser Frage eine Vorreiterrolle einnahm, gab es seit Beginn der 80-er Jahre ein zähes Ringen um eine Verlagerung der Steuerungskompetenz von der staatlichen Ebene auf die Ebene der Universität. Das haben natürlich die Administratoren und vor allem die Kanzlerinnen und Kanzler viel stärker gespürt als die Wissenschaft. Um das zu erläutern muss ich historisch etwas ausholen. Die deutsche Universität hat seit den berühmten Reformen am Anfang des 19. Jahrhunderts einen Sonderweg in der universitären Verfasstheit beschritten, nämlich das Konstrukt der sogenannten janusköpfigen Universität. Verkürzt bedeutet dieser Begriff, dass die Universität die Hoheit über die wissenschaftlichen Angelegenheiten und der Staat die Aufsicht in allen administrativen Fragen hat. Zur Zeit der Einrichtung dieser Struktur war das ein Befreiungsschlag für die Wissenschaft, in meiner Amtszeit als Universitätskanzler habe ich die Kehrseite des Modells erfahren. Die Idee, dass Wissenschaft von Administration, also insbesondere von finanziellen Ressourcen, getrennt werden kann, ist unhaltbar. Fast alle wissenschaftlichen Entscheidungen (besonders im Berufungsbereich) hängen in hohem Maße von der Verfügbarkeit von Ressourcen ab. Die Aufstellung des Haushaltsplans, der zweckgebundene Geldtöpfchen und funktionsbestimmte Planstellen auswies, war der mächtige Hebel des Staates. Kleinteilige bürokratische Regeln engten die beschränkten Spielräume noch weiter ein. Andere Felder staatlicher Einwirkung (z.B. Eingriffe in das Berufungsverfahren durch Veränderung der Berufsungsliste) lasse ich hier weg, da eine entsprechende Vertiefung hier nicht geleistet werden kann.

In anfangs zähen, später zunehmend kooperativen Gesprächen mit der ministeriellen Seite haben die Universitäten Schritt für Schritt ihre Haushalte flexibilisieren können, sich zunehmend einem Globalhaushalt nähernd. Jeder einzelne Schritt war eine Kompetenzverlagerung und damit ein Reformschritt im Sinne einer größeren Handlungsfreiheit der Universität. Ab einem bestimmten Zeitpunkt wurde die vom Staat eingeräumte „Beinfreiheit“ mit Zielvereinbarungen verbunden, die dann nochmal unter der Gruppe der neuen Steuerungsinstrumente zu diskutieren sind.

Es kann also festgehalten werden, dass ab den 80-er Jahren ein (nicht nur) aber hauptsächlich finanzbezogenes substantielles Reformgeschehen (länderunterschiedlich) stattfand, welches die Grundlage und die Voraussetzung für die spätere Einführung von Formen des ‚New Public Managements‘ bildete. Ich sehe in dem Rückzug des Staates den alles andere überragenden Strukturwandel der sogenannten permanenten Reform mit ihren zahlreichen ausdifferenzierten Reformmodulen.

(6.) Sie befassen sich unter der Überschrift „Neoliberale Universität“ mit den vielschichtigen Veränderungen der gesamten universitätsbezogenen Steuerungsphilosophie, die ganz unterschiedliche Elemente sowohl im Hinblick auf Ressourcenzuteilung als auch bezogen auf die Veränderung der Leitungsstrukturen umfasst. Nun mag es sein, dass dieser Begriff nach meiner aktiven Zeit sich als Typusbezeichnung verfestigt und etabliert hat (vergleichbar mit dem Begriff Humboldt’sche Universitätsidee). Aus leidvoller Erfahrung halte ich diesen Begriff für ungeeignet, in gewisser Weise auch für schädlich. Zum einen hat der Begriff eine gewisse politische Konnotation, die der wissenschaftlichen Organisation fremd ist. Den zweiten Grund will ich an folgendem persönlichen Beispiel verdeutlichen. Ich habe in einem frühen Stadium der neuen Steuerungselemente einen Aufsatz verfasst, der ganz in Ihrem Sinne den Wandel in eine neue Steuerungsidee begrüßt und verteidigt, ohne die Risiken zu übersehen. Der Aufsatz hat, soweit ich diesen meinem Umfeld vorab geschickt habe, überwiegend Empörung ausgelöst und eine Fachzeitschrift hat ihn abgelehnt (er wurde dann ‚nur‘ im Zusammenhang mit einem Symposium gedruckt). Nicht die Ablehnung schmerzte mich, sondern vielmehr die Tatsache, dass ich (auch bei weiteren Vorträgen) ein ‚Branding‘ als Ökonomisierer dauerhaft ertragen musste. Dabei sprach ich nie von einem ökonomischen Markt, dem sich die Wissenschaft stellen müsse, allerdings durchaus von Wettbewerb mit marktsimulierenden Elementen. Es ist mir im

Umkreis der gelehrten Häupter nicht gelungen zu vermitteln, dass Finanzen zwar immer eine Rolle spielen, die Steuerung selbst aber keine Marktwirtschaft im klassischen Sinn darstellt. Der in den angelsächsischen Ländern schon lange akzeptierte Wettbewerb sollte natürlich aus meiner Sicht nicht fiskalisch, sondern natürlich wissenschaftlich ausgerichtet sein. Der Begriff ‚Neoliberale Universität‘ drückt die Universität in eine quasi ökonomistische Ecke (siehe zahlreiche Kommentierung im Internet), wo sie nicht hingehört. Ich habe daher stets von der wettbewerblichen Universität gesprochen, wobei es einen inneren und einen äußeren Wettbewerb gibt.

(7.) Ihre überzeugende und hochkomprimierte Gesamtdarstellung des neoliberalen Ansatzes verdient insgesamt uneingeschränkte Anerkennung, egal wie man zu den einzelnen Steuerungselementen steht. Sie haben recht, dass jedes einzelne Modul dieser Steuerungswelt, die Ihren Ausgangspunkt ja in der Entwicklung des New Public Managements hatte, neben dem Gewinn von Leistungstransparenz auch unvermeidliche Nachteile hat. Bei Veröffentlichungszahlen hat man das Problem der Zitierkartelle, bei Studienabschluss-Erfolgswahlen besteht die Gefahr der Qualitätssenkung im Interesse einer hohen Absolventenzahl, bei internen Evaluationen kann das Kollegialitätsprinzip und bei externen Evaluationen können Konkurrenzeffekte eine Rolle spielen. Auch bei Zielvereinbarungen können Strategien Platz greifen, die weniger der wissenschaftlichen Qualität als dem Grad der Zielnäherung geschuldet sind. Sie weisen in Ihrer dialektischen Methode natürlich zu Recht auf diese Risiken hin. Aber ernsthaft, solche Risiken dürfen doch nicht den Blick dafür verstellen, dass das frühere Gießkannenprinzip und die Erbhofmentalität nun wirklich keine wissenschaftliche Ratio hatten. Gewiss, einen qualitätsbasierten Wettbewerb gab es auch in der ‚alten‘ Universität durch die Fördermaßnahmen der DFG. Aber die Neigung sich einem aufwändigen Antragsverfahren zu unterwerfen, war innerhalb der Fächer sehr unterschiedlich. Wer gesicherte Besitzstände hatte, konnte sich dem Schaulaufen entziehen. Wenn ich irgendetwas bei Ihrer antinomistisch angelegten Aufblätterung der Steuerungsinstrumente vermisste, dann allenfalls die Überlegung, wie man in einem iterativen Prozess die aufgezeigten Risiken minimieren kann. Jedenfalls muss in diesem Punkt noch viel Denkarbeit investiert werden.

(8.) In Ihrer trotz inhaltlicher Verdichtung sehr anschaulichen Skizze der Bewertung und Belohnung wissenschaftlicher Effizienz vermisste ich eine breitere Darstellung und Kommentierung der Reform der Besol-

dungsordnung für Professorinnen und Professoren; also den Übergang von der C- in die W-Besoldung. Obwohl diese Reform bei weitem nicht eine so tiefgreifende Veränderung gebracht hat wie etwa die Themenfelder Evaluation, Akkreditierung und leistungsbezogene Mittelverteilung, war die Empörung bei großen Teilen der betroffenen Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen ganz außergewöhnlich. Ich habe die Aufregung nie ganz verstanden. Das offizielle Widerstandsnarrativ war eine vermutete Einsparaktion. Es war aber tatsächlich eher die Sorge, dass der Rest des Kollegialitätsprinzips völlig abschmilzt („wir sind doch alle gleich“). Im Grunde war es schon lange unhaltbar, dass an den starren Besoldungsgruppen festgehalten wurde, losgelöst davon, ob eine Professorin oder ein Professor das Amt im Stile der Selbstausschöpfung bis ans Limit wahrnahm oder sich eher der Einsicht verschrieb, dass das Leben neben der Wissenschaft noch andere reizvolle Seiten (ggf. auch Nebentätigkeiten) zu bieten hat. Wenigstens ein Stück weit musste die Besoldung auch besondere Leistungen oder auch die Wahrnehmung von Leitungsfunktionen in der Selbstverwaltung belohnen. Und das System, dass Bezüge nur durch auswärtige Berufungen und sich daran anschließende Bleibeverhandlungen verbessert werden können, trägt der Tatsache nicht Rechnung, dass Professorinnen und Professoren an ihren Universitäten herausragende Leistungen zeigen und darüber hinaus sich in Selbstverwaltungsaufgaben engagieren und auch keine Neigung haben, die Universität zu verlassen. Diese Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler konnten in der alten C-Besoldungsordnung nicht mit höheren Bezügen belohnt werden. Last but not least war ein deutlich breiterer Besoldungsrahmen auch notwendig, um Spitzenkräfte aus dem Ausland zu gewinnen bzw. zurück zu holen. Auch hier kann man die wettbewerbliche Note der neuen Universität erkennen.

(9.) Vor dem hier von mir nachfolgend angesprochenen, in engem Zusammenhang mit der neuen Steuerungsphilosophie stehenden Thema, möchte ich betonen, dass Ihre sensible Herausarbeitung der „Führungsparadoxien“ brillant ist und Pflichtlektüre für alle ins Amt kommenden Führungspersonlichkeiten sein sollte. Ihr Fokus ist auf die universitären Führungsämter gerichtet. Nun hat meine Behauptung im gesamten Reformgeschehen sei kein Stein auf dem anderen geblieben, eine zusätzliche Bestätigung durch die Schaffung eines Hochschul- oder Universitätsrats gefunden, der offenkundig dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nachempfunden ist. Er wird von Ihnen in unterschiedlichen Kontexten erwähnt. Wichtig wäre aber jetzt nach

ca. 2 Jahrzehnten eine Bilanz zu ziehen, ob diese zusätzliche Führungsebene den erwünschten strategischen und innovativen Erfolg gebracht hat. Welche Erfahrungen haben Sie gemacht und welche sind Ihnen berichtet worden? Der Grundgedanke einer Kompensation des von mir angesprochenen Rückzugs des Staates liegt nahe. Der Hochschulrat, der in den meisten Fällen hälftig aus externen Persönlichkeiten (Führungspersonal aus der Wirtschaft, der Gesellschaft und der staatlichen Seite) besetzt ist (in wenigen Fällen nur außeruniversitäre Mitglieder), sollte zum einen Expertise aus der 'Außenwelt' einbringen, welche die möglicherweise verengte akademische Perspektive ergänzt oder gar aufbricht (umgangssprachlich würde man vielleicht von der Überwindung universitärer Betriebsblindheit sprechen). Zum anderen sollte dieses Gremium die staatliche Aufsicht zu einem wesentlichen Teil ersetzen. Sind diese vernünftigen Zwecke erreicht worden oder ist im Gegenteil zusätzliches Konfliktpotential mit Reibungsverlusten entstanden? Ich hatte immer Mühe, mir die Zweckmäßigkeit dieses Konstrukts vorzustellen. Nach meiner beruflichen Erfahrung ist man mit der Führungsfunktion in der eigenen Institution so stark ausgelastet, dass für die Einarbeitung in das innere Geschehen einer Universität die nötige Zeit fehlt. Dies gilt ganz besonders, wenn man Erfahrungen aus der Spitze eines Unternehmens in die so völlig andere Wirkungswelt der Universität einbringen will. Und schließlich müsste auch noch die Frage beleuchtet werden, ob der Staat sich wirklich auch vollständig zurückgezogen hat oder ob er sich in wichtigen Fragen noch Eingriffe vorbehält.

Hier mache ich eine Zäsur um die Geduld der Leser dieses fiktiven Dialogs nicht zu überstrapazieren. Da die Liste weiterer lohnender Diskussionspunkte noch groß ist, bleibt mir nichts anderes übrig als die wichtigsten davon herauszugreifen und sie im Staccato-Format anzusprechen.

(10.) Sie plädieren dafür, einen gewissen Anteil der befristeten Nachwuchsstellen zu entfristen. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge und der Existenzsicherung sehr verständlich. Dann muss allerdings ein Mechanismus gefunden werden, der die latente Gefahr eines Innovationsverlustes für die Hochschulen minimiert. Ich habe durchgängig die Erfahrung gemacht, dass Dauerstellen, die keine fakultätsbezogenen Funktionsstellen, sondern einer Professur zugeordnet waren, bei einer Neubesetzung der Professur häufig größte Schwierigkeiten verursacht haben, weil die oder der ‚Neue‘ geltend machten, eine ganz andere Richtung einzuschlagen und deshalb eine weitere freie zugeordnete

Stelle beanspruchte. Das zumeist herbe Schicksal der auf diese Weise abgehängten Nachwuchspersönlichkeiten ist Ihnen bekannt. Hier muss dann eine von den zuständigen Gremien der Universität verantwortete Nachwuchsplanung Platz greifen, die akademische Abschiebebahnhöfe vermeidet.

(11.) Zustimmungswürdig finde ich Ihre Ausführungen zur Mission der Fachhochschulen. Freilich hätte ich den Blick auf die Fachhochschulen in Ihrem Buch viel früher erwartet, nämlich im ersten Teil, wo es grob gesagt um die von Ihnen beschriebene Verelendung der Universität ging, die nicht nur, aber zu einem erheblichen Teil, an dem riesigen Zuwachs an Studierenden lag, die bei einem miserablen Betreuungsverhältnis nicht annähernd richtig geführt werden konnten. Ich hatte in den 80-er Jahren den Slogan auf der Zunge, wer die Universitäten liebt, baut die Fachhochschulen aus.

Die damals unsägliche Antinomie im Verständnis der Aufgaben der Universitäten und der Fachhochschulen hat die Umsetzung dieses Gedankens nicht ganz, aber zu einem großen Teil verhindert. Ich erinnere mich an ein Symposium Anfang der 80-er Jahre mit dem Titel „Große Universitäten – kleine Universitäten“. Bei diesem waren die meisten Rektoren bzw. Präsidenten der großen deutschen Universitäten anwesend und – ich traute meinen Ohren nicht – verkündeten frohen Mutes, ihre Größe sei kein Problem, sie könnten durchaus noch größer werden. Damals gab es an den Universitäten Studierende in der Größenordnung von ca. 1 Million (heute sind es wohl bereits rund 1,7 Millionen). Aber damals wie heute war klar, dass die Mehrzahl der Studierenden keinen Beruf mit höchster wissenschaftlich-theoretischer Ausrichtung haben wollte, sondern einen Beruf, bei dem ein bestimmtes Maß an wissenschaftlicher Ausbildung für die Ausübung eines anwendungsbezogenen anspruchsvollen Berufs im Vordergrund steht. Im Grunde genommen hätten im tertiären Sektor die Fachhochschulen den größeren Teil der Studierenden ausbilden müssen. Natürlich war damals die Kapazität der Fachhochschulen nicht annähernd dafür ausgelegt. Fazit: Nicht nur die Politik, sondern auch die Universitäten tragen Schuld an vielen schief gelaufenen Studien – und Lebensbiografien.

(12.) Verfolgt man den Begriff ‚Permanente Reform‘ über die gesamte Wegstrecke der universitären Nachkriegsgeschichte, sollte auch ein ganz wesentlicher, letztlich aber gescheiterter Reformversuch Erwähnung finden, nämlich die Erhebung von Studiengebühren. Sie wurden in einigen Bundesländern für eine bestimmte

Zeit eingeführt, inzwischen aber wieder abgeschafft. Auch auf der Diskussionsagenda sind sie verschwunden. Sie streifen das Thema nur kurz und lassen erkennen, dass Sie Studiengebühren ablehnen. Das ist der einzige Punkt, wo ich völlig anderer Meinung bin. Die Gebührenfreiheit ist weltweit gesehen ein deutscher Sonderweg, von einer ehemaligen Bundeswissenschaftsministerin als große deutsche soziale Errungenschaft bezeichnet. Nun hätte die Bevölkerung in einer Zeit, in der unzählige Milliarden für diverse Krisen zusätzlich ausgegeben werde, wenig Verständnis, wenn man jetzt auch noch über Studiengebühren sprechen würde. Aus meiner Sicht hat Deutschland und haben die deutschen Universitäten zu Beginn des jetzigen Jahrhunderts eine große Chance vertan, die universitäre Finanzierung zumindest in einem verhältnismäßig kleinen Teil zu stabilisieren. Man muss kein Wahrsager sein um zu vermuten, dass der Staat in einer mittleren Zukunft um Einsparungen nicht herunkommt, wenn der große Schuldenberg nicht völlig auf die nachfolgenden Generationen umgewälzt werden soll.

Hier nur stichwortartig einige Gründe für Studiengebühren:

1. Studiengebühren sind sozial, weil diejenigen, die später von einem höherwertigen Arbeitsplatz profitieren auch einen höheren Beitrag für das System leisten sollen als andere Steuerzahler, die keine Hochschule besucht haben.

2. Die Hochschulqualifikation ist ein großartiger Wert, der sich nicht nur finanziell ausdrückt, sondern auch im immateriellen Sinn eine phantastische Lebensbereicherung darstellt.

3. Studiengebühren erhöhen die Motivation der Studierenden und führen im Übrigen zu einer rascheren Überprüfung, ob man das richtige Fach gewählt hat.

Studiengebühren müssen allerdings mit allen möglichen Formen sozialverträglicher Gestaltung verbunden werden. Ein wichtiger Weg dazu wäre die in anderen Ländern erfolgreich erprobten nachlaufenden Studiengebühren.

(13.) Etwas ratlos bin ich darüber, dass der Bologna-Prozess zwar in einigen Verbindungen mit anderen Themen kurz angesprochen wird, aber eine breitere Auseinandersetzung mit dieser Reform im Hinblick auf die Ziele und Kernpunkte und auf die völlig neue inhaltlich-strukturelle Prägung in Ihrem Buch fehlt. Die bereits in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts vor allem unter Governance-Gesichtspunkten umfassend umgebaute Universität erfährt zu Beginn des jetzigen Jahr-

hunderts durch den sogenannten Bologna-Prozess eine tiefgreifende Strukturreform, die mit fast allen Traditionen der bisherigen Studienorganisation bricht und ein völlig anderes Erscheinungsbild der universitären Lehre mit sich bringt. Es wäre überaus wünschenswert, wenn der Bologna-Reform im ganzen Formenkreis der „permanenten Reform“ eine herausgehobene Beurteilung zuteil würde. Diese Reform hat weit mehr als alle anderen Reformen neben den universitätsinternen Umgestaltungsherausforderungen auch eine über den Campus hinaus wirkende Außenwahrnehmung. Dieser Blick von außen fällt häufig sehr kritisch aus, meist ohne detaillierte Kenntnis der wesentlichen Ziele dieser Reform. Die vorherrschende Vorstellung unterstellt der Bologna-Struktur eine erhebliche Qualitätsminderung und einen Verlust an Reputation deutscher Studienabschlüsse. Schon aus diesem Grund ist es unverzichtbar eine breitere Öffentlichkeit über Ziele und Merkmale dieser Reform zu informieren.

Was den inneren Transformationsprozess angeht, so muss man mit höchstem Respekt anerkennen, dass die Universitäten mit äußerster Anstrengung aller Lehrenden die Herkulesaufgabe der Neugestaltung der Studiengänge gemeistert haben.

Wenn hier das Fehlen der Darstellung und die Bewertung des Bologna-Prozesses als Desiderat dargestellt wird, gibt es keinen Sinn, hier eine detaillierte Abwägung der Vor- und Nachteile des neuen Lehrgebäudes vorzunehmen. Aber eine kurze persönliche Positionierung sei mir gestattet. Für mich war diese Reform überfällig. Im Hinblick auf die große Zahl der Studierenden und deren ganz unterschiedlichen Ausbildungs- und Berufsziele bietet die Zweistufigkeit der Bologna-Struktur, also die Untergliederung in Bachelor- und Masterstudiengänge, eine dringend gebotene Anpassung an unterschiedliche Qualifikationsziele. Die weitere Kernidee einer europäischen Harmonisierung der Studiengänge, die Auslandssemester ohne Zeitverlust möglich machen soll, ist ein höchst wünschenswertes, allerdings in der Praxis schwieriges Ziel. Dass durch die Verteilung von Leistungspunkten (ECT) während des Studiums die Angst vor der Abschlussprüfung verringert wird, ist ebenso wichtig wie die Tatsache, dass die Absolventen von Bachelor-Studiengängen in einem früheren Lebensalter den beruflichen Einstieg finden können.

Nicht alles läuft perfekt; das ist bei einer solchen fundamentalen Reform unvermeidlich. In der Umsetzung sind Fehler gemacht worden, die man durch Nachjustieren beheben muss. Die im Kern richtige Bologna-Reform kämpft noch mit vielen Unebenheiten und ist keineswegs ideal. An diesem Punkt sei mir eine starke These gestattet: Hätte die deutsche Universität zu

einem viel früheren Zeitpunkt aus eigener Kraft und eigener Zielsetzung eine Studienreform auf den Weg gebracht, die der großen Zahl der Studierenden mit ihrem unterschiedlichen Qualifizierungspotential gerecht wird, dann hätte man in Deutschland keine Bologna-Reform gebraucht. Man hätte eher die berechtigte Erwartung gehabt, dass das europäische Ausland sich wie in früheren Zeiten an der deutschen Universitätskultur orientiert und sich ihrerseits an ein deutsches System anpasst. Aber dazu hat der deutschen Universität die Kraft und der innere Antrieb gefehlt. Dieses Versäumnis wird nunmehr zu einem gewissen Grad durch die Bologna-Reform kompensiert.

(14.) Am Schluss will ich mich einer Ihrer ganz zentralen Aussagen zuwenden, die ein Leitmotiv für die jetzige und die zukünftige Universität sein können. Die Humboldt'sche Universitätsidee hat an vielen Stellen Ihres Buches ihre Leuchtkraft gezeigt. Ein wunderbares Kapitel trägt ja die Überschrift, was von Humboldt bleibt'. Die von Ihnen aufgezeigte Trias aus Konzentration, Autonomie und Kooperation (als ein von Humboldt geschaffenes kunstvolles Balancesystem) ist ein vorzügliches Leitbild, das eigentlich in jedem Mission Statement einer deutschen Universität Aufnahme finden sollte. Sie zeigen auch Wege auf, wie diese humboldtschen Ideen in der heutigen Praxis verwirklicht werden können, wobei der Schutz der individuellen Innovation und der Freiheit einen besonders hohen Rang hat, aber die Kooperation als organisatorische Gesamtheit letztlich die Kraft ausstrahlt, die es für wissenschaftlichen Fortschritt bedarf.

Ihre überzeugende Vision hat für mich nur ein Problem, das ich aus Gründen der historischen Ehrlichkeit bekunden möchte.

Sie lassen das ja auch selbst anklingen. Viele Leser könnten nach meinen langjährigen Erfahrungen bei allzu flüchtiger Lektüre Ihres Buches meinen, es hätte früher eine Humboldt-Universität gegeben, die im Lauf der Zeit verspielt wurde. Eine von den Humboldt'schen Prinzipien gestaltete Universität gab es nie und sie konnte es erst recht in Zeiten der Massenuniversität nicht geben. Kurioserweise ist die maßgebliche Schrift von Humboldt „Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalt in Berlin“ erst rund 100 Jahre nach ihrer Abfassung im Jahr 1903 veröffentlicht worden. Sie ist Sinnbild für einen nachgeschobenen Gründungsmythos, bezogen auf die Universitätsreform zu Beginn des 19. Jahrhunderts und da speziell auf die Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Dieser Mythos wurde nach der Entdeckung der Schrift zu allen möglichen Zwecken eingesetzt. Als Literaturwissenschaftler wissen Sie, dass ein Mythos eine legitime Wirkmacht sein kann, auch wenn der historische Hintergrund den Mythos fak-

tisch nicht trägt. Bitter wird es in meinem Verständnis nur, wenn Gelehrte bei praktisch jedem Reformgeschehen den Vorwurf in den Mund nehmen, man mache die Humboldt-Universität kaputt. Die Humboldt-Universität gab es nie und kann es in ihrer idealisierten Vorstellung nicht geben. Wenn man aber, wie Sie, den inneren Sinngehalt der ‚Humboldt-Idee‘ schöpft und ihn in die Welt der heutigen Universität überträgt, dann kann etwas entstehen, was in Richtung „Exzellenz“ geht.

Ich danke Ihnen und den Leser für Ihre Geduld. Bleiben Sie mir trotz gelegentlichen Widerspruchs wohlgesonnen.

Dr. Jürgen Heß war von 1988 bis 1994 Kanzler der Universität Konstanz, von 1994 bis 2000 Kanzler der Universität Freiburg und von 2000 bis 2003 Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz.

Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich und Hendrik Büggeln

Befangenheit im Berufungsverfahren¹

I. Einleitung

II. Rechtliche Grundlagen und Verfahren zur Befangenheit

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

2. Gesetzliche und sonstige Regelungen

a) Landesverwaltungsverfahrensgesetze

b) Landeshochschulgesetze

c) Satzungsrechtliche Regelungen

d) Sonstige hochschulinterne Regelungen

e) Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft

3. Verfahrensgang gem. §§ 20 f. VwVfG in Berufungsverfahren

a) Pflichten der einzelnen Mitglieder der Berufungskommission

b) Amtsermittlungsgrundsatz und Pflichten des oder der Vorsitzenden

c) Beschluss der Berufungskommission über die Befangenheit und Dokumentationspflicht

d) Befangenheit von Personen, die nicht Mitglied der Berufungskommission sind

III. Tatbestand und Rechtsfolgen der Befangenheit

1. Tatbestand

a) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen

b) Besorgnis der Befangenheit

2. Rechtsfolgen

a) Rechtmäßiger Ausschluss

b) Rechtswidrig unterlassener Ausschluss

c) Rechtswidriger Ausschluss

d) Rügepflicht der Bewerberinnen und Bewerber

IV. Befangenheit in Berufungsverfahren im Lichte des Fachprinzips

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Fachprinzips

2. Widerstreit von Fachprinzip und Prinzip der Neutralität und Objektivität

3. In der Praxis anzutreffende Vorgehensweisen

a) Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss

b) Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss

c) Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss

4. Rechtliche Bewertung

V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die Berufungsverfahren an Hochschulen sind ein wesentlicher Baustein für die Gewährleistung der Freiheit von Forschung und Lehre², denn sie dienen der Auswahl der eigentlichen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG innerhalb der Universität³. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung verletzen daher nicht nur den Bewerbungsverfahrenanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG⁴, sondern gefährden auch unmittelbar die Wissenschaftsfreiheit⁵.

Die Exzellenz ihrer Professorinnen und Professoren ist ein entscheidender Faktor für den Erfolg einer Hochschule. Bei einem durchschnittlichen Berufungsalter von 42 Jahren⁶ wirken sich Berufungen bis zur Pensionierung zumeist über Jahrzehnte aus. Die mit einer Berufung einhergehenden Ausstattungs- und Personalkosten sind erheblich und gehen in die Millionen. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung stehen somit auch im Gegensatz zum Interesse der Hochschule.

Die Berufungskommissionen müssen nachvollziehbar entscheiden, ob Mitglieder von Gesetzes wegen von der Mitwirkung am Verfahren ausgeschlossen sind (§ 20 VwVfG) oder die Besorgnis der Befangenheit besteht und sie deshalb von der Mitwirkung auszuschließen sind (§ 21 VwVfG)⁷. Den Hochschulen kommt dabei weder ein Beurteilungs- noch ein Ermessensspielraum

1 Der vorliegende Beitrag fußt auf Neukirchen/Emmrich (Hrsg.), *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch: Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2021, das gemeinsam von Neukirchen, Emmrich, Büggeln, Kurlemann, Breder und Rockmann verfasst wurde.

2 Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), *Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl., Heidelberg 2017, Kap. 4 Rn. 70.

3 BVerfGE 35, 79.

4 Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt, also auch dem eines Hochschulprofessors, vgl. OVG S-H, B 8.12.2020, 2 MB 28/20,

Rn. 6 – juris; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 15 m. w. N. Dabei ist es unerheblich, ob ein Beamten- oder ein Angestelltenverhältnis begründet werden soll. Vgl. insoweit auch Feldmann, *OdW* 2019, S. 55, zur Rechtsprechung bzgl. Rechtsweg bei der Sicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG herrührenden Bewerbungsverfahrensanspruchs, wenn die Anstellung in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis erfolgen soll.

5 BVerfGE 35, 79.

6 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs (BuWiN) 2017, 117 – zuletzt abgerufen unter www.buwin.de am 20.6.2020.

7 Im Folgenden werden nur die einschlägigen Normen des VwVfG aufgeführt, die entsprechenden landesrechtlichen Normen müssen mitberücksichtigt werden.

zu; die Entscheidungen zur Befangenheit sind im vollen Umfange durch die Verwaltungsgerichte überprüfbar⁸.

Schon die mit der Erörterung der möglichen Befangenheit einhergehende Transparenz kann einer Beeinträchtigung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens entgegenwirken. Die Offenlegung von Sachverhalten, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist zugleich eine Voraussetzung der Wissenschaftsfreiheit⁹.

Trotz der Bedeutung für die Berufungsverfahren scheint die Problematik der Befangenheit bis vor wenigen Jahren häufig „noch völlig oder weitgehend ausgeblendet“ worden zu sein¹⁰. Dieser Artikel will dem, wie die einschlägigen Publikationen der letzten fünf Jahre insbesondere von *Wernsmann* und *Gatzka*¹¹, *Geis*¹² sowie *Burgi* und *Hagen*¹³, entgegenwirken. *Gläser et al.*¹⁴ befassen sich mit dem Thema aus wissenschaftspolitischer Sicht.

Subjektiv ungünstige Auswahlentscheidungen werden zunehmend gerichtlich angefochten¹⁵. Aufgrund der Einschätzungsprärogative der Hochschule in fachlicher Hinsicht zielen solche Klagen in der Regel auf Verfahrensfehler, was zu einer zunehmenden Verrechtlichung der Verfahren führt¹⁶.

Zwar gibt es mehr oder weniger klar etablierte Verfahrensschritte für Berufungen, die bundesweit ähnlich sind, da sie sich zum Teil schon aus §§ 42 ff. Hochschulrahmengesetz (HRG) ableiten lassen. Hinsichtlich der Details ergeben sich auf der Grundlage der 16 verschiedenen Landeshochschulgesetze (LHG), die eine unterschiedliche Regelungsdichte und teilweise divergierende Regelungen aufweisen, aber vielfältige Abweichungen¹⁷. Eine weitere Ausdifferenzierung erfolgt aufgrund des Satzungsrechts der Hochschulen in den jeweiligen Berufsordnungen der Hochschulen.

Insoweit sind in der Rechtspraxis divergierende Auffassungen zur Anwendung der einschlägigen Grundsätze und Normen anzutreffen.

Hinsichtlich der Prüfung der Befangenheit ist sowohl zwischen der Tatbestands- und der Rechtsfolgebene als auch den verschiedenen Stadien innerhalb des Auswahlverfahrens (Vorauswahl und Auswahl) zu unterscheiden.

Liegt ein Sachverhalt vor, der unter einen der gesetzlich detailliert beschriebenen Tatbestände des § 20 VwVfG zu subsumieren ist oder der geeignet ist, die weniger klar beschriebene Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG eines Mitglieds der Berufungskommission (oder einer anderen für die Hochschule tätigen Person) zu begründen, muss die Hochschule handeln.

Nachfolgend werden drei typische, in der Rechtspraxis anzutreffende und in den Berufsordnungen der Hochschulen normierte Vorgehensweisen vorgestellt und erörtert:

- A) Das betreffende Mitglied wird unwiderruflich von der weiteren Mitwirkung im Berufungsverfahren dauerhaft ausgeschlossen.
(Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss)
- B) Das betreffende Mitglied wird allein von der Behandlung der die Befangenheit auslösenden Bewerbung bei der Vorauswahl (ersten Sichtung) ausgeschlossen und bleibt ausgeschlossen, sofern diese Bewerbung weiterverfolgt wird. Sofern diese Bewerbung nicht weiterverfolgt wird, kann das betreffende Mitglied wieder mitwirken.
(Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss)
- C) Das betreffende Mitglied wird von der gesamten Vorauswahl (ersten Sichtung sämtlicher Bewerbun-

8 OVG NRW, U 24.1.1995, 5 A 1746/91; *Wernsmann/Gatzka*, Befangenheit im Berufungsverfahren bei der Neubesetzung einer Professorenstelle, DÖV 2017, S. 609, 612; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 20. Aufl., München, 2019, § 20 Rn. 50, § 21 Rn. 5.

9 Vgl. auch Wissenschaftsrat 2015, Empfehlungen zu wissenschaftlicher Integrität, Positionspapier, S. 40, für die Begutachtung im Peer-Review-Verfahren.

10 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, S. 609, 609.

11 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, S. 609-620.

12 *Geis*, Probleme bei der Zusammensetzung und Verfahren von Berufungsausschüssen und Tenure-Track-Gremien, Ordnung der Wissenschaft 2020, S. 23-32.

13 *Burgi/Hagen*, Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen, Ordnung der Wissenschaft 2021, S. 1-6.

14 *Gläser/Krauth/Windbichler/Zürn*, Befangenheit und Expertise in

Berufungsverfahren: Ein wissenschaftspolitischer Denkanstoß, Denkanstöße aus der Akademie, Schriftenreihe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Heft 4, März 2021. *Gläser et al.* sehen auf der Grundlage von Interviews „Hinweise darauf, dass gegebene Befangenheitsregeln [...] zunehmend unerwünschte Nebenfolgen zeitigen“: den Ausschluss „tiefer Kenntnis eines Fachgebiets“ und damit den Ausschluss der „qualifizierte[n] Bewertung von fachlicher Kompetenz“ sowie die verstärkte Instrumentalisierung komplexer Befangenheitsregelwerke. Sie stellen vier Modelle zum Umgang mit Befangenheit in Berufungsverfahren vor, die auf einer Unterscheidung starker und schwacher akademischer Verbindungen sowie interner und externer Mitglieder beruhen.

15 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23 m. w. N.

16 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23.

17 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23.

gen) ausgeschlossen und bleibt ausgeschlossen, sofern die die Befangenheit auslösende Bewerbung weiterverfolgt wird. Sofern diese Bewerbung nicht weiterverfolgt wird, kann das betreffende Mitglied wieder mitwirken.

(Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss)

In der Praxis finden sich weitere Ausdifferenzierungen und Modifikationen dieser drei generellen Vorgehensweisen.

Vorgehensweise A stützt sich auf den Wortlaut der §§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 21 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, ist jedoch geeignet, das Fachprinzip als Ausfluss von Art. 5 Abs. 3 GG zu verletzen: Bei Verfahren mit vielen Bewerbungen – Berufungsverfahren mit bis zu 100 Bewerbungen sind durchaus kein Einzelfall¹⁸ – müssen fachlich ausgewiesene Mitglieder die Kommission dauerhaft verlassen und auch externe Fachvertreterinnen und Fachvertreter können nur schwer als Ersatz gefunden werden, denn bei einer großen Zahl von Bewerbungen können sich auch bei diesen Gründe ergeben, Befangenheit bzgl. einer Bewerbung zu besorgen.

So kann selbst eine Bewerbung, die die gesetzlichen Einstellungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder schon bei der ersten Sichtung ausscheidet, unwiderruflich zum Ausschluss eines Mitglieds führen. Dabei tritt dieser Fall sehr häufig auf.

In der Praxis führte dies – um der Rechtsfolge des dauerhaften Ausschlusses zu entgehen – zu einer Relativierung auf der Tatbestandsebene, die einem unparteiischen und neutralen Verfahren gerade nicht dienlich ist.

Vorgehensweise B ist zwar geeignet, die Mitwirkung fachlich-disziplinär kompetenter Personen am Auswahlverfahren sicherzustellen, kann jedoch dazu führen, dass das Prinzip des unparteiischen und neutralen Handelns in nur ungeeigneter Weise umgesetzt wird, wenn befangene Mitglieder an der Vorauswahl der übrigen Bewerbungen mitwirken.

Vorgehensweise C sucht im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich zwischen unparteiischem und neutralem Verfahren sowie Fachprinzip.

Die Frage, ob ein Sachverhalt geeignet ist, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist in unterschiedlichen Verwaltungsverfahren unterschiedlich zu beantworten: So ist der Betreuer oder die Betreuerin einer

Promotion beim Promotionsverfahren durchaus als Gutachter oder Gutachterin zugelassen, beim Berufungsverfahren dagegen nicht. Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei den diversen Verwaltungsverfahren an Hochschulen (Promotionen, Habilitationen, Evaluierungen und Bewährungsfeststellungen bei Juniorprofessuren, Verleihung der Würde eines apl. Professors, Bestellung zum Honorarprofessor, ...) herauszuarbeiten, bleibt künftigen Arbeiten vorbehalten.

II. Rechtliche Grundlagen und Verfahren zur Befangenheit

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das rechtsstaatliche Verfahren verlangt unparteiisches, neutrales, faires und sachliches Handeln und verbietet das Handeln in eigener Sache¹⁹. Das Unbefangenheits- und das Unparteilichkeitsgebot folgen aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 GG²⁰.

Bei der Bewerbung um ein öffentliches Amt wie das einer Professur folgt zudem aus Art. 33 Abs. 2 GG das Recht der Bewerberinnen und Bewerber auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung und damit auch auf eine ordnungsgemäß zusammengesetzte Berufungskommission ohne befangene Mitglieder oder solche, die den Anschein der Befangenheit erwecken können. Aus Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 GG folgt jedoch ebenso, dass die Berufungskommission so zusammengesetzt sein muss, dass genügend fachliche Expertise der Mitglieder vorhanden ist, um die Einschätzungsprärogative der Berufungskommission zu rechtfertigen.

Soweit Mitglieder der Berufungskommission Beamtinnen oder Beamte sind, gehört ihre Verpflichtung zur unparteiischen Amtsführung zu den hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums gem. Art 33 Abs. 5 GG²¹ und ist in §§ 60 Abs. 1 Satz 2 und 61 Abs. 1 Satz 2 BBG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen kodifiziert.

2. Gesetzliche und sonstige Regelungen

Regelungen und Empfehlungen zum Umgang mit Fragen der Befangenheit finden sich auf unterschiedlichen Ebenen (Bund und Land) und in unterschiedlichen Gesetzen (VwVfG und LHG).

18 Das VG Bremen, B. 24.4.2019, 6 V 328/19, hielt es nicht für lebensfremd, dass eine Berufungskommission in einer sechsstündigen Sitzung sämtliche 124 Bewerbungen „ausführlich gesichtet hat“.

19 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München

2018, § 20 Rn. 1, 158.

20 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 1 m. w. N.

21 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 1 m. w. N.

a) Landesverwaltungsverfahrensgesetze

Das Berufungsverfahren beginnt mit der Ausschreibung und endet i. d. R. mit der Ernennung einer Person aus dem Kreis der Bewerberinnen und Bewerber – und damit mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes²². Es ist somit ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG²³. Die wesentlichen Regeln zum Umgang mit der möglichen Befangenheit finden sich in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes (VwVfG) und der Länder (LVwVfG)²⁴. §§ 20 f. VwVfG und die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen spezifizieren den Grundsatz der Objektivität und Neutralität für das Verwaltungsverfahren²⁵: Nur unparteiische und neutrale Personen dürfen an einem Verwaltungsverfahren mitwirken²⁶.

§§ 20 f. VwVfG sind bei Berufungsverfahren unmittelbar anzuwenden, soweit landesgesetzlich nichts anderes geregelt ist²⁷. In einigen Bundesländern waren oder sind Hochschulen oder Berufungsverfahren an Hochschulen von der Anwendung des LVwVfG ganz oder teilweise ausgenommen. Dann gelten §§ 20 f. VwVfG (bzw. die entsprechenden landesgesetzlichen Normen) zwar nicht unmittelbar, aber §§ 20 f. VwVfG kodifizieren die allgemeinen Regeln, auf die zurückgegriffen werden kann²⁸.

Bereits von Gesetzes wegen sind bestimmte Personengruppen von der Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in Verwaltungsverfahren ausgeschlossen (§ 20 VwVfG). Darüber hinaus ist zu prüfen, ob bei den Mitwirkenden ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu besorgen (§ 21 VwVfG). Maßgeblich ist dabei, ob bei vernünftiger Würdigung der konkreten Umstände aus Sicht eines abstrakten Mitbewerbers Anlass besteht, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln²⁹. Tatsächliche

Befangenheit muss nicht vorliegen, schon der böse Schein ist zu vermeiden³⁰. Auf die Sicht desjenigen, der eine Befangenheitsrüge erhebt, oder ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission sich selbst für befangen hält, kommt es nicht an³¹.

Auswahlkriterien sind allein Eignung, Befähigung und fachliche Leistung; andere Aspekte sind außer Acht zu lassen³². Die Besorgnis der Befangenheit kann daher auch in anderen Verfahrensverstößen begründet sein, wie z. B. der diskriminierenden Behandlung von Bewerberinnen und Bewerbern³³ oder der frühzeitigen Vorfestlegung auf eine Bewerberin oder einen Bewerber³⁴.

b) Landeshochschulgesetze

Die Hochschulgesetze der Länder (LHG) können die Bestimmungen der §§ 20 f. VwVfG als *lex specialis* grundsätzlich verdrängen. Hier ist jedoch eine gesetzgeberische Zurückhaltung zu bemerken³⁵: Soweit sich in den Hochschulgesetzen Regelungen zu Berufungsverfahren oder allgemeiner zu Verfahren in den Hochschulgremien finden, so i. d. R. nicht zur Befangenheit.

c) Satzungsrechtliche Regelungen

Soweit die Hochschulen die gesetzlichen Vorgaben zu Fragen der Befangenheit von Amtsträgern bzw. Ausschussmitgliedern konkretisieren, geschieht dies im Rahmen ihres Satzungsrechts.

Eine (Berufungs-) Satzung kann von der Hochschule im Rahmen der ihr vom jeweiligen Landesgesetzgeber verliehenen (Rechtsetzungs-) Autonomie erlassen werden und bindet die Hochschule³⁶. Die Satzungsautonomie gewährt einen weiten Spielraum, der allerdings durch die Vorgaben des LHG (beispielsweise zur Zusammensetzung der Gremien) und anderes, höherrangiges Recht begrenzt wird³⁷.

22 a. A. Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 611, m. w. N.

23 Vgl. Geis, OdW 2020, S. 23, 25 m. w. N.; Pokorny, Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen – unter Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt 2002, S. 14 ff., 36 ff.; VGH BW, B 10.9.2020, 4 S 1657/20, Rn. 5 – juris.

24 Aus Gründen der Einheitlichkeit wird im Folgenden allgemein auf die §§ der bundesgesetzlichen Regelungen des VwVfG abgestellt.

25 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 172 m. w. N.; Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 9 m. w. N.

26 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 6.

27 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 19 ff. – juris; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 47.

28 VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris.

29 Vgl. allg. zum Maßstab Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 13, 16;

Epping/Nölle, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz – Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 26 Rn. 61 mit Verweis auf OVG, RhPf B 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 5 ff. – juris.

30 VG Münster, B 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 90 – juris. Vgl. auch BVerfG, B 5.12.2019, 1 BvL 7/18, zur Besorgnis der Befangenheit eines Richters; VGH BW, B 27.9.2021, 1 VB 85/17, Rn. 8 – juris.

31 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris.

32 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 609.

33 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 21 Rn. 11.

34 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 21 Rn. 17; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

35 Vgl. etwa die eher zurückhaltende Formulierung in § 9 Abs. 5 Satz 1 LHG BW: „Wer eine Tätigkeit in der Selbstverwaltung übernommen hat, muss die ihm übertragenen Geschäfte uneigennützig und verantwortungsbewusst führen.“

36 VG Gera, B 20.5.2016, 1 E 1183/15.

37 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 612.

In manchen Bundesländern sind die Hochschulen durch das LHG verpflichtet worden, eine Berufsordnung als Satzung zu erlassen³⁸, in anderen ist die Übertragung des Berufsrechts an den Erlass einer Berufsordnung geknüpft³⁹.

Die Hochschulen sind gut beraten, in den Berufsordnungen exemplarisch die Fallgruppen, die mit Blick auf § 21 VwVfG geeignet sein können, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, klar und eindeutig zu normieren. Offene und allgemeine Formulierungen mögen durch eine jeweils gelungene Auslegung zwar der Vielfalt der Fälle besser gerecht werden – sie bergen aber auch ein größeres Risiko für ggf. schwerwiegende Fehler der Berufungskommissionen und verhindern ein einheitliches, transparentes und vorhersehbares Handeln der Hochschule.

d) Sonstige hochschulinterne Regelungen

Die Hochschulleitungen haben – zum Teil schon vor den Berufsordnungen bzw. auch parallel dazu – sog. Berufsleitfäden oder Handreichungen veröffentlicht. Dabei handelt es sich um Verwaltungsvorschriften⁴⁰, durch deren regelmäßige Anwendung eine Selbstbindung entsteht, von der die Hochschule nicht unbegründet abweichen darf. Auch die Rechtsprechung prüft Berufsverfahren an Hand solcher Verwaltungsvorschriften und geht von einem Fehler aus, wenn die Hochschule diese sie selbst bindenden Vorschriften verletzt⁴¹.

e) Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die DFG-Hinweise zu Fragen der Befangenheit (DFG-Vordruck 10.210-4/10) sind in Berufsverfahren nicht einschlägig und können allenfalls zur wissenschaftsspezifischen Konkretisierung des § 21 Abs. 1 Satz 1 VwVfG herangezogen werden⁴².

Die Leitlinien der DFG zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis umfassen unter anderem Hinweise zur Autorenschaft. Diese Hinweise können ggf. zur Bewertung von Sachverhalten im Zusammenhang mit der Besorgnis der Befangenheit bei gemeinsamen Publikationen herangezogen werden.

38 So § 101 Abs. 8 BerlHG.

39 Z. B. § 40 Abs. 5 Satz 4 BbgHG.

40 BVerfG, B 2.3.1999, 2 BvF 1/94, Rn. 38 – juris.

41 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 30 – juris: „Präsidiumshandreichung“; VG Berlin, B 15.12.2017, 5 L 315/17, Rn. 17 – juris. Im Rahmen der Rechtsaufsicht können Verwaltungsvorschriften jedoch nicht durchgesetzt werden, siehe *Hailbronner* in Geis (Hrsg.), HochschulR in Bund und Ländern, HRG §59 Rn. 3 (16. Lfg. 1996).

42 Siehe auch *Geis*, OdW 2020, S. 23, 24, der die DFG-Hinweise insoweit als „eigengesetzliche“ Standards der Scientific Community bezeichnet. Im Hinblick auf schon von Gesetzes wegen ausgeschlossenen Personen stehen die DFG-Hinweise teils im

3. Verfahrensgang gem. §§ 20 f. VwVfG in Berufsverfahren

Im Berufsverfahren haben jedes Mitglied, die oder der Vorsitzende, die Berufungskommission als Ganzes und die nachfolgenden Gremien die Grundsätze bzgl. der Befangenheit zu beachten.

a) Pflichten der einzelnen Mitglieder der Berufungskommission

Jedes Mitglied einer Berufungskommission ist verpflichtet, der oder dem Vorsitzenden sowohl eine Betroffenheit aus der abschließenden Aufzählung des § 20 VwVfG als auch solche Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu begründen, unverzüglich, also in der Regel unmittelbar nach Kenntnis der eingegangenen Bewerbungen zu offenbaren, § 20 Abs. 4 Satz 1 VwVfG. Auch erst später eintretende Sachverhalte sind unverzüglich anzuzeigen⁴³.

b) Amtsermittlungsgrundsatz und Pflichten des oder der Vorsitzenden

Die oder der Vorsitzende ist verpflichtet, die Mitglieder aufzufordern, entsprechende Angaben zur Befangenheit zu machen⁴⁴. Dafür haben die meisten Hochschulen Merkblätter und Formulare entwickelt, die von den Mitgliedern einer Berufungskommission auszufüllen sind⁴⁵. Die Berufungskommission darf jedoch nicht darauf vertrauen⁴⁶, sondern hat dem Amtsermittlungsgrundsatz entsprechend auch selbst aufklärend zu wirken, soweit Anhaltspunkte vorliegen.

Die oder der Vorsitzende muss gem. § 89 VwVfG (oder einer analogen Regelung des LHG, der Grund- oder Berufsordnung) Hinweisen nachgehen und nach pflichtgemäßem Ermessen über die Befassung der Berufungskommission entscheiden⁴⁷. Bekannt gewordene Befangenheitsgründe sind unabhängig von der Offenbarungspflicht auch von Amts wegen zu berücksichtigen⁴⁸. Äußern andere Mitglieder der Berufungskommission einen Verdacht oder geben Hinweise, so hat die oder der Vorsitzende den Sachverhalt aufzuklären⁴⁹. Sie

Widerspruch zu den Tatbeständen des § 20 VwVfG.

43 Steht das Mitglied in einem Dienstverhältnis zur Hochschule, so ist dies eine Dienstpflicht.

44 Anders aber VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 50: Eine Belehrungspflicht bestehe nicht, eine anlasslose Thematisierung von Befangenheit sei nicht erforderlich.

45 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 616.

46 VG Gera, B 20.5.2016, 1 E 1183/15, Rn. 74 – juris.

47 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 27.

48 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn. 1.

49 Vgl. auch *Kuntze/Beichel-Benedetti*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 23.

oder er muss sicherstellen, dass eine Entscheidung der Berufungskommission gem. §§ 20 f. VwVfG herbeigeführt und auch vollzogen wird.

c) Beschluss der Berufungskommission über die Befangenheit und Dokumentationspflicht

Die Berufungskommission ist ein Ausschuss im Sinne von § 20 Abs. 4 VwVfG und das Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG⁵⁰.

Wenn ein Mitglied der Berufungskommission eine nach seiner Ansicht bestehende (absolute oder relative) Befangenheit oder Zweifel darüber anzeigt oder die Berufungskommission hiervon anderweitig Kenntnis erlangt, muss daher (soweit nicht landesgesetzlich eine andere Stelle berufen ist) die Berufungskommission hierüber beraten und über den Ausschluss entscheiden⁵¹. Gem. § 20 Abs. 4 VwVfG berät und beschließt die Berufungskommission ohne Mitwirkung der oder des Betroffenen. Eine geheime Abstimmung ist nicht erforderlich, aber zu empfehlen. Bei Stimmgleichheit entscheidet je nach Grund- bzw. Berufsordnung ggf. die Stimme der oder des Vorsitzenden oder der Antrag ist abgelehnt⁵². Ist die oder der Vorsitzende selbst vom möglichen Ausschluss betroffen, so ist die Sitzungsleitung an die Stellvertretung zu übergeben; ggf. ist nach dem Ausschluss der Vorsitz neu zu bestimmen.

Für die Praxis ist es sinnvoll, dieses Verfahren in den Berufsordnungen genauer zu regeln, denn oft sind mehrere Mitglieder betroffen, so dass sich die Frage der Reihenfolge der Entscheidung ebenso stellt wie die Frage der Vertretung durch Sitzungsvertreter. Ob das Mitwirkungsverbot aus § 20 Abs. 4 Satz 3 VwVfG ein Verhinderungsgrund ist, der die Vertretung des betroffenen Mitglieds bei der Entscheidung über den Ausschluss durch einen (ohnehin vorgesehenen) Sitzungsvertreter erlaubt, ist offen⁵³.

Der Ausschluss ist zeitnah im Sitzungsprotokoll substantiiert zu dokumentieren⁵⁴. In einigen Berufsleitlinien ist für Fälle möglicher Befangenheit eine Informationspflicht gegenüber der Hochschulleitung vorgesehen⁵⁵. Soweit die Berufungskommissionen rechtmäßig handeln, dürfen jedoch weder Dekanat noch Präsidium über den Ausschluss entscheiden⁵⁶.

Die die Berufungskommission einsetzende Stelle – in der Regel der Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat – hat dafür Sorge zu tragen, dass die Berufungskommission trotz eines Ausschlusses von Mitgliedern beschlussfähig bleibt. Ggf. muss ein Ersatzmitglied benannt werden, sofern es keine Stellvertretung (mehr) gibt⁵⁷.

d) Befangenheit von Personen, die nicht Mitglied der Berufungskommission sind

Von Gesetzes wegen oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen sind nicht nur stimmberechtigte, sondern auch nicht stimmberechtigte⁵⁸ Mitglieder der Berufungskommission sowie Stellvertreterinnen und Stellvertreter. Auch Gutachterinnen und Gutachter sowie all jene, die in anderer Eigenschaft mit dem Berufungsverfahren befasst sind, dürfen an dem Verfahren nicht mitwirken, sofern sie von Gesetzes wegen ausgeschlossen sind oder Gründe vorliegen, die die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen. Hierzu zählen u. a. Gleichstellungs- oder Schwerbehindertenbeauftragte, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fakultäts- oder Zentralverwaltung oder einer etwaigen Stabsstelle für Berufungen, Berufsbeauftragte, die Dekanin oder der Dekan, Mitglieder des Präsidiums sowie Mitglieder nachfolgend mit der Berufung befasster Gremien wie Fakultätsrat oder Senat.

Die Entscheidung hierüber hat die oder der Dienstvorgesetzte zu treffen, sofern nicht ohnehin das Verfahren von einer Vertreterin oder einem Vertreter (etwa ei-

50 Vgl. Geis, OdW 2020, S. 23, 25 m. w. N.; Pokorny, Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen – unter Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt 2002, S. 14 ff., 36 ff; VGH BW, B 10.9.2020, 4 S 1657/20, Rn. 5 – juris. Anders aber Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 611.

51 Gegen die unmittelbare Anwendung von § 20 VwVfG auf die Berufungsausschüsse: Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 616.

52 Geis, OdW 2020, S. 23, 27 m. w. N.

53 Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 4. Aufl., Stuttgart 2019, § 20 Rn. 21, geht davon aus, dass das betroffene Mitglied schon ab Selbstanzeige bis zur Entscheidung über seinen Ausschluss von der Mitwirkung ausgeschlossen ist. Da regelmäßig mehrere Mitglieder betroffen sind, könnte das in der Praxis schnell zur Beschlussunfähigkeit der Kommission führen, was für die Annahme eines Vertretungsgrundes spricht.

54 Zur Dokumentationspflicht vgl. VG Frankfurt (Oder), U 25.8.2014, 3 K 840/11, Rn. 59 f. – juris (und nachfolgend OVG Bln-Bbg, U 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 12 – juris); VG Halle, B 29.9.2020, 5 B 222/19.

55 Z. B. KIT, Leitlinien für Berufungsverfahren zur Besetzung von W1-, W2- und W3-Professuren und Stellen für leitende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, 1.12.2017, s. Anlage 6.

56 Herrmann/Tietze, Ausschließung und Befangenheit von akademischen Mitarbeitern als Mitglieder einer Berufungskommission, Landes- und Kommunalverwaltung – LKV 2015, S. 337 m. w. N.; Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

57 OVG RhPf, B 28.9.2007, 2 B 10825/07.

58 Ziekow, VwVfG, § 21 Rn. 4a; VG Düsseldorf, U 3.12.2015, 15 K 7734/13; vgl. auch ThürOVG, U 12.3.2019, 4 KO 128/18 – juris Rn. 44 m. w. N. (zur Mitwirkung im Hochschulrat).

ner Prodekanin oder einem Prodekan) betrieben werden kann⁵⁹. Bei den (stellvertretenden) Mitgliedern von im Verfahren befassen Gremien wie Fakultätsrat und Senat hat das jeweilige Gremium zu entscheiden. Dabei wird man regelmäßig eine Prüfung der Sachverhalte gem. §§ 20 f. VwVfG in Bezug auf sämtliche Bewerbungen nicht durchführen können. Hier ist es angemessen, sich auf die im Berufungsvorschlag gelisteten Bewerbungen zu beschränken, sofern nicht darüber hinausgehende Anhaltspunkte vorliegen. Die Pflicht der Mitglieder des Gremiums zur Offenlegung entsprechender Sachverhalte gilt auch hier, und zwar in Bezug auf sämtliche Bewerbungen: Ist einem Senatsmitglied etwa bekannt, dass sich ein Angehöriger beworben hat, so muss es dies auch dann offenbaren, wenn im Senat regelmäßig „nur“ der Berufungsvorschlag erörtert wird und der Angehörige nicht gelistet ist.

Selbstverständlich können Personen, die schon in einem früheren Stadium etwa als Mitglied der Berufungskommission ausgeschlossen wurden, dann auch nicht als Mitglied des Fakultätsrats oder Senats mitwirken; sie bleiben ausgeschlossen. Ebenso ist schon die bloße Anwesenheit von aufgrund von §§ 20 f. VwVfG ausgeschlossenen Personen bei einer öffentlichen Vorstellung (Fachvortrag, Lehrprobe) abzulehnen.

III. Tatbestand und Rechtsfolgen der Befangenheit

1. Tatbestand

a) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen

§ 20 VwVfG geht von der unwiderlegbaren Vermutung aus, dass bei bestimmten Interessenskollisionen und Sachverhalten eine neutrale Amtsführung unmöglich ist und daher bestimmte Personen qua Gesetz von einem Verfahren ausgeschlossen sind⁶⁰. Absatz 1 lautet:

In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden,

1. wer selbst Beteiligter ist;
2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist;
3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt;
4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteilig-

ten in diesem Verfahren vertritt;

5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist;

6. wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

In diesem gesetzlichen Sinne ist das Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren, die Hochschule ist Behörde, die Bewerberin oder der Bewerber ist Beteiligter⁶¹. Wer Angehöriger ist, ist in § 20 Abs. 5 VwVfG geregelt.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG umfasst nicht Gutachten, die in amtlicher Eigenschaft abgegeben worden sind. Hierzu zählen regelmäßig Gutachten in Promotions- und Habilitationsverfahren sowie in anderen Berufungsverfahren. Der Ausschluss einer Gutachterin oder eines Gutachters der Promotion oder Habilitation kann mithin nicht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG gestützt werden, sondern allenfalls auf § 21 VwVfG, sofern weitere konkrete Umstände hinzutreten⁶².

Einem Beteiligten steht gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG gleich, wer durch die Tätigkeit oder Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil rechtlicher, materieller oder immaterieller Art erlangen kann⁶³. Dies ist zunächst weit auszulegen, damit der Anschein einer Interessenskollision auf beiden Seiten vermieden wird⁶⁴. Vor- oder Nachteile wegen der Zugehörigkeit zu einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe sind dabei gem. § 20 Abs. 1 Satz 3 VwVfG ausgenommen⁶⁵.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der zu besetzenden Professur fallen weder unter § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG noch unter § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, denn sie sind bei der Hochschule oder dem Land beschäftigt und

59 Ausgenommen sind Personen, die zwar mit dem Berufungsverfahren befasst sind, aber nicht entscheidungsbezogen, sondern nur „rein technisch“ etwa als weisungsgebundene Schreibkraft tätig werden, vgl. VGH BW, U 9.12.2010, 7 S 3291/08, m. w. N.

60 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 1.

61 VG Darmstadt, Beschl. v. 17.7.2014, 1 L 721/14.DA, Rn. 28 ff. – juris; VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015, 15 K 7734/13 (nachfolgend OVG NRW, Beschl. v. 27.4.2017, 6 A 277/16).

62 Anders hingegen VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20, das eine

Befangenheit schon als möglich erachtet, wenn ein Mitglied der Berufungskommission Zweitgutachter der Dissertation eines Bewerbers war und dieser an einem vom Mitglied der Berufungskommission herausgegebenen Buch mitgewirkt hat. Vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 29 f.

63 Ziekow, VwVfG § 20 Rn. 16 f.

64 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 30 ff.

65 Ziekow, VwVfG § 20 Rn. 18.

zu ihren Aufgaben gehört im Rahmen der akademischen Selbstverwaltung die Vertretung der legitimen Interessen ihrer Mitgliedergruppe⁶⁶.

§ 20 VwVfG ist sowohl auf stimmberechtigte Mitglieder und ihre Vertreterinnen und Vertreter als auch nicht stimmberechtigte Mitglieder der Berufungskommission und sonstige Personen anzuwenden, die für die Hochschule (oder das Ministerium) in dem Berufungsverfahren tätig werden.

b) Besorgnis der Befangenheit

Über die zwingenden Gründe aus § 20 VwVfG hinaus kann die sog. relative Befangenheit bzw. Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu einem Ausschluss führen⁶⁷.

Die Gründe, die eine Befangenheit besorgen lassen, müssen individuell, konkret und nachprüfbar sein⁶⁸. Nicht hinreichend sind beispielsweise die Staatsangehörigkeit, das Geschlecht oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten wissenschaftlichen Schule. Die Besorgnis der Befangenheit kann auch erst im Zuge des Verfahrens eintreten, etwa durch unsachliche Äußerungen oder Verhaltensweisen, die geeignet sind, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des betreffenden Kommissionsmitglieds auszulösen⁶⁹.

Die Verwaltungsgerichte differenzieren zwischen zulässigem „gelegentlichem beruflichen Zusammenwirken“ gegenüber unzulässiger „besonderer kollegialer Nähe“ (oder auch Konkurrenz) in dienstlicher Hinsicht und zwischen zulässigen „gelegentlichen privaten Kontakten“ und unzulässigen „freundschaftlichen Kontakten“⁷⁰. Den freundschaftlichen Kontakten stehen persönliche Anfeindungen gleich.

Nicht jede wissenschaftliche Zusammenarbeit oder frühere wissenschaftliche oder akademische Verbindung führt „gleichsam automatisch“ zur Annahme der Besorgnis der Befangenheit⁷¹. Gelegentliche private Kontakte sind unschädlich⁷².

Die besondere berufliche Nähe kann sich insbesondere in den folgenden Fallgruppen manifestieren⁷³:

- Lehrer-Schüler-Verhältnis,
- dienstliches Abhängigkeitsverhältnis,
- gemeinsame Assistenzzeit,
- gemeinsame Publikationen,
- wissenschaftliche Kooperationen oder Konkurrenz oder Konflikte,
- gegenseitige Begutachtungen.

Die bloße Begutachtung (nicht Betreuung⁷⁴) einer Promotion oder einer Habilitation wird, wie oben bereits erwähnt wurde, regelmäßig nicht geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Beim dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis wird hingegen das direkte und unmittelbare Weisungsrecht bzw. die direkte und unmittelbare Weisungsabhängigkeit die Besorgnis der Befangenheit begründen können.

Die Zugehörigkeit zu ein und derselben Dienststelle ist ebenso wenig geeignet, Besorgnis der Befangenheit zu begründen⁷⁵ wie die Zugehörigkeit zur gleichen akademischen Schule⁷⁶. Die gemeinsame Assistenzzeit am gleichen Lehrstuhl dagegen kann durchaus ein Indiz sein⁷⁷.

Bei gemeinsamen Publikationen können Außenstehende nicht zwischen den Anteilen der Koautorinnen und Koautoren unterscheiden und damit auch nicht, ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission seine eigene Leistung oder die Leistung des Bewerbers oder

66 VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03. Vgl. auch *Ziekow*, VwVfG, § 20 Rn. 17; *Herrmann/Tietze*, LKV 2015, S. 337, 339 m. w. N.: Die Mitwirkung akademischer Mitarbeiter aus dem vakanten Fachgebiet kann auch nicht mit dem Argument beanstandet werden, die Betroffenen würden sich so ihren künftigen Vorgesetzten selbst auswählen. VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 42 – juris: Schädlich dagegen ist, wenn ein Mitglied der Berufungskommission aus der Gruppe der akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter Mitwirkung einer der Bewerberinnen und Bewerber vom Fakultätsrat gewählt wurde.

67 § 20 entfaltet auch keine Sperrwirkung gegenüber § 21 für vergleichbare Umstände, so *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 21 Rn. 4.

68 Vgl. etwa OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris.

69 *Kuntze/Beichel-Benedetti*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 20.

70 Siehe OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris; HmbOVG, B 9.10.1998, 1 Bs 214/98, Rn. 8 – juris; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 48 – juris: „Im Rahmen von Berufungskommissionen zur Besetzung von Professuren ist eine Besorgnis der

Befangenheit hinsichtlich eines Kommissionsmitglieds dann zu bejahen, wenn zwischen dem Kommissionsmitglied und einer Bewerberin oder einem Bewerber ein besonderes Näheverhältnis besteht, das über gelegentliches berufliches Zusammenwirken hinausgeht. Erforderlich sind vielmehr eine besondere kollegiale Nähe oder freundschaftliche Kontakte.“

71 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

72 OVG M-V, B. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

73 Vgl. auch *Geis*, OdW 2020, S. 23, 26 m. w. N.

74 Die noch von *Krüger/Leuze*, in: Hailbronner/Geis, HRG, § 45 Rn. 22, vertretene Auffassung, der „Habitationsvater“ sei als Gutachter rechtlich zulässig, ist als veraltet anzusehen, vgl. auch *Beaucamp/Seifert*, Rechtsschutz von Kandidatinnen und Kandidaten im Promotions-, Habilitations- und Berufungsverfahren, WissR 2011, S. 40.

75 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

76 Anders aber VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris, siehe Fn. 107.

77 Vgl. OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris; *Geis*, OdW 2020, S. 23, 26 m. w. N.

der Bewerberin beurteilt oder ob die Beurteilung eines Bewerbers, der zugleich Koautor ist, durch das betreffende Mitglied der Berufungskommission zu Teilen auf der Bewertung der eigenen wissenschaftlichen Leistung beruht⁷⁸. Insoweit sind gemeinsame Publikationen grundsätzlich schädlich⁷⁹, es wird jedoch auch der Zeitraum seit einer solchen Publikation zu bewerten sein. Inwieweit fachspezifische Unterschiede bei gemeinsamen Publikationen geltend gemacht werden können, ist nicht abschließend geklärt⁸⁰.

Beiträge im gleichen Sammelband oder eine Herausgeberschaft hingegen können, müssen aber keine Besorgnis der Befangenheit begründen⁸¹. Die Beziehung zwischen Autor und Herausgeber oder auch zwischen Autoren verschiedener Beiträge in einem Sammelband vermitteln ohne Hinzutreten weiterer Sachverhalte ebenfalls keine besondere berufliche Nähe.

Bei wissenschaftlichen Kooperationen hingegen wird eine gegenseitige fachliche Achtung zu unterstellen sein, die geeignet ist, die Unparteilichkeit zu trüben⁸². Die gleichzeitige Projektleitung in einem größeren Forschungsverbund, wie etwa einem Sonderforschungsbereich, wird ohne konkrete Zusammenarbeit keinen Grund darstellen, Befangenheit zu besorgen. Die Beziehung zwischen (stellvertretendem) Sprecher und Teilprojektleiter in einem Graduiertenkolleg kann dagegen durchaus die Besorgnis der Befangenheit begründen. Die Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn ein Mitglied der Berufungskommission (stellvertretende) Sprecherin eines DFG-Graduiertenkollegs war, an dem eine der Bewerberinnen oder Bewerber ebenfalls beteiligt war⁸³. Hier hat das Gericht die Mitwirkung der Bewerberin schon bei der Antragstellung für das Graduiertenkolleg und die Tatsache berücksichtigt, dass die (stellvertretende) Sprecherin Leistungsbezüge wegen der Förderung des Graduiertenkollegs erhalten hat. Grundsätzlich sah das Gericht die Zusammenarbeit in einem Graduiertenkolleg, das nur von wenigen Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern getragen werde und eine enge Zusammenarbeit erfordere, als schädlich an⁸⁴. Insoweit verweist das Gericht zutreffend auf die entsprechenden Richtlinien der DFG zur Beantragung von Graduiertenkollegs.

Wissenschaftliche Konflikte und Konkurrenz können ebenso geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, insbesondere wenn der Disput nicht allein sachlich ausgetragen wurde oder wird, sondern die persönliche Ebene erreicht hat⁸⁵. Hinsichtlich der wissenschaftlichen Konkurrenz kommt auch die Beantragung von Drittmitteln im Rahmen einer konkreten Ausschreibung in Betracht.

Die scheidende Stelleninhaberin oder der scheidende Stelleninhaber wird i. d. R. nicht Mitglied der Berufungskommission. Dies ist in einigen Hochschulen in der Berufsordnung explizit geregelt⁸⁶. Ist andererseits der Ausschluss nicht satzungsrechtlich oder durch Verwaltungsvorschrift geregelt und wird eine scheidende Stelleninhaberin oder ein scheidender Stelleninhaber zum Mitglied einer Berufungskommission bestellt, so liegen nicht per se Gründe vor, die Befangenheit zu besorgen. Auch die Ehefrau des bisherigen Stelleninhabers, die am vom bisherigen Stelleninhaber geleiteten Institut wissenschaftliche Mitarbeiterin ist, kann nicht ohne weiteres wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen werden (schon gar nicht aufgrund von § 20 VwVfG), wenn sie zuvor durch ihre Mitgliedergruppe für die Berufungskommission benannt wurde und es keine konkreten Anhaltspunkte für eine Besorgnis der Befangenheit gibt; allgemeine persönliche Merkmale eines Mitglieds reichen nicht aus⁸⁷.

Wann jenseits rein innerdienstlicher Beziehungen auch „gelegentliche private Kontakte“ zu einer hinsichtlich einer zu besorgenden Befangenheit problematischen Freundschaft⁸⁸ werden bzw. wann auch eine Feindschaft anzunehmen ist, die geeignet scheint, die Unparteilichkeit zu bezweifeln, muss im Einzelfall abgewogen werden. Das „Du“ in der Anrede begründet allein keine problematische Nähe⁸⁹. Nichteheliche Partnerschaften bleiben in der abschließenden Aufzählung des § 20 Abs. 1 VwVfG unerwähnt, rechtfertigen aber aufgrund von § 21 VwVfG den Ausschluss aus dem Verfahren⁹⁰, ebenso andauernde oder beendete sexuelle Beziehungen⁹¹.

Eine besondere Nähe können auch gemeinsame wirtschaftliche Aktivitäten begründen, etwa die gemeinsame Nebentätigkeit, die gemeinsame Gesellschaftertätigkeit,

78 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10 – juris, Rn. 28. Vgl. zu Unterschieden der Publikationspraxis zwischen einzelnen Fachdisziplinen Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

79 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

80 Vgl. auch Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

81 VG Hamburg, B 25.2.2005, 8 E 6091/04; Geis, OdW 2020, S. 26 m. w. N.; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 64 m. w. N., Universität Hannover (Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 31.1.2018).

82 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

83 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 33 – juris.

84 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 38 ff. – juris.

85 Vgl. etwa VG Düsseldorf, B 20.1.2003, 2 L 2627/02, Rn. 17 – juris.

86 Siehe Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 614 m. w. N.

87 VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, Rn. 73 – juris.

88 Vgl. OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

89 BayVGH, B 11.11.2015, 7 CE 15.1737, Rn. 21 – juris.

90 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

91 Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

das gemeinsame Ingenieurbüro, gemeinsame künstlerische Aktivitäten. Ähnlich dem dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis im Hochschulkontext begründen auch sonstige berufliche bzw. geschäftliche Beziehungen zwischen einem Amtswalter und einem Beteiligten die Besorgnis der Befangenheit⁹², wenn wirtschaftliche Interessen des Amtswalters tatsächlich berührt sind⁹³. Daher wird durch die Berufungskommission zu prüfen sein, ob ein Kommissionsmitglied nebenberuflich ein Unternehmen führt oder daran beteiligt ist, an dem auch Bewerberinnen oder Bewerber beteiligt oder beschäftigt sind. Im umgekehrten Fall dürfte bereits § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG einschlägig sein.

Die Mitglieder der Berufungskommission dürfen hinsichtlich der Auswahl, Reihung und Liste keine voreiligen Schlüsse ziehen⁹⁴ oder gar kommunizieren⁹⁵. Geschieht es dennoch, so begründet dies die Besorgnis der Befangenheit. Gleiches gilt bzgl. wahrheitswidriger, irreführender Informationen an Bewerber⁹⁶. Auch unsachliche und verletzende Äußerungen gegenüber Bewerbern können die Besorgnis der Befangenheit begründen⁹⁷.

Die bloße Mitwirkung an einer für eine Bewerberin oder einen Bewerber früher ergangenen Entscheidung ist allein nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, auch dann nicht, wenn diese Entscheidung negativ für die Bewerberin oder den Bewerber war und sich sogar als rechtswidrig herausgestellt hat (so auch nicht die Mitwirkung an einem wegen Verfahrensfehlern abgebrochenen früheren Verfahren)⁹⁸. Anders hingegen – und aus Sicht der Verfasser zu weitgehend, – wenn ein Mitglied der Berufungskommission in einem kurz zuvor eröffneten und noch laufenden Verfahren zur Evaluierung (Feststellung der Bewährung) einer Bewerberin oder eines Bewerbers als Juniorprofessorin oder Juniorprofessor tätig ist⁹⁹: Hier ging das Gericht davon aus, dass das entsprechende Mitglied einen „umfassenden und tiefgreifenden Eindruck in das wissenschaftliche Wirken sowie die fachlichen Fähigkeiten und Qualifikationen“ erhalten habe und dies zu der Sorge berechtige, dass dieses Wissen zugunsten des Bewerbers oder der Bewerberin Eingang ins Berufungsverfahren finde¹⁰⁰.

Werden pflichtwidrig Sachverhalte, die geeignet sein können die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, nicht (oder nicht rechtzeitig) offengelegt, so begründet dies für sich bereits die Besorgnis der Befangenheit.

Bei den einzelnen Tatbeständen stellt sich oftmals die Frage, ob die Befangenheit aus diesen Gründen dauerhaft zu besorgen ist oder nur zeitweise und ggf. wie lange, wie also insbesondere länger zurückliegende Sachverhalte zu werten sind. Hier kann es keine einheitliche oder gar abschließende Antwort geben. Zeitliche Obergrenzen dienen der Orientierung, ersetzen jedoch nicht die Einzelfallbetrachtung.

Die Vorgaben der Hochschulen dafür reichen in den Berufsordnungen bzgl. gemeinsamer Publikationen von drei bis zehn Jahren¹⁰¹. Jedoch können auch sehr lange zurückliegende gemeinsame Publikationen geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, z. B., wenn diese wesentlich das Renommee einer der Koautorinnen und Koautoren bestimmen.

Hinsichtlich der Betreuung der Promotion ist darauf zu verweisen, dass die Betreuerin oder der Betreuer den ehemaligen Schüler oder die ehemalige Schülerin besser als andere Bewerberinnen und Bewerber kennt und sich häufig auch eine gewisse persönliche Nähe entwickelt haben wird. Dies ist geeignet, die Unparteilichkeit zu gefährden, insbesondere, wenn man unterstellt, dass ein persönliches Interesse daran bestehen kann, dass die eigene Schülerin oder der eigene Schüler reüssiert¹⁰². Bei der Erstbetreuung einer Promotion wird die Besorgnis der Befangenheit folgerichtig teils ohne zeitliche Begrenzung angenommen¹⁰³. Das VG Düsseldorf hat daher zu Recht die Befangenheit in einem Fall bejaht, in dem der Bewerber erst wenige Monate vor dem Berufungsverfahren seine Dissertation und eine fünfjährige Mitarbeit beendet hatte¹⁰⁴. Das VG Bremen hat aber klargestellt, dass, wenn eine Hochschullehrerin oder ein Hochschullehrer vor über 15 Jahren eine Studentin oder einen Studenten unterrichtet hat, daraus keine Besorgnis der Befangenheit abgeleitet werden kann, auch wenn man sich danach bei Konferenzen getroffen hat¹⁰⁵. In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist zu beobachten,

92 Vgl. BVerwG, U 14.6.1963, VII C 44.62, Rn. 37 – juris.

93 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn. 10.

94 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615 m. w. N.

95 BayVG, B 11.8.2010, 7 CE 10.1160, Rn. 30 – juris (unzulässige Mitteilung des gewünschten Ergebnisses durch den Vorsitzenden an den Gutachter).

96 VG Münster, U 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 92 ff. – juris.

97 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615 m. w. N.

98 Geis, OdW 2020, S. 26; BayVG, B 18.4.2012, 7 CE 12.166; HmbOVG, B 9.10.1998, 1 Bs 214/98 m. w. N.; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 47 – juris.

99 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 26 – juris.

100 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 27 – juris.

101 Universität Stuttgart (Handreichung des Rektorats zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren mit Stand vom Februar 2011), siehe hierzu auch m. w. N. aus den Berufsordnungen der Universitäten: Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

102 Siehe hierzu Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 614; Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

103 Ordnung zur Qualitätssicherung in Berufs- und Bestellungsverfahren der Georg-August-Universität Göttingen (Amtliche Mitteilungen I, 29/2020, S. 666).

104 VG Düsseldorf, U 3.12.2015, 15 K 7734/13, Rn. 78 – juris (nachfolgend OVG NRW, B 27.4.2017, 6 A 277/16).

105 VG Bremen, B 12.6.2019, 6 V 596/19, Rn. 34 ff. – juris.

dass die Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, teilweise sehr unterschiedlich verstanden werden¹⁰⁶. Nach einer Entscheidung des VG Halle (Saale) ist die Besorgnis der Befangenheit eines Mitglieds der Berufungskommission schon begründet, wenn es sich bei dem gleichen Hochschullehrer habilitiert hat wie eine oder einer der Bewerberinnen und Bewerber und während dieser Zeit am selben Institut tätig war¹⁰⁷. Dieses Verständnis ist aus Sicht der Verfasser zu weitgehend, zumal es bei der Habilitation keine Betreuung wie bei der Promotion gibt und hier die Beziehung zwischen Mitglied der Kommission und Bewerber nur über die Beziehung zu einer dritten Person konstruiert wird. Ins andere Extrem fällt beispielsweise das OVG Hamburg, das trotz langjähriger Assistententätigkeit eines Bewerbers am Lehrstuhl eines externen Mitglieds der Berufungskommission, gemeinsam abgehaltenen Lehrveranstaltungen und gemeinsamen Publikationen keinen Anlass sah, Befangenheit zu besorgen¹⁰⁸.

2. Rechtsfolgen

a) Rechtmäßiger Ausschluss

Liegt einer der Sachverhalte gem. § 20 Abs. 1 VwVfG vor, so ist die betreffende Person von Gesetzes wegen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Liegen ausreichende Gründe vor, die Befangenheit zu besorgen, so muss die betroffene Person gem. § 21 VwVfG i. V. m. § 20 Abs. 4 VwVfG ebenfalls vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Ein Verzicht des Mitglieds der Berufungskommission auf sein Stimm- oder Rederecht ist nicht ausreichend¹⁰⁹. Das betreffende Mitglied darf sich auch nicht zu anderen Bewerbungen äußern, da eine indirekte Bevorteilung oder Benachteiligung nicht ausgeschlossen werden kann¹¹⁰. Auch eine nur beratenden

de Tätigkeit sowie die physische Anwesenheit wird als unzulässig erachtet¹¹¹.

Bei der Entscheidung über den Ausschluss gem. § 20 oder § 21 VwVfG gibt es weder einen Beurteilungs- noch einen Ermessensspielraum¹¹². Auch die Besorgnis der Befangenheit unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle¹¹³.

b) Rechtswidrig unterlassener Ausschluss

Wurde ein Mitglied trotz Befangenheit oder Besorgnis der Befangenheit nicht ausgeschlossen oder unterbleibt eine entsprechende Beschlussfassung der Berufungskommission, hat dies die Rechtswidrigkeit der Beschlüsse der Berufungskommission zur Folge¹¹⁴. Bei einer wie in einer Berufungskommission kollegial zu treffenden Entscheidung kann eine von der Mitwirkung ausgeschlossene Person schon durch ihre Teilnahme an der Beratung Einfluss auf die anderen Kommissionsmitglieder ausüben¹¹⁵.

Die fehlerhafte Zusammensetzung der Berufungskommission schlägt regelmäßig auf die Entscheidungen der nachfolgenden Gremien durch¹¹⁶. Nur wenn offensichtlich ist, dass dieser Verfahrensfehler die Entscheidung nicht beeinflusst hat, kann der Fehler unbeachtlich sein. Dieser Nachweis wird i. d. R. kaum zu erbringen sein: das Abstellen auf Abstimmungsergebnisse reicht dafür nicht aus, da auch die mögliche Einflussnahme durch die Mitwirkung zu berücksichtigen ist¹¹⁷. Ein solcher Verfahrensfehler wird daher regelmäßig den Bewerbungsverfahrenanspruch verletzen¹¹⁸.

Zur Heilung von Beschlüssen, die unter Verstoß gegen §§ 20 f. VwVfG zustande gekommen sind, muss von der Kommission in neuer, ordnungsgemäßer Besetzung erneut beraten und entschieden werden¹¹⁹. Das Verfahren ist daher in den Status quo ante zu versetzen und –

106 So z. B. VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20.

107 VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris: „Betrachtet man die allgemein bekannte und deshalb zu erwartende enge Beziehung zwischen einer akademischen Lehrerin und ihren Habilitanden, so liegt schon deshalb eine bedenkliche persönliche Nähe vor. Dabei ist es nicht entscheidend, ob es zugleich unmittelbare Beziehungen zwischen den Habilitanden gibt. Ein objektiver Dritter rechnet damit, dass der akademischen Lehrerin am Fortkommen ihrer Habilitanden gelegen ist, weil sie von deren Eignung für ein Professorenamt überzeugt ist und dass sich diese Beurteilung auch auf andere Habilitanden derselben akademischen Lehrerin überträgt. Hier kommt noch hinzu, dass Frau Prof. Dr. F. zumindest während der Tätigkeit des Beigeladenen als wissenschaftlicher Mitarbeiter und während seiner Habilitationszeit an demselben kleinen Universitätsinstitut tätig war. Das führt zwangsläufig zu zahlreichen Kontakten und Begegnungen. Beides zusammen erweckt bei einem objektiven Betrachter durchaus den Eindruck eines gewissen Zusammenwirkens und zeigt die Gefahr auf, dass der Beigeladene wegen dieser Umstände milder

beurteilt wird, als andere Bewerber.“

108 HmbOVG, B 8.7.2005, 1 Bs 89/05.

109 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

110 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

111 Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff.

112 OVG NRW, U 24.1.1995, 5 A 1746/91; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 612; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 50, § 21 Rn. 5.

113 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 613 m. w. N.

114 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 26 ff. OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 27 – juris.

115 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 54 – juris m. w. N.

116 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 35 – juris.

117 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618 m. w. N. in der Rspr. mit ähnlich gelagerten Normen aus dem Kommunalrecht.

118 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

119 Geis, OdW 2020, S. 23, 28; Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 54.

ggf. nach Bestellung eines Ersatzmitglieds – von diesem Punkt an neu durchzuführen. Ist dies nicht möglich, so ist das Verfahren abzubrechen.

c) Rechtswidriger Ausschluss

Der unbegründet erfolgte Ausschluss eines Mitglieds führt nicht zu einer Angreifbarkeit des weiteren Verfahrens, sofern die Kommission weiterhin rechtskonform zusammengesetzt war¹²⁰. Das Verfahren leidet dann zwar ebenfalls an einem Fehler¹²¹, der aber nicht notwendig auf die Auswahlentscheidung durchschlagen muss. Die Berufungskommission darf allerdings auch nicht „vorsorglich“ Mitglieder ausschließen¹²².

Ein ausgeschlossenes Mitglied kann seine Teilnahme rechtlich nicht erzwingen¹²³, da mangels Außenwirkung eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht nicht in Betracht kommt und die Tätigkeit in einer Berufungskommission ausschließlich objektiven Zwecken dient und nicht subjektive Rechte vermittelt¹²⁴. Das ausgeschlossene Mitglied ist darauf beschränkt, der Rechtsaufsicht einen zu Unrecht erfolgten Ausschluss anzuzeigen¹²⁵, die allerdings nicht einschreiten muss, da die staatliche Aufsicht allein dem allgemeinen öffentlichen Interesse dient und kein subjektives Recht vermittelt¹²⁶.

d) Rügepflicht der Bewerberinnen und Bewerber

Bewerberinnen und Bewerber sind zur Vermeidung des Verlusts ihres Rügerechts gehalten, Gründe, die für den Ausschluss eines Mitglieds der Berufungskommission nach §§ 20 f. VwVfG sprechen, frühzeitig geltend und ggf. glaubhaft zu machen¹²⁷, da sie sich sonst widersprüchlich verhalten würden. Unterbleibt das, kann die Fehlerhaftigkeit später nicht gerügt werden¹²⁸, zumal „interessenwidriges Zuwarten die Plausibilität später

behaupteter Besorgnis und ihrer Gründe infrage stellen“¹²⁹. Es gehört zu den Mitwirkungspflichten von Bewerberinnen und Bewerbern, den Verdacht der (Besorgnis der) Befangenheit unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern zu rügen, sogar im Rahmen der persönlichen Vorstellung¹³⁰.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Berufungsverfahren in Teilen prüfungsähnlichen Charakter hat¹³¹, namentlich Lehrprobe und Vorstellungsvortrag. Eine Rüge noch während der persönlichen Vorstellung als prüfungsähnliche Situation zu fordern, erscheint mithin überzogen¹³².

IV. Befangenheit in Berufungsverfahren im Lichte des Fachprinzips

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Fachprinzips

Zwar besteht kein Kooptationsrecht der Hochschule, und der zuständigen staatlichen Stelle (Ministerium bzw. Hochschulleitung) kommt bei der Ernennung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern ein eigenes Ermessen zu¹³³. Das Berufungsverfahren verwirklicht jedoch das Selbstergänzungsrecht der Hochschule (genauer: der Fakultät bzw. des Fachbereichs) und dient der Bestimmung der eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität¹³⁴. Es ist deshalb mit der Garantie der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG besonders eng verknüpft¹³⁵. Der Hochschule steht daher grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber zu¹³⁶. Auch geht es um das Recht der Selbstbestimmung der Hochschule¹³⁷. Aus Art. 33 Abs. 2 GG ergibt sich zudem die Anforderung an eine fachlich-disziplinär kompetente

120 Geis, OdW 2020, S. 23, 28. Vgl. aber VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, zu den Rechten des Mitglieds.

121 Herrmann/Tietze, LKV 2015, S. 337 m. w. N.; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 25b.

122 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 25b.

123 Anders VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, das ein durchsetzbares subjektives organschaftliches Recht eines Mitglieds einer Berufungskommission annimmt, das fehlerhaft wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen wurde; vgl. auch Wendelin, Der Hochschulverfassungsstreit – subjektive Organrechte im Binnenbereich der Hochschule und deren verwaltungsprozessuale Behandlung, Baden-Baden 2010, 2010, S. 52 f.

124 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

125 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618.

126 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

127 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 37 ff.; OVG RhPf, B 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 11 – juris; OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

128 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619; anders aber und gegen ein Verwirken des Rügerechts Geis, OdW 2020, S. 23, 27 mit ausführlicher Begründung.

129 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 40; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

130 BayVG, B 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 5.

131 Nach Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 610, handelt es sich bei der Berufung einer Hochschullehrerin oder eines Hochschullehrers um eine Prüfungsentscheidung, vgl. auch Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 2 Rn. 127-129.

132 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 42: „Während einer mündlichen Prüfung ist die Geltendmachung grundsätzlich unzumutbar.“ m. w. N.

133 BVerwG, U 9.5.1985, 2 C 16.83.

134 BVerfGE 35, 79; Neuhäuser, Formelle Vorgaben des Art. 33 GG für die Berufung von Hochschullehrern, Wissenschaftsrecht 2012, S. 248, 267 m. w. N.

135 BVerfGE 35, 79.

136 OVG RhPf, B 6.8.2018, 2 B 10742/18, Rn. 5 – juris; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 1; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 250 (96. EL November 2021).

137 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252; Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten, Wissenschaftsrecht 2004, S. 2 ff.

Zusammensetzung der Berufungskommission, die in der Lage ist, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung wissenschaftsadäquat zu beurteilen¹³⁸. Bei der Berufungskommission liegt die fachliche Einschätzungsprärogative, die die Bewertung der fachlichen Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber umfasst und der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, solange die Anforderungen aus der Stellenausschreibung gewahrt bleiben und keine sachfremden Erwägungen in die Entscheidung eingehen¹³⁹. Gärditz betont, dass allein die Mehrheit von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern nicht reiche: „Es muss sich vielmehr zur Sicherung einer wissenschaftsadäquaten Auswahl auch um eine Mehrheit fachlich-disziplinär kompetenter Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer handeln.“¹⁴⁰ Die wissenschaftlich-fachliche Beurteilung sei „unvertretbar an die Beurteilung durch Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der jeweiligen Disziplin gebunden und kann nicht extern ersetzt werden“¹⁴¹. Zwar ist die Beteiligung externer Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht ausgeschlossen und teils landesgesetzlich oder satzungsmäßig sogar gefordert. Sie muss aber aus verfassungsrechtlichen Gründen begrenzt sein¹⁴². Externe Mitglieder einer Berufungskommission könnten insoweit „eine bereits durch interne Mitglieder sichergestellte Hochschullehrermehrheit nur ergänzen“, so Gärditz¹⁴³. Eine Ausnahme hiervon kommt nur dann in Betracht, wenn die Hochschule aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, die erforderliche Mehrheit der fachlich-disziplinären Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer selbst zu stellen¹⁴⁴, namentlich wenn „fachlich kompetente Mitglieder der Hochschule, an der das Berufungsverfahren stattfindet, wegen Befangenheit (nach den im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG auszulegenden §§ 20, 21 VwVfG) an einer Mitwirkung gehindert sind [...]“¹⁴⁵.

In fachlich heterogenen Fakultäten kommt der Gewährleistung der Fachlichkeit in der Berufungskommission eine besondere Bedeutung zu, denn wegen der regelmäßig fehlenden fachlichen Nähe der Mehrheit der Mitglieder des Fakultätsrats ist ein Abweichen vom Vo-

tum der Berufungskommission bei der Entscheidung über den Berufungsvorschlag erschwert¹⁴⁶. Das vorab festgelegte Verfahren und die Organisation der Entscheidungsfindung stellen die Legitimität der Entscheidungen her. Hieraus ergeben sich Anforderungen an die fachliche Zusammensetzung der zur Entscheidung berufenen Organe und mithin auch der entscheidungsvorbereitenden Gremien¹⁴⁷.

2. Widerstreit von Fachprinzip und Prinzip der Neutralität und Objektivität

Der Ausschluss von Mitgliedern aufgrund von §§ 20 f. VwVfG kann dazu führen, dass die korrekte Zusammensetzung der Berufungskommissionen und die Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Fachprinzips durch eine ausreichende Anzahl von fachlich-disziplinär kompetenten Mitgliedern der Hochschule gefährdet ist. Hierdurch kann der Bewerbungsverfahrenanspruch genauso verletzt werden wie durch die Nichtbeachtung der Vorschriften über die Befangenheit.

Gerade „große“ Disziplinen sind durch eine zunehmende Spezialisierung und Ausdifferenzierung gekennzeichnet, die trotz einer gemeinsamen Sprache eine Bewertung insbesondere der aktuellen Forschung anderer Teildisziplinen als der eigenen fast unmöglich macht. Zugleich werden die wissenschaftlichen Kooperationen intensiviert. Je nach Fachkultur publiziert eine Vielzahl von Autorinnen und Autoren gemeinsam. Dies kann im Extremfall zum Ausschluss aller fachnahen Mitglieder einer Berufungskommission führen, vor allem dann, wenn eine große Zahl von Bewerbungen eingegangen ist. Ersatzmitglieder zu finden, stellt sich in der Praxis daher nicht nur für kleine Fächer als schwierig dar.

Verschärft werden kann das Problem dadurch, dass die Hochschulen zur Sicherung einer ganzheitlichen strategischen Ausrichtung Auflagen hinsichtlich der Bildung von Berufungskommissionen erlassen haben. Oft sollen neben den fachnahen Mitgliedern auch Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrer benachbarter Fächer oder anderer Fakultäten stimmberechtigt in der Berufungskommission mitwirken, die Anzahl stimmbere-

138 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 250; Burgil/Hagen, OdW 2021, S. 1-6.

139 BayVG, B 11.8.2010, 7 CE 10.1160, Rn. 28 – juris.

140 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 250.

141 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 251. Vgl. auch Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, S. 484 f.

142 Ausführlich hierzu Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252.

143 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252.

144 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 253.

145 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 253 m. w. N.

146 Vgl. BVerwG, NVwZ 1994, S. 1209 für die Entscheidung in Habilitationsverfahren.

147 Vgl. ausführlich Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 480, und zum Fachprinzip S. 478 ff. (auch mit einer Erörterung der Notwendigkeit schon eines gemeinsamen sprachlichen Verständnisses zum fachlich-disziplinären Austausch).

rechtigter Hochschullehrerinnen soll eine bestimmte Quote nicht unterschreiten und Kommissionen sollen eine gewisse Größe haben, um die Auswahlentscheidung nicht nur in einem exklusiven Kreis vorzubereiten.

Um dem Ausfall fachnaher Mitglieder in der Berufungskommission zu begegnen reicht es nicht aus, auf die fachnahen Gutachterinnen und Gutachter zu verweisen, denn die Berufungskommission muss sich mit den Gutachten fachlich eingehend auseinandersetzen und diese bewerten können. Externe Einschätzungen dürfen nicht schematisch übernommen werden, sondern müssen durch die Berufungskommission differenziert bewertet und ggf. auch verworfen werden¹⁴⁸.

Zwar können Professorinnen und Professoren aus Nachbarfächern oder anderen Teildisziplinen in die Berufungskommission berufen werden. Wenn die Kommission aber nicht aus Fachleuten besteht, sondern nur aus Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern mit nahen Fachgebieten, dann ist die verfassungsrechtlich gebotene fachliche Einschätzungsprerogative der Berufungskommission nicht mehr gewährleistet. Auch in der überwiegenden Besetzung durch externe Mitglieder ist eine Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit zu sehen, denn Art. 5 Abs. 3 GG garantiert das Selbstergänzungsrecht der Kollegien, das mit einer solchen „Externalisierung“ der Entscheidung ausgehebelt würde.

Das dauerhafte Ausscheiden von Mitgliedern wegen (der Besorgnis der) Befangenheit kann somit dazu führen, dass in der Berufungskommission zwar noch die Hochschullehrermehrheit gegeben ist, aber nicht mehr hinreichend fachlich-disziplinär kompetent oder nicht mehr hinreichend durch Mitglieder der eigenen Hochschule.

3. In der Praxis anzutreffende Vorgehensweisen

In Berufungsverfahren ist nach alledem sicherzustellen, dass von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen oder Personen, bei denen Befangenheit zu besorgen ist, nicht mitwirken, und dennoch eine ausreichende Anzahl fachlich-disziplinär kompetenter Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der eigenen Hochschule mitwirken. Die Auswirkungen eines Ausschlusses fachlich-disziplinär kompetenter Mitglieder der Kommission hängen dabei auch vom Stand des Berufungsverfahrens ab.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Gewährleistung des Fachprinzips und dem Erfordernis eines unparteiischen und unvoreingenommenen Verfahrens tritt bereits bei der ersten Sichtung der Bewerbungen zutage: Bei einer breiten Denomination und entsprechend zahlreichen Bewerbungen ist es nahezu die Regel, dass Mitglieder der Berufungskommission mit mindestens einer Bewerberin oder einem Bewerber gemeinsam publiziert haben oder ein anderer Grund besteht, Befangenheit zu besorgen. Wenn bereits jetzt ein Mitglied wegen der Besorgnis der Befangenheit dauerhaft ausscheiden muss, obgleich schon offensichtlich ist oder nach einer ersten Sichtung klar wird, dass die dafür ursächliche Bewerbung nicht weiter berücksichtigt wird, so geht der Kommission wichtiges Fachwissen verloren, das für das weitere Verfahren und die engere Auswahl womöglich vonnöten wäre, um die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG zu gewährleisten.

In der Praxis wird hiermit, wie eingangs erwähnt, unterschiedlich umgegangen. Allen Ansätzen zur Auflösung des Dilemmas „Befangenheit – Fachprinzip“ ist jedoch gemein, dass ein Mitglied der Berufungskommission vom weiteren Verfahren jedenfalls dann vollständig und dauerhaft auszuschließen ist, wenn die den Ausschluss auslösende Bewerbung in die engere Wahl kommt¹⁴⁹. Der Ausschluss von befangenen Mitgliedern bei der Beratung und Entscheidung über die jeweils die Besorgnis der Befangenheit indizierende Bewerbung im Zuge der Vorauswahl, ist gängige Praxis und in den Leitfäden mehrerer Hochschulen auch explizit vorgesehen. Wie aber ist zu verfahren, wenn sich z. B. eine Koautorin oder ein Koautor eines Kommissionsmitglieds bewirbt und bereits bei der Vorauswahl ausscheidet: Erledigt sich damit die Besorgnis der Befangenheit und kann das ausgeschlossene Mitglied durch einen *actus contrarius* wieder Mitglied der Kommission werden¹⁵⁰?

In der Praxis sind im Wesentlichen die drei folgenden Vorgehensweisen anzutreffen:

a) Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss

Das betroffene Kommissionsmitglied wird aus dem gesamten weiteren Verfahren ausgeschlossen¹⁵¹.

148 VG München, B 8.7.2010, M 3 E 09.3182.

149 Vgl. *Epping/Nölle*, in: *Epping, NHG*, § 26 Rn. 63.

150 *Geis*, *OdW* 2020, S. 23, 28.

151 So RWTH Aachen (*Handbuch Berufungsverfahren* vom 1.3.2019), TU Berlin (*Berufungsordnung* vom 16.1.2019), TU Dortmund (*Berufungsleitfaden* mit Stand vom Juli 2013), Universität Freiburg (*Leitfaden zu Berufungsverfahren* vom 1.8.2016),

Universität zu Köln (*Grundsätze der Universität zu Köln zu Fragen der Befangenheit* vom 7.6.2018), Universität Leipzig (*Berufungsordnung* vom 2.1.2019), Universität Stuttgart (*Handreichung des Rektorats zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren* mit Stand vom Februar 2011). Siehe hierzu auch *Burgi/Hagen*, *OdW* 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

Dies wird auch damit begründet, dass ein Ausschluss abschließend sei, und die mögliche Befangenheit nicht mit dem Ausscheiden beispielsweise der eigenen Schülerin oder des eigenen Schülers ende, sondern deren Lehrerin oder Lehrer den Ausschluss als Affront verstehen und dann „Retourkutschen im weiteren Verfahren fahren könne“¹⁵². In Teilen wird der dauerhafte Ausschluss bzw. ein Mitwirkungsverbot gefordert, um sachfremde Verwaltungsentscheidungen auch durch indirekte Einflussnahme zu verhindern. Die Vorgehensweise kann in der Praxis zur Auswechslung einer Vielzahl von Mitgliedern und damit auch zu einer fachlich-disziplinär nicht mehr kompetenten Besetzung der Berufungskommission führen¹⁵³.

Will die Kommission dabei der Rechtsfolge des dauerhaften Ausscheidens von Mitgliedern entgehen, besteht das Risiko, dass sie die den Tatbestand gem. § 21 VwVfG und die die Besorgnis der Befangenheit begründenden Sachverhalte „großzügig“ auslegt bzw. nicht anwendet. Dies kann zu einer eher nachlässigen bzw. falschen und damit rechtswidrigen Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit führen und so der Integrität des Verfahrens schaden. Es kann darüber hinaus zu einer begründeten Konkurrentenklage und einer entsprechenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts führen. Rechtstechnisch betrachtet wird damit die unliebsame Rechtsfolge (Ausschluss von fachkundigen Mitgliedern) durch eine rechtlich kaum zu vertretende Einschränkung des Tatbestands der Besorgnis der Befangenheit vermieden.

Zugleich ist die Vorgehensweise geeignet, an den Hochschulen zu einem eher uneinheitlichen und kaum vorhersehbaren Verwaltungshandeln zu führen, das sich auch nicht damit begründen lässt, jeder Einzelfall liege anders. Richtig ist vielmehr, dass sich die in der Praxis anzutreffenden Sachverhalte durchaus in Fallgruppen kategorisieren lassen und nicht nachzuvollziehen ist, wa-

rum – selbst innerhalb ein und derselben Fachdisziplin – etwa gemeinsame Publikationen einmal zum Ausschluss führen und einmal nicht.

b) Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss

Nicht auf der Tatbestands-, sondern auf der Rechtsfolge-seite wird das Problem gelöst, wenn der Ausschluss der betroffenen Person nur temporär und nur bzgl. der den Ausschluss auslösenden Bewerbung erfolgt¹⁵⁴.

Wird Befangenheit besorgt, so dürfen die betreffenden Kommissionsmitglieder zwar an der Vorauswahl grundsätzlich mitwirken. Sie dürfen sich zu den Bewerbungen, die Anlass zum Ausschluss oder zur Besorgnis der Befangenheit gegeben haben, jedoch nicht äußern¹⁵⁵. Außerdem haben sie während der Erörterung und Abstimmung über diese Bewerbungen den Sitzungsraum zu verlassen. Verbleibt die Bewerbung, die Anlass für den zunächst temporären Ausschluss gegeben hat, im Auswahlverfahren, so ist das betreffende Mitglied der Berufungskommission dauerhaft auszuschließen und ggf. zu ersetzen, andernfalls verbleibt das Mitglied in der Berufungskommission¹⁵⁶. Eine Entscheidung über den vollständigen Ausschluss wird also erst nach der Vorauswahl bzw. ersten Sichtung getroffen.

Ein solcher partieller Ausschluss verhindert zwar die direkte Bevorteilung oder Benachteiligung der betreffenden Bewerberinnen und Bewerber, nicht jedoch die indirekte Einflussnahme durch die – bewusst oder unbewusst – voreingenommene Bewertung der übrigen Bewerbungen¹⁵⁷.

Nach Ansicht einiger Stimmen aus der Literatur ist eine solche Ausnahme nur dann zulässig, wenn sich weder national noch international Mitglieder für die Berufungskommission finden lassen, die nicht befangen sind¹⁵⁸, was mindestens schwierig nachzuweisen sein wird.

152 So Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

153 Kritisch hierzu Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 63 ff.; Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

154 So Universität Bonn (Berufungsordnung vom 28.11.2018), Universität Braunschweig (Berufungsordnung vom 16.1.2019), Universität Frankfurt (Satzung zur Durchführung von Berufungsverfahren vom 27.7.2015), Universität Göttingen (Ordnung zur Qualitätssicherung in Berufungs- und Bestellungsverfahren i. d. F. vom 15.2.2018, zuletzt geändert am 20. und 28.5.2020), Universität Greifswald (Berufungsrichtlinie vom 26.6.2015), Universität Hamburg (Empfehlungen und Informationen zur Durchführung von Berufungsverfahren mit Stand vom Februar 2015), Universität Hannover (Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 31.1.2018), Universität Hohenheim (Richtlinie zur Regelung der

Befangenheit in Berufungsverfahren vom 6.2.2019), Universität Osnabrück (Berufungsordnung vom 9.11.2005, zuletzt geändert am 26.2.2020), Universität der Bundeswehr München (Leitfaden der Universität der Bundeswehr München zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 10.6.2015), Universität Münster (Ordnung über das Verfahren zur Berufung von Professoren und Professorinnen und Junior-Professoren und Junior-Professorinnen vom 11.2.2008 in der Fassung vom 20.2.2018, abhängig vom Schweregrad). Siehe hierzu Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

155 Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff.

156 So auch Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1. 3.

157 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

158 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

Rechtlich ist die Möglichkeit der Rückkehr durch eine teleologische Reduktion der Vorschriften des VwVfG im Rahmen einer praktischen Konkordanz mit dem jeweiligen LHG möglich und wird von Hochschulen in ihren Berufsordnungen auch so geregelt¹⁵⁹.

c) Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss

Als dritte, vermittelnde Vorgehensweise¹⁶⁰ wird das betroffene Kommissionsmitglied für die gesamte Vorauswahl ausgeschlossen. Eine Rückkehr in die Berufungskommission kommt in Betracht, sofern die Bewerbung, die Anlass für den Ausschluss gab, im Ergebnis der Vorauswahl bzw. ersten Sichtung nicht weiter berücksichtigt wird¹⁶¹.

Auch diese Vorgehensweise ist nicht frei von Nachteilen: Wenn der vorübergehende Ausschluss mehrere fachkundige Mitglieder der Berufungskommission trifft, kann der Fall eintreten, dass die Kommission nicht mehr beschlussfähig oder für die Vorauswahl nicht ausreichend fachlich-disziplinär kompetent besetzt ist. Hier ist aber einzuwenden, dass die für die Vorauswahl erforderliche Beurteilung von Bewerbungen weit weniger Spezialkenntnisse erfordert als die Auswahl der einzuladenden oder zu begutachtenden oder danach der für den Berufungsvorschlag zu platzierenden Bewerberinnen und Bewerber. Auch mögen Mitglieder, die vom nur vorübergehenden Ausschluss betroffen waren – bewusst oder unbewusst – die verbleibenden Bewerberinnen und Bewerber im weiteren Verfahren unangemessen kritisch beurteilen. Die Berufungskommission ist jedoch nicht gehindert, erneut wegen Besorgnis der Befangenheit auszuschließen.

In der Praxis sind bei dieser und der vorhergehenden Vorgehensweise folgende Aspekte zu regeln:

- Was ist unter Vorauswahl¹⁶² zu verstehen und wann endet diese? (z. B. erste Sichtung und Kategorisierung oder Auswahl der einzuladenden Bewerberinnen und Bewerber)

- Zu welchem Zeitpunkt ist ein Wiedereintritt in die Kommission vorgesehen?

- Soll der Wiedereintritt automatisch erfolgen oder auf Beschluss der Berufungskommission oder in der gleichen Weise durch das die Berufungskommission einsetzende Organ (etwa den Fakultätsrat)?

- Soll der Wiedereintritt nur im Falle der Besorgnis der Befangenheit möglich sein oder auch für von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen?

4. Rechtliche Bewertung

Zahlreiche Hochschulen haben satzungsrechtliche Regelungen erlassen, die dem Wortlaut der §§ 20 f. VwVfG vermeintlich entgegenstehen und den Wiedereintritt wie beschrieben vorsehen.

§ 20 Abs. 4 VwVfG ordnet nach seinem Wortlaut zwar eine nicht revidierbare Entscheidung an¹⁶³ und auch das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist fraglich. § 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG („Das ausgeschlossene Mitglied darf bei der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht zugegen sein“) ist aufgrund unterschiedlichster Gegenstände und Varianten von Verwaltungsverfahren, auf die die §§ 20 f. VwVfG Anwendung finden, aber weniger eindeutig, als es zunächst scheint.

Sinn und Zweck der Regelungen dürfen daher bei der Auslegung – gerade auch angesichts der Mehrstufigkeit von Verwaltungsverfahren und der oben geschilderten Problemlagen – nicht außer Betracht bleiben.

Da die §§ 20 f. VwVfG sicherstellen sollen, dass Verwaltungsverfahren von unvoreingenommenen Entscheidungsträgerinnen und -trägern durchgeführt werden, erscheint eine teleologische Reduktion in der Weise sachgerecht, dass der Ausschluss (auch nur) soweit reichen muss, wie ein Befangenheitsgrund bzw. die Besorgnis der Befangenheit besteht. In Verwaltungsverfahren wird i. d. R. jedoch dann von einem Wegfall der Befangenheit ausgegangen werden können, wenn nach der Vorauswahl die Bewerbung nicht mehr berücksichtigt wird, die die Besorgnis der Befangenheit ausgelöst hatte¹⁶⁴.

Eine teleologische Auslegung der Befangenheitsregelungen im Lichte der Wissenschaftsfreiheit und des Selbstergänzungsrechts der Fakultäten ist geboten¹⁶⁵,

¹⁵⁹ Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617 m. w. N.

¹⁶⁰ So Universität Bayreuth (Leitfaden für Verwaltungsverfahren vom 12.1.2016), BTU Cottbus-Senftenberg (Berufsordnung vom 11.4.2018), Universität Duisburg-Essen (Berufungsleitfaden vom 26.2.2020, Vorgehensweise C bei Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG, jedoch vollständiger und dauerhafter Ausschluss bei Vorliegen von Gründen gem. § 20 VwVfG), PH Heidelberg (Richtlinie zum Umgang mit Fragen der Befangenheit in Verwaltungsverfahren vom 17.7.2013), Universität Kiel (Satzung zur Durchführung von Verwaltungsverfahren vom 2.2.2017, ein Mitglied kann vollständig oder nur zeitweise ausgeschlossen werden), Universität Potsdam (Berufsordnung vom 20.10.2014 i.

V. m. Berufsleitfaden, S. 6).

¹⁶¹ Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

¹⁶² Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617, verwenden den Begriff der Vorauswahl etwas anders und verstehen hierunter eher den Schritt der Auswahl der einzuladenden Bewerberinnen und Bewerber und nicht die erste Sichtung.

¹⁶³ So Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

¹⁶⁴ Vgl. auch Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617, die eine Rückkehr als möglich ansehen, wenn die die Besorgnis auslösende Bewerbung nicht in den Kreis der Einzuladenden kommt.

¹⁶⁵ Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

um ein faires und transparentes Auswahlverfahren zu gewährleisten, ohne dabei die für die Bestenauslese rechtlich gebotene Fachkunde der eigenen Hochschule übermäßig zu beeinträchtigen.

Hinsichtlich von Kommissionen zur Evaluierung bei Tenure-Track-Professuren wird in der Literatur eine Auslegung in ähnlicher Weise für möglich erachtet¹⁶⁶: Da das die Befangenheitsregeln normierende (Landes-) VwVfG und das jeweilige LHG gleichrangige Normen seien und sich hier „gegenüberstehen“, seien die Befangenheitsvorschriften im Lichte der Aufgabe der Evaluierungskommission im Sinne praktischer Gesetzeskonkordanz auszulegen. Im Grundsatz wird eine solche teleologische Reduktion also für möglich und nötig gehalten.

Nach alledem ist Vorgehensweise C – aufgrund der Auslegung¹⁶⁷ von § 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG – verfassungsrechtlich möglich und damit vorzuziehen.

Diese Vorgehensweise führt auch nicht zu einer tatbestandlichen Revidierung der Feststellung der Befangenheit, sondern nur zu einer temporären Beschränkung. Die Befangenheit eines Kommissionsmitglieds wird nur angenommen solange die Bewerbung, welche zur Besorgnis der Befangenheit Anlass gibt, für die Besetzung der Professur noch in Betracht kommt.

Auch dass das Berufungsverfahren beim Wiedereintritt bereits weiter fortgeschritten ist, spricht nicht gegen die Vorgehensweise C, denn das Wissen wird über die erforderliche Dokumentation der Kommissionsarbeit weitergegeben¹⁶⁸. Es ist nicht erforderlich, dass sämtliche Kommissionsmitglieder an sämtlichen Sitzungen und Beratungen teilgenommen haben. Unproblematisch ist schließlich, dass das zeitweise mitwirkende Ersatzmitglied (stellvertretendes Mitglied) bei Wiedereintritt des zunächst ausgeschiedenen Mitglieds wieder die Rolle des Ersatz- bzw. stellvertretenden Mitglieds einnimmt. Das wäre bei zeitweiser Verhinderung eines Mitglieds und dessen Sitzungsvertretung nicht anders.

166 Geis, OdW 2020, S. 23, 30, wengleich der Spielraum beschränkt sei, da §§ 20 f. VwVfG „weithin unmittelbarer Ausfluss des Rechtsstaatsprinzip sind“.

167 Ausnahmen von der Anwendung der §§ 20 f. VwVfG bzw. von der Setzung der Rechtsfolge durch Verzicht auf den ggf. auch nur vorübergehenden Ausschluss befangener Amtsträgerinnen und -träger werden in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allenfalls dann als zulässig erachtet, wenn bei Würdigung der Bedeutung der gesetzlichen Ausschlussregelung und unter Anlegung eines strengen Maßstabs keine alternative Verfahrensgestaltung zumutbar ist, vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 61 f. D. h. im Falle eines befangenen Mitglieds einer Berufungskommission müsste im Streitfall der Nachweis geführt werden, dass das Berufungsverfahren andernfalls mangels einer ordnungsgemäß besetzten Kommission nicht durchführbar gewesen wäre.

Eine gerichtliche Entscheidung zu der Vorgehensweise eines wegen „Wegfall der Befangenheit“¹⁶⁹ nur vorübergehenden Ausschlusses liegt – soweit ersichtlich – bislang nicht vor¹⁷⁰. Bislang sind die Gerichte eher mit der Tatbestandsebene befasst und folgen hier sowohl den satzungsrechtlichen Vorgaben der Hochschulen als auch ihren Handreichungen und sonstigen Verwaltungsvorschriften.

Nach Abwägung der konkurrierenden Rechtsgüter könnte schon durch den Landesgesetzgeber die Möglichkeit des Wiedereintritts in die Berufungskommission für den Fall eröffnet werden, dass eine die Befangenheit indizierende Bewerbung nach der Vorauswahl nicht weiter berücksichtigt wird. Jedenfalls könnte der Landesgesetzgeber für das Berufungsverfahren an Hochschulen spezielle Regelungen zur Befangenheit etwa im LVwVfG oder LHG treffen. Die Hochschulen wären dann nicht mehr auf eine verfassungsrechtlich gebotene Auslegung des LVwVfG angewiesen.

V. Zusammenfassung

In Berufungsverfahren müssen die Berufungskommissionen rechtlich überprüfbar entscheiden, ob eines ihrer Mitglieder von Gesetzes wegen vom Verfahren ausgeschlossen ist oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen ist. Der Bewerbungsverfahrensanspruch garantiert, dass wirtschaftliche Interessen, Verwandtschaft oder Freundschaft bzw. Feindschaft und im Wissenschaftsbereich darüber hinaus ein – auch früheres – akademisches Betreuungsverhältnis oder eine wissenschaftliche Zusammenarbeit oder Konkurrenz auf die Entscheidung keinen Einfluss haben. Schon den bösen Schein gilt es zu vermeiden.

Dabei muss ein Ausgleich mit dem Fachprinzip erfolgen: Das Prinzip des neutralen und unparteiischen Verfahrens konkurriert mit dem Prinzip des fachlich-disziplinar kompetenten Verfahrens zur Selbstergänzung der Fakultät. Es ist daher ebenfalls sicherzustellen,

168 OVG RhPf, Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 10 – juris: „Eine lückenlose Anwesenheit sämtlicher Kommissionsmitglieder während aller Verfahrensschritte kann nämlich nicht verlangt werden. Dies gilt auch im Hinblick auf Vorträge von Lehrstuhlbeverbern.“

169 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

170 Vgl. auch VG Ansbach, B 16.8.2016, AN 2 E 16.00307, das die Frage offenlässt. Auch Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, erkennen hierzu keine einschlägige Rechtsprechung. Das VG Berlin, B 15.12.2017, 5 L 315/17, Rn. 18 – juris, zitiert Vorgehensweise B, ohne sie zu kritisieren. Das VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20, hat die Vorgehensweise B abgelehnt, weil die Berufungskommission an die im Berufungsleitfaden der Universität beschriebene Vorgehensweise gebunden sei und diese der Vorgehensweise C entspreche.

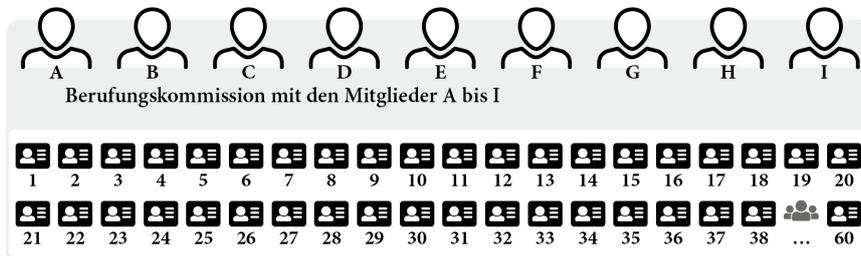
dass die fachliche Einschätzungsprärogative bei der fachlich-disziplinär kompetent zusammengesetzten Berufungskommission liegt.

Im Ergebnis ist der Landesgesetzgeber gefordert, eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen. Andernfalls sind die Hochschulen gefordert, das Berufungsverfahren in ihren Berufsordnungen entsprechend auszugestalten. Jedenfalls müssen die Hochschulen die gesetzlichen Regelungen bei ihrer Anwendung verfassungskonform dahingehend auslegen, dass zwar bei der gesamten Vorauswahl (ersten Sichtung) der Bewerbungen Personen, deren Befangenheit zu besorgen ist, nicht mitwirken, eine Mitwirkung der fachlich-disziplinär kompetenten Mitglieder einer Berufungskommission bei der weiteren Auswahl aber dann wieder möglich

ist, wenn die die Befangenheit auslösende Bewerbung nach der Vorauswahl nicht weiter berücksichtigt wird.

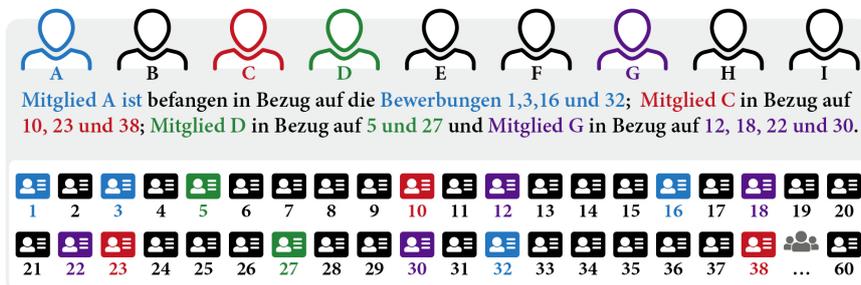
Mathias Neukirchen ist Director Academic Service des European University Institute in Florenz. Etienne Emmerich ist Professor an der Technischen Universität Berlin und Dekan der Fakultät II – Mathematik und Naturwissenschaften. Hendrik Büggeln ist Kanzler der Pädagogischen Hochschule Freiburg. Der vorliegende Beitrag gibt allein die Meinung und Auffassung der Autoren wieder.

1. Ausgangssituation nach Eingang der Bewerbungen



Bewerbungen 1 bis 60

2. Ergebnis der Prüfung gem. §§ 20 f. VwVfG



Bewerbungen 1 bis 60

3. (vorübergehender) Ausschluss von Mitgliedern aufgrund von §§ 20 f. VwVfG

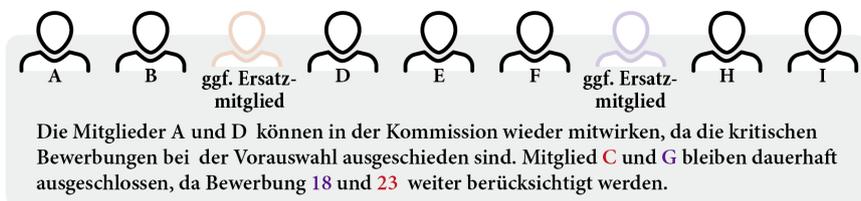


4. Ergebnis der Vorauswahl



16 Bewerbungen erfüllen die gesetzlichen Einstellungsvoraussetzungen. Die restlichen Bewerbungen erfüllen diese nicht oder wurden der Kategorie C (siehe Abb. 2) zugeordnet.

5. Wiedereintritt aufgrund von §§ 20 f. VwVfG ausgeschlossener Mitglieder



Grafik: fischwerk.de

Abb. 1 Umgang mit Befangenheit im Berufungsverfahren: vermittelnde Auslegung im Wege der praktischen Konkordanz (Vorgehensweise C) Neukirchen, Emmrich, Büggeln (2022)

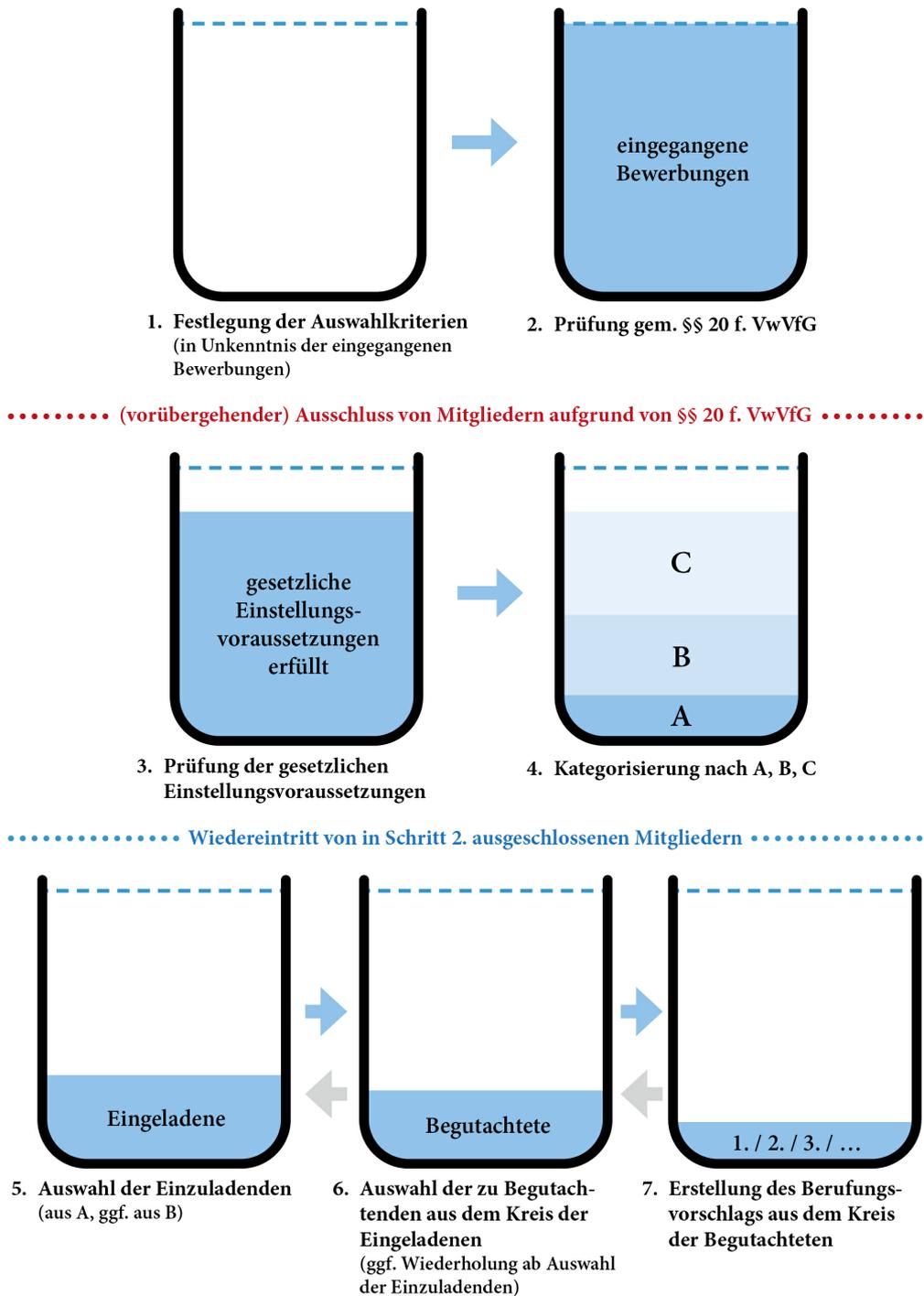


Abb. 2 Schematische Darstellung der Auswahl-schritte bei Vorgehensweise C
Neukirchen, Emmrich, Büggeln (2022)

Thomas Gergen

Der fakultative Aufsichtsrat einer zu Forschungszwecken gegründeten GmbH

I. Hinführung zum Thema

Ausgründungen aus den Hochschulen¹, um wissenschaftliche Tätigkeiten zu vertiefen sowie zu vermarkten, siedeln zwischen Wissenschaftsfreiheit² und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen. Themen wie Beteiligung der Hochschulen an Gesellschaften³ oder der Hochschullehrer als Unternehmer⁴ sind in OdW bereits thematisiert worden. Eine GmbH mit der Beteiligung von Bund und Ländern sowie privaten Teilhabern, die oftmals, falls sie zahlreich und mit geringen Prozentsätzen am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sind, die Gesellschafterversammlung „zersplittern“, benötigen zwar keinen Aufsichtsrat wegen ihrer reinen Forschungsorientierung (Umkehrschluss aus § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) Var. 6 DrittelbG⁵), d.h. wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient. Wurde ein Aufsichtsrat indessen freiwillig ins Leben gerufen, sind mithin die Arbeitnehmer u.a. nicht vertreten, so kann es dazu kommen, dass ein fakultativer Aufsichtsrat wenig handlungsfähig ist, sobald die Gesellschafteranzahl hoch und unübersehbar wird.

Welche Lösungen bieten sich an, um den „stakeholdern“ Ehre und Titel „Aufsichtsrat“ angedeihen zu lassen, ohne die ureigenen Funktionen dieses zwar nur fakultativen, aber in praxi wichtigen Organs einzuschränken?

II. Großer Aufsichtsrat

1. Obligatorischer versus fakultativer AR

Aus dem Umkehrschluss in § 52 Abs. 1 GmbHG, ergibt sich, dass eine GmbH nicht grundsätzlich einen (obligatorischen) Aufsichtsrat (AR) einrichten muss. Eine Ver-

pflichtung zur Bildung kann indes aus der Mitarbeiteranzahl resultieren.

§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ordnet den obligatorischen AR bei mehr als 500 Mitarbeitern an mit der Folge, dass der AR zwingend zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen muss, m.a.W. hinsichtlich eines Drittels bestimmen die Arbeitnehmer die Mitglieder des AR, wobei keine Besonderheiten gelten im Hinblick auf die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, d.h. mindestens 3 sowie Höchstzahl gem. § 95 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG. Zu beachten sind jedoch die Ausnahmetatbestände nach § 1 Abs. 2 DrittelbG, in Sonderheit Nr. 2 a) Var. 6 DrittelbG, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient.

Wissenschaftliche Tätigkeit ist der nach Inhalt und Form ernsthafte Versuch zur Ermittlung der Wahrheit. Sie ist nach Aufgabenstellung und anzuwendender Arbeitsmethode darauf angelegt, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern.⁶ Es spielt hierbei keine entscheidende Rolle, ob gleichzeitig mit der Verfolgung geistig-ideeller Vorstellungen auch ein Gewinnstreben verbunden ist. Es ist nach der h.M. des BAG unerheblich, ob es sich um grundlagen- oder anwendungsorientierte Forschung handelt. Eine an die angewandte Forschung anknüpfende Weiterentwicklung gehört insoweit ebenfalls zur Wissenschaft. Hingegen liegt gerade nicht wissenschaftliche Bestimmung in diesem Sinne vor, falls es sich um die bloße Anwendung erreichter wissenschaftlicher Erkenntnisse ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen dreht. Solange bereits bekannte wissenschaftliche Methoden bei ihrer Anwendung nach Inhalt und Form ernsthaft und planmäßig im Sinne der Ermittlung der

1 Georg Sandberger, Hochschulrechtsreform in Permanenz. Zur Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts seit der Jahrtausendwende, OdW 1 (2022), 1-22 (2, 10).

2 So jüngst die praktisch wichtigen Vorteile und Interessen hinsichtlich der Daten: Daniel Becker, Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS-GVO, OdW 2 (2022), 103-114 sowie für das Immaterialgüterrecht Linda Kuschel, Urheberrecht und Forschungsdaten, OdW 1 (2020), 43-52, hier 49-51 und Bernhard Ulrici, Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden OdW 2 (2018), 129-158.

3 So bereits Ilse-Dore Gräf, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, OdW 4 (2014), 241-246 sowie Dennis Hillemann / Tanja Wittig, Die EU-beihilferechtliche Trennungsrechnung in

der Wissenschaft – Überblick und aktuelle Rechtsfragen, OdW 2 (2019), 169-178.

4 Georg Sandberger, Hochschulgovernance statt Unternehmerischer Hochschule? Zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats, OdW 3 (2019), 137-150.

5 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG) vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974).

6 BAG 9. Dezember 2015 - 7 AZR 117/14 - Rn. 30; 29. April 2015 - 7 AZR 519/13 - Rn. 21 mwN; 1. Juni 2011 - 7 AZR 827/09 - Rn. 35, BAGE 138, 91; 19. März 2008 - 7 AZR 1100/06 - Rn. 33, BAGE 126, 211.

Wahrheit weiterentwickelt werden, handelt es sich immer noch um eine wissenschaftliche Betätigung.⁷ Der bloße Einsatz wissenschaftlicher Methoden reicht dagegen nach der Rechtsprechung des BAG nicht aus, um für ein Unternehmen Tendenzschutz zu begründen,⁸ ergo ein „Tendenzbetrieb“ i.S.d. § 118 BetrVG. Bei einem Public-Private-Partnership liegt zwar eine Sonderstellung in der Forschungslandschaft vor. Sobald die öffentliche Hand dafür Sorge trägt, dass gemeinwohlorientierte Ziele beachtet werden, schwenkt die Betrachtung wieder um zur Gemeinwohlorientierung. Dafür streitet oftmals die Nähe zu den Hochschulen und die Mitwirkung der Studierenden und Professorenschaft an Forschungsprojekten. Dabei reicht das Spektrum von öffentlich geförderten Forschungsvorhaben mit Grundlagencharakter bis hin zum Industrieprojekt mit einer konkreten Anwendung. Gegen das Vorliegen eines Tendenzbetriebes i.S.v § 118 Abs. 1 BetrVG und § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 MitbestG spricht auch nicht, wenn mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt sind. In diesem Fall greift ebenfalls die Ausnahmeregelung für Unternehmen mit unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlicher Bestimmung (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 Var. 6 MitbestG), welche die jeweilige Forschungs-GmbH von der Pflicht zur Bildung eines obligatorischen AR zu befreien vermag.

Aus dem Gesellschaftsvertrag (Satzung) resultiert indes, ob ein AR eingerichtet werden soll. Beim fakultativen AR steht es den Gesellschaftern frei, dessen Kompetenzen, mit Ausnahme der zwingenden Überwachungsaufgabe, in der Satzung festzulegen, wobei die Kompetenz für Grundsatzentscheidungen weiterhin bei der Gesellschafterversammlung zu liegen hat.

2. Ausgangslage

In der Ausgangslage ist die Größe des AR mit manchmal mehr als 40 oder 50 Mitgliedern (auch wenn der ein oder andere Teilhaber darauf verzichtet, Vertreter in den AR zu entsenden) oftmals problematisch, weil sie eine effiziente Arbeit des Gremiums lähmt. Im Hinblick auf Aufnahme weiterer Gesellschafter kann diese Lage sogar an Schwierigkeit zunehmen. Das Dilemma besteht also darin, dass wesentliche Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse beim, wenn auch fakultativen AR ruhen, gleichwohl in den AR-Sitzungen regelmäßig nicht alle Themen abschließend erörtert werden können. Es finden obendrein jährlich oftmals lediglich zwei, allenfalls vier AR-Sitzungen statt. Eine Erhöhung der Anzahl mildert das Problem, die Aufgabenfülle zu bewältigen, löst es aber nicht, weil das Gremium zahlen-

mäßig zu umfangreich ist. Ein aus der Mitte des AR heraus gebildeter Ausschuss – mitunter Geschäftsführender AR genannt, was begrifflich wegen „Geschäftsführung“ zu Verwechslungen führen kann - zur Erledigung des „Tagesgeschäfts“ vermag nur in Ausnahmefällen abschließend zu entscheiden, stehen doch grundsätzlich Geschäfte und Maßnahmen des Geschäftsführenden Ausschusses (GA) unter dem Vorbehalt des AR. Eine Reorganisation der Zusammenarbeit bedarf daher in solchen Konstellationen der gründlichen Rechtsanalyse.

III. Idee der Verkleinerung

1. Grundkonzeption

Der AR wird verkleinert, die Anzahl der von den Gesellschaftern entsandten AR-Mitglieder reduziert. Es gibt je ein Entsenderecht für die öffentlich-rechtlichen Einheiten (also Hochschulen) sowie die gleiche Anzahl Vertreter der Industrie-Gesellschafter. Die Vertreter der Industrie-Gesellschafter werden von der Gesellschafterversammlung (GV) auf eine bestimmte Anzahl von Jahren gewählt. Versetzte Amtsperioden, um sicherzustellen, dass zu jedem Zeitpunkt eingearbeitete Mitglieder im AR vertreten sind, bieten sich idealerweise an. Der GA bleibt und wird ergänzt durch ein neues Gesellschaftergremium, in das alle Gesellschafter Vertreter entsenden und das sich vordringlich mit inhaltlichen bzw. wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigt („Innovations- und Technologiekreis“). Die Zuständigkeit für die wissenschaftliche Strategie und strukturelle Entwicklung verbleibt beim AR. An Sitzungstagen tagen sowohl der AR vorwiegend zu den Themen Geschäftsverlauf / Organisation / Entwicklung und der Innovations- und Technologiekreis zu inhaltlichen und wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen.

2. Anwendbarkeit des FüPoG II

a) Inhalt des FüPoG II und seine Auswirkungen auf Forschungs-GmbHs

Klärungsbedürftigkeit besteht hinsichtlich der Anwendung des FüPoG II, das ausgeschrieben lautet: Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, welches am 12. August 2021 in Kraft getreten ist. Das FüPoG II sieht nicht nur erstmals eine gesetzliche Mindestbeteiligung von Frauen und Männern in großen Vorstandsgremien vor, sondern führt auch eine Begrün-

7 BAG Beschluss vom 21. Juni 1989 - 7 ABR 58/87, NZA 1990, 402 (404).

8 BAG Beschluss vom 21. Juli 1998 - 1 ABR 2/98, Leitsatz 4.

dungspflicht für die Festlegung der Zielgröße Null ein⁹. Bei einer Forschungs-GmbH bleibt das FüPoG II wohl in den meisten Fällen außen vor, außer der Bund verfügt über eine Mehrheitsbeteiligung, worüber der Beteiligungsbericht des Bundes Auskunft erteilt¹⁰. §§ 77a Abs. 3 GmbHG, 96 Abs. 2 AktG, Art. 10 Abs. 3 FüPoG II führen dann zur Geltung des FüPoG II auch für einen fakultativen AR einer Forschungs-GmbH.

Schon das am 1. Mai 2015 in Kraft getretene „Erste Führungspositionen-Gesetz“ (FüPoG) verfolgte den Zweck, den Anteil von Frauen an Führungspositionen vornehmlich in der Privatwirtschaft zu steigern, indem die fixe Quote für Aufsichtsräte börsennotierter und zugleich paritätisch mitbestimmter Unternehmen eingeführt wurde (für die AG § 96 Abs. 2 AktG, für die GmbH § 52 Abs. 2 GmbHG). Für die Leitungsebene und den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsleitung börsennotierter oder mitbestimmter Unternehmen gab es noch keine fixe Quote, sondern lediglich die Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen (sog. flexible Quote; vgl. für die AG §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG und für die GmbH § 36 GmbHG).

Besteht der Vorstand einer börsennotierten AG, die dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt (= 2001 Mitarbeiter und mehr), aus mehr als drei Personen, so muss künftig mindestens eine Frau und mindestens ein Mann Mitglied des Vorstands sein. Eine Bestellung eines Vorstandsmitglieds unter Verstoß gegen dieses Beteiligungsgebot ist nichtig (§ 76 Abs. 3a AktG). Nach der Übergangsvorschrift im Einführungsgesetz zum AktG ist das Beteiligungsgebot aus § 76 Abs. 3a AktG seit dem 1. August 2022 bei der Bestellung einzelner oder mehrerer Vorstandsmitglieder einzuhalten. Bestehende Mandate können bis zu ihrem vorgesehenen Ende wahrgenommen werden (§ 261 EGAktG).

Der Vorstand einer börsennotierten oder mitbestimmten AG muss für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands Zielgrößen festlegen (§ 76 Abs. 4 Satz 1 AktG). In der Praxis üblich waren und sind Prozentangaben. Diese Vorgabe wird durch das FüPoG II konkretisiert und verschärft: Künftig müssen die Zielgrößen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 76 Abs. 4 Satz 2 AktG).

Legt der Vorstand für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, plant er mithin für den folgenden Festlegungszeitraum keine Frau auf

den beiden unteren Führungsebenen ein, so muss er nunmehr diesen Beschluss klar und verständlich begründen (§ 76 Abs. 4 Satz 3 AktG). Die Zielgröße Null bleibt also nach wie vor zulässig. Gesetzgeberisches Ziel ist es jedoch, den Frauenanteil in Führungspositionen durch die Begründungspflicht¹¹ zu erhöhen.

Der AR einer AG, die börsennotiert ist oder der Mitbestimmung unterliegt, legt für den Frauenanteil im AR und im Vorstand Zielgrößen fest (§ 111 Abs. 5 Satz 1 AktG): Die Zielgrößen müssen die für den AR und den Vorstand jeweils angestrebte Anzahl der Frauen und den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 111 Abs. 5 Satz 2 AktG). Legt der AR für den AR oder den Vorstand die Zielgröße Null fest, so hat er diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen (§ 111 Abs. 5 Satz 3 AktG). Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 111 Abs. 5 Satz 4 AktG). Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre lauten. Wenn für den AR bereits das Mindestanteilsgebot nach § 96 Abs. 2 oder 3 gilt, sind die Festlegungen nur für den Vorstand vorzunehmen. Gilt für den Vorstand das Beteiligungsgebot nach § 76 Abs. 3a, entfällt auch die Pflicht zur Zielgrößensetzung für den Vorstand (§ 111 Abs. 5 Satz 5 bis 9 AktG).

Die Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH müssen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer Zielgrößen festlegen. § 36 Satz 1 GmbHG wurde durch das FüPoG II – analog zu § 76 Abs. 4 Satz 2 AktG – um folgenden Satz 2 ergänzt: „Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen.“ Somit gilt das zur AG Ausgeführte. Legen die Geschäftsführer für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, so haben sie – analog zu § 76 Abs. 4 Satz 3 AktG – diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 36 Satz 4 GmbHG).

Ist nach dem DrittelbG ein AR zu bestellen, so legt die Gesellschafterversammlung für den Frauenanteil im AR und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest, es

⁹ Gesetz vom 7. August 2021 (BGBl I 2021 S. 3311).

¹⁰ Löwisch/Joher, Relevanz des FüPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, OdW 2022,

147-154, hier S. 148.

¹¹ Siehe im Detail die Erwägungen in § 76 Abs. 4 Satz 4 AktG.

sei denn, sie hat dem AR diese Aufgabe übertragen (§ 52 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Ist nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ein AR zu bestellen, so legt dieser für den Frauenanteil im AR und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest (§ 52 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG).

Wird für den AR oder unter den Geschäftsführern die Zielgröße Null festgelegt, so ist dieser Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 52 Abs. 2 Satz 4 und 5 GmbHG). Hinsichtlich der Anforderungen an die Begründung gilt das zu § 76 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG Ausgeführte entsprechend.

Bei einer Forschungs-GmbH bleibt das FöPoG II nur dann außen vor, wenn der Bund keine Mehrheitsbeteiligung hält resp. die Länder, die über §§ 393 a Abs. 3 AktG und § 77a Abs. 4 GmbHG entsprechende Regeln beschließen können¹².

b) Fakultativer AR als wesentliches Gremium gemäß BGremBG

AR und ggf. der aus ihm bestimmte geschäftsführende Ausschuss (GA) stellen u.U. ein wesentliches Gremium gemäß Bundesgremienbesetzungsgesetz dar¹³. So führen §§ 77a Abs. 3 GmbHG, 96 Abs. 2 AktG, Art. 10 Abs. 3 FöPoG II auch zur Geltung für einen fakultativen AR bzw. den GA.

Wesentliche Gremien sind nach § 3 Nr. 2 BGremBG 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, ent-

senden oder für ein solches Gremium vorschlagen können.

Nach § 4 Abs. 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 (Abs. 2).

Nach Abs. 3 des durch Art. 10 FöPoG II in das GmbHG eingefügten neuen § 77a gilt § 96 Abs. 2 AktG entsprechend auch für die Zusammensetzung des AR einer GmbH mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes unabhängig von einer Geltung des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes.

AGs und GmbHs, auch wenn für sie nicht eines der in § 393 a AktG oder § 77a GmbHG genannten Mitbestimmungsgesetze, sondern nur das DrittelbG gilt, unterfallen nunmehr nach richtiger Ansicht grundsätzlich der Regelung des § 96 Abs. 2 AktG¹⁴.

Die Mehrheitsbeteiligung des Bundes genügt obendrein als Anwendungsvoraussetzung für das FöPoG II, ohne Differenzierung nach der Arbeitnehmerzahl. Auf die Arbeitnehmerzahl kommt es nur in dem in § 393 a Abs. 1 Nr. 3 AktG und § 77 a Abs. 1 Nr. 3 GmbHG geregelten Ausnahmefall einer mittelbaren Beteiligung des Bundes an. Denn das FöPoG II soll zurecht überall dort Anwendung finden, wo dem Bund Regelungsbefugnisse zukommen, eine geschlechtergerechte Aufteilung der AR-Sitze zu 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 daran nichts.

Zwar führt die für einen solchen AR maßgebende Verweisungsvorschrift des § 52 Abs. 1 GmbHG den § 96 Abs. 2 AktG nicht auf. Doch ist dieser Verweis in der in das GmbHG eingefügten zwingenden Bestimmung des § 77a Abs. 3 GmbHG enthalten. Ungereimt wäre es, könnte sich der Bund in Gesellschaften, an denen er mit Mehrheit beteiligt ist, dem von ihm aufgestellten Mindestanteilsgebot durch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag entziehen¹⁵.

12 *Löwisch/Jocher*, Relevanz des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, *OdW* 2022, 147-154, hier S. 152-153.

13 Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (Bundesgremienbesetzungsgesetz - BGremBG), Gesetz

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

14 *Löwisch/Jocher*, *OdW* 2022, 151; dagegen: *Alexander Stöhr*, Die Auswirkungen des FöPoG II auf das GmbHG: Eine kritische Bestandsaufnahme, *ZIP* 2021, 2267 (2271).

15 *Löwisch/Jocher*, *OdW* 2022, 151.

Der Tendenzcharakter von Forschungseinrichtungen bietet angesichts des Ziels der geschlechtergerechten Aufteilung der AR-Sitze keinen Grund, die direkte oder entsprechende Anwendung von § 96 Abs. 2 AktG auszuschließen, so dass sich auch die Aufsichtsräte von Bundesdominierten Forschungseinrichtungen, die als GmbH organisiert sind, zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen müssen.

Fraglich bleibt noch, ob eine Mehrheitsbeteiligung von Bund und Ländern zu berücksichtigen ist, wenn auch die Länder sich für gleiche Regeln entschieden haben. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut, der nur vom Bund ausgeht. Allerdings verkennt man den Sinn und Zweck der Vorschrift, die von staatlicher Beteiligung ausgeht, wozu in der Bundesrepublik auch die in der Forschung beteiligten Bundesländer zählen; daher sind auch sie in die Beteiligung einzubeziehen, zumindest in fiktiver Berechnung einer Mehrheit des Bundes. Dafür spricht auch, dass die Länder wegen des föderalen Gefüges wiederum Teil des Bundes sind.

Reine Forschungs-GmbHs ohne Mehrheitsbeteiligung des Bundes (sowie der Länder bei Bund-Länder-Beteiligung) bleiben im Ergebnis von der Anwendung des FöPoG II ausgespart. Liegt Mehrheitsbeteiligung im weiteren Sinne vor, können indes der Mitbestimmungsaspekt und der Tendenzcharakter keine Rolle mehr spielen.

3. Schwierigkeiten der Verkleinerung

Sicherlich kann der AR verkleinert werden, was allerdings Grenzen aufweist: Zunächst das Entsenderecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften (z.B. Bundesländer, Kommunen, Bund) sowie Universitäten und andere Forschungsinstitute mit öffentlicher Beteiligung. Industrie-Gesellschafter möchten obendrein bald die Visitenkarte „AR“ nicht aufgeben, bald nicht immer an den Sitzungen teilnehmen, auch wenn sie Vertreter auswechseln dürfen. Die Idee, der Begrenzung auf eine Amtsperiode oder der Einführung versetzter Amtsperioden schafft auf den ersten Blick Abhilfe, denn dadurch kann sichergestellt werden, dass zu jedem Zeitpunkt eingearbeitete Mitglieder im AR vertreten sind. Sie wird allerdings vielfach abgelehnt, da der Verlust des direkten Kontakts zu einzelnen Gesellschaftern oder sogar Austritte aus dem Kreis der Gesellschafter zu befürchten sind, weil das Engagement der Gesellschafter oft allein an den Vertretern im AR hängt. Die Idee der Verkleinerung birgt die Gefahr, dass sich immer dieselben Gesell-

schafter im verkleinerten AR engagieren und um eine Mitarbeit bewerben. Eine Verkleinerung des AR kann die Rolle der GV stärken und ihr neues Handlungsbewusstsein geben. Eine Rotation der AR-Mitglieder nach einem vorgegebenen Schema ist u.U. eine Option und bedarf einer sehr feingliedrigen Regelung. Wahlen dagegen sind eine echte Alternative, verursachen allerdings wiederum Regelungs- und Organisationsaufwand (Geschäftsordnungen) und „Stress“ durch Wahlkämpfe und ggf. Absprachen anlässlich der Wahlen; dieses Hindernis kann gegen die Verkleinerung ins Feld geführt werden. Nicht zu unterschätzen ist schließlich, dass der AR „in pleno“ ein informelles Netzwerk der Mitglieder bildet, was gerade in Nach- oder Zwischen-Pandemiezeiten hochgeschätzt wird.

Ein starkes gesellschaftsrechtliches Argument gegen die Verkleinerung bildet die Wahrung der vollumfänglichen Entsenderechte der Gesellschafter. Auch wenn es keine Verkürzung von Amtsperioden der Aufsichtsräte gibt, führt die Absenkung der AR-Sitze zum Ausblenden von Wissensmitteilung und Aufsichtspotenzial sowie zu Repräsentationsverschiebungen. Geht man davon aus, dass alle Gesellschafter durch eine künftige und nicht retroaktive Verkleinerung gleichermaßen betroffen sind, bleibt eine Benachteiligung einzelner außen vor. Blickt man indes nicht allein auf den Prozentsatz der Stammkapitaleinlage, sondern auf das wirtschaftliche Stimmgewicht und das Nähepotenzial der einzelnen Teilhaber, existieren gleichwohl Unterschiede, die etwa gerade im Ausland ansässige Gesellschafter benachteiligen. Bei einigen Stammkapitalhaltern, selbst wenn sie gleiche %-Anteile an der Forschungs-GmbH halten, existieren auch Unterschiede in der Größe und der Wirtschafts- und Finanzmacht, ja auch im Entsendepotenzial von AR-Mitgliedern. Nicht zuletzt verschieben sich Gewichte zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Seite. Da Benachteiligungen¹⁶ nicht ausgeschlossen werden können und schwerlich erwartbar ist, dass eine Einstimmigkeit oder gar Allstimmigkeit zustande kommt, bietet eine Verkleinerung keine geeignete Lösung.

Eine solche ist leichter, wenn man eine Benachteiligung einzelner nicht annimmt und eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Rahmen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages anstrebt. So sieht es die überwiegende Ansicht in der Literatur: Vergrößerung oder hier Verringerung der Zahl der AR-Mitglieder kann eine Statusfrage sein, die allerdings nur im Statusverfahren nach § 91 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG eine Rolle spielt. Da auch kein Grundkapital verkleinert wird, ist die Verringerung eine

16 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbH-Gesetz-Kommentar, 12. Aufl. 2021, § 52, Rn. 220.

„Satzungsänderung, welche die neue Zahl vorsieht.“¹⁷ Beim fakultativen AR ist der Gesellschaftsvertrag prioritär, der für die Änderung eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit voraussetzt.¹⁸

Für die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit (qualifizierte Mehrheit) genügt es, wenn genau $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen für einen Antrag abgegeben werden. Der Geschäftsanteil, der in der Lage ist, die qualifizierte Mehrheit zu verhindern, bildet eine sogenannte Sperrminorität. Die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ist gesetzlich vorgesehen für Änderungen des Gesellschaftsvertrags (§ 53 Abs. 2) sowie die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Letzteres ist das stärkste Argument dafür, dass eine Verringerung der AR-Mandate keine Allstimmigkeit voraussetzen muss, denn die Auflösung einer gesamten Gesellschaft wiegt stärker als eine bloße Verringerung der Anzahl ihrer AR-Mandate. Auch wenn damit sicherlich eine wenn auch geringfügige Benachteiligung einiger in Kauf genommen werden muss zugunsten einer besseren Operabilität und Arbeitsweise des Gremiums, ist eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit die zurecht ausreichende Mehrheitsgrundlage dieser Entscheidung.

Die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bei Satzungsänderungen sieht die Satzung vielfach folgendermaßen vor: Enthaltungen zählen dabei nicht mit, weil das Merkmal „abgegeben“ voraussetzt, dass eine Stimme nur abgibt, wer entweder mit „Ja“ oder „Nein“ stimmt, nicht hingegen mit Enthaltung (siehe jeweilige Satzung i.V.m. § 47 GmbHG).

4. Optionen zur Behebung

Welche Optionen können vorgebracht werden? Es bieten sich nachstehende an:

- alphabetisch oder chronologisch determinierte Mitglieder aus AR
- Schaffung einer Dynamik via Amtszeit von einem Jahr, was vier Amtsjahren entspricht; dabei ein ÖR (=Vertreter der öffentlichen Hand) und jeweils nicht mehr als zehn – bei Zuwächsen mehr; bei mehr als z.B. 50 AR-Mitgliedern bedarf es der Einrichtung einer fünften Amtszeit
- Der Sitz im GA ist abtretbar an jeweils Nichtvertretere, also keine Doppelvertretung möglich

- Vorsitz oder stellvertretender Vorsitz fallen den ÖR zu, jeweils aber nicht in Personalunion zu Vorsitz und stellvertretendem Vorsitz des AR

5. Kritik

Auch diese Optionslösungen erfordern die Wahl der AR-Mitglieder durch Juristen und Controller der Gesellschafterversammlung (GV), die daran vermutlich nicht interessiert sind. Potenzielle Kandidaten (z.B. bereits aktuell bestellte AR-Mitglieder) müssen davon überzeugt werden, sich für den verkleinerten AR zu bewerben und schlimmstenfalls eine Ablehnung zu akzeptieren. Wahlen müssen organisiert, Absprachen getroffen werden. Bloße Amtsperioden haben den Vorteil des Zugpferdcharakters, können aber die Freiwilligkeit der Wahlen torpedieren. Die Gesellschafter entsenden Mitglieder in bis zu vier Gremien (GV, AR, Innovations- und Technologiekreis und ggf. Personalausschuss). Dies erfordert einen hohen Ressourcen- und Abstimmungsbedarf bei den Gesellschaftern. Der Innovations- und Technologiekreis dient typischerweise nur zur Information der Gesellschafter, trifft jedoch keine Entscheidungen und ist deshalb wenig attraktiv für die entsandten Mitglieder. Zu überlegen wäre zumindest ein Vorschlagsrecht in bestimmten Themenfeldern für den AR.

Statt neue Gremien einzuführen, ist es vorteilhaft den vorhandenen AR in seiner Gänze zu erhalten und ihm die Kern-Überwachungsaufgaben zu belassen, andererseits dem GA das operative sowie vor- wie nachbereitende Geschäft zuzuweisen.

IV. Einführung eines starken GA

1. Bildung von Unter-Ausschüssen

Eine Verlagerung der operationellen Tätigkeit in einen dafür eingerichteten Ausschuss des AR¹⁹ ermöglicht, dass der AR seinen Umfang und seine Tagungsfrequenz behält. Nur solche Aufgaben sind davon ausgenommen, welche in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fallen und die diese auf den AR delegiert hat. Dieser Unter-Ausschuss ist somit eine Teilmenge des AR, dessen Vorsitzender einschließlich der Stellvertreter ideali-

17 Spindler, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, München 2019, 3. Aufl., § 52, Rn. 89 (Vergrößerung) und hier einschlägig die Verkleinerung des AR, Rn. 91.

18 So gleichfalls Nießen, in: Kommentierung des GmbHG, 5. Aufl.

2021, § 52, Rn. 34.

19 Es können auch andere Ausschüsse ins Leben gerufen werden, wie ein expliziter Forschungs-, Wissenschafts- oder ein Technik-ausschuss.

ter auch die des Ausschusses sind, um Synergieeffekte zu nutzen. Bei einer Forschungs-GmbH mit fakultativem AR obliegt die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführung allein der Gesellschafterversammlung. Diese Kompetenz kann nur durch eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Regelung auf den AR übertragen werden, was aber ggf. via Satzungsänderung eingerichtet werden kann.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Arbeit in den Ausschüssen stets eine intensive und zeitaufwendige Koordination erfordert, die auch bei der Personenidentität der Vorsitzenden nicht auf Null zurückgefahren werden kann. Da der Austausch effektiv und durchgehend organisiert werden muss, besteht bei Vernachlässigung die Gefahr, dass das strategische Handeln im Sinne des Gesamtunternehmens aus dem Blick gerät und in den AR-Sitzungen nachgearbeitet werden muss, was wiederum den erhofften Effizienzgewinn schmälert. Des Weiteren birgt die Bildung von Ausschüssen den Hang zum Aktionismus, um ihre Einrichtung zu rechtfertigen. Schließlich ist kontinuierliche Arbeit in den Ausschüssen durch Ab- und Neuberufungen von AR-Mitgliedern stärker gefährdet als die Arbeit des AR selbst.

2. Kompetenzverlagerungen in den GA

Der AR behält seine Kernaufgaben. Anders gesagt: Zuständigkeiten und Entscheidungskompetenzen werden vom (großen) AR in den (kleineren) GA verlagert, um die Forschungs-Gesellschaft im operativen Geschäft effizienter zu unterstützen, zu überwachen und zu kontrollieren, so vor allem Beschlussfassungen über alle Zustimmungsvorbehalte, was in der Satzung explizit figuriert.

Es ist möglich, die Mitglieder des GA aus dem Kreis der AR-Mitglieder auf Zeit wählen zu lassen oder ein rotierendes System einzuführen. Zu beachten ist stets, dass alle öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die Entsenderecht besitzen, angemessen sowie eine gleich oder zumindest ähnlich große Anzahl Industriegesellschafter vertreten sind. Der GA kümmert sich schwerpunktmäßig um wirtschaftliche und organisatorische Aspekte der GmbH-Führung, der AR hingegen schwerpunktmäßig um die Themen wissenschaftliche Ausrichtung / Technologie / Strategie / Forschungsfelder. Diese Themen nehmen in den AR-Sitzungen verstärkt Raum ein, während der GA über die wirtschaftlichen Aspekte und Entscheidungen rapportiert. Die Anzahl und der Turnus der AR-Sitzungen können eine Mindestzahl umfassen. Zur Vorbereitung der AR-Sitzungen findet im engen zeitli-

chen Abstand regelmäßig eine GA-Sitzung statt. Bei Bedarf werden zusätzliche GA-Sitzungen terminiert. AR-Sitzungen finden im Wechsel an den unterschiedlichen Standorten der GmbH statt und werden um eine Präsentation des jeweiligen Standorts mit Forschungsschwerpunkten und Expertengesprächen ergänzt.

3. Bewertung

Was ist davon zu halten? Der AR bleibt als Gremium erhalten, alle Gesellschafter behalten ihren Sitz. Die gesellschaftsrechtliche Funktion des AR verlagert sich weitgehend in den GA, was die Gestaltungsfreiheit bei einem fakultativen AR der GmbH anbietet. Die negativen Folgen der Verkleinerung des AR werden vermieden, ebenso der hohe Aufwand zur Organisation und Koordination der Arbeit in mehreren AR-Ausschüssen und der damit verbundene zeitliche Mehraufwand der AR-Mitglieder sowie die Unwägbarkeiten von Ab- und Neuberufungen. Obendrein können sich engagierte AR-Mitglieder um die Mitarbeit im GA bewerben und sich wählen lassen, weniger engagierte sich entsprechend zurücknehmen, ohne die Kernaufsichtsfunktionen zu verlieren, die dem AR verbleiben.

Mittels Übertragung von Kompetenzen an den GA wird schließlich ein handlungsfähiges Gremium geschaffen, das die Arbeit der Geschäftsführung effizient unterstützen kann, ohne die AR-Mitglieder über Gebühr in Anspruch zu nehmen oder den Kontakt zu einzelnen Gesellschaftern zu gefährden. Die Freiheit, neue Ausschüsse des AR einzuberufen, kann dergestalt genutzt werden, dass ein neues Gesellschaftergremium geschaffen wird, in das alle Gesellschafter Vertreter entsenden und das sich vordringlich mit inhaltlichen / wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigt („Innovations- bzw. Technologiekreis“). Die Zuständigkeit für die wissenschaftliche Strategie und strukturelle Entwicklung verbleibt indes beim AR. Sitzungstage dürfen gebündelt werden: der AR vorwiegend zu den Themen Geschäftsverlauf / Organisation / Entwicklung und der Innovations- und Technologiekreis zu inhaltlichen und wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen.

V. Grundlagen von Entscheidungen zu Strukturänderungen und für die künftige Auslegung einzelner Bestimmungen

1. Ausweitung der Kompetenz des GA

Der Aufsichtsrat der Forschungs-GmbH ist und bleibt ein fakultativer AR mit Kernaufgaben, die Pflichten und

Rechte resp. Kompetenzen, zugleich verkörpern. Dabei sind Bestimmungen des AktG explizit ausgenommen, was im Allgemeinen in der Geschäftsordnung (GO) des AR figuriert. Zwingende Bestimmungen bleiben per Verweis von § 52 GmbHG jedoch anwendbar.

Der AR ist zwar fakultativ, doch seine Einrichtung bezeugt, dass er als solcher die entsprechenden Aufgaben erfüllen muss, m.a.W. er wäre sonst nicht ins Leben gerufen oder in diesem Umfang erhalten geblieben.

Die Besonderheit liegt möglicherweise darin, dass der als bedeutend angesehene AR annähernd dieselbe Mitgliederzahl aufweist wie die GV, sodass die repräsentative Funktion des AR außen vorbleibt. Der wichtigste Ausschuss, der „Geschäftsführende Ausschuss“ (GA), sollte bald und in Zukunft diese Aufsichtsfunktion zentral wahrnehmen.

Dies spricht für eine Ausdehnung der Kompetenzen des GA, der damit zum eigentlichen AR geworden ist oder es noch wird. Ist von der GV gewollt, ein Maximum an übertragbaren Kompetenzen auf den GA zu übertragen, ohne die Kernaufgaben des AR aufzugeben (siehe vielfach im Gesellschaftsvertrag), dann sollte dies umgesetzt werden. Gleichzeitig ist mit Blick auf die Geschäftsführung zu beachten, dass GA und Geschäftsführung wegen ihrer ähnlichen Namensführung („geschäftsführend“ resp. „Geschäftsführung“) jeweils ihre Aufgaben unterscheidbar ausfüllen. „Geschäftsführend“ beim GA meint die Aufgaben des AR und eben nicht die Geschäftsführung im Sinne der Gesamt-GmbH, die einzig und allein der Geschäftsführung zugewiesen bleiben.

2. GV

Die Bestellung der AR-Mitglieder (§ 100 sowie § 101 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie deren Abberufung (§ 103 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG) braucht eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit.

Nach Kenntnisnahme des Berichts des GA zum Jahresabschluss stellt die GV den Jahresabschluss ohne Bindung an die von der Geschäftsführung aufgestellte Fassung oder das Votum des GA in eigener Verantwortung fest (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Das Verlangen von Beschlussvorschlägen gegenüber AR und GA resultiert aus § 124 Abs. 3 AktG.

Die GV hält stets die Befugnis zur Satzungsänderung, Auflösung der Gesellschaft oder zur Umwandlung; dabei handelt es sich um nicht nachgiebiges Satzungsrecht.

Wichtig zu erwähnen bleibt, dass die Zustimmung der GV bei einem zustimmungspflichtigen Geschäft zur

Überwindung der Verweigerung des GA mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der GV beizutragen vermag, d.h. die GV kann diese Rechte, die sie abgetreten hat, erneut und ohne Begründung an sich ziehen.

3. Genaue Regelung der Vertretung und Begleitung von Gesellschaftern in der GV

Gemäß § 48 Abs. 1 GmbHG fassen die Gesellschafter ihre Beschlüsse in Gesellschafterversammlungen. Träger des Stimmrechts sind die Gesellschafter (die Gesellschaftereigenschaft richtet sich nach § 16 Abs. 1 GmbHG). Mangels abweichender Satzungsbestimmungen können sie sich vertreten lassen. Die Gesellschafter dürfen es sich mithin offenhalten, an der GV selbst teilzunehmen oder auch noch kurzfristig einen Vertreter zu schicken, da keine höchstpersönliche Vertretung der Gesellschaft angeordnet ist (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Die Vollmacht ist jedoch darzutun und zu beweisen, d.h. Vorlagepflicht der schriftlichen Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB und § 126 BGB i.V.m. mit der jeweiligen GO-Vorschrift). Beim Stimmrecht ist daher oftmals von Bevollmächtigten die Rede.

Die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen üben deren Stimmrecht aus, bei Personengesellschaften die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Pfandrecht und Nießbrauch lassen das Stimmrecht des Gesellschafters unberührt. Bei Treuhand steht das Stimmrecht dem Treuhänder zu. Nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage ist eine kombinierte Beschlussfassung zulässig; Bei dieser geben nicht alle Gesellschafter ihre Stimmen innerhalb der Versammlung ab; vielmehr wird einzelnen Gesellschaftern gestattet, ihre Stimme vor oder nach der Versammlung abzugeben. Selbst bei Einverständnis aller Gesellschafter soll nach BGH mangels Gesellschaftsvertragsregelung eine solche Beschlussfassung nichtig sein. Etwas anderes gilt bei audiovisueller Zuschaltung von Gesellschaftern zur Versammlung; diese ist bei Zustimmung der anderen Gesellschafter ohne besondere statutarische Ermächtigung zulässig. Die Gesellschafter haben ferner nach verbreiteter Auffassung grundsätzlich keinen Anspruch auf Zulassung eines Beraters oder eines Beistands; dieser Ansicht²⁰ ist jedenfalls dann nicht zu folgen, wenn die Teilnahme an der Versammlung für den Gesellschafter von besonderer Bedeutung ist, etwa weil schwerwiegende Entscheidungen zu fällen oder Missstände aufzuarbeiten sind. Finden sich dazu weder in der Satzung noch in der GO der GV Vorgaben, sollte dies entsprechend thematisiert werden.

20 Siehe Übersicht und Details bei *Heidel*, in: *Haufe-Kommentar GmbH-Gesetz*, 2020, Rz. 160.

Dies gilt gleichfalls für die Punkte Versammlungsleitung und Begleitung von Gesellschaftern.

Das Gesetz enthält für Durchführung und Leitung der Versammlung keine ausdrücklichen Regeln. Ihr Ablauf muss ordnungsgemäße Beratung und Beschlussfassung mit dem Ziel der Ermittlung des Mehrheitswillens unter Wahrung der Teilnahmerechte sämtlicher Gesellschafter garantieren. Zweckmäßig ist, einen Vorsitzenden (Versammlungsleiter) zu bestimmen und eine Niederschrift/Protokoll anzufertigen. Bestellt werden kann auch ein Nichtgesellschafter²¹.

Die Beschlussfassung wird generell durch eine förmliche Niederschrift dokumentiert. Das Protokoll ist (anders als nach §§ 241 Nr. 2, 130 AktG) für die Wirksamkeit der Beschlüsse grundsätzlich nicht konstitutiv, sondern dient auch bei Satzungsregelung i.d.R. Beweis Zwecken. Beurkundungszwang besteht insbesondere bei Satzungsänderung sowie bei Beschlüssen nach dem UmwG²².

Beschlüsse bedürfen nach § 47 Abs. 1 GmbHG der Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen. Im Grundsatz zählen nur Ja- und Nein-Stimmen, nicht aber Enthaltungen. Bei Stimmgleichheit ist ein Antrag abgelehnt. Der Gesellschaftsvertrag kann höhere Mehrheiten und sonstige Erfordernisse wie z.B. Zustimmung eines Gesellschafters oder Stichtentscheid bei Stimmgleichheit vorsehen. Er kann der Minderheit das Recht einräumen, bestimmte Maßnahmen durchzusetzen, z.B. Sonderprüfung oder Überwachung der Geschäftsführung. Wegen der Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrags nach § 45 Abs. 2 GmbHG sind auch sonst andere Regeln möglich – z.B. Stichtentscheid bei Stimmgleichheit durch einen oder einzelne Gesellschafter, durch Losen, Dritte oder ein Schiedsgericht.

Manche Beschlüsse sind mehrheitsfest, sie verlangen die Zustimmung eines jeden Gesellschafters, damit sie wirksam werden (z.B. nachträgliche Einführung von Vinkulierung, Schiedsklauseln oder Auferlegung zusätzlicher Leistungen). Das Gesetz sieht – nicht zwingend – vor, dass sich das Stimmrecht nach der Höhe des Geschäftsanteils richtet. Jeder Euro gewährt dann eine Stimme (§ 47 Abs. 2 GmbHG).

4. Grundsätzliche Aufgaben des AR

Überwachung der Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit als auch ihrer einzelnen Mitglieder (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG) bleibt unangetastet die

oberste Mission des AR, der ohne Unterlass die Entscheidungsträger kritisch begleiten soll.

An den AR müssen die Berichte des Vorstands (vgl. § 90 AktG) gerichtet werden, die über folgende Themen sprechen:

- beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, v. a. Finanz-, Investitions- und Personalplanung (einmal jährlich)
- den Gang der Geschäfte, insbesondere Lage der Gesellschaft (halbjährlich)
- Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können (anlassbezogen)

Des Weiteren stehen in der Satzung der Forschungs-GmbH die Bestellung/Auswahl und Entlassung der Geschäftsführung, sowie alle Personalfragen bzgl. CEO und CFO aufgelistet (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 84 AktG). Erwähnenswert sollte die Beratung der Geschäftsführung allgemein und mittel- wie langfristig sein, d.h. „strategische Frühaufklärung“ bzgl. sich anbahnender Veränderungen im Marktumfeld.

Ferner sind aufzulisten das Fertigen von Berichten der AR-Mitglieder sowie in diesem Kontext die Verschwiegenheitspflicht der Berichtsempfänger (§§ 394, 395 AktG). Sodann kommt es dem AR zu, den Jahresabschluss zu prüfen (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 170, 171 AktG).

Die Beauftragung resp. Bestellung des Abschlussprüfers (in vielen Fällen allein die GV), möglich auch durch AR-Vorsitzenden²³, Festlegung der Prüfungsschwerpunkte sowie Genehmigung der Ergebnisse der Gespräche mit Abschlussprüfer durch GA (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG) bilden gleichfalls grundsätzliche Aufgaben des AR, der schließlich das Recht zur Einberufung der GV ausüben darf.

5. Delegieren von Aufgaben des AR an den GA

Aufgaben, die der AR an den GA abtreten kann, gegenüber der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG) sind nachstehende:

- Prüfung der laufenden Kassenführung und des Rechnungswesens
- Regelmäßige und umfängliche Berichterstattung (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 90 Abs. 3 und 4, 5 S. 1 und 2 AktG) der Geschäftsführung an den GA –

21 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 16.

22 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbH-Gesetz-Kommentar, § 52, Rn. 441.

23 Beauftragung des Abschlussprüfers, wenn der Gesellschaftsver-

trag nicht etwas anderes vorschreibt (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 318 Abs. 1 Satz 4 HGB), auch durch GA möglich, aber umstritten, hier auch ausgeschlossen – daher nicht anzuraten.

sofern dies Gesamt-GA bzw. Mitglieder verlangen: Überwachung abgeschlossener und laufender Vorgänge

- Präventive Überwachung beabsichtigter Vorhaben der Geschäftsführung unter den Gesichtspunkten der Ordnungs- und Rechtmäßigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit
- Beratung des GA mit der Geschäftsführung über deren Geschäftspolitik in ständigem Diskussionsprozess
- Auskunft und Einsichtnahme in wesentliche Unterlagen gegenüber der Geschäftsführung grundsätzlich bei Unternehmensstrategien, Unternehmensorganisation, Marktpositionierung, Personalstruktur, Vertriebssysteme, Controlling aber auch im Rechnungswesen.

Darüber hinaus sollte noch verankert sein:

- Kurzfristige und alltagskonkrete Beratung der Geschäftsführung in gesellschaftsrechtlicher wie technologischer Sicht („Kleiner Innovations- und Technologiekreis“): Einbezug von Wissen, Meinungen und Einschätzungen von Experten in einer Phase unternehmerischer Herausforderungen für die Geschäftsführung im Wege eines permanenten und regelmäßig tagenden Aufsichtsgremiums

Der GA darf laufende Anstellungsverträge, außer CEO / CFO (diese: AR), aushandeln und zeichnen, vollziehen und beenden.

Gespräche mit dem Abschlussprüfer darf der GA führen, während dem AR allein die Genehmigung der Ergebnisse der Gespräche mit Abschlussprüfer durch GA obliegt. Der AR muss in solchen abschließenden Fragen stets die Schlussautorität besitzen.

Dem GA fällt schließlich die Vorprüfung des Jahresabschlusses (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 170, 171 AktG) und Vorlage an AR zu. Dabei geht es um die Überprüfung des Zahlenwerks als Rechenschaftsbericht über das abgelaufene Geschäftsjahr hinsichtlich seiner Übereinstimmung mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag.

Um den Bericht an die GV über Erkenntnisse aus der Prüfung des Abschlusses sowie um dieser eine ausreichende Informationsgrundlage für die Bilanzfeststellung zu vermitteln, kümmert sich der GA. Obendrein besitzt der GA die Befugnis, dem AR die Einberufung der Gesellschafterversammlung vorzuschlagen.

6. Grundsätzliches Weisungs- und Direktionsrecht des GA

Fraglich ist, ob GA ein grundsätzliches Weisungs- und Direktionsrecht innehat. Dieses Recht überträgt für Ausnahmefälle eine Satzung an den GA, was sich z. B. wie folgt in Satzungen wiederfindet:

Der Geschäftsführende Ausschuss hat die Aufgabe, bei Entscheidungssituationen zwischen den Aufsichtsratssitzungen zu beraten und der Geschäftsführung Vorgaben oder Zustimmungen für nicht bis zur nächsten Aufsichtsratssitzung aufschiebbare Entscheidungen zu geben.

Lösbar ist die Schwierigkeit, in dem das Merkmal „nicht aufschiebbare Entscheidungen“ weit ausgelegt wird. Bei Unklarheiten in Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnungen gilt im Zweifel eine Aufgabe an den GA als vom AR wirksam abgetreten. Maxime ist dabei die größtmögliche Entlastung des AR und das damit verbundene weitestgehende Mandat an den GA.

7. Zustimmungsvorbehalt für den AR im Gesellschaftsvertrag

„Zustimmungsvorbehalte (...) sind das Instrument vorbeugender Kontrolle des Aufsichtsrats, Maßnahmen der Geschäftsleitung, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft eine – ggfs. neben die Haftung der geschäftsführenden Organe tretende – Schadensersatzpflicht, wenn sie die Zustimmung zu einem Geschäft erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen.“²⁴

Erteilung oder Versagung der Zustimmung lautet in diesem Kontext die Entscheidungsfrage. Der GA kann nur „in besonderen und dringenden Fällen“ über zustimmungspflichtige Geschäfte aus der Satzung entscheiden. So heißt es beispielsweise in der GO des AR: *Der Geschäftsführende Ausschuss kann in besonderen oder dringenden Fällen anstelle des Aufsichtsrats über die nach § X des Gesellschaftsvertrages zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden.*

Daher sollte es eine Änderung der GO für den AR geben, dergestalt, dass kein Zustimmungsvorbehalt mehr durch den AR, sondern generell durch den GA erfolgen darf, der faktisch die Rolle des AR übernimmt.

24 BGH II ZR 243/05 vom 11.12.2006. Siehe etwa <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2006&Seite=5&nr=38660&pos=176&anz=3113> [02.08.2022].

cht=bgh&Art=en&Datum=2006&Seite=5&nr=38660&pos=176&anz=3113 [02.08.2022].

Der AR hat gleichwohl das Recht, gegenüber der Geschäftsführung weitere Zustimmungsvorbehalte anzuordnen und daher nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, welche Vorgänge einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden sollen (Gesellschaftsvertrag X sowie § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Es liegt nämlich im pflichtgemäßen Ermessen des AR, auszuwählen, welche (bedeutsamen) Geschäfte dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Grundsätzlich sollten alle Geschäfte von grundlegender Bedeutung im „Zustimmungskatalog“ erfasst sein.

Die weiteren explizit benannten Zustimmungsvorbehalte werden an den GA abgegeben. Der AR hat kein Veto gegen die Geschäftsführung, sondern nur die Geschäftsführung selbst. Vor Erteilung seiner Zustimmung hat der GA das Begehren der Geschäftsführung zu prüfen. Eine Zustimmung ohne vorherige Prüfung stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, die im Schadensfall zur Haftung führen kann²⁵.

Hat der GA bei einem Zustimmungsvorbehalt gegenüber der Geschäftsführung seine Zustimmung verweigert, kann die GV dessen ablehnende Entscheidung durch Beschluss überwinden (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 4 AktG). Folgende Formulierung resultiert aus dem Gesagten:

Der Geschäftsführende Ausschuss kann anstelle des Aufsichtsrats über die nach § X des Gesellschaftsvertrages zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden.

Hat der Geschäftsführende Ausschuss bei einem Zustimmungsvorbehalt gegenüber der Geschäftsführung seine Zustimmung verweigert, kann die GV dessen ablehnende Entscheidung durch Beschluss ersetzen. Die Zustimmungsersetzung erfordert eine ¾-Mehrheit.

VI. Fazit

Folgende Schlussfolgerung und Handlungsempfehlungen rühren aus unserer Durchsicht:

(1) Der fakultative AR einer Forschungs-GmbH muss handlungs- und zukunftsfähig aufgestellt sein. Bei mehrheitlicher Bundes- bzw. Länderbeteiligung ist neuer-

dings das FöPoG II beachtungspflichtig. Entsenden die Gesellschafter Mitglieder in drei oder gar mehr Gremien (GV, AR, Innovations- und Technologiekreis und sogar ggf. Personalausschuss), erfordert dies einen hohen Ressourcen- und zeitraubenden Abstimmungsbedarf bei den Gesellschaftern und der Gesellschaft. Ein Innovations- und Technologiekreis etwa dient vielfach lediglich der Information der Gesellschafter, trifft jedoch keine Entscheidungen und ist deshalb wenig attraktiv für die entsandten Mitglieder.

(2) Statt neue Gremien einzuführen, ist es vorteilhaft, den vorhandenen AR in seiner Gänze zu erhalten und ihm die Kernaufgaben der Überwachung und Beratung zu belassen, andererseits dem GA das operative sowie vor- wie nachbereitende Geschäft zuzuweisen.

(3) Bei einem sehr praxisstarken GA ist eine Sitzung des AR pro Jahr ausreichend, damit die Mindestaufgaben beim fakultativen AR verbleiben, d.h. Überwachung und Beratung der Geschäftsführer zugleich, also nicht nur Beratung. Indes wachsen die Grenzen: Unzulässig ist die Übertragung solcher Aufgaben auf den AR oder sonstige Organe, wie etwa Beiräte, die zwingend der Gesellschafterversammlung oder den Geschäftsführern vorbehalten sind. Dazu gehört die Befugnis zur Satzungsänderung. Möglich ist jedoch ein Zustimmungsvorbehalt.

(4) Ferner ist unzulässig die Übertragung der Zuständigkeit für Strukturänderungen, insbesondere die alleinige Entscheidung über Unternehmensverträge. Beim Beteiligungserwerb ist nach dem Umfang der Beteiligung zu unterscheiden. Die Übertragung der organ-schaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer, die Übertragung der Zuständigkeit für die Geschäftsführung, soweit Außenhaftung droht, und die Wahrnehmung bestimmter öffentlich-rechtlicher Pflichten verbleiben zwingend beim AR.

(5) Der AR ist weder unmittelbar zur Geschäftsführung befugt, noch ist er berechtigt, den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen oder unternehmensleitende Entscheidungen durchzusetzen, da der AR nie zweites Geschäftsführungsorgan (dualistisches System) und der Geschäftsführer nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied

25 BGH II ZR 243/05 vom 11.12.2006, Fn. 15 sowie NZG 2007, 187: „Der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH, dem die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Geschäftsführung nach § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorbehalten ist (...), verletzt seine zur Haftung führenden organschaftlichen Pflichten nicht

erst dann, wenn er die Geschäftsführung an von seiner Zustimmung nicht gedeckten Zahlungen nicht hindert, sondern bereits dann, wenn er ohne gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt.“

sein darf. Wohl aber kann und soll der AR bestimmte Maßnahmen bei den Geschäftsführern anregen. Dies gilt gleichermaßen für den GA, der sich zum permanent operierenden kleinen AR aufschwingen kann, um die Aufsichtsräte zu entlasten.

Der Autor ist hauptamtlicher Professor für Vergleichendes und Internationales Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht am Institut de l'Économie Supérieure, ISEC Université in Luxemburg, dort auch Direktor des ISEC-Forschungsbereiches Geistiges Eigentum: Grundlagen und Anwendungen. Ferner ist er Bereichsleiter und Professor für Geistiges Eigentum am DISC der TU Kaiserslautern. Als Mitglied zahlreicher Kommissionen berät Gergen in hochschulrechtlichen Fragen in Luxemburg und Deutschland. Kontakt via E-Post: thomas.gergen@isec.lu

Frank Wertheimer

Nichtigkeit privatrechtlicher Zusatzverträge verbeamteter Hochschullehrer in der baden-württembergischen Universitätsmedizin?

I. Einleitung

Die Hochschulmedizin in Deutschland unterliegt unterschiedlichen Organisationsprinzipien. In einigen Bundesländern gilt das sog. Integrationsmodell, Baden-Württemberg hat sich mit der rechtlichen Verselbständigung der Universitätsklinik als Anstalten des öffentlichen Rechts (der Universität¹) für das Kooperationsmodell entschieden. Während dort Forschung und Lehre von der Medizinischen Fakultät der Universität gesteuert werden, findet die Krankenversorgung im Universitätsklinikum statt. Die Verknüpfung beider Bereiche ist durch eine personelle Verflechtung der Organe der Fakultät und des Klinikums sowie durch Abstimmungsprozesse zwischen den verantwortlichen Entscheidungsträgern gekennzeichnet². Hochschullehrer werden in diesem Modell in Verfahren berufen, in deren Kommissionen neben Fakultätsvertretern gem. § 48 Abs. 3 S. 5 LHG BW auch ein Mitglied des Klinikumsvorstandes sowie eine von diesem bestimmte fachkundige Person stimmberechtigt teilnehmen.

Bis zu dem am 30.12.2020 inkraft getretenen Vierten Hochschulrechtsänderungsgesetz wurden auf W₃-Professuren berufene Hochschullehrer in der Regel in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ernannt, in ihrer Eigenschaft als Leiter einer Klinik, eines Instituts oder einer Abteilung schloss das Universitätsklinikum mit ihnen einen Dienstvertrag (sog. Chefarztvertrag) ab.³ Diese Verträge sind so ausgestaltet, dass klinisch tätige Hochschullehrer gegenüber dem Klinikumsvorstand, ungeachtet ihrer Eigenständigkeit in Diagnostik und Therapie, weisungsabhängig sind. Infolge dieser persönlichen Abhängigkeit sind sie Arbeitnehmer iSd

§ 611a BGB.⁴ Derartige Dienst- bzw. Arbeitsverträge wurden in der Vergangenheit nicht nur mit verbeamteten Professoren abgeschlossen, denen damit die Leitung einer Klinik, einer klinischen Abteilung oder eines zum Universitätsklinikum gehörenden Institutes übertragen wurde. Privatrechtliche Zusatzverträge für Aufgaben in der Krankenversorgung erhielten auch in ein Lebenszeitbeamtenverhältnis berufene Professoren für die Leitung einer Sektion oder einer anderen organisatorischen Untereinheit. In der Praxis sind diese Zusatzverträge häufig so ausgestaltet, dass zu einer festen Jahresvergütung eine Prämie hinzukommt, deren Auszahlung von der Erfüllung einer jährlichen Zielvereinbarung abhängig gemacht wird.

Die Praxis dieser doppelten Dienstverhältnisse wurde an den baden-württembergischen Universitätsklinik (im Verbund mit den Universitäten) seit der Zeit praktiziert, in der das Recht zur Privatliquidation durch den Abschluss von Chefarztverträgen abgelöst worden ist. In diesem Zeitraum, immerhin seit nunmehr fast 20 Jahren, wurde die Wirksamkeit derartiger Verträge weder vom Wissenschaftsministerium, von Arbeitsgerichten noch von der staatlichen Finanzkontrolle des Landesrechnungshofes in Frage gestellt.

II. Kehrtwende durch das baden-württembergische Wissenschaftsministerium

Mit einem Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 23.2.2021⁵, mit dem eine Anfrage eines baden-württembergischen Universitätsklinikums beantwortet wurde, hat das Ministerium die unter I. beschriebene und jahrelang ausgeübte Praxis für

1 Siehe § 1 Abs. 1 UKG BW.

2 Dazu Sandberger, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, 9. Kapitel, Rn 227.

3 Sandberger, a.a.O. Rn. 309; nach dem nunmehr eingefügten § 49 Abs. 2a LHG BW erhalten Professoren, die Krankenversor-

gungsaufgaben in einem Universitätsklinikum wahrnehmen, seit 2021 nur noch einen Angestelltenvertrag mit dem Land bzw. der Universität. Die Vergütung erfolgt auf Basis der W-Besoldung.

4 Vgl. BAG v. 22.11.2016, 9 AZB 41/16, juris.

5 AZ: 42-0320.22/908/1.

Professoren „ohne Leitungsfunktion“ als mit § 3 LBesG BW nicht vereinbar angesehen, insbesondere hat es hierzu u.a. wie folgt ausgeführt:

„1. Zusatzverträge über Aufgaben in der Krankenversorgung

Verbeamtete Professorinnen und Professoren

Professorinnen und Professoren im Beamtenverhältnis sind Landesbeamte und erhalten ihre Bezüge nach der W-Besoldung. Sie nehmen die Aufgaben der Professur als Dienstaufgaben wahr. Dienstaufgaben sind bei klinischen Professuren Forschung, Lehre und Krankenversorgung im Universitätsklinikum.

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 LHG ist das wissenschaftliche Personal der Universität gemäß seinem Dienstverhältnis verpflichtet, im Universitätsklinikum Aufgaben der Krankenversorgung und sonstige Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens zu erfüllen. Danach obliegt den verbeamteten klinischen Professorinnen und Professoren der Medizinischen Fakultät die Krankenversorgung im Universitätsklinikum als Dienstaufgabe.

Nebentätigkeiten bedürfen in der Regel der Genehmigung (§ 62 LBG). Dienstaufgaben dürfen grundsätzlich nicht in Nebentätigkeit wahrgenommen werden (§ 3 Abs. 1 S. 1 HNTVO).

Als allgemein genehmigte Tätigkeiten gelten den Abteilungsleiterinnen und -leitern an Universitätsklinik, Privatpatienten zu behandeln und hierfür ein besonderes Honorar zu verlangen (§ 5 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 HNTVO). Der Abschluss eines Chefarztvertrages zwischen Universitätsklinikum und der Abteilungsleiterin/dem Abteilungsleiter als Ersatz für die Privaliquidationsbefugnis ist von dieser Regelung umfasst.

Gemäß § 5 Abs. 2 HNTVO kann das Wissenschaftsministerium Professorinnen und Professoren in restriktiv auszulegenden und besonders begründeten Ausnahmefällen weiter ärztliche oder medizinische Nebentätigkeiten allgemein oder sonst ggfs. im Einzelfall genehmigen. Es kann insbesondere auch anderen Ärzten, die nicht Abteilungsleiterin und Abteilungsleiter sind (wie Professorinnen und Professoren ohne Leitungsfunktion), die Privaliquidationsbefugnis aus dienstlichen Gründen erteilen (§ 5 Abs. 2 Ziff. 1 HNTVO). Zur Ablösung einer vom Wissenschaftsministerium nach § 5 Abs. 2 HNTVO genehmigten Nebentätigkeit kann diese durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Universitätsklinikum und der Professorin/dem Professor ersetzt werden. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Vergütungen in einem Zusatzvertrag zur Wahrnehmung der Krankenversor-

gung am Universitätsklinikum sind die besoldungsrechtlichen Vorschriften zu beachten. Nach § 3 LBesG BW dürfen Beamten nur in diesem Gesetz aufgelistete Vergütungen gewährt werden. Zur Besoldung gehören nach § 1 Abs. 2 Ziff. 5 LBesG BW Vergütungen, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Eine solche gesetzliche Grundlage besteht erwiesenermaßen bei der Beteiligung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an Poolmitteln nach Maßgabe des § 37a Absätze 1 und 2 LKHG BW.“ [...]

Im weiteren Fortgang dieses Schreibens führt das Ministerium aus, dass besonders herausragende Professoren ohne Leitungsfunktion in der Krankenversorgung eine – gegenüber der beamtenrechtlichen Besoldung – finanzielle Besserstellung durch Beteiligung an Poolmitteln im Rahmen der Klinikliquidation gewährt werden könne. Bei verbeamteten Professorinnen und Professoren handele es sich um eine gesetzliche Vergütung (§ 37a LKHG iVm § 1 Abs. 2 Ziff. 5 LBesG BW) neben dem Grundgehalt für Aufgaben im Hauptamt, was nicht gegen § 3 Abs. 1 S. 1 LBesG verstoße. Das ministerielle Schreiben schließt mit der – rechtsaufsichtlichen – Aufforderung, bestehende Verträge im Einzelfall zu prüfen und eine Anpassung an die geltende Rechtslage bis zum 31.12.2021 vorzunehmen. Eine entsprechende Aufforderung ging an sämtliche Universitätsklinik in Baden-Württemberg.

In der Folge dieses Erlasses haben – jedenfalls einige – Standorte verbeamtete Hochschullehrer, die Aufgaben in der Krankenversorgung an einem Universitätsklinikum wahrnehmen, mit der Wertung des Ministeriums konfrontiert, § 3 LBesG BW gestatte nur die Gewährung der in diesem Gesetz aufgelisteten Vergütungen und haben daraus die Nichtigkeit bestehender Arbeitsverhältnisse gem. § 3 Abs. 2 LBesG abgeleitet. Werde der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Überführung des bisherigen Arbeitsentgeltes in eine Poolbeteiligung nach § 37a LKHG nicht zugestimmt, könne zukünftig für die in der Krankenversorgung wahrgenommenen Aufgaben keine Vergütung mehr gezahlt werden.⁶

III. Rechtliche Bewertung

Die Rechtsauffassung des baden-württembergischen Wissenschaftsministeriums überzeugt nicht, insbesondere lässt sich mit dieser Argumentation die Wirksamkeit arbeitsrechtlicher Vereinbarungen mit verbeamteten Professorinnen oder Professoren, die nicht in der

6 Einer dieser Fälle – wenn auch in einer besonders gelagerten Konstellation – ist aktuell Gegenstand eines arbeitsgerichtlichen

Verfahrens, anhängig beim ArbG Reutlingen unter dem Geschäftszeichen 2 Ca 143/22.

ersten Leitungsebene Aufgaben in der Krankenversorgung wahrnehmen, nicht in Frage stellen.

1. Soweit sich das Ministerium auf § 53 Abs. 1 S. 1 LHG BW bezieht, greift die Argumentation zu kurz. § 53 Abs. 1 S. 1 LHG trägt dem Umstand Rechnung, dass das ärztliche wissenschaftliche Personal in Baden-Württemberg beim Land, vertreten durch die Universität, angestellt ist. Die Vorschrift ist Ausfluss des unter I. beschriebenen Kooperationsmodells, in ihr ist eine spezielle Regelung einer gesetzlichen Personalüberlassung zu sehen.⁷ Die Norm betrifft vor allem die in einem Universitätsklinikum tätigen Ärztinnen und Ärzte. Aus den Landesverträgen folgt die aus § 53 Abs. 1 LHG resultierende Verpflichtung, Aufgaben der Krankenversorgung am Universitätsklinikum zu erbringen. Nicht gesagt ist damit aber, dass ein verbeamteter Hochschullehrer für Krankenversorgungsleistungen im Klinikum keine mit dem Klinikum vertraglich vereinbarte Vergütung erhalten darf.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Funktionsbeschreibung der Medizinprofessuren die Krankenversorgung explizit nicht umfasst. Lediglich in der sog. Einweisungsverfügung wird ausgeführt, dass zu den Dienstaufgaben die Pflege von Forschung und Lehre und die weiteren Aufgaben von Professoren nach Maßgabe von § 46 LHG BW gehören. § 46 erwähnt dabei Aufgaben im Universitätsklinikum im Zusammenhang mit § 53 LHG und greift demnach die gesetzlich angeordnete Personalüberlassung auf.

2. Wenn ein Universitätsklinikum nach der Vorgabe des Wissenschaftsministeriums – wie dies nun in der jüngsten Praxis vorgekommen ist – von der Nichtigkeit arbeitsrechtlicher Zusatzverträge ausgeht, ist das nicht damit in Übereinstimmung zu bringen, dass auch Professoren ohne Leitungsfunktion ärztliche oder medizinische Nebentätigkeiten im Einzelfall gem. § 5 Abs. 2 Ziff. 1 HNTVO BW genehmigt werden können. Letzteres kann gerade durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Universitätsklinikum und verbeamtetem Hochschullehrer erfolgen.⁸

3. Gegen die angenommene Nichtigkeitsfolge nach § 3 Abs. 2 LBesG BW bestehen dessen ungeachtet erhebliche Bedenken:

a) So wird in dem ministeriellen Schreiben etwa nicht weiter hinterfragt, ob § 3 Abs. 2 LBesG BW auch Vereinbarungen umfasst, die nicht vom Dienstherrn (hier dem Land bzw. der Universität) abgeschlossen

wurden. Ebenso wird unterstellt, bei dem Arbeitsvertrag mit dem Klinikum handle es sich um einen Besoldungsbestandteil. Besoldungsbestandteile sind allerdings ausschließlich die im Landesbesoldungsgesetz genannten Vergütungsbestandteile, demnach diejenigen, die durch § 1 Abs. 2 und 3 als „Besoldung“ näher benannt werden. Hingegen wird von § 3 Abs. 2 LBesG grundsätzlich keine Vergütung erfasst, die für Leistungen erfolgen, die als Nebentätigkeiten zu qualifizieren sind und gegenüber einem Dritten, wie hier dem Universitätsklinikum, erbracht werden.

b) Für Hochschullehrer, die eine klinische Abteilung eines Universitätsklinikums leiten, hat das BAG angenommen, die aus § 53 Abs. 1 LHG BW folgende Verpflichtung, Aufgaben der Krankenversorgung im Universitätsklinikum zu erbringen, erfasse nicht auch die Abteilungsleitung, diese könne in einem separaten Dienstverhältnis bürgerlich-rechtlich ausgestaltet werden.⁹ Wie bereits ausgeführt überträgt das Land einem Professor in Baden-Württemberg nur noch Aufgaben in Forschung und Lehre, während die mit der Professur verbundenen Aufgaben in der Krankenversorgung vertraglich vom Universitätsklinikum übertragen werden. Dieses Prinzip gilt nicht nur für Professoren in der ersten Leitungsebene, was das Ministerium nicht in Abrede stellt. Es lässt sich z.B. auch auf lfd. Oberärzte, denen beispielsweise eine Sektionsleitung übertragen wird, erstrecken.¹⁰ Ob es sich damit um die Leitung einer Klinik bzw. Abteilung, die Leitung einer Sektion oder einer anderen Untereinheit, in der Leitungsaufgaben wahrgenommen werden, handelt, macht keinen Unterschied. Wenn das Ministerium in diesem Zusammenhang auf § 5 Abs. 2 HNTVO BW hinweist, so ist eine arbeitsvertragliche Regelung in der zweiten Leitungsebene jedenfalls dann möglich, wenn der verbeamtete Hochschullehrer als liquidationsberechtigter Arzt (sog. Wahlarzt) grundsätzlich in Betracht kommt, dem nach früherer Regelung ein Privatliquidationsrecht hätte übertragen werden können. Vor der Abschaffung der Privatliquidation wurde dies gerade bei Sektionsleitern in der Regel so praktiziert.

c) Die Auffassung des Wissenschaftsministeriums geht auch ganz unabhängig von Vorstehendem am Zweck der Vorschrift des § 3 Abs. 2 LBesG vorbei. Für eine „Vereinbarung“ im Sinne dieser Norm ist ein subjektiv-kollusives Element erforderlich, welches in der Verwendung der Formulierungen „sollen“

7 vgl. dazu Sandberger, in HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 9, Rn. 307; ders., in Haug: Hochschulrecht BW, 3. Aufl. 2020, Kap. 4, Rn. 1283.

8 Darauf weist das Wissenschaftsministerium in seinem Schreiben

vom 23.2.2021 sogar selbst hin.

9 vgl. BAG v. 22.11.2016, 9 AZB 41/16, juris.

10 siehe wiederum Sandberger, a.a.O., Rn. 309 und Rn. 1284.

(§ 3 Abs. 2 S. 1 LBesG) und „zu diesem Zweck“ (§ 3 Abs. 2 S. 2 LBesG) seinen Niederschlag im Wortlaut der Norm findet.

Voraussetzung für die Nichtigkeit nach § 3 Abs. 2 LBesG ist demnach, dass dem Beamten eine höhere als die ihm gesetzlich zustehende Besoldung verschafft werden soll, d.h. dass die Beteiligten – Beamter und Dienstherr (woran es vorliegend bereits fehlt) – zum einen um die gesetzwidrig zu hohe Besoldung wissen, zum anderen in diesem Wissen diese dem Beamten zielgerichtet dennoch zusprechen (wollen). Ziel der Regelung ist es, jedem Versuch mit dem Ziel der Umgehung des Verbots individueller Abweichungen von den Festlegungen des Besoldungsgesetzgebers einen Riegel vorzuschieben.¹¹

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der vom Wissenschaftsministerium beanstandeten Arbeitsverträge, deren Abschluss zum Teil mehr als zehn Jahre zurückliegt, sind die Vertragsparteien keineswegs davon ausgegangen, dass dem Hochschullehrer für seine Tätigkeiten in der Krankenversorgung kein Vergütungsanspruch neben seiner Besoldung als verbeamteter Professor zusteht. § 3 Abs. 2 LBesG greift nicht einmal in den Fällen, in denen sowohl der Dienstherr als auch der Beamte von der Rechtmäßigkeit der Besoldungsleistung (hier der Arbeitsvergütung) überzeugt sind, diese aber tatsächlich rechtswidrig ist, was in den hier vorliegenden Fällen nicht der Fall ist.¹²

4. Auch der Verweis des Ministeriums auf eine Poolbeteiligung nach § 37a LKHG als (einzig) mögliche Vergütung gem. § 1 Abs. 2 LBesG begegnet rechtlichen Bedenken. Nach § 3 Abs. 2 LBesG dürfen nur die „in diesem Gesetz“ geregelten Besoldungsbestandteile einem Beamten gewährt werden. Diese sind in § 1 Abs. 2 abschließend normiert. Das MWK rekurriert in diesem Zusammenhang auf § 1 Abs. 2 Nr. 5 und hält eine Poolbeteiligung nach dem Landeskrankenhausgesetz für möglich, weil es sich um eine „gesetzliche Vergütung“ handle. Das geht daran vorbei, dass in § 1 Abs. 2 Nr. 5 nur Vergütungen gemeint sind, die im LBesG selbst geregelt sind (arg. ex § 3 Abs. 1 LBesG), etwa die in § 1 Abs. 4 erwähnten Aufwandsentschädigungen, sonstigen Zuwendungen oder Ausbildungsbeihilfen bzw. Vergütungen, die im 4. Unterabschnitt des 4. Abschnitts („Vergütungen“) des LBesG in den §§ 65 ff. näher bestimmt sind (z.B. Mehrarbeitsvergütung, Sitzungsvergütungen etc.). Die Poolbeteiligung nach § 37a LKHG ist demnach keine gesetz-

liche Vergütung iSd §§ 3 Abs. 1, 1 Abs. 2 Nr. 5 LBesG. Für diese Auffassung streitet auch der Gedanke, dass das LKHG keine Besoldungsregelung für ein Beamtenverhältnis treffen kann, an dem ein Universitätsklinikum als Dritter gar nicht beteiligt ist. Im Übrigen gewährt § 37a LKHG nach unbestrittener Auffassung keinen unmittelbaren Anspruch ärztlicher Mitarbeiter auf eine Poolbeteiligung. Das widerspricht dem Umstand, dass etwa einem Sektionsleiter als Arbeitnehmer für die Tätigkeit in der Krankenversorgung ein durchsetzbarer Vergütungsanspruch gegenüber dem Universitätsklinikum zustehen muss, was folglich nur auf vertraglicher Basis realisierbar ist. Dafür spricht auch § 34 Abs. 2 LKHG. Handelt es sich um Nebentätigkeit, die auch § 5 Abs. 2 HNTVO gestattet, ergeben sich bei einer vertraglichen Lösung keine Friktionen mit dem Landesbesoldungsgesetz.

5. Die vom Ministerium vorgegebene Lösung, eine bislang gewährte arbeitsrechtliche Vergütung durch eine Poolbeteiligung zu ersetzen, birgt weitere Probleme: Muss beispielsweise ein Sektionsleiter, der bislang eine fünf- oder sechsstellige Vergütung bezog, in gleicher Höhe aus dem Pool der betreffenden Klinik oder Abteilung bedient werden, müsste dieser erhöht werden, um bislang poolberechtigte ärztliche Mitarbeiter nicht schlechter zu stellen. Das kann nur gelingen, wenn der Pool aufgestockt wird, diese Finanzmittel kommen dann aber nicht aus wahlärztlichen Erlösen. Letzteres ist aber Grundlage der §§ 34 ff. LKHG BW. Zwar können für eine Poolbeteiligung gem. § 37a Abs. 2 LKHG BW auch Mittel einbezogen werden, die nicht auf Einkünften für wahlärztliche Leistungen beruhen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist aber, wie § 37a Abs. 2 S. 2 deutlich macht, auch nichtärztliche Mitarbeiter am Pool beteiligen zu können. Die Poolbeteiligung für verbeamtete Hochschullehrer, die das Ministerium *im Rahmen der Klinikliquidation*¹³ als zulässige Vergütung neben der Besoldung für Aufgaben im Hauptamt für mit dem Landesbesoldungsgesetz vereinbar hält, ist vor diesem Hintergrund nur eine Scheinlösung.

Eine Rolle spielt ferner, dass die bislang von einem Universitätsklinikum mit verbeamteten Professoren abgeschlossenen Arbeitsverträge für Aufgaben in der Krankenversorgung in Baden-Württemberg nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Diese Regelung wurde mit Einführung der Chefarztverträge, mit denen das Privatliquidationsrecht abgelöst worden ist, mit der

11 so gerade erst VG Karlsruhe vom 22.03.2022, 7 K 3301/20, bislang n.V.; Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht – Band III: Schinkel/Seifert, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: Lfg. 2/11 – IV.11, § 2 BBesG Rn. 3 – auf die Kommentierung zu § 2 BBesG kann zurückgegriffen werden, da § 3 LBesG diese Regelung abgelöst hat, vgl. *Kathe*, in: Schwegmann/Summer,

Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, 157. EL September 2011; Ordner IV Teil C VI/1.1.1 - § 3 LBesGBW Rn. 2, 3.

12 so wiederum VG Karlsruhe vom 22.03.2022, a.a.O.

13 So ausdrücklich vom Wissenschaftsministerium auf S. 3 des Schreibens vom 23.2.2021 formuliert.

Finanzverwaltung in Baden-Württemberg abgeklärt. Deren Rechtfertigung ist darin zu sehen, dass insgesamt von einer einheitlichen, und auch für die Beschäftigung als Chefarzt allein, versicherungsfreien Beschäftigung als Beamter ausgegangen wird.¹⁴ Von dieser Regelung haben die baden-württembergischen Universitätsklinika auch in Arbeitsverträgen mit Professoren Gebrauch gemacht, die – wie etwa ein Sektionsleiter – keine Klinik oder klinische Abteilung leiten. Wird das bisherige Arbeitsentgelt zukünftig als Poolbeteiligung gezahlt, muss davon ausgegangen werden, dass sich das Nettoentgelt vermindert, weil die Poolvergütung Arbeitsentgelt iSd § 14 Abs. 1 SGB IV ist, das der Sozialversicherungspflicht unterliegt.¹⁵ Soll der klinisch tätige Hochschullehrer im Ergebnis durch den Wechsel zur Poolbeteiligung finanziell nicht schlechter gestellt werden, muss das Universitätsklinikum die Poolvergütung erhöhen, was bei ihm zu einer höheren finanziellen Belastung führt.

IV. Fazit

Soweit mit verbeamteten Hochschullehrern für deren klinische Tätigkeit in einem Universitätsklinikum arbeitsvertragliche Zusatzverträge abgeschlossen worden sind, bestehen hinsichtlich deren Wirksamkeit nicht nur dann keine Bedenken, wenn es sich um Professorinnen oder Professoren in der ersten Leitungsebene (Klinik, klinische Abteilung, klinisches Institut oder Department) handelt, derartige Verträge konnten rechtswirksam auch mit Professorinnen und Professoren in der zweiten Leitungsebene (Sektion oder andere klinische Untereinheiten) abgeschlossen werden. Solche Zusatzverträge als nichtig zu werten und die betroffenen Ärz-

tinnen und Ärzte auf eine Poolbeteiligung nach § 37a LKHG BW zu verweisen, gebietet weder § 3 Abs. 2 LBesG noch passt die ministerielle Vorgabe in die Systematik der §§ 34 ff. LKHG.

Mit der Einfügung von § 49 Abs. 2a LHG BW durch das Vierte Hochschulrechtsänderungsgesetz in Baden-Württemberg hat die Problematik seit dem Jahr 2021 für Neufälle keine Bedeutung mehr. Neuberufene Medizinprofessoren, die Aufgaben in der Krankenversorgung in einem Universitätsklinikum erbringen, werden in der Regel nicht mehr verbeamtet, sondern erhalten einen Angestelltenvertrag mit dem Land bzw. der jeweiligen Universität. Einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag mit dem Universitätsklinikum für die klinische Tätigkeit steht dann nichts mehr im Wege (§ 53 Abs. 1 S. 2 2. HS LHG BW). Vor diesem Hintergrund wäre es – abgesehen von der rechtlichen Situation – pragmatischer gewesen, die in den Altfällen betroffenen Hochschullehrer nicht mit der Nichtigkeitsfolge ihrer Verträge zu konfrontieren, sondern diese im Sinne eines Vertrauens- und Bestandsschutzes bis zu ihrem Ende bestehen zu lassen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

14 Vgl. *Wertheimer/Meißner* in: HSchR-Praxishandbuch, demnächst 4. Aufl. 2022, 11. Kapitel Rn. 89; . Diese Einheitlichkeit macht die Rechtsprechung daran fest, dass die Beschäftigung in der Krankenversorgung an einem Klinikum in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts ausgeübt wird, vgl. dazu LSG BW vom 25.6.2020 – L 7 BA 1208/18, juris, das für Chefarzte der Klinikum Mannheim GmbH, die zugleich beamtete Hoch-

schulprofessoren an der Medizinischen Fakultät Mannheim der Universität Heidelberg sind, von einer Sozialversicherungspflicht im Chefarztdienstverhältnis ausgegangen ist.

15 Vgl. BAG vom 28.9.2005, 5 AZR 408/04, EzA § 611 BGB 2002 Krankenhausarzt Nr 3; LSG Bayern vom 25.4.2006, L 5 KR 4/05, juris und vom 1.3.2018, L 4 KR 438/14, juris mit Anm. Plagemann in BeckRS 2018, 8863.

Carsten Morgenroth

Die Behandlung eines Täuschungsverdachts in Zeiten von Open-book-Prüfungen – Eine Analyse des Beschlusses des Sächsischen Obergerichtes vom 16. Februar 2022¹

Gliederung

I. Einleitung

II. Verfahren und wesentliche Gründe der Entscheidung

III. Analyse

1. Corona-Spezifika

a. Täuschungsverdacht und Open-book-Formate

b. Begriff der „Open-book-Klausur“

2. Weitere Aspekte

a. Erstbewertung oder Neubewertung?

b. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren?

IV. Fazit

I. Einleitung

Das corona-bedingte Ausweichen in den virtuellen Raum zu Zwecken der Durchführung einer Prüfung an Hochschulen hat eine Vielzahl neuartiger Fragestellungen aufgeworfen. Neben Aspekten von Daten- und Persönlichkeitsschutz² oder der intensivierten Relevanz prüfungsdidaktischer Elemente³ mussten auch Prüfungsformate selbst für den virtuellen Raum kompatibel gestaltet sowie diese neuartige Durchführung der Prüfungen seitens der Hochschulen rechtssicher organisiert werden. Ein an den Hochschulen weit verbreitetes Mittel der Wahl zur Umsetzung dessen war die Überführung schriftlicher Prüfungen in ein sog. Open-book-Format.⁴ Hierbei werden sachliche Hilfsmittel in mehr oder weniger großem Umfang zur Prüfung zugelassen, so dass sich das Täuschungspotenzial und damit das Erfordernis einer Beaufsichtigung reduziert.

Dass durch die Implementierung von Open-book-Prüfungen jedoch nicht alle Fragen rund um Täuschungen bzw. Täuschungsversuche beantwortet sind, zeigt anschaulich der hier besprochene Beschluss des OVG Bautzen. Zum besseren Verständnis der Leserschaft sollen der zu Grunde liegende Sachverhalt, der Verfahrensgang sowie die tragenden Gründe der Entscheidung skizziert werden (II.). Im Anschluss daran werden einige

Aspekte analysierend herausgehoben (III.). Ein Fazit (IV.) schließt die Darstellung ab.

II. Verfahren und wesentliche Gründe der Entscheidung

Eine Lehramtsstudentin einer staatlichen sächsischen Hochschule nahm am 29. Juli 2020 an einer Prüfung teil, die für sie im betreffenden Fach die letzte Wiederholungsmöglichkeit war. Die Prüfung wurde als „Open-book-Klausur“ vorgenommen. Es gab hierbei weder eine erkennbare Beschränkung der erlaubten sachlichen Hilfsmittel noch eine virtuelle Beaufsichtigung der zu prüfenden Personen über mobile Endgeräte. Stattdessen hatten die Prüflinge vor Beginn der Prüfung eine Erklärung abzugeben, die Prüfung eigenständig sowie nur mit den zugelassenen Hilfsmitteln zu erbringen. Im Rahmen der Bewertung ergaben sich diverse wortgleiche oder nahezu wortgleiche Antworten bei der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu anderen Mitprüflingen.

Der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, worin sie angab, sie habe die Prüfung eigenständig durchgeführt. Es habe in Vorbereitung der Prüfung Lerngruppen gegeben, in denen über die Prüfungsinhalte gesprochen worden waren. Die Hochschule als Beschwerdegegnerin folgte diesem Vortrag nicht und vergab die Sanktionsbewertung „nicht bestanden“ sowie die Sanktionsnote 5,0 infolge erwiesener Täuschung. Dagegen legte die Beschwerdeführerin Widerspruch ein, der erfolglos blieb. Über die eingelegte Klage ist noch nicht entschieden.

Das VG Dresden hatte den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt. Hinsichtlich des Anordnungsanspruchs liege der erforderliche Grad an Erfolgsaussicht der Hauptsache nicht vor, weil es sich um eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache handele. In der Sache handele es sich nicht um eine Neubewertung, sondern um eine Erstbewertung, die jedoch bereits stattgefunden

1 Az. 2 B 274/21.

2 Näher Dieterich, NVwZ 2021, 511 ff; Birnbaum, NJW 2021, 1356 ff; Morgenroth, OdW 2021, 251 ff. m.w.N.

3 Grundlegend Morgenroth/ Wiczorek, OdW 2021, 147 ff; ausführlich Whitepaper Digitale Prüfungen des Hochschulforums

Digitalisierung, 2021, abrufbar unter: HFD_Whitepaper_Digitale_Pruefungen_Hochschule.pdf (hochschulforumdigitalisierung.de), zuletzt abgerufen am 20. August 2022.

4 Stein, DVP 2021, 182 ff.

habe. Irreversible Nachteile seien nicht zu befürchten. Für eine Täuschung spreche Inhalt und Umfang der Fehleridentität nach den Grundsätzen des sog. Beweises des ersten Anscheins.

Das *OVG Bautzen* hat die Beschwerde der Beschwerdeführerin zurückgewiesen. Zwar ließe sich nicht sicher sagen, ob die Fehleridentität der Prüfungsarbeiten während der Prüfung selbst oder im Rahmen der Lerngruppen zur Klausurvorbereitung entstanden ist. Bei Open-book-Klausuren sei der Rückgriff auf Lernmaterialien zulässig. Der alternative Kausalverlauf, den die Beschwerdeführerin nun darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hätte, konnte jedoch durch die im Beschwerdeverfahren erstmals vorgelegten Lehrunterlagen nicht zur Überzeugung des Gerichts aufgezeigt werden. Denn offen sei, ob diese Materialien bereits vor der Prüfung vorgelegen hatten. Insoweit bestünden durch die erforderliche, aber im einstweiligen Verfahren nicht durchführbare Beweisaufnahme offene Erfolgsaussichten, wodurch der erforderliche Maßstab für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht erreicht werde. Auch eine Interessenabwägung ginge nicht zugunsten der Antragstellerin aus. Insbesondere drohe nicht, dass eine spätere Bewertung nicht mehr möglich wäre.

III. Analyse

Die Analyse der Entscheidung teilt sich in coronaspezifische Aspekte (1.) und sonstige Elemente (2.).

1. Coronaspezifika

An Aspekten des Beschlusses, die in engem Zusammenhang mit der Corona-Pandemie stehen, sind inhaltlich der Umgang mit Täuschungen (a.) sowie begrifflich die Verwendung von „Open-book-Klausuren“ (b.) relevant.

a. Täuschungsverdacht und Open-book-Formate

Zentrales Element der Entscheidung des *OVG Bautzen* ist eine Weiterentwicklung im Umgang mit einem Täuschungsverdacht im Zusammenhang mit dem sog. Beweis des ersten Anscheins. In der Rechtsprechung ist seit Langem anerkannt, dass bei besonders auffälliger inhaltlicher Übereinstimmung, etwa quantitativ, aber auch mit Blick auf grammatikalisch-orthografische Fehler, der Beweis des ersten Anscheins dafür herangezogen werden kann, dass die erforderliche Eigenständigkeit der Leistungserbringung gerade nicht vorhanden war.⁵ Es ist dann an den Prüflingen, einen tatsächlichen Verlauf darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, welcher diese

Eigenständigkeit mit einer Wahrscheinlichkeit jenseits begründeten Zweifels dann doch nahelegt.

Durch die Zulassung sachlicher Hilfsmittel in Open-book-Formaten wird nun die Möglichkeit eröffnet, diese Hilfsmittel in der Prüfung zu verwenden. Finden sich – wie hier – in den Prüfungen der betroffenen Prüflinge Fehler, die mit den Lehrunterlagen der Lehrenden identisch sind, so lässt sich nicht ausschließen, dass die Übertragung dieser Fehler nicht während der Prüfung, sondern während der Vorbereitung auf die Prüfung ihre Ursache hatte. In diesem Fall wäre jedoch der faktische Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur Anscheinsbeweis nicht mehr gegeben – die identischen Fehler ziehen dann gerade nicht mehr hinreichend sicher die Eigenständigkeit der Prüfung in Zweifel, um den Beweis des ersten Anscheins für anwendbar zu erklären. Genau das hat das *OVG Bautzen* erkannt und insoweit die Vorinstanz, das *VG Dresden*, korrigiert. Eben darin liegt auch eine der Stärken der Entscheidung. Dass die Fehleridentität bereits in der Prüfungsvorbereitung angelegt wurde, konnte auch zu Zeiten von Präsenzprüfungen bereits vorgetragen werden – diese Argumentationslinie ist an sich also weder neu noch coronabedingt entstanden. Wegen der gestiegenen Bedeutung von Lehrmaterialien für die Prüfung in Open-book-Formaten hat das *OVG Bautzen* jedoch mit viel Feingefühl und Präzision erkannt, dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises genau betrachtet und gegebenenfalls geringfügig nachjustiert werden müssen, will man den Gegebenheiten von Open-book-Formaten gerecht werden.

b. Begriff der „Open-book-Klausur“

Der zweite Aspekt der Entscheidung, der mit den Coronabedingungen in engem Zusammenhang steht, ist ein rein formell-begrifflicher, der jedoch nicht unterschätzt werden sollte. Das *OVG Bautzen* verwendet in Tenor und Entscheidungsgründen den Begriff der „Open-book-Klausur“. Die Verwendung in den Entscheidungsgründen ist insoweit korrekt, denn dort spiegelt das Gericht die Terminologie der betroffenen Hochschule wieder.

Die Verwendung im Tenor wirft jedoch Fragen auf. Es ist seit Langem in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Prüfungsvariante der Klausur zwingend eine Aufsicht voraussetzt.⁶ Durch das Open-book-Format der Prüfung wird das Aufsichtsbedürfnis jedoch reduziert um die zugelassenen sachlichen Hilfsmittel. Viele Hochschulen haben in der Corona-Zeit deshalb, vor al-

5 Exemplarisch *VG Braunschweig*, Urteil vom 09.10.2012, Az. 6 A 194/11 m.w.N.

6 Klausuren werden teilweise auch als Aufsichtsarbeiten bezeichnet, s. *BVerwG*, Beschl. v. 21.09.2016, Az. 6 B 14/16.

lem aus Gründen der Praktikabilität, bei Open-book-Prüfungen ganz auf eine Beaufsichtigung verzichtet, offenbar auch die hier betroffene Hochschule. Per se ist das personelle Täuschungspotenzial, also beispielsweise die viel zitierte WhatsApp-Gruppe der Prüflinge während der Klausur, durch eine reine Übertragung einer Klausur ins Open-book-Format jedoch bestehen geblieben, der Bedarf für eine Beaufsichtigung damit nicht entfallen. Erst weitere Elemente, etwa die didaktische Anpassung der Prüfungsstruktur hin zu einem hinreichenden Individualisierungsniveau der Antworten oder eine Randomisierung der Reihenfolge, in der die Prüflinge die Prüfungsaufgaben gestellt bekommen, schließen den Nutzen eines interpersonellen Austauschs während der Klausur aus und lassen damit dann eine Aufsicht endgültig obsolet erscheinen. Unterbleiben derartige Maßnahmen, setzt auch eine „Open-book-Klausur“ eine Aufsicht voraus. Der Begriff „Open-book-Klausur“ ist also bereits nach diesen Ableitungen ungenau, wenn – wie hier – eine Aufsicht unterblieben ist.

Sieht man noch etwas genauer hin, so offenbaren sich speziell durch die Corona-Zeit entstandene oder zumindest geförderte begriffliche Herausforderungen und Chancen, die auch für den hier verwendeten Begriff „Open-book-Klausur“ relevant sind. Die Corona-Pandemie hat eine Vielzahl von Begrifflichkeiten für Prüfungen im virtuellen Raum hervorgebracht, etwa „Fernprüfungen“, „E-Prüfungen“, „digitale Prüfungen“ oder „Online-Prüfungen“.⁷ Eine Analyse dessen schärfte zugleich auch den Blick für den Oberbegriff der Prüfung.⁸ Folge dessen ist unter anderem eine Abschichtung der rein begrifflich-phänomenologischen und der verfassungsrechtlichen Ebene des Verständnisses von Prüfung. Denn betrachtet man das Phänomen Prüfung rein faktisch, so lässt sich ein zwingender Bedarf für eine Beaufsichtigung zumindest nicht für alle Konstellationen erkennen. Beispielsweise erscheint es durchaus möglich, eine Person nach effektiver Kontrolle bezüglich erlaubter Hilfsmittel eine Klausur in einem Einzelzimmer ohne Aufsicht absolvieren zu lassen.⁹ Das Bedürfnis einer Beaufsichtigung von Klausuren entsteht stattdessen erst aus weiteren verfassungsrechtlichen Implikationen heraus, nämlich aus einer Verbindung des verfassungsrechtlichen Gebots der Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG, in

Verbindung mit den vorhandenen bzw. für die Prüfung vernünftigerweise eingesetzten Ressourcen einer Hochschule in Ausübung ihrer Verantwortung für ein funktionierendes Prüfungssystem, Art. 5 Abs. 3 GG.

Wegen dieser vielfältigen und vielschichtigen und derzeit bestenfalls rudimentär aufgearbeiteten begrifflichen Implikationen bietet sich in der Praxis deshalb an, auf den Begriff der „Open-book-Klausur“ zu verzichten und ihn durch neutralere Betitelungen wie „Open-book-Prüfung“ oder auch „Open-book-Exam“ zu ersetzen.

2. Weitere Aspekte

Die Entscheidung des OVG *Bautzen* hat daneben aber noch zwei weitere Fragestellungen angesprochen, die es wert erscheinen, näher betrachtet zu werden. Das ist zum Einen die prüfungsrechtliche Frage, ob die erneute Bewertung einer Prüfung, nun aber ohne die Berücksichtigung eines Täuschungsverdachts, eine Erstbewertung oder eine Neubewertung ist (a.). Zum Anderen ist die prozessrechtliche Frage der Relevanz einer Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren des verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzes ebenfalls verfahrensrelevant gewesen (b.)

a. Erstbewertung oder Neubewertung?

Die Frage, ob eine erstmalige Bewertung einer Prüfung anstelle der Anwendung der Bewertungsfiktion infolge eines Täuschung(sversuchs) eine bloße modifizierte Ausgangsbewertung (Erstbewertung, Auffassung des VG *Dresden*) oder eine Neubewertung ist, wie es die Beschwerdeführerin vorgetragen hat, ist bislang in Rechtsprechung und Literatur erkennbar nicht behandelt worden und wäre auch verfahrensrelevant gewesen. Denn es lässt sich durchaus die Frage aufwerfen, ob für eine Neubewertung die strengeren Maßstäbe im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, die an eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache angelegt werden, nicht gelten müssen, sondern diese nach den allgemeinen Anforderungen überwiegender Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Hauptsacheverfahrens bewertet wird. Leider hat sich das OVG *Bautzen* mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Die Aussage im Beschluss, dass in jedem Falle vermieden wurde, eine Bewertung später nicht mehr einholen zu können, trifft den Kern der hiesigen Frage-

7 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 390a.

8 Escher-Weingart, Die Prüfung – das unbekannte Wesen, OER, abzurufen unter: http://hdl.handle.net/10900.3/OER_CBXNPJUT,

zuletzt abgerufen am 20. August 2022; zum neu eingeführten Begriff des Prüfungstyps Morgenroth, OdW 2021, 117, 122 ff.

9 Eine effektive Hilfsmittelkontrolle erscheint hierbei etwa bei Strafgefangenen möglich.

stellung dabei nicht. Denn dadurch bleibt gerade offen, nach welchem Maß über Obsiegen oder Niederlage im Beschwerdeverfahren zu entscheiden wäre.

Für eine bloße Modifizierung und damit eine Erstbewertung spricht sicherlich die Parallelität der Rechtsfolge: Für Bewertungsfiktion und ungenügende Leistung infolge Sachbewertung wird jeweils eine Bewertung „nicht bestanden“ und die Note 5,0 ausgegeben. Für eine strukturelle Trennung, die eine Neubewertung indiziert, streiten jedoch vielfältige Argumente. Zunächst ist bei sachlich-inhaltlichen Bewertungen der Bewertungsspielraum des Prüfers und damit die weitere verfassungsrechtliche Dimension seiner diesbezüglichen Rechte und Pflichten aus Art. 12 GG relevant, für Bewertungsfiktionen infolge eines Täuschung(sversuchs) dagegen nicht. Für Bewertungen in der Sache bestehen sodann die für Leistungsprüfungen geltenden Beschränkungen des Verwaltungsverfahrensrechts - insbesondere kann auf das Erfordernis einer Anhörung verzichtet werden, was dagegen bei einer „Täuschungs-Fünf“ einen Verfahrensfehler darstellt. Bewertungsfiktionen sind schließlich auch ausnahmslos Verwaltungsakte, während diese Einschätzung zumindest für bestandene Prüfungen äußerst differenziert zu betrachten ist.¹⁰ Es sprechen demnach gute, möglicherweise sogar die besseren Gründe dafür, dem Vortrag der Beschwerde zu folgen und eine Neubewertung abzuleiten.

Nimmt man eine Neubewertung an, so hätte sich die Frage gestellt, ob hierfür der strenge Maßstab der Vornahme der Hauptsache oder der allgemeine Maßstab im einstweiligen Rechtsschutz anzuwenden gewesen wäre. Beantwortet man diese Frage im Sinne allgemeiner Anforderungen, so ist durchaus offen, ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre.

b. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren?

Schließlich soll die Aussage des *OVG Bautzen* zur nicht durchführbaren Beweisaufnahme einer kurzen Folgenbetrachtung für die Praxis unterzogen werden. Diese Aussage bedeutet nicht weniger als das Erfordernis, bereits im einstweiligen Rechtsschutz alle anspruchsbegründenden Tatsachen - hinreichend überzeugend - ausschließlich durch einzureichende Unterlagen einzubringen, um ohne Zeugen, Sachverständige, Inaugenscheinnahme oder ähnliche Beweisführungen auskommen zu

können. Dies ist der Beschwerde im hiesigen Verfahren für die Möglichkeit fehlerhafter Prüfungsvorbereitung gelungen, nicht dagegen für den Umstand, dass die Lehrmaterialien bereits vor der Prüfung vorhanden waren. Ob dieser Umstand seitens der Beschwerde nicht vorgebracht oder ob dies seitens der Hochschule hinreichend effektiv in Zweifel gezogen worden war, ist aus den verfügbaren Unterlagen heraus nicht erkennbar. Jedenfalls hat das *VG Dresden* im Hauptsacheverfahren hierüber Beweis zu erheben.

IV. Fazit

Die Entscheidung des *OVG Bautzen* ist gerade mit Blick auf die Weiterentwicklung des Anscheinsbeweises für Open-book-Prüfungen ausgesprochen wertvoll. In Bezug auf die begrifflichen Verwendungen ist der Beschluss durchaus eingebettet in die Zeit seiner Entstehung zu sehen; diese Fragestellungen sind neuartig und im Fluss, die neuen Begrifflichkeiten werden sich mit der Zeit präzisieren. Die Frage der Erst- oder Neubewertung hat das *OVG Bautzen* auf elegante Weise späteren Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz zum Thema Täuschung(sversuch) überlassen. Und die Hinweise zur Beweisaufnahme mögen für alle Beteiligten in folgenden Verfahren ein Ansporn sein, auch bereits im einstweiligen Rechtsschutz möglichst lückenlos schriftlich und überzeugend vorzutragen.

Insgesamt ist der Beschluss des *OVG Bautzen* eine Entscheidung, die mit dem Prüfungsrecht befasste Personen kennen sollten. Aber auch für sonstige Interessierte ist der Beschluss sehr lesenswert, insbesondere bestehend durch seine stilistische Prägnanz.

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

¹⁰ *Morgenroth, NVwZ* 2017, 1430.

Johannes Stalberg
Zum Qualifizierungserfordernis nach
§ 2 Abs. 1 WissZeitVG - Anmerkung zu BAG, Urteil
vom 2.02.2022 - 7 AZR 573/20

I. Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung des nach dem WissZeitVG geschlossenen Arbeitsverhältnisses.

Die Klägerin ist Diplomingenieurin und war auf der Grundlage von fünf befristeten Arbeitsverträgen seit dem 01.09.2010 ununterbrochen bei der Beklagten bis zum 31.12.2019 beschäftigt. Gegen den zuletzt geschlossenen Vertrag mit einer Befristungsdauer von ca. 15 Monaten reichte sie Befristungskontrollklage ein. Sie war mit unterschiedlichen Stundenanteilen in Teilzeit beschäftigt.

Die Arbeitsplatzbeschreibung der Klägerin wies als Hauptaufgabe die federführende und alleinige Betreuung eines konkreten Forschungsprojektes im Betonstraßenbau namens HESTER aus. Der Arbeitsvorgang war in der Tätigkeitsbeschreibung mit 50 % veranschlagt. Genauer sollte hier die Betonfertigteilbauweise für den Straßenbau – insbesondere für die Erhaltung – weiterentwickelt werden, um sie in kürzester Bauzeit mit einer hohen Dauerhaftigkeit nutzbar machen zu können. Die eigenständige Erstellung eines Schlussberichts war von ihr gefordert. Übergreifendes Ziel war ferner, sämtliche Erkenntnisse aus den bis dato bei der Beklagten betreuten Forschungsvorhaben zum Thema „*Betonfertigteile im Straßenbau*“ zusammenzufassen, auszuwerten und diesbzgl. einen übergreifenden Fachbeitrag zu veröffentlichen (sog. Verbundprojekt). Dazu war die Klägerin bereits in ihren ursprünglichen Arbeitsverträgen mit dem messtechnischen Monitoring aller relevanten Demonstratoren bzw. Erprobungen beauftragt. Die Planung und Betreuung dieser experimentellen Versuchsreihen wurden mit einem Arbeitsvorgang im Umfang von 30 % deklariert. Sowohl in der o.g. Hauptaufgabe als auch bei der Betreuung von Versuchsreihen waren „*allgemeine administrative Aufgaben*“ genannt. Die restlichen 20 % entfielen auf die Mitarbeit in nationalen und internationalen Gremien.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurde für die Klägerin ferner ein sog. „*Qualifizierungsplan*“ ausgefüllt. Dieser unterteilte sich in „*fachliche*“ und „*weitere Qualifizierungsziele*“. Im fachlichen Teil wurden die o.g. Inhalte der Tätigkeitsbeschreibung wiederholt. Unter „*weitere Qualifizierungsziele*“ waren als weitere, zu erwerbende „*wissenschaftliche Kompetenzen*“ sodann „*Projektkompetenz*“, „*Darstellungsvermögen*“, „*Strategiekompetenz*“, „*Verhandlungs- und Überzeugungsfähigkeit*“ sowie „*Kommunikations- und Informationsfähigkeit*“ angekreuzt und näher definiert. Weiterhin war vorgesehen, dass die Klägerin eine Weiterbildung zum Thema „*Kommunizieren und Kooperieren*“ besuchen sollte.

Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass die Befristung nach dem WissZeitVG unzulässig sei. Sie trug vor, sie sei nicht schwerpunktmäßig wissenschaftlich, sondern vielmehr als „*Edelsachbearbeiterin*“ tätig geworden. Die wissenschaftliche Forschung habe nur mehr ca. 1 % ihrer Tätigkeit ausgemacht. Die Qualifizierungsmaßnahmen seien weder zu ihrer wissenschaftlichen Qualifizierung erfolgt noch zähle sie mit 43 Jahren zum wissenschaftlichen Nachwuchs und könne sich damit nicht mehr (weiter-)qualifizieren.

Die Beklagte vertrat die Auffassung, die Klägerin zähle zum wissenschaftlichen Personal der Forschungseinrichtung. Die der Klägerin übertragenen Aufgaben beinhalteten höchstes wissenschaftliches Potential. Auch durch die oben genannten „*weitere Qualifizierungsziele*“ seien insbesondere durch die Betreuung des Forschungsvorhabens (HESTER) „*on the job*“ erzielt worden. Die Qualifizierung in diesen Bereichen sei unbewusster, immanenter Bestandteil ihrer forscherschen Tätigkeit gewesen. Die Weiterentwicklung dieser Fähigkeiten habe wiederum der Sicherung bzw. Verarbeitung des neu gewonnenen Erkenntnisstandes der Disziplin gedient.

Nachdem das Arbeitsgericht in erster Instanz die Klage abwies,¹ hat das Landesarbeitsgericht auf die Berufung der Klägerin den Klageanträgen entsprochen.²

1 AG Köln, Urteil, 26. Mai 2020, 11 Ca 295/20.

2 LAG Köln, Urteil, 7. Oktober 2020, 5 Sa 451/20 = AE 2021,

82-84 (Gründe); Anmerkung: Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 193 f.

Mit ihrer Revision beehrte die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

II. Entscheidung des BAG (aus den Gründen)

Der BAG gab der Beklagten Recht und hob das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf.

Das Gericht bestätigt in den Zf. 24 f. zunächst seine ständige Rechtsprechung zum wissenschaftlichen Personal:

Bei sog. Misch Tätigkeiten, d.h. nichtwissenschaftlichen neben wissenschaftlichen Tätigkeiten, sei erforderlich, dass die wissenschaftlichen Dienstleistungen zeitlich überwiegen oder zumindest das Arbeitsverhältnis prägen (Zf. 26). Es sei unschädlich, dass auch Tätigkeiten administrativer Art geschuldet worden seien. Nach der Tätigkeitsbeschreibung sei der Klägerin zu 50 % ihrer Arbeitszeit die Betreuung und Bearbeitung des Forschungsprojektes (HESTERS) und zu 30 % die konzeptionelle Planung und Betreuung exponentieller Versuchsserien übertragen worden. Beide Gebiete umfassten zwar auch „*allgemeine administrative Tätigkeiten*“, bestünden jedoch „*im Wesentlichen in der Mitarbeit bei Erforschung und Testung eines neuartigen Material- und Technologieeinsatzes im Betonstraßenbau und dessen baupraktischer Realisierbarkeit*“. Die prägenden Tätigkeiten „*zielten damit auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse in der Betonstraßen(fertigteil-)bauweise und deren Weiterentwicklung*“ (Zf. 29). Ausgehend von den „*arbeitsvertraglichen Vereinbarungen*“ bestünden keine Zweifel am wissenschaftlichen Zuschnitt der geschuldeten Tätigkeiten. Die – streitige – tatsächliche Beschäftigung mit anderen Aufgaben sei – ebenso wie ihr Lebensalter – ohne Belang (Zf. 30).

Zum Merkmal „*zur Förderung der eigenen wissenschaftliche Qualifizierung*“ nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG verhält sich das BAG erstmals ausführlich und weicht zugleich von den Wertungen der Vorinstanz ab:

Die bislang in der Literatur umstrittene Frage, ob es sich bei dem Merkmal um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt, bejaht das BAG („*neben der Personalbeschreibung ... und die zulässige Befristungshöchstdauer tretende, weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Befristung*“, Zf. 35 m.w.N.)³. Hierfür spreche zum einen der Wortlaut („*zulässig, wenn ...*“), da die Zulässigkeit der Befristung damit unter eine Bedingung gestellt werde (Zf. 36). Zum anderen spreche die innere Systematik der jeweiligen Sätze des § 2 Abs. 1 WissZeitVG für diese Wertung. Aus der Einfügung des Satzes 3, wonach die jeweils vereinbarte Befristungsdauer zur angestreb-

ten Qualifizierung des Satzes 1 angemessen sein müsse, müsse der Qualifizierung eine inhaltlich-eigenständige Bedeutung zukommen. Denn die Merkmale könnten – wären sie inhaltsleer – nicht in Beziehung zueinander gesetzt werden (Zf. 37 f.). Im Hinblick auf den Gesetzeszweck und die Genese verweist das BAG zunächst auf den durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung im Rahmen der Gesetzesbegründung festgestellten Handlungsbedarf, einerseits unsachgemäße Kurzbeurteilungen unterbinden zu wollen, andererseits klarzustellen, dass die Wahrnehmung von Daueraufgaben nur im Kontext der Qualifizierung sachgerecht sei (Zf. 42). Regelungswille des Gesetzgebers sei also, die Zulässigkeit der befristeten Beschäftigung unter den „*strikten Vorbehalt deren Qualifizierungsförderung zu stellen*“, wobei hiervon „*nicht mehr ohne Weiteres auszugehen*“ sei. Vielmehr sei eine „*positive Feststellung zu fordern*“ (Zf. 42).

Nach der Feststellung, es handle sich um ein selbstständiges Tatbestandsmerkmal, attestiert das BAG eine weite Auslegung des Merkmals. Die Erreichung eines formalen Qualifizierungsziels sei keinesfalls gemeint (Zf. 49).

An mehreren nachfolgenden Stellen unternimmt das BAG sodann den Versuch, das Merkmal zu konturieren. Zunächst führt es – letztlich den Wortlaut der Gesetzesbegründung wiederholend – aus, es genüge, wenn

„*eine wissenschaftliche Kompetenz angestrebt wird, die in irgendeiner Form zu einer beruflichen Karriere, auch außerhalb der Hochschule, befähigt, was sich in der Erbringung wissenschaftlicher, qualifikationsförderlicher Dienstleistungen 'an sich' zu gründen vermag.*“ (Zf. 47).

Sodann formuliert es mit eigenen Worten, das Qualifizierungserfordernis liege vor, wenn

„*eine dem persönlichen Befähigungszuwachs probate sowie dem beruflichen Fortgang förderliche wissenschaftliche Tätigkeit 'an sich' ausgeübt wird.*“

Seine eigene Norminterpretation stelle dabei ab „*auf die bloße Geeignetheit der Beschäftigung für einen individuellen Kompetenzerwerb*“ (Zf. 49).

Schließlich fasst das Gericht zusammen, die befristete Beschäftigung erfülle ihren Zweck, wenn

„*die wissenschaftliche Tätigkeit ihrem Inhalt nach der Förderung der Eigenqualifizierung dient. Hierfür muss sie auf eine Befähigungsförderung gerichtet und dafür geeignet sein. ... Dass die Beschäftigung der Qualifizierung dienlich ist, hat der Arbeitgeber darzulegen.*“ (Zf. 51 f.)

In der gebotenen Kürze stellt das BAG im Anschluss fest, dass die Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt seien. Die im Qualifizierungsplan festgehaltenen

³ Zum Meinungsstand ebenfalls: Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 195.

Ziele seien „geeignet, ihre entsprechenden Kenntnisse und Befähigungen zu vertiefen und fortzuentwickeln“. Auch sei die Tätigkeit darauf gerichtet und dafür geeignet gewesen, die Klägerin im Bereich des Projektmanagements zu qualifizieren. Es handele sich insgesamt um eine Qualifizierung, die ihrer beruflichen Karriere auch außerhalb wissenschaftlicher Einrichtungen – z.B. bei Bauunternehmen in der Privatwirtschaft – förderlich sein könne (Zf. 53).

Ergänzend führt es aus, dass

„jeglicher fachlich-inhaltlicher (Mit-)Arbeit an Forschungsprojekten ein Kompetenzzuwachs ungeachtet des bisherigen Kenntnisstandes immanent ist; auch liegt in ihr regelmäßig eine 'bewerbungstaugliche' Steigerung des Wissens- und Qualifikationsniveaus. Eine entsprechende Tätigkeit ist deshalb ohne tragfähige Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme prinzipiell qualifizierungsg geeignet.“ (Zf. 54).

In der Sache war das Qualifizierungserfordernis nach Ansicht des BAG im vorliegenden Fall damit eindeutig erfüllt (Zf. 54: „nichts dafür ersichtlich, dass es sich ... um eine ihrer Qualifizierungsförderung ... nicht zuträgliche Tätigkeit gehandelt hat“).

III. Anmerkung

Das BAG hat zu dem mit der Novelle vom 17.03.2016⁴ in § 2 Abs. 1 WissZeitVG eingeführten Merkmal „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung“ erstmals Stellung genommen. Der Entscheidung des BAG ist dabei jedenfalls im Ergebnis dahingehend zuzustimmen, dass keine nennenswerten Anforderungen an das sog. „Qualifizierungserfordernis“ zu stellen sind. Das Auslegungsergebnis des BAG, dass es sich hierbei um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt, überzeugt jedoch nur zum Teil.

Lehrbuchartig bedient sich das BAG zunächst der gängigen Auslegungsmethoden. Die gefundenen Argumente zur Auslegung des Wortlautes und der Systematik der Norm überzeugen. Beide Auslegungsmethoden sprechen dafür, dass es sich um ein selbstständiges Tatbestandsmerkmal handelt. Im Rahmen der Wiedergabe der Genese der Norm dürfte das BAG den gesetzgeberischen Willen jedoch überspannen. Denn aus der Genese der Norm ergibt sich kein dahingehender, eindeutiger Regelungswille des Gesetzgebers, die „Zulässigkeit der befristeten Beschäftigung ... unter den strikten Vorbehalt deren Qualifizierungsförderung zu stellen“ und „diesbzgl. eine (ausdrücklich) positive Feststellung zu fordern“ (Zf. 42). Im

Gegenteil: Die Gesetzesbegründung spricht vielmehr lediglich von einer „Klarstellung“ des Gesetzeszwecks. Auch die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung, der Tatbestand werde „damit nicht zu einer Sachgrundbefristung“, bestätigen, dass kein selbstständiges Tatbestandsmerkmal mit echtem Regelungsgehalt begründet werden sollte.⁵ Der Gesetzgeber hat darüber hinaus schlicht keine weiteren Überlegungen dazu ange stellt, wie das Merkmal dogmatisch zu qualifizieren ist und welche Zwänge sich für den Rechtsanwender aus dem modifizierten Wortlaut ergeben.

In seinem Vorgehen konsequent, versucht das BAG sodann das zum selbstständigen Tatbestandsmerkmal emporgehobene Qualifizierungserfordernis zu konturieren. Dies gelingt jedoch nicht. Das Merkmal wird für den Rechtsanwender nicht ausreichend greifbar umrissen. Zunächst macht sich das BAG die Formulierung der Gesetzesbegründung zu eigen, wonach eine wissenschaftliche Kompetenz angestrebt wird, die „zu einer beruflichen Karriere auch und gerade auch außerhalb der Wissenschaft befähigen“ muss. Diese übernommene Formulierung des Gesetzgebers wird durch die Ergänzung des BAG „in irgendeiner Form“ weiter abgeschwächt (Zf. 47). Es stellt sich die Frage, welche Tätigkeit hier bei wissenschaftlich tätigem Personal herausfallen sollte. Im Weiteren versucht das BAG die Anforderung dahingehend zu umschreiben, die wissenschaftliche Tätigkeit müsse „darauf gerichtet und dafür geeignet sein muss“, die eigene Befähigung zu fördern (Zf. 51). Erneut bleibt unklar, welche beruflichen Tätigkeiten hiervon nicht umfasst sein sollten. Beide vorgenannten vermeintlichen Konkretisierungen des BAG sind derart weit, dass das Qualifizierungserfordernis regelmäßig durch das engere Merkmal des wissenschaftlichen Personals miterfüllt wird.⁶ Das Merkmal läuft damit leer. Es dürfte keine überwiegend wissenschaftliche Tätigkeit geben, die darauf angelegt ist, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern (Merkmal „wissenschaftliches Personal“), ohne dabei auf die eigene Befähigungsförderung gerichtet und hierfür geeignet zu sein (Qualifizierungserfordernis). Anders formuliert kann Personal nicht wissenschaftlich arbeiten i.S.d. § 1 Abs. 1 WissZeitVG, ohne dass die Arbeit dazu geeignet wäre, es in irgendeiner Weise für seine weitere berufliche Karriere zu befähigen.

Dass das BAG einen Leerlauf des Merkmals in Erwägung zieht und billigend in Kauf nimmt, zeigt sich an

4 BGBl. I S. 442 – 1. WissZeitVGÄnG.

5 Vgl. BT-Drs. 18/6489, S. 10.

6 So bereits in der Literatur: Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Auf-

lage, § 2 WissZeitVG, Rn 9; ähnlich: Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 196, „materieller Unterschied ... wird man verneinen müssen“.

mehreren Stellen des Urteils. Das BAG führt zunächst aus, dass sich die Befähigungsförderung (Qualifizierungserfordernis) bereits „in der Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen ‘an sich’ zu gründen vermag“ (Zf. 47). Noch eindeutiger stellt das BAG im Fall „fachlich-inhaltlicher Mitarbeit an Forschungsprojekten“ fest, dass diese Tätigkeit „prinzipiell qualifizierungsgeeignet“ ist (Zf. 54). Die Qualifizierung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist auch hier grundsätzlich immanent.

In der Gesamtschau lässt sich feststellen, dass dem BAG die undankbare Aufgabe zuteilwurde, über einen wenig überzeugenden gesetzgeberischen Wortlaut zu entscheiden. Wortlaut und Systematik der Norm sprechen zunächst für ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal. Der Gesetzgeber beabsichtigte – über das Merkmal des wissenschaftlichen Personals hinaus – jedoch keine weitere Verengung des Tatbestandes. Diesen Konflikt löst das BAG dahingehend, dass es dem Rechtsanwender eine derart weitgehende Auslegung des Merkmals an die Hand gibt, dass dem Merkmal kein eigenständiger Regelungsgehalt verbleibt. Der gesetzgeberische Wille wird damit erreicht und in der Praxis sind keine weiteren Probleme in der Rechtsanwendung zu erwarten.

Zum Tatbestandsmerkmal des wissenschaftlichen Personals nach § 1 Abs. 1 WissZeitVG enthält das Urteil keine wesentlichen Neuerungen für den Rechtsanwender.

Erneut bestätigt das BAG die hohe Bedeutung von Arbeitsplatzbeschreibung und Qualifizierungsplan für die Frage der Wirksamkeit der Befristung nach dem WissZeitVG. Die Arbeitsplatzbeschreibung dient originär der Bewertung des Arbeitsplatzes, d.h. der sachgerechten Eingruppierung nach den Tarifverträgen. Bei der Frage, ob eine Person zum wissenschaftlichen Personal zählt, fokussiert das BAG erneut und zuvörderst auf die Umstände bei Vertragsschluss. Der im vorliegenden Fall bei Vertragsschluss beiden Parteien vorliegenden Arbeitsplatzbeschreibung war der beidseitige Wille der Parteien zu entnehmen, wissenschaftlich tätig sein zu wollen. Beiden Parteien war nach den Vertragsdokumenten klar, was von der Klägerin erwartet wurde.

Die prozentualen Anteile der beschriebenen Arbeitsvorgänge wurden seitens des BAG zur Klärung dafür herangezogen, ob die wissenschaftlichen Tätigkeiten überwiegen (s. Zf. 29). Sofern demnach Arbeitsvorgänge mit über 50 % mit wissenschaftlichen Aufgaben beschrieben werden, spricht dies für ein wissenschaftliches Tätigsein. Die innerhalb der jeweiligen Arbeitsvorgänge aufgeführ-

ten Arbeitsleistungen wurden seitens des BAG genau betrachtet. Aus Sicht des Rechtsanwenders ist demnach Vorsicht geboten, wenn in den Arbeitsvorgängen in nicht unerheblichem Umfang administrative Arbeitsleistungen aufgeführt werden. Denn diese sind grundsätzlich nicht wissenschaftlich, solange sie nicht integraler Bestandteil einer Forschungstätigkeit sind, d.h. bei ihnen nicht die Zielsetzung festgestellt werden kann, der Sicherung bzw. Verarbeitung des Erkenntnisstandes der jeweiligen Disziplin zu dienen.⁷ Insbesondere den vorgenannten Urteilen des LAG Hamm⁸ lässt sich eine gute Übersicht entnehmen, welche administrativen Tätigkeiten grundsätzlich kein wissenschaftliches Tätigsein darstellen.

Da im vorliegenden Fall bereits nach der Vertragslage eindeutig war, dass die Beschäftigte zum wissenschaftlichen Personal zählte, ließ sich das BAG – ebenso wie die Vorinstanzen – auf die Auswertung der – streitigen – tatsächlichen Vertragsdurchführung mit keinem Wort ein (Zf. 30).

IV. Fazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das Urteil hinsichtlich des bislang ungeklärten Inhaltes des Qualifizierungserfordernisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG der Praxis Rechtssicherheit gibt. Der Rechtsanwender kann den Fokus weiterhin auf die Erfüllung des engeren Merkmals des wissenschaftlichen Personals legen und mit einer „sauberen“ Vertragslage – Arbeitsplatzbeschreibung und Qualifizierungsplan – beide Merkmale zugleich erfüllen. Somit ist es für den Rechtsanwender letztlich unerheblich, dass es dem BAG nicht überzeugend gelingt, das Merkmal ausreichend zu konturieren. Fest steht, dass an das Qualifizierungserfordernis seitens des BAG keine hohen Anforderungen gestellt werden. Es dürfte regelmäßig bei Erfüllung des Merkmals des wissenschaftlichen Personals miterfüllt sein.

Dr. Johannes Stalberg ist Leiter des Personalreferats einer Ressortforschungseinrichtung des Bundes. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Rechtsauffassung des Autors wieder.

7 Zur problematischen Abgrenzung zu administrativen Tätigkeiten sowie dazu, dass die Wahrnehmung administrativer Aufgaben u.U. auch wissenschaftlich sein kann, siehe: Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Auflage, § 1 WissZeitVG, Rn 28, 37; aus der Rechtsprechung: BAG, Urteil 24.02.2016 – 7 AZR 182/14, Zf. 37 = NZA 2016,

949-953; LAG Hamm, Urteil 14.06.2018 - 11 Sa 1775/17, Zf. 60 f. = ArbuR 2018, 485; LAG Hamm, Urteil 02.07.2015 – 18 SA 517/15, Zf. 51 f. = ZTR 2016, 105-107.

8 Siehe Fn. 7.

Karoline Haake

Gibt es eine angemessene Aufsicht für Wissenschaftseinrichtungen?

Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 5./6.5.2022

Die Aufsicht über Wissenschaftseinrichtungen steht stets im Spannungsfeld zwischen staatlichem Zugriff und Wissenschaftsfreiheit. Durch die zunehmende Autonomisierung und steigende Erwartungen an die Eigenverantwortung der Hochschulen, neue Formen von Aufsicht und Kontrolle und verschiedene Akteure der Aufsicht entstehen weitere Herausforderungen. Dies nahm sich der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts zum Anlass, sich am 5. und 6. Mai im Senckenberg-Museum in Frankfurt am Main mit dem Begriff der Aufsicht und der Wissenschaftsfreiheit sowie den verschiedenen Wissenschaftseinrichtungen auseinanderzusetzen.

I. Aufsicht in der Wissenschaft: Begriff, Formen, Funktionen

Prof. Dr. Jörg Ennuschat (Ruhr-Universität Bochum, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht) versteht unter Aufsicht die Gesamtheit aller staatlichen Handlungen, die zum Zweck haben, das Verhalten der Einrichtung in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen.

Gegenstand der Aufsicht sei die Aufgabenerfüllung durch die Hochschulen. Diese führen im eigenen Wirkungskreis Aufgaben in Selbstverwaltungsangelegenheiten sowie im übertragenen Wirkungskreis Staatsaufgaben aus.¹ Unterschieden wird deshalb zwischen Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht. Die Rechtsaufsicht überwacht nur die Rechtmäßigkeit der Wahrnehmung der Aufgaben im eigenen Wirkungskreis. Bei der Fach- und Dienstaufsicht wird im übertragenen Wirkungskreis neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der Aufgabenwahrnehmung kontrolliert.² Neben der klassischen Staatsaufsicht in Form von Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht gebe es auch Entwicklungen hin zu einem modernen Aufsichtsverständnis: Gerade im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells werden vermehrt Elemente

der Kooperation zwischen Aufsicht und Wissenschaftseinrichtung herangezogen und dabei nicht nur Aufgaben und Mittel vergeben, sondern auch Ziele definiert (Outputorientierung).

Bei der Aufsicht über Hochschulen müsse die Wissenschaftsfreiheit beachtet werden. Nach dem BVerfG muss der Staat geeignete organisatorische Maßnahmen treffen, damit diese so weit wie möglich unangetastet bleibt.³ Da laut dem BVerfG eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsgedanken freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft am besten dient⁴, müsse die Sicherung dieser die Funktion von Aufsicht über Hochschulen sein.

Klassische Aufsichtsinstrumente seien in präventiver Hinsicht z.B. Anzeige- und Vorlagepflichten, Genehmigungsvorbehalte oder Unterrichts- und Informationsrechte. Repressive Instrumente seien Beanstandungen und Abhilfeverlangen, die Aufhebung von Beschlüssen, das Tätigwerden anstelle der Hochschule als Ersatzvornahme, das Erteilen von Weisungen, die Auflösung und Neuwahl eines Organs, die Bestellung von Beauftragten und teilweise sogar die vorübergehende Schließung der Hochschule. Zuständige Aufsichtsbehörde sei das Ministerium. Neben externer Aufsicht erfolge zudem Kontrolle innerhalb der Hochschulorganisation. Eine weitere Form der Aufsicht sei die Prüfung der Wirtschaftsführung der Hochschule durch den Landesrechnungshof. Aufsichtsmittel i.S.d. Neuen Steuerungsmodells können z.B. Controlling und die Anforderung anonymisierter Daten, Akkreditierungs- und Evaluationsverfahren sein. Die wichtigsten Instrumente seien jedoch Hochschulverträge bzw. Ziel- und Leistungsvereinbarungen. In diesen öffentlich-rechtlichen Verträgen werden konkrete Entwicklungs- und Leistungsziele zwischen Ministerium und Hochschulleitung vereinbart. Solche Vereinbarungen können auch zwischen Rektorat und Fakultät oder Rektorat und einzelnen Professoren getroffen werden.

1 Z.B. § 3 Abs. 1 HG NRW für Aufgaben im eigenen Wirkungskreis oder Art. 12 Abs. 3 BayHSchG für Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis.

2 So sichtbar z.B. in § 51 Abs. 1 S. 1 NHG.

3 BVerfGE 127, 87 (114), st. Rspr.

4 BVerfGE 47, 237 (370), 111, 333 (354).

II. Rechtliche Grundlagen der Aufsicht

Daran knüpfte *Prof. Dr. Margrit Seckelmann* (Leibniz Universität Hannover, Professur für das Recht der digitalen Gesellschaft) mit ihrer Betrachtung der rechtlichen Grundlagen der Aufsicht an.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene sei Aufsicht über staatliche Hochschulen ein Instrument zur Sicherstellung von Legitimationszusammenhängen und damit zur Gewährleistung des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 GG. Demnach müsse eine ununterbrochene Legitimationskette zwischen der Ausübung öffentlicher Gewalt durch einen Amtswalter oder ein Organ und dem Volk gegeben sein. Es sind dabei zwei Formen von Legitimation zu berücksichtigen: Die personelle Legitimation, die durch individuelle Berufungsakte innerhalb einer Legitimationskette vermittelt wird, und die sachlich-inhaltliche Legitimation, die die inhaltliche Bindung an die Gesetzgebung und den Volkswillen u.a. durch Aufsicht gewährleistet. Zu beachten sei jedoch auch, dass der Hochschule durch die ihr angehörenden Wissenschaftler das Recht auf Wissenschaftsfreiheit vermittelt wird. In staatlichen Hochschulen bestehen also zwei gegenläufige Stränge: Der Legitimationsstrang vom Volk zum Amtswalter, vermittelt u.a. durch Aufsicht, aber auch der Wissenschaftsfreiheit vermittelnde Legitimationsstrang. Daher habe die staatliche Sphäre neben der Pflicht zur Aufsicht auch die Verpflichtung, die Autonomierechte der Hochschule i.S. der Wissenschaftsfreiheit zu wahren.⁵ Dazu kommen noch weitere Akteure, deren Rechte zu bewahren sind. So müsse das Recht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG auf qualitätsvolle Ausbildung gewährleistet werden. Die staatliche Aufsicht als notwendiges Mittel demokratischer Legitimation stehe daher im Spannungsverhältnis zu den Grundrechten der Akteure.

Grundlegendes Modell der Aufsicht über staatliche Universitäten sei, dass das zuständige Fachministerium die Verwaltung und das Präsidium beaufsichtigt, zudem den Präsidenten bestellt und die Mitglieder der Universität beruft. Zudem sind die kollegialen Repräsentationsorgane an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen qualifiziert zu beteiligen.⁶ Mit dem sich vollziehenden Wandel der Aufsicht i.S. des Neuen Steuerungsmodells finde

zugunsten der Stärkung der Universitäten ein staatlicher Rückzug bis auf die Rechtsaufsicht statt. Insbesondere entwickelten sich Hochschulräte als neue „Aufsichtsorgane“, die einerseits Hochschulorgan sind und andererseits die Hochschulverwaltung und das Präsidium beaufsichtigen. Das Fachministerium delegiert die Aufsichtskompetenzen dabei an den Hochschulrat. In den meisten Bundesländern wurden seit deren Entwicklung Hochschulräte (in unterschiedlichen Formen) eingeführt. Zudem erlaubt § 58 Abs. 1 S. 2 HRG die Errichtung der Hochschulen in anderen Rechtsformen als Körperschaften des öffentlichen Rechts und gleichzeitig staatliche Einrichtungen, z.B. als Stiftung oder Körperschaft öffentlichen Rechts, die nicht zugleich eine staatliche Einrichtung ist.⁷ Bei Errichtung einer Stiftungsuniversität gebe das zuständige Ministerium Kompetenzen an die Stiftung ab, die Trägerin der Hochschule ist. Auch die Aufsichtskompetenzen delegiere das Ministerium teilweise an den Stiftungsrat.

III. Setzt die Wissenschaftsfreiheit der Aufsicht Grenzen?

Prof. Dr. Winfried Kluth (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Richter am Landesverfassungsgericht a. D.) setzte sich mit der Wissenschaftsfreiheit als Maßstab der Hochschulaufsicht auseinander. Das BVerfG betone in seinen Entscheidungen⁸ die herausgehobene starke Bedeutung („Wissen ist Macht“) für die Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft und die Notwendigkeit des Schutzes vor staatlicher Vereinnahmung. Gleichzeitig verpflichte diese Verantwortung die Wissenschaftseinrichtungen gegenüber dem Gemeinwohl zum Wissenschaftstransfer und damit zum Teilen ihrer Ergebnisse und Erkenntnisse.⁹

Da Wissenschaft auf Infrastrukturen und finanzielle Förderung angewiesen sei, sei der Staat verpflichtet, diese zu gewährleisten. Auf Ebene der Länder bestehe dadurch eine Einrichtungsgarantie zur Bereitstellung von Wissenschaftseinrichtungen und Geldmitteln. Insbesondere sei die Wissenschaftsfreiheit ein Abwehrrecht individueller Grundrechtsträger gegen den Staat. Träger der Wissenschaftsfreiheit seien an staatlichen Hochschulen

5 Diese zwei verschiedenen Legitimationsstränge spiegeln sich auch in der Janusköpfigkeit der staatlichen Hochschulen wider: Einerseits sind diese nach § 58 Abs. 1 S. 1 HRG Körperschaften öffentlichen Rechts, die Aufgaben funktionaler Selbstverwaltung wahrnehmen (und dabei Träger der Wissenschaftsfreiheit sind), andererseits staatliche Einrichtungen, welche staatliche Gewalt ausüben, die an den Volkswillen gekoppelt sein muss.

6 BVerfGE 35, 79 (132 f.).

7 So im Gesetzentwurf zur Änderung des HRG formuliert, BT Drs. 13/8796 S. 29.

8 BVerfGE 35, 79 ff und 47, 327 ff.

9 Die gesellschaftliche Verantwortung der Hochschulen finde ihren Ausdruck außerdem in Zivil- und Nachhaltigkeitsklauseln sowie Ethikkommissionen in der Forschung.

sowohl die einzelnen Wissenschaftler als auch die Fakultäten und Hochschulen, abgeleitet von der grundrechtlichen Freiheit ihrer Mitglieder. Im privaten Sektor können sich einzelne Wissenschaftler, Hochschulen und deren Gründer und einzelfallbezogen forschende Wirtschaftsunternehmen auf ihre Wissenschaftsfreiheit berufen. Weiterhin verleihe die Art. 5 Abs. 3 GG wissenschaftlichen Einrichtungen den Anspruch auf wissenschaftsadäquate Organisationsformen und Verfahrensweisen, insbesondere durch Beteiligungsrechte der einzelnen Wissenschaftler.¹⁰

Die Gefahr einer Einwirkung auf die Wissenschaftsfreiheit einzelner Wissenschaftler bestehe etwa bei versuchter inhaltlicher Einflussnahme. Sowohl das BVerfG als auch das BVerwG verdeutlichen in ihrer Rechtsprechung, dass Einwirkungen durch die Hochschule oder Aufsichtsbehörde insbesondere inhaltliche Zurückhaltung zu wahren haben.¹¹ Das Instrument, den Inhalt der Wissenschaft zu überprüfen, sei nicht die Aufsicht, sondern der wissenschaftliche Diskurs. Gegenüber den Fakultäten können Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit insbesondere in Form von Strukturwandel entstehen.¹² Auch die Aufhebung einer Fakultät könne eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit sein, wobei den Fakultäten keine Bestandsgarantie zukomme, aber zumindest ein Recht auf willkürfreie Entscheidung.¹³ Auch bei der hochschulinternen Mittelverteilung und bei Zielvereinbarungen sei die Wissenschaftsfreiheit der Fakultäten zu achten.

Die Gründung einer privaten Hochschule sei nicht nur durch die Berufs-, sondern auch durch die Wissenschaftsfreiheit als Hochschulgründungsfreiheit geschützt. Gleichzeitig müsse der Staat im Rahmen der Gründungsaufsicht dafür Sorge tragen, dass die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit durch die einzelnen Wissenschaftler gesichert sei. Im Akkreditierungsverfahren durch den Wissenschaftsrat werden daher insbesondere die Ausgestaltung der Verträge mit den Professoren und die Gewährleistung von Forschung und Lehre überprüft. Hier müsse jedoch gesichert bleiben, dass das Akkreditierungsverfahren wissenschaftsadäquat ausgestaltet ist.

IV. Hochschulräte: Zwischen Steuerung, Beratung und Kontrolle

Dr. h.c. Edelgard Bulmahn (Deutscher Bundestag, Vizepräsidentin a.D., Bundesministerium für Bildung und Forschung, Bundesministerin a. D.), berichtete von der Tätigkeit der Hochschulräte, insbesondere aus ihrer Position als Vorsitzende des Kuratoriums der Humboldt-Universität zu Berlin.

Bulmahn skizzierte zunächst drei verschiedene Grundtypen von Hochschulräten: Der erste Typ seien Hochschulräte, die als „critical friends“ der kritisch-konstruktiven Begleitung und Beratung der Hochschule dienen, aber keine Entscheidungskompetenzen innehaben. Als zweiten Typus qualifizierte *Bulmahn* Hochschulräte mit beratender, aber auch kontrollierender, mitgestaltender Funktion. Der dritte Typ habe die weitreichendsten, aufsichtsratsähnlichen Kompetenzen, dies sei insbesondere bei Stiftungsuniversitäten der Fall.

Die konkreten Aufgaben und Zusammensetzungen der Hochschulräte ergäben sich aus den Landeshochschulgesetzen und den Universitätsstatuten. Sie unterscheiden sich daher spürbar zwischen den Ländern. *Bulmahn* kategorisierte diese in alleinige Beschlusskompetenzen (z.B. für die Feststellung des Haushaltsplans, die Einrichtung, Aufhebung oder Veränderung von Fakultäten oder Studiengängen, Entscheidungen grundsätzlicher Art oder die Rahmengebührensatzung), Beschlusskompetenzen unter Berücksichtigung des Vorschlagsrechts des akademischen Senates, Vorschlagskompetenzen (z.B. für die Besetzung des Präsidenten und der Vizepräsidenten), Beratungskompetenzen (z.B. bzgl. des Rechenschaftsberichts oder der mittelfristige Bau- und Investitionsplanung) und Initiativkompetenzen (z.B. in Form der Anforderung von Berichten oder Anregungen an die Landesregierung). Damit seien die Kompetenzen der Hochschulräte meist eine Mischung zwischen Beratung, Kontrolle und Gestaltung der Hochschule.

Anhand verschiedener Fallbeispiele stellte *Bulmahn* anschließend verschiedene Konfliktpotenziale aus der Praxis vor. So gebe es ein Spannungsfeld zwischen der Position als oberste Dienstherrin und der Ausübung der

¹⁰ Z.B. BVerfGK 12, 440.

¹¹ So urteilte das BVerwG, dass eine ad-hoc-Kommission der Universität die Forschungsergebnisse eines Hochschullehrers nur auf einen Missbrauch seiner Wissenschaftsfreiheit überprüfen, nicht

aber grundsätzlich fachlich bewerten dürfe, BVerwGE 102, 304, bestätigt durch BVerfG NJW 2000, 3635.

¹² Dazu BVerfGK 12, 17.

¹³ BVerfGK 5, 135 (140 f.).

Rechtsaufsicht durch das zuständige Ministerium. Problematisch sei es auch, wenn Mitglieder des Präsidiums oder des zuständigen Ministeriums gleichzeitig stimmberechtigte Mitglieder des Hochschulrates seien. Im Falle einer Bearbeitung einer Dienstaufsichtsbeschwerde gegen das Präsidium durch den Hochschulrat käme es unweigerlich zu Interessenkonflikten. Notwendig sei in allen Fällen die eindeutige Zuordnung von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten zwischen dem Hochschulrat, dem Präsidium und dem aufsichtsführenden Ministerium.

Bulmahn bilanzierte, dass das Selbstverständnis der Hochschulräte für deren Erfolg essenziell sei und diese sich stets als Gremium der Interessen der gesamten Hochschule und als Schnittschnelle zur Gesellschaft zu betrachten hätten. Eine enge Kommunikation sowohl mit dem Präsidium als auch mit den Statusgruppen der Hochschule sei daher ebenso von Bedeutung wie die klare Zuschreibung von Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten. *Bulmahn* lobte zudem den Austausch zwischen den Hochschulräten der deutschen Hochschulen im Forum Hochschulräte und plädierte für eine zusätzliche Plattform für die German U15.

V. Aufsicht über private Hochschulen

Prof. Dr. Burghard Hermeier (FOM Hochschule Essen, Rektor und Mitglied der Geschäftsleitung) lieferte Einblicke in die Aufsicht über private Hochschulen. Diese ergänzen die Hochschullandschaft, indem sie sich an spezielle Zielgruppen wenden, z.B. Studierende, die berufstätig sind und bleiben wollen, oder Studierende aus nicht-akademischen Elternhäusern. Private Hochschulen können daher einen wichtigen Beitrag zur Akademisierung und zur Behebung des Fachkräftemangels leisten.

Der privaten Hochschule stehe ein breiter Regulierungsrahmen gegenüber. Zum einen habe sie das Hochschulrecht der Bundesländer einzuhalten. Problematisch sei hierbei, dass der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber die Lage der privaten Hochschulen oft nicht hinreichend oder gar nicht berücksichtige. Private Hochschulen müssen nicht nur die Akkreditierung ihres Studienangebots im Wege der Programm- oder Systemakkreditierung durchführen. Zusätzlich seien sie, sowohl zur erstmaligen als auch zur Verlängerung der staatlichen Anerkennung, zu einer aufwändigen institutionellen Akkreditierung verpflichtet. Daneben gelten für private Hochschulen noch spezielle Vorgaben der Bundesländer, z.B. die

Hinterlegung hoher Bürgschaften. Weiterhin bindend seien die die Trägerinstitution der Hochschule betreffenden gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsverpflichtungen, im Falle der FOM insbesondere die Einhaltung der Gemeinnützigkeitskriterien. Auch andere Rechtsgebiete, die staatliche Hochschulen selten berühren, seien zu beachten, z.B. im Bereich Steuer- oder Sozialversicherungsrecht. Zudem seien viele private Hochschulen nach dem Betriebsverfassungsgesetz zur Einrichtung eines Betriebsrats verpflichtet. Private Hochschulen unterliegen typischerweise einer engen Aufsicht des jeweiligen Wissenschaftsministeriums. Besonders markante Pflichten betreffen die jährlichen Lehr- oder Forschungsberichte und ggf. die Erfüllung daraus resultierender Auflagen. In Bezug auf Hochschulentwicklungsmaßnahmen gäbe es weitreichende Abstimmungs- und Genehmigungsbedarfe.

Wie eingangs erwähnt sei besonders nachteilig, dass die Erteilung der staatlichen Anerkennung typischerweise nur befristet und auf der Basis einer institutionellen Akkreditierung erteilt werde. Das aufwändige Verfahren werde vom Wissenschaftsrat durchgeführt. Der Akkreditierungsprozess dauere ca. anderthalb Jahre, dabei werden im Falle der FOM ca. 130 Personen der Hochschule angehört, zudem ein Selbstbericht von etwa 100 Seiten nebst 7.500 Seiten Anhang eingereicht. Die Kosten des Verfahrens trage die Hochschule. Auf Basis des Votums des Wissenschaftsrats spreche das Land die staatliche Anerkennung und ggf. Auflagen aus. Das Verfahren sei in der Gründungsphase einer privaten Hochschule im Grundsatz angemessen und wichtig, um die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit abzusichern. Die ständige Wiederholung des Prozesses sei aber zu bürokratisch. Der Wissenschaftsrat habe für diese institutionellen Verfahren sehr umfangreiche Akkreditierungsleitfäden und Kriterienkataloge entwickelt. Allerdings beobachtete *Hermeier*, dass diese Maßstäbe die Innovationspielräume der privaten Hochschulen immer weiter einschränken und eine Gleichförmigkeit der privaten und der staatlichen Hochschulen zur Folge habe. Private Hochschulen müssen jedoch gerade nicht genauso organisiert sein wie staatliche Hochschulen, zumal zur Beurteilung privater Hochschulen die Standards eines Idealbilds staatlicher Hochschulen angesetzt werden, die letztere selbst in der Realität nicht in Gänze erfüllten. Private Hochschulen bräuchten daher eine „Privathochschulträgerfreiheit“ als Ausprägung der Wissenschaftsfreiheit und mehr Gestaltungsmöglichkeiten.

VI. Universitätsklinik: Aufsichtsräte im Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftlichkeit und Wissenschaft

Prof. Dr. Peter Dominiak (Universität zu Lübeck, Präsident a.D., Universitätsklinikum Düsseldorf, Vorsitzender des Aufsichtsrats a.D.) berichtete aus eigener Erfahrung aus dem Aufsichtsrat eines Universitätsklinikums. Die Aufgaben des Aufsichtsrats seien die Beratung und Überwachung des Vorstands, die Bestellung und Entlassung der Vorstandsmitglieder, die Festsetzung der Vorstandsgehälter, die Abstimmung der Strategie mit dem Vorstand z.B. in Strategiesitzungen sowie die Festlegung des wirtschaftlichen Jahresabschlusses. Eine der wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats sei die Ausschusstätigkeit, welche die Sitzungen und Entscheidungen des Aufsichtsrats vorbereiten.

Die Besetzung des Aufsichtsrates lege dieser in seiner Geschäftsordnung fest. In Düsseldorf seien dies die Vertreter des Wissenschafts-, Finanz- und Sozialministeriums, Rektor und Kanzler der Universität, je zwei externe Sachverständige aus der Wissenschaft und Wirtschaft, ein Mitglied der Professorenschaft, die Gleichstellungsbeauftragte sowie Vertreter des wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Personals. Die verschiedenen Aufsichtsratsmitglieder nehmen verschiedene Interessen zwischen Wirtschaft und Wissenschaft vertreten wahr: Das Land verfolge Interessen an der Aufsicht des Klinikums und der Finanzierung von Forschung und Lehre. Die Universität wolle fakultätsübergreifende Forschung und Lehre sicherstellen. Die medizinische Fakultät verfolge das Ziel exzellenter medizinischer Forschung und Lehre, während das Universitätsklinikum Spitzenmedizin in Koordination mit dem Forschungsprofil und einem betriebswirtschaftlich ausgeglichenen Ergebnis betreiben möchte. Regelmäßig sei weder im von vielen Universitätsklinikum implementierten Public Corporate Governance Codex (PCGK) noch in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats die Wissenschaft als dessen Interesse und Schutzziel explizit thematisiert. Eine Schnittstelle zur Wissenschaft könne aber die Überwachung der Finanzströme und die Trennungsrechnung durch den Aufsichtsrat sein.

Herausforderung der Universitätsklinik sei, dass neben Forschung und Lehre auch die Krankenversorgung als Aufgabe hinzukomme. Damit zusammenhängend werden auch die Finanzströme komplizierter. Die Finanzierung der Universitätsklinik erfolge aus vier Säulen, namentlich der stationären Krankenversorgung, der am-

bulanten Versorgung, dem Zuschuss für Forschung und Lehre und Investitionen des Landes. Insbesondere die Einführung des DRG-Systems, eines pauschalierten Abrechnungssystems für stationäre Versorgung durch die Krankenkassen, führe deshalb zu negativen finanziellen Entwicklungen der Universitätsklinik. In diesem System unbeachtet bleiben aber die Sonderaufgaben der Hochschulmedizin im Vergleich zu anderen Krankenhäusern.¹⁴

Universitätsklinikum hätten wegen der verschiedenen Akteure eine so komplexe und komplizierte Universitätsstruktur: Die Universität, der Aufsichtsrat, die Landesregierung, der Personalrat und die Krankenkassen verfolgen jeweils unterschiedliche Interessen. So werde die Handlungsfähigkeit des Vorstands eingeschränkt. Es gebe zwar keine ideale Struktur für die Zusammenarbeit der Akteure, dennoch plädierte Dominiak für eine Strukturvereinfachung und betriebswirtschaftliche Organisation der Universitätsklinikum, womöglich durch Herauslösung aus der Universität und Bildung medizinischer Hochschulen, sowie eine Interessensentflechtung des Aufsichtsrats.

VII. Aufsicht über außeruniversitäre Forschungseinrichtungen: Welche Rolle spielen Zuwendungsgeber?

Dr. Karl-Eugen Huthmacher (Bundesministerium für Bildung und Forschung, Ministerialdirektor a.D.) schilderte die Aufsicht über außeruniversitäre Forschungseinrichtungen am Beispiel der Helmholtz Gemeinschaft (HGF), in deren Forschungszentren Huthmacher als Ministerialdirektor Vorsitzender von sechs Aufsichtsräten bzw. Kuratorien war. Bei der institutionellen Forschungsförderung nehme ein Ministerium stets eine Doppelrolle als Zuwendungsgeber und als Aufsichtsbehörde ein: Als Zuwendungsgeber sei es neben der Finanzierung der Wissenschaftseinrichtung die Aufgabe des Ministeriums, die Wissenschaftseinrichtung als Anteilseigner zu kontrollieren und beraten. Dabei verfolge das Ministerium das Ziel, zuwendungsrechtlich nicht zu beanstandende Zustände herzustellen, daneben aber auch das allgemeine öffentliche Interesse wahren und im Dialog mit der HGF wissenschaftspolitische Ziele zu erarbeiten. Daneben werde Aufsicht über die Helmholtz-Zentren ausgeübt, indem Ministerialbeamte als Vorsitzende in den Aufsichtsräten und Kuratorien der Helmholtz Zentren sitzen. Bei der HGF, der Dachorganisation über den selbstständigen Helmholtz Zentren, bestehe zudem ein Ausschuss der Zuwendungsgeber, der

14 Dominiak verwies zu den Problemen der Universitätsklinik auf Ludwig/Windmann, Taumelnde Tanker, SPIEGEL v. 30.6.2014.

mit Vertretern aus Bund und Ländern besetzt ist und forschungspolitische Ziele vorgibt.

Der Staat könne so sowohl über den Ausschuss, als finanzieller Zuwendungsgeber als auch über die Aufsichtsgremien Einfluss auf die Helmholtz Zentren nehmen und daher das Finanzmanagement, die Struktur und inhaltliche Ausrichtung beeinflussen. *Huthmacher* kam zu dem Schluss, dass diese besondere Kontrolldichte gegenüber der HGF aus den öffentlichen Interessen resultierte, die die Mission der HGF durch Forschungsbeiträge zur Beantwortung der großen gesellschaftlichen Herausforderungen und den Bau und Betrieb von Großgeräten berühre. Dies seien beides nicht nur zentrale Fragen der Wissenschaft an sich, sondern auch der Wissenschaftspolitik.

Allerdings müsse auch die Wissenschaftsfreiheit im Lichte dieser Kontrollmacht berücksichtigt werden. Deshalb gelte ein generelles Gebot der Zurückhaltung in inhaltlichen Fragen, aber auch nachvollziehbare inhaltliche Kriterien der Forschung, z.B. die Ausrichtung der Mission, die Beachtung grundlegender rechtsstaatlicher und demokratischer Prinzipien, die Effizienz und Funktionsfähigkeit der Wissenschaftsorganisation sowie die Anforderungen aus PCGK. Die Aufsichtsratsstätigkeit des Bundes versteht *Huthmacher* auch als Mittlerrolle zwischen Politik und Wissenschaft. In der Besetzung des Aufsichtsratsvorstands mit höherrangigen Ministeriumsbeamten bestehe die Möglichkeit, Konflikte zu lösen, da eine Vertrauensbasis sowohl in Beziehung zur Ministeriumsspitze als auch zum Präsidenten der HGF bestehe. Konflikte entstünden durch unterschiedliche Erwartungshaltungen zwischen Wissenschaft und Politik. Außerdem bestehe Konfliktpotenzial dort, wo Grenzen der Selbstorganisation der einzelnen Forschungszentren entstehen, sodass es zu internen Konflikte etwa zu finanziellen Ressourcen und zu singulärer Interessenwahrnehmung in oder zwischen den einzelnen Zentren kommt. Die Erfolgsfaktoren eines gelingenden Zusammenspiels zwischen Wissenschaft und Politik seien ein klares Rollenverständnis angesichts der unterschiedlichen Logiken zwischen Politik und Wissenschaft.

VIII. Welche Aufsicht ist für Wissenschaftseinrichtungen angemessen?

Die abschließende Podiumsdiskussion moderierte Wissenschaftsjournalist *Dr. Jan-Martin Wiarda*. Es diskutierten *Prof. Dr. Frank Dellmann* (FH Münster, Präsident), *Dr. Thomas Grünewald* (Hochschule Niederrhein, Präsident, Staatssekretär im Ministerium Wissenschaft

und Forschung NRW a.D.), *Prof. Dr. Georg Krausch* (Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Präsident) und *Prof. Dr. Frank Ziegele* (Hochschule Osnabrück, Professor für Hochschul- und Wissenschaftsmanagement, CHE, Geschäftsführer).

Nach *Dellmann* ist die Aufsicht über Wissenschaftseinrichtungen angemessen, wenn ein Ausgleich zwischen Wissenschaftsfreiheit und der nötigen Kontrolle stattfindet. Im Speziellen zeige sich aber schon am Programm der Tagung, dass aufgrund der Heterogenität der Wissenschaftseinrichtungen nicht eine einzige angemessene Aufsicht bestehe. Auch zwischen den Fachhochschulen müsse für diese Beurteilung zwischen Träger, Größe oder Profil der Hochschule differenziert werden. *Krausch* differenzierte zur Beantwortung der Frage nach den Formen der Aufsicht. Die Angemessenheit der Rechtsaufsicht und Finanzaufsicht könnten institutionenübergreifend gleich beantwortet werden. Die notwendige inhaltliche Steuerung unterscheide sich jedoch zwischen den verschiedenen Wissenschaftseinrichtungen. Nach Ansicht *Ziegeles* sei insbesondere das alte Modell der staatlichen Fachaufsicht mit der Detailkontrolle und Steuerung einzelner Prozesse für Wissenschaftseinrichtungen nicht angemessen. Statt eine institutionenübergreifende Angemessenheit der Aufsicht festzulegen, gebe es Prinzipien, die für die Aufsicht über alle Wissenschaftseinrichtungen gelten, wie etwa die Widerspruchsfreiheit eines Aufsichtsmodells. Insbesondere angesichts der verschiedenen Akteure bei der Aufsicht benötigten Aufsichtsmaßnahmen ein Mindestmaß an Konsistenz, da ansonsten die Handlungsfähigkeit der Wissenschaftseinrichtung eingeschränkt sei. Während also dieselben Grundprinzipien für die Aufsicht über alle Wissenschaftseinrichtungen gelten, seien je nach Einrichtung unterschiedliche Detailregelungen der Aufsicht erforderlich.

Inwieweit Ministeriumsvertreter Mitglieder der Hochschul- oder Aufsichtsräte sein sollten und wie ihre Rolle dort auszugestalten sei, schätzte *Grünewald* differenziert nach den verschiedenen Einrichtungen ein: In den Hochschulräten sei die Rolle mit Zurückhaltung als die eines Beobachters wahrzunehmen, während in den Aufsichtsräten außeruniversitärer Forschungseinrichtungen eine stärkere inhaltliche Einflussnahme und Kontrolle geboten sei. Dies sei, wie auch bei *Huthmacher* dargestellt, von der Missionsbindung und dem Investitionsbedarf der Organisation abhängig. Der Differenzierung stimmte auch *Ziegele* zu, warf jedoch Zweifel an der Eignung der Hochschulräte als Austauschforum zwischen Hochschule und Ministerium auf, da sich die An-

wesenheit von Ministeriumsvertretern restringierend auf die Diskussionen im Hochschulrat auswirken könne. Dies beobachtete auch *Dellmann*, zumal der Rollenwechsel im Hochschulrat vom Ministeriumsvertreter zum im Interesse der Hochschule agierenden Hochschulratsmitglied in der Praxis oft misslinge. Konflikte im Hochschulrat könnten auch entstehen, wenn Angehörige der Hochschule als Mitglieder des Hochschulrats die Aufsicht über das Präsidium ausübten, der Präsident aber gleichzeitig auch die Dienstaufsicht über die Hochschulangehörigen innehatte. Der Erfolg der Aufsicht sei in Anbetracht möglicher solcher Konfliktfelder sowohl von den geschaffenen Strukturen als auch den einzelnen Prozessen oder Personen abhängig.

In Bezug auf Drittmittelprojekte und die Steuerung der Hochschulen durch Programme sah *Grünwald* insbesondere die Grundfinanzierung und die Drittmittelfinanzierung der Hochschulen außer Verhältnis. Eine Lösung könnte die Überführung der Dritt- oder Zweitmit-

tel in die Grundfinanzierung sein. *Krausch* beobachtete oft eine hohe Detailschärfe im Rahmen von staatlichen Programmen, die auf begrenzte Zeit Zweitmittel bereitstellen, sodass im Rahmen dieser detaillierten Zielvorgaben kaum Hochschulautonomie gegeben sei. Es bestehe in dieser Hinsicht ein Widerspruch zwischen dem erklärten Rückzug aus der detaillierten Fachaufsicht des Staates einerseits und kleinteiligen inhaltlichen Vorgaben der Programme andererseits.

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

Christian Wolff

*Berufung, Rückberufung und Ankunft an der Universität Halle*¹

(*Erste Berufung nach Halle*)

Als ich mich bei dem Einfall der Schweden in Sachsen nach Giessen begab, so wurde mir daselbst insonderheit viele Höflichkeit erwiesen. ... (Da) die Ausfertigung der Bestallung (*Ernennung an der Universität Giessen*) nicht sogleich geschehen konnte, (*entschloss ich mich*), erst eine Reise in mein Vaterland zu tun und von den meinigen, von denen ich so weit entfernt sein sollte, Abschied zu nehmen. ... Weil ich aber nicht wusste, wie die Sachen in Sachsen stünden und ob man durch dieses Land sicher reisen könnte, so nahm ich meinen Weg über Cassel nach Halle, daselbst besuchte ich den Herrn Geheimrat Stryck², welcher mich fragte, ob ich nicht daselbst verbleiben wollte. Ich sagte, dass ich die *Vocation* (*den Ruf*) nach Giessen zur Professione Matheseos (*Lehrstuhl für Mathematik*) hätte, auch dorthin zu gehen *resoluirte* (*entschieden*) wäre. Er antwortete, ich könnte dieses auch in Halle haben, weil ihnen noch ein *Professor Matheseos* fehlte. Weil ich nun ohnedem (*den Prorektor*) besuchen wollte, so ging ich zu ihm und da er nur meinen Namen hörte, sagte er gleich von freien Stücken, es wäre ihm lieb, dass ich zu ihnen käme. Er wäre längst besorgt gewesen, wie die Universität einen *Professorem Matheseos* haben möchte. Als ich erwiederte, ich wäre bereits *engagiret*, indem ich die *Vocation* zu *Profes. Mathes.* hätte, mich auch erkläret, dieselbe anzunehmen, vermeinte er, es wäre besser, in Halle zu bleiben, als dorthin zu gehen, weil ich hier mehr tun könnte als dort. Und da ich eben von dem *H. von Leibnitz* und *H. Bernoulli* Briefe erhalten hatte und ihm dieselbe zeigte, schrieb er sogleich an den *H. von Leibnitz*, eröffnete ihm sein Vorhaben und verlangte, er möchte mich an den *H. von Danckelmann*, welcher *Minister Ober Curator* der Königl. Universitäten war, *recommendiren*. Dieser tat es auch gleich und er schrieb deswegen auch selbst an den *H.v. Danckelmann*. Und weil ich eben über Berlin gehen wollte, ehe ich nach Breslau reiste, so reiste ich nach Berlin hinunter, woselbst ich seiner Excell. auch selbst meine Aufwartung machte, der mich sehr gnädig empfangen, die Sache dem König vortrugen und die Bestallung

zum Professore Matheseos auswürckten, mir auch selbst anrieten, lieber nach Halle als nach Giessen zu gehen. Also nahm ich diesen Ruf (1706) an und schrieb die *Vocation* (*den Ruf*) nach Giessen ab.

(*Christian Wolffs Jahre in Halle endeten 1726 abrupt. Als er die Ethik des Konfuzius positiv wertete und an die Seite der christlichen Ethik stellte, warfen ihm seine theologischen Kollegen Atheismus vor. Auf Weisung von König Friedrich Wilhelm I. musste er binnen 48 Stunden Halle verlassen. Sehr detailliert schildert er seine Rückberufung nach Halle:*)

Hieher gehöret nun auch die neue Wiederberufung nach Halle (*im Jahr 1740*) Daher *resoluirte* (*entschloss*) ich mich, den andern Teil von der *Philosophia practica Universalis* Seiner Königlichen Majestät (*Friedrich Wilhelm I., 1688 – 1740*) zu *dediciren*, darinnen ich alles referirte, was von meinen Gegnern vor erdichtet ausgegeben ward. Diese *Dedication* übersetzte ich selbst in das deutsche und legte sie zu dem Schreiben bei, welches ich nebst dem Buche übersandte und mit Fleiss durch einen andern überreichen liess. Der König von Preussen nahm dieses sehr gnädig auf, antwortete mir auch in sehr gnädigen *terminis* und *offerirte*, mir von neuem, dass ich wieder in seine Lande kommen und die *conditiones* selbst vorschlagen sollte, auf welche ich wiederkommen wollte. Ich bedankte mich vor diese Gnade, schrieb, dass ich so wohl in Hessen stünde, dass ich nicht Ursache hätte, an eine Aenderung zu denken, man auch in Cassel mich nicht gerne dimittiren würde. Der König *offerirte* mir nach diesem, dass ich sollte *Director* von der Universität Franckfurt werden und liess mir frei, die Besoldung selbst zu determiniren: Als ich dieses *deprecirte* (*ablehnte*), *offerirte* mir Seine Königliche Majestät das *Vice-Cancellariat* in Halle, ich *deprecirte* aber auch dieses, weil ich mich nicht unterstünde, um meine *dimission* anzuhalten, da ich dem Hause Hessen so vielen Dank schuldig wäre. ...

Weil nun der erste Theil des *Juris Naturae* (zur Oster-Messe 1740) herauskam, *dedicirte* ich denselben an den damaligen Cron Printzen in Preussen, *nunmehr* re-

1 *Christian Wolff* (1679 – 1754) gehört zu den wichtigsten Philosophen der Aufklärung. Der folgende Text aus *Christian Wolff*, Selbstschilderung, nach dem Original in der Milich'schen Bibliothek in Görlitz mitgeteilt von *H. Wuttke* 1841, in: Deutsche

Lehr- und Wanderjahre, Selbstschilderungen berühmter Männer und Frauen, Band II, 1874, S. 309 ff., 325 ff. ist gekürzt, sprachlich geglättet und kursiv in Klammerzusätzen bisweilen erläutert.
2 *Johann Samuel Stryk* (1668 – 1715), Professor der Rechte in Halle.

gierenden König (*Friedrich der Große, 1712 - 1786*), weil ich wusste, dass Seine Königliche Hoheit ein grosses Vergnügen an meiner Philosophie fanden und meine deutschen Schriften mit vieler application lasen, ja die *Metaphysick* sich auch ins französische hatte übersetzen lassen, als von welcher Sprache Sie ein ungemeiner Liebhaber sind. Sie nahmen dieses sehr gnädig auf und ich bekam bei dieser Gelegenheit aus Dero eigenhändigen Französischen Schreiben zu erfahren, wie viel sie auf meine Art zu philosophiren und überhaupt auf gründliche Wissenschaften hielten. Als nun bald darauf Dero Vater Todes verblichen war, liessen Seine Majestät gleich des andern Tages ihrer angetretenen Regierung an mich schreiben, ob ich in Dero Dienste treten wollte, und versprachen mir alle *conditiones* einzuwilligen, die ich nur verlangen würde. Als ich meine alleruntertänigste Hochachtung der Königl. Gnade in Antwort bezeugte, und mich entschuldigte, dass es sich nicht gezieme, Seiner Königlichen Majestät vorzuschreiben, beliebten dieselben sich näher zu erklären, dass sie mich nach Berlin verlangten und mir nebst dem Charakter Dero geheimen Rathes unterdessen 2000 Rthlr. Pension geben wollten, davor ich nichts zu tun hätte, ... befahlen auch dem H. Probst Reinbeck, dass er das äusserste anwendete, um mich zu bereden, diese *offerte* zu *acceptiren*, welcher auch seines Ortes nichts unterliess, was dazu dienlich konnte erachtet werden. Als ich aber nach Berlin zu gehen mich nicht *resoluiere*n konnte, sondern mich damit entschuldigte, dass ich zur Universität geboren wäre und darauf mein Leben endigen wollte, so verlangte Seine Königliche Majestät, dass ich nach Halle käme und dasselbst die *Professionem Juris naturae et gentium*, wie auch *Matheseos* übernähme, wobei sie mir zugleich das *Praedicat* des Geheimen Rathes, das *Vice-Cancellariat* und 2000 Rthl. Besoldung *offerirten*, da vor diesem bei hiesiger Universität bloss der geheime *Rath Stryck, Facultatis*

Juridicae Praeses, 1200 Rthl. Besoldung gehabt, welches überall als etwas besonders angesehen ward.

Ich war nicht lange (in Halle), da Seine Königliche Majestät allergnädigst mir auftrug, nebst einigen Herrn *Ministris* mit vor die Besetzung der erledigten Stellen auf allen Dero Universitäten zu sorgen. Daher es geschehen, dass man in dem neuen zu Berlin gedruckten Titular-Buche mir den Titul eines *Curatoris Universitatum regiarum* (*Kurator der Königlichen Universitäten*) beigeleget, den ich aus Bescheidenheit niemahlen annehmen wollen.

(Ankunft in Halle)

(Ich) trat endlich am Andreastage meine Reise von Marburg an und kam den 6. Dec. (1740) gegen Abend in Halle an. Es waren hier eine grosse Menge der *studiosorum* hinausgeritten, um mich einzuholen mit sechs blasenden Postillionen vor sich und einige gute Freunde von mir gleichfalls entgegen gefahren. Auf den nächsten Dörfern war eine grosse Anzahl von hiesigen Einwohnern, die auf meine Ankunft warteten. Vor und in der Stadt, auf den Strassen und dem Markte war ein grosser Zulauf des Volkes und ich hielt also unter lauten Jubelgeschrei meinen Einzug. Auf der Strasse, wo ich einkehrte in des seeligen *Thomasii*³ Haus, welches ich gemietet hatte, waren in dem Hause gegenüber Trompeten und Pauken, die sich hören liessen, sobald der Zug in die Gasse kam und war ein solcher Zulauf des Volkes, dass (*man*) kaum vom Wagen steigen und unter dem Gedränge selbst im Hause in ein Zimmer kommen konnte. Ich liess also meine Ankunft noch diesen Abend bei den Vornehmen in der Stadt und denen Herren *Professoribus* melden, welche mir den folgenden Tag darauf ihren Besuch abstatteten und bewillkomnten. ...

3 *Christian Thomasius* (1655 - 1728)