

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2014**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2014**

## **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, Kaufmännischer Geschäftsführer des Helmholtz Zentrums München*      *Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

*Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Bucerius Law School Hamburg*      *Wiss. Ang. Sarah Tarantino, Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg*

*Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*      *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

*Ministerialrat Prof. Dr. Volker M. Haug, Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht, Universität Stuttgart*      *Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

*Hartmut Maier, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Münster*

*Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/Schwarzwald*

*Wiss. Ang. Dr. Christian Picker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

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

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

**Redaktion**    **Urheber- und Verlagsrechte**  
Tobias Mandler    Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind  
Fritz Pieper    urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch  
Andreas Schubert    gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen.  
Sarah Tarantino    Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheber-  
rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von OdW unzu-  
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 OdW, Schriftleitung und Redaktion**  
Ordnung der Wissenschaft  
c/o Forschungsstelle für Hochschulrecht und  
Hochschularbeitsrecht  
Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch  
Prof. Dr. Thomas Würtenberger  
Belfortstraße 20 (Rückgebäude)  
79098 Freiburg im Breisgau  
Internet: [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de)  
E-Mail: [odw@jura.uni-freiburg.de](mailto:odw@jura.uni-freiburg.de)  
Telefon: +49 761 203 9474

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2014

## Aufsätze

- I. *Thomas Würtenberger und Steffen Tanneberger* Biosicherheit und Forschungsfreiheit. Zu den Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG **1-10**
- II. *Manfred Löwisch und Sarah Tarantino* Sondervoten in Berufungsverfahren **11-18**
- III. *Volker Rieble* Plagiatverjährung. Zur Ersitzung des Doktorgrades **19-28**
- IV. *Anja Höfelmeier und Silja Vöneky* Rechtsfragen bei Forschungsaktivitäten über dem Festlandsockel der Arktis und Antarktis **43-54**
- V. *Max-Emanuel Geis* Franchising-Modelle im Recht der Mediziner Ausbildung **55-66**
- VI. *Volker M. Haug* Übertragung dualer Kooperationsstrukturen zwischen Wissenschaft und Wirtschaft auf nicht-duale Hochschulen **67-74**
- VII. *Manfred Löwisch und Tobias Mandler* Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätsklinik? **75-80**
- VIII. *Manfred Löwisch und Thomas Würtenberger* Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren **103-112**
- IX. *Michael Fehling* Neuorganisation der Polizeihochschulen und Wissenschaftsfreiheit **113-128**
- X. *Georg Sandberger* Kooperationen von staatlichen und nicht-staatlichen Einrichtungen im deutschen und internationalen Bildungsmarkt **129-144**
- XI. *Tim Wenniges* Wissenschaftliche Weiterbildung als Baustein der Personalentwicklung **145-150**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2014

## Aufsätze

- XII. Michael Fehling* Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation **179-214**
- XIII. Claus Dieter Classen* Die Zukunft der Fakultät als Grundeinheit der Universität **215-220**
- XIV. Tobias Mandler* Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG **221-236**

## Anmerkungen zur Rechtsprechung

- I. Cornelia Feldmann* Anordnungsgrund bei örtlichem Numerus Clausus. Hamburgisches OVG vom 15.8.2013, 3 NC 16/13 **29-34**
- II. Frank Wertheimer* Entfristung eines Professoren-Beamtenverhältnisses im Wege einstweiligen Anordnung – VG Potsdam vom 22.03.2013, VG 2 L 98/13 **81-88**
- III. Daniel Dommermuth-Alhäuser* Landesgesetze zur Befristung angestellter Hochschulprofessoren – BAG vom 11.09.2013, 7 AZR 843/11 **89-96**
- IV. Robert Brehm und Hartmut Maier* Rechtsfragen der Masterzulassung **151-164**
- V. Markus Bettecken* Die Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten wissenschaftlicher Mitarbeiter in Teilzeit bei der Stufenzuordnung nach dem TV-L – BAG 27.03.2014 – 6 AZR 571/12 **237-240**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2014

## **Buchvorstellungen**

- I. Christian Picker* Kommentierungen zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – ein Überblick **35-36**
- II. Jörg Stalleiken* Drittmittelforschung im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrecht **165-170**
- III. Ilse-Dore Gräf* Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten **241-246**

## **Berichte**

- I. Martina Becker* Der Reformvorschlag der Europäischen Kommission zur Forscher- und Studentenrichtlinie **37-40**
- II. Martina Becker* Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation **97-100**
- III. Jianhong Fan* Jurastudium in Macau **171-176**
- IV. Andreas Schubert* Legal Clinics und Pro Bono Studentische Rechtsberatung Freiburg e.V. **247-252**

## **Ausgegraben**

- I. Arthur Schopenhauer* Wider den Anonymus **41**
- II. Friedrich Nietzsche* Die fröhliche Wissenschaft **101-102**
- III, Erasmus von Rotterdam* Lob der Torheit **177-178**
- IV. Anträge der Universität München „die Organisation derselben betreffend“* Idee und Selbstbewusstsein des Professors **253-254**

ISSN 2197-9197



# Thomas Würtenberger und Steffen Tanneberger

## *Biosicherheit und Forschungsfreiheit.*

### *Zu den Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG*

#### ÜBERSICHT

##### *I. Vorüberlegung: Zur systematischen Anschlussfähigkeit der Biosicherheit*

- 1. Biosicherheit und Sicherheitsverfassung*
- 2. Biosicherheit und Risikodogmatik*

##### *II. Der Schutzbereich der Forschungsfreiheit*

##### *III. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Forschungsfreiheit*

- 1. Bestimmtheitsanforderungen an die Eingriffsgrundlagen*
- 2. Geeignetheit und Erforderlichkeit*
- 3. Angemessenheit und Eingriffsschwellen*
  - a. Forschungsverbote*
  - b. Publikationsverbote*

##### *IV. Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten*

Die Forschung am Vogelgrippevirus hat eine öffentliche Debatte um die sog. „Biosicherheit“ heraufbeschworen.<sup>1</sup> Diese nahm ihren Ausgang bei der Frage, ob die Publikation von Forschungsergebnissen zu unterbleiben habe, um einen Missbrauch durch Terroristen auszuschließen.<sup>2</sup> Als bald gerieten auch die Risiken der Forschung selbst in den Blick: Neben der ungewollten Freisetzung ggf. genetisch veränderter Viren, wurde auch hier ein terroristischer Zugriff besorgt: Das zu Forschungszwecken vorgehaltene Biomaterial – so die Befürchtung – könnte gezielt zur Verursachung von Pandemien und damit zur Erschütterung der politischen Ordnung verbreitet werden.<sup>3</sup>

Nun mag man über das Gefahrenpotenzial des nationalen und internationalen Terrorismus verschiedener Auffassung sein. Jedenfalls werden entsprechende Szenarien und Gegenmaßnahmen neuerdings unter den Schlagworten der „Biosicherheit“, bzw. „Biosecurity“<sup>4</sup> verhandelt, was nach dem verfassungsrechtlichen Rah-

men für die normative Ausgestaltung dieses Sachbereichs fragen lässt.<sup>5</sup> Dabei bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass diese Begriffe nicht solche des Verfassungsrechts sind, sondern allenfalls ungefähre Beschreibungen tatsächlicher Problemstellungen abgeben, die es erst mit verfassungsrechtlichen Kategorien zu erfassen gilt. Und doch liegt ein strategischer Zugewinn der genannten Begriffsbildungen in der Bündelung gleichgelagerter Konfliktlagen und Lösungsmöglichkeiten, was – so steht zu hoffen – die Herausbildung kohärenter verfassungsrechtlicher Maßstäbe erleichtern wird. Darüber hinaus mag die verfassungsrechtliche Begriffsbildung den Anschluss an die Nachbarwissenschaften begünstigen, in denen sich der Begriff der „Biosicherheit“ schon etabliert zu haben scheint.<sup>6</sup>

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der „Biosicherheit“ sind noch nicht geschrieben. Daher bietet es sich in diesem ersten Zugriff an, nach einer Referenzdogmatik zu suchen, um im Wege eines Wertungs- bzw. Dogmatiktransfers eine gewisse Orientierung zu erhalten und die Anschlussfähigkeit des so zu entwickelnden Teilverfassungsrechts sicherzustellen (dazu I.). Dabei wird für die Referenzdogmatik die Perspektive des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde zu legen, insoweit also eine „verfassungsgerichtspositivistische“ Perspektive einzunehmen sein.<sup>7</sup> Hingegen ist der Transfer dieser Maßstäbe auf die Biosicherheit konstruktiv.

Sodann ist nach dem Schutzbereich der Forschungsfreiheit zu fragen, der in Folge seiner schrankenlosen Gewährleistung in besonderer Weise den Versuchen einer restriktiven Interpretation ausgesetzt war (dazu II.). Auch insoweit soll im Ergebnis der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde gelegt, indes auch alternierende Vorschläge der Literatur diskutiert werden. Ein dritter Abschnitt wendet sich den verfassungs-

1 Vgl hierzu die öffentliche Anhörung des Deutschen Ethikrates am 24.04. 2012. Abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/anhoeungen/biosicherheit> [22.08.2013].

2 Vgl *Dickmann/Drosten/Becker*, Wir müssen die Risiken aushalten, FAZ 18.02.2012.

3 Vgl zu entsprechenden Szenarien etwa *Blawat*, Wo die Freiheit der Forschung aufhört, [sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de/wissen/streit-um-hn-studien-wo-die-freiheit-der-forschung-aufhoert-1.1225586) vom 3.12.2011, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wissen/streit-um-hn-studien-wo-die-freiheit-der-forschung-aufhoert-1.1225586> [22.08.2013].

4 Die „Biosecurity“ wird regelmäßig der „Biosafety“ gegenüber gestellt, wobei nach der Ursache der befürchteten Freisetzung von Bioorganismen unterschieden wird: „Biosecurity“ meint den Schutz vor ingerenten Zugriffen Dritter, indes zielt „Biosafety“

auf die Verhinderung ungewollter Ausbreitungen ab. Vgl hierzu *Teetzmann*, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, im Erscheinen, S 15 f mwN; *Schmidt*, in: Pühler u. A. (Hg), Synthetische Biologie, 2011, S 111.

5 Die „Biosecurity“ hat im Unterschied zur „Biosafety“ bislang nur punktuell spezialgesetzliche Normierung erfahren. Vgl hierzu die Nachweise bei *Teetzmann*, aaO, S 18 ff.

6 Zur Funktion derartiger „Brückenbegriffe“ am Beispiel der „Verantwortung“ *Trute*, in: Schuppert (Hg), Jenseits von Privatisierung und „schlanken“ Staat, 2009, S 13.

7 Kritisch zum „Verfassungsgerichtspositivismus“ *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989) 161, 163.

immanenten Schranken der Forschungsfreiheit zu. Dabei wird insbesondere nach den Eingriffsschwellen, den Gefährdungs- und Risikosituationen zu fragen sein, die Eingriffe in die Forschungsfreiheit zu rechtfertigen vermögen.

Die Bestimmung der verfassungsimmanenten Schranken der Forschungsfreiheit leitet bereits zu der Reichweite der staatlichen Schutzpflichten über (vgl. IV.): Muss der Staat auch alle Begrenzungsmöglichkeiten der Forschungsfreiheit ausschöpfen, die ihm verfassungsrechtlich zu Gebote stehen? Wann verdichten sich die staatlichen Schutzpflichten zu einem – möglicherweise einklagbaren – subjektiven Recht des Bürgers?

### I. Vorüberlegung: Zur systematischen Anschlussfähigkeit der Biosicherheit

Entsprechend des eingangs Gesagten ist in einem ersten Zugriff die systematisch-inhaltliche Anschlussfähigkeit der Biosicherheit an verfassungsgerichtliche Ausdifferenzierungen des Grundrechtsschutzes zu klären:

#### 1. Biosicherheit und Sicherheitsverfassung

Mit den eingangs beschriebenen Risikolagen und den zu ihrer Abwehr angedachten Maßnahmen gerät auch die Forschungsfreiheit in das Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, das binnen der letzten Dekade vom Bundesverfassungsgericht in einer beeindruckenden Rechtsprechung ausgemessen wurde. Dabei hatte der Erste Senat eine ganze Sicherheitsverfassung geschaffen, an der sich neue Eingriffsbefugnisse – etwa die Telekommunikationsüberwachung,<sup>8</sup> die Wohnraumüberwachung,<sup>9</sup> die Rasterfahndung,<sup>10</sup> die automatisierte Kennzeichenerfassung<sup>11</sup> oder die Vorratsdatenspeicherung<sup>12</sup> – messen lassen mussten. Da die Biosicherheit – gleich den eben genannten Instrumenten – auf den Schutz vor terroristischen Anschlägen abzielt, liegt auf den ersten Blick eine Übertragung dieser Maßstäbe der Sicherheitsverfassung nahe.

Allerdings ist zu sehen, dass diese Sicherheitsverfassung ausgehend von Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht nebst seinen speziellen Ausprägungen in Art. 10 Abs. 1 GG, bzw. Art. 13 Abs. 1 GG ent-

faltet wurde.<sup>13</sup> Unmittelbare Aussagen über die Beschränkbarkeit der Forschungsfreiheit lassen sich dort nicht finden. Zu fragen bleibt aber, ob sich dogmatische Argumentationsfiguren bzw. grundlegende Wertentscheidungen auf den vorliegenden Kontext übertragen lassen. Hiergegen spricht, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner dezidiert liberalen Sicherheitsverfassung besonderen grundrechtlichen Gefährdungslagen begegnen wollte, die in Ansehung der Forschungsfreiheit nicht bestehen. So befürchtete der Erste Senat angesichts anlassloser,<sup>14</sup> weit gestreuter,<sup>15</sup> vor allem aber heimlicher<sup>16</sup> (Überwachungs-) Maßnahmen Einschüchterungswirkungen<sup>17</sup> bei den Bürgern und in der Folge eine Erosion der psychologischen Grundrechtsvoraussetzungen eines unbefangenen Freiheitsgebrauchs.<sup>18</sup> Daraus wiederum leitete der Senat eine besondere Schwere der Eingriffe ab und gelangte in der Folge zu akzentuierten Rechtfertigungsvoraussetzungen.<sup>19</sup>

Dieser Begründungsstrang lässt sich auf die vorliegend in Rede stehenden Eingriffe in die Forschungsfreiheit nicht übertragen, weil diese keine Einschüchterungswirkungen und damit keine Verkürzungen der subjektiven Grundrechtsvoraussetzungen besorgen lassen. Es handelt sich um Sachrecht, nicht um Ermittlungsbefugnisse. Dementsprechend sind diese Eingriffe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weder anlasslos, noch weit gestreut, noch heimlich. Schließlich sind auch die betroffenen Wissenschaftler und die potentiellen Täter nicht personenidentisch. Zwar mag dies für die eingangs genannten sicherheitsrechtlichen Instrumente in Konstellationen der Drittbetroffenheit<sup>20</sup> ebenso gelten, allerdings sind insoweit die Grenzen fließend: Der zunächst Unverdächtige mag Verdächtiger werden und so in das Fadenkreuz der Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsbehörden geraten.

Entsprechende Szenarien sind mit Blick auf die betroffenen Wissenschaftler nicht ernsthaft zu besorgen, zumal hier funktionale Grenzen insoweit bestehen, als die entsprechenden Eingriffe durch die Wissenschaftsministerien bzw. Hochschulverwaltungen, ggf. auch durch Ethikkommissionen, nicht aber durch Sicherheitsbehörden vorgenommen werden. Schließlich eignet der Wissenschaftsfreiheit keine den genannten Infor-

8 BVerfGE 100, 313; 113, 348.

9 BVerfGE 109, 279.

10 BVerfGE 115, 320.

11 BVerfGE 120, 378.

12 BVerfGE 125, 260.

13 Vgl hierzu *Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, § 9, im Erscheinen.

14 Vgl BVerfGE 113, 29 (46); 120, 378 (402).

15 BVerfGE 107, 299, 328; 120, 274, 323; 120, 378, 402.

16 BVerfGE 107, 299, 328; 109, 279, 354 f; 120, 378, 403.

17 BVerfGE 107, 299, 320, 328; 109, 279, 354 f; 113, 348, 383; 115, 320, 354 f; 120, 274, 323; 120, 378, 402; 122, 342, 369, 371; 125, 260, 320.

18 Hierzu *Tanneberger*, aaO, § 10 II 4.

19 Vgl *Tanneberger*, aaO, § 10 II 2, § 11 III 3, 4.

20 Hierzu *Tanneberger*, aaO, § 11 III 4 e bb ggg.

mationsgrundrechten vergleichbare Persönlichkeitsrelevanz, was dem psychologisierenden Ansatz des Bundesverfassungsgerichts vieles seiner Plausibilität nimmt.

Nach alledem kommt ein unmittelbarer Transfer der verfassungsgerichtlichen Sicherheitsverfassung auf die „Biosecurity“ in ihrem Kern nicht in Betracht. Dies schließt nicht aus, gewisse Anleihen, etwa im Bereich der Eingriffsschwellen, oder aber in Ansehung der Bestimmtheitsanforderungen zu nehmen. So kann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen werden, wenn es um sicherheitsrechtliche Gefahrenprognosen bei der Einschränkung von Grundrechten, um sicherheitsrechtliche Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips oder um den staatlichen Auftrag, Leben und Gesundheit vor terroristischen oder kriminellen Gefährdungen zu schützen, geht. Gerade in diesen Bereichen hat das Bundesverfassungsgericht weitreichende Abwägungsdirektiven und Argumentationsmuster entwickelt, die auch im Bereich der Biosicherheit die Argumentation anleiten mögen.

## 2. Biosicherheit und Risikodogmatik

Forschungsverbote, die darauf abzielen, nachteilige Folgen der Forschungstätigkeit oder erst der Forschungsergebnisse auszuschließen, setzen weit im Vorfeld konkreter Gefahren für die zu schützenden Rechtsgüter an. Es handelt sich damit um Ausprägungen der Risikoversorge, die die Rechtswissenschaft seit nunmehr gut drei Jahrzehnten beschäftigt.<sup>21</sup> Diese mit großem theoretischem Aufwand geführte Debatte kann an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden.<sup>22</sup> Vielmehr soll sich dieser Beitrag entsprechend seiner Zielsetzung auf die einschlägigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts fokussieren. Dieses hat sich in zwei komplementären Rechtsprechungssträngen der Risikodogmatik sowohl aus grundrechtlicher Abwehr als auch aus Schutzpflichtenperspektive

genähert, ohne dabei den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers über Gebühr zu beschneiden.<sup>23</sup> So ist der Gesetzgeber im Grundsatz nicht gehindert, bereits auf bestehende Risiken für Rechtsgüter hin tätig zu werden, wie er aber nur in äußerst engen Grenzen zur Abwehr von Risiken verpflichtet werden kann. Darauf wird zurückzukommen sein. An dieser Stelle soll die Feststellung genügen, dass die verfassungsgerichtliche Referenzmasse der Biosicherheit in erster Linie im Bereich der grundrechtlichen Risikodogmatik, in zweiter Linie in der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Sicherheitsverfassung zu suchen ist.

## II. Der Schutzbereich der Forschungsfreiheit

Die Forschungsfreiheit steht in der Tradition des Wissenschaftsoptimismus des 18. und 19. Jahrhunderts.<sup>24</sup> Von den Erkenntnissen wissenschaftlichen Fortschritts erhoffte man eine Verbesserung der sozialen und ökonomischen Verhältnisse und damit einen Aufbruch in eine bessere Zukunft.<sup>25</sup> Und in der Tat beflügelte eben diese – immer wieder politischen Repressionen ausgesetzt<sup>26</sup> – Staatsferne und Selbstverantwortung wissenschaftlicher Forschung ihre Erkenntnisleistungen und verschaffte damit dem zivilisatorischen Fortschritt unerlässliche Impulse.<sup>27</sup>

Nach der Negation der Wissenschaftsfreiheit im Nationalsozialismus<sup>28</sup> hat diese in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eine akzentuierte, da schrankenlose<sup>29</sup> Garantie erfahren:<sup>30</sup> „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“. Das Bundesverfassungsgericht begreift die Wissenschaft als Oberbegriff von Forschung und Lehre.<sup>31</sup> Der sachliche Schutzbereich der Forschungsfreiheit als der ernsthafte und planmäßige Versuch der Wahrheitsermittlung umfasst „insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des

21 Grundlegend *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.

22 Zusammenfassend *Jaekel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010.

23 Hierzu *Vofskuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1, 5 ff.

24 Hierzu *Schmidt*, Die Freiheit der Wissenschaft, 1929, S 23 ff, und insbes 43 ff. Allgemein zur historischen Entwicklung auch *Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl, Band VII, 2009, § 166, Rn 4 ff.

25 Vgl etwa *Fichte*, Einige Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten, 1794, S 84: „Von dem Fortgange der Wissenschaft hängt unmittelbar der Fortgang des Menschengeschlechtes ab. Wer jenen aufhält, hält diesen auf“. Vgl weiter *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65, 2006, S 146, 169 ff.

26 Vgl zur Bedrängung der Wissenschaftsfreiheit in Restauration

und Vormärz *Oppermann*, Freiheit von Wissenschaft und Lehre, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl, Band VI, 2001, § 145 Rn 3.

27 Vgl auch BVerfGE 128, 1, 87. Zur Bedeutung der Forschung für die heutige Volkswirtschaft *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: *Merten/Papier* (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 1.

28 Vgl etwa *Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 1939, S 482.

29 Der Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs 3 S 2 GG bezieht sich ausweislich seines Wortlauts alleine auf die Lehre, nicht auch die Forschung. Hierzu *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl 2008, § 26, Rn 102.

30 Dabei mag überraschen, dass die Exzesse der Forschung in der Zeit des Nationalsozialismus augenscheinlich keine Veranlassung gaben, der Forschungsfreiheit im Grundgesetz ausdrückliche Grenzen zu setzen.

31 BVerfGE 35, 79, 112. Ähnlich nunmehr BVerfGE 128, 1, 40 mwN.

Forschungsergebnisses und seiner Verbreitung<sup>32</sup>.<sup>32</sup> Dabei ist die Publizität der Erkenntnisse nicht ein irgendwie gearteter Annex der Forschungsfreiheit, sondern dieser geradezu inhärent: Wissenschaftliche Forschung basiert auf Prozessen interindividueller Sinnvermittlung,<sup>33</sup> ja sie ist gerade als ein spezifisches Kommunikationssystem zu verstehen, das auf einen kritischen und dialogischen Erkenntniszugewinn abzielt.<sup>34</sup>

In personaler Hinsicht umfasst der Schutzbereich der Forschungsfreiheit nicht nur die staatlichen und privaten Universitäten, sondern auch privatwirtschaftliche Unternehmen, darüber hinaus jeden privaten Forscher.<sup>35</sup>

Nach dem Gesagten gewährleistet Art. 5 Abs. 3 GG die Forschungsfreiheit vorbehaltlos.<sup>36</sup> Damit ist die Frage aufgeworfen, ob sie mit Blick auf ihre sozialen, ökologischen oder sicherheitsrelevanten Folgen gleichwohl begrenzt werden kann. Im Grundsatz stehen hierfür zwei dogmatisch gangbare, durchaus kommensurable Wege offen.<sup>37</sup> Nach überkommener Methode mag man die durch die Forschung nachteilig betroffenen Interessen mit einem Verfassungsgut identifizieren und dieses in Abwägung mit der Forschungsfreiheit zur Konkordanz bringen.<sup>38</sup> Oder aber man umgeht die solcherart aufgeworfenen Rechtfertigungs- und Begründungslasten durch eine restriktive Schutzbereichsdefinition, die eine Kollision mit Drittinteressen bzw. anderen Verfassungsgarantien gar nicht erst aufkommen lässt.<sup>39</sup>

Eine solche restriktive bzw. funktionale Bestimmung der Schutzbereiche wurde in der Literatur wiederholt verfochten<sup>40</sup> und auch in der Rechtsprechung des Bun-

desverfassungsgerichts waren – wenngleich nicht in Ansehung der Forschungsfreiheit – zwischenzeitlich entsprechende Tendenzen auszumachen.<sup>41</sup> Die Chance dieses (Neu-)Ansatzes liegt in einer Reeffektuierung der grundgesetzlichen Schrankensystematik, die im Zuge des vorherrschenden Abwägungsparadigmas weitgehend nivelliert wurde.<sup>42</sup> In funktioneller Hinsicht führte eine restriktive Schutzbereichsdefinition zu Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers, das Bundesverfassungsgericht wäre wohl weitaus seltener – dann aber unter akzentuierter Beachtung der grundgesetzlichen Schrankensystematik – zur Entscheidung berufen. Freilich stehen diesen Chancen auch erhebliche Risiken für die Grundrechtsdogmatik gegenüber, wie gerade ein Blick auf die – im Ergebnis fehlgehende – Umsetzung dieses Ansatzes in der Osho- bzw. der Glykolentscheidung des Bundesverfassungsgerichts belegt.<sup>43</sup> Jedenfalls wird der für sich genommen plausible Gedanke einer engen Schutzbereichsdefinition überstrapaziert, wenn genuine Abwägungsfragen auf Schutzbereichsebene verhandelt werden.

Teils in Umsetzung, teils in Vorwegnahme der eben vorgestellten Neuakzentuierung der Grundrechtsdogmatik wurde und wird der Schutzbereich der Forschungsfreiheit von zahlreichen Stimmen in der Literatur<sup>44</sup> ganz erheblich beschränkt.<sup>45</sup>

So etwa soll Art. 5 Abs. 3 GG immanent durch den Vorbehalt verantwortlichen Freiheitsgebrauchs begrenzt sein.<sup>46</sup> Eine solche „ethische Limitation“<sup>47</sup> des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 3 GG ist freilich abzulehnen, weil

32 BVerfGE 35, 79, 112. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 26, Rn 85; Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 11.

33 Scholz, in: Maunz/Dürig, 67. EGL, 2013, Art 5 Abs 3, Rn 180.

34 Vgl dazu das Sondervotum Simon/Rupp-v. Brünneck, BVerfGE 35, 79, 156.

35 BVerfGE 35, 79, 111 f; 88, 129, 136; 126, 1, 19. Hierzu Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 18 ff.

36 Zu - systematisch fehlgehenden - Ansätzen, die Schranken der Art 5 Abs 2 GG bzw des Art 2 Abs 1 GG auf Art 5 Abs 3 GG zu übertragen, R. Dreier, Forschungsbegrenzung als verfassungsrechtliches Problem, DVBl 1980, 471, 472 f.

37 Vgl Merten, Immanente Schranken und verfassungsunmittelbare Grenzen, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band III, 2009, § 60 Rn 12.

38 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 7 Rn 37 ff. Vgl für die Wissenschaftsfreiheit BVerfGE 128, 1, 41.

39 Hierzu Zippelius/Würtenberger, aaO, § 19 Rn 6 f, 11 ff.

40 Vgl etwa Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2003), 165 (174 ff); Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203.

41 Vgl BVerfGE 104, 92, 104 f - Sitzblockaden III; 105, 252, 273 - Glykol 105, 279 - Osho. Hierzu Murswiek, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, Der Staat 45 (2006), 473 (479 ff).

42 Murswiek, aaO, 477, 500.

43 Hierzu Murswiek, aaO, 491 ff.

44 Grundlegend Wahl, Forschungs- und Anwendungskontrolle technischen Fortschritts als Staatsaufgabe? – dargestellt am Beispiel der Gentechnik, UTR 14 (1991), 7, 33 ff; R. Dreier, Forschungsbegrenzung als verfassungsrechtliches Problem, DVBl 1980, 471, 473. Vgl auch die umfangreichen Nachweise bei Ruffert, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006) 142, 174, Fn 129.

45 Ausführlich hierzu Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 15.

46 Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, 400ff. Ablehnend Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 159; Wagner, Forschungsfreiheit und Regulierungsdichte, NVwZ 1998, 1235, 1237.

47 Vgl Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S 509.

sie zu einer grundrechtsdogmatisch überaus problematischen Diffusion von Recht und Ethik führt.<sup>48</sup> Dies gilt umso mehr, als durch neue Forschungszweige schwierige ethische Fragen aufgeworfen werden, für die sich eine allgemeine – oder doch mindestens überwiegend – anerkannte ethische Bewertung (noch) nicht herausgebildet hat.<sup>49</sup> Vielmehr sind die Schranken der Forschungsfreiheit durch prozedural legitimierte Recht zu konturieren, wie es sich als das Ergebnis eines offenen normativen Diskurses darstellt.<sup>50</sup>

Ein weiterer Ansatz will den Schutzbereich der Forschungsfreiheit auf die Fragestellung,<sup>51</sup> bzw. die geistige Leistung des Wissenschaftlers reduzieren.<sup>52</sup> Damit ginge freilich eine erhebliche Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit gerade im Bereich der Naturwissenschaft einher,<sup>53</sup> die ohne Experimente gar nicht gedacht werden kann. Überdies ist das Verständnis der modernen (Natur-)Wissenschaft auf das engste mit dem auf Galileo Galilei zurückgehenden planmäßigen Experimentieren verknüpft<sup>54</sup> und es bedürfte mehr als Opportunitätserwägungen<sup>55</sup> oder eines pauschalen Bestreitens ihrer gesellschaftsnützlichen Bedeutung,<sup>56</sup> um die Forschung i. S. d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG aus diesem überkommenen Begriffsverständnis hinauzuweisen. Dies gilt umso mehr, als sich gerade für die Naturwissenschaften unter dem Eindruck einer zeitgeistigen Wissenschaftsskepsis eine besondere Gefährdungslage und damit eine besondere

Schutzbedürftigkeit abzeichnet.<sup>57</sup> Der beschriebene Einbruch in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit ist daher abzulehnen.<sup>58</sup>

Nach anderer Ansicht sollen Forschungen, die potentiell zu Beeinträchtigungen der Gesundheit bzw. sonstigen Rechtsgütern Dritter führen können, von vornherein nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG unterfallen.<sup>59</sup> Dieser Auffassung ist insoweit beizutreten, als sich eine gezielte Beeinträchtigung der von der Verfassung vorausgesetzten Güterordnung nicht auf grundrechtlichen Schutz berufen kann. Exemplarisch ist hier der eigenmächtige Zugriff des sog. „Sprayers aus Zürich“ auf fremdes Eigentum, dem das Bundesverfassungsgericht zur Recht eine Berufung auf die Kunstfreiheit versagte.<sup>60</sup> Indes liegen die vorliegenden Konstellationen anders, denn der Forschung ist es nicht darum zu tun, gegen den Willen der Berechtigten final auf fremde Rechtsgüter zuzugreifen, etwa Haustiere gegen den Willen der Eigentümer für Tierversuche heranzuziehen. Vielmehr ergeben sich die möglichen Beeinträchtigungen Dritter aus mittelbaren, zudem höchst ungewollten Zwischenfällen, denen wiederum beachtliche Chancen für den Rechtsgüterschutz gegenüber stehen. Damit aber greift es zu kurz, den Schutzbereich der Forschungsfreiheit pauschal unter Verweis auf (mögliche!) Grundrechtsingenzen Dritter zu verneinen, wie nicht zuletzt ein Vergleich mit dem „Referenzgrundrecht“<sup>61</sup> der

48 Dieser Kritik steht nicht entgegen, dass die Grundrechte des GG auch als eine Wertordnung und damit als ein ethisches Programm verstanden werden können, mithin vielfältige Wechselwirkungen und Abhängigkeiten zwischen Recht und Ethik bestehen. Entscheidend ist, dass ethische Richtigkeitsvorstellungen nur dann und nur insoweit Eingang in juristische Argumentationszusammenhänge finden können, als sie von der Rechtsordnung anerkannt, d. h. positiviert wurden. Zusammenfassend hierzu Vöneky, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, S 104 ff.

49 Zudem ist zweifelhaft, ob sich in einem pluralen Gemeinwesen überhaupt allgemeine ethische Grundüberzeugungen hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Forschungsvorhaben herausbilden können. Allgemein zu diesem Problem Vöneky, aaO, S 65 ff.

50 Dabei besteht das Problem, dass der – auch hier – verfochtenen „Abwägungslösung“ die Tendenz eignet, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers stark zu verengen. Allerdings ist das nicht notwendige Folge der hier geforderten gesetzlichen Bestimmung der Grundrechtsschranken, wie auch umgekehrt, die ethische Limitation von Schutzbereichen zu einer verstärkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle herausfordern mag.

51 Vgl. *Wahl*, *Forschungs- und Anwendungskontrolle technischer Fortschritte als Staatsaufgabe?* – dargestellt am Beispiel der Gentechnik, UTR 14 (1991) 7, 34 f.

52 So wohl *Waechter*, *Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen*, *Der Staat*, 30 (1991) 19, 45 unter Verweis auf *Köttgen*, *Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität*, in: Neumann uA (Hg), *Die Grundrechte*, Band 2 (1954) S 291, 296 ff. Für eine entsprechend restriktives Verständnis bereits *Smend*, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, VVDStRL 4 (1928) 44, 66.

53 Dies wird von den Verfechtern des dargestellten engen Wissen-

schaftsbegriffs nicht verkannt, jedoch hingenommen, weil die Wissenschaft „keinen rechtlichen Sonderstatus beanspruchen kann“, *Köttgen*, aaO, S 298. Daran ist richtig, dass eine gezielte Inanspruchnahme fremder Rechtspositionen nicht unter Hinweis auf die Wissenschaftsfreiheit zurechtfertigen ist, dazu sogleich. Allerdings fordert dieser Gedanke nicht, den Schutzbereich der Forschungsfreiheit bis zur Unkenntlichkeit zu beschneiden.

54 Vgl. *Rattner/Danzer*, *Galileo Galilei und die Begründung der neuzeitlichen Naturwissenschaft*, in: *Dies*, *Die Geburt des modernen europäischen Menschen in der italienischen Renaissance 1350-1600*, 2004, S 267 ff.

55 *Köttgen*, *Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität*, in: Neumann uA (Hg), *Die Grundrechte*, Band 2, 1954, S 291, 299.

56 Vgl. aber *Waechter*, *Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen*, *Der Staat*, 30 (1991) 19, 46.

57 *Wagner*, *Forschungsfreiheit und Regulierungsdichte*, NVwZ 1998, 1235, 1238. Anschaulich etwa *Waechter*, aaO, S 45 f, der – methodisch zweifelhaft – gerade die zeitgeistige Geringschätzung der Wissenschaft als Argument für ein restriktives Begriffsverständnis heranzieht: „Wenn ein glücklicher Ausgang dieses Fortgangs [des wissenschaftlichen Fortschritts] nicht mehr gewiss geglaubt wird, ist Wissenschaft in eine Position gewachsen, die sie nicht mehr privilegierungsfähig macht“.

58 So auch *Wagner*, aaO, S 1237 f.

59 Vgl. *Mager*, *Freiheit von Forschung und Lehre*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Band VII, 2009, § 166 Rn 13 mwN.

60 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1984, 1293, 1294.

61 Zu diesem Konzept *Ruffert*, *Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, VVDStRL 65 (2006) 146, 161.

Kunstfreiheit belegt: Auch dort würde niemand den grundrechtlichen Schutz versagen wollen, weil Darstellungen – über die intendierte Provokation hinaus – in Einzelfällen pathologische Erschütterungen des Publikums hervorrufen mögen.<sup>62</sup>

Dementsprechend ist die grundrechtsdogmatische Abbeugung, gezielte Inanspruchnahmen fremder Rechtspositionen von vornherein aus dem Schutzbereich auszuschließen, nicht auf Fälle zu übertragen, in denen nur Risiken für die Grundrechte Dritter begründet werden, deren Hinnehmbarkeit schwierige Prognose- und Abwägungsfragen aufwirft.<sup>63</sup>

Demgegenüber ließe sich allenfalls argumentieren, dass auch im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung entsprechende Prognose- und Wertungsfragen abgearbeitet werden können. Freilich erschließt sich der dogmatische Zugewinn einer solchen Problemverschiebung von der Rechtfertigungs- auf die Schutzbereichsebene nicht, im Gegenteil: Würde der Schutzbereich der speziellen Forschungsfreiheit in Folge einer Abwägung verneint, so wäre der Eingriff an subsidiären Grundrechtsgarantien, etwa Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG zu messen. Dies führte zu einer Komplizierung der Grundrechtsprüfung, möglicherweise auch zu einer Absenkung des grundrechtlichen Schutzes wissenschaftlicher Forschung, weil die Abwägungen auf Schutzbereichsebene jene auf Eingriffsebene nicht ersetzen kann.<sup>64</sup>

Damit bleibt mit dem Bundesverfassungsgericht daran festzuhalten, dass Art. 5 Abs. 3 GG – von den genannten Evidenzfällen abgesehen – die Forschungsfreiheit umfassend schützt.<sup>65</sup> Dies gilt selbst dann, wenn die Forschung Risiken für Leben und Gesundheit Dritter begründen mag.<sup>66</sup>

### III. Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Forschungsfreiheit

Die Forschungsfreiheit ist nach Art. 5 Abs. 3 GG schrankenlos gewährleistet, unterliegt aber gleichwohl verfassungsimmanenten Schranken, die der gesetzgeberischen Ausgestaltung bedürfen.<sup>67</sup> Dabei sind die zu Grunde liegenden Grundrechtskollisionen „unter Rückgriff auf weitere einschlägige verfassungsrechtliche Bestimmungen und Prinzipien sowie auf den Grundsatz der praktischen Konkordanz durch Verfassungsauslegung zu lösen“.<sup>68</sup> Hierbei kommt der Wissenschaftsfreiheit nicht schlechthin der Vorrang gegenüber anderen Verfassungswerten, etwa Leben und Gesundheit, zu.<sup>69</sup> Freilich wird im Einzelfall vieles von Art und Schwere der Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit abhängen: Diese reichen phänomenologisch von den bereits bestehenden Ausübungs- und Rahmenregelungen,<sup>70</sup> etwa Anzeigepflichten beim Umgang mit Krankheitserregern,<sup>71</sup> über die derzeit diskutierten Publikations- bis hin zu sektoralen Forschungsverböten.

#### 1. Bestimmtheitsanforderungen an die Eingriffsgrundlagen

Die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz steigen mit zunehmender Eingriffsintensität.<sup>72</sup> Für Publikations- und Forschungsverbote als besonders schwere Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit mag man sich an den Bestimmtheitsanforderungen orientieren, die das Bundesverfassungsgericht im Bereich der Sicherheitsverfassung für intensive Grundrechtseingriffe eingefordert hat. Demnach sind entsprechende Begrenzungen der Forschung an gefährlichen Viren durch den Gesetz-

62 Vgl etwa zur Düsseldorfer Tannhäuser-Inszenierung, die eine psychologische Betreuung des Publikums erforderlich machte, „Erste Hilfe“, faz.net vom 09.05.2013. Abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buehne-und-konzert/rheinoper-setzt-tannhaeuser-ab-erste-hilfe-12177705.html> [22.08.2013].

63 Im Ergebnis auch BVerfGE 128, 1, 40.

64 Vgl Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 15; Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004) 167, 192 f.

65 Auch das BVerfG geht davon aus, dass Missbrauchsbeschränkungen auf Rechtfertigungsebene zu bewältigen sind, BVerfGE 85, 386, 397. Daraus lässt sich verallgemeinernd der Schluss ziehen, dass das BVerfG Beschränkungen der Forschungsfreiheit auf Rechtfertigungsebene verhandeln will. Hierzu Losch/Radau, Forschungsverantwortung als Verfahrensaufgabe, NVwZ 2003, 390, 393. Vgl weiter Löwer, aaO, § 99 Rn 15.

66 Vgl BVerfGE 128, 1, 40. Dort freilich mit dem Zusatz: „Dies gilt

jedenfalls für die experimentelle Forschung an Universitäten“. Ob damit eine Schutzbereichsbeschränkung ernsthaft in Erwägung gezogen wurde, scheint zweifelhaft. Näher liegt, dass der Senat seine Ausführungen zum Schutzbereich auf das durch die Fallentscheidung Veranlasste beschränken wollte. So auch Dederer, Verfassungskonforme Übermaßregulierung der „Grünen Gentechnik“, Jura 2012, 218, 221.

67 Vgl zuletzt BVerfGE 128, 1, 41 mwN.

68 BVerfGE 128, 1, 41.

69 BVerfGE 47, 327, 369. Vgl der Sache nach insbesondere auch BVerfGE 128, 1.

70 Eine detaillierte Zusammenstellung entsprechender Normen findet sich in der verdienstvollen Untersuchung von Teetzmann, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, im Erscheinen, S 18 ff.

71 Vgl etwa § 44 IfSG.

72 BVerfGE 110, 33, 55; 120, 378, 408; 125, 260, 328.

geber normenklar und bereichsspezifisch zu regeln,<sup>73</sup> sie dürfen im Kern nicht der Abwägung der Kontrollbehörden überlassen bleiben.<sup>74</sup> Dies schließt es freilich nicht aus, dass im Einzelfall den Behörden wegen der Komplexität der zu beurteilenden Sachfragen ein nicht gänzlich durch einfaches Recht determinierter Entscheidungsspielraum verbleibt.

Hingegen sind bei äußeren Begrenzungen der Forschungsfreiheit, Schrankenbestimmungen mithin, weit aus geringere Anforderungen zu stellen. Damit werden zugleich der Selbstorganisation der Wissenschaft, der gerade für die Formulierung der technischen Standards eine besondere Sachkompetenz zuzusprechen ist, die notwendigen Freiräume belassen.

## 2. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Nach allgemeiner Verhältnismäßigkeitsdogmatik müssen Eingriffe in die Forschungsfreiheit geeignet sein, den Schutz – vorliegend – von Leben und Gesundheit zu fördern. Davon ist mit Blick auf Forschungs- und Publikationsverbote im Ergebnis auszugehen, wenngleich gewisse Bedenken nicht von der Hand zu weisen sind. So mögen Forschungsverbote eine Exilierung der entsprechenden Forschung in das Ausland bedingen, was angesichts der dort oftmals niedrigeren Sicherheitsstandards und der vielfach beschworenen pandemischen Verbreitung von Infektionskrankheiten den Nutzen dieser Maßnahmen fraglich werden lässt. Erheblicher noch sind die Einwände gegen Publikationsverbote.<sup>75</sup> Diese mögen zwar zwischenzeitlich eine Kenntniserlangung unbefugter Dritter verhindern bzw. erschweren, indes werden sich die entsprechenden Erkenntnisse kaum dauerhaft geheim halten lassen.

Indes fordert die Geeignetheit eine solche optimale Zweckerreichung nach dem zutreffenden Verständnis des Bundesverfassungsgerichts nicht. Vielmehr genügt es, wenn durch die fragliche Maßnahme „der erstrebte Erfolg gefördert werden kann“.<sup>76</sup> Hierfür reicht es aus „wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung besteht“, d.h. die fraglichen Maßnahmen „nicht von vornherein untauglich sind“.<sup>77</sup> Das Regelungsziel muss nicht „in jedem Einzelfall tatsächlich erreicht“ werden.<sup>78</sup>

Insgesamt kommt damit dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Geeignetheit ein weiter Einschätzungsspielraum zu.<sup>79</sup>

Dementsprechend wäre gegen die Einschätzung des Gesetzgebers, ein nationales Forschungs- oder Publikationsverbot diene dem Lebens- und Gesundheitsschutz, nichts zu erinnern. Entsprechendes hat – wenngleich hier vieles von den Umständen des Einzelfalls abhängen wird – für die normative Ausgestaltung des Forschungsrahmens, verstanden als den äußeren Bedingungen der Forschungstätigkeit, zu gelten: Anzeigeverpflichtungen oder etwa technische Standards bei der Arbeit mit bestimmten Erregern sind regelmäßig geeignet, dem Schutz von Leben und Gesundheit zu dienen.

Gleiches hat im Grundsatz für die Erforderlichkeit zu gelten. Auch und gerade in Ansehung von Forschungs- und Publikationsverboten sind keine milderen Maßnahmen ersichtlich, die in entsprechend effektiver Weise dem Schutz von Leben und Gesundheit dienen würden.

## 3. Angemessenheit und Eingriffsschwellen

Die Angemessenheit ist gewahrt, wenn „die Schwere der gesetzgeberischen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht“.<sup>80</sup> In diese Gesamtabwägung sind drei Parameter einzustellen:<sup>81</sup> Die Intensität des Eingriffs in die Forschungsfreiheit, das Gewicht der verfolgten Gemeinwohlinteressen, vorliegend der Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und schließlich die Eingriffsschwellen, d.h. die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung. Diese für die Angemessenheitsprüfung relevanten Parameter sind nach Maßgabe der sog. „Jedesto-Formel“ zur Konkordanz zu bringen.<sup>82</sup>

Dementsprechend vollzieht sich die Abwägung vorliegend nicht im binären Schema von Schutzbereich und Eingriffsrechtfertigung, vielmehr sind in einem mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis<sup>83</sup> verschiedene Grundrechte verschiedener Grundrechtsträger möglichst freiheitsschonend zuzuordnen. Eine zusätzliche Komplizierung erfährt die dabei vorzunehmende Abwägung durch die Unbestimmtheiten ihrer Tatsachen-

73 Zur Generalklauselresistenz der Wissenschaftsfreiheit Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 99 Rn 33.

74 So im Bereich der Sicherheitsverfassung BVerfGE 110, 33, 52 ff, 113, 348, 375 ff; 120, 378, 407 f, 423.

75 Zu den hier nicht weiter zu verfolgenden rechtlichen Grundlagen derartiger Publikationsverbote Calliess, Verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf die Regulierung des Exports von Wissen: Von der Gefahrenabwehr zur Risikoversorge, Typoskript.

76 Für die Sicherheitsverfassung BVerfGE 109, 279, 336. Inhaltlich ebenso BVerfGE 115, 320, 345; 125, 260, 317 f.

77 BVerfGE 100, 313, 373.

78 BVerfGE 125, 260, 317.

79 BVerfGE 109, 279, 336; 120, 274, 320.

80 BVerfGE 120, 378, 438: „sRSpr“.

81 Vgl zur Sicherheitsverfassung des BVerfG, gleichwohl für den vorliegenden Sachbereich von Interesse Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, § 11 III 4 e bb.

82 Vgl BVerfGE 115, 320, 360 f; 120, 378, 429.

83 Vgl Calliess, Verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf die Regulierung des Exports von Wissen: Von der Gefahrenabwehr zur Risikoversorge, Typoskript, S 8 ff.

grundlage. So lassen sich die – vielerlei Kontingenzen unterworfenen – Risiken ihrem Wesen gemäß schwerlich fassen, weshalb auch diese Unbestimmtheiten auf Abwägungsebene verarbeitet werden müssen.

Anhaltspunkte für das Ergebnis dieser Gewichtung ergeben sich aus der Gentechnikentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>84</sup> Auch dort war in Ansehung von Freilandversuchen mit genmanipulierten Pflanzen eine Kollision zwischen der Forschungsfreiheit und den dadurch hervorgerufenen Risiken für Leben und Gesundheit des Publikums zur Konkordanz zu bringen. Allerdings waren die Bestimmungen des Gentechnikgesetzes von vornherein sehr um einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen bemüht.<sup>85</sup> Dementsprechend standen nicht Forschungs- oder Publikationsverbote, sondern die „Rahmenbedingungen“<sup>86</sup> der Forschung – etwa Anzeigepflichten und Haftungsfragen – auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand.<sup>87</sup> Diese – durchaus in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eingreifenden – Maßnahmen der Risikovorsorge waren nach dem Dafürhalten des Senats mit Blick auf das besondere Gewicht der Schutzgüter Leben und Gesundheit gerechtfertigt.<sup>88</sup>

Dementsprechend lässt sich der Gentechnikentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunächst die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit gesetzgeberischer Rahmenregelungen für die Ausübung der Forschungsfreiheit entnehmen. Zu fragen bleibt, ob sich der Entscheidung darüber hinaus Aussagen über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Forschungs- und Publikationsverboten entnehmen lassen. Mindestens, aber immerhin, scheint eine wertende Orientierung an den in der Gentechnikentscheidung entwickelten Maßstäben möglich.

#### a) Forschungsverbote

Der Senat hat in der Gentechnikentscheidung den vom Gesetzgeber austarierten *substantiellen* Ausgleich der betroffenen Verfassungsgüter nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Regelungskonzept des GenTG gebilligt. Daraus lässt sich, selbst wenn man den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in Rechnung stellt, schließen, dass eine „Auflösung“ der Grundrechts-

kollision einseitig zu Lasten der Wissenschaftsfreiheit – etwa durch ein Verbot der Gentechnik bzw. deren Ausbringung – vor dem Senat nicht bestanden hätte. Diese nahe liegende, wenngleich nicht zwingende Folgerung zu Grunde gelegt, wäre ein Forschungsverbot im Bereich der Biosicherheit nur dann zu rechtfertigen, wenn sich die Abwägungsparameter – im Unterschied zur Gentechnik – zu Lasten der Wissenschaftsfreiheit verschoben haben würden. Das ist freilich nicht erkennbar:

So ist bereits zweifelhaft, ob die Forschung an gefährlichen Viren im Ergebnis ein höheres Schadensrisiko begründet, als die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man das Schadensrisiko als das Produkt von Schadenspotential und Verbreitungsrisiko begreift: So weist die Gentechnik zwar das entschieden geringere Schadenspotential auf, allerdings werden die fraglichen Organismen in Gestalt der Freilandforschung auch gleichsam „probeweise“ freigesetzt.<sup>89</sup> Das Schadenspotential der Gentechnik kann sich daher praktisch ungehindert entfalten, indes die Forschung an gefährlichen Viren unter höchsten Sicherheitsvorkehrungen – die ihrerseits als Rahmenbedingungen der Forschungstätigkeit zulässig sind, vgl. oben – stattfindet. Dementsprechend ist das höhere Schadenspotential der fraglichen Viren kaum geeignet, das Schadensrisiko im Vergleich zur Gentechnik anzuheben und dadurch die Gewichte zu Lasten der Forschungsfreiheit zu verschieben.

Hinzu kommt ein Weiteres: Die Virenforschung zielt anders als die „grüne“ Gentechnik unmittelbar auf den Schutz von Leben und Gesundheit, etwa durch die Entwicklung entsprechender Impfstoffe, ab. Damit greift es zu kurz, Leben und Gesundheit einseitig zu Lasten der Forschungsfreiheit in Ansatz zu bringen, vielmehr erfährt die – ohnedies gewichtige<sup>90</sup> – Forschungsfreiheit aufgrund ihrer Bedeutung für den Schutz der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG eine weitere Schutzbereichsverstärkung.<sup>91</sup>

Demnach spricht auf der Basis eines wertenden Vergleichs mit der Gentechnikentscheidung Vieles dafür, dass ein Forschungsverbot an gefährlichen Viren alleine zur Vorsorge vor Risiken für die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG nicht mit der Wissenschaftsfreiheit in Ein-

84 BVerfGE 128, 1. Hierzu *Dederer*, Verfassungskonforme Übermaßregulierung der „Grünen Gentechnik“, Jura 2012, 218; *Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1, JZ 2012, 667, 669; *Bickenbach*, Die Freiheit, Wissen zu schaffen – Zur Minderung der Last des Nichtwissens auf dem Gebiet der Gentechnik, ZJS 2011, 1; *Winkler*, Deutsches Gentechnikgesetz verfassungsgemäß, ZUR 2011, 137.

85 Vgl BVerfGE 128, 1, 85 f.

86 So BVerfGE 128, 1, 41.

87 Zu diesen Rahmenbedingungen rechnete der Erste Senat auch

die in § 36a GenTG vorgesehene Haftung der Verwender von gentechnisch veränderten Organismen, vgl BVerfGE 128, 1, 85 ff. Damit übernahm der Senat nicht das Vorbringen der Antragstellerin, die dieser Haftungsregel eine faktisch prohibitive Bedeutung zuschreiben wollte, aaO, S 18 ff.

88 BVerfGE 128, 1, 39 ff, 57 f, 67 f, 85 ff.

89 Vgl hierzu BVerfGE 128, 1, 87.

90 Vgl BVerfGE 128, 1, 87 f.

91 Allgemein hierzu: *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl 2008, § 18 Rn 93.

klänge stünde. Dies gilt mindestens so lange, als die Schutzbereichsverstärkung durch Art. 2 Abs. 2 GG greift, die Forschung also auch und gerade der Vorsorge vor Pandemien dient. Anderes mag dann gelten, wenn die fragliche Forschung ihrem Ansatz nach keinen Bezug zum Schutz von Leben und Gesundheit aufweist, mithin den geschaffenen Risiken kein unmittelbarer Ertrag für den Lebens- und Gesundheitsschutz entspricht.

Hingegen dürften Forschungsverbote ab der Schwelle einer konkreten Gefahr für Leib und Leben im Grundsatz angemessen sein. So etwa, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte<sup>92</sup> mit terroristischen Anschlägen auf Forschungseinrichtungen zu rechnen ist. Allerdings gehen mit der Anhebung der Eingriffsschwelle auf konkrete Gefahren regelmäßig weitere Abwehrmöglichkeiten einher, die die Erforderlichkeit von Forschungsverböten in Zweifel ziehen. So wird sich der entsprechende Lebenssachverhalt ab der Gefahrenschwelle regelmäßig in zeitlich-örtlicher, bzw. personaler Hinsicht so verdichtet haben, dass passgenaue und damit effektivere Abwehrmöglichkeiten als Forschungsverböte bestehen. Darüber hinaus dürften punktuelle Gefahrenabwehrmaßnahmen regelmäßig das mildere Mittel darstellen, als sie im Unterschied zu Forschungsverböten eine vergleichsweise geringe „Streubreite“<sup>93</sup> aufweisen.

Daraus resultiert: Forschungsverböte sind im Grundsatz angemessen, so sie der Abwehr konkreter Gefahren für die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG dienen. Allerdings werden sich mit dem Überschreiten der Gefahrenschwelle alternative Abwehrmaßnahmen aufdrängen, weshalb in diesen Fällen regelmäßig die „relative Verhältnismäßigkeit“, d. i. die Erforderlichkeit der breitenwirksamen Forschungsverböte zu verneinen sein wird.

#### b) Publikationsverböte

Gleichsam zwischen den grundsätzlich zulässigen Rahmenbestimmungen der Forschungsfreiheit und den in der Regel unzulässigen Forschungsverböten stehen die Publikationsverböte. Zwar fällt die Publikation der Ergebnisse entsprechend des eingangs Gesagten in den

Kernbereich der Forschungsfreiheit. Gleichwohl wiegen entsprechende Eingriffe weniger schwer, weil der Forschung zwar diskursive Entfaltungs- und Effektivierungsmöglichkeiten genommen, diese aber gleichwohl – mindestens für einen Übergangszeitraum – isoliert weiter betrieben werden kann. Entscheidend aber ist, dass ein ganzes Bündel an Instrumentarien zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit von Publikationsverböten zur Verfügung steht: An erster Stelle sind hier zeitliche Befristungen zu nennen, hinzukommen Absichtungen im Empfängerkreis, etwa Publizitätsbeschränkungen in institutioneller, inhaltlicher oder auch personaler Hinsicht. Schließlich mag man gar, um dem kompetitiven Arrangement des wissenschaftlichen Betriebes gerecht zu werden, eine Hinterlegung von Forschungsergebnissen andenken.

Zusammenfassend ist damit davon auszugehen, dass sich Veröffentlichungsverböte bereits im Vorfeld konkreter Gefahren ohne Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Werk setzen lassen.

#### IV. Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten

Nach dem Gesagten sind unter engen Voraussetzungen Eingriffe in die Forschungsfreiheit zum Schutz der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG zulässig. Damit ist freilich nicht gesagt, dass der Staat von diesen Gestaltungsspielräumen auch Gebrauch machen muss. Diese Frage hängt vielmehr von der Reichweite und Determinationskraft der grundrechtlichen Schutzpflichten ab.<sup>94</sup>

Insoweit ist anerkannt, dass dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt,<sup>95</sup> der nur in seltenen Ausnahmefällen verletzt ist<sup>96</sup> Dies gilt selbst im Bereich des Lebens- und Gesundheitsschutzes.

Fern liegende Gefährdungsmöglichkeiten des Lebensgrundrechts als „vitaler Basis“ der Menschenwürde rechtfertigen noch keine Verengungen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.<sup>97</sup> Sicherheitspolitische Entscheidungen sind nicht verfassungsrechtlich determiniert,

92 Zu den hier nicht zu vertiefenden Anforderungen an die Gefahrenprognose: *Württemberg*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3. Aufl 2013, § 69 Rn 235 f.

93 Im Zusammenhang mit Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht hatte das BVerfG im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Sicherheitsverfassungsrecht die Streubreite von Grundrechtseingriffen gegen deren Verhältnismäßigkeit in Ansatz gebracht. Vgl BVerfGE 115, 320, 354; 120, 274, 323, 342; 120, 378, 402; 124, 43, 63; 125, 260, 318.

94 Zur hier nicht weiter zu vertiefenden Herleitung des Schutzpflichtenkonzepts: *Zippelius/Württemberg*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl 2008, § 17 Rn 29 ff; *Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht*

und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl, Band IX, 2011, § 191 Rn 146 ff und 150 (zu den Schutzpflichten bei terroristische Gefährdungen).

95 BVerfGE 46, 160, 164; 121, 317, 356 f; 125, 39, 78 f; *Zippelius/Württemberg*, aaO, § 17 Rn 39.

96 Vgl etwa BVerfGE 88, 203, 251 ff, sowie das Sondervotum *Papier, Graßhof* und *Haas* in BVerfGE 98, 265, 356.

97 *Zippelius/Württemberg*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl 2008, § 21 Rn 20, 49; *Ipsen*, *Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro*. Anmerkungen zu einer aktuellen. Debatte, JZ 2001, 989, 996. Anders *Böckenförde*, *Menschenwürde als normatives Prinzip*, JZ 2003, 809, 812 f zum Embryonenschutz.

sondern demokratisch zu legitimieren. Dementsprechend liegt ein Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten auch hier nur vor, wenn die bislang getroffenen Schutzmaßnahmen völlig unzulänglich oder ungeeignet sind.<sup>98</sup> Dieses Untermaßverbot ist allerdings nicht statisch zu denken, sondern in Ansehung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß im Einzelfall zu bestimmen: Je bedeutsamer sich das Schadensrisiko ausnimmt, desto höhere Anforderungen sind an den staatlichen Mindestschutz zu stellen.<sup>99</sup> Bei dieser Proportionalität der Schutzgewähr spielen die Bedeutung des jeweiligen Grundrechts für den Einzelnen, das Risiko und Ausmaß möglicher Gefahren sowie widerstrebende Grundrechte Dritter eine Rolle. So etwa muss bei höchstem bzw. existentiellem Gefahrenpotential die Eintrittswahrscheinlichkeit „nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen sein“.<sup>100</sup> Die verbleibenden Restrisiken, die daraus resultieren, dass der Eintritt künftiger Schadensereignisse nie mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden kann, sind von den Bürgern als sozialadäquat hinzunehmen.<sup>101</sup> Ei-

nen optimalen Schutz im Sinne einer „Restrisikominimierung“ schuldet der Gesetzgeber nicht.<sup>102</sup>

Dementsprechend genügt der Gesetzgeber seinen grundrechtlichen Schutzpflichten jedenfalls dann, wenn er – so in weitem Umfang geschehen<sup>103</sup> – Maßnahmen ergreift, um eine Freisetzung biologischer Gefahrstoffe zu verhindern, oder aber mit den Mitteln des Sicherheits-, insbesondere des Gefahrenabwehrrechts terroristische Anschläge per se zu unterbinden. Für das Szenario der Forschung am Vogelgrippe-Virus gilt gleiches wie für alle Maßnahmen des Staates, die auf ein Leben der Bürger in Freiheit und Sicherheit zielen: Eine vollkommene Sicherheit, ein vollkommener Schutz von Leben und Gesundheit ist praktisch nicht realisierbar und daher auch – *impossibilium nulla est obligatio* – rechtlich nicht gefordert.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulrechtsrecht. Steffen Tanneberger ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle.

98 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hg), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Band IX, 2011, § 191 Rn 295.

99 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2010, 702, 703 f.

100 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2010, 702, 704.

101 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2010, 702, 704 mit Verweis auf BVerfGE 49, 89, 143.

102 BVerfGK 14, 402, 416.

103 Vgl hierzu Teetzmann, Rechtsfragen der Sicherheit in der biologischen Forschung, im Erscheinen.

# Manfred Löwisch und Sarah Tarantino

## Sondervoten in Berufungsverfahren

### ÜBERSICHT

#### I. Befugnis zur Abgabe von Sondervoten

##### 1. Rechtsquellen

a) Landeshochschulgesetze

b) Grundordnungen

c) Rahmenbestimmungen für die Bundeswehruniversitäten

##### 2. Gegenstand

#### II. Berücksichtigung abgegebener Sondervoten

##### 1. Verfahren

a) Mitteilung und Weitergabe

b) Recht zur Stellungnahme

##### 2. Entscheidung

##### 3. Materielle Bedeutung von Sondervoten

a) Fachliche Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung

b) Erfüllung des Anforderungsprofils

c) Erhöhung des Frauenanteils in der Wissenschaft

d) Einschränkung von Hausberufungen

#### III. „Inoffizielle“ Sondervoten

#### IV. Zusammenfassung

Sondervoten in Berufungsverfahren sind Ausdruck abweichender Einschätzungen der Eignung der Bewerber für eine Professorenstelle. Inwieweit sie zu berücksichtigen sind, ist bislang kaum eingehend erörtert. Der nachfolgende Beitrag stellt die geltenden unterschiedlichen Regelungen über die Abgabe von Sondervoten dar (I.) und untersucht deren Berücksichtigung in verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Hinsicht (II.). Stellung genommen wird auch zu weder in den Landeshochschulgesetzen noch in Satzungen der in Hochschulen vorgesehenen „inoffiziellen“ Sondervoten (III.).

### I. Befugnis zur Abgabe von Sondervoten

#### 1. Rechtsquellen

a) Landeshochschulgesetze

Fünf Bundesländer, nämlich Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, sehen in ihren Hochschulgesetzen die Abgabe von Sondervoten in Berufungsverfahren vor:

In *Baden-Württemberg* können die einzelnen Mitglieder der Berufungskommission ein Sondervotum ab-

geben (§ 48 Abs. 4 S. 6 LHG). Mitglieder der Berufungskommission sind Professoren (welche über die Mehrheit der Stimmen verfügen), mindestens eine hochschulexterne, sachverständige Person, zwei fachkundige Frauen sowie ein Studierender (§ 48 Abs. 4 S. 2 LHG).

Auch in *Bayern* können die einzelnen stimmberechtigten Mitglieder des Berufungsausschusses ein Sondervotum abgeben, das dem Berufungsvorschlag beizufügen ist (Art. 18 Abs. 4 S. 12 BayHSchPG). Stimmberechtigte Mitglieder sind neben den Professoren die jeweilige Frauenbeauftragte und je ein wissenschaftlicher oder künstlerischer Mitarbeiter und ein Studierender (Art. 18 Abs. 4 S. 2 BayHSchPG). Die Professoren der jeweils betroffenen Fakultät sind ebenfalls zu einem Sondervotum befugt (Art. 18 Abs. 4 S. 12 BayHSchPG). Zusätzlich kann der Präsident der Hochschule zu dem von der Hochschulleitung beschlossenen Berufungsvorschlag ein Sondervotum abgeben (Art. 18 Abs. 5 S. 4 BayHSchPG).

In *Berlin* kann jedes Mitglied des für den Berufungsvorschlag zuständigen Gremiums verlangen, dass ein von der Mehrheit abweichendes Votum dem Berufungsvorschlag beigelegt wird (§ 101 Abs. 3 S. 3 BerlHG). Gremien sind die Berufungskommissionen (§ 73 Abs. 3 BerlHG), der Fachbereichsrat (§ 71 Abs. 1 Nr. 3 BerlHG) sowie der Akademische Senat (§ 61 Abs. 1 Nr. 8 BerlHG).

In *Sachsen-Anhalt* können die Mitglieder der Berufungskommission dem Berufungsvorschlag ein Sondervotum anfügen (§ 36 Abs. 5 S. 7 HSG). Mitglieder der Berufungskommission sind neben Professoren der Hochschule mindestens ein Professor aus einer weiteren Hochschule, zwei wissenschaftliche Mitarbeiter, zwei Studierende und die Gleichstellungsbeauftragte (§ 36 Abs. 4 S. 2 HSG). Das Votum der Gleichstellungsbeauftragten ist dem Berufungsvorschlag auf jeden Fall beizufügen (§ 36 Abs. 5 S. 8 HSG).

In *Schleswig-Holstein* können die stimmberechtigten Mitglieder der Berufungskommission ein Sondervotum abgeben (§ 62 Abs. 5 S. 4 HSG). Dem Berufungsausschuss gehören mindestens drei Hochschullehrer, ein Angehöriger des wissenschaftlichen Dienstes und ein Studierender an (§ 62 Abs. 3 S. 2 HSG). Die Gleichstellungsbeauftragte ist in die Beratungen einzubeziehen; ihre Äußerung ist der Vorschlagsliste beizufügen (§ 62 Abs. 5 S. 1 HSG). Zur pädagogischen Eignung der Vorzuschlagenden sind die Studierenden im Fachbereichskon-

vent zu hören; ihre Äußerung ist der Vorschlagsliste ebenfalls beizufügen (§ 62 Abs. 5 S. 3 HSG). Auch in Schleswig-Holstein können die Professoren des jeweils betroffenen Fachbereichs unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zum Berufungsausschuss ein Sondervotum abgeben (§ 62 Abs. 5 S. 4 HSG).

#### b) Grundordnungen

In Bundesländern, deren Hochschulgesetze keine Aussagen über Sondervoten enthalten, werden diese teilweise in den Grundordnungen oder anderen universitätsinternen Regelungen der Hochschulen zugelassen.

So sieht § 25 Abs. 9 der Grundordnung der *Georg-August-Universität Göttingen* in der Fassung vom 20.12.2010 vor, dass jedes Mitglied der Berufungskommission einen Minderheitenvorschlag vorlegen kann. Nach § 11 Abs. 3 der Berufsordnung der *Universität Potsdam* vom 23.08.2007 können bei der Abstimmung unterlegene Mitglieder der Berufungskommission, die Gleichstellungsbeauftragte und die Schwerbehindertenvertrauensperson dem Berufungsvorschlag ein Sondervotum beifügen. Nach § 13 der Berufsordnung der *Universität Hamburg* vom 20.11.2008 kann jedes Mitglied des Berufungsausschuss einen Minderheitenvorschlag vorlegen. Zu diesem kann nach § 14 der Berufsordnung der Fakultätsrat Stellung nehmen. Nach Nr. 6.3 der Richtlinie zur Durchführung von Berufungsverfahren der *Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main* vom 15.03.2005 ist im Berufsbericht gegebenenfalls auf abgegebene Sondervoten zu verweisen.

Grundordnungen oder besondere Berufsordnungen treffen häufig *Verfahrensregeln* für die Abgabe von Sondervoten. Die Landeshochschulgesetze enthalten teilweise entsprechende ausdrückliche Ermächtigungen (§ 48 Abs. 4 S. 7 LHG BW; Art. 18 Abs. 4 S. 13 BayHSchPG). Soweit das Sondervotum von Mitgliedern der Berufungskommission abgegeben wird, ist es zumeist in der Sitzung anzukündigen, in der über den Berufungsvorschlag abgestimmt wird. Sondervoten sind schriftlich zu begründen und dem Protokoll der Sitzung des betreffenden Organs beizufügen. Für die Abgabe sind meist kurze Fristen, etwa von einer Woche, nach der Beendigung der Sitzung des betreffenden Organs vorgesehen.

#### c) Rahmenbestimmungen für die Bundeswehruniversitäten

Nach § 39 der Rahmenbestimmungen für Struktur und Organisation der Universität der Bundeswehr Hamburg vom 07.10.1993 und nach § 50 der Rahmenbestimmungen für Struktur und Organisation der Bundeswehruniversität München vom 08.02.2000 können Professoren

des Fachbereichs, dem die zu besetzende Stelle zugewiesen ist, dem Berufungsausschuss angehörende Professoren sowie dem akademischen Senat angehörende Professoren und der Präsident der Universität dem Bundesminister der Verteidigung über die zuständigen Universitätsorgane ein Sondervotum vorlegen, das die Vorschläge des Berufungsausschusses ergänzt.

#### 2. Gegenstand

Die genannten Regelungen äußern sich nicht über den möglichen Gegenstand von Sondervoten. Dieser ergibt sich aber aus dem Zusammenhang mit dem Berufungsverfahren:

Sondervoten zielen auf *Abweichungen von Berufungsvorschlägen*. Solche Abweichungen kommen in zwei Richtungen in Betracht: Sie können sich darauf beschränken, eine andere Reihenfolge der in einem Berufungsvorschlag genannten Kandidaten vorzuschlagen. Sie können aber auch für die Aufnahme im Berufungsvorschlag nicht genannter Persönlichkeiten oder für die Herausnahme einer genannten Persönlichkeit eintreten.

*Begründet* werden Sondervoten häufig mit einer vom Berufungsvorschlag abweichenden fachlichen Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung der Bewerber. In Betracht kommt weiter eine andere Beurteilung der Eignung der Bewerber für die Funktion der zu besetzenden Professorenstelle. Aber auch die Förderung von Frauen in der Wissenschaft oder die Problematik von Hausberufungen können Gegenstand von Sondervoten sein.

## II. Berücksichtigung abgegebener Sondervoten

### 1. Verfahren

#### a) Mitteilung und Weitergabe

Sondervoten können in verschiedenen Stadien des Berufungsverfahrens ansetzen. Regelmäßig erfolgen sie nach Beschluss des Berufungsvorschlags durch die Berufungskommission. Denkbar ist aber auch eine Abgabe nach der Beschlussfassung durch ein anderes Universitätsorgan, insbesondere den Senat, oder nach Vorlage des Berufungsvorschlags an das zuständige Ministerium.

Soweit die Landeshochschulgesetze Sondervoten zulassen, bestimmen sie auch, dass sie dem Berufungsvorschlag beizufügen sind. Diese Bestimmungen sind nicht als Ausschlussstatbestand aufzufassen. Sie bestehen nicht im Interesse in den Berufungsvorschlag aufgenommener Bewerber, sondern dienen lediglich der Vereinfachung des Verfahrensablaufs. Werden Sondervoten nachge-

reicht, müssen sie so lange berücksichtigt werden, wie über den Berufungsvorschlag noch keine Entscheidung getroffen worden ist. Entsprechendes gilt für Sondervoten nach den Rahmenbestimmungen für die Bundeswehruniversitäten Hamburg und München.

Auch Fristen für die Vorlage von Sondervoten haben keinen Ausschlusscharakter. Wie im Verwaltungsverfahren sonst auch, müssen nach dem dort geltenden Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG und die entsprechenden Vorschriften der Landesverwaltungsverfahrensgesetze) bei einer zu treffenden Entscheidung alle relevanten Umstände berücksichtigt werden, es sei denn, das Gesetz selbst schließt das aus. Das aber tun die Landeshochschulgesetze nicht. Insbesondere kann man Bestimmungen, nach denen die Grundordnungen nähere Regeln über das Berufungsverfahren zu treffen haben, nicht die Kraft zusprechen, die Pflicht zur Berücksichtigung aller Umstände auszuschließen.

Für das Sondervotum des Präsidenten gilt das Gesagte sinngemäß: Es ist dem Berufungsvorschlag beizufügen und kann nachgereicht werden, solange über die Berufung noch nicht entschieden ist.

#### b) Recht zur Stellungnahme

Die mit Berufungsverfahren befassten Organe können zu eingereichten Sondervoten Stellung nehmen. Das gilt nicht nur dann, wenn ein solches Recht zur Stellungnahme gesetzlich oder in der einschlägigen Satzung der Hochschule ausdrücklich vorgesehen ist. Auch ohne solche Regelung kann sich jedes Hochschulorgan zu Angelegenheiten äußern, die seine Zuständigkeit berühren. So kann dem Fakultätsrat nicht verwehrt werden, zu einem Sondervotum, wie zum Berufungsvorschlag der Berufungskommission überhaupt, Stellung zu nehmen und es aus seiner Sicht – positiv, negativ oder differenzierend – zu bewerten.

Manche universitären Regelungen räumen dem Fakultätsrat und/oder dem Senat die Möglichkeit ein, den Berufungsvorschlag an die Berufungskommission zurückzugeben. Das ist möglich. Soweit aber bestimmt wird, dass das Berufungsverfahren erledigt sein soll, wenn nach einer solchen Rückgabe keine Einigung zwischen Berufungskommission und Senat erfolgt, bedarf das einer besonderen Ermächtigung im betreffenden Landeshochschulgesetz, wie sie etwa das LHG Baden Württemberg enthält. Dort sieht § 48 Abs. 4 S. 7 vor, dass die Grundordnung die Art der Beteiligung des Fakultätsrats und des akademischen Senats regelt und meint mit Beteiligungsrecht, wie sich aus § 25 Abs. 1 S. 2 und §

27 d Abs. 1 S. 3 Nr. 4 ergibt, auch ein über das Recht zur Stellungnahme herausgehendes Beteiligungsrecht.

#### 2. Entscheidung

Die Entscheidung über die Berücksichtigung von Sondervoten liegt bei den für die Berufung zuständigen Organen. Das ist innerhalb der Universität regelmäßig das Präsidium oder Rektorat, welches über den an das zuständige Ministerium weiterzuleitenden Berufungsvorschlag beschließt. Da Präsidium oder Rektorat nach den gesetzlichen Vorschriften nicht an den Vorschlag des Fakultätsrats oder, wo diese unmittelbar zuständig ist, der Berufungskommission gebunden sind, können sie dabei einem Sondervotum folgend nicht nur die Reihenfolge der in die Liste aufgenommenen Persönlichkeiten ändern, sondern auch vom Fakultätsrat bzw. Berufungskommission nicht benannte Persönlichkeiten aufnehmen oder vorgeschlagene Personen nicht aufnehmen. Eine volle Berücksichtigung der Sondervoten ist also grundsätzlich möglich.

Die Befugnis des zuständigen Ministeriums zur Berücksichtigung von Sondervoten ist nach jetziger Rechtslage in der Regel beschränkt. Die Landeshochschulgesetze sehen lediglich vor, dass das Ministerium nicht an die vorgeschlagene Reihenfolge der Berufsungsliste gebunden ist. Nicht auf der Liste stehende Persönlichkeiten kann es nicht berufen, sondern nur auf eine Berufung verzichten und den ihm vorgelegten Berufungsvorschlag an die Hochschule zurückgeben.

Im Ergebnis dasselbe gilt, wenn das Berufungsverfahren so ausgestaltet ist, dass die Berufung durch das Präsidium oder Rektorat erfolgt, aber der Zustimmung des Ministeriums bedarf: Auch dann kann das Präsidium oder Rektorat nicht nur über die Reihenfolge der zu Berufenden entscheiden, sondern auch nicht im Vorschlag der Berufungskommission aufgeführte Persönlichkeiten für die Berufung in Aussicht nehmen oder dort Aufgeführte von der Berufung ausschließen. Demgegenüber hat das Ministerium nur eine negative Kompetenz, Es kann seine Zustimmung zu der vorgeschlagenen Berufung verweigern.

Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt in *Berlin*. Dort kann das für die Hochschulen zuständige Mitglied des Senats den Berufungsvorschlag gem. § 101 Abs. 6 und 7 BerlHG mit der Aufforderung an die Hochschule zurückgeben, innerhalb von 6 Monaten einen neuen Berufungsvorschlag vorzulegen. Hat es Bedenken gegen den neuen Vorschlag oder wird die Frist nicht eingehalten, kann es eine Berufung außerhalb der Vorschlagslis-

te aussprechen. Das Recht zur Berufung außerhalb einer Vorschlagsliste besteht auch, wenn 8 Monate nach Freigabe der Stelle kein Berufungsvorschlag vorliegt. Eine ähnliche Regelung besteht nach § 18 Abs. 4 BremHG in *Bremen*, wo freilich keine Sondervoten vorgesehen sind.

In *Schleswig-Holstein* liegt die Entscheidung über den Berufungsvorschlag allein beim Präsidenten. Dieser kann von der Reihenfolge des Berufungsvorschlags abweichen oder einen neuen Vorschlag anfordern. Ohne Vorschlag des Fachbereichs kann er eine Berufung aussprechen, wenn auch in einem zweiten Vorschlag keine geeignete Person benannt ist oder wenn der Fachbereich der Aufforderung zur Vorlage eines Vorschlags nicht binnen sechs Monaten nachgekommen ist (§ 62 Abs. 9 HSG Schleswig-Holstein). Eine ähnliche Regelung besteht in Nordrhein-Westfalen (§ 37 Abs. 1 HG NRW). Im Saarland hat das für die Berufung zuständige Universitätspräsidium ohne weitere Voraussetzungen das Recht, nach Anhörung des Senats und des Universitätsrats vom Berufungsvorschlag abzuweichen oder die Berufungskommission aufzufordern, einen neuen Vorschlag einzureichen (§ 36 Abs. 8 UG Saarland).

Bei der *Bundeswehruniversität Hamburg* kann der Bundesminister der Verteidigung nach § 40 Abs. 2 der Rahmenbestimmung im Einvernehmen mit der zuständigen Landesbehörde von der vorgeschlagenen Reihenfolge abweichen. Die Berufung einer nicht vorgeschlagenen Person kommt § 38 Abs. 6 der Rahmenbestimmung nur in Betracht, wenn die Universität keine Vorschlagsliste vorlegt. Bei der *Bundeswehruniversität München* ist nach § 51 Abs. 1 S. 2 der Rahmenbestimmungen der Bundesminister der Verteidigung nicht an die Reihenfolge der Vorschläge gebunden. Hat er gegen die Vorschläge Bedenken, kann er nach § 51 Abs. 2 der Rahmenbestimmungen die Vorschlagsliste zurückgeben und die Universität auffordern in angemessener Frist eine neue Vorschlagsliste vorzulegen. Werden auch in dieser keine geeigneten Personen benannt oder wird überhaupt keine neue Vorschlagsliste vorgelegt, kann er nach § 51 Abs. 3 der Rahmenbestimmungen auch einen nicht vorgeschlagenen berufen.

Regelmäßig hat das über den Berufungsvorschlag entscheidende Organ, wenn es vom Vorschlag der Berufungskommission abweichen will, vorab den zuständigen Fakultätsrat *anzuhören*. Dieses Anhörungsrecht gibt dem Fakultätsrat nicht nur Gelegenheit, den Vorschlag

der Berufungskommission zu bekräftigen. Vielmehr kann er die Anhörung auch zu einer abweichenden Bewertung nutzen und sich dem Sondervotum ganz oder teilweise anschließen. Das eröffnet dann dem entscheidenden Organ die Möglichkeit, die Befolgung des Sondervotums hochschulintern zu rechtfertigen.

### 3. Materielle Bedeutung von Sondervoten

#### a) Fachliche Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung

Die Ausgestaltung der Berufungsverfahren in den Landeshochschulgesetzen muss Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG wahren. Weil im Berufungsverfahren die eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre bestimmt werden, müssen nach dem grundlegenden Hochschulurteil des BVerfG in den Berufungskommissionen die Professoren die Mehrheit haben.<sup>1</sup> Das heißt aber nicht, dass die Entscheidung über Berufungen allein bei den Berufungskommissionen oder auch den Fakultäten liegen müsste, in denen eine Professorenstelle zu besetzen ist.<sup>2</sup> Schon das Hochschulurteil geht davon aus, dass über die Ernennung von Professoren letztlich der zuständige Minister oder die sonst zuständige staatliche Stelle entscheidet und die staatlichen Behörden die – freilich kaum gebrauchte – Möglichkeit des Oktrois haben.<sup>3</sup> Wie das BVerfG in seinem das Brandenburgische Hochschulgesetz betreffenden Urteil dann allgemein festgestellt hat, fordert Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nur, die Hochschulorganisation und damit auch die hochschulorganisatorische Willensbildung so zu regeln, dass in der Hochschule freie Wissenschaft möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann.<sup>4</sup> Insbesondere ist auch die gesetzliche Zuweisung von Entscheidungskompetenzen an monokratische Leitungsorgane mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar, sofern diese Kompetenzen sachlich begrenzt sind und zugleich organisatorisch hinreichend gewährleistet ist, dass ihre Wahrnehmung die Wissenschaftsfreiheit nicht strukturell gefährdet.<sup>5</sup>

Aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgt also kein reines Kooperationsrecht, welches Entscheidungskompetenzen der Zentralorgane der Hochschule oder des Staates für Berufungen ausschliesse.<sup>6</sup> Vielmehr muss zwischen der in Berufungskommission und Fakultät repräsentierten fachlichen Kompetenz der Wissenschaftler auf der einen Seite und den Kompetenzen der Zentralorgane der

1 BVerfG vom 29. 5. 1973, 1 BvR 424/71, BVerfGE 35, 79, Rn 138 ff.

2 Weitgehend in diese Richtung zielt *Detmer*, Die Bindung der staatlichen Seite an Berufungsvorschläge, *WissR* 1997, 193 ff und Das Recht der (Universitäts-)Professoren, in *Hartmer/Detmer*, *Handbuch Hochschulrecht*, 2. Aufl 2011, Kap IV Rn 70 ff.

3 BVerfG aaO Rn 142.

4 BVerfG vom 26.10.2004, 1 BvR 911/00, BVerfGE 111, 333, Rn 137.

5 BVerfG aaO Rn 139.

6 Für die staatliche Mitwirkung *Bay VerfGH* vom 7.5.2008, Vf 19-VII-06, *VerfGHE By*, 61, 103, Rn 121.

Hochschule und des Staates auf der anderen Seite Konkordanz hergestellt werden. Konkret bedeutet das: Den *Berufungskommissionen* kommt zwar eine *fachliche Einschätzungsprärogative* zu, über die sich das Zentralorgan der Universität wie der Staat nicht einfach hinwegsetzen können. Stehen diesen aber Sachgründe zur Seite, können sie von den Vorschlägen der Berufungskommission abweichen.<sup>7</sup>

Ein solcher Sachgrund ist in der *abweichenden fachlichen Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung in einem Sondervotum* zu sehen. Dass sich Hochschulleitung und Ministerium nur dann über die fachliche Einschätzungsprärogative der Berufungskommission hinwegsetzen können, wenn sie „sachliche Gründe“ dafür vorbringen können, darf nämlich nicht zu dem Schluss verleiten, dass die fachliche Einschätzung durch die Berufungskommission stets hinzunehmen sei und nur andere sachliche Gründe eine Abweichung vom Vorschlag der Berufungskommission oder der Fakultät rechtfertigen könnten. Das würde der Funktion gesetzlich oder satzungsrechtlich vorgesehener Sondervoten nicht gerecht. Diese erschöpft sich nicht in der Dokumentation abweichender Meinungen zu einer getroffenen Entscheidung, wie das etwa auf die Sondervoten in einer Abstimmung unterlegener Richter des Bundesverfassungsgerichts nach § 30 Abs. 2 BVerfGG zutrifft. Soweit Sondervoten von Professoren der jeweiligen Fakultät abgegeben werden, haben sie vielmehr gerade auch den Zweck, eine von den Vorschlägen der Berufungskommission oder der Fakultät abweichende fachliche Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung der Bewerber zur Geltung zu bringen.<sup>8</sup>

Dienen Sondervoten aber ebenfalls der Gewährleistung des Fachprinzips, muss *die Hochschulleitung* als letztlich entscheidendes Organ der Hochschule in einer sorgfältigen Abwägung auch dem fachlichen Urteil eines Sondervotums folgen dürfen, sofern dieses seinerseits sorgfältig begründet ist und sachlich nachvollzogen werden kann. Das gilt sowohl für die Aufnahme eines nicht Platzierten in den Berufungsvorschlag wie eine Abweichung von der von der Berufungskommission vorgeschlagenen Reihenfolge.

Allerdings können *nur Sondervoten der Professoren der jeweiligen Fakultät* (gleichgültig ob diese der Berufungskommission angehören oder nicht) eine Abweichung von der fachlichen Einschätzung durch die Berufungskommission tragen. Denn nur diese haben die Kompetenz zur fachlichen Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung. Sondervoten der Gleichstellungsbeauftragten oder auswärtiger Mitglieder kommt diese Kraft nicht zu. Soweit es um die Lehrbefähigung geht, wird man allerdings Sondervoten der Studierendenvertreter das gleiche Gewicht zumessen müssen wie Sondervoten von Professoren. Sie lediglich als Hilfe für die Meinungsbildung der Professoren zu betrachten,<sup>9</sup> unterschätze die Bedeutung des Urteils der Lernenden für die Bewertung der Lehrbefähigung.

Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass letztlich *auch das Ministerium* der abweichenden fachlichen Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung in einem Sondervotum folgen und dementsprechend einen nicht Platzierten berufen oder von der vorgeschlagenen Reihenfolge abweichen kann; erforderlich sei nur, dass es sich um eine wirkliche und zudem sorgfältig begründete Ausnahme handele.<sup>10</sup> Das ist richtig, soweit Sondervoten durch die Landeshochschulgesetze autorisiert sind (was mittelbar auch für die Rahmenbestimmungen für die Bundeswehruniversitäten gilt). Denn damit wird zum Ausdruck gebracht, dass sich der Staat bei seinen Berufungsentscheidungen auch der Fachkompetenz nicht den Berufungskommissionen angehörender oder dort oder in der Fakultät in der Minderheit gebliebener Professoren vergewissern will. Soweit allerdings Sondervoten nur in Satzungen der Hochschulen selbst zugelassen sind, gilt das nicht. Diese dienen nur der Entscheidungsfindung im Zentralorgan der Hochschule selbst und können deshalb nur dort eine Abweichung vom Vorschlag der Berufungskommission rechtfertigen.

#### b) Erfüllung des Anforderungsprofils

Unabhängig von der fachlichen Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung stellt es einen sachlichen Grund für die Abweichung vom Berufungsvorschlag

7 Bay VGH vom 6.2.1998, VGH nF 51, 185, 189 f und vom 4.11.2002, 7 CE 02.1902, NJW 2003, 1682; Bay VerFGH aaO Rn 121 ff; *Epping*, Das Letztentscheidungsrecht der zuständigen staatlichen Stellen bei der Berufung von Hochschullehrern, *WissR* 1992, 166 ff; *Krüger/Leuze* in *Hailbronner/Geis*, Kommentar zum HRG, Stand September 2004, § 45 Rn 41.

8 Bay VerFGH vom 7.5.2008, Vf 19-VII-06, VerFGHE By 61, 103 Rn 123; im Prinzip ebenso *Krüger/Leuze* aaO § 45 Rn 40; auch *Detmer* aaO *WissR* 1997, 2011 räumt ein, dass professorale Sondervoten, die sich „substantiiert und überzeugend“ mit der für

den Listenvorschlag maßgeblichen Begründung auseinandersetzen, eine „Überprüfbarkeit“ des Berufungsvorschlags begründen können.

9 So *Detmer* aaO *WissR* 1997, 210 f.

10 Bay VerFGH vom 7.5.2008 aaO, Rn 126; auch Bay VerFGH vom 4.11.2002 aaO, Rn 23; BVerwG vom 9.5.1985, 2 C 16/83, NVWZ 1986, 374 sieht ein Abweichen von der Reihenfolge als unproblematisch an, weil auch das Sondervotum ein Vorschlag der Hochschule sei.

dar, dass ein nach dem Sondervotum neu in den Berufungsvorschlag aufzunehmender oder besser zu platzierender Bewerber oder eine solche Bewerberin ebenso oder besser geeignet ist, das von der Hochschule und der Ausschreibungsstelle formulierte Anforderungsprofil zu erfüllen. In diesem Rahmen darf das entscheidende Organ auch einschätzen, ob im Sondervotum genannte Bewerber oder Bewerberinnen zu einer ausgewogeneren, vielschichtigeren Zusammensetzung der in der Universitäten vertretenen unterschiedlichen Lehrmeinungen beizutragen vermögen.<sup>11</sup> Auch kann im Rahmen des Anforderungsprofils die Fähigkeit der Bewerber und Bewerberinnen berücksichtigt werden, ihre Forschungstätigkeit auch außerhalb der Universität darzustellen und teilgebietsübergreifend und fachgebietsübergreifend mit anderen Hochschullehrern zu kooperieren.<sup>12</sup> Insoweit sind nicht nur die Sondervoten von Professoren, sondern auch die Sondervoten anderer dazu Autorisierter von Gewicht.<sup>13</sup>

#### c) Erhöhung des Frauenanteils in der Wissenschaft

Die Landeshochschulgesetze verpflichten die Universitäten bei der Erstellung von Berufungsvorschlägen auf die Erhöhung des Anteils der Frauen in der Wissenschaft hinzuwirken. Dem durch eine Änderung des Berufungsvorschlags Rechnung zu tragen, ist legitim. Dabei braucht sich das entscheidende Organ auch nicht damit zu begnügen, dass im Vorschlag des Berufungsausschusses bereits eine Bewerberin an vorderer Stelle platziert ist. Denn es muss damit gerechnet werden, dass diese Bewerberin einen erteilten Ruf ablehnt. Für diesen Fall durch die Aufnahme einer vom Berufungsausschuss nicht Platzierten aber gleich wie männliche Bewerber qualifizierten Frau an weiterer Stelle des Berufungsvorschlags vorzusorgen, ist legitim. Ebenso legitim ist es, diesem Gesichtspunkt durch eine Änderung der Reihung Rechnung zu tragen, solange dadurch nicht männliche Bewerber schwerwiegend benachteiligt werden.<sup>14</sup> Einen Austausch der in der Liste platzierten weiblichen Bewerberinnen trägt dieser Gesichtspunkt freilich nicht.

#### d) Einschränkung von Hausberufungen

Die Landeshochschulgesetze beschränken in unterschiedlicher Form Hausberufungen. Meist begnügen sie sich mit der Formel, Hausberufungen seien nur „in

begründeten Ausnahmefällen“ zulässig (so § 48 Abs. 3 Satz 4 LHG BW). Ob von dieser Ausnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht werden soll, kann Gegenstand eines Sondervotums sein. Auch einem solchen Sondervotum kann der Entscheidungsträger im Rahmen seines hochschulpolitischen Ermessens folgen. Etwa können Rektorat oder Präsidium oder auch das Ministerium darauf hinwirken, dass sich die Zahl der Hausberufungen in einer Hochschule in Grenzen hält. Auf der anderen Seite können sie sich auf der Grundlage eines Sondervotums über den Ausschluss eines Bewerbers von der Berufsliste wegen des Hausberufungsverbots hinwegsetzen.

### III. „Inoffizielle“ Sondervoten

Soweit weder die Landeshochschulgesetze noch Satzungen der Hochschulen Sondervoten zulassen, heißt das nicht, dass dort keine von Berufungsvorschlägen abweichenden Vorstellungen artikuliert werden könnten. Solche „inoffiziellen“ Sondervoten sind auch nicht einfach unbeachtlich. Vielmehr sind sie nach dem im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG und die entsprechenden Vorschriften der Landesverwaltungsverfahrensgesetze) wie jede Äußerung im Verwaltungsverfahren von der über den Berufungsvorschlag entscheidenden Stelle entgegenzunehmen und bei der Entscheidung insoweit zu berücksichtigen als sich aus ihnen für die Entscheidung bedeutsame Anhaltspunkte ergeben.<sup>15</sup>

„Inoffizielle“ Sondervoten können die über einen Berufungsvorschlag entscheidende Stelle allerdings nicht zu einer vom Berufungsvorschlag abweichenden fachlichen Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung von Bewerbern legitimieren. Indem die betreffenden Landeshochschulgesetze oder Satzungen keine Sondervoten vorsehen, bringen sie zum Ausdruck, dass allein die Berufungskommissionen über die Forschungs- und Lehrbefähigung zu urteilen haben.

### IV. Zusammenfassung

Sondervoten sind in einer Reihe von Landeshochschulgesetzen und Grundordnungen sowie in den Rahmenbestimmungen für die Bundeswehruniversitäten vorge-

11 Siehe dazu die Entscheidung des BVerwG vom 9.5.1985, 2 C 16/83, DVBl 1985, 1233, welches diese Entscheidung sogar in das Ermessen des zuständigen Ministers stellt.

12 Vgl Bay VGH vom 6.2.1998, 7 CE 97.3209, KNK-HSchR/nF 42 H Nr. 22; auch BVerfG aaO.

13 Bay VGH vom 6.12.1998 aaO.

14 Hierzu EuGH vom 28.3.2000, C-158/97, EuGHE I 2000, 1875; zu eng Detmer aaO, Handbuch Hochschulrecht, Rn 80 mit Fn 14.

15 Siehe allgemein Bader/Ronellenfisch/Heßhaus, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, § 24 Rn 19; Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl 1999, § 24, Rn 191 ff.

sehen. Sie können sowohl die Reihenfolge in den Berufungsvorschlag aufgenommener Bewerber, wie die Aufnahme oder Nichtaufnahme von Bewerbern überhaupt betreffen. Mögliche Begründungen sind eine abweichende Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung, eine abweichende Einschätzung der Eignung der Bewerber für das Anforderungsprofil der Professorenstelle, die Erhöhung des Frauenanteils in der Wissenschaft und die Zulassung oder Ablehnung einer Hausberufung.

Sondervoten sind nach Maßgabe der gesetzlichen und satzungsmäßigen Regelungen in das Berufungsverfahren einzubringen. Die Versäumung in Grundordnungen oder Berufsordnungen vorgesehener Fristen steht der Berücksichtigung nicht entgegen.

Die über Berufungen entscheidenden Hochschulorgane können grundsätzlich sowohl von der vorgesehenen Reihenfolge der Bewerber abweichen, wie auch Bewerber aus dem Berufungsvorschlag streichen oder nicht Genannte neu aufnehmen. Den staatlichen Stellen steht regelmäßig nur das Recht auf Änderung der Reihenfolge zu. Allerdings können sie von einer Berufung überhaupt Abstand nehmen. Regelmäßig ist vor Abweichungen der zuständige Fakultätsrat zu hören.

Im Gesetz oder Satzung vorgesehene Sondervoten von Professoren können eine von der Bewertung durch die Berufungskommission abweichende fachliche Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung von Bewerbern durch das über die Berufung entscheidende Hochschulorgan rechtfertigen. Soweit staatliche Stellen über Berufungen entscheiden, gilt das nur für gesetzlich vorgesehene Sondervoten.

Sondervoten, welche die Erfüllung des Anforderungsprofils durch Bewerber, die Erhöhung des Frauenanteils in der Wissenschaft oder Ausnahmen von einem Hausberufungsverbot betreffen, können vom Entscheidungsträger stets berücksichtigt werden.

„Inoffizielle Sondervoten“ sind nach Maßgabe des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes zu berücksichtigen, können aber keine abweichende fachliche Bewertung der Forschungs- und Lehrbefähigung rechtfertigen.

Der Autor ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Die Autorin ist wissenschaftliche Angestellte darselbst und Referentin im Rektorat der Albert-Ludwigs-Universität.



# Volker Rieble

## Plagiatverjährung.

### Zur Ersitzung des Doktorgrades

#### ÜBERSICHT

##### I. Promotionsentzug nach langer Zeit

1. Schavan, Ströker und Heller
2. Keine Sanktionsbegrenzung – Ersitzung
3. Effektive „Verjährung“ binnen fünf Jahren
4. Befristungsvorschlag Löwer
5. „Vorbildliche“ Juristenausbildung?

##### II. Lex ferenda – cui bono?

1. Kandidat: Titelerhalt
2. Fakultät und academia: Schutz des Arbeitsfriedens

##### III. Untergesetzliche Regelung in Promotionsordnungen?

1. Dr. phil. oder rer. pol. in München
2. Reichweite der Regelungsermächtigung
3. Folgenlos

##### IV. Fazit

Die Rechtspraxis geht davon aus, daß der Entzug einer durch Plagiat bewirkten Promotion hochschulrechtlich unbefristet möglich ist, also auch noch nach über dreißig Jahren. Hiergegen fordern Stimmen eine effektive Verjährung – binnen fünf oder zehn Jahren, die dem Plagiatoren dann eine bestandsfeste Promotion verschafften. Der Beitrag sortiert die angelaufene Diskussion (I.), fragt nach dem Schutzzweck solcher Promotionsersitzungsregeln (II.) und stellt den „Ausweg“ heilender Promotionsordnungen vor (III.).

#### I. Promotionsentzug nach langer Zeit

##### 1. Schavan, Ströker und Heller

Der „Fall Schavan“ hat die Gemüter erregt. Annette Schavan hatte zu ihrer Promotion im Jahr 1980 eine Dissertation eingereicht, die Textfragmente enthält, die nicht von ihr verfaßt waren, die nicht hinreichend klar als Fremdtex te ausgewiesen waren und mit denen Annette Schavan den Eindruck einer eigenen wissenschaftlichen Leistung in der Erschließung von Primär-

quellen erzeugt hat. 2013 hat ihr die Düsseldorfer Fakultät die Promotion entzogen – nach 33 Jahren. Hier soll es nicht um die Frage gehen, nach welchen Maßstäben der Promotionsentzug zu beurteilen ist („Täuschungsabsicht“, hermeneutische Erkundungen); das hat das VG Düsseldorf auf Anfechtungsklage von Annette Schavan zu entscheiden. Noch sollen die erstaunlichen Ein- und Anwürfe Dritter in gemessener Weise persifliert werden.<sup>1</sup> Hier geht es allein um die Frage, ob es sachgerecht ist, daß ein ein ganzes Erwerbsleben lang getragener „Titel“ entzogen wird, obschon nach dreißig Jahren jede strafrechtliche Ahndung (bis auf Mord) ausgeschlossen ist<sup>2</sup> und wiewohl dreißig Jahre die äußerste Verjährungsfrist auch im Zivilrecht sind<sup>3</sup> und nach dreißig Jahren jede Arglist-Anfechtung ausgeschlossen ist.<sup>4</sup>

Damit Annette Schavan nicht alleine steht: Vielfach vergleichbar ist der Fall Elisabeth Ströker, die 1953 auf ähnlich angreifbare Weise mit unausgezeichneten Fremdtex ten promoviert worden ist.<sup>5</sup> Der Unterschied: Die promovierende Bonner Fakultät beließ ihr 1991, also nach 38 Jahren, die Promotion – aber nicht wegen Zeitablaufes, sondern weil in den 50er Jahren andere Maßstäbe wissenschaftlicher Redlichkeit gegolten hätten, weswegen es an der Täuschung fehle. Die eigene Kölner Fakultät sah da klarer, daß nämlich die Dissertation „zu großen Teilen aus als solchen nicht gekennzeichneten wörtlichen und sinn gemäßen Entlehnungen besteht und daß die Arbeit in Kenntnis dieser Tatsache weder damals noch heute von der Philosophischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen worden wäre“. Die dreiste, unwahre Ausrede schützte effektiv und erfolgreich eine Professorinnenkollegin – allerdings nur in der Form, nicht vor massivem Ehrverlust. Erstaunlich auch damals schon: Solidaritätsbekundungen akademischer Schlachtrösser, gestützt auf die allgemeine Anerkennung der wissenschaftlichen Kollegin und ohne Rücksicht auf die Dissertation. Eindringlich gegenüber jeder Schönfärberei mahnte Dieter Simon: „Ihr Fall, der unspektakuläre Casus einer ordentlichen professoralen

1 Dazu Kaube, Frau Jedermanns Plagiat, F.A.Z. 24.1.2013, 25 = [www.faz.net/aktuell/feuilleton/der-fall-schavan-frau-jedermanns-plagiat-12036233.html](http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/der-fall-schavan-frau-jedermanns-plagiat-12036233.html) [19.6.2013].

2 § 78 Abs 3 Nr 1 StGB.

3 § 197 BGB.

4 Die allgemeine Höchstgrenze liegt nach § 124 Abs 3 BGB inzwischen bei zehn Jahren, doch hat der Gesetzgeber bei der

Fristverkürzung den Fall des § 318 Abs 2 Satz 3 BGB vergessen.

5 Meichsner, Hübsch geklaut, DIE ZEIT Nr 44/1990 = 22; [www.zeit.de/1990/44/huebsch-geklaut](http://www.zeit.de/1990/44/huebsch-geklaut) [18.6.2013]; [http://de.mmdoku.wikia.com/wiki/MMDoku/Dokumentation/1991/Bericht\\_Str%C3%B6ker-Kommission](http://de.mmdoku.wikia.com/wiki/MMDoku/Dokumentation/1991/Bericht_Str%C3%B6ker-Kommission) [18.6.2013].

Laufbahn, die durch beharrliches und unausgewiesenes Kopieren fremder Texte erschrieben wurde“.<sup>6</sup>

Derzeit virulent ist der Fall Arne Heller, angreifbar promoviert<sup>7</sup> im Jahr 1998; Promotionsentzug 2012, also 14 Jahre später von der Hamburger Juristenfakultät seines Grades „entkleidet“. Der Rechtsstreit hängt beim VG Hamburg. Gölte eine Entzugsfrist von zehn Jahren, so wäre Heller seit 2008 „immun“. Weil der ganze Streit im Zuge eines Habilitationsversuches aufgeköcht ist: Müßte womöglich nach geheilter Promotion die weitere Wissenschaftskarriere hingenommen werden – so daß der Dissertationsplagiator irgendwann die Lehrbefugnis ausübt, gar Doktoranden anleitet?

## 2. Keine Sanktionsbegrenzung – Ersitzung

Um eine Straf- oder Sanktionenbegrenzung nach Art der Verfolgungsverjährung geht es in dieser Diskussion nicht. Der Promotionsentzug ist keine Strafe – auch wenn er von Betroffenen wegen der Prangerwirkung so empfunden wird. Die Verwaltung nimmt dasjenige zurück, was nie hätte erteilt werden dürfen, betreibt also Fehlerkorrektur. Der Promotionsentzug ist auch kein der Verjährung zugänglicher Anspruch. Vielmehr kommt der Verwaltung eine einseitig hoheitlich durchzusetzende Rechtsmacht zu – die ihrerseits privatrechtlich dem Gestaltungsrecht vergleichbar ist. Gestaltungsrechte aber verjähren (gar) nicht. Sie können nur befristet sein, wie das für die Arglistanfechtung der Fall ist. Indes taugt die zivilrechtliche Arglistregelung nicht als Argument:<sup>8</sup> Dort geht es um den Schutz der freien Willensbildung des Privatrechtssubjektes, das frei entscheiden darf, ob es die eigene Erklärung gelten lassen will. Diese Erklärung ist weder richtig noch falsch, sondern nur zweifelhaft zustande gekommen, weswegen der Getäuschte frei über deren Existenz entscheiden darf. Hier dagegen geht es um die Korrektur von rechtswidrigem Verwaltungshandeln – in dieser Korrektur ist die Behörde nicht frei, sondern muß sich vom Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung leiten lassen.

Der Entzug einer widerrechtlich erlangten Promotion korrigiert vorangegangenes Unrecht, entzieht eine Rechtsposition, die dem Adressaten nicht zusteht und stellt den rechtmäßigen Zustand wieder her. Solche Kor-

rektur durch Rückkehr zum gesetzlichen Zustand gebietet der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG. Der Verzicht auf Promotionsentzug – auch nach definierter Frist – beläßt einen unverdienten akademischen Grad, vernachlässigt die gebotene Korrektur und braucht eben hierfür einen rechtfertigenden Grund. Insofern wirkt jede Befristung des Promotionsentzugs gleich der sachenrechtlichen Ersitzung: Wer sich wegen seines Grundbucheintrags für den Eigentümer eines Grundstücks halten darf, obwohl er nach objektiver Rechtslage nicht Eigentümer ist, erwirbt das Eigentum (zu Lasten des wahren Eigentümers) nach dreißig Jahren, § 900 BGB. Gleiches gilt für bewegliche Sachen nach zehn Jahren, § 937 BGB – aber nur wenn der Schein-Eigentümer gutgläubig war.

§ 48 VwVfG enthält selbst eine – nur relative – Frist: Hat die Verwaltung das Unrecht bemerkt, so bleibt ihr nur ein Jahr zur Rücknahme – wenn nicht der Adressat seinerseits „den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat“, Abs. 4. Diese Regelung ist abschließend und schließt jede Befristung der Rücknahme ohne gesetzliche Grundlage aus.<sup>9</sup> Insbesondere gibt es keine absolute Frist, die die Rücknahme nach dreißig oder zehn Jahren auch ohne Kenntnis ausschloße. Vielmehr gilt im Verwaltungsrecht das Prinzip der freien und unbefristeten Rücknehmbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte.<sup>10</sup> Für eine ausnahmsweise Befristung braucht es eine spezialgesetzliche Vorschrift, wie § 35 Abs. 3 Staatsangehörigkeitsgesetz, der seit 2009 die Rücknahme der arglistig erschlichenen Einbürgerung nach fünf Jahren ausschließt – zum besonderen Schutz vor Staatenlosigkeit nach Art 16 Abs. 1 Satz 2 GG.<sup>11</sup> Vor Promotionslosigkeit schützt die Verfassung nicht.

Deutlicher noch wird das im Vergleich zur rückwirkenden Rücknahme der Beamtenernennung wegen arglistiger Täuschung – nach § 12 Beamtenstatusgesetz. Eine absolute Rücknahmefrist von 10 oder 30 Jahren gab es noch nie, die frühere relative Rücknahmefrist ab Kenntnis von der Täuschung<sup>12</sup> gibt es nicht mehr. Deshalb muß ein Polizist, der 1978 mit einem gefälschten Schulzeugnis die Verbeamtung erschwindelte, durchaus damit rechnen, daß der Dienstherr im Jahr 2011 seine Ernen-

6 Dieter *Simon*, Die Wahrheit muß erfunden werden, F.A.Z. 18.12.1997, 40.

7 [www.abendblatt.de/hamburg/article2412760/Plagiatsaffaere-ander-Uni-Hamburg.html](http://www.abendblatt.de/hamburg/article2412760/Plagiatsaffaere-ander-Uni-Hamburg.html) [18.6.2013]; <http://de.vroniplag.wikia.com/wiki/Ah> [18.6.2013]; zu den verworrenen Hintergründen: *Horstkotte*, Angeschwärzt bei Vroniplag, [www.zeit.de/studium/hochschule/2011-08/vroniplag-uni-hamburg](http://www.zeit.de/studium/hochschule/2011-08/vroniplag-uni-hamburg) [19.6.2013]. Allerdings ändert ein kritikwürdiges Motiv der Heller-Gegner nichts am Befund. Jeder Arbeitgeber darf bei einem mißliebigen Arbeitnehmer nach vorhandenen Kündigungsgründen suchen.

8 So aber *Linke*, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, *WissR* 1999, 146, 172 f.

9 Klar und richtig *Gärditz*, Die Feststellung von Wissenschaftsplagiaten im Verwaltungsverfahren, *WissR* 2013, 3, 26 f.

10 Etwa BVerwG 8.8.1986 – 4 C 16/84 – NVwZ 1987, 488 mwN.

11 Vgl BVerfG 24.5.2006 – 2 BvR 669/04 – BVerfGE 116, 24.

12 Etwa BVerwG 8.11.1961 – VI C 120/59 – NJW 1962, 605.

nung rückwirkend zurücknimmt, also 33 Jahre danach. Hier schützt keine absolute Frist, sondern allein die ganz ausnahmsweise und konkrete ermessensbegrenzende Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall.<sup>13</sup> Wenn dagegen eine Obersekretäranwärterin im Justizvollzugsdienst ihre Verbeamtung durch Verschweigen einer Vorerkrankung erwirkt, kann sie zwölf Jahre später rückwirkend entbeamtet werden.<sup>14</sup> Daran gemessen widerfährt dem Dissertationsplagiator doch recht wenig.

Das ist alles so klar, weswegen im geltenden Recht schon Sturmgeschütze wie die Menschenwürde aufgeföhren werden müssen. *Doerfer* fordert ernstlich in Argumentationsanalogie zur lebenslangen Freiheitsstrafe auch für Promotionschwindler ein Perspektivrecht gegenüber lebenslanger Rücknahmehrohung.<sup>15</sup> Demgegenüber ist festzuhalten: Verjährung ist kein universales Rechtsprinzip, Ersitzung ebensowenig. § 48 VwVfG verlangt grundsätzlich eine unbefristete Korrektur von Verwaltungsunrecht auch zu Lasten des Begünstigten.

Um Sanktionsbegrenzung ginge es nur dann, wenn auf solchen Wissenschaftsbetrug Strafe stünde, wie dies von *Weschpfennig* und *Wittern* vorschlagen.<sup>16</sup> Bislang ist strafbar nur das Föhren eines Titels, den man nicht hat – nicht aber das Erschleichen eines Titels durch ein Wissenschafts-Fake. Nordrhein-Westfalen könnte seinen Bußgeldtatbestand für studentischen Prüfungsbetrug in § 63 Abs. 5 Satz 2 lit a HG auf Promotionsbetrügereien erweitern. Und insofern, ja, greift die normale Verfolgungsverjährung.

### 3. Effektive „Verjährung“ binnen fünf Jahren

Eben deshalb läuft die Bestrafung des Doktoranden wegen falscher Versicherung an Eides Statt (die manche Promotionsordnungen mit hinreichender gesetzlicher Ermächtigung verlangen) praktisch leer: Die beedete Versicherung, die Arbeit selbst und eigenständig und nur unter Verwendung der angegebenen Hilfsmittel geschrieben zu haben, mag vorsätzlich falsch abgegeben worden sein. Die Verfolgung solch beschworener Lüge nach § 156 StGB verjährt binnen fünf Jahren, § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB. Verjährungsbeginn ist die Abgabe der Versicherung – zusammen mit der Arbeit. Von da an schlummert die plagiatorische Dissertation bei den beiden Gutachtern, anschließend folgt noch eine mündliche Prüfung. Schon dies dauert regelmäßig ein, mitunter auch

zwei Jahre. Danach vergeht weitere Zeit, bis die Veröffentlichung der Arbeit betrieben ist. Erscheint die Arbeit (was eher zügig ist), zwei Jahre nach Einreichung der Dissertation, so bleiben zur rechtzeitigen Aufdeckung des Plagiates nurmehr drei Jahre: Drei Jahre für Rezeption in der Wissenschaft und das zufällige Bemerkern von Textübereinstimmungen. Eine so zügige Plagiatsaufdeckung ist selten und allenfalls gründlichen Rezensenten zu verdanken, die das Buch schnell nach dem Erscheinen lesen und besprechen! Schon für *Fischer-Lescano*, den Aufdecker des Guttenberg-Plagiates,<sup>17</sup> hätte diese Zeit nicht gereicht: Der Bericht der Bayreuther Kommission weist leider nicht aus, wann zu Guttenberg seine Arbeit mit der nur ehrenwörtlichen (also jedenfalls strafflosen) Versicherung abgegeben hat. Das hymnische Erstgutachten Häberle datiert vom 23.10.2006. Rechnet man mit einem normal-zügigen Lauf der Dinge, so wurde die Arbeit ungefähr sechs Monate zuvor eingereicht, also im April 2006. Mithin lief die Verfolgungsverjährung für eine hypothetische eidesstattliche Erklärung im April 2011 ab. Die Diskussion begann im Februar 2011 mit einem Artikel der Süddeutschen; am 1. März folgte der Rücktritt. Ob die Staatsanwaltschaft innerhalb weniger Wochen die Verjährung hätte unterbrechen können (und wollen), darf bezweifelt werden.

Der wiki-namensgebende Fall Veronika Saß ist Gegenbeispiel. Dem Urteil des VG Freiburg vom 23.5.2012 (1 K 58/12) ist der Zeitablauf zu entnehmen: Juni 2008 Abgabe der Dissertation – 29.10.2008 Verleihung Doktorgrad – Dissertation 2009 erschienen – 2011 erste Hinweise auf Plagiat – 10.5.2011 Entzug des Doktorgrades. Hier hätte die Staatsanwaltschaft hinreichend Zeit (bis Juni 2013) gehabt um eine etwaige und falsche eidesstattliche Versicherung zu verfolgen. Daneben steht die Vielzahl der bei *roniplag* entdeckten Fälle, die erst sehr viel später aufgedeckt worden sind. IdR ist aber das Abgabedatum nicht bekannt, sondern nur das Prüfungsdatum.<sup>18</sup> Eine fünfjährige Verjährungsfrist, die mit der maßgebenden Rechtshandlung beginnt, also der Einreichung der Arbeit, ist so kurz bemessen, daß im erwartbaren Verlauf Dissertationsplagiate innerhalb dieser Frist überwiegend nicht aufgedeckt würden – weil die kritische Rezeption in der Wissenschaftsöffentlichkeit länger braucht: vom Anfangsverdacht bis hin zu sorgfältiger Prüfung, Bewertung und Entscheidung.

13 VG München 16.10.2012 – M 5 K 11.4492 – juris.

14 VG Hannover 26.6.2013 – 2 B 2658/13 – juris: Tragisch hierbei: Die Vorerkrankung hatte die Beamtin im Militäreinsatz für Deutschland erlitten.

15 Die Verjährung im Promotionsrecht, *WissR* 2012, 227, 241.

16 Wie können Plagiate in Dissertationen strafrechtlich sanktioniert

werden? *F.A.Z.*, 21.7.2011, Nr 167, 8.

17 *Fischer-Lescano*, Karl-Theodor Frhr. zu Guttenberg, Verfassung und Verfassungsvertrag. Konstitutionelle Entwicklungsstufen in den USA und der EU, *Kritische Justiz* 2011, 112.

18 Dazu die Übersicht: <http://de.vroniplag.wikia.com/wiki/%C3%9Cbersicht> [19.6.2013].

Pseudo-effektiv ist das Bußgeld für studentische Bescheißerle in § 63 HochschulG Nordrhein-Westfalen. Die Sanktionsdrohung ist mit 50.000 € hart – doch die Verjährung besonders kurz: drei Jahre gem. § 31 Abs. 2 OWiG. Kandidaten für ein Bußgeld sind also vor allem jene, die unmittelbar in der Prüfung erwischt werden. Die Bachelor- oder Masterarbeit wird typischerweise nicht veröffentlicht – weswegen auch das Plagiat nicht auffliegt und schon gar nicht binnen drei Jahren. Kaum effektiver ist die Strafverfolgung wegen anderer Delikte<sup>19</sup> – und ebensowenig effektiv wäre die Verfolgung des vom DHV für gewerbliche Ghostwriter geforderten Straftatbestands „Wissenschaftsbetrug“.<sup>20</sup>

#### 4. Befristungsvorschlag Löwer

Vor allem der Wissenschaftsrechtler *Löwer* fordert immer wieder die Einführung eines Verjährungstatbestandes – einmal mit Blick auf das Vorbild der Juristenausbildung und zum anderen zum Schutz des Rechtsfriedens (Zeit heilt alle Wunden). Er betont den Sanktionscharakter des Titelentzugs, also dessen Strafähnlichkeit – auch und gerade mit Blick auf kollaterale Folgen wie Arbeitsplatzverlust und Ehrenbuße.<sup>21</sup> Aufgegriffen wird diese Forderung vom „Gemeinsames Positionspapier des Allgemeinen Fakultätentags (AFT), der Fakultätentage und des Deutschen Hochschulverbands (DHV) vom 21. Mai 2013“,<sup>22</sup> mit der etwas erstaunlichen Begründung, daß Datenfälschungen nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen nicht mehr nachweisbar wären: „Insofern stellt sich die Frage, ob nicht aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit für Plagiate Entsprechendes gelten soll.“ Für einen Juristen harter Argumentationstobak an der Grenze zum Unsinn. Dagegen wendet sich Danneemann – Berliner Hochschullehrer und Akteur bei Vroniplag – mit der Erwägung, so kämen derzeit zu viele Schwindler davon. Die Plagiatkontrolle sei gerade erst angelaufen; die Aufarbeitung dürfe nicht abgewürgt werden.<sup>23</sup>

#### 5. „Vorbildliche“ Juristenausbildung?

*Löwer* beruft sich auf das Vorbild der Prüfungskontrollbefristung in den Landesregelungen zur Juristenausbildung. In der Tat werden juristische Prüfungsbetrüger überwiegend nach fünf Jahren (Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schles-

wig-Holstein), manchmal auch nach drei (Berlin, Brandenburg, Hessen, Thüringen) verschont, haben sich dann also das Staatsexamen „ersessen“ und dürfen Rechtssuchende auch im denkbar härtesten Fall beraten, wenn sie nämlich einen Stellvertreter in die Prüfung geschickt und selbst gar nichts geleistet haben. Besonders schön das Saarland: Wer zum Richter oder Beamten auf Lebenszeit ernannt wird, dem kann das Examen nicht mehr entzogen werden (also nach dortiger dreijähriger Probezeit). Das ist einigermaßen erstaunlich: Wer sich die Ernennung zum Staatsanwalt durch arglistige Täuschung über Erledigungen (durch Aktenverstecken) erschwindelt – der muß die Rücknahme der Ernennung fürchten,<sup>24</sup> und zwar unbefristet nach § 12 Beamtenstatutgesetz. Wer sich dagegen die Examenshausarbeit schreiben ließ oder kühn einen „Stellvertreter“ in die Klausuren schickte (so einst in Heidelberg geschehen), der darf auf Zeitablauf und Ersitzung hoffen.

Hart sind Bayern und Mecklenburg-Vorpommern, die keine Rücknahmebefristung kennen. § 11 Abs. 6 der bayerischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen sieht explizit die unbefristete nachträgliche Nicht-Bestehensklärung für den Fall des „Unterschleifs“ in einer Juristischen Staatsprüfung vor. Sachsen gibt eine relative Frist von einem Jahr ab Entdeckung vor, und schützt den Arglistigen – anders als § 48 Abs. 4 VwVfG. Schon 1949 hat das „Zentral-Justizamt für die Britische Zone“ in § 28 Abs. 4 seiner Justizausbildungsordnung<sup>25</sup> verfügt:

Auch nach Aushändigung des Zeugnisses über das Bestehen der Prüfung kann diese für nicht bestanden erklärt werden, aber nur innerhalb einer Frist von 5 Jahren seit dem Tage der mündlichen Prüfung.

Dabei fällt auf, daß die Befristungsregeln seinerzeit gerade in jenen Ländern eingeführt worden sind, die damals auf ein Hausarbeitenexamen gesetzt haben. In der Tat ist die juristische Examenshausarbeit besonders plagiats-, also betrugsanfällig. In Köln und Bonn lebten Anwaltskanzleien früher davon, Examenskandidaten die Arbeit abzunehmen – gegen den Preis eines Autos. Im Rheinischen wurden seinerzeit Täuschungszahlen von bis zu einem Drittel geschätzt. Die Ersitzung durch Befristung schützte so Täuscher und Betrüger vor dem Ent-

19 Übersicht bei *Ottmann*, Wissenschaftsbetrug und Strafrecht (2006).

20 [www.hochschulverband.de/cms1/pressemitteilung+M56c11ee1774.html](http://www.hochschulverband.de/cms1/pressemitteilung+M56c11ee1774.html) [26.7.2013].

21 *Löwer*, Verjährungsfrist für Plagiatsvergehen? Pro F & L 2012, 550 = [www.forschung-und-lehre.de/wordpress/Archiv/2012/ful\\_07-2012.pdf](http://www.forschung-und-lehre.de/wordpress/Archiv/2012/ful_07-2012.pdf) [26.7.2013].

22 [www.hochschulverband.de/cms1/fileadmin/redaktion/download/](http://www.hochschulverband.de/cms1/fileadmin/redaktion/download/)

[pdf/resolutionen/Empfehlungen21052013.pdf](http://www.hochschulverband.de/cms1/fileadmin/redaktion/download/pdf/resolutionen/Empfehlungen21052013.pdf) [31.7.2013], 9 f.

23 *Danneemann*, Verjährungsfrist für Plagiatsvergehen? Contra F & L 2012, 551 = [www.forschung-und-lehre.de/wordpress/Archiv/2012/ful\\_07-2012.pdf](http://www.forschung-und-lehre.de/wordpress/Archiv/2012/ful_07-2012.pdf) [26.7.2013].

24 BVerwG 18.9.1985 – 2 C 30/84 – DVBl 1986, 148 und juris.

25 JAO vom 15.1.1949, Verordnungsblatt für die Britische Zone 1949, 21.

zug der Anwaltszulassung oder vor der Entfernung aus dem Staatsdienst sowie vor entsprechender Erpreßbarkeit – und verschaffte der Staatsprüfung eine scheinbare, fiktive Dignität.

Eigentlich erstaunlich ist etwas anderes: Vergleichbare Befristungen kommen in gesetzlichen Ausbildungsregeln sonst nicht vor – obwohl man doch auch Ärzten, Architekten, Lehrern und Ingenieuren das erschlichene Examen gönnen könnte. Es handelt sich ganz überwiegend um ein Juristenproblem. Für Ärzte kennt die Approbationsordnung keine Sonderregelung für die Rücknahme der Staatsexamina, so daß es bei § 48 VwVfG bewendet; für die Approbation schreibt § 5 Abs. 1 Satz 1 Bundesärzteordnung explizit die Rücknahme vor, wenn das Examen fehlt.

§ 35 Abs. 2 der (bayerischen) Allgemeinen Prüfungsordnung sieht für alle relevanten Prüfungen bayerischer Beamter und also auch für Lehrer das nachträgliche und unbefristete Scheitern bei Unterschleif, Täuschung oder Benutzung nichtzugelassener Hilfsmittel zu eigenem oder fremdem Vorteil vor. Anders aber wieder Nordrhein-Westfalen: § 37 Abs. 4 der Ordnung des Vorbereitungsdienstes und der Staatsprüfung 2011 (GV NRW S. 218) enthält wieder eine Fünfjahresfrist auch bei Täuschungen. Hier herrscht derjenige rheinische Frohsinn, den Löwer den Doktoranden zubilligen will.

Von sachbezogener Härte sind durchweg ingenieurwissenschaftliche Ausbildungsordnungen. So bestimmt § 28 Diplomprüfungsordnung Maschinenbau der RWTH vom 18.11.1998<sup>26</sup> zur „Aberkennung des Diplomgrades“:

(1) Hat die Kandidatin oder der Kandidat bei einer Prüfung getäuscht und wird diese Tatsache erst nach Aushändigung des Zeugnisses bekannt, kann der Prüfungsausschuß nachträglich die Noten für diejenigen Prüfungsleistungen, bei deren Erbringung die Kandidatin oder der Kandidat getäuscht hat, entsprechend berichtigen und die Prüfung ganz oder teilweise für nicht bestanden erklären.

(2) Waren die Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Prüfung nicht erfüllt, ohne daß die Kandidatin oder der Kandidat hierüber täuschen wollte, und wird

diese Tatsache erst nach der Aushändigung des Zeugnisses bekannt, wird dieser Mangel durch das Bestehen der Prüfung geheilt. Hat die Kandidatin oder der Kandidat die Zulassung vorsätzlich zu Unrecht erwirkt, entscheidet der Prüfungsausschuß unter Beachtung des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen über die Rechtsfolgen.

Eine Frist gibt es dort gar nicht; eine Heilung ist nur vorgesehen, wenn Prüfungsvoraussetzungen fehlen und darüber nicht vorsätzlich getäuscht worden ist. Das Plagiat in der Diplomarbeit kann also unbefristet mit Aberkennung geahndet werden.

Wenn Löwer also aus einer juristischen Besonderheit ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip extrapoliert, mag man sich wissenschaftlich fragen, warum ihm andere Fächer und ihre Ausbildungsregeln nicht in den Sinn kommen. Praktisch möchte man ihn fragen, ob er von einem Arzt behandelt werden wollte, der sich sein ertäushtes Examen zur Approbation ersessen hat oder ob er über eine Brücke fahren will, die ein Scheiningenieur konstruiert hat. Mag er vor einem Richter stehen, der seinen Berufszugang mit einer gekauften Examenshausarbeit in Nordrhein-Westfalen erschlichen hat? Warum täuschende Juristen (und Lehrer) einen besonderen Befristungsschutz benötigen – im Vergleich zu Ingenieuren, Betriebs- und Volkswirten, aber auch Ärzten – ist nicht erfindlich.

## II. *Lex ferenda* – *cui bono*?

### 1. Kandidat: Titelerhalt

Gestellt ist also die Grundfrage: Fordern Vertrauensschutz oder Rechtsfrieden eine Befristung des Promotionsentzugs, soll also der Doktor in der Sache unverdient erhalten bleiben – weil lange Zeit vergangen ist? Vorteilhaft ist dies zuerst für den Schwindler, der die akademische Frucht seiner Mogelei behalten darf. Dem nur und womöglich zu Unrecht in Verdacht Geratenen wird das Promotionskontrollverfahren zu eigener Ehrenrettung versagt. Hier wurde selbst der Spötter Heine fuchtig, dem unterstellt worden war, er habe seinen Doktor gekauft:

26 [www.maschinenbau.rwth-aachen.de/cms/Maschinenbau/Studium/Downloads/Diplom/~osl/Maschinenbau/](http://www.maschinenbau.rwth-aachen.de/cms/Maschinenbau/Studium/Downloads/Diplom/~osl/Maschinenbau/) [29.7.2013].

Man soll ruhig von mir sagen, ich sei ein Bastard, der Sohn eines Henkers, ein Straßenräuber, Atheist, ein schlechter Dichter – ich lache darüber. Aber es zerreißt mir das Herz, meine Doktorwürde bestreiten zu hören (obwohl unter uns gesagt, die Jurisprudenz gerade diejenige unter allen Wissenschaften ist, von welcher ich am wenigsten weiß).<sup>27</sup>

Verjährungsfrist oder Ersitzung können die Diskussion des inkriminierten Textes nicht unterbinden und auch nicht den damit bewirkten Ansehensverlust. Jeder veröffentlichte akademische Text steht zur Werkkritik an und damit auch zur Diskussion seiner „Originalität“. Eben aus diesem Grund schreiben die Promotionsordnungen die Publikation vor. Das kann man an professoralen Plagiaten und Geistschreibereien erkennen (Schwintowski, Wirth, Preis<sup>28</sup>). Gerettet wird durch Ersitzung nur Visitenkarte und Klingelschild. Der Plagiatoren-Eintrag im Netz bleibt.

Auf der anderen Seite gilt: Je länger solche Doktoratsertchtigung unbemerkt bleibt, desto länger kann auf dem ungerechtfertigten, erschwindelten Doktorgrad eine Karriere, ein Berufsleben und gesellschaftliches Ansehen wachsen. Das zynische (oder dialektische) Moment ist das des Felix Krull: Der angemaate Erfolg fußt auf eben jenem angesehenen Qualittsausweis der Dissertation, den der Fremdtextverwerter für sich als Anspruch und Maßstab leugnet. Wissenschaft mirt zum Schauspiel, wird im eigentlichen Wortsinn nurmehr vorgeführt, vorgespielt und vorgetäuscht. Es macht keinen nennenswerten Unterschied, ob der Hochstapler Examenszeugnisse, Dissertation und womöglich Approbation (Gerd Postel) fälscht oder ob er nur ein bischen geschickter eine gefälschte Prüfungsleistung einreicht und auf deren Grundlage eine echte Urkunde erhält. Hochstapelei bleibt das.

Die sehr spät aufgedeckten Flle Strücker und Schavan zeigen: Auf der Grundlage eines unverdienten Doktorgrades lässt sich ein ganzer Lebensplan bauen, sei es die akademische, sei es die politische Karriere. Heutzutage versuchen frisch Promovierte über die Juniorprofessur unmittelbar auf das Dissertationsplagiat eine Wissenschaftskarriere zu bauen.<sup>29</sup> Diese Vorteile des Doktor-

grades bleiben demjenigen, dessen Promotion nach langer Zeit entzogen wird. § 48 VwVfG sieht keine Abschöpfung von Vorteilen vor. Insofern lässt sich umgekehrt sagen: Wer erst nach dreißig oder mehr Jahren „erwischt“ wird, hat schon unglaubliches Glück gehabt, durfte ein Erwerbsleben lang von unverdienter akademischer Würde zehren. Der Doktorgrad ist bares Geld wert.<sup>30</sup> Auch die Altersversorgung bleibt. Für Promotionschwindler bedeutet dies: „Money for nothing. Chicks for free.“ (Dire Straits). Daß dann über diese Frucht langjähriger Nichtentdeckung hinaus auch die künftige Verschnung geboten sein soll ... das erschließt sich mir nicht.

Vielleicht hilft ein Sportbeispiel zur Einsicht: Wird ein Sportler nach längerer Zeit des Dopings überführt, dürfen ihm dann nachträglich rückwirkend Medaillen, Siege und Rekorde aberkannt werden? Oder muß nicht nach gewisser Zeit „Rechtsfrieden“ für solche Sportleistungsbetrger einkehren? Kann man eine zweifelhafte Medaille ersitzen? Wie kommt der Radsport-Weltverband dazu, im Jahr 2012 Lance Armstrong wegen systematischen Dopings sämtliche Erfolge seit dem 1. August 1998 abzuerkennen, darunter alle Tour-de-France-Siege? Ist es nicht unerhört, daß diesem „Sportler“ 2013 – nach mehr als zehn Jahren – die olympische Medaille aus 2000 entzogen wird? Müssen nicht Dopingsnder auf (unverdienten) Medaillenschatz und Siegerehre vertrauen dürfen? Wo bleibt der Rechtsfrieden?

Staunen kann man nur darüber, daß die zentrale Frage nicht gestellt wird: Soll die Ersitzung des Doktorgrades in den ganz harten Fällen greifen – wenn also der Kandidat nicht eine Zeile der Dissertation verfaßt hat, sondern entweder einen Geistschreiber bezahlt oder ein Volltextplagiat abgegeben hat? Um welchen Vertrauensschutz geht es hier? Der Vollbetrger hofft doch allenfalls, nicht erwischt zu werden und also davonzukommen. Nach gewisser Zeit mag er hierauf vertrauen – doch berechtigt und schtzenswert ist dies Vertrauen nicht.

Eben dies betont die Prfungsrechtsprechung: Die Fakultäten müssen bei ihrem Rcknahmeermessen („kann“ in § 48 Absatz 1 VwVfG) den „Schutz des Vertrauens auf den Bestand des Verwaltungsaktes mit dem

27 Heinrich Heine, Brief an Philarte Chasles [den Übersetzer von Jean Paul] vom 15. Januar 1835, in: Heine, *Leben Sie wohl und hole Sie der Teufel* (2005, Hg Hauschild, übersetzt von Fellrath), 178 f; oder in anderer Übersetzung: Heine, *Mein Leben, Autobiografische Texte* (2005, Hg Kruse, bersetzer nicht angegeben, Briefdatum womöglich durch Scanfehler verflscht), 18 f; im Original der Düsseldorfer Heine-Ausgabe (DHA): „Qu'on dise de moi que je suis bâtard, fils de bourreau, voleur de grand chemin, athée, mauvais pote: j'en ris; mais a me déchire le coeur de voir contester ma dignité doctorale (entre nous, quoique docteur en

droit, la jurisprudence est précisément celle de toutes les sciences dont je sais le moins)“. Erläuterungen dazu: DHA XV, 1249 ff.

28 Dazu *Rieble*, *Wissenschaftsplagiat* (2010).

29 Fall Haferkamp, ausgerechnet in den Kommunikationswissenschaften dazu *Machowecz*, Und weg war sie, DIE ZEIT 27.9.2012 = [www.zeit.de/2012/40/Plagiat-Professorin-Sachsen](http://www.zeit.de/2012/40/Plagiat-Professorin-Sachsen) [27.6.2013].

30 *Groll*, Ein Dokortitel bringt mehr Geld und Prstige, [www.zeit.de/karriere/beruf/2013-02/promotion-karriere-einkommen](http://www.zeit.de/karriere/beruf/2013-02/promotion-karriere-einkommen) [19.6.2013].

öffentlichen Interesse an seiner Rücknahme abzuwägen“. Für diese Abwägung kommt das BVerwG zu einem prinzipiellen Vorrang der Rücknahme:

In diese Abwägung sind bei der Entziehung eines Doktorgrades die für den Betroffenen damit verbundenen beruflichen Erschwernisse einzustellen, die als vorhersehbare und in Kauf genommene Nebenfolgen den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berühren [...]. Damit übereinstimmend hat das Berufungsgericht die Ermessensausübung der Beklagten deshalb gebilligt, weil deren wissenschaftlicher Ruf und das Ansehen der Rechtswissenschaft insgesamt das Interesse der Klägerin an ihrem beruflichen Ansehen überwiege.<sup>31</sup>

In der Entscheidung zum Unwürdigkeitswiderruf im Fall Schön betont das BVerwG,<sup>32</sup> daß die Promotion einen Vertrauensvorschuß, also eine Erwartung in ein späteres wissenschaftskonformes Arbeiten begründet. Wer durch spätere Datenfälschungen gravierend gegen die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis verstößt, dem kann zum Schutz der Wissenschaft der Doktorgrad entzogen werden. Wenn aber die Promotion eine lebenslange Redlichkeitspflicht des Promovierten erzeugen kann, dann kann es „erst recht“ kein Vertrauen darauf geben, mit einer anfänglichen Täuschung „durchzukommen“. Eben dies schließt auch jedes Ausweichen auf die Verwirkung aus.<sup>33</sup>

## 2. Fakultät und academia: Schutz des Arbeitsfriedens

Rechtsfrieden und Vertrauensschutz sind wichtige Güter. Die Rechtmäßigkeit staatlichen Verhaltens aber auch. Mit „Rechtsfrieden“ ist indes der Arbeitsfrieden in den Fakultäten gemeint: Dort nämlich löst jeder plausible Anfangsverdacht einen aufwendigen Plagiatsprüfprozeß aus. Die Aufarbeitung des Plagiatsverdacht macht mehr Mühe als die Begutachtung der Dissertation: Finden sich verdächtige Textstellen, muß akribisch nach den Originalen gesucht werden – das ist eine Suche ins Blaue. Textvergleichsprogramme sind wenig hilfreich. Sie versagen selbst bei im Netz verfügbaren Quellen – und erst recht helfen sie nicht beim Finden papierner Originale. All dies mündet in eine aufwendige synopti-

sche Gegenüberstellung der Texte, die die marginalen manipulativen Textveränderungen (Satzumstellungen, Wort austausch, geringe Streichungen: „Modifikationschen“ iS Hegels<sup>34</sup>) sichtbar machen sollen. Den Lehrstuhl des Gutachters kann das über Wochen lähmen. So viel Arbeit macht nicht glücklich – zumal eine Fakultät mit der Plagiatsschau keine Meriten erwirbt, sondern nur Unannehmlichkeiten hat. Die Klage lust der Kandidaten auf Promotionsentzug ist ungebrochen. Bezeichnenderweise bekennen Allgemeiner Fakultätentag (AFT), Fach- Fakultätentage und Deutscher Hochschulverband<sup>35</sup>:

Da keine Fakultät glücklich ist, von Amts wegen auch lange zurückliegende Promotionsleistungen aufgreifen zu müssen und in einem mühseligen Verfahren neu zu prüfen, sprechen sicher auch Praktikabilitätsgründe für eine Verjährungsfrist.

Diesen Satz muß man sich selbst mehrfach vorlesen, um seine Impertinenz zu begreifen: Weil Fakultäten faul sind, müssen betrügerische Doktoranden davonkommen. Arbeitsunlust zur Korrektur eigenverantworteter Fehler heißt nun: „Praktikabilität“.

Selbst wenn Plagiatoren vom Gutachter erwischt werden, sehen doch die Fakultäten vielfach von einer förmlichen Mißbilligung der Arbeit (Durchfallenlassen) ab – was dem Kandidaten nicht bloß die Rücknahme des Promotionsgesuches erlaubt, sondern auch die erneute Einreichung bei einer weniger kritischen, bevorzugt österreichischen Universität (Fall Moeder<sup>36</sup>). Die oft erforderliche Versicherung des Doktor-Kandidaten, seine Arbeit nicht anderswo eingereicht zu haben, kann leichten Herzens und errötungslos abgegeben werden. Die Rücknahme des scheiternden Gesuches macht alles ungeschehen und so kann das Ungeschehene versichert werden.

Eine möglichst kurze Promotionsrücknahmefrist erspart die peinlichen Ausreden der Fakultäten, das verbreitete Schweigen und Bemänteln, das Geschwurbele über die fehlende Täuschungsabsicht, die Bedeutungslosigkeit der geklauten Textstellen im Vergleich zu dem wissenschaftlichen Zentralteil der Arbeit, den erst noch

31 BVerwG 20.10.2006 – 6 B 67/06 – juris.

32 BVerwG 31.7.2013 – 6 C 9.12 – Pressemitteilung 56/2013.

33 Schroeder, Die Entziehung des Doktorgrades wegen Täuschung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, NwVBl 2010, 176, 181. Allgemein zur Verwirkung im Verwaltungsrecht BVerwG 12.1.2004 – 3 B 101/03 – NVwZ-RR 2004, 314.

34 Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) § 69, zitiert nach der Frankfurter Werkausgabe, Band 7 (1979), 148; gemeinfrei:

[www.zeno.org/nid/20009181253](http://www.zeno.org/nid/20009181253) [1.8.2013].

35 [www.hochschulverband.de/cms1/fileadmin/redaktion/download/pdf/resolutionen/Empfehlungen21052013.pdf](http://www.hochschulverband.de/cms1/fileadmin/redaktion/download/pdf/resolutionen/Empfehlungen21052013.pdf) [31.7.2013], 9 f.

36 Horstkotte, Professor gilt als Plagiator und keinen stört, [www.zeit.de/studium/hochschule/2013-05/moeder-plagiat-dissertation](http://www.zeit.de/studium/hochschule/2013-05/moeder-plagiat-dissertation) [19.6.2013]; <http://de.vroniplag.wikia.com/wiki/Rm> [27.6.2013] [www.hs-heilbronn.de/5166719/958\\_stellungnahme\\_plagiat](http://www.hs-heilbronn.de/5166719/958_stellungnahme_plagiat) [27.6.2013].

zu ermittelnden hermeneutischen Deutungszusammenhang des mash up.<sup>37</sup> Und damit auch die mit solchem Gnadenerweis (Althusmann, Party-Prinz Schaumburg-Lippe) verbundene Frage, ob eine solche Fakultät wissenschaftliche Maßstäbe noch ernst nimmt. Nicht bloß das Plagiat ist eine Frage der Ehre (Hegel<sup>38</sup>), die Plagiabwehr durch die Fakultäten ist es ebenso. Dementsprechend lautet der Sacheinwand: Wer aus Arbeitsunlust die Durchsetzung wissenschaftlicher Redlichkeitsmaßstäbe verweigert, der kann als Universität oder Fakultät sich seinerseits nicht mehr auf Wissenschaftlichkeit berufen und hieraus Ansehen und soziale Geltung ableiten. Wenn die Fakultäten sich weigern, die von ihnen hervorbrachten Wissenschaftsprodukte sauber zu halten – dann brauchen sie sich nicht zu wundern, wenn sie im Ansehen auf das Niveau von Gebrauchtwagenhändlern herabsinken. Der Geltungsanspruch der Wissenschaft gründet darauf, daß sie das Sein redlich ergründen will – der bloße Schein von Wissenschaftlichkeit trägt nicht. Und eben auf solchen Schein ist die Verjährungskonzeption gerichtet.

Immer wieder ist von Fällen zu hören, in denen die Fakultäten externe Hinweise auf Plagiate „überhören“. So berichtet Jürgen Plöhn, der bei Studien zum eigenen Doktorat auf ein Dissertations-Volltextplagiat (ganze Arbeit abgeschrieben!) gestoßen war, in einem Leserbrief an die F.A.Z. (29.10.2012, S. 8): „Als ich vor einigen Jahren die Leopold-Franzens-Universität Innsbruck auf den Fall aufmerksam machte, wurde bei mir nur angefragt, ob ich der Universität auch noch die heutige Adresse ihrer Promovendin verschaffen könne.“ Ich selbst habe einst eine Fakultät diskret auf eine anderthalbseitige wortwörtliche Textidentität in einer Dissertation hingewiesen – und bin auf gepflegtes Desinteresse gestoßen: Schon die Nachschau, ob in der Arbeit von Marco Wenderoth<sup>39</sup> womöglich (und dies nicht ganz unwahrscheinlich) weitere „Stellen“ zu finden sind – war der Fakultät zu lästig.

So gesehen bringt Verjährung vor allem Ruhe in die Fakultät: Die möglichst kurze Verjährungsfrist soll die Hände binden, damit die angesprochene Fakultät bedauernd sagen kann: Uns sind die Hände gebunden. Man kann unschwer ein Muster-Absageschreiben, vorformuliert vom Allgemeinen Fakultätentag, imaginieren:

Sehr geehrter [Hinweisgeber],  
wir bedanken uns sehr für die Hinweise zu intertextuellen Inkorrektheiten in der Dissertation [Titel] von [Doktorand]. Da die Dissertation [Promotionsjahr] vollzogen worden ist, ist inzwischen die Promotionsrücknahmefrist nach § 00 des für uns maßgeblichen Landeshochschulgesetzes verstrichen. Diese Frist dient dem Schutz des Rechtsfriedens. Deshalb kann der Doktorgrad nicht mehr entzogen werden, auch wenn eine Untersuchung ergäbe, daß die Dissertation keine taugliche Grundlage für den verliehenen Doktorgrad ist.

Es steht Ihnen frei, sich persönlich publizistisch mit der angegriffenen Doktorarbeit auseinanderzusetzen. Uns als Fakultät einer staatlichen Universität ist dies mit Blick auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung untersagt.

Mit wissenschaftlichen Grüßen  
Ihre ...

### III. Untergesetzliche Regelung in Promotionsordnungen?

#### 1. Dr. phil. oder rer. pol. in München

Die eklatanten fakultätsschützenden Vorteile einer solchen Promotionsersatzung legen es nahe, bis zur geforderten hochschulgesetzlichen Umsetzung in den Promotionsordnungen entsprechende Selbstverschonung zu regeln. So bestimmt die „Promotionsordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München für die Grade des Dr. phil. und Dr. rer. pol.“:<sup>40</sup>

§ 16 Nichtvollzug der Promotion und Entzug des Doktorgrades

(1) Hat der Kandidat bei einer Promotionsleistung getäuscht und wird dies erst nach Erteilung des Bescheids gemäß § 12 Abs. 3 bekannt, so kann nachträglich die Doktorprüfung für nicht bestanden erklärt werden.

(2) Waren die Voraussetzungen für die Zulassung zur Promotion nicht erfüllt, ohne dass der Kandidat hierüber täuschen wollte, und wird diese Tatsache erst nach Erteilung des Bescheids gemäß § 12 Abs. 3 bekannt, so wird dieser Mangel durch das Bestehen der Doktorprüfung geheilt. Hat der Kandidat die Zulassung vorsätzlich zu Unrecht erwirkt, so entscheidet der Promotionsaus-

37 Von Gehlen, Mashup: Lob der Kopie (2011).

38 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) § 69, zitiert nach der Frankfurter Werkausgabe, Band 7 (1979), 148 ff; gemeinfrei im Netz: [www.zeno.org/nid/20009181253](http://www.zeno.org/nid/20009181253) [1.8.2013].

39 Der allgemeine Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, 2006 =

Diss Bochum 2005; zu dem Fall Rieble, Das Wissenschaftsplagiat (2010), S 11.

40 [www.uni-muenchen.de/studium/studienangebot/studiengaenge/nebenfachw\\_mag/promord/fassung\\_2005/p-k/konsol\\_fassung\\_promo\\_2005\\_S3\\_2009\\_06\\_191.pdf](http://www.uni-muenchen.de/studium/studienangebot/studiengaenge/nebenfachw_mag/promord/fassung_2005/p-k/konsol_fassung_promo_2005_S3_2009_06_191.pdf) [27.6.2013].

schuss über erforderliche Maßnahmen unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte (Art. 48 VwVfG).

(3) Im Falle der nachträglichen Feststellung des Nichtbestehens der Doktorprüfung ist die bereits ausgehändigte Urkunde einzuziehen. Eine Entscheidung nach Abs. 1 und 2 ist nur innerhalb einer Frist von fünf Jahren nach Erteilung des Bescheids gemäß § 12 Abs. 3 möglich.

Diese Regelung findet sich in weiteren Prüfungsordnungen, so etwa in der Promotionsordnung für die Mathematisch-Geographische Fakultät der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt 2004. Die Norm unterscheidet richtig die Promotionstäuschung (also vor allem: das Dissertationsplagiat) und die Täuschung über die Zulassungsvoraussetzungen – ordnet aber für beide in Abs. 3 die Verjährung binnen fünf Jahren an. Dann ist nicht nur der überforderte Doktorand mit angeeigneten Fremdtexen verschont, sondern auch der hartleibige Betrüger, der kein einziges Wort selbst verfaßt hat, sondern einen Ghostwriter für 25.000 € hat schreiben lassen.

## 2. Reichweite der Regelungsermächtigung

Die Rechtsfrage lautet: Dürfen Hochschulen ihr eigenes Promotionsentzugsregime verordnen – und damit das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einschränken?<sup>41</sup> Antwort: Das hängt zuerst von der landeshochschulrechtlichen Regelungsermächtigung ab. Wenn das Landeshochschulgesetz eine solche Ermächtigung explizit enthält, ließe sich hiergegen nur Art. 80 GG nebst entsprechenden Vorschriften des Landesrechts einwenden, der Verordnungsermächtigungen dahin begrenzt, daß die wesentlichen Entscheidungen im Gesetz getroffen sein müssen. Das folgt schon aus dem Gewaltenteilungsprinzip.

Für eine ausgedehnte Analyse aller Landesgesetze ist hier kein Platz. Symptomatisch muß das bayerische Recht herhalten, also das hiesige Hochschulgesetz. Zentrale Norm ist Art. 69 Satz 1 BayHSchG: „Der von einer bayerischen Hochschule verliehene akademische Grad kann unbeschadet des Art. 48 BayVwVfG entzogen werden, wenn sich der Inhaber oder die Inhaberin durch ein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat.“ Damit ist für den Promotionsentzug wegen Dissertationsplagiat explizit auf die allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Regelung zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte verwiesen. Daß nach

Art. 104 Abs. 1 BayHSchG das Verwaltungsverfahrensgesetz für Hochschulprüfungen nur gilt, soweit nicht Satzungen der Hochschulen inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten, ist keine Ermächtigungsgrundlage. Diese findet sich in Artt. 64 Abs. 1 Satz 5, 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 9 BayHSchG. Daß die Universitäten „die Bearbeitungszeiten für die Anfertigung schriftlicher Prüfungsarbeiten sowie die Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften“ regeln dürfen und müssen, läßt sich einerseits eng verstehen – dahin, daß es nur um Ordnungsvorschriften und Formalien geht. Man kann das aber auch weit begreifen und die Fakultäten für berechtigt halten, ihr Rücknahmeermessen vorab zu binden. Mir liegt die erste Lesart deutlich näher, weil die nachträgliche Rücknahme eines durch Täuschung erlangten Prüfungstests keine fakultätsspezifische Frage ist, sondern fakultätsübergreifend gleichförmig geregelt werden muß. Warum der Dr. phil. in München nach fünf Jahren rücknahmefest ersessen ist, der Dr. iur. dagegen nicht, bleibt unerfindlich. Weil so zudem das Verfassungsprinzip der Rechtmäßigkeit der Verwaltung zurückgedrängt wird, halte ich dafür, daß eine derartige Befristung dem parlamentarischen Hochschulgesetz vorbehalten ist und Universitäten und Fakultäten nicht überlassen werden kann.

## 3. Folgenlos

Das Schöne an derartigen Rechtserwägungen: Sie sind folgenlos. Ist die Promotionsordnung mit Befristungsregel einmal in der Welt, kann eine Fakultät sich zum Selbstschutz vor Arbeitslast auf diese berufen. Dem Einwand, eine solche Promotionsordnung sei rechtswidrig und unwirksam, läßt sich gelassen begegnen: Dies festzustellen sei Aufgabe der Rechtsaufsicht. Bis dahin müsse sich jeder Absolvent auf die Promotionsordnung verlassen dürfen.

## IV. Fazit

Jede Form von „Plagiatverjährung“ läuft auf eine Ersitzung des erschlichenen Abschlusses, insbesondere der Promotion hinaus. Für sie braucht es grundsätzlich eine gesetzliche Regelung, weil die Korrektur von Verwaltungsunrecht grundsätzlich unbefristet erfolgt. Bezeichnenderweise finden sich solche Prüfungskontrollbefristungen vor allem bei Juristen, mitunter auch bei Lehrern. Dort scheint es bedeutungslos zu sein, ob das Staatsexamen erschlichen worden ist. Bei Ärzten und

41 Diese Frage habe ich mit PD Dr. Josef Aulehner vom Rechtsamt der LMU diskutiert; ihm verdanke ich Anregungen und Argumente.

Ingenieuren hingegen ist die Rechtsordnung strenger. Dort möchte die Gesellschaft keine Schwindler dulden.

Die Wissenschaft muß sich selbst befragen, was ihr wichtig ist: Ruhe an der Promotionsfront und Verschönerung von nervigen Prüfverfahren oder Verteidigung der wissenschaftlichen Standards, auch und gerade durch Aufdeckung und Korrektur des Fehlverhaltens. Der erste Weg ist bequem, birgt aber die Gefahr, daß die Redlichkeit als „Fundament der Wissenschaft als eines sozialen Systems“<sup>42</sup> bröckelt. Daß Gesellschaft, Rechtsordnung und Rechtsprechung der Wissenschaft Grundvertrauen entgegenbringen und Vorrechte gewähren, ist nicht selbstverständlich. Würde bemerkt, wie lax Wissenschaftsinstitutionen bei Prüfung und Promotion verfahren und lenkte die Wissenschaft selbst durch korrekturvereitelnde Frist das Augenmerk hierauf, so mißriet die Vorrechte der Wissenschaft zum klebrig-unverdienten Privileg. Nachhaltig ist das nicht. Und mittelfristig verteidigen ließen sich statusorientierte Privilegien ohne dahinterstehenden Leistungs- und Redlichkeitsanspruch ebensowenig. Es gilt, was das BVerfG zur erschlichenen Einbürgerung gesagt hat:

Eine Rechtsordnung, die sich ernst nimmt, darf nicht Prämien auf die Missachtung ihrer selbst setzen. Sie schafft sonst Anreize zur Rechtsverletzung, diskriminiert rechtstreues Verhalten [...] und untergräbt damit die Voraussetzungen ihrer eigenen Wirksamkeit.<sup>43</sup>

Wem dies gleichgültig ist und wer für seine persönliche Restdienstzeit vor allem in Ruhe gelassen werden will, dem ist die womöglich rechtswidrige aber doch faktisch wirksame Befristungsregelung in den Promotionsordnungen zu empfehlen. Sie erregt wenig Aufsehen, verschafft Promotionsbetrügern einen sicheren Titel und schützt Professoren davor, langweilige Arbeiten erneut anschauen zu müssen. Ist der Doktorgrad nach Fristablauf ersessen, ändert das an der akademischen Hochstapelei: keinen Deut.

Der Autor ist Professor am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU).

42 DFG-Denkschrift, Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, 1998, 27 = [www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/reden\\_stellungnahmen/download/empfehlung\\_wiss\\_praxis\\_0198.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/download/empfehlung_wiss_praxis_0198.pdf) [1.8.2013].

43 BVerfG 24.5.2006 – 2 BvR 669/04 – BVerfGE 116, 24 Rn 63.

# Cornelia Feldmann

## *Anordnungsgrund bei örtlichem Numerus Clausus – Hamburgisches OVG vom 15.8.2013, 3 NC 16/13*

Das Hamburgische OVG hatte in dem vorliegenden Eilverfahren darüber zu befinden, ob und unter welchen Voraussetzungen der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsgrund gegeben ist, wenn der Studienbewerber die vorläufige Zulassung auf einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität zum ersten Fachsemester in einem Studiengang begehrt, der zwar an der von ihm gewählten Universität, nicht aber bundesweit zulassungsbeschränkt ist. Konkret ging es um die Zulassung zum Studiengang der Rechtswissenschaft (Staatsprüfung) an der Universität Hamburg.

### **I. Ausgangslage**

Bislang hatte die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes in Eilverfahren, die auf Zulassung zu Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität gerichtet sind, nur eine geringe Bedeutung. Dies liegt v.a. darin begründet, dass entsprechende Verfahren in nennenswertem Umfang lange nur in den bundesweit zulassungsbeschränkten und zentral von der Stiftung für Hochschulzulassung (ehemals ZVS) vergebenen Studiengängen Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin und Psychologie von Studienbewerbern eingeleitet wurden. Bei diesen Studiengängen genügt – eine vorangegangene Bewerbung im regulären Zulassungsverfahren<sup>1</sup> und die fehlende endgültige Zulassung an einer anderen Hochschule<sup>2</sup> vorausgesetzt – nach unbestrittener Ansicht für die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes der schlichte Hinweis darauf, dass der Bewerber das Studium sogleich aufnehmen möchte und die Vorlesungen alsbald beginnen bzw. bereits begonnen haben.<sup>3</sup>

Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese geringen Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes auch dann gelten können, wenn es sich um einen lediglich örtlich zulassungsbeschränkten Studiengang handelt, der entsprechende Studiengang also anderenorts nicht zulassungsbeschränkt ist, so dass der Studienbewerber sein Studium ohne weiteres an einer anderen Hochschule aufnehmen kann. Bislang wurde in der Rechtsprechung lediglich vereinzelt das Bestehen eines Anordnungsgrundes in diesen Fällen des sog. örtlichen bzw. relativen Numerus Clausus problematisiert. Bereits in den achtziger Jahren entschied das OVG Bremen hierzu, dass wegen der Möglichkeit des Studienbewerbers, an andere Hochschulen auszuweichen, im Allgemeinen kein Grund für eine vorläufige Zulassung durch eine einstweilige Anordnung vorliege. Der vorläufigen Sicherung des vermeintlichen Rechts, das Studium bei der Wahluniversität zu absolvieren und abzuschließen, bedürfe es schon deshalb nicht, weil der Studienbewerber zunächst auf andere Studienorte ausweichen könne.<sup>4</sup> Angesichts der Zunahme von örtlichen Zulassungsbeschränkungen, insbesondere in Bachelor- und Masterstudiengängen, gewinnt diese Frage jedoch zunehmend an Bedeutung.

Das OVG Nordrhein-Westfalen vertritt hierzu in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass dem Studienbewerber das erforderliche Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 123 VwGO fehle, wenn dieser einen entsprechenden Studienplatz an einer anderen Hochschule erlangt hat oder einen solchen ohne Zulassungsbeschränkungen erlangen kann.<sup>5</sup> Es liege dann in der Hand des Bewerbers, sein Studium zunächst anderenorts ohne Zeitverlust aufzunehmen, um es für den Fall

1 Siehe dazu Hamburgisches OVG vom 24.6.1991, Bs III 193/91, NVwZ-RR 1992, 22; Hamburgisches OVG vom 16.12.1996, Bs III 144/96, juris; Hamburgisches OVG vom 23.4.2008, 3 Nc 216/07, HmbJVBl 2009, 2; andere Auffassung aber etwa OVG Nordrhein-Westfalen vom 20.3.2013, 13 C 91/12, NWVBl 2013, 340.

2 Siehe statt aller VGH Baden-Württemberg vom 19.7.2001, NC 9 S 2/01, VBlBW 2002, 163; *Brehm/Zimmerling*, Hochschulkapazitätsrecht, Band 1, Der Kapazitätsprozess, Rn 170 mit umfassenden Nachweisen.

3 Bayerischer VGH vom 27.4.2005, 7 CE 05.10057 ua, VGHE BY 58, 91; VGH Baden-Württemberg vom 23.2.1999, NC 9 S 113/98, NVwZ-RR 2000, 23; Schleswig-Holsteinisches VG vom 7.10.2002, 9 C 19/02 ua, juris.

4 OVG Bremen vom 15.1.1985, 1 B 75/84, KMK-HSchR 1985, 829, 833; OVG Bremen vom 28.10.1980, 1 B 39/80, Leitsatz in NJW 1981, 1798; OVG Bremen vom 12.11.1981, 1 B 51/81, KMK-HSchR 1982, 611; siehe auch VGH Baden-Württemberg vom 23.12.1987, NC 9 S 212/87, KMK-HSchR 1988, 706; *Bahro/Berlin*, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl 2003, 454.

5 OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.7.2010, 13 C 56/11, juris; OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.3.2010, 13 C 120/10, juris; OVG Nordrhein-Westfalen vom 3.6.1996, 13 C 40/96, JurBüro 1997, 88.

eines erfolgreichen Hauptsacheverfahrens an der Wunschuniversität unter Höherstufung in das jeweils erreichte Fachsemester fortzusetzen. Dies sei dem Studienbewerber regelmäßig zumutbar.<sup>6</sup> Etwas anderes komme lediglich dann „in Betracht, wenn gewichtige Gründe in der Person des Studienbewerbers oder familiäre bzw. soziale Gründe oder eine spezielle Ausrichtung des Studiengangs an der Hochschule der Wahl die Aufnahme des gewählten Studiengangs an einem anderen Studienort als dem gewünschten im Einzelfall als unzumutbar erscheinen lassen“.<sup>7</sup>

Bereits in seinem Beschluss vom 4.4.2012<sup>8</sup> (betreffend das Wintersemesters 2011/2012) hatte sich das Hamburgische OVG der Auffassung des OVG Nordrhein-Westfalen angeschlossen und für auf die vorläufige Zulassung zum Studiengang Rechtswissenschaft (Staatsexamen) gerichtete Eilverfahren obiter dictum entschieden, dass es an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes fehle, wenn der „Studienbewerber in dem betreffenden (oder einem vom Inhalt und Abschluss her entsprechenden) Studiengang einen – endgültigen – Studienplatz an einer anderen deutschen als der zuerst gewünschten (und insoweit zulassungsbeschränkten) Hochschule ohne Zulassungsbeschränkungen, also mit einem schlichten Zulassungsantrag, erlangen“ könne. Dem Bewerber sei es grundsätzlich zuzumuten, zunächst das Studium an einer Hochschule ohne Zulassungsbeschränkung aufzunehmen. Etwas anderes gelte nur, wenn der betreffende Bewerber besondere Bindungen an den Studienort vortragen und glaubhaft machen könne.

Das Hamburgische Verwaltungsgericht folgte dieser Einschätzung „seines“ OVG in der Folgezeit – d.h. in den Verfahren betreffend das Sommersemester 2013 – nicht.<sup>9</sup> Die Zugrundelegung der vom OVG geäußerten Rechtsauffassung bewirke, dass das in Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls verbürgte Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte faktisch leerliefe. Der Zulassungsanspruch bestehe jedoch gerade nicht nur für die Zulassung zu einem bestimmten Studiengang an einer beliebigen anderen Hochschule, sondern beinhalte die Zulassung zum Studium in diesem Studiengang bei der Wunschuniversität. Ohne die Annahme eines Anordnungsgrundes drohe deshalb der endgültige Untergang dieses verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruches. Überdies sei die Wahl der Hochschule sowohl in Bachelor- und Masterstudiengängen als auch für den Studiengang Rechtswissenschaft prägend für den späteren Berufseinstieg. Die Vielfältig-

keit der Gestaltung von Bachelorstudiengängen im Wettbewerb der Hochschulen führten in vielen Fällen dazu, dass ein Übergang zum Masterstudiengang praktisch nur noch an der eigenen Hochschule möglich sei, so dass schon der Einstieg in das Studium vorentscheidend für den konsekutiven Masterstudiengang und damit für den Berufszugang sein könne. Dies gelte für das Studium der Rechtswissenschaft entsprechend. Denn auch dieses schließe nicht mehr mit einem vermeintlich landes- oder bundesweit einheitlichen ersten Staatsexamen ab, sondern mit der ersten Prüfung, die aus der universitären Schwerpunktbereichsprüfung und der staatlichen Pflichtfachprüfung bestehe. Dabei komme der universitären Prüfung mit 30 Prozent bei der Gesamtnotenbildung erhebliches Gewicht zu. Außerdem bestehe bei einem Verweis auf das Hauptsacheverfahren das Risiko, dass eventuell vorhandene Studienplätze im Eilverfahren an andere Studienbewerber vergeben worden sind, die besondere Bindungen an den Studienort Hamburg glaubhaft gemacht haben. Zudem sei auch zu befürchten, dass die Hochschulen ihre durch öffentliche Mittel finanzierten Kapazitäten nicht mehr voll ausschöpfen würden, da sie auf freie Plätze an anderen Hochschulen verweisen könnten und eine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte im Rahmen von Eilverfahren nicht mehr befürchten müssten.

## II. Die Entscheidung

In dem vorliegenden Verfahren musste das Hamburgische OVG auf die von der Universität Hamburg geführten Beschwerden hin nunmehr entscheiden, ob es an seiner obiter dictum bereits geäußerten Ansicht festhält oder sich von den Argumenten des Verwaltungsgerichts überzeugen lässt und diese Auffassung sogleich wieder aufgibt. Das Hamburgische OVG hat sich dabei für einen für alle Beteiligten „gesichtswahrenden“ Mittelweg entschieden. Im Einzelnen:

### 1. Fehlender Anordnungsgrund bei beehrter Zulassung zum Studiengang Rechtswissenschaft (Staatsprüfung)

Das OVG hat der Beschwerde der Universität stattgegeben und die Beschlüsse des Hamburgischen Verwaltungsgerichts aufgehoben, mit denen die Hochschule verpflichtet worden war, die Antragsteller auf Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität unabhängig davon in das erste Fachsemester zuzulassen, ob die

6 OVG Nordrhein-Westfalen vom 8.3.2006, 13 B 253/06, juris, Rn 7; so auch OVG Berlin-Brandenburg vom 19.3.2008, OVG 5 NC 125.07, juris; VG München vom 25.9.1997, M 3 E L 97.20034, juris, Rn 6 f.

7 So unter Bezugnahme auf das OVG Nordrhein-Westfalen: VG

Münster vom 12.3.2009, 9 L 45/09, juris.

8 Hamburgisches OVG vom 4.4.2012, 3 NC 53/11, juris, Rn 75 ff, Leitsatz in WissR 2012, 186.

9 Hamburgisches VG vom 5.5.2013, 20 ZE 24/13 ua, nv.

Antragsteller eine besondere persönliche Bindung an den Wunschstudienort dargelegt haben. Das Hamburgische OVG hat – anders als die Vorinstanz – erneut angenommen, dass es für einen Antrag auf Zulassung auf einen außerkapazitären Studienplatz an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes fehlt, wenn an mindestens einer deutschen Universität zum entsprechenden Semester (hier Sommersemester 2013) die Zulassung zum Studiengang Rechtswissenschaft (Staatsprüfung) ohne kapazitäts Beschränkung eröffnet ist und der Studienbewerber keine besondere Bindungen an den Studienort Hamburg schlüssig dargelegt hat. Denn in diesen Fällen sei es dem Bewerber zumutbar, das Studium zunächst an einer anderen Hochschule aufzunehmen. Entscheidend sei im Hinblick auf Sicherung des Grundrechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte allein, dass eine im Hauptsacheverfahren realisierbare Option bestehe, den behaupteten Zulassungsanspruch bei der Wunschhochschule vor Beendigung des Studiums durchsetzen und das Studium an der Wunschhochschule noch unter zumutbaren Bedingungen aufnehmen zu können. Denn in diesem Fall werde das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte nicht endgültig vereitelt.

Das Hamburgische OVG hat jedoch zugleich festgehalten, dass dies nur dann gelte, wenn „das betreffende Studium lang genug ist, um nach einem rechtskräftigen Erfolg im Hauptsacheverfahren einen Quereinstieg bei der Wunschhochschule unter Anerkennung der bei der anderen Hochschule erbrachten Studienleistungen zu ermöglichen“. Diese Voraussetzung sieht das Hamburgische OVG beim Studium der Rechtswissenschaft (Staatsexamen) – anders etwa als bei Bachelor- und Masterstudiengängen – als gegeben an. Sowohl die Regelstudienzeit von neun Semestern als auch die inhaltliche Ausgestaltung des Studiengangs ließe es insoweit hinreichend wahrscheinlich erscheinen, dass ein Wechsel zum höheren Fachsemester „problemlos möglich“ sei. Dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf fachliche Gesichtspunkte. Die Struktur des Studiengangs sei durch die §§ 5, 5a DRiG im Wesentlichen bundesweit vorgegeben. Etwas anderes gelte zwar gegebenenfalls hinsichtlich der Schwerpunktbereichsausbildung; allerdings sei davon auszugehen, dass ein gegebenenfalls vorhandener Zulassungsanspruch im Hauptsacheverfahren noch vor Beginn der Schwerpunktbereichsausbildung realisiert werden könne. Dies gelte jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – die Schwerpunktausbildung erst mit dem sechsten Semester beginne. Erst wenn insofern zeitlicher Verzug drohe, weil der Bewerber bis zum Abschluss des Grundstudiums noch keine Zulassung bei der Wunschu-

niversität erhalten habe, sei für den Wechsel zum nun angestrebten höheren Fachsemester dann das Vorliegen eines Anordnungsgrundes zu bejahen, falls sich in seinem anhängigen Hauptsacheverfahren keine baldige rechtskräftige Klärung zu seinen Gunsten abzeichne. Bis zu diesem Zeitpunkt drohten den Antragstellern jedoch keine wesentlichen Nachteile, die durch Versagung einstweiligen Rechtsschutzes entstehen und im Fall des Obsiegens im Hauptsacheverfahren nicht mehr beseitigt werden könnten.

## 2. Bestehender Anordnungsgrund bei begehrter Zulassung zu Bachelor- und Masterstudiengängen

Anders beurteilt dies das Hamburgische OVG jedoch *obiter dictum* bei den Bachelor- und Masterstudiengängen. Hier sei ein späterer Quereinstieg bei der Wunschhochschule nicht gleichermaßen möglich. Die Regelstudienzeit von Bachelorstudiengängen liege in aller Regel bei sechs Semestern. Es spreche wenig dafür, dass das betreffende Studium lang genug ist, um nach einem rechtskräftigen Erfolg im Hauptsacheverfahren einen Quereinstieg bei der Wunschhochschule unter Anerkennung der bei der anderen Hochschule erbrachten Studienleistungen zu ermöglichen. Auch eine Vergleichbarkeit der Studieninhalte könne nicht schlicht unterstellt werden. So gebe es hier insbesondere keine bundesrechtlichen Vorgaben. Zudem seien die Hochschulen gerade bemüht, im Sinne von Alleinstellungsmerkmalen eigene Strukturen und Ausbildungsinhalte zu entwickeln. Auch die Anerkennungsperspektive für Studienleistungen, die an anderen Hochschulen erbracht worden sind, sei weniger klar. Zwar sähen alle Länder bzw. Hochschulen Anrechnungsbestimmungen von vorausgegangenen Studienleistungen vor. Diese stellten jedoch darauf ab, dass keine „wesentlichen Unterschiede“ zwischen den erworbenen und den an der aufnehmenden Hochschule zu erwerbenden Kenntnissen und Fähigkeiten bestehen. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, sei nur anhand aufwendiger Einzelfallprüfungen zu klären, die den Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens sprengen würden. Dies gelte erst recht für Masterstudiengänge. Diese Studiengänge seien noch spezieller und mehr von dem Bemühen der Hochschulen um Alleinstellungsmerkmale geprägt. Zudem dauerten sie regelmäßig nur zwei Jahre, was einen Quereinstieg unter zumutbaren Bedingungen nach einem Erfolg im Hauptsacheverfahren noch unwahrscheinlicher mache. Die Verneinung des Anordnungsgrundes entspreche deshalb hier zwangsläufig einer „Verweisung auf ein Absolvieren des gesamten Studiums an der anderen Hochschule“. Dies könne im Hin-

blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht hingenommen werden, weil hierdurch das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte vereitelt werde. Der Studienbewerber erleide insofern unwiederbringliche und damit unzumutbare Nachteile.

### 3. Besondere Bindung an einen Studienort als Anordnungsgrund

Unabhängig davon, ob die Zulassung zu einem Bachelor-, Master- oder Staatsexamensstudiengang begehrt wird, sieht das Hamburgische OVG einen Anordnungsgrund für das Begehren auf Zulassung auf einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität ausnahmsweise dann als gegeben an, wenn der Studienbewerber eine besondere persönliche Bindung an den Studienort glaubhaft macht. Ob der Antragsteller eine hinreichende Bindung an den Wunschstudienort hat, will das Hamburgische OVG anhand der Grundsätze der Stiftung für Hochschulzulassung für die bevorzugte Berücksichtigung des ersten Studienortwunsches im Rahmen der Wartezeitquote bei Studiengängen des zentralen Vergabeverfahrens ermitteln.<sup>10</sup> Danach kann eine solche besondere zwingende Bindung in eigenen gesundheitlichen, familiären oder wirtschaftlichen Umständen sowie wissenschaftlichen Gründen begründet sein, § 21 Abs. 3 Satz 3 VergabeVO Stiftung.<sup>11</sup> Stets setzt diese Bindung jedoch nach § 21 Abs. 3 Satz 2 VergabeVO Stiftung voraus, dass unter Anlegung eines strengen Maßstabs die Zulassung an einem anderen Studienort mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre.

Als familiärer Grund ist hier etwa bei Alleinstehenden die Betreuung eines eigenen minderjährigen Kindes anerkannt, wenn bei einer Zulassung an einem anderen als dem gewünschten Studienort die Wahrnehmung der elterlichen Aufgaben stark beeinträchtigt wäre. Auch die Pflege von pflegebedürftigen Verwandten in aufsteigender Linie oder Geschwistern kann eine besondere Ortsbindung begründen, wenn andere Personen zur Pflege nicht vorhanden sind. Für die entsprechende Glaubhaftmachung ist freilich ein ausführliches ärztliches Gutachten vorzulegen, in dem auch Angaben zum Ausmaß und Umfang der notwendigen Pflege enthalten sind. Es muss eine Pflegebedürftigkeit vorliegen, die der Pflegestufe II oder III nach dem SGB IX entspricht. Gelegentliche Hil-

feleistungen bei der Haushaltsführung werden nicht als ausreichend angesehen.<sup>12</sup> Als wirtschaftlicher Grund für eine bestimmte Ortspräferenz wird beispielsweise ein Stipendium angesehen, das nur für den Wahlstudienort gilt.

### III. Bewertung

Die Entscheidung des Hamburgischen OVG ist zu begrüßen. Das Gericht hat sich – anders als die Vorinstanz und das OVG Nordrhein-Westfalen – keine Scheuklappen aufgesetzt und sich nicht zur Äußerung einer abstrakten Rechtsauffassung hinreißen lassen. Es hat vielmehr entsprechend der ihm zukommenden Aufgabe das Vorliegen eines Anordnungsgrundes anhand der aus Art. 19 Abs. 4 GG abzuleitenden Maßstäbe im konkreten Einzelfall geprüft und ist dementsprechend zu einem ausdifferenzierten und zugleich überzeugenden Ergebnis gelangt.

Dabei ist das Hamburgische OVG zunächst zurecht von der Maßgabe ausgegangen, dass Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur die Berufswahl, sondern auch die freie Wahl der Ausbildungsstätte schützt. Dazu gehört gerade auch die Freiheit, zwischen verschiedenen Universitäten und damit auch den Studienort zu wählen.<sup>13</sup> Das aus Art. 12 Abs. 1 GG erwachsene Teilhaberecht erstreckt sich deshalb auf die Teilhabe an freien Ausbildungskapazitäten an dem Studienort, an dem der einzelne Bewerber studieren will. Das Recht auf Teilhabe an den vorhandenen Ausbildungsressourcen besteht insofern uneingeschränkt und ist nicht „allein auf die Fälle zugeschnitten, in denen die Beschränkungen des freien Zugangs zur Ausbildung gleichzeitig die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigen“.<sup>14</sup> Ein irgendwie gearteter „Verständniswandel“ des Grundrechts – wie der VGH Baden-Württemberg und das OVG Berlin-Brandenburg meinen –, dass das Grundrecht als Teilhaberecht „lediglich auf die Erschöpfung der insgesamt vorhandenen Ausbildungskapazitäten gerichtet“<sup>15</sup> ist bzw. die „Verwirklichung des Teilhaberechts eines noch nicht zugelassenen Studienbewerbers vornehmlich unter dem Gesichtspunkt seiner Fachpräferenz Gewicht beizumessen ist, während seiner Ortspräferenz durch Anlegung strenger Maßstäbe an ihre Durchsetzbarkeit nachrangige Bedeutung“<sup>16</sup> zukommt,

10 So auch schon Hamburgische OVG vom 1.6.2012, 3 Nc 51/11, NVwZ-RR 2012, 887; Hamburgische OVG vom 4.4.2012, 3 Nc 53/11, juris, Rn 77, Leitsatz in WissR 2012, 186.

11 Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung.

12 Siehe hierzu Hochschulstart, Das Magazin zur Studienplatzbewerbung, Wintersemester 2013/14, 58.

13 BVerfG vom 18.7.1972, 1 BvL 32/70, BVerfGE 33, 303, 329; BVerwG vom 23.10.1996, 6 C 1/94, BVerwGE 102, 142, 146;

VerfGH Berlin vom 16.9.2008, 81/08, 81 A/08; VGH des Saarlandes vom 10.7.2008, 3 B 370/08, juris.

14 So aber VGH Baden-Württemberg vom 23.12.1987, NC 9 S 212/87, KMK-HSchR 1988, 706, 706 f.

15 VGH Baden-Württemberg vom 23.12.1987, NC 9 S 212/87, KMK-HSchR 1988, 706, 707.

16 OVG Berlin-Brandenburg vom 19.3.2008, OVG 5 NC 125.07, juris, Rn 9.

hat nicht stattgefunden. Er stünde im Übrigen auch mit dem eindeutigen Wortlaut der Verfassungsbestimmung und dem Willen des Verfassungsgebers im klaren Widerspruch.<sup>17</sup> Danach ist die freie Wahl der Ausbildungsstätte explizit geschützt. Daran vermag ein behaupteter – substantiell jedoch nicht belegbarer – „Verständniswandel“ zu der Bedeutung der freien Wahl des Hochschulortes nichts zu ändern. Auch wenn es um die Verwirklichung des Anspruchs auf freie Studienortwahl geht, muss deshalb effektiver Rechtsschutz gewährt werden.<sup>18</sup> Dies schließt es aus, was das Hamburgische OVG zutreffend erkannt hat, die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes immer dann zu verneinen, wenn der entsprechende Studiengang anderenorts ohne Zulassungsbeschränkung angeboten wird und deshalb anderenorts aufgenommen werden kann.

Gleichwohl folgt aus der Möglichkeit des Bestehens eines Zulassungsanspruches an der Wunschuniversität noch nicht, dass dieser immer uneingeschränkt im Wege des Eilrechtsschutzes vorläufig verwirklicht werden kann. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet die umfassende Überprüfung der Kapazität seitens der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren nämlich nur dann, wenn anderenfalls „schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre“.<sup>19</sup> Nur dann erscheint also aus verfassungsrechtlichen Gründen ein einstweiliger Rechtsschutz überhaupt geboten. Auf § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO übertragen bedeutet dies, dass eine Regelungsanordnung mit dem Ziel, vorläufig bei einer Hochschule einen Studienplatz zu einem bestimmten Semester zu erhalten, nur zulässig ist, wenn die Regelung, „um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint“. Die Notwendigkeit einer Regelung ist dabei nach strengen Maßstäben zu beurteilen, weil durch den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung die Hauptsache vorweggenommen wird.<sup>20</sup> Ein Anordnungsgrund besteht hier nur, wenn es dem Studienbewerber unter Berücksichtigung seiner Interessen schlechthin unzumutbar ist, auf das Hauptsacheverfahren verwie-

sen zu werden.<sup>21</sup> Dies hatte die Vorinstanz verkannt, indem sie vom Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte zugleich auf drohende, unzumutbare Nachteile i.S.v. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO schloss.

Das Hamburgische OVG wendet das geltende Recht hier hingegen zutreffend an und nimmt insofern zu Recht an, dass der Verweis auf das Hauptsacheverfahren nur dann unzumutbar ist, wenn dem Studienbewerber hierdurch schwere Nachteile drohen, die im Hauptsacheverfahren nicht mehr beseitigt werden können. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn wegen der besonderen persönlichen Umstände ein Verweis auf die Aufnahme des Studiums an einem anderen Studienort eine besondere persönliche Härte darstellen oder wenn der glaubhaft gemachte Anspruch auf Zulassung bei der Wahluniversität zu dem Studiengang hierdurch voraussichtlich endgültig vereitelt werden würde.<sup>22</sup> Entscheidend ist für letzteres, ob das eigentliche Begehren „Zulassung bei der Wunschuniversität“ im Hauptsacheverfahren noch wirkungsvoll verfolgt werden kann. Hier gilt: Ist mit einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren erst zu einem Zeitpunkt zu rechnen, zu dem der Studienbewerber das anderenorts aufgenommene Studium bereits annähernd oder gar vollständig abgeschlossen hat, so scheidet ein späterer Ortswechsel nach einer positiven Entscheidung im Hauptsacheverfahren – zumindest unter zumutbaren Bedingungen – aus. Dann aber bedeutet der Verweis auf das Hauptsacheverfahren zugleich die endgültige Vereitelung des (glaubhaft gemachten) Zulassungsanspruches an der Wunschuniversität. Eine solche endgültige Rechtsvereitelung – hier des Rechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte – zu verhindern, ist gerade ureigener Zweck jedes einstweiligen Rechtsschutzverfahrens. In diesen Fällen ist deshalb zwingend das Vorliegen eines Anordnungsgrundes anzunehmen.

#### IV. Fazit

Abgesehen von den Fällen, in denen der Studienbewerber besondere persönliche Bindungen an den Wunschstudienort vorbringen kann, ein vergleichbarer Studien-

17 VerfGH Berlin vom 16.9.2008, 81/08, 81 A/08, juris, Rn 10.

18 *Brehm/Zimmerling*, aaO, Rn 167; andere Auffassung jedoch VGH Baden-Württemberg vom 23.12.1987, NC 9 S 212/87, KMK-HSchR 1988, 706, 707, wenn es um die Teilhabe an außerhalb der festgesetzten Kapazität bestehende Kapazitäten geht.

19 BVerfG vom 19.10.1977, 2 BvR 42/76, BVerfGE 46, 166, 179; BVerfG vom 31.3.2004, 1 BvR 356/04, NVwZ 2004, 1112; BVerfG vom 25.7.1996, 1 BvR 638/96, DVBl 1996, 1367; Hessischer VGH vom 5.11.1991, 7 TG 2074/91, NVwZ-RR 1992, 361; OVG Nordrhein-Westfalen vom 21.11.1988, 15 B 2380/88, NJW 1989, 1105; VerfGH Berlin vom 16.9.2008, 81/08, 81 A/08, juris, Rn 13.

20 OVG Rheinland-Pfalz vom 13.1.2003, 6 D 11940/02, WissR 2003, 168; Schleswig-Holsteinische OVG vom 9.6.2004, 3 NB 1/04, juris, Rn 4; VG Dresden vom 30.5.2002, NC 5 K 406/01, juris, Rn 5

21 OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13.1.2003, 6 D 11940/02, WissR 2003, 168; VG Bayreuth, Beschluss vom 17.12.2012, B 3 E 12.10004, juris, Rn 15; VG Köln, Beschluss vom 22.2.2013, 6 Nc 162/12, juris, Rn 4; *Kopp/Schenke*, 17. Aufl. 2011, § 123 Rn 26.

22 Vgl hierzu BVerfG vom 25.10.1988, 2 BvR 745/88, BVerfGE 79, 69, 74.

gang andernorts nicht angeboten wird oder die einschlägigen Studien- und Prüfungsordnungen eine Anerkennung anderenorts erbrachter Studienleistungen ausschließen, kommt es demnach für das Vorliegen eines Anordnungsgrundes bei örtlich zulassungsbeschränkten Studiengängen auf zweierlei an: zum einem auf die Länge des betreffenden Studiengangs, zum anderen auf die voraussichtliche Verfahrensdauer eines anzustrebenden Hauptsacheverfahrens. Nur wenn die Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu einem Zeitpunkt zu erwarten ist, zu dem bei Obsiegen des Studienbewerbers ein Quereinstieg bei der Wunschuniversität noch möglich ist, fehlt es an der erforderlichen Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes. Dies wird im Ergebnis regelmäßig allenfalls bei Studiengängen der Fall sein, die auf das Abschlussziel Staatsexamen gerichtet sind.

Dass das Vorliegen eines Anordnungsgrundes von der Verfahrensdauer des Hauptsacheverfahrens abhängt, bedeutet zugleich, dass die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Vorliegen des Anordnungsgrundes selbst steuern können. Denn auf die Verfahrensdauer haben sie unmittelbaren Einfluss. Die Verwaltungsgerichte sollten diese Entscheidung deshalb zum Anlass nehmen, sich – auch in Zulassungsverfahren – der Be-

deutung des Hauptsacheverfahrens zu besinnen und diesem die wichtige gesetzliche Aufgabe zukommen lassen, eine umfassende, der Rechtskraft fähige und – auch was zeitliche Belange angeht – die Rechte der Beteiligten während der Prüfung des Zulassungsbegehrens zu gewährleisten. Das Verwaltungsgericht Freiburg<sup>23</sup> hat insofern den Anfang gemacht und ist in den bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengängen Medizin und Zahnmedizin dazu übergegangen, in den Hauptsacheverfahren sehr zeitnah, d.h. zusammen mit den einstweiligen Rechtsschutzverfahren, zu entscheiden. Eilanträge und die Rechtsunsicherheiten, die mit rein vorläufigen Prüfungen und Entscheidungen grundsätzlich verbunden sind, erübrigen sich dann. Diese Verfahrensweise stellt deshalb einen Gewinn für alle Beteiligten, d.h. sowohl für die betroffenen Studienbewerber, die betroffenen Hochschulen als auch für die angerufenen Gerichte dar. Sie sollte bundesweit Einzug in die verwaltungsgerichtliche Praxis erfahren.

Die Autorin ist Fachanwältin für Arbeitsrecht, Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Partnerin der Kanzlei Dr. Fettweis & Sozien, Freiburg.

23 Siehe etwa VG Freiburg vom 20.3.2012, NC 6 K 2155/11, juris, betreffend die Zulassung zum Studiengang Humanmedizin zum Wintersemester 2011/12; VG Freiburg vom 6.12.2012, NC 6 K 2032/12, juris, betreffend die Zulassung zum Studiengang Humanmedizin zum Wintersemester 2012/13.

Christian Picker

## Kommentierungen zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – Ein Überblick

Das am 18.4.2007 in Kraft getretene<sup>1</sup> Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz – WissZeitVG) regelt die Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen sowie an bestimmten Forschungseinrichtungen. Für den Wissenschaftsbereich ist dieses Gesetz von zentraler Bedeutung, ermöglicht es den Hochschulen doch zusätzliche und weitreichende Befristungen ohne konkreten Sachgrund, die „normalen“ Arbeitgebern nach dem TzBfG nicht offenstehen.

Angesichts des beschränkten Anwendungsbereichs des WissZeitVG ist der Fokus der arbeitsrechtlichen Wissenschaft und Praxis freilich ganz überwiegend auf das TzBfG gerichtet. So zeigt die juristische Online-Datenbank *Juris*<sup>2</sup> für den Suchbegriff „Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)“ weit über 5.000 Treffer an; bei Eingabe des Begriffs „Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG)“ erhält man hingegen bloß 103 Suchergebnisse, darunter nur 47 gerichtliche Entscheidungen.

Entsprechend knapp wird das WissZeitVG in den meisten arbeitsrechtlichen „Kompaktcommentaren“ behandelt. Eine Ausnahme stellt insofern die 17 Seiten umfassende, eingehende Kommentierung dieses Gesetzes von *Rudi Müller-Glöge* im Erfurter Kommentar dar. Hervorzuheben ist auch die prägnante Kommentierung des WissZeitVG von *Manfred Löwisch* im Fachanwaltskommentar *Arbeitsrecht*; *Löwisch* bezieht zu den zentralen Problemen dieses Gesetzes fundiert Stellung – etwa zur Frage, ob Universitätskliniken als „Einrichtungen des Bildungswesens“ anzusehen sind<sup>3</sup> oder zu der vom BAG<sup>4</sup> weder überzeugend noch abschließend geklärten Frage, ob und inwieweit Lektoren zum wissenschaftlichen Personal i. S. d. § 1 Abs. 1 WissZeitVG zählen.<sup>5</sup>

Relativ umfassende Kommentierungen zum WissZeitVG finden sich als Annex in den Kommentaren zum TzBfG: Sowohl *Monika Schlachter*<sup>6</sup> als auch *Jacob Jous-*

*sen*<sup>7</sup> und *Thomas Kühn*<sup>8</sup> widmen diesem Gesetz mehr als 20 Seiten. Nur der Kommentar von *Meinel/Heyn/Herms*<sup>9</sup> beschränkt sich auf den Abdruck des Gesetzestextes. Eingehend erläutert *Peter Rambach* das WissZeitVG in dem von *Arnold/Gräfl* herausgegebenen Praxiskommentar zum TzBfG; seine besonders fachkundige, beinahe 40 Seiten umfassende Kommentierung ist jedem Praktiker des Hochschulrechts nur wärmstens zu empfehlen.

Umfangreiche Erläuterungen zum WissZeitVG finden sich ferner in den Großcommentaren zum Kündigungsschutzrecht: *Treber* beschäftigt sich im „KR“ auf über 70 Seiten eingehend mit diesem Gesetz. Die Kommentierungen von *Däubler* in seinem Kündigungsschutzkommentar und von *Schmidt* im „APS“ umfassen beide mehr als 30 Seiten.

Wer sich (noch) eingehender<sup>10</sup> mit dem WissZeitVG befassen möchte, der sei auf die beiden eigenständigen Kommentare zum WissZeitVG verwiesen: Zum einen den Kommentar von *Reich*, der den Titel „Hochschulrahmengesetz mit Wissenschaftszeitvertragsgesetz“ trägt und 2012 in 11. Auflage erschienen ist. Zum anderen den Kommentar von *Preis* zum Wissenschaftsvertragsgesetz, der jedoch bislang nur in 1. Auflage erschienen ist und den (teilweise überholten) Rechtsstand vom 30.9.2007 wiedergibt. Eine Neuauflage dieses umfassenden Werks wäre wünschenswert – gerade um denjenigen Hochschulrechtslehrern eine Hilfestellung zu bieten, die sich mit den zahlreichen noch nicht (höchst)richterlich geklärten Rechtsfragen des WissZeitVG vertieft auseinandersetzen müssen.

Der Autor ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

1 BGBl I 506.

2 Suchanfrage vom 2.9.2013.

3 Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskommentar *Arbeitsrecht*, 5. Auflage 2013, § 1 WissZeitVG Rn 4 und § 5 Rn 2.

4 BAG vom 1.6.2011 – 7 AZR 827/09 – NZA 2100, 1280 = ZTR 2012, 43.

5 Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskommentar *Arbeitsrecht*, 5. Auflage 2013, § 1 WissZeitVG Rn 1 f.

6 In: Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Auflage 2011, § 23 Anhang 2.

7 In: Boecken/Joussen, Teilzeit und Befristungsgesetz, 3. Auflage 2012, WissZeitVG.

8 In: Annuß/Thüsing, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Auflage 2012, § 23.

9 *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG, 4. Auflage, 2012.

10 Monographisch behandelt *Ulrike Lehmann-Wandschneider* das WissZeitVG in ihrer 2008 erschienenen Dissertation „Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz“.

Kommentar	Herausgeber	Auflage	Bearbeiter	Umfang
<i>AnwaltKommentar Arbeitsrecht (Band 2)</i>	Hümmerich/Boecken/Düwell	2. Aufl. (2010)	Böhm	4892-4896 [5]
<i>Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht</i>	Tschöpe	8. Aufl. (2013)	Schmalenberg	357-363 [7]
<i>Arbeitsrecht – Handkommentar (HK-ArbR)</i>	Däubler/Hjort/Schubert/ Wolmerath	3. Aufl. (2013)	Ahrendt/Tillmanns	2871-2872 [2]
<i>Arbeitsrecht – Kommentar (HWK)</i>	Henssler/Willemsen/Kalb	5. Aufl. (2012)	Schmalenberg	3174-3177 [4]
<i>Arbeitsrechts-Handbuch</i>	Schaub u. a.	15. Aufl. (2015)	Koch	383-388 [5]
<i>Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)</i>	Müller-Glöge/Preis/Schmidt	13. Aufl. (2013)	Müller-Glöge	2815-2831 [17]
<i>Fachanwalts-Kommentar Arbeits- recht (DFL)</i>	Dornbusch/ Fischermeier/ Löwisch	5. Aufl. (2013)	Löwisch	2274-2282 [9]
<i>Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht (DLW)</i>	Dörner/Luczak/ Wildschütz/Baeck/Hoß	10. Aufl. (2013)	Hoß	1908-1909 [2]
<i>Hochschulrahmengesetz mit Wissenschaftszeitvertragsgesetz – Kommentar</i>	Reich	11. Aufl. (2012)	Reich	583-636 [54]
<i>Hochschulrecht in Bund und Län- dern – Kommentar</i>	Hailbronner/Geis	38. AL	Krause	Ordner 2 [117]
<i>Kommentar zum Wissenschafts- zeitvertragsgesetz</i>	Preis	1. Aufl. (2008)	Preis	1-250 [250]
<i>KR – Gemeinschaftskommentar zum KSchG und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR)</i>	Etzel u.a.	10. Aufl. (2013)	Treber	3211-3280 [70]
<i>KSchR – Kündigungsschutzrecht</i>	Kittner/Däubler/ Zwanziger	8. Aufl. (2011)	Däubler	2112-2144 [33]
<i>Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (APS)</i>	Ascheid/Preis/Schmidt	4. Aufl. (2012)	Schmidt	2345-2382 [38]
<i>Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen Kommentar</i>	Backmeister/ Trittin/Mayer	4. Aufl. (2009)	Mayer	764-776 [13]
<i>Teilzeit- und Befristungsrecht</i>	Bruns	1. Aufl. (2013)	Bruns	62-68 [6]
<i>TzBfG – Teilzeit- und Befristungsgesetz</i>	Sievers	4. Aufl. (2012)	Sievers	533-550 [18]
<i>Teilzeit- und Befristungsgesetz – Handkommentar</i>	Boecken/Joussen	3. Aufl. (2012)	Joussen	499-519 [21]
<i>Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz</i>	Annuß/Thüsing	3. Aufl. (2012)	Kühn	705-731 [27]
<i>TzBfG – Teilzeit- und Befristungs- gesetz</i>	Meinel/Heyn/Herms	4. Aufl. (2012)		476-479 [4]
<i>Praxiskommentar zum TzBfG – Teilzeit- und Befristungsgesetz</i>	Arnold/Gräfl	3. Aufl. (2012)	Rambach	579-616 [38]
<i>Teilzeit- und Befristungsgesetz</i>	Laux/Schlachter	2. Aufl. (2011)	Schlachter	507-526 [20]

Martina Becker

## *Der Reformvorschlag der Europäischen Kommission zur Forscher- und Studentenrichtlinie*

### **I. Einführung**

Mit dem Dokument COM(2013) 151 final, der sog. Forscher- und Studentenrichtlinie, hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für die Neufassung der Richtlinien 2004/114/EG 2005/71/EG vorgelegt.

Die Richtlinie 2004/114/EG enthält Regelungen über die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst und die Richtlinie 2005/71/EG Vorschriften über ein besonderes Zulassungsverfahren zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung. Da der Regelungsbereich beider Richtlinien ähnlich ist, werden sie nun aus Gründen der Klarheit und der Kohärenz in dem neuen Entwurf der EU zu einer Richtlinie zusammengefasst.

Die Bemühungen der EU zur Reformierung der beiden Richtlinien sind im Zusammenhang mit der Strategie Europa 2020 zu sehen. Auch wird mit dem Vorschlag verschiedenen vom EuGH monierten Missständen abgeholfen.

### **II. Konkrete Neuerungen**

Das Richtlinienvorhaben gliedert sich in die acht Kapitel Allgemeine Bestimmungen, Zulassung, Aufenthaltstitel und Aufenthaltsdauer, Gründe für die Verweigerung, Entziehung oder Nichtverlängerung eines Aufenthaltstitels, Rechte, Mobilität innerhalb der Union, Verfahren und Transparenz und die Schlussbestimmungen, welche sich aus dem Regelungsgehalt der beiden ursprünglichen Richtlinien zusammensetzen.

#### **1. Anwendungsbereich**

Der Vorschlag zur Neufassung der Richtlinien bezieht gem. Art. 1 lit. a die zwei weiteren Personengruppen bezahlte Praktikanten und Au-pair-Beschäftigte mit ein, während sich nach dem jeweiligen Art. 1 der ursprünglichen Richtlinien ihr Anwendungsbereich nur auf Forscher, Studenten, Teilnehmer eines Schüleraustausches, unbezahlte Praktikanten und Absolvierende eines Freiwilligendienstes bezog.

#### **2. Verbindlichkeit für alle erfassten Personengruppen**

In dem Reformvorschlag werden gem. Art. 2 Abs. 1 alle Personengruppen verbindlich erfasst, demgegenüber galt gem. Art. 3 Abs. 1 die Richtlinie 2004/114/EG nur für Studenten verbindlich; auf Schüler, Freiwillige und unbezahlte Praktikanten war sie von den Mitgliedstaaten fakultativ anzuwenden.

#### **3. Neuerungen für Familienangehörige von Wissenschaftlern**

Im Entwurf der EU sind nun in Art. 25 für Familienangehörige von Wissenschaftlern aus Drittstaaten günstigere Zulassungsbedingungen vorgesehen, auch erhalten diese unmittelbar Zugang zum Arbeitsmarkt. In Art. 9 der Richtlinie 2005/71/EG war bisher für Familienangehörige kein Zugang zum Arbeitsmarkt vorgesehen. Auch konnte bisher in angemessen begründeten Fällen gem. Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2005/71/EG die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels der Familienangehörigen gegenüber der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels des Wissenschaftlers verkürzt werden. Gem. Art. 25 Abs. 4 erhalten Familienangehörige nun zwingend einen Aufenthaltstitel mit derselben Gültigkeitsdauer wie der Aufenthaltstitel, der dem Wissenschaftler ausgestellt wurde. Auch dürfen gem. Art. 25 Abs. 2 Integrationskriterien und -maßnahmen erst angewandt werden, nachdem den betreffenden Personen die Familienzusammenführung gewährt wurde.

#### **4. Zugang von Studierenden zum Arbeitsmarkt**

Studierenden wird nach dem Reformvorschlag Zugang zum Arbeitsmarkt in einem Umfang von mindestens zwanzig Stunden in der Woche gewährt. In der Richtlinie 2004/114/EG war nur eine Mindestwochenarbeitszeit von zehn Stunden vorgesehen, Art. 17 Abs. 2. Dabei kann nach wie vor gem. Art. 23 Abs. 1 die Lage auf dem Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedsstaats berücksichtigt werden. Die Mitgliedsstaaten können nun den Zugang von Studierenden zur Erwerbstätigkeit gem. Art. 23 Abs. 3 im ersten Jahr des Aufenthalts nicht mehr beschränken, was Art. 17 Abs. 3 noch vorsah.

#### 5. Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltstitels

Gem. Art. 5 Abs. 2 des Entwurfs sind die Mitgliedsstaaten jetzt verpflichtet, Antragstellern, die sämtliche Zulassungsbedingungen erfüllen, ein Visum für den längerfristigen Aufenthalt oder eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Die Ausstellung eines Aufenthaltstitels war nach den ursprünglichen Richtlinien auch bei Erfüllung aller Zulassungskriterien durch den Antragssteller nicht verbindlich. Durch die Änderung soll verhindert werden, dass Antragstellern die Einreise verweigert wird, weil sie das erforderliche Visum nicht erhalten haben.

#### 6. Zwölfmonatiges Bleiberecht für Wissenschaftler und Studierende

Eine weitgehende Neuerung sieht Art. 24 der neugefassten Richtlinie vor. Forschern und Studierenden wird ein zwölfmonatiges Bleiberecht in dem jeweiligen Mitgliedsstaat nach Abschluss des Studiums bzw. des Forschungsvorhabens gewährt, um dort Arbeit zu suchen oder sich selbstständig zu machen. Allerdings ist dies nicht mit der automatischen Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung gleichzusetzen.

Nach derzeitiger deutscher Rechtslage sind die §§ 16 und 20 AufenthG für die Erteilung von Aufenthaltstiteln an Studierende und Forscher zum Zwecke des Studiums und der Forschung in Deutschland maßgeblich. § 16 Abs. 4 AufenthG bestimmt für Studierende, dass die Aufenthaltserlaubnis nach erfolgreichem Abschluss des Studiums bis zu 18 Monate zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes verlängert werden kann. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. § 20 sieht im Gegensatz hierzu keine entsprechende Regelung für Forscher vor.

Für Studierende wird im deutschen Aufenthaltsrecht somit durch den neuen Richtlinienvorschlag keine Änderung notwendig, außer dass an die Stelle der bisherigen Ermessensentscheidung eine gebundene Entscheidung treten müsste. Hinsichtlich des in der Richtlinie neu normierten Bleiberechts für Forscher im Anschluss an den Forschungsaufenthalt müsste in § 20 AufenthG eine § 16 Abs. 4 AufenthG entsprechende Regelung eingefügt werden.

#### 7. Einführung von Bearbeitungsfristen

Durch die Einführung von Bearbeitungsfristen sollen bestehende Missstände beseitigt werden. So war es ein wiederkehrendes Problem, dass Studierende, die bereits in einem Mitgliedsstaat der EU ein Studium absolvierten und ein Stipendium für die Fortsetzung ihres Studiums

in einem anderen Mitgliedstaat erhalten hatten, dieses nicht nutzen konnten, da sie das erforderliche Visum nicht in der notwendigen Frist erhielten. Nach Art. 29 Abs. 1 müssen die Behörden der Mitgliedsstaaten über die Anträge zur Erteilung eines Aufenthaltstitels nun innerhalb von 60 Tagen nach Antragstellung bzw. von 30 Tagen bei Wissenschaftlern und Studierenden, die an Unionsprogrammen mit Mobilitätsmaßnahmen teilnehmen, entscheiden. Auch Art. 25 Abs. 3 sieht Fristen für die Bearbeitung von Anträgen auf Familienzusammenführung vor. Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2004/114/EG und Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2005/71/EG sahen demgegenüber keine Frist vor, sondern verpflichteten die zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten nur, sobald wie möglich über die Anträge zu entscheiden.

#### 8. Bereitstellung von Informationsmaterial

Um Drittstaatsangehörigen bessere Information zu gewährleisten und dadurch größere Transparenz zu schaffen, werden die Mitgliedsstaaten nach Art. 30 des Reformvorschlags zur Bereitstellung von Informationsmaterial verpflichtet.

#### 9. Begrenzung der Antragsbearbeitungsgebühren

Gem. Art. 31 des Reformvorschlags dürfen die Gebühren, die für die Bearbeitung des Antrages zu entrichten sind, nicht so hoch sein, dass sie den Zweck der Richtlinie gefährden. Hiermit wird Beanstandungen durch den EuGH Rechnung getragen und soll ein angemessenes Verhältnis zwischen Höhe der Gebühren und dem Zweck des Aufenthalts sichergestellt werden.

#### 10. Sozialversicherungsleistungen

Gem. des neuen Art. 21 Abs. 1 haben Wissenschaftler jetzt in Bezug auf Sozialversicherungsleistungen einschließlich Familienleistungen Anspruch auf Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedsstaats. Eine Möglichkeit der Begrenzung, wie sie noch in Art 12 Abs. 2 lit. b) der sog. Arbeits- und Aufenthaltsrichtlinie, Richtlinie 2011/98/EU, vorgesehen ist, wird nunmehr explizit ausgeschlossen.

Da die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2011/98/EU für die Mitgliedsstaaten erst am 25. Dezember 2013 ausläuft, existieren soweit ersichtlich noch keine deutschen Rechtsvorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie. Ob Deutschland von der Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch macht, wird sich erst in dem nationalen Umsetzungsakt zeigen. Erst dann wird sich abzeichnen, ob auf Grund des Vorschlags der EU-Kommission zur Neufassung der Forscher- und Studentenrichtlinie erneut Änderungen des zur Umsetzung der Arbeits- und Auf-

enthaltensrichtlinie bis dahin ergangenen Rechts erforderlich werden.

Darüber hinaus fragt sich, wie sich das neu festgeschriebene Gebot der Gleichbehandlung von Forschern mit Inländern in Bezug auf Sozialversicherungsleistungen auf die derzeit geltende deutsche Rechtslage auswirken wird.

Diese Neuerung könnte z. B. Auswirkungen im Bereich der Anrechnung von Kindererziehungszeiten als Pflichtbeitragszeiten für Rentenansprüche haben. Dies wird relevant, wenn Familienangehörige des Forschers während des Aufenthalts der Familie in Deutschland, Kinder i. S. d. § 56 SGB VI erziehen. Für die Anwendbarkeit von § 56 SGB VI ist es unerheblich, ob der Elternteil Deutscher ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Staates besitzt und ob er jemals vor, während oder nach der Erziehung der Versicherungsgemeinschaft angehört oder auch nur einen Pflicht- oder freiwilligen Beitrag gezahlt hat.

Ob die Rechtsauffassung, dass die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts i. S. d. § 56 Abs. 3 S. 1 SGB VI nur dann zu bejahen ist, wenn der berechtigte Aufenthalt in Deutschland zukunfts offen ist, der Inlandsverbleib dem Ausländer also nicht nur zeitbegrenzt oder seiner Natur nach zu einem vorübergehenden Zweck erlaubt worden ist, ist nach der Neuerung, die nun eine Gleichbehandlung fordert, zweifelhaft.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH das Kriterium des grenzüberschreitenden Bezugs in einer Entscheidung zum belgischen Einheimischenmodell vom 8. Mai 2013 dahingehend modifiziert hat, dass für die Eröffnung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten nicht ein tatsächlicher grenzüberschreitender Bezug notwendig sei, sondern dass bereits ein hypothetischer ausreiche. Diese Rechtssprechungsänderung kann sich insofern auswirken als das Tatbestandsmerkmal des „gewöhnlichen Aufenthalts“ in Deutschland iSd § 56 Abs. 3 S. 1 SGB VI auch für Deutsche gilt, für ausländische Staatsangehörige aber eine ganz andere Tragweite hat.

### III. Bewertung

#### 1. Bewertung durch Verbände

Die Bundesvereinigung der Deutscher Arbeitgeberverbände bewertet die vorgesehenen Neuerungen fast durchweg positiv. Die Reform könne die EU für hochqualifizierte Personen aus Drittstaaten attraktiver machen und leiste einen Beitrag zur Umsetzung der Strategie Europa 2020. Besonders vor dem Hintergrund

des demografischen Wandels und des Fachkräftemangels seien die vorgesehenen Veränderungen zu begrüßen. Verbesserungsbedarf sieht die BDA bezüglich der sanktionsbewehrten Verpflichtungen von Arbeitgebern, Klarstellungsbedarf bei den Bleibemöglichkeiten nach erfolgreich absolviertem Studium. Auch dürfe die Einbeziehung bezahlter Praktika in den Anwendungsbereich nicht zu einer neuen Regulierung für Praktika führen.

Von Seiten des Deutschen Gewerkschaftsbundes und des Deutschen Hochschulverbands liegen noch keine Stellungnahmen zum vorliegenden EU-Richtlinienentwurf vor und wie Anfragen ergeben haben, sind sie auch auf absehbare Zeit nicht zu erwarten.

#### 2. Eigene Bewertung

Die geplanten Veränderungen sind mit Blick auf die einzelnen Drittstaatsangehörigen und ihre individuelle Lebenssituation durchweg zu begrüßen und als Verbesserung anzusehen. Dies gilt besonders für das Novum eines zwölfmonatigen Bleiberechts im Anschluss an Studium oder Forschungsaufenthalt.

Die Motivation der EU bei diesem Reformvorhaben hingegen ist kritisch zu hinterfragen. So ist der pauschalen Aussage, eine zeitweilige Betätigung von Drittstaatsangehörigen in Europa im Rahmen ihrer Ausbildung fördere die Verbreitung von Wissen und die Zusammenarbeit mit Drittstaaten, was sowohl für die Herkunfts- als auch für die Aufnahmeländer von Vorteil sei, nicht ohne Weiteres zuzustimmen. Denn im Hinblick auf die Situation der Heimatländer - im Gegensatz zu den positiven Effekten der Richtlinie für das Individuum - bergen die Regelungen durchaus die Gefahr einer verstärkten Abwanderung der Eliten dieser Länder in die EU. Dies wird umso deutlicher, als die im Reformvorschlag vorgesehenen Regelungen nur Hochqualifizierte privilegieren.

Vor dem Hintergrund, dass die Richtlinie gem. Art 2 Abs. 2 lit a) und b) keine Anwendung auf Asylbewerber, Drittstaatsangehörige, die sich im Rahmen von temporärem oder subsidiärem Schutz in einem Mitgliedstaat aufhalten und Drittstaatsangehörige, deren Abschiebung aus faktischen oder rechtlichen Gründen ausgesetzt wurde, findet, ist das in der Begründung des Richtlinienvorschlags erklärte Ziel, den demografischen Wandel in Europa über vermehrte Zuwanderung von hochqualifizierten Drittstaatsangehörigen zu bewältigen, kritikwürdig. Denn eine progressive europäische Einwanderungspolitik sollte ebenfalls mit einer progressiven und offenen Asylpolitik einhergehen. Die „Rosinentheorie“ sollte keinen Eingang in das europäische Einwanderungs- und Asylrecht finden.

Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der  
Forschungsstelle für Hochschulrechtsrecht der  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Ausgegraben:  
Arthur Schopenhauer  
*Wider den Anonymus*  
(aus *Parerga und Paralipomena II*, § 281)

Vor allen Dingen daher müsste jedes Schild aller literarischen Schurkerei, die Anonymität, dabei wegfallen. In Literaturzeitungen hat zu ihrer Einführung der Vorwand gedient, dass sie den redlichen Rezensenten, den Warner des Publikums schützen sollte gegen den Groll des Autors und seiner Gönner. Allein gegen einen Fall dieser Art werden hundert sein, wo sie bloß dient, den, der, was er sagt, nicht vertreten kann, aller Verantwortlichkeit zu entziehen, oder wohl gar, die Schande dessen zu verhüllen, der feil und niederträchtig genug ist, für ein Trinkgeld vom Verleger ein schlechtes Buch dem Publikum anzupreisen. Oft auch dient sie bloß, die Obskurität, Unbedeutsamkeit und Inkompetenz des Urteilenden zu bedecken. Es ist unglaublich, welche Frechheit sich der Bursche bemächtigt und vor welchen literarischen Gaunereien sie nicht zurückbeben, wenn sie unter dem Schatten der Anonymität sich sicher wissen. – Wie es Universal – Medizinen gibt, so ist folgendes eine Universal – Antikritik gegen alle anonymen Rezensionen, gleichviel, ob sie das Schlechte gelobt oder das Gute getadelt haben: „Halunke, nenne dich! Denn vermummt und verkappt Leute anfallen, die mit offenem Angesicht einhergehen, das tut kein ehrlicher Mann: das tun Buben und Schufte. – Also: Halunke, nenne dich“.

Probatum est. Schon Rousseau hat in der Vorrede zur „Neuen Heloise“ gesagt: „Jeder ehrliche Mann setzt seinen Namen unter das, was er schreibt“, und allgemein bejahende Sätze lassen sich per contrapositionem umkehren. Wie viel mehr noch gilt dies von polemischen Schriften, wie doch Rezensionen meistens sind! Weshalb Riemer ganz recht hat, wenn er in seinen „Mitteilungen über Goethe“ sagt: „Ein offener dem Gesicht sich stellender Gegner ist ein ehrlicher, gemäßigter, einer, mit dem man sich verständigen, vertragen, ausöhnen kann; ein versteckter hingegen ist ein niederträchtiger feiger Schuft, der nicht soviel Herz hat, sich zu dem zu bekennen, was er urteilt, dem also nicht einmal etwas an seiner Meinung liegt, sondern nur an der heimlichen Freude, unerkannt und ungestraft sein Mütchen zu kühlen.“ Dies wird eben auch Goethes Meinung gewesen sein: denn sie sprach meistens Riemern. Überhaupt aber gilt Rousseaus Regel von jeder Zeile, die zum Drucke gegeben wird. Würde man es leiden, wenn ein maskierter Mensch das Volk harangieren oder sonst vor einer Versammlung reden wollte – und gar, wenn er dabei andere angriffe und mit Tadel überschüttete? Würden nicht alsbald seine Schritte zur Tür hinaus von fremden Fußstritten beflügelt werden?



# Anja Höfelmeier und Silja Vöneky

## Rechtsfragen bei Forschungsaktivitäten über dem Festlandsockel der Arktis und Antarktis

### ÜBERSICHT

#### I. Einführung: Der Festlandsockel der Arktis und Antarktis aus völkerrechtlicher Sicht

1. Der Fall „Arctic Sunrise“, die Grundlagen des völkerrechtlichen Regimes der Arktis und deutsche Forschungsinteressen
2. Die Grundlagen des völkerrechtlichen Regimes der Antarktis und deutsche Forschungsinteressen

#### II. Das Festlandsockelregime der Arktis und die wissenschaftliche Meeresforschung

1. Das Festlandsockelregime des Seerechtsübereinkommens
2. Rechte der Küstenstaaten am erweiterten Festlandsockel
3. Wissenschaftliche Meeresforschung auf und über dem Festlandsockel
  - a) Begriff der wissenschaftlichen Meeresforschung
  - b) Maßgebliche seerechtliche Regelungen zur wissenschaftlichen Meeresforschung
    - aa) Grundsätze
    - bb) Die Regelung des Art. 246 SRÜ: Forschungsrechte der Staaten
    - cc) Verfahren für Forschungsvorhaben in der ausschließlichen Wirtschaftszone oder auf dem Festlandsockel
    - dd) Wissenschaftliche Meeresforschung in den Gewässern über dem erweiterten Festlandsockel
  4. Zusammenfassung: Rechtlicher Rahmen für Forschungsaktivitäten auf dem Festlandsockel der Arktis und über dem Festlandsockel der Arktis

#### III. Sonderfall: Das Festlandsockelregime im Spitzbergengebiet

#### IV. Das Festlandsockelregime der Antarktis

1. Völkerrechtlicher Meinungsstand
2. Bewertung und praktische Bedeutung

#### V. Sonderfall: Das Rechtsregime des Festlandsockels der Inseln nördlich des Antarktischebietes

### I. Einführung: Der Festlandsockel der Arktis und Antarktis aus völkerrechtlicher Sicht

1. Der Fall „Arctic Sunrise“, die Grundlagen des völkerrechtlichen Regimes der Arktis und deutsche Forschungsinteressen

Wie umstritten die Ausbeutung der Rohstoffe in der Arktis politisch und völkerrechtlich ist, hat sich nicht erst gezeigt, als am 18. September 2013 Mitglieder der Nichtregierungsorganisation Greenpeace versuchten, mit Hilfe ihres Schiffes *Arctic Sunrise* die russische Ölplattform „Priraslomnaja“ (Приразломная) zu besetzen.<sup>1</sup> Greenpeace wollte mit dieser Aktion auf die Gefahren der Ölförderung für das verwundbare Ökosystem der Arktis und auf die mangelnden Sicherheitsvorkehrungen durch Russland aufmerksam machen. Bekannt ist, dass die Aktion scheiterte und das Schiff der Greenpeace-Aktivisten von der russischen Küstenwache verfolgt und gestoppt wurde; zudem wurden alle an Bord befindlichen Mitglieder festgenommen und das Schiff festgesetzt.

Die große Resonanz dieses Falles in den internationalen Medien und die Vehemenz, mit der Russland seine Freiheit zur Ausbeutung arktischer Erdölvorkommen verteidigt, zeigen nochmals deutlich, dass die Arktis im 21. Jahrhundert als ein strategisch wichtiges, da rohstoffreiches Gebiet im Zentrum unterschiedlicher staatlicher Interessen, insbesondere der Anrainerstaaten Russland, Kanada, Dänemark für Grönland, Norwegen und USA,<sup>2</sup> steht. Umstritten sind vor allem die Grundlagen und Grenzen der Ausbeutung von in der Arktis lagernden Bodenschätzen: Die zunehmende Eisfreiheit der arktischen Seegebiete<sup>3</sup> sowie die daraus resultierende, fortschreitende Erschließung neuer Seewege für den Schiffsverkehr<sup>4</sup> rücken die nun leichter zugänglichen Ressourcen

1 Vgl zur Greenpeace-Aktion statt anderer Lally, *Russia Charges 14 from Greenpeace Ship Arctic Sunrise with Piracy After Protest*, *Washington Post*, 2.10.2013, abrufbar unter [http://www.washingtonpost.com/world/europe/russia-charges-five-from-greenpeace-ship-with-piracy/2013/10/02/9b47a7d8-2b64-11e3-b141-298f46539716\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/europe/russia-charges-five-from-greenpeace-ship-with-piracy/2013/10/02/9b47a7d8-2b64-11e3-b141-298f46539716_story.html). Allgemein zu politischen und wirtschaftlichen Interessen in Bezug auf die Arktis schon der *Economist* von 2012: *The Vanishing North: What the Melting of the Arctic Means for Trade, Energy and the Environment*, 16.06.2012, insbesondere 46 ff, abrufbar unter <http://www.economist.com/printedition/2012-06-16>.

2 *Rosenthal*, *Race Is On as Ice Melt Reveals Arctic Treasures*, *The New York Times*, 18.9.2012, abrufbar unter [http://www.nytimes.com/2012/09/19/science/earth/arctic-resources-exposed-by-warming-set-off-competition.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/09/19/science/earth/arctic-resources-exposed-by-warming-set-off-competition.html?pagewanted=all&_r=0).

2 Vgl die Daten des National Snow & Ice Data Center (USA), abrufbar unter <http://nsidc.org/arcticseaicenews/>.

3 Momentan sind dies die Nordost- und Nordwestpassage nördlich des eurasischen bzw. nordamerikanischen Kontinents. Vgl *Sietz*, *Das Schiff, das aus der Kälte kam*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4.6.2013, abrufbar unter <http://www.seiten.faz-archiv.de/faz/20130604/ftum201306043886866.html>. Ausführlich zur völkerrechtlichen Einordnung der Nordwestpassage *Höfelmeier*, *Der völkerrechtliche Status der Nordwestpassage im Spannungsfeld zwischen internationalem Seerecht und arktischer Souveränität*, *FIP* 6/2013, abrufbar unter <http://www.fiponline.de/>.

cen des unter den arktischen Gewässern gelegenen Festlandssockels in den Fokus der Anrainerstaaten. Damit wird völkerrechtlich der Status des arktischen Meeresbodens relevant, der sich mangels spezieller Regelungen in erster Linie nach dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (SRÜ)<sup>5</sup> bestimmt.

Wegen der bedeutenden Interessen in Bezug auf die Arktis erstaunt es nicht, dass der Fall der Arctic Sunrise ein Nachspiel vor einem internationalen Gericht hatte: Auf Antrag der Niederlande – des Flaggenstaates der Arctic Sunrise – erließ der Internationale Seegerichtshof (International Tribunal of the Law of the Sea, ITLOS) am 22. November 2013 eine einstweilige Anordnung gegen Russland, in der die Freilassung der Aktivisten und ihres Schiffes gegen Kautionsverfügung wurde.<sup>6</sup> Völkerrechtlich war hierbei unter anderem entscheidend, dass die Aktivisten und das Schiff etwa 40 Kilometer entfernt von der russischen Küste in der russischen ausschließlichen Wirtschaftszone festgesetzt wurden.<sup>7</sup>

Die verschiedenen Zonen der küstenstaatlichen Jurisdiktion sind für die Zulässigkeit der Ausbeutung von Ressourcen des arktischen Festlandssockels durch die Arktisanrainerstaaten entscheidend: Hier ist besonders die Möglichkeit einer Erweiterung des durch die Maximalbreite der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) von 200 Seemeilen (sm)<sup>8</sup> begrenzten Ausbeutungsgebietes auf den gesamten Festlandssockel bis zu einer Entfernung von 350 sm gemäß Art. 76 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6 SRÜ bedeutsam. Der von Norwegen 2006 eingereichte Antrag auf einen solchen erweiterten Festlandssockel wurde

von der dafür nach dem Seerechtsübereinkommen zuständigen Festlandssockelkommission bereits 2009 mit zustimmenden Empfehlungen beschieden.<sup>9</sup> Russland hat 2001 ebenfalls einen Antrag für die Arktis eingereicht. Die 2002 von der Kommission angeregten Revisionen des Antrags und seiner Tatsachengrundlage<sup>10</sup> stehen bis heute aus. Dänemark hat mit seinem letzten Antrag an die Festlandssockelkommission vom November 2013 angekündigt, zeitnah ebenfalls einen Antrag bezüglich des erweiterten arktischen Festlandssockels stellen zu wollen.<sup>11</sup> Auch seitens Kanadas wurde jüngst ein solcher Antrag für die Gebiete nördlich des kanadisch-arktischen Archipels offiziell angekündigt.<sup>12</sup> Bis auf die USA, die das Seerechtsübereinkommen bisher nicht ratifiziert haben und für die daher ein Antrag zur Zeit nicht in Frage kommt, ist also für alle Anrainerstaaten die Anerkennung eines erweiterten Festlandssockels zu erwarten.

Für die Staaten wie Deutschland, deren Schiffe in den über dem erweiterten Festlandssockel gelegenen Meeresgebieten wissenschaftliche Meeresforschung betreiben,<sup>13</sup> stellt sich die Frage, ob und inwiefern durch solche Deklarationen der Anrainerstaaten die Forschung, die bisher nur durch Teil XIII SRÜ eingeschränkt war,<sup>14</sup> in den darüber liegenden Hochseegebieten auch von den Anrainerstaaten weitergehend in der Arktis reglementiert werden kann. Da wissenschaftliche Forschungen in diesem Bereich auch eine Bedeutung für die Erforschung und Ausbeutung der Ressourcen des Festlandssockels haben können, ist nicht verwunderlich, wenn Anrainerstaaten in der Arktis hier gegebenenfalls in Zukunft der

5 Die USA sind nicht an das Seerechtsübereinkommen gebunden; für sie gilt daher die Convention on the Continental Shelf (Festlandssockelkonvention) vom 29.4.1958 (Inkrafttreten am 10.6.1964, 499 UNTS 311), sowie die parallelen völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen, die zu großen Teilen denen des Seerechtsübereinkommens entsprechen. Vgl. *Rothwell/Stephens, The International Law of the Sea*, 2010, 106 ff.

6 Vgl. International Tribunal on the Law of the Sea, The “Arctic Sunrise” Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation) (Order), 22.11.2013, abrufbar unter [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Order/C22\\_Ord\\_22\\_11\\_2013\\_orig\\_Eng.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22_11_2013_orig_Eng.pdf). An der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Anordnung ändert sich nichts dadurch, dass Russland die Zuständigkeit des Gerichtshofs bestritt und dem Verfahren fernblieb; vgl. dazu insbesondere das – im Ergebnis zustimmende – Sondervotum der Richter Wolfrum und Kelly, abrufbar unter [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.22/Order/C22\\_Ord\\_22.11.2013\\_sep.op.Wolfrum-Kelly\\_orig\\_Eng.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22.11.2013_sep.op.Wolfrum-Kelly_orig_Eng.pdf), Rn. 3 ff.

7 Vgl. Art 55 ff SRÜ.

8 Eine Seemeile entspricht 1,852 km.

9 Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS), Summary of the Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in Regard to the Submissions Made by Norway in Respect of Areas in the Arctic Ocean, the Barents Sea and the Norwegian Sea on 27 November 2006, 27.3.2009,

abrufbar unter [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/nor06/nor\\_rec\\_summ.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/nor06/nor_rec_summ.pdf).

10 UNGA, Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary-General, 8.10.2002, Rn 38 ff.

11 UN Commission on the Limits of the Continental Shelf, Submission by the Kingdom of Denmark, 26.11.2013, abrufbar unter [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_dnk\\_68\\_2013.htm](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_dnk_68_2013.htm). Alle weiteren Anträge, Reaktionen anderer Staaten und sonstige Erklärungen sind abrufbar unter [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/commission\\_submissions.htm](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm).

12 UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Preliminary Information concerning the Outer Limits of the Continental Shelf of Canada in the Arctic Ocean, 06.12.2013, abrufbar unter [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/preliminary/can\\_pi\\_en.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/preliminary/can_pi_en.pdf).

13 Vgl. dazu die Aktivitäten der FS Polarstern des deutschen Alfred-Wegener-Instituts, abrufbar unter [www.awi.de/index.php?id=51&L=1](http://www.awi.de/index.php?id=51&L=1).

14 Teil XIII SRÜ enthält ausführliche Regelungen zur wissenschaftlichen Meeresforschung – zu der alle Staaten berechtigt sind – in allen verschiedenen Seegebieten einschließlich der Hohen See. Für die Hohe See bestehen neben den allgemeinen Vorschriften der Art 238–244 SRÜ vor allem Rücksichtnahmepflichten bei der Aufstellung und Nutzung von Anlagen und Ausrüstung in Art 258 ff SRÜ.

Forschung anderer Staaten Grenzen setzen wollen. Diese Fragen werden im Folgenden – nach der Darlegung der Grundlagen des völkerrechtlichen Regimes der Antarktis – unter II. untersucht.

## 2. Die Grundlagen des völkerrechtlichen Regimes der Antarktis und deutsche Forschungsinteressen

Die gleiche Frage, ob bzw. inwieweit Forschungsaktivitäten von Staaten über dem (erweiterten) Festlandsockel durch andere Staaten völkerrechtlich einschränkbar sind, stellt sich auch für die Meeresgebiete im Bereich des Antarktisvertrages.<sup>15</sup> In diesen Gebieten ist zwar im Ergebnis nicht mehr umstritten, ob die Regelungen des Seerechtsübereinkommens zum Festlandsockel Anwendung finden oder ob diese durch das Antarktisvertragsregime als *lex specialis* vollkommen verdrängt werden. Unklar ist jedoch, ob und für welche Landmassen diejenigen Mitgliedstaaten des Antarktisvertrages, die als sogenannte *claimant states*<sup>16</sup> Gebietsansprüche auf das antarktische Festland erheben, gegebenenfalls Ansprüche auf einen erweiterten Festlandsockel stellen können; schließlich auch, welche Folgen Ansprüche auf einen erweiterten Festlandsockel in der Antarktis für die Forschungsaktivitäten anderer Staaten in diesen Gebieten haben.<sup>17</sup> Sowohl Australien als auch Argentinien und Norwegen haben bereits Anträge in den Jahren 2004 (Australien) bzw. 2009 (Argentinien und Norwegen) auf einen erweiterten Festlandsockel des antarktischen Festlandes bei der Festlandsockelkommission gestellt.<sup>18</sup> Die völkerrechtlichen Folgen werden im Folgenden unter IV. dargelegt.

## II. Das Festlandsockelregime der Arktis und die wissenschaftliche Meeresforschung

### 1. Das Festlandsockelregime des Seerechtsübereinkommens

Art. 76 Abs. 1 SRÜ stellt die Voraussetzungen für das Festlandsockelregime des Seerechtsübereinkommens auf. Demnach umfasst der Festlandsockel eines Staates mindestens den Meeresboden bis zu 200 sm, ausgehend von der so genannten Basislinie,<sup>19</sup> sowie den Boden der gesamten natürlichen Verlängerung des Landgebietes bis zum Festlandrand, wenn die geologischen und geomorphologischen Bedingungen der Abs. 3-7 des Art. 76 SRÜ gegeben sind.

Die Erstreckung des Festlandsockels jenseits von 200 sm („erweiterter Festlandsockel“) wird durch ein besonderes Verfahren nach Art. 76 Abs. 8 SRÜ festgelegt. Gemäß Art. 4 Annex II des SRÜ müssen die Küstenstaaten spätestens zehn Jahre nach Inkrafttreten des Seerechtsübereinkommens Anträge bei der Festlandsockelkommission zur Festlegung der Festlandsockelgrenzen stellen. 2001 einigte sich die Vertragsstaatenkonferenz des Seerechtsübereinkommens allerdings darauf, dass die Frist für die Staaten, die am 13. Mai 1999 Vertragspartei waren, an diesem Tag beginnt.<sup>20</sup> Daraus folgt, dass die Frist zur Antragsstellung für diese Staaten bis 2009 verlängert wurde.

Für das Verfahren hat die Festlandsockelkommission in Annex I Rules of Procedure<sup>21</sup> besondere Regeln erlassen. Im Falle eines Streites über den Grenzverlauf zwischen zwei oder mehreren Staaten soll die Kommission

15 Hierzu gehören gemäß Art 6 Antarktisvertrag (AV) (unterzeichnet am 1.12.1959, Inkrafttreten am 23.6.1961, 402 UNTS 71) alle Gebiete südlich des 60. Breitengrads inklusive des Eisschelfs; vgl dazu Vöneky/Addison-Agyei, *Antarctica*, in Wolfrum (Hrsg), MPEPIL, Band 1, 418, Rn 24; zum antarktischen Vertragsregime insgesamt *ibid.*, Rn 12 ff. Siehe auch die Internetpräsenz des Sekretariats des Antarktisvertragssystems unter [http://www.ats.aq/index\\_e.htm](http://www.ats.aq/index_e.htm). Zum Festlandsockel der Antarktis vgl die Karte unten in Anhang II.

16 Zu den sogenannten *claimant states* gehören die sieben Staaten, die vor dem Inkrafttreten des Antarktisvertrages Gebietsansprüche auf das antarktische Festland erhoben hatten. Dies sind Großbritannien, Neuseeland, Frankreich, Norwegen, Australien, Chile und Argentinien.

17 Von deutscher Seite wird auch in antarktischen Gewässern Meeresforschung von der FS Polarstern aus betrieben, vgl wiederum

<http://www.awi.de/index.php?id=51&L=1>.

18 Vgl die Internetseite der Festlandsockelkommission, Fn 12. Die anderen *claimant states* haben bisher keine solcher Anträge gestellt oder angekündigt.

19 Die Basislinie ist nach Art 5 SRÜ regelmäßig die Niedrigwasserlinie; bei stark zerklüfteten Küsten ist jedoch nach Maßgabe des Art 7 SRÜ das Ziehen gerader Basislinien durch den Küstenstaat erlaubt. Zu den Festlandsockeln in der Arktis vgl die Karte unten in Anhang I.

20 Meeting of States Parties, Eleventh Meeting SPLOS/72, abrufbar unter [http://www.un.org/depts/los/meeting\\_states\\_parties/SPLOS\\_documents.htm](http://www.un.org/depts/los/meeting_states_parties/SPLOS_documents.htm).

21 Submissions in case of a dispute between States with opposite or adjacent coasts or in other cases of unresolved land or maritime disputes, abrufbar unter [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/commission\\_rules.htm](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_rules.htm).

von dem Küstenstaat informiert werden, der den Antrag auf Festlegung des Festlandssockels stellt (Regel 2a); die Kommission darf dann die Anträge der an dem Streit beteiligten Staaten weder prüfen noch beurteilen (Regel 5a S. 1).

Die Erfüllung der Kriterien des Art. 76 Abs. 1 SRÜ durch den russischen Antrag für die Arktis ist unklar, vor allem hinsichtlich der Frage, ob der Lomonossow-Rücken<sup>22</sup> auf dem arktischen Meeresgrund noch als „natürliche Fortsetzung des Festlandssockels“ vor der russischen Küste angesehen werden kann.<sup>23</sup> Hier ist die technisch aufwändige Erhebung weiterer Daten über die Beschaffenheit des arktischen Meeresbodens notwendig. Russland bemüht sich darum, diese Daten zu erheben, um sie zur Revision seines Antrags bei der Festlandssockelkommission einzureichen. Hinzu kommt, dass Kanada in seiner Ankündigung vom Dezember 2013<sup>24</sup> ebenfalls Ansprücherhebungen auf den Lomonossow-Rücken in Aussicht gestellt hat.

Wie bereits festgestellt, konnte hingegen in dem norwegischen Antrag dargelegt werden, dass die Voraussetzungen des Art. 76 Abs. 1 SRÜ erfüllt sind.

## 2. Rechte der Küstenstaaten am erweiterten Festlandssockel

Auf dem gesamten Festlandssockel – einschließlich seiner Erweiterung jenseits der 200 sm-Grenze – stehen dem Küstenstaat exklusive souveräne Rechte zur Erforschung und Ausbeutung der natürlichen Ressourcen des Sockels zu, Art. 77 Abs. 1 und Abs. 2 SRÜ. Die natürlichen Ressourcen umfassen sämtliche nichtlebenden Ressourcen des Meeresbodens und seines Untergrundes sowie diejenigen Lebewesen, die – unbeweglich oder beweglich – in ständiger, unmittelbarer Verbindung mit dem Boden oder seinem Untergrund stehen, Art. 77 Abs. 4 SRÜ.

Der Küstenstaat hat konsequenterweise auch das umfassende Recht zur Genehmigung und Regelung

sämtlicher Bohrarbeiten auf dem Festlandssockel, Art. 81 SRÜ, und zur Errichtung und Reglementierung künstlicher Inseln und sonstiger baulicher Anlagen auf dem Meeresboden, Art. 80 i. V. m. Art. 60 SRÜ. Die Verlegung unterseeischer Kabel und Rohrleitungen anderer Staaten über den Festlandssockel kann der Küstenstaat hingegen nicht ohne Weiteres verhindern, Art. 79 SRÜ.

Grundsätzlich macht es für das Festlandssockelregime – abgesehen von den Zahlungspflichten des Küstenstaats nach Art. 82 SRÜ<sup>25</sup> – keinen Unterschied, ob der Festlandssockel innerhalb der 200 sm-Zone liegt oder ob es sich um einen darüber hinausgehenden, erweiterten Festlandssockel handelt. Eine wichtige Ausnahme davon stellt Art. 246 Abs. 6 SRÜ dar, der das Ermessen der Küstenstaaten bei der Zustimmung zu Forschungsvorhaben auf dem Festlandssockel außerhalb der 200 sm-Zone einschränkt (dazu sogleich).

Für die Anrainerstaaten der Arktis bedeutet dies, dass sie auf dem ihnen zuerkannten erweiterten Festlandssockel sowie in dem Teil, der in ihre ausschließliche Wirtschaftszone fällt, Bergbau- und Bohrarbeiten zur Ausbeutung der dort befindlichen Rohstoffe vornehmen und genehmigen können. Allerdings können – die noch ausstehende Implementierung des ausschlaggebenden Art. 82 SRÜ durch die Meeresbodenbehörde vorausgesetzt – im Falle der Ausbeutung Verpflichtungen der Küstenstaaten zu Ausgleichszahlungen an die übrigen Vertragsstaaten des Seerechtsübereinkommens anfallen. Diese ergeben sich aus der grundsätzlichen Einordnung des außerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszonen der Küstenstaaten gelegenen Tiefseebodens als „gemeinsames Erbe der Menschheit“,<sup>26</sup> an dem alle Staaten gleichberechtigt teilhaben sollen.

22 Der Lomonossow-Rücken ist ein im arktischen Ozean beinahe senkrecht zur zentralrussischen Küstenlinie verlaufender ozeanischer Rücken vgl die Karte unten in Anhang I.

23 Dazu ausführlich *Wolfrum*, Das Rechtsregime der Arktis, Vortrag vom 04.03.2008, Arktis-Workshop des Auswärtigen Amtes, Berlin, abrufbar unter [http://www.mpil.de/files/pdf2/wolfrum\\_auswertiges\\_amt\\_arktis.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf2/wolfrum_auswertiges_amt_arktis.pdf).

24 Vgl o Fn 11.

25 Die genaue Bedeutung von Art 82 SRÜ ist unklar; insbesondere das Verteilungsverfahren durch die Meeresbodenbehörde (In-

ternational Seabed Authority) bedarf weiterer Klärung. Vgl dazu *Vitzthum*, Handbuch des Seerechts, 2006, 200 und International Seabed Authority, Technical Study No 4: Issues Associated with the Implementation of Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 2009, abrufbar unter <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Pubs/Article82.pdf>.

26 Vgl Art 136 SRÜ: „The Area and its resources are the common heritage of mankind.“ Dazu *Vöney/Höfelmeier*, Article 136, in Proelss (Hrsg), United Nations Convention on the Law of the Sea – Commentary (erscheint demnächst).

3. Wissenschaftliche Meeresforschung *auf* und *über* dem Festlandsockel

## a) Begriff der wissenschaftlichen Meeresforschung

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Teils XIII SRÜ, der die „Wissenschaftliche Meeresforschung“ regelt und auch Art. 246 umfasst, ist zunächst, dass es sich bei dem konkreten Vorhaben um wissenschaftliche Meeresforschung im Sinne des Übereinkommens handelt. Darunter sind alle Tätigkeiten zu verstehen, die die Erweiterung menschlichen Wissens von der Meeresumwelt und ihren Prozessen bezwecken.<sup>27</sup>

Strittig ist hier, ob auch hydrographische Vermessungsarbeiten darunter fallen. Dagegen spricht zunächst Art. 21 Abs. 1 lit. g SRÜ, der die Regelungsbefugnis der Küstenstaaten für das Küstenmeer betrifft und hydrographische Vermessungen ausdrücklich neben der wissenschaftlichen Meeresforschung als separates Normierungsgebiet anführt. Zudem kann argumentiert werden, dass, betrachtet man allein die Tätigkeit und nicht die Zielrichtung der Untersuchungen, kein wesentlicher Unterschied zwischen hydrographischen Vermessungen und den besonders sensiblen militärischen Erfassungen des Meeresgrundes besteht.<sup>28</sup> So spricht nach einer Ansicht der Umstand, dass Teil XIII SRÜ im Unterschied zu anderen Teilen keine Sonderregelungen zu hydrographischen Vermessungsarbeiten enthält, dafür, dass diese Vermessungsarbeiten nicht in Teil XIII geregelt sein sollen, also keine wissenschaftliche Meeresforschung darstellen.<sup>29</sup> Dagegen spricht jedoch, dass diese einschränkende Auslegung des Begriffs der wissenschaftlichen Meeresforschung sich im Wortlaut des Teils XIII SRÜ nicht hinreichend widerspiegelt. Die bloße Bezugnahme auf Art. 21 Abs. 1 lit. g SRÜ überzeugt nicht. So kann Art. 21 Abs. 1 lit. g SRÜ sinnvoll so verstanden werden, dass nur die hydrographischen Vermessungen (in Abgrenzung zur wissenschaftlichen Meeresforschung) gemeint sind, die gerade nicht zu wissenschaftlichen Zwecken vorgenommen werden. Es ist daher davon auszugehen, dass Teil XIII auch die hydrographischen Vermessungen umfasst, die aus wissenschaftlichen Gründen durchgeführt werden und die Erweiterung menschlichen Wissens von der Meeresumwelt und ihren Prozessen bezwecken.<sup>30</sup>

## b) Maßgebliche seerechtliche Regelungen zur wissenschaftlichen Meeresforschung

## aa) Grundsätze

Korrespondierend zu Art. 2 SRÜ, der die staatliche Souveränität auf das Küstenmeer erstreckt, regelt Art. 245 SRÜ, dass wissenschaftliche Meeresforschung im Küstenmeer nur mit Zustimmung des Küstenstaates und unter den von ihm gemäß Art. 21 SRÜ aufgestellten Bedingungen erfolgen darf. Vergleichbares gilt für die allgemeine Wirtschaftszone und den Festlandsockel: Art. 55 ff. und Art. 77 ff. SRÜ gewähren dem Küstenstaat nur begrenzte, auf Ausbeutung und Erforschung der Ressourcen bezogene Hoheitsrechte, während die grundsätzliche Schifffahrtstfreiheit erhalten bleibt.

Art. 246 SRÜ differenziert die begrenzten Rechte der Küstenstaaten im Hinblick auf die wissenschaftliche Meeresforschung in der ausschließlichen Wirtschaftszone und auf dem Festlandsockel – auch dem erweiterten Festlandsockel – weiter aus und schafft eine Balance zwischen dem grundsätzlichen Recht der Staaten zur Durchführung solcher Forschung (Art. 238 SRÜ) und den ressourcenbezogenen Hoheitsrechten der Küstenstaaten.

## bb) Die Regelung des Art. 246 SRÜ: Forschungsrechte der Staaten

Art. 246 SRÜ räumt den Küstenstaaten grundsätzlich das Recht ein, in der ausschließlichen Wirtschaftszone und auf dem Festlandsockel wissenschaftliche Meeresforschung zu regeln, zu genehmigen und zu betreiben. Demnach gilt gemäß Art. 246 Abs. 1 und 2 SRÜ eine Genehmigungspflicht für wissenschaftliche Meeresforschung anderer Staaten in diesen Gebieten. Gemäß Art. 246 Abs. 3 und 4 SRÜ ist die Genehmigung im Normalfall – unabhängig von den diplomatischen Beziehungen zwischen Antrags- und Küstenstaat – zu erteilen, wenn die Forschung friedlich ist und zum Nutzen der gesamten Menschheit geschieht.

Art. 246 Abs. 5 SRÜ zählt jedoch auch Gründe auf, die ausnahmsweise ein Versagen der Genehmigung erlauben. Erlaubt ist dies (nur)

27 Vitzthum, Handbuch des Seerechts, 2006, 426 mwN in Fn 294.

28 Zum Streitstand *Rothwell/Stephens*, *The International Law of the Sea*, 2010, 330 f; vgl auch *Bateman*, *Hydrographic Surveying in the EEZ: Differences and Overlaps with Marine Scientific Research*, (2005) 20 *Mar.Pol'y*, 163 mwN.

29 Ausführlich zum Begriff der wissenschaftlichen Meeresforschung *Treves*, *Marine Scientific Research*, in Wolfrum (Hrsg.), *Max*

*Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Band VI, 2012, 1063 ff.

30 Für diese Auslegung spricht grundsätzlich auch die Regelung in Art 246 Abs 5 lit a SRÜ, nach der wissenschaftliche Tätigkeiten vom Küstenstaat untersagt werden können, wenn diese von unmittelbarer Bedeutung für die Erforschung und Ausbeutung der Ressourcen sind; vgl dazu näher unten II. 3. b) (2).

- bei unmittelbarer Bedeutung des Vorhabens für die Erforschung und Ausbeutung der Ressourcen (lit. a);
- bei Bohrungsvorhaben unter Einsatz von Sprengstoff oder mit Schadstoffausstoß (lit. b);
- zudem, wenn das Vorhaben die Errichtung, den Betrieb oder die Nutzung künstlicher Inseln oder Bauwerke vorsieht (lit. c); oder
- wenn bestimmte Gründe für die Unzuverlässigkeit des Antragstellers sprechen (lit. d).

Der erste dieser Gründe – also die ausnahmsweise Versagung der Genehmigung bei unmittelbarer Bedeutung des Vorhabens für die Erforschung und Ausbeutung der Ressourcen (lit. a) – gilt jedoch für den *erweiterten* Festlandssockel grundsätzlich *nicht* (Art. 246 Abs. 6 SRÜ), es sei denn, das Vorhaben soll in einem vom Küstenstaat ausgewiesenen Ausbeutungsgebiet erfolgen. Solche Gebiete sind jedoch vom Küstenstaat „innerhalb einer angemessenen Frist“ bekannt zu geben. Bei dem erweiterten Festlandssockel müssen daher die Gründe des lit. b bis lit. d vorliegen, um wissenschaftliche Meeresforschung zu untersagen; ein bloßer Ressourcenbezug der Forschung reicht nicht aus.

Wichtig für die Forschungsrechte fremder Staaten ist dabei auch, dass von einer stillschweigenden Zustimmung des Küstenstaates zur Forschung ausgegangen wird, wenn dieser nach ordnungsgemäßer Antragstellung gemäß Art. 252 SRÜ nicht reagiert.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass für wissenschaftliche Meeresforschung auf dem *erweiterten* Festlandssockel, also auf dem Meeresboden oder in seinem Untergrund jenseits der 200 sm-Grenze, die Forschungsrechte fremder Staaten *umfangreicher* sind als in der ausschließlichen Wirtschaftszone: Das Ermessen des Küstenstaates bei der Ablehnung ressourcenbezogener Forschungsprojekte auf dem erweiterten Festlandssockel ist eingeschränkt und umfasst gerade nicht die Bedeutung des Vorhabens für die Erforschung und Ausbeutung der Ressourcen.<sup>31</sup>

cc) Verfahren für Forschungsvorhaben in der ausschließlichen Wirtschaftszone oder auf dem Festlandssockel

Unabhängig davon, ob das Forschungsvorhaben in der ausschließlichen Wirtschaftszone oder auf dem regulären oder erweiterten Festlandssockel angestrebt wird, müssen für wissenschaftliche Meeresforschung die Vorschriften der Art. 248 ff. SRÜ eingehalten werden. Die Staaten, die forschen möchten, müssen dem Küstenstaat

mindestens sechs Monate vor Beginn des Vorhabens umfangreiche Informationen darüber übermitteln, Art. 248 SRÜ. Bei der Durchführung des Vorhabens müssen diese Staaten die in Art. 249 und 250 SRÜ vorgesehenen Beteiligungs-, Informations- und Konsultationspflichten einhalten. Werden die genannten Vorschriften nicht eingehalten, so kann der Küstenstaat gemäß Art. 253 SRÜ die Unterbrechung oder Einstellung der Forschungen verlangen.

dd) Wissenschaftliche Meeresforschung in den Gewässern über dem erweiterten Festlandssockel

Der Rechtsstatus der über dem Festlandssockel gelegenen Gewässer bleibt gemäß Art. 78 Abs. 1 SRÜ vom Festlandssockelregime grundsätzlich unberührt. Diese Gewässer sind also weiterhin in Küstengewässer, ausschließliche Wirtschaftszone und Hohe See zu unterteilen. Art. 78 Abs. 2 SRÜ bestimmt, dass die Aktivitäten des Küstenstaates die Rechte der anderen Staaten und Nutzer weder beeinträchtigen noch ungerechtfertigt behindern dürfen. Die Vorschrift wird durch Art. 246 Abs. 8 SRÜ ergänzt. Danach darf wiederum die wissenschaftliche Meeresforschung die Ausübung souveräner Rechte durch den Küstenstaat nicht ungerechtfertigt behindern. Es gilt also ein Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme.

Die Gewässer über dem erweiterten Festlandssockel sind, da sie jenseits der 200 sm-Grenze für die ausschließliche Wirtschaftszone liegen, immer Teil der Hohen See und unterfallen danach der Freiheit der wissenschaftlichen Forschung gemäß Art. 87 Abs. 1 lit. f. SRÜ. Dessen Verweis auf Teil XIII SRÜ (Wissenschaftliche Meeresforschung) lässt darauf schließen, dass insbesondere Art. 240 SRÜ als die speziellere Norm der allgemeinen Freiheit der Hohen See vorgeht: Die Freiheit der wissenschaftlichen Meeresforschung besteht danach nur in dem von Teil XIII SRÜ gewährten Rahmen.

Der Verweis des Art. 87 Abs. 1 lit. f. SRÜ auf Teil VI SRÜ (Festlandssockel) bedeutet, dass die Freiheit der Forschung nur für Forschungsaktivitäten in den Gewässern gilt. Sobald es sich aber um Forschung auf oder unter dem Meeresgrund handelt, ist das oben beschriebene, spezielle Regime für den Festlandssockel anwendbar. Die Abgrenzung zwischen Meeresboden- und Gewässerforschung ist also entscheidend für die Zulässigkeit und Verfahrensweise bei einem Forschungsvorhaben: Handelt es sich um Forschung in den Gewässern, so bestehen für den Küstenstaat, dem ein erweiterter Festlandssockel zusteht, jenseits der 200 sm-Grenze keine Einwirkungsrechte. Weder ist die Forschung von seiner Genehmi-

31 Entsprechendes gilt im Übrigen auch gegenüber Staaten, die – wie die USA – nicht Vertragsparteien des SRÜ sind, da die Festlandssockelkonvention von 1958, wie auch das Völkergewohnheits-

recht, vergleichbare Vorschriften enthält. Vgl Art 5 der Festlandssockelkonvention, o Fn 5. Näher dazu Treves, *Marine Scientific Research*, in Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Band VI, 2012, 1063 ff.

gung abhängig noch kann er die wissenschaftliche Meeresforschung durch seine Gesetze reglementieren.

Auch Belange wie Umwelt- und Ressourcenschutz sind für die Wassersäule, welche sich über dem erweiterten Festlandsockel befindet, durch das Seerechtsübereinkommen sowohl materiell als auch prozessual zentral geregelt. Der Küstenstaat kann sich für sein Eingreifen also nicht auf eine mögliche Umweltverschmutzung durch das Vorhaben berufen, sondern müsste sich zu deren Geltendmachung der Streitbeilegungsmechanismen des Seerechtsübereinkommens bedienen.

Gleiches gilt, sofern die wissenschaftliche Meeresforschung in der Wassersäule die Erforschung und Ausbeutung des Festlandsockels durch den Küstenstaat behindert. Zwar ist dies gemäß Art. 240 lit. c SRÜ verboten, das Übereinkommen stellt jedoch als Reaktionsmöglichkeit nur die allgemeinen Streitbeilegungsmechanismen zur Verfügung. Zur Verhinderung solcher Konfliktlagen dient die Zusammenarbeits- und Konsultationspflicht in Art. 242 SRÜ. Danach hat ein Staat, der wissenschaftliche Meeresforschung durchführt, dafür zu sorgen, dass die anderen Staaten die zum Schutz der Meeresumwelt und der Menschen erforderlichen Informationen erhalten.

#### 4. Zusammenfassung: Rechtlicher Rahmen für Forschungsaktivitäten auf und über dem Festlandsockel der Arktis

Für Staaten, die wissenschaftliche Meeresforschung im Bereich des arktischen Festlandsockels betreiben wollen, gilt es also zunächst zwischen Forschung auf oder unter dem Meeresgrund und solcher in den Gewässern darüber zu unterscheiden:

Geht es um Forschung auf oder unter dem Meeresgrund, so muss diese vom Küstenstaat genehmigt werden, wobei die Genehmigung jedoch nur in wenigen, den Kernbereich küstenstaatlicher Ausbeutungsbefugnisse betreffenden Konstellationen abgelehnt werden darf; auf dem erweiterten Festlandsockel sind die Küstenstaatenrechte zur Untersagung der Forschung nochmals eingeschränkt, da eine Nicht-Genehmigung nicht auf die Bedeutung des Vorhabens für die Erforschung und Ausbeutung der Ressourcen gestützt werden kann.

Bei Forschung in den Gewässern über dem Festlandsockel ist zwischen Gewässern bis zur 200 sm-Grenze

der ausschließlichen Wirtschaftszone und solchen jenseits dieser Grenze zu unterscheiden. In ersterer gelten die küstenstaatlichen Hoheits- und Einwirkungsrechte der jeweiligen Zone. Über dem erweiterten Festlandsockel hingegen hat der Küstenstaat keinerlei Einwirkungsrechte.<sup>32</sup>

### III. Sonderfall: Das Festlandsockelregime im Spitzbergengebiet

Im Spitzbergengebiet ist umstritten, ob das die Insel umgebende Festlandsockelgebiet der Souveränität eines Staates (Norwegens) oder der gleichberechtigten wirtschaftlichen Nutzung aller Vertragsstaaten unterliegt. Dies ist der Fall, da sich der Spitzbergenvertrag (SV),<sup>33</sup> der Norwegen beschränkte Souveränität über das Archipel Spitzbergen einräumt, nach seinem Art. 1 ausdrücklich nur auf die Inseln und ihre Hoheitsgewässer bezieht.

Norwegen geht von seiner Souveränität über den Festlandsockel im Spitzbergengebiet aus und begründet dies insbesondere damit, dass Spitzbergen keinen eigenen Festlandsockel besitze, sondern auf dem norwegischen Sockel liege.<sup>34</sup> Selbst wenn aber ein eigener Sockel Spitzbergens angenommen werde, seien Beschränkungen norwegischer Souveränität im Spitzbergenvertrag restriktiv auszulegen. Da der Festlandsockel nicht ausdrücklich in Art. 1 SV erwähnt werde, unterstehe er der alleinigen Souveränität Norwegens und als Küstenstaat stehe Norwegen der Festlandsockel auch nach allgemeinem Seevölkerrecht zu.<sup>35</sup>

Nach der Ansicht anderer Vertragsstaaten und von Teilen der Literatur unterliegt der Festlandsockel im Spitzbergengebiet jedoch der gleichberechtigten wirtschaftlichen Nutzung aller Parteien des Spitzbergenvertrages, da dieser bei einer Auslegung nach Sinn und Zweck auch den Sockel erfasse. Sinn und Zweck des Vertrages sei, in umfassender Weise eine geordnete wirtschaftliche Nutzung der Inselgruppe zu ermöglichen. Die Möglichkeit der Ausbeutung des Festlandsockels und das völkerrechtliche Festlandsockelregime waren zur Zeit des Vertragsschlusses im Jahre 1920 noch nicht bekannt.<sup>36</sup> Nur deswegen sei der Festlandsockel nicht ausdrücklich erwähnt.<sup>37</sup>

32 In Grundzügen gilt dies auch kraft Gewohnheitsrechts und der Festlandsockelkonvention für Nichtvertragsparteien des Seerechtsübereinkommens wie die USA.

33 Treaty concerning the Archipelago of Spitsbergen vom 9.2.1920 (Inkrafttreten am 14.8.1925), 2 LNTS 7, abrufbar unter <http://lovdata.no/dokument/NL/lov/1920-02-09>.

34 Vgl *Kempen*, Der völkerrechtliche Status der Inselgruppe Spitzbergen, 1995, 107.

35 Vgl Art 2 der Convention on the Continental Shelf vom 29.4.1958 (Inkrafttreten am 10.6.1964), 499 UNTS 311, und Art 77 des SRÜ.

36 Vgl dazu *Wolfrum*, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, 1984, 118.

37 Vgl *Kempen*, Der völkerrechtliche Status der Inselgruppe Spitzbergen, 1995, 108, 114.

Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen, da der Spitzbergenvertrag als Statusvertrag<sup>38</sup> eine im Interesse aller Staaten liegende, umfassende territoriale Ordnung im Spitzbergengebiet errichtet. Dem würde eine einseitige Zuordnung des Festlandssockels zu Norwegen widersprechen.

#### IV. Das Festlandssockelregime der Antarktis

Wie bereits erwähnt, haben Australien, Argentinien und Norwegen als *claimant states* bereits Anträge auf die Anerkennung eines erweiterten Festlandssockels in der Antarktis bei der Festlandssockelkommission gestellt (unter I. 2.). Alle dieser Anträge werden zurzeit in Abstimmung mit den Antragstellern nicht bearbeitet, da es umstritten ist, ob Art. 4 des Antarktisvertrages (AV)<sup>39</sup> der Deklaration und Ausübung hoheitlicher Rechte über den Festlandssockel der Antarktis entgegensteht. Die dargelegte Verfahrensregelung der Festlandssockelkommission, die eine Stellungnahme bei ungelösten territorialen Streitigkeiten verbietet, verhindert für den Festlandssockel des antarktischen Festlandes damit eine endgültige und bindende Festlegung von Festlandssockelgrenzen.

##### 1. Völkerrechtlicher Meinungsstand

Nicht bestritten wird, dass das Seerechtsübereinkommen im Bereich des Antarktisvertrages grundsätzlich anwendbar ist.<sup>40</sup> Es gilt jedoch modifiziert, sofern der Antarktisvertrag abweichende Regelungen enthält, da für dessen Parteien schon nach dem völkerrechtlichen Grundsatz des Vorrangs von *lex specialis* eine Regelungspriorität des Antarktisvertrages im Verhältnis zum allgemeinen Seerecht besteht.<sup>41</sup>

Zum Teil wird vertreten, dass Art. 4 AV der Ausübung souveräner Rechte am Festlandssockel entgegen-

steht: Dies sei der Fall, da das Seerechtsübereinkommen die Rechte am Festlandssockel von der küstenstaatlichen Souveränität ableite, der Antarktisvertrag jedoch die territorialen Gebietsansprüche in der Antarktis einfriere, d.h. weder ab- noch anerkenne (Art. 4 Abs. 2 S. 2 AV). Da zudem die Erweiterung hoheitlicher Gebietsansprüche in der Antarktis durch Art. 4 AV vertraglich ausgeschlossen sei, gelte dies auch für souveräne Rechte hinsichtlich des Festlandssockels. Dafür spreche, dass der Antarktisvertrag auf alle Land- und Seegebiete südlich von 60° S Anwendung findet.<sup>42</sup>

Ein anderer Teil der Literatur vertritt hingegen, dass Art. 4 AV die Staaten nicht an der Deklaration und Ausübung souveräner Rechte am Festlandssockel hindert. Der Grund dafür sei, dass sich die küstenstaatliche Souveränität hinsichtlich des Festlandssockels nach Art. 77 Abs. 3 SRÜ<sup>43</sup> und der Rechtsprechung des IGH in den *North Sea Continental Shelf-Fällen*<sup>44</sup> aus der territorialen Souveränität *automatisch* ableite und nicht durch die Verwirklichung eines diesbezüglichen Anspruchs erworben werde. Dies sei bereits vor Inkrafttreten des Antarktisvertrages anerkannt gewesen, wie sich aus Art. 3 Abs. 2 der Genfer Festlandssockelkonvention<sup>45</sup> ergebe.<sup>46</sup> Die Geltendmachung von Souveränität über den Festlandssockel durch die so genannten *claimant states* sei daher nicht als neuer Anspruch oder Erweiterung des bereits geltend gemachten zu qualifizieren, sondern als Inanspruchnahme bestehender und von Art. 4 AV geschützter Rechte der *claimants*.<sup>47</sup>

Nach einer weiteren, dritten Ansicht unterfällt der antarktische Festlandssockel dem Tiefseebodenregime des Seerechtsübereinkommens, weil das antarktische Vertragssystem nicht das in Art. 1 Nr. 1 und 136 SRÜ verankerte und universell akzeptierte Prinzip des *common*

38 Statusverträge sind gebietsbezogene völkerrechtliche Verträge, die im Allgemeininteresse abgeschlossen werden und einen *erga omnes*, also gegenüber sämtlichen Völkerrechtssubjekten, wirksamen Rechtsstatus des Gebietes begründen sollen. Dazu grundlegend Klein, *Statusverträge im Völkerrecht*, 1980, 23 ff.

39 *Antarctic Treaty* vom 1.12.1959 (Inkrafttreten am 23.6.1961), 402 UNTS 71.

40 Vgl. Krüger, *Anwendbarkeit von Umweltschutzverträgen in der Antarktis*, 2000, 32 ff mwN; Vukas, *UNCLOS and the Polar Marine Environment*, in Vidas (Hrsg.), *Protecting the Polar Marine Environment*, 2000, 34 ff.

41 Wolfrum, *Die Internationalisierung staatsfreier Räume*, 1984, 58; Sahurie, *The International Law of Antarctica*, 1992, 547.

42 Vgl. beispielsweise Marcoux, *Natural Resource Jurisdiction on the Antarctic Continental Margin*, (1971) 11 *Va.J.Int'l L.*, 374, 403 und Joyner, *The Antarctic Treaty System and the Law of the Sea – Competing Regimes in Southern Ocean?*, (1995) 10 *IJMCL*, 301, 309.

43 „The rights of the coastal State over the continental shelf do not

depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation.“

44 Internationaler Gerichtshof (IGH), *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), ICJ (1969) Reports 3.

45 Siehe oben Fn 5.

46 Carroll, *Of Icebergs, Oil Wells, and Treaties*, (1983) 19 *Stan.J.Int'l L.*, 207, 223; Nussbaum, *Legal Status of Antarctic Off-Shore Areas*, *ASOLP Occ. P.*, 1993, 15; Rothwell, *The Polar Regions and the Development of International Law*, 1994, 201.

47 Vgl. Krüger, *Anwendbarkeit von Umweltschutzverträgen in der Antarktis*, 2000, 47 mwN. Nach dieser Ansicht hindert Art 4 AV die Vertragsparteien nur, ihre Hoheitsrechte geltend zu machen, soweit sich diese Einschränkung aus anderen Artikeln des Antarktisvertrages ergibt (vgl. Art 2 (Sicherung der Forschungsfreiheit) und Art 5 (Verbot von Kernexplosionen und der Beseitigung radioaktiven Abfalls)). Zulässig ist dagegen die Ausübung von Hoheitsrechten dann, wenn nicht in die vom Antarktisvertrag geschützten Positionen anderer Staaten eingegriffen wird.

*heritage of mankind* derogieren könne. Das Gebiet (also der Tiefseeboden und seine Ressourcen, „*the Area*“, das als gemeinsames Erbe der Menschheit gilt, erstreckte sich auch auf den antarktischen Festlandsockel.<sup>48</sup> Gegen diese Auffassung ist jedoch einzuwenden, dass aus Art. 5 der Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities (CRAMRA)<sup>49</sup> im Rahmen des vorrangigen Antarktisvertragsregimes folgt, dass nur der Tiefseeboden in der Antarktis, nicht aber der antarktische Festlandsockel dem Tiefseebodenregime des Seerechtsübereinkommens unterfällt.<sup>50</sup> Art. 5 CRAMRA definiert die äußere Begrenzung des geologischen Festlandsockels in Übereinstimmung mit dem Seerechtsübereinkommen und schließt ausdrücklich den (geologischen) Festlandsockel bis zum Tiefseeboden mit ein. An der übereinstimmenden Praxis der Vertragsstaaten des Antarktisvertrages und der Signalwirkung dieser Vorschrift ändert auch das Scheitern der CRAMRA nichts.<sup>51</sup>

Eine vierte Ansicht führt an, alle Konsultativparteien seien gemeinsam als Sachwalter zur Ausübung der Hoheitsrechte bezüglich des Festlandsockels berechtigt; dies gelte zumindest, solange Forschung und Umweltschutz die Hauptwidmungen der Antarktis seien.<sup>52</sup>

## 2. Bewertung und praktische Bedeutung

Während die dritte Ansicht aus den genannten Gründen völkerrechtlich nicht überzeugt, stützen sich sowohl die erste als auch die zweite Ansicht völkerrechtlich auf gute Gründe. Folgt man der zweitgenannten Ansicht, können die *claimant states* individuell ihre Ansprüche geltend machen; die Anträge Argentiniens, Norwegens und Australiens, die wegen der unklaren rechtlichen Situation in Bezug auf den arktischen Festlandsockel auf Veranlassung der Antragsteller zunächst nicht bearbeitet werden, könnten also durch die Festlandsockelkommission beschieden werden. Hinsichtlich der daraus resultierenden Rechte am Festlandsockel wären jedoch Modifikati-

onen durch das Antarktisvertragssystem zu beachten, insbesondere das Bergbauverbot aus Art. 7 des Umweltschutzprotokolls zum Antarktisvertrag.<sup>53</sup>

Dem Sinn und Zweck des Antarktisvertrages entspricht es jedoch, eine unilaterale Ausübung von Hoheitsrechten an der Antarktis zu vermeiden, ohne die Anspruchserhebungen der *claimant states* endgültig zu vereiteln. Diesem Sinn entspricht die vierte Ansicht am besten. Für sie spricht zudem, dass der Ursprung des Festlandsockelprinzips die geologisch-geographische Verbindung mit dem Land und nicht, wie es die zweite Ansicht annimmt, die Begründung territorialer Souveränität ist. Die Rechtsnatur der Hoheitsrechte am Festlandsockel erfordert daher gerade *nicht* die Zuordnung zu einem Völkerrechtssubjekt mit Staatsqualität. Eine Modifizierung des Festlandsockelkonzepts des Seerechtsübereinkommens<sup>54</sup> zugunsten eines *Kondominiums sui generis* ist somit zulässig.<sup>55</sup> Nach dieser Lösung kann die kollektive Geltendmachung der Grenzen des antarktischen Festlandsockels durch alle Konsultativparteien des Antarktisvertrages auch gemeinsam erfolgen. Dann wäre ein antarktischer Festlandsockel vorhanden, der einer „joint jurisdiction“ unterläge.<sup>56</sup>

Die Zurückhaltung bei der Geltendmachung von Ansprüchen auf den antarktischen Festlandsockel und die Ankündigung der Staaten, die solche Anträge gestellt haben, dass diese für die Geltungsdauer des Antarktisvertrages ruhen sollten, sprechen dafür, dass auch die *claimant states* nicht davon ausgehen, dass sie nach der aktuellen Rechtslage Hoheitsrechte über den Festlandsockel der Antarktis ausüben dürfen.

Die gemeinsame Geltendmachung von Ausbeutungsrechten in Bezug auf den antarktischen Festlandsockel durch die Parteien des Antarktisvertrages ist angesichts des vorrangigen Ziels des Schutzes der Antarktis vor Umweltschädigungen jedoch nicht zu erwarten.

48 Vgl. *Infante*, Maritime Conventions in Antarctica, (1992) 35 GYIL, 249, 252; *Migliorino*, The new Law of the Sea and the Deep Seabed of the Antarctic Region, in Francioni/Scovazzi (Hrsg.), International Law for Antarctica (1987), 381, 388 und *Joyner* (1992), 131.

49 Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities vom 2.6.1988 (nicht in Kraft getreten), (1988) 27 ILM 868.

50 *Wolfrum*, The Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities, 1991, 33.

51 *Krüger*, Anwendbarkeit von Umweltschutzverträgen in der Antarktis, 2000, 168; anderer Ansicht *Joyner*, The Antarctic Treaty System and the Law of the Sea – Competing Regimes in Southern Ocean?, (1995) 10 IJMCL, 301, 325.

52 *Wolfrum*, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, 1984, 96 ff; *Krüger*, Anwendbarkeit von Umweltschutzverträgen in der Antarktis, 2000, 166.

53 Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty vom 04.10.1991 (Inkrafttreten am 14.1.1998), (1991) 30 ILM 1455.

54 Das Seerechtsübereinkommen leitet die Hoheitsrechte über den Festlandsockel – wie oben dargelegt – dem Wortlaut zufolge grundsätzlich von der küstenstaatlichen Souveränität ab.

55 So auch *Nussbaum*, Rohstoffgewinnung in der Antarktis, 1985, 192.

56 *Krüger*, Anwendbarkeit von Umweltschutzverträgen in der Antarktis, 2000, 170.

### V. Sonderfall: Das Rechtsregime des Festlandsockels der Inseln nördlich des Antarktisgebietes

Da der Antarktisvertrag nach seinem Art. 6 nur für das Gebiet südlich von 60° S gilt, folgt die rechtliche Zuordnung der Festlandsockelzonen, die zu den Inseln nördlich von 60° S gehören (wie z.B. den australischen Macquarie-, Heard- und McDonald-Inseln) den allgemeinen Regeln in Art. 76 SRÜ.

Reicht einer dieser Festlandsockel von außen in das Gebiet des Antarktisvertrages hinein, so bestimmen sich die küstenstaatlichen Ansprüche auf den Festlandsockel zunächst allein nach dem Rechtsregime des Seerechtsübereinkommens, wie es oben dargestellt wurde. Art. 4 AV ist hier als speziellere, verdrängende Norm nicht anwendbar. Die Festlandsockelzonen stellen keine „neuen Ansprüche oder Erweiterungen bestehender Ansprüche auf Gebietshoheit in der Antarktis“ dar, sondern sind – ohne ein weiteres Tun der Staaten – Folge der küstenstaatlichen Souveränität über die Inseln.

Unklar ist aber, ob die Bestimmungen des Antarktisvertragssystems das Nutzungsregime des Festlandso-

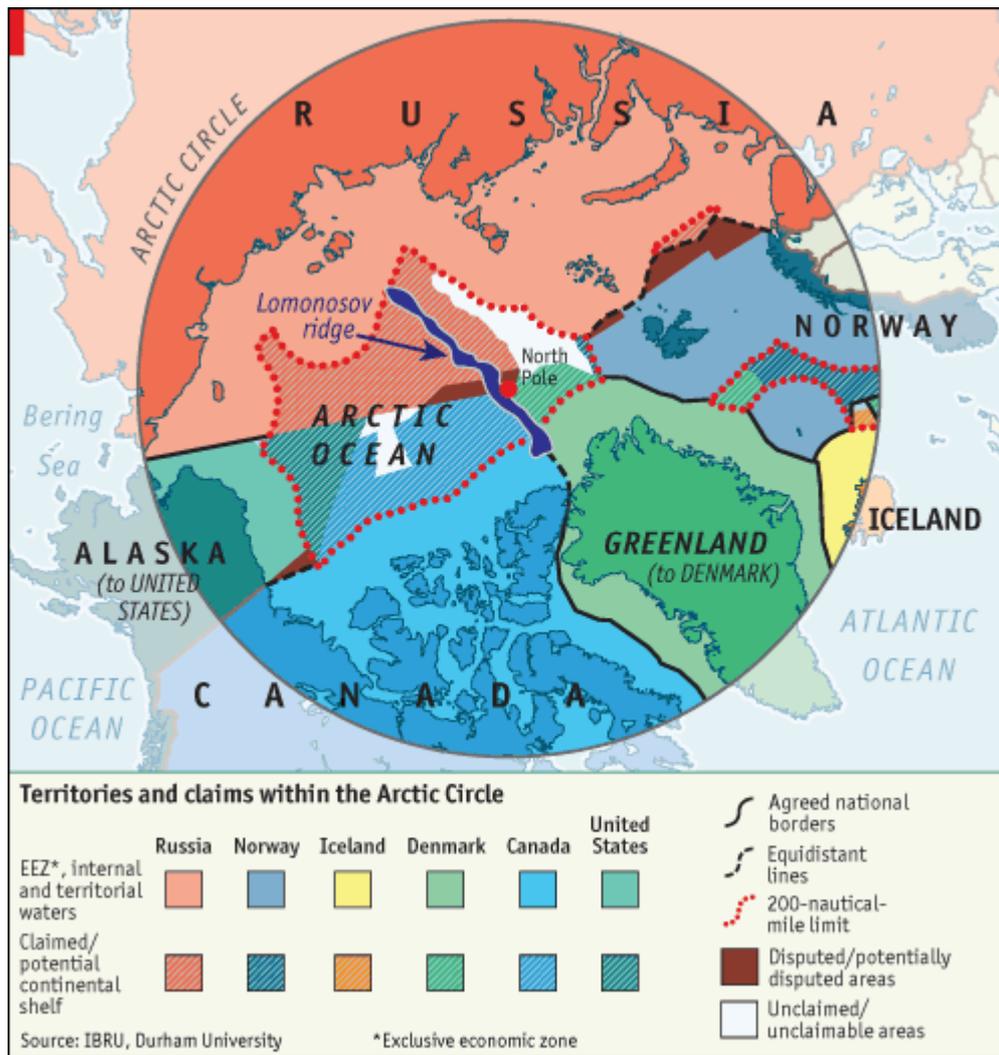
ckels für die Küstenstaaten modifizieren. Art. 7 des Umweltschutzprotokolls zum Antarktisvertrag, der ein grundsätzliches Verbot von nicht forschungsbezogenen Aktivitäten in Bezug auf mineralische Bodenschätze in der Arktis verankert, scheint eine solche Modifikation vorzunehmen. Der *Final Act* der Staatenkonferenz zur Vorgängerkonvention CRAMRA schließt jedoch die küstenstaatlichen Rechte in Bezug auf die nördlich des Vertragsgebiets gelegenen Inseln ausdrücklich vom Regelungsbereich der ressourcenbezogenen Vorschriften aus.<sup>57</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass für diese Inseln das Nutzungsregime des Seerechtsübereinkommens gilt.<sup>58</sup>

Silja Vöneky ist Professorin an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Direktorin des Instituts für Öffentliches Recht, Abteilung 2: Völkerrecht und Rechtsvergleichung sowie Mitglied des Deutschen Ethikrates. Anja Höfelmeier ist wissenschaftliche Mitarbeiterin des Instituts.

57 Final Act of the Fourth Special Antarctic Treaty Consultative Meeting on Antarctic Mineral Resources, 02.06.1988, (1988) 27 ILM 859, 866. Vgl zudem Art. 5 CRAMRA; dazu *Wolfrum*, The Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities, 1991, 32 f, 105.

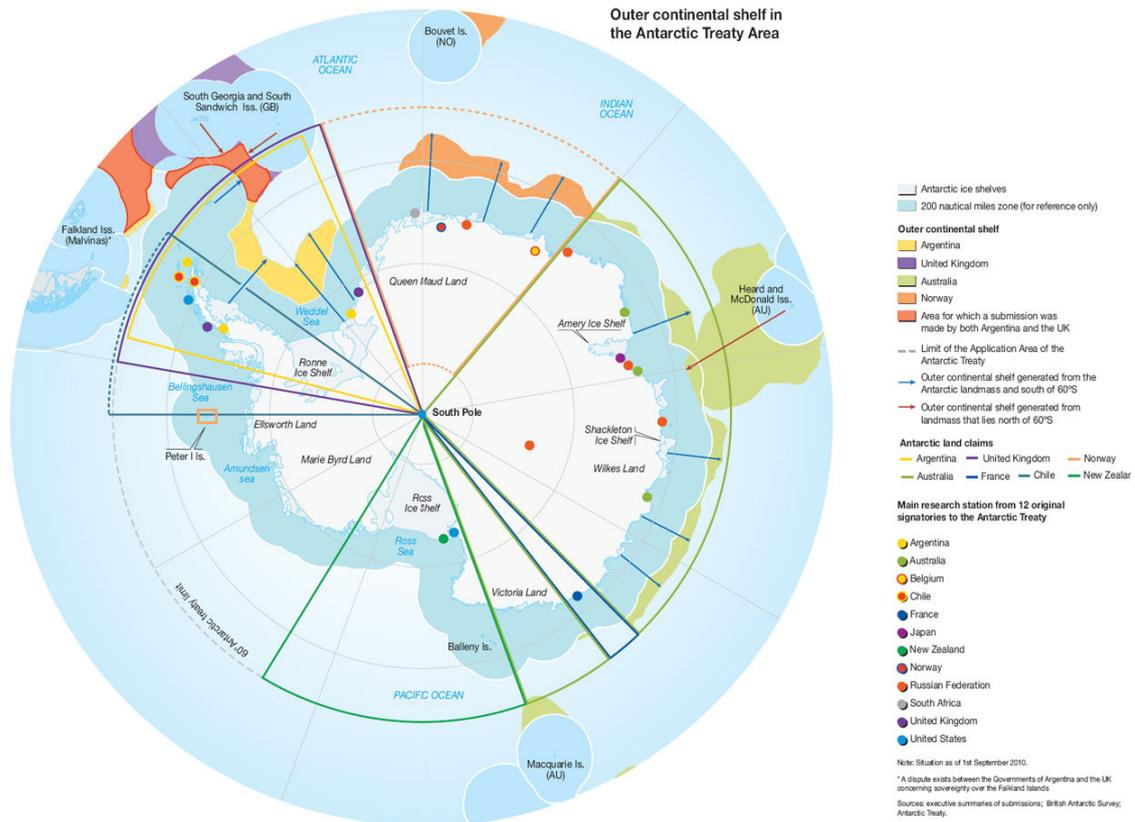
58 So auch *Hemmings/Stephens*, Australia's Extended Continental Shelf: What Implications for Antarctica?, (2009) 20 Public Law Review, 9 ff.

Anhang I: Festlandsockelgebiete in der Arktis



Quelle: <http://www.economist.com/node/13649265>

Anhang II: Festlandsockelgebiete und geltend gemachte Ansprüche in der Antarktis



Quelle: <http://www.grida.no/graphic.aspx?f=pubs/shelf/fig-14.jpg>

# Max-Emanuel Geis

## Franchising-Modelle im Recht der Mediziner Ausbildung

### ÜBERSICHT

#### I. Einführung in die Problematik

1. Franchising – Eine Begriffsklärung
2. Die EU-Berufsanerkennungsrichtlinie (25/2006/EG) i.d.F. der RL 2013/55/EU

#### II. Rahmenbedingungen des innerstaatlichen deutschen Rechts für Reichweite der Kooperationsmöglichkeiten inländischer klinischer Einrichtungen

1. Zur Frage der Geltung inländischen Rechts
2. Rechtliche Bindungen für Kooperationspartner und Aufsicht
  - a) Die Eröffnung eines Prüfraumes
  - b) Bindungen für Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform
    - aa) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
    - bb) Erfordernis der Wissenschaftlichkeit der Lehre
    - cc) „unter Aufsicht einer Universität“
    - dd) Stellung von außerplanmäßigen Professorinnen/Professoren
  - c) Bindungen für Krankenhäuser öffentlicher Träger in privater Rechtsform
  - d) Bindungen für Krankenhäuser in privater Trägerschaft

#### III. Fazit

### I. Einführung in die Problematik\*

#### 1. „Franchising-Modell“ – eine Begriffsklärung

Der Begriff des Franchising ist bislang eher aus dem Zivilrecht bekannt: Nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem in den Vereinigten Staaten entwickelt und seit den 70er Jahren auch in Europa stark verbreitet,<sup>1</sup> bezeichnet er eine Form des Konzessions(ver)kaufs, mit der ein Franchisegeber einem Franchisenehmer die Nutzung eines bestimmten Geschäftsmodells einschließlich Warenzeichen, Geschmacksmustern oder Marken als selbständigem Unternehmer gegen Entgelt zur Verfügung stellt (meist

in umfangreichen „Leistungspaketen“). Im Kontext dieses Sammelbegriffs ist die Bandbreite der verschiedenen Konzepte erheblich.<sup>2</sup> Im Öffentlichen Recht ist seine Verwendung vergleichsweise neu: Im Bildungsbereich wird er als Kooperation zur Durchführung eines Studienprogramms oder eines Teils davon durch einen Hochschulpartner oder einen außerhochschulischen Partner verstanden, während der wissenschaftliche Grad von der Hochschule selbst verliehen wird (sog. „Academic Franchising“).<sup>3</sup> Dieses Modell, das etwa in Großbritannien schon seit über zehn Jahren praktiziert wird, hat sich in den letzten Jahren vor allem im Fachhochschulbereich etabliert,<sup>4</sup> weniger im Universitätsbereich wegen der höheren (und kostenträchtigeren) Anforderungen an die Wahrung der wissenschaftlichen Qualität und der damit verbundenen Infrastruktur. Etwas spezifizierter ist der Begriffsgebrauch in § 66 Abs. 5 HG NRW: Danach können Hochschulen in der Trägerschaft des Landes Bachelor- und Mastergrade verleihen, wenn eine andere Bildungseinrichtung auf die Hochschulprüfung in gleichwertiger Weise vorbereitet hat.

In den letzten Jahren entstanden an verschiedenen Klinik- bzw. Krankenhausstandorten in Deutschland Modelle einer eigenständigen Mediziner Ausbildung in Kooperation mit ausländischen Hochschulen. Ein Pilotprojekt war die Kooperation zwischen der Universität Groningen, NL, und der Universität Oldenburg sowie lokalen Kliniken. Es handelt sich zwar nicht um ein Franchising-Modell im o.g. Sinne, da hier im Rahmen der grenzüberschreitenden Kooperation ein innerstaatlicher Studiengang an der Universität Oldenburg selbst durchgeführt wird. Der Wissenschaftsrat hat jedoch in seiner Stellungnahme zum Gründungskonzept wichtige Aussagen getroffen, die auch für das „Academic Franchising“ von hoher Bedeutung sind.<sup>5</sup> Aktuelle Beispiele

\* Der Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das der Verfasser zusammen mit Prof. Dr. Kay Hailbronner (Universität Konstanz) für den Medizinischen Fakultätentag (MFT), Berlin, erstattet hat.

- 1 Erste Vorläufer wurden freilich schon im 19. Jahrhundert entwickelt.
- 2 Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strihn (Hrsg), *Handelsgesetzbuch*, 2. Aufl 2008, § 84 Rn 109; Harke, in: *MüKomm zum BGB*, 6. Aufl 2012, § 581 BGB, Rn 19 f; Giesler/Nauschütt (Hrsg): *Franchiserecht*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand, Neuwied 2007.
- 3 Vgl HRK, *Franchising von Studiengängen*. Empfehlung der 15. Mitgliederversammlung der Hochschulrektorenkonferenz Karlsruhe, 19.11.2013; *Leusing*, „McUniversity“: Innerstaatliches Academic Franchising (AF) deutscher Hochschulen. Eine public-private-Perspektive, *Diss Univ Flensburg*, 2012.

- 4 Vgl Hauser, *Franchising im Fachhochschulbereich*, *zFhr* 2013, S 13 ff; auch die Kooperation zwischen den Berufsakademien in Baden-Württemberg und Wirtschaftsunternehmen („LIDL-Bachelor“) bzw andere Formen der Dualen Hochschule sind hier anzusiedeln.
- 5 *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Gründung einer Universitätsmedizin an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg nach dem Konzept einer European Medical School Oldenburg-Groningen“ v 12.11.2010 (Drs 10345-10).

von Franchising-Modellen sind der *Asklepios Campus Hamburg* (Kooperation zwischen der ungarischen Semmelweis Universität Budapest und den Asklepios Kliniken GmbH, Hamburg) und die *Kassel School of Medicine* (Kooperation zwischen der Universität Southampton, UK, und der Gesundheit Nordhessen Holding AG) – die Neigung zu solchen Kooperationen ist steigend. Neues Projekt ist die Errichtung einer Medical School Nürnberg durch die private Paracelsus Medizinische Universität Salzburg (PMU) und das Klinikum Nürnberg als Kommunalunternehmen nach Art. 89 BayGO (Anstalt des öffentlichen Rechts).<sup>6</sup>

Diese Kooperationsmodelle sind dadurch gekennzeichnet, dass sie den ersten Teil des medizinischen Studiums („Vorklinikum“ bzw. „Physikum“) entweder im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der ausländischen Partneruniversität ansiedeln, oder durch Kooperationen mit inländischen Hochschulen abdecken,<sup>7</sup> den zweiten Teil (Klinikum) dagegen (fast) ausschließlich an den kooperierenden Krankenhäusern im Wege des sog. „bedside-teaching“ durchführen. Da solche Studiengänge rechtlich als im Ausland durchgeführt gelten, unterliegen sie nicht dem deutschen Zulassungsrecht, insb. keinen innerstaatlichen NC-Restriktionen, was sie vor allem in den medizinischen Fächern attraktiv macht. Im Gegenzug fallen dafür in der Regel Studiengebühren im fünfstelligen Bereich an, die aber – nach anglo-amerikanischem Vorbild – durch die Möglichkeit von Stipendien abgemildert werden (sollen).

In dem jetzt vorgestellten Konzept in Nürnberg<sup>8</sup> übernehmen die klinische Ausbildung Ärztinnen und Ärzte des kommunalen Klinikums Nürnberg, das mit 39 Fachkliniken und Instituten die meisten Fachgebiete abdeckt. Anatomie und Physiologie sollen Dozenten aus Filialinstituten lehren, die die Paracelsus Medizinische Universität Salzburg in Nürnberg gründet. Die naturwissenschaftlichen Fächer des Vorklinikums werden durch die Technische Hochschule Georg-Simon-Ohm (Fachhochschule) beigesteuert. Auch niedergelassene Ärzte oder Freiberufler sollen Lehraufträge erhalten.<sup>9</sup>

## 2. Die EU-Berufsanerkennungsrichtlinie (25/2006/EG) i.d.F. der RL 2013/55/EU

Rechtliche Voraussetzung dieser Modelle war die EU-Berufsanerkennungsrichtlinie vom 7. 9. 2005 (ABl. EU, I 255/22) die die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 S. 2

AEUV in Bezug auf Tochterunternehmen ausländischer Bildungseinrichtungen anwendet. Ihr wichtigster Inhalt ist die Einrichtung der gegenseitigen automatischen Anerkennung von Ausbildungszeugnissen anderer Mitgliedstaaten: Beziehen sich Ausbildungsnachweise nach Artikel 3 Absatz Buchstabe c der Richtlinie, die von der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates ausgestellt wurden, auf eine Ausbildung, die ganz oder teilweise in einer rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates niedergelassenen Einrichtung absolviert wurde, so kann der Aufnahmemitgliedstaat bei berechtigten Zweifeln bei der zuständigen Stelle des Ausstellungsmitgliedstaats (nur) überprüfen,

- ob der Ausbildungsgang in der betreffenden Einrichtung von der Ausbildungseinrichtung des Ausstellungsmitgliedstaats offiziell bescheinigt worden ist;
- ob der ausgestellte Ausbildungsnachweis dem entspricht, der verliehen worden wäre, wenn der Ausbildungsgang vollständig im Ausstellungsmitgliedstaat absolviert worden wäre, und
- ob mit dem Ausbildungsnachweis im Hoheitsgebiet des Ausstellungsmitgliedstaats dieselben beruflichen Rechte verliehen werden.

Eine weitergehende inhaltliche Prüfung, etwa hinsichtlich der Studieninhalte oder der Stoffaufteilung ist nicht zulässig. Insbesondere ist eine Nichtanerkennung von Diplomen durch die Behörden des aufnehmenden Staates aufgrund von Zweifeln an der Qualität der Ausbildung ausgeschlossen, sofern der betreffende Studiengang im Herkunftsland akkreditiert oder anderweitig staatlich anerkannt ist. Mit der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie RL 2005/36/EG in den Mitgliedstaaten wurde daher auch im Medizinbereich die grenzüberschreitende Tätigkeit ausländischer Universitäten wesentlich vereinfacht. Welche Ausbildungszeugnisse der einzelnen Mitgliedstaaten dem unter den genannten Mechanismus fallen, ist in der Anlage V der Richtlinie aufgelistet. Die Liste ist freilich konstitutiv; nicht aufgeführte Ausbildungsnachweise fallen nicht unter den Automatismus, mögen sie auch in einem Studiengang verliehen sein, der inhaltlich vergleichbare Inhalte und Anforderungen aufweist.

6 Presseerklärung der PMU v 28.1.2014, siehe <http://www.pmu.ac.at/news/article/gruenes-licht-fuer-den-standort-nuernberg-der-paracelsus-medizinischen-privatuniversitaet.html>.

7 Im Falle der Medical School Nürnberg ist geplant, die Ausbildung in den vorklinischen Fächern durch eine Kooperation mit der Technischen Hochschule Georg-Simon-Ohm Nürnberg (Fach-

hochschule) mit abzudecken.

8 Vgl Fn 6.

9 Vgl Nürnberger Nachrichten v 29.01.2014, S 9; vgl auch den Artikel „Ärzte ohne Grenzen“ vom 4.3. 2014 (<http://www.sueddeutsche.de/bayern/medizinstudium-in-nuernberg-aerzte-ohne-grenzen-1.1903441>).

Da dieser Automatismus in verschiedenen Mitgliedsstaaten gleichwohl mehrfach unterlaufen wurde, erarbeitete eine 2007 von der EU-Kommission eingesetzte Koordinationsgruppe<sup>10</sup> 2009 einen zwar rechtlich nicht verbindlichen, aber in der Praxis gegenseitig einzuhaltenden Verhaltenskodex, mit dem bestimmte durchgeführte Nachprüfungen in die Kategorien „Optimales Verfahren“, „akzeptable Praxis“ und „inakzeptable Praxis“ eingeteilt wurden. Danach ist eine inhaltliche Überprüfung der Qualifikationen im Falle der automatischen Anerkennung reglementierter Berufe, namentlich auch solcher im Gesundheitswesen, keine akzeptable Praxis.

Nach der ursprünglichen Fassung der Richtlinie hatte ein Studium ein sechsjähriges Studium mit mindestens 5500 Stunden Lehrveranstaltungen zu umfassen. Dabei war allerdings umstritten, ob die beiden Voraussetzungen kumulativ oder nur alternativ vorliegen müssen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BÄO, der Art. 24 der RL 2005/36/EG umgesetzt hatte, erfordert die Mediziner Ausbildung durch ein Studium „an einer wissenschaftlichen Hochschule von mindestens sechs Jahren, von denen mindestens acht, höchstens zwölf Monate auf eine praktische Ausbildung oder geeigneten Einrichtungen der ärztlichen Krankenversorgung entfallen müssen.“

Seit Anfang 2014 stellt allerdings die Novellierung des Art. 24 Abs. 2 EU-Berufsanerkennungsrichtlinie vom 20.11.2013 klar, dass die ärztliche Grundausbildung „mindestens fünf Jahre (zuvor sechs, d.V.) und kumulativ mindestens 5500 Stunden theoretische und praktische Ausbildung an einer Universität bzw. unter Aufsicht einer Universität“ umfasst.<sup>11</sup> Sie entscheidet damit einen Auslegungstreit, ob die Jahres und Stundenzahl kumulativ oder alternativ zu lesen seien. Die aktuelle deutsche Rechtslage in § 3 Abs. 1 BÄO geht noch von einer Ausbildung kumulativ von mindestens sechs Jahren und mindestens 5500 Unterrichtsstunden aus. Als EU-Richtlinie beansprucht die Novelle allerdings bekanntermaßen keine unmittelbare Geltung, sondern muss vom nationalen Gesetzgeber gem. Art. 3 Abs. 1 bis zum 18. Januar 2016 umgesetzt werden. Bis dahin gilt im Inland § 3 Abs. 1 BÄO als geltendes Recht fort.

Die Hochschulgesetze der meisten Bundesländer haben in den letzten Jahren entsprechende „Öffnungsklauseln“ aufgenommen, die die Errichtung von Tochter-Hochschulen aus EU-Mitgliedstaaten mit Studiengängen nach ausländischem Recht im Rahmen der Anerkennung von nichtstaatlichen Hochschulen privilegieren.<sup>12</sup> Allerdings regeln diese in aller Regel nur die Niederlassung ausländischer Hochschulen, aber nicht die Beteiligung anderer Einrichtungen.

## II. Rahmenbedingungen des innerstaatlichen deutschen Rechts für die Reichweite der Kooperationsmöglichkeiten inländischer klinischer Einrichtungen

### 1. Zur Frage der Geltung inländischen Rechts

Die Berufsanerkennungsrichtlinie resp. ihre nationalstaatlichen Umsetzungen<sup>13</sup> gestatten zwar die erleichterte Errichtung von Zweigniederlassungen ausländischer Hochschulen. Sie regeln allerdings nicht die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Kooperationen zwischen ausländischen Hochschulen und inländischen Krankenhäusern nach dem „Franchising-Modell“ zulässig sind. Insbesondere entbinden sie nicht von der Prüfung der Frage, welchen rechtlichen Bindungen Kooperationspartner *im Inland* unterworfen sind, bzw. welche Mindestanforderungen einer wissenschaftlichen Mediziner Ausbildung insoweit zu beachten sind. Weder die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) noch das Diskriminierungsverbot Art. 18 AEUV) noch die RL 2005/36/EG, schließlich auch nicht die einschlägige EuGH-Rechtsprechung<sup>14</sup> schaffen insofern einen quasi rechtsfreien Raum im Aufnahmestaat derart, dass inländische Kliniken oder Krankenhäuser damit ohne weiteres an Ausbildungen „nach ausländischem Recht“ mitwirken können, ohne das deutsche öffentliche Recht beachten zu müssen und ohne einer innerstaatlichen Aufsicht zu unterliegen. Es gilt insoweit nichts anderes wie auch im Allgemeinen innereuropäischen Rechtsverkehr. So hat etwa die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zwar die Zulässigkeit der Teilnahme ausländischer Gesellschaftsformen wie insb. der Ltd., der S.A.R.L. und der

10 Beschluss der Kommission vom 19. März 2007 zur Einsetzung einer Koordinatorengruppe auf dem Gebiet der Anerkennung der Berufsqualifikationen (2007/172/EG), ABl L 79/38.

11 2013/55/EU, Nr 18.

12 So zB Art 86 BayHSchG, § 75 Abs 2 HG NRW; § 70 Abs 1 S 5 LHG BW; § 72 Abs 1 LHG BW; § 124a BerlHG; § 112 Abs 2 BremHG; § 91 Abs 7 HHG; § 108 Abs 3 LHG M-V; § 64 NHG; § 117 HochSchG RP. Keine Sonderregeln für Niederlassung von

EU-Mitgliedstaaten weisen – soweit ersichtlich – § 114 HambHG; § 76 HSG SH und § 101 ThürHG auf.

13 Für Deutschland durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen der Heilberufe v 2.12.2007 (BGBl I, 2686).

14 Etwa Urteil v 19.6.2003, Rs C-110/01 – „*Tennah Durez*“ – und Urteil v 13.11.2003, Rs C-153/02 – „*Valentina Neri*“.

BV am deutschen Rechtsverkehr aus der Niederlassungsfreiheit abgeleitet;<sup>15</sup> das bedeutet aber keinesfalls, dass sich entsprechende Zweigniederlassungen in einem quasi rechtsfreien Raum bewegen, sondern dem bürgerlich-rechtlichen, handelsrechtlichen, steuerrechtlichen etc. Rechtsregime des aufnehmenden Staates unterworfen sind, nicht etwa nur dem des ursprünglichen Sitzstaates.<sup>16</sup> Die Zweigniederlassung kann also nicht etwa das Rechtsregime des ausländischen Staates in toto „mitnehmen“.<sup>17</sup> Dementsprechend scheiden auch die inländischen Kooperationspartner nicht einfach aus dem Geltungsbereich des deutschen Rechts aus, wenn sie die Kooperation vertraglich begründen.

## 2. Rechtliche Bindungen für Kooperationspartner und Aufsicht

### a) Die Eröffnung eines Prüfraumes

Mit der Berufsanerkenntnisrichtlinie und ihren Folgen für die erleichterte Errichtung von Tochniederlassungen wird in aller Regel das Erfordernis der Anerkennung privater Hochschulen nach Art. 70 HRG modifiziert, wobei es unterschiedliche verwaltungsrechtliche Konstruktionen gibt: Zum Teil ist eine staatliche Anerkennung einer Zweigniederlassung im Inland teilweise entbehrlich, wenn die (Stamm-) Hochschulen im Herkunftsstaat staatlich anerkannt sind, ausschließlich Hochschulqualifikationen ihres Herkunftsstaates vermitteln, ausschließlich ihre im Herkunftsstaat anerkannten Grade verleihen und die Qualitätskontrolle durch das Sitzland gewährleistet ist. Teilweise ist die Genehmigung zu erteilen, wenn diese Bedingungen (und nur diese!) erfüllt sind, teilweise gelten sie kraft Gesetzes anerkannt, teilweise kann das zuständige Wissenschaftsministerium auf Antrag einen feststellenden Verwaltungsakt erlassen, dass diese Bedingungen vorliegen.<sup>18</sup>

Allerdings gelten alle diese Vorschriften wie erwähnt nicht automatisch auch für Kooperationen von Hochschulen mit Einrichtungen anderer Rechtsträger in anderen Mitgliedstaaten (namentlich Krankenhäusern), die i. S. von Art. 24 Abs. 2 RL 2005/36/EG „unter Auf-

sicht“ der Universitäten Teile der Ausbildung übernehmen sollen.

Die Anforderungen an eine wissenschaftliche medizinische Lehre sind in Deutschland durch die Bundesärzteordnung (BÄO) und die Approbationsordnung für Ärzte (ÄApprO) geregelt. Nach § 1 Abs. 1 ÄApprO muss die Lehre auf dem aktuellen Stand der Forschung basieren. Ob die Voraussetzung einer Anerkennung vorliegt, ist in fast allen Bundesländern – auf unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen – von einer positiven Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat abhängig.<sup>19</sup>

Unmittelbar auf Kooperationen gehen – soweit ersichtlich – nur § 81 Abs. 4 BbgHG und § 124a Abs. 1 S. 3 BerlHG (letzterer allerdings nur, indem er insoweit die alleinige Verantwortlichkeit der Hochschule hervorhebt) ein. Nach § 81 Abs. 4 BbgHG *kann* Einrichtungen, die keine Niederlassungen von Hochschulen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind, gestattet werden, aufgrund von Kooperationen mit solchen Hochschulstudiengängen durchzuführen, wenn

1. nur Studienbewerber angenommen werden, die die Voraussetzungen für eine Aufnahme in eine entsprechende staatliche Hochschule erfüllen,
2. das Studienangebot durch eine anerkannte Akkreditierungseinrichtung akkreditiert worden ist und
3. die Kontrolle der den Hochschulgrad verleihenden Hochschule über den Verlauf des Studiums und die Erbringung der erforderlichen Studien- und Prüfungsleistungen gesichert ist.

An dieser Regelung ist ein Zweifaches bemerkenswert: Zum ersten handelt es sich um eine Ermessensvorschrift; der Gesetzgeber dehnt also den Anerkennungsautomatismus bei „reinen“ Zweigniederlassungen nicht gleichzeitig auf Kooperationen mit inländischen Einrichtungen (Krankenhäusern) aus. Vielmehr räumt die Vorschrift dem Ministerium eine eigene Prüfungs-kompetenz dafür ein, ob die Voraussetzungen einer Anerkennung erfüllt sind oder der Antrag wegen Fehlens einer Voraussetzung zu versagen ist.<sup>20</sup> Das Ministerium

15 EuGH, Urteil v 9.3.1999, Rs C-212/97 - *Centros*; EuGH, Urteil v 5.11.2002, Rs C-208/00 - *Überseering*; EuGH, Urteil v 30.9.2003, Rs C-167/01 - *Inspire Art*; EuGH, Urteil v 13.12.2005, Rs C-411/03 - *SEVIC Systems*; EuGH, Urteil v 28.2. 2008, Rs C-293/06 - *Deutsche Shell*.

16 So im Ergebnis zB das Studium an der Asklepios Hochschule Hamburg, das sich lt eigener Angabe am ungarischen Curriculum orientiert, „das für seine praxisnahe Wissensvermittlung bekannt

ist.“ (vgl [http://www.asklepios.com/ams\\_Ueber-unSAsklepios](http://www.asklepios.com/ams_Ueber-unSAsklepios) Stand v 8.12.2013).

17 Vgl auch EuGH Große Kammer, Urteil v 16.12.2008, Rs C-210/06 - *Cartesio*.

18 So etwa Art 86 Abs 1 BayHSchG.

19 Vgl etwa § 70 Abs 1 S 6 LHG BW.

20 So auch *Topel/Peine*, in: Knopp/Peine (Hrsg), Brandenburgisches Hochschulgesetz, 2. Aufl 2012, § 81 Rn 34.

hat also nach wie vor selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen der BÄO und der ÄApprO hinsichtlich der kooperierenden Einrichtung erfüllt sind. Liegen sie nicht vor, hat das Ministerium einen Antrag auf Anerkennung abzulehnen.<sup>21</sup>

Zum zweiten hat nach dem brandenburgischen Recht das Ministerium die Pflicht, das Votum einer *anerkannten Akkreditierungseinrichtung* einzuholen; dies kann entweder der Wissenschaftsrat (Akkreditierungsausschuss für die institutionelle Akkreditierung) oder eine durch den Akkreditierungsrat ihrerseits akkreditierte Akkreditierungsagentur (für Programm- oder Studiengangskkreditierung) sein.<sup>22</sup> Jedenfalls handelt es sich um eine dem Sinn und Zweck nach eine *Akkreditierung im Inland*; dies ergibt ein kontrastiver Vergleich mit § 81 Abs. 3 BbgHG, der für „reine“ Zweigniederlassungen die Anerkennung (und gegebenenfalls Akkreditierung) im Sitzstaat genügen lässt. Fazit ist: Bei Kooperationen mit inländischen Einrichtungen ist der zuständigen Behörde eine inhaltliche Kontrolle nicht verwehrt, da sich der Automatismus der Berufsanerkennungsrichtlinie nicht auf diese erstreckt. Diese Ratio ist auf die Rechtslage in den anderen Bundesländern übertragbar.

Einen ähnlichen Regelungsinhalt hat die erwähnte Feststellung nach Art. 86 BayHSchG: Danach kann das Staatsministerium die Berechtigung zur Durchführung von Hochschulstudiengängen und die Abnahme von Hochschulprüfungen unter der Verantwortung einer staatlichen Hochschule eines anderen Landes der Bundesrepublik Deutschland oder eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums sowie einer dort staatlich anerkannten Hochschule feststellen. Diese Norm folgt zu einen der Ratio, dass eine Anerkennung im Inland entfällt, wenn die Anerkennung bereits im Entsendestaat erfolgt ist, stellt also für die genannten Hochschulniederlassungen eine Privilegierung dar. Die Formulierung („kann“) räumt die Norm dem Ministerium ein Ermessen bei der Feststellung ein, ansonsten ergäbe die Norm keinen Sinn. Dies gilt jedenfalls für die Prüfung der Frage, ob der inländische Kooperationspartner die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Art. 86 Abs. 3 S. 2 BayHSchG ordnet an, dass die staatliche Aufsicht nach Art. 85 Abs. 1 S. 1 BayHSchG nicht etwa entfällt, sondern im Gegenteil in entsprechender Anwendung fort gilt; hierzu besteht auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht, worunter insbeson-

dere die Zugänglichmachung der entsprechenden Kooperationsverträge gehört. Dies steht auch im Einklang mit dem Zweck des Abs. 3, die Qualität der Ausbildung zu gewährleisten.<sup>23</sup> Auch Art. 86 BayHSchG ermöglicht also ein Prüfumfang wie § 81 Abs. 3 BbgHG.

Wird ein Teil der ausländisch geregelten Ausbildung an einem inländischen Krankenhaus erbracht werden, so ist – nach dem Vorbild der brandenburgischen Regelung, die insoweit beispielgebend ist – zu prüfen, unter welchen Bedingungen sich inländische Krankenhäuser an einer solchen Kooperation beteiligen dürfen. Dabei ist zwischen Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, Krankenhäuser öffentlicher (regelmäßig kommunaler) Träger in privater Rechtsform und Krankenhäusern privater Rechtsträger zu unterscheiden.

b) Bindungen für Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform

aa) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform sind in der Regel als Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts ausgestaltet. So besteht in Bayern (nach Art. 89 ff. BayGO, Art. 77 ff. BayLKrO, Art. 75 ff. BayBezO) in Nordrhein-Westfalen (nach § 114a GO NRW), in Mecklenburg-Vorpommern (§§ 70 ff. Kommunalverfassung M-V, G. v. 13.7.2011, GVOBl.M-V, 777), Sachsen-Anhalt (Gesetz über das kommunale Unternehmensrecht v. 3.4.2001, GVBl., S. 136) und Schleswig-Holstein (Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung v. 25.6.2002, GVOBl., S. 126) die Möglichkeit, kommunale Krankenhäuser als sog. Kommunalunternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des Öffentlichen Rechts zu führen.<sup>24</sup> Auch in Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Brandenburg besteht diese Möglichkeit, allerdings wird dort der Begriff „Kommunalunternehmen“ nicht gebraucht. Alternativ hierzu können Krankenhausträger auch Stiftungen des Öffentlichen Rechts sei.<sup>25</sup> In der Realität werden kommunale Krankenhäuser bislang überwiegend nur in Bayern als Kommunalunternehmen geführt.

Fraglich ist, ob das Betreiben einer universitären Mediziner Ausbildung unter die kommunale Selbstverwaltungsaufgabe des öffentlichen Unterrichts (hier: des tertiären Sektors) subsumiert werden kann. Dies ist nicht ganz eindeutig: So ordnet in Bayern Art. 138 Abs. 1 S. 1 BV

21 Topel/Peine (Fn 20), Rn 34.

22 Vgl Herrmann, in: Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 2. Aufl 2012, § 17 Rn 23.

23 Vgl GesE zum BayHSchG (LT-Drs 15/4396), Begründung zu Art 86, S 70.

24 Beispiele sind etwa in Bayern das Klinikum Nord Nürnberg und das Zentralklinikum Augsburg.

25 ZB die Sozialstiftung Bamberg, die Spitalstiftung Konstanz oder die Stiftungsklinik Weißenhorn.

an, dass die Errichtung und Verwaltung der Hochschulen Sache des Staates sei; gestattet aber in S. 3 auch sonstige Träger, wozu auch kommunale Träger gehören. Auch in anderen Bundesländern wird ganz überwiegend von der Zulässigkeit kommunal getragener Hochschulen ausgegangen. Freilich fällt ihr Betrieb dann auch unter das Institut der Kommunalaufsicht.<sup>26</sup> Freilich besteht der Clou der Franchising-Modelle gerade darin, den Automatismus der Berufsanerkennungsrichtlinie auszulösen und so mögliche innerstaatliche Einflüsse und Bindungen zu umgehen; diese orts- bzw. grenzübergreifende Kooperation ist also keineswegs nur „mitunter“ vorgesehen, sondern geradezu der eigentliche Zweck der Konstruktion.<sup>27</sup>

Dass Kommunen Bildungsanstalten des tertiären Sektors errichten können, ändert nichts daran, dass sie bei ihrer Errichtung den Grundsatz der *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* nach Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG als eine der zentralen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips zu beachten haben.<sup>28</sup> Beteiligen sich Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform an solchen Kooperationen – sei es als selbständige Kommunalunternehmen, sei es als „sonstige Anstalten des Öffentlichen Rechts“ – sind sie als Teil der Exekutive unmittelbar an die Bestimmungen des deutschen öffentlichen Rechts gebunden.<sup>29</sup>

Diese Verpflichtungswirkung begründet die Pflicht, die Anordnungen des Gesetzes zu befolgen (*Befolgungsgebot*) oder sonst in ihrer Wirksamkeit zu respektieren,<sup>30</sup> sowie das Verbot, von bestehenden Gesetzen abzuweichen (*Abweichungsverbot*).<sup>31</sup> Das Abweichungsverbot steht nicht nur einer Missachtung der Gesetze im Sinne eines frontalen Gesetzesverstößes, sondern auch deren Konterkarierung durch Interpretation *praeter legem* bzw. dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufende Umgehungsstrukturen entgegen.<sup>32</sup>

Für die Reichweite der Gesetzesbindung ist nach herrschender Auffassung der materielle Gesetzesbegriff maßgeblich, der auch Verordnungen umfasst.<sup>33</sup> Beteiligen sich (kommunale) Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform also im Wege einer Kooperation

an medizinischer Ausbildung, gelten für sie die Vorschriften der Bundesärzteordnung und der Approbationsordnung für Ärzte, die ihrerseits die Vorschriften der Europäischen Berufsanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) umgesetzt haben. Dabei gelten die BÄO und die ÄApprO direkt und uneingeschränkt, während die Europäische Berufsanerkennungsrichtlinie sich nur an den nationalen Normgeber richtet, der seiner Umsetzungspflicht durch das Gesetz v. 2.12.2007 (BGBl. I, 2686) nachgekommen ist. Die normative Wirkung der BÄO und der ÄApprO bleibt auch in Ansehung einer möglichen Novellierung der Richtlinie jedenfalls für die Dauer einer Umsetzungsfrist bestehen.

Damit darf ein Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, wenn es sich auf dem Gebiet der ärztlichen Ausbildung engagiert, keine vertraglichen Bindungen eingehen, die deutsches Recht umgehen, also insbesondere keine Kooperationsverträge eingehen, die mit den Anforderungen der BÄO und der ÄApprO nicht in Einklang stehen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein solcher Vertrag als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher zu qualifizieren ist. Kommt er mit einer anderen inländischen oder ausländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts zustande, dann handelt es sich in der Regel um einen koordinationsrechtlichen Vertrag i.S. der §§ 54 ff. VwVfG. In diesem Fall begründet § 54 S. 1 VwVfG („soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“) ein Regelungsinhaltsverbot, der die Vertragsfreiheit einschränkt, da der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung uneingeschränkt auch für verwaltungsrechtliche Verträge gilt.<sup>34</sup>

Ein solcher Vertrag wäre nach § 59 VwVfG nichtig, wenn die Vorschriften der BÄO und der ÄApprO als gesetzliches Verbot einer Umgehungsstruktur i.S. § 134 BGB zu interpretieren sind. In der verwaltungsrechtlichen Dogmatik besteht allerdings Einigkeit, dass nicht jeder „einfache“ Rechtsverstoß zu einer Nichtigkeit nach § 134 BGB führt; erforderlich ist vielmehr ein „qualifizierter“ Rechtsverstoß.<sup>35</sup>

26 Zur Problematik jetzt *Wollenschläger/Faber*, Kommunen als Träger von Hochschulen: die universitäre Medizinerbildung als neue Kommunalaufgabe, in: Jochum/Fritzemeyer/Kau (Hrsg), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers* Festschrift für Kay Hailbronner, 2013, S 811 (815 ff).

27 Anders aber *Wollenschläger/Faber*, aaO, S 821.

28 *Badura*, Staatsrecht, Rn D 54 f; *Schmidt-Aßmann*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, 3. Aufl § 26 Rn 61 ff.

29 Zu den Bindungen von Kommunalunternehmen vgl *Geis*, *Kommunalrecht*, 3. Aufl 2013, § 12 Rn 70.

30 *Sachs*, in: *ders* (Hrsg), *Grundgesetz*, 6. Aufl 2011, Art 20 Rn 110.

31 *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg), *Grundgesetz. Kommentar*, Band II, 2. Aufl 2006, Art 20 Rn 92 aE; *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd V, 2007, § 101 Rn 6.

32 Vgl dazu *Ossenbühl*, aaO, Rn 7.

33 *Stern*, *Staatsrecht I*, 2. Aufl 1984, S 803; *Sachs*, aaO, Rn 118.

34 *Henneke*, in: *Knack* (Hrsg), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl 2003, § 54 Rn 25; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 54 Rn 108.

35 *BVerwGE* 89, 7 (10); 92, 56 (63); 98, 58 (63); *DVBl.* 1990, 438 f; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, (Hrsg), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 59 Rn 50.

Die Dogmatik hat hierzu drei Voraussetzungen herausgearbeitet,<sup>36</sup> die kumulativ vorliegen müssen:

1. es muss ein Verstoß gegen eine zwingende Rechtsnorm vorliegen;
2. es muss der mit dem Verstoß (objektiv) erreichbare Rechtserfolg nach Wortlaut, Sinn und Zweck einer Rechtsnorm unbedingt ausgeschlossen sein;
3. es müssen durch den Vertrag öffentliche Belange oder Interessen von einigem Gewicht beeinträchtigt werden.

Nach dem Wortlaut und der Systematik der BÄO sind die Voraussetzungen einer Approbation zwingend geregelt und gestatten – gerade im Interesse der Volksgesundheit – keine Ausnahmen. Dies wird durch § 3 BÄO bestätigt. Die Frage, ob eine entsprechende Vereinbarung rechtswidrig ist, weil sie die Anforderungen der BÄO bzw. der Richtlinie 2005/36/EG nicht erfüllt, führt also nicht per se zur Nichtigkeit, sondern allenfalls zur Rechtswidrigkeit von Vertragspflichten, die seine Wirksamkeit grundsätzlich nicht berührt.<sup>37</sup>

In diesem Fall besteht jedoch die Möglichkeit einer Kündigung des Vertrages nach § 60 VwVfG oder, da es sich regelmäßig um ein Dauerschuldverhältnis handelt, nach § 62 VwVfG i.V.m. § 314 Abs. 1 BGB, aus wichtigem Grund. Letzterer besteht darin, dass ein Festhalten an einer Konstruktion, die mit den gesetzlichen Regelungen nicht in Einklang steht, unter dem Aspekt der Gesetzesbindung der Verwaltung nicht zumutbar ist. Hierauf muss die Trägerkommune, die ihrerseits an das Gesetzmäßigkeitsprinzip gebunden ist, hinwirken.

Handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag, so gelten die Ausführungen zu § 134 BB und zu § 314 Abs. 1 BGB im gleichen Sinne; die Verträge sind im Prinzip wirksam, die Kommune oder die Kommunalaufsicht muss aber auf eine Vertragskorrektur oder – aufhebung hinwirken.

#### bb) Erfordernis der Wissenschaftlichkeit der Lehre

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der in Teil II dargestellte – in § 3 Abs. 1 S. 2 und Abs. 6 BÄO – umgesetzte Automatismus der Europäischen Berufsanerkenntnisrichtlinie einen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger keinesfalls ermächtigt, die materiellen Anforderungen des geltenden nationalen Rechts zu unterlaufen. Denn dieser Automatismus fußt auf der Annahme

gegenseitigen Vertrauens, dass die zuständigen Mitgliedstaaten sorgfältig geprüft haben, dass ein entsprechendes Franchise-Modell den Vorgaben nach Art. 24 Abs. 2 EU-RL genügt.

Nach der derzeit geltenden Fassung § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BÄO ist formale Voraussetzung der Approbation ein Studium von mindestens sechs Jahren an einer wissenschaftlichen Hochschule, worin eine praktische Ausbildung von mindestens acht, höchstens zwölf Monaten in oder geeigneten Einrichtungen der ärztlichen Krankenversorgung enthalten sein muss. Nach dem klaren systematischen Zusammenhang wird also zwischen den „wissenschaftlichen“ und den „praktischen“ Anteilen getrennt; eine zeitliche Verschränkung und damit Unkenntlichmachung von „wissenschaftlichem“ und „praktischem“ Anteil verstößt gegen diese klare Systematik.

Was eine wissenschaftliche Ausbildung an einer Hochschule kennzeichnet, hat der Wissenschaftsrat in mehreren Dokumenten ausgeführt. Insbesondere ist es unabdingbar, dass die Lehre hinreichend forschungsorientiert ist. Dazu muss ein ausreichend breites Spektrum wissenschaftlicher Methoden vermittelt werden können.<sup>38</sup> Die derzeit gültige Fassung der Approbationsordnung für Ärzte sieht in § 27 Abs. 1 für den zweiten (klinischen) Abschnitt den Nachweis von Kenntnissen in 21 Pflichtfächern, einem Wahlfach sowie 14 Querschnittsbereichen vor. Bei ähnlicher Fächerverteilung hatte der Wissenschaftsrat im Jahre 2004 als Untergrenze zum Erhalt bzw. zur (Weiter-) Entwicklung einer wissenschaftsgeleiteten humanmedizinischen Lehre – eine Zahl von ca. 60 hauptamtlichen Professoren (Vollkräften) beziffert, davon ca. 20% für den vorklinischen Bereich. Darüber hinaus kann eine Hinzunahme nebenberuflichen wissenschaftlichen Personals (wie außerplanmäßige Professoren, Honorarprofessoren und Privatdozenten) einer Ergänzung des Spektrums und von Forschungsschwerpunkten erfolgen. Dieses Personal darf hingegen nicht mehrheitlich den „Stamm“ des Lehrpersonals stellen; die Ausbildung muss im Kern durch hauptamtliche fachbezogene Professuren getragen sein.<sup>39</sup>

Diesen Grundsatz hat der Wissenschaftsrat mehrfach nachdrücklich betont: In der Stellungnahme zur Humanmedizin an Universität Witten-Herdecke wurde das Übergewicht sog. „extramuraler Professoren“ an den kooperierenden Krankenhäusern deutlich kritisiert. Allein

36 Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 59 Rn 52.

37 Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 59 Rn 9.

38 Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Gründung einer Universitätsmedizin an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

nach dem Konzept einer „European Medical School Oldenburg-Groningen vom 12.10.2010 (Drs 10345-10), S 99 f.

39 Wissenschaftsrat, Stellungnahme zu Leistungsfähigkeit, Ressourcen und Größe universitätsmedizinischer Einrichtungen vom 11.11.2005 (Drs 6913-05), S 45 f.

schon die primäre dienstrechtliche Zuordnung des überwiegenden Lehrpersonals zu den kooperierenden Krankenhäusern lasse befürchten, dass die Belange von Forschung und Lehre nicht hinreichend gewahrt werden könnten. Darüber hinaus müsse auch bei „extramuralem“ Personal durch eine Grundausstattung für Forschung und forschungsbasierte Lehre sichergestellt sein, damit diese unabhängig von konkreten Bedingungen in der Krankenversorgung erbracht werden können.<sup>40</sup>

Auch in seiner Stellungnahme zur Reakkreditierung der UWH bringt der Wissenschaftsrat deutlich zum Ausdruck, dass die Vermittlung grundlagenorientierter und klinischer Forschungskompetenz, wie sie für eine wissenschaftsbasierte Lehre kennzeichnend ist, eine angemessene Ausstattung mit hauptberuflichen („intramuralen“) Professoren (d.h. auch mit entsprechenden zeitlichen Kapazitäten für Aufgaben in Forschung und Lehre) voraussetzt.<sup>41</sup> Eine Ausbildung, die der forschungsbasierten Lehre gegenüber den Anforderungen der Krankenversorgung keine angemessenen Freiräume lässt, erfüllt diese Voraussetzungen im Zweifel nicht.<sup>42</sup>

Im gleichen Sinne wurde in der Stellungnahme zu Oldenburg/Groningen darauf hingewiesen, dass eine ganz überwiegende Erbringung des Curriculums durch außerplanmäßige Professorinnen und Professoren nicht tauglich sei, um das wissenschaftlich erforderliche Leistungsspektrum in klinischer Lehre und Forschung abzudecken. Dieses könne nur für eine beschränkte Anlaufphase hingenommen werden und müsse schnellstmöglich durch eine Berufung ordentlicher Professoren in berufsäquivalenten Verfahren ersetzt werden.<sup>43</sup>

Bei den bestehenden oder geplanten Franchising-Modelle steht genau dies aber deutlich in Frage, da der Schwerpunkt der Ausbildung nicht durch hauptamtliche, in einem Berufungsverfahren rekrutierte Universitätsprofessoren gestellt wird.

cc) „unter Aufsicht einer Universität“

Die Bejahung der Wissenschaftlichkeit setzt auch voraus, dass Ausbildungsteile, die außerhalb einer Universität abgeleistet werden, *unter Aufsicht* einer Universität

stehen müssen (so auch Art. 24 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2005/36/EG). Regelmäßig versteht man darunter das Praktische Jahr (PJ) oder Blockpraktika. Der hierbei verwendete Aufsichtsbegriff geht über den herkömmlichen Aufsichtsbegriff hinaus, der ein hierarchisches Verhältnis zwischen aufsichtsführender und aufsichtsunterwerfener Stelle verlangt. Dieses ist bei zwischenstaatlichen Kooperationen gerade nicht gegeben, insb. ergeben sich dort keine normativ begründeten Weisungsrechte. Daher ist der Aufsichtsbegriff von seinem Sinn und Zweck her auszulegen: Zum einen ist Aufsicht denknotwendig mit der Möglichkeit verbunden, sich umfassend über Betriebsvorgänge des Beaufsichtigten *informieren* zu können und *kontrollieren* zu können, ob bestimmte vorgegebene Maßstäbe durch den Beaufsichtigten eingehalten werden. Untrennbar damit verbunden ist die Rechtsmacht, gegebenenfalls eine Veränderung im Agieren des Beaufsichtigten herbeizuführen zu können. Zum zweiten macht Art. 24 Abs. 2 RL 2005/36/EG deutlich, dass der Hochschuleseite als aufsichtsführender Stelle stets die Möglichkeit eingeräumt sein muss, die Interessen von Forschung und Lehre gegenüber den Interessen der Krankenversorgung zu vertreten. Die Hochschule wächst also - institutionenökonomisch formuliert - in einer sog. *Prinzipal-Agent-Beziehung* die Rolle des Prinzipals zu, der seine Interessen gegenüber dem Agenten Krankenhaus durchsetzen muss, das seinerseits eigene Interessen verfolgt.<sup>44</sup>

Bei Franchising-Konstruktionen zwischen ausländischen Hochschulen und inländischen Krankenhäusern kann ein aufsichtliches Verhältnis durch nur vertragliche Vereinbarungen begründet werden, die den ersteren ausdrücklich Informations- und Kontrollrechte sowie gegebenenfalls Interventionsrechte einräumen. Außerdem müssen für Konflikte zwischen den Belangen von Forschung und Lehre einerseits, der Krankenversorgung andererseits präventive Schlichtungsmechanismen vereinbart sein, etwa durch spezielle interne unabhängige Schlichtungskommissionen oder durch Schiedsabreden.<sup>45</sup> Für die Kooperation ausländischer Hochschulen mit inländischen Krankenhäusern in öffentlicher-

40 *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Neukonzeptionierung der Humanmedizin im Rahmen des Akkreditierungsverfahrens der „Private Universität Witten-Herdecke GmbH“ - UWH, 7.7.2006 (Drs 7340-06), S 21.

41 *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Reakkreditierung der Privaten Universität Witten/Herdecke (UW/H), 8.7.2011 (Drs 1395-11), S 14 f; vgl auch den im Anhang abgedruckten Bewertungsbericht, S 87.

42 So auch *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Weiterentwicklung der Universitätsmedizin in Schleswig-Holstein, 8.7.2011 (Drs 1416-11), S 98.

43 *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Gründung einer Universitätsmedizin an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg nach dem Konzept einer „European Medical School Oldenburg-Groningen vom 12.10.2010 (Drs 10345-10), S 107 f.

44 Vgl *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl 2010, S 173 ff; *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd II, 2. Aufl 2012.

45 Vgl auch *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zu Public Private Partnerships (PPP) und Privatisierungen in der universitätsmedizinischen Krankenversorgung v 27.1.2006 (Drs 7063-06), S 59/60.

Rechtsform gilt ferner, dass letztere zugleich der staatlichen Aufsicht unterliegen.<sup>46</sup>

Es treffen also zwei gegenläufige Aufsichtsmechanismen aufeinander: die Aufsicht der Hochschule über das kooperierende Krankenhaus einerseits, die die Belange von Forschung und Lehre gegenüber der Krankenversorgung zu vertreten hat, andererseits die Staatsaufsicht (Kommunalaufsicht) über das Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, die sich auf die Einhaltung der Gesetzesbindung erstreckt. Fraglich ist, wie in einem Konfliktfall zu verfahren ist. Die staatliche Seite kann zwar aufsichtliche Tätigkeit in einem gewissen Maße „outsourcen“, indem sie zunächst eine Ebene einvernehmlicher, selbstregulativer Konfliktbeilegung – insb. durch die erwähnten Schlichtungsverfahren – vorsieht. Wegen seiner Bedeutung für die demokratische Legitimation kann dabei die staatliche Seite nicht auf ihr Letztkontrollrecht verzichten.<sup>47</sup>

Sie muss sich bei einem aufsichtlichen Konflikt zwischen den Einwirkungsmöglichkeiten der ausländischen Hochschule und der staatlichen Seite durchsetzen können. Zwar verlangt Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG nach der neueren sog. pluralistischen Legitimationstheorie nicht in jedem Fall den Vorbehalt eines staatlichen Weisungsrechts, solange ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht wird; in diesem Fall sind jedoch weitere kompensationsstaugliche Legitimationsfaktoren notwendig.<sup>48</sup>

Ein kompensationsstauglicher Legitimationsfaktor ist insofern die Anerkennung des Studiengangs durch den Sitzstaat i.S. der Berufsanerkennungsrichtlinie, da es mittlerweile unstreitig ist, dass die gegenseitige Anerkennung von Verwaltungsakten („transnationale Verwaltungsakte“) im Unionsbereich eine zulässige Einschränkung der Kontrollrechte bedeutet.<sup>49</sup>

Jedoch können hierdurch nicht alle innerstaatlichen Aufsichtsrechte sublimiert werden. Doch erstreckt sich die kompensatorische Legitimationswirkung der Berufsanerkennungsrichtlinie eben gerade auf die Gültigkeit

der transnationalen Verwaltungsakte – hier: der Anerkennung der Studiengänge im EU-Ausland durch den Sitzstaat –, suspendiert jedoch nicht die Gesetzesbindung kooperierender Einrichtungen. Daher muss sich in letzter Konsequenz die staatliche Aufsicht gegenüber den Einwirkungsmöglichkeiten der ausländischen Hochschule durchsetzen.

dd) Stellung von außerplanmäßigen Professorinnen/ Professoren

Hinzu kommt, dass der Titel eines außerplanmäßigen Professors in der Regel in Beziehung auf eine Lehrtätigkeit an einer anderen Universität (regelmäßig der Herkunftshochschule eines Privatdozenten/einer Privatdozentin) verliehen worden ist. Wird die Verpflichtung der damit verbundenen Titularlehre nicht erfüllt, so kann der Titel durch die Hochschule wieder entzogen werden oder fällt kraft Gesetzes weg.<sup>50</sup>

In diesem Zusammenhang ist sorgfältig zu prüfen, ob es die meist ambitioniert angesetzten Lehrtätigkeiten im Rahmen eines Franchising-Modells, etwa auch durch „bedside-teaching“ noch ausreichend Zeit für die Titularlehre lassen, oder ob diese im Hinblick auf die Beanspruchung in der Krankenversorgung im Übrigen vernachlässigt werden.

Auch kann der Titel nach einigen Landeshochschulgesetzen dann entzogen werden, wenn der Betroffene die Lehrbefugnis einer anderen Hochschule erhält oder eine vergleichbare Lehrtätigkeit ausübt oder eine vergleichbare Rechtsstellung im Ausland erhält.<sup>51</sup>

Tritt der außerplanmäßige Professor überdies durch Lehrtätigkeit im Rahmen eines Franchising-Modells quasi in Konkurrenz zu seiner Herkunftshochschule, so kommt nach manchen Landeshochschulgesetzen ein Entzug wegen Unwürdigkeit<sup>52</sup> oder unter Umständen ein Widerruf der Titelführungsbefugnis nach § 49 Abs. 2 Zf. 3 des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) in Betracht. Die verstärkte Einbindung au-

46 Vgl für Kommunalunternehmen exemplarisch Art 91 Abs 3 BayGO, für den privater Hochschulbereich Art 86 Abs 3 iVm Art 85 BayHSchPG.

47 Grundlegend Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd 1, 1. Aufl 1987, § 22 Rn 21; Kahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg); Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd III, 2. Aufl 2013, § 47 Rn 64; Burgi, Grundlagen, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn 29.

48 Kahl, aaO Rn 66 mwN.

49 Vgl statt vieler Happe, Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten. Zugleich ein Beitrag zur Anerkennungproblematik nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, 1987; Burbaum, Rechtsschutz

gegen transnationale Verwaltungsakte, 2003, passim; v Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S 646 ff; Hill/Martini, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd II, 2. Aufl 2012, § 34 Rn 85d.

50 ZB Art 30 iVm Art 27 Abs 1 Zf 2 BayHSchPG; § 26 S 2 iVm § 25 Abs 2 S 3 HessHG; § 48 Abs 3 S 3 HSG LSA; § 35a S 2, 3 NdsHG; § 61 Abs 3 S 4, Abs 2 S 2 HochschG RP. In Nordrhein-Westfalen, Hamburg und dem Saarland regeln die Hochschulen die Gründe für eine Rücknahme oder einen Widerruf selbst (§ 41 Abs 4 S 2 HG NRW; § 17 Abs 1 und 4 HmbHG, § 43 Abs 2 S 3 iVm § 42 Abs 1 S 3 SaarUG).

51 ZB Art 30 Art 1 S 1, 2. HS iVm Art 27 Abs 1 Zf 1 BayHSchPG.

52 ZB § 65 Abs 3 S 2 iVm § 69 Abs 5 SächsHRSg.

ßerplanmäßiger Professoren in das Lehrprogramm stellt daher nicht nur ein qualitatives Minus gegenüber einer hauptberuflichen, durch Berufungsverfahren generierten Professorenschaft dar, sie birgt auch ein erhebliches Risiko der Instabilität der Konstruktion.

c) Bindungen für Krankenhäuser öffentlicher Träger in privater Rechtsform

Krankenhäuser öffentlicher Träger können allerdings auch in der Form einer Kapitalgesellschaft wie einer (gemeinnützigen) GmbH oder einer Aktiengesellschaft organisiert sein.<sup>53</sup> Bei Krankenhäusern öffentlich-rechtlicher Rechtsträger in privater Rechtsform handelt es sich durchweg um Kapitalgesellschaften, also Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Steht die Gesellschaft zu über 50% im Anteilseigentum juristischer Personen des Öffentlichen Rechts, so ist der Rechtsträger nach h.M. wie eine juristische Person des Öffentlichen Rechts zu behandeln; die Bindung an öffentlich-rechtliche Vorschriften ergibt sich in diesem Fall aus dem allgemeinen Umgehungsverbot des Verwaltungsprivatrechts („keine Flucht in das Privatrecht“).<sup>54</sup> Demnach ist auch ein Krankenhaus in privatrechtlicher Form, das überwiegend in öffentlich-rechtlicher Hand steht, an die Vorschriften der BÄO und der ÄApprO gebunden. Daher kann im Wesentlichen auf die vorstehenden Ausführungen zu a) (oben S. 58 ff.) verwiesen werden.

Etwas diffiziler stellt sich in diesem Fall allerdings das Problem aufsichtlichen Zugriffs dar, da die Kommunalaufsicht kein direktes Durchgriffsrecht auf kommunale Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften hat. In diesem Fall ist darauf hinzuwirken, dass die Gemeinde durch eine entsprechende Gestaltung der Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen ausreichende inhaltliche Einflussmöglichkeiten behält. Insofern kann die staatliche Kommunalaufsicht gegenüber der Gemeinde verlangen, dass rechtswidrige Verträge ihrer Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften gekündigt bzw. aufgelöst werden.

d) Bindungen für Krankenhäuser in privater Trägerschaft

Anders könnte sich die Lage darstellen, wenn es sich um ein privates Krankenhaus handelt, das nicht oder mit weniger als 50% in Anteilschaft eines öffentlichen Rechtsträgers steht. In diesem Falle sind nach überwiegender Meinung die öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht ohne weiteres zu bejahen. Hier ist zunächst zu differenzieren, ob es sich um eine Kooperation zwischen einem inländischen Krankenhaus und einer inländischen Hochschule oder mit einer ausländischen Hochschule handelt.

Ersterer Fall ist in Deutschland mehrfach ganz oder teilweise umgesetzt worden, teilweise etwa in Berlin-Buch, Dresden, Greifswald, Leipzig, Regensburg und Ulm.<sup>55</sup> Soll ein privater Krankenhausbetreiber jedoch die Funktionen eines Universitätsklinikums in toto übernehmen (exemplarisch der Fall Gießen/Marburg), ist zur Sicherung der besonderen Interessen von Forschung und Lehre im Verhältnis zu den Belangen der Krankenversorgung notwendig, dass der Staat Träger der hoheitlichen Aufgaben – hier namentlich in der Lehre – bleibt; insoweit ist eine öffentlich-rechtliche Beleihung notwendig.<sup>56</sup> Da eine Beleihung letztlich Ausfluss der demokratischen Legitimation hoheitlicher Aufgaben ist, muss im einschlägigen Landeshochschulgesetz hierzu gegebenenfalls eine Rechtsgrundlage geschaffen werden.

Hierdurch kommt der Staat seiner Gewährleistungspflicht für eine qualitativ hochwertige Medizinerausbildung nach. Durch die Beleihung wird das private Klinikum/Krankenhaus der Rechtsaufsicht seitens des zuständigen Landesministeriums unterstellt, die auch nicht nur auf „dem Papier vorhanden“ sein darf, sondern „wirksam“, d.h. durch aktive Begleitung erfolgen muss.<sup>57</sup>

Dies umfasst etwa die Möglichkeit des Staates, auf Kosten des Trägers periodische Evaluations- bzw. Akkreditierungsverfahren zu verlangen.<sup>58</sup> Auch sind geeignete (präventive) Konfliktlösungsmechanismen im Falle

53 Beispiele sind etwa – in Hessen – die Klinikum Hanau GmbH (Träger Stadt Hanau), das Klinikum Kassel (kommunaler Träger Gesundheit Nordhessen Holding AG), – in Berlin – Vivantes – Netzwerk für Gesundheit GmbH als größter kommunaler Krankenhauskonzern; sowie – in Baden-Württemberg – die Gemeinnützige Krankenhausbetriebsgesellschaft Hegau-Bodensee Kliniken mbH.

54 Hierzu grundlegend Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl 2011, § 3 Rn 9. Aus der neueren Rechtsprechung etwa BerlVerfGH, Urteil v 21.10.1999, LVerfGHE 10, 96 (100 ff); Hess-VGH, E v 9.2.1012 – 8 A 2043/10.

55 Im einzelnen *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zu Public Private

Partnerships (PPP) und Privatisierungen in der universitätsmedizinischen Krankenversorgung, 27.1.2006 (Drs 7063-06), S 41 ff.

56 *Wissenschaftsrat*, aaO S 46, 70.

57 Vgl für die Rechtsaufsicht gegenüber Krankenhausträgern in der Rechtsform von Stiftungen des Öffentlichen Rechts BVerwG 2 C 15.08E 135, 286 (Rn 47); Geis, in: Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Bd IV, § 100 Rn 36. Für beliebige Träger – gleich welcher Rechtsform – kann nichts anderes gelten.

58 Vgl exemplarisch Art 85 Abs 4 BayHSchG und dazu *de Wall*, in: Geis (Hrsg), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kap VI Abschnitt IX, Rn 56.

eines Zielkonflikts zwischen Angelegenheiten in Forschung und Lehre einerseits, solcher der Krankenversorgung andererseits vorzusehen (etwa Schlichtungsvereinbarungen).<sup>59</sup> Auch insofern darf der Staat seine Gewährleistungsverantwortung nicht völlig auf hochschulinterne Mechanismen übertragen; die staatliche Letztverantwortung muss in jedem Falls gewahrt sein. Dies gilt auch gerade deshalb, weil der Staat für eine ordnungsgemäße Ausbildung auch gegenüber anderen Staaten verantwortlich ist, wie dies die Bindungswirkungen der RL 2005/36/EG gegenüber anderen Mitgliedstaaten verdeutlichen.

Für die Kombination ausländische Hochschule/inländisches Krankenhaus kann nichts anderes gelten. Die Zulassung ausländischer Zweigniederlassungen ist eine Anerkennung öffentlich-rechtlicher Natur; sie ersetzt nur die im Inland erforderliche Anerkennung, führt aber nicht zu einer generellen Privatisierung der Ausbildung. Daher kann und muss auch in diesen Fällen eine Beleihung des inländischen Kooperationspartners mit den erforderlichen Befugnissen namentlich in der Lehre erfolgen, die ihrerseits die Aufsicht des Staates eröffnet. Insofern kann auf das Vorstehende verwiesen werden.

### III. Fazit

Franchising-Modelle in der Mediziner-Ausbildung unterliegen einer beachtlichen Anzahl von rechtlichen Hürden, die allein durch den Mechanismus der automatischen Anerkennung nach der EU-Berufsanerkenntnisrichtlinie und ihrer Umsetzungen in das nationale Recht nicht zu beseitigen sind. Im Interesse eines Schutzes der hohen Qualitätsanforderungen an die medizinische Ausbildung ist der Staat (bzw. konkret das jeweilige Bundesland) durch eine aktive, „kraftvolle“ Wahrnehmung seiner Aufsichtsbefugnisse verpflichtet, alle rechtlich möglichen Freiräume seiner Kontrollmöglichkeiten auszuschöpfen und sich nicht durch den Verweis auf angebliche Bindungen seiner eigenen Verantwortung zu entziehen.

Der Autor ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

59 Einzelheiten siehe *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zu Public Private Partnerships (PPP) und Privatisierungen in der universitätsmedizinischen Krankenversorgung, 27.1.2006 (Drs 7063-06), S 80 f (sub IV2.d).



# Volker M. Haug

## *Übertragung dualer Kooperationsstrukturen zwischen Wissenschaft und Wirtschaft auf nicht-duale Hochschulen*

### ÜBERSICHT

#### I. Einleitung

#### II. Dualität als Strukturprinzip

##### 1. Dualitätsprinzip

##### 2. Hochschulrechtlich-institutionelle Verbindung von Studienakademie und Ausbildungsstätten im DHBW-Modell

###### a) Zulassung und Hochschulmitgliedschaft der Ausbildungsstätten

###### b) Zusammenwirken in den Hochschulgremien

###### c) Qualitätssicherung der betrieblichen Ausbildung

##### 3. Ähnliche Modelle in anderen Bundesländern

#### III. Ansätze der Strukturübertragung auf nicht-duale Hochschulen im geltenden Recht

##### 1. Länder mit legaldefinitorischen Ansätzen

##### 2. Fachbereich Duales Studium der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

#### IV. Vorschlag für eine hochschulgesetzliche Regelung

#### V. Zusammenfassung

### I. Einleitung

Die duale Ausbildung im Anschluss an den mittleren Bildungsabschluss verbindet die Lernorte eines Ausbildungsbetriebes und einer berufsbildenden Schule zu einem gemeinsamen Ausbildungskonzept (§ 4 BBiG). Dies stellt einen deutschen Sonderweg dar, der sich – ungeachtet zeitweiliger Engpässe bei der Besetzung von Ausbildungsstellen – als „Erfolgsmodell und Markenzeichen Deutschlands“ bewährt hat.<sup>1</sup> Deshalb lag es nahe, dieses Prinzip als besonders praxisnahe Ausbildungsform auch auf den tertiären Bildungsbereich zu übertragen. Dies erfolgte erstmalig 1974 durch Gründung der Berufsakademien in Baden-Württemberg, in denen ein akademisches Studium mit einer Ausbildung in einem Kooperationsbetrieb verzahnt wurde.<sup>2</sup> In den seither vergangenen vierzig Jahren hat sich dieses Modell derart

erfolgreich entwickelt, dass der Wissenschaftsrat in seinen „Empfehlungen zur Entwicklung des dualen Studiums“ von inzwischen 910 dualen Studiengängen in allen Bundesländern mit ca. 65.000 Studierenden im Erststudium ausgeht.<sup>3</sup> Zu diesem Erfolg haben insbesondere die hohe Praxis- und Betriebsnähe sowie die damit eng zusammenhängende „Employability“ – also die Beschäftigungsfähigkeit, die einen nahtlosen Übergang vom Studienabschluss zum Berufseinstieg gewährleistet – beigetragen.

Da der Begriff des „dualen Studiums“ nicht geschützt ist, steht er für eine breite Palette ganz verschiedener Studiengänge, die sich lediglich im „ob“ einer prominenten Einbeziehung beruflicher Praxisanteile decken.<sup>4</sup> In Übereinstimmung mit der Begriffsbildung des Wissenschaftsrates versteht auch dieser Beitrag unter einem „dualen Studium“ nur eines, bei dem die wissenschaftlichen Theorie- und die betrieblichen Praxisanteile curricular miteinander verzahnt sind, und nicht nur ausbildungsorganisatorisch aufeinander abgestimmt nebeneinander stattfinden.<sup>5</sup> Gegenstand dieses Beitrags sind allerdings nicht die curricularinhaltlichen Fragen eines dualen Studiums, sondern die damit idealerweise zu verbindenden hochschulrechtlich-strukturellen Rahmenbedingungen. Ausgehend vom Beispiel der Dualen Hochschule Baden-Württemberg (DHBW), unter deren Dach die früheren Berufsakademien und ihre Ausbildungsstätten seit 2009 miteinander verbunden sind, wird ein Vorschlag für eine denkbare landesgesetzliche „Dualitätsklausel“ gemacht. Dadurch können die strukturellen Vorteile und Besonderheiten der DHBW auch in nichtdual konzipierte Hochschulformen wie Universitäten oder Hochschulen für angewandte Wissenschaften implementiert werden. Dies könnte insbesondere für solche Länder und Hochschulen von Belang sein, die einen Nachholbedarf in der Kooperation mit der Wirtschaft haben, aber aus demografischen und finanziellen Gründen keine neuen Hochschulen oder gar Hochschultypen aufbauen können.<sup>6</sup>

1 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Pressemitteilung 077/2013, <<http://www.bmbf.de/press/3483.php>> (25.1.2014).

2 Gerber, in: Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl 2009, Rn 1007.

3 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Entwicklung des dualen Studiums – Positionspapier, 2013, <<http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/3479-13.pdf>>, S 45 f (Tabellen 1 und 2)

(25.1.2014).

4 Näher zu dieser Vielfalt vgl *Wissenschaftsrat* (Fn 3), S 8 – 10.

5 *Wissenschaftsrat* (Fn 3), S 22.

6 Nur beispielhaft: Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Hochschulsystems des Landes Sachsen-Anhalt, 2013, Drs 3231-12 <<http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/3231-13.pdf>>, S 100 – 107 (25.1.2014).

## II. Dualität als Strukturprinzip

### 1. Dualitätsprinzip

Echte Dualität im hier verstandenen Sinn ist ein Grundprinzip, das nicht nur für die Gleichgewichtigkeit von theorie- und praxisbezogenen Inhalten in integrierten Studiengängen gilt. Die Dualität erstreckt sich als Grundprinzip auf alle Bereiche, die mit diesem Studienangebot unmittelbar und mittelbar zusammenhängen. Hierzu zählt etwa die institutionelle Dualität, die von einer gemeinsamen Verantwortung von Studienakademie und Ausbildungsstätten für duale Studiengänge ausgeht.<sup>7</sup> Dies bedingt eine besondere Form von Parität bei der Bildung der Gremien, in denen über die Inhalte, Anbieter und Strukturen der Studiengänge entschieden wird.<sup>8</sup> Solange sich die akademische Seite der Ausbildungsstätten nur bedient, um ein allein akademisch verantwortetes Studienprogramm anbieten zu können, fehlt es an dieser Komponente des Dualitätsbegriffs.

Beispielhaft umgesetzt wird dieses Dualitätsprinzip im Modell der DHBW. So beruht die Duale Hochschule auf den staatlich vorgehaltenen Studienakademien einerseits (§ 27a LHG BW) und auf privatwirtschaftlichen oder öffentlichen Ausbildungsstätten andererseits (§ 65c LHG BW), die zur Erreichung eines gemeinsamen (Ausbildungs-)Zieles miteinander verbunden sind.<sup>9</sup> Darüber hinaus stehen den Studien- und Prüfungsordnungen Ausbildungsrichtlinien für die Praxis zur Seite. Die Studierenden sind des Weiteren gleichzeitig Auszubildende im privatrechtlichen Angestelltenverhältnis bei einer Ausbildungsstelle (die deshalb auch durch die Vergabe der Ausbildungsverträge die Studierendenauswahl vornimmt, § 60 Abs. 2 Nr. 7 LHG BW) und eingeschriebene Studierende mit öffentlich-rechtlicher Mitgliedschaft in der Hochschule als Personenkörperschaft. Auch der Forschungsauftrag der Dualen Hochschule ist an den dualtypischen Kooperationscharakter gebunden, weshalb bereits die Aufgabenzuschreibung in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 LHG BW ausdrücklich von „kooperativer Forschung“ spricht. Daraus folgt, dass an dieser Forschung hauptberufliche Professoren und betriebliche Praktiker gleichermaßen zu beteiligen sind. Nur wenn beide Sichtweisen inhaltlich

und methodisch Eingang finden, können die Forschungsergebnisse sowohl den wissenschaftlichen als auch den praxisbezogenen Anforderungen genügen.<sup>10</sup> Hinzu kommt schließlich die hochschulrechtlich-institutionelle Verbindung von Studienakademie und Ausbildungsstätten, um dieses Dualitätsprinzip konsequent umzusetzen.

### 2. Hochschulrechtlich-institutionelle Verbindung von Studienakademie und Ausbildungsstätten im DHBW-Modell

#### a) Zulassung und Hochschulmitgliedschaft der Ausbildungsstätten

Für die Zulassung der Ausbildungsstätten verlangt § 65c Abs. 1 LHG BW eine hinreichende Eignung für die Vermittlung der festgelegten Ausbildungsinhalte. Diese Eignungsvoraussetzungen werden in Eignungs- und Zulassungsrichtlinien näher präzisiert.<sup>11</sup> Die einzelnen Zulassungsentscheidungen trifft der jeweils zuständige örtliche Hochschulrat gem. § 27c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 LHG BW. Durch die Zulassung erwirbt die Ausbildungsstätte den Status als Mitglied der Hochschule (§§ 9 Abs. 1 Satz 6, 65c Abs. 2 LHG BW). Durch diese Aufnahmeentscheidung werden die Ausbildungsstätten noch wesentlich stärker als durch jedes Kooperationsabkommen in die Hochschule integriert und in die Gewährleistung des gemeinsamen Ausbildungserfolgs eingebunden.

#### b) Zusammenwirken in den Hochschulgremien

Diese mitgliedschaftliche Stellung führt – wie bei allen Hochschulmitgliedern – zu Mitwirkungsrechten und -pflichten in der akademischen Selbstverwaltung, was sich wie ein roter Faden durch die Gremienstruktur der DHBW zieht.

Auf der Zentralebene der DHBW gilt dies für den Vorstand, den Aufsichtsrat, den Senat, die Fachkommissionen und die Kommission für Qualitätssicherung. So müssen sich im Vorstand die (maximal vier) nicht hauptamtlichen Mitglieder hälftig auf Professoren und auf Vertreter von Ausbildungsstätten verteilen (§ 16 Abs. 1 Satz 3 HS 2 LHG BW).<sup>12</sup> Der als strategisches Steue-

7 Von einem „Prinzip der Verantwortung für die duale Ausbildung“ spricht Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2013, § 20a Rn 6 (bzgl der paritätischen Besetzung der Fachkommissionen).

8 Ohne es seinem Begriff des dualen Studiums zugrunde zu legen, empfiehlt auch der Wissenschaftsrat „mit Nachdruck“ die Bildung von gemeinsamen Gremien, vgl. Wissenschaftsrat (Fn 3), S 26.

9 Gerber (Fn 2), Rn 1039, spricht von einer „horizontalen Kooperation“ im Rahmen eines „kondominialen Modells“.

10 Vgl auch Gerber (Fn 2), Rn 1027, der insbesondere betont, dass der Vergleich mit der Auftragsforschung unstatthaft ist, weil hier

der Auftraggeber passiv bleibt und nicht „mitforscht“.

11 Vgl Amtl Bekanntmachungen der DHBW Nr 14/2011 vom 22.9.2011, < [http://www.dhbw.de/fileadmin/user/public/Dokumente/Amtliche\\_Bekanntmachungen/14\\_2011\\_Eignungsvoraussetzung\\_Praxispartner.pdf](http://www.dhbw.de/fileadmin/user/public/Dokumente/Amtliche_Bekanntmachungen/14_2011_Eignungsvoraussetzung_Praxispartner.pdf) > (30.1.2014).

12 Dies ergibt sich aus §§ 16 Abs 1 Satz 3 HS 2, 18 LHG BW, wonach gleichviel nebenamtliche und nebenberufliche Vorstandsmitglieder zu bestellen sind. § 18 LHG BW definiert als „nebenamtlich“ der Hochschule angehörende hauptberufliche Professoren (Abs 1) und als „nebenberuflich“ Angehörige von Ausbildungsstätten (Abs 4).

rungsorgan an allen Hochschulen in Baden-Württemberg installierte Aufsichtsrat ist im Bereich der DHBW mit zusätzlichen – eher akademischen – Aufgaben betraut, wie etwa die Qualitätssicherung oder die Zustimmung zu Studien- und Prüfungsordnungen sowie Ausbildungsrichtlinien (§ 20 Abs. 1 Satz 3 Nr. 15 – 18 LHG BW). Dies erklärt sich aus dem ausbildungsbezogenen Fokus der Hochschule.<sup>13</sup> Dem 17-köpfigen Gremium gehören neben dem (hier ausnahmsweise stimmberechtigten)<sup>14</sup> Ministeriumsvertreter die Vorsitzenden der acht örtlichen Hochschulräte (die zwingend Vertreter der Ausbildungsstätten sein müssen, § 27c Abs. 5 Satz 2 LHG BW) sowie acht weitere Mitglieder an, die nach den normalen Regeln für die Besetzung von Aufsichtsräten (also mit externer „Binnenmehrheit“) bestimmt werden. Daraus ergibt sich zwingend ein nicht-akademisches Übergewicht: Zur Zeit gehören dem Aufsichtsrat lediglich ein hauptberuflicher Professor der DHBW und eine Studierende an, während alle anderen Mitglieder entweder Vertreter von Ausbildungsstätten oder Hochschulexterne sind.<sup>15</sup> Demgegenüber ist der Senat durch die hauptberuflichen Hochschullehrer dominiert: Er besteht aus den Amtsmitgliedern (Vorstand, Gleichstellungsbeauftragte), den nach Gruppen zu bestimmenden Wahlmitgliedern und den Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden der drei Fachkommissionen (von denen jeweils einer ein Hochschullehrer und der andere ein Vertreter einer Ausbildungsstätte sein muss, § 20a Abs. 4 Satz 4 LHG BW). Derzeit gehören dem 30-köpfigen Senat somit neben den drei hauptamtlichen Vorstandsmitgliedern 17 hauptberufliche Hochschullehrer, vier Vertreter von Ausbildungsstätten und je drei Studierende und sonstige Mitarbeiter an.<sup>16</sup> Diese beiden Gremien – der eher extern bzw. betrieblich dominierte Aufsichtsrat einerseits und der akademisch dominierte Senat andererseits – müssen im Sinne der Dualität bei wichtigen Entscheidungen zusammenwirken, namentlich bei der Beschlussfassung über Studien- und Prüfungsordnungen sowie Ausbildungsrichtlinien. Während hier aber noch unterschiedlich dominierte Gremien bestehen, erfolgt die Zusammenarbeit von akademi-

sch und betrieblicher Seite in den Fachkommissionen unmittelbar, wo die inhaltliche Sacharbeit für die Gestaltung des dualen Studiums geleistet wird und Empfehlungen an die zentralen Entscheidungsorgane gegeben werden (§ 20a Abs. 2 LHG BW). Diese für jeden Studienbereich (Wirtschaft, Technik und Sozialwesen) standortübergreifend gebildeten Gremien sind paritätisch mit Professoren und Vertretern der Ausbildungsstätten sowie mindestens einem Studierenden besetzt (§ 20a Abs. 4 Satz 2 HS 1 LHG BW). Ähnlich sieht es in der Kommission für Qualitätssicherung aus, in der mit den Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden der Fachkommissionen (neben Studierenden) ebenfalls eine insoweit paritätische Besetzung sichergestellt ist (§ 20a Abs. 4 Satz 2 HS 2 LHG BW).

Diese Dualisierung der Gremienstruktur setzt sich auf der dezentralen Ebene der einzelnen Studienakademie-Standorte fort. So sind die örtlichen Hochschulräte gleichermaßen mit Vertretern der Studienakademie (einschließlich der Amtsmitglieder!) und der Ausbildungsstätten besetzt (§ 27c Abs. 2 Nr. 9 LHG BW); hinzu kommen noch die Studierendenvertreter. Der Akademische Senat besteht dagegen nur aus Amts- und Wahlmitgliedern aus der jeweiligen Studienakademie, weil er nach seinem Aufgabenprofil auf das Innenleben der Studienakademie ausgerichtet ist (§ 27d Abs. 1, 2 LHG BW).<sup>17</sup> Durch überlappende Zustimmungserfordernisse beider Gremien – etwa bei wichtigen Fragen für den Studien- und Lehrbetrieb – ist auch hier ein weitgehend auf Konsens der dualen Ausbildungsträger gerichteter Mechanismus implementiert.<sup>18</sup>

Die einzige durch höherrangiges Recht vorgegebene Grenze für die Dualität in den Gremien ist der im Hochschulurteil des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitete Hochschullehrervorbehalt. Danach müssen die hauptberuflichen Professoren in Fragen der Lehre einen „maßgebenden Einfluss“ – also die Hälfte der Stimmen – und in Fragen der Forschung einen „ausschlaggebenden Einfluss“ – also die Mehrheit der Stimmen – haben.<sup>19</sup> Diese Vorgaben werden durch § 10 Abs. 3 LHG BW umgesetzt, der im Bereich der

13 Vgl Gerber (Fn 2), Rn 1045.

14 Bei allen anderen Hochschulen kann das Ministerium nur einen Vertreter mit beratender Funktion in die Aufsichtsräte entsenden, § 20 Abs 5 Satz 6 LHG BW; zum Hintergrund des insofern abweichenden § 20 Abs 6a LHG BW vgl Gerber (Fn 2), Rn 1035, 1038.

15 Vgl <<http://www.dhbw.de/die-dhbw/wir-ueber-uns/hochschulleitung/paging-leitung/aufsichtsrat.html>> (30.1.2014).

16 Hauptberufliche Hochschullehrer sind zwölf Wahlmitglieder, ein nebenamtliches Vorstandsmitglied, die Gleichstellungsbeauftragte und die drei Vorsitzenden der Fachkommissionen; Vertreter der Ausbildungsstätten sind ein nebenberufliches Vorstandsmitglied

und drei stv Vorsitzenden der Fachkommissionen; im Einzelnen vgl <<http://www.dhbw.de/die-dhbw/wir-ueber-uns/hochschulleitung/paging-leitung/senat.html>> (30.1.2014).

17 Vgl Gerber (Fn 2), Rn 1065.

18 Vgl Gerber (Fn 2), Rn 1041, 1067 f, der hier von einem „kondominialen Zusammenwirken des Hochschulrats und des Akademischen Senats“ spricht.

19 BVerfGE 35, S 79 (131, 132 f); siehe hierzu auch Herberger, in: Haug (Hrsg), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl 2009, Rn 128 f, 135 f.

DHBW für den (zentralen) Senat sowie – auf örtlicher Ebene – für den Hochschulrat und den Akademischen Senat gilt. Die Sicherstellung der dafür erforderlichen Stimmverhältnisse erfolgt im Einzelnen durch die Grundordnung (was häufig durch erhöhte Stimmgewichte von Hochschullehrern erfolgt).<sup>20</sup>

### c) Qualitätssicherung der betrieblichen Ausbildung

Mit diesem konsequent durchgehaltenen Ansatz der institutionellen Dualität (als Ausfluss des oben beschriebenen Dualitätsprinzips) ist naturgemäß und gewollt ein erheblicher Einfluss nicht-akademischer Ausbildungsstätten des privaten und öffentlichen Sektors auf Inhalte und Gestaltung von Studiengängen verbunden. Diese Mitgestaltungsmacht überwiegend privatwirtschaftlicher Ausbildungsstätten bei genuin hochschulischen „Produkten“ macht es notwendig, in besonderer Weise sicherzustellen, dass akademische Standards – für die die Hochschule institutionell bürgt – gewahrt und qualitativ wissenschaftsbezogene Ausbildungsangebote gemacht werden. Auch der Wissenschaftsrat warnt davor, „dass nicht allein kurzfristige Unternehmensbedarfe bei der Curriculumsgestaltung im Vordergrund stehen“ dürfen.<sup>21</sup> So findet nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 LHG BW in den nicht-akademischen Ausbildungsstätten auch keine „Praxisausbildung“, sondern eine „praxisorientierte Ausbildung“ statt. Daraus folgt, dass auch diese Ausbildung – als integraler Bestandteil eines Hochschulstudiums – strukturiert, systematisch angeleitet, inhaltlich und in ihrer Komplexität auf die Studieninhalte bezogen und zu den Lernzielen rückgekoppelt sein muss.<sup>22</sup> Einfach gesagt: Der Studierende darf nicht einfach „praktisch arbeiten“, sondern muss dabei einen lernzielbezogenen Wissens- und Studienfortschritt erzielen. Hieraus folgt die Notwendigkeit besonderer Qualitätssicherungsmechanismen für die betriebliche Ausbildung.

Für die Ausbildungsstätten in der DHBW gibt es deshalb gesetzliche und hochschuleigene Vorgaben, um dies zu gewährleisten. Dazu zählt das Gebot der kontinuierlichen Ausbildungstätigkeit. So ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu § 65c Abs. 2 Satz 4 LHG BW, dass eine Ausbildungsstätte (um Hochschulmitglied bleiben zu

können) sich ununterbrochen engagieren – also immer mindestens einen Studierenden unter Vertrag haben – muss. Hinzu kommt eine personalisierte Komponente, indem eine konkrete Verantwortungsübernahme durch qualifiziertes Personal vorgeschrieben ist. Denn § 65c Abs. 3 LHG BW verlangt, dass jede Ausbildungsstätte einen Ausbildungsverantwortlichen bestellt. Diese Person muss einen Hochschulabschluss oder einen gleichwertigen Bildungsabschluss vorweisen können. Des Weiteren ergibt sich aus §§ 60 Abs. 2 Nr. 7, 65c Abs. 2 LHG BW, dass die DHBW Grundsätze für die Ausgestaltung der Ausbildungsverträge sowie Zulassungs- und Ausbildungsrichtlinien aufzustellen hat. So ergeben sich aus diesen von der DHBW beschlossenen Richtlinien<sup>23</sup> Anforderungen an die personelle und sachliche Ausstattung der Ausbildungsstätten (§ 2 Abs. 1, 2 RL), eine Betreuungs- und Unterstützungspflicht zugunsten der Studierenden (§§ 2 Abs. 3, 4 Abs. 2 5 RL), eine Pflicht zur Vorlage einer Übersicht der Praxisphasen mit zeitlichen und studieninhaltlichen Angaben (§ 4 Abs. 1 RL), eine Mitwirkungspflicht an Evaluationen (§ 6 RL) – für die es eine eigene Evaluationsatzung gibt<sup>24</sup> – und ein Kontrollmechanismus in Form regelmäßiger Besuche des Studiengangsleiters (§ 8 Abs. 4 RL). Schließlich betont das LHG BW mit der Einrichtung der „Kommission für Qualitätssicherung“ (§ 20 a Abs. 1) die Notwendigkeit und Bedeutung der Qualitätssicherung auch institutionell.

### 3. Ähnliche Modelle in anderen Bundesländern

Mit Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen hat eine ganze Reihe weiterer Länder das Berufsakademie-Modell in gesonderten Berufsakademie-Gesetzen übernommen, ohne dies aber – wie bei der DHBW – mit dem Hochschulstatus zu verbinden. Allerdings wird die Zuordnung zum tertiären Bildungsbereich ausdrücklich betont<sup>25</sup> und der Bachelor-Abschluss (als staatliche Abschlussbezeichnung) – teilweise unter Bindung an eine Vorab-Akkreditierung – ermöglicht.<sup>26</sup> Gleichwohl lassen sich diese Länder in zwei Gruppen unterteilen: Während Hessen, Niedersachsen, das Saarland und

20 Gerber (Fn 2), Rn 1069 und Fn 364; zur Vorgängervorschrift im UniG BW und den Spielräumen der Grundordnungsgebung vgl Sandberger (Fn 7), § 10 Rn 6.

21 Wissenschaftsrat (Fn 3), S 26.

22 Vgl Gerber (Fn 2), Rn 1022.

23 Amtl Bekanntmachungen der DHBW 14/2011, „Richtlinien für die Eignungsvoraussetzungen und das Zulassungsverfahren von Praxispartnern (Ausbildungsstätten) der Dualen Hochschule Baden-Württemberg für ein Bachelor-Studium“ vom 22.9.2011, vgl < [http://www.dhbw.de/fileadmin/user/public/Dokumente/Amtliche\\_Bekanntmachungen/14\\_2011\\_Eignungsvoraussetzungen\\_Praxispartner.pdf](http://www.dhbw.de/fileadmin/user/public/Dokumente/Amtliche_Bekanntmachungen/14_2011_Eignungsvoraussetzungen_Praxispartner.pdf) > (1.2.2014).

zung\_Praxispartner.pdf> (1.2.2014).

24 Amtl Bekanntmachungen der DHBW 6/2010, „Satzung der Dualen Hochschule Baden-Württemberg zur Evaluation der Qualität des dualen Studiums (Evaluationssatzung DHBW) vom 9.3.2010, vgl < [http://www.dhbw-stuttgart.de/fileadmin/dateien/DHBW/Evaluationssatzung\\_DHBW.pdf](http://www.dhbw-stuttgart.de/fileadmin/dateien/DHBW/Evaluationssatzung_DHBW.pdf) > (1.2.2014).

25 §§ 1 HmbBAG, 1 Abs 1 Satz 1 HessBAG, 1 Abs 2 NdsBAkadG, 1 Abs 2 SaarlBAkadG, 1 Abs 1 Satz 1 SächsBAG, 1 Abs 3 BAG SH, 1 Abs 2 ThürBAG.

26 §§ 6 HmbBAG, 6 HessBAG, 6a NdsBAkadG, 4a SaarlBAkadG, 10a SächsBAG, 6 BAG SH, 11 Abs 2 Thür-BAG.

Schleswig-Holstein Berufsakademien nur als nichtstaatliche Einrichtungen mit staatlicher Anerkennung vorsehen, folgen Sachsen und Thüringen dem früheren baden-württembergischen Modell staatlicher Einrichtungen. Allein in Hamburg sind beide Modelle gesetzlich angelegt (§§ 11 f. HmbBAG).

Die Ausprägung des Dualitätsprinzips fällt dabei in den einzelnen Ländern unterschiedlich stark aus. So ist die institutionelle Dualität nur in Sachsen und Thüringen durch entsprechende Gremienvorschriften mit paritätischer Besetzung gesetzlich ausgestaltet.<sup>27</sup> In den übrigen Ländern ist dies in den Anerkennungs Voraussetzungen für die nicht-staatlichen Einrichtungen bzw. in Hamburg durch eine Verordnungsermächtigung allenfalls angedeutet.<sup>28</sup> Die geringste Würdigung erfährt dieser Dualitätsaspekt in Schleswig-Holstein, wo die akademische und betriebliche Seite ausdrücklich auf die (bloße) Kooperationsmöglichkeit verwiesen sind (§§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 BAG SH). Eine forschungsbezogene Dualität ist in keinem Berufsakademie-Modell dieser Länder gesetzlich vorgesehen, was angesichts des fehlenden Hochschulcharakters konsequent ist.

### III. Ansätze der Strukturübertragung auf nicht-duale Hochschulen im geltenden Recht

#### 1. Länder mit legaldefinitorischen Ansätzen

Ausweislich der Zusammenstellung im Positionspapier des Wissenschaftsrates verfügen alle Bundesländer inzwischen über duale Studienangebote im integrierten Sinn.<sup>29</sup> Soweit jedoch ersichtlich hinkt die hochschulrechtliche Abbildung dem in den meisten Ländern noch stark hinterher. So lässt sich in den meisten Ländern keine allgemeine hochschulrechtliche Grundlage für duale Studienangebote (neben den genannten Sondervorschriften für Berufsakademien oder die DHBW) finden. Zumindest eine normative Nennung gibt es in den Hochschulgesetzen von Bayern, Hessen und Rheinland-Pfalz, was jedoch auch noch in einem gewissen Missverhältnis zur Bedeutung dieser Studienform steht. Während beispielsweise die Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Bayern einen Dachverband „hochschule dual“ zur Vermarktung ihrer zahlreichen dualen Studienangebote geschaffen haben und damit offensiv

auf dem dualen Ausbildungsmarkt im tertiären Bereich agieren, beschränkt sich das Bayerische Hochschulgesetz auf eine bloße Erwähnung des dualen Studiums in Art. 56 Abs. 5: „Duale Studiengänge vertiefen die Praxisanteile eines Studiengangs oder integrieren eine berufliche Ausbildung in Form eines Verbundstudiums.“ Ähnlich sieht die in Hessen geschaffene Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 2 HHG aus, die lapidar feststellt: „Studiengänge können eine zwischen den Lernorten Hochschule und Praxis wechselnde Ausbildung vorsehen (duales Studium).“ Die rheinland-pfälzische Regelung des § 19 Abs. 5 Satz 1 HochSchG RP ist mit den vorgenannten Regelungen vergleichbar, beschränkt den Anwendungsbereich jedoch ausdrücklich auf eine Hochschulart: „Die Fachhochschulen richten Studiengänge ein, in die eine berufliche Ausbildung oder ein an deren Stelle tretendes berufliches Praktikum integriert wird und die durch einen Wechsel von Studien- und Praxisphasen gekennzeichnet sind (duale Studiengänge).“ Allen diesen Regelungen ist gemein, dass sie sich auf eine legaldefinitorische Erwähnung des dualen Studiums beschränken und damit höhere Praxisanteile im Hochschulstudium ermöglichen, ohne damit die Dualität als Grundprinzip gesetzlich zu verankern oder auch nur eine Grundlage für institutionelle Dualität zu schaffen.

Die vom Stifterverband im Rahmen des kompetitiven „Qualitätsnetzwerks Duales Studium“<sup>30</sup> ausgezeichnete Technische Hochschule Mittelhessen behilft sich mit der Konstruktion eines Wissenschaftlichen Zentrums im Rahmen der von § 47 HHG gewährten Organisationsfreiheit, das als Träger dualer Studiengänge agiert. Die Satzung für dieses „Zentrum Duales Hochschulstudium (ZDH)“<sup>31</sup> sieht als Zentrumsmitglieder nur hauptberufliche Hochschullehrer (§ 3 ZDH-Satzung) vor. Die Organe Zentrumsrat und Direktorium sind in ihrer Struktur Fachbereichsräten und –vorständen nachgebildet und sehen keine Mitwirkung oder Einbeziehung von dualen Praxispartnern vor (§§ 5, 6 ZDH-Satzung). Eine derartige Übertragung von Entscheidungsmacht in hochschulischen Angelegenheiten auf Externe wäre bei Fehlen einer hochschulgesetzlichen Grundlage zur institutionellen Dualität auch nicht zulässig.

27 So gibt es in Sachsen und Thüringen standortübergreifende Kollegien, in denen die staatlichen, externen, akademischen und studentischen Vertreter zusammenwirken (§§ 14 SächsBAG, 21 ThürBAG), sowie von akademischer und betrieblicher Seite paritätisch besetzte Studienkommissionen und Koordinierungs-kommissionen (§§ 15 f SächsBAG, 23 f ThürBAG).

28 §§ 11 Abs 2 HmbBAG, 2 Abs 1, 5 HessBAG, 2 Abs 2 NdsBAkadG,

2 Abs 2 SaarlBAkadG.

29 *Wissenschaftsrat* (Fn 3), S 45 f, Tabellen 1 und 2.

30 Aus über 60 Bewerbungen hatte eine Jury zehn Hochschulen mit dualen Studienkonzepten ausgewählt, vgl <[http://www.stifterverband.info/bildungsinitiative/beruflich-akademische\\_bildung/duales\\_studium/index.html](http://www.stifterverband.info/bildungsinitiative/beruflich-akademische_bildung/duales_studium/index.html)> (1.2.2014).

31 <[http://www.thm.de/amb/pruefungsordnungen/doc\\_download/193-amb-432012-22102012-satzung-zdh](http://www.thm.de/amb/pruefungsordnungen/doc_download/193-amb-432012-22102012-satzung-zdh)> (1.2.2014).

## 2. Fachbereich Duales Studium der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

Anders sieht es beim „Fachbereich Duales Studium“ der Hochschule für Wirtschaft und Recht aus, der ebenfalls vom Stifterverband mit der Aufnahme in das „Qualitätsnetzwerk Duales Studium“ prämiert wurde. Anders als in den vorgenannten Ländern existiert in Berlin eine gesetzliche Rechtsgrundlage für eine institutionelle Dualität. Im Mittelpunkt steht dabei die „Duale Kommission“, die (ähnlich dem Aufsichtsrat der DHBW) neben akademischen Vertretern auch externe Praxispartner und Wirtschafts- und Gewerkschaftsvertreter umfasst (§ 2 BakEG) und für alle grundsätzlichen Fragen des Fachbereichs – anstelle des in der Hintergrund tretenden Fachbereichsrats – zuständig ist, insbesondere für die strategische Entwicklung des Fachbereichs, die Ausbildungs- und Prüfungsvorschriften und die Grundsätze für die Zusammenarbeit zwischen Fachbereich und Ausbildungsstätten (§ 3 Abs. 1 BakEG). Ebenfalls in Entsprechung zur DHBW sind der Dualen Kommission beratende Fachkommissionen für die einzelnen Ausbildungsbereiche zur Seite gestellt, denen (neben einem Studierenden) paritätisch jeweils sechs hauptamtliche Lehrkräfte und Vertreter der Ausbildungsstätten angehören (§ 3 Abs. 2 BakEG).

Aber auch bei dieser Berliner Regelung handelt es sich nicht um ein grundlegendes Bekenntnis zum Dualitätsprinzip, sondern (nur) um die normative Umsetzung der Eingliederung der Berliner Berufsakademie – die dort ebenfalls nach baden-württembergischen Vorbild 1993 geschaffen wurde<sup>32</sup> – in die Hochschule für Wirtschaft und Recht. Folglich hat dieses Berufsakademie-Eingliederungsgesetz (BakEG) auch keine allgemeine hochschulrechtliche Geltung für alle Berliner Hochschulen, sondern nur für den die ehemalige Berufsakademie darstellenden Fachbereich Duales Studium. Dennoch handelt es sich dabei um die einzige normative Verankerung wesentlicher Teile des Dualitätsprinzips im Bereich nicht-dualer Hochschulen.

## IV. Vorschlag für eine hochschulgesetzliche Regelung („Dualitätsklausel“)

Die vorgestellten Regelungen und Beispiele haben gezeigt, dass trotz des Siegeszuges des dualen Studiums im tertiären Bildungsbereich kein einziges Bundesland

über eine gesetzliche Rechtsgrundlage verfügt, die eine Umsetzung des Dualitätsprinzips in nicht-dualen Hochschulen generell ermöglichen würde. Soweit das Landeshochschulrecht auf das duale Studium überhaupt eingeht, gibt es entweder – wie unter II. dargestellt – eine eigene Hochschulart oder hochschuläquivalente Einrichtung, in der ausschließlich dual studiert werden kann, oder es gibt legaldefinitive Ansätze ohne weiterführende institutionelle Regelungen. Dies wird der praktischen Bedeutung des dualen Studiums sowie des Kooperationsbedarfs von Hochschulen und Wirtschaft nicht gerecht. Denn dieses Defizit kann auch nicht mit Kooperationsabkommen zwischen Hochschulen und externen Ausbildungsstätten behoben werden: Die Hochschulen können nicht über ihre Entscheidungszuständigkeiten in Hochschulangelegenheiten durch Verträge disponieren, da öffentlich-rechtliche Aufgabenzuweisungen nicht nur ein Recht, sondern zugleich eine Pflicht begründen.<sup>33</sup> Um also die Verantwortung für die Curricula, Prüfungsordnungen u.ä. gemeinsam im Sinn des Dualitätsprinzips wahrnehmen zu können, benötigen dual arbeitende Hochschuleinrichtungen eine gesetzliche Grundlage.

Diese erforderliche Rechtsgrundlage könnte durch eine „Dualitätsklausel“ im allgemeinen Hochschulgesetz des jeweiligen Landes geschaffen werden. Ähnlich einer Experimentierklausel wird dadurch ohne zu detaillierte Vorgaben ein rechtlicher Rahmen geschaffen, in dem außerhalb des „Regelbetriebs“ besondere Arbeitsformen rechtssicher praktiziert werden können. Im Mittelpunkt steht dabei die Beleihung der privaten und öffentlichen Ausbildungsstätten mit den Mitwirkungsrechten in hoheitlich-hochschulbezogenen Entscheidungsprozessen einerseits und die grundsätzliche Regelung des Dualitätsprinzips insbesondere durch Paritätsvorgaben im institutionellen Bereich andererseits. Auf dieser Basis wäre folgende Formulierung für eine solche „Dualitätsklausel“ denkbar:

- „(1) Eine Hochschule kann duale Studiengänge anbieten, in denen das Studium an der Hochschule sowie am Studium beteiligten Ausbildungsstätten absolviert wird.  
(2) Als Träger dieser Studiengänge errichtet die Hochschule ein Duales Zentrum, dem die Ausbildungsstätten als Mitglieder angehören. Organe des Dualen Zentrums sind die Duale Kommission und der Zentrumsvorstand.“

32 Hintergrund der Berliner Gründung war der Wechsel von Manfred Erhardt – der in Baden-Württemberg zunächst ab 1974 als Gründungs-Referatsleiter und später als Amtschef im Wissenschaftsministerium den Aufbau der Berufsakademie maßgeblich betrieb und deshalb als „spiritus rector“ dieser Hochschulart gelten kann – nach Berlin, wo er von 1991 bis 1996 als Wissen-

schaftssenator amtierte; zur Historie der Berliner Berufsakademie siehe auch <<http://www.hwr-berlin.de/nc/fachbereich-duales-studium/neuigkeiten/einzelansicht/article/duales-studium-erfolgsmodell-mit-zukunft-1//backto/6432/>> (1.2.2014).

33 Ladner, Örtliche und sachliche Zuständigkeit der Behörde, LKV 1991, S 200.

Weitere Gremien können mit beratenden Funktionen eingerichtet werden.

(3) Die Duale Kommission besteht mindestens aus den Mitgliedern des Zentrumsvorstands, Vertretern der Studierenden und gleich vielen Vertretern des hauptberuflichen Lehrpersonals und der Ausbildungsstätten. Sie beschließt in allen Angelegenheiten des Dualen Zentrums von grundsätzlicher Bedeutung, insbesondere über

1. die Planung und Entwicklung des Dualen Zentrums,
2. die Vorschläge zur Einrichtung, Änderung und Aufhebung von dualen Studiengängen,
3. die Ausbildungs- und Prüfungsvorschriften,
4. die Grundsätze für die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Studierenden und den Ausbildungsstätten,
5. die Grundsätze für die Eignung und Zulassung der Ausbildungsstätten sowie die Durchführung und Überwachung dieser Grundsätze,
6. die Abstimmung der Studienkapazitäten zwischen der Hochschule und den Ausbildungsstätten und
7. die Grundsätze für die Zusammenarbeit des Dualen Zentrums mit den Ausbildungsstätten sowie über die Koordinierung der Ausbildung.

Bei Entscheidungen, die die Lehre mit Ausnahme der Bewertung der Lehre betreffen, müssen die Hochschullehrer mindestens über die Hälfte der Stimmen verfügen.

(4) Der Zentrumsvorstand besteht aus hauptberuflichen Hochschullehrern und Vertretern der Ausbildungsstätten. Seine Aufgaben entsprechen denen des Fakultätsvorstands. Für die Wahl gelten die für Fakultätsvorstände geltenden Regeln, wobei die Duale Kommission die Rechte des Fakultätsrats wahrnimmt.

(5) Zu einem Studium im Dualen Zentrum kann zugelassen werden, wer über die dafür erforderliche Qualifikation sowie einen Ausbildungsvertrag mit einer zugelassenen Ausbildungsstätte verfügt, der den Grundsätzen gemäß Absatz 3 Satz 2 Nr. 3 entspricht.

(6) Hochschullehrer und Ausbildungsstätten können bei Forschungsvorhaben, die den Möglichkeiten und Bedürfnissen der Praxispartner besonders entsprechen, zusammenwirken (kooperative Forschung).

(7) Das Nähere regelt die Hochschule in der Errichtungssatzung.“

## V. Zusammenfassung

Das duale Ausbildungsprinzip erfreut sich auch im tertiären Bildungsbereich ständig steigender Beliebtheit und Nachfrage. Eine Reihe von Ländern hat daher gesonderte Bildungseinrichtungen (Duale Hochschule oder Berufsakademien) geschaffen und mit hochschulrechtlichen Sonderbestimmungen ausgestaltet. Aber auch nicht-duale Hochschulen bieten bundesweit zahlreiche duale Studienangebote an, ohne dass dies hochschulrechtlich hinreichend unterlegt wäre. Viele Länder haben dazu gar keine Regelungen getroffen, andere haben das duale Studium lediglich legaldefinitiv in ihren Hochschulgesetzen erwähnt. In keinem dieser Fälle ist das umfassende Dualitätsprinzip gesetzlich verankert, insbesondere auch nicht die Möglichkeit institutio-nell-organisatorischer Dualität. Dadurch ist die inhaltliche und organisatorische Ausgestaltung dualer Studienangebote auf das Instrument von Kooperationsabkommen angewiesen. Da auf diesem Weg die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen nicht modifiziert werden können, besteht jedoch keine Möglichkeit zu dualen Entscheidungsstrukturen und zu einer partnerschaftlichen Verantwortungsträgerschaft für ein gemeinsames Studienangebot. Um dies aber zu ermöglichen, wird hier eine Dualitätsklausel (IV.) vorgeschlagen, die in das allgemeine Landeshochschulrecht aufgenommen werden könnte und nicht-dualen Hochschulen nicht nur duale Studienangebote erlauben würde, sondern auch eine duale Verantwortungsteilung zwischen akademischer Seite und den Ausbildungsstätten. Während sich die akademische Seite bei bloßen Kooperationsabkommen der Ausbildungsstätten nur bedient, können bei Geltung einer solchen Dualitätsklausel beide Ausbildungspartner auf Augenhöhe und gemeinsam agieren.

Der Autor ist als Ministerialrat im Hochschuldienst und Honorarprofessor tätig. Er leitet die Abteilung für Rechtswissenschaft im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul- und Verfassungsrecht.



# Manfred Löwisch und Tobias Mandler

## *Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätsklinika?*

### I. Gesetzliche Regelung in Baden-Württemberg

Die Novelle zum Landespersonalvertretungsgesetz (LPVG) Baden-Württemberg vom 3. Dezember 2013<sup>1</sup> hat in das Gesetz eine Vorschrift über Wirtschaftsausschüsse eingefügt. Nach der in § 68b enthaltenen Vorschrift soll in Dienststellen ab einer Größe der Personalvertretung von mindestens sieben Mitgliedern, also in Dienststellen mit mindestens 151 Beschäftigten,<sup>2</sup> auf Antrag des Personalrats ein Wirtschaftsausschuss gebildet werden. Dieser hat die Aufgabe, wirtschaftliche Angelegenheiten der Dienststelle zu beraten und die Personalvertretung zu unterrichten (Absatz 1).

Nach Absatz 2 hat die Dienststelle den Wirtschaftsausschuss rechtzeitig und umfassend über die wirtschaftlichen Angelegenheiten unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten, soweit dadurch nicht die Dienst- oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gefährdet werden, sowie die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen.

Zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten gehören nach Absatz 3 insbesondere die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Dienststelle, Veränderungen der Produktpläne, beabsichtigte Investitionen, beabsichtigte Partnerschaften mit Privaten, die Stellung der Dienststelle in der Gesamtdienststelle, beabsichtigte Rationalisierungsmaßnahmen, Einführung neuer Arbeits- und Managementmethoden, Fragen des Umweltschutzes, des Klimaschutzes oder der sorgsamsten Energienutzung in der Dienststelle, Verlegung, Auflösung, Neugründung, Zusammenlegung oder Teilung der Dienststelle oder von Dienststellenteilen, Zusammenarbeit mit anderen Dienststellen und sonstige Vorgänge und Vorhaben, welche das wirtschaftliche Leben der Dienststelle und die Interessen der Beschäftigten der Dienststelle wesentlich berühren können.

Der Wirtschaftsausschuss besteht nach Absatz 4 aus mindestens drei und höchstens sieben Mitgliedern, die der Dienststelle angehören müssen, darunter mindestens einem Mitglied der Personalvertretung. Die Mitglieder sollen die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche fachliche und persönliche Eignung besitzen. Sie werden im Einvernehmen mit der Personalvertretung für die Dauer ihrer Amtszeit<sup>3</sup> von der Dienststelle bestellt und können jederzeit abberufen werden.

Der Wirtschaftsausschuss soll einmal im Vierteljahr zusammentreten (Absatz 5).<sup>4</sup> Der Leiter der Dienststelle oder eine von ihm beauftragte Person nimmt an den Sitzungen des Wirtschaftsausschusses teil; weitere sachkundige Beschäftigte können hinzugezogen werden (Absatz 6 Satz 1), wobei diese damit aber nicht zu Mitgliedern des Personalrates werden und ihnen so auch nicht der Schutz des § 48 LPVG zuteil wird.<sup>5</sup> Der Wirtschaftsausschuss ist eine Einrichtung eigener Art.<sup>6</sup>

Darüber hinaus können nach Absatz 6 Satz 2 beratend teilnehmen die Schwerbehindertenvertretung, ein Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, wenn Angelegenheiten behandelt werden die besonders Jugendliche und Auszubildende betreffen, und die Beauftragte für Chancengleichheit, wenn Angelegenheiten behandelt werden, die besonders die Gleichstellung von Frauen und Männern betreffen.

Gemein ist den Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses die Ausrichtung ihrer Handlungen an den Regelungen über das Behinderungs-, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 9a LPVG sowie die Wahrung der Verschwiegenheitspflicht gem. § 10 LPVG. Durch die Mitgliedschaft werden Aufgaben bzw. Befugnisse des LPVG wahrgenommen.

Die Novelle hat *auch die Vorschrift des § 66 LPVG* über die Zusammenarbeit zwischen Dienststelle und

1 Gesetz zur Änderung des Landespersonalvertretungsgesetzes, des Landesrichter- und -staatsanwaltsgesetzes und anderer Vorschriften GBl 2013, 329.

2 Vgl § 14 Absatz 3 LPVG.

3 Insoweit soll die Konstituierung des Wirtschaftsausschusses an die des Personalrates angelehnt werden, vgl die Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 133 sowie die Begründung zum Anhörungsentwurf des Änderungsgesetzes vom 23.07.2013 S 65 abrufbar unter [http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/Remote/im/begruendung\\_-\\_anhoerungsentwurf\\_23\\_07\\_2013.pdf](http://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/Remote/im/begruendung_-_anhoerungsentwurf_23_07_2013.pdf); abgerufen am 17.1.2014.

4 Die Frequenz des Zusammentritts ist abhängig davon, inwieweit

eine Unterrichtung und Beratung für angemessen und ausreichend erachtet wird. Dies soll im Grundsatz durch einen vierteljährlichen Turnus gewährleistet sein, kann mitunter aber auch zur Erhöhung bzw Verminderung der Sitzungen führen, vgl Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 133 sowie die Begründung des Anhörungsentwurfs aaO. Insoweit besteht ein gegenüber § 68b Absatz 1 S 1 LPVG erweiterter Ermessensspielraum.

5 Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 133; Begründung zum Anhörungsentwurf S 65.

6 Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 132; Begründung zum Anhörungsentwurf S 64 f.

Personalvertretung um einen Auffangtatbestand ergänzt. Nach dem neu in Absatz 1 eingefügten Satz 4 soll dann, wenn kein Wirtschaftsausschuss besteht, die Dienststelle die Personalvertretung in den gemeinschaftlichen Besprechungen mindestens zweimal im Jahr über die von einem Wirtschaftsausschuss zu behandelnden Angelegenheiten unterrichten. Nach dem ebenfalls neu eingefügten Satz 3 können der Leiter der Dienststelle und die Personalvertretung einvernehmlich zweimal im Jahr von den gemeinschaftlichen Besprechungen absehen, wenn wirtschaftliche Angelegenheiten im Wirtschaftsausschuss ausreichend behandelt worden sind.

Mit diesen Regelungen betritt das LPVG Baden-Württemberg *Neuland*. Weder das Bundespersonalvertretungsgesetz noch andere Landespersonalvertretungsgesetze sehen eine derartige Einrichtung vor.

Wie die Gesetzesbegründung<sup>7</sup> ergibt, hält es der Gesetzgeber für sachgerecht, den Wirtschaftsausschuss als „bewährtes Gremium“ aus der privatwirtschaftlichen Mitarbeiterbeteiligung unter Anerkennung der Besonderheiten der öffentlichen Verwaltung in das Personalvertretungsrecht zu übernehmen. Durch den Wirtschaftsausschuss als Beratungs- und Informationsgremium an der Schnittstelle zwischen Dienststelle und Personalvertretung solle der Personalrat in die Lage versetzt werden, teilweise komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge, die für die Dienststelle maßgebend sind, nachzuvollziehen. Durch die regelmäßige Befassung mit wirtschaftlichen Themen könnten Informationen angemessen geprüft, aus kollektiver Beschäftigtensicht bewertet und eventuelle Risiken aufgezeigt werden. Die Aufzählung der wirtschaftlichen Angelegenheiten in Absatz 3 sei beispielhaft. Zu einem großen Teil solle es sich dabei um Angelegenheiten handeln, in denen später bei konkreter Umsetzung durch die Dienststelle ein Beteiligungsrecht bestehen könnte. Mit der Nr. 12 sollten zudem in Form einer Auffangklausel alle Vorgänge und Vorhaben umfasst werden, welche das wirtschaftliche Leben der Dienststelle um die Interessen der Beschäftigten wesentlich berühren könnten.<sup>8</sup>

## II. Ausgestaltung als Sollvorschrift

Anders als der Personalrat selbst, wird der Wirtschaftsausschuss nicht durch Wahl von den Beschäftigten gebildet. Vielmehr erfolgt die Bildung auf Antrag des Personalrats durch die Dienststelle.

Dabei beschränkt sich das Gesetz auf eine Sollvorschrift: Der Wirtschaftsausschuss „soll“ auf Antrag des Personalrats gebildet werden. Wie die Begründung zeigt, wird damit ausgedrückt, dass die Bildung eines Wirtschaftsausschusses der *Regelfall* sein soll, wenn die Personalvertretung den entsprechend Antrag stellt.<sup>9</sup> Nur in atypischen Fällen soll die Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses unterbleiben können.<sup>10</sup>

Das Gesetz schließt damit an das allgemeine Verständnis von Sollvorschriften im Verwaltungsrecht an.<sup>11</sup> Sie werden dahin interpretiert, dass vorgesehene Verwaltungsakte oder sonstige behördliche Maßnahmen im Regelfall zu erfolgen haben, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, dass diese aber unterbleiben können, wenn ein atypischer Fall vorliegt. Während in Regelfällen kein Ermessensspielraum besteht, so dass auch eine Begründung unterbleiben kann, ist in atypischen Fällen eine Ermessensentscheidung zu treffen, die zu begründen ist und ermessensfehlerfrei sein muss.<sup>12</sup>

Die *Atypizität* kann dabei nach dem auch insoweit maßgebenden allgemeinen Verständnis sowohl in der Besonderheit des in Rede stehenden Sachverhalts liegen, wie in der besonderen rechtlichen Situation begründet sein, die insbesondere auch aus einer grundrechtlichen Spannungslage resultieren kann.<sup>13</sup> Ist eine solche atypische Konstellation gegeben, ist bei der dann notwendigen Ermessensausübung vor allem auf die jeweils betroffenen Grundrechte zu achten, die dem Vorgang im Lichte der bestehenden Normenhierarchie eine grundrechtsfreundliche Sicht aufzwingen.<sup>14</sup>

7 Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 131; Begründung zum Anhörungsentwurf S 63.

8 Die Auffangklausel des § 68b LPVG entspricht damit weitgehend der des § 106 Absatz 3 Nr. 10 BetrVG.

9 Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 132; Begründung zum Anhörungsentwurf S. 64.

10 Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 132; Begründung zum Anhörungsentwurf S. 64.

11 BVerwG 29.10.1964 - II C 13.62; BVerwG 1.10.1986 - 8 C 29/84 = NJW 1987, 1564; BVerwG 5.7.1985 - 8 C 22/83 = NJW 1986, 738;

Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz* 8. Aufl., § 40 Rn 28 ff; *Volkmann*, *Das intendierte Verwaltungsermessen* DÖV 1996, 282 ff; *Beuermann*, *Intendiertes Ermessen*, 2002; *Schoch*, *Das „intendierte Ermessen“* Jura 2010, 358.

12 *Tiedemann* in *Bader/Ronellenfitsch*, *Beck'scher Online-Kommentar VwVfG*, Stand 1.10.2013, § 39 Rn 49.

13 Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz* 8. Aufl., § 40 Rn 29a, 85 ff; *Stern*, *Staatsrecht III/1*, 1988, S 1354 mwN.

14 BVerwG 21.2.2008 - 20 F 2/07 = *NVwZ* 2008, 554; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs aaO § 40 Rn 29a, 85 ff.

### III. Hochschulen und Universitätsklinika als atypischen Fälle

#### 1. Hochschulen

##### a) Wissenschaftsfreiheit

Die Bildung eines Wirtschaftsausschusses bei den Hochschulen tangiert deren grundgesetzlich verbürgte Wissenschaftsfreiheit ebenso wie die ihrer Wissenschaftler.<sup>15</sup> Art. 5 Absatz 3 Satz 1 GG macht die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft zur Grundlage des Freiheitsschutzes und garantiert damit – vorbehaltlich kollidierender Verfassungsgüter – eine unbeschränkte Freiheit wissenschaftlicher Tätigkeit, die motiviert durch ihre prinzipielle Unabgeschlossenheit jeder wissenschaftlichen Erkenntnis über die bloße Fragestellung hinaus, auch die freie unbeschränkte Planung, Durchführung und Ergebnisformulierung umfassend garantiert.<sup>16</sup> Dieses *Privileg zur wissenschaftlichen Autonomie* gegenüber dem Staat, wird durch die Regelungen zum Wirtschaftsausschuss erheblich beeinträchtigt, ohne dass diesen aufgrund ihrer einfachgesetzlichen Natur rechtfertigende Wirkung zukäme:

Mit der Bildung eines Wirtschaftsausschusses geht die Pflicht einher, diesen über die in § 68b Absatz 3 LPVG genannten Angelegenheiten zu informieren und diese dort zu beraten. Diese Angelegenheiten sind in den Hochschulen mit der wissenschaftlichen Tätigkeit untrennbar verknüpft. Besonders augenscheinlich ist das bei den in Nr. 2 genannten Veränderungen der Produktpläne, zu denen man auch Forschungsprojekte, Drittmittelinwerbungen oder Publikationsleistungen rechnen muss,<sup>17</sup> bei den beabsichtigten Investitionen (Nr. 3), den beabsichtigten Partnerschaften mit Privaten der Nr. 4, also etwa gemeinsamen Forschungsprojekten mit der Industrie oder Kooperationen mit privaten Bildungseinrichtungen. Aber auch die in Nr. 10 genannte Auflösung, Neugründung, Zusammenlegung oder Teilung von Dienststellen oder Dienststellenteilen tangiert die Autonomie in den zentralen Fragen der Gliederung der Hochschulen in Fakultäten, Institute, Departments und sonstige Einrichtungen. Die Auffangregelung der Nr. 12

für alle Vorgänge und Vorhaben, welche das wirtschaftliche Leben der Dienststelle und die Interessen der Beschäftigten wesentlich berühren können löst darüber hinaus eine umfassende Zuständigkeit für alle Entscheidungen der Hochschule aus.

Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass die eigentlichen Träger von Forschung und Lehre an den Hochschulen, nämlich die *Hochschullehrer*, nach dem unverändert gebliebenen § 94 Absatz 1 Nr. 1 LPVG in Baden-Württemberg von der *Personalverfassung ausgeschlossen* sind. Auch schreibt § 68b LPVG keine Beteiligung der Hochschullehrer am Wirtschaftsausschuss vor. Sie sind davon abhängig, dass die Dienststelle ihre Repräsentanten als Mitglieder des Wirtschaftsausschusses bestellt und dass der Personalrat sein Einverständnis mit ihrer Bestellung erklärt. Diese Diskrepanz zwischen der grundgesetzlich vorgegebenen und im Hochschulrecht verwirklichten zentralen Stellung der Hochschullehrer in Angelegenheiten von Forschung und Lehre einerseits und ihren fehlenden Einflussnahmemöglichkeiten im Wirtschaftsausschuss andererseits beeinträchtigt die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer.<sup>18</sup>

Bestätigt wird diese in der rechtlichen Situation begründete Atypizität durch die *Regelung im Betriebsverfassungsgesetz*, auf welche sich die Gesetzesbegründung ausdrücklich bezieht: Dort nimmt § 118 Absatz 1 Satz 2 Tendenzunternehmen und -betriebe von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Vorschriften über den Wirtschaftsausschuss aus. Der Tendenzschutz des § 118 Absatz 1 BetrVG dient der Verwirklichung der Grundrechte der Träger der in der Vorschrift genannten Unternehmen und Betriebe.<sup>19</sup> Diese wären nach Auffassung des Gesetzgebers eingeschränkt, wenn die Unternehmen und Betriebe zu einer umfassenden Unterrichtung und Beratung mit der Vertretung der Arbeitnehmer verpflichtet wären.

##### b) Gruppenorientierte Organisation

Eine rechtliche Besonderheit besteht weiter darin, dass das LHG wie alle anderen Landeshochschulgesetze einen Einfluss des Personals auf die für sie in wirtschaftlicher Hinsicht relevanten Angelegenheiten durch die *institut-*

15 BVerfG 16.1.1963 - 1 BvR 316/60 = BVerfGE 15, 256 (262); Merten/Papier/Löwer, Handbuch der Grundrechte, 2011, § 99 Rn 19 mwN; Maunz/Dürig/Scholz, Grundgesetz-Kommentar 2013, Art 5 Abs 3 Rn 131 mwN.

16 BVerfG 29.05.1973 - 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 = BVerfGE 35, 79 (112 f); BVerfG 11.1.1994 - 1 BvR 434/87 = BVerfGE 90, 1 (11 f); BVerfG 26.10.2004 - 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/0 = BVerfGE 111, 333 (353 ff); Merten/Papier/Löwer, aaO § 99 Rn 12.

17 Vgl BVerfG 2.7.2008 - 1 BvR 1165/08, BVerfGE 14, 72, Rn 26 ff; Merten/Papier/Löwer aaO § 99 Rn 14; die Bedeutung der Drittmittelinwerbung sowie der Publikationsleistungen für die

Forschung betonen auch die Empfehlungen des Wissenschaftsrates zur Universitätsmedizin vom 13.7.2007 - Drs 7984-07, S 27; siehe dazu auch VGH Mannheim 15.10.2010 - 9 S 1935/10 = DÖV 2011, 100 ff.

18 Siehe dazu auch Löwisch, Freiheit und Gleichheit der Wahl zu Betriebsrat und Personalrat BB 2014, 117, 121.

19 BVerfG vom 6.11.1979, 1 BvR 81/76 und vom 15.12.1999 (Kammer), 1 BvR 729/92, AP § 118 BetrVG 1972 Nr 14 und 18; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl 2010, § 188 Rn1; GK-BetrVG/Weber, 10. Aufl 2014, § 118 Rn 2.

onelle Ordnung der Hochschule selbst sicherstellt: Wissenschaftliche und nicht wissenschaftliche Beschäftigte der Hochschule gehören dem Senat an (§ 19 Absatz 2 iVm § 10 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 LHG). Dieser bestimmt über die Wahl der Vorstands(=Rektorats)mitglieder, einschließlich des für die Wirtschafts- und Personalverwaltung zuständigen Kanzlers, und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats mit (§ 17 Absatz 5 und § 18 LHG, § 20 Absatz 4 LHG). Vorstand und Aufsichtsrat wiederum sind für die wirtschaftlich relevanten Angelegenheiten der Hochschulen zuständig. Zudem nimmt der Senat zu Struktur und Entwicklungsplänen, den Entwürfen des Haushaltsvoranschlags oder zum Wirtschaftsplan und zu Hochschulverträgen Stellung und beschließt über die Einrichtung, Änderung und Aufhebung von Hochschuleinrichtungen sowie gemeinsamen Einrichtungen von Fakultäten (§ 20 Absatz 1 Satz 3 iVm § 19 Absatz 1 LHG).

Gleiches gilt auf der *Ebene der Fakultäten*. Wissenschaftliche und nicht wissenschaftliche Mitarbeiter gehören dem Fakultätsrat an und wählen den für die Aufstellung von Struktur- und Entwicklungsplänen der Fakultät und die Aufstellung des Haushaltsvoranschlags oder des Wirtschaftsplans zuständigen Fakultätsvorstand mit (§ 24 Absatz 3 und 4 LHG). Auch bedürfen die Struktur- und Entwicklungspläne der Fakultät und die Bildung, Änderung und Aufhebung von Einrichtungen der Fakultät der Zustimmung des Fakultätsrats (§ 25 Absatz 1 Satz 3 LHG).

Die Hochschulen sind auch vermöge dieser gruppenorientierten Organisation, welche den Beschäftigten Teilhaberechte auch an wirtschaftlich relevanten Entscheidungen zuweist, im Vergleich zu den normalen Dienststellen und Betrieben der öffentlichen Verwaltung ein atypischer Fall.

#### c) Zwischenergebnis: Ermessensentscheidung

Beide Gründe führen dazu, dass es im Ermessen jeder einzelnen Hochschule liegt, ob sie einen Wirtschaftsausschuss bildet oder nicht. Ein Verzicht ist im Hinblick auf diese Situation regelmäßig sachgerecht, muss allerdings *begründet werden und ermessensfehlerfrei sein*. Die Bildung des Wirtschaftsausschusses etwa im Hinblick darauf zu unterlassen, dass der Personalratsvorsitzende aus der Sicht der Leitung der Hochschule „unbequem ist“, könnte den Verzicht nicht tragen.

#### d) Unterrichtspflicht gegenüber dem Personalrat

Was für die Sollvorschrift des § 68b LPVG gilt, trifft auch auf die Sollvorschrift des § 66 Absatz 1 Satz 4 LPVG zu: Er sieht eine Unterrichtung der Personalvertretung über alle von einem Wirtschaftsausschuss zu behandelnden Angelegenheiten vor und erfasst damit wiederum den durch die Wissenschaftsfreiheit garantierten Autonomiebereich. Dass die Vorschrift lediglich von Unterrichtung und nicht wie § 68b Absatz 1 Satz 2 LPVG von Beratung spricht, ändert daran nichts. Denn die Angelegenheiten über die zu unterrichten ist, sind nach § 66 Absatz 1 Satz 1 und 2 LPVG Gegenstand der gemeinschaftlichen Besprechung und dort zu behandeln. Wenn die Begründung des Anhörungsentwurfs die Behandlung der wirtschaftlichen Angelegenheiten in den Vierteljahresgesprächen nach § 66 Absatz 1 LPVG als eine „geeignete Alternative zur Bildung des Wirtschaftsausschusses“ in kleineren Dienststellen oder Dienststellen ohne wirtschaftlichen Ausrichtung bezeichnet,<sup>20</sup> kann das nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch diese Alternative ihre Grenze dort findet, wo wissenschaftsrelevante Vorgänge betroffen sind. Nur soweit wirtschaftliche Angelegenheiten ohne solchen Bezug in Rede stehen, kann die Unterrichtungspflicht nach § 66 Absatz 1 Satz 4 LPVG greifen.

#### e) Sonderfall KIT

Dieselben Probleme, wie bei den Hochschulen, ergeben sich beim eigens gesetzlich geregelten Karlsruher Institut für Technologie (KIT). Auch dort würde durch die Zuständigkeiten des Wirtschaftsausschusses die Wissenschaftsfreiheit des KIT selbst, wie die der dort tätigen Wissenschaftler, beeinträchtigt, obwohl dem KIT-Senat Vertreter des wissenschaftlichen Personals und des nichtwissenschaftlichen Personals angehören (§ 9 Sätze 1 und 5 KIT-Gesetz).

#### 2. Universitätsklinika

Auch die Universitätsklinika sind Träger der Wissenschaftsfreiheit des Artikel 5 Absatz 3 GG: § 4 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes über die Universitätsklinika Freiburg, Heidelberg, Tübingen und Ulm (UKG) bestimmt ausdrücklich, dass sie in enger Zusammenarbeit mit der Universität die *Verbindung der Krankenversorgung mit Forschung und Lehre gewährleisten*.<sup>21</sup> Zudem sind auch

20 Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 128; Begründung zum Anhörungsentwurf S. 60.

21 Vgl hierzu VGH Mannheim 18.5.2004 - 4 S 760/04 = NVwZ-RR 2004, 751.

die Aufgaben der Universitätsklinik in der Krankenversorgung, der Aus-, Fort- und Weiterbildung des Personals und überhaupt im öffentlichen Gesundheitswesen von besonderer Eigenart geprägt, die in Konflikte mit den Informations- und Beratungsrechten eines Wirtschaftsausschusses führen kann.

Die *institutionelle Mitwirkung* des wissenschaftlichen und nicht wissenschaftlichen Personals in den wirtschaftlich relevanten Angelegenheiten der Universitätsklinik ist dadurch sicher gestellt, dass nach § 9 Absatz 2 Absatz 2 Nr. 4 UKG dem Aufsichtsrat ein Vertreter des Personals angehört, der von den Beschäftigten des Universitätsklinikums direkt gewählt wird: Der Aufsichtsrat ist nach § 9 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 UKG zuständig für den gemeinsamen Struktur- und Entwicklungsplan von Universitätsklinikum und Medizinischer Fakultät und für die Feststellung des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses sowie für die Beschlussfassung über die Verwendung des Jahresergebnisses. Zudem bedürfen nach § 9 Absatz 2 UKG außergewöhnliche Maßnahmen seiner Zustimmung. Damit ist eine direkte Beteiligung des Personals am für wirtschaftliche Angelegenheiten letztlich zuständigen Organ des Universitätsklinikums gewährleistet. In der Konsequenz führte die Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses zu einer konfliktträchtigen Doppelung der Zuständigkeiten auf der Personalseite, vgl. § 68b Absatz 1 Satz 3. Das lässt es wiederum als sachgerecht erscheinen, einen untypischen Fall anzunehmen, in dem auf die Bildung Wirtschaftsausschuss verzichtet wird.

Auch die *Unterrichtungspflicht nach § 66 Absatz 1 Satz 4 LPVG* findet hier ihre Grenze. Sie erstreckt sich nicht auf wirtschaftliche Maßnahmen mit Wissenschaftsbezug, der wegen deren engen Verbindung der regelmäßig auch in Fragen der Krankenversorgung besteht. Nur wo wirtschaftliche Angelegenheiten ohne einen solchen Bezug betroffen sind, kann die Unterrichtungspflicht greifen.

#### IV. Rechtsbehelfe

##### 1. Keine Klagebefugnis des Personalrats

Das LPVG Baden-Württemberg enthält, wie das Bundespersonalvertretungsgesetz und alle Landespersonalvertretungsgesetze, einen *enumerativen Katalog der Zuständigkeit* der Verwaltungsgerichte: Beschrieben ist er in § 86 des Gesetzes. Die Bildung des Wirtschaftsaus-

schusses ist in diesem Katalog nicht genannt. § 86 LPVG weist lediglich redaktionelle Folgeänderungen aus,<sup>22</sup> schafft jedoch keine neue Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für das Novum des Wirtschaftsausschusses.

Die Bildung des Wirtschaftsausschusses lässt sich auch keinem der genannten Fälle zuordnen.

Insbesondere handelt es sich nicht um eine Frage der Zuständigkeit und Geschäftsführung der Personalvertretung im Sinne von § 86 Absatz 1 Nr. 3 LPVG. Zu dieser gehört zwar die in § 68b Absatz 1 Satz 1 LPVG geregelte Antragsbefugnis des Personalrats, nicht aber die Entscheidung über die Bildung des Wirtschaftsausschusses selbst. Diese hat das Gesetz in die Hand der Dienststelle gelegt, ohne eine entsprechende Verpflichtung gegenüber dem Personalrat zu formulieren. Die allgemeine Verpflichtung der Dienststelle zur Durchführung des LPVG aber reicht nicht aus, um einen gerichtlich durchsetzbaren Leistungsanspruch zu begründen.<sup>23</sup>

Auch eine Zuständigkeit der Einigungsstelle sieht das Gesetz nicht vor.

Letztlich handelt es sich bei Bildung des Wirtschaftsausschusses so um eine von der Dienststelle zu treffende *innerdienstliche Entscheidung*, bei der sie keiner Kontrolle durch die Gerichte, sondern lediglich der Kontrolle durch die Aufsicht unterliegt. Diese reicht aus, weil der Staat auf diese Weise sicherstellen kann, dass dem Gesetz Genüge getan wird, Art. 20 Absatz 3 GG.<sup>24</sup>

Ob und inwieweit die Personalvertretung zu unterrichten ist, ist eine Frage von deren Zuständigkeit, über welche die Verwaltungsgerichte nach § 86 Absatz 1 Nr. 3 LPVG zu entscheiden haben.<sup>25</sup>

##### 2. Aufsichtsmaßnahmen

Nach § 67 Absatz 2 LHG unterliegen die Hochschulen der *Fachaufsicht* des Wissenschaftsministeriums nur in den dort genannten Angelegenheiten. Zu diesen zählt die Bildung des Wirtschaftsausschusses nicht. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheit im Sinne von § 67 Absatz 2 Nr. 2 LHG, denn damit sind lediglich die Sachmaterien des Haushalts und der Wirtschaft der Dienststellen und Betriebe gemeint, nicht aber die Bildung und Zusammensetzung der mit diesen Angelegenheiten befassten Organe.

Damit bleibt die *Rechtsaufsicht* nach § 67 Absatz 1 LHG. In deren Rahmen könnte das Wissenschaftsminis-

22 Vgl auch die Gesetzesbegründung LT-Drs 15/4224 S 160; Begründung zum Anhörungsentwurf vom 23.7.2013 S 95.

23 Siehe hierzu Hamburgisches OVG vom 18.2.2003, 8 Bs 328/02 PVL, juris.

24 Hamburgisches OVG aaO.

25 *Amend*, Landespersonalvertretungsgesetz für Baden-Württemberg, 2006 § 86 Rn 1.

terium das Unterbleiben der Bildung eines Wirtschaftsausschusses dann beanstanden, wenn die Hochschule damit eine sich aus, § 68b LPVG ergebende Pflicht verletzte. Denn das Vorliegen der von einer Sollvorschrift dispensierenden Atypizität ist eine Rechtsfrage.<sup>26</sup> Im Ergebnis könnte eine auf die Bildung eines Wirtschaftsausschusses gerichtete Maßnahme der Rechtsaufsicht aber nicht zum Ziel führen, weil sich die Hochschulen, was die Bildung des Wirtschaftsausschusses angeht, eben gerade in einer atypischen Situation befinden, so dass es, wie dargelegt, in ihrem grundrechtlich vorgezeichneten Ermessen liegt, ob sie einen Wirtschaftsausschuss bilden oder nicht.

Die *Universitätsklinik* unterliegen nach § 3 Absatz 1 UKG von vornherein nur der Rechtsaufsicht des Wissenschaftsministeriums. Damit könnte eine Anweisung zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses wiederum nur erfolgen, wenn das Unterlassen der Bildung eine rechtswidrige Ermessensüberschreitung darstellen würde. Dies ist aber, wie ausgeführt, nicht Fall.

Gegen entsprechende aufsichtsrechtliche Maßnahmen steht Hochschulen und Universitätsklinik die Klage zum Verwaltungsgericht offen, denn bei diesen handelt es sich um Verwaltungsakte.<sup>27</sup>

## V. Fazit

Die in § 68b LPVG Baden-Württemberg vorgesehene Bildung eines Wirtschaftsausschusses ist als Sollvorschrift ausgestaltet. Dieser Rechtscharakter ermöglicht es den Hochschulen und Universitätsklinik, unter Berufung auf ihre im Vergleich zur allgemeinen Verwaltung atypische, durch die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Absatz 3 GG und die institutionelle Ordnung des Hochschul- und Klinikrechts geprägte Situation, von der Bildung eines Wirtschaftsausschusses Abstand zu nehmen. Auch die Unterrichtspflicht nach § 66 Absatz 1 LPVG besteht nur insoweit, als wirtschaftliche Angelegenheiten außerhalb des Schutzbereiches der Wissenschaftsfreiheit betroffen sind.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Tobias Mandler ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle sowie des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

26 Stellvertretend Kreikebohm/Schütte-Geffers, 2008, SGB IV § 87 Rn 15, wonach Ermessensentscheidungen nur im Fall einer Ermessensüberschreitung zu aufsichtsrechtlichen Konsequenzen führen können.

27 Siehe etwa Nolden in Nolden/Rottmann/Brinktrine/Kurz, Sächsi-

ches Hochschulgesetz, 2011, S 46; Rogosch in Neukirchen/Reußow/Schomburg, Hamburgisches Hochschulgesetz 2011, § 107 Rn 22; Peine in Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 2010, § 5 Rn 36; Hailbronner in Hailbronner/Geis, Kommentar zum Hochschulrahmengesetz 2004, Band 2 § 59 Rn 24.

Frank Wertheimer

*Entfristung eines Professoren-Beamtenverhältnisses  
im Wege einstweiliger Anordnung –  
VG Potsdam, Beschl. vom 22.3.2013, VG 2 L 98/13*

Gegenstand der Entscheidung des VG Potsdam war der Antrag einer Hochschulprofessorin, ihr für die Dauer von 5 Jahren befristetes Beamtenverhältnis (W2-Professur) im Wege einer einstweiligen Anordnung zu entfristen, hilfsweise über ihre Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit neu zu entscheiden und sie bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache vorläufig weiter zu beschäftigen. Das Verwaltungsgericht setzte sich in seinem – ablehnenden – Beschluss mit der Frage auseinander, ob für den auf Entfristung des Beamtenverhältnisses zielenden Hauptantrag ein Anordnungsanspruch im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO bestehe.

### **I. Zum Hintergrund der Entscheidung**

In der Gesetzgebung der Bundesländer hat seit etwa 2000 die Praxis Einzug gehalten, Professoren im Falle der Erstberufung nicht mehr sofort zu Lebenszeitbeamten sondern zu Beamten auf Zeit zu ernennen oder mit ihnen einen befristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Vorreiter hierbei war Baden-Württemberg mit der damaligen Regelung des § 67 Abs. 1 S. 2 UG.<sup>1</sup> Danach war bei der ersten Berufung in ein Professorenamt das Dienstverhältnis grundsätzlich zu befristen und konnte hierfür ein Zeitbeamtenverhältnis oder ein befristeter Dienstvertrag vorgesehen werden. Andere Bundesländer zogen sodann mit gleichlautenden oder ähnlichen Regelungen nach.<sup>2</sup>

Dazu zählt auch das Land Brandenburg. Nach der damaligen Regelung des § 40 Abs. 1 BbgHG konnten mit Professorinnen und Professoren Angestellten- oder Beamtenverhältnisse begründet werden. § 40 Abs. 1 S. 5 sah dabei vor, dass die Erstberufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit erfolgen soll. In der jetzigen Fassung des BbgHG – *sedes materiae* ist § 41 Abs. 1 – an der das VG Potsdam seine Entscheidung auszurichten hatte, ist das im Wesentlichen unverändert geblieben. Nach § 41 Abs. 1 S. 3 soll insbesondere bei der Erstberufung ein befristetes Angestelltenverhältnis oder ein Beamtenverhältnis auf Zeit begründet werden. Nach S. 4 der Vorschrift ist die Dauer des befriste-

ten Angestelltenverhältnisses oder des Beamtenverhältnisses auf Zeit auf höchstens fünf Jahre begrenzt, im Falle der Erstberufung beträgt sie zwei Jahre. Kriterien für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Entfristung eines Zeitbeamtenverhältnisses vorzunehmen oder eine solche verweigert werden kann, enthält § 41 BbgHG nicht.

Die Antragstellerin wurde im Jahr 2008 an der Universität Potsdam in ein Zeitbeamtenverhältnis für fünf Jahre berufen, es handelte sich hierbei um eine Erstberufung. In der Berufungsvereinbarung wies der Präsident der Universität darauf hin, dass – wie bei der Ausschreibung der Professur aufgeführt – eine Berufung auf fünf Jahre greift und die Universität Potsdam im Anschluss einen Antrag auf Entfristung an das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Brandenburg stellt; ferner darauf, dass eine Altersgrenze für die dann erfolgende Ernennung auf Lebenszeit nicht existiere und ein neuerliches Berufungsverfahren nicht statfinde.

In einem Erlass des brandenburgischen Wissenschaftsministerium vom 2.8.2010<sup>3</sup> finden sich Regelungen zur Befristung des Dienstverhältnisses von Professorinnen und Professoren bei der Erstberufung iSd § 41 BbgHG. Nr. 2 dieses Erlasses bestimmt hierbei, dass die Begründung eines befristeten Beamtenverhältnisses den Regelfall darstellt und von diesem nur im Ausnahmefall und dann abgewichen werden darf, wenn das Wissenschaftsministerium zustimmt. Nach Nr. 4 des Erlasses prüft die Hochschule rechtzeitig vor Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses, ob die Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit empfohlen werden kann. Weiter heißt es dort, dass die Hochschule hierzu eine Beschlussfassung der Gremien gem. § 62 Abs. 2 Nr. 7 BbgHG (in der Regel der Senat) und § 70 Abs. 2 Nr. 4 BbgHG (in der Regel Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat) herbeiführt. Ferner soll die Hochschule spätestens drei Monate vor Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses ihren Vorschlag zur unbefristeten Fortsetzung des Dienstverhältnisses beim Wissenschaftsministerium

1 IdF v 28.3.2000, GBl S 208.

2 Vgl zur damaligen Situation *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, 28, 29 f; siehe auch *Detmer*, in: HSChR-Praxishand-

buch, 2. Aufl 2011, S 157 Rn 145.

3 Amtsblatt für Brandenburg, 2010, S 1497.

einreichen und dabei zu der Frage Stellung nehmen, ob sich der Professor bei der Erfüllung seiner Dienstaufgaben *bewährt* hat.

Der Entfristungsantrag der Professorin fand im Fakultätsrat nicht die nach der Grundordnung der Universität Potsdam erforderliche qualifizierte Professorenmehrheit. Obwohl es einer Entscheidung des Senats der Universität über den Antrag gar nicht mehr bedurfte, lehnte dieser die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ab. Zu einer Antragstellung an das Wissenschaftsministerium kam es daraufhin nicht, weshalb die betroffene Professorin beim VG einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO stellte.

Der Beschluss des VG Potsdam ist deswegen von besonderem Interesse, weil Entscheidungen zu der praktisch bedeutsamen Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Hochschule einen Entfristungsantrag eines in ein Zeitbeamtenverhältnis berufenen Professors bzw. einer Professorin ablehnen kann, rar sind. Eine höchstgerichtliche Entscheidung des BVerwG hierzu ist bislang nicht ergangen, auch obergerichtliche Entscheidungen gibt es zu den neueren Landesgesetzen, die die Zeitprofessur eingeführt haben, bis dato ersichtlich keine. Bekannt sind aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ein Urteil des VG Gießen<sup>4</sup> sowie ein Beschluss des VG Frankfurt.<sup>5</sup> Vor diesen landesrechtlichen Gesetzesänderungen hatte sich der VGH Kassel<sup>6</sup> mit der Frage befasst, ob einem Professor nach Beendigung seines Beamtenverhältnisses auf Zeit aus culpa in contrahendo ein Anspruch auf Berufung als Professor in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zusteht. Auch liegt mittlerweile eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2013<sup>7</sup> vor, deren Focus darauf liegt, ob die Befristung von Arbeitsverhältnissen angestellter Hochschulprofessoren wirksam ist.

## II. Beschluss des VG Potsdam vom 22.3.2014

Das VG Potsdam hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. In seiner Begründung hat es ausgeführt, dass es für den auf eine Entfristung des Beamtenverhältnisses der Antragstellerin zielenden Hauptantrag an einem Anordnungsanspruch fehle, welcher wegen der insoweit begehrten Vorwegnahme der Hauptsache das – sichere – Bestehen eines Anspruchs auf Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit als Universitätsprofessorin voraussetzen würde. Von einem solchen Anspruch sei hier nicht auszugehen.

1. Das VG erteilte zunächst der Auffassung der Antragstellerin eine Absage, wonach sich ein Entfristungsanspruch aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums iSd Art. 33 Abs. 5 GG, zu dem das Lebenszeitprinzip zähle, herleiten lasse. Dem stehe bereits entgegen, dass die Antragstellerin die Berufung in ein Zeitbeamtenverhältnis unbeanstandet hingenommen und gegen die seinerzeitige Ernennung keinen Widerspruch eingelegt habe.

2. In diesem Zusammenhang hat das VG auch geäußerte verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Lebenszeitprofessur gegenüber einer Zeitprofessur durch § 41 Abs. 1 S. 3 und 4 BbgHG verneint. Es spreche, so das VG, viel dafür, dass „sachliche Gründe“ die Konstruktion der Zeitprofessur rechtfertigten, zumal befristete Beschäftigungsverhältnisse auch in früheren Phasen einer wissenschaftlichen Laufbahn nicht untypisch seien.

3. Dem von der Antragstellerin gestellten Hilfsantrag auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung des Entfristungsantrages hielt das VG in seinem Beschluss entgegen, es sei nicht zu beanstanden, dass das Land Brandenburg eine Berufung der Professorin in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit abgelehnt habe, weil die Universität Potsdam eine Fortsetzung des befristeten Beamtenverhältnisses nicht angestrebt und folglich auch keinen Antrag an das Wissenschaftsministerium gestellt habe. Über die Gründe der universitären Willensbildung erfährt man im Beschluss selbst nichts. Da in der Entscheidung aber auf den Erlass des Wissenschaftsministeriums vom 2.8.2010 eingegangen wird, darf angenommen werden, dass die Universität Potsdam die *Bewährung* der Antragstellerin verneint hat.

4. Im gleichen Zusammenhang habe für das Land auch kein Anlass bestanden, sich über das fehlende positive Votum der Universität wegen einer insoweit – behaupteten – fehlerhaften Ermessensentscheidung des Präsidenten der Universität hinwegzusetzen. Diesbezüglich verweist das VG auf die innerhalb der Universität gegen eine Entfristung des Zeitbeamtenverhältnisses gefassten Gremienbeschlüsse, die formal rechtmäßig ergangen seien.

5. Schließlich finden sich in dem Beschluss Ausführungen zur Frage, ob aus der im Jahr 2008 geschlossenen Berufungsvereinbarung sich ein Entfristungsanspruch ergebe, was das VG im Ergebnis verneinte.

6. Weil nicht mit der für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen Wahrscheinlichkeit ein Entfristungsanspruch bestehe, wies das VG schließlich auch

4 Urteil v 25.8.2011, 5 K 1979/10.GI, FuL 2012, 136 sowie bei juris.

5 Beschluss v 7.5.2012, 9 L 297/12.F, juris.

6 Beschluss v 4.3.1991, 1 TG 3306/90, juris und DVBl 1991, 1214

(Leitsatz).

7 Urteil v 11.9.2013, 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352 = ZTR 2014, 42.

den zweiten Hilfsantrag der Antragstellerin zurück, mit dem diese eine vorläufige Weiterbeschäftigung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache beantragt hatte.

### III. Bewertung der Entscheidung

Der Beschluss des VG Potsdam liegt zwar im Trend anderer in diesem Kontext ergangener Entscheidungen, begegnet jedoch in verschiedener Hinsicht Bedenken. Diese betreffen vor allen Dingen die hinter der prozessualen Fragestellung des § 123 Abs. 1 VwGO stehende Problematik eines Entfristungsanspruchs eines auf Zeit berufenen Professors.

#### 1. Zum Hauptantrag

Das VG Potsdam hält das Zeitbeamtenverhältnis – jedenfalls im Falle einer Erstberufung – für unbedenklich und sieht darin keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen Art. 33 Abs. 5 GG. Daraus folgert das VG, dass kein sicherer Anspruch der Professorin auf Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bestehe, was aber – wegen der insoweit begehrten Vorwegnahme der Hauptsache – Voraussetzung für die beantragte einstweilige Anordnung sei.<sup>8</sup> Wäre die Zeitprofessur mit höherrangigem Recht vereinbar, müsste man der Ablehnung des von der Hochschullehrerin gestellten Hauptantrages zustimmen.

a) *Per se* ist ein befristetes Beamtenverhältnis, wie es der hier einschlägige § 41 Abs. 1 BbgHG vorsieht, nicht grundsätzlich unvereinbar mit höherrangigem Recht. Dies ergibt sich schon aus § 46 HRG, wonach Professoren, soweit sie in das Beamtenverhältnis berufen werden, zu Beamten auf Zeit oder auf Lebenszeit ernannt werden. Wenn § 41 Abs. 1 BbgHG für die Erstberufung ein Zeitbeamtenverhältnis vorsieht, ist dies zunächst durch § 46 HRG gedeckt.<sup>9</sup>

Gleichwohl ist in diesem Zusammenhang Art. 33 Abs. 5 GG zu berücksichtigen, wonach das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln ist. Zu diesen Grundsätzen gehört die regelmäßig lebenszeitliche Anstellung der Beamten. Sie ist ein Teil des Kernbestandes der verfassungsrechtlich garantierten Institution des Berufsbeamtentums.<sup>10</sup> Das Beamtenverhältnis auf Wider-

ruf und das Beamtenverhältnis auf Probe stellen diesen Grundsatz nicht in Frage, denn sie sind „Durchgangsstationen“ und damit Vorstufen zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Anders liegt es hingegen beim Beamtenverhältnis auf Zeit. Es ist nicht, wie das Beamtenverhältnis auf Probe, auf eine spätere Berufung auf Lebenszeit angelegt. Jedes Beamtenverhältnis auf Zeit bedarf deshalb als Ausnahme von der lebenszeitlichen Anstellung einer besonderen Rechtfertigung.<sup>11</sup>

Dieses aus Art. 33 Abs. 5 GG folgende Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit und einem Beamtenverhältnis auf Zeit spiegelt sich in § 4 BeamStG. Die Vorschrift enthält zwar keine grundsätzliche Einschränkung für ein befristetes Beamtenverhältnis, aus ihr folgt aber, dass das Lebenszeitbeamtenverhältnis den Regelfall darstellt. Im Kontext des § 41 Abs. 1 BbgHG ist auch § 121 Abs. 1 LBG Bbg zu sehen, wonach die Voraussetzungen der Ernennung von Beamten auf Zeit gesetzlich zu bestimmen sind. Es folgen dort Regelungen für kommunale Wahlbeamte und sog. Politische Beamte. Nach § 41 Abs. 1 BbgHG handelt es sich letztlich um einen gesetzlich geregelten Fall eines Zeitbeamtenverhältnisses, so dass zwar im Prinzip Kompatibilität mit § 121 Abs. 1 LBG Bbg besteht. Allerdings lässt sich die Zeitprofessur keiner der bestehenden Kategorien von Zeitbeamtenverhältnissen zuordnen. Weder bekleidet ein Professor in seinem Professorenverhältnis ein Amt in leitender Funktion noch ist er kommunaler Wahlbeamter, schließlich zählt er auch nicht zum wissenschaftlichen Nachwuchs.<sup>12</sup> Die Gründe, die bei den genannten Gruppen eine Ausnahme vom Lebenszeitprinzip rechtfertigen, treffen demnach für die in § 41 Abs. 1 BbgHG geregelte Zeitprofessur für den Fall der Erstberufung nicht zu.<sup>13</sup>

Wenn das VG Potsdam in seinem Beschluss vom 22.3.2013 unter Verweis auf die Entscheidungen des VG Frankfurt vom 7.5.2012<sup>14</sup> sowie des VG Gießen vom 25.8.2011<sup>15</sup> grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelung des § 41 Abs. 1 BbgHG sieht, springt es zu kurz: Das VG übersieht dabei nämlich, dass sich die zitierten Entscheidungen auf § 61 Abs. 5 HessHG beziehen, dem in seiner Ausgestaltung in Verbindung mit Abs. 6 der Vorschrift der Charakter eines *Probezeitbeamtenverhältnisses* zukommt,

8 Vgl hierzu *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl 2013, § 123 Rn 14 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

9 Zur Bedeutung von § 46 HRG für befristete Arbeitsverhältnisse mit Hochschullehrern vgl BAG v 11.9.2013, 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352.

10 *Battis*, BBG, 4. Aufl 2009, § 4 Rn 13; *Jarras/Pieroth*, GG, 12. Aufl 2012, Art 33 Rn 47; *Leisner*, Beamtentum, 1995, S 603, sieht im Lebenszeitprinzip die wichtigste Grundlage des Beamtenrechts überhaupt.

11 BVerfG v 30.3.1977, 2 BvR 1039, 1045/75, BVerfGE 44, 249, 262 f.

12 So gelten die §§ 2 und 3 WissZeitVG nach dessen § 1 Abs 1 S 1 ausdrücklich nicht für Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer.

13 Vgl hierzu *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, 34 f.

14 AaO (Fn 5).

15 AaO (Fn 4).

worauf etwa das VG Frankfurt sowie das VG Gießen in den zitierten Entscheidungen explizit abheben.<sup>16</sup> Darüber hätte das VG Potsdam nicht einfach hinweggehen dürfen.

b) In der Konsequenz bedeutet dies, dass das Lebenszeitprinzip als zu beachtendes Prinzip auf das Beamtenverhältnis eines zeitbefristeten Hochschullehrers anzuwenden bleibt. Die in § 41 Abs. 1 BbgHG enthaltene Ausnahme für den Fall der Erstberufung – die dort zum Regelfall erhoben wird – bedarf damit einer entsprechenden Rechtfertigung.

§ 41 Abs. 1 BbgHG enthält selbst keinen Hinweis darauf, mit welcher Begründung bei Erstberufenen lediglich ein Zeitbeamtenverhältnis begründet werden soll. Auch gibt die Berufsordnung der Universität Potsdam<sup>17</sup> dafür nichts her. Einzig der Nr. 4 des Erlasses des brandenburgischen Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur vom 2.8.2010<sup>18</sup> ist zu entnehmen, dass die Hochschule rechtzeitig vor Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses prüft, ob die Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit empfohlen werden kann. Stellt die Hochschule einen Entfristungsantrag an das Wissenschaftsministerium, muss sie zu der Frage Stellung nehmen, ob sich der Professor bei der Erfüllung seiner Dienstaufgaben *bewährt* hat.

Damit zeigt sich eine Parallele zum Beamtenverhältnis auf Probe, welches als allgemeine Kategorie eines Beamtenverhältnisses vorgesehen ist, wie § 4 Abs. 3 BeamStG zeigt. Der Gesetzestext des § 41 Abs. 1 BbgHG stellt dies aber zumindest in Frage, wenn es dort in S. 1 heißt, dass „eine Probezeit“ nicht zurückzulegen ist. Gleichwohl scheint der Gesetzgeber in Brandenburg der Auffassung zu sein, das Beamtenverhältnis auf Zeit iSd § 41 Abs. 1 BbgHG sei als Probebeamtenverhältnis aufzufassen. Der o.g. Erlass aus dem Jahr 2010 bestätigt diese Vermutung. Dem Gesetzgeber ist insoweit ein Formenmissbrauch<sup>19</sup> vorzuhalten: Zeitbeamten- und Probebeamtenverhältnis weisen nämlich erhebliche Unterschiede auf: So ist das Probebeamtenverhältnis Vorstufe zum

Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Hat sich der Probebeamte nicht bewährt, ist er zu entlassen. Im Gegensatz dazu endet das Zeitbeamtenverhältnis – unabhängig von einer Bewährung – automatisch. Eine Auslegung des Zeitbeamtenverhältnisses als Probebeamtenverhältnis scheidet an den Besonderheiten des Beamtenrechts. Die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses richtet sich ausschließlich nach dem tatsächlichen Ernennungsakt. Diesen hat der Gesetzgeber formalisiert, um Unklarheiten bezüglich des Beamtenstatus von vornherein auszuschließen.<sup>20</sup> Das in § 41 Abs. 1 BbgHG vorgesehene Zeitbeamtenverhältnis im Falle der Erstberufung ist folglich kein Probebeamtenverhältnis. Hieran vermag auch der Erlass des Wissenschaftsministeriums aus 2010 nichts zu ändern.

c) Entgegen der Auffassung des VG Potsdam begegnet daher die in § 41 Abs. 1 BbgHG geregelte Zeitprofessur erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Entsprechende frühere Regelungen in anderen Landeshochschulgesetzen – so etwa § 67 Abs. 1 UG BaWü und § 70 Abs. 5 HessHG – wurden aus diesem Grund gestrichen und durch ein dem Lebenszeitbeamtenverhältnis vorgeschaltetes Probebeamtenverhältnis ersetzt.<sup>21</sup>

Verfassungsrechtliche Bedenken wischt der Beschluss auch im Zusammenhang mit der Entscheidung des BVerfG vom 28.5.2008<sup>22</sup> allzu leicht vom Tisch. Gegenstand dieses Beschlusses war ein in § 25b LBG NRW a.F.<sup>23</sup> vorgesehene Zeitbeamtenverhältnis für Ämter mit leitender Funktion. Die Situation eines erstberufenen Hochschullehrers sei, so das VG Potsdam, nicht vergleichbar mit der Vergabe von Ämtern für Führungskräfte, welche zuvor in der Regel bereits eine Reihe von Ämtern (auf Lebenszeit) ausgeübt hätten, in denen sie sich schon in besonderem Maße leistungsfähig und leistungsbereit gezeigt hatten.<sup>24</sup> Vordergründig mag diese Argumentation verfangen. Das BVerfG hat in der zitierten Entscheidung aber allgemein gesagt, dass das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nach Art. 33 Abs. 5 GG die Regel sein muss, insbesondere deshalb weil der Beamte

16 Vgl Rn 3 der Entscheidung des VG Frankfurt bei juris; entsprechend Rn 22 der Entscheidung des VG Gießen.

17 V 23.8.2007, genehmigt durch das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur mit Schreiben vom 31.3.2008, Amtl Bekanntmachungen der Universität Potsdam – Nr 10/2008 vom 1.9.2008. Anders etwa § 13 der Berufsordnung der TH Wildau – ebenfalls Brandenburg – vom 14.9.2009, in dem Verfahren und Kriterien für die Entfristung von Zeitprofessuren geregelt werden.

18 AaO.

19 So auch *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, aaO, S 157 Rn 145.

20 StRSpr, vgl BVerwG v 26.10.1967, II C 22/65, BVerwGE 28, 155, 157 ff; *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, 42; so auch *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, 2. Aufl 2011, S 157 (Rn 145).

21 Hierzu *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, aaO, S 157 (Rn 145) mwN.

22 BVerfG v 28.5.2008, 2 BvL 11/07, BVerfGE 121, 205 = NVwZ 2008, 873.

23 § 25b LBG NRW aF lautete in Abs 1: Ein Amt mit leitender Funktion im Sinne des Abs 7 wird im Beamtenverhältnis auf Zeit für längstens zwei Amtszeiten übertragen. Eine Amtszeit beträgt fünf Jahre; ... Mit Ablauf der ersten Amtszeit ist die Übertragung des Amtes auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ausgeschlossen, mit Ablauf der zweiten Amtszeit soll dem Beamten das Amt auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden.

24 So auch VG Gießen v 25.8.2011, aaO und VG Frankfurt v 7.5.2012, aaO.

auf Zeit keine gesicherte Rechtsstellung habe, so dass ihm die für seine Amtsausübung erforderliche Unabhängigkeit fehlt. Das gilt für einen Hochschullehrer, der Aufgaben in Forschung und Lehre wahrnimmt, in gleicher Weise. Zudem weist das BVerfG auch darauf hin, dass für die Feststellung der Eignung sowie der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft eines Beamten andere geeignete Instrumente zur Verfügung stehen, die mit dem Lebenszeitprinzip in Einklang stehen. Hierzu zählt namentlich das Beamtenverhältnis auf Probe, in dem der Beamte – anders als im Beamtenverhältnis auf Zeit – „einen gerichtlich kontrollierbaren Anspruch auf Ernennung auf Lebenszeit in diesem Amt“ erwirbt, „wenn er sich durch seine Leistung bewährt hat“.

Kritisch ist in diesem Zusammenhang auch der weitere Hinweis des VG Potsdam zu sehen, wonach die Begründung von Beamtenverhältnissen auf Zeit, „insbesondere mit einer früheren Phase der wissenschaftlichen Laufbahn stehenden Bediensteten, für das Hochschulbeamtenrecht durchaus nicht untypisch“ sei.<sup>25</sup> Hierbei wird verkannt, dass die Befristungssystematik des Wiss-ZeitVG für den wissenschaftlichen Nachwuchs nach dessen § 1 Abs. 1 S. 1 gerade nicht für Hochschulprofessuren gilt. Auch die noch recht junge Entscheidung, in der das BAG<sup>26</sup> den Landesgesetzgeber für berechtigt hielt, Voraussetzungen zu regeln, wie Arbeitsverhältnisse angestellter Hochschulprofessoren wirksam befristet werden können, vermag den Beschluss des VG Potsdam nicht zu stützen. Zum einen betrifft die BAG-Entscheidung keine Beamten- sondern Arbeitsverhältnisse; zum anderen ging es in dieser Entscheidung um die Regelung in § 50 des Hochschulgesetzes Thüringen aus dem Jahre 2003, die im Unterschied zu § 41 Abs. 1 BbgHG in ihrem Abs. 3 die Voraussetzungen für eine Entfristung eines Beamtenverhältnisses auf Zeit in ein Lebenszeitbeamtenverhältnis näher bestimmte. Erforderlich war danach eine gutachterliche Stellungnahme des Fachbereichsrats zur fachlichen, pädagogischen und persönlichen Eignung des betroffenen Professors, womit es sich bei § 50 HSchulG TH letztlich um ein Probebeamtenverhältnis handelte.

Die Zeitprofessur lässt sich im Übrigen nicht mit der arbeitsrechtlichen Befristungssystematik begründen. Befristete Arbeitsverhältnisse bedürfen nach § 14 Abs. 1 TzBfG eines sachlichen Grundes, wozu nach Nr. 5 die Erprobung des Arbeitnehmers zählt. Die Rechtfertigung der sachgrundlosen Befristung für maximal 2 Jahre in § 14 Abs. 2 TzBfG hat ihre Genese in Überlegungen, die auf das Beamtenrecht

nicht übertragbar sind. § 14 Abs. 2 TzBfG ist Nachfolgenorm von § 1 BeschFG 1985, mit der der Gesetzgeber seinerzeit eine arbeitsmarktpolitische Ratio verfolgt hat. Für ein Zeitbeamtenverhältnis können derartige Überlegungen nicht herangezogen werden.

Fast schon lebensfremd erscheint ferner die weitere Argumentation des VG, die Hochschullehrerin könne sich auf die Verfassungswidrigkeit der Zeitprofessur nicht mehr berufen, weil sie die Verbeamtung auf Zeit unbeanstandet hingenommen habe. Hätte das VG ernsthaft erwartet, dass die Antragstellerin seinerzeit gegen die Ernennung auf Zeit Widerspruch einlegte?

Und schließlich: Verfassungsrechtliche Bedenken hätten beim VG Potsdam auch aufkommen müssen, weil § 41 Abs. 1 BbgHG zu den Regularien der Entfristung einer Zeitprofessur schweigt. Bei der Ablehnung der Entfristung handelt es sich aber um einen erheblichen Eingriff in die Stellung des Hochschullehrers, dessen Rahmenbedingungen der brandenburgische Gesetzgeber selbst bestimmen muss. Die Regelung per Erlass des brandenburgischen Wissenschaftsministeriums dürfte folglich mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts unvereinbar sein.<sup>27</sup>

## 2. Zu den Hilfsanträgen

Das VG hat den als Hilfsantrag geltend gemachten Anspruch auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung durch die Universität verneint und als Begründung dafür angegeben, die Universität habe eine Fortsetzung des befristeten Beamtenverhältnisses nicht angestrebt und folglich beim Land keinen Antrag auf Entfristung der Professur gestellt. In diesem Zusammenhang setzt sich der Beschluss lediglich mit der formellen Rechtmäßigkeit der universitären Gremienbeschlüsse auseinander; zu den Gründen, weshalb die Universität das Professorenverhältnis nicht entfristen wollte, finden sich keine Ausführungen. Lediglich auf S. 8 des Beschlusses ist ein Hinweis enthalten, dass es Kritikpunkte an der Amtsführung der Antragstellerin gegeben hat, die Gegenstand einer Fakultätsratssitzung waren und vom Dekan in einem Schreiben an den Präsidenten der Universität mitgeteilt wurden. Das VG hat sich demnach mit diesen Gründen nicht auseinandergesetzt.

a) Im Ergebnis ist das VG damit davon ausgegangen, dass das befristete Professorenverhältnis durch einfachen Zeitablauf ohne jede weitere inhaltliche Prüfung endete. Dies war rechtsfehlerhaft. Im Hinblick auf die zuvor darstellten verfassungsrechtlichen Bedenken ge-

25 Unter Verweis auf VGH Kassel v 3.3.1991 I TG 3306/90, juris.

26 BAG v 11.9.2013, 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352.

27 Selbst eine Regelung durch eine hochschulinterne Satzung – wie

etwa die bereits zitierte Berufungsordnung der TH Wildau (vgl. dort § 13) – begegnet aus rechtsstaatlichen Erwägungen Bedenken.

gen die Fassung des § 41 Abs. 1 BbgHG hätte das VG erkennen müssen, dass das wesentliche Element des Probebeamtenverhältnisses, nämlich die *Bewährung*, für den erstberufenen Professor auf das Beamtenverhältnis auf Zeit zu übertragen ist.<sup>28</sup>

Der Dienstherr, hier also die Universität Potsdam, hat folglich zu prüfen, ob der bzw. die Erstberufene in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übernehmen ist. Hat sich der Hochschullehrer im Zeitbeamtenverhältnis bewährt, so ist jede andere Entscheidung als die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit sachwidrig, wenn der Hochschullehrer daneben die allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen erfüllt.<sup>29</sup> Jede andere Interpretation würde verfassungsrechtlichen wie rahmenrechtlichen Vorgaben des Bundes widersprechen und eine Umgehung des Lebenszeitprinzips darstellen. Mit dieser Frage hätte sich das VG somit auch zwingend auseinandersetzen müssen. Den Entscheidungen des VG Frankfurt<sup>30</sup> sowie des VG Gießen<sup>31</sup> ist jedenfalls zu entnehmen, dass dort eine entsprechende Sachprüfung stattgefunden hat.

Auch der beamtenrechtliche Fürsorgeanspruch, der durch Art. 33 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich vorgegeben ist, u.a. in § 45 BeamtStG seinen einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden hat, im Rahmen der Beamtengesetze der Länder gilt sowie einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums iSd Art. 33 Abs. 5 GG darstellt, erfordert im Übrigen ein solches Verständnis: Hat sich der erstberufene Professor im Zeitbeamtenverhältnis bewährt, entspricht es einem auf Fürsorge bedachten Verhalten der Anstellungskörperschaft, den Beamten auf Lebenszeit zu übernehmen.

b) Damit ist die Frage aufgeworfen, welche Maßstäbe für die Beurteilung der *Bewährung* im Rahmen einer Entfristungsentscheidung der Universität gelten. Zum Teil finden sich hierfür Kriterien in einzelnen Landesgesetzen, wie etwa im früheren § 50 Abs. 3 HSchULG TH oder dem früheren Art. 10 Abs. 2 BayHSchLG, nach denen eine Würdigung der fachlichen, pädagogischen und persönlichen Eignung vorgesehen war. Vielfach werden Evaluationsverfahren auch hochschulintern, zB durch Satzungen geregelt.<sup>32</sup> Den von den Hochschulen durchzuführenden Beurteilungsverfahren sind von vornherein Grenzen aus der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gesetzt. Das in Art. 5 Abs. 3 GG enthaltene Frei-

heitsrecht schützt als Abwehrrecht die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe. Der Freiraum der Wissenschaftler ist grundsätzlich ebenso vorbehaltlos geschützt, wie die Freiheit der wissenschaftlichen Betätigung gewährleistet ist.<sup>33</sup> In ihm herrscht absolute Freiheit vor jeglicher Ingerenz staatlicher Gewalt beim Auffinden und der Gewinnung von Erkenntnissen, ihrer Deutung, Weitergabe und Vermittlung.<sup>34</sup>

c) § 4 Abs. 2 S. 1 HRG sowie § 4 Abs. 2 S. 1 BbgHG bestimmen dementsprechend, dass die Freiheit der Forschung insbesondere die Fragestellung, die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung umfasst. Nach § 4 Abs. 3 S. 1 HRG und § 4 Abs. 1 BbgHG umfasst die Freiheit der Lehre insbesondere die Abhaltung von Lehrveranstaltungen und deren inhaltliche und methodische Ausgestaltung sowie das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen Lehrmeinungen.<sup>35</sup> Schließlich ist auf § 61 BeamtStG hinzuweisen, wonach Hochschullehrer nur mit ihrer Zustimmung versetzt werden können. Hieraus lässt sich das Gewicht erschließen, welches der Bundesgesetzgeber der beamtenrechtlichen Sicherung von Forschung und Lehre zumisst.

Evaluationsverfahren, in denen eine Bewertung der Leistungen des zur Entfristung anstehenden Hochschullehrers in Lehre, Forschung, ggfs. auch der Selbstverwaltung unter besonderer Berücksichtigung seiner Beteiligung an der Studienberatung, der Einwerbung von Drittmitteln oder der wissenschaftlichen Veröffentlichungen erfolgt, sind daher zur Beurteilung der Bewährung nicht geeignet. Machte man von einem derartigen Evaluationsergebnis die Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit abhängig, würde das zwangsläufig dazu führen, dass der Erstberufene in seiner Forschung und Lehre Rücksicht auf die tatsächlichen oder vermeintlichen Beurteilungskriterien nimmt. Es liegt nahe, dass er sich vorwiegend solchen Aufgaben widmet, die bei einer Evaluierung besonders schwer wiegen. Ein solches Evaluationsverfahren kann ihn von grundlegender, konzeptioneller Arbeit abhalten, deren Wert sich für die Wissenschaft oftmals erst viel später zeigt. In der Lehre kann es aus Rücksicht auf studentische Vorstellungen zu inhaltlicher oder methodischer Anpassung kommen. Insgesamt bestünde so die Gefahr, dass ein Wohlverhalten des Erstberufenen erzeugt würde, das mit der Wissenschaftsfreiheit unvereinbar ist. Hierbei handelt es sich

28 Vgl hierzu näher *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, S 42 f unter dd).

29 So auch *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, aaO, S 157 Rn 145; ebenso VG Stuttgart v 16.04.2008, 3 K 2222/07, FuL 2008, 700.

30 v 07.05.2012, aaO.

31 v 25.08.2011, aaO.

32 So etwa die bereits zitierte Berufsordnung der TH Wildau, vgl oben Fn 16.

33 *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 2. Aufl 1986, Rn 59.

34 Vgl *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, S 44.

35 Vgl hierzu *Wahlers*, ZTR 2013, 478, 483.

um ein ganz grundsätzliches Problem personenbezogener Evaluationen an Hochschulen, welches sich auf dem Hintergrund der grundgesetzlichen Vorgaben bei einer Norm wie § 41 Abs. 1 BbgHG zentral auswirkt. Gerade deshalb begegnet die Zeitprofessur in der hochschulrechtlichen Literatur ganz erheblichen Bedenken.<sup>36</sup> Diese Auffassung vertritt auch das BVerwG, welches entschieden hat, dass dem Fachbereich einer Universität nicht die Befugnis zusteht, wissenschaftliche Forschungsarbeiten der Professoren des Fachbereichs fachlich zu bewerten und einer wissenschaftlichen Kritik zu unterziehen, weil damit in unzulässiger Weise in die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschaftsfreiheit eingegriffen würde.<sup>37</sup> Was bleibt somit für die Beurteilung der Bewährung des Erstberufenen? Gegenstand kann grundsätzlich nur dessen *wissenschaftsneutrales Verhalten* sein, so zB die Vernachlässigung von Dienstpflichten, etwa die mangelnde Beteiligung an den von den Studien- und Prüfungsordnungen vorgesehenen Lehrveranstaltungen, die Verletzung der Residenzpflicht, die mangelnde Beteiligung an Selbstverwaltung oder Verstöße gegen das Nebentätigkeitsrecht. Zum anderen kommen Verhaltensweisen in Betracht, die sich als *Missbrauch der Wissenschaftsfreiheit* darstellen, etwa die Fälschung von Forschungsergebnissen oder die Veröffentlichung von

Wissenschaftsplagiaten.<sup>38</sup> So gesehen haben das VG Gießen<sup>39</sup> sowie das VG Frankfurt<sup>40</sup> in ihren Entscheidungen – jedenfalls z.T. – auf relevante Punkte abgestellt. In der Gießener Entscheidung war die Bewährung u.a. wegen Nichterfüllung von Verpflichtungen in der Lehre sowie mangelnder Betreuung des wissenschaftlichen Nachwuchses verneint worden. In der Frankfurter Entscheidung wurde die mangelnde Bewährung darauf zurückgeführt, dass der Hochschullehrer zweimal Liebesverhältnisse mit Studentinnen eingegangen war und sich übergriffig verhalten hatte. Betroffen war damit jeweils das *wissenschaftsneutrale Verhalten*, worauf nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht abgestellt werden durfte.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Beschluss des VG Potsdam zu den relevanten verfassungsrechtlichen Problemen im Rahmen der Entfristung einer Zeitprofessur kaum durchgedrungen ist.

Der Autor ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin, zuletzt als Kaufmännischer Direktor des Universitätsklinikums Freiburg, tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.

36 Vgl. Detmer, in: HSchR-Praxishandbuch, aaO, S 140 (Rn 87) und S 177 (Rn 208) jeweils mwN; Löwisch/Wertheimer/Zimmermann, WissR 2001, S 44 f.

37 BVerwG v 11.12.1996, 6 C 5/95, NJW 1997, 1996 ff; vgl auch Schachtschneider/Beyer, BayVBl 1998, 171 ff.

38 Löwisch/Wertheimer/Zimmermann, WissR 2001, S 46; ebenso Detmer, in: HSchR-Praxishandbuch, aaO, S 177 (Rn 208).

39 Fn 4.

40 Fn 5.



# Daniel Dommermuth-Alhäuser

## Landesgesetze zur Befristung angestellter Hochschulprofessoren – BAG vom 11.9.2013, 7 AZR 843/11

Das Urteil des BAG vom 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 ist richtungsweisend für künftige Befristungskontrollklagen angestellter Hochschulprofessoren. Das BAG hatte die grundlegende Frage zu beantworten, ob den Ländern die Gesetzgebungskompetenz verbleibt, um eigene Befristungstatbestände für Hochschullehrer zu schaffen. Die Untersuchung geht der Frage nach, ob das BAG diese Frage zu Recht bejaht hat. Hierbei wird in einem ersten Schritt untersucht, ob die Befristungsnormen des Bundesrechts (HRG, WissZeitVG und TzBfG) abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG sind.

In einem zweiten Schritt werden die Entscheidungs- und Normverwerfungskompetenz von Fachgerichten beleuchtet und die Voraussetzungen der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG aufgezeigt.

### I. Der Fall

Die Bundesländer haben die Gesetzgebungskompetenz für die Befristungsgründe, die Arbeitsverhältnisse mit angestellten Hochschulprofessoren betreffen. Das ist die wesentliche Erkenntnis aus dem BAG-Urteil vom 11.9.2013.<sup>1</sup> Das Gericht hatte über die Befristungskontrollklage eines angestellten Hochschulprofessors zu entscheiden und kam zu dem Schluss, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auf dem Gebiet des Befristungsrechts *nicht abschließend* Gebrauch gemacht hat.

Der klagende Hochschulprofessor hatte mit dem Freistaat Thüringen einen vom 1.10.2003 bis zum 30.9.2009 befristeten „Dienstvertrag“ geschlossen. Gestützt wurde diese Befristung auf § 50 des Thüringer Hochschulgesetzes in der Fassung vom 24.6.2003<sup>2</sup> (im Folgenden: ThürHG). Die Befristungskontrollklage des Hochschulprofessors hatte vor dem LAG Thüringen<sup>3</sup> noch Erfolg, weil nach der Meinung des Gerichts dem

Freistaat für § 50 ThürHG die Gesetzgebungskompetenz fehle. Das BAG sah das anders. Seine Entscheidung ist für *alle* Bundesländer relevant, da sie ausnahmslos in ihren Hochschulgesetzen auch die Befristung von Arbeitsverhältnissen von Hochschullehrern regeln.<sup>4</sup> Trotz der typischen Verbeamtung ist potentiell jeder noch nicht verbeamtete Hochschullehrer betroffen. § 50 ThürHG sieht ebenso wie andere Hochschulgesetze insoweit keine Einschränkungen vor.

Die BAG-Entscheidung wirft zwei Rechtsfragen auf:

1. Haben die Länder die Kompetenz, für die Anstellungsverhältnisse ihrer Hochschulprofessoren ein eigenes Befristungsrecht zu schaffen?

2. Hat ein (Arbeits-)Gericht – wie hier das LAG Thüringen – die Kompetenz, eine landesgesetzliche Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären, ohne das BVerfG anzurufen?

### II. Länderkompetenz für Hochschularbeitsrecht

Ob den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Befristung angestellter Hochschulprofessoren zukommt, war schon für §§ 51a ff HRG und ist auch mit dem WissZeitVG umstritten. Während eine Ansicht davon ausgeht, dass der Bund mit den Regelungen des TzBfG, des HRG und des WissZeitVG abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Befristungsrechts Gebrauch gemacht hat,<sup>5</sup> sieht die Gegenmeinung in der Herausnahme der Hochschullehrer aus dem personellen Geltungsbereich des WissZeitVG (§ 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG) das entscheidende Indiz dafür, dass der Bund gerade *nicht abschließend* von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat; die Länder seien also befugt, eigene Regelungen zu treffen.<sup>6</sup>

1 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352.

2 Entspricht dem heutigen § 79 Abs 1 ThürHG in der Fassung vom 21.12.2006.

3 LAG Thüringen 10.5.2011 – 7 Sa 300/10 – juris.

4 § 49 Abs. 2, § 50 Abs 2 LHG BW(2005); Art 8 Abs 2 S 1 BayHSchPG (2006); § 102 BerlHG (2011); § 41 Abs 1 BbgHG (2008); § 18 HSchulG BR (2011); §§ 16 Abs 2, 31 Abs 2 HmbHG (2001); § 61 Abs 5 HSchulG HE (2011); § 61 Abs 2, 3 LHG M-V (2011); § 28 NHG (2007); §§ 4, 39 Abs 5, 6, 121 HG NRW (2006); § 51 Abs 1,

2 HochSchG RP (2010); § 32 Abs 1-3 UG SN (2010); §69 Abs 1, 3 SächsHSFG (2013); § 38 Abs 1 S 1, 2 HSG LSA (2010); § 63 Abs 1, 2 HSG SH (2007).

5 Preis, WissZeitVG (2008), § 1 Rn 33; KR/Treber 10. Aufl (2013), § 1 WissZeitVG Rn 50; Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, Hochschulrecht (2004), S 330; Löwisch/Wertheimer/Zimmermann, Die Befristung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse von Professoren im Falle der Erstberufung, WissR 2001, 28, 49.

Bereits im Jahr 2011 hatte das BAG die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Befristungsrecht im Hochschulbereich – trotz Kritik,<sup>7</sup> aber mit der herrschenden Ansicht – *restriktiv* ausgelegt. Demnach haben die Länder keine Kompetenz, den persönlichen Geltungsbereich des WissZeitVG zu konkretisieren.<sup>8</sup> Hier entschied das BAG nun zu Gunsten der Länder und erkannte ihre Gesetzgebungskompetenz an, weil der Normenkomplex der bundesrechtlichen Befristungsnormen nicht abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG sei.

### 1. Befristungsrecht als Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung

Weitgehend einig ist man sich im Ausgangspunkt: Die Befristung von Arbeitsverhältnissen gehört zum Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) und damit zur konkurrierenden Gesetzgebung.<sup>9</sup> Auch wenn hier die Bildungspolitik der Länder und die Hochschulautonomie als Teil der den Universitäten gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit<sup>10</sup> (Art. 5 Abs. 3 GG) berührt sind, besteht keine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 30, 70 GG. Befristungsrecht ist auch im Hochschulbereich Arbeitsvertragsrecht und damit Arbeitsrecht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>11</sup> Denn das Recht der Arbeitsverträge im Hochschulbereich ist von der sonstigen Kompetenz der Länder im Hochschulbereich zu trennen.<sup>12</sup> Klarheit verschafft hier das Urteil des BVerfG zur Juniorprofessur, dass zwar vor der Föderalismusreform ergangen ist, aber sinngemäß herangezogen werden kann, um zu klären, wann das Hochschulrecht schwerpunktmäßig betroffen ist:<sup>13</sup> Das ist der Fall, „wenn durch die Regelungen des Dienstrechts die personelle und sachliche Organisation der Hochschule, deren Selbstverwaltung und innere Gliederung, die Ausgestaltung der

*Bedingungen für freie Lehre und freie Forschung (Art. 5 III GG) sowie die Ordnung des Studiums grundlegend verändert werden sollen.*<sup>14</sup> Das Befristungsrecht bewirkt keine grundlegende Strukturveränderung der Hochschulen. Es baut auf den vorhandenen personellen Strukturen und Personalkategorien des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals auf und lässt sie unverändert.<sup>15</sup>

Folglich besteht eine Gesetzgebungskompetenz der Länder nur solange und soweit der Bund von seiner Kompetenz keinen (abschließenden!<sup>16</sup>) Gebrauch gemacht hat. Ob ein Gesetz die Materie abschließend regelt, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG anhand einer Gesamtwürdigung des Normenkomplexes zu bewerten. Dazu sind das Bundesgesetz selbst, der dahinter stehende Regelungszweck, die Gesetzgebungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien auszuwerten.<sup>17</sup>

### 2. Gesamtwürdigung der Befristungsnormen durch das BAG

Eine solche Gesamtwürdigung der bundesrechtlichen Befristungsnormen (TzBfG, HRG und WissZeitVG) hat das BAG ausführlich vorgenommen und sich im Ergebnis der Ansicht von *Lenk*<sup>18</sup> angeschlossen, nach der den Ländern eine Gesetzgebungskompetenz zusteht, um Befristungstatbestände für Hochschullehrer zu schaffen. Das WissZeitVG, das die §§ 57a bis 57f des HRG abgelöst hat, ist erst am 18.4.2007 in Kraft getreten, so dass es für diesen konkreten Streitfall nur als Indiz herangezogen werden kann. Die Prüfung der Gesetzgebungskompetenz anhand des WissZeitVG, die auch das BAG vornimmt, darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass ein noch nicht in Kraft getretenes Bundesgesetz bereits Sperrwirkung nach den Art. 72 ff. GG für die

6 *Lenk*, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, *WissR* 2009, 50, 55 ff; *Arnold/Gräfl/Rambach*, *TzBfG*, 3. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 16; Seit der 14. Aufl *ErfK/Müller-Glöge*, 14. Aufl (2014), § 1 *WissZeitVG* Rn 10; *Joussen*, *WissZeitVG* 1. Aufl 2. Ed (2012), § 1 Rn 4.

7 *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, *NZA* 2007, 479, 480 f; *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch*, *Fachwaltskommentar Arbeitsrecht*, 6. Aufl (2014), § 1 *WissZeitVG* Rn 1; *Rambach/Feldmann*, *Fremdsprachenlektoren als wissenschaftliches Personal nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz*, *ZTR* 2009, 286.

8 BAG 1.6.2011 – 7 AZR 827/09 – *NZA* 2011, 1280; zustimmend: *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 4. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 5; *KR/Treber*, 9. Aufl (2009), § 1 *WissZeitVG* Rn 37.

9 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – *NZA* 2013, 1352, 1354.

10 *Hartmer/Detmer/Kempfen*, *Hochschulrecht* (2004), S 38 f; *Dreier/Britz*, *GG*, 3. Aufl (2013) Art 5 Rn 88.

11 *Dieterich/Preis*, *Das Hochschularbeitsrecht in der Verfassungs-*

*falle?* Erwiderung auf *Löwisch* *NZA* 2004, 1065 ff, *NZA* 2004, 1241, 1244; anders: *Löwisch*, *Befristungen im Hochschulbereich – Rechtslage nach dem Urteil des BVerfG zur Juniorprofessur*, *NZA* 2004, 1065, 1070; *ders*, *Die gesetzliche Reparatur des Hochschulbefristungsrechts*, *NZA* 2005, 321, 322 f.

12 BAG 21.6.2006 – 7 AZR 234/05 – *NZA* 2007, 209, 211 ff; *Kortstock*, *Reform des Hochschulbefristungsrechts – Entwurf eines Wissenschaftszeitvertragsgesetzes*, *ZTR* 2007, 2, 3 mwN.

13 *Dieterich/Preis*, *Das Hochschularbeitsrecht in der Verfassungsfalle?* Erwiderung auf *Löwisch* *NZA* 2004, 1065 ff, *NZA* 2004, 1241, 1244.

14 BVerfG 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 – *NJW* 2004, 2803, 2806.

15 BAG 21.6.2006 – 7 AZR 234/05 – *NZA* 2007, 209, 212 mwN.

16 v. *Mangoldt/Klein/Starck/Oeter*, *GG* 6. Aufl (2010), Art 72 Rn 70 mwN.

17 BVerfG 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 und 1588/02 – *NJW* 2004, 750, 755.

18 *Lenk*, *Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen*, *WissR* 2009, 50, 55 ff.

Länder entfalten könnte. Das WissZeitVG wird vielmehr herangezogen, um zu klären, inwieweit der Bund mit den im Jahr 2003 bestehenden Befristungsnormen von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hatte, ob diese Befristungsnormen abschließend im Sinne des Art. 72 GG waren und ob sie es heute sind.

a) HRG und WissZeitVG

Zunächst verneint das BAG, dass der Bundesgesetzgeber mit dem im Jahr 2003 geltenden HRG abschließend von der Gesetzgebungskompetenz im (Hochschul-)Befristungsrecht Gebrauch gemacht hatte. Das HRG habe zu keinem Zeitpunkt Regelungen über die Befristung von Hochschullehrern enthalten.<sup>19</sup>

Die Gesetzgebungsmaterialien des HRG zeigten, dass der historische Gesetzgeber des HRG den Ländern die Möglichkeit eigener Befristungstatbestände für Hochschulprofessoren belassen wollte.<sup>20</sup> Der Bundesrat habe zwar eine explizite Länderkompetenz vorgeschlagen. Trotz des Scheiterns zeige das doch, dass der Bundesgesetzgeber nur für die in §§ 57a ff. HRG geregelten Arbeitsverhältnisse eine abschließende Regelung habe schaffen wollen.<sup>21</sup>

Vor allem habe auch das WissZeitVG das Befristungsrecht für Hochschullehrer nicht abschließend geregelt, da Hochschullehrer nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG ausdrücklich vom personellen Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen seien, noch dazu der zuständige Bundestagsausschuss im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass den Ländern eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit verbleibe, um Befristungstatbestände für Juniorprofessoren zu schaffen.<sup>22</sup>

Dem BAG ist zuzustimmen. Der Vergleich mit Juniorprofessoren, für die eine Gesetzgebungskompetenz der Länder nicht nur vom BAG bejaht wird,<sup>23</sup> ist entscheidend.<sup>24</sup> Auch Juniorprofessoren gehören nach § 42 HRG zu den Hochschullehrern.<sup>25</sup> Deshalb ist es irrelevant, ob

im Gesetzgebungsverfahren allein von Juniorprofessoren oder von Hochschullehrern die Rede gewesen ist. Bejaht man eine Gesetzgebungskompetenz der Länder für Juniorprofessoren, ist konsequenterweise zugleich die Gesetzgebungskompetenz für alle Hochschullehrer zu bejahen.

Die Hochschullehrer sind aus dem personellen Anwendungsbereich des WissZeitVG gerade herausgenommen, um den Ländern insoweit die Gesetzgebungskompetenz zu belassen.<sup>26</sup> Einen anderen Sinn hätte diese Bereichsausnahme kaum haben können. Die einzige, wenn auch wenig plausible Alternativerklärung wäre, dass der Gesetzgeber die Befristung von Hochschullehrern *abschließend* durch das TzBfG geregelt wählte. Es gibt indes keinen Grund, ein spezielles Gesetz für die Befristung von angestelltem Hochschulpersonal zu schaffen und ausgerechnet die Hochschullehrer aus dem spezielleren Gesetz auszuklammern und sie dem allgemeinen Gesetz unterfallen zu lassen. Die naheliegende Erklärung ist deshalb, dass die Ausklammerung aus dem personellen Anwendungsbereich des § 1 WissZeitVG erfolgte, um den Ländern im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung eine Gesetzgebungskompetenz zu belassen bzw. um eine Öffnungsklausel zugunsten der Länder zu schaffen.<sup>27</sup> Die Beschlussempfehlung des zuständigen Bundestagsausschusses stützt diese These:

„Durch die ausdrücklich formulierte Herausnahme der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer aus dem Anwendungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes wird klargestellt, dass die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für die Regelung der befristeten Beschäftigung von Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren nach einer Aufhebung des HRG und damit auch der Sonderregelung des § 48 Abs. 1 HRG bei den Ländern liegen wird, solange der Bund nicht eine neue gesetzliche Befristungsregelung für Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren schafft.“<sup>28</sup>

19 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1354.

20 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355.

21 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355 mit Hinweis auf BT-Drs 10/2283 S 15.

22 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355 mit Hinweis auf BT-Drs 16/4043 S 9.

23 So schon *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479, 480.

24 *Lenk*, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, *WissR* 2009, 50, 56.

25 *Preis*, *WissZeitVG* (2008), § 1 Rn 33; *KR/Treber*, 10. Aufl (2013), § 1 *WissZeitVG* Rn 50; aA v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 5. Aufl (2005), Art 5 Rn 391.

26 *Boecken/Joussen*, *TzBfG*, 3. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 11; *Arnold/Gräfl/Rambach*, *TzBfG*, 3. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 16; aA: *Preis*, *WissZeitVG* (2008), § 1 Rn 33.

27 *Reich*, *HRG mit WissZeitVG*, 11. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 2 mwN.

28 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, BT-Drs 16/4043 S 9.

## b) TzBfG

Die soeben zitierte Passage aus der Beschlussempfehlung des zuständigen Ausschusses zeigt zugleich, dass § 14 TzBfG die Befristung der Arbeitsverhältnisse von Hochschullehrern *nicht abschließend* regeln sollte.<sup>29</sup> Eine Länderkompetenz ist nur denkbar, wenn das TzBfG, insbesondere § 14 TzBfG nicht abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG ist.

Zwar nehmen einige Stimmen in der Literatur an, dass der Bund mit dem TzBfG abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz auch für die Befristung angestellter Hochschulprofessoren Gebrauch gemacht habe, weil das TzBfG für alle Arbeitsverhältnisse gelte und damit also auch eine abschließende Bundesregelung für angestellte Hochschullehrer sei.<sup>30</sup>

Zutreffend ist das Gegenteil – wie das BAG richtig erkennt. Den Ausgangspunkt bildet § 23 TzBfG<sup>31</sup> im Zusammenspiel mit TzBfG, HRG und WissZeitVG. § 23 TzBfG sieht vor, dass besondere Regelungen über die Befristung von Arbeitsverträgen nach anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Schon das ist ein Indiz dafür, dass der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz *nicht abschließend* genutzt hat. In jedem Fall sind *Bundesgesetze* neben dem TzBfG anwendbar und können den Geltungsbereich des TzBfG klarstellen.

Der dagegen erhobene Einwand des LAG Thüringen<sup>32</sup> einer *petitio principii* – also eines Zirkelschlusses<sup>33</sup> – geht fehl. Das wäre nur der Fall, wenn man aus § 23 TzBfG folgerte, dass jede landesrechtliche Regelung neben dem TzBfG zulässig wäre. Das unterliefe dann tatsächlich nicht nur das System des TzBfG, sondern auch das Prinzip der konkurrierenden Gesetzgebung. Das folgert niemand aus § 23 TzBfG. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Befristungsnorm neben dem TzBfG ist – und das hat auch das BAG deutlich gemacht<sup>34</sup> – „dass jene mit entsprechender Gesetzgebungskompetenz erlassen worden ist.“

Zugleich liegt § 23 TzBfG damit die Annahme zugrunde, dass durch das TzBfG keine abschließende Regelung getroffen wird. Das wird nach Ansicht des BAG

durch die Entstehungsgeschichte des TzBfG deutlich.<sup>35</sup> Explizit nicht einbezogen worden seien die bereichsspezifischen Ausnahmen des HRG und der befristet Beschäftigten an Forschungseinrichtungen.<sup>36</sup> Aber auch das WissZeitVG ist – wie gesehen – nicht abschließend, gilt es doch insbesondere nicht für Hochschulprofessoren. Damit zeigt dieses Zusammenspiel aus TzBfG und WissZeitVG, dass der Bund seine Gesetzgebungskompetenz für die Befristung der Arbeitsverhältnisse angestellter Hochschulprofessoren *nicht abschließend* ausgeübt hat.

Der Einwand, auch Hochschullehrer seien Arbeitnehmer im Sinne des TzBfG und deshalb nach jenen Vorschriften befristet anzustellen, weshalb das TzBfG abschließend sei, vermengt den Anwendungsbereich eines Gesetzes mit der abschließenden Wahrnehmung einer Gesetzgebungskompetenz. Dass Hochschullehrer von dem persönlichen Anwendungsbereich des TzBfG erfasst sind, ist eindeutig. § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG kennt keine Ausnahme. Damit ist aber nichts darüber gesagt, ob das TzBfG für Hochschullehrer *abschließend* ist oder ob den Ländern nicht die Möglichkeit bleibt, zusätzliche Befristungstatbestände zu schaffen. Das TzBfG ist nicht schon deshalb abschließend, weil sein personeller Anwendungsbereich auch Hochschullehrer erfasst. Anderes widerspräche dem in den bereits zitierten Gesetzgebungsmaterialien<sup>37</sup> zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen. Doch auf diesen kommt es an, wie auch das BVerfG explizit auf die Gesetzgebungsmaterialien bzw. den daran „ablesbaren objektivierten Willen des Gesetzgebers“ abstellt, wenn der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ist.<sup>38</sup> Der Gesetzeswortlaut der bundesrechtlichen Befristungsvorschriften passt nicht eindeutig zu dem Willen, der in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck kommt, da einerseits dem Landesgesetzgeber Regelungsmöglichkeiten für Hochschullehrer belassen werden sollten, andererseits ausdrückliche Bereichsausnahmen im TzBfG ausgeblieben sind und § 3 TzBfG keine Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern vornimmt. Immerhin „insbesondere“ in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ist ein starkes Indiz gegen eine abschließen-

29 Für Juniorprofessoren: Löwisch, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479, 480; anders aber für Hochschulprofessoren: Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, Hochschulrecht (2004), S 330; Löwisch/Wertheimer/Zimmermann, Die Befristung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse von Professoren im Falle der Erstberufung, WissR 2001, 28, 49.

30 Preis, WissZeitVG (2008), § 1 Rn 33; KR/Treber, 10. Aufl. (2013), § 1 WissZeitVG Rn 50.

31 Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatli-

chen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 56.

32 LAG Thüringen 10.5.2011 – 7 Sa 300/10 – juris Rn 22.

33 Schneider/Schnapp, Logik für Juristen, 6. Aufl. (2006), S 242 mwN.

34 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355 f.

35 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1356.

36 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1356 mit Verweis auf den Gesetzesentwurf: BT-Drs 14/4374 S 14.

37 BT-Drs 14/4374 S 14.

38 BVerfG 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 und 1588/02 – NJW 2004, 750, 755.

de Regelung durch das TzBfG. Die Gesetzgebungsmaterialien des TzBfG gerade in Zusammenspiel mit jenen des WissZeitVG zeigen, dass ersteres nicht abschließend sein sollte: Aus dem TzBfG wurde das Hochschulrahmenrecht und beim WissZeitVG das Recht, Befristungstatbestände für Juniorprofessuren zu schaffen, ausgeklammert.<sup>39</sup>

Dem wird entgegengehalten, dass der Anwendungsbereich des TzBfG durch die Begründung eines anderen Gesetzes nicht geändert werden könnte.<sup>40</sup> Die Aussage an sich ist zwar richtig. Trotzdem greift der Einwand nicht. Denn das WissZeitVG bzw. dessen Gesetzgebungsmaterialien ändern den Anwendungsbereich des TzBfG nicht. Vielmehr wird durch das WissZeitVG deutlich, auf welchem Gebiet der Bundesgesetzgeber mit dem TzBfG von Anfang an von seiner Gesetzgebungskompetenz *nicht abschließend* Gebrauch gemacht hat: auf dem Gebiet der Befristung von Hochschulpersonal. Indem das WissZeitVG in einem zweiten Schritt Hochschullehrer von seinem persönlichen Anwendungsbereich ausnimmt, führt das nicht etwa zu der alleinigen Anwendbarkeit des TzBfG, sondern zeigt schlicht, dass der Bundesgesetzgeber insoweit seine Gesetzgebungskompetenz nicht wahrgenommen hat. Insofern ist nicht der Anwendungsbereich des TzBfG durch die Gesetzesbegründung des WissZeitVG verkleinert, sondern lediglich klargestellt worden.

Die verbleibende Regelungsmöglichkeit der Länder für Hochschullehrer ergibt sich auch aus einem weiteren in den Gesetzgebungsmaterialien erwähnten Grund. Ausdrücklich sollte mit dem TzBfG der allgemeine Teil des Befristungsrechts geregelt werden, wobei insbesondere das Schriftformerfordernis und die Folgen unwirksamer Befristungen in den Gesetzgebungsmaterialien genannt sind.<sup>41</sup> Ebenfalls werden Bereichsausnahmen genannt, die das TzBfG nicht regeln soll, so zum Beispiel das Hochschulrahmengesetz.<sup>42</sup> Das zeigt nicht nur den Unwillen des Gesetzgebers, die Befristung der Arbeitsverhältnisse des gesamten Hochschulpersonals abschließend zu regeln, sondern gleichzeitig den Willen, *abschließend nur* einen allgemeinen Teil des Befristungsrechts und eben keine abschließende Regelung der Befristungstatbestände zu schaffen.

3. Folgerung: Gleichzeitige Anwendbarkeit von TzBfG und Landesrecht?

a) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz der Länder

Den Ländern verbleibt eine Gesetzgebungskompetenz allerdings nur, *soweit* das TzBfG nicht abschließend ist i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG. Das ermöglicht nur die Schaffung von Befristungstatbeständen, nicht aber ein landesrechtliches Befristungsregime. Vom allgemeinen Befristungsrecht (Schriftformgebot) können die Länder nicht abweichen. Nur der materielle Aspekt der Befristung, d.h. die Schaffung von Befristungstatbeständen im Bereich des Hochschulrechts wurde nicht abschließend durch das TzBfG geregelt.

b) Konkurrenz zwischen TzBfG und Landesrecht

Aus dem zuvor Gesagten folgt nicht, dass die Befristungstatbestände des § 14 TzBfG für die Befristung angestellter Hochschulprofessoren nicht anwendbar wären. Dafür bietet das TzBfG keinen Anhaltspunkt. § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG regelt, wann ein Arbeitnehmer befristet beschäftigt ist. Etwaige Bereichsausnahmen für Hochschullehrer enthält § 3 TzBfG ebenso wenig wie § 14 TzBfG. Daraus folgt, dass das TzBfG, insbesondere also auch die Befristungstatbestände des § 14 TzBfG grundsätzlich neben den landesrechtlichen Vorschriften anwendbar sind. Im Wege der Spezialität (*lex specialis derogat legi generali*) verdrängen die Befristungstatbestände der Landeshochschulgesetze jene des § 14 TzBfG auch nicht; selbst dort nicht, wo der Landesgesetzgeber ein Sonderbefristungsrecht geschaffen und eine Befristung nicht nur dem Grunde nach<sup>43</sup> für zulässig erklärt hat.<sup>44</sup> Im letzteren Fall gibt es schon kein spezielleres Gesetz, das ein generelles verdrängen könnte. Die Befristungstatbestände des TzBfG sind also unmittelbar anwendbar, wenn die Länder eine Befristungsmöglichkeit nur dem Grunde nach regeln.<sup>45</sup>

Aber auch wenn die Befristungstatbestände explizit durch den Landesgesetzgeber geregelt sind, verdrängen sie nicht die Befristungstatbestände des § 14 TzBfG. Die Gesetzeskonkurrenz, die es für die Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes bedarf, besteht zwischen TzBfG und den Befristungstatbeständen der Landeshochschulgesetz-

39 So Fn 36 und Fn 28.

40 Preis, WissZeitVG (2008), § 1 Rn 33.

41 BT-Drs 14/4374 S 14.

42 BT-Drs 14/4374 S 14.

43 ZB Art 8 BayHSchPG (Bayern) und § 63 HSG (Schleswig-Holstein).

44 Dies bejaht Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 mwN.

45 Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 f.

ze nicht. Zweck der Sonderbefristungstatbestände für Hochschullehrer ist es, *zusätzliche* Tatbestände gerade für die Befristung angestellter Hochschullehrer zu schaffen. Zweck eines spezifisch auf Hochschullehrer zugeschnittenen Befristungstatbestandes ist es nicht, eine Befristung z.B. wegen Vertretung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG) zu verhindern. Daher ist das TzBfG direkt neben Befristungsvorschriften aus den Hochschulgesetzen anwendbar, ohne dass es einer entsprechenden Anordnung bedürfte, wie sie in § 1 Abs. 2 WissZeitVG getroffen wird.<sup>46</sup>

Schaffen die Länder also eigene Befristungstatbestände in ihren jeweiligen Hochschulgesetzen, *kann* daneben auch hinsichtlich der Befristungstatbestände auf das TzBfG zurückgegriffen werden. Es *muss* sogar auf das TzBfG zurückgegriffen werden, soweit das Landesgesetz die Befristung nur dem Grunde nach für zulässig erklärt und soweit das Landesrecht keine Regelungen treffen durfte, d.h. hinsichtlich des allgemeinen Teils des TzBfG.<sup>47</sup>

### III. Entscheidungs- bzw. Normverwerfungskompetenz der Fachgerichte

Die Berufungsentscheidung des LAG Thüringen macht es notwendig, auf einen anderen Aspekt einzugehen: Das LAG Thüringen hat § 50 ThürHG selbst als verfassungswidrig verworfen, ohne das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG anzurufen.

#### 1. Grundregel und Ausnahme von der Pflicht zur Richtervorlage

Ein Gericht hat nach Art. 100 Abs. 1 GG eine konkrete Normenkontrolle einzuleiten, wenn es der Ansicht ist, ein Landesgesetz verstoße gegen die maßgebliche Landesverfassung oder das Grundgesetz. Letzteres gilt nur, wenn das jeweilige Landesgesetz jünger ist als das Bundesgesetz, da der Landesgesetzgeber nur in diesem Fall höherrangiges Recht missachtet haben kann.<sup>48</sup> Die konkrete Normenkontrolle soll insofern die Autorität des Bundesgesetzgebers schützen. Ist das Landesgesetz *älter* als das Bundesgesetz, kommt auch den Fachgerichten

nach dem „lex-posterior-Prinzip“ die Kompetenz zu, eine Landesnorm wegen Verstoßes gegen jüngeres Bundesrecht für unwirksam zu erklären. Eine Zuständigkeit des BVerfG besteht hier nicht.<sup>49</sup>

Sollte also ein Gericht – wie das LAG Thüringen – den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für Befristungstatbestände angestellter Hochschullehrer absprechen wollen, hat es eine konkrete Normenkontrolle beim BVerfG zu beantragen, sofern das jeweilige Hochschulgesetz jünger ist als das Gesetz, das nach Ansicht des Gerichts die Sperrwirkung auslöst – im Fall des LAG Thüringen also das TzBfG.

#### 2. Missachtung der Vorlagepflicht durch das LAG Thüringen

Diese Pflicht hat das LAG Thüringen nicht gesehen und stattdessen selbst § 50 ThürHG die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz unter Verweis auf Art. 31 GG abgesprochen.<sup>50</sup> Das ist gleich aus drei Gründen falsch:

Zunächst ist die vom LAG gewählte Formulierung falsch, wonach Art. 31 GG die Landeskompetenz „gesperrt“ habe. Denn das BVerfG geht bei einer Normenkollision von einfachem Landesrecht mit Bundesrecht i.d.R.<sup>51</sup> von der *Nichtigkeit* des Landesrechts aus.<sup>52</sup>

Zweitens kommt es hierauf nicht an: Art. 31 GG ist nicht die einschlägige Norm und wäre es auch dann nicht, wenn man der Ansicht des LAG Thüringen folgte. Art. 31 GG kommt nur bei einer Kollision von Bundesrecht mit Landesrecht zur Anwendung, wenn beide Gesetze *kompetenzgemäß* zustande gekommen sind und dem jeweiligen Gesetzgeber noch immer die Gesetzgebungskompetenz zusteht.<sup>53</sup> Ansonsten bedarf es der Anordnung „*Bundesrecht bricht Landesrecht*“ nicht. Denn die Normen über die Gesetzgebungszuständigkeiten sind vorrangig gegenüber der Kollisionsregelung des Art. 31 GG, so dass der Verfassungsverstoß und damit die Nichtigkeit sich allenfalls aus den Art. 70 ff. GG ergibt, nicht aus Art. 31 GG. Dieses Vorrangverhältnis<sup>54</sup> hat das LAG Thüringen verkannt.

Drittens hätte das LAG Thüringen in der Sache nicht entscheiden dürfen, denn das TzBfG wurde am 21.12.2000 verkündet.<sup>55</sup> Die entscheidende Änderung des § 50 ThürHG wurde am 24.4.2003 verkündet – das ist

46 AA: Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 f.

47 Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 mwN.

48 BVerfG 6.10.1959 – 1 BvL 13/58 – NJW 1959, 2108; Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 12 f; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann, GG, 6. Aufl (2010), Art 100 Rn 26.

49 Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 12.

50 LAG Thüringen 10.5.2011 – 7 Sa 300/10 – juris Rn 19.

51 Nichtigkeit ist die Regel, in Betracht kommt aber auch die bloße Unvereinbarerklärung mit dem Grundgesetz: BVerfG 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 und 1588/02 – NJW 2004, 750, 757.

52 BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 402/08 – NJW 2008, 2409, 2411.

53 Dreier/ders, GG, 2. Aufl (2006), Art. 31 Rn 19; Sachs/Huber, GG, 6. Aufl (2011), Art 31 Rn 15.

54 Epping/Hillgruber/Hellermann, GG, 2. Aufl (2013), Art 31 Rn 5.1.

55 Epping/Hillgruber/Hellermann, GG, 2. Aufl (2013), Art 31 Rn 5.1.

der relevante Anknüpfungspunkt,<sup>56</sup> um zu bestimmen, welches der Gesetze jünger ist. Die Neufassung ist der maßgebliche Zeitpunkt, da der Landesgesetzgeber mit dieser seinen (Bestätigungs-)Willen deutlich gemacht hat,<sup>57</sup> einen Tatbestand für die Befristung der Arbeitsverhältnisse von Hochschulprofessoren schaffen bzw. beibehalten zu wollen. Das zeigt schon der dazugehörige Regierungsentwurf zur Änderung des Hochschulgesetzes, der sich intensiv mit Befristungsmöglichkeiten für Hochschullehrer auseinandersetzt.<sup>58</sup>

Würde das TzBfG also tatsächlich eine Sperrwirkung entfalten, hätte der Landesgesetzgeber schon im Zeitpunkt der Verkündung (24.4.2003) der Änderung des § 50 ThürHG keine Gesetzgebungskompetenz gehabt. Hierüber zu entscheiden, oblag nicht dem LAG Thüringen, sondern allein dem BVerfG. Jedes Gericht, nicht nur ein letztinstanzliches, hat die Pflicht,<sup>59</sup> eine konkrete Normenkontrolle einzuleiten, wenn es Bundesrecht oder Landesrecht für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar hält gem. Art. 100 Abs. 1 GG.<sup>60</sup> Das LAG Thüringen hat den Parteien damit ihren gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entzogen. Allein im umgekehrten Fall, d.h. wenn § 50 ThürHG bereits in Kraft gewesen wäre, bevor das TzBfG in Kraft trat, also das Landesrecht zunächst kompetenzrechtlich zulässig und erst später gesperrt worden wäre, hätte es dem Gericht obliegen, selbst über die Sperrwirkung zu entscheiden.<sup>61</sup>

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Entscheidung des BAG ist Richtschnur für künftige Befristungskontrollklagen angestellter Hochschulprofessoren. Die Befristungen werden nicht an einem mangelnden Befristungstatbestand scheitern, wenn die Bundesländer einen solchen in ihren Hochschulgesetzen haben<sup>62</sup> und die Voraussetzungen des jeweiligen Tatbe-

standes erfüllt sind. Dem BAG ist darin zuzustimmen, dass der Bund mit TzBfG, HRG und jetzt WissZeitVG das Befristungsrecht *nicht abschließend* regeln wollte. Den Ländern verbleibt die Kompetenz, eigene Befristungstatbestände für Hochschullehrer, aber auch nur für Hochschullehrer zu schaffen. Nur insoweit sind TzBfG und WissZeitVG nicht abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG.

Ein Rückgriff auf das TzBfG als allgemeinen Teil des Befristungsrechts ist neben einem landesrechtlichen Sonderbefristungstatbestand notwendig, da das TzBfG in seinem allgemeinen Teil abschließend ist, eine landesrechtliche Regelung mithin gesperrt wäre.

Bei Hochschulgesetzen, die eine wiederholte Befristung der Arbeitsverhältnisse angestellter Hochschullehrer zulassen, kann sich zusätzlich die Frage nach der Unionsrechtswidrigkeit der entsprechenden Hochschulgesetze stellen. Das BAG hat das im *obiter dictum* angedeutet.<sup>63</sup>

Hält ein Fachgericht das Landesgesetz, auf das eine Befristung gestützt ist, entgegen der hier vertretenen Ansicht für verfassungswidrig, hat es von der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG Gebrauch zu machen, sofern nicht das Landesrecht älter ist als das vermeintlich sperrende Bundesgesetz.

Bei möglicherweise unionsrechtswidrigen Hochschulgesetzen ist vor allem für Instanzgerichte auf die Möglichkeit des Art. 267 Abs. 2 AEUV hinzuweisen, durch die relativ zügig Rechtssicherheit erlangt und Individualrechtsschutz gewährt werden kann.<sup>64</sup>

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Volker Rieble) am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU).

56 Auch das BAG stellt für die Frage der Gesetzgebungskompetenz allein auf den Zeitpunkt der Neufassung des § 50 ThürHG ab, BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1354.

57 Zu der vergleichbaren Problematik bei (ursprünglich) vorkonstitutionellem Recht: v. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann, GG, 6. Aufl. (2010), Art 100 Rn 28 f; v. Münch/Kunig/Meyer, GG 6. Aufl. (2012), Art 100 Rn 18; Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 14 ff.

58 Thür-LT-Drs 3/2847, S 28 ff.

59 V. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann, GG, 6. Aufl. (2010), Art 100

Rn 7.

60 Dreier/Wieland, GG, 2. Aufl. (2008), Art 100 Rn 9; Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 30.

61 So unter III.1.

62 So Fn 4.

63 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1356; Seeger, Anmerkung zu BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – ArbR 2013, 600.

64 Latzel/Streinz, Das richtige Vorabentscheidungsverfahren, NJOZ 2013, 97, 98; Zusammenfassung in NJW 2013, 271.



# Martina Becker

## *Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation*

### **I. Einleitung**

Horizont 2020 ist das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation. In Kraft getreten ist es am 1.1.2014 mit einer Laufzeit bis 2020. Das Fördervolumen für die gesamte Programmlaufzeit beträgt 77 Milliarden Euro.

Den politischen Rahmen für das Programm Horizont 2020 bildet die Strategie Europa 2020 zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung in Europa, welche im Jahr 2010 von der Europäischen Union beschlossen wurde. Forschung und Innovation kommt im Rahmen dieses Konzepts eine große Bedeutung zu, denn neben der Überwindung der Wirtschafts- und Finanzkrise geht es bei der Strategie Europa 2020 insbesondere darum, die Wettbewerbsfähigkeit, das Innovationspotential, die Produktivität und den sozialen Zusammenhalt innerhalb der Europäischen Union zu stärken.

Das Forschungsrahmenprogramm Horizont 2020 ist darüber hinaus ein wesentliches Element zur Umsetzung des Europäischen Forschungsraums.

Horizont 2020 löst das siebte Forschungsrahmenprogramm der Europäischen Union ab und bündelt drei bisher getrennte Programme. Neben dem siebten Forschungsrahmenprogramm werden in Horizont 2020 zusätzlich zwei Programme der Forschungs- und Innovationsförderung, zum einen das Europäische Innovations- und Technologieinstitut und zum anderen Teile des bisherigen Rahmenprogramms für Innovation und Wettbewerbsfähigkeit, vereint. Durch diese Bündelung wird eine erleichterte Überführung von Forschungsergebnissen in Wachstum und Arbeitsplätze angestrebt.

Denn als eine Hauptschwäche der Vorgängerprogramme wurde gerade eine mangelhafte Übertragung von Forschung in Wachstum und Arbeitsplätze betrachtet. Dieser Mangel soll mit der neuen Programmstruktur von Horizont 2020 zu behoben werden. So legen die Beteiligungsrechte des neuen Programms auch einen Schwerpunkt auf die Verbreitung und die Verwertbarkeit der Forschungsergebnisse. Ergebnisse in Form von Publikationen sollen mithin durch frei zugängliche Veröffentlichung verbreitet werden. Eine Pflicht zur Veröffentlichung wurde hingegen nicht normiert.

Inhaltlich weist das neue Programm eine größere Innovations- und Missionsorientierung auf und zielt auf die Förderung von Schlüsseltechnologien ab. Weitere Neuerungen liegen in vereinfachten Beteiligungsregeln und einer Neuorganisation des Programmmanagements, welche gewährleisten soll, dass Förderentscheidungen in Zukunft innerhalb von acht Monaten vorliegen.

### **II. Programmaufbau**

Die inhaltliche Ausrichtung des Programms wird durch die drei Schwerpunkte „Wissenschaftsexzellenz“, „führende Rolle der Industrie“ und „gesellschaftliche Herausforderungen“ bestimmt. Daneben bestehen die vier weiteren untergeordneten Programmelemente „Verbreitung von Exzellenz und Ausweitung der Beteiligung“, „Wissenschaft mit der und für die Gesellschaft“, „Europäisches Innovations- und Technologieinstitut“ und die „Gemeinsame Forschungsstelle“. Für die Rechtswissenschaften sind dabei besonders der erste und der dritte Programmschwerpunkt von Interesse.

#### **1. Wissenschaftsexzellenz**

Ziele dieses Programmbereichs sind die individuelle Förderung exzellenter Wissenschaftlicher, die Pionierforschung in neuen Forschungsfeldern, die Mobilität von Wissenschaftlern und ein besserer Zugang zu Infrastrukturen. Der Europäische Forschungsrat vergibt hierzu individuelle Zuwendungen sowohl an exzellente Nachwuchsforscher als auch an bereits etablierte Wissenschaftler aus allen Themenbereichen.

Die ebenfalls in diesem Themenblock angesiedelten Marie-Skłodowska-Curie-Maßnahmen bezwecken eine Stärkung der Mobilität von Forschern und sind deshalb mit einer Pflicht zur transnationalen oder intersektoralen Mobilität verbunden.

#### **2. Führende Rolle der Industrie**

Dieser Schwerpunkt umfasst die Förderung von Industrie und Schlüsseltechnologien, den Zugang zu Risikofinanzierung und Innovation in kleinen und mittleren Unternehmen. Denn durch die Entwicklung neuer Technologien und Innovationen soll die industrielle und

wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit Europas gestärkt werden.

Im Technologiebereich misst das Programm besonders den Informations- und Kommunikationstechnologien sowie systemisch relevanten Schlüsseltechnologien große Bedeutung bei.

### 3. Gesellschaftliche Herausforderungen

Innerhalb dieses Bereichs werden sieben gesellschaftspolitische vorrangige Aufgabenbereiche definiert. Hier sind für die Rechtswissenschaften vor allem die Themenbereiche „sichere, saubere und effiziente Energie“, „Europa in einer sich verändernden Welt – integrative, innovative und reflektierende Gesellschaften“ und „sichere Gesellschaften – Schutz der Freiheit und Sicherheit Europas und seiner Bürger“ von Relevanz.

### 4. Bereichsübergreifende Aspekte und Unterstützungsmaßnahmen

Im Rahmen dieses Programmpunktes soll der politischen und der gesellschaftlichen Dimension von Horizonte 2020 Rechnung getragen werden. Hervorzuheben ist hier die besondere Betonung der Relevanz der Geistes- und Sozialwissenschaften für das Programm. Ebenso betont wird die Möglichkeit der Kooperation mit Partnern außerhalb der EU und den am Rahmenprogramm assoziierten Drittstaaten in allen Themenbereichen.

## III. Entstehung und rechtliche Umsetzung

Den Initiativvorschlag zu diesem Programm legte die Europäische Kommission am 30. November 2011 mit einer Mitteilung<sup>1</sup> vor. Die wichtigsten Rechtsakte zur Umsetzung des Programms stellen zwei Verordnungen jeweils vom 11. Dezember 2013 dar. Hierbei handelt es sich zum einen um die EU-Verordnung 1291/2013 über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation Horizont 2020 und zum anderen um die EU-Verordnung 1290/2013 über die Regeln für die Beteiligung am Rahmenprogramm für Forschung und Innovation Horizont 2020 sowie für die Verbreitung der Ergebnisse.

## IV. Teilnahmebedingungen

Die Teilnahme am Programm ist grundsätzlich für natürliche und juristische Personen möglich, die in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder einem assoziierten Staat angesiedelt sind, für Rechtsper-

sonen in einem Drittstaat hingegen nur dann, wenn dieser in einem Arbeitsprogramm genannt ist. Erleichterte Voraussetzungen gelten hier jedoch u.a. für die USA und Kanada.

### 1. Drittstaaten und assoziierte Staaten

Die Voraussetzung für eine internationale Zusammenarbeit mit Drittstaaten und internationalen Organisationen ist in Art. 27 der EU-Verordnung 1291/2013 normiert. Eine Zusammenarbeit ist nach diesem Artikel förderungsfähig, wenn sie entweder der Stärkung der wirtschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit oder der Unterstützung der außen- und entwicklungspolitischen Ziele der Europäischen Union dient. Auch soll der gegenseitige Zugang zu Drittlandprogrammen unterstützt werden. Weitere Anforderungen normiert Art. 12 der Verordnung EU-1290/2013.

Zu den assoziierten Staaten zählen Israel, Norwegen, Island, Liechtenstein, Mazedonien, Türkei, Bosnien Herzegowina, Albanien, Montenegro, Serbien, die Färöer Inseln und die Republik Moldau.

### 2. Drei Einrichtungen aus drei verschiedenen EU-Mitgliedstaaten

Voraussetzung bei jedem Forschungsprojekt ist, dass mindestens drei von einander unabhängige Einrichtungen aus jeweils drei verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder assoziierten Staaten beteiligt sind. In der überwiegenden Zahl der Fälle liegt die Anzahl der Partneereinrichtungen bei geförderten Projekten jedoch deutlich über dieser Mindestanforderung. In den jeweiligen Arbeitsprogrammen können darüber hinaus zusätzliche Anforderungen an die Teilnahme normiert sein. Gefördert werden können auch die EU-Mitgliedsstaaten und die assoziierten Staaten selbst sowie Partner aus Entwicklungsländern.

Vertragspartner der Europäischen Kommission bei einer Förderung im Rahmen von Horizont 2020 ist immer die entsprechende Einrichtung, etwa eine Universität oder ein Unternehmen. Dies gilt auch für individuelle Fördermaßnahmen wie etwa Stipendien. Nur ausnahmsweise ist in bestimmten Programmbereichen die Möglichkeit vorgesehen, als Einzelpartner einen Antrag auf Förderung zu stellen.

## V. Antragstellung

Von einer Antragstellung ohne vorherige Beratung wird in der Programmbeschreibung dringend abgeraten. Denn

1 KOM (2011) 808 endgültig.

bei dem Vorgängerprogramm betrug die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Antrags lediglich acht Prozent.

Sowohl auf universitärer als auch auf nationaler Ebene bestehen deshalb Beratungsmöglichkeiten. So haben die Universitäten, Fachhochschulen und Forschungseinrichtungen größtenteils hausinterne Ansprechpartner. Für die Universität Freiburg ist dies das beim für alle Fragen der Drittmittelförderung zuständigen Science Support Centre angesiedelte EU-Büro.

Auf nationaler Ebene werden Bewerber in der allerersten Phase der Antragstellung durch die Erstanlaufstelle des EU-Büros des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unterstützt. Darüber hinaus wurde von der Bundesregierung das Netzwerk der Nationalen Kontaktstellen (NKS) eingerichtet. Hauptaufgabe des Netzwerks ist es Forscher hinsichtlich aller Fragen zu Horizon 2020 zu beraten und unterstützen. Die Beratung erfolgt von der Einordnung der ersten Idee bis hin zur Durchsicht der fertigen Anträge. Dabei sind die jeweiligen Kontaktstellen thematisch spezialisiert.

## VI. Zivilklausel

Das Programm Horizon 2020 enthält in Art. 19 Abs. 2 der EU-Verordnung 1291/2013, welcher sich mit ethischen Grundsätzen befasst, eine Zivilklausel. Diese lautet wie folgt: „Die im Rahmen von Horizon 2020 durchgeführten Forschungs- und Innovationstätigkeiten sind ausschließlich auf zivile Anwendungen ausgerichtet.“ Ob die Förderung von Projekten zur Kriegswaffenforschung durch diese weite Klausel tatsächlich ausgeschlossen ist, ist jedoch fraglich.

Das Vorhandensein einer solchen Klausel konvergiert mit den neuerdings von vielen Hochschulen beschlossenen Zivilklauseln. So hat etwa der Senat der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg eine Klausel in die Grundordnung der Universität aufgenommen nach der Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung auf friedliche Ziele ausgerichtet sein müssen.

Darüber hinaus schließt Art. 19 Abs. 3 dieser Verordnung Forschungstätigkeiten zum Klonen von Menschen zu Reproduktionszwecken, zur Veränderung des Erbguts des Menschen, durch die solche Änderungen ver-

erbbar werden können und Forschung zur Züchtung menschlicher Embryonen ausschließlich zu Forschungszwecken oder zur Gewinnung von Stammzellen ausdrücklich aus. Art. 14 der EU-Verordnung 1290/2013 schreibt für Forschungsarbeiten, die ethische Fragen aufwerfen, eine Ethikprüfung durch die Europäische Kommission vor. Hierbei wird überprüft, ob ethische Prinzipien und Rechtsvorschriften beachtet werden. Im Fall von außerhalb der Union durchgeführter Forschung wird zusätzlich geprüft, ob die gleichen Forschungsarbeiten in einem Mitgliedstaat zugelassen worden wären.

## VII. Verhandlungen mit der Schweiz über Horizon 2020 ausgesetzt

Aus aktuellem Anlass sei auch auf die Folgen der Schweizer Volksabstimmung hinsichtlich des Forschungsprogramms hingewiesen. So hat die Europäische Union bereits erste Konsequenzen aus der Schweizer Volksabstimmung zur Begrenzung der Zuwanderung und der Ankündigung der Schweiz, dem neuen EU-Mitglied Kroatien keine Freizügigkeit zu gewähren, gezogen und die Verhandlungen über ein Assoziierungsabkommen zur Beteiligung der Schweiz an Horizon 2020 unterbrochen.<sup>2</sup> Da zwischen dem Programm Horizon 2020 und der Freizügigkeit von Forschern und Studierenden ein enger Zusammenhang bestehe, seien alle Verhandlungsgespräche über eine Teilnahme der Schweiz an diesem Programm verschoben worden, bis die Schweiz das bereits vollständig ausgehandelte Protokoll über die volle Freizügigkeit Kroatiens unterschreibe. Dies hat zur Folge, dass Organisationen aus der Schweiz, die sich zum jetzigen Zeitpunkt an Anträgen zu den offenen Ausschreibungen beteiligen, der Drittstaatenregelung unterliegen und keine Förderung aus dem Mittel des Rahmenprogramms erhalten. Wann die Verhandlungen wieder aufgenommen werden steht zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht fest

Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschulrechts der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

2 Vgl Europäische Kommission MEMO 14/96 09/02/2014, Süddeutsche Zeitung online vom 16. Februar 2014 „EU legt Verhandlungen mit der Schweiz auf Eis“.

**Anhang**

- Homepage des EU-Büros der Universität Freiburg:  
<http://www.ssc.uni-freiburg.de/abteilungen/eu>
- Homepage des EU-Büros des Bundesministeriums für Bildung und Forschung: <http://www.eubuero.de/>
- Erstanlaufstelle des EU-Büros des Bundesministeriums für Bildung und Forschung:  
<http://www.horizont2020.de/beratung-erstinformation.htm>
- Netzwerk der nationalen Kontaktstellen:  
<http://www.horizont2020.de/beratung-nks.htm> und [www.eubuero.de/nks](http://www.eubuero.de/nks)
- Homepage von Horizont 2020: <http://www.horizont2020.de>
- 27-seitige Broschüre des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zu Horizont 2020:  
[https://www.bmbf.de/pub/horizont\\_2020\\_im\\_blick.pdf](https://www.bmbf.de/pub/horizont_2020_im_blick.pdf)

# Ausgegraben: Friedrich Nietzsche *Die fröhliche Wissenschaft*<sup>1</sup>

Von der Herkunft der Gelehrten. – Der Gelehrte wächst in Europa aus aller Art Stand und gesellschaftlicher Bedingung heraus, als eine Pflanze, die keines spezifischen Erdreichs bedarf: darum gehört er, wesentlich und unfreiwillig, zu den Trägern des demokratischen Gedankens. Aber diese Herkunft verräth sich. Hat man seinen Blick etwas dafür eingeschult, an einem gelehrten Buche, einer wissenschaftlichen Abhandlung die intellektuelle Idiosynkrasie des Gelehrten – jeder Gelehrte hat eine solche – herauszuerkennen und auf der Tat zu ertappen, so wird man fast immer hinter ihr die „Vorgeschichte“ des Gelehrten, seine Familie, in Sonderheit deren Berufsarten und Handwerke zu Gesicht bekommen. Wo das Gefühl zum Ausdruck kommt „das ist nunmehr bewiesen, hiermit bin ich fertig“, da ist es gemeinhin der Vorfahr im Blute und Instinkte des Gelehrten, welcher von seinem Gesichtswinkel aus die „gemachte Arbeit“ gutheißt, – der Glaube an den Beweis ist nur ein Symptom davon, was in einem arbeitsamen Geschlechte von Alters her als „gute Arbeit“ angesehen worden ist. Ein Beispiel: die Söhne von Registratoren und Bureauschreibern jeder Art, deren Hauptaufgabe immer war, ein vielfältiges Material zu ordnen, in Schubfächer zu vertheilen, überhaupt zu schematisiren, zeigen, falls sie Gelehrte werden, eine Vorneigung dafür, ein Problem beinahe damit für gelöst zu halten, daß sie es schematisirt haben. Es gibt Philosophen, welche im Grunde nur schematische Köpfe sind – ihnen ist das Formale des väterlichen Handwerks zum Inhalte geworden. Das Talent zu Klassifikationen, zu Kategorientafeln verräth etwas; man ist nicht unge-

straft das Kind seiner Eltern. Der Sohn eines Advokaten wird auch als Forscher ein Advokat sein müssen: er will mit seiner Sache in erster Rücksicht Recht behalten, in zweiter, vielleicht, recht haben. Die Söhne von protestantischen Geistlichen und Schullehrern erkennt man an der naiven Sicherheit, mit der sie als Gelehrte ihre Sache schon als bewiesen nehmen, wenn sie von ihnen eben erst nur herzlich und mit Wärme vorgebracht worden ist: sie sind eben gründlich daran gewöhnt, daß man ihnen glaubt, – das gehörte bei ihren Vätern zum „Handwerk“! Ein Jude, umgekehrt, ist, gemäß dem Geschäftskreis und der Vergangenheit seines Volks, gerade daran – daß man ihm glaubt – am wenigsten gewöhnt: man sehe sich darauf die jüdischen Gelehrten an, – sie alle halten große Stücke auf die Logik, das heißt auf das Erzwingen der Zustimmung durch Gründe; sie wissen, daß sie mit ihr siegen müssen, selbst wo Rassen- und Klassen-Widerwille gegen sie vorhanden ist, wo man ihnen ungern glaubt. Nichts nämlich ist demokratischer als die Logik: sie kennt kein Ansehn der Person und nimmt auch die krummen Nasen für gerade. (Nebenbei bemerkt: Europa ist gerade in Hinsicht auf Logisirung, auf reinlichere Kopfgewohnheiten den Juden nicht wenig Dank schuldig; voran die Deutschen, als eine beklagenswert deraisonnable Rasse, der man auch heute immer noch zuerst „den Kopf zu waschen“ hat. Überall, wo Juden zu Einfluß gekommen sind, haben sie ferner zu scheiden, schärfer zu folgern, heller und sauberer zu schreiben gelehrt: ihre Aufgabe war es immer, ein Volk „zur raison“ zu bringen.)

1 *Friedrich Nietzsche, Die fröhliche Wissenschaft* (<<LA GAYA SCIENZA>>) in Kröners Taschenausgabe Band 74, 1941, Nummer 348, S 246 f.



# Manfred Löwisch und Thomas Würtenberger

## *Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren*

### I. Vom Compliancekodex zum verbindlichen Vertrag

Vereinbarungen zwischen Doktoranden und ihren wissenschaftlichen Betreuern sind in Deutschland en vogue. Die Wissenschaftsorganisationen haben sie zu ihrem Anliegen gemacht. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat 2008 „Empfehlungen für das Erstellen von Betreuungsvereinbarungen“ herausgegeben.<sup>1</sup> Der Wissenschaftsrat (WR) hat sich diese in seinem Positionspapier „Anforderungen an die Qualitätssicherung der Promotion“ aus dem Jahr 2011 zu Eigen gemacht.<sup>2</sup> Das Präsidium der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) ist dem Ansatz in seiner Empfehlung „Zur Qualitätssicherung im Promotionsverfahren“ vom 23.4.2012 ebenfalls gefolgt.<sup>3</sup> Eine ganze Reihe von Universitäten und Fakultäten haben solche Betreuungsvereinbarungen in ihre Promotionsordnungen aufgenommen.

Zweck dieser Vereinbarungen ist, wie es die Empfehlungen der DFG formulieren, die transparente inhaltliche und zeitliche Gestaltung des Verhältnisses von Promovierenden und Betreuenden. Aufgenommen werden sollen neben den Beteiligten (Promovierende, Betreuende, ggf. Mentoren und weitere Beteiligte) und dem Thema der Dissertationsarbeit ein inhaltlich strukturierter Zeit- und Arbeitsplan bzw. dessen Weiterentwicklung, Aufgaben und Pflichten des Promovierenden (regelmäßige Berichtspflichten, Leistungsnachweise, Teilnahme am Qualifizierungsprogramm/Wissenschaftliche Weiterbildung, regelmäßige Vorlage der inhaltlichen Teilergebnisse), Aufgaben und Pflichten des Betreuenden (regelmäßige fachliche Beratung, Unterstützung der frühen wissenschaftlichen Selbständigkeit, Karriereförderung/Mentoring, Qualitätssicherung, regelmäßige Fortschrittskontrollen), Integration in eine Arbeitsgruppe, in einen Forschungsverbund oder in ein Graduiertenprogramm, Arbeitsplatz, beidseitige Verpflichtung auf die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, Regelungen bei Konfliktfällen und besondere Maßnahmen oder Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie und wissenschaftlicher Tätigkeit.

Über Rechtscharakter und rechtliche Relevanz der von ihnen vorgeschlagenen Betreuungsvereinbarungen äußern sich die Wissenschaftsorganisationen nicht. Le-

diglich der WR erwähnt einen Punkt. Nach ihm soll der Doktorandenstatus an die Einhaltung der Betreuungsvereinbarung durch den Doktoranden gebunden werden. Diese Enthaltbarkeit hat ihren Grund. Nach geltendem Recht tritt der Doktorand in ein rechtliches Verhältnis nicht zu dem ihn betreuenden Wissenschaftler, sondern zu der Einrichtung, an der er promoviert, also zur Hochschule oder Fakultät. Allenfalls mit diesen ist deshalb eine bindende öffentlich-rechtliche Vereinbarung möglich.

Nach geltendem Recht ist die Betreuungsvereinbarung nicht mehr als die *Verständigung auf einen Compliancekodex*: Doktorand und betreuender Wissenschaftler versichern gegenseitig, sich rechtskonform zu verhalten, nämlich die sich aus dem Hochschulrecht, den Promotionsordnungen und – auf der Seite des Wissenschaftlers – dem Dienstrecht ergebenden wechselseitigen gesetzlichen Verpflichtungen einzuhalten. Rechtliche Relevanz kommt einer Verletzung dieses Kodex insoweit, aber auch nur insoweit zu, als in ihm festgelegte Pflichten gesetzliche Pflichten wieder geben. So kann dem Doktoranden die Zulassung zur Promotion nur entzogen werden, wenn sich in der mangelnden Einhaltung der Betreuungsvereinbarung eine Verletzung nach dem einschlägigen Hochschulgesetz oder der einschlägigen Promotionsordnung bestehender Pflichten dokumentiert. Reicht der Doktorand eine Dissertation ein, ohne den in der Betreuungsvereinbarung festgelegten Berichtspflichten nachgekommen zu sein, muss seine Arbeit gleichwohl bewertet und er bei positivem Ergebnis zur mündlichen Prüfung zugelassen werden.

Bei dem Charakter der Betreuungsvereinbarung als bloßem Compliancekodex will das LHG Baden-Württemberg nun aber nicht stehen bleiben. Vielmehr wurde mit dem am 9. April 2014 in Kraft getretenen Dritten Hochschulrechtsänderungsgesetz<sup>4</sup> der Abschluss einer Betreuungsvereinbarung zwischen Doktoranden und Betreuern nunmehr gesetzlich vorgeschrieben: Nach § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG entscheidet der Promotionsausschuss der Fakultät nach Abschluss einer Promotionsvereinbarung über die Annahme des Doktoranden. Diese Promotionsvereinbarung „wird“ nach § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG zwischen Promovierenden und Betreuerinnen

1 [http://dfg.de/formulare/1\\_90/index.jsf](http://dfg.de/formulare/1_90/index.jsf) [11.5.2014].

2 <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/1704-11.pdf> [11.5.2014].

3 <http://www.hrk.de/positionen/gesamtliste-beschluesse/position/>

[convention/zur-qualitaetssicherung-in-promotionsverfahren/](http://www.hrk.de/positionen/gesamtliste-beschluesse/position/convention/zur-qualitaetssicherung-in-promotionsverfahren/) [11.5.2014].

4 Drittes Hochschulrechtsänderungsgesetz vom 1. April 2014, GBl S 99.

oder Betreuern in Schriftform und mit „*Mindestinhalten*“ geschlossen. Mindestinhalte sind ein dem Dissertationsprojekt und der Lebenssituation der Promovierenden und des Promovierenden angepasster, jeweils fortzuschreibender Zeitplan für regelmäßige Betreuungsgespräche und Sachstandsberichte, Angaben über ein individuelles Studienprogramm, eine gegenseitige Verpflichtung über die Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis, Regeln zur Lösung von Streitfällen und den bei Abgabe der Dissertation festzulegenden Begutachtungszeiten.

Auch der Regierungsentwurf eines Hochschulzukunftsgesetzes Nordrhein-Westfalen<sup>5</sup> sieht in § 67 Abs. 2 Satz 3 den, von den Hochschulen zu gewährender, Abschluss einer Betreuungsvereinbarung vor, deren Partner, wie sich aus dem Gesetzeszusammenhang ergibt, Doktorand und wissenschaftlicher Betreuer sein sollen.

Mit der Aufnahme in das Gesetz wird das Hindernis für die Annahme einer verbindlichen öffentlich-rechtlichen Vereinbarung beseitigt: Der wissenschaftliche Betreuer ist nunmehr von Gesetzes wegen Partner einer solchen Vereinbarung und damit als solcher Adressat der sich aus dieser ergebenden Rechte und Pflichten. Ihm wird damit ein eigener, dem Status einer Behörde vergleichbarer Status verliehen.

Den Auswirkungen des Übergangs zum öffentlich-rechtlichen Vertrag ist im Folgenden nachzugehen.

## II. Zustandekommen und Inhalt der Betreuungsvereinbarung

### 1. Vertragsparteien

§ 38 Abs. 5 Satz 3 LHG Baden-Württemberg, ebenso § 67 Abs. 2 Satz 3 Hochschulzukunftsgesetz NRW benennen Doktoranden und wissenschaftliche Betreuer als Partner des Betreuungsvertrags. Dabei wird es sich regelmäßig um einen Betreuer handeln, möglich sind aber auch mehrere Betreuer als Partner.<sup>6</sup>

Vorschläge, als dritten Partner auch die Einrichtung vorzusehen, an welcher der Doktorand promoviert,<sup>7</sup> ha-

ben sich nicht durchgesetzt. Ebenso wenig kommen etwa Mentoren, andere inner- oder außeruniversitäre wissenschaftliche Einrichtungen, die Universität selbst oder auch private Projektträger, mit denen Betreuer und Doktorand zusammenarbeiten, als weitere Partner in Betracht.

### 2. Vertragsschluss

Die Betreuungsvereinbarung zwischen dem Hochschullehrer und seinem Doktoranden ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren; denn sein Gegenstand, die Betreuung im Promotionsverfahren, ist durch die öffentlich-rechtlichen Normen des Hochschulrechts ausgestaltet.<sup>8</sup> Daher gelangen die §§ 54 Satz 1 ff. LVwVfG, die in § 62 Satz 2 LVwVfG subsidiär auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs verweisen, zur Anwendung.

Wie jeder Vertragsschluss setzt auch der Abschluss der Betreuungsvereinbarung *übereinstimmende Willenserklärungen* der Parteien, vorliegend des Doktoranden auf der einen und des oder der Betreuer auf der anderen Seite, voraus. Solange das Einverständnis über den Inhalt nicht hergestellt ist, kann die Betreuungsvereinbarung keine Wirksamkeit entfalten, und zwar in der Regel auch dann nicht, wenn über einzelne Punkte Einverständnis erzielt wurde, § 62 Satz 2 VwVfG i.V.m. § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die auf den Abschluss der Betreuungsvereinbarung gerichteten Willenserklärungen unterliegen im Fall von Willensmängeln der *Anfechtung* nach Maßgabe des § 62 Satz 2 VwVfG i.V.m. den §§ 119 ff. BGB.<sup>9</sup> In Betracht kommt insbesondere eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB: Spiegelt etwa der Doktorand für die Arbeit an der Dissertation wesentliche Spezialkenntnissen vor, kann sich der Betreuer nach der Aufdeckung der Täuschung durch Anfechtung von der Betreuungsvereinbarung lösen. Hingegen wird eine Anfechtung wegen eines Irrtums über die Eignung des Doktoranden zur Anfertigung der Dissertation nach § 119 Abs. 2 BGB regelmäßig nicht in Betracht kommen. Ob der Doktorand das Promotionsvorhaben bewältigen kann, ist zum Zeitpunkt des Abschlusses der Betreu-

5 Landtag-Drs 15/5410.

6 Folge der Inbezugnahme des Betreuenden als Vertragspartner ist, dass dieser selbst in die Rechte und Pflichten aus dem Betreuungsvertrag einrückt. In der Konsequenz sind Klagen von Doktoranden - die im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen sind, vgl hierzu § 40 Abs 2 Satz 1 VwGO - nicht gegen die Fakultät sondern gegen den Betreuer selbst zu richten. Umgekehrt ist für Klagen gegen den Doktoranden aus dem Betreuungsvertrag der betreuende Hochschullehrer und nicht die Fakultät aktiv legitimiert.

7 So etwa die Grundsätze für den Abschluss von Promotionsver-

einbarungen der Promovierenden-Initiative und der Projektgruppe DoktorandInnen der GEW vom September 2004, [www.promovierenden-initiative.de/pv\\_mu%Stter.rtf](http://www.promovierenden-initiative.de/pv_mu%Stter.rtf) [11.5.2014].

8 Zu den Kriterien für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages: Würtenberger, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl 2011, Rn 134.

9 Nw bei *Fehling*, in: ders/Kaßner (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl 2010, § 62 VwVfG Rn 11; zur älteren Diskussion der Übertragbarkeit zivilrechtlicher Regelungen auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse: *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl, 1998, S 353 f.

ungsvereinbarung naturgemäß offen, so dass die Unkenntnis darüber in Kauf genommen wird, ein Irrtum hierüber in der Folge ausscheiden muss

§ 38 Abs. 5 Satz 3 LHG Baden-Württemberg schreibt den Abschluss einer „*schriftlichen Promotionsvereinbarung*“ vor. Das ist im Sinne einer gesetzlichen Schriftform zu verstehen, setzt also eine schriftliche Fixierung des Textes und beiderseitige eigenhändige Namensunterschrift voraus, § 126 BGB. Änderungen der Betreuungsvereinbarung bedürfen ebenfalls der Schriftform in Form beiderseitiger eigenhändiger Namensunterschrift.

### 3. Inhalt der Betreuungsvereinbarung

#### a) Mindestinhalt

Kern des nach § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG Baden-Württemberg festzulegenden Mindestinhalts der Betreuungsvereinbarung sind Zeitpläne für regelmäßige Betreuungsgespräche und Sachstandsberichte des Doktoranden einerseits (Nr. 1) und die bei Abgabe der Dissertation festzulegenden Begutachtungszeiten andererseits (Nr. 5). Die Zielrichtung der zuletzt genannten Regelung ist zweifelhaft: Sollen bereits in der Betreuungsvereinbarung die Begutachtungszeiten nach Abgabe der Dissertation festgelegt sein? Oder soll lediglich ein Zeitrahmen vorgesehen werden, innerhalb dessen bei Abgabe der Dissertation die Begutachtungszeiten (von wem?) festgelegt werden? Schließt man sich der erstgenannten Variante an, fällt auf, dass zwar die Zeitpläne mit Blick auf das Dissertationsprojekt und die Lebenssituation des Promovierenden fortzuschreiben sind, indes eine Änderung der Begutachtungszeiten nicht ins Auge gefasst ist. Aber auch die festzulegenden bzw. festgelegten Begutachtungszeiten müssen bei sinngemäßer bzw. verfassungskonformer (dazu sogleich) Auslegung der Vereinbarung unter dem Vorbehalt geänderter Verhältnisse, insbesondere neuer zusätzlicher Belastungen, aber auch der Familiensituation des Hochschullehrers, stehen. Versucht man auf diese Weise den Betreuer der Dissertation an Begutachtungsseiten zu binden, so können dem Zweit- bzw. dem Drittreferenten, die in aller Regel bei Abschluss der Betreuungsvereinbarung noch nicht feststehen, keinerlei zeitliche Vorgaben für ihre Voten gemacht werden. Der Gesetzgeber muss sich fragen lassen, warum er hinsichtlich der Begutachtungszeiten den Betreuer von Dissertationen in die Pflicht nehmen möchte, für die weiteren Gutachter aber keinerlei rechtliche Vorgaben macht.

Die Festlegung einer gegenseitigen Verpflichtung über die Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis (Nr. 3) wiederholt an sich eine aus dem Hochschulrecht folgende selbstverständliche gesetzliche Pflicht. Die Vorschrift bewirkt aber, dass es sich im Falle des Abschlusses der Betreuungsvereinbarung auch um eine vertragliche Pflicht handelt mit Konsequenzen im Falle der Verletzung (dazu unten IV.).

Indem Nr. 4 Regelungen zur Lösung von Streitfällen zum Mindestinhalt der Betreuungsvereinbarung erklärt, eröffnet er die Möglichkeit, auch andere als von Fakultät oder Hochschule vorgesehene Vermittlungsstellen einzuschalten. Das können einzelne Hochschullehrer, aber auch Personen außerhalb der Hochschule sein. Ebenso kommt eine Mediation nach dem Mediationsgesetz in Betracht.

#### b) Zusätzliche Rechte und Pflichten

Nach § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG sind die dort genannten Punkte nur Mindestinhalte der Betreuungsvereinbarung. Das wirft die Frage auf, welche zusätzlichen Pflichten begründet werden können. Auf der Seite des Doktoranden ist insoweit vor allem an Vorgaben für die einzureichende Dissertation (Seitenzahlbestimmung, Anforderungen an die äußere Gestaltung) zu denken. In Betracht kommt weiter eine Zeitbegrenzung mit Verfallklausel, in dem Sinne, als der Anspruch auf Betreuung erlischt, wenn der Doktorand die Dissertation nicht innerhalb bestimmter Frist abliefern kann. Diese Frist könnte kürzer sein als die in der Promotionsordnung vorgesehene Frist für das Bestehenbleiben der Zulassung zur Promotion.

Auf der Seite des Betreuenden können Fristen für regelmäßige Betreuungsgespräche und die Erörterung der vom Doktoranden erstatteten Sachstandsberichte vorgesehen werden. Auch die Festlegung von Sanktionen für Mängel der Betreuung und die Verschleppung der Begutachtung scheinen denkbar.

Allerdings müssen sich auch diese weiteren Inhalte im Rahmen des Betreuungszwecks halten. Pflichten des Doktoranden zur Erbringung von Dienstleistungen, die – wie etwa Verpflichtungen in der Lehre – nicht im Zusammenhang mit dem Promotionsvorhaben stehen, können nicht Gegenstand der Betreuungsvereinbarung sein. Ebenso wenig können in der Betreuungsvereinbarung die Abgabe von Vergütungsbestandteilen an einen Lehrstuhlfonds oder umgekehrt die Zahlung eines Stipendiums durch den Betreuer vorgesehen werden.

### III. Verfassungsrechtliche Würdigung eines Zwangs zum Abschluss von Betreuungsvereinbarungen sowie eines Anspruchs auf einen Vertragsschluss

#### 1. Promotion ohne Abschluss einer Betreuungsvereinbarung?

§ 38 Abs. 5 Satz 3 LHG geht davon aus, dass sich Betreuer und Doktorand über Abschluss und Inhalt der Betreuungsvereinbarung verständigen. Das wird regelmäßig zutreffen. Die Verständigung kann aber auch scheitern, sei es dass Betreuer oder Doktorand eine solche vertragliche Bindung überhaupt ablehnen, sei es dass sie sich über deren Inhalt nicht einigen können. In solchen Fällen ist in erster Linie an die bereits erwähnten Vermittlungsverfahren zu denken. Allerdings müssen derartige Vermittlungsverfahren nicht zum Erfolg führen. Dann aber scheint nach § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG eine Annahme als Doktorand auszuschließen, weil diese eine zuvor abgeschlossenen Betreuungsvereinbarung zur Voraussetzung hat („...nach Abschluss der Promotionsvereinbarung“). Da aber gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 LHG der Doktorandenstatus Voraussetzung für die Verleihung des Doktorgrades ist, hätte dies zur weiteren Konsequenz, dass ein materiell gegebener Promotionsanspruch nicht durchzusetzen wäre.

Darüber hinaus führte ein solches Verständnis des § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG dazu, dass Wissenschaftler, die zunächst ohne jegliche Betreuung eine Forschungsleistung erbracht haben und diese sodann einer Fakultät vorlegen, von der Verleihung des Doktorgrades ausgeschlossen würden. Unter diesen Forschern mögen nicht wenige sein, die sich bewusst den Bindungen einer Promotionsvereinbarung entziehen wollten, sich bei der Anfertigung ihrer Promotion gleichwohl, soweit sie es für förderlich erachteten, von einem Hochschullehrer beraten ließen.

Damit ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit aufgeworfen, Forscher von der Promotion auszuschließen, die ihre Dissertation ohne Betreuungsvereinbarung angefertigt haben. Haben diese Forscher einen Anspruch auf die Begutachtung der Dissertation, und, im Falle einer positiven Bewertung, einen Anspruch auf die Durchführung des Rigorosums und im Ergebnis einen Anspruch auf die Verleihung des Doktorgrades? Nach ganz herrschender Meinung sind Promotionen mit Blick auf die verfassungsrechtliche Garantie der Forschungsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, auch dann zu begutachten und gegebenenfalls anzunehmen,

wenn diese ohne vorherige Betreuung durch einen Hochschullehrer eingereicht wurden.<sup>10</sup> Dementsprechend kann die Promotion nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, dass vor der Erbringung der Forschungsleistung keine Betreuungsvereinbarung abgeschlossen wurde.

Daher verbietet sich aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Verständnis des § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG, wonach Forschungsleistungen nur dann zur Promotion führen dürfen, wenn diese im Rahmen einer Betreuungsvereinbarung erbracht wurden. Der hohe persönliche Einsatz des Doktoranden und die im Rahmen seiner Wissenschaftsfreiheit erarbeitete promotionsfähige wissenschaftliche Leistung verbieten es, Promotionen abzulehnen, für die keine Betreuungsvereinbarung vorliegt. Es wäre schlechterdings unverhältnismäßig, eine den inhaltlichen Maßstäben genügende Forschungsleistung aufgrund fehlender Verfahrensanforderungen, etwa einer Betreuungsvereinbarung, scheitern zu lassen. Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen dem Grundverständnis deutscher Rechtskultur, den materiellen grundrechtlichen Verbürgungen im Zweifel den Vorrang gegenüber der Nichtbeachtung des nur dienenden Verfahrensrechts zu geben.

Entgegen dem ersten Anschein steht § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG den eben entwickelten verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entgegen. Vielmehr ist diese Bestimmung im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung dahin zu verstehen, dass der Abschluss einer Promotionsvereinbarung jedenfalls dann nicht notwendige Voraussetzung der Begutachtung sowie des Rigorosums und im Ergebnis der Verleihung des Doktorgrades ist, wenn die eigentliche Forschungsleistung außerhalb eines Betreuungsverhältnisses erbracht wurde.

Zwar findet sich in § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG der Satz, dass über die Annahme als Doktorand „nach Abschluss der Promotionsvereinbarung“ zu entscheiden sei. Allerdings ist diesem Passus nicht zu entnehmen, dass die Promotionsvereinbarung notwendige Voraussetzung der Verleihung des Doktorgrades ist. Dies folgt zunächst aus der erkennbaren Zielsetzung der Promotionsvereinbarung, dem Promotionsverfahren Struktur zu geben und damit die Qualität, aber auch Erfolgsquote von Promotionen zu erhöhen. Zu diesem Zweck will die Vereinbarung zu einem Zeitpunkt, in dem die erfolgreiche Erbringung der Forschungsleistung noch ungewiss ist, ansetzen, um dem Promotionsverfahren eine zeitliche Struktur zu geben. Dessen bedarf es freilich dann nicht,

10 Hartmer, in: ders./Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl 2011, V Rn 16: „Die Zulassung zur Promotion darf unter dem Gesichtspunkt der Berufs- und der Wissenschaftsfreiheit nicht von einer

Annahme als Doktorand abhängig gemacht werden“ (vgl auch Geck, Promotionsordnungen und Grundgesetz, 2. Aufl 1969, S 3 ff).

wenn die Forschungsleistung bereits erfolgreich erbracht wurde: Insoweit ist der Erfolg bewiesen, einer entsprechenden Vereinbarung bedurfte es daher (jedenfalls) in diesen Fällen nicht. Demnach ist § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG dahin zu verstehen, dass es einer Promotionsvereinbarung bei bereits erbrachten Forschungsleistungen nicht bedarf. Jedenfalls für den Fall der freischaffend erbrachten Forschungsleistung ist ein Großteil der in § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG vorgesehenen Mindestinhalte redundant, bzw. deren Verfolgung überhaupt unmöglich, weil insoweit ein Fall der „Zweckerreichung“ eingetreten ist.

Daraus resultiert, dass auch nach der Neufassung des § 38 Abs. 5 LHG der Abschluss einer Betreuungsvereinbarung jedenfalls dann keine notwendige Voraussetzung der Verleihung des Doktorgrades sein kann, wenn die Forschungsleistung bereits erbracht wurde.

## 2. Zur Vereinbarkeit einer verpflichtenden Betreuungsvereinbarung mit der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit des Betreuenden

Eine andere Frage ist, ob bei Scheitern aller Vermittlungsversuche der Doktorand, aber auch der Betreuer, *einen Anspruch auf Abschluss* einer Betreuungsvereinbarung mit einem bestimmten Inhalt haben kann. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob aus § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG Baden-Württemberg ein subjektiv-öffentliches Recht auf Abschluss einer Betreuungsvereinbarung mit den dort geregelten Mindestinhalten hergeleitet werden kann.

Wenn § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG Baden-Württemberg davon spricht, dass eine Promotionsvereinbarung abgeschlossen „*wird*“ und diese einen bestimmten „*Mindestinhalt*“ habe, kann dies – so nicht aus Verfassungsgründen überhaupt Ausnahmen zu machen sind, vgl. oben – nicht anders als im Sinne einer wechselseitigen Anspruchsgrundlage verstanden werden: Doktorand wie Betreuer sollen verlangen können, dass eine entsprechende schriftliche Vereinbarung mit den genannten Mindestinhalten geschlossen wird. Freigestellt sein soll nur ein darüber hinaus gehender Inhalt.

Freilich kann § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG selbst *keinen Anspruch auf die Eingehung eines Betreuungsverhältnisses* begründen. Vielmehr ist mit der Gesetzesbegründung davon auszugehen, dass der Abschluss einer Betreuungs-

vereinbarung eine vorgängige Betreuungszusage zur Voraussetzung hat.<sup>11</sup> Dementsprechend kann § 38 Abs. 5 Satz 3 LHG keinen Anspruch auf vertragliche Vereinbarung des „ob“, sondern nur des „wie“ der Betreuungsverhältnisses begründen.

### a) Zum Schutzbereich der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit

Einem derartigen Anspruch steht jedoch der von der Lehrfreiheit verfassungsrechtlich geschützte Freiraum des Betreuers entgegen. Ein solcher Anspruch und seine gerichtliche Durchsetzung scheitern an Art. 5 Abs. 3 GG, der, wie es *Hufen* formuliert, die Wissenschafts- und Lehrfreiheit<sup>12</sup> „vor jeglicher staatlichen Einwirkung auf den Prozess der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse“ schützt.<sup>13</sup> In ähnlicher Deutlichkeit fordern *Bumke* und *Voßkuhle*, dass den Hochschullehrern soviel Freiheit in ihrer wissenschaftlichen Betätigung zu gewähren ist, „wie dies unter Berücksichtigung der Aufgaben der Universität und der Belange der verschiedenen in der Universität tätigen Grundrechtsträger möglich ist“.<sup>14</sup>

Art. 5 Abs. 3 GG garantiert Hochschullehrern mit der Freiheit der Lehre auch einen Freiraum bei der Betreuung von Doktoranden. Die Hochschullehrer sind bei der Betreuung ihrer Doktoranden „frei in formeller, thematischer, inhaltlicher und methodischer Hinsicht“.<sup>15</sup> Ob die wissenschaftliche Betreuung eines Doktoranden in eine förmliche Vereinbarung gegossen wird oder in einem Vertrauensverhältnis ohne Festlegung von Mindestinhalten erfolgt, ist vor allem eine Methodenfrage, deren Entscheidung allein beim Hochschullehrer liegt. Der Hochschullehrer entscheidet – um nur einige Aspekte seiner Lehrfreiheit zu benennen – , welchen Themenzuschnitt die von ihm vergebene Promotion haben soll, zu welchem Zeitpunkt und wie er seine Doktoranden beim Fortgang ihrer Arbeit fachlich unterstützt, in welchem Umfang Betreuungsgespräche – auch zur Überwindung persönlicher Krisen – bei der Erstellung der Dissertation stattfinden, wie er sich von der Einhaltung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis überzeugt, wie sich in Abstimmung mit dem Doktoranden die Fertigstellung einer Dissertation in einem bestimm-

11 Vgl hierzu die Begründung zum Entwurf des Dritten Hochschuländerungsgesetzes vom 15.10.2013, S 222. Abrufbar unter [http://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/pdf/gesetz/LHG/Anh%C3%B6rungenentwurf\\_3\\_HR%C3%84G.pdf](http://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/pdf/gesetz/LHG/Anh%C3%B6rungenentwurf_3_HR%C3%84G.pdf) [11.5.2014].

12 Zu Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre als „wesentliche Bestandteile eines einheitlichen geschützten Schutzbereichs der Wissenschaft“: *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl 2011, § 34 Rn 4.

13 *Sodan*, in: ders (Hrsg), Grundgesetz, 2009, Art 5 Abs. 3 GG Rn 48

mit Verweis auf BVerfGE 47, 327, 367.

14 *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn 727.

15 *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Bd 4, 2011, § 99, Rn 53; *Fehling*, in Bonner Kommentar, Art 5 Abs 3 GG Rn 88; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg), Grundgesetz, 6. Aufl 2010, Art 5 Abs 3 GG Rn 376; *Hufen*, aaO § 34 Rn 10 (zur Wahl der Methodik wissenschaftlicher Lehre), 13.

ten Zeitlimit erreichen lässt und schließlich auch, ob und welche Veranstaltungen in welchem Rhythmus zu besuchen sind.

Nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch in der Praxis der Betreuung von Promotionen ist es eine Selbstverständlichkeit, dass zwischen dem Betreuer, dem die Lehrfreiheit zur Seite steht, und dem Doktoranden, der sich auf seine Wissenschaftsfreiheit berufen kann, ein besonderes Verhältnis wechselbezüglichen Austausches besteht: Zwischen beiden Personen herrscht ein auf die Promotion bezogenes spezifisches *Vertrauensverhältnis*, dessen gemeinsames Anliegen es ist, ein Forschungsvorhaben in optimaler Weise beginnen, durchführen und abschließen zu können. Der Formenzwang und mit ihm die naiven Hoffnungen, die in eine Verrechtlichung des Promotionsverhältnisses gelegt werden, sind dem von gegenseitigem Vertrauen getragenen, situationsgerecht erfolgenden Zusammenwirken vom fachlich erfahrenen Betreuer und Doktorand letztlich abträglich. Zugespitzt formuliert: Das Vertrauen, das der zu Betreuende in die fachliche Kompetenz des Hochschullehrers setzt und auch setzen muss, kann nicht zum Gegenstand paritätisch auszuhandelnder Vereinbarungen gemacht werden.

Entsprechendes gilt für die Doktoranden. Ihnen muss es auf Grund der ihnen zukommenden *Studier- und Wissenschaftsfreiheit*<sup>16</sup> letztlich frei stehen, ob sie ein Promotionsvorhaben innerhalb der Bindungen einer förmlichen Betreuungsvereinbarung oder unabhängig davon durchführen wollen.<sup>17</sup>

#### b) Zwang zum Abschluss von Betreuungsvereinbarung: verfassungsrechtlich zu rechtfertigen?

Nun mag man einwenden, dass der Gesetzgeber zur Einschränkung bzw. zur Ausgestaltung der in Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Lehr- und Wissenschaftsfreiheit berechtigt sei. Eine Einschränkung oder Ausgestaltung der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit ist aber nur in engen verfassungsrechtlichen Grenzen statthaft. Die Lehr- und Wissenschaftsfreiheit unterliegt, außer der hier nicht interessierenden Treue der Lehrfreiheit zur Verfassung, lediglich grundrechtsimmanenten Schranken.<sup>18</sup> Diese sind aus dem Kontext der Verfassung zu ermitteln. Weitestgehend konsentrierte Schranken der Lehrfreiheit betreffen etwa die sich aus den Curricula ergebenden

Grenzen der Wahl von Vorlesungsgegenständen, die Orientierung der Stoffvermittlung an Modulhandbüchern oder auch Evaluationen von Vorlesungsveranstaltungen.<sup>19</sup> Derartigen Begrenzungen der Lehrfreiheit ist gemeinsam, dass sie sich aus dem Anspruch der Studierenden, der aus Art. 12 Abs. 1 GG, aber auch aus Art. 5 Abs. 3 GG folgt, auf eine berufsfeldbezogene wissenschaftliche Ausbildung und auf die effektive Studiermöglichkeit von Studiengängen ergeben.

Die Begrenzung der Lehrfreiheit durch Promotionsvereinbarungen wird nicht von derart gewichtigen verfassungsrechtlichen Zielsetzungen getragen. Denn wenn als Ziel genannt wird, man wolle wissenschaftlichem Fehlverhalten entgegenwirken, so sind Promotionsvereinbarungen keine geeignete Maßnahme. Seit jeher – und völlig unbestritten – gehört es zu den Verpflichtungen der Hochschullehrer, sich von der Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis bei der Abfassung von Promotionen zu überzeugen. In der Vergangenheit hat sich erwiesen, dass in Promotionen vielfach ungenau und unvollständig zitiert wurde, darüber hinaus gar Plagiate in nicht geringer Zahl erfolgt sind. Für diese Problematik sind Betreuer und Doktoranden mittlerweile sehr sensibilisiert. Von einer entsprechenden Regelung in einer Betreuungsvereinbarung lässt sich keine weitere Sensibilisierung, aber auch keine höhere Vermeidungsrate von Plagiatsfällen erwarten. Sie ist nicht geeignet, in effektiver Weise die Qualität von Promotionen zu verbessern.

Welchen Anforderungen die Betreuungsintensität genügen soll, nach welchen Kriterien Zeitpläne zu erstellen sind, woran sich ein individuelles Studienprogramm orientieren soll, all dies lässt der Gesetzgeber offen. Der Gesetzgeber hat sich insofern in einem Regelungsdilemma befunden: Er konnte mit Blick auf die Vielgestaltigkeit der Fälle und auch wegen der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit keine inhaltlich verbindlichen Regelungen treffen. Die inhaltlichen Vorgaben von Betreuungsvereinbarungen werden vielmehr an die Vertragsparteien zurück gespielt, wo sie – wie bislang auch – letztlich vom guten Willen des Betreuers abhängen. Eine wirkliche Vertragsparität zwischen Betreuer und Doktoranden dürfte wohl nur in den wenigsten Fällen gegeben sein. Daher steht im Raum, dass mit Betreuungsvereinbarungen nur zusätzlicher Verwaltungsaufwand generiert,

16 Zur Wissenschaftsfreiheit auch von Doktoranden vgl BVerfGE 90, 1, 11 f; *Bethge*, in: Sachs (Hrsg), Grundgesetz, 6. Aufl 2011, Art 5 GG Rn 208 mNw; Hufen, aaO § 34 Rn 15.

17 Dass der Doktorand grundsätzlich die Freiheit haben muss, Takt und Intensität der Betreuung durch seine eigenen Bedürfnisse vorzugeben, betont mit Recht *Löwer*, Die Promotion an der Kandare, Legal Tribune Online, vom 7. 11. 2013: <http://www.lto.de/>

recht/studium-referendariat/s/promotion-baden-wuerttemberg-betreuungsvereinbarung/ [11.5.2014].

18 Zur Bestimmung der verfassungsimmanenten Schranken von Art 5 Abs 3 GG: *Württemberg/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl 2008, § 26 Rn 103 ff; Hufen, aaO § 34 Rn 29 ff.

19 Teilweise kritisch zu diesen Begrenzungen der Lehrfreiheit *Löwer*, in: Handbuch, § 99 Rn 59 ff.

aber kein Einfluss auf die zu Grunde liegenden inhaltlichen Fragen genommen wird. Wo keine rechtlichen Maßstäbe gesetzt sind, bleiben Betreuungsvereinbarungen im Belieben von Hochschullehrern und Doktoranden. Verfassungsrechtlich stellt sich das Dilemma des Gesetzgebers so dar: Entweder werden die entsprechenden Betreuungsvereinbarungen durch den Gesetzgeber auch inhaltlich determiniert, dann sind sie unverhältnismäßig, oder es werden nur formelle Vorgaben gemacht, dann sind sie aber zur Zielerreichung ungeeignet.

Nun mag man der Ansicht sein, wo nichts Konkretes geregelt sei, gebe es ohnehin keinen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lehrfreiheit. Dies würde jedoch verkennen, dass bereits durch die Pflicht zum Abschluss und zu der Fortschreibung von Betreuungsvereinbarungen in Schriftform ein Eingriff in die flexible und situationsgerechte Gestaltung der Betreuung von Doktoranden liegt. Dieser Eingriff ist durchaus von Gewicht, da die Wissenschafts- und Lehrfreiheit ein Kommunikationsgrundrecht ist, das eine möglichst freie Kommunikation zwischen Wissenschaftlern und ihren Schülern ermöglichen will. Daher muss die Lehrfreiheit auch gegen eine überflüssige Bürokratisierung des akademischen Bereichs schützen. Diese Bürokratisierung ist nicht nur ein Hemmnis bei rasch erforderlich werdenden Änderungen im Takt und im Inhalt der Betreuung, sondern auch zeitaufwändig. Denn, wie in der Regel zu erwarten steht, muss während eines Promotionsverfahrens der jeweilige Inhalt einer Betreuungsvereinbarung, etwa bei einer Modifikation des Themas, bei unvorhersehbaren Hindernissen im Fortgang der Arbeit, bei Veränderungen im persönlichen Umfeld des Doktoranden etc., wiederholt neu ausgehandelt und in Schriftform gefasst werden. Was bislang ein Hochschullehrer aus seiner langen Erfahrung dem Doktoranden geraten hat, wird nun ohne Not einer förmlichen Vereinbarung unterworfen.

Letztlich ist auch eine verbindliche Festlegung von konkreten Korrekturfristen weder mit der Lehrfreiheit noch mit der Wissenschaftsfreiheit zu vereinbaren. Eine derartige Bindung geht an den Realitäten vorbei: Für eine hervorragende, aber knappe Dissertation bedarf man weitaus weniger Korrekturfrist als für eine umfangreiche, inhaltlich und sprachlich problematische Dissertation, die nach einer ersten Korrektur nochmals zurückzugeben ist. Dies gilt selbst dann, wenn Korrekturfristen erst bei Abgabe der Dissertation festgelegt werden müssen. Denn zu diesem Zeitpunkt ist es ungewiss, welcher Zeitaufwand für die Korrektur erforderlich ist; auch können überraschende anderweitige dienstliche Verpflichtungen, Beteiligung an Drittmittelprojekten

etc., Notgedrungen zur Verlängerung von Korrekturzeiten führen. Soll es wirklich so sein, dass mehrfach Korrekturfristen vereinbart werden müssen, nämlich wenn etwa eine Dissertation mit Beanstandungen und Auflagen an den Doktoranden nach einer ersten Durchsicht zurückgegeben werden muss?

Diesen verfassungsrechtlichen Fragen weiter nachzugehen, besteht allerdings kein Anlass. Hochschullehrer mögen Promotionsvereinbarungen mit ihren Doktoranden abschließen, sie mögen dies sogar als Beitrag zur Verbesserung der Effektivität der Betreuung ihrer Doktoranden ansehen. Da aber Promotionen, wie ausgeführt, von der Fakultät auch dann angenommen werden müssen, wenn ihnen keine Betreuungsvereinbarung zu Grunde gelegen hat, bleibt die Regelung des § 38 Abs. 5 LHG letztlich nur ein Angebot, das nicht verpflichtend ist. Falls gleichwohl auf den Abschluss einer Betreuungsvereinbarung geklagt wird oder ein Hochschullehrer im Wege der Rechtsaufsicht zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen verpflichtet werden soll, wäre die Verfassungsmäßigkeit des § 35 Abs. 5 LHG auf den Prüfstand gerichtlicher Kontrolle zu stellen.

An der Unvereinbarkeit mit der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit änderte sich auch nichts, wenn man die Hochschule oder die Fakultät als Adressat des Anspruchs des Doktoranden ansähe: Auch der Hochschule ist es verfassungsrechtlich verwehrt, in die Freiheit der Lehre der Hochschullehrer einzugreifen. Der Doktorand kann von ihr nicht mehr verlangen, als dass sie sich um die Vermittlung eines wissenschaftlichen Betreuers bemüht.

Nicht weiter führt auch die in der vergangenen Legislaturperiode des Deutschen Bundestags von der SPD-Fraktion entwickelte Vorstellung, die Zulässigkeit von Befristungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz vom Abschluss einer Betreuungsvereinbarung abhängig zu machen.<sup>20</sup> Auch damit würde unverhältnismäßig in die Lehrfreiheit eingegriffen.

#### IV. Sanktionen bei Pflichtverletzungen

##### 1. Auflösung der Promotionsvereinbarung

Wenn der Doktorand den in der Promotionsvereinbarung festgelegten Zeitplan nicht einhält oder die regelmäßigen Betreuungsgespräche und Sachstandsberichte versäumt, muss das Betreuungsverhältnis aufgelöst werden können, auch wenn die Betreuungsvereinbarung keine Verfallklausel enthält. Den Weg dazu ebnet § 62 Satz 2 LVwVfG mit der Anordnung der subsidiären Geltung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts: Bei der Betreuungsvereinbarung handelt es sich um ein Dauer-

20 BT-Drs 17/12531.

schuldverhältnis besonderer Art. Dieses kann wie jeder auf Dauer gerichteter Schuldvertrag nach § 314 Abs. 1 BGB *aus wichtigem Grund gekündigt* werden.<sup>21</sup> Unentschuldigte zeitliche Verzögerungen der Arbeit oder die Versäumung von Betreuungsgesprächen und von Sachstandsberichten stellen, wenn sie gravierend sind, einen solchen wichtigen Grund dar. Dabei hat, wie sich aus § 314 Abs. 2 BGB ergibt, der Kündigung regelmäßig die Setzung einer Abhilfefrist vorauszugehen.

An eine etwaige Kündigung der Promotionsvereinbarung schließt sich die weitere Frage an, ob sich mit ihrer Auflösung etwas an der Zulassung als Doktorand ändert oder ob diese bestehen bleibt; letzteres ist entsprechend der obigen Ausführungen zum Verhältnis von Betreuungsvereinbarung und Doktorandenstatus anzunehmen. Der Doktorand arbeitet nunmehr nur noch auf eigenes Risiko bis zum Zeitpunkt des Erlöschens der Zulassung.

Umgekehrt ist denkbar, dass der Doktorand die Promotionsvereinbarung aus wichtigem Grund kündigt. Ein Anspruch auf Abschluss einer neuen Betreuungsvereinbarung mit einem anderen Betreuer wird damit nicht ausgelöst, zumal ein solcher nach dem Gesagten eine vorgängige Betreuungszusage durch den neuen Betreuer zur Voraussetzung hätte. Vielmehr beschränkt sich die Verpflichtung der Hochschule darauf, sich um die Vermittlung eines neuen Betreuers zu bemühen (dazu oben II 3 b).

## 2. Schadensersatz

### a) Mögliche Schadensfälle

Zu denken ist in erster Linie an *Verzögerungsschäden* auf der Seite des Doktoranden: Verzögert sich die Begutachtung gegenüber der vorgegebenen Begutachtungszeit,<sup>22</sup> kann das zur Folge haben, dass der Doktorand erst später eine besser dotierte Stelle, etwa als Anwalt, erhält, dass sich sein, die Promotion voraussetzendes, Habilitationsverfahren verzögert und ihm damit eine Berufung entgeht, oder dass ein Stipendium oder eine sonstige Förderung nicht erreicht werden kann.

Umgekehrt kann eine vom Doktoranden verursachte Verzögerung der Promotion zu finanziellen Ausfällen auf Seiten des Betreuers führen. Etwa kann die weitere Förderung eines Projekts, zu dessen Bestandteilen das Promotionsvorhaben gehörte, eingestellt werden. Auch

können Stipendien für weitere Doktoranden mit Hinblick auf die Verzögerung versagt werden.

Schäden können auch aus der *Verletzung der gegenseitigen Verpflichtung zur Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis* resultieren. Ein Doktorand, dem der Doktorgrad nachträglich entzogen wird, könnte geltend machen, dass der Entzug auch darauf zurückzuführen ist, dass er nicht zureichend betreut worden ist. Umgekehrt könnte dem Betreuer bei der Entscheidung über einen Förderantrag zur Last gelegt werden, dass es in seinem Bereich zu solchen Verstößen gekommen ist, weil er seiner Aufsichtspflicht nicht genügt hat.

### b) Haftungsfragen

Eine Haftung des Betreuers kann sich aus Pflichtverletzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages sowie aus der Amtshaftung nach Art. 34 Satz 1 GG i. V. m. § 839 BGB ergeben.<sup>23</sup>

aa) Das LHG äußert sich zu Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der Pflichten aus einer Betreuungsvereinbarung nicht. Maßgebend ist deshalb wiederum das nach § 62 Satz 2 LVwVfG subsidiär geltende bürgerliche Recht.<sup>24</sup> Danach ist, Verschulden vorausgesetzt, ein kausal herbeigeführter Verzögerungsschaden gemäß § 286 BGB, der auch den entgangenen Gewinn umfasst (vgl. hierzu auch § 252 BGB), und eine aus der Verletzung der Pflicht zur Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis resultierender Schaden gemäß § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen. Liegt ein Mitverschulden des Geschädigten vor, kommt eine Minderung der Schadensersatzpflicht nach § 254 BGB in Betracht.

bb) Bei einer Amtshaftungsklage stellt sich die Frage, ob der Betreuer im Falle der Verletzung der Pflichten aus der Betreuungsvereinbarung selbst haftet oder ob an die Stelle seiner Haftung nach Art. 34 Satz 1 GG in Verbindung mit § 839 BGB die Haftung des Bundeslandes als Anstellungskörperschaft tritt. Das hängt davon ab, ob die Pflichten aus der Betreuungsvereinbarung zugleich als Amtspflichten aufzufassen sind. Nach nicht unbestrittener Ansicht begründen Verpflichtungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zugleich entsprechende Amtspflichten.<sup>25</sup> Selbst wenn man der insoweit eher zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>26</sup> folgen würde, würde dies nichts an einer Haftung aus „relativen Amtspflichten in Sonderbeziehungen“<sup>27</sup>

21 Fehling, § 62 VwVfG Rn 21.

22 Zur Vollstreckung aus einer Betreuungsvereinbarung bedarf es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels, der durch verwaltungsgerichtliche Leistungsklage erlangt werden kann (Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn 822).

23 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl 2009, § 26 Rn 46;

Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl 1998, S 360.

24 Fehling, § 62 VwVfG Rn 19 ff.

25 So Papier, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 839 BGB Rn 197; ders, in: Maunz/Dürig, Art 34 GG Rn 162.

26 BGHZ 87, 9, 18; 120, 184, 188.

ändern. Denn Gegenstand der Betreuungsvereinbarungen ist in aller Regel nichts weiter als all jenes, was dem Betreuer ohnehin als Dienstpflicht obliegt. Mit der Übernahme der Pflichten aus der Betreuungsvereinbarung erfüllt der Betreuer seine hochschulrechtlich allgemein geregelte Dienstpflicht zur wissenschaftlichen Betreuung der von ihm angenommenen Doktoranden. Ein Rückgriff kommt nach Art. 34 Satz 2 GG nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit in Betracht.

cc) Nicht nur aus Amtshaftung (sofern die Betreuungsvereinbarung Amtspflichten des Hochschullehrers konkretisiert), auch aus der Betreuungsvereinbarung kann auf Schadensersatz geklagt werden. Wird aus der Betreuungsvereinbarung, also aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auf Schadensersatz geklagt, so dürfte die Klage, anders als die Amtshaftungsklage, gegen den betreuenden Hochschullehrer zu richten sein. Denn dieser ist aus der Betreuungsvereinbarung berechtigt und verpflichtet, nicht aber das Land oder die Universität.

dd) Ein Haftungsprivileg, das dem des Betreuers bei Amtshaftungsklagen auf Grund einer Amtspflichtverletzung vergleichbar ist, steht dem Doktoranden nicht zur Seite. Möglich ist nur, einer an der Studier- und Wissenschaftsfreiheit ausgerichteten Auslegung der Betreuungsvereinbarung zu entnehmen, dass der Verschuldensmaßstab gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB auf grobe Fahrlässigkeit reduziert ist. Nahe liegt es, diesen schwierigen Haftungsfragen durch einen entsprechenden *Haftungsausschluss* in der Betreuungsvereinbarung zu entgehen. Ein solcher ist für den Doktoranden, nicht aber für den Betreuer,<sup>28</sup> bis zur Grenze der Haftung für Vorsatz möglich (§ 276 Abs. 3 BGB).<sup>29</sup>

## V. Zusammenfassung

### 1. Zulassung zur Promotion nicht vom Abschluss einer Betreuungsvereinbarung abhängig

§ 38 LHG unterscheidet zwischen der Zulassung zur Promotion einerseits und der Annahme als Doktorand und dem Abschluss der Betreuungsvereinbarung andererseits: Abs. 3 regelt die Grundvoraussetzungen für die Zulassung, denen nach Abs. 4 Satz 2 die Promotionsordnung weitere Zulassungsvoraussetzungen hinzufügen kann. Demgegenüber bestimmt Abs. 5 in Satz 2, dass die Annahme als Doktorand die Hochschule zur wissenschaftlichen Betreuung verpflichtet, und in Satz 3, dass zu diesem Zweck eine Betreuungsvereinbarung abgeschlossen wird. Ein Zusammenhang des Inhalts, dass die

Betreuungsvereinbarung Voraussetzung für die Zulassung zur Promotion ist, wird dabei nicht hergestellt.

Ein solcher Zusammenhang wäre auch, wie ausgeführt, nicht verfassungskonform: Wer die Voraussetzungen für die Zulassung zur Promotion erfüllt, hat einen *Rechtsanspruch* auf Durchführung des Promotionsverfahrens. Diesen von den Unwägbarkeiten des Zustandekommens einer Betreuungsvereinbarung abhängig zu machen, wäre eine unverhältnismäßige Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit des Doktoranden.

Wer die nach Gesetz und Promotionsordnung gestellten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, kann eine Dissertation auch dann einreichen, wenn keine Betreuungsvereinbarung abgeschlossen wurde. Er muss zur Promotion und zur Prüfung zugelassen und seine Arbeit muss begutachtet werden. Aus welchem Grund es nicht zum Abschluss einer Betreuungsvereinbarung gekommen ist, spielt keine Rolle.

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn kein Hochschullehrer der Fakultät über die fachliche Kompetenz zur Begutachtung der Arbeit verfügt oder allgemeine Gründe für die Ablehnung der Zulassung bestehen.

### 2. Kein Zwang zum Abschluss einer Betreuungsvereinbarung bestimmten Inhalts

Ein Zwang zum Abschluss einer Betreuungsvereinbarung bestimmten Inhalts lässt sich mit dem durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Freiraum des Hochschullehrers bei der Betreuung von Doktoranden nicht vereinbaren. Zwischen betreuendem Hochschullehrer und Doktorand herrscht ein auf die Promotion bezogenes spezifisches Vertrauensverhältnis, das nicht Gegenstand paritätisch auszuhandelnder Vereinbarungen sein kann.

An der Unvereinbarkeit mit der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit änderte sich auch nichts, wenn man die Hochschule oder die Fakultät als Adressat des Anspruchs des Doktoranden ansähe: Auch der Hochschule ist es verfassungsrechtlich verwehrt, in die Freiheit der Lehre der Hochschullehrer einzugreifen.

### 3. Kündigung einer Betreuungsvereinbarung kein Hindernis für eine erfolgreiche Promotion

War eine Betreuungsvereinbarung abgeschlossen und ist diese später weggefallen, ändert das nichts an der erfolgten Zulassung zur Promotion. Insbesondere führt die Kündigung der Betreuungsvereinbarung aus wichtigem Grund nicht automatisch zum Verlust der Zulassung. Vielmehr kann der Doktorand im vorgegebenen

27 *Ossenbühl*, S 60 f; BGHZ 120, 184, 188.

28 Die Haftung des Betreuers eines Doktoranden aus § 839 BGB kann nur durch Gesetz, nicht aber durch Vertrag begrenzt wer-

den (vgl *Ossenbühl*, S 96 f).

29 Zu den hier nicht weiter zu vertiefenden Abwägungsfragen bei Haftungsbeschränkungen: *Ossenbühl*, S 358 f.

zeitlichen Rahmen der Zulassung seine Dissertation einreichen und die Zulassung zur Prüfung beantragen.

Nur wenn der Grund zur Kündigung der Betreuungsvereinbarung auch die Rücknahme der Zulassung rechtfertigt, kann diese erfolgen.

#### 4. Fazit

Der in einigen Landeshochschulgesetzen neuerdings eingeschlagene Weg zur rechtsverbindlichen Betreuungsvereinbarung führt in die Irre. Die Verleihung des Doktorgrades kann und muss auch dann erfolgen, wenn zuvor keine Betreuungsvereinbarung abgeschlossen worden war. Ein Abschlusszwang scheitert an der Lehrfreiheit des Betreuers und an der Wissenschafts- sowie Studierfreiheit des Doktoranden. Freiwillig abgeschlossene Vereinbarungen werfen im Falle von Pflichtverletzungen Fragen von Schadensersatz und Haftung auf.

Die im LHG Baden-Württemberg erfolgte Verrechtlichung der Vertrauensbeziehung zwischen dem Hochschullehrer und seinem Doktoranden ist ein Fall symbolischer oder gar aktionistischer Gesetzgebung und damit der falsche Weg.

Im höchst sensiblen Bereich der Lehr- und Wissenschaftsfreiheit sollte der Gesetzgeber den unterschiedlichen Fächerkulturen ebenso wie den unterschiedlichen Forscherpersönlichkeiten, zu denen auch Doktoranden rechnen, einen möglichst großen Freiraum belassen.

Dieser wird ohne Not eingeschränkt, wenn promotionsbezogene Regelungen verbindlich gemacht werden, die immer wieder durch neues Aushandeln situationsgerecht angepasst und in eine neue Vertragsform gegossen werden müssen. Bei all diesen Aushandlungsverpflichtungen wird eine Vertragsparität vorgespiegelt, die kaum besteht. Die Gestaltung von Betreuungsvereinbarungen wird in aller Regel durch die hohe Fachkompetenz des betreuenden Hochschullehrers bestimmt, nicht aber wirklich ausgehandelt. Betreuungsvereinbarungen sind damit kaum geeignet, Betreuungsleistungen und damit die Qualität von Dissertationen zu steigern.

Was im Konfliktfall durchgesetzt werden muss, ist die Einhaltung der Dienstpflicht des Hochschullehrers zu angemessener Betreuung der von ihm angenommenen Doktoranden. Um dies zu erreichen, kann die nach § 38 Abs. 4 Satz 2 LHG zu bestellende Ombudsperson eingeschaltet werden. Führt auch das nicht zum Ziel, ist die Durchsetzung Sache der Fakultäts- und der Universitätsleitungen und letztlich des Wissenschaftsministeriums als den Dienstvorgesetzten des Hochschullehrers.

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

# Michael Fehling

## *Neuorganisation der Polizeihochschulen und Wissenschaftsfreiheit\**

### ÜBERSICHT

#### I. Einführung

1. *Verschiedene Modelle einer organisatorischen Zusammenführung von akademischer und nicht akademischer Polizeiaus- und -fortbildung*

2. *Organisationsreform als Hochschulverfassungsproblem*

II. *Allgemeine verfassungsrechtliche Leitlinien für die Auflösung einer Hochschule nebst Neuorganisation*

III. *Wissenschaftsadäquanz der Akademie-Konstruktion*

1. *Weiter, aber keineswegs grenzenloser Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers*

2. *Fehlende organisatorische Selbstständigkeit des Fachhochschulbereichs gegenüber der Akademie*

3. *Reichweite des Parlamentsvorbehalts*

IV. *Einzelfragen unter besonderer Berücksichtigung des Hamburger Modells*

1. *Bestimmung der Leitung*

a) *Auswahl der Leiterin oder des Leiters der Akademie der Polizei*

b) *Abwahlmöglichkeiten u.Ä.*

c) *Stellvertretung beim Dekan*

2. *Mitwirkung Externer in Gremien*

a) *Beratende Mitwirkung eines Vertreters der Polizeiakademie sowie eines Vertreters der Aufsichtsbehörde im Fachbereichsrat*

b) *Mitwirkung von Polizeivertretern bei der Entwicklung des Curriculums in einer Gemeinsamen Kommission*

3. *Ressourcenausstattung des Studien- bzw. Fachhochschulbereichs*

4. *Aushilfsverpflichtung der Professoren im außerakademischen Bereich*

5. *Entscheidungsbefugnisse des Akademieleiters bzw. Direktors über die Gewährung von Leistungszulagen*

V. *Abschließende Gesamtwürdigung*

#### I. Einführung

In mehreren Bundesländern ist es in den vergangenen Jahren zu einer Organisationsreform der Aus- und Fortbildung der Polizei gekommen. Man erhofft sich Synergieeffekte durch eine mehr oder minder weitreichende Verklammerung der akademischen (Fachhochschul-)

Bildung des gehobenen und der berufspraktischen Ausbildung des mittleren Polizeidienstes. Zugleich zeugt die Reform von einer gewissen Unzufriedenheit der Politik mit einem vermeintlich zu abgehobenen, polizeipraktische Fähigkeiten tendenziell zu gering schätzenden Fachhochschulstudium. Im besten Falle könnte nun die akademische Ausbildung polizeipraktisch besser unterfüttert und die berufspraktische Aus- und Fortbildung partiell akademisch befruchtet werden. Schlimmstenfalls drohte dagegen mit der Zurückdrängung akademischer Strukturen ein Verlust kritischer Reflexion zugunsten von problematischem Chorgeist.

Juristisch geht es um die Reichweite und den Schutz der Freiheit von Forschung und Lehre in den neu geschaffenen hybriden Organisationsstrukturen.

1. *Verschiedene Modelle einer organisatorischen Zusammenführung von akademischer und nicht akademischer Polizeiaus- und -fortbildung*

Für eine Verknüpfung von verschiedenen Stufen und Arten der Polizeiaus- und -fortbildung finden sich unterschiedliche Modelle. Zur Illustration seien drei Bundesländer beispielhaft herausgegriffen.

Den Anfang machte *Niedersachsen* mit seinem „Gesetz über die Polizeiakademie Niedersachsen“ (PolAkG Nds.) vom 13. September 2007.<sup>1</sup> Die frühere Niedersächsische Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege wurde aufgelöst und die Ausbildung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst unter Überleitung der Professoren und Dozenten in eine neu geschaffene Polizeiakademie als teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts integriert. Für die akademische Ausbildung (Bachelor-Studiengang sowie die Beteiligung am Master-Studiengang der Deutschen Hochschule für Polizei, § 2 Abs. 1 Nr.1 u. 3 PolAkG Nds) gibt es einige Sonderstrukturen, namentlich eine dem Fachbereichsrat nachempfundene Konferenz (§ 7 PolAkG Nds.) und eine Studierendenvertretung (§ 8 Abs. 2 PolAkG Nds). Für Professoren bedarf es eines Berufungsverfahrens (§ 10 Abs. 4 PolAkG Nds.). Für Angelegenheiten der akademischen Lehre und Forschung gilt statt der Fach- nur eine Rechtsaufsicht (vgl. § 3 PolAkG Nds.). Doch besitzt der akademische Teil innerhalb der

\* Aktualisierte und um Ausführungen zu anderen Bundesländern erweiterte Fassung eines Rechtsgutachtens des Verfassers für Professoren der Hochschule der Polizei Hamburg.

1 Art 2 des „Gesetzes zur Neuordnung der Ausbildung für den gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienst in Niedersachsen“, Nds GVBl Nr 28 v 20.9.2007, S 444.

Akademie keinerlei institutionelle Selbständigkeit; der Direktor leitet die Akademie im Ganzen (vgl. § 6 PolAkG Nds.) und daneben gibt es keinen Dekan o.ä. Es handelt sich also um ein *Akademie-Einheitsmodell mit eingegliedertem akademischen Ausbildungsteil* und wenigen darauf bezogenen Sonderstrukturen. Die Wissenschaftsfreiheit findet im Gesetz nirgendwo Erwähnung. Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht Göttingen sogar geurteilt, die Polizeiakademie Niedersachsen enthalte keinen Hochschulteil und die dortigen Professoren seien deshalb gar keine Hochschullehrer.<sup>2</sup> Darauf ist zurückzukommen.<sup>3</sup>

*Baden-Württemberg* hat zumindest formal den umgekehrten Weg beschritten. Dort wurden im Rahmen einer größeren Polizeistrukturereform<sup>4</sup> der (Fach-)Hochschule Villingen-Schwenningen auf Grundlage von § 2 Abs. 6 S. 1 LHG BW durch Rechtsverordnung zusätzliche nichtakademische „Aufgaben eines Präsidiums Bildung“ als staatliche Weisungsaufgaben überantwortet (§ 2 Abs. 4 Satz 2 der geänderten ErrichtungsVO). Der Präsident der Hochschule, der vom Innenministerium ernannt wird, aber der Bestätigung des Hochschulsenats bedarf (§ 6 Abs. 1 ErrichtungsVO), steht mit seiner Verwaltung dem akademischen Bereich und dem Präsidium Bildung (§ 2 Abs. 4 Satz 5 ErrichtungsVO) zusammen vor; er wird im Präsidium Bildung durch einen vom Innenministerium bestellten Institutsleiter (§ 2 Abs. 4 Satz 6 der geänderten ErrichtungsVO) und im akademischen Bereich durch einen Prorektor (§ 6 Abs. 2 ErrichtungsVO) vertreten. Im Hochschulbereich gibt es zusätzlich den Senat (§ 7 ErrichtungsVO) und darunter Fakultätsstrukturen (§ 4 Abs. 2, §§ 9, 10 ErrichtungsVO). Dieses Modell lässt sich als *Polizeihochschule mit nichtakademischem Ausbildungsannex* charakterisieren.

Eine organisatorisch komplexere Ausformung hat das Konzept einer integrierten Polizeiausbildung in *Hamburg* erfahren. Im Hamburgischen Polizeiakademiegesetz (HmbPolAG) vom 17. September 2013<sup>5</sup> wurde die bisherige Hochschule der Polizei aufgelöst und als teilrechtsfähiger Fachhochschulbereich (§ 9 HmbPolAG) mit akademischer Selbstverwaltung (§ 11 HmbPolAG) in eine neu geschaffene Akademie der Polizei Hamburg (§ 1 HmbPolAG) integriert. Der Fachhochschulbereich verfügt über die klassischen akademischen Organe

Dekan und Fachbereichsrat (§ 14 HmbPolAG), die abschließend in Angelegenheiten von Forschung und Lehre entscheiden (§ 18 HmbPolAG). Es finden sich jedoch auch vielfältige Verzahnungen zwischen dem behördlich-hierarchisch strukturierten Akademieüberbau (zum Vorgesetztenverhältnis § 4 HmbPolAG) und dem Fachhochschulbereich. Der Leiter der Akademie wird durch die zuständige Behörde bestellt; der Dekan des Fachhochschulbereichs fungiert als dessen Vertreter (§ 3 HmbPolAG). Eine paritätisch besetzte gemeinsame Kommission erarbeitet Vorschläge und Empfehlungen für das Curriculum des Studiengangs (§ 6 HmbPolAG). An den Sitzungen des Fachbereichsrats können ein Vertreter der praktischen Ausbildung in der Akademie sowie ein Vertreter der Rechtsaufsicht mit beratender Stimme teilnehmen (§ 17 Abs. 2 HmbPolAG). Die Professoren und Dozenten des Fachhochschulbereichs haben auch die Aufgabe, kurzzeitig und im Einzelfall die Akademie bei der Erfüllung ihrer sonstigen Aufgaben zu unterstützen (§ 26 Abs. 1 HmbPolAG). Dabei wird die Freiheit von Lehre und Forschung ausdrücklich allgemein (§ 12 HmbPolAG) und an verschiedenen weiteren Stellen im Gesetz betont. Schlagwortartig kann man in Hamburg von einer *Hochschule in einer nichtakademischen Akademie* sprechen.

## 2. Organisationsreform als Hochschulverfassungsproblem

Im demokratischen Rechtsstaat ist die Polizeiausbildung notwendig ein Politikum. Ihre Organisation muss zumindest im akademischen Bereich aber auch (hochschul-)verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Deshalb wird im Folgenden der Frage nachgegangen, ob die Reformen den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) genügen, ob namentlich die akademische Selbstverwaltung des Fachhochschulbereichs hinreichend gesichert und die individuelle Freiheit der Professorinnen und Professoren in Forschung und Lehre strukturell gewährleistet ist. Dabei geht es keineswegs allein um die Wahrung akademischer Besitzstände der Betroffenen (vor allem der Professoren) und auch nicht um Wissenschaftsideale als Selbstzweck, wie sie für die Fachhochschulausbildung ohnehin nur eingeschränkt taugen. Vielmehr muss das Organisationsrecht als Steue-

2 VG Göttingen 6.11.2013 – 1 A 190/13 – Rn 16 ff (juris), gestützt vor allem auf Andeutungen in den Gesetzesmaterialien Nds LT-Drs 15/3595, zu § 4 (S 14) und insbes zu § 9 (S 21 f), sowie bei den Ausschussberatungen, Nds LT-Drs 15/4054, S 2 ff; Das Urteil ist mittlerweile rechtskräftig.

3 Siehe unten II.

4 Polizeistrukturreformgesetz (PolRG) vom 23.07.2013, BW GBl 2013 S 233 ff.

5 Art 1 des „Gesetzes zur Neuausrichtung der Aus- und Fortbildung der Polizei Hamburg“, HmbGVBl Nr 38 v 24.9.2013, S 389.

rungsressource<sup>6</sup> ernst genommen werden. Damit liegt die Vermutung nahe, dass dortige einschneidende Änderungen mittelbar auch die Ausbildung selbst beeinflussen und die „Sozialisation“ sowie das Selbstverständnis unseres Polizeinachwuchses indirekt mit prägen.

Grundrechtliche Bedenken werden sowohl gegen die gewählte Grundstruktur einer Integration der Fachhochschule in eine Polizeiakademie als auch gegen zahlreiche Einzelregelungen geltend gemacht. Verfassungsrechtlich greifen beide Ebenen ineinander. Art. 5 Abs. 3 GG fordert in der Summe eine wissenschaftsadäquate Organisationsstruktur. Strukturelle Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit müssen ausgeschlossen und ein adäquates Niveau der Partizipation muss gewährleistet sein,<sup>7</sup> eine „nur hypothetische Gefährdung“ bleibt dagegen unschädlich.<sup>8</sup> Dies lässt sich jedoch nicht allein anhand der abstrakten Organisationsstruktur beurteilen, sondern muss anhand der Einzelregelungen, die dieser Struktur Gestalt geben, überprüft werden. Einzelne Vorschriften, die für sich genommen noch der verfassungskonformen Auslegung und Handhabung zugänglich sein mögen, können sich dennoch gehäuft zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit summieren.<sup>9</sup> Umgekehrt schaffen einzelne Bestimmungen, die isoliert betrachtet verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen, in der übergreifenden Gesamtperspektive womöglich bloße Missbrauchsmöglichkeiten, welche aufgrund anderweitiger Sicherungen die Wissenschaftsfreiheit nicht strukturell tangieren. Vor diesem Hintergrund gilt es im Folgenden nach Vorbemerkungen zur Reorga-

nisation (sogleich II.) zunächst die allgemeine Organisationsstruktur zu untersuchen (III.), dann sollen die problematischen Einzelfragen erörtert (IV.) und schließlich muss eine übergreifende Gesamtwürdigung (V.) vorgenommen werden.

## II. Allgemeine verfassungsrechtliche Leitlinien für die Auflösung einer Hochschule nebst Neuorganisation

Die Wissenschaftsfreiheit, auf die sich auch Fachhochschulen und deren Professoren berufen können,<sup>10</sup> schützt weder die Hochschule noch ihre Angehörigen davor, dass die Hochschule im Zuge einer Strukturreform neu organisiert oder gar aufgelöst wird.<sup>11</sup> Gleiches gilt für das Landesverfassungsrecht.<sup>12</sup> Zwecks hinreichenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren muss freilich der Reformprozess so ausgestaltet werden, dass die Betroffenen ihre Vorstellungen und gegebenenfalls Bedenken einbringen können.<sup>13</sup> Vor allem müssen die Professorinnen und Professoren bei der Auflösung ihrer bisherigen Hochschule an einer anderen (neuen) Hochschule amtsangemessen, also mit freier Forschung und Lehre, beschäftigt werden. Das Recht eines beamteten Professors auf Beschäftigung entsprechend der Wertigkeit seines statusrechtlichen Amtes ergibt sich schon allgemein aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG);<sup>14</sup> ergänzend und die beamtenrechtlichen Grundsätze überlagernd garantiert Art. 5 Abs. 3 GG zudem auch in dem neuen Amt hinreichende wissenschaftliche

6 Grundlegend und begriffsprägend Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; ferner etwa Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd 1, 2. Aufl 2012, § 16, insbes Rn 8 ff; speziell für das Hochschulorganisationsrecht Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S 307, der allgemein dem Konzept aber kritisch gegenübersteht (vgl S 163 ff).

7 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 116 f – Hamburger Hochschulgesetz.

8 BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 355 – Brandenburg-Beschluss.

9 Vgl für die individuelle Wissenschaftsfreiheit Geis, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 364, 396: „Viele verschiedene Steuerungsimpulse, die nach Intensität und Zurechenbarkeit einen „Eingriff weder im klassischen noch im faktischen Sinne begründen, können jedoch in ihrer Synergie zu so massiven Lenkungswirkungen führen, dass die Schutzgehalte durch wachsende Abhängigkeiten vom System sukzessive ausgehöhlt werden.“ Entsprechend ist in der allgemeinen Grundrechtsdogmatik mittlerweile auch die Möglichkeit „additiver Grundrechtseingriffe“ anerkannt, vgl BVerfG 10.11.204 – 2BvR 581/01 – E 112, 304, 319 f; BVerfG 10.6.2009 – 1 BvR706, 814, 819, 832, 837/08 – E 123, 186, 265 f.

10 BVerfG 13.4.2010 – 1 BvR 216/07 – E 126, 1, 19 ff – Hamburger

Hochschulgesetz; dem folgend BVerwG 26.9.2012 – BVerwG 6 CN 1.11 – E 144, 195, Rn 12.

11 BVerfG 10.3.1992 – 1 BvR 454 ua/91 – E 85, 360, 382 u 384 f – Akademie der Wissenschaften; BVerwG 18.11.2004 – 4 CN 11/03 – NVwZ-RR 2005, 442, 443; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl 2004, Rn 217; Britz, in: Dreier (Hrsg), GG-Kommentar, Bd I, 3. Aufl 2013, Art 5 III (Wissenschaft) Rn 82; eine planungsähnliche Rechtfertigung fordert Geis, Autonomie der Universitäten, in: Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 100 Rn 41 f.

12 Überblick bei Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S 154 ff; vgl auch Gärditz, Hochschulorganisation (Fn 6), S 380 ff Art 5 Abs 3 Abs 3 Satz 1 Nds LV garantiert über die Wissenschaftsfreiheit zwar auch die akademische Selbstverwaltung, doch nur soweit es sich (noch) um eine Hochschule handelt. Die Bestandsgarantie des Art 85 LV BW bezieht sich ausdrücklich nur auf „Hochschulen mit Promotionsrecht“. In der HmbLV werden weder Wissenschaftsfreiheit noch Hochschulselbstverwaltung erwähnt.

13 Zum Anhörungsrecht Geis, in: HGR IV (Fn 11), § 100 Rn 20; Starck, in: v Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg), GG-Kommentar, Bd 1, 6. Aufl 2010, Art 5 Abs 3 Rn 367 u 381.

14 Ständige Rspr seit BVerfG 2.12.1958, E 8, 332, 344 ff; die Position eines Instituts- und Klinikdirektors an einem Universitätsklinikum betreffend BVerfG 8.2.1977 – 1 BvL 27/55 – E 43, 242, 282; zusammenfassend Jachmann, in: v Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg), GG-Kommentar, Bd 2, 6. Aufl 2010, Art 33 Abs 5 Rn 52.

Unabhängigkeit.<sup>15</sup> Schon dagegen würde das Niedersächsische Modell verstoßen, wenn es sich, wie das Verwaltungsgericht Göttingen annimmt,<sup>16</sup> bei der dortigen Polizeiakademie auch in ihrem mit der Bachelor-Ausbildung betrauten Zweig materiell nicht mehr um eine Hochschule handelte. Dass die betroffenen Hochschul-Lehrer nur mit ihrer Zustimmung an die Berufsakademie versetzt werden konnten (§ 13 Abs. 1 PolAkG Nds.), ändert daran nichts. Denn die Betroffenen konnten – auch im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien<sup>17</sup> – wohl davon ausgehen, dass ihre neue Einrichtung zumindest partiell (auf den Bachelor-Studiengang bezogen) Hochschulstatus besitzen sollte. Überraschenderweise wird all dies vom Verwaltungsgericht Göttingen nicht einmal angesprochen. Richtigerweise hätte das Gericht erwägen müssen, ob eine verfassungskonforme Auslegung des Polizeiakademiegesetzes von Niedersachsen dahingehend möglich ist, dass es sich beim organisatorischen Rahmen der Bachelor-Ausbildung der Sache nach doch um einen Hochschulzweig handelt.

Die Wissenschaftsfreiheit garantiert ferner nicht, dass die Ausbildung bestimmter Polizeibeamter an einer Hochschule stattfindet. Unter diesem Aspekt wäre es also unbedenklich, wenn die neue niedersächsische Bachelor-Ausbildung nicht mehr als Hochschulausbildung zu qualifizieren wäre.<sup>18</sup> Wenn sich jedoch der Gesetzgeber für eine (Fach-) Hochschulausbildung entscheidet, wie dies in Baden-Württemberg und auch in Hamburg unstreitig weiterhin der Fall ist, muss er bei der Organisation dieser Hochschule in vollem Umfang den Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 GG genügen. Das Schutzniveau der Wissenschaftsfreiheit wird nicht dadurch reduziert, dass man auf Hochschulstrukturen und eine wissenschaftlich fundierte Ausbildung verfassungsrechtlich auch ganz verzichten könnte.

Ebenso wenig rechtfertigt die Tatsache, dass es sich „nur“ um eine Fachhochschule handelt, ein Abweichen von allgemeinen hochschulverfassungsrechtlichen Grundsätzen. Der Unterschied von Fachhochschulen zu wissenschaftlichen Hochschulen erschöpft sich in einer bei den Fachhochschulen praxisnäheren Struktur von Lehre und Forschung und einem stärkeren Gewicht der Lehr- gegenüber den Forschungsaufgaben. Im Rahmen dieses etwas anderen Auftrags, der sich zugleich im funktionalen Amt der Hochschullehrer niederschlägt, besteht jedoch individuelle Wissenschaftsfreiheit in gleichem Maße auch für Fachhochschulprofessorinnen und -professoren;<sup>19</sup> konsequenterweise kann es dann auch keine grundsätzlichen Unterschiede in den Anforderungen an die grundrechtskonforme Organisationsstruktur geben.<sup>20</sup>

Schließlich vermögen auch die besonderen Anforderungen der Polizei kein Abweichen von den allgemeinen hochschulverfassungsrechtlichen Geboten zu rechtfertigen.<sup>21</sup> Wie noch darzulegen sein wird, sind die Anforderungen an eine wissenschaftsadäquate Organisationsstruktur ihrerseits hinreichend offen für die Berücksichtigung solcher spezifischer gesellschaftlicher und staatlicher Gemeinwohlzwecke. Derartige Zwecke vermögen im verhältnismäßigen Rahmen gegebenenfalls staatliche Einwirkungsmöglichkeiten zu rechtfertigen, die mittelbar auch die Bedingungen für Forschung und Lehre beeinflussen. Spezifische Erfordernisse der Polizeiausbildung können jedoch ebenso wenig wie andere Gemeinwohlbelange die verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast beseitigen, welche die Wissenschaftsfreiheit dem Gesetzgeber bei der Zurückdrängung der Selbstverwaltung in der Hochschulorganisation auferlegt.

Damit bleiben bei der Neuorganisation der akademischen Polizeiausbildung uneingeschränkt die allgemeinen Grundsätze maßgeblich, die das Bundesverfas-

15 Vgl BVerfG 8.2.1977 – 1 BvL 27/55 – E 43, 242, 282 ff, dort freilich mehr zu den Grenzen dieses Rechts; *Karpen*, Schließung einer Hochschule wegen Studentenmangels, 1989, S 69; *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art 5 Abs 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn 48, 110, 113; weniger klar *Detmer*, Das Recht der (Universitäts-)Professoren, in: Hartmer/Detmer (Hrsg), Hochschulrecht, 2. Aufl 2011, Kap IV Rn 217. Zum im Einzelnen umstrittenen Verhältnis zwischen Art 5 Abs 3 GG und Art 33 Abs 5 GG, vgl BVerfG 26.10.2008 – 1 BvR 462/06 – E 122, 89, 105 f; *Bäcker*, Wissenschaft als Amt: das verfassungsrechtliche Hochschullehrerbeamtenrecht aus Art 33 Abs 5 GG iVm Art 5 Abs 3 GG, AöR 135 (2010), 78 ff.

16 Siehe oben Fn 2.

17 Neben den vom VG Göttingen angeführten Passagen (oben Fn 2), finden sich nämlich auch solche, die die bloße Rechtsaufsicht bei Lehre und Forschung (zu § 3, S 19) sowie die „akademische Strukturgebung“ und die dazu erforderliche „Unabhängigkeit des Organs Konferenz“ (zu § 5, S 20) betonen.

18 Insoweit weist VG Göttingen 6.11.2013 – 1 A 190/13 – Rn 38 (juris) zutreffend darauf hin, dass nach § 6a Nds BerufsakademieG vom 6.6.1994 (Nds GVBl S 233) iVm. dem Beschluss

der Kultusministerkonferenz vom 15.10.2004 ein Bachelor-Studiengang nicht zwingend an einer Hochschule angesiedelt sein muss, sondern auch an einer Berufsakademie stattfinden kann; einen gewissen Angleichungsprozess konstatiert insoweit *Lynen*, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg), Hochschulrecht, 2. Aufl 2011, Kap III Rn 27.

19 Siehe oben Fn 10.

20 Besonders deutlich *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn 6), S 614; *Lynen*, in: Hartmer/Detmer (Fn 18), Kap III Rn 39; aA beiläufig und ohne nähere Begründung *Starck* (Fn 13), Art 5 Abs 3 Rn 399.

21 Vgl *Reinhardt*, Rechtsfragen der Statusänderung von Verwaltungsfachhochschulen, NJ 2005, 489, 490, der eine Einschränkung oder gar Abschaffung der Selbstverwaltung an der Fachhochschule für Polizei Sachsen-Anhalts an der dortigen landesverfassungsrechtlichen Garantie der Hochschulselbstverwaltung misst. Zweifel dagegen *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn 6), S 614, der die Wissenschaftlichkeit der Beamtenausbildung an spezialisierten Fachhochschulen anzweifelt, ohne aber näher darzulegen, warum sich dies strukturell von der Ausbildung an allgemeinen Fachhochschulen unterscheidet.

sungsgericht in den Beschlüssen zum Hamburger Hochschulgesetz<sup>22</sup> und zum Brandenburger Hochschulgesetz<sup>23</sup> entwickelt hat. Gewisse Anhaltspunkte zur verfassungsrechtlichen Einschätzung der Akademie-Konstruktion lassen sich ferner der älteren Entscheidung zur Hochschulmedizin<sup>24</sup> entnehmen.

### III. Wissenschaftsadäquanz der Akademie-Konstruktion

#### 1. Weiter, aber keineswegs grenzenloser Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Mit der Einbindung der Fachhochschule in eine Polizeiakademie hat Hamburg – bei an Art. 33 Abs. 5 GG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 GG orientierter Auslegung des dortigen Akademiemodells<sup>25</sup> womöglich zuvor aber auch schon Niedersachsen – Neuland betreten. Dies allein ist jedoch verfassungsrechtlich unschädlich; der Landesgesetzgeber hat einen großen hochschulorganisatorischen Spielraum:

„Solange der Gesetzgeber ein [...] hinreichendes Maß an organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger sicherstellt, ist er frei, den Wissenschaftsbetrieb nach seinem Ermessen zu regeln, um die unterschiedlichen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und die Interessen aller daran Beteiligten in Wahrnehmung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung in angemessenen Ausgleich zu bringen [Zitat ausgelassen]. Er ist dabei nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden. Er darf neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben und ist sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren [Zitat ausgelassen]. Ihm stehen dabei gerade hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu [Zitat ausgelassen].“<sup>26</sup>

Diese Flexibilität rechtfertigt sich aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, der über seine Budgetverantwortung hinaus wissenschaftsexterne Gemeinwohlbelange – im Hochschulsystem in einer sich wandelnden Gesellschaft politisch immer wieder neu zu definieren und über Organisations – und Verfahrensregelungen abwägend zur Geltung zu bringen hat. Hierbei trifft den Staat indes eine weitreichende Schutzpflicht<sup>27</sup> oder auch Gewährleistungsverantwortung<sup>28</sup> für die freie wissenschaftliche Entfaltung der einzelnen Grundrechtsträger; er muss dazu eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation schaffen. Insoweit gilt ein weitreichender Parlamentsvorbehalt, da die Organisationsentscheidungen äußerst grundrechtswesentlich sind.<sup>29</sup> Wenn die Rechtsprechung vom Staat geeignete organisatorische Regelungen zur Verhinderung einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit verlangt, so ist damit mehr oder minder deutlich stets der parlamentarische Gesetzgeber gemeint.<sup>30</sup> Die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit ist überschritten, wo die maßgeblichen Normen die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährden. Dabei muss man das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick nehmen.<sup>31</sup>

„Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch organisatorische Regelungen verlangt [...], dass die Träger der Wissenschaftsfreiheit durch ihre Vertreter in Hochschulorganen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können. Der Gesetzgeber muss daher ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger gewährleisten.“<sup>32</sup>

22 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 114 ff.

23 BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 353, ff.

24 BVerfG 8.4.1981 – 1 BvR 608/79 – E 57, 70, 94 ff.

25 Siehe oben I. 1.

26 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 116 mwN.

27 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 114. Die Direktionskraft dieses Ansatzes unterschätzt m.E. Krausnick, Staat und Hochschule (Fn 12), S 129 ff.

28 Fehling, Hochschule, in: Fehling/Ruffert (Hrsg), Regulierungsrecht, § 17 Rn 30; Britz (Fn 11), Art 5 III (Wissenschaft) Rn 72; zurückhaltend Krausnick, Staat und Hochschule (Fn 12), insbes 47 ff, weil er darin eine Minderung der staatlichen Verantwortung erblickt.

29 Vgl besonders deutlich Schulte, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2005), 110, 124; Gärditz,

Hochschulorganisation (Fn 6), S 425 ff.

30 Ausdrücklich in BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 355 f; siehe ferner das folgende wörtliche Zitat.

31 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 116.

32 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 117; zur Notwendigkeit eines hinreichenden Partizipationsniveaus im Anschluss an Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), 399, 403 f; ders in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 193; vgl auch Schulte (Fn 29), VVDStRL 65 (2006), 110, 128; Hendlner, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), 238, 250; Bumke, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 407, 445; Geis, in: HGR IV (Fn 11), § 100 Rn 47, 59.

In der Zusammenschau von Schutzpflichtansatz, Gebot wissenschaftsadäquater Organisationsstruktur, hinreichendem Partizipationsniveau und Gesetzesvorbehalt zeigt sich, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Hochschulorganisation entgegen verbreiteter Auffassung<sup>33</sup> keineswegs einen Freibrief bis hin zur Willkürgrenze ausgestellt hat. So sehr das Gericht strukturkonservative Festlegungen vermeidet, so klar sucht es doch dem Hochschulgesetzgeber mit Zielvorgaben die Richtung zu weisen.<sup>34</sup> Spätestens im Zusammenspiel gewinnen diese auch für die Selbstverwaltung durchaus Konturen.

Die Eingliederung des Fachhochschulbereichs in eine berufsschulisch geprägte Polizeiakademie lässt sich im Ansatz durchaus durch politisch neu definierte Gemeinwohlanforderungen an eine zeitgemäße Polizeiausbildung rechtfertigen. Doch birgt diese Organisationsreform auf den ersten Blick die Gefahr, dass wissenschaftsfremde hierarchische Strukturen aus der Akademie in den Fachhochschulbereich direkt oder indirekt hinüberwirken. Darauf scheinen in Hamburg §§ 3, 4 HmbPolAG hinzudeuten, wonach der Fachhochschulbereich der Leitung der Polizeiakademie unterstellt wird. Allerdings schreibt § 4 S. 2 HmbPolAG ausdrücklich vor, dass die Wissenschaftsfreiheit bei der Wahrnehmung dieser Vorgesetztenfunktion zu gewährleisten ist. Dem Fachhochschulbereich wird nach § 9 HmbPolAG zwar keine volle Rechtsfähigkeit, aber immerhin Teilrechtsfähigkeit zugeschrieben, soweit ihm das Gesetz Selbstverwaltungsrechte in Forschung und Lehre (§ 11 HmbPolAG) einräumt. Die bloße gesetzliche Betonung von Wissenschaftsfreiheit und Selbstverwaltung durch den Gesetzgeber ist allerdings zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren noch nicht ausreichend; es müssen Strukturen geschaffen werden, die die Durchsetzung dieser Grundsätze in der alltäglichen Arbeit hinreichend ermöglichen und sicherstellen.

In Niedersachsen fehlt es schon an jeglicher ausdrücklicher Erwähnung von Wissenschaftsfreiheit und Selbstverwaltung im dortigen Polizeiakademiegesetz. Hier bedürfte es schon einer sehr weitreichenden Gesetzesauslegung, um aus den Einzelbestimmungen zur bloßen Rechtsaufsicht, zur fachbereichsratsähnlichen Kon-

ferenz und zu Status und Berufung von Professoren sowie zum Bachelor-Studium eine gleichsam virtuelle Hochschule<sup>35</sup> innerhalb der Akademie zu konstruieren.

Auf allgemeiner Ebene lassen sich zwei Fragenkreise unterscheiden: Führt die Unterordnung des Fachhochschulbereichs unter eine solche Polizeiakademie schon von vornherein dazu, dass trotz verbaler Betonung von Wissenschaftsfreiheit und Selbstverwaltung strukturell Gefahren für die wissenschaftliche Entfaltung der Angehörigen des Fachhochschulbereichs entstehen? Hat der Gesetzgeber hinreichende Organisations- und Verfahrensregelungen geschaffen, um das Selbstverwaltungsrecht und die individuelle Freiheit in Forschung und Lehre innerhalb der Akademie abzusichern?

## 2. Fehlende organisatorische Selbstständigkeit des Fachhochschulbereichs gegenüber der Akademie

Die Einordnung des Wissenschaftsbetriebes in eine außerwissenschaftliche Struktur ist nicht gänzlich ohne Vorbild. In Universitätskliniken sind wissenschaftliche Forschung und Lehre in der Medizin eng und vielfach untrennbar mit der Krankenversorgung verzahnt.<sup>36</sup> Dies rechtfertigt für die Krankenversorgung im Gegensatz zu rein wissenschaftlichen Angelegenheiten straffere, hierarchisch statt kollegial strukturierter Leitungsstrukturen mit Weisungsrechten auch gegenüber Hochschullehrern (etwa in der Stellung von Oberärzten). Insgesamt muss der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen der Wissenschaftsfreiheit und dem Anspruch der Kranken auf bestmögliche medizinische Versorgung herstellen.<sup>37</sup> Dies lässt sich womöglich auf das Verhältnis von Forschung und Lehre in der Fachhochschule zum sonstigen polizeilichen Ausbildungsbereich in der Akademie übertragen.

Allerdings waren und sind die Universitätskliniken der medizinischen Fakultät und erst recht der Universität in der Organisationsstruktur nicht hierarchisch übergeordnet. Traditionell waren die Kliniken vielmehr gerade umgekehrt Anstalten der Universität und damit dieser nachgeordnet. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht eine komplette Herauslösung des Universitätsklinikums aus der Universität und dessen Reorganisation als ausschließlich staatliche Anstalt verfassungsrechtlich als noch hinnehmbar erachtet, wenn Kooperationsregelun-

33 Besonders deutlich *Gärditz*, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407, 409; *Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd 7, 3. Aufl 2009, § 166 Rn 40; zusammenfassend mwN *Krausnick*, Staat und Hochschule (Fn 12), S 108 ff.

34 Ähnlich *Bumke* (Fn 32), VVDStRL 69 (2010), 407, 444 f.

35 In Anlehnung an die von *K. Schmidt* entwickelte Lehre von einer virtuellen juristischen Person, zB „Ersatzformen“ der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S 175, 178 ff;

auf – allerdings private – Hochschulen bezogen *ders.*, Hochschulen in Rechtsformen des privaten Rechts, in: *Kämmerer/Rawert* (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, 2003, S 105, 116.

36 Hierzu und zum Folgenden *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 214; näher *Sandberger*, Das Recht der Hochschulmedizin, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl 2011, Kap IX Rn 34 ff.

37 Grundlegend BVerfG 8.4.1981 – 1 BvR 608/79 – E 57, 70, 94 ff, im Anschluss an StGH BW 24.11.1973 – Gesch Reg 1/73 – ESVGH 24, 12 ff.

gen einen hinreichenden Schutz der Wissenschaftsfreiheit im Klinikum durch Organisation und Verfahren sicherstellen.<sup>38</sup> Auch diese rechtliche Konstruktion führt jedoch nur zu einem verzahnten Nebeneinander<sup>39</sup> der staatlichen Institution (Klinikum) und der Hochschule (medizinischen Fakultät), nicht zu einer Überordnung des Ersteren über die Letztere.

Vor diesem Hintergrund weckt bereits die in Hamburg gewählte Überordnung der Akademie über den – im Übrigen nur teilrechtsfähigen – Fachhochschulbereich verfassungsrechtliche Zweifel. Erst recht gilt dies für Niedersachsen. Als evident verfassungswidrig kann diese Lösung für sich genommen angesichts des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei der Hochschulorganisation aber wohl noch nicht eingestuft werden.<sup>40</sup> Insbesondere verdeutlicht die Verfassungsrechtsprechung, dass eine hierarchische Organisation mit Vorgesetztenfunktion auch dann nicht von vornherein verfassungswidrig ist, wenn sie Wissenschaftler mit einbezieht, solange nur deren wissenschaftliche Betätigung davon nicht mit erfasst wird.

In Baden-Württemberg bleiben die Hochschulstrukturen durch die Ergänzung einer zweiten Säule in Form des Präsidiums Bildung scheinbar unangetastet. Jedenfalls der Form nach werden der Fachhochschule zusätzliche Aufgaben zugewiesen; sie wird nicht einer außerwissenschaftlichen Organisationseinheit unterstellt. Doch dürfen den Hochschulen nicht in so großem Umfang zusätzliche wissenschaftsferne Aufgaben übertragen werden, dass dadurch die individuelle Wissenschaftsfreiheit gleichsam durch institutionelle Überforderung ausgehöhlt wird.<sup>41</sup> Dies muss erst recht gelten, wenn die neuen Aufgaben in einer wissenschaftsfremden Einheit hierarchisch organisiert, aber auf der Leitungsebene mit den eigentlichen Hochschulaufgaben in Lehre und Forschung verklammert werden. Dadurch nähert sich das Baden-Württembergische Modell doch ein Stück weit demjenigen in Hamburg an.

### 3. Reichweite des Parlamentsvorbehalts

Darüber hinaus macht die Rechtsprechung deutlich, dass es gesetzlicher Regelungen für das Kooperationsverhältnis zwischen wissenschaftlichem und sonstigem (Klinikums- bzw. Polizeiakademie-)Bereich bedarf, um

den Schutz der Wissenschaftsfreiheit durch Organisation und Verfahren sicherzustellen. Die Anforderungen an Umfang und Bestimmtheit solcher Kooperationsregelungen werden noch höher zu schrauben sein, wenn, wie im vorliegenden Fall, sogar eine hierarchische Überordnung in der Organisationsstruktur vorgesehen ist.

Anders als das Niedersächsische Gesetz enthält das Hamburger Polizeiakademiegesetz umfangreiche Regelungen zur Selbstverwaltung des Fachhochschulbereichs. Demgegenüber finden sich selbst in Hamburg nur wenige Vorschriften, welche die Kooperation von Fachhochschulbereich und sonstigem Akademiesbereich betreffen. Diese beschränken sich im Wesentlichen auf den Beirat (§ 5 HmbPolAG), die gemeinsame Kommission (§ 6 HmbPolAG) sowie die noch gesondert zu betrachtende Unterstützungspflicht der Professorinnen und Professoren bei Aufgaben der Akademie gemäß § 26 HmbPolAG. Die Aufgaben des sonstigen Akademiesbereichs sind in § 2 HmbPolAG nur sehr global beschrieben; dessen innere Organisation ist gesetzlich überhaupt nicht geregelt und sollte dies nach der Entwurfsbegründung<sup>42</sup> ausdrücklich auch gar nicht werden. Mit der Akademie als gleichsam „Black Box“ bleibt aber auch die Reichweite des Vorgesetztenverhältnisses der Akademieleitung gegenüber dem Fachhochschulbereich (§ 4 HmbPolAG) im Dunkeln. Eine bloße Negativabgrenzung, wie sie das Gesetz mit der Ausklammerung der Aufgaben in Forschung und Lehre aus der Vorgesetztenstruktur vornimmt, erscheint im Hinblick auf die Grundrechtswesentlichkeit dieser Organisations- und Verfahrensregelungen verfassungsrechtlich äußerst bedenklich. Das Hamburger Polizeiakademiegesetz – und weit mehr noch das Niedersächsische Modell – vernachlässigen hier die Bedeutung der Kooperation und Verzahnung beider Akademiesäulen für eine wissenschaftsadäquate Organisationsstruktur und zur Vermeidung struktureller Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit. Im Wissenschaftsverfassungsrecht ist allgemein anerkannt, dass sich nicht einfach ein Bereich wissenschaftlicher Selbstverwaltung und ein staatlicher Aufgabenbereich gegenüberstehen, sondern dazwischen ein breiter Kooperationsbereich existiert, in dem wissenschaftliche Belange und externe Gemeinwohlbelange so verzahnt sind, dass es Regeln zur wechselseitigen Abstimmung und Koope-

38 Vgl BVerfG 11.11.2002 – 1 BvR 2145/01 – NWVBl 2003, 135, 137; kritisch dazu *Sachs*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 11.11.2002, NWVBl 2003, 138 f.

39 Von einem „hochschulmedizinische[n] Kooperationsprinzip“ spricht *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn 6), S 593 ff.

40 Grundsätzlich wohl anders, aber nicht mit Blick auf die hier untersuchten Strukturen, *Krausnick*, Staat und Hochschule (Fn 12), S 386 f, wenn er die Rechtsform der Anstalt mangels mitglied-

schäftlicher Struktur für durchweg unzulässig erklärt.

41 Vgl VGH Mannheim 12.01.1995 – 4 S 1016/92 – WissR 32 (1996), 196 ff; BVerwG 31.10.1995 – 2 NB 1/95 – NVwZ-RR 1996, 337 ff; besonders deutlich *Fehling* (Fn 32), Die Verwaltung 35 (2002), 399, 418; *Krausnick*, Staat und Hochschule (Fn 12), S 159.

42 Bürgerschafts-Drs 20/8279, Allgemeines, S 24.

ration unter Gewährleistung wissenschaftsfreundlichen Verhaltens bedarf.<sup>43</sup> Dies muss erst recht gelten, wenn wie hier die Kooperationsstrukturen nicht in erster Linie zwischen zwei selbstständigen Rechtsträgern – Hochschule und Staat – bestehen, sondern in der Akademie gleichsam internalisiert werden. Gerade hier gilt: Nur das abstrakt-generelle Gesetz vermag hinreichende Distanz zu fallbezogenen Einzelinteressen zu schaffen und die staatliche Unparteilichkeit in Wissenschaftsfragen zu gewährleisten.<sup>44</sup> Eine weitreichende Delegation auf den Verordnungsgeber, gar mit Weiterübertragungsermächtigung (§ 32 HmbPolAG), wird dem insoweit bestehenden weitreichenden Parlamentsvorbehalt kaum gerecht. Weitere Einzelheiten aus dem Hamburger Gesetz und der Entwurfsbegründung, namentlich die avisierte Unterstellung der Polizeiakademie unter das Polizeipräsidium<sup>45</sup> sowie die in der Reichweite wenig klare bloße Teilrechtsfähigkeit des Fachhochschulbereichs, stützen diese Bedenken. Je größer die strukturellen Risiken einer gewählten Organisation für die Wissenschaftsfreiheit, umso elaborierter müssen kompensierend die gesetzlichen Freiheitssicherungen ausfallen. Daran fehlt es für die Akademie-Konstruktion im Ganzen. Zu prüfen bleibt, ob die einzelnen Regelungen dies kompensieren können.

#### IV. Einzelfragen unter besonderer Berücksichtigung des Hamburger Modells

##### 1. Bestimmung der Leitung

##### a) Auswahl der Leiterin oder des Leiters der Akademie der Polizei

In Baden-Württemberg werden Dekan und Rektor der Polizeihochschule zwar vom Innenministerium bestellt, doch bedarf er oder sie nunmehr<sup>46</sup> der Bestätigung durch die Hochschule (§ 6 Abs. 1 bzw. § 10 Abs. 1 der geänderten ErrichtungsVO), die somit an der Personalauswahl

mit Vetoposition beteiligt ist. Anders in Hamburg. Dort erfolgt, von Übergangsregelungen abgesehen,<sup>47</sup> nach § 3 Abs. 3 HmbPolAG die Auswahl des Leiters oder der Leiterin durch den Staat nur im Benehmen mit dem Fachhochschulbereich. Die Frage ist, ob diese eingeschränkte Mitwirkungsbefugnis der Fachhochschule – was in Niedersachsen für die dortige Konferenz bei der Bestellung des Direktors sogar gänzlich fehlt (vgl. §§ 6, 7 PolAkG Nds.) – ausreicht, um eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit im Hinblick auf die Vorgesetztenstellung der Leitung zu verhindern.

Die im Brandenburg-Beschluss und in der Entscheidung zum Hamburger Hochschulgesetz aufgestellten Grundsätze, die das Hochschulpräsidium und mehr noch das Dekanat betrafen, lassen sich für unsere Frage nur eingeschränkt nutzbar machen. Denn die Leitung der Akademie ist – im Gegensatz zu Baden-Württemberg, wo der Rektor der Polizeihochschule „nur“ zusätzliche Funktionen erhält – gerade nicht als Hochschulorgan konzipiert, sondern als Klammer zwischen dem Fachhochschulbereich und den sonstigen Abteilungen der Polizeiakademie. Ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Fachhochschulangehörigen an der Bestimmung der Leitung kann daher nur insoweit gefordert werden, wie die Leitung auch tatsächlich Kompetenzen im Fachhochschulbereich besitzt. Selbst wo dies der Fall ist, sind die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers für die wissenschaftsfernere Gesamtleitungsebene tendenziell größer als für die wissenschaftsnähere Fachbereichsebene in Gestalt des Dekans oder der Dekanin.<sup>48</sup> Für die Wahl des Hochschulpräsidiums war es der Bayerische Verfassungsgerichtshof, der die weitreichendste Zurückdrängung des Selbstverwaltungsorgans gebilligt hat. Auch die bloße Wahl durch den Hochschulrat ohne Beteiligung des Hochschulsenats sei verfassungskonform, weil das Präsidium nur strategische, aber keine unmittelbar wissenschaftsrelevanten Entscheidungen zu treffen habe. Im paritätisch besetzten Hochschul-

43 So schon *Scholz*, in: Maunz/Dürig ua (Hrsg), GG-Kommentar, Art 5 Abs 3 (Stand 1977) Rn 137; *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 215; zur Notwendigkeit „handhabbare[r]“ gesetzliche „Maßstäbe für den jeweiligen staatlichen Mitwirkungsakt“ Rn 216; vgl zuletzt *Krausnick*, Staat und Hochschule (Fn 12), S 175 ff.

44 Vgl *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 227; mwN; *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn 6), S 426, 430.

45 Bürgerschafts-Drs 20/8279, Allgemeines, S 24; die Problematik einer solchen Verlagerung der Rechtsaufsicht wird näher erläutert in einem Positionspapier von *Vogt/Kramer*, Villingen-Schwenningen (unveröffentlicht). Immerhin kann sich die Unterstellung unter das Polizeipräsidium hier wegen § 11 Satz 3 HmbPolAG nicht auf die Rechtsaufsicht in Forschung und Lehre beziehen.

46 Hier hat die Reform eine Verbesserung gegenüber der früheren bloßen Benehmensregelung gebracht, vgl dazu die Begründung in BW LT-Drs 15/3496, S 58 (zu Art 18).

47 Nach § 33 Abs 1 Satz 1 HmbPolAG ist der Staat in Gestalt der zuständigen Behörde befugt, anscheinend ohne jede Mitwirkung des Fachbereichs einen Gründungsleiter für die Akademie (Nr. 1) und einen Gründungsdekan für den Fachbereich (Nr. 2) zu bestellen. Auch dies tangiert das Selbstverwaltungsrecht, besonders beim wissenschaftsnahen Dekan, abgeschwächt jedoch auch beim Leiter der Akademie aufgrund seiner teilweisen Vorgesetztenstellung; vgl zu dieser Abstufung nach der Wissenschaftsnähe der Leitungsebene *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 204. Zwar müssen bei Übergangsbestimmungen stets Sonderregelungen greifen, weil ja die neue Hochschulstruktur erst aufgebaut werden muss. Doch rechtfertigt dies ein Abweichen von allgemeinen Selbstverwaltungsgeboten nur insoweit, wie es zur effizienten Bewältigung der Übergangssituation erforderlich ist. Dies soll hier nicht weiter erörtert werden.

48 Vgl *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 204.

rat konnten aber die Vertreter der Hochschule nicht überstimmt werden, worauf das Gericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich hingewiesen hat.<sup>49</sup> Von daher erscheint es vor Art. 5 Abs. 3 GG problematisch, allerdings noch nicht evident verfassungswidrig, wenn in § 3 Abs. 3 HmbPolAG dem Fachbereichsrat nur eine Beherrschungsregelung zugestanden wird.

Noch bedenklicher ist es, dass sich das Hamburger Gesetz zum Verfahren als solches über die öffentliche Ausschreibung hinaus ausschweigt. Insbesondere findet sich keine sonst im Hochschulbereich übliche Trennung in Vorschlag und Auswahlentscheidung. So bleibt offen, wie das Benehmen in der Praxis tatsächlich hergestellt wird, insbesondere auch, zu welchem Zeitpunkt die Hochschulorgane eingeschaltet werden, ob sie etwa bereits bei der Formulierung der Ausschreibung mitwirken, Kandidaten von sich aus zur Bewerbung auffordern und aufgrund der vorliegenden Bewerbungen einen eigenständigen Auswahlvorschlag unterbreiten können sowie gegebenenfalls in verschiedene Stufen des Auswahlprozesses (z.B. Anhörungen) eingebunden sind.

Wie schwer die daran anknüpfenden verfassungsrechtlichen Bedenken wiegen, hängt grundsätzlich davon ab, wie weit die Kompetenzen der Leitung tatsächlich in den Wissenschaftsbereich hinüber wirken können. Doch dies bleibt, wie oben festgestellt, mangels näherer gesetzlicher Regelung gerade unklar.

#### b) Abwahlmöglichkeiten u.Ä.

Ist ein Leiter oder eine Leiterin erst einmal im Amt, sieht das Hamburger Gesetz – und erst recht dasjenige Niedersachsens in Bezug auf den Akademiedirektor – für den Fachbereichsrat keinerlei Möglichkeiten eines Misstrauensantrags oder ähnlicher nachträglicher Interventionsmöglichkeiten vor. Dies ist zwar einerseits konsequent: Wenn der Fachbereich schon bei der Bestellung der Akademieleitung keine Vetoposition besitzt, so kann ihm eine solche, so könnte man meinen, auch mittels Absetzungsmöglichkeit kaum sinnvoll eingeräumt werden. Dies umso mehr, als die Leitung ja nicht nur den Fachhochschulbereich, sondern auch den nicht wissenschaftlichen Akademiebereich umfasst. Andererseits hat

aber das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, wie wichtig nachträgliche Abwahlmöglichkeiten als Gegengewicht gegenüber weit reichenden Leitungsbefugnissen eines Hochschulpräsidiums sind, um insgesamt ein hinreichendes Niveau der Kontrolle sicherzustellen.<sup>50</sup> Dies lässt sich eingeschränkt auf die Akademieleitung übertragen, die zwar nicht ausschließlich, aber eben auch gegenüber dem Fachbereich – in freilich unklarem Umfang (siehe oben) – Leitungs- und Vorgesetztenfunktionen (vgl. § 4 HmbPolAG) besitzen soll.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass es insoweit eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen staatlicher Gemeinwohlverantwortung und aus der Wissenschaftsfreiheit herleitbaren Kontrollmöglichkeiten bedarf. Geeignete Zwischenlösungen wären durchaus denkbar: Erstens könnte ein Misstrauensvotum des Fachbereichsrats an eine hohe qualifizierte Mehrheit gebunden werden, wie dies für Baden-Württemberg nach § 6 Abs. 2 der ErrichtungsVO (3/4 seiner Mitglieder) der Fall ist; ein so hohes Quorum ließe sich hier, anders als bei einer „reinen“ Hochschulleitung,<sup>51</sup> wohl durch die Doppelfunktion der Akademieleitung bzw. des Präsidenten rechtfertigen. Zweitens müsste ein solcher Misstrauensantrag nicht automatisch zur Absetzung der Akademieleitung führen, sondern könnte ein näher zu regelndes Abberufungsverfahren auf staatlicher Seite einleiten; erneut kann § 6 Abs. 2 S. 3 der ErrichtungsVO in Baden-Württemberg wenigstens teilweise (es fehlen weitere Verfahrensregelungen) als Vorbild dienen. Die Funktionsfähigkeit der Akademie bliebe dabei ohne weiteres gewahrt, wenn der Leiter oder die Leiterin während eines solchen Verfahrens weiter amtierte. Im Übrigen böte die Rechtsaufsicht bei einer unerträglichen Blockadesituation nach allgemeinen Grundsätzen<sup>52</sup> immer noch die Möglichkeit, eine kommissarische Leitung einzusetzen.

Bei der Ausgestaltung eines solchen Misstrauensvotums und dessen Folgen besäße der Gesetzgeber weite Gestaltungsspielräume. Der gänzliche Verzicht auf eine solche Regelung wie in Hamburg wird jedoch den Anforderungen an den Schutz der Wissenschaftsfreiheit durch Organisation und Verfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gerecht.

49 BayVerfGH 7. 5. 2008 – Vf. 19-VII-06 – NVwZ 2009, 177, 178; *Burgi/Gräf*, Das (Verwaltungs-)Organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, DVBl 2010, 1125 ff.

50 Vgl BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 364; *Britz*, Art 5 III (Wissenschaft) Rn 103; grundlegend zur Bedeutung der Abwahlmöglichkeiten für das Partizipationsniveau *Fehling* (Fn 32), Die Verwaltung 35 (2002), 399, 419.

51 Vgl für den Dekan BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127,

87, 130 f; Die zuvor vom Brandenburg-Beschluss geforderte Abwahlmöglichkeit mit Zweidrittelmehrheit als immer noch zu restriktiv einstuftend *Fehling*, in: Regulierungsrecht (Fn 28), § 17 Rn 79; kritisch zu den typischerweise hohen Abwahl-Hürden auch *Löwer*, „Starke Männer“ oder „starke Frauen“ an die Spitze der Universität? Zur Verfassungsmäßigkeit der neuen Leitungsstrukturen, in: Ruffert (Hrsg), Recht und Organisation 2003, S 25, 35; *Krausnick*, Staat und Hochschule (Fn 12), S 445 ff.

52 Zur Bestellung eines „Staatskommissars“ *Thieme* (Fn 11), Rn 216.

## c) Stellvertretung beim Dekan

In Baden-Württemberg ist die Hochschule durch ihren Bestätigungsvorbehalt (§ 6 Abs. 1 bzw. § 10 Abs. 1 der geänderten ErrichtungsVO) an der Auswahl von Prodekan und Prorektor mit Vetoposition beteiligt. Für Hamburg enthält dagegen § 16 Abs. 2 HmbPolAG eine zwingende Vertretungsregelung und nimmt dadurch im Umkehrschluss dem Fachbereichsrat die Möglichkeit, selbst einen Stellvertreter für den Dekan oder die Dekanin zu wählen. Die (zumindest) Beteiligung der Hochschulorgane an der Auswahl des jeweiligen Leitungspersonals ist ein zentraler Aspekt der Hochschulautonomie<sup>53</sup> und damit dem Grunde nach von der Wissenschaftsfreiheit selbst dann geschützt, wenn man Einzelheiten der Hochschulselbstverwaltung nicht mehr von Schutzbereich umfasst<sup>54</sup> ansieht. Gewiss wiegt die Stellvertreterfrage weit weniger schwer als die Auswahl des Leiters oder Dekans, doch kann die Entscheidung über einen Stellvertreter oder eine Stellvertreterin auch nicht als bloße Marginalie abqualifiziert werden. Dem Fachbereichsrat hier jegliche Auswahlmöglichkeit zu nehmen, wäre wegen Art. 5 Abs. 3 GG nur zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Hochschularbeit oder zum Schutz hinreichend gewichtiger externer Gemeinwohlbelange zulässig.

Die Entwurfsbegründung zu § 16 Abs. 2 HmbPolAG<sup>55</sup> lässt solche Gründe nicht erkennen. Dort wird nur erläutert, warum kein Prodekan, sondern nur eine Vertretungsregelung vorgesehen ist. Daraus ergibt sich jedoch nichts für die Frage, warum der Fachbereichsrat einen Stellvertreter oder eine Stellvertreterin nicht selbst wählen dürfen. Ein Rechtfertigungsgrund könnte allenfalls darin liegen, dass man zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Fachbereichsarbeit eine Situation vermeiden möchte, in der kein Stellvertreter vorhanden ist, weil sich im Fachbereichsrat für niemanden eine Mehr-

heit findet. Dazu würde es jedoch genügen, dass eine gesetzliche Vertretungsregelung greift, sofern und solange kein gewählter Stellvertreter existiert. Somit spricht viel dafür, dass die vorgesehene Regelung mangels Erforderlichkeit gegen die Selbstverwaltungsgarantie aus der Wissenschaftsfreiheit verstößt.

## 2. Mitwirkung Externer in Gremien

a) Beratende Mitwirkung eines Vertreters der Polizeiakademie sowie eines Vertreters der Aufsichtsbehörde im Fachbereichsrat

Gemäß § 17 Abs. 2 HmbPolAG nehmen an Sitzungen des Hochschul-Fachbereichsrats je ein Vertreter der Polizeiakademie und der Aufsichtsbehörde beratend teil. Eine solche Mitwirkung Außenstehender in einem Selbstverwaltungsgremium, wie im vorliegenden Zusammenhang nur in Hamburg zu finden,<sup>56</sup> stellt grundsätzlich einen Fremdkörper dar. Dies wird auch nicht automatisch dadurch unbedenklich, dass diese Externen kein Stimmrecht besitzen. Denn schon die bloße Beteiligung an der Diskussion kann – und soll hier wohl auch, da sonst die Regelung ja sinnlos wäre – Entscheidungsprozesse beeinflussen. Die potentielle Kausalität bloß beratender Mitwirkung ist in anderen Rechtsbereichen einhellig anerkannt: So müssen etwa nach den Gemeindeordnungen aller Bundesländer befugte Gemeinderäte die Sitzung komplett verlassen, dürfen also auch in der Beratung nicht mehr mitwirken.<sup>57</sup> Ferner ist aus der Grundrechtsdogmatik bekannt, dass auch rechtlich unverbindliches beraterisches Staatshandeln Eingriffsqualität besitzen kann.<sup>58</sup> Allerdings ist die Mitwirkung von Externen in Selbstverwaltungsgremien nicht gänzlich ohne Vorbild.<sup>59</sup> Dafür wird man jedoch zumindest einen hinreichend gewichtigen sachlichen Grund fordern müssen. Hier lässt sich die Teilnahme des sonstigen Akademiemitglieds nicht mit

53 Besonders betont von Gärditz, Hochschulorganisation (Fn 6), S 498 f.

54 So versteht Krausnick, Hochschule und Staat (Fn 12), S 109 ff mwN die BVerfG-Entscheidungen zu Brandenburg und Hamburg, unterschätzt dabei jedoch die Direktionskraft der dortigen Leitlinien, insbesondere des geforderten Partizipationsniveaus (siehe oben III.1.).

55 Bürgerschafts-Drs 20/8279, S 30.

56 Insbesondere findet sich für Baden-Württemberg nichts Vergleichbares in §§ 3, 7, 9 der ErrichtungsVO iVm. §§ 10, 68 LHG BW. Die Konferenz gemäß § 7 PolAG Nds ist von vornherein nicht als echtes Selbstverwaltungsorgan (wenngleich mit „Unabhängigkeit“) konzipiert (vgl oben I. 1.); dennoch finden sich darin keine explizit Außenstehenden, wenn man davon absieht, dass der Direktor oder die Direktorin als geborener Gremiumsleiter der Akademie insgesamt und nicht nur dem Studiengang vorsteht (zum Versuch der Rechtfertigung vgl Nds LT-Drs 15/3595, zu § 5, S 20).

57 Statt aller Ehlers, Die Gemeindevertretung, in: Mann/Püttner (Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band I, 3. Aufl 2007, § 21 Rn 22 mwN.

58 Für die öffentliche Kritik einer Universitätskommission an vermeintlich fehlerhaften Arbeiten eines Hochschulmitglieds BVerwG 11.12.1996 – BVerwG 6 C 5.95 – E 102, 304 ff; auf faktische Beeinträchtigungen allgemeiner bezogen Fehling, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 155.

59 So finden sich zB bei der DFG, die als Selbstverwaltungsinstitution der Wissenschaft konzipiert ist, Staatsvertreter sogar mit Stimmrecht in verschiedenen Gremien, insbesondere dem Hauptausschuss; allerdings ist die finanzielle Forschungsförderung keine reine Selbstverwaltungsaufgabe; zum Ganzen zB Salaw-Hanslmaier, Die Rechtsnatur der deutschen Forschungsgemeinschaft, 2003, insbes S 150 ff; Von vornherein kein passendes Beispiel sind dagegen die Hochschulräte, weil diese keine Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen, sondern als institutionelle Kooperation zwischen Hochschule, Staat und Gesellschaft ausgestaltet sind.

der Erwägung rechtfertigen, der Fachhochschulbereich gehöre zur Akademie. Damit erläge man einem Zirkelschluss. Denn die Akademie-Konstruktion ist ja, wie oben dargestellt, selbst verfassungsrechtlich problematisch und rechtfertigungsbedürftig.

Die Mitwirkung des Vertreters der Aufsichtsbehörde findet ihre Rechtfertigung nicht ohne weiteres in deren – als solche gegenüber Hochschulen verfassungsrechtlich unbedenklichen und sogar gebotenen<sup>60</sup> – Rechtsaufsichtsfunktion. Denn die Rechtsaufsicht ist besonders im Hochschulbereich mit gutem Grund als regelmäßig nachgelagerte Aufsicht konzipiert; sie gibt die Möglichkeit, als rechtswidrig angesehene Maßnahmen zu beanstanden und gegebenenfalls die Beseitigung von Rechtsverstößen anzuordnen, nicht aber schon im Vorfeld die Entscheidungsfindung des Selbstverwaltungsorgans zu beeinflussen. Zwar finden sich auch Anzeige- und Genehmigungsvorbehalte, die es der Rechtsaufsicht ermöglichen, rechtswidrige Maßnahmen ex ante zu stoppen. Doch bleiben auch dann Entscheidungsfindung des Selbstverwaltungsgremiums und Rechtsaufsicht streng getrennt und hintereinander geschaltet. Gewiss sind im Vorfeld besonders weitreichender Entscheidungen der Hochschulen wechselseitige Information und informelle Beratung durchaus typische Ausprägungen eines zunehmend kooperativen Rechtsaufsichtsverhältnisses,<sup>61</sup> jedoch nur punktuell<sup>62</sup> und von staatlicher Seite aus regelmäßig nicht erzwingbar. Ist dagegen im Selbstverwaltungsgremium der Vertreter der Rechtsaufsicht stets präsent, so kann dessen Drohung mit nachgelagerten Rechtsaufsichtsmaßnahmen für den Fall, dass gegen seinen Rat entschieden wird, einen nicht zu unterschätzenden Einschüchterungseffekt auslösen.

Ob dies bereits zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit und damit zur Verfassungswidrigkeit der Regelung führt, ist offen. Das Verwaltungsgericht Hamburg hat es schon vor längerer Zeit im Eilrechtsschutz dahinstehen lassen, inwieweit solch ein Teilnahmerecht dann verfassungsgemäß ist, wenn dafür

eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage existiert.<sup>63</sup> Mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig wäre es jedoch, wenn den Fachbereichsvertretern rechtlich gar keine Möglichkeit verbliebe, ohne „Beobachtung“ zu beraten.<sup>64</sup> Möglicherweise lässt sich freilich das Gesetz verfassungskonform dahingehend verstehen, dass jedenfalls informelle Besprechungen der Fachbereichsvertretung, außerhalb einer förmlichen Fachbereichssitzung, ohne die in § 17 Abs. 2 HmbPolAG genannten Außenstehenden stattfinden dürfen. Dies würde bedeuten, dass eine förmliche Sitzung, an der auch die genannten anderen Personen beratend teilnehmen können, nur anberaumt werden müsste, wenn rechtsverbindliche Beschlüsse gefasst werden sollen. Einmal mehr bleiben jedoch Möglichkeiten und Grenzen einer solchen autonomiestärkenden Auslegung unklar. Damit verbleiben auch in diesem Punkt erhebliche Zweifel, ob der Gesetzgeber seiner Verpflichtung zu grundrechtsschützenden organisatorischen Regelungen hinreichend nachgekommen ist.

b) Mitwirkung von Polizeivertretern bei der Entwicklung des Curriculums in einer Gemeinsamen Kommission

§ 6 HmbPolAG enthält eine besondere Zuständigkeits- und Verfahrensregelung für die Fortschreibung des Curriculums. Dafür wird eine aus Vertretern des Fachbereichsrats und der Polizei paritätisch zusammengesetzte Gemeinsame Kommission gebildet, die ihre Vorschläge und Empfehlungen dem Fachbereichsrat zur Beschlussfassung unterbreitet. Nur entfernte Ähnlichkeit besitzt in Baden-Württemberg § 10a Abs. 5 der geänderten ErrichtungsVO, die dortige Bildungskommission betreffend, zusammengesetzt aus den Mitgliedern der Studienkommission des Fachhochschulbereichs und dem Institutsleiter des Präsidiums Bildung. Dieses Kommission obliegen nämlich keine Vorschläge für das Curriculum des Studiengangs, sondern die Abstimmung der verschiedenen Hochschulaufgaben (von Fachhochschulstudium einerseits und Präsidium Ausbildung andererseits).

60 Zur Notwendigkeit einer wirkungsvollen staatlichen Rechtsaufsicht über seine Hochschulen siehe BVerwG 26.11.2009 – BVerwG 2 C 15.08 – E 135, 286, Rn 43 – Stiftungsuniversität; dazu näher Gärditz, Die niedersächsische Stiftungshochschule vor dem Bundesverwaltungsgericht, WissR 43 (2010), 220, 228 ff.

61 Dazu allgemein grundlegend Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, insbes S. 507 ff; speziell für die Hochschulen vgl schon Roellecke, Rechtsaufsicht und informelle Steuerung am Beispiel der Universitäten, DÖV 1985, 854 ff.

62 Vgl Kahl, Hochschule und Staat, 2004, S 85: „nur anlassbezogen, nicht aber begleitend als ständige Aufsicht“.

63 Siehe VG Hamburg, 20.1.1994 – Bs III 420/93 – NVwZ-RR 1994, 587, 588, wo eine solche gesetzliche Ermächtigung fehlte; allgemein bereits Salzwedel, Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), 206, 250 mit dortiger Fn 118;

wohl aA ohne Begründung Knemeyer, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise (Kommunalaufsicht), in: Mann/Püttner (Hrsg), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd 1, 3. Aufl 2007, § 12 Rn 49.

64 VG Hamburg, 20.1.1994 – Bs III 420/93 – NVwZ-RR 1994, 587, 588: „Zur Selbstverwaltung gehört ein eigener Bereich interner, dem Einblick Dritter entzogener, von Rücksichtnahmen auf Reaktionen der Aufsichtsbehörde freier Beratung und unbefangener Entscheidungsfindung“; so auch Schröder, Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Staatsaufsicht über die wissenschaftlichen Hochschulen, WissR 1985, 199, 209; Reich, HRG-Kommentar, 11. Aufl 2012, § 59 Rn 2; Lüthje, in: Denninger (Hrsg), HRG-Kommentar, 1984, § 59 Rn 26; aA Hailbronner, in: Hailbronner/Geis (Hrsg), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Stand Nov 2013, § 59 HRG Rn 7.

Die Entwicklung des Curriculums eines (Fach-) Hochschulstudiengangs unterfällt der Freiheit der Lehre und ist in hohem Maße wissenschaftsrelevant. Doch berührt die Ausbildungsaufgabe einer Hochschule auch wissenschaftsexterne Gemeinwohlbelange. Nach der Verfassungsrechtsprechung gewährt die Wissenschaftsfreiheit den Hochschulen und ihren Fachbereichen deshalb kein Recht, ausschließlich über Umfang und Inhalt des Lehrangebotes zu bestimmen.<sup>65</sup> Vielmehr ist die Studienordnung im Kooperationsbereich von Staat und Hochschule angesiedelt, freilich mit klarem Übergewicht der Hochschulseite.

Bei der Polizei stellt deren praktische Einsatzfähigkeit einen hochrangigen Gemeinwohlbelang dar. Daher ist eine beschränkte Mitwirkung des Staates, wie hier in Gestalt von Polizeivertretern, grundsätzlich nicht zu beanstanden. Eine paritätische Beteiligung in einer Kommission, die nur Vorschläge unterbreitet und keine eigenen Entscheidungsbefugnisse besitzt, erscheint als solche mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbar. Allerdings muss der Fachbereichsrat beim Curriculum die Befugnis behalten, entsprechende Vorschläge und Empfehlungen der gemeinsamen Kommission nicht nur rundum zu verwerfen, sondern auch abzuändern. § 6 Abs. 1 S. 3 HmbPolAG, der unspezifisch von einer Vorlage an den Fachbereichsrat „zur Beschlussfassung“ spricht, kann und muss entsprechend verfassungskonform ausgelegt werden. Ein Verfassungsverstoß liegt dann nicht vor.

### 3. Ressourcenausstattung des Studien- bzw. Fachhochschulbereichs

Zur Ausstattung des Fachbereichs mit Sachmitteln und nichtwissenschaftlichem Personal schweigt sich selbst das Hamburger Gesetz weitgehend aus; erst recht gilt dies für sein Pendant in Niedersachsen bezüglich des dortigen Bachelor-Studiengangs. § 7 Abs. 1 Nr. 6 PolAk-dG Nds. nennt zwar „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Verwaltung und Technik“ als Mitglieder der Konferenz ohne Stimmrecht, doch mangels organisatorischer Verselbstständigung eines Fachhochschulbereichs kann es sich dort von vornherein nur um Mitarbeiter der Polizeiakademie insgesamt und nicht speziell für den Studienbetrieb handeln. Im Hamburg werden immerhin in § 15 Nr. 5 HmbPolAG sowie in § 17 Abs. 1 Nr. 5 HmbPolAG „sonstige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ erwähnt. In der Entwurfsbegründung zu § 15 HmbPolAG<sup>66</sup> heißt es dage-

gen, dass „im Fachhochschulbereich grundsätzlich keine sonstigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt sind“. Die Verwirklichung der Freiheit von Forschung und Lehre setzt jedoch ein Mindestmaß an Personalausstattung auch unterhalb der Dozenten- und Wissenschaftlerebene voraus. Nach allgemeiner Auffassung gibt Art. 5 Abs. 3 GG den Wissenschaftlern im Rahmen des Verfügbaren einen Teilhabeanspruch auf ein Minimum von Ressourcen auch im administrativen Bereich.<sup>67</sup> Diese verfassungsrechtlichen Leitlinien beziehen sich zwar in erster Linie auf die wissenschaftlichen Hochschulen mit ihren besonders ressourcenintensiven Forschungsaufgaben, doch auch die Fachhochschulen sind vor allen zur administrativen Abwicklung von Prüfungen und für die interne (Selbst-)Verwaltung auf gewisse administrative Sach- und Personalmittel angewiesen. Dies erkennt immerhin die Entwurfsbegründung zu § 11 HmbPolAG im Grundsatz an und will dem dadurch Rechnung tragen, „dass die selbstverwalteten Angelegenheiten der Forschung und Lehre prioritär von der Akademieverwaltung abgearbeitet werden“.<sup>68</sup> Sachmittel erwähnen Gesetz und Entwurfsbegründung gar nicht, so dass man versucht sein könnte, auch insoweit den Fachhochschulbereich auf die Mitnutzung der Ausstattung der Polizeiakademie zu verweisen.

Die Entwurfsbegründung ist jedoch nicht verbindlich. Sie kann allenfalls im Wege der historisch-genetischen Auslegung für das Verständnis des Gesetzestextes fruchtbar gemacht werden. Die Reichweite dieser Auslegungsmethode bleibt zudem beschränkt; das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach deutlich gemacht, dass die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes nur insoweit für dessen Auslegung herangezogen werden kann, wie sich für die entsprechende Auslegung zumindest gewisse Anhaltspunkte auch im Wortlaut finden lassen.<sup>69</sup> Insoweit könnte man sich hier wohl allenfalls auf § 1 HmbPolAG stützen, wonach der Fachhochschulbereich zur Polizeiakademie gehört und – so könnte man folgern – damit auch das Personal der Akademie im Fachhochschulbereich Verwendung finden kann. Einen Anspruch des Fachhochschulbereichs gegenüber der Gesamt-Akademie auf Überlassung der erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen ist daraus jedoch nicht ohne weiteres abzuleiten.

Möglicherweise lässt sich diese Lücke in Hamburg durch verfassungskonforme Gesetzesauslegung schlie-

65 BVerfG 11.7.1984 – 1 BvL 10/83 – E 67, 202, 207 – Bremisches Hochschulgesetz; vgl auch BVerfG 13.4.2010 – 1 BvR 216/07 – E 126, 1, 25 f – Fachhochschullehrer; *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 210 mwN; *Britz*, Art 5 III (Wissenschaft) Rn 52.

66 Bürgerschafts-Drs 20/8279, S 29.

67 BVerwG 22.4.1977 – BVerwG VII C 49.74 – E 52, 339, insbes 342

ff u 348 ff; zusammenfassend mwN *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 41.

68 Bürgerschafts-Drs 20/8279, S 28.

69 BVerfG 16.2.1983 – 2 BvE 1, 2, 3, 4/83 – E 62, 1, 45 mwN – Bundestagsauflösung.

ßen. Selbst dann bleibt aber in der täglichen Praxis ein erhebliches Unsicherheits- und Konfliktpotenzial, welche Ressourcen der Fachhochschulbereich konkret beanspruchen kann. Im schlimmsten Fall könnte die Akademie ihre Personalhoheit dazu missbrauchen, Entscheidungen des Fachhochschulbereichs in Forschung und Lehre in der Umsetzung „auszubremsen“, ja die Verfügungsgewalt über sonstige Mitarbeiter und Sachmitteln sogar als Disziplinierungsmaßnahme zu nutzen. Man wird die Wahrscheinlichkeit solcher Strategien als gering einschätzen können. Doch fordert die Wissenschaftsfreiheit, dass auch gegen solche keineswegs gänzlich abwegigen Missbrauchsmöglichkeiten organisatorische Vorsorge getroffen wird, wo, wie hier, Rechtsschutzmöglichkeiten im Einzelfall nicht hinreichend effektiv wären:

„Entscheidungen, die im Einzelfall die Wissenschaftsfreiheit verletzen, lassen sich durch Organisationsnormen allerdings nie völlig ausschließen. Dagegen ist der jeweilige Grundrechtsträger durch die Möglichkeit rechtlicher Gegenmaßnahmen geschützt.“ Der Gesetzgeber darf aber keine „Strukturen schaff[en], die sich gefährdend auswirken können [...]“<sup>70</sup>

Zum Teil lässt sich der Grundausrüstungsanspruch bereits durch das Recht auf Mitbenutzung und Mitverfügung über Ressourcen einlösen, doch bedarf es darüber hinaus zur Gewährleistung einer freien Wissenschaft auch eines absoluten Minimums an Mitteln, über deren Einsatz der einzelne Wissenschaftler allein entscheiden kann.<sup>71</sup> Dies erscheint von Forschungsmitteln des einzelnen Wissenschaftlers auf die Ausstattung des Fachbereichs übertragbar. Viel spricht dafür, dass eine Organisationsstruktur, die ständig das Damoklesschwert des – wiederum für Forschung und Lehre benötigte Energien verzehrenden – Streits um notwendige personelle und sachliche Ressourcen über dem Fachhochschulbereich schweben lässt, als strukturelle, nicht nur theoretische und im Einzelfall nicht effektiv abzuwehrende Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit einzustufen ist.

Ein letzter Ausweg bestünde darin, aus der Erwähnung der sonstigen Mitarbeiter in § 15 Nr. 5 HmbPolAG sowie in § 17 Abs. 1 Nr. 5 HmbPolAG ungeachtet der Entwurfsbegründung doch herzuleiten, dass der Fachhochschulbereich einen Anspruch auf nichtwissenschaftli-

ches Personal besitzt, das ausschließlich ihm zugeordnet ist. Ob dies im Wege verfassungskonformer Auslegung noch möglich ist, erscheint jedoch alles andere als gesichert.

Selbst in Baden-Württemberg bleibt der Zugriff auf die nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter in der Konkurrenz von Lehre und Forschung einerseits und neuen weiteren nichtakademischen Ausbildungsaufgaben andererseits prekär. Denn die ErrichtungsVO spart das nichtwissenschaftliche Personal der Hochschule weitgehend aus und nennt insoweit nur den Verwaltungsdirektor (§ 13c ErrichtungsVO); die „Personalangelegenheiten“ des integrierten Präsidiums Bildung regelt dagegen das Innenministerium (§ 2 Abs. 4 S. 4 ErrichtungsVO) als vorgesetzte Behörde. Immerhin bestanden aber zum Zeitpunkt der Reform bereits entsprechende Hochschulstrukturen, so dass davon auszugehen sein dürfte, dass die vorhandenen Mitarbeiter weiterhin auch für die administrative Unterstützung von Forschung und Lehre zur Verfügung stehen und nicht dem neu hinzugekommenen Präsidium Bildung zugeordnet werden.

#### 4. Aushilfsverpflichtung der Professoren im außerakademischen Bereich

§ 26 Abs. 2 HmbPolAG normiert eine Pflicht der Professoren, im Berufsausbildungszweig der Akademie kurzzeitig und im Einzelfall unterstützend tätig zu werden. Eine ähnliche Mitwirkungspflicht sogar ohne die genannten Einschränkungen findet sich in § 10 Abs. 1 PolAkdG Nds.

Selbst die Hamburger Regelung ist noch recht unbestimmt formuliert. Nach der Entwurfsbegründung zu § 26 HmbPolAG soll es sich um Vorträge und ähnliche Lehraufträge handeln, welche über die Studierenden hinaus auch für sonstige Polizeibeamte von besonderem Interesse sind.<sup>72</sup> Manches spricht dafür, dass zumindest eine präzisere gesetzliche Fassung geboten wäre, doch ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass man eine genauere abschließende Umschreibung für nicht möglich und die Beifügung von Beispielen für nicht zielführend erachtet.

In der Sache ist ein beamteter Hochschullehrer grundsätzlich nicht ohne weiteres verpflichtet, außerhalb seiner Hochschule zu lehren. Dies folgt über die Wissenschaftsfreiheit hinaus aus seinem Recht auf das konkret-funktionelle Amt, das ihm durch seine Berufung und die Beschreibung seiner Professur zugewiesen

70 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 116.

71 So auf die Forschung des individuellen Wissenschaftlers bezogen BVerfG 8.2.1977 – 1 BvR 79, 278, 282/70 – E 43, 242, 282 – Hamburgisches Universitätsgesetz; zusammenfassend mwN Fehling,

in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 41; Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd 4, 2011, § 99 Rn 44.

72 Bürgerschafts-Drs 20/8279, S 37.

ist.<sup>73</sup> Allerdings ist die Beteiligung von Hochschullehrern an nichtakademischer Ausbildung nicht ohne Vorbilder,<sup>74</sup> außerdem gehören die Weiterbildung und der Transfer akademischer Erkenntnisse in die Praxis nach den Hochschulgesetzen typischerweise zu den Hochschulaufgaben;<sup>75</sup> dann zählt dies abstrakt auch zum Aufgabenbereich der Professoren. Eine konkrete Lehr- und Vortragsverpflichtung ist damit freilich nicht verbunden, schon gar nicht unter der Verantwortung einer nichtakademischen Institution. Wollte man § 26 Abs. 2 HmbPolAG als eine solche konkrete Pflicht des einzelnen Professors und der einzelnen Professorin verstehen, was nach dem Wortlaut nahelegt, stieße dies auf verfassungsrechtliche Bedenken. Außerdem darf die Übertragung zusätzlicher Aufgaben im Bereich von Weiterbildung u.Ä. nicht zu einer sukzessiven „Auszehrung der Forschungs- und Lehrkapazität durch permanente Überlastung“ führen.<sup>76</sup>

Dass bei solchen Verpflichtungen im Hamburger Gesetz (nicht dagegen in Niedersachsen) eine „Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit“ ausdrücklich garantiert wird, vermag die verfassungsrechtlichen Bedenken schon deshalb nicht komplett zu zerstreuen, weil „Berücksichtigung“ nach dem Wortlaut weniger ist als die gebotene „Wahrung“. Man hat freilich auch hier eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht zu ziehen. Dann wäre § 26 Abs. 2 HmbPolAG als bloße Aufgabenzuweisung zu lesen und dem einzelnen Professor und der einzelnen Professorin wäre ein Weigerungsrecht zuzubilligen, wenn ihm oder ihr im konkreten Fall mit vertretbaren Gründen Aufgaben in Lehre und Forschung vorrangig erscheinen. Außerdem müsste die Heranziehung des einzelnen Professors streng auf Vorträge u.Ä. aus dem eigenen Fach beschränkt werden.

Doch bleibt es einmal mehr zweifelhaft, ob die rudimentäre Normierung in § 26 Abs. 2 HmbPolAG eine solche verfassungskonforme Auslegung und Ergänzung zulässt und ob der Gesetzgeber nicht verpflichtet gewesen wäre, zur Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch Organisation und Verfahren eine präzisere Regelung zu

treffen. Dies gilt erst recht für § 10 Abs. 1 PolAkdG Nds, wenn man die dortigen Professoren entgegen dem Verwaltungsgericht Göttingen<sup>77</sup> weiterhin als Hochschullehrer im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG einstuft.

5. Entscheidungsbefugnisse des Akademieleiters bzw. Direktors über die Gewährung von Leistungszulagen

Nach § 40 Nr. 6 HmbBesG in der durch Art. 3 Hmb. Aus- und Fortbildungsneuausrichtungsg geänderten Fassung soll anscheinend der Akademieleiter über die Gewährung von Leistungszulagen der Professoren ohne Beteiligung der Selbstverwaltung des Fachbereichs entscheiden. Gleiches gilt für § 2b Abs. 2 NdsBesG in der Fassung von Art. 5 des dortigen Ausbildungsneuausrichtungsg, wonach die Zuständigkeit allein beim Direktor der Akademie liegt.

Die Gewährung solcher Zulagen ist jedoch insoweit grundrechtsrelevant, als die damit oftmals – soweit es sich nicht um bloße Funktionszulagen handelt – verbundene Bewertung wissenschaftlicher Leistungen zur inhaltlichen Steuerung der Wissenschaft missbraucht werden könnte.<sup>78</sup> Deshalb spricht viel dafür, dass der Fachbereichsrat dabei substantielle Mitwirkungsrechte behalten muss, etwa mit der Befugnis, Leitlinien festzulegen.<sup>79</sup> Rechtsprechung direkt dazu liegt freilich noch nicht vor. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht zum Hamburger Hochschulgesetz die Entscheidungsmacht des Präsidiums über die Gewährung von Leistungszulagen u.Ä. nebst Vorschlagsrecht des Dekans mit der Erwägung gerechtfertigt, das HmbBesG enthalte dafür inhaltlich hinreichend konkrete Vorgaben.<sup>80</sup> Doch erstens bedarf das Präsidium der Universität Hamburg, anders als der Leiter der Polizeiakademie (siehe oben), gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 HmbHG der Bestätigung des Hochschulsenats als Selbstverwaltungsgremium und ist ein echtes Selbstverwaltungsorgan der Universität. Zweitens war dort der Fachbereich immerhin mit dem Dekan beteiligt, während bei der Hamburger Polizeiakademie anscheinend nicht einmal dieser oder diese ein Vorschlagsrecht besitzt.

73 Vgl BVerfG 13.4.2010 – 1 BvR 216/07 – E 126, 1, 26 f.: „Eine unbeschränkte Möglichkeit für die Hochschulorgane, dem Hochschullehrer fachfremden Unterricht abzuverlangen, würde nicht nur dessen durch die Lehre des eigenen Fachs bestimmten Lehrfreiheit nicht gerecht, sondern könnte auch zur Sanktionierung missliebiger Lehre im eigenen Fach benutzt werden.“

74 *Thieme* (Fn 11), Rn 518, nennt Kurse „Deutsch für Ausländer“ und im medizinischen Bereich Veranstaltungen an den Klinika angegliederten Schulen für medizinische Hilfsberufe, ferner Fortbildungen für Bibliothekare.

75 ZB § 3 Abs 1 Satz 3 HmbHG; zum Wissens- und Technologietransfer *Thieme* (Fn 11), Rn 309.

76 *Geis/Madeja*, Hochschule und Wissenschaft, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd 3, 3. Aufl 2013,

§ 85 Rn 10.

77 Siehe oben I. 1. mit dortiger Fn 2.

78 Vgl zu den Kompetenzen der Leitungsorgane bei der Evaluation von Forschung und Lehre mit Auswirkungen auch auf die Ressourcenausgestaltung (nicht die Besoldung), BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 358: Der davon möglicherweise ausgelöste Druck zur Orientierung an extern gesetzten Bewertungskriterien kann zu Fehlentwicklungen führen.

79 Vgl für die leistungsgerechte Mittelvergabe in der Universität *Fehling*, in: BK (Fn 15), Art 5 Abs 3 Rn 237; *Sterzel/Perels*, Freiheit der Wissenschaft und Hochschulmodernisierung, 2003, S 218 ff; *Schulte* (Fn 29), VVDStRL 65 (2006), 110, 128 f.

80 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 87, 118 f.

Im Übrigen muss die Leistungsbeurteilung in Forschung und Lehre wesentlich auf Evaluationen beruhen (vgl. auch § 34 Abs. 3 Nr. 1 u. Abs. 4 Nr. 1 HmbBesG). Dazu enthält § 31 HmbPolAG nur eine äußerst rudimentäre Regelung, eher noch unspezifischer (von der Erwähnung auswärtiger Gutachten abgesehen) bleibt § 2b Abs. 3 S. 2 NdsBesG. Insoweit hat aber das Bundesverfassungsgericht im Brandenburg-Beschluss die dortigen ebenfalls unbestimmten Regelungen zur Evaluation nebst darauf gestützter Ressourcenverteilung nicht zuletzt deshalb für noch verfassungsgemäß befunden, weil Fachbereichsrat und Hochschulsenat in diesen zweistufigen Prozess hinreichend eingeschaltet waren.<sup>81</sup> Es spricht einiges dafür, dass gleiche Anforderungen auch für Leistungsbewertungen als Grundlage von Besoldungszulagen gelten, die zwar nicht direkt die Lehr- und Forschungsressourcen betreffen, aber mit ihrer Anreizfunktion indirekt steuernd wirken können.<sup>82</sup> Die Organisation und Ausgestaltung vorgelagerter Evaluationen liegt in Hamburg nach § 31 HmbPolAG in der Hand des Fachbereichs, in Niedersachsen wirkt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 PolAkG Nds. die Konferenz (die freilich nicht als echtes Selbstverwaltungsorgan konzipiert ist) in nicht näher bezeichneter Form mit.

Die Evaluationsregelungen mögen somit gerade noch ausreichen. Verfassungsrechtlich bedenklich bleiben jedoch in beiden Bundesländern die alleinige Zuständigkeit des Akademieleiters bzw. Direktors (der ohne Zustimmung des Fachhochschulbereichs ins Amt kommen soll) für die Gewährung der Leistungsbezüge sowie das Fehlen jeglicher Beteiligung des Hochschulsektors (etwa mittels eines Vorschlagsrechts des Dekans oder der Dekanin – den es in Niedersachsen mangels eigenständigen Fachhochschulbereichs ja nicht einmal gibt).

## V. Abschließende Gesamtwürdigung

Die organisatorische Verklammerung von Studium und berufspraktischer Polizeiausbildung ist ein verfassungs-

rechtlich legitimes Gemeinwohlziel, birgt aber abstrakt betrachtet das Risiko, dass nichtakademische (Polizei-) Hierarchien direkt oder indirekt in den (Fachhochschul-)Bereich von Forschung und Lehre hinüberwirken und die dortige Selbstverwaltung sowie mittelbar möglicherweise sogar die Freiheit der akademischen Ausbildung selbst beeinträchtigen. Wie relevant dieses Risiko tatsächlich ist und inwieweit gesetzliche Sicherungen dem entgegenwirken können und müssen, hängt von der konkreten Organisationsstruktur ab.

Relativ gering bleiben die Risiken für die Wissenschaftsfreiheit, wenn – wie in *Baden-Württemberg* – die Polizeihochschule als solche unangetastet bleibt und unter ihrem Dach „nur“ zusätzliche nichtakademische Ausbildungsaufgaben in einer anderen Abteilung angesiedelt werden. Problematische Wirkungen kann eine solche Organisationsreform womöglich aber auf einer organisationspsychologischen Ebene zeigen. Da das Selbstverständnis einer Einrichtung nicht zuletzt durch deren Aufgaben geprägt wird,<sup>83</sup> liegt die Vermutung nahe, dass sich – wie wohl politisch durchaus beabsichtigt<sup>84</sup> – mit der angegliederten polizeipraktischen Ausbildung das „intellektuelle Klima“ der Hochschule insgesamt zugunsten stärkerer Praxisorientierung wandelt, vermittelt über die nunmehr für beide Bereiche zuständige einheitliche Leitung und deren Verwaltungsstab. Zum Verfassungsproblem würde dies freilich erst dann, wenn geänderte Prioritäten sich in der Konkurrenz um knappe personelle und finanzielle Ressourcen auch in mangelnder administrativer Unterstützung des Studienbetriebs und/oder in überbordenden nichtakademischen Zusatzaufgaben der Professoren niederschlagen. Den Gesetzgeber trifft insoweit eine Beobachtungs- und gegebenenfalls Nachbesserungspflicht,<sup>85</sup> bei sich abzeichnenden Fehlentwicklungen müsste zumindest der Anspruch des Hochschulbereichs auf adäquate Ressourcenausstattung gesetzlich konkretisiert werden.

Geht dagegen die bisherige Hochschulausbildung ganz in einer außerwissenschaftlichen Akademiestruk-

81 Vgl. BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 360 ff.

82 Hendlar (Fn 32), VVDStRL 65 (2006), 238, 257; J. Koch, Leistungsorientierte Professorenbesoldung, 2010, S 149 f; vgl. auch Ruffert, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 146, 182 f; Art 5 Abs 3 GG, „steht der wissenschaftsexternen Institutionalisierung und Ausgestaltung von Kontrollmechanismen wie [...] Vergütungssystemen [...] entgegen. Dieses Verbot reicht schon wegen der naheliegenden Gefahr kaschierender Ausweichargumente über die organisatorisch nicht abgesicherte Toleranz von Lehrmeinungen hinaus.“

83 Zur durch Organisationsinteressen geleiteten Problemwahrnehmung allgemein Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S 270 ff mwN.; für eine breitere Diskussion verschiedener politikwissenschaftlicher Modelle zum

Zusammenhang von institutionellen Rahmenbedingungen und einer bestimmten Art von Politik siehe Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S 563 ff.

84 Zum Wunsch nach stärkerer Praxisorientierung des Studiums für den gehobenen Polizeidienst als wichtigem Grund für die Neuorganisation siehe einleitend oben I.

85 Vgl. dort auf wissenschaftsadäquate Evaluationskriterien bezogen, BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 – E 111, 333, 360; allgemein zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht zB BVerfG 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 – E 95, 267, 314 f; Dem hält Gärditz, Hochschulorganisation (Fn 6), S 362 f, ein Gebot der Bewältigung gegenwärtig erkennbarer Konfliktlagen entgegen, weil er ansonsten die Flucht des Gesetzgebers in eine bloße Nachsteuerung fürchtet.

tur auf, wie in *Niedersachsen* der Fall, so kann mangels substantieller Selbstverwaltung von organisatorischer Absicherung freier Lehre und Forschung keine Rede mehr sein. Vor Art. 5 Abs. 3 GG hat dies nur Bestand, wenn konsequenterweise mit der notwendigen Klarheit – woran es in *Niedersachsen* fehlt – ganz auf eine Hochschulausbildung für den gehobenen Polizeidienst verzichtet wird. Ein Bachelor-Studiengang bleibt trotzdem weiter möglich, denn dieser ist im Bologna-Rahmen nicht mehr notwendig an eine Hochschule gekoppelt, sondern kann auch von einer Berufsakademie angeboten werden. Doch haben die bisherigen Professoren der Hochschule für Polizei weiterhin aus Art. 33 Abs. 5 GG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 GG einen Anspruch auf wissenschaftsadäquate Verwendung, was (anders als in *Niedersachsen* geschehen) zumindest komplizierte Übergangsregelungen notwendig machen würde.

Die *Hamburger* Reorganisation einer bisherigen Hochschule der Polizei als Fachbereich in einer übergeordneten Polizeiakademie stellt einen Grenzfall dar. Die damit verbundene abstrakte Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit der im Fachhochschulbereich Tätigen und die ihnen gewährte Selbstverwaltung macht die neue rechtliche Konstruktion zwar nicht von vornherein verfassungswidrig, erhöht jedoch die Anforderungen an organisatorische und verfahrensmäßige Sicherungen zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit beträchtlich. Mustert man daraufhin die einzelnen Bestimmungen des HmbPolAG, so weisen diese an vielen Stellen zumindest Lücken und Unklarheiten auf. Für sich betrachtet mögen eine Reihe von Regelungen noch verfassungskonform auslegbar und ergänzbar sein. Sie müssen aber mehr leisten, nämlich eine wissenschaftsadäquate Struktur errichten, welche Verletzungen der Wissenschaftsfreiheit, die aus der Akademiekonstruktion resultieren, strukturell –

von unvermeidbaren Missbrauchsmöglichkeiten im Einzelfall abgesehen – ausschließt. Dies ist in einer Gesamtbetrachtung kaum der Fall. Die bloße mehrfache Betonung der Wissenschaftsfreiheit reicht dazu nicht aus.

Gewiss ist der Ruf nach immer detaillierterer Gesetzgebung kein Allheilmittel; eine Überdehnung der Wesentlichkeitslehre kann statt zur Freiheitssicherung<sup>86</sup> auch zu Überregulierung und bloßem Bürokratiewuchs führen.<sup>87</sup> Doch geht es hier nicht primär um Quantität, sondern um die Qualität<sup>88</sup> der Regelungen zu Organisation und Verfahren an den wissenschaftsensiblen Nahtstellen zwischen berufspraktischem Akademie- und Hochschulbereich, zwischen Hierarchie, Kollegialprinzip und individueller Freiheit in Lehre und Forschung.<sup>89</sup>

Der Kern der Problematik liegt bei allen drei Modellen in dem Konsequenzgebot, das sich Art. 5 Abs. 3 GG entnehmen lässt:<sup>90</sup> Will der Gesetzgeber weiterhin ein Hochschulstudium für den gehobenen Polizeidienst, so muss er auch die dafür grundrechtlich gewährleistetete Selbstverwaltung einräumen und organisatorisch schützen. Ein „bisschen Wissenschaftsfreiheit“ gibt es insoweit ebenso wenig wie „ein bisschen schwanger“. Ohne wissenschaftsadäquate Hochschulstrukturen muss die Politik offen auf eine Hochschulausbildung verzichten und sich dann – von dem Probleme der adäquaten Weiterbeschäftigung der Professoren ganz abgesehen – auch der unbequemen Kritik stellen, der gehobenen Polizeiausbildung fehle es nunmehr an dem im demokratischen Rechtsstaat angezeigten Reflexionsniveau.

Der Autor ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg und Direktor des Instituts für Öffentliches Recht, Abteilung 3: Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

86 Programmatisch *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999.

87 Klassisch zur Kontraproduktivität einer zu weitreichenden Ver-gesetzlichung *Wagner*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1979), 214, 244 ff; *Hufen*, Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes, in: Grimm (Hrsg), Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 273, 281.

88 Zum Verständnis der Wesentlichkeitstheorie als Qualitätssi-cherung vgl *Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitätsgewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), 5, 45 ff; in anderem Zusammenhang zuvor schon *Scherzberg*, RisikoSteuerung durch Verwaltungsrecht, VVDStRL 63 (2004), 214, 257; skeptisch *Reimer*, Das Parlamentsgesetz als

Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd 1, 2. Aufl 2012, § 9 Rn 54.

89 Eingehend zur freiheitssichernden Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes bei der Hochschulorganisation *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn 6), S 425 ff, der ein „geschlossenes und effektiven Grundrechtsschutz gewährleistendes Regelungskonzept“ fordert.

90 *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S 289 ff; *Starck* (Fn 13), Art 5 Abs 3 Rn 296 f, 387; *Britz* (Fn 11), Art 5 III (Wissenschaft) Rn 83; skeptisch im Hinblick auf den möglichen Anwendungsbereich *Krausnick*, Staat und Hochschule (Fn 12), S 183 f.

# Georg Sandberger

## *Kooperationen von staatlichen und nichtstaatlichen Einrichtungen im deutschen und internationalen Bildungsmarkt*

### ÜBERSICHT

*I. Einführung – Neue Studienangebote im Bildungssystem vor dem Hintergrund der Reform des Studienrechts und der Förderung der Mobilität*

*II. Fallgestaltungen, gemeinsame Strukturmerkmale und Hintergründe*

- 1. Vorbemerkung: Das Verleihungsmonopol staatlicher oder staatlich anerkannter Hochschulen für inländische Grade*
- 2. Fallgestaltungen und Gründe kooperativen Bildungsangebots*

*III. Rechtliche Bewertung*

*1. Abschlüsse deutscher Hochschulen – Rechtsgrundlagen – Verfassungsrechtlicher Rahmen*

- a) Rechtsgrundlagen*
- b) Übersicht über die Landesgesetzgebung*
- c) Gemeinsame Strukturen*
- d) Verfassungsrechtlicher Rahmen*

*e) Fazit*

*2. Exkurs: Verleihung von Graden im Rahmen internationaler Hochschulkooperationen – Joint- und Double Degree-Programme deutscher Hochschulen im Ausland*

*3. Abschlüsse ausländischer Hochschulen im Kooperationsverbund mit inländischen nichthochschulischen Bildungseinrichtungen*

- a) Innerstaatliche Regelungen der Qualitätssicherung*
- b) Innerstaatliche und Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen der Anerkennung ausländischer Grade*
- c) Fazit*

*IV. Zusammenfassung und Schluss*

### **I. Einführung – Neue Studienangebote im Bildungssystem auf dem Hintergrund der Reform des Studienrechts und der Förderung der Mobilität**

1. Das Hochschulsystem wurde im letzten Jahrzehnt in seinen Grundfesten verändert. Neben der Neuausrichtung des Verhältnisses von Staat und Hochschule und der Reform der Leitungsstrukturen hat die Regelung des

Studiums und der Prüfungen einen dramatischen Paradigmenwechsel erfahren.

Im Kern besteht dieser Paradigmenwechsel im Rückzug des Staates von einer Detailsteuerung des Zugangs zum Studium sowie der Studien- und Prüfungsinhalte, zur Herstellung größerer Eigenverantwortung der Hochschulen für den Inhalt der Studiengänge und für die Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen, zur Öffnung für Mobilität innerhalb der europäischen und internationalen Hochschulsysteme und zu neuen Rahmenbedingungen für die Kooperation mit in- und ausländischen Bildungseinrichtungen.

Ein Rückblick macht das Ausmaß des Systemwechsels deutlich: Begründet mit staatlicher Verantwortung für den Zugang zum Studium und für die Qualitätsstandards des Studiums entstand in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts ein nahezu unübersichtliches Regelwerk gesetzlicher Rahmenvorgaben, ministerieller Genehmigungsvorbehalte und Hochschulsatzungen, damit verbunden eine ausufernde Bürokratie.<sup>1</sup>

Mit dem Ziele, trotz föderaler Diversität gleichwertige Verhältnisse herzustellen, wurde – basierend auf dem HRG – mit den sog. Rahmenprüfungsordnungen der KMK/HRK ein flächendeckendes Regelwerk geschaffen, dessen Umsetzung in Prüfungsordnungen durch staatliche Genehmigungsvorbehalte garantiert war. Mit diesem Instrument glaubte man die Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle des Hochschulstudiums zu erreichen.

Trotz weitgehender inhaltlicher Gleichschaltung blieb aber die Mobilität zwischen Hochschulen durch eine restriktive, Einzelfallentscheidungen voraussetzende Anerkennungspraxis an anderen Standorten erworbener Studien- und Prüfungsleistungen beschränkt.

Noch gravierender wirkte sich die kulturell und politisch bedingte Diversität der Hochschul- und Bildungssysteme auf der internationalen Ebene aus. Ausländische Hochschulgrade und Studienleistungen bedurften individueller Anerkennung durch Hochschulministerien und Hochschulen, die sich zur Vorbereitung der Ent-

1 Rechtsgrundlage war § 9 HRG idF v 26. Januar 1976. Zur Rechtslage vor der Reform vgl die Beiträge von *Karpen*, Studienorganisation und *Salzwedel*, Studien- und Prüfungsordnungen in Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl (Hrsg Flämig) et al S 657 ff bzw

712 ff; zur Rechtslage nach der Reform vgl *Lindner*, Rechtsfragen des Studiums in: Hochschulrecht (Hrsg Hartmer/Detmer), 2. Aufl 2011, S 518 ff.

scheidung eigens dafür eingerichteter Stellen bedienten. Mithilfe bilateraler staatlicher Abkommen und Kooperationsverträgen zwischen Hochschulen gelang es, schrittweise mehr Freizügigkeit zwischen den Bildungssystemen zu erreichen.

Auf europäischer Ebene waren die Handlungsmöglichkeiten durch die Fokussierung des Unionsrechts auf die Herstellung der Wirtschafts- und Währungsunion und die Überwindung diskriminierender und die berufliche Freizügigkeit behindernder Regelungen beschränkt.<sup>2</sup> Die Erweiterung der Unionverträge auf die berufliche Bildung, Forschung und Kultur schuf zwar wichtige Voraussetzungen für die Förderung der Mobilität, aber keine umfassenden Rechtsgrundlagen für einen regelungsbarrierefreien europäischen Hochschulraum. Die Freizügigkeit im Arbeitsmarkt in sog. regulierten Berufen behindernde Fragen der Anerkennung von Diplomen und anderen Berufsqualifikationen wurden schrittweise aufgrund der Richtlinien 89/48/EWG über die Anerkennung von Hochschuldiplomen, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, die Richtlinie 92/51/EWG zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise und die Richtlinie 2005/36 EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen behoben.

Erst mit der *Lissabon Konvention* des Europarates vom 11.4.1997<sup>3</sup> und dem mit der gemeinsamen Erklärung der Europäischen Bildungsminister vom 19.6.1999 beginnenden *Bologna Prozess* gelang es, den Systemwechsel von staatlicher Detailsteuerung von Studium und Prüfung zu mobilitätsfördernden Rahmenregelungen sowohl auf internationaler Ebene als auch auf nationaler Ebene zu realisieren.

Kernelemente dieser Reform sind international kompatible Hochschulgrade, die Modularisierung des Studiums und die Einführung einheitlicher Leistungsparameter-Leistungspunktsysteme (ECTS), die – im Verbund mit dem sog. Diploma Supplement – die Vergleichbarkeit von Studien- und Prüfungsleistungen erleichtern.<sup>4</sup>

Zugleich wurden Parameter der Qualitätskriterien und die Aufgabe der Qualitätskontrolle neu definiert. Nicht die formale Kompatibilität mit staatlichen Rahmenregelungen, sondern an Ausbildungszielen definierte Qualitätsparameter und ihre Überprüfung durch Akkreditierungs-Agenturen sind seitdem die Voraussetzung für die Zulassung von Studienangeboten. Ebenso

wurde die Genehmigung von Prüfungsordnungen auf die Hochschulen delegiert.

Damit verbunden ist auch eine Neuregelung der Anerkennung von ausländischen Hochschulgraden, soweit diese den Regelungsstandards des Landes der verleihenden Hochschule entsprechen (Herkunftslandprinzip).

2. Im Schatten dieser Deregulierung, daher von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt, entstand in der Zusammenarbeit staatlicher inländischer und ausländischer Hochschulen und außerhochschulischer privater Bildungseinrichtungen in den letzten Jahren im In- und Ausland ein Bildungsangebot, deren Kernelement die Verleihung von Gradern durch deutsche oder ausländische staatliche oder staatlich anerkannte Hochschulen auf der Grundlage eines Studiums an privaten Bildungseinrichtungen ist.

Angesichts der Vielzahl von Bildungseinrichtungen bedarf dabei zunächst der *Begriff der Hochschule* und der außerhochschulischen Bildungseinrichtung klarer Abgrenzungskriterien.

Soweit sich diese Einrichtungen im *Inland* befinden, wird der (formelle) Hochschulbegriff durch § 1 HRG definiert. Hochschulen sind demnach nach Maßgabe des Landesrechts eingerichtete staatliche Hochschulen und staatlich anerkannte Hochschulen. Zu diesen gehören auch Niederlassungen von staatlichen Hochschulen anderer Bundesländer und von staatlich anerkannten Hochschulen aus dem Bereich der Europäischen Union.<sup>5</sup>

Über den *Rechtscharakter ausländischer Bildungseinrichtungen als Hochschulen* entscheidet das *Recht des Herkunftslandes*. Soweit sie danach als Hochschule anerkannt sind, sind sie auch im Inland als Hochschule anzuerkennen. Davon gehen die Landeshochschulgesetze durch expliziten Verweis auf das Herkunftslandprinzip aus,<sup>6</sup> dies entspricht allgemeinen Grundsätzen des internationalen Verwaltungsrechts. Dies gilt auch dann, wenn diese Bildungseinrichtungen nicht dem materiellen Hochschulbegriff deutschen Rechtes entsprechen, also weder über den Autonomiestatus, den Standard an Selbstverwaltung und Partizipation und vergleichbare Qualifikationsanforderungen verfügen.

Aus der Maßgeblichkeit des Herkunftslandes für den Hochschulbegriff ergibt sich aber kein Zwang der Anerkennung von ausländischen Hochschulen verliehener Grade oder sonstiger Rechtsakte. Dieses ist vielmehr

2 Zur Europarechtlichen Dimension vgl. *Lindner*, Fn 1, S 535 ff, Rn 62 ff, 112 ff.

3 European Treaty Series no 165 Council of Europe-Unesco Joint Convention, in deutsches Recht transformiert durch G v 16.5.2007, BGBl II, S 712 ff.

4 Vgl die Darstellung bei *Lindner*, op cit, S 575, Rn 184 ff.

5 § 70 Abs 1 LHG BW; § 91 Abs 2 HessHG; § 64 Abs 2 NHG; § 75 Abs 2 HG NRW.

6 Vgl § 37 Abs 1 LHG BW; § 22 Abs 1 HessHG; § 10 Abs 1 NHG; § 69 Abs 2 HG NRW.

eine Frage des Konventionsrechtes, soweit dieses keine Regelungen enthält, kann das Landesrecht die Voraussetzungen der Anerkennung definieren.<sup>7</sup>

Nichthochschulische Einrichtungen sind mithin Bildungseinrichtungen, die weder im Inland noch nach dem Recht ihres Herkunftsstaates als Hochschulen anerkannt sind.

Die Entwicklung für die Kooperation mit nichthochschulischen Bildungseinrichtungen nahm ihren Anfang im *Weiterbildungsmarkt*. Ziel der Gründung privatrechtlich verfasster Bildungseinrichtungen war zum einen, die Kooperation der Hochschulen mit dem an der Weiterbildung interessierten Beschäftigungssystem institutionell zu verfestigen, zum anderen aber rechtliche Hindernisse des Hochschul- und Dienstrechtes (Stichwort Kapazitätsrecht, Gebührenrecht, Dienstaufgabe und Nebentätigkeit) zu überwinden, um Weiterbildungsangebote zu angemessenen Entgelten mit Beteiligung fachlich qualifizierter Hochschullehrer zu ermöglichen.

Inzwischen haben sich aber auch im Bereich der grundständigen Ausbildung zahlreiche Kooperationsformen zwischen in- und ausländischen Hochschulen und in- und ausländischen Bildungseinrichtungen entwickelt, deren gemeinsame Kennzeichen die Verleihung von Graden durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Hochschule auf der Grundlage eines Studiums an einer anderen, meist privaten Bildungseinrichtung des In- oder Auslands sind.

Für dieses Phänomen haben sich mehrere Begriffe, wie Franchising, Validierung oder Externen-Prüfung etabliert, die aber ihrerseits klarer typologischer Definitionen entbehren und deshalb nur vereinzelt und mit unterschiedlichem Gehalt Eingang in die Gesetzessprache gefunden haben.

Eine besondere Variante stellt die Verleihung von Graden durch ausländische Hochschulen für ein Studium an inländischen privaten Bildungseinrichtungen dar.

Versuche der Kultusministerkonferenz, diese Entwicklungen durch klar definierte Voraussetzungen der Verleihung von Graden auf der Basis extern erbrachter Studienleistungen zu steuern, haben bis heute wenig Einfluss auf die Hochschulgesetzgebung der Länder gehabt.

Inzwischen sind Fragen der Anerkennung solcher Grade für die Aufnahme des Masterstudiums, für die Studienförderung oder die Titelführung Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen und deuten auf ein hohes Maß entstandener Rechtsunsicherheit hin.

Diese Entwicklungen nachzuzeichnen, auf ihren gemeinsamen Nenner zurückzuführen und auf den recht-

lichen Prüfstand zu stellen, ist Gegenstand meiner folgenden Ausführungen.

In einem ersten Schritt werde ich die Gründe für die Entwicklung und ihre gemeinsamen Strukturmerkmale untersuchen.

In einem zweiten Schritt werde ich die hochschulrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland, in einem dritten Schritt die europa- und internationalrechtlichen Voraussetzungen der Anerkennung von Hochschulgraden ausländischer Hochschulen auf der Grundlage inländischer Bildungsangebote behandeln

## II. Fallgestaltungen, gemeinsame Strukturmerkmale und Hintergründe

1. Vorbemerkung: Das Verleihungsmonopol staatlicher oder staatlich anerkannter Hochschulen für inländische Grade

Die einleitend geschilderten Sachverhalte systemüberschreitender Hochschulkooperationen haben ihren Grund im Verleihungsmonopol staatlicher oder staatlich anerkannter Hochschulen für Hochschulgrade.

Dies unterscheidet deutsche von ausländischen Hochschulen, deren Rechtstatus vielfach von dem in Deutschland noch immer vorherrschenden Typus der staatlichen Hochschule abweicht. Entweder wird der Hochschule, unabhängig von ihrem Rechtstatus, in ihrem Sitzstaat die Befugnis zur Verleihung von Graden durch Hoheitsakt übertragen (UK) oder die Verleihung erfolgt – vielfach fachspezifisch – durch professionelle Organisationen mit Monopolcharakter wie die American Bar Association.

Dieses Verleihungsmonopol in Deutschland beruht zum Teil auf den Landesverfassungen, größtenteils aber auf den Landeshochschulgesetzen. Diese regeln neben dem Graduierungsrecht auch die von der berechtigten Hochschule zu verleihenden Grade.

Bei den älteren Hochschulen fußt das Graduierungs- und Verleihungsmonopol meist auf vorkonstitutionellem Recht, in der Regel auf den mit ihrer Gründung verliehenen Privilegien, die um universelle Geltung zu erlangen, kaiserlichen und päpstlichen Ursprungs waren. Für diese Hochschulen sehen Landesverfassungen und Hochschulgesetze vielfach Besitzstandsgarantien vor.

Erstaunlicherweise ist das Verleihungsmonopol kaum Gegenstand verfassungsrechtlicher Reflexion, obwohl es den Zugang zum Bildungsmarkt für private Anbieter beschränkt oder zumindest an die staatliche Anerkennung als Hochschule bindet, für die der Nachweis eines ausreichenden Studienangebots, die Sicherstellung des Lehr-

<sup>7</sup> Vgl. § 37 Abs 4 iVm Abs 1-3 LHG BW.

und Forschungsbetriebes, die Gewährleistung der Lehr-Lern-, und Forschungsfreiheit und die gleiche Qualifikation des Lehrpersonals wie bei staatlichen Hochschulen verlangt wird.

Das Graduierungs- und Verleihungsmonopol erklärt sich daraus, dass die Verleihung eines Grades nach deutschem Rechtsverständnis ein Hoheitsakt ist, der durch gesetzliche oder staatliche Beleihung auf die Hochschulen übertragen wird. Ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung gründet in der Bedeutung von Hochschulgraden für den Zugang zu Berufen, nicht nur zu sog. geregelten Berufen wie Ärzten, Apothekern, Rechtsanwälten sondern auch zu Berufen ohne formalisierte Zugangsvoraussetzungen. Mit dem Verleihungsmonopol nimmt der Staat seine Verantwortung für die Gewährleistung der Berufsfreiheit und Qualitätskontrolle in den nach Art. 12 GG zulässigen Schranken wahr.

## 2. Fallgestaltungen und Gründe kooperativen Bildungsangebots

Damit führt das Bildungsangebot mit dem Ziel der Erlangung eines deutschen Hochschulgrades zwangsläufig über eine deutsche staatliche oder staatlich anerkannte Hochschule.

*Regeltypus des Erwerbs eines ein grundständiges Studium abschließenden Hochschulgrades* ist nach der Einführung der gestuften Studiengänge (Bachelor und Master) ein mit der Hochschulprüfung endendes, mindestens dreijähriges Präsenzstudium an einer Hochschule oder an mehreren systemgleichen Hochschulen. Die Standardisierung durch das Leistungspunktsystem hat die Voraussetzung für Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen in gleichen oder verwandten Studiengängen kraft Gesetzes möglich gemacht. Damit wird das erklärte Regelungsziel der Förderung der nationalen und internationalen Mobilität der Studierenden zu fördern, umschrieben mit „der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Hochschulraums“,<sup>8</sup> gewährleistet.

Anforderungen des Arbeitsmarktes, unterschiedliche Lebens- und Ausbildungsbiographien, das Interesse die Chancengleichheit im Bildungswesen zu verbessern, schließlich die Sicherung des künftigen Fachkräftebedarfs durch Übergang beruflich qualifizierter in den tertiären Bereich gaben den Anstoß, die Angebote des Präsenzstudiums durch Bildungsangebote im Rahmen der dualen Ausbildung, des Fernstudiums oder durch Anerkennung von Vorbildungen und berufsbegleitenden Ausbildungsblöcken und Weiterbildungseinheiten zu erweitern.

Die Hochschulgesetzgebungen haben darauf mit der schrittweisen Einführung neuer Handlungsformen, zunächst im Rahmen der Regelung des Fernstudiums, später der Weiterbildung reagiert. Dies geschah allerdings ohne ein übergreifendes kohärentes ordnungspolitisches Konzept unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang in der beruflichen Aus- und Weiterbildung und an externen Bildungseinrichtungen erworbene Kenntnisse und Qualifikationen angerechnet werden und Studien- und Prüfungsleistungen in der Hochschule ersetzen können.

Die KMK hat in ihrem Beschluss vom 18.9.2008 der den Titel „Anrechnung von außerhalb des Hochschulwesens erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten auf das Hochschulstudium“ trägt, dazu für die Anrechnung von außerhalb des Hochschulwesens erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten eine Typologie mit folgenden Fallgestaltungen entwickelt:

- Grenzüberschreitendes (gemeint ist systemüberschreitendes) Franchising, d.h. die Zusammenarbeit hochschulischer und nicht hochschulischer Einrichtungen, bei denen die Ausbildung ganz oder in Teilen an einer nicht hochschulischen Einrichtung, die Gradverleihung durch eine Hochschule erfolgt, mit folgenden Untervarianten:
- gradverleihende Hochschule im Inland, Ausbildung an einer Einrichtung im Ausland
- Gradverleihung durch Hochschule im Ausland, Ausbildung an einer nicht hochschulischen Einrichtung im Ausland oder Inland.

Versuche, anhand dieses Ordnungsrasters einen empirischen Überblick über die verschiedenen Formen von kooperativen Bildungsangeboten von Hochschulen und nichthochschulischen Einrichtungen im In- und Ausland zu bekommen, scheitern an mangelnder Transparenz.

Einen gewissen Aufschluss gibt neben den Fallstudien der verdienstvollen Dissertation von Brigitte Leusing, „McUniversity“: Innerstaatliches Academic Franchising (AF) deutscher Hochschulen – eine public-private Perspektive,<sup>9</sup> und einem Aufsatz dieser Autorin, „Mc University“, HM 2/2012, 53, ein Artikel von Rolf Hutter in der Online Zeitschrift „Studis Online“ vom 9.5.2011, der – unter der allerdings polemischen Überschrift „Wie Hochschulen ihre Studienabschlüsse verkaufen“ – Einzelfälle des sog. Hochschulfranchisings in NRW und Sachsen schildert.

<sup>8</sup> § 29 Abs 2 LHG BW; § 55 Abs 2 BayHG.

<sup>9</sup> Abrufbar unter [http://www.zhb-flensburg.de/dissert/leusing/Dissertation\\_Leusing\\_Ver%C3%B6ffentlichung.pdf](http://www.zhb-flensburg.de/dissert/leusing/Dissertation_Leusing_Ver%C3%B6ffentlichung.pdf).

Demzufolge ist in NRW ein breites Spektrum von Public-Public und Public-Private Partnerships mit Schwerpunkt im Bereich betriebswirtschaftlicher oder informatiknaher grundständiger Studiengänge und Aufbaustudiengänge anzutreffen. In Sachsen hat vor allem die Hochschule Mittweida mit Zustimmung des Sächsischen Wissenschaftsministeriums das sog. DHS-Modell (dezentrales hochschulgelinktes Studium) entwickelt, dessen Kernmerkmale laut Eigenbeschreibung ein Studium in privaten Akademien in Kooperation mit der für Inhalte und Prüfungen verantwortlichen Hochschule ist. Diese hat Teilaufgaben der Qualitätssicherung und Überwachung auf eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft, der AMAK AG übertragen.<sup>10</sup> Das Spektrum des an zahlreichen Standorten durchgeführten Studienangebots reicht von medienbezogenen, betriebswirtschaftlichen Studiengängen bis zum Gesundheitsmanagement und Pflege.

Als Gründe weisen die einschlägigen Websites meist die Ausbildungsnähe zum Berufsort, den Verbleib des Studierenden im Unternehmen und die damit verbundene Praxisorientierung aus.

Die einschlägigen Prüfungsordnungen der betreffenden Hochschule geben allerdings keine eindeutige Auskunft über das Ausmaß dieser Arbeitsteilung zwischen der Hochschule, dem privaten Träger der Ausbildung und der zwischengeschalteten AMAK-AG. Die Werbung für die Studiengänge hebt aber hervor, dass alle studienbegleitenden Angebote in Kooperation der privaten Studienakademie und der Hochschule unter deren Verantwortung für die Qualität der Lehr- und Prüfungsinhalte stehen.<sup>11</sup>

Neben Praxisnähe und Alternative zum Präsenzstudium ermöglichen diese Geschäftsmodelle vor allem die Generierung nicht unerheblicher Einnahmen, die sich der private Träger, der das Studienentgelt erhebt, nach Maßgabe nicht öffentlich zugänglicher Kooperationsverträge mit der Hochschule teilt. Im Zuge der Abschaffung der Studiengebühren für grundständige Studiengänge ist das ein zusätzlicher Anreiz, Teile der Hochschulausbildung auf solche Studiengänge zu erweitern.

Die Gründe für die Gradverleihung durch eine inländische Hochschule auf der Grundlage einer *Ausbildung im Ausland* können vielfältig sein. Nahe liegt dies, wenn der Gegenstand der Ausbildung international ist, z.B. internationale Betriebswirtschaft, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Politikwissenschaft, vergleich-

chende Kultur- oder Literaturwissenschaft. In diese Kategorie fallen auch die Fälle des sog. gemeinsam verliehenen Grade („Joint Degree“) bzw. Doppelabschlüsse („Double Degree“) auf der Basis gemeinsamer Ausbildungsangebote in der Kooperation deutscher und ausländischer Hochschulen.<sup>12</sup> Eine zunehmende Rolle spielt auch der Export bewährter Studiengänge in Schwellenländer.

Noch geringer ist dagegen die Transparenz des von der KMK als zweite Untervariante erwähnten Geschäftsmodells: Gradverleihung durch eine Hochschule im Ausland, Ausbildung an einer nicht hochschulischen Einrichtung im Inland oder Ausland.

Eine systematische Erhebung gibt es bisher nicht. Eine neuere Erscheinung des Franchising Modells sind Medical Schools, die ausländische Universitäten, meist Privatuniversitäten im Verbund mit inländischen Kliniken kommunaler oder privater Träger anbieten. Dabei findet die vorklinische Ausbildung im Regelfall im Ausland, die klinische Ausbildung nach Maßgabe des Kooperationsvertrages unter der Aufsicht der ausländischen Universität im Inland statt. Einschlägige Studienangebote finden sich im Internet seitens der privaten Paracelsus Universität Salzburg mit dem städtischen Klinikum Nürnberg (Beginn 2014), der University of Southampton und dem Klinikum Kassel sowie der Semmelweis Universität Budapest und dem Klinikum Hamburg.

Die Existenz solcher Modelle wird spätestens dann öffentlich, wenn es in Gerichtsverfahren um die Anerkennung von Hochschulabschlüssen geht.

Diese lassen aber in der Regel nur Spekulationen über die Motive zur Wahl solcher Handlungsformen zu. Offensichtlich erfüllen sie trotz teilweiser beachtlicher Studiengebühren eine Bildungsnachfrage auf dem inländischen Bildungsmarkt, die das deutsche Hochschulsystem nicht hinreichend abzudecken vermag. Manifest wird dies an den zusätzlichen Studienangeboten im Fach Humanmedizin, für die an staatlichen Hochschulen nach wie vor hohen Zulassungshürden bestehen.

Die meisten Fragen wirft die Kooperation eines nichthochschulischen Bildungsanbieters im Inland mit einer Hochschule im Ausland auf, vor allem dann, wenn der Gegenstand der Ausbildung keinen oder nur einen geringen Auslandsbezug aufweist. Hier ist die Frage berechtigt, ob die Wahl des Kooperationspartners mit geringeren Qualitätsstandards der verleihenden Hoch-

10 Vgl Startseite der AMAK-AG <http://www.amak.ag>.

11 ZB die Prüfungsordnung für den Studienprogram Web- und Medieninformatik an der FH Dortmund idF v 23.3.2010, Amtliche Mitteilungen Nr 28 v 23.3.2010.

12 ZB § 35 Abs 3 LHG BW; § 21 Abs 2 HessHG: Vorzügliche Dar-

stellung der Gestaltungsformen und gesetzlichen Regelungen bei *Theresa Lenser*, Rechtliche Hinweise zur Gestaltung der Studiendokumente, 2010, Hrsg DAAD, Informationen für deutsche Hochschulen, Publikationen zum Thema Hochschulabschlüsse, abrufbar unter <http://www.daad.de>.

schule im Vergleich zu den Hochschulgraden inländischer Hochschulen zu tun haben.

Das bunte Bild möglicher Fallgestaltungen und Gründe der Kooperation der gradverleihenden Hochschulen mit nichthochschulischen Bildungseinrichtungen lässt deshalb keine eindeutige Bewertung von Nutzen und Risiken solcher Geschäftsmodelle zu.

Ihre rechtliche Bewertung ist davon abhängig, ob sich diese Geschäftsmodelle innerhalb oder außerhalb des hochschulrechtlichen Handlungsrahmens bewegen. Daran schließt sich die Frage an, ob und mit welchem Inhalt dieser gegebenenfalls ergänzt oder korrigiert werden muss.

Soweit es um die Konstellation der Verleihung ausländischer Hochschulgrade geht, ist auch auf Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht und internationalen Abkommen zu achten. Bei der im Folgenden vorzunehmenden rechtlichen Bewertung wird deshalb zwischen den Fällen der Verleihung inländischer und der Verleihung ausländischer Hochschulgrade auf der Basis eines Studiums an nichthochschulischen Bildungseinrichtungen unterschieden.

### III. Rechtliche Bewertung

#### 1. Abschlüsse deutscher Hochschulen – Rechtsgrundlagen – Verfassungsrechtlicher Rahmen

##### a) Rechtsgrundlagen

Die konkreten Formen der Zusammenarbeit gradverleihender deutscher Hochschulen mit inländischen oder ausländischen Bildungseinrichtungen werden in Kooperationsverträgen geregelt. Sie tragen meist die Bezeichnung Franchiseverträge, bei denen die gradverleihende Hochschule der Franchisegeber, die nichthochschulische Bildungseinrichtung der Franchisenehmer ist. Damit wird ein Begriff aus dem Bereich der Vertriebsorganisation von Unternehmen aufgegriffen, bei dem der Franchisegeber den Auftritt und die Standards, der Franchisenehmer die Dienstleistungen zu erbringen hat. Mangels gesetzlicher Regelungen hat er auch im Handelsrecht keine klaren Konturen<sup>13</sup> und sollte, soweit der Gesetzgeber seinen Inhalt nicht klar definiert, nur mit ergänzenden Klarstellungen verwendet werden.

Im Hinblick auf die Zugehörigkeit der Gradverleihung zu den öffentlich-rechtlichen Befugnissen der Hochschulen, sind jedenfalls die mit deutschen Bildungseinrichtungen abgeschlossenen Verträge als öf-

fentlich-rechtliche Verträge einzustufen. Sie unterliegen nicht der Privatautonomie, sondern bedürfen, wie Verwaltungsakte, gesetzlicher Ermächtigung, zumindest dürfen seinem Abschluss keine Rechtsvorschriften entgegenstehen (§ 54 LVwVG BW und vergleichbare Vorschriften andere Bundesländer).

Nahezu übereinstimmend sehen die Ländergesetze die Möglichkeit eines *Zusammenwirkens der Hochschulen* untereinander und mit anderen Einrichtungen vor. Dies schließt auch Hochschulen anderer Länder und anderer Staaten ein. Als andere Einrichtungen werden aber nur staatliche und staatlich geförderte Bildungs- und Forschungseinrichtungen genannt. Gegenstand der Kooperation können auch gemeinsame Studiengänge sein. Dabei kann die federführende Hochschule die erforderlichen Satzungen mit Wirkung für alle erlassen.<sup>14</sup> Soweit mehrere Hochschulen an dem Studiengang beteiligt sind, bedarf es allerdings entsprechender Satzungen dieser Hochschulen. Offen bleibt, ob dies auch die Verleihung von gemeinsamen Graden auf der Grundlage dieser Satzungen einschließt. Dies bedarf ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung. Fehlt diese, bedürfen nach allgemeinen rechtssystematischen Grundsätzen die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Gradvergabe im Rahmen der Hochschulkooperation einer gesetzlichen Regelung in den Abschnitten der Ländergesetze über Studium, Lehre und Prüfungen.

Dort finden sich im Regelfall auch Bestimmungen über die Verleihung von Hochschulabschlüssen, die in Kooperation mit einer ausländischen Hochschule oder vergleichbaren Bildungseinrichtung abgeschlossen werden.<sup>15</sup>

Für die Gestaltung dieser Kooperation zeigen die Hochschulgesetze ein vielschichtiges Bild, das von fehlender Regelung über die Anwendung allgemeiner Grundsätze für die Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen zu passgenauer Regelung dieser Fallgestaltung reicht.

Eine Harmonisierung ist trotz entsprechender Bemühungen der KMK bis heute nicht gelungen.

Die Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen an nichthochschulischen Einrichtungen soll nach den Vorgaben der KMK von 2002/2008 nur nach Gleichwertigkeitsprüfung im Einzelfall oder bei homogenen Bewerbergruppen im Rahmen von konkreten Kooperationsabkommen, im Fall der Verlagerung an eine nichthochschulische Einrichtung auch pauschal erfolgen. Voraussetzung ist aber, dass die Hochschulen für

13 Vgl. BGHZ 140, 342 zur kartellrechtlichen Beurteilung von Franchiseverträgen.

14 § 6 Abs 1 und 3 LHG BW.

15 ZB Art 66 Abs 1 S 6 BayHG; § 35 Abs 3 LHG BW; 26 Abs 2

BbgHG; § 12 Abs 1 u 2 BremHG; § 55 Abs 2 u 3 HambHG; § 21 Abs 2 HessHG; § 60 Abs 2 HG NRW; § 61 Abs 5 SaarHG; § 32 Abs 8 SächsHG; § 17 Abs 4 HG LSA; § 49 Abs 8 HG SH.

die Qualitätssicherung der Studienprogramme sowie der Anrechnungsverfahren verantwortlich sind. Dies setzt voraus, dass ein wesentlicher Teil der dem Hochschulabschluss zugrundeliegenden Ausbildung in der unmittelbaren Verantwortung, d.h. durch eigene Leistungen der verleihenden Hochschule verbleibt. Dies erfordert eine Regelung der Verfahren und Kriterien der Anrechnung in den Studien- und Prüfungsordnungen.<sup>16</sup>

Die Beschlüsse der KMK sind Empfehlungen an die Länder, haben aber keine die Länder verpflichtenden Wirkungen, geschweige denn Gesetzeskraft.

Die KMK-Empfehlungen entfalten deshalb bisher nur beschränkte Wirkung.

#### b) Übersicht über die Landesgesetzgebung

In den Länderhochschulgesetzen, die die Frage der Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen regeln, wird bei der Anrechnung von außerhalb des Studiums gewonnenen Qualifikationen, die Gleichwertigkeit nach Inhalt und Anforderungen gefordert und – entsprechend den Vorgaben der KMK – auf die Hälfte aller Studien- und Prüfungsanforderungen beschränkt, im Übrigen aber das Verfahren der Anerkennung im Einzelnen den Studien- und Prüfungsordnungen überlassen.<sup>17</sup> Keine Limitierung enthält § 34 Abs. 2 Nr. 10 SächsHG. Dieser überlässt die Anrechnung von Qualifikationen, die an nicht als Hochschulen anerkannten Bildungseinrichtungen erworben wurden, der Regelung durch die Prüfungsordnung der Hochschule, bindet dies aber an die Voraussetzung, dass „diese Teile des Studiums nach Inhalt und Anforderung gleichwertig sind und diese damit ersetzen können“.

Einige Bundesländer sehen eine Anrechnung nur im Falle des weiterbildenden Studiums einschließlich der nicht konsekutiven Masterstudiengänge vor.<sup>18</sup>

Demgegenüber findet sich die Anforderung der Qualitätssicherung durch Akkreditierungsagenturen und der Übernahme einer Kontrollfunktion der Hochschule in den Kooperationsverträgen mit der nichthochschulischen Bildungseinrichtung nur vereinzelt.

Der im KMK-Beschluss angesprochene Weg der pauschalen Anrechnung von Teilen eines Studienprogramms, das an eine nichthochschulische Einrichtung ausgelagert und durchgeführt wird – das sog. *innerstaatliche Franchising* – wird nur in Nordrhein-Westfalen<sup>19</sup>

beschritten. Voraussetzung dafür ist nach § 66 Abs. 5 HFG NRW eine gleichwertige Vorbereitung. Dies bestimmt sich nach drei Voraussetzungen: nach dem Curriculum, den Zugangsvoraussetzungen an die Studierenden und dem Qualifikationsprofil des Lehrpersonals. Ob die Gleichwertigkeit gegeben ist, entscheidet bei einem Studiengang, der auch im Präsenzstudium an der Hochschule studiert werden kann, die einschlägige Hochschulprüfungsordnung. Soll ein Grad dagegen auf der Grundlage eines im Zusammenhang mit dem Franchising neu eingeführten Curriculums verliehen werden, muss die Hochschule zunächst das neue Curriculum und den neuen Grad wie einen normalen Hochschulstudiengang akkreditieren lassen. Erst nach positiver Akkreditierung kann die außerhochschulische Ausbildung aufgenommen werden.<sup>20</sup> Träger der prüfungsvorbereitenden Einrichtung darf nach § 66 Abs. 5 S. 2 HG NRW grundsätzlich nicht die prüfende und graduierende Hochschule sein. Damit soll verhindert werden, dass sich die Hochschulen ihrer nach § 2 Abs. 2 S. 2 HG normierten Verpflichtung, ihre Aufgaben in Forschung, Lehre und Studium in öffentlich-rechtlicher Weise zu erledigen, durch Wahl einer privatrechtlichen Form entziehen.<sup>21</sup>

Demgegenüber hat das HessHG 2010 die in § 106 HessHG 2007 vorgesehene Möglichkeit des innerstaatlichen Franchisings abgeschafft.

§ 64a Hochschulgesetz Niedersachsen (NHG), ebenso § 86 des Bayerischen Hochschulgesetzes (BayHG) und § 81 des Brandenburgischen Hochschulgesetzes (BbgHG), regeln nur das *grenzüberschreitende Franchising*, d.h. Kooperationen inländischer nicht hochschulischer Bildungseinrichtungen mit gradverleihenden staatlichen oder staatlich-anerkannten Hochschulen aus den Mitgliedstaaten der EU. Anders als das NHG schließt das BbgHG nach der amtlichen Begründung das innerstaatliche Franchising explizit aus.<sup>22</sup>

In Baden-Württemberg, Sachsen-Anhalt und Thüringen ist stattdessen die Möglichkeit der Externenprüfung vorgesehen.<sup>23</sup> In diesem Modell werden Personen zur Hochschulabschlussprüfung zugelassen, die auf andere Weise als durch ein Hochschulstudium die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erworben haben. § 48 Abs. 11 ThürHG und § 15 Abs. 2 HG Sachsen-Anhalt überlassen die Regelung der Zulassung, der Anforderun-

16 Vgl. Beschluss der KMK v. 18.9.2008, Anrechnung von außerhalb des Studiums erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten auf ein Hochschulstudium, unter 2.1 und 3.1. und 3.2.

17 ZB § 32 Abs. 4 LHGBW; § 56 BremHG.

18 ZB § 23 Abs. 4 BerlHG, § 57 Abs. 5 HambHG.

19 § 66 Abs. 5 HG NRW, vgl. dazu Pawellek, Die Wahrnehmung hoheitlicher Hochschulaufgaben durch private Weiterbildungseinrichtungen, 2009, S. 166 ff., 169.

20 Amtliche Begründung zu § 66 Abs. 4 HG NRW, Drs. 14/2063.

21 Vgl. Lieb und Goebel, Autonomie und Verantwortung staatlicher Hochschulen in: Wissenschaftsrecht im Umbruch, Gedächtnisschrift für Krüger, 2001, S. 205, 226 ff., 230; Pawellek, Die Wahrnehmung hoheitlicher Hochschulaufgaben durch private Weiterbildungseinrichtungen, 2009, S. 166 ff., 169, 171.

22 Drs. 4/6519 zu § 81 Abs. 4.

23 Vgl. dazu Pawellek, aaO S. 172 ff.

gen und des Verfahrens ohne inhaltliche Vorgaben der Prüfungsordnung der Hochschule. Dagegen sieht § 33 LHG BW als Voraussetzung für die Durchführung von Externenprüfungen an Universitäten, Pädagogischen Hochschulen, Fachhochschulen und Dualen Hochschulen vor, dass an diesen Hochschulen eine ausreichend breite Vertretung des jeweiligen Faches einschließlich der erforderlichen fachlichen Prüfungskompetenz des hauptberuflich tätigen wissenschaftlichen Personals gewährleistet ist.

Das setzt das Vorhandensein oder die Genehmigung entsprechender Studiengänge an der Hochschule und damit eine Qualitätssicherung durch Akkreditierung voraus. Dabei ist die Externenprüfung nach § 33 LHG BW sowohl in Form der Blockprüfung als auch in Form studienbegleitender Leistungsnachweise, die Bestandteil der Prüfungen sind, möglich.<sup>24</sup> Dagegen ist eine Qualitätskontrolle der externen Bildungseinrichtung oder ein weitergehender Einfluss der Hochschule auf das Studienangebot der externen Bildungseinrichtung bislang nicht vorgeschrieben, da § 33 LHG nicht darauf abstellt, auf welche Weise die betroffenen Bewerber ihre Qualifikation erworben haben.

Das unterscheidet die Externenprüfung, die sowohl grundständige als auch gestufte Studiengänge umfassen, von der Regelung von Einrichtungen des *Kontaktstudiums*. Hier verlangt § 31 Abs. 4 LHG BW die Absicherung inhaltlicher Einflussnahme der Hochschule auf die Lehrinhalte der externen Bildungseinrichtung.

Die im Anhörungsverfahren befindliche Neufassung des § 33 LHG BW korrigiert diese Unterschiede und verlangt eine Akkreditierung der Vorbereitungsprogramme externer Bildungseinrichtung und eine Qualifikation des Lehrpersonals, die mindestens den Anforderungen an Lehrbeauftragte entspricht (§ 33 Nr. 2 und 3 n.F.).

Eine Sonderrolle von Public-Private-Partnership nehmen Kooperationen im Rahmen des *Fernstudiums* und der sog. *virtuellen Studiengänge* ein. Anbieter von Fernstudieneinheiten oder Angeboten virtueller Studiengänge können neben anderen Hochschulen auch private Anbieter sein. Voraussetzung ist aber die Sicherung der Qualitätskontrolle unter Verantwortung der gradverleihenden Hochschule, idR durch zertifizierte Akkreditierungsagenturen.

Weisen damit in den Bundesländern die Möglichkeiten und Anforderungen der Einbeziehung außerhochschulischer Einrichtungen bei grundständigen Studiengängen ein erhebliches Gefälle auf, was die Zulassung, die Anforderung an die Studien- und Prüfungsinhalte

und die Qualifikation des Lehrpersonals anlangt, lassen im Bereich der *Wissenschaftlichen Weiterbildung* die Regelungen über die Kooperationen der Hochschulen mit privaten Anbietern weitreichende Gestaltungsspielräume zu.

Dies hat seinen Grund darin, dass die Hochschulen aus Kapazitätsgründen vielfach nicht in der Lage sind, einschlägige Lehrangebote im Rahmen der Dienstaufgaben des hauptamtlichen wissenschaftlichen Personals anzubieten und aus besoldungsrechtlichen Gründen gehindert waren, dafür zusätzliche Vergütungen zu gewähren. Deshalb wurden Weiterbildungsveranstaltungen schon früh auf private Träger, auch solche, an denen die Hochschulen gesellschaftsrechtlich beteiligt sind, verlagert.

Auch hier variieren die gesetzlichen Rahmenbedingungen länderspezifisch.

Soweit die Hochschulen private Bildungseinrichtungen mit der Durchführung der Lehre für postgraduale Bildungseinrichtungen beauftragen, werden dafür Qualifikationsprofile an das Lehrpersonal gestellt, die mindestens denen von Lehrbeauftragten an Hochschulen entsprechen. Der Hochschule obliegt die alleinige Verantwortung für die inhaltliche didaktische, strukturelle, und zeitliche Festlegung des Lehrangebots. Die durch die private Bildungseinrichtung erbrachte Lehre unterliegt dem Qualitätsmanagement, einschließlich der Eigen- und Fremdevaluation der Hochschule.<sup>25</sup> Die amtliche Begründung qualifiziert die Rolle des privaten Anbieters als „Verwaltungshilfe“.<sup>26</sup> Die entsprechenden Verträge der Hochschule mit der privaten Bildungseinrichtungen bedürfen der Zustimmung des zuständigen Ministeriums.

Großzügiger sind demgegenüber die Regelungen für Veranstaltungen des *Kontaktstudiums*, für die keine Grade verliehen, sondern Zertifikate ausgegeben werden. Auch hier wird aber der Hochschule vorbehalten, das Lehrangebot inhaltlich und didaktisch zu entwickeln, Prüfungen abzunehmen und das gemeinsame Zertifikat zu erstellen.

Die kooperierende Einrichtung ist verpflichtet, die Weiterbildungsveranstaltungen nach diesen Vorgaben in eigener Verantwortung anzubieten und durchzuführen sowie der Hochschule für ihre Leistungen ein angemessenes Entgelt zu zahlen.<sup>27</sup>

### c) Gemeinsame Strukturen

Gemeinsames Merkmal die verschiedenen Varianten der Zusammenarbeit von gradverleihenden Hochschulen

24 Amtliche Begründung zu § 33 LHG BW, Drs 14/3390, S 94.

25 §§ 31 Abs 2 S 6 und 7 Nr 1-3 LHG BW; § 59 Abs 4 HSG SH.

26 Drs 14/3390 zu § 31 Abs 2, S 94.

27 § 31 Abs 4 LHG BW.

und nichthochschulischen Bildungseinrichtungen ist die gesetzlich vorgeschriebene Verantwortung der Hochschulen für die Zulassungsvoraussetzungen, für die inhaltliche Gestaltung und die Durchführung der Prüfungen, die sich an den Anforderungen von Studiengängen im Voll- oder Präsenzstudium zu orientieren hat. Die Hochschulen nehmen insoweit eine hoheitliche Aufgabe wahr. Unabhängig vom Grad der Übertragung der operativen Durchführung des Studienangebots an den privaten Kooperationspartner tragen sie damit – wie in anderen Fallgestaltungen der Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf private Träger – eine Gewährleistungsverantwortung für deren ordnungsgemäße Durchführung unter Einhaltung der für alle Studiengänge geltenden Qualitätsstandards.

#### d) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Diese Einschränkungen des Erwerbs von Bildungsqualifikationen greifen sowohl in die Berufsfreiheit privater Bildungsanbieter als auch in die Freiheit der Berufswahl der Studierenden ein und müssen daher durch den Schrankenvorbehalt des Art. 12 GG legitimiert sein.

Gemeinwohlgrund zur Rechtfertigung dieser Schranken auf der Seite der Anbieter ist die Notwendigkeit der Gewährleistung eines inhaltlich und qualitativ gleichwertigen Studienangebots durch die privaten Bildungseinrichtungen und damit der gleiche Grund, der auch das Anerkennungsverfahren und die Anerkennungsvoraussetzungen nicht staatlicher Hochschulen rechtfertigt.

Gründe für die Zulässigkeit, die Verleihung staatlicher Grade für ein Studium an externen Bildungseinrichtungen an gesetzliche Anerkennung zu binden, hat das Bundesverwaltungsgericht schon im Jahre 1973 zur sog. Externenprüfung genannt. Aus Art. 12 GG gibt es, wenn der Staat Ausbildungseinrichtungen geschaffen hat, bei Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen einen Anspruch auf Zulassung zum Studium und zu Prüfungen, aber keine Verpflichtung, eine Prüfung für eine Ausbildung an privaten Einrichtungen oder das Selbststudium neu zu schaffen. Ob solche Prüfungen möglich und mit bildungspolitischen Vorstellungen vereinbar sind, ist Aufgabe des Gesetzgebers, von Verfassung wegen wird die Einrichtung einer solchen Prüfung nicht gefordert.<sup>28</sup> Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, hält er sich im Rahmen der Schranken des Art. 12 GG, wenn er diese an gleiche Qualitätsstandards bindet, wie sie für Hochschulstudiengänge gelten. Dies gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 33 GG).

#### e) Fazit

Misst man den hochschulrechtlichen Befund an den Empfehlungen der KMK von 2008, kann von einer Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für Hochschulkooperationen mit privaten Bildungsanbietern im Bereich der Lehre nicht die Rede sein. Sowohl die allgemeinen Regelungen der Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen, als auch die besonderen Regelungen für die Gradverleihung auf der Basis an privaten Bildungseinrichtungen erbrachter Studien- und Prüfungsleistungen gehen weit auseinander.

Nur NRW sieht neben der Definition eine inhaltliche Regelung des innerstaatlichen *Franchisings* vor und unterwirft dieses den auch für die Studiengänge der Hochschulen geltenden Regelungen des Qualitätsmanagements. In Baden-Württemberg, Sachsen-Anhalt und Thüringen wird mit dem Institut der *Externenprüfung* ein funktionales Äquivalent geschaffen, für die aber nur Baden-Württemberg inhaltliche und personelle Anforderungen an die gradverleihende Hochschule definiert.

Andere Hochschulgesetze belassen es bei allgemeinen Ermächtigungen zur Regelungen in der Prüfungsordnung.

Damit sind bisher weder die Länder, noch die Hochschulen der Verantwortung gerecht geworden, die der Beschluss der KMK ihnen für die Regelung der Voraussetzungen von Hochschulabschlüssen übertragen hat, bei denen Teile eines Studiums durch nichthochschulische Leistungen ersetzt werden sollen.

In diesem Regelungsgefälle richten sich entsprechende Leistungsangebote naturgemäß an Standorten mit der geringsten Regelungsdichte ein. Ein weiterer Anreiz ist die Möglichkeit der Generierung von Einnahmequellen der privaten Anbieter, an denen die beteiligten Hochschulen beteiligt werden. Die fehlende Transparenz trägt zu einem unzureichenden Verbraucherschutz für Studierende solcher Studienangebote bei.

#### 2. Exkurs: Verleihung von Graden im Rahmen internationaler Hochschulkooperationen – Joint- und Double Degree-Programme deutscher Hochschulen im Ausland

Neben den typischen Austauschprogrammen auf der Grundlage wechselseitiger Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen, die durch die Einführung einheitlicher Leistungsstandards und international kompatibler Abschlüsse erheblich erleichtert wurde, gewinnen

28 BVerwG v 7.8.1972, VII C 2/70, NJW 1974, 573.

im internationalen Bildungsangebot zunehmend Studiengänge an Bedeutung, die entweder mit einem *gemeinsam verliehenen Hochschulgrad* oder einer *Doppel-Diplomierung* abschließen.

Dieser Weg wird zunehmend auch beim Aufbau deutscher Hochschulen im Ausland beschritten, die mithilfe von Programmen des Bundes oder vom Bund finanzierten Programmen (DAAD) in der Kooperation deutscher Hochschulen im Ausland errichtet wurden. Neben entsprechenden bi- oder multilateralen Kooperationsverträgen wird für die Trägerschaft privatrechtlich verfasster Hochschulen ein Trägerverein errichtet, deren Mitglieder sich neben den Gründungspartnern aus Hochschulen und Forschungseinrichtungen rekrutieren, die zum Programm in Lehre und Forschung beitragen.<sup>29</sup> Ein besonderer Fall ist der Campus Busan der Friedrich Alexander Universität in Erlangen. Träger der nicht hoheitlichen Aufgaben ist eine deutsche GmbH im Beteiligungsbesitz der FAU (FAU-Busan GmbH). Die akademischen Aufgaben werden durch eine zentrale Einrichtung der FAU mit Sitz in Busan wahrgenommen. Wissenschaftliches Personal der FAU wird zur Wahrnehmung der Aufgaben in Busan beurlaubt, Personen, die von der FAU-GmbH beschäftigt werden, erhalten den Mitgliedsstatus der FAU.<sup>30</sup>

Die Unterstützung der deutschen Hochschulen reicht von der konzeptionellen Gestaltung über die Beteiligung von Hochschullehrern bei der Durchführung der Studiengänge und Prüfungen bis zur Verleihung gemeinsamer Grade der im Ausland gegründeten Hochschule und ihrer deutschen Partner.<sup>31</sup>

Dabei wird entweder ein gemeinsamer Grad oder sowohl der Grad der ausländischen Hochschule als auch der inländischen Partnerhochschule verliehen.<sup>32</sup>

Rechtsgrundlage für die Durchführung der Studiengänge sind die länderspezifischen Regelungen über das Zusammenwirken der Hochschulen,<sup>33</sup> die in mehreren Bundesländern durch zusätzliche Regelungen für gemeinsame Prüfungsordnungen ergänzt werden.<sup>34</sup> Diese Regelungen lassen der Ausgestaltung der Zulassungsvoraussetzungen, der Inhalte und Qualitätskontrolle im Rahmen der Kooperationsverträge weiten Raum.

Soweit sie mit einem gemeinsamen Grad abschließen, bedürfen sie der gleichen Qualitätsanforderungen

wie inländische Studiengänge. Das bedeutet, dass sie von einer anerkannten Einrichtung akkreditiert werden müssen.

Die Verleihung *gemeinsamer Grade* oder die Befugnis zur *Doppel-Diplomierung* bedarf spezieller Ermächtigung in den Ländergesetzen. Dabei sind auch die inhaltlichen Anforderungen an den der Gradverleihung zugrundeliegenden Studiengang einschließlich der Voraussetzungen der Akkreditierung und Qualitätskontrolle zu definieren.<sup>35</sup>

### 3. Abschlüsse ausländischer Hochschulen im Kooperationsverbund mit inländischen nichthochschulischen Bildungseinrichtungen

Neben der inländischen Form der Zusammenarbeit von Hochschulen und nichthochschulischen Bildungseinrichtungen hat sich in den letzten Jahren eine Form grenzüberschreitender Zusammenarbeit etabliert, bei denen die gradverleihende Hochschule eine staatliche oder staatlich anerkannte ausländische Hochschule ist; die Ausbildung findet ganz oder in Teilen an einer inländischen Einrichtung statt.

Dafür gibt es vielfältige Gründe. Zum einen handelt es sich um meist berufsorientierte Studiengänge, für die es kein vergleichbares Angebot an deutschen Hochschulen gibt. Zum anderen können aber auch Gründe unterschiedlicher Anforderungen eine Rolle spielen.

Der Beschluss der Kultuskonferenz zur Anrechnung außerhalb des Hochschulwesens erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten auf ein Hochschulstudium und darauf aufbauende hochschulrechtliche Bestimmungen bietet, wie die KMK zutreffend feststellt, keine Handhabe bei Franchisekonstellationen, bei denen die Gradverleihung durch eine ausländische Hochschule erfolgt. Gerade in solchen Konstellationen stellt sich daher das Problem der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes in besonderer Dringlichkeit. Die Frage ist allerdings, welche gesetzlichen Möglichkeiten der Qualitätssicherung mit dem Unionsrecht und einschlägigen internationalen Abkommen vereinbar sind.<sup>36</sup>

#### a) Innerstaatliche Regelungen der Qualitätssicherung

Eine Bestandsaufnahme der Ländergesetze zeigt auch hier ein uneinheitliches Bild. Die Bandbreite reicht von

29 ZB DAAD, Informationen für deutsche Hochschulen: Vietnamese German University (VGU).

30 §§ 10 a und b der Grundordnung der Friedrich Alexander Universität Erlangen Nürnberg idF v 20.6.2007, zuletzt geändert am 25.8.2011. Rechtsgrundlage ist Art 16 Abs 4 BayHG, angefügt mit Wirkung vom 15.7.2009 durch G v 7.7.2009 (GVBl S 256).

31 Übersicht bei DAAD, Hochschulgründungen im Ausland mit Projektbeschreibungen.

32 Ausführliche Darstellung bei *Theresa Lenser*, Fn 12, S 7 ff.

33 Zusammenfassende Übersicht bei *Theresa Lenser*, S 10 ff.

34 § 12 Abs 2 BrHG, § 55 Abs 2 HmbgHG, § 28 Abs 3 HG MV, § 60 Abs 2 HG NRW; § 51 UG Saar; § 49 Abs 8 HSH SH.

35 §§ 35 Abs 3 LHG BW; Art 66 Abs 1 S 6 u 7 BayHG; § 34 Abs 3 BerlHG; § 26 Abs 2 BbgHG; § 21 Abs 2 HessHG; § 53 Abs 2 u 3 HSG SH.

36 KMK, Beschluss v 19.8.2008 unter 2.2.2 und 3.2.

generellen Regelungen der Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse bis zu spezifischen Regelungen des grenzüberschreitenden Franchisings.

Die früher einzelfallbezogene, an Kriterien der Gleichwertigkeit mit inländischen Graden orientierte Anerkennung ist im Zuge der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, insbesondere der Niederlassungs- und Dienstfreiheits- und der daraus gezogenen Folgerungen des EuGH und ihm folgend, des Bundesverwaltungsgerichts einer generellen Anerkennung gewichen. Dies gilt auch für Vereinbarungen der Bundesrepublik Deutschland oder einzelner Bundesländer mit anderen Staaten, die Vorrang vor den landesrechtlichen Regelungen haben.

Dabei ist zwischen Fällen zu unterscheiden, in denen das inländische Angebot an Hochschulqualifikationen von Niederlassungen staatlicher oder staatlich anerkannter Hochschulen aus Mitgliedstaaten der EU ausgeht. In solchen Fällen gilt die anbietende Einrichtung als staatlich anerkannt, soweit die Qualität ihres Studienangebots nach dem im Herkunftsland geltenden Regelungen gesichert ist.<sup>37</sup>

Soweit es sich um nichthochschulische Bildungseinrichtungen des Inlands als Franchisenehmer der ausländischen Hochschule handelt, sehen einige Länder wie Brandenburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt besondere Feststellungs- bzw. Anerkennungsverfahren vor, soweit die Bildungseinrichtungen ihren Sitz im Geltungsbereich des Gesetzes haben.

Dabei lässt Niedersachsen die Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen und der Qualitätsanforderungen nach den im Herkunftsland der Hochschule geltenden Regelungen genügen, verlangt aber eine Akkreditierung des Studienangebots der die Hochschulausbildung durchführenden Einrichtungen unter Mitwirkung einer inländischen Akkreditierungseinrichtung. Das Studienangebot ist mit den entsprechenden Nachweisen dem Fachministerium anzuzeigen.<sup>38</sup>

Brandenburg und Nordrhein-Westfalen stellen darüber hinausgehende Anforderungen. Nach § 81 Abs. 4 BbgHG bedarf eine Einrichtung, die keine Niederlassung einer Hochschule aus einem EU-Staat ist, der Ge-

nehmigung. Die Durchführung des Studienangebots ist nur zulässig, wenn:

1. Studienbewerber aufgenommen werden, die die Voraussetzungen für eine Aufnahme in eine entsprechende staatliche Hochschule erfüllen,
2. das Studienangebot durch eine staatlich anerkannte Akkreditierungseinrichtung akkreditiert worden ist und
3. Die Kontrolle der den Hochschulgrad verleihenden Hochschule über den Verlauf des Studiums und die Erbringung der erforderlichen Leistungen gesichert ist.<sup>39</sup>

Noch weiter geht § 78 Abs. 2 S. 2 HG NRW, der neben dem Nachweis, dass die ausländische Hochschule Grade auch nach einer Ausbildung in NRW verleihen dürfen, eine Garantierklärung der verleihenden Hochschule verlangt.

Die Vorschrift geht zurück auf § 118 Abs. 1 HG NRW vom 23.2.2000.<sup>40</sup> Soweit sich Landesgesetze auf eine generelle Regelung der Führung ausländischer Grade beschränken, ist diese im Regelfall daran gebunden, dass der Grad von einer nach dem Recht des Herkunftslandes anerkannten, zur Verleihung dieses Grades berechtigten Hochschule aufgrund eines tatsächlich absolvierten und durch Prüfung abgeschlossenen Studiums ordnungsgemäß verliehen worden ist.<sup>41</sup> Damit wird die bisher im Einzelgenehmigungsverfahren zu prüfende Vergleichbarkeit der verleihenden Hochschule mit einer deutschen staatlichen Hochschule explizit ausgeschlossen.

Auf gleicher Linie liegt der Vorschlag einer neu in das baden-württembergische LHG eingefügte Regelung des internationalen Franchising im Anhörungsentwurf zum Änderungsgesetz vom 15.10.2013 (§ 72a Abs. 2 LHGE).

Damit beschränkt sich die innerstaatliche Qualitätssicherung nach diesen Bestimmungen über die Anerkennung ausländischer akademischer Grade ausschließlich auf die Einhaltung der Verleihungsvorschriften des Herkunftslandes.

Zur Begründung dieser Liberalisierung wird auf die Entscheidung des EuGH im Falle Kraus vom 31.3.1993<sup>42</sup> und auf die darauf verweisende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.11.1997<sup>43</sup> verwiesen.<sup>44</sup>

Die entscheidende Frage beim grenzüberschreitenden Franchising ist aber, ob auch die Führung von Gra-

37 Vgl. zB § 81 Abs. 3 BbgHG; § 86 Abs. 2 BayHG; § 64 Abs. 2 NHG; § 75 Abs. 2 S. 1 HG NRW; § 80 HSG SH.

38 § 64a NHG.

39 § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1-3 BbgHG.

40 GVBl NRW 2000, 190; Amtliche Begründung 12/4243, S. 209 ff, dazu Lieb und Goebel, *Autonomie und Verantwortung staatlicher Hochschulen in: Wissenschaftsrecht im Umbruch*, Gedächtnisschrift für Krüger, 2001, S. 205, 226 ff; zur Exegese des § 118 HG NRW auch Richter/Pierlings, *Franchising-Kooperationen im*

Hochschulbereich-Vorgaben des EG-Rechts und die nordrhein-westfälische Regelung des § 118 HG, *WissR* 2003, 224 ff; ferner Pawellek, *Die Wahrnehmung hoheitlicher Hochschulaufgaben durch private Weiterbildungseinrichtungen*, 2009, S. 166 ff.

41 ZB § 37 Abs. 1 LHG BW.

42 EuGH, Urteil v. 31.3.1993, C-19/92, Slg. 1993, I-1663.

43 BVerwGE 105, 336.

44 Amtliche Begründung zu § 55 b UG BW 2000, jetzt § 37 LHG BW, Drs. 12/4404, S. 251.

den, die nicht auf einem Studium an der verleihenden ausländischen Hochschule, sondern einer deutschen Bildungseinrichtung beruhen, von den deutschen gesetzlichen Vorschriften über eine genehmigungsfreie Führung gedeckt ist.

Daran schließt sich die Frage an, ob das Gemeinschaftsrecht eine Gleichwertigkeitskontrolle auch in Fällen des grenzüberschreitenden Franchisings ausschließt. Je nach der Beantwortung müssten die gesetzlichen Vorschriften über die Anerkennung ausländischer Grade gemeinschaftskonform restriktiv ausgelegt werden.

Wäre das der Fall, würden die dargestellten innerstaatlichen Regelungen, die eine weitergehende Qualitätskontrolle vorsehen, wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht unwirksam.

Diese Fragen haben inzwischen die deutschen Gerichte in vielfältigen Konstellationen beschäftigt.

Am Anfang steht eine Entscheidung des BayVGh, der die die einschlägige Vorschrift des BayHG zur genehmigungsfreien Führung von Akademischen Graden unter Hinweis auf die gemeinschaftsrechtliche Judikatur auch im Falle des grenzüberschreitenden Franchising (Titelverleihung durch die University of Wales auf der Grundlage eines Studienkurses der Allfinanz AG in Hamburg) anwendet.<sup>45</sup> Diese Entscheidung hat eine fundierte Kritik durch Hailbronner erfahren, der in eingehender Einzelanalyse der Judikatur des EuGH den Nachweis führt, dass das Unionsrecht Spielräume für eine Missbrauchskontrolle beim Erwerb von Berufsberechtigungen und Graden zum Schutze der Allgemeinheit zulässt.<sup>46</sup>

In diese Richtung gehen auch nachfolgende Entscheidungen zur Frage der Anerkennung im Franchiseverfahren erworbene Bachelorgrade für die Zulassung zu Masterstudiengängen oder zur Ausbildungsförderung.<sup>47</sup>

Die Entscheidung darüber führt über eine Exegese der innerstaatlichen Bestimmungen in die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen.

#### b) Innerstaatliche und Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen der Anerkennung ausländischer Grade

Innerstaatliche Vorschriften über die genehmigungsfreie Führung ausländischer akademischer Grade knüpfen nur an die Voraussetzung eines tatsächlich absolvierten

und durch eine Prüfung abgeschlossenen Studiums an, lassen aber offen, ob dieses insgesamt, in Teilen oder zumindest unter Kontrolle der verleihenden ausländischen Hochschule abgeschlossen wurde.<sup>48</sup> Gleiches gilt im Rahmen gestufter Studiengänge für den Begriff des Hochschulabschlusses, der offen lässt, ob damit ein vollständiges Studium mit dem Abschluss Bachelor an einer in- oder ausländischen Hochschule gemeint ist oder auch im Franchising erworbene Bachelorgrade erfasst.

Eine Wortlautexegese lässt deshalb keine eindeutige Antwort auf die Frage zu, ob auch ein Studium im Franchiseverfahren erfasst wird oder als Voraussetzung für die Führung des Grades oder der Anerkennung als Zulassungsvoraussetzung für den Masterstudiengang einer Gleichwertigkeitsprüfung unterzogen werden darf.

Die Genese der landesrechtlichen Regelungen über die genehmigungsfreie Führung ausländischer Grade weist darauf hin, dass die Antwort nur in den gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen gefunden werden kann.

Die Anerkennung von Hochschulgraden innerhalb der Union ist nicht Gegenstand des unionsrechtlichen Primärrechts, sondern nur sektoraler Vorschriften des Sekundärrechts wie der Richtlinie 89/48 über die Anerkennung von Hochschuldiplomen, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen. Bei der Führung akademischer Grade geht es indes nicht um die Genehmigung zur Berufsausübung. Die unionsrechtlichen Anerkennungsgrundsätze sind vielmehr das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung des EuGH auf der Grundlage der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV ex Art. 39 EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 AEUV, ex Art. 43 EG). Diese gebieten zwar, wie Hailbronner in seiner Analyse der Judikatur im Einzelnen nachweist,<sup>49</sup> keine genehmigungsfreie Führung eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Grades, aber eine erhebliche Einschränkung der Kriterien bei der Überprüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens. Das Genehmigungsverfahren darf nur bezwecken, zu überprüfen, ob der in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund eines Studiums erworbene Grad von einer hierfür zuständigen Hochschule im Anschluss an ein tatsächlich absolviertes Studium ordnungsgemäß verliehen worden ist.<sup>50</sup> Dagegen ist die Überprüfung auf eine irreführende Verwendung eines Grades, der nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Landes verliehen wurde, durch die

45 BayVGh v.28. 10.2005, 7 B 05.75.

46 Hailbronner, Akademische Grade ausländischer EU-Hochschulen im Fernstudienverbund mit deutschen Ausbildungsaktiengesellschaften, EuZW 2007, 39 ff.

47 Vgl VG Düsseldorf, Beschluss v 1.12.2010-15, L 1642/10, BeckRS 2011, 45330; VG Karlsruhe, Urteil v 21.12.2009-10, K 1416/09, abrufbar bei juris Art 39 EG, Art 42 EG GI070712, § 5 Abs 4 BAFöG;

VG Darmstadt, Urteil v 14.9.2011, 6 K 1646/09, abrufbar bei juris § 7 Abs 1a BAFöG, VG Bremen, Beschluss v 18.2.2011, 5 V 1331/10, abrufbar bei juris § 87 HSG BR, § 33 Abs 6 HSG BR.

48 Vgl zB §§ 37 Abs. 1 LHG BW, 43a BerlHrsg, 20a BbgHrsg, 64b BremHrsg, 69 HambHrsg, 69 Abs.2 Hrsg NRW, § 10 NHrsg.

49 Hailbronner, aaO S 39, 40 ff.

50 EuGH, Urteil v.31.3.1993, C-19/92=EuZW 1993, 322 - Kraus.

zuständigen Behörden des Landes, in dem der Inhaber den Grad führen will, zulässig, vorausgesetzt, diese Überprüfung beschränkt sich auf das, was zur Erreichung des Ziels des Schutzes der Öffentlichkeit erforderlich ist.<sup>51</sup>

Nach der Grundsatzentscheidung im Fall Kraus ist damit eine inhaltliche Überprüfung der Gleichwertigkeit des Studiums und der Prüfungsleistungen, die dem verliehenen akademischen Grad zugrunde liegen, ausgeschlossen. Dagegen ist eine Überprüfung möglich, ob das absolvierte Studium den Vorschriften des Herkunftslandes entspricht.

Offen bleibt, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn das Studium ganz oder teilweise im Rahmen einer Franchisevereinbarung mit einer nichthochschulischen Bildungseinrichtung im Inland durchgeführt wird. In diesen Konstellationen ist die Gefahr der Umgehung im Inland geltender Qualitätsstandards und Qualitätskontrollen nicht auszuschließen, soweit die Bildungseinrichtung weder einer Kontrolle durch die verleihende Hochschule noch durch die Fachministerien des Inlands unterliegt.

Diese Fallkonstellation war nicht Gegenstand des Falles Kraus, sodass dessen Entscheidungsgründe für die Fragestellung wenig hergeben.

Dagegen weist, wie Hailbronner zutreffend feststellt, der Fall Valentina Neri<sup>52</sup> sowohl in der Fallkonstellation als auch in der vom EuGH vorgenommenen rechtlichen Bewertung Parallelen zur Verleihung von Graden im Rahmen von Franchising-Vereinbarungen auf. In diesem Fall ging es um die Anerkennung von Diplomen der Universität Nottingham, die diese für ein Studium an einer ausländischen privaten Einrichtung sowohl in Großbritannien als auch in Italien anbot. Die Anerkennung wurde in Italien verweigert, weil diese Konstellation die Kontrolle der Qualität der privaten Einrichtung sowohl durch die zuständigen Einrichtungen in Italien wie im Herkunftsland der Einrichtung verhinderten. Der EuGH hat die gemeinschaftsrechtliche Vereinbarkeit dieser Entscheidungen zwar im Ergebnis verneint, aber nicht ausgeschlossen, dass inhaltliche Anforderungen an ein Studium, das an externen Einrichtungen zum Zwecke der Qualitätskontrolle definiert werden können. Dies ist aber nur dann zulässig, wenn gleiche Anforderungen auch beim innerstaatlichen Franchising gestellt werden. Dies war in der Rechtssache Neri nicht der Fall.<sup>53</sup>

In der Zusammenschau der Entscheidungen Kraus und Neri lässt sich damit bei der Anerkennung von Hochschulgraden aus staatlichen oder staatlich aner-

kannten Hochschulen von EU Mitgliedstaaten der Verzicht auf eine Gleichwertigkeitsprüfung unionsrechtlich dann rechtfertigen, wenn das dem Diplom zugrundeliegende Studium an einer im Herkunftsland anerkannten Hochschule absolviert wurde.

Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei einer grenzüberschreitenden Kooperation von Hochschulen mit nichthochschulischen Bildungseinrichtungen im Inland ausschließlich die Maßstäbe des Herkunftslandes des Diploms maßgeblich sind.

Vielmehr sind innerstaatliche Kontrollen dann zulässig, wenn legitime Interessen des Anerkennungsstaates nicht ausreichend durch die inhaltlichen Anforderungen, Prüfungen und Kontrollen des Herkunftslandes erfasst sind.

Das ist dann der Fall, wenn die inländische Bildungseinrichtung weder durch eine zuständige inländische Stelle bzw. von ihr beauftragte Akkreditierungsagentur noch von einer zuständigen Stelle des Herkunftslandes zertifiziert wurde.

Dies erlaubt zwar nicht den Ausschluss der Anerkennung von ausländischen Hochschulgraden, die im Rahmen des grenzüberschreitenden Franchisings auf der Grundlage eines Studiums an einer inländischen nicht hochschulischen Bildungseinrichtung erworben wurde. Zulässig ist dagegen eine Überprüfung, ob die für solche Kooperationen im Inland geltenden Maßstäbe eingehalten wurden.

Unter diesem Aspekt kann die Entscheidung des BayVGH nicht als Kronzeuge für eine uneingeschränkte Anerkennung ausländischer Grade im Rahmen des grenzüberschreitenden Franchisings herangezogen werden. Ihre Begründung fußt ausschließlich auf den tragenden Gründen des Falles Kraus, bei dem es aber um die Anerkennung eines reinen Auslandsstudiums ging.<sup>54</sup>

Daraus ergibt sich, dass sowohl die besonderen Regelungen für das grenzüberschreitende Franchising in Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen als auch die Praxis in Bundesländern, die der Anerkennung im grenzüberschreitenden Franchising erworbener Grade hinsichtlich des Studienangebots inländischer Bildungseinrichtungen eine Gleichwertigkeitsprüfung durchführen, gemeinschaftsrechtskonform sind.

Einen Sonderfall stellt die Europäische Berufsanerkennungsrichtlinie von 2005 dar, die die Anerkennung von Berufsqualifikationen des Herkunftsmitgliedstaates für sog. geregelte Berufe, insbesondere der Human- Zahn- und Tiermedizin im Aufnahmemitgliedstaat regelt.<sup>55</sup>

51 Vgl. Hailbronner, aaO mwN in Fn 10 und 11.

52 EuGH, Urteil v 13.11.2003, C-153/02=EuZW 2004, 121.

53 EuGH, vorige Fn, Rn 47 ff, vgl. auch Hailbronner, aaO S 41.

54 Hailbronner, aaO S 42.

55 Richtlinie 2005/36/EG, ABl EU L 255/22 v 30.9.2005.

Die Anerkennung entsprechender Qualifikationen ist nach Art. 24 dieser Richtlinie an die Erfüllung von Mindestanforderungen an die Zulassung und zum Inhalt des Medizinstudiums gebunden. Gleiches gilt nach Art. 25 für die Weiterbildung zum Facharzt.

Dem Aufnahmemitgliedstaat steht nach Art. 21 der Richtlinie allerdings kein Kontrollrecht hinsichtlich der Einhaltung dieser Vorschriften durch den Herkunftsstaat zu.

Ob die Franchising-Modelle der Medical Schools die Voraussetzungen des Art. 24 der Richtlinie erfüllen, ist deshalb in die Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates gestellt. Bei Verletzung der Standards wäre ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258, 259 AEUV denkbar.

#### c) Fazit

Auch im grenzüberschreitenden Franchising weisen die Ländergesetze keine einheitliche Linie auf. Nur wenige Länder, wie Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen und künftig Baden-Württemberg widmen dieser Problematik eigene Bestimmungen. Gemeinsamer Nenner ist die Definition von Qualitätsanforderungen an das Ausbildungsangebot der nichthochschulischen Bildungseinrichtung im Inland. In den anderen Bundesländern wird die Problematik bei der Auslegung der Bestimmungen über die Anerkennung ausländischer Hochschuldiplome und der Eingangsvoraussetzungen für die zweite Stufe der Bachelor-Master-Studiengänge entschieden.

Dabei kommt der Interpretation des Gemeinschaftsrechts eine zentrale Bedeutung zu. Entgegen einer Entscheidung des BayVGH, der eine Gleichwertigkeitsprüfung unter Hinweis auf die Judikatur des EuGH im Fall Kraus verneint hat, ist – dank der umfassenden Analyse von Kai Hailbronner – eine Gleichwertigkeitsprüfung im externen Franchising erworbener Grade nach den gleichen Kriterien möglich, die auch für das interne Franchising gelten. Dies gebietet schon die Gleichbehandlung der Anforderungen an die Qualitätssicherung von Hochschulgraden, die in Kooperation mit inländischen nichthochschulischen Einrichtungen erworben werden.

#### IV. Zusammenfassung und Schluss

Im Schatten der Liberalisierung und Internationalisierung des Rechts des Studiums, der Lehre und der Prüfungen zu Beginn dieses Jahrtausends haben sich neue Formen der Zusammenarbeit von Hochschulen und außerhochschulischen Bildungseinrichtungen entwi-

ckelt, die in einzelnen Ländergesetzen und Beschlüssen der Kultusministerkonferenz auch als Franchising bezeichnet werden.

Dabei gibt es zwei Hauptformen:

1. Die Gradverleihung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte deutsche Hochschule aufgrund eines Studiums an einer deutschen oder ausländischen nicht-hochschulischen Bildungseinrichtung. Ein besonderer Fall ist die Gradverleihung aufgrund eines Studiums an einer ausländischen Bildungseinrichtung, die von einer oder mehrerer deutscher Hochschulen im Ausland gegründet wurde.
2. Die Gradverleihung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Hochschule des Auslands aufgrund eines Studiums an einer deutschen nichthochschulischen Bildungseinrichtung.

In beiden Fallgruppen liegen dieser Kooperation Verträge zugrunde, die die Anforderungen an die Zulassung, an Inhalte und Durchführung des Studiengangs durch die private Bildungseinrichtung nach Maßgabe der einschlägigen Studien- und Prüfungsordnungen der gradverleihenden Hochschulen regeln.

Die Gründe dafür sind vielfältig. Zum Teil werden diese Angebote entwickelt, weil die gradverleihende Hochschule kapazitär nicht in der Lage ist, das Studienangebot in eigener Regie durchzuführen. Teilweise geht es auch um zusätzliche Ausbildungsangebote für Berufstätige oder die Ausweitung in hochschulferne Regionen oder den Export deutscher Studiengänge in Partnerländer.

Im internationalen Bereich kommen Gründe des Zugangs zu international bewährten Studienangeboten hinzu, die durch die Kooperation mit einer privaten Bildungseinrichtung für den deutschen Markt zugänglich gemacht werden sollen.

Vielfach wird dies mit dem Interesse an zusätzlicher Einnahmengenerierung für die Hochschulen aus Beteiligung an den Studienentgelten der nichthochschulischen Bildungseinrichtungen verbunden sein.

Es ist Aufgabe der Landesgesetzgeber und der Hochschulen, dafür Sorge zu tragen, dass die auf dieser Grundlage verliehenen Grade den Qualitätsanforderungen entsprechen, die für die Abschlüsse in regulären Studiengängen gelten. Ebenso ist dafür Sorge zu tragen, dass die im Rahmen der Europäischen Union oder bilateralen Verträgen gebotene Anerkennung von Hochschulgraden im Rahmen solcher Geschäftsmodelle nicht dazu benutzt wird, Studienangebote nichthochschulischer

Bildungseinrichtungen als Voraussetzung für die Gradverleihung zuzulassen, die nicht den Qualitätskriterien der von der verleihenden Hochschule durchgeführten Studienangeboten entspricht.

Die Analyse der einschlägigen landesrechtlichen Regelungen weist ein höchst heterogenes Bild auf. Nur wenige Bundesländer sind den im Beschluss der Kultusministerkonferenz von 2008 definierten Anforderungen einer Qualitätskontrolle durch besondere Regelungen nachgekommen.

Die meisten Bundesländer behelfen sich mit allgemeinen Regelungen der Anerkennung von Studienleistungen, die an nichthochschulischen Bildungseinrichtungen oder im Zusammenwirken von Hochschulen erbracht wurden.

Dies gilt sowohl für das innerstaatliche als auch für das grenzüberschreitende Franchising.

Die Anforderungen an die Qualitätskontrolle des grenzüberschreitenden Franchisings müssen sich an der Judikatur des EuGH zur Anerkennung von Hochschulgraden, die in einem anderen Mitgliedstaat verliehen wurden, messen lassen.

Eine Analyse dieser Judikatur zeigt, dass zwar eine Gleichwertigkeitsprüfung nicht mehr zulässig ist, wenn der ausländische Hochschulgrad für ein Studium verliehen wird, das ausschließlich im gradverleihenden Land absolviert wurde und den Voraussetzungen der gradverleihenden Hochschule entspricht.

Dagegen ist eine Qualitätskontrolle zulässig, wenn der ausländische Grad auf der Grundlage eines Studiums an einer deutschen nichthochschulischen Ausbildung verliehen wird.

Dieser Befund macht deutlich, dass dieser Sachkomplex einer erneuten Befassung durch die KMK und die Landesgesetzgeber bedarf, um Missbräuchen zu Lasten der Studierenden gegenzusteuern und transparente, ordnungspolitisch stimmige, den Qualitätsanforderungen

eigener Studiengänge entsprechenden Anforderungen an Studienangebote zu definieren, die im Rahmen von Public Private Partnership außerhalb des Hochschulwesens erbracht werden.

Dafür hilfreich sind die in der Vorbereitung befindlichen HRK-Empfehlungen zum Franchising von Studiengängen, die klare an die Mitgliedshochschulen gerichtete Orientierungs-Leitsätze für die Einführung und Durchführung von Franchisestudiengängen enthalten. In deren Mittelpunkt steht die Verantwortung der Hochschule für die Inhalte, die Qualifikation des Lehr- und Prüfungspersonals und der Qualitätssicherung, die die Hochschule in den Kooperationsverträgen mit den Franchisenehmern zu verankern hat.

Im Bereich der grenzüberschreitenden Kooperation von Hochschulen beim Angebot gemeinsam getragener Studiengänge und der Verleihung von Graden bestehen weitgehend ähnliche Anforderungen an die Anerkennung der Studiengänge, die Verfahren der Qualitätskontrolle, an die Zulassung, an die Verantwortung für die Durchführung des Lehrangebots und die Prüfungsinhalte, die sich für diese intensivste Form der Zusammenarbeit als förderlich erwiesen haben. Allerdings sehen auch für diese Konstellation nur wenige Landeshochschulgesetze besondere Regelungen vor. Fehlt eine spezielle Rechtsgrundlage, stützt sich die Zusammenarbeit auf die allgemeinen Vorschriften, die auch für die Kooperation inländischer Hochschulen beim Angebot gemeinsamer Studiengänge oder die sogenannte Externenprüfung gelten.

Im Interesse der Regelungstransparenz für die betroffenen Studierenden und die Hochschulen wäre eine Angleichung der landesrechtlichen Rahmenbedingungen auch für diese Fallkonstellation sinnvoll.

Der Autor ist Professor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.



# Tim Wenniges

## Wissenschaftliche Weiterbildung als Baustein der Personalentwicklung

„Die Menschen sind tausendmal mehr bemüht, sich Reichtum als Geistesbildung zu erwerben, während doch ganz gewiss, was man ist, viel mehr zu unserem Glücke beiträgt, als was man hat.“

Arthur Schopenhauer

Die Verschränkung von Theorie und Praxis ist so alt wie die *universitas* an sich. Die Vorstellung einer völlig von der Praxis losgelösten Forschung und Lehre entspricht nicht annähernd der Idee der Universität und in ihrer Geschichte hat es genau dies zumeist auch nicht gegeben. Die klassischen Fakultäten bestanden immer schon aus mindestens drei Wissenschaften, die auch einen praktischen Anwendungsbezug aufweisen: Der Theologie, die u.a. die praktische Priesterausbildung zum Ziel hatte, der Medizin, die ohne Praxisbezug nicht denkbar wäre, und der Jurisprudenz, die ebenfalls erheblichen praktischen Einfluss auf unser tägliches Leben hat.

So ist es der Begriff der *universitas*, der Gesamtheit selbst, der die Grundlage gelegt hat für eine weitreichende Reform der Hochschulen in Europa, den Bologna-Prozess. An dieser Stelle soll nicht auf den Prozess und die Streitigkeiten um Für und Wider eingegangen werden. Vielmehr geht es um einen zentralen Aspekt, dessen Bedeutung betont werden soll: Die Möglichkeit der vielfachen Verschränkung von Theorie und Praxis als neue Chance für die Personalentwicklung von Mitarbeitern in Unternehmen, aber auch in den Hochschulen selbst.

Die Zunahme von Weiterbildungsaktivitäten – insbesondere im Bereich der Hochqualifizierten – wird im aktuellen Bildungsbericht 2012 ausführlich dargestellt. Es wird deutlich, dass Weiterbildung neben ihrer sozialen und politischen, auch zunehmend eine handfeste ökonomische Relevanz besitzt. Wurde lange Zeit die Bedeutung der Bildung für den politischen, sozialen und gesellschaftlichen Aufstieg betont, wird angesichts eines absehbar rückläufigen Arbeitsangebots deutlich, dass wir ohne zielgerichtete und hochwertige Weiterbildung die Arbeitsplätze kaum noch werden besetzen können. Unsere Wertschöpfung und damit unser Wohlstand sind durch diese Entwicklung gefährdet.

Auf Seiten der Unternehmen löst dies zusätzliche Anstrengungen aus,

- sich im Bereich der Ausbildung verstärkt benachteiligten Jugendlichen zuzuwenden. Die Metall- und Elektroindustrie geht dabei mit dem sog. Förderjahr einen wichtigen Schritt voran;

- Mitarbeiter weiter zu qualifizieren (Weiterbildung);  
- Die Arbeitskraft der Belegschaften zu erhalten (Betriebliches Gesundheitsmanagement, Nach- und Teilqualifizierung etc.), um u.a. die sich in den vergangenen Jahren erfreulich entwickelte Beschäftigungsquote Älterer weiter zu steigern;  
- Mitarbeiter möglichst lange im Unternehmen zu halten (Bindungsmanagement oder auch retention management).

Diese Kette reicht damit von der Ausbildung über die Nachqualifizierung von An- und Ungelernten bis hin zu den Hochqualifizierten im Unternehmen.

Die Weiterbildungsbeteiligung der Erwerbstätigen ist etwa doppelt so hoch, wie die der aktuell Nichterwerbstätigen. Dies macht die enorme gesamtgesellschaftliche Bedeutung der betrieblichen Weiterbildung deutlich. Zugleich hat die Innovationsaktivität eines Unternehmens einen direkten Einfluss auf die Weiterbildungintensität der Mitarbeiter.

Die Weiterbildungsteilnahme von Personen mit Hoch- und Fachhochschulreife ist nach wie vor etwa doppelt so hoch wie die von Personen mit einem niedrigem allgemeinbildenden Abschluss.<sup>1</sup>

### A. Die Weiterbildung von Hochqualifizierten gerät weiter in den Fokus

„Das Weiterbildungsverhalten der Hochqualifizierten gewinnt dadurch an Bedeutung, dass sie in vielen Bereichen den strategisch zentralen Belegschaftskern bilden, ihr quantitatives Gewicht in der Beschäftigungsstruktur weiter steigen wird und angesichts der demographischen Entwicklung bei ihnen die stärksten Engpässe erwartet werden.“<sup>2</sup>

Diese Feststellung lässt neben ihrer Bedeutung für die wissenschaftliche Weiterbildung auch einen zweiten Schluss zu: Die derzeit geführte Debatte über eine „Über-

1 Vgl BMBF: Trendbericht zum Weiterbildungsverhalten in Deutschland, 2012.

2 BMBF, KMK: Bildung in Deutschland 2012, S 148.

akademisierung“ ist eine Phantomdebatte und trifft auf die großen wertschöpfenden Wirtschaftszweige nicht zu. Der Arbeitgeberverband Südwestmetall hat dazu in einem Zehnpunkte-Papier eindeutig Stellung bezogen und diesen von BMBF und KMK festgestellten Befund ebenfalls empirisch in Umfragen bei seinen Unternehmen belegt.<sup>3</sup>

Bei der Weiterbildung der Akademiker spielen die Hochschulen eine noch eher untergeordnete Rolle. Außeruniversitäre Angebote dominieren bisher den Weiterbildungsmarkt. Dabei wären doch gerade die Hochschulen mit der Einheit aus Forschung und Lehre geeignet, Menschen aus der Praxis die neuesten Erkenntnisse des Fachbereichs zu vermitteln.

Für diese schwache Präsenz der Hochschulen in der Weiterbildung gibt es durchaus nachvollziehbare Erklärungen: Zum einen fristete die Weiterbildung bisher ein Schattendasein in den Hochschulgesetzen. Auch fehlte es an Programmen und politischer Unterstützung. Dies ist nun im Begriff sich zu verändern.<sup>4</sup>

Eine andere Erklärung liegt in den derzeit stetig steigenden Studierendenzahlen, die alle Prognosen in den Schatten stellen.

Dies absorbiert Kräfte und die Hochschulen sind vorerst damit beschäftigt, den Ansturm der Studierenden zu bewältigen. Andere Aufgaben treten in den Hintergrund. Für nicht wenige Hochschulen werden diese Aufgaben aber schon sehr bald deutlich mehr sein als ein

#### Vorausberechnungen der KMK für Studienanfänger in Baden-Württemberg 2009, 2012 und 2014

Jahr	Ist-Zahlen <sup>1)</sup>	Vorausberechnung KMK			Differenz für Vorausberechnungen			
		2009 <sup>2)</sup>	2012 <sup>3)</sup>	2014 <sup>4)</sup>	2014 gegenüber 2012		2014 gegenüber 2009	
					absolut	in %	absolut	in %
2008	60 661							
2009	65 321	53 900						
2010	67 638	55 100						
2011	78 026	57 100						
2012	79 910	62 800	78 500					
2013	77 814	63 900	76 100					
2014		58 900	70 500	74 750	4 250	6%	15 850	27%
2015		57 100	71 300	74 737	3 437	5%	17 637	31%
2016		56 900	72 100	75 581	3 481	5%	18 681	33%
2017		55 900	72 100	75 670	3 570	5%	19 770	35%
2018		55 300	71 600	75 130	3 530	5%	19 830	36%
2019		54 900	70 500	74 127	3 627	5%	19 227	35%
2020		53 800	68 700	72 416	3 716	5%	18 616	35%
2021			66 700	70 552	3 852	6%		
2022			65 200	69 216	4 016	6%		
2023			64 300	68 299	3 999	6%		
2024			63 300	67 372	4 072	6%		
2025			62 500	66 576	4 076	7%		

1) Quelle: Statistisches Bundesamt, 2013 vorläufige Zahlen.

2) Vorausberechnung der Studienanfängerzahlen 2009 - 2020 – Zwischenstand, veröffentlicht am 18.5.2009.

3) Vorausberechnung der Studienanfängerzahlen 2012 - 2025 – Fortschreibung, Stand: 24.1.2012.

4) Aktuelle Vorausrechnung für die AK, Stand 14.3.2014.

3 Siehe 10-Punkte-Papier vom 10.7.2013 unter [www.suedwestmetall.de](http://www.suedwestmetall.de).

4 Vgl zB Ausschreibung des Ministeriums für Wissenschaft,

Forschung und Kunst Baden-Württemberg für berufsbegleitende Master-Studiengänge. Siehe Pressemitteilung vom 12.12.2012 unter [www.mwk.baden-wuerttemberg.de](http://www.mwk.baden-wuerttemberg.de).

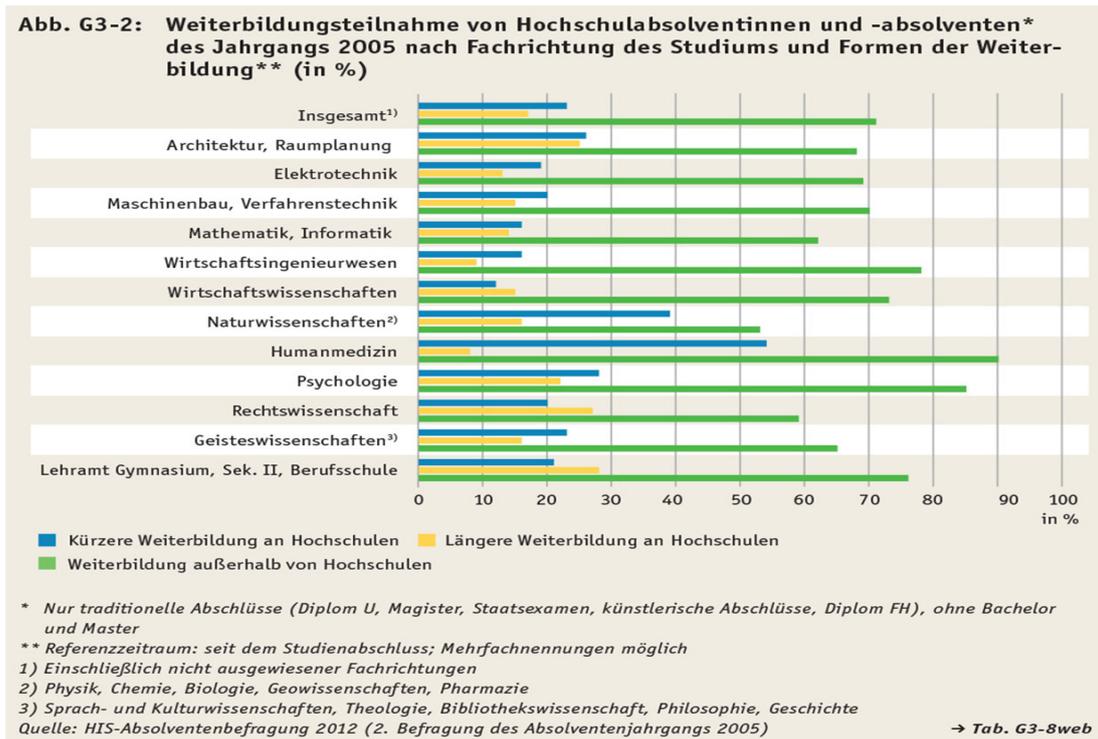
Sonderprojekt in einem Rektoratsstab. Dies gilt vor allem für Regionen, in denen der demographische Wandel früher und schneller zu spüren sein wird. Hier werden die Weiterbildung und die Hinwendung zu neuen Zielgruppen mit über die Zukunft des Hochschulstandortes entscheiden.<sup>5</sup>

Eine Gruppe wird den Prozess der Hinwendung der Hochschulen zur Weiterbildung immens beschleunigen: Junge Bachelorabsolventen mit zwei bis fünf Jahren Berufserfahrung, die auf dem Markt der berufsbegleitenden Masterstudiengänge und Kontaktstudien ihren per-

selten den Weg in die Hochschule. Auffällig bei bestehenden Angeboten ist die Dominanz von Kursen und Seminaren. Kontaktstudien oder ganze Studiengänge finden sich nur wenige.<sup>7</sup>

Die grafische Aufarbeitung verdeutlicht diese Befunde, kann aber aufgrund der Beschränkung auf relativ junge Hochschulabsolventen nur eine Tendenz aufzeigen.

Valide ist diese Aussage für die Beschäftigten in der Mitte ihrer Karriere nicht.



Quelle: Bundesbildungsbericht 2012

sönlichen Weg der Weiterqualifizierung suchen werden. Die Entwicklung ist ausdrücklich zu begrüßen, denn diese Gruppe lebt das und fordert das ein, was Hochschulpolitiker über Jahre eingefordert haben.

Es ist vor allem die „Generation Y“, die selbstbewusst die eigene Bildungsbiographie gestaltet und Weiterbildung und Qualifizierung einfordert.<sup>6</sup>

Aktuell bilden sich Programme und Initiativen zur wissenschaftlichen Weiterbildung nur langsam aus. Dementsprechend finden viele Hochqualifizierte nur

## B. Neue Aufgaben für die Personalentwicklung im Unternehmen

Die Unternehmen sehen sich vielfältigen Aufgaben gegenüber, die sich auf diverse Gruppen im Unternehmen bezieht:

- Junge und motivierte Bachelorabsolventen, die nach einem Master streben;

5 Vgl HIS Studie 11/2013: Bildung und Qualifikation als Grundlage der technologischen Leistungsfähigkeit Deutschlands.

6 Zur „Generation Y“ siehe etwa „Die Zeit“: <http://www.zeit.de/2014/10/generation-y-glueck-geld>.

7 Vgl Bildung in Deutschland 2012.

- Akademiker in der Mitte ihrer Karriere, die einerseits vielleicht einen beruflichen Aufstieg anstreben, andererseits sich in einer Lebensphase befinden, in der ein erneutes Studium aus persönlichen, finanziellen und motivationalen Gründen nicht die erste Wahl ist;
- Akademiker in Fachkarrieren, die eine Führungskarriere anstreben;
- Akademiker in Führungskarrieren, die wieder in die Fachlinie wechseln wollen;
- Berufserfahrene Absolventen der betrieblichen Ausbildung, die nach einer Weiterqualifizierung streben;
- An- und Ungelernte;
- Mitarbeiter ohne Weiterbildungsmotivation

Neu dabei ist die Notwendigkeit, breite Teile der Belegschaft auf die kurzen Innovationszyklen und komplexen Prozesse im Unternehmen vorzubereiten bzw. ihr Qualifikationsprofil ständig anzupassen.

Bei komplexen Neuerungen, die sich u.a. aus neuen Forschungsergebnissen ergeben, erscheint eine verzahnte Weiterbildung mit den Forschern auf diesem Gebiet angebracht. Hier setzt die wissenschaftliche Weiterbildung an. Ihr kommt damit eine immer weiter steigende Bedeutung für die Qualifizierung und Personalentwicklung zu. Kein Unternehmen kann es sich mehr leisten, dass die für die Innovationsfähigkeit notwendigen neuen Erkenntnisse aus Forschung und Bildung nicht direkt in die Qualifizierung einfließen. Dies gilt zum Beispiel für die Materialwissenschaften, den Leichtbau oder die E-Mobilität. Es muss gelingen, die Belegschaften schneller mit den Erkenntnissen aus der Wissenschaft zu versorgen und geeignete Formate der Weiterbildung zu finden.

### C. Wissenschaftliche Weiterbildung

Das erforderliche Niveau und die notwendige Tiefe einer Qualifizierungsmaßnahme hängen natürlich erheblich vom Grad der Technologisierung des Unternehmens und der Verteilung von Wissen innerhalb der Belegschaft sowie deren generellen Wissensstand ab.

Unter wissenschaftlicher Weiterbildung versteht man im Allgemeinen Angebote,

- die von Hochschulen konzipiert und in der Regel auch von diesen oder im Verbund mit anderen Anbietern durchgeführt werden;
- die sich am aktuellen Stand der Forschung und methodisch an den Grundsätzen des wissenschaftlichen Arbeitens orientieren;
- die in der Regel einen ersten berufsqualifizierenden Abschluss voraussetzen;
- die in der Regel eine vorherige Berufstätigkeit voraus-

setzen;

- die meistens so konzipiert sind, dass sie auch parallel zu einer Berufstätigkeit wahrgenommen werden können;
- die zu einem akademischen Abschluss (Zertifikat, Bachelor oder Master) führen können, aber nicht müssen.

Neben den bekannten ersten drei Bildungssäulen wird in diesem Zusammenhang oft von der „quartären Bildung“ gesprochen.

Dieser Begriff steht für lebenslanges Lernen und bedeutet eine Wiederaufnahme organisierten Lernens an Hochschulen nach einem ersten akademischen oder berufsqualifizierenden Abschluss. Diese Form des lebenslangen Lernens findet dann in der Regel berufsbegleitend statt.

Die Formate entwickeln sich derzeit: Pionier war die Fernuniversität Hagen, die seit 1974 als erste und einzige staatliche Universität ausschließlich Fernstudiengänge anbietet. Daneben steht die wachsende Anzahl berufsbegleitender Studiengänge, die je nach Form mit unterschiedlich langen Präsenzphasen studiert werden können.

Etwas niederschwelliger, aber nicht weniger anspruchsvoll, sind die Zertifikatskurse und Kontaktstudiengänge. In der Regel umfassen sie mehrere inhaltlich zusammengehörige Lernmodule, die über einen Zeitraum von mehreren Wochen bis Monaten belegt werden und deren Bestehen mit einem Abschlusszertifikat bescheinigt wird. Gerade für Personen, die keinen kompletten Studiengang absolvieren möchten, besteht oftmals auch die Möglichkeit, einzelne Module aus dem Curriculum auszuwählen und nach erfolgreichem Abschluss hierfür ein Zertifikat zu erwerben. Dies ist für die erwähnte Gruppe der Mitarbeiter in der „Mitte ihrer Karriere“ sehr attraktiv, können doch Leistungspunkte mit der Zeit gesammelt werden und abschließend zu einem Studienabschluss zusammengeführt werden. Dazu sieht das Landeshochschulgesetz in Baden-Württemberg – wie die meisten anderen Hochschulgesetze auch – die Möglichkeit vor, für Modul-/Kontaktstudien Kreditpunkte zu erwerben, die auf ein späteres Studium angerechnet werden können.

Ebenso gibt es die Variante der Einzelveranstaltungen – eine große Chance liegt sicherlich darin, in einem Format „Neues aus der Forschung“ die eigenen ehemaligen Absolventen zu erreichen, aber auch Akademiker aus Nachbarwissenschaften für das eigene Fachgebiet zu begeistern.

Etwa ein Drittel aller weiterbildenden Studiengänge in Deutschland sind als reine Fernstudiengänge konzipiert. Der größere Teil sieht Mischformen von Lern und

Präsenzphasen (sog. Blended Learning) vor. Um die Personalentwicklung der Mitarbeiter mit einem konkreten Projekt oder einer klar beschriebenen Aufgabe im Unternehmen zu verknüpfen, werden diese oft als Grundlage eines Projektstudiums gewählt (sog. Work-based-learning).

Allen Formaten von Weiterbildungsangeboten gemein ist die sowohl methodisch-didaktische als auch strukturelle Ausrichtung auf die besonderen Bedürfnisse berufstätiger und berufserfahrener Studierender. Im Unterschied zu regulären Angeboten müssen sich weiterbildende und damit in der Regel kostenpflichtige Studiengänge auch hinsichtlich ihrer Beratungs- und Betreuungsstrukturen vom übrigen Hochschulangebot abheben.

#### D. Erwartungen an Politik, Wirtschaft und Hochschulen

Mit der neuen gesetzlichen Grundlage zur Stärkung der Weiterbildung an den Hochschulen wurde in Baden-Württemberg (Stand 01.04.2014) – wie auch in anderen Ländern – ein wichtiger und richtiger Schritt gemacht, der seitens der Politik mit dem Ziel verknüpft ist, die Weiterbildungsaktivitäten der Hochschulen wieder stärker zu internalisieren. Damit sich diese Hoffnung allerdings erfüllen kann, wird es notwendig sein, dass im Rahmen zukünftiger Kapazitätsplanungen auch Ressourcen für die wissenschaftliche Weiterbildung eingeplant werden. Das gilt für alle Hochschularten. Dies soll keine Vollfinanzierung seitens des Staates sein, sondern dient in erster Linie als Ansub- und ggf. als Vorfinanzierung. Einen zweiten wichtigen Baustein der Finanzierung stellen Studienbeiträge dar, die von den Studierenden, aber in bestimmten Konstellationen auch von den Unternehmen getragen werden. Schon heute sind 79 % aller Unternehmen, die ein berufsbegleitendes Masterstudium in ihrem Weiterbildungsportfolio aufweisen, bereit, einen Teil der Studiengebühren zu übernehmen, 70 % geben den Studierenden eine Rückkehrgarantie, 67 % wollen den Master-Studierenden bei Fortzahlung der Bezüge zumindest teilweise freistellen.<sup>8</sup> Diese Unterstützungsangebote sind inzwischen zu einem Instrument des Personalmarketings geworden, um z. B. Bachelorabsolventen längerfristig an das Unternehmen zu binden.

Auch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit langjähriger Berufserfahrung sind zu einer Zielgruppe für Hochschulen geworden. Die Bologna-Reform mit der Einführung der zweistufigen Studienstruktur bietet eine

hervorragende Grundlage und Chance, die Idee des lebenslangen Lernens an den Hochschulen zu verankern. Dies setzt allerdings voraus, dass mehr berufsbegleitende Studiengänge und Zertifikatskurse entwickelt und angeboten werden, die auf die Bedürfnisse von Beschäftigten und Unternehmen ausgerichtet sind. Ein überzeugendes Angebot an berufsbegleitenden Studienangeboten wird mit darüber entscheiden, ob es tatsächlich gelingt, die zweistufige Studienstruktur in ihrem ursprünglichen Sinne zu etablieren und den momentan zu beobachtenden unguten Trend zu immer weiter steigenden direkten Übergängen in ein Masterstudium zu stoppen und umzukehren.

Zur Umsetzung von Bologna gehört, die Pluralität von Bildungsbiografien zu beachten und die Stärkung der Durchlässigkeit im Bildungssystem zu ermöglichen. Dazu sind einige Entwicklungen notwendig, die von Politik, Hochschulen und Arbeitgebern gemeinsam vorangetrieben werden sollten:

- Das Angebot fachlich vertiefender berufsbegleitender Masterstudiengänge muss weiter ausgebaut werden.
- Der interdisziplinäre Gedanke muss weiter gestärkt werden, wie er sich beispielsweise in speziell auf Ingenieure ausgerichteten MBA-Programmen widerspiegelt.
- Weitere Angebote für beruflich Qualifizierte in Form von berufsbegleitenden Bachelorstudiengängen müssen entwickelt werden.
- Es muss vermehrt Angebote unterhalb der Schwelle in sich abgeschlossener Studiengänge in Form von Kontaktstudiengängen und Zertifikatskursen geben. Dies gilt vor allem für den Bereich von Naturwissenschaften, Informatik und Technik, in dem der laufende Weiterbildungsbedarf auf akademischem Niveau aufgrund immer schnellerer Technologie- und Marktentwicklungen als besonders hoch einzuschätzen ist. Hiermit könnte, wie bereits erwähnt, auch die Gruppe der Alumni gezielt angesprochen werden.

Dabei wird es entscheidend darauf ankommen, dass Unternehmen diese Angebote in ihren Strategien zur Personalrekrutierung, -bindung und -entwicklung berücksichtigen und integrieren. Dem förderlich, ist eine institutionalisierte und langfristige Zusammenarbeit mit Hochschulen, was wiederum einen kontinuierlichen Dialog und Erfahrungsaustausch voraussetzt. Das bedeutet zukünftig, von einer eher auf persönlichen Kontakten beruhenden Zusammenarbeit mit einzelnen Hochschullehrern umzuschalten auf eine wechselseitig systema-

8 Briedis, Kolja et al: Bachelorabsolventen im Fokus. In: Mit dem Bachelor in den Beruf. Arbeitsmarktbefähigung und -akzeptanz

von Bachelorstudierenden und -absolventen, Essen: Edition Stifterverband, S 53-81.

tisch in Unternehmen und Hochschule verankerte Zusammenarbeit. Dies setzt an den Hochschulen zentrale Ansprechpartner und Anlaufstellen für Weiterbildung voraus. Um Theoriewissen entsprechend dem Stand der Forschung praxis- und bedarfsorientiert zu vermitteln, werden vermehrt neue Allianzen zwischen Unternehmen, Hochschulen und anderen Bildungsträgern erforderlich sein. Ein solcher Bildungsträger ist etwa das Bildungswerk der Baden-Württembergischen Wirtschaft e. V. ([www.biwe.de](http://www.biwe.de)), das gezielt Angebote für Unternehmen entwickelt, die Wissenschaft und Praxis in idealtypischer Art und Weise verknüpfen.

Darüber hinaus betreibt das Bildungswerk seit 2011 in Baden-Württemberg die innovative Servicestelle Hochschulewirtschaft. Diese bildet eine Anlaufstelle für Unternehmen, die das Weiterbildungsangebot von Hochschulen gezielt und passgenau nutzen wollen. Hauptzielgruppe der Servicestelle sind Beschäftigte kleiner und mittlerer Unternehmen sowohl mit als auch ohne Hochschulabschluss. Die Servicestelle soll die wissenschaftlichen Weiterbildungsbedarfe der Unter-

nehmen erheben und diese an die Hochschulen kommunizieren, mit dem Ziel, so eine bessere Passung von Angebot und Nachfrage zu ermöglichen. Die Stelle nimmt damit, in enger Abstimmung mit den Arbeitgeberverbänden und dem Wissenschaftsministerium in Baden-Württemberg, eine wichtige Scharnierfunktion zwischen Unternehmen und Hochschulen wahr.

In einem neuen Veranstaltungsformat von Regional-konferenzen Hochschulewirtschaft im Zeitraum 2014 bis 2015 gibt es einen moderierten Prozess, um den Bedarf der Unternehmen und das potenzielle Angebot der Hochschulen in eine Balance zu bringen. Dabei geht es um Zielgruppen, Inhalte und Formate wissenschaftlicher Weiterbildung.

Tim Wenniges leitet bei Südwestmetall das Referat Hochschulpolitik und -kooperationen sowie die Stabsstelle Politischer Dialog. Er ist regelmäßig Gutachter in nationalen und internationalen Akkreditierungsverfahren und u. a. Mitglied im „Review Committee“ der European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA).

# Hartmut Maier und Robert Brehm

## Zugangs- und Auswahlregelungen zur Aufnahme eines Masterstudiums\*

### I. Die Themen „Masterstudium“ und „Zugang zum Masterstudium“ als Elemente der Bildungs- und Gesellschaftspolitik.

Der bildungspolitische Hintergrund der heutigen rechtlichen Ausformungen des Zugangs zu Masterstudiengängen an deutschen Hochschulen beginnt bei historischer Betrachtung schon im 16. Jahrhundert mit den sog. Artistenfakultäten als „niedere Fakultäten“ sowie den „höheren Fakultäten“ Theologie, Medizin und Jurisprudenz: Die überwiegende Zahl der Scholaren verließ nach dem Bakkalaureat die Universität und wechselte in das Erwerbsleben. Lediglich 5 bis 10 % der erfolgreichen Bakkalaureare erwarben nach einem weiteren Studium den Magistergrad.<sup>1</sup>

Später entwickelten sich die Diplom- und Staatsexamensstudiengänge. Hierbei blieb es bis in die Zeit des Hochschulrahmengesetzes (HRG), wobei ab etwa dem Jahre 1960 intensive Debatten zur rahmenrechtlichen Verankerung von gestuften Studiengängen mit den Abschlüssen Bakkalaureus bzw. Bachelor und Magister bzw. Master einsetzten.

Im Zuge der IV. HRG-Novelle formulierte die Bundesregierung folgende Ziele für die Einführung gestufter Studiengänge:

- Stärkung der Attraktivität der deutschen Hochschulen für ausländische Studierende
- Verbesserung der Berufschancen deutscher Absolventen auf ausländischen Arbeitsmärkten
- Ausgleich der mangelnden Bekanntheit des deutschen Diploms/Staatsexamens durch die Einführung eines am „Weltmarkt“ etablierten Studienabschluss-Systems
- Stärkung der Fachhochschulen, insb. in Bezug auf deren internationale Anerkennung und Sichtbarkeit.

Begleitet und fortentwickelt wurde diese Zielausrichtung, die natürlich auch einer Qualitätssteigerung dienen soll, durch Empfehlungen des Wissenschaftsrates im

Jahre 1966, denen 1993 die „10 Thesen zur Hochschulpolitik“<sup>2</sup> und schließlich im Jahre 2000 die grundlegenden „Empfehlungen zur Einführung gestufter Studiengänge“<sup>3</sup> folgten. Berichte und Empfehlungen der Kultusministerkonferenz – KMK – im Jahre 1996 und der Hochschulrektorenkonferenz – HRK – im Jahre 1997 schlossen sich an. Ferner gab es Empfehlungen der HRK im Zusammenhang mit der Einordnung von Bachelor-/Bakkalaureus- bzw. von Master-/Magisterabschlüssen im öffentlichen Dienst. Master-/Magisterabschlüsse sollten wie universitäre Diplomabschlüsse behandelt werden. „Besonders qualifizierten Inhabern“ von vierjährigen Bachelor with Honours-Abschlüssen wie auch besonders qualifizierten Bewerbern mit Fachhochschuldiplomen sollte der Zugang zum Vorbereitungsdienst des höheren Dienstes ermöglicht werden. Absolventen dreijähriger Bachelor-/Bakkalaureus-Studiengänge sollten zum gehobenen Dienst zugelassen werden.

Hinzu traten Bemühungen auf europäischer Ebene, die hier schlagwortartig mit der sog. „Sorbonne-Erklärung“<sup>4</sup> vom Mai 1998 und der „Bologna-Erklärung“<sup>5</sup> der Europäischen Bildungsminister (Juni 1999, erweitert im Mai 2001) bezeichnet werden sollen.<sup>6</sup>

Das HRG, das trotz Wegfalls des Art. 75 (Abs. 1 Nr. 1a) GG a. F. nicht automatisch außer Kraft getreten oder obsolet geworden und bisher auch nicht förmlich aufgehoben worden ist,<sup>7</sup> nimmt all dies auf, insbesondere in dessen § 19.

Die Entwicklungen im rahmenrechtlichen Bereich zusammenfassend ergibt sich folgender Befund: Mit der IV. HRG-Novelle wurde die neue Studienstruktur (Bachelor- und Masterstudiengänge) zunächst zur Erprobung eingeführt. Die VI. HRG-Änderung überführte diese Struktur in das Regelangebot der Hochschulen.

Die KMK und andere Gremien haben die Vorgaben ab der IV. HRG-Änderung durch eine Reihe von Beschlüssen konkretisiert. Hierbei handelt es sich um länder einheitliche Vorgaben und Empfehlungen i. S. d. § 9 Abs. 2 HRG, die zwar keine unmittelbare Außenwir-

\* Es handelt sich um die gekürzte und geringfügig überarbeitete Fassung eines Vortrags, den die Verfasser als Referenten in der Deutschen Richterakademie Trier (Tagung 8b/2014) zum Thema „Aktuelle Fragen im verwaltungsgerichtlichen Numerus-clausus-Verfahren“ am 13.3.2014 gehalten haben.

1 Überblick etwa bei *May/Mülke* in: Heilbronner/Geis ua, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1 § 19 HRG Rn 7 ff.

2 [www.die-soziale-bewegung.de/hochschule/10thesen.pdf](http://www.die-soziale-bewegung.de/hochschule/10thesen.pdf).

3 [www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4418-00.pdf](http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4418-00.pdf).

4 [www.uni-mannheim.de/ects/p/Sorbonne.pdf](http://www.uni-mannheim.de/ects/p/Sorbonne.pdf).

5 [www.bmbf.de/pubRD/bologna\\_deu.pdf](http://www.bmbf.de/pubRD/bologna_deu.pdf).

6 S auch BMBF unter [www.bmbf.de/de/15553.php](http://www.bmbf.de/de/15553.php).

7 S *Lindner*, Aktuelle Entwicklungen im Hochschulzugangsr, NVwZ-Extra 2010, Heft 6 S 1 ff.

kung, etwa als materielles Recht, entfalten. Sie haben im Ausgangspunkt Binnenwirksamkeit, z. B. im Verhältnis zu den neugeschaffenen Akkreditierungsorganen und -verfahren. Zugleich bedeuten sie aber – auch so gewollt – für die Hochschulen einen Orientierungsrahmen. Die Landesgesetzgeber, denen die Gesetzgebung nunmehr für Fragen des Hochschulzugangs allein zusteht, haben sich hieran in ihren Landeshochschulgesetzen ersichtlich orientiert.

Hervorzuheben für die Thematik „Masterstudium“ sind insbesondere folgende KMK-Beschlüsse:

- Die ländergemeinsamen Strukturvorgaben gemäß § 9 Abs. 2 HRG für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen vom 10.10.2003 in den nachgehenden Fassungen vom 15.06.2007 und 04.02.2010,<sup>8</sup>
- die Auslegungshinweise des Akkreditierungsrates vom 12.02.2010,<sup>9</sup>
- die Handreichung des Hochschulausschusses der KMK vom 25.03.2011<sup>10</sup> sowie
- die Eckpunkte für die gegenseitige Anerkennung von Bachelor- und Masterabschlüssen in Studiengängen, mit denen die Bildungsvoraussetzungen für ein Lehramt vermittelt werden, Beschluss der KMK vom 02.06.2005.<sup>11</sup>

Im dem weiteren Beschluss der KMK vom 04.02.2010<sup>12</sup> heißt es nunmehr: Zur Qualitätssicherung oder aus Kapazitätsgründen können (statt ursprünglich: sollen) für den Zugang oder die Zulassung zu Masterstudiengängen weitere Voraussetzungen bestimmt werden.

Der Beschluss des Akkreditierungsrates vom 12.02.2010 („Maßgaben zur Auslegung der ländergemeinsamen Strukturvorgaben“) nimmt all dies auf, insbesondere wegen des Profils von lehramtsbezogenen Masterstudiengängen.

Fasst man diese Strukturvorgaben für das erstrebte staatliche Bildungsangebot im Hochschulbereich zusammen, so wird die Absicht deutlich, den Zugang zum Masterstudium von Voraussetzungen abhängig zu ma-

chen, die über den bloßen Besitz des grundständigen (Bachelor-)Abschlusses hinausgehen. Gedacht worden ist hier in erster Linie an besondere fachliche und inhaltliche Zugangsvoraussetzungen, die aus den Anforderungen der entsprechenden Masterangebote abzuleiten wären. Solche Zugangshürden bezeichnet der Wissenschaftsrat als wünschenswert, um einen direkten Übergang vom Bachelor- in den Masterstudiengang nicht zum Regelfall zu machen.<sup>13</sup>

## II. Die Praxis

### 1. Schwerpunkt: Zugang zu konsekutiven Masterstudiengängen

Der Schwerpunkt des Interesses der Beteiligten – auch der Prozessbeteiligten in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren – liegt eindeutig im Bereich des Zugangs zu konsekutiven Masterstudiengängen, also solchen, die im Verhältnis zu einem vorausgegangenem Bachelorstudium nach Maßgabe der jeweiligen Studien- und Prüfungsordnungen inhaltlich aufeinander aufbauen und die sich in der Regel insgesamt gesehen in einen fünfjährigen Zeitrahmen (3 + 2 oder 4 + 1 Jahre Regelstudienzeiten) bis zum Masterabschluss einfügen.

Der Masterstudiengang kann dabei den Bachelorstudium fachlich fortführen, vertiefen oder, soweit der fachliche Zusammenhang gewahrt bleibt, fachübergreifend erweitern, um konsekutiv zu sein. Konsekutive Masterstudiengänge sind nach dem heutigen System alle postgradual und erweiternd bzw. weiterqualifizierend angelegt.

Die meistens Masterstudiengänge sind angesichts der hohen Nachfrage im Vergleich zum Studienplatzangebot zulassungszahlenbeschränkt.

Zur Motivation der Bewerber/innen in Richtung auf einen Masterabschluss gibt es verschiedenste Erhebungen mit – erwartungsgemäß – deutlich unterschiedlichen Ergebnissen. Genau so unterschiedlich sind die

8 [www.kmk.org/no\\_cache/wissenschaft-hochschule/studium-und-pruefung/bachelor-und-masterstudiengaenge/laendergemeinsame-strukturvorgaben-fuer-die-akkreditierung-von-bachelor-und-masterstudiengaengen.html?sword\\_list\[0\]=laendergemeinsame&sword\\_list\[1\]=strukturvorgaben&sword\\_list\[2\]=gemäß&sword\\_list\[3\]=abs&sword\\_list\[4\]=hrg](http://www.kmk.org/no_cache/wissenschaft-hochschule/studium-und-pruefung/bachelor-und-masterstudiengaenge/laendergemeinsame-strukturvorgaben-fuer-die-akkreditierung-von-bachelor-und-masterstudiengaengen.html?sword_list[0]=laendergemeinsame&sword_list[1]=strukturvorgaben&sword_list[2]=gemäß&sword_list[3]=abs&sword_list[4]=hrg).

9 [www.uni-heidelberg.de/md/zentral/universitaet/qualitaetsentwicklung/studium\\_lehre/ar\\_auslegung\\_laendergemeinsame\\_strukturvorgaben\\_2013-06-03.pdf](http://www.uni-heidelberg.de/md/zentral/universitaet/qualitaetsentwicklung/studium_lehre/ar_auslegung_laendergemeinsame_strukturvorgaben_2013-06-03.pdf).

10 [www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Vorgaben/KMK\\_Auslegungshinweise\\_Laendergemeinsame\\_Strukturvorgaben.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Vorgaben/KMK_Auslegungshinweise_Laendergemeinsame_Strukturvorgaben.pdf).

11 [www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2005/2005\\_06\\_02-Bachelor-Master-Lehramt.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen_beschluesse/2005/2005_06_02-Bachelor-Master-Lehramt.pdf).

12 [www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Vorgaben/KMK\\_Laender\\_gemeinsame\\_Strukturvorgaben\\_aktuell.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Vorgaben/KMK_Laender_gemeinsame_Strukturvorgaben_aktuell.pdf).

13 Vgl. WissRat in Drs 4418/10 vom 21.1.2000, [www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4418-00.pdf](http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4418-00.pdf).

Annahmen zu einer Bedarfsdeckung im Bereich der Masterstudiengänge.<sup>14</sup>

Die von staatlichen Hochschulen (erst recht von Privathochschulen) angebotene Bachelor- und Master-Vielfalt mit oftmals gewichtig klingenden englischen Bezeichnungen und Curricula ist Gegenstand zunehmender Kritik im öffentlichen Raum, auch wegen der äußerst schwierigen inhaltlichen Vergleichbarkeit, allein schon in Deutschland.

## 2. Zur geltenden Normierungslage

### a) Masterstudium als Zweitstudium?

Diese Fragestellung hat ihre Wurzeln im Verfassungsrecht, nämlich bezogen auf den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG und hier namentlich dazu, welche verfassungsrechtlichen Maßstäbe für landesrechtlich bestimmte oder eröffnete subjektive Zugangsvoraussetzungen zum Masterstudium gelten, die über das bloße Innehaben eines Bachelorabschlusses hinausgehen.<sup>15</sup>

So hat das BVerfG<sup>16</sup> in älteren Entscheidungen ausgeführt, dass das von Art. 12 Abs. 1 GG dem Schutzbereich nach erfasste Recht des Einzelnen zum Hochschulstudium der Wahl grundsätzlich sowohl für ein Erststudium als auch für ein Zweitstudium gelte. Der verfassungsrechtlich gewährleistete Teilhabeanspruch auf Zulassung zum Studium der eigenen Wahl werde „durch den Abschluss eines Erststudiums nicht verbraucht (konsumiert)“.

Andererseits sei bei einem Mangel an Studienplätzen zu berücksichtigen, dass für Zweit- (oder Parallel-) Studienbewerber gemessen an Erststudienbewerbern ein prinzipiell geringerer Schutz- und Förderanspruch bestehe. Demgemäß seien Erschwerungen des Zugangs zu einem Zweitstudium (im Ausgangspunkt) verfassungsgemäß. So hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung dem Gesetzgeber die Befugnis zuerkannt, „im Interesse einer gerechten Verteilung von Lebenschancen“ den Bewerbern/Bewerberinnen für ein Zweitstudium in Fächern mit bundesweiten Zulassungsbeschränkungen strengere

Voraussetzungen zuzumuten als einem Erststudienbewerber.

Diese Rechtsprechung bezieht sich auf die gesetzlichen Regeln für die Studiengänge, deren Aufnahmekapazität im Zentralen Vergabeverfahren nach den hierfür ausgebildeten Auswahlkriterien zu vergeben sind. Sie koppelt an § 32 HRG und die für das Zentrale Vergabeverfahren bestimmten Quoten u.a. für Zweitstudienbewerber und das hierfür geltende Auswahlssystem an.

Diese Aussagen mit dem Stichwort „Verteilung von Lebenschancen“ werden nunmehr seit Einführung der gestuften Studienstruktur von Teilen der Rechtsprechung jedenfalls *ergänzend* dazu angesprochen, an welche fachlich bezogenen Qualifikationsmerkmale eines Bewerbers/einer Bewerberin um einen Masterstudienplatz, der/die den Bachelorabschluss als solchen besitzt, der Gesetzgeber – bzw. aufgrund landesgesetzlicher Ermächtigung die jeweilige Hochschule – bei der Zugangsentscheidung anknüpfen darf.

Die hierzu ersichtliche Rechtsprechung geht dabei ganz überwiegend davon aus, dass es sich bei einem – auch konsekutiv ausgestalteten – Masterstudiengang der derzeitigen Struktur jedenfalls grundsätzlich um ein Zweitstudium handele und zieht dies als weiteres Begründungselement dafür heran, dass die rechtlichen Normen, die das Erfordernis einer „besonderen Qualifikation“ über den bloßen Bachelorabschluss hinaus statuieren, nicht per se verfassungswidrig seien. Die weiteren verfassungsrechtlichen Anforderungen an solche Regelungen, insbesondere deren Erforderlichkeit und Angemessenheit (Übermaßverbot), die ohnehin gelten, würden damit aber nicht gegenstandslos.<sup>17</sup>

Dabei wird zugleich – jedenfalls der Sache nach – eine verfassungsrechtlich ableitbare uneingeschränkte und anspruchsbegründende Fortführungsgarantie von einem Bachelor- zu einem Masterstudiengang grundsätzlich verneint, und zwar auch im konsekutiven Bereich.

14 Vgl. einerseits Verlautbarung des BMBW v. 15.7.2013: Der Bologna-Prozess: eine europäische Erfolgsgeschichte, <http://www.bmbf.de/de/3336.php>; Grundlegend anders etwa: CHE - Consultingfirma-Centrum für Hochschulentwicklung „Auf dem Berg ist vor dem Berg“, Modellrechnung zum Nachfragepotential April 2013: Es fehlten im schlimmsten Fall 36.000 Plätze Der Zugewinn über die Hochschulpakete sei unzureichend. [www.chede.de/downloads/CHE\\_AP\\_159\\_Master-prognose\\_2013.pdf](http://www.chede.de/downloads/CHE_AP_159_Master-prognose_2013.pdf); s. auch Spiegel online 8.1.2014 „Das Master-Desaster“, [www.spiegel.de/unispiegel/studium/master-studium-bachelor-studenten-kaempfen-um-plaetze-a-925595.html](http://www.spiegel.de/unispiegel/studium/master-studium-bachelor-studenten-kaempfen-um-plaetze-a-925595.html).

15 Vgl. hierzu bereits Brehm/Zimmerling, Eignungsprüfungen und Master-Zulassungsvoraussetzungen als Studienzulassungshürde, NVwZ 2012, 1376.

16 BVerfG, Beschl. v. 3.11.1982 - 1 BvR 900/78, juris.

17 Vgl. zB OVG Bautzen, Beschl. v. 27.2.2012 - NC 2 B 14/12, juris; OVG NRW, Beschl. v. 17.2.2010 - 13 C 411/09, juris; VG Düsseldorf, Beschl. v. 1.12.2010 - 15 L 1642/10, juris; OVG NRW, Beschl. v. 26.1.2011 - 13 B 1640/10, juris; OVG Berlin Brandenburg, Beschl. v. 2.5.2011 - OVG 5 S 27/10, juris, offengelassen für konsekutive Studiengänge; wohl der Sache nach auch OVG Saarland, Beschl. v. 16.1.2012 - 2 B 409/11, juris; OVG NRW, Beschl. v. 16.5.2013 - 13 B 309/13, juris, dort auch mit Überlegungen zu „einheitlichen“ Studiengängen bzw. zur behaupteten Situation, dass der Bachelorabschluss tatsächlich nicht die letztlich erstrebte Berufsperspektive biete, die das gestufte System grundsätzlich eröffne (etwa Psychologie Master); BayVG, Beschl. v. 2.9.2013 - 7 CE 13.1084, juris.

Eine andere Ansicht vertreten bei konsekutiven Masterstudiengängen im *Lehramt*s**bereich** das OVG Lüneburg<sup>18</sup> und das VG Osnabrück<sup>19</sup>: Das VG Osnabrück hat auf dieser Grundlage im Anschluss an eine entsprechende Eilentscheidung nunmehr auch in einem Hauptsacheverfahren<sup>20</sup> notenabhängige Zugangsvoraussetzungen zu lehramtsbezogenen Masterstudiengängen als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar angesehen. Dass der vorausgegangene Bachelorstudiengang generell polyvalent angelegt sei, sei unerheblich, da die Klägerin durch ihre Modulwahl ihren letztendlichen Berufswunsch, Lehrerin zu werden, hinreichend deutlich gemacht habe. Dieses Berufsziel im Sinne eines berufsqualifizierenden Abschlusses könne sie ohne den Masterabschluss – als Voraussetzung für das Referendariat – nicht erreichen. Eine besondere Notenhürde für den Eintritt in ein Masterstudium sei eine faktisch erhöhte Bestehensgrenze für den Bachelorabschluss, was nicht gerechtfertigt sei. Eine Vergleichbarkeit von besonderen Eignungsnoten aus dem Bachelorabschluss mit einer Zwischenprüfung bestehe nicht.

Nimmt man die KMK-Aussagen zu dem neuen Strukturkonzept als Ausgangspunkt, könne nach Auffassung von *Maier*, die allerdings von der von *Brehm* vertretenen abweicht, wenig Zweifel daran bestehen, dass auch bei konsekutiv aufeinander bezogenen Bachelor- und Masterstudiengängen (und wohl auch bei lehramtsbezogenen Bildungsgängen, bei denen der Bachelorstudiengang polyvalent ist) der Masterstudiengang ein zweiter eigenständiger Studiengang sein soll. Das gilt nach *Maier* auch unter Berücksichtigung des § 10 HRG, wonach Studiengänge solche sind, die „in der Regel“ zu einem berufsqualifizierenden Abschluss führen. Auch unter dieser Maßgabe dürfte der Bachelorabschluss den ersten Hochschulabschluss eines berufsqualifizierenden, nämlich polyvalent ausgerichteten Erststudiums vermitteln und der nachfolgende konsekutive Masterstudiengang damit ein Zweitstudium sein. § 10 Abs. 1 Satz 2 HRG mit seiner Fiktion, dass „als berufsqualifizierend“ im Sinne dieses Gesetzes auch der Abschluss eines Studiengangs gilt, durch den die fachliche Eignung für einen berufsqualifizierenden Vorbereitungsdienst oder eine berufliche Einführung vermittelt wird“, zielt noch auf das alte Studienstrukturmodell vor der Umsetzung des Bologna-Prozesses ab. § 10 Abs. 1 Satz 2 HRG erfordere zudem nicht, dass ein Studiengang gerade und unbedingt auf

ein bestimmtes abgrenzbares und wunschtensprechendes späteres Berufsfeld hin ausgerichtet sein müsse. Auf die individuelle Studiengangsgestaltung im Bachelorstudium, ausgedrückt durch die Modulwahl des Studierenden, abzustellen, erscheine angesichts der im Ausgangspunkt breit ausgerichteten beruflichen Befähigungsbereiche, die in dem jeweiligen Bachelorstudiengang curricular angesprochen seien, ebenfalls als sehr problematisch.

Eine Lösung des Problems, ob der Masterstudiengang ein Zweitstudium oder in Wahrheit (ggf. nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen) als Teil eines einheitlichen Erststudiums zu begreifen ist, folge nach Auffassung von *Maier* auch nicht – etwa als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens – aus § 23 Abs. 8 VergabeVO NRW in der Fassung der 7. ÄnderungsVO vom 24.06.2013.<sup>21</sup> Die Vorschrift drücke nur eine Banalität aus, dass nämlich bei der Vergabe der durch die jeweilige Zulassungszahlenverordnung ausgewiesenen Masterstudienplätze die Bewerber/innen, die das konsekutiv vorausgehende Bachelorstudium oder ein vergleichbares Vorstudium absolviert haben, keiner *für diesen Masterstudiengang* zu bildenden „Sonderquote für Zweitstudienbewerber“ unterfallen. Dies wäre nämlich unsinnig, da die ausgewiesenen Masterstudienplätze – und nicht nur eine geringe Quote hiervon – gerade an diesen Bewerberkreis auszukehren sind.

#### b) Zulassungskriterien für einen – insbesondere konsekutiven – Masterstudiengang

Der Themenbereich der Zulassungskriterien für einen Studienplatz in einem Masterstudiengang hat in der richterlichen Rechtsanwendung bzw. in der anwaltlichen Vertretung der um einen solchen Studienplatz nachsuchender Bewerber/innen in erster Linie Bedeutung im Bereich der innerkapazitär bezogenen Rechtsschutzgesuche, und zwar sowohl in Eilsachen als auch – insoweit erst langsam anlaufend – im Bereich von Hauptsacheverfahren.

Weiter strahlen diese Zulassungskriterien aber auch aus auf außerkapazitär bezogene Rechtsschutzgesuche. Eine außerkapazitäre (auch vorläufige) Zulassung zu einem Masterstudiengang bzw. eine hierauf aufbauende Einschreibung ist nämlich nur möglich, wenn der Bewerber/die Bewerberin die subjektiven Voraussetzungen für diesen Masterstudiengang erfüllt. Ist dies nicht der Fall, besteht ein Einschreibungshindernis. Die Feststel-

18 OVG Lüneburg, Beschl v 3.7.2013 - 2 ME 228/13, juris.

19 VG Osnabrück, Beschl v 7.5.2013 - 1 C 8/13, juris.

20 VG Osnabrück, Urteil v 10.12.2013, 1 A 77/13, juris, n rk.

21 Dort ist für das Vergaberecht nunmehr bestimmt: „Bewerberinnen und Bewerber, die einen Studiengang mit dem Bachelorgrad

abgeschlossen haben und sich um einen Platz in einem Studiengang bewerben, der darauf aufbaut und mit dem Mastergrad abschließt, sind keine Bewerberinnen und Bewerber um ein Zweitstudium im Sinne des § 17; dies gilt nicht für ein zusätzliches mit dem Mastergrad abschließendes Studium“.

lung von außerkapazitär etwa noch vorhandenen Studienplätzen durch gerichtliche Entscheidung führt den/die Studienwillige(n) deshalb nicht weiter, weil er/sie an der Vergabe dieser etwaigen Mehrplätze nicht beteiligt werden kann.<sup>22</sup> Dieser außerkapazitäre Streitbereich bleibt hier außer Acht.<sup>23</sup>

### III. Verfahrensrecht

#### 1. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen im Bewerbungsverfahren bei der Hochschule

Mit dem Antrag bei der Hochschule, gerichtet auf die (innerkapazitäre) Zulassung zu einem bestimmten Master-Studiengang, wird ein Verfahrensrechtsverhältnis begründet, dessen Ausgestaltung im Einzelnen aus dem jeweiligen Landesrecht (VergabeVO) in Verbindung mit den einschlägigen – formell und materiell wirksamen – Hochschulordnungen (zumeist benannt als Zugangs- und Zulassungsordnungen) bzw. Satzungen folgt.<sup>24</sup> Der Katalog der erforderlichen Antragsunterlagen, deren Nichterfüllung zur Ablehnung des Zulassungsantrags führt bzw. führen kann, muss durch die Ordnung der Hochschule konkret bestimmt sein.

Hervorzuheben sind dabei:

#### - Zulassungsantrag unter Fristwahrung

Die Ordnungen bestimmen regelmäßig Ausschlussfristen für die Antragstellung. Je nach Normierung tritt keine Verlängerung bei Fristende an einem Wochenende oder einem gesetzlichen Feiertag ein, s. ausdrücklich § 3 Abs. 8 VergabeVO NRW.<sup>25</sup> Die Ausschlussfrist gilt dabei regelmäßig auch für die vollständig zu übermittelnden Antragsunterlagen. Teilweise werden insoweit Nachfristen eingeräumt. Eine generelle Rechtspflicht der Hochschule hierzu besteht allerdings wohl nicht.

- Die Ordnungen enthalten regelmäßig Bestimmungen über eine ausschließlich elektronische Antragstellung (Online-Antrag mit einem sog. Bewerbungstool). Hierzu muss eine Ermächtigung vorhanden sein.<sup>26</sup> Bei dieser digitalen Bewerbung sind die einzelnen Unterlagen regelmäßig (von Sondergruppen wie etwa nichtdeutschen Bewerbern/Bewerberinnen abgesehen) selbst (lesbar) einzuscannen und auch selbst hochzuladen.

Korrespondierend zu der Online-Antragstellung wird zumeist auch der weitere Fortgang des Verfahrens online ausgestaltet. Insbesondere werden die auf den Zu-

lassungsantrag ergehenden – mit Rechtsmittelbelehrung versehenen – Bescheide dann ebenfalls elektronisch in ein entsprechendes Online-Postfach übermittelt. Dies hat die Obliegenheit des Bewerbers/der Bewerberin zur Folge, zur Meidung einer Bestandskraft von Ablehnungsbescheiden oder des Verlustes der fristgebundenen Einschreibungsmöglichkeit bei positiven Zulassungsentscheidungen dieses Postfach regelmäßig und engmaschig zu kontrollieren.<sup>27</sup> Die Rechtsgrundlagen hierfür finden sich regelmäßig in den VergabeVOen<sup>28</sup> i.V.m. der jeweiligen Zugangs- und Zulassungsordnung der einzelnen Hochschule.

#### 2. Einiges zu den vorzulegenden Unterlagen

Der Katalog der zu übermittelnden Antragsunterlagen differiert von Hochschule zu Hochschule und auch je nach Studiengang. Er hängt ganz wesentlich davon ab, welche inhaltlichen Zugangs- bzw. Auswahlkriterien die entsprechende Zulassungsordnung für den einzelnen Masterstudiengang als maßgeblich bestimmt.

Die Hochschulen haben hierzu als Hilfestellung zu dem Online-Antrag zumeist erläuternde Hinweise in das Internet eingestellt. Zudem steht das Studienbüro zur Information über den Umfang der Antragsunterlagen zur Verfügung. Die Internet-Hinweise finden sich oftmals auch in englischer Sprache. Eine Pflicht zur Veröffentlichung in weiteren Fremdsprachen besteht nicht. Der Inhalt der jeweiligen Zulassungsordnung über den Katalog der vorzulegenden Antragsunterlagen und die in das Internet eingestellten Informationen hierzu müssen zueinander konsistent sein. Unklarheiten oder Widersprüche dürften dem Bewerber nicht entgegengehalten werden können. Die Rechtsfolge bei einer unauflösbaren Inkonsistenz dürfte das Recht zum Nachreichen einzelner Unterlagen sein, ggf. auch noch im Lauf des gerichtlichen Verfahrens.

Der Umfang der vorzulegenden Unterlagen muss aus der Zulassungsordnung selbst hinreichend klar ablesbar sein, und zwar gemessen am Verständnishorizont des sich angemessen bemühenden Bewerbers. Jenseits dieses Pflichtenkreises verbleibende Unklarheiten dürften zu Lasten der Hochschule gehen, insbesondere wenn begleitend in das Internet eingestellte Erläuterungen ebenfalls in dem jeweiligen Punkt unklar oder sogar widersprüchlich sind. Solche Fälle im Bereich der Antragstellung sind jedoch – soweit ersichtlich – bisher jedenfalls nicht streitig entschieden worden.

22 Vgl OVG NRW, Beschl v 11.2.2014 – 13 B 80/14, www.nrwe.de.

23 Vgl demnächst Brehm/Zimmerling, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts seit 2008 in: NVwZ online.

24 Zum Beispiel § 23 iVm § 3 VergabeVO NRW.

25 Bestätigt durch OVG NRW, Beschl v 6.12.2011 - 13 C 69/11, juris.

26 Vgl zB VG Münster, Beschl v 25.11.2010 - 9 L 551/10, juris.

27 Vgl VG Münster, Beschl v 28.11.2013 – 9 L 655/13, www.nrwe.de.

28 Vgl zB § 23 Abs 7 mit § 3 Abs 6 VergabeVO NRW.

Enthält der Katalog Anforderungen, die ersichtlich keinen Bezug zu der später zu treffenden Zugangs- oder Auswahlentscheidung haben, dürfte deren Nichterfüllung unschädlich sein.

### 3. Fürsorgepflichten der Hochschule?

Bei einer Unvollständigkeit der eingereichten Bewerbungsunterlagen besteht wohl keine Rechtspflicht der Hochschule, auf etwaige Lücken bei der Antragstellung so rechtzeitig hinzuweisen, dass der Mangel noch behoben werden kann.<sup>29</sup> Bei einer Bewerbung „kurz vor Toresschluss“ werden solche Hinweise auch faktisch oftmals nicht möglich sein.

Streng verfährt das OVG NRW<sup>30</sup> mit Antragstellern um einen Masterstudienplatz, was deren Nachweisverpflichtungen im Antragsverfahren betrifft: Die inhaltlich/fachliche Zuordnung/Bewertung der Modulanteile aus dem Erststudium, wie sie die Zugangs- und Zulassungsordnung als zugangs- und bewertungsrelevant bestimmt, muss bereits aus den innerhalb der Frist bei der Hochschule vorgelegten Unterlagen möglich sein. Unklarheiten gingen zu Lasten des Bewerbers. Es bestehe keine Möglichkeit, im gerichtlichen Verfahren noch weitere Unterlagen nachzubringen, auch nicht bloß klarstellend.

Ähnlich liegen die Probleme, wenn ein im Ausland erworbener Bachelorabschluss hinsichtlich seiner inhaltlichen Vergleichbarkeit mit einem deutschen Studienabschluss einschließlich der erreichten Noten unklar ist.

### 4. Vorzeitige Antragstellung

Grundsätzlich eröffnen die Landes-Hochschulgesetze und die Zulassungsordnungen die Möglichkeit, dass die Bewerbung um einen Masterstudienplatz auch schon vor dem endgültigen Abschluss des Bachelorstudiums erfolgen kann, etwa wenn die Bachelor-Thesis zwar schon geschrieben, aber noch nicht bewertet ist. Die Bewerbung basiert in diesen Fällen auf einer vorläufigen Leistungsstandsbescheinigung und der im Bewerbungszeitpunkt aktuellen Durchschnittsnote. Die Vorlage des abschließenden Bachelorzeugnisses erfolgt, entsprechend einer dem Zulassungsbescheid oftmals beigefügten Bedingung, bei der Einschreibung. Die Zulassung wird teilweise auch unter Vorbehalt mit der Auflage, den Bachelorabschluss innerhalb konkret gesetzter Fristen nachzuweisen, ausgesprochen. Der Bewerber/Die Bewerberin

wird in solchen Fällen mit diesen frühzeitigen und noch unvollständigen Leistungsmerkmalen im Antragsverfahren von der Hochschule bewertet und – bei Zulassungszahlenbeschränkten Studiengängen – damit in die Rangfolge der Bewerbungen eingestellt. Unterscheidet sich der endgültige Bachelorabschluss in seinen Qualifikationsmerkmalen von dem vorläufigen Leistungsstand im Bewerbungszeitpunkt, besteht Einigkeit, dass in solchen Fallsituationen eine letztendlich etwa eintretende Veränderung (Verbesserung oder auch Verschlechterung der Abschlussnote) unberücksichtigt bleiben muss.<sup>31</sup> Alles andere würde bei Auswahlssystemen mit Rangplatzzuweisungen zu einem Chaos führen. Die Regelung in der Zulassungsordnung zu einer frühzeitig möglichen Bewerbung ist für den Bewerber/die Bewerberin im Ausgangspunkt günstig, weil sie Zeitverluste vermeidet und eine nahtlose Studienfortführung ermöglicht. Die damit möglicherweise korrespondierenden nachgehenden Änderungen in den Qualifikationsparametern sind dann systembedingt in Kauf zu nehmen.

Soweit das OVG Bautzen,<sup>32</sup> gestützt auf die sächsische Studienplatzvergabeverordnung<sup>33</sup> für die Zulassung zum Masterstudium fordert, dass zum Zeitpunkt der Bewerbung das Erststudium bereits abgeschlossen sein muss, folgt dem die Praxis der Sächsischen Hochschulen nicht.

### 5. Zusammenfassende Betrachtung

Betrachtet man die – zudem je nach Hochschule und Studiengang nochmals unterschiedlich nach Inhalt und Umfang verpflichtend bestimmten – Kataloge der Bewerbungsunterlagen und vergegenwärtigt man sich die Rechtsfolgen, die bei Verletzung dieser formellen Bewerbungsbedingungen eintreten (nämlich zumeist der Ausschluss vom Zulassungsverfahren allein aus diesem Grunde), so liegt die Problemhaltigkeit für die Bewerber auf der Hand.

Nach den Erfahrungen der Verfasser mit einzelnen Hochschulen ist ein hinreichendes Informationsangebot allerdings durchweg vorhanden. Im Kern gilt mithin der Grundsatz: Man muss sich selbst sorgfältig mit der Angelegenheit, die von hohem persönlichen Gewicht ist, befassen und sich ggf. rechtzeitig informieren. Rechtspflichten der Hochschule (etwa Kontroll- und Hinweispflichten auf unvollständig vorgelegte Antragsunterlagen) bestimmt die geltende Normenlage nicht. Die strenge Rechtsprechung des OVG NRW für die Verfahren bei der Stiftung ist gleichgerichtet. Anderes mag nur dann in

29 Argument etwa: § 3 Abs 6 Satz 2 mit § 23 Abs 2 VergabeVO NRW unter Verweis auf die Bestimmungen über das Zulassungsverfahren der Hochschulen.

30 OVG NRW, Beschl v 13.12.2012 - 13 B 1325/12, www.nrwe.de.

31 OVG Hamburg, Beschl v 8.6.2012 - 3 Nc 43/11, juris.

32 OVG Bautzen, Beschl v 27.2.2012, - NC 2 B 14/12, juris.

33 S § 4 Abs 1 Satz 1 und § 24 SächsStudPIVergabeVO vom 29.6.2010, SächsGVBl 2010, S 204.

Betracht kommen, wenn der Bewerber/die Bewerberin nachweislich und ursächlich durch die Hochschule falsch beraten wurde.<sup>34</sup>

#### IV. Zur inhaltlichen Zulassungsentscheidung im Bereich von (insb. konsekutiven) Masterstudiengängen:

##### 1. Ein- und zweistufiges Verfahren

Es gibt in Bezug auf die zu treffende Entscheidung über das Zulassungsgesuch zwei Ausgestaltungsmöglichkeiten, nämlich

- ein einstufiges Zulassungsverfahren, in dem allein die durch die Zulassungsordnung geregelten Zugangsvoraussetzungen geprüft werden. Liegen diese vor, erfolgt die Zulassung; denkbar ist dies allerdings nur bei nicht zulassungszahlenbeschränkten Masterstudiengängen, weil hier keine weitere Auswahl (im Sinne einer Rangbildung unter den konkurrierenden Bewerbern) stattfindet;
- ein zweistufiges Zulassungsverfahren (1. Stufe: Zugangsvoraussetzungen für das Masterstudium, 2. Stufe: Auswahlverfahren bei Bewerberüberhang)

Denkbar ist auch ein formal einstufiges Verfahren, dass sowohl die Zugangsprüfung als auch – uno actu – einen rangbildenden (Punkt-)Wert zum Ergebnis hat.

In der Praxis stehen die zweistufig ausgebildeten Verfahren im Vordergrund.

##### 2. Zu den materiellen – individuellen – Zugangsvoraussetzungen zum (konsekutiven) Masterstudium

Normativ wird der Zugang zum jeweiligen Masterstudium durch länderspezifische Regelungen mit einer Ermächtigung zur näheren normativen Bestimmung der allgemeinen und besonderen Qualifikationsvoraussetzungen durch die jeweilige Hochschule in der Rechtsform einer Hochschulsatzung oder -ordnung ausgestaltet.<sup>35</sup>

Die Landesgesetze bestimmen dabei durchgängig das Erfordernis eines ersten berufsqualifizierenden Hochschulabschlusses (zumeist heute: Bachelor) und weiter die Ermächtigung zu satzungs- oder ordnungsrechtlichen Regelungen der Hochschule selbst in Bezug auf studiengangsspezifische weitere Zugangsvoraussetzungen.

Diese Struktur entspricht den Entschließungen der KMK und auch den Aussagen der Bologna-Erklärung.

##### a) Betrachtung der Anforderungen

Die Anforderung eines ersten berufsqualifizierenden Hochschulabschlusses für den Zugang zu einem Masterstudiengang als solche ist unproblematisch.

Für die weiteren Erfordernisse für den Zugang zu einem konsekutiven Masterstudiengang gilt dies allerdings nicht ohne Weiteres. Wenig zweifelhaft ist dabei, dass der vorausgehend absolvierte (Bachelor-) Studiengang im Verhältnis zu dem erstrebten konsekutiv angelegten Masterstudiengang „fachlich einschlägig“ sein muss, damit der Masterstudiengang an das im Erststudium absolvierte Curriculum und die dabei erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten anknüpfen kann. Ob man dies unter die „fachliche Einschlägigkeit“ oder unter das Tatbestandsmerkmal des „qualifizierten Erstabschlusses“ oder unter das Erfordernis einer „besonderen Eignung“ subsumiert, ist hierbei nicht entscheidend, da sich diese Anforderung aus der Natur der Sache, nämlich der Konsekutivität der Studiengänge ergibt.

Dem entspricht auch das ECTS-System, das im Rahmen der gestuften Studiengangstruktur als Regel bestimmt, dass bei einer Regelstudienzeit von drei Jahren für den Bachelorabschluss einschlägige 180 ECTS-Punkte nachzuweisen sind und für den konsekutiv angelegten Masterabschluss unter Einschluss des vorangegangenen Bachelorstudiums 300 ECTS-Punkte benötigt werden.<sup>36</sup> Das setzt aus der Sicht des erstrebten Masterstudiums eben eine fachliche Nähe der bereits absolvierten Bachelormodule zu diesem Masterstudium voraus. Die Akkreditierungsmerkmale entsprechen diesem „konsekutiven“ System.

##### b) Ermächtigungsgrundlage

Problematisiert wurde in der Rechtsprechung, ob die unterhalb der landesgesetzlichen Regelungen liegenden satzungsrechtlichen Normierungen der Hochschule zur Ausfüllung der Merkmale „besondere Eignung“ bzw. „qualifizierter Erstabschluss“ verfassungsrechtlich als subjektive Berufszulassungsregeln einer Ausbildung durch *formelles* Gesetz bedürfen oder ob diese Regelungen den jeweiligen Hochschulsatzungen als bloß untergesetzliche Rechtsnormen überlassen werden dürfen (Stichwort: *Wesentlichkeitstheorie*). Das in der Recht-

34 Zur Informationspflicht/Fürsorgepflicht der Hochschule bei kurzfristigen Normänderungen (entschieden für das Anmeldeverfahren zu Prüfungen durch VGH München, Beschl v 3.2.2014 - 7 C 14.17, juris).

35 Einige Beispiele aus dem Landesrecht: § 49 Abs 7 HG NRW, § 6

Abs 4 Satz 4 iVm Abs 2 Satz 7 HZG BW, § 43 Abs 5 BayHSchG, § 18 Abs 8 NiedersHG, § 10 Abs 5 BerLHG, § 17 Abs 10 SächsHS-FG.

36 S KMK 22.9.2005.

sprechung hierzu gefundene Ergebnis ist eindeutig: Die Normierung der Einzelkautelen des jeweiligen Masterzugangs können – nicht zuletzt wegen der Hochschulautonomie und weil der Landesgesetzgeber bei der Fülle der betroffenen Masterstudiengänge hierzu auch nicht in der Lage wäre – der Hochschule normausfüllend überantwortet werden.<sup>37</sup>

Dass der Zugang zu einem Masterstudiengang von subjektiven Zulassungsvoraussetzungen, insbesondere von individuellen Qualifikationen des Bewerbers abhängig gemacht werden kann, ist verfassungsrechtlich als solches bejahend geklärt.

c) Zu den besonderen Zugangserfordernissen für ein konsekutives Masterstudium im Einzelnen:

aa) Formellrechtliche Anforderungen

Die jeweilige Hochschulordnung muss *formell* wirksam in Kraft gesetzt, also durch eine rechtsatzförmige Regelung getroffen und ordnungsgemäß veröffentlicht worden sein.<sup>38</sup>

bb) Inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

Wie bei jeder untergesetzlichen Norm muss der landesgesetzliche Ermächtigungsrahmen eingehalten sein und den aus dem Verfassungsrecht folgenden Anforderungen genügt werden.

Diese Anforderungen lassen sich dahin zusammenfassen, dass die Zugangserfordernisse vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Art 12 Abs. 1 GG (als subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen) den Geboten der Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und Verhältnismäßigkeit (im engeren und weiteren Sinne) unterfallen. Die Zugangsbeschränkungen müssen mit dem BVerfG – in Abwägung des Gewichts der betroffenen öffentlichen und privaten Belange – zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienlich und notwendig sein.

Was das Gewicht der öffentlichen Belange und den Gewichtungsvorgang unter Einschluss der Zumutbarkeit für den Bewerber angeht, räumt die Rechtsprechung

dem Normgeber – hier insbesondere der Hochschule – eine Einschätzungsprärogative ein. Das gilt vor allem für die als erforderlich angesehene fachliche Qualifikation des Bewerbers für das Masterstudium.<sup>39</sup>

Grundsätzlich beanstandungsfrei dürften mit Blick auf die gewollte „Aufeinanderbezogenheit“ und Stufigkeit beider Studiengänge auch für die durch Prüfungs- oder Zulassungsordnung bestimmten Anforderungen an den Studieninhalt des Erststudiengangs sein. Baut der konsekutive Masterstudiengang bereits definitionsgemäß auf im Bachelorstudiengang vermittelte Kenntnisse und Qualifikationen auf und ist er darauf angelegt, diese in qualifizierter Form zu vertiefen, zu verbreitern und fachlich/wissenschaftlich zu spezialisieren,<sup>40</sup> so ist es nachvollziehbar, dass für den Eintritt in das jeweilige Masterstudium der Nachweis von bestimmten „Erststudienleistungen/Inhalten/Modulen“ verlangt werden kann, an die das Masterstudium – und zwar bereits von Anfang an – anknüpft.<sup>41</sup>

cc) Der „gewollte Heimvorteil“ als rechtliches Problem

Bestimmt die Zulassungsordnung des Masterstudiengangs einer Hochschule, dass im vorausgegangenen Bachelorstudium ein Modul erfolgreich absolviert sein muss, das es ggf. nur an dieser konkreten Hochschule gibt, so ist man schnell bei der Frage, ob dies nur deshalb gefordert wird, weil die Fakultät oder der Fachbereich eigentlich nur „Eigengewächse“ und keine „Fremdlinge“ in „ihrem“ Masterstudiengang haben will. Im Gewerbe recht kennt man solches – etwa bei Auswahlentscheidungen – auch unter dem Begriff „bekannt und bewährt“. Die Gültigkeit von hochschulrechtlichen Zugangserfordernissen mit solchen „hausgemachten Modulen“, die ersichtlich darauf zielen, Heimvorteile zu gewähren, ist, wenn sie nicht zum Kernbereich des Bachelorstudiums dieser Fachrichtung gehören, gemessen am Maßstab der Erforderlichkeit und Sachgerechtigkeit sehr bedenklich.<sup>42</sup>

Allerdings gibt es auch Tendenzen in der Rechtsprechung, wonach man nicht zwingend mit jedem einschlägigen Bachelorabschluss das Recht haben müsse, an je-

37 S etwa: VG Bremen, Beschl v 5.5.2010 - 6 V 293/10, juris; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl v 21.7.2010 - 10 D 10792/10, juris; OVG Bremen, Beschl v 6.8.2010 - 2 B 133/10, juris; VGH Baden-Württemberg, Beschl v 9.8.2011 - 9 S 1687/11, juris; BayVGH, Beschl v 25.4.2012 - 7 CE 12.153 und vom 18.3.2013 - 7 CS 12.1779 jeweils juris; BerlVerfGH, Beschl v 19.6.2013 - 150/12, juris; VG Stuttgart, Urteil v 10.9.2013 - 13 K 2959/12, juris.

38 So auch VG Stuttgart, Urteil vom 10.9.2013 - 13 K 2959/12, juris; vgl auch VGH Mannheim, Beschl vom 9.8.2011 - 9 S 1687/11, juris.

39 Zusammenfassung etwa bei *Hailbronner*, WissR 2008, 107; Lindner, NVwZ-Extra 2010 (Fn 7); s auch VerfGH Berlin, Beschl v 19.6.2013 (Fn 37): weitgehender Gestaltungsspielraum.

40 S Strukturvorgaben KMK.

41 S VGH München, Beschl v 3.2.2014 - 7 CE 13.2131, juris: Im Masterstudiengang BWL der Nachweis über als erforderlich angesehene Erststudienleistungen in den Bereichen BWL, VWL, Mathematik und Statistik mit Anknüpfung an die ECTS-Leistungspunkte (die Studieninhalte und Leistungen in quantitativer Hinsicht widerspiegeln), ggf auch Anknüpfung an die Modulnoten in diesen Bereichen als qualitatives Element.

42 Fälle aus der Praxis: VG Münster, Beschl v 20.12.2012 - 9 L 452/12, www.nrwe.de (zu Modulunterschieden je nach Bundesland im lehramtsbezogenen Bachelorstudium; VGH München, Beschl v 18.3.2013 - 7 CS 12.1779, juris).

der anderen Hochschule im Bundesgebiet in einen vergleichbaren Masterstudiengang eintreten zu können (Gedanke der Hochschulautonomie).<sup>43</sup>

dd) Forderung nach einer bestimmten Abschlussnote des Bachelorstudiengangs für den Zugang zu konsekutiven Masterstudiengängen

Generell bejaht die Rechtsprechung die Wirksamkeit solcher Anforderungen. Einen Überblick gibt hierzu etwa der Beschluss des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 19.06.2013.<sup>44</sup> Dort finden sich auch Ausführungen zu den für eine Notenhürde sprechenden und vom Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung – mit Bewertungsvorrang – einbeziehenden Gründen.

Zur Frage, welche Mindestinhalte und Mindestnoten für den Eintritt in das Masterstudium verlangt werden können, enthält die Berliner Gesetzesregelung mit § 10 Abs. 5 BerlHG die tendenziell engste Vorgabe mit dem Zusatz: „wenn sie – d.h. die darüber hinausgehenden Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen – wegen spezieller fachlicher Anforderungen des jeweiligen Masterstudiengangs nachweislich erforderlich sind.“

In der Rechtsprechung finden sich beispielhaft folgende für rechtmäßig angesehene Zugangsvoraussetzungen:

- Hochschulabschluss in einem Studiengang, der einen Mindestanteil von wirtschaftswissenschaftlichen Fachinhalten von 70 ECTS-Leistungspunkten aufweist,<sup>45</sup>
- dass der erste berufsqualifizierende Hochschulabschluss im Fach Politikwissenschaften oder in einem Studiengang mit politikwissenschaftlichen Schwerpunkten erreicht worden sein muss,<sup>46</sup>
- dass eine Auswahlatzung für den Master-Studiengang Medizin-Management für Wirtschaftswissenschaftler bestimmen darf, dass für den Abschluss des Erststudiums 50 bis 80 Notenpunkte und in einem Auswahlgespräch 60 Notenpunkte erreicht werden können,<sup>47</sup>

- dass 20 ECTS-Leistungspunkte aus dem Bereich der Volkswirtschaftslehre erreicht worden sein müssen<sup>48</sup>

- dass für die Zulassung zum Masterstudiengang International Economics das Erststudium mindestens mit der Gesamtnote 2,3 abgeschlossen sein müsse,<sup>49</sup>

- dass für den Zugang zum Masterstudiengang „Medien und politische Kommunikation“ in Berlin ein Hochschulabschluss mit einem Anteil von mindestens 60 ECTS-Leistungspunkten in Publizistik-, Kommunikations- und Medienwissenschaft oder Journalistik, davon mindestens zehn ECTS-Punkte in sozialwissenschaftlichen Forschungsmethoden nachgewiesen werden müssten,<sup>50</sup>

- dass für den Masterstudiengang „Pflegerwissenschaften“ ein Hochschulabschluss im Bachelorstudium Gesundheitswissenschaften oder in einem „als gleichwertig anerkannten Studiengang“ mit Studienleistungen in einem Umfang von mindestens 180 ECTS-Punkten oder adäquate Leistungen erforderlich sei,<sup>51</sup>

- Durchschnittsnote 2,0 für die Zulassung zum Master-Studiengang „Verhandeln und Gestalten von Verträgen“,<sup>52</sup>

- Abschluss des Bachelorstudiums mit der ECTS-Note „C“ für den Zugang zum Masterstudiengang Betriebswirtschaftslehre,<sup>53</sup>

- Grenznote 2,5 für Zulassung zum Masterstudiengang Umweltethik,<sup>54</sup>

- Grenznote 2,9,<sup>55</sup>

- Grenznote 2,5 (bei einem Studium der Rechtswissenschaften 75 Punkte) und das Bestehen eines Englischtests (TOEIC-Tests) mit mindestens 750 Punkten,<sup>56</sup>

- für den Zugang zum Studiengang Master of Education „erziehungswissenschaftliche Grundlagen“ im Umfang mindestens 9 CP oder gleichwertige Leistungen nachzuweisen seien,<sup>57</sup>

- Grenznote 2,6,<sup>58</sup>

- Grenznote 2,5,<sup>59</sup>

- Grenznote 2,9.<sup>60</sup>

43 BerlVerfGH (Fn 37).

44 BerlVerfGH (Fn 37).

45 VGH Mannheim, Beschl v 24.1.2012, - 9 S 3310/11, BeckRS 2012, 47154 und juris.

46 OVG Hamburg Beschl v 7. 2. 2012 - 3 Bs 227/11, BeckRS 2012, 47838.

47 OVG NRW, Beschl v 4.7.2012 – 13 B 597/12, NVwZ 2012, 1419, BeckRS 2012, 53779 (teilweise aufgegeben durch Beschl v 14.2.2014 – 13 b 1423/13, juris).

48 OVG NRW, Beschl v 2.2.2012 - 13 B 17/12, BeckRS 2012, 47222 und juris.

49 OVG NRW, Beschl v 17.2.2010 - 13 C 411/09, BeckRS 2010, 46809 und juris.

50 VG Berlin, Beschl v 11.11.2011 - 3 L 554/11, BeckRS 2011, 56011 und juris.

51 VG Bremen, Beschl v 28.10.2011 – 5 V 1100/11, BeckRS 2011, 55373 und juris.

52 VG Frankfurt aM, Beschl v 10.6.2009 - 12 L 856/09, juris, bestätigt durch VGH Kassel, Beschl v 29.9.2009 - 10 B 2042/09, BeckRS 2012, 50041.

53 VG Mainz, Beschl v 14.6.2010 - 14 L 198/10, BeckRS 2010, 50502.

54 VG Augsburg, Beschl v 17.10.2013 - Au 3 E 13.1534, juris.

55 OVG Saarlouis, Beschl v 16.1.2012 – 2 B 409/11, NVwZ-RR 2012, 235 und BeckRS 2012, 45878.

56 OVG Lüneburg, Beschluss v 7.06.2010 - 2 NB 375/09, BeckRS 2010, 49901 und juris.

57 OVG Bremen, Beschl v 19.5.2010 - 2 B 370/09 -, NVwZ-RR 2010, 684.

58 OVG Saarlouis, vgl Fn 55.

59 OVG Bremen, Beschl v 6.8.2010 - 2 B 133/10, NVwZ-RR 2010, 923; OVG NRW, Beschl v 14.1.2010 - 13 B 1632/09, www.nrw.de.

60 VG Saarlouis, Beschl v 27.10.2011 - 1 L 772/11, BeckRS 2011, 56534 und juris.

Nicht aus dem Blick zu verlieren ist bei all diesen Anknüpfungen an Erststudienleistungen allerdings, dass die Bachelorabschlussnote nicht etwa den zum Ende dieses Studiengangs aktuell gegebenen Leistungsstand aufzeigt. Die Bachelormodulprüfungen werden nämlich *studienbegleitend* abgelegt, und zwar beginnend schon bald nach Studienanfang. Die allgemeine Problematik, inwieweit mathematisierte Noten und Notenstufen überhaupt geeignet sind, belastbare Aussagen über die jeweilige Qualifikation in Richtung auf ein späteres Berufsziel zu machen, auf das ein Studiengang ausgerichtet ist, ist ein eigenes Thema, das hier nicht vertieft werden kann. Es soll der Hinweis darauf genügen, dass sich die Problematik fortsetzt, wenn in der Zulassungsordnung nicht nur eine bestimmte Mindestgesamtnote aus dem Erststudium bestimmt wird, sondern zusätzlich auch noch Mindestnoten in einzelnen Modulen verlangt werden.

In gerichtlichen Hauptsacheverfahren kann es in Betracht kommen, die Hochschule (Fakultät, Fachbereich) aufzufordern, ihr Bewertungssystem insgesamt und die Grenznote(n) im Einzelnen nachvollziehbar fachlich zu begründen. Was dabei über Allgemeines hinaus an Ausführungen zu erwarten wäre, kann mangels Durchführung solcher Hauptsacheverfahren von den Verfassern noch nicht abgeschätzt werden. Ggf. könnten auch die Akkreditierungsunterlagen – soweit relevant – beigezogen werden. Das Akkreditierungsverfahren ist nämlich gerade auch darauf angelegt, die fachlichen Mindestanforderungen zum Zugang zum jeweiligen Masterstudium zu verbalisieren.

ee) An welchen Merkmalen darf die besondere Eingangsqualifikation angeknüpft werden?

Das OVG NRW<sup>61</sup> hat hierzu für das nordrhein-westfälische Recht entschieden, dass für die Zugangsstufe allein auf die Qualität des den Zugang zum Masterstudium vermittelnden Hochschulabschlusses abzustellen ist und weitere – auch ergänzende – Eignungsfeststellungen mit anderem Bezug damit unzulässig seien.

Dem ging ein Beschluss des VG Münster voraus, wonach die Berücksichtigung etwa der Abiturnote und eines Motivationsschreibens auf der Stufe der Zugangsprüfung zum Masterstudium der Betriebswirtschaftslehre fehlerhaft sei.<sup>62</sup>

Dies für NRW zugrunde gelegt, dürfte die Zugangsalternative mancher Zulassungsordnungen, wonach die Zugehörigkeit zu einer näher benannten Gruppe der

Besten eines Jahrgangs (Bestenranking) den Zugang zum Masterstudium auch dann eröffnet, wenn die generell geltende Notengrenze nicht erreicht wurde, Bestand haben. Auch hier wird nämlich an das Bachelorergebnis des Einzelnen, und zwar im Gefüge der Abschlusskohorte angeknüpft. Dass hier die Berücksichtigung sonstiger Qualifikationen nicht einmal zum Ausgleich von Defiziten der Abschlussnote herangezogen werden könne, hat allerdings eine besondere Schärfe der Grenznote zur Folge und schließt Kompensationsmöglichkeiten auf immer aus. Man sollte dabei in der Wirkungsabschätzung und auch in der rechtlichen Beurteilung jedenfalls mit bedenken, dass – von der Hochschule auch so gewollte – weitere Wege über die Zugangshürde, zumal wenn sie auch in der Akkreditierung festgehalten worden sind, zugunsten des Bewerbers/der Bewerberin wirken. Dass die Qualität des Masterstudiengangs unter Beteiligung auch solcher Studierenden merklich leiden würde, dürfte schwerlich anzunehmen sein. Die Hochschule selbst hat ausweislich ihrer Zugangsordnung hier offenbar keine Besorgnisse.

In den anderen Bundesländern ist die Rechtslage, was den Kanon der zugangserheblichen Bewertungsquellen angeht und die daran angeschlossene Rechtsprechung anders, so z.B. in Bayern. Soweit dort bereits weitergehende Qualifikationsmerkmale (Motivationsschreiben pp.) auf der Zugangsstufe einbezogen werden, gelten hier inhaltlich die weiter unten angesprochenen Kriterien.

ff) „Fachverwandter Abschluss“ – Referenzstudiengang

In diversen Masterzugangsordnungen wird die Qualifikation zum Masterstudium unter anderem nachgewiesen durch einen ersten berufsqualifizierenden, in Bezug auf den jeweiligen Masterstudiengang fachspezifischen oder fachverwandten Abschluss an einer Hochschule bzw. einen sonstigen gleichwertigen Abschluss. Diesen Zugangsweg hat das VG Ansbach<sup>63</sup> deshalb verneint, weil die erworbenen wirtschaftswissenschaftlichen Kenntnisse im Studiengang „Mode- und Designmanagement“ an der Akademie für Mode und Design und damit nicht an einer Universität erworben wurden. Damit waren die formalen Anforderungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 FPO Marketing nicht erfüllt. Dass diese Kenntnisse ausdrücklich an einer Universität erworben sein mussten, hat das Gericht nicht weiter problematisiert.

61 Ua Beschl v 26.1.2011 – 13 B 1649/10, juris.

62 VG Münster, Beschl v 15.11.2010 – 9 L 529/10 und Beschl vom

29.10.2013 – 9 L 469/13, jeweils www.nrwe.de.

63 Beschl v 27.10.2010 – AN 2 E 10.10315, juris.

### 3. Sondersituation bei lehramtsbezogenen Masterstudiengängen

Noch nicht abschließend in der Rechtsprechung geklärt ist, wie bereits angesprochen, ob auch im Bereich der Studiengänge mit Abschluss zum „Master of Education“ auf der Zugangsstufe an den vorausgegangenen Bachelorabschluss „besondere qualitative Anforderungen“ gestellt werden dürfen. Hintergrund der besonderen Bedeutung dieser Frage ist, dass nach den maßgeblichen Vorschriften der Masterabschluss als erstes Staatsexamen gilt und deshalb nur über den erfolgreichen Masterabschluss der Einstieg in den Vorbereitungsdienst für ein staatliches Lehramt möglich ist.

Der Diskussionsstand wird mit der im Eilverfahren ergangenen Entscheidung des OVG Lüneburg vom 03.07.2013<sup>64</sup> und einer Hauptsachenentscheidung des VG Osnabrück<sup>65</sup> – dem Ergebnis des Eilverfahrens folgend<sup>66</sup> – einerseits und den gegenläufigen Äußerungen<sup>67</sup> andererseits dargestellt.

Ähnliche Probleme stellen sich im Bereich des Studiums der Psychologie Bachelor/Master (Hintergrund: Eine Niederlassungsmöglichkeit als psychologischer Psychotherapeut wird nach dem Berufsrecht nur durch der Masterabschluss eröffnet. Hier hilft man weitgehend über eine angebotserweiternde Anteilquote bei der Kapazitätsfestsetzung<sup>68</sup>).

### 4. Weitere besondere Zugangserfordernisse

Erforderlich ist häufig der Nachweis von – zumeist englischen – Sprachkenntnissen. Diese Anforderung dürfte je nach Ausbildung der Zulassungsordnung gelegentlich unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbotes Zweifel aufwerfen. Keine Zweifel hatte insoweit das OVG Lüneburg<sup>69</sup> bei einem Masterstudiengang „Management & Entrepreneurship/Major Tax/Auditing (LL.M.) an der Leuphana Universität Lüneburg, die auch an einem dortigen „Innovations-Inkubator“ teilhat.

Zum Nachweis deutscher Sprachkenntnisse hat sich vor kurzem der VGH München<sup>70</sup> geäußert, für das Eilverfahren eine Interessenabwägung vorgenommen und für die Hauptsache die Vorlage an den EuGH „angedroht“ (Es ging um den Masterstudiengang „Musikpäd-

agogik Instrument/Gesang“ und das geforderte Sprachniveau C1 CEFR).

### V. Einiges zum nachfolgenden Auswahlverfahren (2. Stufe) für einen konsekutiven Masterstudiengang – gleiches gilt, wenn die Auswahlkriterien in ein einstufiges System einbezogen worden sind

Durch die dort Platz greifenden Kriterien nach Maßgabe der zugrunde liegenden Regelungen wird bei Bewerberüberhang in zulassungszahlenbeschränkten Masterstudiengängen eine rangbildende Auswahl unter den grds. zulassungsfähigen Bewerbern getroffen, was wegen der gerichtlich überprüfbaren Rechtsbindung bei Hochschullehrern nicht immer auf Freude stößt.<sup>71</sup>

Denkbare Auswahlkriterien auf der Basis des geltenden Rechts sind aus der Auswertung der Rechtsprechung bisher folgende:

- Die Anlehnung an die Kriterien des Auswahlverfahrens der Hochschulen (AdH) nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 ff. Staatsvertrag, wobei – jedenfalls in NRW – die aus dem Erstabschluss folgende Qualifikation bei der Auswahlentscheidung den „maßgeblichen Einfluss“ haben muss.<sup>72</sup>

- Abiturnote: Für die Entscheidung zum Masterstudium ist die Anknüpfung an oftmals lang zurückliegende schulische Leistungen trotz des etwa zugrunde liegenden Gedankens an eine zu erwartende Leistungskonsistenz problematisch.

- Motivationsschreiben: Die Berücksichtigung eines Motivationsschreibens ist ebenfalls wegen fehlender Überprüfbarkeit seines Inhaltes rechtlich bedenklich. Zudem „schwören“, wie den Verfassern bekannt ist, erstaunlich viele Masterbewerber in ihren wohlgesetzten Motivationsschreiben auf ihr außerordentliches Interesse an gerade dieser Universität und gerade dieser Fakultät, werden dann zugelassen und nutzen später in durchaus hoher Zahl diese Zulassung nicht aus. Die Hochschulen greifen dieses Phänomen – allerdings unter Beibehaltung dieses Auswahlkriteriums – oftmals durch eine sehr hohe Überbuchungsquote auf.

64 OVG Lüneburg, Beschl v 3.7.2013 – 2 ME 228/13, juris.

65 VG Osnabrück, Urteil v 10.12.2013 - 1 A 77/13, (n rk) juris.

66 VG Osnabrück, Beschl v 7.5.2013 - 1 C 8/13 – offen lassend.

67 S insb *Lindner*, NVwZ-Extra 2010 Heft 6; Hailbronner, WissR 2008, 106.

68 Vgl hierzu OVG Lüneburg, Beschl v 20.2.2013, 2 NB 386/12-, juris; OVG Lüneburg, Beschl v 9.8.2012 - 2 NB 326/11 ua, juris; OVG NRW, Beschl v 13.3.2012 - 13 B 26/12, juris; VG Münster, Beschl v 21.12.2011 – 9 Nc 204/11 und Beschl v 9.12.2013 – 9 L

604/13, beide juris bzw. www.nrw.de; VGH München, Beschl v 17.06.2013 - 7 CE 13.10001, juris; So auch *Bahro/Berlin*, Das Hochschulzulassungsrecht, 4. Aufl., § 12 KapVO Rn 4.

69 OVG Lüneburg, Beschl v 7.6.2010 - 2 NB 375/09, juris.

70 VGH München, Beschl v 6.2.2014 - 7 CE 13.2222, juris.

71 S hierzu etwa *Ehrmann* u *Meiseberg*, Wirtschaftswiss Fakultät der WWU Münster, in einem Artikel in FAZ Nr 163 v 17.7.2013 mit dem Titel „Autonomie in Halbrauer“.

72 Zuletzt: OVG NRW, Beschl v 14.2.2014 - 13 B 1423/13, juris.

- Fachspezifische Studierfähigkeitstests: Diese sind in NRW als Auswahlkriterium ausgeschlossen.<sup>73</sup>
- Auswahlgespräche: Diese hat der VGH München<sup>74</sup> grundsätzlich gebilligt. Im konkreten Verfahren hatte der Anordnungsantrag aus anderen Gründen Erfolg.<sup>75</sup> Auswahlgespräche im Rahmen von Eignungsfeststellungsverfahren sind dort zwar als solche zulässig, dürfen jedoch angesichts ihrer Punctualität, Zufallsbedingtheit und Willküranfälligkeit wohl nur als ergänzendes Kriterium herangezogen werden und ein sonstiges bislang gezeigtes und im Reifezeugnis belegtes Begabungsspektrum nicht relativieren.
- Bestenranking: Ein solches „Bestenranking“ wird vom VGH München<sup>76</sup> grundsätzlich als Auswahlmittel als geeignet angesehen, wenn „eigene“ und fremde Bewerber konkurrieren. Es sei ein taugliches zusätzliches Bewertungskriterium, das auf unterschiedliche Bewertungs- und Qualifikationsmaßstäbe anderer Hochschulen Rücksicht nimmt. Hinweise hierauf sind auch einem Beschluss des OVG NRW zu entnehmen.<sup>77</sup>
- Sonstige Qualifikationen, erworben innerhalb oder außerhalb des Hochschulbereichs, was bei einer sachgerechten Anwendung unbedenklich sein kann.

#### **VI. Rechtsfolgen gerade für das Eilverfahren bei fehlerhafter Zulassungsordnung bzw. bei fehlerhafter Anwendung der Zulassungskriterien**

Die Zulassungszahl ist zumeist im Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung aufgefüllt, teilweise bestehen sogar Überlasten wegen Überbuchung. In einem solchen Fall hat das VG Münster einen Bewerber trotzdem zugelassen<sup>78</sup> und dies u.a. wie folgt begründet: Mangels wirksamer Auswahlkriterien könne kein Rangplatz ermittelt werden; das Gericht sei nicht befugt, ein eigenes Auswahlsystem zu kreieren. Die Hochschule sei nach Abschluss des Zulassungsverfahrens – also rückwirkend – hierzu ebenfalls nicht mehr in der Lage. Die Überlast sei aus Gründen der Folgenbeseitigung unerheblich. In einem Beschwerdeverfahren hat das OVG NRW<sup>79</sup> die Tragfähigkeit dieser Begründungselemente, die auch von weiteren Verwaltungsgerichten aufgegriffen wurden, jüngst offen gelassen, da die Hochschule in ihrer Beschwerde dies nicht gerügt hatte.

Nach Auffassung des VGH Mannheim<sup>80</sup> begründet die Feststellung der Fehlerhaftigkeit eines Auswahlverfahrens für sich allein noch keinen Anspruch des Klägers auf Zulassung im Master-Studiengang Management. Vielmehr erwachse aus ihr in der Regel nur ein Anspruch auf erneute Durchführung eines fehlerfreien Auswahlverfahrens. Ein Anspruch auf unmittelbare Zulassung bestehe in der Regel nur dann, wenn sich feststellen lasse, dass bei fehlerfreier Durchführung des Auswahlverfahrens der Kläger einen Studienplatz erhalten würde. Im konkreten Fall nahm der VGH Mannheim Besonderheiten an, die einen unmittelbaren Zulassungsanspruch begründeten. Mangels eines rechtmäßigen Auswahlverfahrens richte sich die Beurteilung des Zulassungsgesuchs des Klägers nach der Grundanforderung des § 29 Abs. 2 Satz 5 LHG, also dem Vorhandensein eines Hochschulabschlusses oder eines gleichwertigen Abschlusses sowie nach den Zugangsvoraussetzungen des § 3 der Zulassungsordnung, die der Kläger unstreitig erfüllte. Bei dieser Sachlage erstarke, wie bereits das VG Münster in ähnlichen Konstellationen angenommen hatte, der an sich nur bestehende Anspruch auf eine erneute fehlerfreie Durchführung eines Auswahlverfahrens aus Gründen der sonst nicht möglichen Folgenbeseitigung zu einem unmittelbaren Zulassungsanspruch. Dem Anspruch des Klägers stehe nicht entgegen, dass das Zulassungsverfahren für das Wintersemester 2012/13 abgeschlossen sei und sämtliche nach der Zulassungszahlenverordnung zu vergebenden Studienplätze im Master-Studiengang Management vergeben worden sind. Eine zusätzliche Zulassungsverpflichtung der Hochschule bei einem fehlerhaften Auswahlverfahren bestehe nach der Rechtsprechung dann, wenn über die kapazitären Sollzahl hinaus weitere Bewerber im Wege der Überbuchung zugelassen wurden (vgl. OVG NRW<sup>81</sup>). Dies bejahten die genannten Gerichte im jeweiligen konkreten Fall, denn die dortige Beklagte hatte über die festgesetzte Zulassungszahl von 205 Studienplätzen hinaus zum Wintersemester 2012/13 im Wege der Überbuchung 365 Bewerber zugelassen.

Eine andere Auffassung zur unmittelbaren Zulassung bei fehlerhaft durchgeführten Zulassungsverfahren vertritt das VG Hannover.<sup>82</sup> Nach Abschluss des Hauptverfahrens könne im innerkapazitären Streit nach § 123

73 Vgl zB OVG NRW, Beschl v 26.1.2011 - 13 B 1640/10. Danach folgt allein aus dem – ggf qualifizierten – Bachelorabschluss die Eignung für das Masterstudium. Diese darf nicht durch einen Test überprüft werden.

74 VGH München, Beschl v 2.2.2012 - 7 CE 11.3019, juris.

75 Die Hochschule hatte überhöhte Anforderungen gestellt und die Antragstellerin trotz einer Durchschnittsnote von 1,5, überwiegend guten bis sehr guten Noten in den für den Studiengang einschlägigen Fächern sowie einem „gut“ im Auswahlgespräch

nicht zugelassen.

76 VGH München, Beschl v 18.03.2013 - 7 CS 12.1779, juris.

77 OVG NRW, Beschl v 26.01.2011 - 13 B 1640/11, juris.

78 VG Münster, Urt v 08.12.2011 - 9 K 1832/10; Beschl v 13.11.2013 - 9 L 494/13, jeweils www.nrw.de.

79 Beschl v 14.02.2014 - 13 B 1423/13, juris.

80 VGH Mannheim, Beschl v 24.05.2011 - 9 S 599/11, juris.

81 OVG NRW, Beschl v 26.01.2011 - 13 B 1640/10 (Fn 77).

82 VG Hannover, Beschl v 30.09.2013 - 8 C 6314/13, juris.

VwGO nur noch ein Anordnungsanspruch auf vorläufige Vergabe des nächsten im Verlauf des Nachrückverfahrens oder nach dessen Abschluss frei werdenden Studienplatzes verfolgt werden. Ein Fehler im innerkapazitären Auswahlverfahren begründe keinen Anspruch auf Vergabe eines Studienplatzes, wenn alle innerkapazitär vorhandenen Studienplätze endgültig vergeben worden seien. Maßgebender Gesichtspunkt hierfür sei, dass das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz allein im innerkapazitären Verfahren nicht die in der Zulassungszahlenverordnung normativ festgesetzte Studienplatzzahl durchbrechen werden könne.

## VII. Zusammenfassung

Die gestufte Studienstruktur entsprechend den im Europäischen Kontext gefundenen Bildungszielen ist in der deutschen Hochschulwirklichkeit angekommen. Allerdings bereiten festzustellende Akzeptanz- und Umsetzungsprobleme sowie die Bewältigung der Nachfragesituation im Bereich der Masterstudiengänge den am

Hochschulleben Beteiligten ersichtlich weiterhin deutliche Kopfzerbrechen. Hierzu gehören, wie der vorliegende Beitrag aufzuzeigen sucht, auch umfängliche rechtliche Problemstellungen, denen sowohl die Hochschulen als auch die um einen Masterstudienplatz Nachsuchenden ausgesetzt sind. Deren Bewältigung, etwa in der Ausbildung und Umsetzung von normativ wirksamen Zugangs- und Zulassungsordnungen und in der Erfüllung rechtmäßig gesetzter Anforderungen durch den einzelnen Bewerber/die einzelne Bewerberin, ist höchst fehleranfällig. Die Verwaltungsgerichte stehen dabei, zumal auch die landesrechtlichen Normen deutliche Unterschiede aufweisen, immer wieder vor der Aufgabe, im Spannungsfeld zwischen der Hochschulautonomie einerseits und den verfassungsrechtlich angeknüpften Belangen der – oftmals anwaltlich vertretenen – Studierwilligen andererseits dem Recht gemäß Entscheidungen zu treffen.

Hartmut Maier ist Vorsitzender Richter am VG Münster,  
Robert Brehm ist Rechtsanwalt in Frankfurt am Main.



# Jörg Stalleiken

## *Drittmittelforschung im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrecht*

Der Verfasser stellt im nachfolgenden Beitrag seine Dissertationsschrift mit dem Titel „Drittmittelforschung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht – Unter besonderer Beachtung der Abgrenzung steuerbarer wirtschaftlicher Tätigkeiten von steuerfreier hoheitlicher Betätigung staatlicher Hochschulen“ vor. Die Arbeit wurde betreut von Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volkswirt, Universität Bonn. Sie wurde im Jahr 2013 mit dem Preis für Wissenschaftsrecht des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts ausgezeichnet. Die Arbeit ist im Jahr 2012 in der Reihe „Bonner Schriften zum Steuer-, Finanz- und Unternehmensrecht“ im LIT Verlag erschienen.

### **Einleitung**

Die zunehmende Bedeutung der sog. Drittmittelforschung für die Finanzierung staatlicher Hochschulen hat auch auf Seiten der Finanzbehörden Begehrlichkeiten geweckt. Während es vor zwei Jahrzehnten noch eher unüblich war, dass staatliche Hochschulen überhaupt Steuererklärungen abgeben, ist die Sensibilität für die steuerrechtlichen Folgen einer Drittmittelforschung inzwischen auch an den Universitäten und Fachhochschulen gewachsen. Dabei sind – aus ertragsteuerlicher Sicht – verschiedene Besteuerungsfragen zu unterscheiden. Zum einen stellt sich die Frage, wie derartige Zahlungen beim Drittmittelgeber steuerlich zu berücksichtigen sind (Betriebsausgaben, Spenden etc.). Zum anderen ist die ertragsteuerliche Behandlung solcher Zuwendungen beim Drittmittelempfänger zu prüfen. Dabei ist zunächst zu klären, ob die Zuwendungen steuerrechtlich dem einzelnen Forscher oder seiner Hochschule zuzurechnen sind, was nicht ohne Berücksichtigung der hochschulrechtlichen Rahmenbedingungen möglich ist. Soweit im steuerlichen Sinne die Hochschule der Drittmittelempfänger ist, stellt sich die weitere Frage, ob diese Zahlungen im steuerfreien Hoheitsbereich oder in einem steuerpflichtigen Betrieb gewerblicher Art (BgA) zufließen. Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit im Rahmen

von § 4 KStG ist bereits im Grundsätzlichen nicht unumstritten.<sup>1</sup> Im Bereich von Wissenschaft und Forschung sind nicht nur die besonderen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen der Hochschulforschung, sondern zusätzlich die besonderen Befreiungsregelungen in §§ 5 Nr. 23 KStG, 68 Nr. 9 AO zu beachten, mit denen der Gesetzgeber versucht hat, die negativen Auswirkungen der Finanzrechtsprechung zur Auftragsforschung<sup>2</sup> abzumildern. Im Ganzen ergibt sich eine unübersichtliche und bisher wenig behandelte Gemengelage von hochschulrechtlichen und steuerrechtlichen Vorgaben. Während die umsatzsteuerliche Behandlung von Drittmittelzuwendungen vergleichsweise ausführlich von der Literatur aufbereitet worden ist<sup>3</sup> fehlte bisher die geschlossene monographische Behandlung der ertragsteuerlichen Aspekte. Diese Lücke schließt die Arbeit, indem sie eine geschlossene steuerrechtliche Einordnung der universitären Drittmittelforschung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht unternimmt.

### **§ 1 Grundlegung**

Die Arbeit beginnt mit einer Einordnung des Begriffs der Drittmittelforschung in den hochschulrechtlichen Kontext (§ 25 HRG). Ausgehend vom hochschulrechtlichen Drittmittelbegriff wird zunächst der Begriff der Hochschulforschung in den verfassungsrechtlichen Kontext der Wissenschaftsfreiheit und den Bezug zu den Hochschulaufgaben eingeordnet und anhand dessen eine Typisierung verschiedener Forschungs- und Betätigungsformen (Grundlagenforschung, angewandte Forschung, „Auftragsforschung“, Ergebnisverwertung) vorgenommen. Als Ergebnis kann hier festgehalten werden, dass sich die Aufgaben der Hochschulen auf Wissenschaft und Forschung erstrecken, §§ 2 Abs. 1, 22 HRG. Aus dem Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 3 GG und dem umfassenden Forschungsauftrag der Hochschulen folgt, dass diese jede Forschung als Aufgabe übernehmen können, die vom Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit umfasst ist. Wissenschaftliche Forschung und Hochschulforschung im Sinne einer Hochschulaufgabe sind

1 Vgl dazu etwa Hüttemann, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2002.

2 Insbesondere BFH-Urteil v 30.11.1995, BStBl II 1997, 189.

3 Vgl etwa Küffner, Umsatzsteuerliche Behandlung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Lichte der 6. EG-Richtlinie.

insoweit deckungsgleich. Aus diesem Grund ist auch die universitäre Drittmittelforschung auf das engste mit dem Wissenschaftsbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG verknüpft: Wo die Wissenschaftsfreiheit aufhört, verlässt die Drittmittelforschung regelmäßig auch den Bereich der Hochschulaufgaben.

In der anschließenden zivilrechtlichen Grundlegung werden die vertragsrechtlichen Aspekte der Drittmittelleinwerbung erläutert. Dabei wird zunächst geklärt, wer in dem „faktischen Dreiecksverhältnis“ (Hochschule, Drittmittelgeber und Forscher) überhaupt zivilrechtlich als Vertragspartner des Drittmittelgebers anzusehen ist. Hier zeigt sich, dass nach geltendem Hochschulorganisationsrecht jedenfalls die Fakultäten, Fachbereiche, Institute und Lehrstühle mangels Rechtssubjektivität nicht Vertragspartner sein können. Verträge über Drittmittelforschung kommen vielmehr entweder zwischen dem Drittmittelgeber und der Hochschule oder aber zwischen Drittmittelgeber und dem zur Durchführung des Forschungsprojektes beauftragten Hochschulmitglied zustande, wobei bei letzterem eine Zuordnung zum Hauptamt oder eine Ausübung in Nebentätigkeit vorliegen kann. In einem weiteren Abschnitt werden dann die verschiedenen Arten der Drittmittelzahlungen vertragstypologisch eingeordnet (Werk- bzw. Dienstvertrag, Auftrag oder Schenkung).

## § 2 Ertragsteuerliche Einordnung und Behandlung beim Drittmittelgeber

Der zweite Teil der Arbeit behandelt die ertragsteuerliche Einordnung der Drittmittelaufwendungen beim Drittmittelgeber. Ausgangspunkt der Betrachtung ist die Feststellung, dass die in der Grundlegung herausgearbeiteten Begriffe „Drittmittel“ bzw. „Drittmittelforschung“ selbst für das Steuerrecht keine Einordnungsbestimmung treffen. Sie haben keine steuerliche Entsprechung auf Tatbestandsseite. Es bedarf daher der Subsumtion der einzelnen Drittmittelaktivitäten unter allgemeine steuerliche Tatbestände. Dabei besteht aus sich heraus kein Korrespondenzprinzip zwischen der steuerlichen Behandlung beim Zuwendenden und derjenigen beim Empfänger, etwa in dem Sinne, dass eine steuerliche Abzugsfähigkeit der Aufwendungen beim Zuwendenden zwangsläufig eine Versteuerung beim Empfänger zur Folge hätte und umgekehrt. Für den Drittmittelgeber steht dementsprechend – jedenfalls, wenn es sich um gewerbliche bzw. institutionelle Drittmittelgeber handelt – zumeist die Frage im Vordergrund, ob und in welcher Weise der Abfluss der Drittmittel steuermindernd zu berücksichtigen ist.

Im Einkommensteuerrecht (d.h. in denjenigen Fällen, in denen der Drittmittelgeber eine natürliche Person oder Personengesellschaft ist) steht hierfür entweder eine Einordnung als Erwerbsaufwendungen (Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten) oder als abzugsfähigen Privataufwendungen (Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen) zur Verfügung. Sollten die Aufwendungen hingegen als nichtabzugsfähige („echte“) Privatausgaben zu qualifizieren sein, scheiterte eine steuerliche Abzugsfähigkeit. Bei der Einordnung als Betriebsausgaben ist Voraussetzung ein betrieblicher Veranlassungszusammenhang. Zusammenführend ausgedrückt, müssen Aufwendungen des Steuerpflichtigen dabei objektiv mit dem Betrieb des Zuwendenden zusammenhängen und subjektiv der Förderung des Betriebes dienen. Unerheblich ist, ob die Aufwendungen notwendig, üblich, zweckmäßig oder angemessen sind. Es genügt, wenn sie in einem steuerrechtlich anzuerkennenden wirtschaftlichen Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit stehen. Dieser ist z.B. bei der anwendungsbezogenen Forschung regelmäßig gegeben, fehlt aber bei einer echten mäzenatischen Forschungsförderung.

Liegen keine Betriebsausgaben vor, bleibt der Spendenabzug zu prüfen. Hier ist insbesondere festzustellen, dass Hochschulen ohne weiteres als Zuwendungsempfänger i.S.d. § 10b EStG (bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG) zu qualifizieren sind, während Zuwendungen an Einzelforscher dagegen als Spenden ausscheiden (Erfordernis eines qualifizierten Zuwendungsempfängers). Denkbar ist aber auch der Sonderfall, dass ein Förderer Geld für die Unterhaltung eines Betriebes gewerblicher Art (BgA) bereitstellt, er sozusagen „in den Betrieb gewerblicher Art“ spendet (z.B. bei Zuwendungen an Universitätsklinik). Hier kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass, ausgehend vom Kriterium der Verwendung für spendenbegünstigte Zwecke des § 10b Abs. 1 EStG eine unschädliche Vereinnahmung und Verwendung auch innerhalb eines Betriebes gewerblicher Art erfolgen kann, sodass Drittmittelzuwendungen an einen Forschungsbetrieb gewerblicher Art gleichsam abzugsfähig sind, wenn die weiteren Voraussetzungen der Norm vorliegen. Diese weiteren Voraussetzungen (u.a. Forschungsförderung als steuerbegünstigter Zweck, Fremdnützigkeit, Unentgeltlichkeit und Freiwilligkeit der Spende) werden sodann eingehend mit der Realität der Drittmittelvergabe abgeglichen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, liegen weder Betriebsausgaben noch Spenden vor und die Zahlungen sind steuerlich nicht abzugsfähig.

### § 3 Steuerliche Einordnung und Behandlung beim Drittmittlempfänger

Ausgehend von der zuvor herausgearbeiteten zivilrechtlichen Bestimmung der Beteiligten an einem Drittmittelprojekt ist steuerlich danach zu unterscheiden, wer Drittmittlempfänger und damit Steuersubjekt ist. Steuerlich sind gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG Einkünfte von demjenigen zu versteuern, der sie „erzielt“, nach heute gebräuchlicher Formel also von demjenigen, der den Tatbestand verwirklicht, an den das Gesetz die Entstehung der sachlichen Steuerpflicht knüpft. Dies kann entweder der Hochschulforscher oder aber die Hochschule sein.

#### A. Forscher als Drittmittlempfänger

Zwecks Untersuchung der steuerlichen Zurechnung der Einkünfte sind zunächst die dienstrechtlichen Besonderheiten beim Drittmittelforscher zu erörtern. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wann eine Drittmittelforschung dem Hauptamt (dann ist die Hochschule Drittmittlempfänger) bzw. dem Bereich der Nebentätigkeit (dann sind die Zuwendungen vom Forscher selbst zu versteuern) zuzuordnen ist und inwieweit der Forscher insoweit ein „Wahlrecht“ hat. Ausgehend von § 25 Abs. 1 Satz 1 HRG räumen nämlich die Hochschulgesetze der Länder dem Forscher ein Wahlrecht ein, drittmittelgeförderte Vorhaben „im Rahmen seiner dienstlichen Aufgaben“ auszuführen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Forschungsauftrag an den Hochschulforscher selbst gerichtet ist, das Drittmittelprojekt aber innerhalb der Aufgaben der Hochschule liegt.

Eine nach dienstrechtlichen Kriterien dem Hauptamt zugehörige Forschungstätigkeit kann nicht zu freiberuflichen oder gewerblichen Einkünften des Hochschulforschers führen, da die Ausübung eines Amtes die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt. Insbesondere aus § 2 Abs. 2 BBesG folgt, dass alle Tätigkeiten des Hauptamtes mit der Besoldung abgegolten sind (sog. „Verbot der Doppelalimentation“). Im Zusammenhang damit stehen die (landes)beamtenrechtlichen Regelungen, die regelmäßig die Annahme von Zuwendungen Dritter für die Ausübung des Amtes entweder verbieten oder zumindest von der Zustimmung des Dienstvorgesetzten abhängig machen. Da es in diesem Fall dem Hochschulforscher aufgrund seines Tätigwerdens für die Hochschule bereits an einer Einnahmeerzielungsabsicht fehlt, könnten steuerpflichtige Einnahmen hiernach grundsätzlich nur in Nebentätigkeit vereinnahmt werden. Einnahmen können demnach allenfalls als Entgelt von Dritter Seite im Rahmen nichtselbständiger (hauptamtlicher) Tätigkeit steuerbar sein.

Ist demgegenüber die Forschungstätigkeit nach dienstrechtlichen Kriterien als privatnützige Nebentätigkeit einzuordnen, liegen regelmäßig Gewinneinkünfte vor. Diese stellen entweder Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit in der Form der freiberuflichen Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder aber Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit i.S.d. § 15 EStG dar. Beide Einkunftsarten stehen selbständig nebeneinander und schließen sich gegenseitig aus. Folge der Einordnung als gewerbliche Tätigkeit ist eine – in der Regel unliebsame – Gewerbesteuerpflicht.

Ob es sich um freiberufliche oder aber gewerbliche Einkünfte handelt, bestimmt sich in erster Linie nach dem Grad der Wissenschaftlichkeit der Forschungstätigkeit. Dabei ist die Prüfung der Wissenschaftlichkeit einer Betätigung nicht etwa bereits im Hinblick auf die Ausübung eines Katalogberufes i.S.d. § 18 Abs. 1 EStG entbehrlich. Bei den „normalen“ ärztlichen, rechts-, steuer- oder unternehmensberatenden Berufstätigkeiten fehlt es regelmäßig am Merkmal der Wissenschaftlichkeit, auch wenn sie auf wissenschaftlicher Grundlage und Vorbildung beruhen, da die praktische Berufsausübung auf der Anwendung gesicherter Grundlagen und Erkenntnisse auf konkrete Verhältnisse beruht. Eine selbständige Tätigkeit käme dann nur bei Ausübung eines Katalogberufes i.S.d. § 18 Abs. 1 EStG in Betracht. Bei denjenigen Professoren der Medizin, die zugleich als approbierte Ärzte in der Krankenversorgung privatversicherter Patienten in Nebentätigkeit tätig sind, ist dies in der Regel unproblematisch. Führen diese jedoch in Nebentätigkeit klinische Studien im Auftrag von Pharmaunternehmen durch und erbringen sie in diesem Zusammenhang Gutachten, handeln sie nicht in Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit. In diesem Fall ist also im Einzelnen zu prüfen, ob die Erstattung des Gutachtens auf wissenschaftlicher Grundlage erfolgt und für sich beurteilt eine wissenschaftliche Tätigkeit darstellt. Bei anderen Fachrichtungen ist ohnehin zu beachten, dass die gutachterliche oder fallbezogene rechtliche bzw. beratende Tätigkeit etwa von Hochschulprofessoren der Rechtswissenschaften oder der betrieblichen Steuerlehre weder ein Katalogberuf noch eine einem solchen „ähnliche Tätigkeit“ i.S.d. § 18 EStG ist, da es hierbei entscheidend auf die Berufszulassung ankommt.

Nur ausnahmsweise können Überschusseinkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit vorliegen, wenn nach Art der vertraglichen Gestaltung der Forscher als Arbeitnehmer des Drittmittelgebers anzusehen ist. Steuerbefreiungen werden nur in Ausnahmefällen (§§ 3 Nr. 11, 44 EStG) eingreifen.

## B. Hochschule als Drittmittlempfänger

Der inhaltliche Schwerpunkt der Arbeit widmet sich sodann der – in der Praxis hoch umstrittenen – steuerlichen Behandlung von Drittmittleinnahmen durch die Hochschule selbst. Der Erörterung bedarf hierbei insbesondere die Abgrenzung der steuerfreien Hoheitssphäre der Hochschulen von der steuerpflichtigen Forschung in einem BgA. Diesbezüglich stellt die Arbeit heraus, dass eine zutreffende steuerliche Einordnung von Drittmittleinnahmen auf Hochschulebene nur in enger Ausrichtung am Wettbewerbsgedanken als *ratio legis* der Besteuerung der öffentlichen Hand erfolgen kann, wenn sie zu sachlich und methodisch belastbaren Ergebnissen kommen will. Die herausgearbeiteten Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die staatlichen Hochschulen unterliegen als Körperschaften des öffentlichen Rechts dem Besteuerungsregime der öffentlichen Hand. Sie, nicht das Land als Träger der Hochschulen, sind Körperschaftsteuersubjekte, da sie die Unterhaltung von Betrieben gewerblicher Art kraft ihres Selbstverwaltungsrechts und nicht als Staatsaufgabe wahrnehmen. Die Hochschulen unterliegen der Körperschaftsteuer wegen jedes einzelnen Betriebes gewerblicher Art. Die in der Praxis gebräuchliche Verdichtung auf einen Betrieb gewerblicher Art der Hochschule („Betrieb gewerblicher Art Auftragsforschung“) steht mit den gesetzlichen Vorgaben nicht in Einklang.

Steuerrechtssystematischer Grundzustand der öffentlichen Hand ist die Steuerfreiheit. Eine Besteuerung von Tätigkeiten der öffentlichen Hand ist nur geboten, wo diese in einen Wettbewerb zu privatwirtschaftlichen Unternehmen tritt (partielle Steuerpflicht der öffentlichen Hand mit ihren Betrieben gewerblicher Art, § 4 KStG). Normlogik des § 4 KStG und *ratio legis* der Besteuerung der öffentlichen Hand gebieten dabei eine „positive“ Abgrenzung ausgehend vom Tatbestandsmerkmal der wettbewerbsrelevanten wirtschaftlichen Tätigkeit i.S.d. § 4 Abs. 1 KStG. Eine „negative“ Abgrenzung ausgehend vom Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. § 4 Abs. 5 Satz 1 KStG ist nicht zielführend. Die hierbei immer noch in der Rechtsprechung gebräuchlichen Merkmale „eigentümlich und vorbehalten“ sollten aufgegeben werden, da Forschung den Hochschulen in keiner ihrer Erscheinungsformen „eigentümlich und vorbehalten“ ist. Vielmehr lassen sich in der Rechtswirklichkeit zahllose Beispiele anführen, in denen private Forschungseinrichtungen dieselbe Forschung ausführen (können).

Die Arbeit fasst zunächst den Stand der herrschenden Meinung in der Literatur und der Auffassung der Fi-

nanzverwaltung zusammen, wonach die steuerfreie hoheitliche Drittmittelforschung der Hochschulen vom steuerpflichtigen Forschungs-BgA im Kern anhand indizieller Kriterien abgrenzen. Nach der Literatur soll wie folgt zu unterscheiden sein: Stammen die Drittmittel aus öffentlichen oder privaten Quellen? Ist die Forschung auf das Allgemeinwohl oder die Interessen eines bestimmten Auftraggebers gerichtet? Hat sich der Drittmittelgeber als Gegenleistung für seine Zuwendung exklusive Verwertungsrechte an den Forschungsergebnissen einräumen lassen? Ist die Forschung vom Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG, umfasst?

Die Finanzverwaltung (BMF-Bericht „Körperschaftsteuerrechtliche und umsatzsteuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Besteuerung von Hochschulen“ v. 5.11.1993, Tz. 56 f., n.v.) hat gewissermaßen als Synthese der von der Literatur aufgegriffenen Abgrenzungskriterien einen Indizienkatalog für eine steuerliche Einordnung der Drittmittleinnahmen auf Hochschulebene aufgestellt. Danach spricht

„für eine hoheitliche Drittmittelforschung (...):

- Die Drittmittelgeber gehören selbst der öffentlichen Hand an oder werden maßgeblich von ihr finanziert (Ausnahmen bei privaten Zuwendungen denkbar).
- Der Drittmittelgeber fördert uneigennützig die Forschung in einem bestimmten Fachgebiet.
- Im Rahmen der Forschung entstandene Schutz-, Urheber-, Nutzungs- und Verwertungsrechte verbleiben der forschenden Hochschule.
- Die Übertragung solcher Rechte auf Dritte erfolgt nicht mit der Vereinbarung der Ausschließlichkeit.
- Die Forschungsergebnisse werden durch Veröffentlichung kurzfristig allgemein zugänglich gemacht.
- Aus der Verwertung der Forschungsergebnisse fließen an den Drittmittelgeber höchstens Einnahmen bis zur Höhe der gewährten Zuwendung einschl. Zinsen zurück.

Gegen eine hoheitliche Betätigung und für einen Betrieb gewerblicher Art spricht:

- Der Drittmittelgeber gibt einen Auftrag, der gezielt seinen (öffentlichen oder privaten) Interessen entspricht.
- Die Hochschuleinrichtung übernimmt einen nach Art und Umfang genau beschriebenen Forschungs- und Entwicklungsauftrag.
- Der Auftraggeber erhält als Ergebnis ein Gutachten oder einen Bericht.
- Der Auftraggeber behält sich exklusive Verwertungsrechte hinsichtlich der Forschungsergebnisse vor.

- Die Veröffentlichung der Forschungsergebnisse wird unterbunden oder zeitlich stark verzögert, z.B. um Schutzrechte (Patente) zu sichern.“

Es spricht für die Unsicherheit der Finanzverwaltung in dieser Frage, dass sich die aufgezählten Beispiele teilweise widersprechen oder sogar gegenseitig aufheben. Die vorgenannten Abgrenzungskriterien versuchen letztlich eine Abgrenzung der steuerpflichtigen von der steuerfreien Forschungstätigkeit ausgehend vom Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ i.S.d. § 4 Abs. 5 Satz 1 KStG. Mit der ratio legis der Besteuerung der öffentlichen Hand und der Dialektik des § 4 KStG stehen solche Kriterien indes nicht in Einklang und führen abseits eindeutiger Fälle zu Abgrenzungsschwierigkeiten.

Zielführend und steuerrechtssystematisch zutreffend ist allein eine strenge Ausrichtung der Abgrenzung steuerfreier von steuerpflichtiger Drittmittelforschung am Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als tragendem Rechtsgrund für die Begründung einer Steuerpflicht der öffentlichen Hand. In der Drittmittelforschung ist daher jede Tätigkeit gesondert auf ihre Wettbewerbsrelevanz zu untersuchen. Dabei kann von der Herkunft der Drittmittel, der Einräumung von Verwertungsrechten, der Wissenschaftlichkeit der Tätigkeit u.ä. der vorgenannten Kriterien der herrschenden Meinung nicht auf eine Wettbewerbsrelevanz der Drittmittelaktivität geschlossen werden. Eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 KStG im Rahmen eines steuerpflichtigen BgA durch Drittmittelforschung liegt nach vom Verfasser vertretener Ansicht (nur) vor, wenn eine Hochschule Forschungsleistungen erbringt, die typischerweise mit Rentabilitätsersparung auch von Privaten durchgeführt werden können. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein Nachfrager für die Forschungsleistung vorhanden ist und ein gedachter Dritter diese Forschungstätigkeit zu denselben Bedingungen übernehmen würde. Die räumlichen Grenzen des relevanten Marktes sind hierbei weit zu ziehen. Diesem Wettbewerbsverständnis steht es nicht entgegen, dass § 4 Abs. 1 Satz 2 KStG keine Gewinnerzielungsabsicht der Hochschule voraussetzt. Aufgrund struktureller Unterschiede zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen ist damit über die Gewinnschöpfungsmöglichkeiten effizienterer Privatunternehmen, auf die es als Peer Group ankommt, noch nichts gesagt.

Im Bezug auf die verschiedenen zu Beginn der Arbeit in der Grundlegung typisierten Forschungsarten führt dies – wiederum typisiert – zu folgenden Befunden:

- Bei der sog. Grundlagenforschung als in hohem Maße verlustträchtiger Forschung ist eine „wirtschaftliche

Tätigkeit“ i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 KStG regelmäßig nicht gegeben. Vielmehr ist festzustellen, dass für die sog. Grundlagenforschung aufgrund ihrer Unwirtschaftlichkeit ein Wettbewerb nach ökonomischen Maßstäben grundsätzlich nicht besteht. Ausnahmen sind allerdings möglich; der Eintritt in ein Wettbewerbsverhältnis zu privatwirtschaftlichen Unternehmen ist fließend und stets einzelfallbezogen anhand der jeweiligen Tätigkeit zu ermitteln.

- Bei der Auftragsforschung ergibt sich eine Wettbewerbssituation bereits durch die Existenz des in § 25 Abs. 1 HRG niedergelegten Wahlrechts des Drittmittelforschers, Drittmittelvorhaben nach seiner Wahl in Nebentätigkeit durchzuführen. Er selbst ist in seiner Eigenschaft als privatnütziger Nebentätiger immer auch zumindest potentieller Wettbewerber, wenn das Drittmittelvorhaben die Voraussetzungen einer wahlweisen Ausübung im Hauptamt oder in Nebentätigkeit erfüllt. Übt der Hochschulforscher sein Wahlrecht zugunsten der Durchführung in Nebentätigkeit aus, erstarkt das potentielle Wettbewerbsverhältnis zu einem konkreten. Unliebsame Ertragsteuerfolgen können jedoch in der Regel durch Nutzung der Steuerbefreiungsvorschrift des § 5 Nr. 23 KStG abgewendet werden, der die Auftragsforschung umfassend steuerlich befreit.

- Die Verwertung von Forschungsergebnissen, die im Rahmen eines Forschungsbetriebes gewerblicher Art gewonnen wurden, unterliegt stets der Steuerpflicht innerhalb dieses Betriebes gewerblicher Art.

Verfahrensrechtlich ist nur die Steuerpflicht der öffentlichen Hand nachzuweisen, nicht aber deren Gegenteil. Daher ist auch die Vermögensverwaltung der Hochschulen nach dem beachtlichen Willen des Gesetzgebers zunächst steuerfrei, solange durch sie keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen auftreten. Die Überprüfung vermögensverwaltender Betätigung anhand ihrer Wettbewerbsrelevanz erfährt allerdings eine Einschränkung dahingehend, dass eine tatsächliche Beeinträchtigung von Mitbewerbern am Markt durch Weitergabe des Steuervorteils an die Leistungsabnehmer zu fordern ist (Vorliegen eines „konkreten Wettbewerbsverhältnisses“). Zu weitgehend wäre demgegenüber ein Verständnis, nach dem die Vermögensverwaltung nach allgemeinen Grundsätzen bereits als „wirtschaftliche Tätigkeit“ i.S.d. § 4 Abs. 1 KStG zu qualifizieren wäre, wenn sie von Privaten unter gleichen Bedingungen mit Rentabilitätsersparung am Markt angeboten werden könnte (Vorliegen eines nur „potentiellen Wettbewerbsverhältnisses“).

Die Verwertung von Forschungsergebnissen, die im Rahmen eines Forschungsbetriebes gewerblicher Art gewonnen wurden, unterliegt stets der Steuerpflicht inner-

halb dieses Betriebes gewerblicher Art (s.o.). Eine Qualifikation als Vermögensverwaltung kommt nur bei der Substanznutzung von Hoheitsvermögen in Betracht. Die Verwertung von Forschungsergebnissen aus Forschungstätigkeiten im hoheitlichen Bereich stellt also grundsätzlich steuerfreie Vermögensverwaltung der Hochschule dar. Allerdings ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Univer-

sität den Vorteil der Nichtbesteuerung zu Lasten anderer Mitbewerber an die Abnehmer am Markt weitergibt. Wo dies der Fall ist, ist auch die Vermögensverwaltung einer Besteuerung zu unterwerfen.

Dr. Jörg Stalleiken, Rechtsanwalt, Steuerberater, Diplom-Finanzwirt, ist assoziierter Partner der Sozietät FLICK GOCKE SCHAUMBURG in Bonn.

# Jianhong Fan

## *Jurastudium in Macau*

### A. Einführung

Wer einige Semester in Macau studieren oder hier sein Jurastudium aufnehmen will, benötigt einen Nachweis der Hochschulreife. Damit ein Abschluss anerkannt wird, müssen Fächerwahl, Stundenzahl und Schuldauer denen eines macauischen Gymnasiums entsprechen. Fachgebundene Abschlüsse werden nicht anerkannt. Wird der Abschluss nicht vollständig anerkannt, muss eine Macau-Abschlussprüfung bestanden werden. Da es in Macau viele internationale Gymnasien<sup>1</sup> gibt, wird auch ein Englisch oder Portugiesisch sprechender Bewerber grundsätzlich nicht auf Hindernisse stoßen.

Die Staatliche Universität Macau genießt einen hervorragenden Ruf in Macau und in Festland-China.<sup>2</sup> Zudem sind die Studiengebühren oftmals niedriger als die von privaten Universitäten, wie z.B. der Macau University of Science and Technology. Da die juristischen Fakultäten<sup>3</sup> in Macau Bachelor- und Master- sowie Doktorandenstudiengänge anbieten, ist ein zusätzliches Jurastudium in Macau problemlos möglich. Damit das Examen auch in China sowie in Portugal in allen Fällen anerkannt wird, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein.

### B. Inhalt und Art des Studiums

Das Jurastudium an den Universitäten in Macau wurde und wird von der Universida de Coimbra<sup>4</sup> sowie der portugiesischen Rechtskultur<sup>5</sup> aber auch von der chinesischen Rechtskultur sowie chinesischen Universitäten wie zum Beispiel der Beijing Universität beeinflusst. Von Bedeutung sind auch die World University Rankings deren Kriterien jedoch mindestens in Hinsicht auf unterschiedliche Sprachen in europäischen und asiatischen

Veröffentlichungen problematisch sind.<sup>6</sup> Eine solche Orientierung an dem Stand von amerikanischen und englischen World University Rankings hat nicht nur eine negative Auswirkung auf die freie Forschungsordnung, sondern fördert auch die marktwirtschaftlichen und politischen Interessen hinter der World University Rankings. Die juristischen Fakultäten in Macau versuchen zwischen Internationalisierung, Multinationalisierung sowie nationaler Selbstbestimmung und zwischen modernen und wissenschaftlichen Bestrebungen einen erfolgreichen Weg für die juristische Ausbildung zu gehen. Es gibt einen internationalen und nationalen Fluss von Energie, der jeden einzelnen Moment des Universitätslebens durchfließt. Dieser Fluss formt auch das Leben des Jurastudiums auf eine organische Weise, die den Studenten stets alles auch in Programmen gibt, was sie gerade jetzt für ihre Entwicklung benötigen.

### I. Bachelorstudium

Das Jura Studium in Macau ist oft mit einem Numerus clausus belegt. Ein Abiturient benötigt also einen bestimmten Notendurchschnitt, damit ihn die Universität zulässt, jedoch müssen die Abiturienten aus Festland-China eine Aufnahmeprüfung zur Hochschule bestehen.

Die Juristenausbildung der staatlichen Universität Macau (UM) zielt auf die Befähigung zum Richteramt und auf den Anwaltsberuf sowie auf den Beruf als Rechtsberater in der Regierung in Macau ab. Dabei spielt die portugiesische Sprache noch eine wichtige Rolle in der Rechtsprechung und in der Verwaltung von Behörden und Ämtern in Macau. Zum Großen Teil verlangen aber die Wirtschaft und Industrie gut ausgebildete Juristen, die sich früh in der Praxis, nicht nur in Macau, sondern auch außerhalb Macaus in einer Rechtsabteilung ei-

1 Es gibt englische und chinesische Gymnasien, wie zB Chan Sui Kim Perpetuell Help College (<http://www.cskphc.edu.mo/>), Colosio Diözesane de São José (<http://www.cdsj.edu.mo/en/>), portugiesisches Gymnasium (<http://www.epmacau.edu.mo>) und englische Gymnasien, wie zB School of Theo Nation (<http://www.schoolofthenations.edu.mo>), Macau Angelica College (<http://www.acm.edu.mo/index.php>), The International School of Macao(<http://www.tis.edu.mo>).

2 Vgl [http://www.umac.mo/tour\\_UM\\_history.html](http://www.umac.mo/tour_UM_history.html).

3 Es gibt nur zwei juristischen Fakultäten in Macau, nämlich die juristische Fakultät in University of Macau und in Macau University of Science and Technology.

4 Tong, *Inching*, Legal Science, Legal Education and the Formation of Macau Lawyers, in: Dennis T.C. Tang/Chi Chung (ed), Gross-

Strait, Four-Region-Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong and Macau, Legal Education for Lawyers and the public, Vol 1, Taipei, Taiwan, Republic of China, sept 2011, P 290.

5 Vgl Tong, *Iocheng*, aaO, Pp 315-316.

6 Beispielsweise werden die rechtswissenschaftlichen Aufsätze in deutschen Zeitschriften zwar grundsätzlich von KJB-Ranking, aber nicht von SSCI-Ranking aufgenommen. Auch ist der Impact Factor(IF) vom Gebrauch der Englischer Sprache stark beeinflusst, so dass die Ergebnisse von World University Rankings für europäische und asiatische Universitäten vielfach nicht gerechtfertigt sind. Vgl Fan, *J.H./Li, C.*, Studien über Deutsches Recht, China Legal Publishing House, Beijing (Chinese), 2013, S 4 Fn 2.

nes Unternehmens betätigen und spezialisieren und internationalisieren wollen. So sind neben dem Zivilrecht, Strafrecht, Verfassung (China) Grundgesetz von Macau sowie dessen Prozessrecht auch wirtschaftliche Kurse und Fremdsprachenkurse (Englisch und Portugiesisch) sowie Kurse über internationales Recht im Angebot. Um die Ausbildung von Fachidioten<sup>7</sup> zu vermeiden, bieten die UM auch Pflichtfächer (General Education Course), wie z.B. University life, Wellness and Sport Practice, Visual and Performing Arts (Visual Art, Drama and Music) an,<sup>8</sup> jedoch bietet die UM im Studienjahr 2014 unter dem Zeitdruck der Vorlesungen von juristischen Pflichtfächern sowie der portugiesischen Sprachen das Pflichtfach University Life nur im ersten Semester anbieten. Und die wissenschaftliche und technische Universität Macau (Macau University of Science and Technology), kurzgenant MUST, bietet den juristischen Studenten verschiedene allgemeine Kurse vom ersten Semester bis zum sechs Semester an. Solche Kurse wie z.B. Naturkatastrophe, Kultur des Tees usw. werden in der Regel von berühmten chinesischen Wissenschaftlern gehalten. In obengenanntem Sinne fehlt es noch an Kursen, wie z.B. Rechtstheorie und -philosophie in UM. Es gibt noch keinen Kurs von Rechtsethik für Universitäten in Macau, die allerdings zurzeit für Juristen in Macau und Festland-China besonders von Bedeutung sein sollten.

Das Rechtssystem in Macau unterscheidet sich in Hinsicht auf die konkrete Rechtsanwendung von denen anderer Regionen in Festland-China, Hongkong und Taiwan. Mit einem in Macau erworbenen Bachelor Abschluss in Jura kann es also zu Problemen am Arbeitsmarkt in anderen chinesischen Regionen kommen. Umgekehrt darf sich ein Bewerber, der in China einen Bachelor-Abschluss erworben hat, nicht direkt um eine Stelle in der Regierung von Macau bewerben, wenn er noch nicht einen Einführungskurs über Macau-Recht absolviert hat.<sup>9</sup> Strebt ein Student eine internationale Karriere an oder möchte er in international aufgestellten Unternehmen arbeiten, reicht ein Bachelor-Studium in Macau oft nicht aus. Die Universitäten in Macau pflegen deshalb für bestimmte Jura-Studiengänge außerdem Kooperationen mit ausländischen Hochschulen, besonders in Portugal und anderen europäischen Ländern. Während solch eines Studiums kann ein Student dann einige Semester die Partner-Universität besuchen.

Eine Zwischenprüfung nach einem bestimmten Semester gibt es in den juristischen Fakultäten nicht. Auch ein drei monatiges Praktikum am Gericht, in einer Anwaltskanzlei, in der Regierung oder bei Unternehmen wie in Deutschland ist in der UM nicht erforderlich. Es gibt ein Praktikum im Studienplan<sup>10</sup> in der MUST, jedoch nicht im Sinne des obengenannten Praktikums, sondern ein Praktikum in der eigenen Universität<sup>11</sup> oder in einer Anwaltskanzlei für mindestens fünf Tagen. Im achten Semester schreiben die Studentinnen und Studenten die Bachelorarbeit im Umfang von etwa 20 Seiten. Das Bachelor-Studium in Jura beendet ein Student mit dem Titel Bachelor Laws (LL.B.). Nach dem Bachelor Studium besteht die Möglichkeit, einen Master of Laws Studium anzuschließen.

Eine besondere Regelung für Studierende des chinesisch-portugiesischen oder europäischen Studiengangs gibt es bis jetzt noch nicht. In Zukunft soll der LL.B. automatisch mit dem Abschluss der Bachelors von Partneruniversitäten erworben werden.

Immer mehr Universitäten bieten aber auch ein praktisches Studium im Bereich Jura und Fremdsprachen an, um sich auf bestimmte Rechtsgebiete oder spezielle Aufgaben vorzubereiten. Der Studiengang „Improvement of Legal Practice and Language Program“<sup>12</sup> in UM qualifiziert einen Studenten mit dem Abschluss des Bachelors beispielsweise speziell für die Fallbearbeitung und Übersetzungsübung vom Chinesischen ins Portugiesische oder umgekehrt.

Nach dem Bachelor Studium in Jura kann ein Student erst nach einer speziellen Ausbildung Anwalt oder Richter werden (dazu unter IV). Aber ihm stehen Alternativen offen. Möglich ist beispielweise eine Tätigkeit in einer Rechtsabteilung eines großen Unternehmens. Viele Bachelor Absolventen des Jura Studiums zieht es außerdem in die Verwaltung von Behörden und Ämtern in Macau. Die Konkurrenz auf dem kleinen juristischen Arbeitsmarkt in Macau wird immer heftiger.

## II. Magisterstudium

Das zweijährige Magisterstudium zum Erwerb des international anerkannten akademischen Grades eines Magisters oder eines Zeugnisses über ein postgraduelles Studium wird an den Universitäten in Macau angeboten.

7 L. Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, Neudruck 2. Aufl, Hamburg 1971.

8 Vgl Studienplan der Staatlichen Universität Macau (<http://www.umac.mo/fl/program/bachelor.html>).

9 Vgl Introduction to Macau Law Program (<http://www.umac.mo/fl/teaching/course.html>).

10 Vgl [http://www.must.edu.mo/cn/fl/programme/bachelors-](http://www.must.edu.mo/cn/fl/programme/bachelors-degree-programme/study-plan)

[degree-programme/study-plan](http://www.must.edu.mo/cn/fl/programme/bachelors-degree-programme/study-plan). Die Studenten absolvieren ihr Praktikum normalerweise im dritten Studienjahr, nicht im vierten Studienjahr wie der Studienplan verkündet.

11 ZB Teilnahme an der akademischen Veranstaltung in der MUST.

12 Vgl Art 2 (1) of Pedagogic Regulation (<http://www.umac.mo/fl/teaching/course.html>).

Ein einjähriges Magisterprogramm in UM wird auch bald möglich sein. Das Magisterstudium steht grundsätzlich nur Studierenden offen, die eine juristische Ausbildung an einer Hochschule in Macau oder einer Hochschule außerhalb Macaus absolviert haben. Es orientiert sich hinsichtlich seiner Dauer und Leistungsanforderungen an vergleichbaren Studienabschlüssen insbesondere angloamerikanischer Law Schools. Es gibt an der UM verschiedene Magisterprogramme, wie z.B. ein chinesisches Rechtsprogramm,<sup>13</sup> ein portugiesisches Rechtsprogramm<sup>14</sup> und englische Programme in Europarecht, Internationalem Recht und Rechtsvergleichung sowie in Internationalem Handelsrecht.<sup>15</sup> In MUST gibt es auch verschiedene Magisterprogramme, wie z.B. Programme in Chinesischem Recht, Internationalem Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Strafrecht und Strafverfahrensrecht.<sup>16</sup>

Das Magisterstudium beginnt regelmäßig mit der Vorlesungszeit im September und endet im darauf folgenden Juli. Die Kandidatinnen und Kandidaten haben in dem ersten Jahr (UM) oder innerhalb von 18 Monaten (MUST) ein Studienprogramm zu absolvieren, wobei jedes Fach mit einem Leistungsnachweis abgeschlossen wird. Die Magisterprüfung besteht aus einer Magisterarbeit und einer öffentlichen mündlichen Verteidigung. Diese findet in einer Vorlesungswoche des Semesters statt.

### III. Doktorstudium

Das Doktorandenprogramm in den Rechtswissenschaften, wie es insbesondere von der UM und der MUST durchgeführt wird, bietet die Möglichkeit, sich wissenschaftlich mit einem Forschungsprojekt (Dissertation) in verschiedenen Sprachen (Chinesisch/Englisch/Portugiesisch/Deutsch)<sup>17</sup> in folgenden Forschungsrichtungen zu einer rechtlichen Thematik auseinanderzusetzen. Diese sind: Zivilrecht, Handelsrecht, Verfassungsrecht und Grundgesetz (MC/HK) sowie Verwaltungsrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Völkerrecht, Straf-

recht, Zivilprozessrecht, Verwaltungsprozessrecht, Strafprozessrecht, Rechtsgeschichte und -philosophie, Recht der WTO. Die UM bietet auch noch die Forschungsrichtung der Rechtsvergleichung und die MUST bietet außerdem noch Rechtsschutz der Umwelt und Energie.

Die Voraussetzung für die Zulassung ist der Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Diplom- oder Masterstudiums oder eines diesen gleichwertigen rechtswissenschaftlichen Studiums an einer anerkannten inländischen oder ausländischen postsekundären Bildungseinrichtung. In anderen Fällen wird ein Magisterstudent mit einem B.A. Grad in UM auch direkt als Doktorand zugelassen.<sup>18</sup>

Weiterhin muss die Eignung als Doktorand in UM auch mindestens von einem schon veröffentlichten rechtswissenschaftlichen Aufsatz in einer Zeitschrift oder in einer Abhandlungssammlung bestätigt, oder mindestens von zwei Aufsätzen in unterschiedlichen rechtlichen Konferenzen unterstützt werden. Das alles muss innerhalb 12 Monaten nach der Zulassung erfüllt werden. Ähnliche Anforderungen, wie z.B. ein Bookreview und zwei Aufsätze in einem Buch oder in einer Zeitschrift, die innerhalb von drei Semester zu erfüllen sind, gibt es auch im Doktorandenprogramm von MUST. Die Aufsätze dienen dem Nachweis der Befähigung zur selbstständigen Bewältigung wissenschaftlicher Fragestellungen.

Eingebettet in ein differenziertes didaktisches Gesamtkonzept wird die Ausbildung für Doktoranden in zwei Phasen gegliedert: Neben dem Verfassen der Dissertation haben sie Lehrveranstaltungen zur wissenschaftlichen Vertiefung im Bereich von wissenschaftlicher Arbeitstechnik sowie Rechtsmethoden zu absolvieren. An der MUST müssen Doktoranden drei Pflichtfächer je nach Fachrichtung mit einem Aufsatz absolvieren.<sup>19</sup> Seit Neuem werden auch Juristische Salons von der Juristischen Fakultät der UM veranstaltet. Bei einem Juristischen Salon soll ein rechtliches Thema, welches ein Fakultätsprofessor präsentiert, auf anregende Weise den Doktoranden näher gebracht werden. Mit den Salons, an

13 Es gibt auch verschiedene Fachrichtungen von Verfassungsrecht, Grundgesetz (Macau und Hongkong), Verwaltungsrecht, Rechtsvergleichung in Zivilrecht und Strafrecht, Internationales Handelsrecht sowie Umwelt- und Energierecht, vgl. Studienplan der staatlichen Universität Macau (<http://www.umac.mo/fll/program/master.html>).

14 Vgl. Studienplan (<http://www.umac.mo/fll/program/master.html>).

15 Vgl. Studienplan (<http://www.umac.mo/fll/program/master.html>).

16 Vgl. <http://www.must.edu.mo/en/fl-en/programme/bachelors-degree-programme/study-plan>.

17 In MUST werden nur chinesische und auch englische Dissertationen betreut.

18 „Accelerated Entry to PhD Programmes (for Master's Students),

have been registered in a Master's programme at the University of Macau for at least one year, have successfully finished the coursework part with a cumulative GPA of at least 3.5 or equivalent, and have demonstrated strong research ability. Direct Entry to PhD Programmes (for Bachelor's Degree Holders) Hold a Bachelor's degree with a cumulative GPA of at least 3.5 or equivalent from a recognized university, and have demonstrated strong research ability. For exceptional cases, admission should be endorsed by the Dean and be approved by the Graduate School." Vgl. 2014/2015 Regular Admission to PhD Programmes ([http://www.umac.mo/grs/en/admissions\\_phd\\_regular.php](http://www.umac.mo/grs/en/admissions_phd_regular.php)).

19 Vgl. <http://www.must.edu.mo/en/fl-en/programme/doctoral-degree-programme/study-plan>.

denen alle Doktoranden teilnehmen sollen, will man eine gründliche Vertrautheit mit den mit der Dissertation verbundenen Hauptproblemen oder Fachgebieten erreichen. Inzwischen meinen viele Doktoranden, dass die Zeit für die Befassung mit den mit der Dissertation verbundenen Fachgebieten vergeudet ist und halten den Zwang zur Teilnahme für unzumutbar. Gegenwärtig ist für die Veranstaltung aber noch eine schriftliche Prüfung erforderlich. Ergänzt werden diese Komponenten durch unterschiedliche Betreuungselemente wie Konferenzen oder Gespräche mit den Betreuern.

Ein Teil der Doktoranden wird durch ein Stipendium in Höhe von etwa 9.500 MOP monatlich von UM finanziert. Es dauert normalerweise drei Jahre und eine Verlängerung ist möglich. An der MUST bekommen auch gute Studenten Stipendium in der Form, dass sie oder er keine Studiengebühren<sup>20</sup> für das gesamte Studium zahlt. Für diejenige Doktoranden, die kein Stipendium bekommen, wird als Finanzierungsunterstützung ein Research Programm unter Leitung des ersten Betreuers der Dissertation angeboten. Das Research Programm erfordert die Mitarbeit an einem Forschungsprojekt, das möglicherweise mit dem Thema von diesem Doktoranden eng verbunden ist. Ein Doktorand, der innerhalb von zehn Semestern an der MUST oder 14 Semestern an der UM das Doktorstudium nicht beendet, hat kein Recht, weiterhin an der jeweiligen Universität zu studieren.

Das Thema einschließlich des Forschungsstandes zu diesem Thema und die Gliederung der geplanten Dissertation werden von einer Gruppe von drei Professoren in der Form der öffentlichen Verteidigung überprüft. Das hat Vorteile und Nachteile. Die Beurteilung der Dissertation erfolgt durch Gutachten und aufgrund einer öffentlichen Verteidigung der Arbeit. Doktorstudium und -prüfung werden von den jeweiligen Fakultäten sowie Graduiertenschulen (Graduate School) in UM<sup>21</sup> oder MUST<sup>22</sup> verwaltet. Nach erfolgreicher Prüfung wird dem Doktoranden der akademische Grad PhD in Law mit bestimmter Fachrichtung verliehen.

#### IV. Ausbildung und Prüfung für Richter und Anwälte

Jura – eigentlich Rechtswissenschaft genannt – ist eines der beliebtesten Studienfächer unter Studienanfängern. Viele streben mit dem Jura-Studium lukrative Berufe,

wie Richter oder Staatsanwalt in Macau an. Stellen als Richter sowie Staatsanwälte sind aber rar und die Anforderungen infolgedessen hoch.

Juristische Berufe wie Rechtsanwalt, Richter, Notar oder Staatsanwalt gehören in Macau zu den reglementierten Berufen. Zurzeit müssen neben dem Bachelorstudium noch drei Voraussetzungen erfüllt werden: Der Kandidat hat mindestens drei Jahre in Macau gewohnt; Zweitens, der Kandidat beherrscht die chinesische und die portugiesische Sprache; der Kandidat besteht nach zweijähriger Ausbildung die schriftlichen und mündlichen Prüfungen für Richter und Staatsanwälte. Durch die Verwaltungsvorschriften 13/2001<sup>23</sup> und 17/2001<sup>24</sup> sind Ausbildungsinhalte und -verwaltung geregelt. Dort sind auch die Voraussetzungen der schriftlichen und mündlichen Prüfungen geordnet. Gemäß Art. 14 der Allgemeinen Regelung für Richter und Staatsanwälte<sup>25</sup> kann ein portugiesischer Richter oder Staatsanwalt nur durch Vertrag ernannt werden.

#### C. Kritischer Ausblick

Natürlich sind die Studienprogramme der juristischen Fakultät in UM noch zu reformieren. So gibt es noch keine Vorlesungen wie Rechtstheorie oder -philosophie, Rechtsethik sowie Internationales Handelsrecht für das Bachelor Programm. Zwar fließen üblicherweise in dem Jurastudium auch in der Rechtswissenschaft Kunst und Technik sowie Funktion ineinander, jedoch sind die Übungen von Methoden der Rechtsgewinnung sowie Technik der Fallbearbeitung in den beiden juristischen Fakultäten in Macau nicht so ausgeprägt wie in Deutschland. Auch wird die Eignung zur Fortführung des Jurastudiums nicht durch eine-Zwischenprüfung sondern nur durch einzelne Klausuren kontrolliert.

Weiterhin ist es auch in dem kleinen Macau notwendig, Fachhochschulen zu erweitern. Die Fachhochschulen ermöglichen den Studenten oft ein auf die freie Wirtschaft zugeschnittenes Studium oder sehr spezielle Studiengänge. So plant z.B. das Macao Polytechnic Institute ein Bachelor-Studium im Bereich Wirtschafts- und Steuerrecht sowie Gamblingrecht anzubieten. An solchen öffentlichen oder privaten Fachhochschulen kann ein Student ein Jurastudium häufig berufsbegleitend absolvieren. Ein weiterer Vorteil ist, dass solche Hochschulen oft

20 Für Macauer betragen die gesamten Studiengebühren etwa 140.000,- MOP, für Ausländer circa 180.000,- MOP.

21 Vgl General Regulations Governing PhD Programme ([http://www.umac.mo/reg/umcalendar/\(6\)gr-phd.pdf](http://www.umac.mo/reg/umcalendar/(6)gr-phd.pdf)).

22 Vgl <http://www.must.edu.mo/en/gso>.

23 13/2001 ([http://bo.io.gov.mo/bo/i/2001/34/lei13\\_cn.asp](http://bo.io.gov.mo/bo/i/2001/34/lei13_cn.asp)).

24 17/2001 ([http://bo.io.gov.mo/bo/i/2001/35/regadm17\\_cn.asp](http://bo.io.gov.mo/bo/i/2001/35/regadm17_cn.asp)).

25 Nr 10/1999 ([http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/01/lei10\\_cn.asp](http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/01/lei10_cn.asp)). Vgl auch: *Mi, Wanying*, An Overview of Legal System of Pre-professional Training of Macau Judicial Magistrates, in: Dennis T. C. Tang/Chi Chung (ed), *Gross-Strait, Four-Region-Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong and Macau, Legal Education for Lawyers and the public*, Vol 1, Taipei, Taiwan, Republic of China, sept 2011, Pp 591-602.

einen schnellen Berufseinstieg ermöglichen und Kontakte in die Wirtschaft haben. Mit einem Bachelorabschluss in Wirtschafts- oder Steuerrecht sowie Gamblingrecht stehen einem Studenten zahlreiche Berufsfelder offen.

Da es noch nicht so viele qualifizierte juristische Professoren in Macau gibt, sollte das Fernstudium via Internet ausgebaut werden. Das Fernstudium in Jura ist der ideale Weg, unabhängig zu studieren, da ein Student nicht an Vorlesungsorte und -zeiten gebunden ist. Nach dem Fernstudium kann ein Student auch einen zum Präsenzstudium gleichwertigen Bachelor-Abschluss erwerben.

Kritisch zu fragen ist schließlich, ob das von der Subsumtionstechnik und Praxisorientierung abhängige Jurastudium ausreicht. Riles und Uchida haben geäußert:

„Legal knowledge is not just a set of tools but an institutionally engaged way of thinking about large and profound social problems, and the very distribution of legal experts in society is a testament to the role such experts play as practically situated social thinkers. This requires a clean ethical foundation, a sense of purpose, a sensitivity to diverse point of view, strong communication skills, and sometimes even a good deal of courage and confidence, as well as a solid and substantive understanding of the law.“<sup>26</sup>

Zwar legen die juristischen Fakultäten schon jetzt großen Wert auf die Reform ihres Programms. Doch sind Widersprüche zwischen der Besonderheiten der Gesellschaft und sprachlichen Kultur sowie rezeptierten Regelungen in Macau noch nicht bewältigt.<sup>27</sup> In diesem Sinne ist zu überlegen, ob es schon reicht, die Reform des Jurastudiums nur auf den juristischen eigenen Bedarf in Macau auszurichten, um das Macauer Rechtssystem intern in Ordnung zu bringen. Vielmehr ist auch zu fragen, ob wir schon genug darauf geachtet haben, welche Bedeutung die Reform des Studiums für die Entwicklung der Gesellschaft in Macau und in den mit Macau verbundenen Gebieten, wie z.B. der Guangdong Provinz von Festland China, Hongkong und Taiwan sowie in ganz China und Europa und letztlich der Welt hat. Dahin ist es ein langer Weg. Niemand kann konkret sagen, wie wir den Weg in der sich ständig entwickelnden Welt gehen werden. Aber vielleicht finden wir, indem wir ständig überlegen, letztlich Inspiration und Mut für unsere Reformwege zu uns selbst.

Der Autor ist juristischer Professor an der Universität Macau, China.

26 Riles/Uchida, *Reforming Knowledge? A Socio-Legal Critique of the Legal Education Reforms in Japan*, 1 Drexel L. Rev 3-51, note 9, at 50 (2009).

27 Tong, *Iocheng*, *Legal Science, Legal Education and the Formation of Macau Lawyers*, in: Dennis T. C. Tang/Chi Chung (ed), *Gross-Strait, Four-Region-Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong and Macau, Legal Education for Lawyers and the public*, Vol 1, Taipei, Taiwan, Republic of China, sept 2011, Pp 304-307; Zhang, *Guohua*, *History, Present and Future of Higher Professio-*

*nal Legal Education in Macau*, in: Dennis T. C. Tang/Chi Chung (ed), *Gross-Strait, Four-Region-Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong and Macau, Legal Education for Lawyers and the public*, Vol 1, Taipei, Taiwan, Republic of China, sept 2011, Pp 341-342.



## Ausgegraben: Erasmus von Rotterdam *Lob der Torheit*<sup>1</sup>

Nämlich jene harmlosen Menschen des goldenen Zeitalters kamen ohne das Rüstzeug der Wissenschaft aus; die Natur allein trieb und leitete sie. Wozu hätten sie auch Grammatik gebraucht, da alle dieselbe Sprache redeten und man mit Sprechen nichts anderes wollte, als sich verständlich machen? Was nützte dort Dialektik, wo es noch keinen Kampf sich befehdender Lehren gab? Was hatte Rhetorik dort zu suchen, wo keiner dem andern am Zeug flickte? Wozu brauchte man im Gesetzbuch beschlagen zu sein, da man nichts wußte von der Schlechtigkeit, die ja die Mutter der guten Gesetze ist? Und ihre fromme Scheu war viel zu groß, als daß sie frech neugierig die Geheimnisse der Natur durchstöbern, Größe, Lauf und Wirkung der Gestirne berechnen und nach dem verborgenen Urgrund aller Dinge hätten bohren mögen. Als Sünde galt es bei ihnen, wenn ein Sterblicher versuchte, weiser zu werden, als ihm beschieden; und gar der Unsinn, zu forschen und zu fragen, was jenseits des Himmels liege, kam ihnen nie in den Sinn. Aber als allmählich die lautere Einfalt des goldenen Zeitalters dahinschwand, wurden zuerst, wie gesagt, von den bösen Dämonen die gelehrten Sachen ersonnen, doch nur wenige, und die fanden nur wenige Liebhaber. Allein dann brachten die abergläubischen Chaldäer und die

nichtsnutzigen, faulenzenden Griechen noch tausend andere auf, wahre Folterwerkzeuge für den Geist – genügt doch schon die Grammatik, den Menschen sein Leben lang bis aufs Blut zu quälen.

Jedoch auch von den Wissenschaften gelten am meisten die, welche am nächsten mit dem Menschenverstand, will sagen, der Torheit, verwandt sind; hungern muß der Gottesgelehrte, frieren der Naturforscher, verlacht wird der Sterndeuter und der Logiker verachtet; einzig der Arzt »hält vielen andern die Waage«, um mit Homer zu reden. Aber selbst hier steht es so: je unwissender, frecher, bedenkenloser er ist, desto mehr zieht er, nicht zuletzt an den Fürstenhöfen; die Heilkunst ist eben, zumal wie sie jetzt im Schwange, nichts als ein Scharwenzeln, genau so wie die Schönrederei. Der zweite Rang, wenn nicht der erste, gebührt den Rechtsformelkrämern. Ihr Gewerbe verhöhen die Philosophen, um meinerseits nichts zu sagen, einhellig als einen Beruf für Esel; und doch entscheidet die Laune dieser Esel in kleinsten und größten Dingen. Ihnen wachsen die Landgüter aus dem Boden, während der Theologe, der den ganzen Himmelsschrein durchforscht hat, am Hungertuch nagt und sich mit Wanzen und Läusen herumschlägt.

1 Erasmus von Rotterdam, *Lob der Torheit* (<<ECONIUM MORIAE>>) in der Übersetzung von Emil Major, 1966, S 18.



# Michael Fehling

## Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation\*

### ÜBERSICHT

#### I. Fragestellung

#### II. Gestaltungsoptionen bei den Open-Access-Förderbedingungen

1. Übereinstimmungsgrad der Zweitveröffentlichung mit der Druckversion
2. Arten und Aufarbeitungsgrad der zusätzlich zu publizierenden Forschungsdaten
3. Karenzzeit vor (Zweit-)Veröffentlichung
4. Strikte oder weniger strikte Ausgestaltung der Open-Access-Publikationspflicht
5. Förderung der Open-Access-Publikation im Zusammenspiel mit dem Urheberrecht

#### III. (Verfassungs-)Rechtliche Analyse

1. Urheberrechtliche Rahmenbedingungen
  - a) Urheberrecht und Zweitpublikation im Lichte des neuen § 38 Abs. 4 UrhG
  - b) Urheberrecht an Forschungsdaten und an deren wissenschaftlicher Verarbeitung
2. Datenschutz bei Forschungsdaten
  - a) Beschränkung auf personenbezogene Daten
  - b) Folgerungen für Rohdaten insbesondere bei medizinischer Forschung
3. Allgemeine Leitlinien aus Art. 5 Abs. 3 GG
  - a) Schutzbereich der Publikationsfreiheit
  - b) Keine immanenten Schutzbereichsbegrenzungen
  - c) Eingriff durch DFG-Förderbedingungen?
  - d) Verfassungsimmanente Schranken der Publikationsfreiheit
  - e) Vorbehalt des Gesetzes für Open-Access-Förderbedingungen?
  - f) Aspekte der Verhältnismäßigkeit
4. Verfassungsrechtliche Differenzierungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten
  - a) Differenzierungspflichten wegen unterschiedlicher Rahmenbedingungen in verschiedenen Fächern gemäß Art. 3 Abs. 1 GG
  - b) Einzelne Differenzierungskriterien
  - c) Differenzierungsmöglichkeit zwischen Zeitschriften- und Buchpublikation

#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

### I. Fragestellung

Das wissenschaftliche Publikationswesen befindet sich im Wandel. Durch das Internet können Erkenntnisse schneller, umfassender, weltweit und über Fächergrenzen hinweg verfügbar gemacht werden. Oftmals werden dort nunmehr Zeitschriften und Datenbanken von Verlagen für die Nutzer (Subskribenten) entgeltpflichtig angeboten, wie dies auch bei traditionellen, gedruckten Journals der Fall ist. Bei diesem Geschäftsmodell bleiben jedoch für Bibliotheken und Leser die finanziellen Zugangshürden erhalten. Die Preise für wissenschaftliche Zeitschriften sind, freilich in fachspezifisch unterschiedlichem Ausmaß, in den letzten Jahren massiv gestiegen, womit die Bibliotheksetats nicht mithalten können. Daher wird aus der Wissenschaft und von staatlicher Seite immer stärker dafür geworben und darauf gedrungen, Publikationen für die Nutzer frei – und damit auch kostenfrei – im Internet zugänglich zu machen (Open Access), um den wissenschaftlichen Informationsfluss zu fördern.

Open Access kann auf zwei Wegen gesichert werden: Entweder dadurch, dass die Publikation in einer Open-Access-Zeitschrift veröffentlicht wird („golden road“), oder dadurch, dass der Beitrag im Nachgang zur Veröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift nach einer gewissen Karenzfrist in ein Internet-Repository o.ä. eingestellt wird („green road“). Eine solche Zweitveröffentlichung stieß bislang allerdings auf das Hindernis, dass sich Verlage regelmäßig von den Autoren ein ausschließliches Verwertungsrecht für die zur Veröffentlichung angenommenen Aufsätze übertragen ließen. Zwar gestatten manche Verlage in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen bereits freiwillig eine Open-Access-Zweitpublikation, doch ist dies längst nicht immer der Fall.

Deshalb wurde nach längerem Streit im Herbst 2013 eine Urheberrechtsnovelle beschlossen,<sup>1</sup> worin be-

\* Gekürzte Fassung eines Rechtsgutachtens, das der Verfasser im Herbst 2013 der Deutschen Forschungsgemeinschaft erstattet hat, dort vor allem bei der Recherche unterstützt durch Dr. Mayeul Hièramente.

<sup>1</sup> BGBl I 2013, S 3728.

stimmten staatlich geförderten Wissenschaftlern ein vertraglich nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht garantiert wird (§ 38 Abs. 4 UrhG). Eine Pflicht zur entsprechenden Zweitpublikation ist damit jedoch nicht verbunden.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat bereits 2003 die „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ unterzeichnet. Die Allianz der Wissenschaftsorganisationen unter Einschluss der DFG hat sich seitdem immer wieder für eine Forcierung des Open-Access-Publizierens ausgesprochen. Von politischer Seite wird gefordert, die staatliche Finanzierung von Forschung vermehrt an die Bereitschaft zur Open-Access-Veröffentlichung der Ergebnisse zu koppeln. Zuletzt hat auch der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags in seiner Entschließung vom 26.06.2013 dafür plädiert, „Forscherinnen und Forscher zur Open-Access-Publikation durch entsprechende Klauseln in den Förderbestimmungen der öffentlichen Fördermittelgeber anzuhalten“ sowie „die dauerhafte digitale Archivierung und den Zugang zu Forschungsdaten, die aus überwiegend öffentlicher Forschung hervorgegangen sind, zu fördern“.<sup>2</sup> Dem treten Verlage und ihre Interessenvertretungen (namentlich der Börsenverein des Deutschen Buchhandels) mit der Befürchtung entgegen, dass bei einer Pflicht zur Open-Access-Publikation der Absatz ihrer Subskriptionszeitschriften einbrechen könnte und sie damit ihre Qualitätskontrollfunktion nicht mehr wirtschaftlich wahrnehmen könnten. Auch aus der Wissenschaft kommen Gegenstimmen, die in einer Open-Access-Veröffentlichungspflicht eine Verletzung ihrer Publikationsfreiheit sehen.

Die DFG beschränkt sich in ihren Verwendungsrichtlinien<sup>3</sup> bislang auf eine dringende Empfehlung, die „mit ihren Mitteln finanzierten Forschungsergebnisse [...] möglichst auch digital [zu veröffentlichen] und für den entgeltfreien Zugriff im Internet (Open Access) verfügbar [zu machen] [...]“. Im Ausland, namentlich in den USA und in Großbritannien, geht man teilweise schon dazu über, staatlich finanzierte Forschung im Grundsatz (mit mehr oder minder weitreichenden Ausnahmen) zur Open-Access-Publikation (zumindest im Wege der „green road“) zu verpflichten. Darauf steuert auch die Europäische Union für ihr nächstes Forschungsrahmenprogramm zu.

Auch in Deutschland wird erwogen, Empfänger von (semi-)staatlicher Forschungsförderung – besonders der DFG – in den Förderbedingungen zur Open-Access-

Veröffentlichung ihrer Forschungsergebnisse (Aufsätze und zugrunde liegende Forschungsdaten) zu verpflichten, Ob und unter welchen Voraussetzungen dies verfassungsrechtlich, insbesondere im Lichte der Wissenschaftsfreiheit, zulässig wäre, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen.

## II. Gestaltungsoptionen bei den Open-Access-Förderbedingungen

### 1. Übereinstimmungsgrad der Zweitveröffentlichung mit der Druckversion

Die Zweitveröffentlichung des Aufsatzes im kostenfrei zugänglichen Internet könnte sowohl beim Inhalt als auch bei der Formatierung (Layout) in mehr oder minder weit reichendem Umfang von der Original(druck)version in der Subskriptionszeitschrift abweichen.

Am weitesten von der Druckversion entfernt – und damit für die Verlage als Konkurrenz prima facie am wenigsten gefährlich – bliebe die Zweitveröffentlichung, wenn sie sich auf die bei der Subskriptionszeitschrift eingereichte Manuskriptversion beschränkte. Da dadurch schon der Inhalt von Erst- und Zweitpublikation potentiell auseinander fielen – nämlich dann, wenn die eingereichte Version später aufgrund von Peer Review o.ä. noch überarbeitet wird – würde eine solche Zweitveröffentlichung dem Informationsinteresse der Scientific Community kaum nutzen, ja wegen des drohenden Versions-Wirrwarrs möglicherweise sogar schaden.

Der Druckversion näher kommt die Publikation des Manuskripts in der zur Erstveröffentlichung akzeptierten Fassung, also nach etwaiger Überarbeitung im Rahmen des Annahmeverfahrens der Subskriptionszeitschrift. Auf dieses *Peer Reviewed-Manuscript* bezieht sich nun auch das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG.<sup>4</sup> Mangels Original-Formatierung wären dabei jedoch die einzelnen Seitenzahlen nicht mit denen der Erstpublikation identisch. Verwirrung bei der genauen Zitierstelle<sup>5</sup> ließe sich freilich vermeiden, wenn – insoweit ähnlich wie bei Beck-Online – in der Formatierung der Zweitveröffentlichung *ergänzend die Seitenumbrüche der Original-Zeitschriftenversion vermerkt* würden.

Dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit wäre am meisten gedient, wenn die Zweitpublikation komplett mit der Erstversion in der Subskriptionszeitschrift identisch wäre. Doch ist eine Übernahme des Zeitschriften-Layouts nur mit Zustimmung des Verlags zulässig.

2 BT-Drs 17/14194, unter II, 1.4. und 1.6.

3 DFG-Vordruck 2.02 – 11/10, Ziffer 13

4 Siehe unten III. 1. a).

5 Dies kritisiert die „Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013“, Rn 33 ff.

## 2. Arten und Aufarbeitungsgrad der zusätzlich zu publizierenden Forschungsdaten

Unter Forschungsdaten werden hier digital vorliegende oder zumindest digitalisierbare Ergebnisse aus Messreihen, empirischen Umfragen o.ä. verstanden.

Die Open-Access-Publikationspflicht könnte drei Arten von Forschungsdaten erfassen: Erstens solche, die unmittelbar Grundlage eines im DFG-Projekt erarbeiteten Aufsatzes sind (kurz: Aufsatz-Daten); diese werden freilich regelmäßig auch schon im Aufsatz selbst in Tabellen o.ä. enthalten sein. Zweitens solche, welche die im Aufsatz präsentierten Forschungsergebnissen zwar mittelbar stützen, in die Publikation aber nicht direkt, sondern allenfalls in stärker verarbeiteter und gegebenenfalls zusammengefasster Form eingeflossen sind (kurz: mittelbar aufsatzbezogene Daten). Drittens schließlich solche, die zwar in dem DFG-Projekt generiert worden sind, aber inhaltlich nicht mit den Aufsatzpublikationen, die aus dem Projekt hervorgegangen sind, zusammenhängen (kurz: aufsatzfremde Daten).

Gestaltungsoptionen bestehen außerdem bei der Frage, auf Daten welchen Verarbeitungsgrades sich die Open-Access-Publikationspflicht beziehen soll. Insoweit hat die „Association of Scientific, Technical & Medical Publishers“ gemeinsam mit dem EU-FP7 Projekt „Opportunities for Data Exchange“ ein vierstufiges Modell in Pyramidenform entwickelt: Auf der untersten Stufe (4) befinden sich die nicht bearbeiteten, d.h. nicht strukturierten Rohdaten. Es bedarf noch eines Filterungsprozesses, um sie wissenschaftlich verwerten zu können. Ob diese Rohdaten auch für Dritte nutzbar sind oder zu viel „Datenmüll“ enthalten, dürfte fachspezifisch höchst unterschiedlich sein. Nur in seltenen Fällen dürften diese Rohdaten bereits eine intellektuelle Schöpfungshöhe aufweisen, dass sie urheberrechtlich geschützt sind.<sup>6</sup> Auf der nächsten Stufe (3) handelt es sich um Forschungsdaten, die *bereits zumindest ansatzweise strukturiert und systematisch aufbereitet* worden sind. Diese werden in besonderem Maße für eine unmittelbare Nach- und Weiternutzung von Interesse sein. Urheberrechtlich ist hier auch das Datenbankrecht zu beachten.<sup>7</sup> Stufe (2) enthält bereits wissenschaftlich interpretierte Daten, die *zumindest mittelbar der (Aufsatz-)Publikation zugrunde liegen*, aber bislang nicht immer in Anhängen o.ä. mit veröffentlicht werden. Auf Stufe (1) schließlich finden

sich diejenigen Daten, die *direkt im Aufsatz enthalten* sind. Wird bereits der Aufsatz selbst Open-Access veröffentlicht, ist für diese Daten grundsätzlich keine zusätzliche Publikation mehr erforderlich. Anders aber möglicherweise dann, wenn für den Aufsatz selbst eine Ausnahme von der Open-Access-Zweitpublikationspflicht eingreift, für die bloßen Daten jedoch nicht.

## 3. Karenzzeit vor (Zweit-)Veröffentlichung

Erhebliche Spielräume existieren bei der Bemessung einer etwaigen Wartefrist vor der Open-Access-Veröffentlichung.

Bei Aufsätzen kann eine solche Karenzzeit dem Schutz der – zumindest mittelbar auch verfassungsrechtlich relevanten<sup>8</sup> – Verwertungsinteressen der Verlage hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Zeitschriften, wo die Erstveröffentlichung erfolgt, dienen. Diskutiert werden meist *Fristen zwischen sechs Monaten und einem Jahr*; in § 38 Abs. 4 UrhG ist nunmehr eine Jahresfrist vorgesehen.<sup>9</sup> Doch spricht einiges dafür, dass die *Spannbreite noch deutlich größer* ist.<sup>10</sup> In manchen Geisteswissenschaften sind grundlegende Aufsätze viele Jahre lang nahezu unvermindert aktuell. Es ist nicht auszuschließen, dass Bibliotheken, die längerfristige Aktualität antizipierend, bei großen Finanznöten tendenziell eher solche Zeitschriften abbestellen, bei denen nach vielleicht einem Jahr voraussichtlich die wichtigsten Aufsätze frei im Internet erhältlich sind. Umgekehrt können in manchen Life Sciences mit schneller Innovationsspirale Publikationen bereits nach sechs Monaten veraltet sein.

Auch für Forschungsdaten lassen sich Karenzfristen erwägen. Dort geht es weniger um den Schutz von Verlagen als des Förderungsempfängers selbst, der ein legitimes Interesse daran hat, die von ihm generierten Daten vorrangig selbst für Anschlussforschungen nutzen zu können.<sup>11</sup>

## 4. Strikte oder weniger strikte Ausgestaltung der Open-Access-Publikationspflicht

Open-Access-Veröffentlichungspflichten könnten mit einem unterschiedlichen Grad an rechtlicher Verbindlichkeit und daran anknüpfenden Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet werden. Die Skala reicht von der bloßen Empfehlung bis hin zur strikten Vertragspflicht des Förderungsempfängers, wobei eine Vielzahl von Zwischenlösungen möglich ist.

6 Näher unten III. 3. b).

7 Siehe erneut unten III. 3. b).

8 Dazu unten III. 3. f) cc) (c).

9 Zur Problematik einer einheitlichen Frist siehe etwa Lutz, Zugang

zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S 235 ff.

10 Zum Folgenden MPI-Stellungnahme (Fn 5), Rn 46.

11 Dazu unten III. 3. f) cc) (c).

Am schärfsten wirkte eine unbedingte vertragliche Rechtspflicht zur Open-Access-Publikation,<sup>12</sup> bei der dem Sachbeihilfempfänger nur noch die Wahl zwischen „golden road“ und „green road“ übrig bliebe. Spielräume blieben dann noch bei den möglichen Sanktionen bei Nichterfüllung. Nach allgemeinem Vertragsrecht stünde es der DFG offen, den Förderungsempfänger auf Erfüllung zu verklagen. Der damit verbundene Aufwand lässt dies jedoch wohl nur in Ausnahmefällen als praktikabel erscheinen. Ähnliches gilt für die Rückforderung eines Teils der Fördermittel. Daher böte es sich an, in den Förderbedingungen die Auszahlung einer letzten Tranche vom Nachweis der Open-Access-Publikation abhängig zu machen. Zu guter Letzt ließe sich sogar erwägen, Verstöße ähnlich wie bei wissenschaftlichem Fehlverhalten und in Parallele zum Vergaberecht mit dem zeitlich befristeten Ausschluss von weiterer DFG-Förderung zu sanktionieren („Vergabesperre“).<sup>13</sup>

Auf die Forschungsdaten bezogen, wäre eine Pflichtverletzung allenfalls hinsichtlich des „ob“ der Publikation nachweisbar. Denn in welchem Umfang dem Empfänger der Sachbeihilfe tatsächlich publikationsfähige Forschungsdaten vorliegen, wird ein Außenstehender nicht beurteilen können.

Eine Rechtspflicht könnte selbstverständlich auch durch mehr oder minder weitreichende Ausnahmen abgemildert werden.

Weit weniger einschneidend würde es wirken, wenn die Open-Access-Publikationspflicht nur den Regelfall bildete. Nach ausländischen Vorbildern könnte dem Förderungsempfänger etwa im Abschlussbericht eine detaillierte Begründungspflicht auferlegt werden, wenn und warum er ausnahmsweise nicht oder erst nach einer längeren Karenzzeit als vorgesehen kostenfrei zugänglich im Internet publiziert.<sup>14</sup> Allerdings dürfte wohl fast jeder Forscher, der nicht Open Access publizieren möchte, in der Lage sein, eine hinreichend ausführliche und nicht evident substanzlose Begründung dafür vorzulegen.

## 5. Förderung der Open-Access-Publikation im Zusammenspiel mit dem Urheberrecht

Ganz im Vordergrund steht die Möglichkeit, den Förderungsempfänger in den Verwendungsrichtlinien zur Open-Access-Veröffentlichung anzuhalten. Urheberrecht wird dabei auf einer zweiten Ebene bedeutsam. Zum einen muss die „green road“ urheberrechtlich erst möglich gemacht werden. Zwar hat der deutsche Gesetzgeber nunmehr in § 38 Abs. 4 UrhG ein vertraglich nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht geschaffen, doch ist offen, inwieweit dies auch von ausländischen Gerichten bei Verträgen mit ausländischen Verlagen akzeptiert werden wird.<sup>15</sup> Zum anderen könnte die Verpflichtung zur Open-Access-Zweitveröffentlichung hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten für Dritte präzisiert werden. Zu denken wäre insbesondere daran, den Geförderten die Verwendung einer bestimmten Version etwa der „Creative Commons-Lizenz“ u.ä.<sup>16</sup> vorzuschreiben oder jedenfalls zu empfehlen.

Eine weitere Gestaltungsoption bestünde theoretisch darin, dass die Projektnehmer einfache Nutzungsrechte im Sinne des Urheberrechts mit Inanspruchnahme der Bewilligung auf die DFG übertragen. Dies würde der DFG allerdings beträchtlichen Mehraufwand verursachen. Außerdem würde die Publikationsfreiheit des Geförderten zusätzlich und deshalb wohl unverhältnismäßig beschnitten, weil der Sachbeihilfempfänger damit auch die Möglichkeit verlöre, den Ort der Zweitveröffentlichung im Internet durch Wahl eines geeigneten Repositoriums selbst zu bestimmen. Die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden gegen die Verpflichtung der Förderungsempfänger zur Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts auf die jeweilige Universität oder Forschungseinrichtung.

Deshalb nimmt die nachfolgende Untersuchung nur die erstgenannte Option, also die Verpflichtung des Förderungsempfängers zur Open Access-Publikation, näher in den Blick.

12 In diese Richtung „RCUK Policy on Open Access and Supporting Guidance“ der Research Councils UK unter 3.1. (<http://www.rcuk.ac.uk/documents/documents/RCUKOpenAccessPolicy.pdf> - 28.7.2014). Siehe auch den Überblick bei *Krujatz*, *Open Access*, 2012, S 45 f.

13 DFG-Vordruck 80.01 – 7/11 sieht in Ziffer 3.c. die Möglichkeit vor, bei wissenschaftlichem Fehlverhalten für einen gewissen Zeitraum von der Antragsberechtigung ausgeschlossen zu werden. – Zum zeitlich befristeten Ausschluss von Bieter, die wegen Verstößen in der Vergangenheit als unzuverlässig eingestuft werden, aufgrund von § 97 Abs. 4 S 1 GWB siehe *Fehling*, in: *Pünder/*

*Schellenberg*, *Vergaberecht*, Handkommentar, 2011, § 97 GWB Rn 128 f mwN.

14 Ähnlich zB die „Revised Policy on Dissemination of Research Findings“ des National Health and Medical Research Council in Australien (<https://www.nhmrc.gov.au/grants/policy/nhmrc-open-access-policy-29.7.2014>); auf die Karenzfrist bezogen mit Beweislast des Verlages; *Hansen*, *Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze*, GRUR Int 2005, 378, 387.

15 Dazu unten III. 1. a).

16 Näher unten III. 3. a).

### III. (Verfassungs-)Rechtliche Analyse

Im Kern geht um die Frage, welche Möglichkeiten und Grenzen sich aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) in Gestalt der Publikationsfreiheit für DFG-Förderbedingungen ergeben, die Empfänger einer Sachbeihilfe zur Open-Access-Publikation zu verpflichten.

Doch kann von einem Zuwendungsempfänger vertraglich nur das verlangt werden, was dieser nach einfachem Recht überhaupt tun darf und ihn keinen unzumutbaren Haftungsrisiken aussetzt. Im Lichte des neuen § 38 Abs. 4 UrhG betrifft dies vor allem die Rahmenbedingungen, die das Urheberrecht für Onlinepublikationen bereit hält. Darüber hinaus ist – besonders bei Patientendaten in der Medizin – das Datenschutzrecht zu beachten.

#### 1. Urheberrechtliche Rahmenbedingungen

##### a) Urheberrecht und Zweitpublikation im Lichte des neuen § 38 Abs. 4 UrhG

Nach § 38 Abs. 4 UrhG ist nunmehr der Autor unter den dort geregelten Voraussetzungen zur Open-Access-Zweitpublikation von Aufsätzen – nicht aber von Forschungsdaten, die nicht in einem solchen Aufsatz selbst enthalten sind – auch dann berechtigt, wenn in dem von ihm abgeschlossenen Verlagsvertrag über die Erstpublikation in einer Subskriptionszeitschrift die Übertragung eines exklusiven Verwertungsrechts enthalten ist. Eine dem Zweitveröffentlichungsrecht entgegenstehende Vereinbarung ist nämlich ausdrücklich (Satz 3) unwirksam.

*aa) Die Voraussetzungen und Bedingungen des Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG, die zuvor heftig umstritten waren, spielen für die hier in Rede stehenden DFG-Förderbedingungen nur eine geringe Rolle.*

Erstens gilt das Zweitveröffentlichungsrecht nur „im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit“. Dies wird jedoch bei DFG-Sachbeihilfen regelmäßig der Fall sein.<sup>17</sup>

Zweitens ist das Recht zur Zweitpublikation auf Beiträge „in einer periodisch mindestens zweimal jährlich

erscheinenden Sammlung“ beschränkt. Die Open-Access-Förderbedingungen der DFG sollen ohnehin nur Aufsätze erfassen und Buchpublikationen ausklammern. Die Beschränkung im Gesetz wird hier somit nur für Aufsatzpublikationen in Jahrbüchern<sup>18</sup> oder sogar nur einmalig erschienenen Sammelbänden relevant.

Drittens darf die Zweitveröffentlichung „keinem gewerblichen Zweck [dienen]“. Unabhängig von der konkreten Auslegung dieser Klausel liegt jedenfalls dann kein gewerblicher Zweck vor, wenn der Autor für die Open-Access-Publikation kein Entgelt erhält. Der Ersatz von Kosten, die ihm gegebenenfalls durch die Einstellung in ein Repositorium entstehen, schadet nicht.

Viertens ist die Zweitpublikation gesetzlich nur „in der [zur Erstveröffentlichung in der Subskriptionszeitschrift] akzeptierten Manuskriptversion“ gestattet. Durch den Zusatz „akzeptiert“ wird deutlich gemacht, dass nicht die eingereichte Aufsatzfassung, sondern die Version nach Peer Review gemeint ist;<sup>19</sup> so wird sichergestellt, dass Erst- und Zweitpublikation inhaltlich voll identisch sind. Dagegen erlaubt § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG keine Übernahme des Verlags-Layouts, also eine Reproduktion der Zeitschriften-Fassung. Da aber ohnehin die Quelle der Erstveröffentlichung in der Zweitpublikation anzugeben ist (§ 38 Abs. 4 S. 2 UrhG), dürfte entgegen dem Bundesrat<sup>20</sup> auch der Hinweis auf die Original-Seitenzahlen, etwa durch Klammerzusätze bei den Original-Seitenumbrüchen,<sup>21</sup> gestattet sein, um die einheitliche Zitierfähigkeit auch über die Zweitpublikation zu sichern und eine Versions-Verwirrung zu vermeiden. Denn die Original-Seitenzahlen sind gegenüber einem solchen bloßen Hinweis wohl kaum urheberrechtlich geschützt. Zwar mag es zu Lasten der Verlage gehen, wenn der Rückgriff auf die Erstpublikation auch für die korrekte Zitierweise entbehrlich wird;<sup>22</sup> deren Interessen bleiben aber immerhin durch die Karenzfrist von einem Jahr geschützt.

*bb) Das Hauptproblem liegt in der unklaren internationalen Reichweite des § 38 Abs. 4 UrhG. Es fragt sich, inwieweit das neue Zweitveröffentlichungsrecht auch gegenüber ausländischen Verlagen geltend gemacht wer-*

17 Die im Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittene Beschränkung auf die Projektförderung bei Ausklammerung der universitär finanzierten Forschung (zur Kritik Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 470) spielt im vorliegenden Kontext, wo es gerade um Projekt-Sachbeihilfen geht, ohnehin keine Rolle.

18 Hervorgehoben von Sandberger (Fn 17), ZUM 2013, 466, 471; Soppe, in Ahlberg/Götting (Hrsg.), BeckOK Urheberrecht, § 38 UrhG Rn 68.

19 Sandberger (Fn 17), ZUM 2013, 466, 470; vgl auch Soppe, in BeckOK (Fn 18), § 38 UrhG Rn 68.

20 BR-Drs 257/06 (Beschluss), S 7; aufgegriffen von Heckmann/We-

ber, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege feranda, GRUR Int. 2006, 995, 999.

21 Wie zB in der – freilich kommerziellen – juristischen Datenbank BeckOnline; siehe bereits oben 1.3.1.

22 Deshalb halten Sandberger (Fn 17), ZUM 2013, 466, 470 und Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, NJW 2014, 6, 7, einen solchen Rückgriff gerade für nicht entbehrlich. Zur Frage, ob die Original-Seitenzahlen (wie hier befürwortet) in der Zweitpublikation angegeben werden dürfen, nehmen beide direkt aber keine Stellung.

den kann, wenn diese sich in ihren typischerweise nicht nach deutschem Recht geschlossenen Verträgen ein ausschließliches Verwertungsrecht haben einräumen lassen oder darin einer Zweitveröffentlichung nur unter restriktiveren Bedingungen als in § 38 Abs. 4 UrhG zustimmen. Ein von der DFG geförderter Wissenschaftler sähe sich dann möglicherweise dem Risiko ausgesetzt, von dem ausländischen Verlag wegen Vertragsverletzung (im Ausland) verklagt zu werden. Die wenigen dazu bislang vorliegenden Stellungnahmen sind geteilt.<sup>23</sup> Da eine juristische Fundierung der unterschiedlichen Positionen noch fast gänzlich fehlt, können im Folgenden nur erste Leitlinien auf der Basis des deutschen Schrifttums zum Internationalen Privatrecht aufgezeigt werden. Eine zusätzliche Schwierigkeit besteht schon allgemein darin, dass jeder Staat (bzw. bei europäischer Regelung wie namentlich beim Vertragstatut in der Rom I-Verordnung die europäische Union) sein eigenes Internationales Privatrecht (IPR) anwendet, so dass die deutschen (bzw. europäischen) IPR-Grundsätze keineswegs ohne weiteres auf Drittstaaten und namentlich die USA übertragbar sind. Große Probleme bereitet ferner die Verortung der Rechtsfragen im Urheberschutzrecht (IPR-Schutzrechtsstatut) oder im Urhebervertragsrecht (IPR-Vertragsrechtsstatut).

Einerseits könnte man einen Streit zwischen Autor und ausländischem Verlag um das Zweitveröffentlichungsrecht als Problem der Schutzrechtsverletzung einordnen. Für Urheber-Schutzrechtsverletzungen wird nach heute auch über Deutschland hinaus herrschender Auffassung am Recht des Schutzlandes angeknüpft. Nach dem IPR-Schutzrechtsstatut gilt das Recht jeweils desjenigen Staates, für dessen Gebiet der Schutz durch ein solches Recht in Anspruch genommen wird.<sup>24</sup> Damit stellt sich hier die Frage, was bei einer Zweitveröffentlichung entgegen dem abgeschlossenen ausländischen Verlagsvertrag eigentlich das geschützte Recht ist. Inso-

weit wird man wohl nicht auf den Schutz des im Verlagsvertrag eingeräumten ausschließlichen Verwertungsrecht abzustellen haben, denn dies wäre der urhebervertragsrechtliche Blickwinkel. Vielmehr müsste, wenn man in § 38 Abs. 4 UrhG eine Ausgestaltung des Urheber-Persönlichkeitsrechts sieht,<sup>25</sup> konsequenterweise der Schutz des darin enthaltenen Zweitveröffentlichungsrechts, welches durch das Beharren eines ausländischen Verlages auf seinem Exklusivverwertungsrecht beeinträchtigt würde, in den Vordergrund gerückt werden. Da die Inhalte im Internet weltweit abrufbar sind, nimmt der Urheber sein geschütztes Zweitveröffentlichungsrecht weltweit in Anspruch; auf den Standort des Servers kommt es nicht an. Dann könnte – mit im Einzelnen schwer vorhersehbaren Konsequenzen – jedenfalls nach deutschem Internationalen Privatrecht bei Texten im Internet aufgrund des Schutzlandprinzips eine Vielzahl von Rechtsordnungen nebeneinander zur Anwendung kommen.<sup>26</sup>

Da das Schutzlandprinzip in weitem Umfang auch international anerkannt ist, dürfte es gute Chancen geben, dass man nach dem Internationalen Privatrecht (Schutzrechtsstatut) anderer Staaten zum gleichen Ergebnis kommt. In Bezug auf die USA mit ihrem äußerst schwer überschaubaren, je nach Einzelstaat unterschiedlichen IPR erschiene die Rechtslage im Hinblick auf den Schutz des Zweitveröffentlichungsrechts jedoch (noch) weit weniger klar.

Andererseits spricht auch einiges dafür, § 38 Abs. 4 UrhG als eine urhebervertragsrechtliche Regelung einzustufen, auf die zumindest primär das Vertragsrechtsstatut Anwendung findet. Danach können die Parteien grundsätzlich das anwendbare Vertragsrecht frei wählen.<sup>27</sup> Doch erscheint es angesichts der überlegenen Verhandlungsmacht der ausländischen Verlage höchst unwahrscheinlich, dass deutsches Vertragsrecht gewählt wird.<sup>28</sup>

23 Während die *Allianz der Wissenschaftsorganisationen* von einer uneingeschränkten Beachtung der neuen Vorschrift auch durch ausländische Gerichte ausgeht (Argumentationspapier zum Zweitveröffentlichungsrecht vom April 2013, <http://www.allianzinitiative.de/de-28.7.2014>), wird die Verbindlichkeit des Zweitveröffentlichungsrechts für ausländische Verlage vom Börsenverein bestritten (*Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20.02.2013, unter 2. (c); weitgehend identisch *Sprang*, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461, 462). Das Max-Planck-Institut für Urheberrecht äußert zumindest Bedenken (*MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 49 f; ebenso *Peukert*, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft – Auf die Perspektive kommt es an, Universität Frankfurt am Main, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr 5/2013, S 21 f).

24 *Katzenberger*, in: Loewenheim/Schricker (Hrsg), UrhG-Kommentar, 4. Aufl 2010, Vor §§ 120 ff Rn 124 ff.

25 Darauf könnte die folgende allgemeine Aussage von *Katzenberger*, in: Loewenheim/Schricker (Fn 24), Vor §§ 120 ff Rn 150, hindeuten: „Stets nach dem Recht des Schutzlandes sind auch in Bezug auf Urheberrechtsverträge, die das Urheberrecht [...] betreffenden Fragen zu behandeln. Dies gilt auch für die Frage der Zulässigkeit der Übertragung oder Teilübertragung des Urheberrechts als solchem [...], der Einräumung von ausschließlichen oder einfachen Nutzungsrechten[...]“.

26 Zum ganzen speziell für § 38 Abs 4 UrhG *MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 50; vgl ferner allgemein *Katzenberger*, in: Loewenheim/Schricker (Fn 24), Vor §§ 120 ff Rn 126.

27 Erneut speziell auf § 38 Abs 4 UrhG bezogen *MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 50.

28 *Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009, inter III. 1. c).

Ob und inwieweit zwingendes nationales Recht eventuell dennoch anwendbar ist und das fremde Vertragsrecht modifiziert, richtet sich nach dem vom jeweiligen Gericht zu Grunde gelegten IPR. Für die Europäische Union regelt Art. 9 der Rom I-Verordnung<sup>29</sup> die Anwendbarkeit von sogenannten „Eingriffsnormen“. Sie sind in Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung definiert als „zwingende Vorschrift[en], deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“<sup>30</sup> § 38 Abs. 4 S. 3 UrhG macht den danach geforderten internationalen Geltungsanspruch und die überindividuelle Zielrichtung<sup>31</sup> wohl hinreichend deutlich.

Stets verbindlich – auch bei abweichender Rechtswahl – sind dabei nach Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung jedoch nur die inländischen Eingriffsnormen.<sup>32</sup> Wenn also ein deutsches Gericht von einem ausländischen Verlag wegen angeblicher Verletzung des vertraglich vereinbarten Exklusivverwertungsrechts angerufen würde, käme § 38 Abs. 4 UrhG auch dann zur Anwendung, wenn etwa britisches oder niederländisches Recht für den Verlagsvertrag vereinbart wurde. Hätte dagegen ein Gericht aus einem anderen EU-Staat über die Vertragsverletzung zu entscheiden, handelte es sich aus dessen Sicht bei § 38 Abs. 4 UrhG um eine fremde Eingriffsnorm, für die Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-Verordnung maßgeblich ist. Danach liegt es im Ermessen des ausländischen Gerichts („kann“),<sup>33</sup> ob es „Eingriffsnormen des

Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, Wirkung [verleiht], soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen.“ Insoweit mögen die genannten (tatbestandlichen) Voraussetzungen dafür, dass das ausländische Gericht überhaupt eine Ermessensentscheidung zu treffen hat, hier erfüllt sein. Schon dies ist jedoch keineswegs ganz klar: Das vertraglich begründete Exklusivverwertungsrecht ist als Vertragspflicht auch in Deutschland als dem Staat, aus dem die Eingriffsnorm des § 38 Abs. 4 UrhG stammt, zu beachten, so dass wohl ein hinreichend enger Bezug des Lebenssachverhalts zur Rechtsordnung des Eingriffsstaats besteht.<sup>34</sup> Die durch die Eingriffsnorm ermöglichte Open-Access-Zweitveröffentlichung zwingt zur Modifizierung des Vertragsinhalts, so dass die vertragliche Verpflichtung zur Respektierung des Exklusivrechts des ausländischen Verlags unter diesem Aspekt möglicherweise<sup>35</sup> als unrechtmäßig im Sinne des § 38 Abs. 4 UrhG<sup>36</sup> eingestuft werden kann. Für die Ermessensausübung gibt Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-Verordnung einige Leitlinien vor: Es „werden Art und Zweck dieser [Eingriffs-]Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben können“. Dabei dürfte hier auch zu berücksichtigen sein, dass die Förderung einer Open-Access-(Zweit-)Publikation von Forschungsergebnissen kein rein deutsches Anliegen ist (mag auch die Norm des § 38 Abs. 4 UrhG einzigartig sein), sondern einem europa-, ja sogar weltweiten Trend folgt. Im deutschen Schrifttum wird im Übrigen auch die Möglichkeit einer Reduzierung des Eingriffsnorm-Anwendungsermessens auf Null aus Gründen der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) erwo-

29 Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“).

30 Wichtig insoweit, dass nicht nur eine materiell-rechtlich zwingende Norm, sondern auch ein internationaler Anwendungsbefehl geschaffen wurde, vgl *von Welser*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg), *Urheberrecht*, 3. Aufl, 2009, § 32b Rn 2. Die internationale Dimension ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzesentwurf, vgl BT-Drs 17/13423, S 14, tritt aber in den zahlreichen Debatten im Rahmen der Einführung und aufgrund des Zusatzes in § 38 Abs 4 S 3 hinreichend hervor.

31 So gilt das unabdingbare Zweitverwertungsrecht ausschließlich für staatlich geförderte Forschungsprojekte und soll eine kostenfreie Zugänglichmachung der Ergebnisse – auch im Inland – erleichtern und damit den Forschungsstandort Deutschland stärken. Demgegenüber ist für die überindividuelle Zielrichtung wohl unerheblich, dass der Autor zur Geltendmachung des Rechts nicht verpflichtet ist. Zu den Voraussetzungen allgemein eingehend *Thorn*, in: *Rauscher* (Hrsg), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EulPR*, Kommentar, Bearbeitung 2011, Art 9 Rn 8 ff – Bislang werden im Urheberrecht §§ 32, 32a iVm § 32b UrhG als solche Eingriffsnormen angesehen, aaO Rn

58; vgl auch *Hilty/Peukert*, *Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext*, GRUR Int 2002, 642, 647 ff.

32 Dazu näher erneut *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 32 f.

33 *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 69.

34 Zur entsprechenden wertenden Bestimmung des Erfüllungsorts vgl *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 62 ff; zu der problematischen Möglichkeit einer vertraglichen Erfüllungsortbestimmung aaO Rn 64. Die Wirksamkeit einer derartigen Regelung bejahend *Spickhoff*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg), *Beck'scher Onlinekommentar BGB*, 28. Aufl, 2013, BeckOK VO EG 592/2008, Art 9 Rn 29.

35 Anders sähe es allerdings dann aus, wenn man in § 38 Abs 4 UrhG statt einer Verbotsnorm (im Hinblick auf die Übertragung eines absoluten Exklusivrechts) eine anspruchsbegründende Eingriffsnorm (wegen des unabdingbaren „Anspruchs“ auf Zweitveröffentlichung) sähe; vgl *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 68.

36 Zur Unrechtmäßigkeit der Vertragserfüllung, wenn die Eingriffsnorm zur Modifizierung des Vertragsinhalts zwingt, *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 66 f. Wohl anders *Schönbohm*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), *Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht*, BeckOK VO EG 592/2008, Art 9 Rn 16.

gen.<sup>37</sup> All dies sind jedoch kaum mehr als plausible Interpretationsansätze; letzten Endes kann nicht sicher vorausgesagt werden, wie ein Gericht aus einem anderen EU-Mitgliedstaat entscheiden würde.

Noch weit weniger prognostizieren lässt sich, ob ein außereuropäisches, namentlich US-amerikanisches Gericht das deutsche Zweitverwertungsrecht im Rechtsstreit eines amerikanischen Wissenschaftsverlags mit einem deutschen Autor anerkennen würde. Denn insoweit fände nicht die Rom I-Verordnung, sondern das US-amerikanische IPR Anwendung. Nach den allgemeinen Erfahrungen erscheint es sogar ziemlich wahrscheinlich, dass amerikanische Gerichte insoweit allein amerikanisches Recht und einen danach geschlossenen Verlagsvertrag anwenden würden. Dabei ist es allerdings nicht ausgeschlossen, dass die dortigen Gerichte in ihre Bewertung mit einbeziehen, inwieweit auch in den USA selbst eine Open-Access-Publikation in staatlichen Förderbedingungen verlangt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG setzt sich gegenüber einem vertraglichen ausschließlichen Nutzungsrecht auch eines ausländischen Wissenschaftsverlags durch, wenn entweder für den Verlagsvertrag deutsches Recht gewählt oder, bei einem nach einer fremden Rechtsordnung geschlossenen Vertrag, ein deutsches Gericht angerufen worden ist. Hat ein Gericht eines anderen EU-Mitgliedstaates bei einem nach dessen Recht abgeschlossenen Verlagsvertrag über die Befugnis zur Zweitveröffentlichung zu entscheiden, besteht gemäß Art. 9 Abs. 3 Rom I-Verordnung bei der Anwendung des § 38 Abs. 4 UrhG Ermessen, dessen Ausübung durch das Gericht schwer zu prognostizieren ist. Dass dagegen ein US-Gericht das deutsche Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 Abs. 4 UrhG beachten würde, bleibt eher unwahrscheinlich.

cc) In der Diskussion steht auch die *Verfassungs- und Europarechtskonformität des § 38 Abs. 4 UrhG*.

Den Wissenschaftsverlagen wird durch § 38 Abs. 4 UrhG die Möglichkeit genommen, sich vertraglich vom Autor ein „absolutes“ Exklusivrecht einräumen zu lassen. Ihre Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) ist dadurch für künftige Verträge jedoch nicht betroffen. Das „geistige Eigentum“ an seinem Aufsatz steht nämlich ausschließ-

lich dem Autor zu; der Verlag erwirbt ein Verwertungsrecht von vornherein nur in dem Umfang, in dem der Autor dieses vertraglich übertragen kann.<sup>38</sup> Eingegriffen wird damit auf Seiten des Verlags allein in die durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit.<sup>39</sup> Die Berufsausübung wie auch die allgemeine Handlungsfreiheit sind jedoch im Rahmen des Verhältnismäßigen durch Gesetz und damit auch durch das Urheberrecht einschränkbar. Solange die Absatzchancen der Verlage für ihre Zeitschriften aufgrund der einjährigen Karenzfrist vor Zweitveröffentlichung sowie den weiteren Voraussetzungen des § 38 Abs. 4 UrhG nicht allzu sehr beeinträchtigt werden – wofür nicht zuletzt die Tatsache spricht, dass schon einige Verlage freiwillig in ihren Verträgen einer Open-Access-Zweitpublikation zustimmen –, erscheint die Verkürzung der Vertragsfreiheit von relativ geringem Gewicht und im Lichte der Informationsinteressen der Scientific Community<sup>40</sup> ohne weiteres verhältnismäßig. Nach allgemeinen Grundsätzen obliegt allerdings dem Gesetzgeber eine Beobachtungs- und gegebenenfalls Nachbesserungspflicht, wenn sich die einjährige Wartefrist namentlich für geisteswissenschaftliche Zeitschriften in manchen Bereichen als zu kurz erweisen sollte.

Auch die Vertragsfreiheit der Autoren wird insoweit eingeschränkt, als sie den Verlagen kein vollständiges Exklusivverwertungsrecht mehr übertragen können.<sup>41</sup> Dies mag sich (wohl eher selten) in für den Autor ungünstigeren Vertragsbedingungen (beim Honorar oder bei einem zu zahlenden Druckkostenzuschuss; eventuell auch bei Belegexemplaren) niederschlagen.<sup>42</sup> Auf der anderen Seite stärkt die Neuregelung jedoch die Rechtsstellung der Autoren gegenüber den Verlagen im Hinblick auf die zusätzlichen Open-Access-Verbreitungsmöglichkeiten. Insoweit ähnelt § 38 Abs. 4 UrhG Verbraucherschutzvorschriften, bei denen die Schutzwirkung in manchen Fällen über eine Einschränkung der Vertragsfreiheit beider Seiten hinaus auch eine gewisse Verteuerung der Waren oder Dienstleistungen nach sich ziehen kann. Da beim unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrecht wegen der Karenzzeit und der weiteren Voraussetzungen solche spürbaren negativen ökonomischen Begleiterscheinungen zumindest vorerst wenig wahrscheinlich sein dürften, bleibt § 38 Abs. 4 UrhG wie viele andere Verbraucherschutznormen auch aus der

37 Thorn (Fn 31), Art 9 Rn 73, unter Verweis auf Leible (Hrsg), Das Grünbuch der Kommission zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, S 167, 184; Fetsch, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, S 319 ff.

38 Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 244 f; Heckmann/Weber (Fn 20), GRUR Int. 2006, 995, 997.

39 Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 245 mit Verweis

auf Heckmann/Weber (Fn 20), GRUR Int. 2006, 995, 997.

40 Dazu näher im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit unter III. 3. d).

41 Dies betont etwa auch Peifer, Wissenschaftsfreiheit und Urheberrecht, Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 27.

42 Ähnlich Rieble, Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: Reuß/Rieble (Hrsg), Autorenfreiheit als Werkherrschaft, 2010, S 29, 49.

Perspektive des geschützten Autors verhältnismäßig. Dies gilt umso mehr, als in die multidimensionale Verhältnismäßigkeitsabwägung<sup>43</sup> zusätzlich auch hier der Informationsnutzen für das Wissenschaftssystem mit einzustellen ist.

Die Publikationsfreiheit als Teil der Wissenschaftsfreiheit der Autoren ist durch ein bloßes Zweitveröffentlichungsrecht gar nicht berührt.<sup>44</sup> Art. 5 Abs. 3 GG gibt – unabhängig von der Frage, ob ökonomische Verwertungsinteressen von Wissenschaftlern überhaupt in den Schutzbereich fallen<sup>45</sup> – keinen Anspruch auf unveränderte ökonomische Rahmenbedingungen für wissenschaftliches Publizieren. Bloße potentielle mittelbare ökonomische Nebenwirkungen von wahrscheinlich geringem Gewicht führen bei der Wissenschaftsfreiheit ebenso wenig zu einem Eingriff wie bei der Berufsfreiheit mangels berufsregelnder Tendenz.<sup>46</sup>

Europarechtlich stellt sich die Frage, ob § 38 Abs. 4 UrhG mit den Rechten des Urhebers vereinbar ist, wie sie in der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/20/EG<sup>47</sup>, die wiederum völkervertragliche Abkommen umsetzt, normiert sind. Teilweise wird behauptet, das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht sei eine nach Art. 5 RL 2001/20/EG unzulässige Schrankenregelung.<sup>48</sup> Doch müsste es sich dazu überhaupt um „Ausnahmen oder Beschränkungen“ im Sinne dieser Richtlinie handeln. Man mag diese nicht näher definierten Begriffe im Sinne einer effektiven europäischen Rechtsharmonisierung tendenziell weit auszulegen haben.<sup>49</sup> Doch erfasst Art. 5 RL 2001/20/EG nach Sinn und Zweck nur Regelungen, welche die Rechte des Urhebers zugunsten von Interessen Dritter und der Allgemeinheit einschränken, indem sie Dritten etwas erlaubnisfrei gestatten, was ansonsten nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig wäre. Hier dagegen wird der Urheber durch § 38 Abs. 4

UrhG zur Zweitveröffentlichung nur berechtigt, aber keineswegs verpflichtet. Dritte dürfen auch nach der Neuregelung den Aufsatz nicht gegen den Willen des Urhebers Open-Access zugänglich machen. Allein die Tatsache, dass die neue Vorschrift nicht nur den Interessen des Urhebers selbst, sondern auch denen der Allgemeinheit bzw. Scientific Community an möglichst weitreichenden Verbreitungsmöglichkeiten für wissenschaftliche Erkenntnisse dient, macht die Regelung noch nicht zu einer unzulässigen Umgehung.<sup>50</sup> Selbst wenn man im Gegensatz zur herrschenden Auffassung in § 38 Abs. 4 UrhG doch eine „Beschränkung“ sähe, wäre dies nach dem Drei-Stufen-Test des Art. 5 Abs. 5 RL 2001/20/EG wohl rechtfertigbar.<sup>51</sup>

Resümierend verstößt § 38 Abs. 4 UrhG weder gegen Unions- noch gegen Verfassungsrecht.

b) Urheberrecht an Forschungsdaten und an deren wissenschaftlicher Verarbeitung

Gelegentlich wird diskutiert, ob Wissenschaftler als Urheber tatsächlich das alleinige Verwertungsrecht besitzen oder aber ihrem Arbeitgeber – typischerweise ihrer Hochschule oder außeruniversitären Forschungseinrichtung – Forschungsergebnisse (Daten, Aufsätze) zur Open-Access-(Zweit-)Veröffentlichung überlassen müssen. Für die DFG-Förderbedingungen hat dies allerdings unmittelbar keine Bedeutung, da der Förderungsempfänger selbst zur Open-Access-(Zweit-)Publikation verpflichtet werden soll und es nicht um Publikationsmöglichkeiten der Hochschulen geht. Mittelbar besteht aber doch ein gewisser Zusammenhang: Zum einen könnte der Zuwendungsempfänger seiner Open-Access-Publikationspflicht gegenüber der DFG nachkommen, indem er Aufsatz und Forschungsdaten seiner Hochschule zur entsprechenden Zweitpublikation

43 Mit weitem gesetzgeberischen Spielraum nicht zuletzt wegen gestörter Vertragsparität; insoweit übertragbar BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 u 1843/11 – NJW 2014, 46 (Rn 68 ff); dazu kritisch Grassle, Die Kontrolle des gesetzgeberischen Zugriffs auf die Vertragsfreiheit, DÖV 2014, 382, 389.

44 Anders allerdings ohne nähere Begründung Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 49.

45 Dazu unten III. 3. a) aa).

46 Dazu statt vieler Wieland, in: Dreier (Hrsg), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl 2013, Art 12 Rn 71 ff.

47 Richtlinie 2001/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rats zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

48 So Hirschfelder, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, 2008, insbes S 135 ff; ders, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen, MMR 2009, 445, 446 ff. Bedenken auch bei der Bundesregierung, Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats, Anlage 3 zum Gesetzentwurf der BReg, BT-Drs 16/1828, S 47.

49 Hirschfelder (Fn 48), MMR 2009, 444, 445 f.

50 Zum Ganzen Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 246 f; Peifer (Fn 41), GRUR 2009, 22, 27; Hansen, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open-Access Prinzips, GRUR Int 2009, 799, 801; Heckmann/Weber (Fn 20), GRUR Int 2006, 995, 998.

51 Denn es handelt sich richtigerweise – entgegen Ohly, Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg), Geistiges Eigentum, 2008, S 141, 149 mit dortiger Fn 40; Hirschfelder (Fn 48), MMR 2009, 444, 445 f – zum ersten um einen „bestimmten Sonderfall“ mit einem selbst im Rahmen wissenschaftlicher Publikationen sehr begrenztem Anwendungsbereich. Die „normale Auswertung“ durch den Urheber wäre zum zweiten angesichts der unbeschränkten Erstveröffentlichungsmöglichkeit für eine Zweitveröffentlichung im Kern nicht beeinträchtigt und zum dritten wären durch die Beschränkung – angesichts der Karenzfrist sowie im Lichte der Informationsinteressen der Allgemeinheit in der Verhältnismäßigkeitsabwägung – „berechtigten Interessen nicht unzumutbar verletzt“, siehe Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 247 f mwN.

überlässt. Zum anderen wäre eine urheberrechtliche Verpflichtung der Wissenschaftler, ihrer Hochschule oder Forschungseinrichtung eine Lizenz zur Publikation ihrer Forschungsergebnisse einzuräumen, ein gewisses (wegen des Vorrangs der Verfassung freilich nicht entscheidendes) Indiz dafür, dass ihre Publikationsfreiheit auch durch Open-Access-Förderbedingungen der DFG nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.

Bei Primär- oder Rohdaten wird regelmäßig mangels persönlicher geistiger Schöpfung noch gar kein urheberrechtlich geschütztes „geistiges Werk“ im Sinne von § 2 Abs. 1 (insbes. Nr. 1, 5 und 7) UrhG vorliegen.<sup>52</sup> Selbst bei der Sammlung und Zusammenstellung ist dies gemäß § 4 UrhG meist noch nicht der Fall, wenn diese Zusammenstellung ohne (Relevanz-)Auswahl auf Vollständigkeit zielt.<sup>53</sup> Für eine Datenbank mit Forschungsdaten kann allerdings ein leistungsrechtlicher Schutz nach § 87a UrhG bestehen, der dann jedoch demjenigen – möglicherweise sogar der DFG – zusteht, der die Datenbank finanziert hat.<sup>54</sup> Dagegen liegt bei wissenschaftlicher Aufbereitung der Daten (nicht nur in Aufsatzform) zweifelsohne ein geistiges Werk vor, das Urheberschutz genießt.

Nach § 43 UrhG ist ein Arbeitnehmer, der „in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten“ ein urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen hat, verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Lizenz zur Verwertung dieses Pflichtwerkes einzuräumen. Ob es sich um eine einfache oder ausschließliche Lizenz handelt, bestimmt sich danach, was der Arbeitgeber nach Lage der Umstände benötigt (Zweckübertragungslehre). Bei Hochschullehrern muss § 43 UrhG jedoch im Lichte der Wissenschaftsfreiheit einschränkend ausgelegt werden: Zwar sind Professoren zur Forschung und allgemein wohl auch zur Publikation von Ergebnissen verpflichtet, doch ihre Dienstpflichten umfassen nicht die Veröffentlichung konkreter

Aufsätze oder Daten. Dies selbst dann nicht, wenn diese Werke während der Dienstzeit und mit universitären Mitteln geschaffen worden sind.<sup>55</sup> Bei Publikationen agiert der Professor wie allgemein in der Forschung von Verfassung wegen gänzlich weisungsfrei. Die Hochschule oder Forschungseinrichtung kann daher von einem wissenschaftlich selbstständig arbeitenden Urheber grundsätzlich<sup>56</sup> keine Einräumung einer Lizenz (Verwertungsrecht) verlangen.<sup>57</sup>

Im Fall „Grabungsmaterialien“ hat der Bundesgerichtshof<sup>58</sup> ausnahmsweise eine Pflicht des Hochschullehrers angenommen, der Hochschule den dauernden Besitz an den Materialien und die Nutzungsrechte zu deren wissenschaftlicher Auswertung einzuräumen; dabei wurde auch darauf hingewiesen, dass die entsprechende Institutsarbeit von der DFG gefördert worden war und die Richtlinien der DFG vorsahen, dass die Arbeitsergebnisse in geeigneter Form der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen waren. Damit wird zugleich deutlich, dass für die hier in Rede stehenden DFG-Förderbedingungen aus dieser Entscheidung jedenfalls für die Aufsatzpublikation keine Schlussfolgerungen gezogen werden können. Denn hier geht es der DFG um die spezifische Open-Access-(Zweit-)Publikation und nicht allein darum, dass, wie bei den Grabungsmaterialien, Forschungsergebnisse in irgendeiner Form der Öffentlichkeit zugänglich gemacht (publiziert) werden. Die negative Publikationsfreiheit für Aufsätze will die DFG mit den Open-Access-Förderbedingungen ohnehin nicht einschränken.

Dagegen erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, die Grabungsmaterialien-Entscheidung auf Forschungsdaten (soweit sie ausnahmsweise Urheberschutz genießen) zu übertragen, die sonst gar nicht veröffentlicht würden. Auch insoweit kann allerdings die Hochschule allenfalls insoweit Rechte eingeräumt verlangen, als es um die weitere wissenschaftliche Auswertung der Daten geht. De-

52 Spindler, KoLaWiss-Projekt. Arbeitspaket 4: Recht, 27.2.2009, Manuskript S 23 ff mwN, zusammenfassend S 27; *De Cook Buning ua*, The legal status of research data in Germany, Annex 3 to the Knowledge Exchange Report „The legal status of research data in the Knowledge Exchange partner countries, 2011, S 11 f (<http://www.knowledge-exchange.info/Default.aspx?ID=461> - 28.7.2014).

53 Spindler, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 27 ff mwN, zusammenfassend S 32; mit Beispielen für Schutz *De Cook Buning ua*, The legal status of research data (Fn 52), S 13 f.

54 Spindler, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 32 ff mwN, zusammenfassend S 39; vgl auch *De Cook Buning ua*, The legal status of research data (Fn 52), S 20 ff.

55 Grundlegend BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523 ff – Grabungsmaterialien; vgl auch OLG Karlsruhe 27.1.1988 – 6 U 101/86 – GRUR 1988, 536 – Hochschulprofessor; BGH 6.2.1985 – I ZR 179/82 – GRUR 1985, 529, 530 – Happening.

56 Ausnahmen werden diskutiert für die Einbindung in längerfristige, übergreifende Forschungsprojekte, sofern deren Erfolg

gefährdet wäre, wenn der einzelne Beteiligte seine Ergebnisse den anderen Beteiligten nicht (über die Hochschule) zur Verfügung stellt (*Mönch/Nödler*, Hochschulen und Urheberrecht – Schutz wissenschaftlicher Werke, in: Spindler (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, 2006, S 39 ff, insbes S 41). Nach der Zweckübertragungslehre müsste die der Hochschule dann zu erteilende Lizenz jedoch nur soweit gehen, dass die Weiterverwendung der Ergebnisse im Forschungsprojekt und damit dessen Fortgang gesichert blieben. Eine Open-Access-Publikation konkreter Aufsätze oder Daten auf einem Hochschulserver wäre dafür kaum erforderlich (*Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S 33 f; *Pflüger/Ertsmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436, 440).

57 Zum Ganzen näher etwa *Haberstumpf*. Wem gehören Forschungsergebnisse, ZUM 2001, 819, 825 ff.

58 BGH (Fn 55) GRUR 1991, 524, 528.

ren Open-Access-Publikation ist dazu zwar förderlich, aber im Regelfall keineswegs unumgänglich.

## 2. Datenschutz bei Forschungsdaten

Das deutsche allgemeine Datenschutzrecht findet sich teilweise im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), teilweise in den Datenschutzgesetzen der Länder. Welches Gesetz anzuwenden ist, richtet sich im Wesentlichen danach, von welcher Institution und an welchem Ort die Daten verarbeitet – im vorliegenden Kontext also in einem Repositorium o.ä. langzeitarchiviert – werden. In den hier interessierenden Grundstrukturen und sogar in den meisten Einzelheiten stimmen die Gesetze jedoch überein, so dass im Folgenden auf eine Differenzierung verzichtet wird. An diesen Grundstrukturen würde sich im Übrigen auch durch die beabsichtigte EU-Datenschutzgrundverordnung nichts Wesentliches ändern.

### a) Beschränkung auf personenbezogene Daten

Das Datenschutzrecht gilt nur für personenbezogene Daten. Diese sind definiert als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse von bestimmten oder bestimmbar natürlichen Personen“ (so z.B. § 3 Abs. 1 BDSG).

Datenschutz spielt daher von vornherein keine Rolle, wo naturwissenschaftlich-technische Rohdaten ohne Bezug zum einzelnen Menschen betroffen sind. Wohl nur in Ausnahmefällen erfasst sind bloße Stellungnahmen von Personen zu nichtpersonenbezogenen Themen, etwa in Meinungsumfragen o.ä. Schließlich besteht dort kein Datenschutz mehr, wo ein früherer Personenbezug durch Anonymisierung endgültig – d.h. ohne Möglichkeit, die Verknüpfung zu einzelnen Personen mit zumutbarem Aufwand zu rekonstruieren (Reanonymisierung)<sup>59</sup> – beseitigt worden ist, etwa indem diese Daten in Statistiken eingeflossen sind.

Damit wird der Datenschutz bei Forschungsdaten nur in wenigen Bereichen eingreifen, namentlich bei medizinischen Daten,<sup>60</sup> die sich auf einen bestimmten oder im Wege der Reanonymisierung bestimmbar einzelnen Patienten beziehen.

b) Folgerungen für Rohdaten insbesondere bei medizinischer Forschung

Das Datenschutzrecht stellt Anforderungen sowohl an die Weitergabe der Daten an ein Repositorium o.ä. als auch an die dortige Speicherung. Vorliegend interessiert der Datenschutz indes allein mit seinen Anforderungen an den Förderungsempfänger, denn diesem darf in DFG-Förderbedingungen nur insoweit eine Open-Access-Publikationspflicht auferlegt werden, wie er sie ohne Verstoß gegen das Datenschutzrecht erfüllen kann.<sup>61</sup>

Nicht nur die Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten (durch den behandelnden Arzt und publizierenden Forscher), sondern auch deren weitere Verarbeitung bedarf der schriftlichen Einwilligung des Betroffenen (Patienten). Zur „Verarbeitung“ zählt (etwa nach § 3 Abs. 4 BDSG) auch das „Speichern“ und das „Übermitteln“ dieser Daten. Stellt der Forscher die Daten selbst in das Repositorium ein, so speichert er diese; leitet er die Daten an den Betreiber weiter, so liegt ein Übermittlungsvorgang vor.<sup>62</sup>

Die Einwilligung muss nach hinreichender Information über die Sachlage (vgl. z.B. § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG) auf freier Entscheidung beruhend (z.B. § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG) schriftlich (z.B. § 4a BDSG) vorliegen, die Art der betroffenen Daten erkennen lassen und sich auf die konkrete Verarbeitung (dauerhafte Archivierung in einem bestimmten Repositorium mit Open Access) beziehen.<sup>63</sup> Dass der Patient zuvor der Erhebung und Nutzung seiner Daten für das Forschungsprojekt zugestimmt hat, rechtfertigt also nicht zugleich deren Open-Access-Publikation. Die dafür zusätzlich erforderliche Einwilligung ist unabdingbar für die Zukunft frei widerruflich,<sup>64</sup> so dass für diesen Fall mit dem Betreiber des Repositoriums eine spätere Löschung vereinbart werden müsste.

Es ist recht unwahrscheinlich, dass Betroffene in größerer Zahl einwilligen, medizinische Daten von ihnen für die Allgemeinheit zugänglich im Internet bereitzustellen. Selbst bei grundsätzlich anonymisierten Daten, welche aber mit vertretbarem Aufwand reanonymisiert

59 *Gola/Schomerus*, BDSG-Kommentar, 11. Aufl 2012, § 3 Rn 43 ff. Dabei kann der Personenbezug relativ sein, weil dem einen die Reanonymisierung mit weniger, dem anderen nur mit mehr Aufwand möglich ist, aaO Rn 10.

60 *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 118.

61 Die Verpflichtungen, die den Betreiber des Repositoriums (der Datenbank) bei der Speicherung der Daten treffen, können hier

nicht untersucht werden; dazu *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 120 ff.

62 Vgl *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 118 f.

63 Näher dazu *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 116 ff, zusammenfassend S 126.

64 *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 127 f; allgemein *Gola/Schomerus*, BDSG (Fn 59), § 4a Rn 38f.

werden können, erscheint eine Einwilligung nicht allzu wahrscheinlich, weil und wenn sich der Betroffene davon keinen eigenen Vorteil versprechen kann.

Vor diesem Hintergrund darf die DFG ihre Förderungsempfänger nicht zur Open-Access-Publikation personenbezogener Forschungsdaten verpflichten, da die Geförderten dem rechtlich regelmäßig nicht werden nachkommen können. In solchen Konstellationen kann sich eine Open-Access-Publikationspflicht allenfalls auf Daten einer höheren Verarbeitungsstufe<sup>65</sup> beziehen, bei denen jeder Personenbezug endgültig aufgelöst worden ist.

### 3. Allgemeine Leitlinien aus Art. 5 Abs. 3 GG

#### a) Schutzbereich der Publikationsfreiheit

Die Freiheit der Forschung als Teil der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) schützt die freie Wahl von Fragestellung und Methodik, die gesamte praktische Durchführung eines Forschungsprojekts sowie die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.<sup>66</sup> Dabei ist der Forscher grundsätzlich frei, über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten der Publikation seiner Forschungsergebnisse selbst zu entscheiden.<sup>67</sup> Wissenschaft ist ein Kommunikationsprozess, in dem neue Forschung immer mehr oder weniger auf zuvor erzielten Erkenntnissen aufbaut und selbst als Grundlage für wieder neue Forschungen dienen muss. Dies erklärt den hohen Stellenwert, der der Publikationsfreiheit im Rahmen der individuellen Wissenschaftsfreiheit durchweg zu Recht beigemessen wird.<sup>68</sup>

aa) Bei *Aufsätzen* geht es hier um das „wo“ der *Publikation*. Geschützt ist unstreitig die positive Publikationsfreiheit. Diese umfasst zum einen die freie Entscheidung des Wissenschaftlers, in welcher inhaltlichen und äußeren

Gestaltung er seine Forschungsergebnisse veröffentlicht („wie“ der Publikation). Zum anderen bleibt dem Autor die freie Auswahl eines Publikationsmediums, sei es eine bestimmte gedruckte wissenschaftliche Zeitschrift, ein Online-Journal mit oder ohne Open Access oder ein Internet-Repository („wo“ der Veröffentlichung<sup>69</sup>). Denn auch der Ort der Publikation kann von hoher Bedeutung für die wissenschaftliche Verbreitung und Rezeption der Forschungsergebnisse<sup>70</sup> und damit auch für das Renommee des Forschers sein; in vielen Fächern spielt dabei der Impact-Faktor der Zeitschriften eine wichtige Rolle.

Damit fällt die Wahl zwischen einer Veröffentlichung in einem kostenpflichtigen Journal oder umgekehrt im Open-Access unter die positive Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers. Ginge man sogar so weit, schon eine Erstveröffentlichung Open-Access („golden road“) zu verlangen, so wäre – von der Frage eines Eingriffs durch bloße Förderbedingungen<sup>71</sup> zunächst noch abgesehen – zweifelsohne der Schutzbereich der positiven Publikationsfreiheit berührt. Zwar klingt gelegentlich die Vorstellung an, der Forscher habe von vornherein ein grundrechtlich schutzwürdiges Interesse nur an möglichst weitreichender „wissenschaftsadäquater“ Verbreitung,<sup>72</sup> wobei er vom weltweit zugänglichen Internet nur profitieren könne. Doch kann eine traditionelle (gedruckte) Zeitschrift im jeweiligen Fach<sup>73</sup> trotz zahlenmäßig geringerer Verbreitung und mühsamerer Zugänglichkeit ein wissenschaftlich deutlich höheres Renommee (Impact-Faktor) besitzen. Gerade in manchen Geisteswissenschaften bevorzugen zudem viele (vor allem, aber nicht nur ältere) Wissenschaftler weiterhin gedruckte Texte sowohl als Autoren als auch bei der Lektüre.<sup>74</sup> Es geht dem Wissenschaftler im Kommunikationsprozess keineswegs abstrakt um den nominell höchsten Verbrei-

65 Vgl. oben II. 2.

66 Grundlegend BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 – E 35, 79 – Hochschulurteil.

67 Statt vieler BVerfG 14.2.1987 – 2 BvR 523/75 – E 47, 237 – Wahlwerbespot; BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 – E 47, 383 – Hessisches Universitätsgesetz; *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg, 2004, Art 5 Abs 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn 74; *Britz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd 1, 3. Aufl 2013, Art 5 III (Wissenschaft) Rn 26; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl 2001, Art 5 Rn 122; *Denninger*, in: AK-GG, 3. Aufl 2001, Art 5 Abs 3 Rn 25 u. Rn 47; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 18 (1985), 116 ff.

68 Dabei spielt es im Ergebnis keine Rolle, ob man, wie wohl die hM, die Publikation der Forschung (*Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd 1, 6. Aufl 2010, Art 5 Abs 3 Rn 361; *Britz*, in: Dreier [Fn 67], Art 5 III [Wiss.] Rn 26; *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 54 f mwN) oder aber der (Schrift-)Lehre (so *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S 90 f; *Denninger*, in: AK-GG [Fn 67], Art 5 Abs 3 Rn 47), zuordnet.

69 Bezeichnung von *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 55 f im Anschluss an den sog „Heidelberger Appell“.

70 Insoweit zutreffend, auf den Charakter der Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsfreiheit rekurrierend, *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 57 ff.

71 Siehe unten III. 3. c) bb).

72 In diese Richtung *Pflüger/Ertmann*, (Fn 56), ZUM 2004, 436, 44, wonach das „wo“ der Publikation bei verbleibenden wissenschaftsadäquaten Publikationsmöglichkeiten gar nicht in den Schutzbereich falle; *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr 6/2013, S 20 ff.

73 Hier könnten Differenzierungen notwendig werden, siehe unten III. 4.

74 Auf die Autoren bezogen *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 41: „Das hat ästhetische Gründe, wurzelt auch in der Eitelkeit und dient der Karriere. Ein Buch zum Anfassen hat einen anderen Wert.“

tungsgrad, sondern um die bestmögliche Erreichung seiner konkreten Zielgruppe; wenige Spezialisten sind für ihn dabei oft wichtiger als ein großes weniger fachkundiges Publikum.

Weit höher ist der Begründungsaufwand für die Verknüpfung mit der Publikationsfreiheit, wenn, wie von der DFG angestrebt, eine Open-Access-Zweitpublikation („green road“) ausreicht. Darin scheint auf den ersten Blick nur ein Zugewinn an Verbreitung zu liegen.<sup>75</sup> Eine zusätzliche Veröffentlichung im Internet wirkt heutzutage wohl in keiner Wissenschaftsdisziplin rufschädigend.<sup>76</sup> Nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind allerdings Missbrauchs- und Verwirrungspotentiale. Elektronisch zugängliche Texte können technisch leichter willkürlich verändert und an anderer Stelle im Netz in derart „gefälschter“ Version erneut publiziert werden; dies kann dann fälschlicherweise den Ruf des echten Autors schädigen. Stimmt die Open-Access-Zweitveröffentlichung nicht vollständig (einschließlich der Seitenzahlen) mit der Erstpublikation überein, droht es auch insoweit zu Versions-Verwirrung zu kommen.<sup>77</sup> Bis vor kurzem stand freilich eine andere Befürchtung im Vordergrund: Die zusätzliche Verpflichtung zur Open Access-Publikation könne es erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen, die gewünschte Erstpublikation zu verwirklichen, sofern die ausgewählte Zeitschrift den Artikel nur gegen Übertragung des ausschließlichen Publikationsrechts abdruckend bereit sei.<sup>78</sup> Mit der Einführung eines unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts (§ 38 Abs. 4 UrhG) ist nunmehr allerdings den (deutschen) Verlagen die Möglichkeit genommen, die Annahme eines Aufsatzes wegen der beabsichtigten Open-Access-Zweitveröffentlichung zu verweigern. Die Auswirkungen entsprechender DFG-Förderbedingungen auf die negative Publikationsfreiheit werden dadurch ganz erheblich abgemildert, allerdings nicht gänzlich beseitigt. Denn erstens ist es zweifelhaft, ob § 38 Abs. 4 UrhG nach Internationalem Privatrecht auch auf Verträge mit ausländischen Verlagen nach ausländischem

Recht von ausländischen Gerichten angewandt werden muss und wird.<sup>79</sup> Es stellt eine grundrechtsrelevante Belastung des Wissenschaftlers dar, wenn er sich mit der Open-Access-Zweitveröffentlichung Rechtsstreitigkeiten im Ausland mit unklarem Ausgang ausgesetzt sieht oder aber zur Vermeidung dieses Risikos gar nicht in ausländischen Journals veröffentlichen kann, bei denen der Verlag im nach dortigem Recht abgeschlossenen Verlagsvertrag weiterhin auf ein uneingeschränktes Exklusivverwertungsrecht besteht. Zweitens erscheint es möglich, dass das vom Autor ausgewählte (Print-)Journal bei fehlender Exklusivität nur zu für den Autor schlechteren finanziellen Konditionen (kein oder geringeres Autorenhonorar<sup>80</sup> oder höherer finanzieller Druckkostenzuschuss des Autors) zur Veröffentlichung bereit ist. Zwar ist umstritten, ob die wirtschaftliche Verwertung von der Wissenschaftsfreiheit mit geschützt ist<sup>81</sup> oder aber nur Art. 12 GG unterfällt.<sup>82</sup> Dieser Streit betrifft jedoch nur das Einnahmerezierungsinteresse. Da Zahlungspflichten potentiell von der Veröffentlichung abschrecken, ist das Interesse des publikationswilligen Wissenschaftlers, von zusätzlichen eigenen (Publikations-)Kosten verschont zu bleiben, zweifellos von der Publikationsfreiheit erfasst. Anders als beim bloßen Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG geht es in den DFG-Förderbedingungen um eine Zweitveröffentlichungspflicht, so dass hier nicht von einer bloßen ganz mittelbaren Beeinflussung der Marktbedingungen gesprochen werden kann, auf deren Beibehaltung der Publizierende keinen grundrechtlichen Anspruch hat.<sup>83</sup> Diese drei letztgenannten Aspekte führen dazu, dass auch bei der „green road“ die Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers zumindest potentiell – wenn auch nach Einführung des unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts nur noch mit geringerer Intensität – betroffen ist.

bb) Eine Verpflichtung zur Open-Access-Publikation von *Forschungsdaten*, die nicht als Anhang o.ä. in (Aufsatz-)Veröffentlichungen eingeflossen sind, beträfe

75 So für die Autorenperspektive betont etwa von *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 18, vgl aber einschränkend S 59 f im Hinblick auf ein eventuell unerwünschtes Zuviel an (Laien-)Öffentlichkeit.

76 Entgegen *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 60 ff; *ders*, Freier Zugang zu unfreien Autoren – Open Access aus juristischer Sicht, FuL 2009, 648, 650 f.

77 In diese Richtung *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 30 ff; zur Gefahr von Datenmanipulationen auch *ders* (Fn 76), FuL 2009, 648; zum reputationsgefährdenden Fälschungsrisiko aus dem Blickwinkel des Urheberrechts *Knauf*, Schutz von Open Access-Dokumenten und Datenbanken, in: Spindler (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S 105 f.

78 Hervorgehoben etwa von *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 60.

79 Dazu oben III. 1. a) bb).

80 *Peifer* (Fn 22), NJW 2014, 6, 11.

81 ZB *Hailbronner*, Forschungsreglementierung und Grundgesetz, WissR 13 (1980), S 218; *Kamp*, Forschungsfreiheit und Kommerz, 2004, S 219 ff, zusammenfassend S 333 ff.

82 So die wohl hM, zB *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar (Loseblatt), 69. Aufl, 2013, Art 5 Abs 3 Rn 84; *Losch*, Wissenschaftsfreiheit, Wissenschaftsschranken, Wissenschaftsverantwortung, 1993, S 119 f Differenzierend *Fehling*, in: BK-GG, (Fn 66) Art 5 Abs 3 (Wiss.freiheit) Rn 105 iVm Rn 68 f und im Anschluss daran auch *Jarass*, in: *ders*/Pieroth (Fn 67), Art 5 Rn 122 sowie *Wendt*, in: von Münch/Kunig (Hrsg), GG-Kommentar, Bd 1, 6. Aufl 2012, Art 5 Rn 100, wonach die Ausstrahlungswirkung der Wissenschaftsfreiheit ggf bei Art 12 GG in der Verhältnismäßigkeitsprüfung schutzverstärkend wirken kann.

83 Dazu oben III. 1. a) cc) bei der Erörterung der Verfassungsmäßigkeit des Zweitveröffentlichungsrechts.

bereits das „ob“ der Publikation. Denn der Forscher würde diese Daten als solche sonst gar nicht veröffentlichen.

Hier geht es um die negative Publikationsfreiheit im Sinne der Freiheit, Forschungsergebnisse nicht zu publizieren. Dass diese von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt ist, wird allerdings gelegentlich bestritten. Da Wissenschaft auf Kommunikation ausgerichtet sei, verdiene Schweigen als Verweigerung wissenschaftlicher Kommunikation keinen Schutz.<sup>84</sup> Außerdem sei die Validität von Forschungsergebnissen, die nicht veröffentlicht werden, im Diskurs nicht überprüfbar.<sup>85</sup> Die ganz herrschende Auffassung weist zutreffend darauf hin, dass es in der Verantwortung des Forschers liegen muss, ob er bestimmte Forschungsergebnisse als hinreichend gesichert und bereits veröffentlichungswürdig einstuft.<sup>86</sup> Gerade bei wenig oder gar nicht aufbereiteten (Roh-)Daten kann der Wissenschaftler der Auffassung sein, diese würden „Uneingeweihte“ zu Fehldeutungen einladen und stifteten nur Verwirrung. Außerdem will der Forscher womöglich diese in mühsamer Arbeit generierten Daten selbst noch in einer späteren Veröffentlichung verarbeiten, statt die aufsatzfremden Forschungsdaten im Internet konkurrierenden Wissenschaftlern frei zur Verfügung zu stellen. Es geht hier eben nicht darum, dass sich ein Wissenschaftler mit seinem Forschungsprojekt dem wissenschaftlichen Diskurs entziehen will, sondern darum, dass der Geförderte den Umfang dessen, was er als Resultat seiner Arbeit der (Fach-)Welt präsentiert, selbst bestimmen möchte. Dieses Selbstbestimmungsrecht ist nach wohl fast einhelliger Auffassung von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt.

#### b) Keine immanenten Schutzbereichsbegrenzungen

Teilweise klingt bei Befürwortern einer weitreichenden Rechtspflicht zur Open-Access-Publikation die Vorstellung an, die Wissenschaftsfreiheit und namentlich die

Publikationsfreiheit könne nicht das eigennützig-subjektive Belieben des individuellen Wissenschaftlers schützen, sondern müsse von vornherein jedenfalls beim staatlich alimentierten Wissenschaftler als treuhänderische, dienende Freiheit im Interesse der Scientific Community oder gar der Allgemeinheit verstanden werden. Aus diesem Blickwinkel würde die Publikationsfreiheit von vornherein nur ein Verhalten schützen, dass auf objektiv adäquate Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs ausgerichtet ist.<sup>87</sup> Diese Argumentationslinie überschneidet sich mit Ansätzen, welche Art. 5 Abs. 3 GG weniger als individuelles Abwehrrecht denn als objektive (institutionelle) Garantie freier Wissenschaft<sup>88</sup> oder als Funktionsgrundrecht<sup>89</sup> verstehen. Wird die Wissenschaftsfreiheit solchermaßen als „dienende Freiheit“ eingestuft,<sup>90</sup> stellen Regelungen, die der Einbindung des Wissenschaftlers in der Scientific Community Rechnung tragen, keine rechtfertigungsbedürftigen Eingriffe, sondern eine bloße Ausgestaltung des Schutzbereichs dar.

Das BVerfG ist diesen Ansätzen jedoch nicht gefolgt und hat gerade in jüngerer Zeit die Funktion der Wissenschaftsfreiheit als individuelles Abwehrrecht wieder stärker in den Vordergrund gerückt.<sup>91</sup> Die Einbindung des einzelnen Wissenschaftlers in verschiedenste Netzwerke und einen arbeitsteiligen Wissenschaftsbetrieb nötigt nicht dazu, die individuelle Schutzrichtung der Wissenschaftsfreiheit schon tatbestandlich „über Bord zu werfen“.<sup>92</sup> Zwar genießt der Wissenschaftler im Staatsdienst seine Freiheit auch bei der Drittmittelforschung nicht privatnützig,<sup>93</sup> sondern aufgrund und im Rahmen seines amtlichen Auftrags. Deshalb muss jedoch nicht bereits im Schutzbereich die abwehr- und individualrechtliche Prägung von vornherein durch objektive Bindungen massiv relativiert werden. Eine tatbestandliche Verdrängung individueller Freiheit durch den Amtsauftrag stünde nicht zuletzt im Widerspruch zu den historischen Fundamenten der Wissenschaftsfreiheit, bei der

84 So z.B. *Dickert*, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, insbes S 271.

85 So für geheimegehaltene Industrieforschung *A. Blankenagel*, Wissenschaftsfreiheit aus Sicht der Wissenschaftssoziologie, AöR 125 (2000), 94 und 97, vertiefend *M. Blankenagel*, Wissenschaft zwischen Information und Geheimhaltung, 2001, S 158 ff.

86 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit (Fn 69), S 89 f; ähnlich *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S 106 f; iE auch *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss.freiheit) Rn 74.

87 Tendenzen dazu bei *Pflüger/Ertmann* (Fn 56), ZUM 2004, 436, 444; *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 20 f.

88 Zurückgehend auf *Köttgen*, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg), Grundrechte, Bd. 2, 1954, S 302 ff; vgl auch *Burmeister*, „Dienende“ Freiheitsgewährleistungen, in: ders (Hrsg) FS Klaus Stern, 1997, S 867 ff.

89 Dazu grundlegend, mit etwas anderer Konnotation, *Hailbronner*, Die Freiheit der Forschung und der Lehre als Funktionsgrundrecht, 1979, S 73 ff.

90 In diese Richtung etwa *Kleindiek*, Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, S 313 ff.

91 BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 – E 111, 333, 354 – Brandenburgisches Hochschulgesetz: „Die Garantie [der Teilhabe der Grundrechts Träger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs] ist für jeden Wissenschaftler auf solche hochschulorganisatorischen Entscheidungen beschränkt, die seine eigene Freiheit, zu forschen und zu lehren, gefährden können“; zur entsprechenden Interpretation dieser Rechtsprechung statt vieler *Britz*, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 103 iVm Rn 90.

92 Zum Ganzen *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 20 ff; ausdrücklich gegen immanente Schutzbereichsbegrenzungen auch *Britz*, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 28.

93 So aber übersteigernd *Klein*, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte, 2003, S 134 ff.

man sich einen besonderen Kreativitätsschub und damit Gemeinwohlnutzen gerade von der individuellen Entscheidungsmacht des einzelnen Wissenschaftlers – auch in Publikationsfragen – versprach.<sup>94</sup>

Nur die Hochschulorganisation einschließlich der Selbstverwaltung will das Verfassungsgericht nicht als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit verstehen, solange damit keine strukturelle Gefährdung der individuellen Freiheit in Forschung und Lehre verbunden und ein hinreichendes Niveau der Partizipation gewährleistet sei.<sup>95</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass das Zusammenwirken in solchen arbeitsteiligen Wissenschaftsorganisationen unentrinnbar eine institutionelle Verschränkung der Freiheiten bedingt. Auf die gleichsam virtuelle Organisation der jeweiligen Wissenschaftsgemeinschaft in fachbezogenen Netzwerken u.ä. lässt sich diese – ohnehin umstrittene<sup>96</sup> – dogmatische Konstruktion des BVerfG indes nicht übertragen.<sup>97</sup> Denn hier sind die Forscher, anders als an der Universität, nicht institutionell in feste Organisationsstrukturen eingebunden, sondern können und sollen über ihre Einbindung in Netzwerke u.ä. sowie über ihre Kommunikationswege grundsätzlich selbst entscheiden. Einschränkungen im Allgemeininteresse sind zwar nicht ausgeschlossen, aber als Grundrechtseingriffe besonders rechtfertigungsbedürftig.<sup>98</sup>

#### c) Eingriff durch DFG-Förderbedingungen?

Insoweit stellt sich zunächst das Problem der Grundrechtsbindung der DFG als privatrechtlichem Verein und im Kern Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob solche Förderbedingungen Eingriffscharakter besitzen oder nur eine Leistung einschränkend konkretisieren, auf die grundrechtlich kein Anspruch besteht.

aa) Nach Art. 1 Abs. 3 GG ist die gesamte öffentliche Gewalt *an Grundrechte gebunden*, auch wenn sie sich Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts

bedient. Die Tatsache allein, dass die DFG als Verein organisiert ist und ihre Förderung mittels privatrechtlicher Verträge durchführt, kann sie deshalb nicht von der Grundrechtsbindung befreien.

DFG-Vereinsmitglieder sind Hochschulen und andere staatlich finanzierte Wissenschaftseinrichtungen, mittelbar steht dahinter also durchweg der grundrechtsgebundene Staat. Hinzu kommt, dass die Mittel der DFG zur Wissenschaftsförderung zu über 90% aus staatlichen Haushalten stammen und Vertreter des Bundes und der Länder im Hauptausschuss der DFG, wenn auch in der Minderheit, mit über die Bewilligung konkreter Forschungsprojekte – auf Grundlage wissenschaftlicher Gutachten zu den beantragten Projekten – entscheiden. Zwar ist die DFG selbst als Selbstverwaltungseinrichtung der Wissenschaftsorganisationen konzipiert; in ihrem Senat, der u.a. für die strategische Ausrichtung zuständig ist, finden sich deshalb auch keine Vertreter des Staates. Die Entscheidung über Förderungsanträge in gewisser Staatsferne in einem wissenschaftsgetriebenen Entscheidungsverfahren soll gerade einer unzulässigen indirekten staatlichen Steuerung wissenschaftlicher Wahrheitsfragen vorbeugen. Insoweit wird die DFG selbst, gleichsam als „verlängerter Arm der Wissenschaftler“, zu Recht verbreitet auch als Trägerin der Wissenschaftsfreiheit eingestuft.<sup>99</sup> Die Grundrechtsträgerschaft gegenüber dem Staat schließt eine gleichzeitige Grundrechtsbindung in einem anderen Rechtsverhältnis (Antragsteller bzw. Förderempfänger gegenüber der DFG) jedoch nicht aus. Insoweit spricht man von einer janusköpfigen Grundrechtskonstellation.<sup>100</sup>

Es bleibt noch ein letztes Argument gegen die Grundrechtsbindung der DFG zu erwägen. Als Selbstverwaltungsorganisation repräsentiere die DFG auch den jeweiligen Antragsteller und Förderungsempfänger. Da dieser über die Selbstverwaltungsstrukturen (insbesondere die Wahl der Fachvertreter) die Förderungspraxis selbst beeinflussen könne, fehle es an einer grundrechtstypischen Gefährdungslage. Selbstverwaltung wirke auch

94 Fehling, in: Fehling/Ruffert (Hrsg), Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn 27; insoweit im Ausgangspunkt noch überzeugend Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 55 f; ders (Fn 77), FuL 2009, 648, 650.

95 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 114 ff – Hamburgisches Hochschulgesetz.; vgl auch BVerfGE 111, 333, 353 ff (Fn 91).

96 Wagner, Zur Stellung der Forschungsfreiheit im Gefüge der Grundrechte, in: ders (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung, 2000, S 241 ff; im Anschluss Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 152: „Die zur Freiheitssicherung gebotene Vorsicht verlangt, auch die organisatorischen Normen in der Art zu prüfen, wie es bei der Legitimation von Grundrechtsschranken geboten ist“; als Reaktion auf den Brandenburg-Beschluss Geis, Universitäten im

Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 364.

97 Dies vernachlässigt Peukert, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 21 ff.

98 Näher unten II. 3. d) und f).

99 Statt vieler Trute, Die Forschung (Fn 86), S 690 ff; Meusel, Außenuniversitäre Forschung in der Verfassung, in: Flämig ua (Hrsg) Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd 2, 2. Aufl, 1996, Rn 168; zusammenfassend Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 141.

100 Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 19; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 409; Schmidt-Aßmann, Wissenschaftsrecht als systematische Disziplin, in: Winkler (Hrsg), FS Meusel, 1997, S 224 f.

hier freiheitsschützend und -erweiternd, nicht freiheitsverkürzend.<sup>101</sup> Doch bleiben der Einfluss des Einzelnen und seine individuelle Freiheit in Selbstverwaltungsorganisationen notwendig mediatisiert. Von einem Verständnis der Wissenschaftsfreiheit als individuelles Abwehrrecht aus lässt sich daher die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Forschers auch gegenüber einer selbstverwalteten Forschungsförderungsorganisation nicht leugnen.<sup>102</sup> Darüber hinaus wirken im Hauptausschuss der DFG auch Staatsvertreter mit, so dass gerade keine reine Selbstverwaltungsorganisation, sondern eine gemischte Einrichtung zwischen Staat und selbstverwalteter Wissenschaft (freilich mit klarem Übergewicht der Wissenschaft) vorliegt.<sup>103</sup> Der potentielle Staatseinfluss auf Förderungsentscheidungen, auch wenn er im Haushaltsgesetz sehr abstrakt bleibt und bei der konkreten Förderung in Selbstverwaltungsstrukturen eingebettet und solchermaßen „verdünnt“ ist, lässt die Antragsteller im Verhältnis zur DFG als grundrechtlich schutzbedürftig erscheinen.

bb) Auf den ersten Blick muss an der *Eingriffsqualität bloßer Förderbedingungen* gezweifelt werden. Denn die DFG-Förderung stellt insgesamt eine Leistung dar, wirkt sich also freiheitserweiternd aus.<sup>104</sup> Diese Erweiterung der Forschungsmöglichkeiten wird durch die Bedingung der Open-Access-Publikation vielleicht etwas weniger attraktiv gemacht. Zu einer Belastung wird die Förderung dadurch jedoch in keiner Weise.

Die Publikationsfreiheit scheint bei solchen Förderbedingungen daher allenfalls in ihrer schwachen Ausprägung als Leistungsrecht aktiviert, nicht dagegen als Eingriffsabwehrrecht. Ein originäres Leistungsrecht auf besondere staatliche Förderung von Forschungsvorhaben lässt sich Art. 5 Abs. 3 GG nicht entnehmen; es bleibt grundsätzlich bei einem Anspruch auf chancengleiche Teilhabe an Verfahren zur Vergabe von staatlich für die

Forschung zur Verfügung gestellten Mitteln.<sup>105</sup> Aus diesem Blickwinkel sind einschränkende Förderbedingungen gleichsam bloße „Spielregeln“, welche den Gegenstand des Teilhaberechts und des Vergabewettbewerbs konkretisieren, nicht aber Beschränkungen. Dementsprechend besitzt der Staat bei Förderungsentscheidungen einen erheblich weiteren Gestaltungsspielraum als bei wissenschaftsbezogenen Ge- und Verboten: Sogar inhaltliche Schwerpunktsetzungen bei der Förderung – dann erst recht inhaltsneutrale Open-Access-Verpflichtungen – greifen als solche noch nicht in die Wissenschaftsfreiheit ein.<sup>106</sup> Wenn die bloße Zweitveröffentlichung im frei zugänglichen Internet („green road“) ausreicht, liegt darin auch keine eingriffsbegründende „Abstrafung“ von Wissenschaftlern mit traditionellen Publikationspräferenzen.<sup>107</sup> Zwar müssen sich auch Open-Access-Förderbedingungen, die sich nur als Modifizierung einer überobligationsmäßigen Finanzierungsleistung auswirken, durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Doch bedarf es dafür weder einer gesetzlichen Grundlage noch einer über das Verbot objektiver Willkür hinausreichenden Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Allerdings hat der Hochschullehrer aus der Wissenschaftsfreiheit dem Grunde nach einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf eine personelle und finanzielle Grundausrüstung, welche ihm diejenige Forschung erst ermöglicht, für die er sein Amt erhalten hat. „Bei der Verteilung der verfügbaren Mittel müssen jedenfalls die Personal- und Sachmittel zugewiesen werden, die es überhaupt erst ermöglichen, wissenschaftliche Forschung und Lehre zu betreiben.“<sup>108</sup> Verwehrt man dem Hochschullehrer diese Grundausrüstung oder knüpft sie an einschränkende Bedingungen, so wird dieses „Teilhabe[recht] an öffentlichen Ressourcen“<sup>109</sup> in einer Art und Weise verkürzt, die einem Eingriff in das Abwehrrecht der Forschungsfreiheit nahekommt.<sup>110</sup> Der genaue Umfang der durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierten

101 In diese Richtung wohl *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 76 f.

102 Allgemeiner auf Selbstverwaltungsorgane bezogen *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 19; speziell auf Kollegialorgane an den Hochschulen bezogen statt vieler *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Abs 3 Rn 128.

103 Eingehend *Salaw-Hansmaier*, Die Rechtsnatur der Deutschen Forschungsgemeinschaft, 2003, S 161 ff.

104 Plastisch dazu *Bumke*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 69 (2010), 479, 480 f.

105 Vgl BVerwG 22.4.1977 – VII C 48.74 – E 52, 339, 348 ff; deshalb unzulässigerweise den Unterschied zwischen Teilhabe- und Abwehrrecht negierend *Mönch/Nödler*, in: Spindler (Fn 56), S 21, 46.

106 *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Rn 118 u 194, vgl auch

Rn 14; *Kimminich* (Fn 67), WissR 18 (1985), 116, 133; *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 45 u 151.

107 Anders ohne Differenzierung zwischen „golden“ u „green road“ *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 62 f.

108 BVerfGE 111, 333, 362 (Fn 91); der Sache nach bereits BVerfG 8.2.1977 – 1 BvR 79/70 – E 43, 242, 282 – Berufsvereinsvereinbarung; BVerfG 8.7.1980 – 1 BvR 1472/78 – E 54, 363, 390 – Akademische Selbstverwaltung; BVerfG 15.9.1997 – 1 BvR 406/96 – NVwZ-RR 1998, 175.

109 Zuletzt bekräftigt in BVerfGE 127, 87, 115 (Fn 95).

110 Angedeutet bei *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Abs 3 Rn 196; *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 151.

Grundausrüstung lässt sich freilich nicht aus der Verfassung ablesen; insoweit hat der Haushaltsgesetzgeber einen gewissen, vom Untermaßverbot begrenzten Einschätzungsspielraum.<sup>111</sup>

Mittlerweile verfließen teilweise die Grenzen zwischen der durch Art. 5 Abs. 3 GG gebotenen Grundausrüstung und darüber hinausgehender Finanzleistungen, so dass auch die DFG-Förderung mittelbar grundausrüstungsrelevant werden kann.<sup>112</sup> In den vergangenen Jahren ist zwecks Verschärfung des wissenschaftlichen (Exzellenz-)Wettbewerbs eine spürbare Verlagerung der Mittelausrüstung von der vorbehaltlos gewährleisteten Grundausrüstung hin zu staatlichen Drittmitteln, gerade auch der DFG, zu verzeichnen.<sup>113</sup> Das Drittmittelaufkommen ist fachspezifisch sehr unterschiedlich. Dabei liegt die Vermutung nahe, dass sich auch der Anteil der Drittmittel an den Forschungsausgaben im Verhältnis zur Grundausrüstung fach(gruppen)spezifisch deutlich unterscheidet. Sicherlich gibt es in vielen Fächern wichtige Forschungsprojekte, die sich ohne Drittmittel, allein mittels der Grundausrüstung, nicht realisieren lassen; in manchen Fächern wird dies höchstwahrscheinlich sogar sehr häufig, wenn nicht gar regelmäßig der Fall sein.<sup>114</sup>

In einer solchen Situation ist der Forscher vom Zugang zu Drittmitteln derart abhängig, dass sich Publikationsbedingungen, welche an eine solche Förderung geknüpft werden, ähnlich auswirken wie eine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen, die mit der Grundausrüstung erzielt worden sind.<sup>115</sup> Für diese Schlussfolgerung fehlen zwar unmittelbare Vorbilder in Rechtsprechung und Literatur, doch finden sich ähnliche Wertungen bei der Frage, ob ein faktischer, mit-

telbarer Grundrechtseingriff vorliegt.<sup>116</sup> Insoweit soll es nämlich darauf ankommen, ob „die vorliegende Beeinträchtigung Ausdruck derjenigen Gefahr ist, gegen die das Grundrecht gerade Schutz bieten will“;<sup>117</sup> in diese Wertung können neben der „Grundrechtsbezogenheit der Beeinträchtigung“ (d.h. Schutzzweckerwägungen im engeren Sinne) die „Dichte der Erfolgsbeziehung“ (d.h. die Länge der Kausalkette und die Zielgerichtetheit des staatlichen Handelns) sowie die „Intensität der Gefährdung bzw. Beeinträchtigung“ mit einfließen.<sup>118</sup> Diese Kriterien lassen sich auf die Frage der Eingriffsähnlichkeit von Förderbedingungen übertragen. Je unverzichtbarer Drittmittel für die effektive Forschungsfreiheit sind, desto mehr zwingen Schutzzweckerwägungen<sup>119</sup> dazu, Open-Access-Bedingungen einem Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit gleichzustellen.<sup>120</sup> Dies ist jedoch längst nicht überall so und wohl auch nicht der Regelfall: wie bereits ausgeführt, sind verschiedene Fächer(gruppen) in ganz unterschiedlichem Maße auf Drittmittel angewiesen. Die eingriffsähnliche Wirkung von DFG-Förderbedingungen kann noch unter einem weiteren Aspekt in Zweifel gezogen werden. Die DFG ist zwar ein quantitativ und qualitativ besonders wichtiger, aber keineswegs der einzige Drittmittelgeber. Ein Forscher mag auf Drittmittel angewiesen sein, doch nicht notwendig auf solche der DFG. Hat der Wissenschaftler substantielle, nicht nur theoretische Wahlmöglichkeiten, von welcher (semi-)staatlichen oder auch privaten Institution er Mittel beantragt, kann die DFG-Förderung womöglich als rein zusätzliches Leistungsangebot eingestuft werden, so dass bloße DFG-Förderbedingungen keine eingriffsähnliche Wirkung entfalten.

111 Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 41; Britz, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 84; Gärditz, Evaluationsbasierte Forschungsförderung im Wissenschaftsrecht, WissR 42 (2009), 353, 369 ff.

112 Dies erwähnt am Rande auch Steinhauer, Sichtbarkeit (Fn 56), S 74.

113 So auch DFG, Förderatlas 2012, S 29 f und dort Abbildung 2.6. mit Daten bis einschließlich 2009. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum hervorgehoben etwa von Trute, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S 231 f; Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 41; Fehling, in: Fehling/Ruffert (Fn 94), § 17 Rn 13 f u 51; kritisch Löwer, Vom Beruf des Staates zur Wissenschaft, WissR 32 (1999), 257.

114 Näher unten III. 3. a).

115 In diese Richtung wohl auch Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 42 f.

116 Zusammenfassend Rönnau/Faust/Fehling, Kausalität und objektive Zurechnung, JuS 2004, 113, 118. Auf die Wissenschaftsfreiheit bezogen stellt Geis (Fn 96), VVDStRL 69 (2010), 364, 397 ab auf die „funktionale Vergleichbarkeit der Intensität der Steuerung mit einem Eingriff in den Freiheitsbereich“, dies müsse „auch für

das Zusammenspiel in einem vom Staat initiierten Governance-System gelten“. Allerdings will er bei finanzieller Steuerung einen „grundrechtswidrigen Effekt“ nur annehmen, wenn es um Belohnungen durch Gehalts- oder Lohnbestandteile geht, nicht aber bei der Mittelausrüstung, weil „jenseits der ohnehin umstrittenen ‚Mindestausrüstung‘ kein Anspruch gegen negative Ressourcenallokation besteht“; für eine Erweiterung auf Forschungsförderung auch jenseits der Grundausrüstung Sachs, Diskussionsbeitrag: VVDStRL 69 (2010), 475, 476.

117 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerwArch 72 (1981), 89, 102; dazu kritisch mwN Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992, S 265 ff.

118 Eingehend Ramsauer (Fn 117), VerwArch 72 (1981), 89 (103 ff); teilweise andere Zurechnungskriterien bei Eckhoff, Der Grundrechtseingriff (Fn 117), S 270 ff, insbes S 285 ff; Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S 85 f.

119 In dies Richtung deutet, wenngleich auf hoher Abstraktionsebene, Trute, Die Forschung (Fn 86), S 634, 635 u S 636, siehe ferner S 437; vgl auch Britz, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss.) Rn 84; Gärditz (Fn 111), WissR 42 (2009), 353, insbes 360 u 380 u 384 f.

120 Angedeutet von Steinhauer, Sichtbarkeit (Fn 56), S 73 f; siehe auch schon oben Fn 115.

Inwieweit Forscher speziell auf die DFG angewiesen sind, wird einmal mehr wohl nach Fächergruppen, Fächern oder sogar konkreten Forschungsgegenständen differieren. Doch sprechen unabhängig davon mehrere Überlegungen dagegen, die DFG-Förderung bloß als „eine unter vielen“ anzusehen und ihr deshalb eine hinreichende Relevanz für die Verwirklichung der Forschungsfreiheit abzusprechen: Erstens wird man für die Frage der Abhängigkeit der Wissenschaftler von zusätzlicher Finanzierung die staatlich finanzierte Forschungsförderung in ihrer Gesamtheit und nicht nach Förderungsorganisationen und -programmen differenziert zu betrachten haben. Denn sonst könnte sich die öffentliche Hand (wobei wegen Art. 91a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GG hier nicht zwischen Bund und Ländern differenziert werden muss) durch Aufteilung ihrer Forschungsförderung auf unterschiedliche, jeweils für sich genommen nicht „marktbeherrschende“ Förderungsinstitutionen aus der grundrechtlichen Verantwortung stehlen. Zweitens trifft die Verpflichtung zur Grundausstattung seiner Professoren die öffentliche Hand und nicht Private. Wenn der Staat Mittel von der Grundausstattung in die Forschungsförderung umschichtet, kann er seiner Gewährleistungsverantwortung für eine ausreichende Grundfinanzierung der Forschung nicht durch Verweis auf alternative private Quellen entkommen. Drittens sind für längst nicht alle Forschungsprojekte private Finanzquellen in nennenswertem Umfang verfügbar; diese fehlen weitgehend für die Grundlagenforschung, welche wiederum besonders im Fokus der DFG steht. Viertens genießt die DFG-Förderung wegen hoher fachlicher Anforderungen in vielen Bereichen der Wissenschaft ein besonderes Renommee und ist deshalb nicht ohne weiteres durch andere Drittmittelquellen substituierbar. Fünftens schließlich besitzt die DFG bei der Forschungsförderung wegen ihres besonders hohen prozentualen Anteils<sup>121</sup> und ihres Renommee eine gewisse Vorbildfunktion für andere staatliche und gemeinnützige Forschungsförderungsorganisationen, so dass wahrscheinlich viele von ihnen ihre Förderbedingungen auch hinsichtlich Open-Access-Verpflichtungen sukzessive denen der DFG anpassen werden. Diese indirekte – aber wohl durchaus beabsichtigte – Vorbild-Steuerungswirkung wird man bei der Frage der eingriffsähnlichen Wirkung, was wie allgemein bei Grundrechtseingriffen einen Akt wertender Zurechnung der Beeinträchtigung zum Staat erfordert,<sup>122</sup> mit berücksichtigen müssen.

Somit sprechen die besseren Gründe dafür, bei der Eingriffsähnlichkeit solcher Förderbedingungen allein darauf abzustellen, ob alle semi-staatlichen Drittmittel zusammen genommen für die Verwirklichung amtsangemessener Forschung unverzichtbar sind und dadurch eine grundausstattungsgleiche Bedeutung für die Gewährleistung realer Forschungsfreiheit gewinnen. Inwieweit dabei nach Fächern o.ä. differenziert werden kann und muss – auch im Hinblick darauf, dass die Publikationsfreiheit bei Aufsätzen wegen des neuen § 38 Abs. 4 UrhG nur noch bei der Publikation in ausländischen Zeitschriften in größerem Maße betroffen ist –, bedarf unten noch näherer Prüfung. Nicht entscheidend ist dagegen, ob speziell DFG-Mittel dazu benötigt werden oder auch andere Möglichkeiten zur Beschaffung der erforderlichen Drittmittel existieren. Die Förderbedingungen können freilich einem klassischen Grundrechtseingriff unterschiedlich nahe kommen, so dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Open-Access-Förderbedingungen womöglich doch noch weiter differenziert werden muss.<sup>123</sup>

cc) Bei der Frage der *Eingriffsähnlichkeit* muss ferner zwischen *unterschiedlich weitreichenden Open-Access-Verpflichtungen* unterschieden werden.<sup>124</sup> Die bisherige Fassung der entsprechenden Förderbedingungen besitzt als bloße dringende Empfehlung eindeutig keine Eingriffsqualität,<sup>125</sup> weil sie es letztlich doch dem geförderten Wissenschaftler überlässt, ob er seine Forschungsergebnisse im Internet frei zugänglich macht.

Wird dem Förderungsempfänger für den Abschlussbericht eine detaillierte Begründungslast auferlegt, wenn er ausnahmsweise auf eine Open-Access-Publikation verzichtet, so ist die Einordnung schon weniger eindeutig. Wenn die Begründung gegebenenfalls eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen soll, ob im konkreten Einzelfall die Verweigerung der Open-Access-Veröffentlichung eine Vertragsverletzung darstellt, spricht – unter den obigen Voraussetzungen – einiges für die Annahme einer freilich schwachen eingriffsähnlichen Wirkung. Diese erscheint selbst dann nicht gänzlich ausgeschlossen, wenn eine gerichtliche Überprüfung der Tragfähigkeit der Gründe ausscheidet, aber die Erfolgsaussichten bei etwaigen späteren (Folge-)Anträgen wesentlich vom entsprechenden „Wohlverhalten“ des Geförderten abhängen. Die Eingriffsähnlichkeit wäre indes derart gering, dass eine Verhältnismäßigkeitsrechtfertigung wohl keine besonderen Schwierigkeiten machte. Die Auferle-

121 Nach DFG, Förderatlas 2012, S 30 f betrug dieser im Jahr 2009 beim Drittmittelaufkommen von 35%, gefolgt von Industrie und Wirtschaft mit 23% sowie dem Bund mit 21%.

122 Siehe allgemein *Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, (1998), S 53; zusammenfassend *Rönnau/Faust/Fehling* (Fn 116), JuS 2004, 113, 118.

123 Siehe unten III. 4. a).

124 Zu diesen verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten siehe näher oben II. 4.

125 Allgemein für bloße Empfehlungen *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 42; *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 69.

gung bloßer Begründungslasten erscheint damit verfassungsrechtlich noch weitgehend unproblematisch.

Wird dagegen eine vertragliche Rechtspflicht begründet, verliert sie ihren eingriffsähnlichen Charakter nicht dadurch, dass allgemein formulierte Ausnahmen vorgesehen oder Härtefallregelungen aufgenommen werden. Diese können nach allgemeinen Grundsätzen<sup>126</sup> womöglich die Verhältnismäßigkeit einer solchen Bedingung sichern, nicht aber ihren belastenden Charakter gänzlich beseitigen.

#### d) Verfassungsimmanente Schranken der Publikationsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Eine Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit einschließlich der Publikationsfreiheit ist daher nur aufgrund verfassungsimmanenter Schranken zum Schutz kollidierender Rechtsgüter von Verfassungsrang zulässig.<sup>127</sup>

Diese strengen Anforderungen gelten zwar grundsätzlich nur im Rahmen der Abwehrfunktion, nicht im Bereich von Teilhabe und Leistung und damit auch nicht für die bloße Forschungsförderung.<sup>128</sup> Soweit allerdings entsprechende Mittel als unverzichtbar für reale Forschungsfreiheit erscheinen, weil die Grundausrüstung dazu nicht ausreicht, und deshalb beigefügte Förderbedingungen eingriffsähnliche Wirkung entfalten, müssen konsequenterweise auch für die Rechtfertigung einer solchen Verkürzung der Forschungsmöglichkeiten zumindest ähnliche Voraussetzungen gelten wie für Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht. Verbleibende Unterschiede bei der Eingriffsintensität sind bei der späteren Verhältnismäßigkeitsabwägung zu berücksichtigen, rechtfertigen aber nicht ohne weiteres eine Reduzierung der Schrankenhürde als solcher.

Allein die Tatsache, dass man bestimmte Ziele als gewichtige Gemeinwohlinteressen einstufen kann, reicht für eine Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG nicht aus.<sup>129</sup>

Stets muss eine Verankerung in der Verfassung selbst nachgewiesen werden. Teilweise ist die Verfassungsrechtsprechung dabei recht kreativ,<sup>130</sup> aber keineswegs immer großzügig. Richtigerweise darf eine Verankerung bestimmter Schutzgüter in der Verfassung nicht vorschnell unterstellt, sondern muss mit anerkannten Methoden der Verfassungsinterpretation hergeleitet werden.

Vor diesem Hintergrund darf man sich nicht mit der pauschalen Erwägung begnügen, Open-Access erleichtere den Zugang zu Aufsätzen und Forschungsdaten und verbessere damit die wissenschaftliche Kommunikation als Kernanliegen freier Wissenschaft.<sup>131</sup> Ebenso wenig darf allerdings der Charakter der Forschungsfreiheit als Individualrecht dahingehend übersteigert werden, dass bloße Allgemeininteressen am Wissenschaftssystem von vornherein als nachrangig, ja grundrechtlich irrelevant abgetan werden.<sup>132</sup> Kollidierendes Verfassungsrecht muss sich nicht notwendig auf Grundrechte und sonstige Verfassungsgüter außerhalb der Wissenschaft beziehen. Dies zeigt sich am Beispiel des wissenschaftlichen Fehlverhaltens, wo der objektiv-rechtliche Gehalt der Wissenschaftsfreiheit in engen Grenzen<sup>133</sup> ein Tätigwerden zum Schutz des Wissenschaftssystems rechtfertigt.<sup>134</sup> Insoweit kann „zugunsten höherrangiger verfassungsrechtlicher Belange“ sogar „ein Publikationsgebot“ zulässig sein.<sup>135</sup>

aa) Bei der Suche nach Verfassungswerten, die Open-Access-Förderbedingungen rechtfertigen können, ist zunächst an die *Wissenschaftsfreiheit* selbst in ihrer *objektiv-rechtlichen Dimension* zu denken. Nach ständiger Rechtsprechung wirkt Art. 5 Abs. 3 GG auch als „wertentscheidende Grundsatznorm für das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat“.<sup>136</sup> Der wissenschaftliche „Freiraum ist nicht nur im Interesse der individuellen Entfaltung des einzelnen Wissenschaftlers garantiert, sondern auch im Interesse eines dem Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft dienen-

126 Vgl den Überblick (allerdings primär unter dem Gleichbehandlungsgesichtspunkt) bei Osterloh, in: Sachs (Hrsg), GG-Kommentar, 5. Aufl 2009, Art 3 Rn 111 mN aus der Rspr.

127 Grundlegend begründet in BVerfGE 47, 327, 368 ff (Fn 67); aus dem Schrifttum statt vieler Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 159 mwN.

128 Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Rn 117 u. 194, vgl auch Rn 14; Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 45 u 151.

129 Vgl, nicht auf Art 5 Abs. 3 GG bezogen, BVerfG 14.7.1998 – 1 BvE 1640/97 – E 98, 218, 251 – Rechtschreibreform.

130 Kritik bei Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl 2012, Rn 345 unter Verweis auf BVerfG 26.6.2002 – 1 BvR 670/91 – E 105, 279, 301 ff – Osho.

131 Ähnlich aber Peukert, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 21.

132 In diese Richtung Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), 29, 55 f u 63 f; besonders deutlich Gärditz (Fn 111), WissR 42 (2009), 353, 364.

133 Nach BVerfG 11.12.1996 – 6 C 5.95 – E 102, 304, 314 (bestätigt durch BVerfG 8.8.2000 – 1 BvR 653/97 – DVBl. 2000, 1781) besitzt der gute Ruf einer Universität als solches keinen Verfassungsrang und vermag deshalb eine Einschränkung der individuellen Wissenschaftsfreiheit nicht zu rechtfertigen.

134 Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 167; Muckel, Der Ombudsmann zur Anhörung von Vorwürfen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, in: Hanau/Leuze/Löwer/Schiedermaier (Hrsg), Wissenschaftsrecht im Umbruch. Gedenkschrift für Hartmut Krüger, 2001, S 291; zur grundrechtsschonenden Selbstregulierung der Wissenschaft in solchen Fällen Schmidt-Aßmann, Fehlverhalten in der Forschung – Reaktionen des Rechts, NVwZ 1998, 1232 ff.

135 Britz, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 26, im Anschluss an Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz (Hrsg) Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S 1 ff u insb S 10 ff.

136 Grundlegend BVerfGE 35, 79, 112 (Fn 66); ferner z.B. BVerfG 31.5.1995 – 1 BvR 1379/94 – E 93, 85, 95.

den Wissenschaft. Daher schützt die Wissenschaftsfreiheit nicht vor Beschränkungen, die für den einzelnen Grundrechtsträger aufgrund des Zusammenwirkens mit anderen Grundrechtsträgern im Wissenschaftsbetrieb unvermeidbar sind.<sup>137</sup> Diese und ähnliche Aussagen finden sich allerdings durchweg bezogen nur auf die Hochschulorganisation und sind kaum ohne weiteres auf die regelmäßig weniger intensive Vernetzung in der Scientific Community übertragbar.

Darüber hinaus wird die Wissenschaftsfreiheit oft als institutionelle Garantie freier Wissenschaft verstanden. Löst man sich dabei von der historisch überfrachteten und deshalb problematischen Figur der institutionellen Garantie, so verbirgt sich auch hinter dieser Formulierung letztlich die objektiv-rechtliche Seite der Wissenschaftsfreiheit.<sup>138</sup> Im Schutzbereich wird das Abwehrrecht nicht von vornherein durch objektiv-rechtliche Bindungen verdrängt. Wohl aber rechtfertigen die spezifische sozio-ökonomische Gemeinwohlerwartung an die wissenschaftliche Betätigung und die darauf abzielende staatliche Finanzierung in der Verhältnismäßigkeitsabwägung tendenziell weitreichendere Autonomie-Einschränkungen, als dies bei anderen Freiheitsrechten, bei denen die individuelle Entfaltung als solche stärker im Vordergrund steht, möglich wäre.<sup>139</sup> Dies trifft sich mit einem Verständnis des Art. 5 Abs. 3 GG, wonach der Staat die Voraussetzungen wissenschaftlicher Kreativität zu schützen<sup>140</sup> und forschungsfreundliche Rahmenbedingungen im einfachen Recht zu schaffen hat.<sup>141</sup>

Gerade im internationalen Kontext ist die Wissenschaft als Kommunikationszusammenhang auf erleich-

terten Zugang zu Forschungsergebnissen mehr und mehr angewiesen, was wiederum durch Open-Access-Publikation sehr gefördert wird.<sup>142</sup> Zwar wird in der Rechtsprechung immer wieder grundsätzlich zu Recht betont, dass die objektiv-rechtliche Seite der Wissenschaftsfreiheit das individuelle Abwehrrecht verstärken und nicht konterkarieren solle.<sup>143</sup> Doch sind in diesem Punkt bei bloßen Förderbedingungen<sup>144</sup> weniger strenge Anforderungen zu stellen als bei das Abwehrrecht betreffenden Ge- oder Verboten.

bb) Ähnliche Erwägungen lassen sich auf Basis der *Informationsfreiheit* als kollidierendem Verfassungsrecht anstellen.<sup>145</sup> Zwar gewährleistet sie als Abwehrrecht nur, dass sich der Einzelne aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert informieren kann. Ein (Leistungs-) Recht darauf, bestimmte Informationen (erleichtert) allgemein zugänglich zu machen, lässt sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht herleiten.<sup>146</sup> Doch hat man in jüngerer Zeit auch eine objektiv-rechtliche Seite der Informationsfreiheit herausgearbeitet. Denn für die Teilhabe an der viel beschworenen Informationsgesellschaft gewinnt der freie Zugang zu Informationen immer mehr an Bedeutung.<sup>147</sup> Wie weit eine etwaige staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Ermöglichung des Zugangs zu bestimmten Informationsquellen reicht, ist noch weitgehend ungeklärt. Im vorliegenden Zusammenhang lassen sich aber Erwägungen des BVerfGs in seiner Entscheidung zum Kurzberichterstattungsrecht im Fernsehen<sup>148</sup> nutzbar machen. Danach ist die Gewährleistung freien Informationszugangs ein wesentliches Anliegen des Grundgesetz-

137 Zuletzt BVerfGE 127, 87, 115 (Fn 95); grundlegend BVerfGE 35, 79, 122 u 128 (Fn 66), ferner BVerfGE 111, 333, 354 (Fn 91).

138 So bereits *Oppermann*, Praktische Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG zur Wissenschaftsfreiheit, JZ 1973, 434 f; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 382; *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 32.

139 So wörtlich *Fehling*, in: Fehling/Ruffert (Fn 94), § 17 Rn 20; siehe auch *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 20 mwN. Kritisch *Gärdtitz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S 506 ff.

140 A. *Blankenagel* (Fn 85), AöR 105 (1980), 65 ff u 70.

141 Auf den Zugang zu Akten, Archiven uä bezogen *Mayen*, Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat, 1992, S 218 ff, 295, *Wyduckel*, Archivgesetzgebung im Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und Forschungsfreiheit, DVBl. 1989, 327, 354 ff; abgeschwächt *Bizer*, Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung, 1992, S 56 ff; verallgemeinernd *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss.freiheit) Rn 50.

142 Zusammenfassend mwN. *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 3 f; im Ansatz auch *Dorschel*, Open Access und Urheberrecht: Open Source in neuem Gewand, in: Hagenhoff (Hrsg), Internetökonomie der Medienbranche, 2006, S 235, 243, allerdings mit dem Zusatz, dass „man hieraus Konsequenzen allenfalls auf der leistungsstaatlichen Ebene ziehen könne [...]“.

143 *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss.freiheit) Rn 24; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 384. Klassisch zum Verhältnis der abwehrrechtlichen und der

objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff. 144 Selbst dort, wo der Grundrechtsträger auf Drittmittel angewiesen ist, vgl oben III. 3. c) cc).

145 Hierzu und zum Folgenden instruktiv *Lutz*, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 35 ff; kurz erwähnt in der *MPI*-Stellungnahme (Fn 5), Rn 31 f.

146 Vgl BVerfG 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95 – E 103, 44, 59 – Gerichtsfernsehen.

147 Vgl etwa in Kontext des Urheberrechts *Krüger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, 2002, S 202 ff; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, 2009, S 63, 81 ff. Dies deutet sogar *Rieble an*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 50: „Der niedrighschwellige Zugang zu Wissen und Information ist wünschenswert und macht die Informationsfreiheit des Art 5 Abs 3 GG effektiv – indem es mehr allgemein zugängliche Quellen schafft.“ *Rieble* zieht daraus indes keine verfassungsrechtlichen Konsequenzen, sondern behauptet zuvor (aaO S 50) ohne weitere Begründung, ein „Belang von Verfassungsrang“ zur „Beschränkung der Publikationsfreiheit des wissenschaftlichen Autors“ „fehl[e]“; an späterer Stelle (aaO S 63) stellt er darauf ab, dass „es kein Verfassungsrecht der Öffentlichkeit auf ‚Publikationsvorsorge‘ gibt“.

148 BVerfG 17.2.1998 – 1 BvF 1/91 – E 97, 228, 256 f.

zes und rechtfertigt insbesondere Regelungen zur Verhinderung von Informationsmonopolen und zur Sicherung der Pluralität von Sichtweisen und Darbietungen.

Vor diesem Hintergrund können auch Förderbedingungen, welche die Allgemeinzugänglichkeit von Forschungsergebnissen gewährleisten sollen, auf die objektiv-rechtliche Seite der Informationsfreiheit als kollidierendem Verfassungsrecht gestützt werden. Zwar ist fraglich, ob man selbst bei sehr teuren (gedruckten) Fachzeitschriften schon von Informationsmonopolen im engeren Sinne sprechen kann<sup>149</sup> – schließlich gibt es regelmäßig auch auf diesem Markt Konkurrenz und die entgeltlich vertriebenen Zeitschriften sind für die Wissenschaftler im Grundsatz (notfalls über Fernleihsysteme) auch weltweit zugänglich.

Außerdem hat das Monopol-Problem bei Publikationen im Gegensatz zum Rundfunk eine internationale Dimension und ist deshalb national nur eingeschränkt lösbar. Auch spielt die Pluralitätsgewährleistung keine zentrale Rolle, soweit es um die Open-Access-Verbreitung des gleichen Aufsatzes geht. Die Online-Publikation ergänzender (mittelbar aufsatzbezogener oder aufsatzfremder<sup>150</sup>) Forschungsdaten vermag allerdings unter Umständen die wissenschaftliche Perspektive zu erweitern. Vor allem aber können extrem hohe Zeitschriftenpreise die Zugänglichkeit deutlich erschweren und verzögern, was im immer schnelllebigeren Wissenschaftsbetrieb zu spürbaren Behinderungen führen kann. Letztlich geht es in beiden Konstellationen – Kurzberichterstattung und Open-Access-Förderbedingungen<sup>151</sup> – um die Durchbrechung bzw. Verhinderung einer Exklusivvermarktung zugunsten erweitertem und erleichtertem Informationszugang. Dass die Forderung nach Open-Access immer häufiger gerade auch aus Rei-

hen der (Natur-)Wissenschaftler selbst erhoben wird, spricht dafür, dass es sich jedenfalls in Teilbereichen der Wissenschaft um ein dringendes Anliegen handelt.

Auch zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewinnt die dargestellte Argumentation noch an Überzeugungskraft, wenn man die Anforderungen an kollidierendes Verfassungsrecht bei bloßen Förderbedingungen niedriger ansetzt als bei gesetzlichen Open-Access-Geboten. Wird zudem in Rechnung gestellt, dass mit der objektiv-rechtlichen Dimension von Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit zwei – freilich eng verwandte – Anknüpfungspunkte für kollidierendes Verfassungsrecht zur Verfügung stehen, kann von einer grundsätzlichen Einschränkung der Publikationsfreiheit durch Open-Access-Förderbedingungen ausgegangen werden.

e) Vorbehalt des Gesetzes für Open-Access-Förderbedingungen?

Bei der Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht unterliegen Einschränkungen aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts in vollem Umfang dem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>152</sup> Anders dagegen grundsätzlich dort, wo es allein um Leistungen oder Teilhabe geht. Deshalb ist traditionell die Forschungsförderung – nicht anders als die Vergabe von Wirtschaftssubventionen<sup>153</sup> – selbst dort, wo sie (un-)mittelbar durch den Staat und mit staatlichen Mitteln erfolgt, gesetzlich nicht geregelt.<sup>154</sup> Einer gesetzlichen Normierung der Forschungsförderung bedarf es allenfalls, soweit mit den Bedingungen (potentiell) eine inhaltliche Lenkung der Forschung einhergeht.<sup>155</sup> Open-Access-Publikationsbedingungen sind jedoch gänzlich inhaltsneutral.

Soweit freilich die Förderung funktional Teile der verfassungsrechtlich garantierten Grundausstattung er-

149 Von „abträglichen Informationsmonopolen“ spricht aber *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 70.

150 Zu diesen Kategorien siehe oben II. 2.

151 Die Literatur bezieht dies aus der Sicht des Urheberrechts auf gesetzliche Eingriffe in das Exklusivvermarktungsrecht.

152 Beiläufig *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 160.

153 Grundlegend BVerwG 21.3.1958 – VII C 6.57 – E 6, 282, 287 f; kritischer Überblick bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl 2011, § 6 Rn 19 ff; *Trute*, Die Forschung (Fn 86), S 235 ff, 649 ff.

154 Deshalb besitzt auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art 74 Abs 1 Nr 13 GG wenig praktische Bedeutung; siehe schon *Bode*, Möglichkeiten und Grenzen einer Gesetzgebung des Bundes zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, *WissR* 5 (1972), 222, 224 und *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn 82), Art 74 Rn 178; *Nolte*, Die Zuständigkeit des Bundes für das Hochschulwesen, *DVBl* 2010, 84, 85; *Schmidt-Aßmann*, Die Bundeskompetenz für die Wissenschaftsförderung nach der Föderalismusreform, in: *Deppenheuer* (Hrsg), *FS Isensee*, 2007, S 405, 419. Hierzu und zu den folgenden allgemeinen Leitlinien auch *Fehling*, in: *Bonner Kommentar zum*

GG (Loseblatt Mai 2013), Art 74 I Nr 13, Rn 19. – Das neue Wiss. freiheitsgesetz (WissFG) vom 18.12.2010, *BGBI I* S 2457) betrifft nur den Haushalt außeruniversitärer Forschungseinrichtungen.

155 Ähnlich für Pressesubventionen *OVG Berlin* 25.4.1975 – II B 86.74 – *DVBl* 1975, 905; die Frage im Ergebnis offen lassend *BVerfG* 6.6.1989 – 1 BvR 727/84 – E 80, 124, 131 ff – Postzeitungsdienst. Deshalb entgegen der Praxis für eine Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes bei der Wissenschaftsförderung *Trute*, Die Forschung (Fn 86), S 461 ff; aus jüngerer Zeit *Trute*, in: *Hufen/Gerlit/Dreier* (Hrsg), *Verfassungen zwischen Recht und Politik*, FS H.-P. Schneider, 2008, S 302, 317 ff; *Sieweke*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung der Exzellenzinitiative, *DÖV* 2009, 946, 950; dagegen *Wilden*, Die Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen für die außeruniversitäre Forschung und die Forschungsförderung, *Frankfurt aM*, 2009, S 110 ff; *Wagner*, Die Verfassungsmäßigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, 427, 429 ff, weil keine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit der Geförderten selbst oder von Konkurrenten bestünde; dagegen wiederum *Sieweke*, Die Verfassungswidrigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, 435, 436 f.

setzt und Open-Access-Förderbedingungen deshalb eingriffähnliche Wirkung gewinnen,<sup>156</sup> könnte man folgern, dass konsequenterweise dafür dann auch eine gesetzliche Ermächtigung zu fordern sei. Doch sprechen die besseren Gründe gegen eine solche Schlussfolgerung: Erstens vollzieht sich die DFG-Förderung überwiegend in Selbstverwaltungsstrukturen; eine Regelung durch staatliches Gesetz würde den externen Staatseinfluss auf die Förderbedingungen erhöhen und damit dem Grundrechtsschutz der Wissenschaftsfreiheit durch Organisation und Verfahren gerade entgegenwirken.<sup>157</sup> Zwar könnte sich eine gesetzliche Grundlage darauf beschränken, die DFG zu solchen Open-Access-Publikationsbedingungen zu ermächtigen,<sup>158</sup> so dass die Entscheidung, inwieweit die DFG davon Gebrauch macht, weiterhin ihren (Selbstverwaltungs-)Gremien überlassen bliebe. Letztlich hätte aber auch eine bloße gesetzliche Erlaubnis eine erhebliche faktische Steuerungswirkung. Zweitens sind Open-Access-Förderbedingungen, wie ausgeführt,<sup>159</sup> keineswegs durchgängig als eingriffähnlich einzustufen. In weiten Bereichen bedürfte es also schon mangels Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit keines Gesetzes. Der parlamentarische Gesetzgeber könnte aber schwerlich derart differenzieren; allein die sachnähere DFG mit ihren Strukturen wissenschaftlicher Selbstverwaltung erscheint in der Lage, die Belastungen durch Open-Access-Bestimmungen fach(gruppen)spezifisch einzuschätzen und daran anknüpfend gegebenenfalls differenzierte Lösungen zu erarbeiten. Für die Frage des Gesetzesvorbehalts – anders als möglicherweise beim Eingriff und bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung – muss dagegen die Eingriffähnlichkeit und Grundrechtswesentlichkeit einheitlich und damit pauschalierend beurteilt werden. Aus dieser übergreifenden Perspektive bleibt die Grundrechtswesentlichkeit von Open-Access-Förderbedingungen, welche in vielen Fällen eben doch nur eine zusätzliche und nicht zwingend erforderliche Finanzquelle betreffen, deutlich hinter derjenigen von Ge- und Verboten zurück. Durch das neue

unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht (§ 38 Abs. 4 UrhG) ist die Publikationsfreiheit von Förderungsempfängern für Aufsätze in deutschen Zeitschriften – anders als bei darin nicht enthaltenen Forschungsdaten sowie bei Aufsatzpublikationen in ausländischen Zeitschriften mit Verlagsvertrag nach ausländischen Recht – ohnehin nur so schwach berührt,<sup>160</sup> dass mangels Grundrechtswesentlichkeit keine gesetzliche Ermächtigung für entsprechende Open-Access-Förderbedingungen der DFG erforderlich wäre. Aus der Tatsache, dass Open-Access-Förderbedingungen in manchen, aber eben längst nicht allen Bereichen eingriffähnlich wirken, ergibt sich daher kein Vorbehalt des Gesetzes.

Richtigerweise bedürfen Open-Access-Förderbedingungen daher, selbst dort, wo Wissenschaftler auf die Förderung grundausrüstungsähnlich angewiesen sind, keiner gesetzlichen Ermächtigung, sondern können auch ohne gesetzliche Grundlage (in den noch zu erörternden Grenzen der Verhältnismäßigkeit und mit eventuell notwendigen fachspezifischen Differenzierungen) unmittelbar von der DFG beschlossen werden.

#### f) Aspekte der Verhältnismäßigkeit

Soweit Open-Access-Förderbedingungen eingriffähnlich wirken, muss der Konflikt der individuellen Publikationsfreiheit mit der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit und der Informationsfreiheit „nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses Wertsystems durch Verfassungsauslegung“ – im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz (*Hesse*) bzw. des nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs (*Lerche*) – „gelöst werden“.<sup>161</sup> Dazu bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsabwägung der kollidierenden Verfassungsbelange.<sup>162</sup> Je weiter solche Bedingungen in ihrer Wirkung von einem „echten“ Grundrechtseingriff entfernt bleiben, desto weniger streng darf insbesondere die Angemessenheitsprüfung ausfallen.

<sup>156</sup> Siehe oben III. 3. c) bb).

<sup>157</sup> Vgl. *Trute*, Die Forschung (Fn 86), S 687 f. „Wohl aber erlaubt die autonome Legitimation eine Reduktion inhaltlicher Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens, das weitgehend der DFG überlassen werden kann“; zum Verfahren zählt er wohl auch zumindest inhaltsneutrale Förderbedingungen.

<sup>158</sup> Vgl. allgemeiner *Fehling*, in: BK-GG (Fn 154), Art 74 Abs 1 Nr 13 GG, Rn 19: „Solche Forschungsförderungsgesetze müssen sich freilich zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit weitgehend auf Verfahrensregelungen beschränken und die projektbezogene Förderung in weitem Umfang der Selbstprogrammierung der Wissenschaft und deren Organisationen (wie insbesondere die Deutsche Forschungsgemeinschaft) überlassen“; eingehend zur notwendigen Beschränkung auf Rahmenregelungen *Groß/Karaalp/Wilden*, Regelungsstrukturen der

Forschungsförderung, 2010, insbes S 47 ff.

<sup>159</sup> Oben unter III. 3. c) bb).

<sup>160</sup> Siehe oben III. 3. a) aa).

<sup>161</sup> Wörtliches Zitat (allgemein zur Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit) aus BVerfGE 47, 327, 369 (Fn 67); BVerwGE 102, 304, 308 (Fn 133); mit den eingeschobenen Zusätzen *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 160; *Wendt*, in: v Münch/Kunig (Fn 82), Art 5 Rn 104a.

<sup>162</sup> *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 161; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 415; *Schulze-Fielitz*, in: Benda ua (Hrsg), Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl 1994, § 27 Rn 10; vgl auch *Hailbronner* (Fn 81), WissR 13 (1980), 222 ff.

aa) Um als verfassungsrechtlich *geeignet zur Verwirklichung der Wissenschafts- und der Informationsfreiheit* eingestuft werden zu können, müssten die Open-Access-Förderbedingungen den wissenschaftlichen Kommunikationsprozess und den Informationszugang für Interessierte zumindest spürbar erleichtern.

Daran fehlte es zum einen, wenn es mittels solcher Förderbedingungen wahrscheinlich gar nicht zu vermehrten hochwertigen Open-Access-(Aufsatz-)Publikationen käme. Wenn sich Forscher von solchen Bedingungen aus Überzeugung oder wegen befürchteter Mehrkosten in nennenswerter Zahl abschrecken ließen, eine Förderung bei der DFG zu beantragen, schliege sich dies zwar nicht notwendig in der Zahl der von der Open-Access-Veröffentlichungspflicht erfassten Forschungsvorhaben nieder. Bei weniger Anträgen würde aber der Wettbewerb geringer und es wäre zu befürchten, dass im Schnitt qualitativ weniger Hochwertiges gefördert werden müsste. Gewiss ist nicht auszuschließen, dass der eine oder andere anerkannte Wissenschaftler, der Open-Access-Publikationen sehr kritisch gegenübersteht, auf einen DFG-Antrag verzichten würde. In so großer Zahl, dass dies auch Konsequenzen für die Qualität der geförderten Projekte zeitigte, ist eine Bewegung weg von der DFG jedoch schon wegen des besonderen Renommées der DFG-Förderung nicht zu erwarten. Im Übrigen liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Quasi-Eingriffsakt ohnehin nur vor, wo Forscher mangels hinreichender Grundausstattung auf semi-staatliche Drittmittel angewiesen sind. Sofern eine höhere Kostenbelastung des Autors bei Open-Access-Zeitschriften – die ja für wegfallende Verkaufspreise eine andere Einnahmequelle benötigen und deshalb wahrscheinlich Autorenbeiträge verlangen werden – diesen abzuschrecken droht, müsste die DFG freilich die dem Autor entstehenden Mehrkosten in die Berechnung ihrer Fördersummen einpreisen. Letztlich kommt es nur darauf an, dass die Gesamtförderung auch die Veröffentlichungskosten abdeckt; soweit dies durch einen „Overhead“ bei der Sachbeihilfe gesichert ist, bedarf es keines Zuschlags.

Vor diesem Hintergrund sind die geschilderten kontraproduktiven Nebenwirkungen recht unwahrscheinlich – graduell wohl umso unwahrscheinlicher, je „schoener“ solche Bedingungen ausgestaltet würden –, so

dass sie die Eignung der Open-Access-Förderbedingungen zur vermehrten Open-Access-Publikation hochwertiger Forschungsleistungen nicht in Frage stellen. In Übertragung der Grundsätze, die das BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber anwendet,<sup>163</sup> trifft die DFG eine Beobachtungs- und gegebenenfalls Korrekturpflicht für den Fall, dass sich wider Erwarten doch negative Nebenwirkungen von Open-Access-Förderbedingungen bemerkbar machen.

Zum anderen müsste die Eignung bezweifelt werden, wenn Open-Access gegenüber klassischen Publikationsformen gar keine Verbesserung oder gar eine Verschlechterung beim wissenschaftlichen Informationsfluss mit sich brächte. Bei aufsatzfremden oder nur mittelbar aufsatzbezogenen Forschungs(roh)daten, die bislang gar nicht veröffentlicht werden, wäre freilich die Verbesserung durch eine Open-Access-Publikationspflicht evident. Bei Aufsatz-Publikationen bezweifeln dagegen manche Kritiker, ob Open-Access tatsächlich die Auffindbarkeit und damit Zugänglichkeit verbessert.<sup>164</sup> Diese Kritik könnte aber nur dann überzeugen, wenn durch Open-Access etablierte Subskriptions-Zeitschriften als Garanten für Qualität zugunsten von mehr oder minder obskuren und fragmentierten Internet-Repositoryn o.ä. vom Markt verdrängt würden. Ein solches Szenario fußt jedoch auf äußerst unwahrscheinlichen Prämissen. Wird dem Geförderten die Wahl zwischen „golden road“ und „green road“ freigestellt, so wird er eine Veröffentlichung ausschließlich im Internet ohnehin nur wählen, wenn in seinem Fach dafür ein hinreichend renommiertes Open-Access-Journal zur Verfügung steht. Dann aber sind Qualitätskontrolle und Auffindbarkeit ähnlich gesichert wie bei klassischen Publikationswegen und es bleibt für die Nutzer der Vorteil der kostenfreien unmittelbaren weltweiten Abrufbarkeit. Wählt der Autor dagegen eine Zweitveröffentlichung im Internet, so bleibt definitionsgemäß die klassische Erstveröffentlichung wie zuvor greifbar.

Allerdings besteht die Möglichkeit, dass das eine oder andere etablierte ausländische Journal weiterhin auf die Übertragung exklusiver Verwertungsrechte besteht. Sofern dies in gewissen Fächern regelmäßig der Fall ist, wird für den Autor entweder eine Zweitveröffentlichung im frei zugänglichen Internet rechtlich ris-

163 ZB BVerfG 13.2.2008 – 2 BvK 1/07 - E 120, 82, 108 – 5%-Klausel; verallgemeinernd *Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band III, 2009, § 68 Rn 45.

164 Grundsätzliche Bedenken wegen befürchteter Versionsverwirrung und Problemen mit Datensicherheit und längerfristiger Verfügbarkeit *Rieble*, in: *Reuß/Rieble* (Fn 42), S 29, 35 ff; diese Probleme werden auch von denjenigen gesehen, die Open Access

positiv gegenüber stehen, aus der Perspektive des Urheberrechts *Mantz*, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open-Access-Werken, in: *Spindler* (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S 55, 72. Grundsätzlich optimistischer *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 24, der jedoch auch betont, dass die große Google Scholar Suchanfrage an das gesamte Netz zu wenig präzise sei.

kant<sup>165</sup> oder umgekehrt die gewünschte Hauptveröffentlichung faktisch unmöglich, wenn er dafür nicht auf eine zweitklassige Zeitschrift ausweichen will. Darüber hinaus kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die zunehmende Verbreitung von Open-Access – namentlich dann, wenn die entsprechenden DFG-Förderbedingungen in Deutschland und darüber hinaus viele Nachahmer finden – längerfristig zu einem Sterben klassischer Zeitschriften führt. In beiden Szenarien wird für den Geförderten die „golden road“ zunehmend alternativlos. Es ist aber denkbar, dass in einer Übergangszeit noch keine oder zu wenige renommierte Open-Access-Journals im jeweiligen Fachgebiet existieren, so dass sich die Publikationsmöglichkeiten für den Geförderten dann in der Summe zu verschlechtern drohen. Die erstgenannte Gefahr (Blockadehaltung etablierter Fachzeitschriften gegenüber einer Open-Access-Zweitpublikation) besteht gemäß § 38 Abs. 4 UrhG ohnehin nur noch bei ausländischen Verlagen und lässt sich auch dort durch hinreichende Abmilderung der Bedingungen, besonders eine fachspezifisch angemessene Karenzzeit vor der Zweitpublikation,<sup>166</sup> minimieren. Das zweite skizzierte Risiko (Zeitschriftensterben) entstände ohnehin erst auf längere Sicht, so dass man mit einer Marktbeobachtungspflicht und gegebenenfalls rechtzeitiger Nachbesserung der Förderbedingungen wohl hinreichend gegensteuern könnte.

Im Übrigen darf das Risiko, eine geeignete Plattform für die Open-Access-Zweitpublikation zu finden, nicht beim Geförderten verbleiben. Zumindest hat die DFG auf geeignete Zweitveröffentlichungsmöglichkeiten hinzuweisen. Wo Universitäten, Fachorganisationen o.ä. kein adäquates Repositorium bereitstellen, kann und muss<sup>167</sup> subsidiär sogar die DFG selbst oder ein von ihr beauftragter Partner mit einer eigenen Open-Access-Plattform gewährleisten, dass ein hinreichend prominenter und durch Verlinkung sowie Suchmaschinen leicht auffindbarer Ort für eine Internetpublikation zur Verfügung steht.

bb) Im Hinblick auf die *Erforderlichkeit* lassen sich bei DFG-geförderten Forschungsprojekten zweifelsohne viele Strategien zur Förderung der Open-Access-Publikation vorstellen, die den Förderungsempfänger weniger belasten als verpflichtende Förderbedingungen – selbst

wenn wie hier vorgesehen dem Geförderten die Wahl zwischen „golden road“ und „green road“ offen bleibt. Doch sind „weichere“ Lösungen, wie bloße Empfehlungen und zusätzliche finanzielle Anreize, prima facie weniger geeignet, das Ziel möglichst flächendeckender Open-Access-Zugänglichkeit solcher Forschungsergebnisse zu erreichen. So hat die bisherige bloße Empfehlung nicht erkennbar zu einem deutlichen Anstieg freiwilliger Veröffentlichungen der Ergebnisse mit Open-Access geführt.<sup>168</sup> Das neue unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG mag zwar manchen Förderungsempfänger auch ohne zusätzlichen Druck zur Open-Access-Zweitpublikation motivieren. Doch geht schon der Rechtsausschuss des Bundestages davon aus, dass es ergänzender Verpflichtungen in Förderbedingungen bedarf, um die Open-Access-(Zweit-)Publikation tatsächlich zum Standard zu machen.<sup>169</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit begegnen daher selbst strengste Rechtspflichten und an Verstöße geknüpfte Sanktionen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

cc) Die Probleme verschieben sich damit auf die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Um eine Abwägung zwischen Publikationsfreiheit einerseits und objektiv-rechtlicher Seite von Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit andererseits vornehmen zu können, müssen in einem ersten Schritt die dahinter stehenden Interessen aufgefächert und auf ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit untersucht werden.

(1) Bei den von der *Publikationsfreiheit geschützten Interessen* ist zunächst die positive Publikationsfreiheit, wie sie für die Aufsatzpublikation trotz § 38 Abs. 4 UrhG einschlägig ist,<sup>170</sup> in den Blick zu nehmen:

- Dahinter steht in erster Linie das Interesse des Forschers an für ihn optimaler Verbreitung seiner Forschungsergebnisse. Dies hat eine quantitative und eine qualitative Seite. Quantitativ geht es nicht so sehr um die weitestmögliche Zugänglichkeit für die Allgemeinheit, sondern um die bestmögliche Erreichung der jeweiligen Zielgruppe. Diese besteht typischerweise aus Wissenschaftlern, wenn auch vielleicht nicht nur aus Fachkollegen im engeren Sinne. Qualitativ wird der Wissenschaftler an einem möglichst renommierten Verbreitungsmedium interessiert sein.<sup>171</sup> Beide Aspekte greifen insoweit

165 Zur offenen Frage der Anwendung des § 38 Abs. 4 UrhG durch ausländische Gerichte oben III. 1. a) bb).

166 Siehe unten III. 2. f) cc).

167 Siehe näher unten III. 3. f) cc) (c).

168 Der DFG liegen dazu nach eigener Auskunft allerdings keine genauen Daten vor.

169 BT-Drs 17/14194, unter II, 1.4. und 1.6. Dazu schon oben 1.1.

170 Siehe oben III. 3. a) aa).

171 Zum Ganzen ähnlich *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 61 f; Krutzat, Open Access (Fn 12), S 26 f. Die empirische Untersuchung (Befragung von Wissenschaftlern) von *Eger/Scheufen/Meierrieks*, The Determination of Open Access Publishing: Survey Evidence from Germany (<http://ssrn.com/abstract=2232675> - 28.7.2014), S 19 ff, 22, bestätigt dies: Im Durchschnitt – mit großen Differenzen zwischen Fächern – ist der Mangel an Reputation mit Abstand der wichtigste Grund für die Entscheidung von Forschern, nicht Open Access zu publizieren.

ineinander, als eine renommierte Zeitschrift typischerweise von den Kollegen auch mehr wahrgenommen wird. Eine Zweitpublikation Open Access kann als solche den Verbreitungsgrad nur verbessern, schadet aber dann, wenn dadurch trotz § 38 Abs. 4 UrhG<sup>172</sup> die Möglichkeiten zu einer Erstpublikation in einer renommierten ausländischen Fachzeitschrift verschlechtert werden.<sup>173</sup> Dieses Risiko lässt sich freilich mit Karenzfristen (wie nun als Jahresfrist in § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG vorgesehen) reduzieren, wenn auch nicht gänzlich beseitigen.

- Zweitens, aber nachrangig,<sup>174</sup> wird dem Förderungsempfänger an einer für ihn finanziell möglichst vorteilhaften Publikation gelegen sein. Autorenhonorare für Zeitschriftenbeiträge werden zwar nur in wenigen Wissenschaftsdisziplinen bezahlt. Doch müssen diese Honorare dort in die geschützten Interessen schutz(bereichs)verstärkend<sup>175</sup> mit einbezogen werden.<sup>176</sup> Ihr Gewicht dürfte aber schon deshalb äußerst gering sein, weil es gerade bei den prestigeträchtigen Zeitschriften um eher symbolische Beträge geht.<sup>177</sup> Größeres Gewicht besitzt das Anliegen des Forschers, eigene Zuzahlungen für die Veröffentlichung zu vermeiden oder jedenfalls möglichst gering zu halten. Insoweit kann es bei Open-Access-Journals, die mit dem Geschäftsmodell des „author pays“ betrieben werden, auch um höhere Summen gehen. Diese rein finanziellen Interessen lassen sich durch entsprechende Aufstockung der DFG-Förderung<sup>178</sup> kompensieren.

- Drittens dürften die meisten Wissenschaftler daran interessiert sein, entsprechend den Geflogenheiten ihres Faches zu publizieren.<sup>179</sup> Je nach Fach(gruppe) kann dabei etwa eine spezifische Form der Open-Access-(Zweit-) Publikation üblich sein, etwa die Vorabveröffentlichung eines „working papers“ oder ein nachträgliches Einstellen des Manuskripts oder auch der formatierten Erstveröffentlichung in ein Repositorium. Zwar verdient bloßer Strukturkonservatismus als solcher keinen Schutz. Doch steht dahinter das legitime Anliegen, sich in der eigenen „Zunft“ nicht zum Außenseiter machen, weil dies mittelbar die Durchsetzungschancen der eigenen Forschungsergebnisse verringern könnte.

- Viertens wird dem Geförderten daran gelegen sein, einen Missbrauch der Open-Access publizierten Aufsatzversion zu verhindern. Dabei können und müssen Gefahren der Manipulation der Datei u.ä. durch technische Sicherungen minimiert werden.

- Unter Verhältnismäßigkeitsaspekten schutzunwürdig ist nur eine von Sachargumenten gänzlich losgelöste prinzipielle Ablehnung „neumodischer Open-Access-Trends“ oder gar des Internets als Verbreitungsmedium für wissenschaftliche Publikationen insgesamt.

Hinter der negativen Publikationsfreiheit, wie sie für die Veröffentlichung aufsatzfremder oder nur mittelbar aufsatzbezogener Forschungsdaten einschlägig ist,<sup>180</sup> verbergen sich potentiell folgende Interessen:

- Der Forscher will womöglich (Roh-)Daten selbst für ein späteres Folgeprojekt nutzen oder will jedenfalls prüfen, ob sie sich für Anschlussforschungen eignen. Dieses Forschungsinteresse im engsten Sinne fällt in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit und erscheint deshalb im Grundsatz besonders schutzbedürftig. Die konkrete Schutzwürdigkeit hängt sodann von der Wahrscheinlichkeit ab, dass die Daten tatsächlich für eigene weitere Arbeiten nützlich sein könnten.

- Nicht schutzwürdig wäre dagegen ein bloß abstraktes Interesse am Schutz vor wissenschaftlicher Konkurrenz, ohne dass dahinter ernsthafte eigene Verwertungsabsichten bezüglich der gesammelten Daten stehen.

- Geht es um unbearbeitete Rohdaten ohne Bezug zum publizierten Aufsatz, so mag der Wissenschaftler je nach Konstellation auch Fehldeutungen und Missverständnisse befürchten, welche – wie etwa beim Vorwurf unsauberer Messungen o.ä. – seinen Ruf gefährden könnten. Möglicherweise hat er bestimmte Daten bislang gerade deshalb nicht verwertet, weil er deren Validität selbst bezweifelt bzw. diese noch näher untersuchen müsste. Art. 5 Abs. 3 GG schützt den Forscher auch davor, dass er aus seiner Sicht uninteressante (von Wichtigerem abhaltende) weitere Erkundungen anstellen muss, um etwas der Öffentlichkeit präsentieren zu können, was er selbst dafür gar nicht für wert hält.

172 Zu dessen wohl nur beschränkter internationaler Wirkung oben III. 1 a) bb).

173 Vgl auch schon oben III. 1. a) aa).

174 So das empirische Ergebnis, bezogen auf Autoren-Publikationszuschüsse, von Eger/Scheufen/Meierrieks, *The Determination of Open Access Publishing* (Fn 171), S 19; siehe auch Krujatz, *Open Access* (Fn 12), S 25 f.

175 Zur Schutzbereichsverstärkung Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 69 f, 105.

176 Dieser Aspekt wird – freilich übermäßig – für die Rechtswissenschaft betont von Beck, *Verlagsfunktionen und Open Access*, in:

Reuß/Rieble (Hrsg), *Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit*, 2009, S 21, 26 f.

177 Dies betont auch Peukert, *Wissenschaftliches Kommunikationssystem* (Fn 72), S 30 f.

178 Siehe oben III. 3. f) aa).

179 Eger/Scheufen/Meierrieks, *Open Access Publishing* (Fn 171), zusammenfassend S 19, erkennen darin einen potentiellen Beweggrund gegen Open Access-Publizieren, doch erwies sich dieser Gesichtspunkt als deutlich nachrangig gegenüber dem alles beherrschenden Reputationsargument.

180 Siehe oben III. 3. a) bb).

- Keinen Schutz verdiente dagegen die von solchen Fehldeutungsrisiken losgelöste Absicht, sich möglichst wenig „in die Karten schauen zu lassen“. Dies wäre denkbar bei mittelbar aufsatzbezogenen Daten, die in dem publizierten Aufsatz nur in weiter verarbeiteter (zusammengefasster) Form wiedergegeben sind. Eine solche „Abschottungs“-Intention wäre sogar dem Verdacht ausgesetzt, die Nachvollziehbarkeit der eigenen wissenschaftlichen Arbeit erschweren zu wollen, um eigene Fehler schlechter nachweisbar zu machen.

(2) Mit der Publikationsfreiheit kollidierend, repräsentieren Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension die *Interessen der Scientific Community* und mittelbar auch des Staates an der Verbesserung des wissenschaftlichen Informations- und Kommunikationsflusses.

Die damit verbundenen Belange lassen sich für die Aufsatzpublikation folgendermaßen auffächern und gewichten:

- In zentralen Punkten scheinen hier die Präferenzen der Scientific Community mit denen des einzelnen DFG-geförderten Forschers identisch.<sup>181</sup> Auch die jeweilige Wissenschaftsgemeinde wird eine möglichst optimale Verbreitung und damit zugleich Zugänglichkeit solcher Aufsätze wünschen.<sup>182</sup> Allerdings haben die Kollegen bei fremden Forschungsergebnissen kein direktes Eigeninteresse an einer besonders renommierten Publikationsplattform. Inwieweit Open-Access-Publikation die Zugänglichkeit von Aufsätzen nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verbessern kann, hängt fach(gruppen)spezifisch<sup>183</sup> zum einen von der Funktionsfähigkeit der etablierten Publikationslandschaft und zum anderen von der Etablierung von Open-Access-Publikationsformen ab. Insoweit dürfte das neue Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG mittelfristig auch die Akzeptanz von Repositorien u.ä. in der Scientific Community fördern.

- In zweiter Linie ist die Wissenschaftlergemeinschaft an möglichst kostengünstigem Zugang zu Forschungsergebnissen interessiert. Dadurch besitzt für sie, anders als für den einzelnen publizierenden Wissenschaftler, Open

Access einen Eigenwert. Da die Wissenschafts- und speziell Hochschulhaushalte gerade in Zeiten staatlicher Finanzknappheit insgesamt eng begrenzt sind, werden Zusatzausgaben für Bibliotheken u.ä. letztlich auch zu geringerer Forschungsausstattung von Lehrstühlen und Instituten führen.

- Beim Staat, der die Finanzmittel zur DFG-Forschungsförderung bereitstellt, gewinnen die finanziellen Interessen eine noch höhere Bedeutung. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass das neue Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG im Gesetzgebungsverfahren gerade nicht mit fiskalischen Interessen gerechtfertigt worden ist. Befürworter von Open Access bringen immer wieder vor, der Staat solle sich nicht nötigen lassen, für Forschungsergebnisse zweifach zu bezahlen, nämlich über die (DFG-)Forschungsförderung und noch einmal über den Erwerb überverteuerter Fachzeitschriften durch staatlich finanzierte Bibliotheken.<sup>184</sup> Anders als manche Kritiker behaupten,<sup>185</sup> erscheint dieses fiskalische Interesse durchaus verfassungsrechtlich schutzwürdig. Zwar ist die Wissenschaftsfreiheit, auch in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension, auf selbstbestimmte wissenschaftliche Kommunikation und nicht auf finanzielle Nützlichkeit ausgerichtet; zudem kauft der Staat auch keine Forschungsergebnisse ein, sondern fördert nur die individuelle Freiheitsbetätigung. Doch beeinflussen solche (Zeitschriften-)Kosten über die (Hochschul-)Etats letztlich auch die dem einzelnen Wissenschaftler zur Verfügung stehenden Ressourcen als Rückgrat individueller Forschungsfreiheit. Die Problematik des Kostenarguments liegt an anderer Stelle: Es ist keineswegs gesichert, dass Open Access für den Staat durchweg kostengünstiger ist.<sup>186</sup> Bei einer Zweitveröffentlichung („green road“) bleiben die Ausgaben für den Erwerb der traditionellen Subskriptionszeitschriften, in denen die Erstveröffentlichung erfolgt, grundsätzlich gleich; es kommen nur weitere Kosten für die dauerhafte Bereithaltung und Pflege von Repositorien o.ä. im Internet hinzu.<sup>187</sup> Nur bei exklusiver Open-Access-Publikation („golden road“) lassen sich die Kosten für traditionelle Zeitschriften womöglich einsparen, freilich nur unter der Prämisse, dass diese gedruckten Journals nicht we-

181 Ähnlich aus dem Blickwinkel des europäischen Urheberrechts Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexel/Geiger/-Klaas, European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, in: IIC 2009, 309, 313.

182 Statt vieler Krujatz, Open Access (Fn 12), S 27.

183 Zur Frage, ob insoweit differenziert werden kann und muss, siehe unten III. 4.

184 ZB Pflüger/Ertmann (Fn 56), ZUM 2004, 436, 437; Steinhauer, Sichtbarkeit (Fn 56), S 23.

185 Vgl Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 45 ff, der den Befürwortern

eines Zweitveröffentlichungsrecht die Vernachlässigung persönlichkeitsrechtlicher zugunsten ökonomischer Gesichtspunkte vorwirft.

186 Vgl Börsenverein des Deutschen Buchhandels (Fn 23), S 2 f; weitgehend identisch Sprang (Fn 23), ZUM 2013, 461, 463. Nach der Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Eine Handreichung für die parlamentarischen Beratungen über ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht (<http://www.allianzinitiative.de> - 28.7.2014), unter (a), gehe es deshalb bei Open Access gar nicht um die Einsparung von Haushaltsmitteln, sondern ausschließlich um besseren Zugang zu Forschungsergebnissen.

187 Dies hebt die MPI-Stellungnahme (Fn 5), Rn 15, zu Recht hervor.

gen anderer dort weiterhin zu findender Beiträge – zumindest bei Forschungen, welche nicht besonders staatlich gefördert worden sind, bestünde ja kein Zwang zur Open-Access-Veröffentlichung – weiterhin unverzichtbar bleiben. Selbst wenn sich aber die „golden road“ mittelfristig als dominanter Publikationsstandard etablieren sollte, würden dem Staat andere Kosten, nämlich in Form von Zuschüssen an Open-Access-Zeitschriften (die ja mangels Abonnenten eine andere Einnahmequelle benötigen), entstehen.

- Von Seiten des Staates kommt, mehr noch als seitens der in den meisten Fächern ohnehin international zusammengesetzten Scientific Community, noch das Interesse hinzu, in der deutschen Wissenschaftslandschaft und Forschungsförderung nicht hinter Open-Access-Standards zurückzubleiben, welche sich in den USA, Großbritannien und künftig wohl auch auf EU-Ebene schon etwas weiter entwickelt haben.<sup>188</sup> Man befürchtet vielleicht nicht ganz zu Unrecht, der deutschen Wissenschaftslandschaft könnten andernfalls Abschottungstendenzen vorgeworfen werden, wenn nicht gar die Unterstellung Platz griffe, deutsche Forschung scheue qualitativ das Licht der Internet-Öffentlichkeit. Allzu wahrscheinlich sind solche negativen Folgen für den Wissenschaftsstandort Deutschland indes wohl nicht. Deshalb besitzt das staatliche Interesse an internationaler Anschlussfähigkeit bei der Open-Access-Förderung in der Abwägung nur einen geringen Stellenwert.

- Eng mit den beiden letztgenannten Punkten verbunden ist ein letztes Ansinnen des Staates als Wissenschafts-Financier. Wenn sich schon international ein Trend zur Open-Access-Publikation abzeichnet, dann sollte der Wandel tendenziell beschleunigt werden, um eine lange Übergangsphase zu vermeiden, in der der Staat für herkömmliche und neue Publikationsformen gleichzeitig und damit tatsächlich doppelt zahlen müsste. Dazu müsste aber die „golden road“ forciert werden; die bloße Zweitveröffentlichung Open Access institutionalisiert gerade die befürchtete „Hängepartie“ mit doppelten Kosten.

Für die Publikation sonstiger Forschungsdaten ergeben sich im Interessengeflecht gegenüber Aufsätzen gewisse Verschiebungen:

- Bei sonstigen, nicht direkt in die Aufsatzpublikation eingeflossenen Forschungsdaten ist dem einzelnen Forscher aus den oben genannten Gründen tendenziell mehr an Exklusivität und Vertraulichkeit gelegen, während die Scientific Community auch insoweit an möglichst umfassenden Zugang interessiert sein wird. Deren Interesse an

Open Access ist hier weit größer als bei Aufsätzen, weil diese Forschungsdaten ohne entsprechende Internet-Publikation gar nicht für Dritte und deren Anschlussforschungen zugänglich wären. Dazu müssten die Daten in den meisten Fällen aber wohl in bereits aufbereiteter Form publiziert werden, weil nackte Rohdaten als solche schwerer interpretier- und nutzbar sind.

- Der Staat, aber auch die Wissenschaftlergemeinschaft mag an zusätzlichen Forschungsdaten in manchen Konstellationen auch zur Qualitätssicherung interessiert sein, nämlich dort, wo sie (mittelbar) dem Aufsatz zugrunde liegen und deshalb helfen, die Validität der in Aufsatzform publizierten Forschungsergebnisse zu überprüfen.

- Die bei der Aufsatzpublikation angestellten Kostenvergleiche spielen in dieser Form hier keine Rolle, da ja diese allenfalls mittelbar aufsatzbezogenen Daten bislang gar nicht veröffentlicht werden. Allerdings können im Einzelfall durch Open-Access-Publikation von Forschungsdaten die Kosten für eine neue Datensammlung durch Experimente oder empirische Studien o.ä. vermieden werden.

(3) Bei der *Herstellung praktischer Konkordanz* muss zwischen der Aufsatzpublikation und der Veröffentlichung sonstiger Forschungsdaten unterschieden werden.

(a) Bei *Aufsätzen* hat die Analyse der Schutzzwecke der Publikationsfreiheit die zentrale Bedeutung des Interesses der Wissenschaftler an möglichst optimaler Verbreitung ihrer Forschungsergebnisse deutlich gemacht. Da dieses Interesse mit kleinen Modifikationen spiegelbildlich (als Zugangsinteresse) auch im Rahmen der objektiv-rechtlichen Garantien von Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit anerkannt wird, lässt sich als erste Leitlinie für einen verhältnismäßigen Interessenausgleich festhalten: Open-Access-Förderbedingungen für die Aufsatzpublikation sind auch dort, wo sie sich (trotz § 38 Abs. 4 UrhG) ausnahmsweise eingriffähnlich auswirken,<sup>189</sup> rechtfertigungsfähig, soweit diese Bedingungen die Möglichkeiten des geförderten Wissenschaftlers zur adäquaten Verbreitung seiner Ergebnisse nicht beeinträchtigen. Zwar schränken die Förderbedingungen das individuelle Belieben des Forschers bei der Publikation ein. Dies erscheint jedoch zugunsten verbesserter Rahmenbedingungen für wissenschaftliche Kommunikation hinnehmbar, wenn die geförderten Forschern nicht zu einer Publikationsweise gezwungen werden, welche für sie objektiv hinsichtlich Renommee oder Zugänglichkeit gegenüber bisherigen Publikationsgewohnheiten nachteilig ist.

<sup>188</sup> Zusammenfassend dazu mwN Peukert, *Wissenschaftliches Kommunikationssystem* (Fn 72), S 5; ders, *Urheberrecht und*

*Wissenschaft* (Fn 23), S 30 f.  
<sup>189</sup> Siehe oben III. 3. c) bb).

Finanzielle Interessen haben sich bei der Publikationsfreiheit als deutlich nachrangig, aber doch als noch mit zu berücksichtigen erwiesen. Auf der anderen Seite der Waagschale bleibt weitgehend offen, ob und inwieweit Open-Access-Publikationen für den Staat als Financier in der Summe kostengünstiger sind. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass finanzielle Verluste oder Mehrbelastungen des geförderten Forschers durch Open-Access-Veröffentlichung jedenfalls in gewissem Umfang durch die DFG oder den Staat ausgeglichen werden müssen. Die Verwendung von Open-Access-Förderbedingungen aktiviert gleichsam aus Ingerenz eine entsprechende Gewährleistungsverantwortung. Dabei erscheint es freilich durchaus angemessen, die Darlegungs- und Beweislast für konkrete finanzielle Nachteile dem jeweiligen Förderungsempfänger aufzuerlegen.<sup>190</sup>

Zwar dürften der Staat und mittelbar die Scientific Community finanziell am ehesten Vorteile von der Open-Access-Publikationsweise haben, wenn diese ausschließlich frei zugänglich im Internet erfolgt („golden road“). Doch erscheinen die öffentlichen Interessen an der Beschleunigung des damit verbundenen Wandels der wissenschaftlichen Publikationskultur als zu schwach, um den Eingriff in die Publikationsfreiheit zu rechtfertigen, der mit einer Forcierung speziell der „golden road“ potentiell (je nach Fach und Abhängigkeit von Fördermitteln) verbunden wäre. Wollte die DFG innerhalb der verschiedenen Open-Access-Veröffentlichungsmöglichkeiten für Aufsätze noch einmal speziell die „golden road“ durchsetzen, so wäre dies, über unverbindliche Empfehlungen hinaus, derzeit nur indirekt mit zusätzlichen finanziellen Anreizen, nicht aber mit vertraglichen Rechtspflichten möglich. Dies würde sich erst dann ändern, wenn später – fachspezifisch – in annähernd gleichem Maße wie traditionelle Zeitschriften auch ebenso renommierte Online-Journals zur Verfügung stehen.

Verlangt die DFG in ihren Förderbedingungen eine Open-Access-Publikation, so trifft sie – insoweit wohl auch dort, wo die Förderbedingungen keine eingriffsähnliche Wirkung entfalten – eine Gewährleistungsverantwortung für eine entsprechende (Zweit-)Publikationsmöglichkeit, welche dauerhafte Zugänglichkeit, Ver-

lässlichkeit und einen Schutz gegen Verfälschungen u.ä. bietet. Die DFG muss zumindest Listen mit geeigneten Repositorien oder anderen Veröffentlichungsmöglichkeiten vorhalten. Sofern in einzelnen Fächern noch keine geeigneten institutionellen oder Fach-Repositorien zur Verfügung stehen,<sup>191</sup> spricht viel dafür, dass die DFG subsidiär eine entsprechende Open-Access-Plattform selbst bereitzustellen hat<sup>192</sup> (was selbstverständlich auch in Kooperation mit Dritten möglich wäre). Zum Schutz vor Verfälschungen kann und muss der Autor als Urheber (bzw. in Vertretung der Betreiber des Repositoriums) die Veränderung oder Ergänzung (im Gegensatz zur bloßen computergesteuerten Auswertung) seines Open Access gestellten Beitrags durch Dritte in den Nutzungsbedingungen ausschließen;<sup>193</sup> vorsätzlicher Rechtsbruch bleibt natürlich immer möglich, doch dürfte dieses Risiko vertretbar gering sein.

Letztlich müssen die Auswirkungen von Open-Access-Veröffentlichungspflichten auf die realen Publikationsmöglichkeiten prognostiziert und darauf aufbauend die Förderbedingungen so ausgestaltet werden, dass sich keine unverhältnismäßigen nachteiligen Folgewirkungen ergeben. Ob in- oder ausländische Verlage mit einer Open-Access-Zweitpublikation (ökonomisch) überhaupt ein Problem haben, hängt zum ersten wohl von der fach(gruppen)spezifischen Publikationskultur ab,<sup>194</sup> zum zweiten aber auch von den Rahmenbedingungen hinsichtlich der Karenzfrist für die Zweitveröffentlichung und der Übereinstimmung der Zweit- mit der Erstveröffentlichung. Dabei droht ein Zielkonflikt: Auf der einen Seite werden Verlage eine Open-Access-Zweitpublikation um so eher akzeptieren (wegen § 38 Abs. 4 UrhG haben allerdings nur noch ausländische Verlage dabei einen Entscheidungsspielraum) und längerfristig ökonomisch verkraften können, als sie davon keine ernsthafte Konkurrenz erwarten, insbesondere nicht zu befürchten haben, dass Bibliotheken u.ä. ihre Zeitschriften abbestellen, weil wichtige Beiträge auch kostenlos im Netz zugänglich sind. Auf der anderen Seite rechtfertigen sich Open-Access-Förderbedingungen gerade durch die Verbesserung des Zugangs zu Forschungsergebnissen. Je unattraktiver die Zweitpublikation für die Leser gemacht wird, desto weniger kann sie dieses Ziel för-

190 In einem zu stellenden Antrag, siehe oben III. 3. f) aa).

191 Die *MPI*-Stellungnahme (Fn 5), Rn 17 bemängelt, den vorhandenen institutionellen Repositorien fehle oftmals „eine gewisse Garantie“, „dass ein Beitrag in wissenschaftlicher Hinsicht unzweifelhafte Qualität aufweist“; auch auf Fachrepositorien bezogen *Peukert*, *Wissenschaftliches Kommunikationssystem* (Fn 72), S 23 f, zur Problem der Qualitätskontrolle S 26.

192 So schon *Bargheer/Bellem/Schmidt*, *Open Access und Institutionales Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen*, in: Spindler

(Hrsg), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen*, 2006, S 1, 16.

193 Diese Möglichkeit ist selbst bei der besonders weitreichenden Creative-Commons-Lizenz in Ziffer 4 vorgesehen; siehe etwa *Mantz*, in: Spindler (Fn 164), S 55, 63 f; vgl auch *Krujatz*, *Open Access* (Fn 12), S 129 f.

194 Zu etwaigen Differenzierungsnotwendigkeiten siehe unten III. 4. b) bb).

dern.<sup>195</sup> Aus beiden Richtungen droht eine Verletzung der in Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Publikationsfreiheit: Bei für die Leser zu attraktiven Zweitpublikationsmöglichkeiten, weil renommierte ausländische Subskriptionszeitschriften dann womöglich die Manuskripte nicht mehr akzeptieren und eine adäquate Veröffentlichung dadurch verbaut oder unzumutbar erschwert wird; ein solch schwerwiegender Eingriff in die individuelle Publikationsfreiheit wäre nicht rechtfertigbar. Bei für Rezipienten zu wenig attraktiver Zweitveröffentlichung, weil die Einschränkung der Publikationsfreiheit (auch wenn sie in dieser Konstellation weniger schwer wiegt) nicht mehr durch kollidierendes Verfassungsrecht legitimierbar ist. Dieser Konflikt lässt sich aber durch eine Kompromisslösung bei der Karenzfrist oder mittels Ausnahmen von der Open-Access-Publikationspflicht entschärfen. Dafür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass viele – auch ausländische – Zeitschriften schon heute in ihren AGBs nach einer gewissen Wartezeit eine Open-Access-Zweitpublikation gestatten. Die in § 38 Abs. 4 UrhG vorgesehene Karenzfrist von einem Jahr betrifft unmittelbar nur das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht des Autors. Sie kann aber als Leitlinie auch für die Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht in DFG-Förderbedingungen dienen. Doch bleibt zu prüfen, ob für bestimmte (Geistes-)Wissenschaften wegen der dortigen längeren Rezeptionszeiträume eine längere Frist angemessen ist.<sup>196</sup>

(b) Bei sonstigen, mittelbar aufsatzbezogenen oder aufsatzfremden *Forschungsdaten* ist eine gemeinsame Basis für einen verhältnismäßigen Interessenausgleich schwerer zu finden, weil sich hier die negative Publikationsfreiheit im Hinblick auf eigene Folgeprojekte oder Fehldeutungsrisiken und das öffentliche Interesse an Zugänglichkeit deutlicher gegenüber stehen. Soweit sich Förderbedingungen eingriffsähnlich auswirken,<sup>197</sup> haben beide Rechtspositionen prima facie ähnlich hohes Gewicht. Will man sich nicht auf bloße dringende Empfehlungen beschränken, erscheint als vermittelnde Lösung eine Open-Access-Veröffentlichungspflicht mit relativ weitreichenden Ausnahmen und Einschränkungen angemessen:

Dem Interesse des Förderungsempfängers an vorrangig eigener Nutzung der von ihm generierten Forschungsdaten, die nicht mit dem publizierten Aufsatz zusammen hängen, ließe sich schwerlich allein durch starre Karenzfristen Rechnung tragen. Es dürfte nämlich große Unterschiede dabei geben, wie schnell ein Forscher die Daten selbst ver-

werten kann und möchte. Deshalb bedarf es einer flexiblen Lösung: Der geförderte Forscher darf nach Ablauf der Karenzfrist vorerst weiterhin auf eine Veröffentlichung von aufsatzfremden Forschungsdaten verzichten, wenn er substantiell und plausibel darlegt, dass er die Daten selbst für ein Folgeprojekt nutzen will oder ein solches Projekt sogar bereits läuft.

Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann von dem geförderten Wissenschaftler eine Veröffentlichung der Forschungsdaten (gleichgültig, ob sie mit seiner Aufsatzpublikation zusammenhängen oder nicht) grundsätzlich wohl nur in der Form verlangt werden, wie sie ihm ohnehin vorliegen. Eine arbeitsaufwändige (weitere) Aufbereitung dieser Daten,<sup>198</sup> damit anderen Wissenschaftlern deren Nutzung erleichtert wird, wäre – jedenfalls ohne Kostenübernahme durch die DFG – kaum zumutbar.

Ein weiterer Vorbehalt – insoweit sogar auch dann, wenn die Förderbedingungen keine eingriffsähnliche Wirkung entfalten – betrifft Aspekte des Datenschutz- und des Urheberrechts. Der Förderungsempfänger muss die Open-Access-Publikation der (Roh-)Daten verweigern können, soweit die Publikation ausnahmsweise gegen den Datenschutz oder gegen das Urheberrecht oder Geheimhaltungspflichten zu verstoßen droht. Insoweit müsste bereits das substantielle Risiko von Rechtsverstößen ausreichen, da von einem Forscher keine – u.U. aufwändige – abschließende rechtliche Klärung erwartet werden kann. Darüber hinaus ist sogar an eine vertragliche (anteilige) Haftungsübernahme der DFG im Innenverhältnis zum geförderten Autor zu denken; dies beträfe den Fall, dass die Open-Access-Publikation der Daten entgegen dem ersten Anschein dennoch Rechte Dritter verletzt und dem von diesem Dritten in Anspruch genommenen Wissenschaftler bei der Vorabprüfung keine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Einiges spricht sogar dafür, dass neben diesen benannten Ausnahmen bzw. Weigerungsgründen noch eine Generalklausel dergestalt erforderlich ist, dass eine Veröffentlichung aus sonstigen wichtigen Gründen unterbleiben darf.

Im Übrigen müsste der Aufwand des Forschers für die Open-Access-Publikation der sonstigen Forschungsdaten möglichst gering gehalten werden. Insbesondere wäre es ihm nicht zumutbar, intensiv nach einer geeigneten Plattform für die Veröffentlichung zu suchen oder diese gar selbst erst zu schaffen. Deshalb müsste die DFG auf geeignete Publikationsplattformen hinweisen und notfalls hilfsweise eine solche Open-Access-Plattform,

195 Ein Auseinanderfallen von Erst- und Zweitveröffentlichungsversion, wie es wegen § 38 Abs 4 S 1 UrhG bei deutschen Verlagen nur noch bezüglich der Seitenzahlen zu befürchten ist, kann zudem zu Verwirrung führen; siehe *MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 35, und *Hansen* (Fn 50), GRUR Int 2009, 799, 803.

196 Unten III. 4. b) bb).

197 Siehe oben III. 3. c) bb); ansonsten sind strengere Regelungen zulässig.

198 Zu den unterschiedlichen Stufen siehe oben II. 2.

derer sich Wissenschaftler bedienen können (nicht müssten), sogar selbst zur Verfügung stellen oder durch beauftragte Dritte zur Verfügung stellen lassen. Dies ließe sich mit einer Plattform für die Open-Access-Veröffentlichung der Aufsätze<sup>199</sup> verbinden.

#### 4. Verfassungsrechtliche Differenzierungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten

a) Differenzierungspflichten wegen unterschiedlicher Rahmenbedingungen in verschiedenen Fächern gemäß Art. 3 Abs. 1 GG

Wenn Art. 5 Abs. 3 GG die Schaffung adäquater (Organisations-)Strukturen für die Wissenschaft verlangt, müssen dabei auch die Unterschiede zwischen den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen berücksichtigt werden. Wo zwischen Fächern oder Fächergruppen fundamental unterschiedliche und damit wesentlich ungleiche Rahmenbedingungen existieren, verbietet sich wegen Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich eine Gleichbehandlung. Gerade für finanzrelevante Evaluationen haben deshalb Rechtsprechung<sup>200</sup> und Literatur<sup>201</sup> eine Differenzierung zwischen verschiedenen Wissenschaftskulturen eingefordert, wie sie besonders Naturwissenschaften einerseits und Kulturwissenschaften andererseits zugeschrieben werden. Dies lässt sich auf die grundausrüstungsrelevante Drittmittelvergabe übertragen. „Aufgrund des weithin anerkannten Gebots zur Wissenschaftsförderung sollte es möglich sein, das Verbot, wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln, über das niedrige Maß einer Willkürkontrolle zum Angemessenheitsgebot zu schärfen.“<sup>202</sup>

Weitestmögliche Individualisierung zwecks Einzelfallgerechtigkeit ist freilich von Art. 3 Abs. 1 GG schon deshalb nicht gefordert, weil abstrakt-generelle Regelungen – seien es Gesetze oder wie hier nur Förderbedingungen – stets eine mehr oder minder weitgehende Generalisierung und dadurch auch typisierende Abstrahierung von den jeweiligen konkreten Gegebenheiten bedingen. Deshalb behält der Gesetzgeber notwendig eine

Einschätzungsprärogative, welche Unterschiede in der Wirklichkeit als so wesentlich eingestuft werden, dass sie eine rechtliche Differenzierung notwendig machen.<sup>203</sup>

Die genannten Leitlinien hat die Rechtsprechung für Typisierungsspielräume des Gesetzgebers entwickelt. Sie lassen sich im Ansatzpunkt aber auf allgemeine Regelungen durch die Verwaltung<sup>204</sup> und hier die DFG übertragen, weil diese in ihren Förderbedingungen notwendig ebenfalls abstrakt-generelle Regelungen zu treffen hat. Zwar ist die wissenschaftliche Selbstverwaltung innerhalb der DFG fachlich eher als der Gesetzgeber in der Lage, sachgerechte Differenzierungen vorzunehmen, doch auch hier stellt sich – etwas abgeschwächt – ein Praktikabilitätsproblem. Bei der Ausdifferenzierung der Open-Access-Publikationspflichten in den DFG-Förderbedingungen geht es nicht nur um die stets notwendige Typisierung durch Generalisierung. Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität auf theoretisch sachnotwendige Differenzierungen verzichtet werden darf. Voraussichtlich unterscheiden sich nämlich die hier relevanten wirtschaftlichen und wissenschaftskulturellen Rahmenbedingungen nicht nur zwischen Fächergruppen und einzelnen Fächern, sondern sogar innerhalb von schon eng definierten Fachgebieten je nach Forschungsgegenstand so erheblich, dass „eigentlich“ Differenzierungen bei den Open Access-Förderbedingungen angemessen wären. Das BVerfG formuliert die Grenzen praktikabilitätsorientierter Typisierung eher eng: „Die Typisierung setzt allerdings voraus, dass die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Wesentlich ist ferner, ob die Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären; hierbei sind auch praktische Erfordernisse der Verwaltung von Gewicht.“<sup>205</sup> So kann es erforderlich sein, dass eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird und zunächst eine gröbere Typisierung erfolgt.<sup>206</sup> Welcher Prozentsatz an – nicht intendierten<sup>207</sup> – Grenz- und Härtefällen dabei noch

199 Siehe oben II. 3. f) aa) sowie soeben unter (1).

200 BVerfGE 111, 333, 359 (Fn 91), mit der Forderung „darauf Rücksicht zu nehmen, dass diese [Evaluations-]Kriterien in den verschiedenen Disziplinen unterschiedlich sein können und gegebenenfalls auch sein müssen“.

201 Besonders deutlich *Bumke*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 407, 448 f.

202 *Bumke* (Fn 201), VVDStRL 69 (2010), 407, 449. Er will dabei freilich die Forschungsförderung ausnehmen, „[s]olange [...] eine ausreichende Grundfinanzierung gewährleistet ist, um in tradierter Weise disziplinar zu forschen“; gerade diese Voraussetzungen sind aber nicht mehr in allen Fächern erfüllt (siehe oben 2.1.3.2. und unten 2.3.2.1.).

203 *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 108.

204 *Heun*, in: Dreier (Hrsg), GG-Kommentar, Bd 1, 3. Aufl 2013, Art 3 Rn 34 mit dortiger Fn 232.

205 BVerfG 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 – E 84, 348, 360 – Einkommenssteuer; ähnlich BVerfG 7.5.2013 – 2 BvR 909, 1981/06, 288/07 – E 133, 377, 412 f – Ehegattensplitting und eingetragene Lebenspartnerschaften; hervorgehoben von *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 109 mwN aus der Rspr In der Formulierung eingangstendenziell etwas großzügiger, doch am Ende mit ähnlichen Anforderungen BVerfG 23.6.2004 – 1 BvL 3/98 – E 111, 115, 137 – DDR-Sonderrente.

206 So auch *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S 294.

207 Zum Argument der Nebenfolge in Abgrenzung zur intendierten Differenzierung *Huster*, Rechte und Ziele (Fn 206), S 294 ff.

hinnehmbar ist, lässt sich nur bereichs- und situationspezifisch ermitteln., Gegebenenfalls bedarf es einer Härtefallklausel.<sup>208</sup> Dies spricht bei den Open Access-Publikationspflichten für entsprechende Ausnahmen, wenn sich die fachspezifischen Besonderheiten nicht hinreichend differenzierend in den Förderungsbedingungen selbst abbilden lassen.

Je komplexer und schwerer überschaubar sich die Sachverhalte gestalten, umso größere Spielräume gesteht das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber zu; zunächst „gröbere“ Regelungen können und müssen aufgrund der gesammelten Erfahrungen gegebenenfalls später verfeinert werden.<sup>209</sup> Die Ausdifferenzierung der Fachkulturen im Wissenschaftssystem weist eine extrem hohe Komplexität auf, so dass nach diesen Maßstäben auch der DFG beim Differenzierungsgrad der Förderbedingungen erhebliche Einschätzungsspielräume bleiben.

#### b) Einzelne Differenzierungskriterien

Es liegt in der Logik wissenschaftlicher Autonomiegewährleistung, verstärkt auf Grundrechtsschutz durch Verfahren zu setzen und dabei dem fachspezifischen Sachverstand in den Fachkollegien der DFG bei der konkreten Ausgestaltung eine Schlüsselrolle einzuräumen. Somit kann es im Folgenden nur darum gehen, die Richtung für eventuell notwendige Differenzierungen oder Härtefallregelungen aufzuzeigen.

Für den empirischen Hintergrund stützen sich die folgenden Ausführungen besonders auf zwei recht aktuelle<sup>210</sup> deutsche<sup>211</sup> Quellen: auf eine vom Verfasser

durchgeführte – in keiner Weise repräsentative und erst recht nicht annähernd flächendeckende – Befragung von Repräsentanten verschiedener Fächer<sup>212</sup> und auf eine weitaus breiter angelegte, die hier interessierenden Fragen allerdings nur teilweise abdeckende Studie von *Eger/Scheufen/Meier-Rieks*.<sup>213</sup>

Bei der Angewiesenheit auf staatliche und besonders DFG-Forschungsförderung sowie bei der Publikationskultur nebst ökonomischen Rahmenbedingungen zeigen sich zwischen verschiedenen Fächern und Forschungsformen erhebliche Unterschiede. Für konkretere Folgerungen kann man sich jedoch nur auf wenige aktuelle empirische Daten stützen.<sup>214</sup>

Die ohnehin nur punktuellen Auskünfte und die publizierten Datensätze ermöglichen kaum belastbare verallgemeinernde Aussagen, die als Grundlage für fach(gruppen)spezifisch ausdifferenzierte Open-Access-Förderbedingungen dienen könnten. Zwar deutet einiges darauf hin, dass die Angewiesenheit auf Drittmittel in den empirisch und experimentell arbeitenden Disziplinen tendenziell höher ist als in den hermeneutisch arbeitenden (Geistes-)Wissenschaften. Aus dieser allgemeinen Tendenz lassen sich jedoch kaum trennscharf konkrete Fächer(gruppen) herausdestillieren, bei denen mangels Grundausrüstungsrelevanz der Förderung von vornherein nicht in Art. 5 Abs. 3 GG eingegriffen wird und deshalb keine oder zumindest weniger Einschränkungen bei den Verpflichtungen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten wären. Ebenso erscheint es sehr schwierig, einen konkreten Fächerkanon auszuma-

208 *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 111. Dazu auch ausführlich *Pernice*, Billigkeit und Härteklausele im öffentlichen Recht, 1987, S 266 ff und auch *Huster*, Rechte und Ziele (Fn 206), S 289 f und *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S 42.

209 So zusammenfassend *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 108.

210 Ältere Untersuchungen – z.B. DFG, Publikationsstrategien im Wandel? Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, 2005 ([http://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/evaluation\\_statistik/programm\\_evaluation/studie\\_publicationsstrategien\\_bericht\\_dt.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/evaluation_statistik/programm_evaluation/studie_publicationsstrategien_bericht_dt.pdf) - 28.7.2014) – sind angesichts der dynamischen Entwicklung bei der Open-Access-Publikation wenig aussagekräftig

211 Studien mit ausländischer oder internationaler Ausrichtung – für Großbritannien namentlich der *Finch Group Report* nebst Reaktionen (Nachweise bei *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem [Fn 72], dortige Fußnoten 5 und 13); für die EU-Forschungsförderung *European Commission*, Survey on open access in FP7, 2012 ([http://ec.europa.eu/research/science-society/document\\_library/pdf\\_06/survey-on-open-access-in-fp7\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/survey-on-open-access-in-fp7_en.pdf) - 28.7.2014) – lassen sich nicht ohne weiteres auf die deutsche Wissenschaftslandschaft übertragen.

212 Auf meinen Fragebogen inhaltlich geantwortet haben: für die Biologie (Pflanzenwissenschaft) Prof. Dr. Ekkehard *Neuhaus*, Universität Kaiserslautern; für die Deutsche Sprachwissenschaft Prof. Dr. Rüdiger *Harnisch*, Universität Passau; für die Bildungsforschung Prof. Dr. Dr. h.c. Detlev *Leutner*, Universität Duisburg-Essen; für die Archäologie Prof. Dr. Ortwin *Dally*, Deutsches Archäologisches In-

stitut; für die Baustofftechnologie Prof. Dr.-Ing. Harald *Budelmann*, TU Braunschweig; für die Kunstgeschichte Prof. Dr. Hubertus *Kohle*, Universität München; für die Angewandte diskrete Mathematik Dr. Thomas *Koch*, Konrad-Zuse-Zentrum für Informationstechnik, Berlin; für die Linguistik Prof. Dr. Regine *Eckardt*, Universität Göttingen; für die Chemie Prof. Dr. Dieter *Enders*, RWTH Aachen, jeweils mit E-Mail im August/September 2013; Dr. Michael *Lautenschläger*, Deutsches Klimazentrum Hamburg, im persönlichen Gespräch.

213 *Eger/Scheufen/Meierrieks*, Open Access Publishing (Fn 171). – Zwar gibt es zu Open-Access eine Vielzahl weiterer Befragungen und empirischer Arbeiten, doch viele davon haben im Schwerpunkt die Akzeptanz dieser Publikationsform zum Gegenstand und beschäftigen sich nicht differenziert mit den fachspezifischen Rahmenbedingungen; hervorgehoben seien: *Dallmeier-Tiessen/Lengenfelder*, Open Access in der deutschen Wissenschaft – Ergebnisse des EU-Projekts „Study of Open Access Publishing“ (SOAP), 2011 (<http://www.egms.de/static/en/journals/mbi/2011-11/mbi000218.shtml> - 28.7.2014); *Dallmeier-Tiessen ua*, Highlights from the SOAP project survey. What Scientists Think about Open Access Publishing, 2011, arXiv 1101.5260 (knapp 18.000 Befragte); *Fry ua*, PEER Behavioural Research: Authors and Users vis-à-vis Journals and Repositories, Final Report 2001 ([http://cdn.elsevier.com/assets/pdf\\_file/0013/112126/PEER\\_D4\\_final\\_report\\_29SEPT11.pdf](http://cdn.elsevier.com/assets/pdf_file/0013/112126/PEER_D4_final_report_29SEPT11.pdf) - 28.7.2014).

214 Auf den Abdruck der detaillierten Auseinandersetzung mit den genannten beiden Untersuchungen wird im Folgenden verzichtet.

chen, bei dem fast durchweg in deutschen Verlagen publiziert wird, so dass das Zweitveröffentlichungsrecht durch § 38 Abs. 4 UrhG abgesichert und daher die Auswirkungen auf die Erstpublikationsmöglichkeiten gering erscheinen. Allenfalls ließe sich insoweit an die Deutsche Sprachwissenschaft und an die Rechtswissenschaft denken, doch auch dort gibt es Ausnahmen (besonders im Völker- und im Europarecht). Ferner ist, über eine grobe Tendenz zur Differenzierung zwischen Natur- und Geisteswissenschaften hinaus, keine hinreichend genau abgrenzbare Gruppe von Fächern zu identifizieren, in der bereits hinreichend renommierte Open-Access-Journals zur Verfügung stehen, so dass schon die „golden road“ eine verhältnismäßige Option darstellen würde. Und schließlich bleiben auch die Angaben bezüglich einer Zweitpublikationsmöglichkeit recht diffus; weder bei der freiwilligen Zulassung solcher Open-Access-Zweitpublikationen durch ausländische Verlage noch bei zur Verfügung stehenden qualitätsgesicherten Repositorien erlauben die vorliegenden spärlichen Daten eine belastbare Kategorienbildung. Einzig bei der Karenzzeit scheint sich eine Regelfrist von einem Jahr in der bisherigen Praxis der (auch ausländischen) Verlage, die schon freiwillig eine solche Zweitpublikation gestatten, heraus zu bilden.

In Bezug auf die Forschungsdaten bleiben die Befunde ebenfalls zu unklar, um Verallgemeinerungen zuzulassen. Zwar werden meist verarbeitete Daten und nicht „echte“ Rohdaten benötigt. Doch gibt es auch Gegenbeispiele, die sich nicht in einer klaren Fächerstruktur verorten lassen. Datenschutzprobleme sind zwar besonders in der Medizin zu vermuten, lassen sich aber auch in anderen Fächern nicht gänzlich ausschließen. Der Wunsch schließlich, selbst generierte Daten auch selbst in Anschluss-Forschungsprojekten zu nutzen, dürfte wohl fächerübergreifend groß sein; dafür einzuräumende Karenzfristen sind wahrscheinlich eher einzelfall- als von der Wissenschaftsdisziplin abhängig.

Vor diesem Hintergrund erscheint es weder geboten noch sinnvoll, die disziplinär oder in differierenden Forschungsformen begründeten Unterschiede in fach(gruppen)spezifisch ausdifferenzierten DFG-Förderbedingungen abzubilden. Ohne zusätzliche empirische Erkenntnisse sähe sich eine fachbezogene Differenzierung von Open-Access-Regularien sogar dem Vorwurf einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung ausgesetzt. Daher sollte mit Härtefallklauseln u.ä. operiert werden, um im Ausgangspunkt allgemeine Open-Access-Förderbedingungen, die vor allem die „green road“ im Blick haben, auch in atypischen Konstellationen verhältnismäßig zu machen. Soweit für bestimmte Wissenschaftszweige (Teile der Rechtswissenschaft) gar keine besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen

gelten, führte dies dazu, dass es bei den relativ strengen Förderbedingungen bliebe und eben keine Härtefall-Erleichterungen eingriffen. Gleiches würde (in etwas abgeschwächter Form) für Disziplinen oder Konstellationen gelten, in denen renommierte Open-Access-Journals für die „golden road“ existieren. Wenn dagegen überzeugend begründet wird, dass in einer bestimmten (geisteswissenschaftlichen) Disziplin deutlich längere Verwertungszeiträume als ein Jahr für Aufsatzpublikationen üblich sind, könnte über eine entsprechende Klausel eine Verlängerung der Karenzfrist bis zu zwei Jahren beantragt und bewilligt werden. Zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit der Regelung ist für Härtefälle darüber hinaus sogar eine weiterreichende, gegebenenfalls sogar komplette Befreiungsmöglichkeit von der Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht empfehlenswert. Diese Ausnahme kann aber auf Auslandspublikationen beschränkt und zusätzlich daran gekoppelt werden, dass die für die Erstpublikation ausgesuchte Zeitschrift darauf besteht und (kumulativ) auch für die dortige Forschungsförderung keine entsprechende Open-Access-Publikationspflicht vorgesehen ist. Diese Voraussetzungen hätte der Geförderte in seinem Antrag auf Befreiung überzeugend darzulegen.

Bezüglich der Forschungsdaten erscheint ein Hinweis ausreichend, dass diese Publikationspflicht entfällt, wenn in dem geförderten Projekt keine entsprechenden Daten generiert worden sind. Wenngleich wohl primär bereits verarbeitete Daten benötigt werden, sollte es angesichts dennoch bestehender Unterschiede zur Sicherung der Zumutbarkeit dem einzelnen Förderungsempfänger überlassen bleiben – u.U. kombiniert mit einer Pflicht zur kurzen Begründung –, Daten welchen Verarbeitungsgrades er im Internet veröffentlicht. Datenschutzprobleme lassen sich mittels einer entsprechenden Ausnahmeklausel mit Begründungspflicht entschärfen. Einem Förderungsempfänger, der die von ihm generierten Daten zuerst selbst nutzen möchte, sollte auf begründetem Antrag hin dafür eine – gegebenenfalls verlängerbare – Karenzfrist für die Online-Publikation der Forschungsdaten eingeräumt werden.

#### c) Differenzierungsmöglichkeit zwischen Zeitschriften- und Buchpublikation

Die Auflagen zur Open-Access-(Zweit-)Publikation in DFG-Förderbedingungen sollen nur für Aufsätze, nicht für Bücher gelten. Auf den ersten Blick scheint dies grundrechtlich gänzlich unbedenklich, weil dadurch die Publikationsfreiheit der Förderungsempfänger geschont und nicht eingeschränkt wird. Doch verbietet Art. 3 Abs. 1 GG auch einen „gleichheitswidrige[n] Begünstigungs-

ausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird“<sup>215</sup> Hier ließe sich die Ausnahme für Bücher als eine Begünstigung verstehen, welche den Autoren von Aufsätzen (insbesondere in ausländischen Zeitschriften, wo die Anwendbarkeit von § 38 Abs. 4 UrhG zweifelhaft ist<sup>216</sup>) vorenthalten bleibt. Anders ausgedrückt: Es könnte gegen das Gebot der Folgerichtigkeit<sup>217</sup> (oder, mit etwas anderer Akzentsetzung, Systemgerechtigkeit) verstoßen, wenn Open-Access-(Zweit-)Veröffentlichungen nicht konsequent von grundsätzlich allen Förderungsempfängern verlangt werden, unabhängig davon, ob sie Aufsätze oder Bücher verfasst haben.

Dem muss hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden. Denn auch das BVerfG geht davon aus, dass sich ein Begünstigungsausschluss zumindest<sup>218</sup> dann rechtfertigen lässt, wenn für die Ungleichbehandlung Gründe von hinreichendem Gewicht vorliegen.<sup>219</sup> Bei der Open-Access-Publikation ist dafür zunächst auf § 38 Abs. 4 UrhG zu verweisen, worin das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht ausdrücklich auf „periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinende Sammlungen“ beschränkt ist, einzelne Bücher (insbesondere Monographien) also ausgeklammert bleiben.<sup>220</sup> Darüber hinaus unterscheiden sich die ökonomischen Rahmenbedingungen für Aufsatz- und Buchproduktionen typischerweise mehr oder minder deutlich: Bei Büchern muss der Autor meist einen höheren (Druckkosten-)Zuschuss leisten, bei Aufsätzen sind nur in wenigen Fachgebieten „submission fees“ üblich. Demzufolge würde eine Open-Access-Publikationspflicht bei Büchern den Förderungsempfänger im Ausgangspunkt ökonomisch stärker belasten<sup>221</sup> als bei Aufsätzen. Dieser ökonomische Nachteil ließe sich freilich durch eine erhöhten DFG-Publikationspauschale ausgleichen. Doch schon die Begrenzung des § 38 Abs. 4 UrhG auf periodische Publikationen lässt es auf keinen Fall als willkürlich und mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit auch als verhältnismäßig erscheinen, wenn die DFG-Förderbedingungen diesem Vorbild folgen und ebenfalls Buchpublikationen von der Pflicht zur Open-Access-(Zweit-)Veröffentlichung ausnehmen.

Der Begünstigungsausschluss für alle Arten von Aufsätzen im Gegensatz zu Büchern verstößt daher nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Im Gegenteil erschiene es im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG, der auch die ungerechtfertigte Gleichbe-

handlung von wesentlich Ungleichem verbietet, äußerst bedenklich (wenn auch nicht evident verfassungswidrig), wenn die Open-Access-Publikationspflicht auch Monographien einbeziehen würde. Denn es wäre sehr zweifelhaft, ob sich die Autoren ohne urheberrechtliche „Rückendeckung“ im Verlagsvertrag ein Zweitveröffentlichungsrecht herausverhandeln könnten.

#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

(1) Möglichkeiten und Grenzen von Open-Access-Publikationsverpflichtungen werden wesentlich durch die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen beeinflusst. Denn von einem DFG-Förderungsempfänger kann verfassungsrechtlich nur das verlangt werden, was er ohne unzumutbare Nachteile oder Risiken urheberrechtlich tun darf. § 38 Abs. 4 UrhG verschafft dem Autor ein im (deutschen) Verlagsvertrag nicht abdingbares Open-Access-Zweitveröffentlichungsrecht für Aufsätze in mindestens zweimal jährlich erscheinenden Zeitschriften o.ä.. Im Hinblick auf die einschränkenden Bedingungen – Karenzfrist von einem Jahr, keine Originalformatierung – verletzt diese Norm nicht die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit der Verlage. Deutsche Verlage können die Annahme eines Aufsatzes zur Erstveröffentlichung nun nicht mehr davon abhängig machen, dass der Autor auf eine entsprechende Zweitpublikation verzichtet; daher kann eine Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht die Chancen eines DFG-Förderungsempfängers, den Aufsatz in der von ihm gewählten Subskriptionszeitschrift zu veröffentlichen, nun nicht mehr verschlechtern. Ob dagegen das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG auch bei Verlagsverträgen nach ausländischem Recht bei Rechtsstreitigkeiten im Ausland durchsetzbar ist, bleibt nach internationalem Privatrecht ungewiss.

Bei Forschungsdaten handelt es sich in der Rohform mangels persönlicher geistiger Schöpfung regelmäßig – Ausnahmen sind möglich – noch gar nicht um ein urheberrechtlich fähiges „geistiges Werk“ im Sinne von § 2 Abs. 1 UrhG. Selbst bei der Sammlung und Zusammenstellung ist dies gemäß § 4 UrhG meist noch nicht der Fall, wenn diese Zusammenstellung ohne (Relevanz-)Auswahl auf Vollständigkeit zielt. Für eine Datenbank mit Forschungsdaten kann allerdings ein leistungsrechtli-

215 BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 - E 121, 317, 370 – Rauchverbot; vgl auch BVerfG 21.6.2006 – 2 BvL 2/99 – E 116, 164, 180.

216 Siehe oben III. 1. a) bb).

217 Beiläufig aufgegriffen von BVerfGE 121, 317, 374 (Fn 215).

218 In anderen Entscheidungen hat das Gericht, eher im Sinne eines bloßen Willkürverbots, bereits „plausible“ oder „hinreichende“

Gründe ausreichen lassen; siehe *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 100.

219 Vgl BVerfGE 121, 317, 371 (Fn 215).

220 Siehe dazu auch oben III. 1. a) aa).

221 Unabhängig davon, ob man diese finanziellen Interessen in Art 5 Abs 3 GG oder in Art 12 GG geschützt sieht; dazu oben III. 3. a) aa).

cher Schutz nach § 87a UrhG bestehen, der dann jedoch demjenigen – möglicherweise sogar der DFG – zusteht, der die Datenbank finanziert hat. Dagegen liegt bei wissenschaftlicher Aufbereitung der Daten (nicht nur in Aufsatzform) zweifelsohne ein geistiges Werk vor, das Urheberrecht genießt.

Das Urheber(persönlichkeits)recht und damit auch die Entscheidung über die Publikation steht bei Aufsätzen wie bei ausnahmsweise geschützten Forschungsdaten stets dem oder den Wissenschaftler(n) zu, der oder die das Forschungsprojekt verantwortlich durchführen; (Teil-)Ergebnisse von Mitarbeitern sind ihnen regelmäßig arbeitsrechtlich zuzurechnen. Bei den Arbeiten der Hochschullehrer handelt es sich in verfassungskonformer Auslegung nicht um Pflichtwerke, an denen nach § 43 UrhG die jeweilige Hochschule als Arbeitgeber eine Zwangslizenz beanspruchen könnte. Ein Recht auf Open-Access-Zweitpublikation lässt sich auch aus der Grabungsmaterialien-Entscheidung des BGH nicht herleiten.

(2) *Datenschutz*-Restriktionen greifen nur dort ein, wo es sich bei publikationswürdigen Forschungsdaten ausnahmsweise – am ehesten wohl in der Medizin – um personenbezogene Daten handelt. Dies ist auch dann der Fall, wenn eine Reanonymisierung mit zumutbarem Aufwand möglich bleibt. Dann bedürfte es für die Veröffentlichung der Zustimmung der Betroffenen, was für eine Open-Access-Publikation, die dem Betroffenen selbst keinen direkten Vorteil bringt, kaum zu bewerkstelligen sein wird. Da sich ein Personenbezug wohl allenfalls bei Rohdaten herstellen lässt, dürften die Datenschutzprobleme oftmals dadurch lösbar sein, dass die Forschungsdaten erst in einer höheren Verarbeitungsstufe publiziert werden.

(3) Eine *Open-Access-Publikationspflicht* greift unter bestimmten, aber nur in Teilbereichen erfüllten Voraussetzungen in das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ein und schafft dort entsprechende Rechtfertigungslasten.

Bei *Aufsätzen* berührt die Open-Access-Publikationspflicht bei der „golden road“ direkt, bei der „green road“ zumindest potentiell mittelbar die freie Entscheidung über das „Wo“ der Publikation und damit die positive Publikationsfreiheit. Denn es besteht eine realistische, nicht nur ganz entfernte Möglichkeit, dass die Open-Access-Zweitveröffentlichung negative Rückwirkungen auf die Rahmenbedingungen (insbesondere vom Autor zu tragender Druckkostenzuschuss) der Erstpublikation (auch im Inland) oder bei ausländischen Verlagen sogar auf die Annahme zur Veröffentlichung (weil die internationale Durch-

setzbarkeit des § 38 Abs. 4 UrhG fraglich bleibt) zeitigt. Bei *Forschungsdaten*, soweit bereits im Aufsatz veröffentlicht, ist schon die Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ der Publikation und damit die negative Publikationsfreiheit betroffen.

Die Förderungstätigkeit der DFG ist ungeachtet ihrer Selbstverwaltungsstrukturen insbesondere wegen der staatlichen Finanzierung und auch der Beteiligung von Vertretern des Bundes und der Länder im Hauptausschuss der DFG gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Grundsätzlich handelt es sich bei den DFG-Förderbedingungen jedoch um bloße Leistungsmodalitäten. Nur unter bestimmten Voraussetzungen kann man ihnen eingriffsähnliche Wirkung zusprechen. Dafür muss der Förderungsempfänger für eine amtsangemessene Forschung auf semi-staatliche Drittmittel angewiesen sein, weil seine voraussetzungslos zu gewährende Grundausrüstung dazu nicht ausreicht. In dieser Konstellation verkürzt die Open-Access-Publikationspflichten die Freiheit des Förderungsempfängers, in einem durch die Grundausrüstung – bzw. hier durch die grundausrüstungersetzenden Drittmittel – definierten Kernbereich bedingungsfrei forschen zu können. In die Betrachtung einzubeziehen sind dabei nicht nur Drittmittel der DFG, sondern auch anderer (semi-)staatlicher Organisationen und Förderprogramme; außer Betracht bleiben dagegen private Drittmittel, da ausschließlich der grundrechtsgebundene Staat zur grundsätzlich bedingungsfreien Gewährung einer finanziellen Grundausrüstung verpflichtet ist.

(4) Wo die Open-Access-Förderbedingungen der DFG nicht eingriffsähnlich wirken, gilt nur das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot. Sofern dagegen die positive bzw. negative Publikationsfreiheit eingriffsähnlich beeinträchtigt werden, lässt sich dies durch kollidierendes Verfassungsrecht *rechtfertigen*. Dieses findet sich in der objektiv-rechtlichen Dimension sowohl der Wissenschafts- als auch der Informationsfreiheit; darin wird nämlich auch das Interesse der Scientific Community an verbesserter Zugänglichkeit forschungsrelevanter Informationen und der Allgemeinheit an innovationsfördernden Rahmenbedingungen für die Forschung abgebildet. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es dazu nicht. In der Verhältnismäßigkeitsabwägung ist sowohl für Aufsätze als auch für Forschungsdaten ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den kollidierenden grundrechtlich geschützten Interessen möglich.

Bei *Aufsätzen* geht es vor allem darum, die Informationsinteressen der Scientific Community sowie das im wesentlichen gleichgerichtete Verbreitungsinteresse des Förderungsempfängers durch entsprechende Ausgestaltung der Open-Access-Publikationsbedingungen effek-

tiv zu fördern und zugleich negative Nebenwirkungen auf die (Erst-) Publikationsmöglichkeiten der Geförderten weitestmöglich zu vermeiden. Zwar ist die Erstveröffentlichung im frei zugänglichen Internet („golden road“) bislang nur in Teilbereichen eine zumutbare Option, weil oftmals noch hinreichend renommierte Open Access-Journals fehlen. Doch kann die Verhältnismäßigkeit der Open-Access-Zweitpublikationspflicht („green road“) durch Rahmenbedingungen gesichert werden, die grundsätzlich denen des Zweitveröffentlichungsrechts in § 38 Abs. 4 UrhG entsprechen: keine Original-Formatierung, doch mit Verweis auf die Original-Seitenumbrüche; Karenzfrist von grundsätzlich einem Jahr. Zusätzlich sind allerdings Modifikationen oder Härtefallregelungen geboten, um die Verhältnismäßigkeit auch bei Auslandspublikationen zu sichern, bei denen die Durchsetzbarkeit des Zweitveröffentlichungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG zweifelhaft erscheint.

Bei *Forschungsdaten* existiert ein schärferer Interessengegensatz zwischen dem Geförderten, der meist kein Eigeninteresse an einer keinen Reputationsgewinn versprechenden und für ihn zusätzlichen Aufwand bedeutenden Veröffentlichung solcher „nackter“ Daten besitzt und diese gegebenenfalls noch für Anschlussprojekte exklusiv selbst nutzen möchte, und den anderen Wissenschaftlern sowie der Allgemeinheit, die sich von der Allgemeinzugänglichkeit der Daten eine Belebung von Forschung und Innovation erhoffen. Doch kann auch hier ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen und Verfassungsgütern mittels einer flexibel auszugestaltenden und im Einzelfall auf begründeten Antrag verlängerbaren Karenzfrist hergestellt werden, Ferner ist eine Ausnahme dafür vorzusehen, dass die Veröffentlichung der Forschungsdaten gegen den Datenschutz verstoßen würde. Um die Publikationspflicht für den Förderungsempfänger zumutbar zu halten, muss ihm die Open-Access-Veröffentlichung der Forschungsdaten grundsätzlich in der Verarbeitungsstufe (Rohdaten oder bereits „veredelte“ Daten) gestattet werden, in dem sie ihm bereits vorliegen.

Ferner trifft die DFG eine *Gewährleistungsverantwortung* dafür, dass ein für Aufsatzweitpublikation und für die Veröffentlichung der Forschungsdaten geeignetes qualitätsgesichertes Repositorium in allen betroffenen Wissenschaftsdisziplinen vorhanden ist. Notfalls muss die DFG eine solche Plattform selbst oder in Kooperation mit Dritten schaffen.

(5) Verschiedene Forschungsmodalitäten, Fächer oder Fächergruppen weisen unterschiedliche „Kulturen“ und sonstige (ökonomische) Rahmenbedingungen auf. Diese müssen vor Art. 3 Abs. 1 GG gegebenenfalls zu differenzie-

renden Regelungen in den Open-Access-Förderbedingungen führen. Soweit aus Praktikabilitätsgründen unverzichtbar, bestehen jedoch Typisierungsmöglichkeiten. Gegebenenfalls kann und muss die Verhältnismäßigkeit durch Härtefallklauseln u.ä. gesichert werden. Inwieweit differenziert oder typisiert wird, ist von den Selbstverwaltungsgremien (insb. Fachkollegien) der DFG, die den entsprechenden Sachverstand besitzen und deshalb Grundrechtsschutz auch durch Verfahren gewährleisten, zu entscheiden.

*Fach(gruppen)bezogene Differenzierungen* sind vor allem in folgender Hinsicht zu erwägen: bezüglich der Angewiesenheit auf (semi-)stattliche Drittmittel, weil nur dann Art. 5 Abs. 3 GG eingreift; hinsichtlich des Vorhandenseins renommierter Open-Access-Journals, weil nur dann die „golden road“ eine zumutbare Alternative zur Erfüllung der Publikationspflicht im frei zugänglichen Internet bilden kann; im Hinblick auf die Bedeutung ausländischer Verlage, weil bei Erstpublikation in ausländischen Zeitschriften nicht auf das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG vertraut werden kann; bei den typisierend üblichen Rezeptionszeiträumen, weil davon die Länge der gebotenen Karenzfrist bis zur Zweitveröffentlichung abhängt. Das spärliche einschlägige und hinreichend aktuelle empirische Datenmaterial erlaubt indes auch typisierend keine hinreichend klaren Unterscheidungen entlang unterschiedlicher Forschungsmodalitäten, Fächern oder Fachgruppen.

Vorzugswürdig erscheint deshalb eine typisierend-allgemeine Regelung für zunächst alle Wissenschaftsdisziplinen, die jedoch über *Ausnahmen und Härtefallklauseln* Raum lässt für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Fach und sogar des Einzelfalls. Soweit für bestimmte Wissenschaftszweige gar keine besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gelten, führte dies dazu, dass es bei den relativ strengen Förderbedingungen bliebe und eben keine Härtefall-Erleichterungen eingriffen. Ähnliches würde für Disziplinen oder Konstellationen gelten, in denen renommierte Open-Access-Journals für die „golden road“ existieren. Wenn dagegen ein Förderungsempfänger überzeugend begründet, dass in einer bestimmten (vor allem geisteswissenschaftlichen) Disziplin deutlich längere Verwertungszeiträume als ein Jahr für Aufsatzpublikationen üblich sind, könnte über eine entsprechende Klausel auf Antrag die Karenzfrist bis zu zwei Jahren verlängert werden. Zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit der Regelung ist für Härtefälle darüber hinaus sogar eine weiterreichende, gegebenenfalls sogar komplette Befreiungsmöglichkeit von der Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht empfehlenswert. Diese Möglichkeit kann aber von vornherein auf Auslandspublikationen beschränkt und zusätzlich daran gekoppelt werden, dass die für die Erstpublikation ausge-

suchte Zeitschrift darauf besteht und (kumulativ) auch für die dortige Forschungsförderung keine entsprechende Open-Access-Publikationspflicht vorgesehen ist. Bei Forschungsdaten sollte es zur Sicherung der Zumutbarkeit wohl dem einzelnen Förderungsempfänger überlassen bleiben – u.U. kombiniert mit einer Pflicht zur kurzen Begründung –, Daten welchen Verarbeitungsgrades er im Internet veröffentlicht. Datenschutzprobleme lassen sich mittels einer entsprechenden Ausnahmeklausel mit Begründungspflicht entschärfen. Einem Förderungsempfänger, der die von ihm generierten Daten zuerst selbst nutzen möchte, sollte auf begründetem Antrag dafür eine – gegebenenfalls

verlängerbare – Karenzfrist für die Online-Publikation der Forschungsdaten eingeräumt werden.

Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), wenn die Open-Access-Publikationspflicht in den DFG-Förderbedingungen *auf Aufsätze beschränkt* wird, Monographien also nicht erfasst werden. Die Unterschiede in den ökonomischen Rahmenbedingungen sind dafür ein hinreichender sachlicher Grund.

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

# Claus Dieter Classen

## Die Zukunft der Fakultät als Grundeinheit der Universität\*

### I. Einführung

Ein Blick in die organisationsrechtlichen Abschnitte der Landeshochschulgesetze macht deutlich, dass nach Auffassung des Gesetzgebers die Fakultät die, zumindest aber eine „organisatorische Grundeinheit“ der Universität ist.<sup>1</sup> Vielfach wird dies zusätzlich mit den Worten umschrieben, dass die Fakultäten im Rahmen ihrer jeweiligen fachlichen Zuständigkeit und unbeschadet der Gesamtverantwortung der Hochschule die Aufgaben der Universität zu erfüllen haben.<sup>2</sup> Die Ähnlichkeit verwundert nicht, gehen diese Regelungen doch auf eine 1998 aufgehobene Bestimmung des Hochschulrahmengesetzes zurück (§ 64 a.F. HRG).

Die Lebenswirklichkeit zeigt, dass die Dinge etwas komplizierter liegen. Verschiedene Entwicklungen tragen dazu bei. Das „institutionelle Gleichgewicht“ der Universität, wenn diese begriffliche Anleihe beim europäischen Unionsrecht erlaubt ist, das mit diesem Begriff das in den Verträgen vorgesehene Verhältnis der verschiedenen Organe der Union untereinander umschreibt, dessen rechtliche Rahmenbedingungen vom EuGH zu gewährleisten sind,<sup>3</sup> ist in vertikaler und in horizontaler Hinsicht ins Wanken geraten.

Das Bemühen um Professionalisierung der Leitungsstrukturen in der Universität hat über die letzten Jahre hinweg zu einer zunehmenden Stärkung der Hochschulleitungen im Verhältnis zu den anderen Organen der Hochschule geführt. Angesichts der steigenden wirtschaftlichen Eigenverantwortung der Hochschule – Stichwort Globalhaushalt – gibt es hierfür auch gute Gründe. Sinnfälligen Ausdruck findet dies darin, dass nach den Hochschulgesetzen der Länder die Auffangzu-

ständigkeit für alle Angelegenheiten einer Hochschule, die nicht einem spezifischen Organ zugewiesen sind, regelmäßig eben nicht bei einem Organ der soeben genannten „Grundeinheit“ der Universität, also der Fakultät, sondern bei der Leitung der Hochschule liegt.<sup>4</sup>

Die zunehmende Institutionalisierung und Interdisziplinarität der Forschung wiederum haben dazu geführt, dass gerade mit Blick auf diese Aufgabe in steigendem Maße Fakultätsgrenzen übergreifende Strukturen geschaffen werden. Und hält man sich vor Augen, dass Organisationsrecht dienendes Recht ist,<sup>5</sup> dass es auf die optimale Erfüllung der jeweiligen Aufgaben ausgerichtet sein muss,<sup>6</sup> dann ist selbstverständlich, dass bei einem Wandel der Aufgaben das Organisationsrecht auf den Prüfstand gehört.

Das beschränkt sich allerdings nicht auf die soeben angesprochenen Problemfelder, sondern schließt die Frage nach dem Zuschnitt der Fakultäten selbst ein. So haben eine ganze Reihe von Universitäten den Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre vollzogenen Prozess der Auflösung der herkömmlichen großen Fakultäten und deren Ersetzung durch kleine Fachbereiche<sup>7</sup> rückgängig gemacht und wieder große Fakultäten gebildet. In Erlangen ist man bekanntlich soweit gegangen, dass die traditionsreiche juristische Fakultät mit den Wirtschaftswissenschaften zusammengelegt wurde und sich die Theologen in einer Fakultät mit dem sperrigen Titel „Philosophische Fakultät und Fachbereich Theologie“ wiederfanden.<sup>8</sup> Eine ähnliche grundlegende Strukturreform hat es in Hamburg gegeben; diese war mit einer deutlichen Stärkung der Rolle der Fakultäten verbunden.<sup>9</sup>

\* Es handelt sich um einen Vortrag, den der Verfasser als Referent auf dem 9. Deutschen Hochschulrechtstag in Erlangen am 28.5.2014 gehalten hat.

1 Beispielhaft die Hochschulgesetze von Bayern (Art 27), Mecklenburg-Vorpommern (§ 90 Abs 1), Nordrhein-Westfalen (§ 26 Abs 2). Etwas anders formuliert das Hochschulgesetz von Hamburg (§ 89 Abs 1: Wahrnehmung der „Aufgaben in Lehre, Forschung und Entwicklung und die dafür notwendigen Verwaltungsaufgaben“), meint damit aber in der Sache das Gleiche.  
2 Siehe dazu die vorgenannten Bestimmungen.  
3 Dazu etwa EuGH, verb Rs 138 und 139/79 (Roquette), Slg 1980, 3333 Rn 33; Rs C-65/93 (Parlament/Rat), Slg 1995, I-643 Rn 21; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl 2014, Rn 5/20.  
4 Beispielhaft die Hochschulgesetze von Bayern (Art 20 Abs 2), Mecklenburg-Vorpommern (§ 82 Abs 1), Nordrhein-Westfalen (§

16 Abs 1 S 2).

5 *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S 329 ff.  
6 *Wallerath*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl 2009, § 6 Rn 10; Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl 2004, S 248.  
7 Dazu *Dallinger*, in: ders/Bode/Dellian, HRG, 1978, § 65 Rn 1.  
8 Dazu *de Wall*, Der Fachbereich Theologie: Rechtliche Grundlagen und Herausforderungen, in: Busch (Hrsg), Präsenz und Entwicklung des evangelischen Glaubens im Kontext der Universität am Beispiel Erlangens, 2013, S 67 ff.  
9 Gesetz zur Fakultätenbildung vom 4.5.2005; dazu *Drexler*, in: Neukirchen/Reußow/Schomburg (Hrsg), Hamburgisches Hochschulgesetz, 2011, § 89 Rn 1; zu einigen Aspekten der Reform, aber nicht zu Aufgaben und Struktur der Fakultäten BVerfGE 127, 87.

## II. Grundgedanken zur Rolle der Fakultäten

### 1. Heutiger Sinn und Zweck von Fakultäten: Sicherung wissenschaftsadäquater Entscheidungen

Fragt man als Jurist nach der Zukunft der Fakultäten, so kann man das Thema verfassungsrechtlich angehen. Nun liefert die Wissenschaftsfreiheit zwar einen wichtigen Aspekt des Themas, vermag aber bei der Ausgestaltung organisationsrechtlicher Einzelheiten nur in Grenzen Steuerungskraft zu entfalten. So hart es klingt: Der Begriff „Fakultät“ ist als solcher kein Begriff des Verfassungsrechts. Dies gilt auch dort, wo die Landesverfassung eine Garantie theologischer Fakultäten enthält.<sup>10</sup> Damit soll die Theologie als Forschungs- und Lehrereinheit gewährleistet werden, aber nicht eine bestimmte Struktur der Universitäten.

Immerhin ist anerkannt, dass die Organisationsstruktur einer Universität wissenschaftsadäquate Entscheidungen sicherstellen soll.<sup>11</sup> Sie muss sich daher an wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeiten ausrichten. Ohne dass hier nun eine umfassende Auseinandersetzung um die Frage möglich ist, wie Wissenschaft im Einzelnen zu definieren ist, ist sie bekanntlich insbesondere durch ihre Methodik gekennzeichnet.<sup>12</sup> Dabei kann man rein empirisch feststellen, dass diese nicht für alle Wissenschaftler die Gleiche ist. Vielmehr gliedert sich die Wissenschaft in unterschiedliche Disziplinen mit jeweils eigenen Methoden.<sup>13</sup> Will man Wissenschaft sachgerecht organisieren, müssen die organisatorischen Strukturen in einem Zusammenhang stehen mit diesen Wissenschaftsdisziplinen.

Dies gilt vor allem dort, wo eine Entscheidung unmittelbar spezifischen wissenschaftlichen Sachverstand fordert. Je stärker wissenschaftsrelevante Entscheidungen, die nicht von einem Wissenschaftler allein getroffen werden können, unmittelbar von wissenschaftsspezifischen Gesichtspunkten geprägt sind, desto stärker müssen fachliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Beispielfhaft seien genannt die Organisation der Lehre und die Entscheidung über Qualifikationen wie Promotionen und Habilitationen, aber auch die Entscheidung über die konkrete Verwendung der jeweils zur Verfügung gestellten Ressourcen.

### 2. Zum Zuschnitt von Fakultäten

Die gelegentlich zu hörende Annahme, dass Fakultäten das Fachlichkeitsprinzip repräsentierten,<sup>14</sup> ist allerdings mit Vorsicht zu behandeln. In der Entwicklungsgeschichte der Universitäten waren es allein Fragen der Studienorganisation, die die Struktur der Fakultäten bestimmte.<sup>15</sup> Und sicher sind bis heute Theologen, Juristen und Mediziner vielfach, wenn auch nicht immer, in eigenen Fakultäten organisiert. Die Philosophische und die Mathematisch-Naturwissenschaftliche Fakultät hingegen vereinigen, insbesondere seit dem zunehmenden Aufkommen der sich in diese Struktur schon vom Ansatz her sich nicht so recht einfügenden Sozialwissenschaften, einen zum Teil recht breiten Kanon an Fächern. Im Kern galt das bereits für ihre historische Vorgängerin, die mittelalterliche Artistenfakultät. Der in den siebziger Jahren verfolgte Gedanke, große Fakultäten in kleine Fachbereiche aufzuteilen, wurde mittlerweile wie erwähnt vielfach wieder aufgegeben – im Lichte von sich wandelnden Aufgaben der Fakultäten auch durchaus nachvollziehbar.

Wirft man vor diesem Hintergrund einen Blick in das einfache Recht, offenbart dieser im Hochschulrecht schon aus grundsätzlichen Gründen Schwierigkeiten. Zum einen kennt jedes Land im Detail seine eigenen Ausformungen, und zum anderen novelliert der Gesetzgeber regelmäßig die Landeshochschulgesetze. So wird etwa zunehmend diskutiert, das Promotionsrecht durch den Gesetzgeber auch anderen Institutionen als universitären Fakultäten zuzuweisen.

Auf die Grundfrage, nach welchen Prinzipien die Fakultäten einzurichten sind, geben bemerkenswerterweise etliche Hochschulgesetze überhaupt keine Antwort.<sup>16</sup> Demgegenüber verweist etwa das Landeshochschulgesetz von Mecklenburg-Vorpommern immerhin auf „fachliche Gesichtspunkte“ (§ 91 Abs. 1).<sup>17</sup> Damit wird der zentrale Aspekt benannt. Dieser wird soweit ersichtlich im Grundsatz auch bundesweit verwirklicht, also auch dort, wo sich keine ausdrückliche Regelung im Gesetz findet. Geht man in die Einzelheiten, werden die Dinge jedoch kompliziert. Häufig sind es in einem erheblichen Umfang schlicht pragmatische Gesichtspunkte

10 Beispielfhaft die Landesverfassungen von Baden-Württemberg (Art 10), Bayern (Art 150 Abs 2), Mecklenburg-Vorpommern (Art 9 Abs 3).

11 BVerfGE 111, 333 (354); 127, 87 (115 f); umfassend dazu *Gärditz* (Fn 5), insbesondere S 347 ff; für die außeruniversitäre Forschung *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S 130 ff.

12 BVerfGE 35, 79 (113); *Classen* (Fn 11), S 78 ff.

13 Zur Bedeutung der Disziplinen *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Verantwortung und staatlicher Institutionalisierung,

1994, S 88 ff; vgl auch den knappen Hinweis (im Kontext des Besoldungsrechts) in BVerfGE 127, 87 (119).

14 So *Gärditz* (Fn 5), S 485.

15 *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl 2004, Rn 1026.

16 Beispielfhaft die Hochschulgesetze von Bayern (Art 19 Abs 3), Nordrhein-Westfalen (§ 26 Abs 2).

17 Ähnlich beispielfhaft das Hochschulgesetz von Baden-Württemberg (§ 22 Abs 2 S 2: „Gleiche oder verwandte Fachgebiete sind in einer Fakultät zusammenzufassen“).

te, die die Bildung von Fakultäten bestimmen. Besonders deutlich wird das im Bereich der Philosophischen Fakultät. Werden etwa Lehrer ausgebildet, müssen ja sogar als solche nicht wissenschaftliche Fächer wie Kunst und Musik irgendwo untergebracht werden, die sich naturgemäß von ihrer Methodik her keiner wissenschaftlichen Fakultät und allenfalls über ihre Nachbarfächer Kunstgeschichte und Musikwissenschaft einer geisteswissenschaftlichen Fakultät zuordnen lassen. Immerhin werden in solchen Großfakultäten regelmäßig Binnenstrukturen in Form von Instituten und ähnlichen Einrichtungen geschaffen. Diese sind auch, darauf ist noch zurückzukommen, für die interne Willensbildung der Fakultät von zentraler Bedeutung.<sup>18</sup>

Ein weiteres Problem kommt hinzu. In vielen Studiengängen sind heutzutage fachfremde Elemente enthalten. Ein Wirtschaftswissenschaftler braucht juristische Kenntnisse, ein Theologie muss auch Kenntnisse im Bereich der Philosophie aufweisen etc. Fragt man sich, wo die solche Kenntnisse vermittelnden Wissenschaftler untergebracht werden sollten, so sprechen wissenschaftssystematische Gründe dafür, sie dort zu platzieren, wo sie fachlich hingehören: Den Juristen auch dann bei den Juristen, wenn er allein Ökonomen ausbilden soll usw. Die praktischen Konsequenzen, die sich mit einem solchen Vorgehen verbinden, relativieren dieses Gebot. Wenn etwa ein Professor seine Aufgaben in der Lehre nicht nur teilweise, sondern vollständig in einer anderen Fakultät erfüllen muss, könnte er Schwierigkeiten haben, bei der Zuteilung von Ressourcen in der eigenen Fakultät wirklich den Umständen entsprechend angemessen berücksichtigt zu werden. Eine Lozierung in der fachfremden Fakultät lässt hier unter Umständen mehr Verständnis erwarten. Praktische Konsequenz: Im Einzelfall besteht eine nicht unerhebliche Gestaltungsfreiheit beim Zuschnitt der Fakultäten.<sup>19</sup>

### 3. Fakultätsübergreifende Institutionen

Eine weitere Herausforderung für die Einteilung der Universität in Fakultäten resultiert aus den bereits erwähnten Aufgaben mit fakultätsübergreifenden Charakter. Beispielsweise kann hier im Bereich der Lehre die Lehrerbildung genannt werden. Zunehmend gilt Gleiches im Kontext der Forschung. Gerade in den Naturwissenschaften findet Forschung vielfach in einem größeren, institutionalisierten Rahmen statt; die klassische

geisteswissenschaftliche Einzelforschung gibt es hier kaum noch. Allerdings ist dies nichts völlig neues: Sonderforschungsbereiche – begrifflich wohl nicht zufällig in der Nähe der früheren „Fachbereiche“ angesiedelt – gibt es schon seit den siebziger Jahren.

Dies ist auch nicht prinzipiell zu beanstanden. Organisationsrecht hat wie erwähnt dienenden Charakter, und wenn sich Herausforderungen stellen, die im Rahmen einer Fakultät nicht adäquat bewältigt werden können, kann und muss eine übergreifende Struktur geschaffen werden. Zu bedenken bleibt allerdings: Diese Einrichtungen sind für spezifische Aufgaben geschaffen worden. Was nicht der spezifischen Aufgabe unterfällt, bleibt, soweit es um Forschung und Lehre geht, materiell in der Verantwortung der jeweiligen Fakultät. Diese haben insoweit also die Auffangverantwortung für alle nicht einer anderen Einrichtung zugewiesenen Aufgaben. Ihr Charakter als „Grundeinheit“ der Universität wird dadurch also nicht berührt.

Kenner des Hochschulrechts wird dies vielleicht überraschen, weil nach allen Hochschulgesetzen die Zuständigkeit für alle Fragen, die nicht einer anderen Einheit zugewiesen sind, bei der Hochschulleitung liegt. Das Problem ist: Wenn es um die Erfüllung von Aufgaben in Forschung und Lehre geht und nicht um rein administrative Entscheidungen, kann dieser Grundsatz nicht zum Tragen kommen. Materiell ist eine Hochschulleitung zur Erfüllung von Aufgaben in Forschung und Lehre völlig ungeeignet.<sup>20</sup>

### 4. Konsequenzen

Was folgt daraus? Die Universitäten haben verschiedene Aufgaben im Bereich von Forschung und Lehre. Nicht alle Aufgaben haben die gleichen Konsequenzen für die Binnenstruktur. Zugleich aber kann auch nicht für jede Aufgabe eine eigene Binnenstruktur geschaffen werden; dann wäre die Universität handlungsunfähig. So sind Kompromisse notwendig. Deren Ergebnisse sind jedenfalls im Einzelnen verfassungsrechtlich nicht prädestiniert. Allerdings hat sich – nicht nur in Deutschland – das Prinzip einer fachlich orientierten, umfassend zuständigen Untergliederung der Universität in Form der Fakultät seit Jahrhunderten etabliert und bis heute gehalten. Wer hiervon abweichen will,<sup>21</sup> muss zumindest eine Begründung liefern. Die Anforderungen an diese steigen, je umfangrei-

18 Gärditz (Fn 5), S 486; *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen der Theologie, JZ 2014, 111 (114 f); vgl auch Geis, in: ders (Hsrg), Hochschulrecht in Bayern, Rn III/8.

19 *Classen* (Fn 18), S 114; zurückhaltend Gärditz (Fn 5), S 532.

20 Vgl auch Gärditz (Fn 5), S 487.

21 Zu entsprechenden Diskussionen siehe Lindner, Zum Rechtsstatus der Fakultät, WissR 2007, 254 (261).

cher die von einer neuen Einrichtung zu erfüllenden Aufgaben ausfallen, ferner, wenn und soweit gegen den Willen eines Akteurs entschieden werden soll.

### III. Konkrete Problemfelder

Die bisher recht abstrakten Grundüberlegungen sollen nachfolgend mit Blick auf drei Aufgabenfelder der Universität näher beleuchtet werden: (1.) Strukturplanung und Berufungspolitik, (2.) Qualifikationen, zu denen die Gestaltung des Studiums ebenso zu rechnen ist wie Promotionen und Habilitationen, und schließlich (3.) die Frage der Mittelverteilung.

#### 1. Strukturplanung und Berufungspolitik

Eine Universität ist ein Gesamtgefüge. Dieses kann nur funktionieren, wenn die sie bildenden Untereinheiten auch sachgerecht zusammenwirken. Dies gilt heutzutage noch stärker als früher, weil in Forschung und Lehre zunehmend, wenn auch von Juristen weitgehend ignoriert, rein auf eine Fachdisziplin bezogene Kompetenzen zur Bewältigung bestimmter Probleme nicht ausreichen. Strukturplanung und Berufungspolitik, soweit sie diese Planung umsetzt, müssen also letztlich zentral erfolgen. Das heißt aber nicht, dass die Fakultätsebene unberücksichtigt bleiben kann. Gerade im Bereich der Ausbildung besitzt jedes Fach eine gewisse Eigenrationalität, die bei solchen Planungen nicht übergangen werden darf. Ein Jurist muss in allen drei Rechtsgebieten ausgebildet werden, und dem Bürgerlichen Recht muss dabei rein quantitativ auch die dominierende Rolle zuerkannt werden. Theologie muss in allen ihren Kernfächern studiert werden können, Philologien nur unter Einschluss von Sprach- und Literaturwissenschaft usw. Diese Eigenrationalitäten in einem Planungsprozess zu artikulieren ist die Aufgabe der Fakultäten, wobei interdisziplinäre Fakultäten ihrerseits die Voten untergeordneter Einheiten berücksichtigen müssen.<sup>22</sup>

Eine klare Rollenverteilung ergibt sich dementsprechend bei der Berufungspolitik. Wenn das Kernangebot der Lehre in einem Fach gesichert ist, darf die Zentralebene bei der Frage der Widmung einer Professur auch eigene Akzente setzen. So kann sie etwa zwecks Förderung der Internationalisierung oder der Stärkung be-

stimmter Forschungsprofile auch die Berufung eines in einem ausländischen Recht ausgewiesenen Juristen einfordern und ggf. auch durchsetzen, selbst wenn dieser in der Staatsexamensausbildung allenfalls in Grenzen einsetzbar ist. Die Beurteilung der rein fachlichen Qualität eines Wissenschaftlers wiederum ist im Grundsatz Sache allein des Faches;<sup>23</sup> insoweit kann die Zentralebene nur eine rechtsaufsichtliche Kontrolle ausüben.<sup>24</sup> Wenn aber zwei Bewerber in ihrer Qualität im Grundsatz vergleichbar sind und sich primär in der Ausrichtung unterscheiden, kann auch insoweit die Zentralebene ihre Position durchsetzen.

#### 2. Qualifikationen

Eine zentrale Aufgabe der Universität besteht darin, Personen auszubilden und ihnen am Ende eine Qualifikation zu vermitteln. Hier bedarf es entsprechender Regelwerke – Prüfungsordnungen, Promotions- und Habilitationsordnungen. In Sachen Zuständigkeit differieren hier die Landeshochschulgesetze. Manche weisen diese Aufgabe den Fakultäten zu,<sup>25</sup> andere der Zentralebene.<sup>26</sup> Zum Teil bestehen auch exklusive Vorschlagsrechte der Fakultäten für die Normsetzung auf Zentralebene.<sup>27</sup> Spätestens bei der Umsetzung, also der Organisation und Durchführung der Prüfungsverfahren, der Einsetzung von Prüfungsausschüssen usw. sind durchweg die Fakultäten am Zuge. Wie sind hier nun materiell die Aufgaben zu verteilen?

Auch hier gilt: Die formale Befugnis einer Zentralebene muss auch die fachlichen Belange, wie sie von einer Fakultät artikuliert werden, achten – wobei diese ihrerseits auf die Voten interner Strukturen Rücksicht nehmen muss. Die Frage, welche Elemente in einem Studium notwendig sein, welche aufeinander aufbauen etc., wie die einzelnen Teile sachgerecht zu gewichten sind, kann eine Zentralebene nicht unmittelbar eigenständig entscheiden. Diese kann insoweit allenfalls im Rahmen von Wahlmöglichkeiten fachliche Schwerpunkte vorgeben. Wenn es umgekehrt um formale Fragen geht – wie oft darf eine Prüfung wiederholt werden, welche Nachweise sind im Krankheitsfall zu erbringen etc., spielen wissenschaftsspezifische Gesichtspunkte keine Rolle. Daher besteht insoweit keine Autonomie der Fakultäten – hier darf die Zentrale eigenständig entscheiden.<sup>28</sup>

22 Zum Gebot einer Beteiligung der Fakultätsräte an der Struktur- und Entwicklungsplanung einer Hochschule siehe BVerfGE 127, 87 (127).

23 Lindner (Fn 21), S 276. Zur Zulässigkeit einer Pflicht der Beteiligung auswärtiger Professoren an der Auswahlentscheidung siehe BVerfGE 127, 87 (123); ferner BayVG, NVwZ 2009, 177/181 f, auch zur Differenzierung zwischen Fach und Fakultät.

24 Dazu, aber im Übrigen unterkomplex Gärditz (Fn 5), S 484.

25 Beispielhaft die Hochschulgesetze von Hamburg (§ 91 Abs 2 Nr 1), Nordrhein-Westfalen (§ 64 Abs 1).

26 Beispielhaft die Hochschulgesetze von Bayern (Art 61 Abs 2), Mecklenburg-Vorpommern (§ 81 Abs 1).

27 Beispielhaft die Hochschulgesetze von Mecklenburg-Vorpommern für Promotionsordnungen, § 43 Abs 3.

28 Vgl auch VG Hannover, WissR 2012, 172 (177).

Bei der Umsetzung der entsprechenden Anforderungen, also bei entsprechenden Entscheidungen in Prüfungsverfahren, ist es dann selbstverständlich, dass hier allein die Fakultätsebene zuständig ist, die sich ihrerseits an den Voten der zuständigen Vertreter des konkreten Faches orientieren muss.<sup>29</sup>

Schließlich kann man sich auch die Frage stellen, wie mit wissenschaftlichen Strukturen umzugehen ist, die jenseits der Fakultäten stehen, etwa neben ihnen oder einige von ihnen übergreifend. Eine generelle Antwort ist hier kaum möglich. Prinzipiell wird man verlangen müssen, dass eine Verlagerung entsprechender Aufgaben nur dann an eine solche Einrichtung stattfindet, wenn diese auch die Voraussetzungen mitbringt, solche Aufgaben zu erfüllen.

### 3. Zur Verteilung von Ressourcen

Eine letzte Frage, die hier angesprochen werden soll, betrifft die Verteilung der Ressourcen. In Mecklenburg-Vorpommern etwa gibt das LHG ausdrücklich vor, dass die Hochschulleitung die jeweiligen Ressourcen an die Fakultäten und die sonstigen Funktionseinheiten (Verwaltung, Bibliothek, Rechenzentrum) zu verteilen hat (§ 16 Abs. 3).<sup>30</sup> In diesem Lichte ist es konsequent, dass etwa die Universität Greifswald die Freiräume, die sie in Form des Globalhaushaltes seit rund 10 Jahren genießt, an die Fakultäten weiterreicht. So können im Grundsatz diese entscheiden, ob eine vakante Stelle tatsächlich besetzt oder die entsprechenden Mittel nicht für den Kauf von Büchern, Computern oder Laboreinrichtungen verwendet werden.

Anderswo ist zwar auch eine Mittelverteilung innerhalb der Fakultät durch deren Leitung vorgesehen, aber nicht ausgeschlossen, dass die Zentralebene auch unmittelbar bestimmten Einheiten innerhalb einer Fakultät Mittel zuweist.<sup>31</sup> Trotzdem können auch hier nicht völlig andere Regeln gelten, als sie soeben für Greifswald dargestellt wurden. Während sich der Landtag bei der Aufstellung des früher selbstverständlich auch für den Hochschulbereich detailscharfen kameralistischen Haushaltes auf seine durch die unmittelbare Wahl seitens des Volkes vermittelte demokratische Legitimation berufen konnte, gilt Gleiches nicht für die Hochschulleitung. Diese wird auch in der Sache schwerlich beurteilen können, wie die eben erwähnten Konflikte zwischen verschiedenen Nut-

zungsmöglichkeiten des Geldes angemessen zu entscheiden sind.<sup>32</sup>

Zugleich kann man darauf verweisen, dass nach allen Landeshochschulgesetzen einerseits die Ressourcen nach den jeweils zu erfüllenden Aufgaben zu verteilen sind und andererseits die Fakultäten wie erwähnt nach allgemeinem Verständnis diejenigen Einheiten sind, die die Aufgaben der Universität zu erfüllen haben. Dies spricht dafür, dass auch anderswo die finanzielle Detailsteuerung den Fakultäten zu überlassen ist. Allerdings muss in diesem Fall die Fakultät, genauer gesagt, die Fakultätsleitung, auch institutionell und administrativ entsprechend ausgestattet sein, damit sie diese Aufgabe erfüllen kann. Und die Hochschulleitung kann und muss darüber wachen, dass die Verteilung nach sachgerechten Kriterien geschieht, dass insbesondere auch hier Aufgabe und ggf. Leistungen und nicht die Gießkanne den relevanten Verteilungsmaßstab abgeben.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die wirklichen Probleme beim Globalhaushalt nicht bei der Beantwortung der Frage liegen, ob jemand einen neuen Computer oder mehr Bücher kauft. Wirkliche Herausforderungen entstehen, wenn die Bewirtschaftung von Personal und Räumlichkeiten einbezogen wird und deswegen steigende Energiepreise plötzlich dazu führen, dass man weniger Stellen besetzen kann. Dabei sollte man sich nicht von den bei Juristen üblichen Verhältnissen blenden lassen. Die hohe Zahl von befristet beschäftigten Mitarbeitern führt zu einer regelmäßigen Fluktuation, so dass auch kurzfristig auftretende Finanzprobleme immer irgendwie bewältigt werden können. Die anderen Fakultäten haben in aller Regel wesentlich mehr Dauerstellen, und diese haben für den Betrieb oft auch eine elementare Funktion: in den Philologien hängen an Lektoratsstellen regelmäßig erhebliche Lehrverpflichtungen, und in den Naturwissenschaften sind Laborkräfte für die Aufrechterhaltung der Laborsicherheit erforderlich. Hier auch in Zeiten einer Finanzkrise heil durchzukommen, setzt schon professionelles Management auch auf Fakultätsebene, aber eben auch schlicht eine gewisse Fakultätsgröße voraus.

Zentrale Zentren habe in einem solchen Modell natürlich auch einen Platz; ihnen kann die Hochschulleitung selbstverständlich ggf. bestimmte Mittel zuweisen.

29 Dazu, zu einem (gescheiterten) Habilitationsverfahren, BVerwG, JZ 1995, 40 mit zustimmender Anmerkung von Krüger.

30 Ähnlich das Hochschulgesetz von Hamburg (§§ 84 Abs 1 Nr 5, 90 Abs 6 Nr 1).

31 In Bayern beschränkt das Hochschulgesetz die entsprechende Befugnis der Fakultätsleitung explizit auf die Mittel, die nicht „einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Einrichtung, Betriebsein-

heit oder Professur einer Fakultät zugewiesen sind“, Art 28 Abs. 3 S 2 Nr 6). Keine entsprechende Regelung auch im Gesetz von Baden-Württemberg (§§ 13 Abs 2, 16 Abs 3 S 2 Nr 7, 23 Abs 3 S, 6 Nr 1).

32 Zur Wissenschaftsrelevanz von Entscheidungen über die Verteilung von Ressourcen siehe BVerfGE 35, 79 (123); 61, 260 (279); 127, 87 (124).

Nur besteht doch regelmäßig ein anfangs bereits erwähnter zentraler Unterschied.

Zentren können nur spezifische Aufgaben zugewiesen werden. Dementsprechend richtet sich der Finanzbedarf an den spezifischen Aufgaben aus. Die Fakultäten hingegen sind die Einheiten, die einzutreten haben, wenn in Forschung und Lehre ein Problem zu bewältigen ist. Im Grundsatz sind also ihnen die finanziellen Ressourcen der Hochschule zuzuweisen.

#### IV. Fazit: Zur Zukunft der Fakultät als Grundeinheit der Universität

Zusammenfassend kann folgendes festgehalten werden: Organisationsrecht ist dienendes Recht. Da Wissenschaft entscheidend von ihren disziplinären Charakter bestimmt wird, kommt in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten fachlichen Einschätzungen eine elementare Rolle zu. Die Fakultät als Zusammenschluss der Wissenschaftler einer oder zumeist mehrerer, aber doch in aller Regel verwandter Disziplinen ist in diesem Zusammenhang zwar nicht als solche verfassungsrechtlich garantiert. Traditionen vermitteln auch im Hochschulrecht einen wichtigen Erfahrungsschatz, sind aber nicht per se verfassungsrechtlich verankert.<sup>33</sup> Fakultäten sind jedoch in der bisherigen Universitätsstruktur von grundlegender Bedeutung, weil sie den institutionellen Rahmen abgeben, in dem sich fachliche Einschätzungen artikulieren können. Von daher kann und muss einer Fakultät wohl auch in Zukunft eine grundlegende Funktion in der Universität zukommen. Wollte man sich von ihr verabschieden, müsste funktioneller Ersatz gefunden werden.<sup>34</sup>

Allerdings ist zugleich zu bedenken: Gerade die zuletzt genannte Aufgabe der Wahrnehmung voller Haushaltsverantwortung – Globalhaushalt auf Fakultätsebene – macht nur Sinn, wenn die Fakultäten auch eine entsprechende Größe aufweisen. Hier liegt also der tiefere Sinn für die Rückkehr zu den großen Fakultäten nach den Auflösungserscheinungen der siebziger Jahre. Hinzu kommt im Übrigen: ein institutionelles Gleichgewicht zwischen Zentrale und Fakultäten kann nur bei hinreichend mächtigen Fakultäten erreicht werden.

Zugleich sollen diese Überlegungen aus guten Gründen nicht mit einem Plädoyer für die Eigenständigkeit der Fakultäten schließen. Zum einen müssen Fakultäten

in ihrer Binnenstruktur die verschiedenen, in ihrem Kreis verankerten Disziplinen und deren Eigenarten achten. Zumindest in den größeren, mehrere Disziplinen übergreifenden Fakultäten wie den Philosophischen und den Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Fakultäten dürften viele Wissenschaftler ohnehin auf die Frage, was denn die Grundeinheit der Universität sei, auf die auf dieser Ebene angesiedelte institutionelle Struktur verweisen, also auf das Institut.<sup>35</sup> Hier finden ja letztlich die zentralen Überlegungen zur konkreten Durchführung von Forschung und Lehre statt.

Zum anderen kommt für das Funktionieren der Universität auch der Zentralebene als solcher sowie ggf. sonstigen, jenseits der Fakultäten stehenden Einrichtungen eine wichtige Rolle zu. Hochschulrecht hat daher nicht primär die Aufgabe, Entscheidungsfreiräume eines Akteurs zu gewährleisten, sondern das sachgerechte, die Aufgaben und Kompetenzen der einzelnen Akteure garantierende Zusammenwirken.<sup>36</sup> Das heißt insbesondere, dass die Fakultät, soweit sie Entscheidungsprärogativen für sich beanspruchen will, dies nicht allein mit formalem Hinweis auf ihre Autonomie tun kann. Vielmehr muss sie ihre wissenschaftsspezifischen Argumente auch artikulieren können. Im Grundsatz gilt das aber auch umgekehrt, also für die Zentralebene.

Da die Universität eine Organisation der Wissenschaft ist und Wissenschaft durch methodisch abgesicherte Argumentation geprägt ist, müssen alle Akteure in einem Streitfall in der Lage sein, ihre Positionen rational begründen zu können. Dass es dabei auf allen Ebenen vorkommt, dass sich vermeintlich zwingende Sachgründe als vorgeschoben erweisen, ist nicht zu vermeiden. Immerhin haben sich in den letzten Jahren zunehmend institutionelle Mechanismen wie erweiterte Hochschulleitungen oder ähnliche Strukturen entwickelt, in denen Hochschul- und Fakultätsleitungen regelmäßig zusammenkommen.<sup>37</sup> So kann das für das dargestellte Zusammenwirken erforderliche wechselseitige Vertrauen aufgebaut werden. Wer hingegen meint, sich auf formale Entscheidungszuständigkeiten zurückziehen zu können, hat von daher sogleich verloren. Wenn die Fakultäten dies beachten, dann haben sie eine gesicherte Zukunft als Grundeinheit der Universität vor sich.

Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald. Von 2003 bis 2007 war er Prorektor dieser Universität.

33 BVerfGE 111, 333 47, 327 (404); 11, 333 (355 f).

34 Lindner (Fn 21), S 270.

35 Vgl auch Geis (Fn 18), Rn III/8.

36 Dazu auch BVerfGE 111, 333 (357, 365).

37 Beispielhaft: Art 24 Hochschulgesetz Bayern. An der Universität Greifswald gibt es eine solche Runde bereits seit 1990, die in den

ersten knapp 20 Jahren nach der Wende in der Regel sogar jede Woche und seither immer noch zweimal pro Monat zusammenkommt. Siehe § 16 der Grundordnung der Universität, abrufbar unter [www.uni-greifswald.de/organisieren/satzungen.html](http://www.uni-greifswald.de/organisieren/satzungen.html) (8.7.2014).

# Tobias Mandler

## Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG

Die Möglichkeit zur Verlängerung eines nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnisses hat in der Praxis zunehmend Bekanntheit unter den Beschäftigten der Hochschulen und Universitätsklinika erlangt. Im Zuge dieser Ausweitung praktischer Anwendungsfälle, sind zahlreiche Probleme zu Tage getreten, deren tatsächliche und rechtliche Lösung bisweilen erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Einen Teil dieser Problematik zu erfassen und zu lösen, ist Anliegen dieses Beitrages. Im Folgenden stehen daher zunächst der Mechanismus der Verlängerung (A.), die Berechnung der Verlängerungszeiträume (B.) sowie die Rechtsfolgen bei einer fehlerhaften Weiterbeschäftigung (C.) und die Notwendigkeit zur Beteiligung des Personalrates am Beispiel des LPVG Baden-Württemberg (D.) im Fokus der Betrachtungen, die anschließend durch einen Praxishinweis (E.) abgerundet werden.

### A. Der Mechanismus der Verlängerung

§ 2 Abs. 5 WissZeitVG ermächtigt den gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristet Beschäftigten (I.) bei relevanten Ausfallzeiten nach Abs. 5 Nrn. 1 - 5 (II.) durch sein Einverständnis (III.) die jeweilige Beschäftigungsdauer entsprechend um jene Ausfallzeiten zu verlängern.<sup>1</sup> Dadurch wird es ihm ermöglicht, seinen Beschäftigungsanspruch und vorhandene Qualifizierungsmöglichkeiten in Gänze ohne Defizite wahrzunehmen.<sup>2</sup>

Vielfach wird in diesem Zusammenhang von einer sog. „Verlängerungsautomatik“<sup>3</sup> gesprochen. Dieser Begriff erscheint jedoch vor dem Hintergrund des gesetzlich niedergelegten Mechanismus zumindest ungenau. Die Notwendigkeit eines Einverständnisses zeigt, dass

sich eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls nicht „automatisch“, dh. ohne jegliche Handlung der Beteiligten, vollzieht. Die beschriebene Automatik ist vielmehr eine ipso iure eintretende Rechtsfolge der Verlängerung, die von der Ausübung eines Gestaltungsrechtes abhängig ist.<sup>4</sup> Um Missverständnissen auch auf Beschäftigtenseite vorzubeugen, erscheint es daher sinnvoll vom Terminus der „Verlängerungsautomatik“ Abstand zu nehmen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Beschäftigte oder Dienststellen im Vertrauen auf die „Automatik“ eine Einverständniserklärung weder abgeben noch einholen.<sup>5</sup> Treffender ist eine Bezeichnung als *Verlängerungsoption*.

### I. Befristetes Arbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG

Zunächst bedarf es für die Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG eines wirksam befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG. Dies stellt der Wortlaut des Abs. 5 klar. Somit können sämtliche Personen, deren Arbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG wirksam befristet wurde, grundsätzlich von der Verlängerungsoption Gebrauch machen.

Ausgeschlossen werden hingegen befristet Beschäftigte nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Der Grund hierzu liegt auf der Hand. Drittmittelprojekte haben definitionsgemäß eine bestimmte Zeitdauer, innerhalb derer die Finanzierung sichergestellt ist. Würde eine Verlängerung der Arbeitsverhältnisse von Drittmittelbeschäftigten ermöglicht, so entstünden Beschäftigungszeiten, deren finanzielle Kongruenz zum Befristungsgrund aufgetrennt würde.<sup>6</sup> Eine Vergleichbarkeit zu sonstigen Beschäftig-

1 Zur Notwendigkeit einer Vereinbarung nach dem HRG siehe *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2009 S 151.

2 *Preis*, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 134.

3 So bereits der Gesetzentwurf BT-Drs 16/3438 S 9; *Preis*, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 138; *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 153 f; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 60; *Krause* in *Hailbronner/Geis*, Hochschulrecht in Bund und Ländern, 41. Aktualisierung November 2013, Ordner 2 WissZeitVG § 2 Rn 106. *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz NZA 2007 S 483; *Lakies*, Das neue Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen ZTR 2002 S 255.

4 So *Reich*, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG § 2 Rn 15; *Anders Annuß/Thüsing/Lambrich* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2006, § 23 Rn 120, der zu Unrecht von einem Kontrahierungszwang ausgeht. Es handelt sich um ein einseitiges Gestaltungsrecht. Die Konstruktion über einen Kontrahierungszwang ist eine aus dem Gesetz nicht zu entnehmende Förmelerei. Siehe hierzu auch *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 155 f; Vgl zur alten Rechtslage BAG, Urteil vom 30.3.1994 – 7 AZR 229/93 = BAGE 76, 204 ff.

5 Siehe hier auch *Dörner*, aaO Rn 702, der von einer Weiterbeschäftigung ohne Einverständnis angesichts der möglichen Rechtsfolgen ausdrücklich warnt.

6 *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 150.

ten, die über Haushaltsmittel finanziert werden, besteht daher nicht.<sup>7</sup>

Das Tatbestandsmerkmal des befristeten Arbeitsvertrages führt allerdings zu der Frage, inwieweit verlängerungsrelevante Zeiten verfallen können (Unterbrechungszeiten).

Hierzu bedarf es der Auslegung des Gesetzestextes. Dieser formuliert in Abs. 5, dass sich „die jeweilige Dauer eines befristeten *Arbeitsvertrages* nach Absatz 1 ... um Zeiten ... verlängert“. Es wird daher an den *jeweiligen* Arbeitsvertrag angeknüpft. Nur das jeweils bestehende Arbeitsverhältnis kann mittels Einverständnisses eine entsprechende Verlängerung erfahren. Allerdings ist dem Gesetz im Hinblick auf die verlängerungswürdigen Zeiten keine solche sprachliche Konkretisierung abzugewinnen. Gesprochen wird lediglich von „Zeiten“. Wann diese vorliegen müssen, wird nicht erklärt und kann auch nicht ohne Weiteres aus der Bezugnahme auf den jeweiligen Arbeitsvertrag gewonnen werden. Hieraus abgeleitet, mag man zu der Überzeugung gelangen, dass sich zwar nur das bestehende Arbeitsverhältnis verlängert, die Verlängerung tatbestandlich aber auch an Zeiten anknüpfen kann, die juristisch vom bestehenden Arbeitsverhältnis zu trennen wären.

Ein solches Ergebnis ist jedoch vor § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG nicht haltbar. Danach wird „eine Verlängerung nach Satz 1 nicht auf die nach Abs. 1 zulässige Befristungsdauer angerechnet“.<sup>8</sup> Eine Anrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen kann daher sehr wohl erfolgen, wenn keine Verlängerung in Anspruch genommen wurde. Würde nun auch die Verwendung von verlängerungsrelevanten Zeiträumen außerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses zugestanden, so ergäbe sich hieraus auch ein rückwirkendes Wiederaufleben bereits verwen-

deter Höchstbefristungsgrenzen. Für dieses „Gesunden“ der – auch europarechtlich relevanten – Höchstbefristungsgrenzen, gibt das Gesetz jedoch keinen genügenden Anhalt.

Daraus lässt sich folgern, dass das Gesetz die Verlängerungszeiten an das jeweilige rechtlich verbundene ununterbrochene Arbeitsverhältnis knüpft.<sup>9</sup>

Dies bestärkt auch die Begründung des Gesetzes zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft, wenn sie formuliert, dass Satz 2 „verdeutlicht, dass mit der Regelung des Absatzes 5 sichergestellt werden soll, dass die Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden *kann*“ und nicht *muss*.<sup>10</sup> Die Anrechnung sowie dessen Verzicht steht damit einseitig im Belieben des Beschäftigten, der so auf die Befristungsmöglichkeiten nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG Einfluss üben kann.

Am Rande sei hier angemerkt, dass mit dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (1. WissZeitVG-ÄndG) hierzu eine Änderung zumindest in Bezug auf die Anrechnungsregelung beabsichtigt war.<sup>11</sup> Danach wäre nicht die Verlängerung, sondern die tatsächliche Inanspruchnahme der Verlängerungszeiten für die Bestimmung der Höchstbefristungsgrenzen maßgeblich gewesen. Der Gesetzentwurf konnte sich jedoch letztlich nicht durchsetzen, und wurde in der zweiten Beratung abgelehnt.<sup>12</sup>

Es bleibt daher dabei, dass erhebliche Unterbrechungszeiten im Sinne von § 2 Abs. 5 Satz 1 Nrn. 1–5 WissZeitVG nur insoweit Berücksichtigung finden können, wie sie während eines ununterbrochen<sup>13</sup> bestehenden befristeten Arbeitsvertrages im Sinne von § 2 Abs. 1 WissZeitVG mittels Einverständnis zur Verlängerung geführt haben. Zeiten, die nicht während eines bestehen-

7 Lehmann-Wandschneider, aaO S 150; Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 136.

8 BT-Drs 16/3438 S 15.

9 Siehe auch Lakies, Das neue Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen ZTR 2002 S 256; abweichend Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2011 Rn 713, der auch Arbeitsverhältnisse zu Dritten mittelbar in die Verlängerung mit einbeziehen möchte. Hierzu gibt das Gesetz jedoch keinen Anlass, weil sich die Höchstbefristungsgrenzen für das jeweilige Beschäftigungsverhältnis unabhängig vom Arbeitgeber errechnen, vgl. § 2 Abs 3 WissZeitVG.

10 BT-Drs 16/3438 S 16.

11 Vgl BT-Drs 17/12531 S 5: „Die Anrechnungsregel läuft immer dann ins Leere, wenn entsprechende Zeiten nach Absatz 5 Satz 1 zwar im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrages in Anspruch genommen worden sind, aber noch vor Ablauf des Arbeitsvertrages bzw. Zustandekommen einer Vertragsverlängerung etwa aufgrund eines Stellenwechsels aufgelöst wird...Um diese unbeab-

sichtigte Wirkung auszuschließen soll Absatz 5 Satz 2 nicht länger auf die Verlängerung abstellen, sondern allein auf die tatsächliche Inanspruchnahme der privilegierten Tatbestände. Kann dies belegt werden, sollen die Zeiten in jedem Fall hinsichtlich der zulässigen Befristungsgrenzen unschädlich bleiben.“

12 Plenarprotokoll 17/250, 32114 B.; BT-Drs 17/14186.

13 Die Unterbrechung eines Arbeitsvertrages kann mitunter anzunehmen sein, wenn das gesamte Arbeitsverhältnis auf eine neue Ebene gestellt wird und der Altvertrag damit durch eine zumindest juristische Sekunde vom Neuvertrag abgespalten wird. Je nach Konstellation kann dies auch dann der Fall sein, wenn andere Tätigkeiten zugewiesen werden, bspw bei der Neueinstellung eines ehemaligen Assistenzarztes als Facharzt. Freilich ist dies stets im Einzelfall gesondert zu beurteilen.

den Arbeitsverhältnisses mittels Einverständnis zur Verlängerung in Anspruch genommen werden, verfallen daher mit der Beendigung desselben.<sup>14</sup>

In diesem Zusammenhang muss sich die Frage aufdrängen, wie zwischen einer Neubefristung und Verlängerung unterschieden werden kann. Ausgehend von dem Erfordernis eines ununterbrochenen „Arbeitsvertrages“, führt die Neubefristung – im Grundsatz – zu einem Verlust verlängerungsrelevanter Zeiträume.<sup>15</sup> Die Verlängerung hingegen unterbricht einen bestehenden Arbeitsvertrag nicht, sondern verschiebt lediglich den vereinbarten Endzeitpunkt. Die Zeiten im Sinne von § 2 Abs. 5 Nr. 1-5 WissZeitVG bleiben daher nur in letzterem Fall erhalten.

Anders als eine sachgrundlose Befristung im TzBfG, knüpft eine Befristung nach dem WissZeitVG nicht an zuvor bestehende oder nichtbestehende Arbeitsverhältnisse an. Deshalb bedarf es in der Regel auch keiner Unterscheidung zwischen einer Verlängerung oder Neubefristung. Beide Möglichkeiten stehen der Dienststelle unabhängig voneinander zur Verfügung.<sup>16</sup> Dies hat dazu geführt, dass der Wille der Beteiligten in den geschlossenen Vereinbarungen zumeist nicht eindeutig hervortritt. Bisweilen werden für Anschlussbefristungen dieselben Vertragsmuster verwendet, wie bei einer Ersteinstellung.

Auch die bestehende Rechtsprechung zur Verlängerungsabgrenzung in § 14 Abs. 2 TzBfG<sup>17</sup> vermag hier keine Abhilfe zu schaffen. Zwar nimmt das TzBfG als *lex generalis* eine auffangende Funktion gegenüber dem WissZeitVG ein, allerdings enthält dieses in § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG schon eigene Regelungen und entspricht auch nicht dem Schutzgedanken, der jene Rechtsprechung zur sachgrundlosen Befristung motivierte. Die Beschäftigten werden durch die gesetzlich fixierten Höchstbefristungszeiten ausreichend geschützt, denn diese unterscheiden nicht zwischen der Art der Befristung. Damit kann es für die Frage, ob eine Verlängerung oder Neubefristung besteht, auch nicht zwingend darauf ankommen, ob außerhalb einer Neubestimmung der Vertragslaufzeit auch sonstige Rechte oder Pflichten verändert werden.

Überzeugend ist vielmehr eine Unterscheidung zwischen Verlängerung und Neubefristung im WissZeitVG anhand der Frage, ob zwischen den einzelnen Vertragswerken ein qualifizierter innerer Zusammenhang besteht. Kann dieser nachgewiesen werden, so erlaubt dies eine einheitliche Betrachtung des Verhältnisses und damit eine Übertragung der verlängerungsrelevanten Zeiten. Hierzu kann auf die Ergebnisse zur Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG zurückgegriffen werden.<sup>18</sup> Maßgeblich ist daher vor allem ein entsprechend enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den Verhältnissen. Ein Zeitraum von weniger als einer Woche, dürfte den erforderlichen Zusammenhang – vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarungen – bei der Fortführung bisheriger Tätigkeiten noch wahren.

Besonderes muss indes für Ärzte und Ärztinnen an Universitätsklinikum gelten. Diese werden gemeinhin unabhängig vom Arbeitsort beim Land angestellt. Daher könnte mit der Vorstellung sympathisiert werden, dass auch verlängerungsrelevante Zeiten durch einen *landesinternen Klinikums-Wechsel* übertragbar wären. Gleichwohl muss eine solche Anschauung negiert werden. Erforderlich ist ein qualifizierter innerer Zusammenhang, der hier nicht besteht. Neben einer Neueingliederung in die Organisation eines anderen Betriebes, werden auch bestehende Weisungsrechte neu verteilt. Damit wird ein innerer Zusammenhang allein durch die formal identische Arbeitgeberstellung begründet. Als hinreichend qualifiziert kann dieser aber nicht angesehen werden. Eine Übertragung der Verlängerungszeiten ist daher in diesen Fällen nicht möglich.

Beantwortet ist damit auch die Frage, inwieweit Zeiten zu berücksichtigen sind, die während einer Beschäftigung an einer anderen Hochschule – respektive einem anderen Arbeitgeber – angefallen sind. Auch hier hat es der Arbeitnehmer in der Hand die Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer durch die Ausübung seines Gestaltungsrechtes während des Bestandes desjenigen Arbeitsverhältnisses auszuüben, in dem die Unterbrechungszeiten tatsächlich angefallen sind. Verzichtet er auf diese Möglichkeit, indem er das Arbeitsverhältnis

14 Interessant ist hier die Frage, ob eine Anrechnung bei Beschäftigten erfolgen kann, die zwar bei unterschiedlichen Hochschulen tätig waren, aber stets mit dem Bundesland vertraglich verbunden waren. Diese, insbesondere bei Ärzten an Universitätsklinikum, anzutreffende Sonderkonstellation führt dazu, dass bei entsprechender Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses eine Verlängerung auch bei anderen Hochschulen in Anspruch genommen werden kann. Freilich kommt es hier gleichsam auf die Frage an, ob eine bloße Verlängerung oder eine Neueinstellung vorliegt. Dazu sogleich.

15 Siehe auch BT-Drs 17/12531 S 5.

16 Vgl Jacob/Joussen, Wissenschaftszeitvertragsgesetz 2012, § 2 Rn 9; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 7.

17 ZB BAG, Urteil vom 19.10.2005 - 7 AZR 31/05; Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Schüren Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 14 TzBfG Rn 70 ff.

18 Vgl BAG, Urteil vom 27.6.2002 - 2 AZR 270/01; BAG, Urteil vom 19.6.2007 - 2 AZR 94/06; Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Kaiser Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 1 KSchG Rn. 9.

ohne Verlängerung enden lässt, so sind die Unterbrechungszeiten insoweit auch für ein neues befristetes Arbeitsverhältnis mit einer anderen Hochschule oder nach einer rechtlich relevanten Unterbrechung mit derselben Hochschule verloren.

## II. Verlängerungsrelevante Zeiträume

Bezugspunkt für die jeweilige Quantität der Verlängerung, sind die Zeiten der Unterbrechung (Unterbrechungszeiten). Diese sind in § 2 Abs. 5 Satz 1 Nrn. 1–5 WissZeitVG abschließend aufgelistet.<sup>19</sup>

„1. Zeiten einer Beurlaubung oder einer Ermäßigung der Arbeitszeit um mindestens ein Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit, die für die Betreuung oder Pflege eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren oder pflegebedürftiger sonstiger Angehöriger gewährt worden sind,

2. Zeiten einer Beurlaubung für eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit oder eine außerhalb des Hochschulbereichs oder im Ausland durchgeführte wissenschaftliche, künstlerische oder berufliche Aus-, Fort- oder Weiterbildung,

3. Zeiten einer Inanspruchnahme von Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach den §§ 3, 4, 6 und 8 des Mutterschutzgesetzes in dem Umfang, in dem eine Erwerbstätigkeit nicht erfolgt ist,

4. Zeiten des Grundwehr- und Zivildienstes und

5. Zeiten einer Freistellung im Umfang von mindestens einem Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit zur Wahrnehmung von Aufgaben in einer Personal- oder Schwerbehindertenvertretung, von Aufgaben eines oder einer Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten oder zur Ausübung eines mit dem Arbeitsverhältnis zu vereinbarenden Mandats.“

Problematisch ist hierbei, neben den Fragestellungen im Zusammenhang mit den einzelnen Tatbestands-

merkmalen,<sup>20</sup> vor allem die richtige und präzise Berechnung. Ausgangspunkt dieser, muss stets die Frage danach sein, welche zeitliche Schrittgröße zugrunde zu legen ist. Hier käme dem Grunde nach eine Berechnung anhand von Jahren, Monaten, Wochen, Tagen oder Stunden in Betracht.

Dem Wortlaut der Vorschrift ist zu entnehmen, dass eine Verlängerung jeweils um die entsprechenden Unterbrechungs-“Zeiten“ erfolgt. Damit wird auch die Berechnungsgrundlage bestimmt. Diese bemisst sich ebenfalls anhand der jeweils angefallen Zeiten. Es kann somit keine Vereinfachung der Verlängerungsrechnung dadurch herbeigeführt werden, dass Tage oder gar Wochen auf oder abgerundet werden. Vielmehr ist für jeden Einzelfall eine präzise Berechnung anzustellen, die sich nach den tatsächlich eingetretenen Unterbrechungszeiten bemisst.<sup>21</sup> Hierzu ist der Beginn sowie das Ende der Unterbrechungszeit exakt zu bestimmen. In der Regel dürfte dazu eine Betrachtung anhand von Tagen<sup>22</sup> ausreichend sein.<sup>23</sup>

Die so ermittelte Unterbrechungsdauer ist sodann für die jeweils eintretende Verlängerung maßgeblich und der Berechnung zugrunde zu legen. Es kommt hier noch nicht darauf an, inwieweit während der Unterbrechung weiterhin Tätigkeiten ausgeübt wurden.<sup>24</sup>

Über die Bezugsgröße für die Berechnungsschritte hinaus, entstehen auch im Falle der Kumulation oder der Überschneidung von Unterbrechungszeiten praktische Schwierigkeiten.<sup>25</sup> So kann es bspw. sein, dass sich eine Beschäftigte während der Betreuung eines Kindes nach Nr. 1 gleichzeitig innerhalb der nach Nr. 3 relevanten Zeiten des Mutterschutzes befindet. Diese Überlappung darf freilich nicht dazu führen, dass sich auch die Verlängerungszeitspanne entsprechend erhöht. Wenngleich dies dem Wortlaut nicht unmittelbar zu entnehmen ist, so könnte ein solches Verständnis vor dem Telos der Norm nicht bestehen. Dieser ist darauf gerichtet, Zeiten, in denen der Beschäftigte aus sozialen, wissenschaftlichen oder gesellschaftlichen Gründen seine Tätigkeit einschränkt, nicht negativ auf Beschäftigungsanspruch oder Qualifizierungsmöglichkeit anzurechnen, sofern dies dem Willen des Beschäftigten entspricht.<sup>26</sup> Nicht zulässig ist daher ein additives Verständnis, bei dem sich

19 Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 113.

20 Siehe hierzu umfassend Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 143 ff; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 16 ff.

21 Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 18.

22 Es ist hierbei nicht zwischen Werktagen und anderen Tagen zu unterscheiden. Die Verlängerung greift unreflektiert in die im Arbeitsvertrag vereinbarte Beschäftigungszeit ein. Diese orientiert sich ebenfalls nicht an Werktagen, sondern betrachtet den tatsächlichen Zeitablauf.

23 Es ist jedoch auch vorstellbar, dass bspw ein nach Abs 5 relevantes

Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz mitten im Arbeitstag zugeht. In diesem Fall wäre eine Berechnung auch anhand der noch zu leistenden Stunden anzustellen.

24 Siehe zur Berechnung im Einzelnen (B.).

25 Hierzu kritisch Dörner, aaO Rn 707.

26 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 134; Lehmann-Wandschneider, aaO S 150; Laux/Schlachter/Schlachter Teilzeit- und Befristungsgesetz Anhang 2 G. Rn 22; Annuß/Thüsing/Kühn Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205; Sill-Gorny, Die Elternzeit und § 57 c Abs 6 Nr 3 HRG ZTR S 112.

überschneidende Unterbrechungszeiten doppelte Berücksichtigung finden. Die Unterbrechung selbst ist bei einer Überlappung für den kongruenten Teil tatsächlich nur einmal eingetreten und auch nur diese ist verlängerungswürdig. Welche der beiden Zeiten zur Anrechnung auf die Höchstbefristungszeiten heranzuziehen ist, liegt im Ermessen der Dienststelle. Jedoch wird es anzuraten sein, diejenigen Zeiten zu wählen, die eine größtmögliche Wahrung der Höchstbefristungsgrenzen bedeuten. Eine Anrechnung erfolgt „jeweils“ für den Befristungstatbestand, vgl. Abs. 5 Satz 2 iVm. Satz 3. Ist daher die Anrechnungsmöglichkeit eines Tatbestandes durch die Begrenzung auf zwei Jahre erschöpft, so kann der andere sich überschneidende Unterbrechungstatbestand der Anrechnung zugrunde gelegt werden.

Grenze der jeweiligen Verlängerung ist damit stets die verfügbare Beschäftigungszeit, die nur einmal vorhanden ist. Eine Addition der Zeiten kann nicht erfolgen. Vielmehr ist bei entsprechender vollständiger Überlappung der längere Unterbrechungszeitraum zumindest für den Zeitraum maßgebend, in dem er den anderen übertrifft.<sup>27</sup>

Anderes muss freilich für die Zeiten gelten, in denen keine vollständige Überlappung eintritt.<sup>28</sup> Also etwa bei während der Beschäftigung in Elternteilzeit eintretendem Mutterschutz nach Nr. 3. Hier wird der verbleibende Arbeitsumfang, der an sich keine Verlängerung ermöglicht, durch den eintretenden Mutterschutz aufgebraucht und muss bei der Berechnung der Verlängerung entsprechend mit einbezogen werden. Es kommt damit nicht allein auf eine zeitliche, sondern vielmehr auf eine materielle Überschneidung an. Dies ist auch bei der Berechnung der Zeiten unbedingt zu berücksichtigen.

### III. Das Einverständnis

Auslösendes Moment für den Eintritt der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 2 Abs. 5 WissZeitVG, ist das Einverständnis des Beschäftigten.<sup>29</sup> Dieser Fortschritt gegenüber der auf Kontrahierungszwang beruhenden Vorgängerregelung, birgt in sich zahlreiche rechtliche sowie tatsächliche Schwierigkeiten. Die Einverständniserklärung selbst ist als *Gestaltungsrecht* Willenserklärung und unterliegt daher deren Regelungen und Möglichkeiten im Rahmen des Privatrechts.<sup>30</sup> Aus dieser Rechtsnatur lassen sich bisweilen Argumente gewinnen, die es erlauben, die verschiedensten denkbaren Problemlagen zu lösen.

Zunächst kann gesagt werden, dass die Einverständniserklärung keiner Formbindung unterliegt.<sup>31</sup> Wie bei den Gestaltungsrechten üblich, ist diese insbesondere – mangels einfachgesetzlicher Anordnung – auch nicht von der Einhaltung einer Schriftform abhängig.<sup>32</sup> Der Schriftform nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf sie jedenfalls nicht, da sich die Vertragsverlängerung kraft Gesetzes vollzieht.<sup>33</sup> Auch ein individual- oder tarifvertragliches Schriftformerfordernis beeinträchtigt dieses Ergebnis nicht. Es handelt sich bei § 2 Abs. 5 WissZeitVG insoweit um nicht dispositives Recht, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2, 3, 4 WissZeitVG.<sup>34</sup> Die Erklärung kann daher über jedes gängige Kommunikationsmedium abgegeben werden und unterliegt schließlich vor allem dem Zugangserfordernis einer empfangsbedürftigen Willenserklärung.<sup>35</sup> Anzuraten ist hierzu unbedingt eine schriftliche Fixierung der Einverständniserklärung zu Dokumentationszwecken.<sup>36</sup> Gerade hier mag der Terminus der „Verlängerungsaus-

27 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 181; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 16; Annuß/Thüsing/Kühn Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 211; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 18.

28 Ebenso Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 181.

29 Im Gegensatz zu den Verlängerungsmöglichkeiten aus Promotionszeit oder Kinderbetreuung, bei denen der Beschäftigte keinen Anspruch auf Nutzung dieser Zeiträume hat, ist die Lage durch das Einverständnis umgekehrt, vgl. Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Löwisch, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 2 WissZeitVG Rn 6.

30 So Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 15; Für die Annahme einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 139; Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 107; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61; Lakies, Das neue Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen ZTR 2002 S 255, die allerdings übersehen, dass gerade durch die Möglichkeit der teilweisen Verlängerung deutlich wird, dass die Rechtsfolge durch den Willen des Beschäftigten stets mitgetragen wird. Es sich also um eine Willenserklärung handeln muss. Zur

Abgrenzung siehe Wolf/Neuer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage 2012, § 28 Rn 8 ff.

31 Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 17; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 21.

32 § 14 Abs 4 TzBfG gilt insoweit nicht, vgl. Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 21.

33 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 138 f; Lehmann-Wandschneider, aaO S 153 f; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 17; Dörner, aaO Rn 702; Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 107.

34 Preis, WissZeitVG 2008 § 1 Rn 40 ff.

35 Die Empfangsbedürftigkeit des Einverständnisses ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Der Arbeitsvertrag verlängert sich „im Einverständnis mit“ dem oder der Beschäftigten und nicht „bei“ deren Einverständnis.

36 Hierzu Lehmann-Wandschneider, aaO S 155 f; Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 142; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61; Jacob/Joussen, Wissenschaftszeitvertragsgesetz 2012, § 2 Rn 20; mit Beispielen Dörner, aaO Rn 703.

tomatik“ in der Vergangenheit zu Missverständnissen geführt haben.

Aus der Rechtsnatur des Einverständnisses als Gestaltungsrecht lässt sich auch dessen Unwiderruflichkeit folgern.<sup>37</sup> Darüberhinaus kann daraus abgeleitet werden, dass eine teilweise Ausübung nur bei bestehender Teilbarkeit des Tatbestandes möglich ist.<sup>38</sup> Diese wird allerdings anzunehmen sein, da die Verlängerung jeweils in teilbaren Zeitabschnitten eintreten kann.<sup>39</sup> Es wäre auch widersinnig den Beschäftigten auf eine „Alles-oder-Nichts“-Lösung zu drängen. Das *Telos* erkennt ihm vielmehr im Rahmen seines Gestaltungsrechtes eine gewisse Herrschaft zu.

In diesem Zusammenhang drängt sich auch die Frage auf, inwieweit eine ohne Einverständnis des Beschäftigten vorgenommene Verlängerung durch Arbeitsaufnahme oder Genehmigung „geheilt“ werden kann.

Einer bloßen Arbeitsaufnahme den konkludenten Erklärungswert einer Willenserklärung abgewinnen zu wollen, kann zwar nicht generell ausgeschlossen werden, wird in der Regel aber fehl gehen.<sup>40</sup> Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn der eigentliche Arbeitsvertrag auch ohne Inanspruchnahme einer Verlängerung bei der Arbeitsaufnahme noch fortbestanden hätte. Hier besteht kein begründeter Anlass zur Annahme eines Rechtsbindungswillens in Bezug auf das verlängernde Einverständnis.

Dagegen könnte einer im Anschluss an das Ende des eigentlichen Beschäftigungsverhältnisses aufgenommenen Tätigkeit, nach Information über den Verlängerungszeitraum, durchaus der für die Annahme einer Willenserklärung erforderliche Wille entnommen werden. Wie bereits der Gesetzeswortlaut anordnet, verlängert sich das Arbeitsverhältnis „im Einverständnis“. Es genügt daher, wenn das Einverständnis zumindest eine

juristische Sekunde vor der Arbeitsaufnahme erklärt wird.<sup>41</sup> Dies bemisst sich allerdings jeweils anhand des Einzelfalles und ist einer pauschalen Festlegung kaum zugänglich.<sup>42</sup>

Sicherer erscheint in diesen Fälle die Annahme einer Genehmigung, die *ex tunc* das Bestehen des für die Verlängerung notwendigen Einverständnisses fingiert, § 184 Abs. 1 BGB.<sup>43</sup>

Mit der Konstruktion der Verlängerung über das Einverständnis als Gestaltungsrecht wurde dem Beschäftigten die Option zur einseitigen Gestaltung eingeräumt. Er entscheidet selbst über die Dauer seines Beschäftigungsverhältnisses und damit über Fortbestand seiner Haupt- und Nebenpflichten sowie Haftungsrisiken.<sup>44</sup> Diese Kompetenz schließt grundsätzlich auch die Möglichkeit zur *nachträglichen Genehmigung* ein, da der Beschäftigte in diesem Fall ebenso eigenverantwortlich entscheidet. Dies zeigt sich insbesondere auch daran, dass das Einverständnis tatbestandlich nur zu einer Verlängerung führen kann, wenn bereits verlängerungsrelevante Zeiten bestehen. Ein Rückbezug ist dem Einverständnis damit immanent.

Grundsätzlich ist daher die Möglichkeit zur Genehmigung nicht auszuschließen.

Allerdings muss hiervon der Fall unterschieden werden, in dem der Arbeitgeber das Einverständnis schlicht voraussetzt und unter Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen das Beschäftigungsverhältnis entsprechend verlängert.

Die Genehmigung gem. § 184 Abs. 1 BGB setzt die Vornahme eines Rechtsgeschäftes voraus. Bei dem Einverständnis nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG handelt es sich jedoch zunächst um einen einseitigen Vorgang beim Beschäftigten, der in entsprechender Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes für einseitige Rechtsgeschäf-

37 Vielfach wird dies aus § 388 S 2 BGB analog gefolgert. Bei näherer Betrachtung der Aufrechnung, stellt sich jedoch deren Atypizität in Bezug auf verschiedene Eigenschaften der Gestaltungsrechte heraus, sodass der Analogieschluss nicht allein auf die Rechtsnatur der Aufrechnung als Gestaltungsrecht gestützt werden sollte, sondern vielmehr in der angestrebten Rechtssicherheit zu suchen ist.

38 Stellvertretend Münchner Kommentar/*Ernst*, BGB 2012, § 323 Rn 201.

39 So auch *Preis*, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 179, der allerdings mit der die teilweise Ausübung des Gestaltungsrechtes von einem Verzicht für den an sich verbleibenden Verlängerungszeitraum ausgeht. Diese Schluss ist nicht zwingend. Siehe dazu unter III. aE.

40 Anders anscheinend *Annuß/Thüsing/Kühn* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205.

41 Auf den Zugang der Annahmeerklärung wird freilich gem § 151 BGB verzichtet werden müssen.

42 Zur Annahme einer Willenserklärung bei befristeten Verträgen siehe LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2010 - 12 Sa 415/10; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28.3.2007 - 15 Sa 128/07.

43 So ohne Begründung *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61, der nur erklärt, dass das Einverständnis auch nachträglich durch den Arbeitgeber noch eingeholt werden könne. Ebenso bejahend wohl *Annuß/Thüsing/Kühn* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205.

44 Anders *Annuß/Thüsing/Kühn* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205, der auf der Grundlage einer anlogenen Anwendung des § 264 Abs 2 BGB sogar dazu kommt, dass der Arbeitgeber über die Verlängerung entscheiden dürfte. Neben der fehlenden Begründung für eine solche Analogie, widerspricht es der Gestaltungsrechtsnatur des Einverständnisses, durch eine andere Partei ausgeübt zu werden. Dies ist bereits am Wortlaut der Vorschrift abzulesen, die ausdrücklich das Einverständnis „des Mitarbeiters“ verlangt und eben nicht einer dritten Person.

te ohne gesetzliche Anordnung einer Genehmigungsmöglichkeit unwirksam ist.<sup>45</sup> Ein anders Ergebnis kann in der Regel auch nicht über §§ 180 Satz 2, 3, 177 BGB iVm § 181 BGB erreicht werden,<sup>46</sup> da es schlicht am genehmigungsfähigen Rechtsgeschäft fehlt.<sup>47</sup> Der Arbeitgeber gibt grundsätzlich bei der durch ihn intern vorgenommenen Verlängerung keine rechtsverändernde Erklärung in Bezug auf das Einverständnis ab. Hier mangelt es bereits an einer Erklärung, die der Genehmigung fähig wäre. Praktisch relevant ist dieser Umstand insbesondere dann, wenn stillschweigend eine Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen vorgenommen wurde, die der Beschäftigte so nicht wollte oder der er sich bei der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses nicht bewusst war.<sup>48</sup>

Darüber hinaus ist der Tatbestand des Abs. 5 auch nicht als erfüllt anzusehen, wenn der Erklärende nicht mehr Mitarbeiter ist. Tatbestandlich wird die Eigenschaft des Mitarbeiters vorausgesetzt.<sup>49</sup> Fehlt diese schon im Zeitpunkt der Verlängerungserklärung, weil das Rechtsverhältnis bereits beendet wurde, so ist eine Genehmigung jedenfalls ausgeschlossen.<sup>50</sup>

Es besteht damit nicht schlechthin die Möglichkeit zur Genehmigung. Vielmehr wird einer nachträglichen Erklärung allenfalls durch Auslegung das Einverständnis im Sinne des § 2 Abs. 5 WissZeitVG abzugewinnen sein, wobei das Beschäftigungsverhältnis freilich noch fortbestehen muss<sup>51</sup>. Es ist daher in jedem Fall anzuraten keine Weiterbeschäftigung ohne vorheriges Einverständnis des Beschäftigten zu erlauben. Gerade hier mag der Begriff der „Verlängerungsautomatik“ in der Vergangenheit zu Unklarheiten und Schaden geführt haben.

Schlussendlich verbleibt im Zusammenhang mit dem Einverständnis das Problem, wie dieses erklärt werden muss, sobald die Unterbrechungszeit den Befristungszeitraum des Arbeitsverhältnisses überschreitet. In

diesem Fall endet an sich das Arbeitsverhältnis ohne Einverständnis zur Verlängerung am festgelegten Datum. Wird das Einverständnis hingegen erklärt, so kann dies nur für „Zeiten“ gelten, die bereits angefallen sind. Eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses „auf Vorrat“ gibt das WissZeitVG nicht her. Es muss sich daher die Frage stellen, wie mit diesem bisher wenig diskutierten Fall umzugehen ist.

*Lehmann-Wandschneider* vertritt wie auch *Schlachter* und *Schmidt* die Ansicht, dass der Unterbrechungszeitraum insoweit nicht dazu führen könne, dass der Vertrag ausläuft.<sup>52</sup> Vielmehr sei im Anschluss an den Unterbrechungszeitraum von einer „Wiederaufnahme des Vertrages“ und nicht von einer Verlängerung im rechtstechnischen Sinne auszugehen.<sup>53</sup> Eine Begründung für dieses Ergebnis wird jedoch nicht geliefert.

Richtigerweise wird diese Fallgruppe über das Einverständnis zu lösen sein, sodass im Ergebnis tatsächlich von einer Verlängerung des Vertrages ohne zwischenzeitliches *Nullum* auszugehen ist.

Der Schlüssel hierzu liegt in der Rechtsnatur des Einverständnisses. Dieses ist als Gestaltungsrecht an sich *bedingungsfeindlich*. Die Unwirksamkeitsfolge der Bedingungsfeindlichkeit tritt allerdings in zwei Fällen nicht ein. Sofern das Gestaltungsrecht unter einer Potestativ- oder Rechtsbedingung erklärt wird, entsteht keine zu vermeidende Schwebekonstellation.<sup>54</sup> Erklärt nun der Beschäftigte, er werde für zwei Jahre in Elternzeit gehen und wünsche eine entsprechende Verlängerung seines Arbeitsvertrages, obschon sein Beschäftigungsverhältnis nach einem Jahr geendet hätte, so ist einer solchen Erklärung durch Auslegung zu entnehmen, dass das Einverständnis unter der *Rechtsbedingung des Eintritts* und des Fortbestandes der Unterbrechung für bestehende und künftige Unterbrechungszeiten erklärt wurde, §§ 133, 157, 242 BGB.<sup>55</sup> Nur so lassen sich praktisch umsetzbare Er-

45 RGZ 146, 314, 316; BAG, Urteil vom 11. 11. 1976 - 2 AZR 457/75 = NJW 1978, 72, 75 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr 8; Bamberger/Roth/Bub, Beck'scher Online-Kommentar BGB § 184 Rn 3.

46 Dazu im anderen Zusammenhang Bamberger/Roth/Bub, Beck'scher Online-Kommentar BGB § 184 Rn 3.

47 So auch Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 17.

48 Die Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen muss dem Beschäftigten nicht immer günstig sein. Desto eher diese Grenzen erreicht werden, desto wahrscheinlicher ist, bei entsprechendem Bedarf, eine unbefristete Einstellung.

49 Gleichfalls denkbar ist die Auslegung hin zu einer höchstpersönlichen Erklärung, die einer Vertretung überhaupt nicht zugänglich ist. Für eine solch weitreichende Annahme fehlt es aber am Anhalt im Gesetz.

50 Dieses Argument kann freilich dann nicht mehr in Gänze überzeugen, wenn aufgrund der Weiterverrichtung der Tätigkeit über § 625 BGB bzw § 15 Abs 5 TzBfG tatsächlich, bspw mangels unverzüglichen Widerspruchs seitens des Arbeitgebers, das Ar-

beitsverhältnis als fortgesetzt gilt. In diesem Fall besteht auch die Eigenschaft als Mitarbeiter fort.

51 Vgl Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 108.

52 *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 153 f; Laux/Schlachter/Schlachter Teilzeit- und Befristungsgesetz Anhang 2 G. Rn 25; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 62; vgl auch BT-Drs 10/2283 S 12.

53 *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 153 f.

54 Vgl stellvertretend BGH, Urteil vom 21. 3. 1986 - V ZR 23/85; BGH, Urteil vom 22. 10. 2003 - XII ZR 112/02 = NJW 2004, 284 = NZM 2004, 6; *Gernhuber*, Die Erfüllung ihre Surrogate S 310 f; *Niehuß*, Die Eventualaufrechnung, 1920, S 1 ff; Siehe hierzu auch *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1901, S 50 ff.

55 Siehe zur Rechtsbedingung in einem gesellschaftsrechtlichen Beziehungen BGH, Urteil vom 29. 6. 2004 - IX ZR 147/03. Die Auslegung vollzieht sich methodisch gem §§ 133, 157 BGB analog. Die Analogie rechtfertigt sich über die mit der Empfangsbedürftigkeit verbundenen Schutzbedürftigkeit des Empfängers.

gebnisse erzielen. Insbesondere trägt die Bedingung auf den Fortbestand der Unterbrechung den Fällen Rechnung, in denen die ursprünglich geplanten Zeiten später nicht oder nicht vollständig in Anspruch genommen werden.

Dies zeigt insbesondere ein Vergleich zur alternativen Lösung. Diese müsste sich einer teilweisen Einverständniserklärung bedienen, der nach Ansicht von *Preis* und *Krause* gleichzeitig ein Verzicht für die Übrigen Unterbrechungszeiten abzugewinnen sein soll.<sup>56</sup> Richtigerweise kann ein Verzicht aber nur dann angenommen werden, wenn dieser Wille der Einverständniserklärung tatsächlich in *objektivierter Auslegung* abgewonnen werden kann. In der Regel wird man dies verneinen müssen. Die teilweise Ausübung eines Gestaltungsrechtes hat keineswegs automatisch dessen gesamten Verbrauch zur Folge. Es kann daher auch nach teilweiser Einverständniserklärung noch verlängert werden, sofern dazu die Voraussetzungen weiter vorliegen. Gegenteiliges kann dem Gesetz nicht entnommen werden.

Im Falle der überschießenden Unterbrechungszeiten würde nun ohne die Möglichkeit zur Erklärung des Einverständnisses unter einer Rechtsbedingung im oben beschriebenen Sinne eine wiederholte Geltendmachung bereits entstandener Unterbrechungszeiten notwendig. Dies kann soweit gehen, dass jeden Tag erneut eine Einverständniserklärung abzugeben wäre; etwa dann, wenn die Unterbrechung bspw. einen Tag vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses beginnt. Dadurch entstünde ein unzumutbarer und unnötiger Verwaltungsaufwand auf Seiten der Dienststelle und der Beschäftigten.

Auch die Annahme, einer Einverständniserklärung zur Verlängerung für künftige Unterbrechungszeiten, kann nicht überzeugen. Die Regelung künftiger Rechtsbeziehungen setzt deren Bestimmbarkeit voraus.<sup>57</sup> Diese ist bei den Unterbrechungszeiten in den wenigsten Fällen gegeben, da sich der Verlängerungsanspruch insbesondere auch durch hinzutretende neue Gegebenheiten in Bestand und Höhe rasch verändern kann.

Es muss daher dabei bleiben, dass die Verlängerung unter einer Rechtsbedingung erklärt wird. Dadurch kann auch dem durch *Löwisch* aufgedeckten Widerspruch in der Rechtsprechung des *Landesarbeitsgerichtes*

*Hamburg* Rechnung getragen werden.<sup>58</sup> Mit der schrittweisen Verlängerung kann die Elternzeit in vollem Umfang in Anspruch genommen werden, sofern dies dem Willen des Beschäftigten entspricht.<sup>59</sup> Dies hat nun auch das *Bundesarbeitsgericht*<sup>60</sup> bestätigt. Die Revision der beklagten Hochschule wurde im beschriebenen Fall zurückgewiesen.

Abschließend sei hier noch nochmals darauf verwiesen, dass die Abgabe der Gestaltungserklärung ihrer Rechtsnatur nach unwiderruflich ist, der Beschäftigte also bei der nachträglichen Änderung seines Verlängerungswillens auf das Einvernehmen der Dienststelle angewiesen ist.

## B. Berechnung der Verlängerungszeiträume

Ist der Tatbestand des § 2 Abs. 5 Satz 1 *WissZeitVG* erfüllt, so verlängert sich das Arbeitsverhältnis entsprechend der gem. Satz 1 Nrn. 1 bis 5 zu berücksichtigenden Zeiten der Unterbrechung. Dies birgt im Normalfall kaum Schwierigkeiten, und das Ende des Arbeitsverhältnisses ist mittels einfacher Rechnung schnell ermittelt.

Hierbei ist es angezeigt die Unterbrechungszeit insgesamt, den Unterbrechungsgrund, das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses sowie den Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung zu bestimmen. Sodann ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob während der Unterbrechung auch weiterhin eine Beschäftigung ausgeübt wurde und wenn dies der Fall ist, wann diese in welchem Umfang bei welchem Arbeitgeber erfolgt ist. Schließlich ist in einem dritten Schritt zu ermitteln, inwieweit die Verlängerungshöchstgrenze nach § 2 Abs. 5 Satz 3 *WissZeitVG* greift.

Nach § 2 Abs. 5 Satz 3 *WissZeitVG* soll die Verlängerung<sup>61</sup> „in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1, 2 und 5 die Dauer von jeweils<sup>62</sup> zwei Jahren nicht überschreiten“. Damit wurde ein atypisches Konstrukt geschaffen, denn es mutet eigenartig an, dass die Verlängerung selbst einseitig durch den Beschäftigten herbeigeführt werden kann, ihr jeweiliger Umfang in Bezug auf die Höchstbefristungsgrenzen aber im Einzelfall durch den Arbeitgeber bestimmt wird. Durch die Formulierung „soll“, hat der Gesetzgeber in Anknüpfung an die aus dem Verwaltungs-

56 *Preis*, *WissZeitVG* 2008 § 2 Rn 179; *Krause* in Hailbronner/Geis, aaO, *WissZeitVG* § 2 Rn 110.

57 Stellvertretend Münchener Kommentar zum BGB/*Roth*, 6. Auflage 2012, § 398 Rn 79-88.

58 Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Löwisch Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 2 *WissZeitVG* Rn 6; LAG Hamburg, Urteil vom 22.3.2012 - 1 Sa 65/11.

59 Der Wille ist durch Auslegung zu ermitteln. Wird eine Verlängerung über den gesetzlichen Rahmen hinaus begehrt, so ist das Einverständnis nicht nützlich, sondern entsprechend auszulegen.

60 BAG, Verhandlung vom 28.5.2014 - 7 AZR 456/12, Auskunft der Pressestelle. Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor.

61 Nicht begrenzt ist daher die Unterbrechungszeit selbst. Diese ist an keine Höchstfristen gebunden, vgl. *Dörner*, aaO Rn 705.

62 Der Wortlaut „jeweils“ führt dazu, dass jede Unterbrechung nach den jeweiligen Unterbrechungstatbeständen aufzuschlüsseln ist. Eine Betrachtung, die allein die zeitlich getrennten Unterbrechungen bestimmt, genügt den gesetzlichen Anforderungen daher nicht, vgl. auch *Reich*, Hochschulrahmengesetz 2007, *WissZeitVG* - § 2 Rn 22.

recht bekannte Figur des *intendierten Ermessens* feste Rechengrenzen verwaschen.<sup>63</sup> Dies führt zu Schwierigkeiten, wenn das zugestandene Ermessen nicht oder fehlerhaft ausgeübt wurde und es auch sonst an Befristungsgründen fehlt. Ein unbefristetes Rechtsverhältnis kann entstehen. Es ist daher in Orientierung an § 315 Abs. 1 BGB analog von *willkürlichen Verlängerungsentscheidungen* dringend abzuraten. Nur im begründeten Ausnahmefall, ist das Ermessen eröffnet und somit eine Verlängerung über die ansonsten festgesetzten zwei Jahre möglich.<sup>64</sup>

Diese Ausgangslage vorausgesetzt, soll im Folgenden anhand von sechs Beispielen die Berechnungsproblematik aus rechtlicher und mathematischer Sicht dargetan werden.

Der Fall, dass Elternzeit zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führt, ist der in der Praxis der relevanteste. Daher orientieren sich die folgenden Beispiele an diesem Verlängerungsgrund, wobei sich diese in Komplexität und Schwierigkeit steigern.

*Beispiel 1: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: 0 %.*

Nach der Sachlage im ersten Beispiel, verlängert sich das Arbeitsverhältnis bei einer Unterbrechung von 365 Tagen aufgrund von Elternzeit gem. § 2 Abs. 5 Nr. 3 Var. 1 WissZeitVG um 365 Tage. War der Vertrag also bis zum 31.12.2014 befristet, so ergibt sich bei ununterbrochener Elternzeit und gleichzeitiger vollständiger Einstellung der Beschäftigung der 31.12.2015 als neuer Endtermin für das Arbeitsverhältnis. Wichtig ist hierbei, dass der Berechnung die tatsächliche Unterbrechungszeit zugrunde gelegt wird, also nicht pauschal in Jahren

gerechnet werden kann. Ein Unterschied zeigt sich hier insbesondere bei Schaltjahren.

Nicht so leicht zu beantworten sind hingegen Fälle, in denen während der Unterbrechungszeit weiterhin eine Beschäftigung ausgeübt wird. Hier ist zu differenzieren nach dem vorherigen Beschäftigungsumfang sowie nach der Art der Reduzierung.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass nach dem Telos der Norm gerade keine Bevorteilung, sondern nur eine Gleichstellung der Beschäftigten mit und ohne Unterbrechungszeiten eintreten soll. Daher sind während der Unterbrechung aufrechterhaltene Beschäftigungen auf die Verlängerungsdauer anzurechnen.<sup>65</sup> Dies ist exemplarisch in Nr. 3 auch am Wortlaut ablesbar, wo es heißt, dass „in dem Umfang, in dem eine Erwerbstätigkeit nicht erfolgt“ eine Verlängerung eintritt.<sup>66</sup>

*Beispiel 2: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Teilzeit in Elternzeit 50 % (< 30 Wochenstunden<sup>67</sup>).<sup>68</sup>*

Im Beispiel zwei ergibt sich im ersten Schritt ein Verlängerungszeitraum von 365 Tagen, was ein Ende des Vertrages am 31.12.2015 zur Folge hätte. Allerdings ist nun – in einem zweiten Schritt – die tatsächlich noch während der Beschäftigung ausgeübte Tätigkeit mit einzurechnen.<sup>69</sup> Hierbei bietet sich die Berechnung anhand von Prozenten an, da so eine tage- und stundenweise Berechnung gespart wird.

Hieraus ergibt sich (365 Tage x 50 %) eine Verlängerungsgesamtdauer von 182,5 Tagen. Das Arbeitsverhältnis endet damit am 2.7.2015 nach der Hälfte der für den Tag zu leistenden Stunden. Die gewonnenen Werte, sind weder ab noch aufzurunden, denn die Verlängerung

63 Hierzu Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsgesetz 2012, § 2 WissZeitVG Rn 72.

64 Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsgesetz 2012, § 2 WissZeitVG Rn 72.

65 BT-Drs 16/3438 S 15 f; Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 178.

66 Aktiv wird diese Anrechnungsregel nur in Nr 3 angesprochen. Bei genauerer Analyse zeigt sich aber, dass alle Unterbrechungstatbestände eine Anrechnungsregel enthalten. Es wird nur dann verlängert, wenn entsprechende Ausfallzeiten bestehen. Zeiten fallen allerdings nicht aus, wenn tatsächlich gearbeitet wurde. Der Wortlaut enthält damit entgegen der Auffassung von Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 123 einen eindeutigen Hinweis.

67 Zur früheren Regelung siehe Sill-Gorny, Die Elternzeit und § 57 c Abs 6 Nr 3 HRG ZTR S 111.

68 Die Erwerbstätigkeit muss freilich bei der Dienststelle ausgeübt werden. Eine Beschäftigung außerhalb des WissZeitVG hat hier

keinen Einfluss auf die Verlängerungsdauer, vgl Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 19.

69 Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsgesetz 2012, § 2 WissZeitVG Rn 68; Abweichend Annuß/Thüsing/Kühn Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 208; Dörner, aaO Rn 712, die nur die Erwerbstätigkeit mit einrechnen möchte, die der wissenschaftlichen Qualifikation dient. Diese teleologische Reduktion lässt sich jedoch vor dem Hintergrund der des umfassenderen Wortlautes der Nr 3 sowie vor der Gesetzeshistorien (BT Drs 13/8796 S 29) nicht rechtfertigen. Eine teleologische Reduktion ist eng an die Nachweisbarkeit einer gesetzgeberischen „Mehr“-Regelung gebunden, die hier nicht zu erkennen ist. Zudem würde auf dieser Grundlage eine Ungleichbehandlung eintreten, die sich über Art 6 GG nicht mehr rechtfertigen ließe. Daneben sperrt auch Art 12 Abs 1 GG eine solches Verständnis. So im Ergebnis auch BAG, Urteil vom 3.3.1999 - 7 AZR 672/97 = NZA 1999, 664 ff.

vollzieht sich anhand der tatsächlichen Unterbrechungszeiten. Das hierbei auch eine Verlängerung um nur wenige Stunden entsteht, ist eine rechnerische Notwendigkeit.

Schwieriger wird dies allerdings, wenn der Beschäftigungsumfang während der Unterbrechung schwankt, wie das dritte Beispiel verdeutlichen soll.

*Beispiel 3: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage (98 Tage Mutterschutz (14 Wochen), 267 Tage Elternzeit); Unterbrechungsgrund: Mutterschutz, Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Mutterschutz 0 %; Teilzeit in Elternzeit 50 % (< 30 Wochenstunden).*

Im Beispiel drei ist zwischen den einzelnen Phasen der Unterbrechung zu unterscheiden. Keinesfalls darf entweder der Beschäftigungsumfang auf beide Zeiten übertragen werden oder umgekehrt keine Anrechnung erfolgen. Es ist daher für die Zeit des Mutterschutzes eine Verlängerung von 98 Tagen festzustellen sowie für die Zeit der Teilzeit in Elternzeit ( $267 \times 50 \%$ ) 133,5 Tage. Die Verlängerung ( $133,5 + 98$  Tage) muss daher 231,5 Tage und ein Ende des Arbeitsverhältnisses am 20.8.2015 ergeben, wobei die Beschäftigung hier *mangels Rundung* nach der Hälfte der täglichen Arbeitsverpflichtung endet.

Diffiziler wird die Berechnung und auch die rechtliche Behandlung, wenn sich der Beschäftigungsumfang während und nach der Unterbrechungszeit verändert.

*Beispiel 4: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Teilzeit in Elternzeit 50 % (< 30 Wochenstunden); Umfang nach der Unterbrechung: 50 % Teilzeit.*

Anhand dieses Beispiels wird schnell sichtbar, worin das Problem liegt. Es stellt sich die Frage, ob bei einer Verminderung des Beschäftigungsumfangs nach der Unterbrechungszeit eine Potenzierung der Verlängerungsdauer um die Verminderung eintreten muss.

Hierzu ist Zweierlei denkbar. Zum einen soll mit der Verlängerung erreicht werden, dass Ausfallzeiten nicht

zur Verminderung der Beschäftigungsdauer führen, also zeitlich real in Anspruch genommen werden können und zum anderen knüpft das Gesetz für die Berechnung der Verlängerungszeiten an den bestehenden Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung an.

Letzterer Gesichtspunkt muss schlussendlich den Ausschlag geben. Indem das Gesetz die Verlängerung vom jeweiligen Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung als Bezugsgröße abhängig erklärt,<sup>70</sup> ist konsequenterweise auch der mit Hilfe dieser errechnete Verlängerungszeitraum bindend. Eine Anwachsung durch eine später herbeigeführte Reduktion des Beschäftigungsumfangs bei anschließender Verlängerungserklärung, ist damit ausgeschlossen. Beabsichtigt ist eine Erhaltung der Zeiten und nicht des Entgeltes.

Dies bedeutet, dass im Beispiel vier, wie im Beispiel zwei, eine Verlängerung um maximal 182,5 Tage eintreten kann. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich also bis zum 2.7.2015 und endet nach der Hälfte der für den Tag zu leistenden Stunden. Die Änderung des Beschäftigungsumfangs nach der Unterbrechung beeinträchtigt dieses Ergebnis daher nicht mehr. Letztlich *verzichtet* der Beschäftigte hier mit der Entscheidung mittels Teilzeitarbeit seinen Beschäftigungsumfang abzusenken, auf Entgelt. Sein Verlängerungsanspruch hätte ihm auch den alten Beschäftigungsumfang erhalten. Ein solcher Vorgang ist aber bei einer Teilzeitbeschäftigung typisch.

Anderes muss allerdings in den Fällen des fünften Beispiels gelten.

*Beispiel 5: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Teilzeit 50 %.<sup>71</sup>*

Anders als die Teilzeit in Elternzeit gem. § 15 Abs. 5 BEEG, die mit der Beendigung der Elternzeit *automatisch* wieder entfällt und den alten Beschäftigungsumfang aufleben lässt,<sup>72</sup> führt die Teilzeitbeschäftigung gem. § 8 TzBfG zu einer finalen Veränderung,<sup>73</sup> die allein zweiseitig wieder behoben werden kann.<sup>74</sup>

Unbefangen betrachtet, ergibt sich die Verlängerungsdauer bei weiter aufrechterhaltender Beschäfti-

70 BT-Drs 16/3438 S 15 f.

71 Zwischen den beiden Verringerungsmöglichkeiten besteht kein gestuftes Verhältnis, diese sind nebeneinander anwendbar. Die Entscheidung obliegt dem Arbeitnehmer, vgl Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Auflage § 23 Rn 7; Erfurter Kommentar/Gallner § 15 BEEG Rn 19; enger Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Auflage, BEEG § 15 Rn 58-60.

72 Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Auflage, BEEG § 15 Rn 46; Rolfs/Giesen/ Krei-

kebohm/Udsching/Schrader, BeckOK Arbeitsrecht BEEG § 15 Rn 31. Freilich gilt dies vorbehaltlich einer (zulässigen) individualvertraglichen Absprache zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, vgl § 15 Abs. 5 S 4 BEEG. Vgl auch die Gesetzesbegründung BT-Drs 14/3553 S 21.

73 Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Auflage § 8 Rn 47; 55; Arnold/Gräfl/Imping/Lehnen/Rambach/ Spinner/Vossen/Vossen, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 8 Rn 55.

74 Vgl § 9 TzBfG.

gung im Sinne von Nr. 3, aus der „Differenz zwischen ursprünglich vereinbarter und reduzierter Arbeitszeit“.<sup>75</sup> Zwischen Teilzeit und Teilzeit in Elternzeit besteht nun, bezogen auf den Arbeitsumfang, auch materiell kein Unterschied. Daher kann dem Gesetz die Notwendigkeit für eine differenzierende Betrachtung nicht unmittelbar entnommen werden.

Allerdings muss der unterschiedliche materielle Gehalt der Teilzeitmodelle, bezogen auf deren finale Rechtswirkung für das Arbeitsverhältnis, zu einer differenzierten Betrachtung führen.

Die finale Veränderung des Arbeitsumfanges stellt eine Zäsur innerhalb des Arbeitsverhältnisses dar und muss zu einer neuen Bezugsgröße für die Berechnung der Verlängerungsdauer führen. Der einer Berechnung zugrunde zu legende Beschäftigungsumfang innerhalb der Unterbrechungszeit verändert sich durch die finale Vereinbarung einer Teilzeit. Die maximal geschuldete Arbeitsleistung vermindert sich entsprechend. Der Arbeitnehmer genügt seinen Pflichten mit oder ohne Unterbrechung vollständig. Eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes liegt dann bereits begrifflich nicht mehr vor.<sup>76</sup>

Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn es zu einer Unterbrechung der Elternzeit kommt, bspw. weil der andere Elternteil die Betreuung des Kindes kurzzeitig übernimmt. Durch die Unterbrechung fällt der Beschäftigungsumfang auf den ursprünglichen Stand zurück. Dies ist bei der Teilzeit in Elternzeit automatisch der vor der Unterbrechung (Hier 100%). War aber Teilzeit vereinbart, so bleibt es trotz der Unterbrechung beim reduzierten Umfang (Hier 50%). Eine erneute Inanspruchnahme der Unterbrechung kann dann nicht mehr zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führen, weil keine Abweichung zwischen der ursprünglichen Arbeitszeit und der innerhalb der Unterbrechung besteht.<sup>77</sup> Die geschuldete Arbeitsleistung wird daher unabhängig von der Unterbrechung vollständig erfüllt.

Selbiges muss auch dann gelten, wenn keine Unterbrechung eintritt, sondern mittels Teilzeit eine Reduktion des Beschäftigungsumfanges vorgenommen wird. Die jeweilige Reduzierung kann nur dann erfolgen, wenn diese auch im Zusammenhang mit der Unterbrechung steht. Dies ist bei der Teilzeit in Elternzeit stets der Fall und kann bei Teilzeit nach dem TzBfG nur angenommen

werden, wenn die Teilzeit *auflösend bedingt* für die Unterbrechungszeit vereinbart wurde. Nur in diesem Fall fehlt die schädliche Finalität. Letztlich stellt die unbedingte Teilzeit daher einen Verzicht auf die Verlängerungsmöglichkeiten des WissZeitVG dar.

Das Arbeitsverhältnis in Beispiel fünf weist eine Reduktion des Umfangs auf 50 % aus. Damit führt die Unterbrechung bei einer Beibehaltung des Beschäftigungsumfanges von 50 % zu keiner Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG. Der Fall ist so zu behandeln, wie wenn der Beschäftigte während Unterbrechung 100 % seiner Arbeitsleistung erbringt.

Abschließend sei anhand eines sechsten Beispiels das Zusammenspiel der einzelnen Berechnungsnotwendigkeiten verdeutlicht.

*Beispiel 6: Unterbrechungszeit insgesamt: 700 Tage; Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung 80%; Verteilung der Unterbrechung:*

– 100 Tage Mutterschutz, Beschäftigungsumfang 0%;

– 300 Tage Teilzeit in Elternzeit, Beschäftigungsumfang 30 %;

– 300 Tage Teilzeit in Elternzeit 60 %;

*Unterbrechungsgrund: Mutterschutz, Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014. Im Anschluss an die Unterbrechung wird das Arbeitsverhältnis in Vollzeit zu 100 % fortgesetzt.*

Dieses Beispiel entspricht den in der Praxis regelmäßig anzutreffenden Konstellationen und stellt an die Personaladministration erhöhte Ansprüche, die mit Blick auf die Rechtsfolgen eines Rechenfehlers nicht zu unterschätzen sind.

Zunächst ist erneut die gesamt betroffene Zeit zu ermitteln (700 Tage). Sodann muss, aufgespalten nach den einzelnen Abschnitten, gesondert geprüft und berechnet werden. Dies bedeutet hier, dass sich für die Zeiten des Mutterschutzes bei vollständiger Einstellung der Beschäftigung 100 Tage Verlängerung ergeben. Für die anschließende erste Phase der Elternzeit muss die Verlängerung weiter um  $(300 \text{ Tage} \times 50 \%/0,8^{78})$  187,5 Tage aufgestockt werden. Im Rahmen der zweiten Phase der Teilzeit in Elternzeit sind sodann  $(300 \text{ Tage} \times 20 \%/0,8)$  75 Tage zu addieren.

75 BT-Drs 16/3438 S 15.

76 Freilich möglich ist auch in diesem Fall die Annahme eines anderen Verlängerungstatbestandes, bspw der Nr 1.

77 Siehe hierzu noch BAG, Urteil vom 3.3.1999 - 7 AZR 672/97 = NZA 1999, 1049 f.

78 Es darf hier auf keinen Fall der Beschäftigungsumfang eingesetzt werden, der tatsächlich geleistet wurde. Es ist die Differenz zur

Beschäftigung vor Beginn der Unterbrechungszeit einzusetzen und mit dieser zu multiplizieren. Nur so erhält man die Zeiten, in denen nicht gearbeitet wurde, also die für die Verlängerung erheblichen Zeiten. Bsp: 100% vor der Unterbrechung und 20 % während dieser, ergeben einen Faktor von 80 %; 80 % vor der Unterbrechung und 30% während dieser, ergeben einen Faktor von 50 % usw. geteilt durch den Vorbeschäftigungsumfang.

Dadurch ergibt sich für das sechste Beispiel eine Verlängerungsdauer von (100 Tage Mutterschutz + 187,5 Tage EZ<sub>1</sub> + 75 Tage EZ<sub>2</sub>) 362(,5) Tagen. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich daher auf den 28.12.2015.

Allerdings hat sich der Beschäftigungsumfang nach der Unterbrechungszeit auf 100 % erhöht und übertrifft damit den Umfang, der vor Beginn der Unterbrechungszeit die maßgebliche Berechnungsgrundlage für die Verlängerungsdauer bildete. Daher erhalten die Beschäftigten so mehr *vergütete* „Zeiten“, als tatsächlich ausgefallen sind. Das Telos der Norm ist dem Grunde nach darauf bedacht, gerade nur die Zeiten einer erheblichen tatsächlichen Unterbrechung anzuerkennen. Daher müsste bei strenger Anwendung in den Fällen, in denen eine Erhöhung des Beschäftigungsumfanges im Anschluss an die Unterbrechung erfolgt, umgerechnet werden und die Verlängerungsdauer um fiktive Zeiten bereinigt werden.

Neben den praktisch kaum zu bewältigenden Schwierigkeiten, muss diese Vorgehensweise aber auch rechtlich scheitern. Die Möglichkeit zur Vertragsverlängerung soll sicherstellen, dass die „Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden kann“,<sup>79</sup> weshalb auch keine Anrechnung der „Zeiten“ erfolgen darf, vgl. Abs. 5 Satz 2. Klargestellt ist damit aber auch, dass es auf die Zeiten der Unterbrechung und nicht auf diejenigen Zeiträume ankommen kann, in denen tatsächlich Arbeit verrichtet wurde. Auch die Höchstbefristungsdauer wird unabhängig vom jeweiligen Beschäftigungsumfang abgebaut. Daher gewinnt der Arbeitnehmer letztlich entgeltwerte Beschäftigungszeit, wenn er eine Erhöhung des Beschäftigungsumfanges gegenüber dem Umfang vor Beginn der Unterbrechungszeit erreichen kann. Der Arbeitgeber muss sich dieser Möglichkeit bewusst werden und ggf. vor der Vereinbarung einer Erhöhung des Beschäftigungsumfanges auf einer Inanspruchnahme und dem Abbau der Verlängerungszeiten beharren. Dadurch werden zusätzliche finanzielle Belastungen vermieden.

Für die Lösung des Beispielfalles hat die Erhöhung der Arbeitsverpflichtung im Anschluss an die Unterbrechung *keine Auswirkungen*. Endtermin bleibt der 6.11.2015.

Für die Berechnung der Verlängerungszeiträume kann daher resümierend folgende Formel für die Fälle aufgestellt werden, in denen eine Erwerbstätigkeit während der Beschäftigung fortbesteht:

Verlängerungsdauer = Unterbrechungszeitraum (Tage) x (Beschäftigungsumfang in % vor der Unterbrechung – Beschäftigungsumfang in % während der Unterbrechung)

Hat sich der Beschäftigungsumfang während der Unterbrechung dann nochmals verändert, sind die entsprechenden Zeiträume getrennt zu berechnen.

### C. Rechtsfolgen

Sind alle Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG erfüllt, so verlängert sich die Beschäftigungsdauer um die entsprechen für erheblich erklärten Zeiten durch das Einverständnis des Mitarbeiters. Offen geblieben ist hierbei noch, welche Konsequenz eine fehlerhafte Berechnung der Verlängerungsdauer bedingt sowie die Frage nach der Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 WissZeitVG.

### I. Fehlerhafte Berechnung

Wird der Verlängerungszeitraum fehlerhaft bestimmt, so knüpft sich hieran grundsätzlich noch keine für die Dienststelle nachteilige Rechtsfolge. Die Verlängerung vollzieht sich kraft Gesetzes stets nur um die rechtlich und tatsächlich korrekten Zeiten, weshalb auch das Arbeitsverhältnis in zutreffendem Umfang verlängert wird.

Allerdings kann ein solcher Rechenfehler mittelbar dazu führen, dass aus dem ursprünglich befristeten Arbeitsverhältnis ein unbefristetes entsteht. Dies kann immer dann eintreten, wenn die tatsächliche Beschäftigungsdauer die korrekte gesetzliche Verlängerungsdauer übersteigt.

Die Rechtsfolge generiert sich hier über § 15 Abs. 5 TzBfG<sup>80</sup> und setzt voraus, dass „das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt“ wird, sofern „der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt“.<sup>81</sup>

Von Bedeutung ist daher vor allem das Wissen des Arbeitgebers von der Fortsetzungshandlung. Hierbei wird das Wissen jedoch nicht gleichgesetzt mit dem Bewusstsein, dass das Arbeitsverhältnis bereits rechtlich beendet ist.<sup>82</sup> Maßgeblich ist allein die Kenntnis des Ar-

79 BT-Drs 16/3438 S 16.

80 Siehe auch § 625 BGB als allgemeinere Regelung, der im Gegensatz zu § 15 Abs 5 TzBfG abdingbar ist, vgl § 22 TzBfG, Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 24.

81 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe zB Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 27 ff.

82 HM LAG Köln, Vorlagebeschluss vom 13. 10.2003 – 2 TaBV 1/03; Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 28; Kramer, Die arbeitsvertragliche Abdingbarkeit des § 625 BGB, NZA 1993, 1115 ff.

beitgebers, sowie ihm entsprechend zurechenbarer Vertretungsberechtigter Personen,<sup>83</sup> von der Fortsetzung der Tätigkeit durch den (ehemaligen) Mitarbeiter. Eine Zurechnung kann auch bei allein vorhandener Anscheins- oder Duldungsvollmacht vorliegen.<sup>84</sup>

Kann die Ausübung der Tätigkeit, nach formaler Beendigung des Arbeitsverhältnisses, daher nicht als Einverständnis im Sinne von § 2 Abs. 5 WissZeitVG, bei gleichzeitig gegebener (weiterer) Verlängerungsmöglichkeit, verstanden werden, so entsteht in den Grenzen des § 15 Abs. 5 TzBfG eine unbefristet verlängerte Rechtsbeziehung, wenn die tatsächliche Beschäftigung die richtige Verlängerungsdauer übersteigt.<sup>85</sup>

Diese Rechtsfolge kann freilich nicht eintreten, wenn die Verlängerungsdauer zu Unrecht zu kurz berechnet wurde und eine Beschäftigung sodann nicht erfolgt ist. Hier sind allein schadensersatzrechtliche Ansprüche bei entsprechendem Vertretenmüssen sowie nachweisbarer Kausalität denkbar.

Problematisch sind in diesem Zusammenhang die sog. „Nachholerverträge“, die in der Vergangenheit zur Handhabung der Verlängerungsproblematik eingesetzt wurden. In diesen Vereinbarungen wurden die Zeiten der Verlängerung schriftlich niedergelegt und sowohl vom Arbeitnehmer, als auch vom Arbeitgeber gegengezeichnet.<sup>86</sup> Neben potentiellen Rechenfehlern, kann diesen Vereinbarungen mitunter ein beidseitiger Rechtsbindungswillen entnommen werden, der für die einseitig gestaltbare Verlängerung an sich nicht notwendig ist. Hierdurch entsteht dann ein Konflikt, wenn die tatsächliche Verlängerungsdauer kürzer ausfällt, als in der Vereinbarung bestimmt wurde. Durch derartige Vereinbarungen kann bei unklarer Formulierung neben den gesetzlichen Verlängerungsanspruch ein individualvertraglicher treten, der hier unnötig neue potentielle Anspruchs- und insbesondere auch Haftungsgrundlagen schafft.

Der gesetzliche Vollzug der Verlängerung selbst, macht solche Vereinbarungen überflüssig und verur-

sacht auf Seiten der Beschäftigten mitunter Missverständnisse. Diese dürften ohne eine entsprechende Öffnungsklausel in der Vereinbarung wenig Einsicht zeigen, wenn die ihnen zugesicherte Beschäftigungszeit tatsächlich nicht mehr besteht. Sollten derartige Vereinbarungen trotzdem weiterhin geschlossen werden, ist darauf zu achten, dass hinreichend deutlich auf alle Eventualitäten hingewiesen wird.

## II. Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsdauer

Gem. § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG wird „eine Verlängerung nach Satz 1 nicht auf die nach Absatz 1 zulässige Befristungsdauer angerechnet“. Dies führt dazu, dass die Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden kann.<sup>87</sup> Zeiten der Unterbrechung führen damit – vorbehaltlich einer tatsächlich eingetretenen Verlängerung<sup>88</sup> – nicht dazu, dass die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG vermindert wird.

Zu Recht weist Preis hier darauf hin, dass bei einer fortbestehenden Erwerbstätigkeit bspw. im Rahmen der Teilzeit in Elternzeit, eine Anrechnung dieser Zeiten auf die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG erfolgen kann, sofern diese mehr als ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit in diesem Sinne beträgt.<sup>89</sup> Allerdings soll der Beschäftigte, wenn er die Anrechnung seiner Beschäftigungszeiten nach Abs. 3 vermeiden möchte, dies nur erreichen können, sofern er seinen ursprünglichen Vertrag durch einen neuen ersetzt und damit gleichzeitig auf eventuell bestehende Verlängerungszeiten nach Abs. 5 WissZeitVG verzichtet.<sup>90</sup>

Dieser Weg muss jedoch nicht gewählt werden. Vielmehr genügt eine alleinige Verringerung des Beschäftigungsumfanges auf ein Viertel oder weniger. Denkbar ist daher die Erhöhung des Beschäftigungsumfanges im Vorfeld, um diesen sodann während der Unterbrechungszeiten auf ein Viertel oder weniger abzusenken und so die Anrechnung zu vermeiden. Dies ist freilich von der Bereitschaft beider Parteien abhängig.

83 Siehe hierzu Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 29.

84 Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 29.

85 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 142.

86 Erforderlich ist auch eine Bezugnahme auf das WissZeitVG in diesen Verträgen, vgl Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 12.

87 BT-Drs 16/3438 S 16; Eine Verkürzung der zweiten Phase nach dem WissZeitVG, ist damit gleichsam ausgeschlossen, vgl Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, Hochschulrecht 2004 S 302, 339 Rn 179; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 21.

88 Dies ergibt sich bereits daraus, dass Satz 2 an eine „Verlängerung nach Satz 1“ anknüpft und diese tatbestandlich das Einverständnis voraussetzt. Nicht möglich ist daher aber auch eine Teilung des Einverständnisses dahingehend, dass zwar die Verlängerung begehrt wird, eine Anrechnung der Zeiten aber fortgeschrieben werden soll. Insoweit hat der Beschäftigte keine Befugnis. Die Anrechnungsfolge bestimmt sich allein nach dem Gesetz.

89 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 159, wobei die jeweilig für das Arbeitsverhältnis bestimmte ursprüngliche Vertragsabrede für die „regelmäßige Arbeitszeit“ maßgeblich sein soll.

90 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 159.

#### D. Notwendigkeit der Personalratsbeteiligung nach dem LPVG Baden-Württemberg

Mit der Novellierung des Landespersonalvertretungsgesetzes Baden-Württemberg sind zahlreiche Neuerungen geschaffen worden, die neben der nun bestehenden Möglichkeit zur Errichtung von *Wirtschaftsausschüssen*<sup>91</sup> oder schwierigen Rechtsfragen in Bezug auf die *Mitbestimmung bei akademischen Mitarbeitern*<sup>92</sup> auch eine deutliche Ausweitung der Mitbestimmungstatbestände mit sich brachte.<sup>93</sup> Dies wirft die Frage auf, inwieweit der Vorgang der Verlängerung dem Personalvertretungsrecht unterworfen ist.

Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen bzw. die Weiterbeschäftigung unterliegt an sich der Mitbestimmung des Personalrates gem. § 69 Abs. 1, 71 Abs. 1 Nr. 2 LPVG. Die *Verlängerung gilt als Neueinstellung*.<sup>94</sup> Nun vollzieht sich die Verlängerung im Rahmen des § 2 Abs. 5 WissZeitVG nicht kraft privatautonomer Vereinbarung, sondern kraft Gesetzes bedingt auf die Einverständniserklärung. Dies muss dazu führen, dass im Ergebnis eine Mitbestimmung des Personalrates etwa nach § 71 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 10 LPVG zu verneinen ist.

Es bestehen jedoch zunächst systematische Zweifel an der Korrektheit dieser Auffassung. Die eingeschränkte Mitbestimmung sieht unter anderem etwa in § 71 Abs. 3 LPVG vor, dass eine Mitbestimmung nicht besteht, „soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht“.<sup>95</sup> Diese Einschränkung findet sich hingegen für die in Frage kommenden Mitbestimmungstatbestände nicht, sodass angenommen werden könnte, dass auch für die kraft Gesetzes eintretende Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG Mitbestimmungspflicht besteht.

Dieser Schluss ginge indessen fehl, da das Gestaltungsrecht dem Beschäftigten erlaubt, einseitig zu gestalten. Diese Unabhängigkeit von einer Mitwirkung der Dienststelle ist es, die die Mitbestimmung ausschließen muss. Die Dienststelle hat keine Möglichkeit die Verlän-

gerung gegen den Willen des Beschäftigten zu verhindern. Es mangelt daher schon an einer notwendigen „Maßnahme“ der Dienststelle im Sinne von § 69 Abs. 1 LPVG, die eine jede Mitbestimmung bedingt.<sup>96</sup>

Anderes kann nur dann gelten, wenn sog. Nachholerverträge vereinbart wurden, die zu einer rechtlichen (wesentlichen) Veränderung der Rechtslage führen, § 71 Abs. 1 Nr. 2, 10 LPVG. Allerdings ist auch hier keine pauschale Aussage zu treffen. Es bedarf einer Prüfung im Einzelfall, die vor allem von der Regelungsreichweite dieser Vereinbarungen abhängig ist.

Bestand danach Mitbestimmungspflicht, ist die Vereinbarung ohne Zustimmung des Personalrates unwirksam und ungültig.<sup>97</sup> Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein Einverständnis des Beschäftigten gleichwohl fortbesteht, d.h. die Verlängerung dann allein kraft Gesetzes vollzogen wird.<sup>98</sup>

#### E. Praxishinweis

Angesichts der weitreichenden Folgen und zahlreichen Sonderkonstellationen im Zusammenhang mit der Verlängerungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG, ist den Personaladministrationen zu empfehlen, von den sog. Nachholerverträgen Abstand zu nehmen.<sup>99</sup> Vielmehr wird angeraten, den Beschäftigten lediglich ein Informationsschreiben zukommen zu lassen, indem der für sie errechnete Beschäftigungsendtermin ohne Manifestation eines Rechtsbindungswillens erklärt wird. Daneben ist das Einverständnis des Beschäftigten zu Dokumentationszwecken schriftlich zu fixieren und entsprechend aufzubewahren.<sup>100</sup> Dieser Weg scheint, in Abwägung mit den Risiken evtl. anderer Lösungen, am ehesten gangbar und erlaubt eine flexible und rechtswirksame Handhabung.

Das Informationsschreiben könnte exemplarisch wie folgt formuliert werden:

91 Siehe hierzu *Löwisch/Mandler*, Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätsklinik?, OdW 2014 S 75 ff.

92 Das Problem entzündet sich hier anhand der Neufassung des § 94 Abs 1 und 2 LPVG sowie bei § 72 Abs 2 LPVG vor allem bei den Universitätsklinik, vgl LT-Drs 15 / 4326.

93 Vgl LT-Drs 4224.

94 BVerwG, Beschluss vom 13.2.1979 – 6 P 48/78 = BVerwGE 57, 280;

95 Selbige Einschränkung findet sich auch in § 70 Abs 2 LPVG.

96 „(1) Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, kann sie nur mit seiner Zustimmung getroffen werden. Eine Maßnahme im Sinne von Satz 1 liegt bereits dann vor, wenn durch eine Handlung eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme vorweggenommen oder festgelegt wird.“

97 Maßnahmen die der Mitbestimmung unterliegen können nur mit der Zustimmung des Personalrates getroffen werden, vgl § 69 Abs 1 Satz 1 LPVG.

98 Hier mag in Rechtsstreitigkeiten um die Nachholerverträge eine Chance für die Dienststellen liegen. Verweisen diese darauf, dass die Mitbestimmung nicht eingeholt wurde und somit die Vereinbarung unwirksam ist, ließen sich evtl unliebsame Rechtsfolgen der Vereinbarungen (siehe oben) vermeiden. Freilich ist hierbei die Grenze des Rechtsmissbrauchs zu beachten.

99 So auch *Krause* in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 106.

100 *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61.

„Sehr geehrte Frau/Herr ...,

Ihr Arbeitsverhältnis, begründet durch den Arbeitsvertrag vom ....., unterliegt dem Anwendungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG). Gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG verlängert sich die jeweilige Dauer eines nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnisses beim Vorliegen einer der in § 2 Abs. 5 Nrn. 1-5 WissZeitVG genannten Gründe kraft Gesetzes automatisch mit Ihrem Einverständnis, ohne dass es einer vertraglichen Regelung zwischen den Arbeitsvertragsparteien bedarf. Die Verlängerung der arbeitsvertraglich vereinbarten Beschäftigungszeit bestimmt sich deshalb nach den in § 2 Abs. 5 Nrn. 1-5 WissZeitVG abschließend genannten Gründen.

Ein solcher Verlängerungsgrund im Sinne von § 2 Abs. 5 WissZeitVG besteht für das bezeichnete Arbeitsverhältnis oder wird voraussichtlich eintreten. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich daher – vorbehaltlich ihres Einverständnisses – kraft Gesetzes bis zum .....

Ergibt sich aus der Gesetzesanwendung ein anderer Endzeitpunkt, so ist dieser allein maßgeblich. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gründe nach § 2 Abs. 5 Nrn. 1-5 WissZeitVG nicht, nicht vollständig oder mit Unterbrechungen eintreten.

In diesem Fall steht Ihnen die Personaladministration selbstverständlich jederzeit zur Neubestimmung der Beschäftigungszeit oder für sonstige diesbezügliche Fragen zur Verfügung“.

## F. Fazit

Wie sich gezeigt hat, bietet die Verlängerungsmöglichkeit des § 2 Abs. 5 WissZeitVG den Beschäftigten weitläufige Gestaltungsfreiheit, die ihnen die Nutzung ihrer durch das WissZeitVG zugestandenen

Qualifikationsphase auch im Falle bestimmter Unterbrechungen erlaubt. Dieser zu begrüßende Aspekt, wird jedoch nur auf Kosten zahlreicher rechtlicher und tatsächlicher Anstrengungen erreicht, die angesichts der mitunter weitreichenden Rechtsfolgen, allerdings eine lohnenswerte Investition bedeuten. Es wird daher mit der Ausweitung der Nutzung der Verlängerungsoption auch eine Erweiterung des Personalaufwandes einhergehen, der ohne Schulungsmaßnahmen kaum zu bewältigen sein wird.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht sowie des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.



Markus Bettecken

*Die Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten  
wissenschaftlicher Mitarbeiter in Teilzeit  
bei der Stufenzuordnung nach dem TV-L –  
BAG 27.3.2014 – 6 AZR 571/12*

Der sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich in seinem Urteil vom 27.03.2014 mit der Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten wissenschaftlicher Mitarbeiter in Teilzeit auf die Stufenzuordnung und mit dem Begriff der „einschlägigen Berufserfahrung“ nach §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L auseinandergesetzt. Im konkreten Fall stand die Frage im Vordergrund, ob die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten bei einem anderen Arbeitgeber als „einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr“ im Sinne der vorgenannten Vorschriften einen bestimmten Mindestbeschäftigungsumfang voraussetzt.

### I. Ausgangslage

Bei Arbeitsverträgen, auf die der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) Anwendung findet, kann sich im Rahmen der Stufenzuordnung des jeweiligen Arbeitnehmers nach §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen Vorbeschäftigungszeiten aus einem früheren Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber unter den Begriff „einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr“ gefasst werden können. Auslegungsspielraum lässt die Vorschrift insbesondere an zwei Stellen: Wann ist von einer „einschlägigen Berufserfahrung“ auszugehen? Und wie sind Vorbeschäftigungszeiten in Teilzeit auf die erforderliche Mindestdauer der Vorbeschäftigung von einem Jahr anzurechnen?

Insbesondere die Frage nach der Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten in Teilzeit war bislang höchstrichterlich nicht geklärt. Die Meinungen in der Literatur gehen in diesem Zusammenhang auseinander: Während einige Autoren eine Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten an einen bestimmten Mindestbeschäftigungsumfang in Höhe von 50<sup>1</sup> bzw. (etwa in entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 3 WissZeitVG) 25%<sup>2</sup> der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit knüpf-

fen wollen oder dies zumindest in Erwägung ziehen, lehnt die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur das Erfordernis eines solchen Mindestbeschäftigungsumfangs im Ergebnis ab.<sup>3</sup>

Mit beiden Fragen hat sich der sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts in dem hier besprochenen Urteil auseinandergesetzt.

### II. Die Entscheidung des BAG

#### 1. Sachverhalt

In dem nunmehr vom BAG entschiedenen Fall beehrte der Kläger, der beim beklagten Freistaat in der Zeit vom 1. Oktober 2007 bis zum 30. September 2008 mit einem Umfang von 50% der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter einer Universität angestellt war, die Feststellung, dass er für diesen Zeitraum vom beklagten Freistaat nicht in Stufe 1, sondern in Stufe 2 der Entgeltgruppe 13 zu vergüten sei. Dem streitgegenständlichen Arbeitsverhältnis unmittelbar vorausgegangen waren mehrere befristete Beschäftigungsverhältnisse des Klägers in Teilzeit an einem Lehrstuhl in einem anderen Bundesland, wobei der Kläger teilweise als wissenschaftliche Hilfskraft mit Hochschulabschluss, teilweise als wissenschaftlicher Mitarbeiter beschäftigt war. Diese Arbeitsverhältnisse fanden in der Zeit vom 1. September 2006 bis zum 30. September 2007 statt und blieben ohne Unterbrechung. Der Arbeitszeitumfang des Klägers in diesen Beschäftigungsverhältnissen schwankte in dieser Zeit von 20 Stunden monatlich über 76 Stunden monatlich bis hin zu 20 Stunden wöchentlich.

Sein Feststellungsbegehren begründete der Kläger unter Verweis auf die nach seiner Auffassung einschlägige Berufserfahrung von über einem Jahr im Sinne der §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L. Er sei faktisch im gesamten Vorbeschäftigungszeitraum mit Tätigkeiten eines wis-

1 Vgl. Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen, TV-L: Tarif- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst der Länder, Stand 10/2009, Nr 5 § 40 Rn 9.

2 Vgl. Braun in: Sponer/Steinherr TV-L, Stand Mai 2013, § 40 Nr 5 Rn 7.

3 Vgl. von Landenberg-Roberg, Stolperstufen im öffentlichen Tarifvertragsrecht – Zur Anrechenbarkeit von Teilzeittätigkeit im

Rahmen der Stufenzuordnung nach § 16 II TV-L in: öAT 2014, 23; Felix in: Bepler/Böhle/Meerkamp/Russ, Beck'scher Online-Kommentar TV-L, Stand 1.1.2014, § 16 Rn 15a.1 ff; Müller in: Bepler/Böhle/Meerkamp/Russ, Beck'scher Online-Kommentar TV-L, Stand 1.1.2014 § 40 Nr 5, Rn 1a; Braun in: Sponer/Steinherr TV-L Stand Mai 2013, § 40 Nr 5 Rn 7.

senschaftlichen Mitarbeiters betraut gewesen, die Zeiten der Anstellung als wissenschaftliche Hilfskraft beruhen lediglich auf haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten.

Der beklagte Freistaat trat der Klage mit der Begründung entgegen, es liege keine einschlägige Berufserfahrung im Sinne des TV-L für die aktuelle Tätigkeit des Klägers vor. Hierbei berief sich der beklagte Freistaat auf die Zeiten der Anstellung als wissenschaftliche Hilfskraft, die inhaltlich schon per se nicht mit der Tätigkeit eines wissenschaftlichen Mitarbeiters vergleichbar seien. Außerdem vertrat der beklagte Freistaat die Auffassung, dass Vorbeschäftigungszeiten nur mit einem Mindestbeschäftigungsumfang von 50% anzuerkennen seien, da nur eine Tätigkeit in einem solchen Umfang eine einschlägige Berufserfahrung gewährleisten könne.

Nachdem der Kläger zunächst vor dem Arbeitsgericht Leipzig (18. März 2010 – 14 Ca 143/09) mit seiner Klage gescheitert war, hatte das sächsische LAG (8. Mai 2012 – 7 Sa 227/10) der Klage stattgegeben und hierbei festgestellt, dass die Tätigkeiten des Klägers – abweichend von der arbeitsvertraglichen Formulierung – inhaltlich jedenfalls im Zeitraum 1. Oktober 2006 bis zum 30. September 2007 derjenigen eines wissenschaftlichen Mitarbeiters entsprochen hätten. Die Revision des beklagten Freistaates gegen dieses Urteil wurde vom BAG zurückgewiesen.

## 2. Urteilsbegründung

In den Urteilsgründen hat sich der sechste Senat sowohl mit der Frage eines erforderlichen Mindestbeschäftigungsumfangs für die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten, als auch mit der Frage nach einer gleichwertigen Tätigkeit im Sinne „einschlägiger Berufserfahrung“ auseinandergesetzt.

### a) Gleichwertigkeit einer Tätigkeit

Die Frage, wann eine Tätigkeit in dem Sinne gleichwertig ist, dass inhaltlich von einer „einschlägigen Berufserfahrung“ im Sinne der §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L ausgegangen werden kann, beurteilt der sechste Senat in Anlehnung an die Protokollerklärung Nr. 1 zu § 16 Abs. 2 TV-L: „Einschlägige Berufserfahrung“ liege dann vor, wenn „die frühere Tätigkeit im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird oder zumindest gleichartig war“, was wiederum grundsätzlich eine Vorbeschäftigung mit der entsprechenden eingruppierungsrechtlichen Wertigkeit der aktuellen Beschäftigung voraussetze. Dabei betont der sechste Senat, dass es für die Beurteilung der Wertigkeit der Tätigkeit nicht auf die formale Bewertung durch den Arbeitgeber, sondern auf die entgeltrechtlich zutreffende, mithin den Qualifikationen und Tätigkeiten des Arbeitnehmers entsprechende Bewertung ankome.

Von Gleichwertigkeit könne dann ausgegangen werden, wenn „die Vorbeschäftigung qualitativ im Wesentlichen die gesamte inhaltliche Breite der aktuellen Beschäftigung“ abdecke.

Im konkreten betrachtete der sechste Senat die Feststellungen des LAG, wonach der Kläger jedenfalls im Zeitraum vom 1. Oktober 2006 bis zum 30. September 2007 trotz teilweise anderslautender Arbeitsverträge Tätigkeiten eines wissenschaftlichen Mitarbeiters verrichtete, mangels entsprechender Revisionsrüge des beklagten Landes als bindend und ging daher von der Gleichwertigkeit der zuvor verrichteten Tätigkeit jedenfalls in diesem Zeitraum aus.

b) Kein abstrakter Mindestbeschäftigungsumfang für die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten im Rahmen der Stufenzuordnung erforderlich

Mit der Frage der Anrechenbarkeit von Teilzeittätigkeiten auf die erforderliche Vorbeschäftigungsdauer von einem Jahr hat sich das BAG sodann eingehend auseinandergesetzt. Nach Auffassung des BAG sind im Ergebnis bei der Stufenzuordnung Vorbeschäftigungszeiten auch in Teilzeit ohne abstrakten Mindestbeschäftigungsumfang in Höhe einer bestimmten Teilzeitquote so zu berücksichtigen, als hätte der betreffende Arbeitnehmer in dem Zeitraum Vollzeit gearbeitet. Dabei lässt das BAG jedoch ein „Hintertürchen“ in Gestalt einer Einzelfallabwägung offen.

Das BAG stützt seine Auffassung sowohl auf den Wortlaut der §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L, als auch auf den Regelungszusammenhang und -zweck. Schließlich würde eine feste Mindestbeschäftigungsquote nach Ansicht des BAG gegen die höherrangige gesetzliche Vorschrift des § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG verstoßen. Im Einzelnen:

aa) Das Erfordernis eines Mindestbeschäftigungsumfangs ergebe sich nicht aus dem Wortlaut der §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L. Dort sei ein zeitlicher Mindestumfang der Vorbeschäftigung im Sinne einer bestimmten Teilzeitquote mit der Formulierung „einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr“ ausdrücklich nicht festgelegt.

bb) Aus dem Regelungszusammenhang der §§ 16, 17 TV-L ergebe sich nichts anderes und insbesondere kein Raum für eine solche einschränkende Auslegung der §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L. Es fehle bereits an einer unbewussten Tariflücke, da Anhaltspunkte dafür, dass die Tarifvertragsparteien die Frage der Teilzeitbeschäftigung übersehen und daher unbewusst nicht geregelt hätten, nicht ersichtlich seien. Vielmehr zeige schon die Vorschrift des § 17 Abs. 3 S. 4 TV-L eine bewusste Ent-

scheidung der Tarifvertragsparteien für die volle Anrechnung von Teilzeitbeschäftigungen. Mit Blick auf diese Vorschrift, die für den Stufenaufstieg bei ununterbrochener Tätigkeit beim gleichen Arbeitgeber eine volle Anrechnung von Zeiten der Teilzeitbeschäftigung auf die Stufenlaufzeit ausdrücklich anordnet, sei kein Grund ersichtlich, Berufserfahrung bei Einstellung und Höherstufung unterschiedlich zu behandeln.

cc) Dies ergebe sich auch aus dem Zweck des § 16 Abs. 2 TV-L, der durch die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten Arbeitgeberwechsel im oder in den öffentlichen Dienst erleichtern und nachteilige Folgen eines solchen Wechsels vermeiden wolle. Nach Auffassung des BAG gilt dieser Zweck „in besonderem Maß“ im Hochschulbereich, da hier oftmals besondere Mobilität erwünscht und erforderlich sei. Vor diesem Hintergrund würde die Forderung eines Mindestbeschäftigungsumfangs „ein Hemmnis für das Ziel der Mobilität“ darstellen und wäre zudem bei einem länderübergreifenden Wechsel wegen der in jedem Land unterschiedlichen Mindeststundenzahl der regelmäßigen Arbeitszeit gemäß dem Anhang zu § 6 TV-L auch wenig praktikabel.

dd) Darüber hinaus entspreche das Erfordernis eines Mindestbeschäftigungsumfangs auch inhaltlich nicht dem Zweck des § 16 Abs. 2 TV-L, vorhandene Berufserfahrung aufgrund ersparter Einarbeitungszeit und eines höheren Leistungsvermögens finanziell zu honorieren. Dieser Zweck sei vielmehr stets dann erfüllt, wenn der Arbeitnehmer Berufserfahrung in einer mit der aktuellen gleichwertigen Tätigkeit (siehe oben) dergestalt erworben habe, dass er die Tätigkeit im neuen Arbeitsverhältnis von Beginn an voll ausfüllen könne. Dies sei grundsätzlich auch im Rahmen von Vorbeschäftigungen in Teilzeit gegeben. Den Fällen, in denen diese Voraussetzungen etwa aufgrund von Teilzeitbeschäftigungen mit sehr geringem Beschäftigungsumfang nicht vorliegen, könne mit der oben beschriebenen Auslegung des Begriffs der „einschlägigen Berufserfahrung“ im Rahmen einer Einzelfallabwägung hinreichend Rechnung getragen werden.

ee) Schließlich sieht das BAG in der von Teilen der Literatur vertretenen Forderung eines Mindestbeschäftigungsumfangs für Teilzeitbeschäftigte eine sachlich

nicht gerechtfertigte Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG. Zwar sei denkbar, dass der mit einer Vollzeitbeschäftigung verbundene größere Gewinn an Erfahrungswissen eine Ungleichbehandlung bei der Stufenzuordnung rechtfertigen könne, doch erfordere dies stets eine konkrete Abwägung im Einzelfall und keine abstrakte Grenze eines bestimmten wöchentlichen Arbeitsumfangs.

### III. Bewertung

Die Entscheidung des BAG, wonach für die Frage der Stufenzuordnung Vorbeschäftigungszeiten in Teilzeit ohne abstrakten Mindestbeschäftigungsumfang grundsätzlich voll anzurechnen sind, überzeugt. Ein solches in Teilen der Literatur in Erwägung gezogenes Erfordernis eines abstrakten Mindestbeschäftigungsumfangs in Höhe von 25 bzw. 50% der wöchentlichen Regelarbeitszeit lässt sich weder dogmatisch, noch inhaltlich überzeugend begründen, wie das BAG ausführlich ausarbeitet.<sup>4</sup> In dogmatischer Hinsicht lässt schon der Wortlaut der §§ 40 Nr. 5, 16 Abs. 2 S. 3 TV-L das Erfordernis eines Mindestumfangs für Vorbeschäftigungen in Teilzeit nicht zu. Auch eine entsprechende ergänzende Auslegung überzeugt aus den vom BAG genannten Gründen nicht. Als gewichtige Argumente gegen eine solche Auslegung müssen hier insbesondere die fehlende Praktikabilität einer derartigen starren Untergrenze in Anbetracht länderübergreifend unterschiedlicher Wochenarbeitszeiten sowie die Regelung des § 17 Abs. 3 S. 4 TV-L genannt werden. Insbesondere letzterer Aspekt wiegt schwer. Denn eine überzeugende Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Vorbeschäftigungszeiten bei Höherstufung und Einstellung ist nicht ersichtlich. Beiden Tatbeständen liegen vielmehr vergleichbare Regelungszwecke zugrunde – finanzielle Honorierung von erworbener Berufserfahrung und einem damit verbundenen erhöhten Leistungsvermögen im Vergleich zu „Neueinsteigern“.

Die in der Vorinstanz vom sächsischen LAG (8. Mai 2012 - 7 Sa 227/10) noch diskutierte analoge Anwendung des § 2 Abs. 3 WissZeitVG (Mindestbeschäftigungsumfang von 25%), wird vom BAG in der Urteilsbegründung nicht einmal in Erwägung gezogen – ist jedoch über die bereits genannten Gesichtspunkte hinaus dogmatisch schon mangels Vorliegen der Analogievoraussetzungen abzulehnen.<sup>5</sup> Dass das Erfordernis eines abstrakten Min-

4 So auch von *Landenberg-Roberg* aaO; *Felix* in: *Bepler/Böhle/Meerkamp/Russ*, Beck'scher Online-Kommentar TV-L, Stand 1.1.2014, § 16 Rn 15a.1 ff; *Müller* in: *Bepler/Böhle/Meerkamp/Russ*, Beck'scher Online-Kommentar TV-L, Stand 1.1.2014, § 40 Nr 5, Rn 1a.

5 Vgl insoweit die überzeugende Darstellung bei *von Landenberg-Roberg* aaO.

destbeschäftigungsumfangs daneben auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung im Sinne von § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG darstellen würde, unterstreicht das Ergebnis des BAG noch zusätzlich.

Die Vorgabe des BAG, wonach denkbare Ausnahmefälle mit äußerst geringer wöchentlicher Arbeitszeit für die Frage der Anerkennung dieser Vorbeschäftigungszeiten nicht quantitativ über den Beschäftigungsumfang, sondern qualitativ über den Begriff der „einschlägigen Berufserfahrung“ zu lösen sind, ist auch inhaltlich überzeugend. Auf diese Weise wird eine den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls gerecht werdende Abwägung ermöglicht, die gegenüber starren Grenzen vorzugswürdig erscheint. Denn der von Teilen der Literatur erwogene abstrakte Mindestbeschäftigungsumfang könnte zu dem nicht überzeugenden Ergebnis führen, dass ein Arbeitnehmer, der vom Zeitvolumen her gesehen umfangreichere Berufserfahrungen gesammelt hat (beispielsweise 2 Jahre mit einem Umfang von 30%) gegenüber einem anderen Arbeitnehmer mit höherer Quote aber insgesamt niedrigerem Arbeitszeitvolumen (im Beispiel: 1 Jahr Beschäftigung mit einem Umfang von 50%) in ungerechtfertigter Weise bei der Stufenzuordnung benachteiligt wird. Mit der Auffassung des BAG ist eine den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht werdende Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten durch die Arbeitsgerichte deutlich besser gewährleistet als mit einer abstrakten Mindestbeschäftigungsgrenze.

Zugleich stellt das BAG klar, dass „einschlägige Berufserfahrung“ alleine dann vorliegt, wenn die vorhergehende Tätigkeit in ihrer eingruppierungsrechtlichen Wertigkeit der neuen Tätigkeit entspricht. Dies erscheint sachgerecht. Denn die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten beruht auf der Annahme eines höheren Leistungsvermögens und einer verkürzten Einarbeitungszeit des betreffenden Mitarbeiters. Dies ist im Einzelfall dann gegeben, wenn die vorherige Tätigkeit des Arbeitnehmers inhaltlich weitgehend mit der aktuellen Tätigkeit in Einklang steht, die erworbenen Kenntnisse also auch in der neuen Tätigkeit verwertbar sind. Hier von wiederum wird in der Literatur ausgegangen, wenn die vergleichbaren Tätigkeiten mindestens die Hälfte der Arbeitszeit im vorherigen Arbeitsverhältnis umfassten.<sup>6</sup> Nicht entscheidend kann hingegen die formale Einstu-

fung der Tätigkeit des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber sein, wie das BAG überzeugend darlegt.

Für die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten in Teilzeit bei der Stufenzuordnung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters gilt demnach folgendes: Im Grundsatz sind Vorbeschäftigungszeiten auch in Teilzeit voll auf die notwendige Vorbeschäftigungsdauer von einem Jahr anzurechnen. Ausnahmen von diesem Grundsatz werden nicht anhand von abstrakten Teilzeitquoten (50, 25, 10 oder gar 5% der wöchentlichen Arbeitszeit), sondern inhaltlich über die Frage der „einschlägigen Berufserfahrung“ bestimmt: Hat etwa ein wissenschaftlicher Mitarbeiter im Rahmen seiner Vorbeschäftigung lediglich zwei Stunden pro Woche Klausuren korrigiert, so kann dieser Vorbeschäftigung dann die volle Anrechnung verweigert werden, wenn in der neuen Beschäftigung umfassende Aufgaben in Forschung und Lehre wahrgenommen werden sollen.<sup>7</sup> In derartigen Fällen wird es indes regelmäßig auf der Hand liegen, dass eine „einschlägige Berufserfahrung“, die nach dem oben Ausgeführten stets an der Stufenzuordnung und dem Aufgabenprofil der neuen Stelle zu messen sein wird, nicht vorliegt.

#### IV. Fazit

Die praktische Bedeutung der hier besprochenen Entscheidung ist groß. Gerade im Wissenschaftsbereich sind Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse und Arbeitgeberwechsel weit verbreitet. Angesichts der nicht unerheblichen Unterschiede zwischen den einzelnen Stufen der jeweiligen Entgeltgruppen<sup>8</sup> wirkt sich die Frage der Stufenzuordnung für den jeweiligen Arbeitnehmer finanziell spürbar aus. Das Urteil schafft nunmehr Klarheit darüber, dass solche Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse bei Wechsel des Arbeitgebers im Grundsatz voll bei der Frage der Stufenzuordnung zu berücksichtigen sind. Zugleich ist die Entscheidung auch für die Arbeitsgerichte praktikabel.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie Rechtsreferendar am Landgericht Stuttgart.

<sup>6</sup> Vgl. Felix in: Beppler/Böhle/Meerkamp/Russ, Beck'scher Online-Kommentar TV-L, Stand 1.1.2014, § 16 Rn 15d, e.

<sup>7</sup> Beispiel in Anlehnung an: von Landenberg-Roberg aaO, S 25.

<sup>8</sup> Vgl. von Landenberg-Roberg aaO, S 24.

# Ilse-Dore Gräf

## Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten

Die Aktualität der Thematik der „Wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten“ ist ungebrochen. So wurden beispielsweise in den vergangenen Monaten drastische finanzielle Kürzungen an Universitäten in Ostdeutschland angekündigt. Infolgedessen beschlossen die Universitätsleitungen notgedrungen, mehrere Lehrstühle, Institute oder sogar Fakultäten zu schließen.<sup>1</sup> Um einen noch weitergehenden Stellenabbau zu verhindern, sind die Universitäten gezwungen, neue Einnahmequellen zu erschließen. Auf die Frage, ob bzw. inwieweit eine Intensivierung der universitären wirtschaftlichen Betätigung in diesem Zusammenhang eine Lösung darstellen könnte, gibt meine Dissertation „Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten – Legitimation und Grenzen“ u.a. eine Antwort.

Im Folgenden werde ich einen kurzen Einblick in die Thematik der wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten geben, der angesichts der hier gebotenen Kürze nur einige der in der Dissertation aufgeworfenen Fragen behandelt. Im Übrigen bitte ich den geeigneten Leser, weitere Fragestellungen in meiner Dissertation nachzulesen.

### I. Die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten

#### 1. Definition der wirtschaftlichen Betätigung

Universitäten betätigen sich bereits in vielen unterschiedlichen Bereichen wirtschaftlich. So führen sie beispielsweise Auftragsforschungen durch, räumen Wirtschaftsunternehmen an Hochschulerfindungen entgeltpflichtige Nutzungsrechte ein oder beteiligen sich mit der Hoffnung auf Rendite an akademischen Spin-Offs. Außerdem bieten sie z.B. ausländischen Universitäten Curricula von Studiengängen zum Franchising an, führen zahlungspflichtige Weiterbildungskurse für Hochschulmitglieder und Dritte durch, betreiben Merchandising und vermieten ihre Räumlichkeiten. Bei allen Bei-

spielen handelt es sich um Tätigkeiten, die unter den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten zusammengefasst werden können. Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten wird demnach durch drei Merkmale gekennzeichnet. Zunächst müssen Wirtschaftsgüter angeboten werden, d.h. Güter, die einen wirtschaftlichen Wert haben. Zum zweiten müssen sich Leistung und Gegenleistung synallagmatisch gegenüberstehen. In der Regel, aber nicht zwingend, erfolgt eine Entgeltzahlung. Zum dritten müssen die Wirtschaftsgüter im Wirtschaftsverkehr, d.h. auf einem Markt, angeboten werden. Unerheblich für die Qualifizierung einer Tätigkeit als wirtschaftliche Betätigung ist indes der Grad der rechtlichen Verselbstständigung einzelner Wirtschaftssubjekte oder die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Organisationsform.<sup>2</sup> Auch die Gewinnerzielungsabsicht, die ohnehin von Verfassungen wegen nicht der einzige Motivationsgrund der wirtschaftlichen Betätigung sein darf,<sup>3</sup> ist kein begriffskonstituierendes Merkmal.<sup>4</sup>

#### 2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die Analyse des verfassungsrechtlichen Rahmens<sup>5</sup> ergibt, dass die wirtschaftliche Betätigung der Universitäten einen öffentlichen Zweck erfüllen muss, der im Falle der Universitäten durch die Hochschulaufgaben konkretisiert und enger gefasst wird. Dies folgt aus dem institutionell-organisatorischen Gesetzesvorbehalt, nach welchem „eine juristische Person des öffentlichen Rechts [...] nur zur Verfolgung einer spezifischen öffentlichen Aufgabe errichtet werden“<sup>6</sup> darf. Gleichzeitig begrenzen die jeweils zugewiesenen Aufgaben den Wirkungsbereich der errichteten juristischen Person. Ein hinreichender Bezug zu den Hochschulaufgaben ist somit eine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit von universitären Wirtschaftstätigkeiten. Darüber hinaus folgt aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht<sup>7</sup> des Art. 5 Abs. 3 S.

1 <http://www.zeit.de/2014/09/universitaet-leipzig-kuerzungen-institute> [14.07.2014].

2 Explizit *Badura*, in: Münch (Hrsg), FS Schlochauer, S 3; *Badura/Huber*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Kapitel, Rn 122; *Huber*, in: Brenner/ders/Mösl (Hrsg), FS Badura, S 897, 899.

3 Vgl *Gräf*, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 78 ff; vgl auch *Ehlers*, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Jura 1999, 212, 214; aM *Cremer*, Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes, DÖV 2003, 921, 922, der die Ansicht vertritt, dass das Fehlen eines öffentlichen Zwecks

nicht allein eine verfassungsrechtliche Unzulässigkeit begründen könne.

4 Ebenso *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S 29; *Schneider*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur, DVBl. 2000, 1250 f; aM *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S 51.

5 Ausführlich *Gräf*, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 65 ff.

6 *Badura*, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg), FS Steindorff, S 835, 837.

7 Der Staat ist verpflichtet, funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen; vgl dazu BVerfGE 35, 79 (115); 111, 333 (355).

1 GG, dass Gesetzgeber und Verwaltung eine Gewährleistungsverantwortung dafür tragen, dass die universitäre wirtschaftliche Betätigung nicht die Erfüllung der universitären Kernaufgaben in Forschung und Lehre beeinträchtigt.<sup>8</sup>

Aus diesem Grund muss die Universitätsleitung dafür Sorge tragen, dass bei der universitären Wirtschaftsbetätigung das wirtschaftliche Risiko begrenzt wird. Konkret bedeutet dies, dass Haftungsbeschränkungen vereinbart werden müssen. Wie diese im Detail ausgestaltet sein müssen, ist Sache des Einzelfalls (zu berücksichtigende Faktoren können z. B. die Höhe des wirtschaftlichen Risikos, die Größe der Universität, die Anzahl der beteiligten Akteure etc. sein.). Sinnvoll erscheint es – wie z. B. im Vergaberecht – oberhalb bestimmter Schwellenwerte eine angemessene Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Universität anzuordnen.<sup>9</sup> Ebenfalls sollten notwendigerweise bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten (wie z.B. Franchisingverträge mit ausländischen Universitäten bezüglich verschiedener Lehrmodule) erhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung gestellt werden. Zu denken wäre an verfahrensmäßige Sicherungen wie z. B. Zustimmungsvorbehalte des Hochschulrats oder des jeweils zuständigen Ministeriums.<sup>10</sup>

Des Weiteren muss eine (u.a. von der Größe der Universität abhängige) Obergrenze für die sachliche und personelle Ressourcenbindung, die mit einer wirtschaftlichen Betätigung einhergeht, beachtet werden, so dass die Erfüllung der Hochschulaufgaben in Forschung und Lehre nicht beeinträchtigt wird. Das bedeutet, dass es Universitäten nicht erlaubt ist, jegliche Service-, Beratungs- und Unterstützungsleistungen nur auf Grund dessen wahrzunehmen, dass sie einen unmittelbaren Bezug zu den Hochschulaufgaben aufweisen.<sup>11</sup> Vielmehr sind Universitäten grundsätzlich auf solche wirtschaftliche Leistungen begrenzt, „die gerade von einer Hochschule besonders effizient erbracht werden können, weil dabei vorhandene Ressourcen und wissenschaftliches

Know-How (oder auch nur ihr besonderer „Markenname“) zumindest indirekt nutzbar [gemacht werden]“.<sup>12</sup>

### 3. Ergebnis

Kurz zusammengefasst ist eine wirtschaftliche Betätigung einer Universität zulässig, wenn sie einen unmittelbaren Bezug zu den Hochschulaufgaben aufweist, das wirtschaftliche Risiko durch die Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen minimiert wird und keine sachlichen oder personellen Mittel, die die Universität zur Erfüllung von Forschung und Lehre benötigt, für die jeweilige wirtschaftliche Betätigung abgezogen werden. Eine explizite gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist für eine wirtschaftliche Betätigung hingegen grundsätzlich nicht erforderlich.<sup>13</sup> Dementsprechend normieren die Hochschulgesetze der Länder überwiegend weitere Beschränkungen und setzen im Übrigen die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung einer Universität voraus.

## II. Die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten

### 1. Die Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten in den Landeshochschulgesetzen

Die Normierungen in den Landeshochschulgesetzen<sup>14</sup> beziehen sich in der Regel nur auf einen Ausschnitt der wirtschaftlichen Betätigung, namentlich die Gründung, die Übernahme, die wesentliche Erweiterung oder die Beteiligung an Unternehmen (teilweise auf die Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts<sup>15</sup> begrenzt). Die tatbestandliche Eingrenzung ist der Tatsache geschuldet, dass bei einer Unternehmensgründung, -übernahme, -erweiterung oder -beteiligung das wirtschaftliche Risiko regelmäßig um ein Vielfaches höher ist als bei anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten und deswegen ein erhöhter gesetzlicher Regelungsbedarf besteht. Der hochschulgesetzlich relevante Begriff der wirtschaftlichen Betätigung ist somit enger gefasst und bezieht sich nur auf unternehmerische Tätigkeiten. In Abgrenzung zur „wirtschaftlichen

8 *Fehling*, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, S 35, 48; diese Verpflichtung des Staates folgt aus den objektiv-rechtlichen Dimensionen des Art 5 Abs 3 S 1 GG, die sich vor allem auf Elemente einer grundrechtskonformen Organisation und eines ebensolchen Verfahrens beziehen; so *Lux*, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, S 38 ff.

9 So bereits *Fehling*, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, S 35, 48.

10 Ebenso *Fehling*, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, S 35, 49, der als Möglichkeit auf eine Kontrolle durch den Hochschulrat verweist.

11 Die Terminologie der Service-, Beratungs- und Unterstützungs-

leistungen geht auf *Püttner/Mittag*, Rechtliche Hemmnisse der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, S 34 f, zurück. Diese fassen alle Leistungen in der Kategorie der „Routinedienstleistungen“ zusammen.

12 *Fehling*, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, S 35, 47.

13 Ausführlich *Gräf*, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 82 ff.

14 Vgl § 13 a LHG BW; Art 73 Abs 3 BayHSchG; § 4 Abs 11 BerlHG; § 4 Abs 4 S 2 BremHG; § 3 Abs 9 HmbHG; § 3 Abs 9 HessHG; § 3 Abs 9 LHG MV; § 50 Abs 4 NHG; § 5 Abs 7 HG NRW; § 104 Abs 4 HochSchG Rh-Pf; § 2 Abs 6 UG Saar; § 6 Abs 3 SächsHSG; § 113 HSG LSA; § 3 Abs 2 HSG SH; § 15 ThürHG.

15 Art 73 Abs 3 BayHSchG; § 105 Abs 4 LHG MV; § 50 Abs 4 NHG.

Betätigung“ soll er als „unternehmerische Betätigung“ bezeichnet werden.<sup>16</sup>

Soweit es sich um eine unternehmerische Hochschulbetätigung handelt, zeigt sich in den Ländern ein uneinheitliches Bild. Die Regelungen in den einzelnen Landeshochschulgesetzen divergieren so stark, dass sie einer Kategorisierung bedürfen. Die erste Kategorie („Speziell-gesetzliche Normierung“)<sup>17</sup> lehnt sich stark an die Regelungen des Gemeindefirtschaftsrechts an. Um sich unternehmerisch betätigen zu dürfen, müssen die Universitäten demnach sicherstellen, dass die Unternehmen ihrer jeweiligen Leistungsfähigkeit entsprechen und in einem angemessenen Verhältnis zum vorausichtlichen Bedarf stehen. Sodann müssen die Universitäten einen angemessenen Einfluss in den Organen der jeweiligen Unternehmen erhalten, um die Erfüllung der Hochschulaufgaben zu wahren und gegebenenfalls durchzusetzen. Als drittes muss das Haftungsrisiko der Universitäten minimiert werden. Eine dem Gemeindefirtschaftsrecht entsprechende Subsidiaritätsklausel existiert indes nicht (Ausnahme: Sachsen und Nordrhein-Westfalen).<sup>18</sup> Als formelle Voraussetzungen werden Zustimmungserfordernisse der Ministerien bzw. der Hochschulräte und Prüfungsrechte der Landesrechnungshöfe bzw. privater Wirtschaftsprüfer (in § 5 Abs. 7 HG NRW) im Falle der unternehmerischen Wirtschaftsbetätigung normiert.

Die zweite Kategorie („Verweis-auf-LHO“-Kategorie)<sup>19</sup> verweist im Wesentlichen auf die haushaltsrechtlichen Bestimmungen der §§ 65 ff. der jeweiligen Landeshaushaltsordnung, falls es sich um die Unternehmensgründung, -übernahme, -erweiterung oder -beteiligung in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts handelt. Im Übrigen gehen die Normierungen nicht über die bereits dargestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen hinaus. Letzteres gilt ebenso für die dritte Kategorie („Weder-noch“-Kategorie)<sup>20</sup>, deren Normen weder einen Verweis auf die jeweilige Landeshaushaltsordnung noch weitere materielle Voraussetzungen enthalten. Weitere hochschulgesetzliche Beschränkungen als die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen kennt auch diese Kategorie demnach nicht.<sup>21</sup>

16 Ähnlich auch § 5 Abs 7 HG NRW, in dem der Begriff der „unternehmerischen Hochschultätigkeit“ verwendet wird; ebenso *Knauff*, Die Regelung der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen: Auf dem Weg zum Hochschulwirtschaftsrecht, WissR 43 (2010), 28, 44 f.

17 § 13 a LHG BW; § 5 Abs 7 HG NRW; § 104 Abs 4 HochSchG RHPf; § 6 Abs 3 SächsHSFG; § 15 ThürHG.

18 Bei der im Landeshochschulgesetz von Nordrhein-Westfalen vorhandenen Subsidiaritätsklausel handelt es sich de facto um eine verkleidete Öffnungsklausel.

19 Art 73 Abs 3 BayHSchG; § 3 Abs 9 HessHG; § 3 Abs 9, 105 Abs 4 LHG MV; § 50 Abs 4 NHG; § 113 HSG LSA; § 3 Abs 2 HSG SH.

Im Ergebnis konzentrieren sich die Landeshochschulgesetze auf die Minimierung der finanziellen Risiken, die mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit einer Universität einhergehen. Sie vernachlässigen aber die Reduzierung weiterer Risiken, die durch eine universitäre Wirtschaftsbetätigung insbesondere für die Wissenschaftsfreiheit entstehen können. Welche weiteren Risiken gibt es (2.)? Wie können diese minimiert werden (3.)?

## 2. Weitere Risiken für die Wissenschaftsfreiheit

Bei der Auftragsforschung (als Beispiel für eine universitäre Wirtschaftsbetätigung) droht z.B. eine inhaltliche Einflussnahme der Auftraggeber auf Forschungsergebnisse. Auch Geheimhaltungsklauseln, die die Universität mit externen Auftraggebern vereinbart, können die Wissenschaftsfreiheit der Hochschulwissenschaftler gefährden. Problematisch ist es auch, wenn sich externe Auftraggeber Zustimmungsvorbehalte vor Veröffentlichungen der Auftragsforschungsarbeiten einräumen lassen.<sup>22</sup>

Aber auch die Universitäten selbst können die Wissenschaftsfreiheit der Hochschulwissenschaftler gefährden, falls sie z.B. als Indikator für die leistungsorientierte Mittelvergabe die Anzahl der Dienstleistungen verwenden und somit ausschließlich anwendungsorientierte Forschung belohnen würden. Denn auf diese Weise nähmen sie in unzulässiger Weise Einfluss auf den Forschungsinhalt.<sup>23</sup>

## 3. Die Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung von Universitäten qua Verfassungsauslegung

In meiner Arbeit komme ich zu dem Ergebnis, dass ein Schutz der Wissenschaftsfreiheit jedoch durch eine Auslegung der Verfassung gewährleistet werden kann;<sup>24</sup> und das auf folgende Weise:

Der Schutz vor den genannten Risiken setzt bereits bei der Grundrechtsträgerschaft der Universitäten an. Richtig ist, dass der Grundrechtsschutz der Universitäten stets an den des Hochschulwissenschaftlers rückgekoppelt werden muss.<sup>25</sup> Somit wird von vornherein verhindert, dass sich Universitäten zu Lasten eines Hochschulwissenschaftlers auf die Wissenschaftsfreiheit berufen dürfen. In erster Linie wird eine Universität also für

20 § 4 Abs 11 BerlHG; § 4 Abs 4 S 2 BremHG; § 3 Abs 9 HmbHG; § 2 Abs 6 UG Saarl.

21 Zustimmung *Fehling*, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, S 35, 39 ff.

22 Vgl *Gräf*, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 151 ff.

23 Vgl ausführlich *Gräf*, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 180 ff.

24 Vgl ausführlich *Gräf*, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 200 ff, S 205 ff.

25 *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S 373.

die Verwirklichung der individuellen Wissenschaftsfreiheit errichtet. Ihre Grundrechtsträgerschaft dient der Entfaltung der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulwissenschaftler.<sup>26</sup> Universitäten dürfen sich demnach im Außenverhältnis (Staat i.e.S.) auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, um die Hochschulwissenschaftler zu schützen. Sie dürfen die Grundrechtsträgerschaft aber nicht auf binnenhochschulischer Ebene gegen die Hochschulwissenschaftler ausspielen. Dieser Aspekt ist besonders wichtig, da von den Universitäten ein gestiegenes Gefährdungspotential für eine freie wissenschaftliche Betätigung ausgeht.<sup>27</sup> Das liegt daran, dass den Universitäten im Zuge der Hochschulreformen mehrere Aufgaben übertragen wurden, die vorher von den Ländern wahrgenommen wurden. Im Ergebnis begrenzt das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit die Einwirkungsmöglichkeiten der Universitätsleitungen auf die Hochschulwissenschaftler hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ von wirtschaftlichen Tätigkeiten. So darf qua Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG kein Hochschulwissenschaftler gezwungen werden, einer Wirtschaftstätigkeit nachzugehen. Das heißt, dass Universitätsleitungen Hochschulwissenschaftler nicht zur Durchführung von Auftragsforschungen oder Gutachtentätigkeiten o.ä. verpflichten dürfen. Universitäten müssen stattdessen auf die Freiwilligkeit der Hochschulwissenschaftler setzen.<sup>29</sup>

Das Setzen von ökonomischen Anreizstrukturen ist ebenfalls nur im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit möglich. Dies bedeutet zwar kein pauschales Verbot derselben, wohl aber ist eine hinreichende Differenzierung vonnöten. So ist beispielsweise die Beteiligung von Hochschulforschern an dem Erlös von Patenten verfassungsrechtlich geboten und notwendig.<sup>30</sup> Des Weiteren folgt aus der objektivrechtlichen Dimension der Wissenschaftsfreiheit das Verbot, Anreize für ein wirtschaftliches Tätigwerden mittels Leistungskriterien zu setzen.<sup>31</sup> So dürfen z.B. die Höhe der Einnahmen aus universitären Wirtschaftstätigkeiten oder die Anzahl der Dienstleistungen nicht als Indikatoren einer leistungsorientierten Ressourcenverteilung herangezogen werden. Andernfalls läge eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit vor. Den Universitäten ist es demnach

verwehrt über die Wahl bestimmter Kriterien, Forschung oder Lehre in eine verstärkt anwendungsorientierte Richtung zu drängen.

Zudem ist das Veröffentlichungsgebot, das der Wissenschaftsfreiheit immanent ist, ernst zu nehmen. D.h., dass vor allem Publizität und Nachvollziehbarkeit der wissenschaftlichen Arbeiten sichergestellt werden müssen, so dass diese von der Wissenschaftsgemeinde kontrolliert werden können. Daraus folgt, dass eine Universität z.B. bei einer Auftragsforschung dauerhafte Geheimhaltungsklauseln nicht abschließen darf.<sup>32</sup> Auch der Abschluss von temporären Geheimhaltungsklauseln ist nur begrenzt möglich. Nur wenn eine sofortige Veröffentlichung der Auftragsforschungsarbeit die grundrechtlich geschützten Interessen des privaten Auftraggebers verletzen würde, ist eine temporäre Geheimhaltungsklausel ausnahmsweise zulässig. Sobald aber die grundrechtlichen Interessen des Privaten hinreichend gesichert sind (z. B. durch eine erfolgte Patentanmeldung) erlischt nach zutreffender verfassungskonformer Auslegung die Geheimhaltungspflicht automatisch; d.h. dass es dann keiner Zustimmung des privaten Auftraggebers vor der Veröffentlichung mehr bedarf.<sup>33</sup>

Des Weiteren statuiert die Verfassung, dass die Kernaufgaben der Universitäten nicht durch eine wirtschaftliche Betätigung beeinträchtigt werden dürfen. Daraus resultiert, dass die Universitäten im Hinblick auf den personellen und sachlichen Aufwand begrenzt sind, den sie bei einer wirtschaftlichen Betätigung betreiben dürfen. Denn insgesamt darf nicht vernachlässigt werden, dass Universitäten primär einen öffentlichen Auftrag, wie z.B. die Pflege von Forschung und Lehre, erfüllen müssen. Gerade die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe rechtfertigt die Alimentierung des Staates. Daraus folgt die Einschränkung, dass die vorhandenen sachlichen und personellen Mittel nicht vornehmlich zur Forschung von Privatinteressen genutzt werden dürfen. Sie müssen zuvörderst der Zweckbestimmung der Universitäten nach verwendet werden. Eine Fokussierung auf eine wirtschaftliche Betätigung würde zumindest eine vorübergehende Privatisierung der gewonnenen Erkenntnisse bedingen, die diametral zum ursprünglichen Grund der öf-

26 Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S 373.

27 Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), 399, 401; Krausnick, in: Geis (Hrsg), Hochschulrecht Bayern, S 66, 78; Burgi/Gräf, Das (Verwaltungs)-organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, DVBl 2010, 1125, 1127.

28 Ausführlich Burgi/Gräf, Das (Verwaltungs)-organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, DVBl 2010, 1125 ff.

29 Darauf verweisen auch Püttner/Mittag, Rechtliche Hemmnisse

der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, S 25; ausführlich Gräf, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 195, 208 ff.

30 Vgl auch Leuze, in: Himmelmann/ders ua (Hrsg), Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und deren Vergütungsrichtlinien, Kommentar, 8. Aufl 2007, § 42 Rn 1 ff.

31 Vgl Gräf, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 211 ff.

32 Gräf, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, S 187 ff; 202 ff.

33 So schon Lux, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, S 24.

fentlichen Alimentierung stünde. Der Grund besteht nämlich darin, die Unabhängigkeit der Forschung durch eine finanzielle Grundausstattung zu gewährleisten. Auch aus diesem Grund dürfen Universitäten grundsätzlich nur solche wirtschaftlichen Tätigkeiten ausführen, die gerade von ihnen wegen ihrer wissenschaftlichen Kenntnisse besonders effizient erbracht werden können und gleichzeitig die Erfüllung der Kernaufgaben nicht beeinträchtigt.

### III. Fazit

Die Verfassung kann im Ergebnis somit ein Korrektiv gegen ein Übergreifen wirtschaftlicher Aspekte auf die Wissenschaftsfreiheit darstellen und einer universitären Wirtschaftsbetätigung klare Grenzen ziehen. Allerdings ersetzt eine solche Auslegung der Verfassung nicht die Notwendigkeit legislativen Handelns. Denn die teilweise nur kursorischen Regelungen der Landeshochschulgesetze zur universitären wirtschaftlichen Betätigung stellen alles andere als einen klaren Rechtsrahmen dar. Ein solcher klarer Rechtsrahmen ist aber notwendig, um die Wissenschaftsfreiheit effektiv vor strukturellen Gefährdungen, wie sie durch die wirtschaftliche Betätigung einer Universität entstehen können, zu schützen.

Um diesbezüglich Abhilfe zu schaffen, schlage ich am Ende meiner Arbeit eine Regelung für die Landeshochschulgesetze vor. Dieser Vorschlag lautet:

#### Wirtschaftliche Betätigung

(1) Hochschulen dürfen einer wirtschaftlichen Betätigung nachgehen, wenn diese einen unmittelbaren oder mittelbaren Bezug zu den Hochschulaufgaben aufweist und die Erfüllung der Hochschulaufgaben nicht beeinträchtigt. Eine wirtschaftliche Betätigung, die weder einen unmittelbaren noch einen mittelbaren Bezug zu den Hochschulaufgaben hat, ist darüber hinaus nur zulässig, wenn dieser Zweck nicht durch Private ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt werden kann.

(2)<sup>34</sup> *Wirtschaftliche Unternehmen dürfen Hochschulen ungeachtet der Rechtsform nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen (unternehmerische Hochschulbetätigung), wenn*

1. Zwecke der Hochschulaufgaben dies rechtfertigen,
2. *das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Hochschule und zum voraussichtlichen Bedarf steht,*
3. *die Hochschule einen angemessenen Einfluss in den Organen des Unternehmens erhält und*
4. *die Einlage aus freien Rücklagen der Hochschule erfolgt und die Einlageverpflichtung und die Haftung der Hochschule auf einen bestimmten und ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt werden.*

*Die haushaltsrechtliche Behandlung der unternehmerischen Hochschultätigkeit richtet sich ausschließlich nach dem Hochschulgesetz und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften. Gehört der Hochschule oder dieser zusammen mit einer oder mehreren juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Mehrheit der Anteile, werden der Jahresabschluss, der Lagebericht und die Wirtschaftsführung von einem Wirtschaftsprüfer geprüft. Die Prüfung erfolgt auch nach den für die Beteiligung der Gebietskörperschaften an privatrechtlichen Unternehmen geltenden besonderen Prüfungsbestimmungen des § 53 Abs. 1 des Haushaltsgrundsätzegesetzes.*

(3)<sup>35</sup> Der Hochschulrat kann nach vorheriger Zustimmung des Ministeriums *bei geringfügigen Beteiligungen der Hochschulen an Unternehmen* oder bei hochschuleigenen *Unternehmen mit einem Jahresumsatz von unter 250.000 Euro* Ausnahmen von den Erfordernissen des Abs. 2 Nr. 1 bis 4 zulassen, falls die durch die Anwendung von Abs. 2 Nr. 1 bis 4 *entstehenden zusätzlichen Kosten im Verhältnis zum Umfang der Beteiligung unverhältnismäßig sind.*

(4) Eine unternehmerische Betätigung bedarf der Zustimmung des Hochschulrats. Auch eine grenzüberschreitende wirtschaftliche oder unternehmerische Betätigung bedarf der Zustimmung des Hochschulrats, wenn eine vom Senat in einer Satzung festzulegende Haftungsobergrenze überschritten wird. Die Haftungsobergrenze kann in jedem Fachgebiet variieren. Die Satzung bedarf der Genehmigung des zuständigen Ministeriums.

34 Absatz 2 lehnt sich an die nordrhein-westfälische Regelung des § 5 Abs 7 HG NRW an. § 5 Abs 7 S 2 und § 3 HG NRW sind auf Grund des hier vorgeschlagenen Abs 1 nicht mehr notwendig und wurden daher weggelassen. Nr 1 wurde hier verkürzt. Das Übernommene ist kursiv markiert.

35 Absatz 3 lehnt sich an § 113 Abs 1 S 7 HSG LSA und § 105 Abs 4 S 1 Nr 3 LHG MV an und verbindet beide Regelungen miteinander. Das Übernommene ist kursiv markiert.

(5) Finanzielle Erträge der Hochschule aus Wirtschaftstätigkeiten, die die Hochschule durchführt, stehen der Hochschule für die Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung. Sie werden bei der Bemessung des Zuschussbedarfs der Hochschule nicht mindernd berücksichtigt. Näheres zur binnenhochschulischen Verteilung ist von den Hochschulen zu regeln.

Ilse-Dore Gräf hat am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Martin Burgi im Hochschulrecht promoviert. Ihre Dissertation wurde 2013 mit dem Preis für Wissenschaftsrecht 2013 ausgezeichnet, der von dem Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts vergeben wird.

Andreas Schubert  
*Legal Clinics –  
Juristische Ausbildung mit Praxisbezug  
am Beispiel der Freiburg Legal Clinics  
und Pro Bono Studentische Rechtsberatung Freiburg*

## I. Rechtsberatung als Teil der Juristenausbildung

In seiner erstmaligen Auseinandersetzung mit dem Fach Rechtswissenschaft verfasste der Wissenschaftsrat im Jahr 2012 Empfehlungen, von welchen „Impulse zur Weiterentwicklung der Rechtswissenschaft als akademische Disziplin ausgehen“<sup>1</sup> sollten. Dabei hob er deutlich hervor, dass „Wissenschaftlichkeit und Praxisbezug mit dem Ziel verbunden werden können (sollten), dass (...) Rechtsanwendungs-, Rechtsbildungs- sowie Rechtsberatungskompetenzen ausgebildet werden.“<sup>2</sup>

Unter Bezugnahme auf die an einigen universitären Standorten in Deutschland schon damals bestehenden Verknüpfungen der rechtswissenschaftlichen Ausbildung mit praktischer juristischer Tätigkeit<sup>3</sup> stellte der Wissenschaftsrat zu recht fest, dass diese „Angebote nicht nur der Stärkung des Praxisbezugs im Studium dienen“, sondern auch „der Einübung von Techniken wissenschaftlichen Arbeitens.“ Zudem würden „Recherchefähigkeiten“ sowie „selbstständiges, kritisches Denken und mündliche wie schriftsprachliche Argumentationsfähigkeit gefördert“.<sup>4</sup> Ferner war er der Auffassung, „dass diese Angebote nicht auf einige wenige Standorte beschränkt bleiben, sondern als Modell für die Lehre im rechtswissenschaftlichen Studium an allen Fakultäten dienen sollten.“<sup>5</sup>

Gleichwohl bleiben weiterhin Universitäten hinter den genannten Empfehlungen des Wissenschaftsrates

zurück. Denn eine enge Verknüpfung von universitärem Curriculum und praktischer Anwendung fehlt nach wie vor an den meisten Standorten. Und das obwohl, wie das studentische Engagement zeigt, die Nachfrage nach verstärkter Verbindung von Ausbildung und Praxis vorhanden ist.

Zwar gibt es vielerorts in Gestalt sogenannter Moot Courts Simulationen von Gerichtsverfahren, deren zugrunde liegenden Fälle nunmehr auch vermehrt in universitäre Prüfungsabschnitte eingebettet werden.<sup>6</sup> Derartigen Projekten fehlt jedoch stets ein wichtiger Bestandteil des späteren juristischen Arbeitens, nämlich der reale Mandantenkontakt.

Um diese bemühen sich viele Projekte studentischer Rechtsberatung, die nicht von Seiten der Universität initiiert worden sind, sondern oft auf studentischem Engagement fußen. Ob und wie diese in die Juristenausbildung integriert werden können, ist eine wesentliche Frage.

## II. Rechtliche Grundlagen und Reichweite der Rechtsberatung

Was in den Vereinigten Staaten von Amerika in Form sogenannter Legal Clinics bereits seit den 1950er Jahren fester Bestandteil der juristischen Ausbildung ist,<sup>7</sup> ist in Deutschland erst seit dem Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) 2008 möglich.

Seither bestimmt § 6 RDG:

1 Wissenschaftsrat, „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen“, Hamburg 2012, S 5 f. Abrufbar unter: [www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf](http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf) (4.7.2014).

2 Wissenschaftsrat, aaO (Fn 1), S 56 ff.

3 Zum heutigen Stand siehe die Auflistung bislang bestehender Projekte mit Weblinks unten unter V 1.

4 Wissenschaftsrat, aaO (Fn 1).

5 Wissenschaftsrat, aaO (Fn 1).

6 Vgl hierzu beispielhaft den Moot Court „Öffentliches Recht in Baden-Württemberg“ des VGH Mannheim, <http://vghmannheim.de/pb/,Lde/1213180> (4.7.2013).

7 Vgl *Bücker/Woodruf*, German Law Journal 2008, S 575, 586.

(1) Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen,<sup>8</sup> die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen (unentgeltliche Rechtsdienstleistungen).

(2) Wer unentgeltliche Rechtsdienstleistungen außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen erbringt, muss sicherstellen, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person, der die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt ist, *durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt*. Anleitung erfordert eine an Umfang und Inhalt der zu erbringenden Rechtsdienstleistungen ausgerichtete Einweisung und Fortbildung sowie eine Mitwirkung bei der Erbringung der Rechtsdienstleistung, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist. (Hervorhebungen vom Verfasser)

Dieser Erlaubnisvorbehalt<sup>9</sup> eröffnet die Möglichkeit der kostenlosen Rechtsberatung durch Studenten, sofern sie durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt. Hierunter fallen alle zweitexaminierten Praktiker sowie an der Universität Professoren, zweitexaminierte wissenschaftliche Mitarbeiter und Lehrbeauftragte.<sup>10</sup> Dadurch wird gewährleistet, dass eine Beratung durch sich in der Ausbildung befindende Personen sowohl eine gewisse Qualität als auch fachliche Tiefe erreicht.<sup>11</sup> Darüber hinaus ist aus studentischer Sicht der Lern- und Netzwerkeffekt durch Betreuung und Hilfestellung von berufstätigen Juristen wertvoll.

Die Rechtsberatung beschränkt sich auf außergerichtliche Rechtsdienstleistungen. Ausgeschlossen ist jedoch nicht, dass diese in Zusammenhang mit einem laufenden Verfahren steht und der Prozessbeteiligte beispielsweise die hierbei erstellten Schriftsätze sodann selbst unterzeichnet und einreicht.<sup>12</sup> Mithin besteht also

auch hier die Möglichkeit, wenn auch nur mittelbar, an prozessualen Verfahren zu partizipieren und früh wichtige Erfahrungen für das spätere Berufsleben zu sammeln. Das Auftreten vor richterlichen Spruchkörpern bleibt in systemkonformer Weise der Teilnahme an Moot Courts sowie dem Referendariat, insbesondere im Rahmen anwaltlicher Tätigkeit, vorbehalten.

Haftungsrechtlich<sup>13</sup> kann das Risiko studentischer Rechtsberatung durch entsprechende Ausgestaltung etwaiger Beratungsverträge beschränkt werden. Zu denken ist hierbei vor allem an eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gem. § 307 Nr. 7 BGB kraft AGB. Darüber hinaus kann das Haftungsrisiko durch den Ausschluss der Beteiligung an eiligen Fristsachen sowie letztlich der Beschränkung der Mandatierung auf niedrige Streitwerte deutlich minimiert werden.

Zusätzlich zu beachten ist auch, dass sich das Verschulden grundsätzlich an § 276 BGB orientiert. Zur Anwendung kommt also ein Haftungsmaßstab, der an Hand der allgemeinen Verkehrsbedürfnisse und somit objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstäben zu bestimmen ist.<sup>14</sup> Maßgebend ist hinsichtlich der Tätigkeit im Rahmen studentischer Rechtsberatungen der Haftungsmaßstab des Verkehrskreises des juristischen Laien und nicht etwa der der Anwaltschaft.<sup>15</sup> Dies gilt jedoch nur, sofern der Rechtsratsuchende über den Laienstatus des Beratenden aufgeklärt und nicht etwa eine Anwaltschaft vorgespült wird.<sup>16</sup>

### III. Ausgestaltung am Beispiel der Freiburg Legal Clinics und Pro Bono Freiburg e.V.

#### 1. Ausbildungsprogramm Freiburg Legal Clinics

Während sich vielerorts die studentische Rechtsberatung, was die durch den Wissenschaftsrat geforderte

8 Zum Begriff der Rechtsdienstleistung vgl § 2 Abs 1 RDG:

(1) Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.

(2) Rechtsdienstleistung ist, unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1, die Einziehung fremder oder zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretener Forderungen, wenn die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft betrieben wird (Inkassodienstleistung). Abgetretene Forderungen gelten für den bisherigen Gläubiger nicht als fremd.

(3) Rechtsdienstleistung ist nicht:

1. die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten,
2. die Tätigkeit von Einigungs- und Schlichtungsstellen, Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern,
3. die Erörterung der die Beschäftigten berührenden Rechtsfragen mit ihren gewählten Interessenvertretungen, soweit ein Zusammenhang zu den Aufgaben dieser Vertretungen besteht,
4. die Mediation und jede vergleichbare Form der alternativen Streitbeilegung, sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Rege-

lungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift, 5. die an die Allgemeinheit gerichtete Darstellung und Erörterung von Rechtsfragen und Rechtsfällen in den Medien, 6. die Erledigung von Rechtsangelegenheiten innerhalb verbundener Unternehmen (§ 15 des Aktiengesetzes).

9 Krenzler/Teubel, RDG, 2010, § 1 Rn 7.

10 Str vgl Piekenbrock, Anwaltsblatt 2011, S 848, 852.

11 BT-Drs 16/3655, 58; Vgl hierzu auch Piekenbrock, aaO.

12 Vgl hierzu ausführlich Horn, Fn 3, S 644, 649; siehe auch Piekenbrock, aaO (Fn 10), S 848, 849.

13 Ausführlich zu Haftungsfragen und deren rechtlicher Ausgestaltung, vgl Horn, aaO (Fn 12), S 644, 647 f.

14 BGHZ 39, 281; BGH NJW 1970, 1038; Löwisch in Staudinger, § 276, Rn 23; Wreesmann/Schmidt-Kessel, NJOZ 2008, S 4069 f.

15 Wreesmann/Schmidt-Kessel, aaO (Fn 14); Horn, aaO (Fn 12), S 644, 648.

16 BGH VersR 1968, 395; BGH ZIP 2003, 1990; Wreesmann/Schmidt-Kessel, aaO (Fn 14).

Verbindung von Wissenschaftlichkeit und Praxisbezug angeht, auf eine rechtliche Anleitung im Sinne des § 6 II RDG durch Professoren oder wissenschaftliche Mitarbeiter der Hochschule beschränkt,<sup>17</sup> beschreitet das mit dem Lehrentwicklungspreis für kreativen Hochschulunterricht der Universität Freiburg ausgezeichnete Team von Freiburg Legal Clinics um Prof. Boris Paal vom Institut für Medien- und Informationsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der unter anderem von Patrick Rode gegründete Verein Pro Bono Studentische Rechtsberatung Freiburg e.V. einen anderen und bislang in der deutschen Juristenausbildung einzigartigen Weg.

Die zweistufige Struktur des Gemeinschaftsprojektes sieht zunächst eine grundlegende Ausbildung im Rahmen der Legal Clinics durch die juristische Fakultät vor, deren erfolgreiche Teilnahme seitens der Universität zertifiziert wird und die in der Mitgliedschaft der studentischen Rechtsberatung münden kann.

Die universitäre Ausbildung, welche 14 Semesterwochenstunden umfasst, teilt sich hierbei wiederum in drei Blöcke auf.

Der erste Block besteht aus einer fachklinikübergreifenden, vier Semesterwochenstunden umfassenden allgemeinen Einführung. Diese setzt sich aus unterschiedlichen – auch für das spätere Praktikerdasein wichtigen – Vorlesungen zusammen wie beispielsweise Mediation und Verhandlungslehre, anwaltliche Prozesstaktik oder Beweisrecht und Vernehmungslehre. In welcher Zusammensetzung die teilnehmenden Studenten hierbei auf die erforderliche Semesterwochenzahl kommen, kann frei gewählt werden.

Im zweiten Ausbildungsteil, welcher sechs Semesterwochenstunden umfasst, haben die Studierenden die Möglichkeit, Vorlesungen aus den jeweiligen, von Pro Bono Studentische Rechtsberatung Freiburg e.V. angebotenen, Tätigkeitsfeldern Internet-, Verbraucherschutz-, Miet- oder Existenzgründungsrecht zu wählen. Diese sind wiederum in einzelne fachspezifische Einheiten, wie beispielsweise Urheberrecht, Recht des unlauteren Wettbewerbs oder Internetrecht aufgliedert.

Im dritten und letzten Block der Ausbildung, welcher sich aus vier Semesterwochenstunden zusammensetzt, können die Studenten an Kursen für berufsfeldorientierte Kompetenzen (BOK-Kurse), regelmäßig durch Praktiker von kooperierenden Kanzleien angebotenen Work-

shops oder speziellen Fallbearbeitungen zu den jeweiligen Rechtsgebieten teilnehmen.

## 2. Überlastung der Studenten?

Das skizzierte Ausbildungsprogrammes wirft die Frage auf, wie die Studenten mit der zusätzlichen Belastung ohne Leistungsabfall zurecht kommen sollen. Denn ein Jurastudium gilt nicht umsonst bereits ohne derartige Zusatzveranstaltungen aufgrund seiner Stofffülle als eines der anspruchsvollsten Fächer an deutschen Universitäten.

Das Legal Clinics Programm der juristischen Fakultät Freiburg ist indessen derart in den allgemeinen Studienverlauf eingebettet, dass sich die Mehrbelastung der Studierenden in Grenzen hält.

So setzen sich die Vorlesungen der jeweiligen Fachkliniken unter anderem aus den ohnehin verpflichtenden Arbeitsgemeinschaften im Schuldrecht AT oder Schuldrecht BT zusammen oder beinhalten Einheiten, die ihrerseits wieder Teil der ebenfalls verpflichtenden Schwerpunktvorlesungen wie beispielsweise des Schwerpunktbereichs Handels- und Gesellschaftsrecht sind. Die Aufnahme solcher Veranstaltungen in das Curriculum soll unter anderem dafür Sorge tragen, dass die beratenden Studierenden bereits fortgeschrittene Rechtskenntnisse aufweisen.

Ebenfalls ist es nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 JaPrO Baden-Württemberg zwingende Voraussetzung, an „einer Lehrveranstaltung zur Vermittlung interdisziplinärer Schlüsselqualifikationen“,<sup>18</sup> welche in Form der BOK-Kurse seitens der Universität angeboten werden, teilzunehmen, um überhaupt zur ersten juristischen Staatsprüfung zugelassen zu werden. Mithin besteht so also aus Sicht des Studenten auch die Möglichkeit, aus einer Pflichtveranstaltung doppelten Nutzen für a) seine Ausbildung und b) seine Zusatzqualifikation zu ziehen.

## 3. Rechtsberatung durch Pro Bono

Nach erfolgreicher Teilnahme an den Legal Clinics, steht dem Studenten die Möglichkeit offen, sich um eine Stelle bei Pro Bono zu bewerben und als Mitglied des Vereins das Erlernte in die Praxis umzusetzen. Die Fälle der Mandanten werden, um ausreichend Rücksprachemöglichkeit mit den betreuenden Personen aus Anwaltschaft und seitens der Universität zu eröffnen, über ein auf der Homepage von Pro Bono aufrufbares Onlineformular<sup>19</sup>

17 Vgl beispielsweise das Programm der Bucerius Law School, welches ein dreitägiges Einführungsseminar vorsieht: [http://www.law-school.de/lawclinic\\_lehrveranstaltungen.html?&L=0.%C2%AD%C2%AD](http://www.law-school.de/lawclinic_lehrveranstaltungen.html?&L=0.%C2%AD%C2%AD) (8.8.2014).

18 Vgl zur studentischen Rechtsberatung als Schlüsselqualifikation

Prümm, Studentische Rechtsberatung (StuR) aus entscheidungstheoretischer und schlüsselqualifikatorischer Sicht, ZPR 1/2014, S 52 ff.

19 Abrufbar unter <http://probono-freiburg.de/#bewerbung> (8.8.2014).

eingereicht. So wird vermieden, dass sich die Studierenden einer Situation gegenübersehen können, in der sie sich genötigt fühlen, (im Eifer des Gefechts gegebenenfalls auch falschen) Rechtsrat zu erteilen.

Nach interner Absprache wird der Fall dann an ein Beraterteam, welches aus drei bis fünf Personen besteht, zur Bearbeitung weitergeleitet. Hier wird besonders darauf geachtet, dass das Beraterteam sich stets aus erfahreneren Studenten aus höheren Semestern und neu hinzugekommenen Mitgliedern zusammensetzt. So wird gewährleistet, dass zusätzlich zur externen Expertenberatung auch vereinsintern Erfahrungswerte weitergegeben und Lerneffekte erzielt werden können.

Hat sich das Team dann nach entsprechender Literaturrecherche ausreichend eingearbeitet, wird ein persönliches Treffen mit dem Mandanten vereinbart, bei welchem das weitere Vorgehen besprochen und ein etwaiger Lösungsweg ausgearbeitet wird.

Stoßen die studentischen Rechtsberater hierbei an die Grenzen ihrer Kenntnisse oder Kapazitäten, so wird der Mandant an einen externen Anwalt verwiesen. Aufgrund dieses Umstandes läuft auch der Kritikpunkt ins Leere, die studentische Rechtsberatung schnappe den örtlichen Anwaltschaften Mandate weg. Denn zum einen sind die Menschen, welche eine Beratungsstelle aufsuchen, häufig aus finanziellen Gründen gescheut, zu einem Anwalt zu gehen und zum anderen ist das Tätigkeitsfeld und auch die Tätigkeitsmöglichkeit eines bei der Kammer zugelassenen Rechtsanwaltes immer noch weiter als das einer studentischen kostenlosen Rechtsberatung. Somit ist eher damit zu rechnen, dass aus einer Pro-Bono-Beratung ein Mandat für einen zugelassenen Anwalt erwächst, als dass sich die Mandate für die Berufsträger reduzieren.

#### IV. Fazit und Ausblick

Die juristische Ausbildung wird praxisorientierter. Die juristische Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg geht mit gutem Beispiel voran und verzahnt das universitäre Curriculum mit praktischer Rechtsanwendung. Dies hat in mehrfacher Hinsicht Vorteile. So kann bereits im Rahmen des Studiums das spezifisch auf die

studentische Rechtsberatung zugeschnittene vermittelte Wissen in der Praxis angewandt und vertieft werden. Zudem werden früh verstärkt Kompetenzen geschult, die für den späteren beruflichen Werdegang von bedeutendem Wert sind. Darüber hinaus werden die Universität und die Studierenden stärker mit der Anwaltschaft sowie den Bürgern und der Stadt vernetzt. Die Verknüpfung von wissenschaftlicher Ausbildung und praktischer Rechtsanwendung schließt somit eine Lücke, die nur im Ansatz durch die nach den Justizprüfungsordnungen zwingend vorgeschriebenen praktischen Studienzeiten<sup>20</sup> gefüllt werden kann.

Wenn *Piekenbrock* sich dem Konzept der Legal Clinics entgegenstellt, indem er sagt, dass Praktika ein gleich wirksames Mittel seien und man es sich aus universitärer Sicht eher „zur Aufgabe machen (sollte), mit den örtlichen Rechtsanwaltskammern und Anwaltsvereinen zu Kooperationsvereinbarungen zu kommen, um ein breites Angebot an Praktikumsplätzen anbieten zu können“,<sup>21</sup> so verkennt er in dreierlei Hinsicht die Vorzüge eines derartigen Projekts.

Zum einen sind Praktika stets auf wenige Wochen begrenzt, sodass allein hierdurch eine Zäsur hinsichtlich der praktischen Rechtsanwendung und der damit zusammenhängenden Lern- und Synergieeffekte gegeben ist. Zum anderen eröffnen sich einem Studenten im Rahmen eines Praktikums keinesfalls vergleichbare Möglichkeiten, tatsächlichen Mandantenkontakt zu erhalten, wie es im Rahmen studentischer Rechtsberatung der Fall ist. Dies trägt nämlich überdies verstärkt zur Umsetzung der Vorgabe des § 5a III DRiG bei, welcher explizit „Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit“ als erforderliche Schlüsselqualifikationen zur Richterausbildung aufführt. Und unter welchen Umständen sind diese besser erlernbar, wenn nicht im praktischen Mandantenkontakt?

Darüber hinaus vernachlässigt *Piekenbrock* den karitativen Charakter derartiger Kooperationen. Denn dieser kommt nicht nur den Studierenden zugute, sondern auch Menschen, die sich aufgrund mangelnder finanzieller Möglichkeiten scheuen, rechtlichen Beistand einzuholen.

<sup>20</sup> Vgl beispielsweise § 5 JaPrO Baden-Württemberg.

<sup>21</sup> *Piekenbrock*, Anwaltsblatt 2011, S 848, 853; verhaltener, aber in dieselbe Richtung tendierend *Hufen*, ZDWR 1/2013, S 5, 11.

## V. Auswahl an weiterführenden Weblinks und Literaturhinweisen

### 1. Weblinks<sup>22</sup>

- <http://www.legalclinics.uni-freiburg.de/aktuelles> (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg)
- <http://probono-freiburg.de/> (Freiburg)
- <http://b-s-r-b.de/> (Bund Studentischer Rechtsberatungen)
- <https://student-law.de/index.php> (Bundesweite studentische Rechtsberatung)
- <http://baer.rewi.hu-berlin.de/humboldt-law-clinic> (Alexander von Humboldt Universität Berlin)
- <http://www.hwr-berlin.de/studium/studentenleben/studentenprojekte/studentische-rechtsberatung/> (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin)
- [http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/haehnchen/studentische\\_rechtsberatung/strebi](http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/haehnchen/studentische_rechtsberatung/strebi) (Universität Bielefeld)
- <http://www.jura.hhu.de/hilfe.html> (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)
- [www.srb-ffo.de](http://www.srb-ffo.de) (Frankfurt an der Oder)
- <http://www.uni-giessen.de/fbz/fbo1/studium/rlc> (Justus-Liebig-Universität Gießen)
- <http://www.goettingertafel.org/Rechtsberatung.44.o.html> (Rechtsberatung durch Studenten bei der Göttinger Tafel)
- <http://www.law-school.de/lawclinic.html> (Bucerius Law School Hamburg)
- <http://www.jura.uni-hannover.de/legalclinic.html> (Leibniz-Universität Hannover)
- <http://www.paralegal.uni-jena.de/> (Friedrich-Schiller-Universität Jena)
- <http://lawcliniccologne.com/> (Flüchtlingshilfe Köln)
- <http://law-and-lake.de/wordpress/> (Konstanz)
- <http://www.uni-marburg.de/fbo1/studentische-rechtsberatung> (Philipps-Universität Marburg)
- <http://www.lawclinicmunich.de/> (Flüchtlingshilfe München)
- <http://www.jura.uni-passau.de/studium/rechtsberatung/> (Universität Passau)
- <http://www.recht-s.de/> (Stuttgart)

- <http://www.lawandlegal.de/de/> (Tübingen/Heidelberg/Bayreuth/Berlin)
- <http://www.wi.hs-wismar.de/de/rechtsberatung> (Hochschule Wismar)

### 2. Literaturhinweise

- *Bälz/Möller/Zeidler*, Rechtsberatung pro bono publico in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, NJW 2008, S. 3383 - 3388
- *Bocksrocker*, Ein gutes Geschäft, Azur 1/2014, S. 27 - 37
- *Brückner/Woodruff*, JZ 2008, S.1068 - 1076
- *Bull*, Irrtümer über die Juristenausbildung, ZRP 2000, S. 425 - 428
- *Heussen*, Zugang zum Recht – Ein internationaler Vergleich, AnwBl 2005, S. 771 - 773
- *Horn*, Studentische Rechtsberatung in Deutschland, JA 2013, S. 644 - 649
- *Hufen*, Perspektiven des rechtswissenschaftlichen Studiums – Der Wissenschaftsrat betont die Wissenschaftlichkeit der Juristenausbildung, rennt aber auch offene Türen ein, ZDWR 1/2013, S.5 - 20
- *Müller*, Pro-Bono-Beratung nach dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz, MDR 2008, S. 357 - 360
- *Piekenbrock*, Legal Clinics im Jura – Studium und rechtlicher Rahmen im RDG, AnwBl 2011, S. 849 - 853
- *Seltmann/Dahns*, Pro Bono-Tätigkeit, NJW Spezial 2012, S. 702 - 703
- *Tiedemann/Giesecking*, Die Refugee Law Clinic an der Universität Gießen, LKRZ 2010, S. 236 - 239
- *Wolf*, Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung – Kritische Anmerkung zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats, ZRP 2013, S. 20 - 23
- *Wreesmann/Schmidt-Kessel*, Unentgeltliche Rechtsberatung durch Laien nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz – NJOZ 2008, S. 4061 - 407
- *Wreesmann*, Unentgeltliche Rechtsberatung durch Studenten in den USA und Deutschland, 2010

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

22 Alle Links zuletzt abgerufen am 8.8.2014.



## Ausgegraben:

### *Idee und Selbstbewusstsein des Professors<sup>1</sup>*

„Wer den Universitätslehrer auf solche Weise betrachtet, wird nicht verkennen, daß derselbe fortwährend mit einer ganz außerordentlichen Geistesanstrengung, einem beharrlichen unermüdeten Fleiß seine Aufgabe verfolgen müsse. Gar oft wird aber dabei dessen Bemühung höchst unerfreulich, von der größten Unannehmlichkeit begleitet. Nicht wie der Künstler und Dichter schafft er sein Ideal und bildet unabhängig sein Werk. Er bewegt sich vielmehr in der aufgethürmten Masse der Literatur, wo kostbare Schätze unter eckelhaften Plunder versteckt liegen, den er oft tagelang durchwühlen muß, um jene zu finden.

Es ist daher kaum glaublich und doch wirklich wahr, daß noch immer manche Geschäftsmänner die Annehmlichkeit des Lehramtes beneiden, weil der Professor, wie sie meinen, des Tages nur ein paar Stunden arbeitet, indem er nämlich seine Vorlesung hält, während sie sechs, acht Stunden im Bureau schreiben, registriren, ziffern müssen. Daher dann auch die bei uns sehr verbreitete Meinung, man brauche einen aus ihrer Mitte nur auf den Lehrstuhl zu setzen, um sogleich den ausgezeichnetsten Lehrer zu gewinnen. Jeder Einsichtsvolle weiß dagegen, wie viele Vorbereitung für ein tüchtiges Collegium nöthig ist und selbst dem sehr erfahrenen, lange geübten Docenten unentbehrlich. Die Zeit ist vor-

über, wo man vielleicht mit einem zierlich geschriebenen Hefte sein ganzes Leben hindurch ausreichte, und die beygefügte Randglosse „hier wird ein Späßchen gemacht“, welches alljährlich an selbigem Platze wiederholt wurde, noch von Bedeutung sein konnte. Das ist aber gerade der wichtigste Punkt, der Professor erscheint nicht als Gelehrter allein, sondern ganz vorzugsweise als Lehrer, und hier in besonderer Eigenthümlichkeit. Die Schule muß einlernen, gleichsam einen Vorrath in den Zögling hineinlegen, die Universität des Zuhörers Productivkraft erregen, das Selbststudium erwecken, die Wissenschaft und Wissenschaftlichkeit in dem Gemüthe des Studierenden erzeugen. Diese Aufgabe ist aber offenbar höchst schwierig. Es gehört dazu ein besonderer Vortrag, für welchen selbst ein unermüdetes Studium, eine fortgesetzte Bemühung nöthig wird. Es muß der Lehrer mit ungestörter Heiterkeit, mit ruhiger Freude den Katheder besteigen können, er muß das geistige Vermögen Aller, Bedürfnis, Vorzüge und Mängel der Einzelnen möglichst erfaßt haben, wie ein wohlbekannter hochgeachteter Freund auftreten, stets bereit, der trockenen Lehre eine freundliche Seite abzugewinnen, ohne die Schwierigkeiten zu umgehen und in eckelhafte Gemeinheit zu verfallen, Klarheit mit Reife, Schönheit mit Gründlichkeit zu verbinden.“

1 Anträge der Universität München „die Organisation derselben betreffend“ 1828, aus: *Dickerhof*, Dokumente zur Studiengesetzgebung in Bayern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1975) S 130 f.

